

# De anterieure fase, van Wro naar Ow

– Mr. J.J. Hoekstra<sup>1</sup>

Het is de bedoeling dat in 2021 de Omgevingswet in werking treedt. Regels over kostenverhaal worden geïmplementeerd via het spoor van de Aanvullingswet Grondeigendom Omgevingswet ('de Aanvullingswet'). Het wetsvoorstel daarvoor is op 1 februari van dit jaar aan de Tweede Kamer verzonden.<sup>2</sup> Onder de Wet ruimtelijke ordening ('Wro') vindt het kostenverhaal hoofdzakelijk plaats in de anterieure fase, waarmee wordt bedoeld: de fase voordat het planologisch besluit (doorgaans het bestemmingsplan), dat de bouwtitel voor het beoogde project creëert, wordt genomen. In dit artikel wordt ingegaan op de anterieure fase onder de Omgevingswet.

## 1. Inleiding

Alvorens in te gaan op de Aanvullingswet schets ik eerst de anterieure fase onder de Wro en de daarover gewezen jurisprudentie, mede omdat deze - zo zal blijken - zeer relevant blijft onder de Omgevingswet. Vervolgens ga ik in op 'de weg naar' het huidige wetsvoorstel voor de Aanvullingswet. Hierna bespreek ik nader dit wetsvoorstel, onderdeel kostenverhaal, met daarbij de focus op de anterieure fase. Ik rond af met een korte conclusie.

## 2. Beschrijving huidig systeem

### 2.1 Van WRO naar Wro

De Wro, waarvan de afdeling Grondexploitatie<sup>3</sup> deel uitmaakt, vierde vorig jaar zijn tweede lustrum (het derde lustrum wordt naar huidige inzicht dus niet gehaald). Aanleiding voor de afdeling Grondexploitatie was met name dat onder het systeem van de Wet op de Ruimtelijke Ordening 'free riders' zich konden onttrekken aan kostenverhaal. Om te komen tot kostenverhaal diende gemeente een exploitatieovereenkomst te sluiten, die in lijn diende te zijn met de gemeentelijke Exploitatieverordening<sup>4</sup>, op straffe van nietigheid van de desbe-

treffende exploitatieovereenkomst. In dat geval was de exploitatiebijdrage onverschuldigd betaald. De gemeente stond alsdan niet altijd met legen handen, aangezien de nietige prestatie in principe geëvalueerd diende te worden op de waarde daarvan in het economisch verkeer.<sup>5</sup> Voor het geval de gemeente en de ontwikkelaar niet tot overeenstemming kwamen, bestond er geen (adequate) 'stok achter de deur'. Met inwerkingtreding van de afdeling Grondexploitatie is dit veranderd.

In een notendop functioneert de afdeling Grondexploitatie als volgt. De vaststelling van een bestemmingsplan dat bouwplannen in de zin van artikel 6.2.1 Besluit ruimtelijke ordening ('Bro') - zoals woningen - mogelijk maakt dient gepaard te gaan met de vaststelling van een exploitatieplan, tenzij i) het verhaal van kosten over de in het bestemmingsplan begrepen kosten anderszins is verzekerd door middel van het sluiten van (een) 'anterieure' overeenkomst of gronduitgifte-overeenkomst; en ii) het - kort gezegd - niet noodzakelijk is om faseringsregels, locatie-eisen en uitvoeringsregels te stellen. Zie hiervoor artikel 6.12 lid 1 en 2 Wro. Het kostenverhaal op de voet van het exploitatieplan verloopt via de band van de omgevingsvergunning en wordt ingeperkt door de limitatieve kostensoortenlijst<sup>6</sup> en de PPT-criteria<sup>7</sup>, waaraan het verhaal van alle kosten van werken, werkzaamheden en maatregelen met voldoen. Uit artikel 6.16 Wro volgt dat er op grond van het exploitatieplan niet meer kosten kunnen worden verhaald dan de opbrengsten van de grondexploitatie (macro-aftopping).

### 2.2 De anterieure fase onder de Wro

De voor de praktijk belangrijkste uitzondering op de verplichting om een exploitatieplan vast te stellen betreft de situatie waarin het kostenverhaal 'anderszins is verzekerd' door middel van an-

<sup>1</sup> Joost Hoekstra is advocaat bij Straatman Koster advocaten.

<sup>2</sup> Kamerstukken II, 35 133, nr. 2.

<sup>3</sup> Zie Afdeling 6.4 Wro, alhoewel geen afzonderlijke wet ook wel aangeduid met Grondexploitatiewet.

<sup>4</sup> De grondslag hiervoor was artikel 42 WRO.

<sup>5</sup> Ondanks dat de Wro al weer ruim elf jaar geleden in werking is getreden, worden er nog steeds met enige regelmaat interessante uitspraken gewezen over artikel 42 WRO. Zie bijvoorbeeld HR 8 juli 2016, BR 2016, 85, m.nt. E.W.J. de Groot, over de vraag op welke (markt)waarde de door de gemeente verrichte nietige prestaties moeten worden bepaald. Ik laat de jurisprudentie over artikel 42 WRO in deze bijdrage verder buiten beschouwing.

<sup>6</sup> Zie artikel 6.2.4 Bro.

<sup>7</sup> Profijt, proportionaliteit en toerekenbaarheid, zie artikel 6.13 lid 6 Wro.

terieuze overeenkomsten.<sup>8</sup> Let wel, het is noodzakelijk dat met alle eigenaren van gronden waarop bouwplannen zijn voorzien, danwel met de beoogd ontwikkelaar die een koopovereenkomst heeft met de eigenaren van gronden, door de gemeente een anterieure overeenkomst is gesloten, anders moet toch een exploitatieplan worden vastgesteld.<sup>9</sup> In verreweg de meeste gevallen wordt het kostenverhaal door gemeenten geregeld door middel van anterieure overeenkomsten.<sup>10</sup>

In de anterieure fase geldt contractsvrijheid en de gemeente is niet gebonden aan de limitatieve kostensoortenlijst en de PPT-criteria. In de praktijk gaat van de PPT-criteria en de limitatieve kostensoortenlijst wel de nodige 'schaduwwerking' uit. Dit is destijds ook zo beoogd door de wetgever<sup>11</sup> en, meer recent, onderschreven in de toelichting op de Regeling plankosten exploitatieplan van 1 april 2017.<sup>12</sup>

Voorts kan in de anterieure fase vrij worden gecontracteerd over faseringsregels, locatie-eisen en uitvoeringsregels te stellen. Hierbij gelden wel de 'normale' (wettelijke) beperkingen zoals artikel 122 Woningwet, dat gemeenten verbiedt om te contracteren over de onderwerpen van het Bouwbesluit en het vergunningenregime van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht ('Wabo')<sup>13</sup>, de aanbesteding- en staatssteunregels en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Een grondeigenaar waarmee een anterieure overeenkomst is gesloten, is 'ge vrijwaard' van kostenverhaal via het exploitatieplan (ook al zou daar een lagere of hogere exploitatiebijdrage uit volgen). Direct werkende regels - faseringsregels, locatie-eisen en uitvoeringsregels - uit een exploitatieplan prevaleren daarentegen boven afspraken uit een anterieure overeenkomst, behalve voor wat betreft de exploitatiebijdrage. Voor de anterieur contracterende ontwikkelaar is het dus opletten dat de gemeente(raad) in het exploitatieplan geen andere of verdergaande eisen opneemt dan in de overeenkomst zijn opgenomen.

<sup>8</sup> Aan de anterieure overeenkomst is slechts één artikel gewijd, artikel 6.24 Wro. Dat de gemeente in de anterieure fase contractsvrijheid heeft, volgt onder meer uit *Kamerstukken II 2005/06*, 30 218, 6, p. 18 en *Kamerstukken I 2006/07*, 30 218, D, p. 7.

<sup>9</sup> Zie ABRvS 18 augustus 2010, *BR 2010*, 174, m.nt. E. J. van Baardewijk en ABRvS 26 oktober 2011, *BR 2012*, 8, m.nt. M.F. Fokkema.

<sup>10</sup> Zie voor onderzoek naar de toepassing van het exploitatieplan bij grondexploitatie in Nederland: A.G. Bregman e.a., *Gebiedsontwikkeling in de nieuwe werkelijkheid*, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2018.

<sup>11</sup> Zie *Kamerstukken II 2004/05*, 30 218, nr. 3, p. 16.

<sup>12</sup> *Stcrt.* 2017, nr. 6470.

<sup>13</sup> Zie HR 17 juni 2011, *TBR 2011*, 158, m.nt. Moesker (*Breda*, over Bouwbesluit) en HR 4 april 2003, *AB 2004*, 60, m.nt. GAvdV (*Bleiswijk*, over vergunningenregime). Zie ook J.J. Hoekstra en G.A. van der Veen, *Kwaliteits- en bindingsregels bij nieuwbouw, wat mag wel en wat niet?*, *TBR 2008*, 85 e.v.

Dat de gemeente een anterieure overeenkomst heeft gesloten is volgens vaste jurisprudentie een omstandigheid die de gemeenteraad bij de vaststelling van het bestemmingsplan dient te betrekken; van de gemeenteraad mag worden gevergd dat inzichtelijk wordt gemaakt hoe de belangen die zijn gemoed met de nakoming van die overeenkomst zijn betrokken.<sup>14</sup> Mijn inziens geldt het voorgaande onverkort bij de vaststelling van een exploitatieplan; de (inhoud van de) anterieure overeenkomst dient daarbij door de gemeenteraad te worden betrokken.

### 2.3 Betaalplanologie

Eén van in de anterieure fase meest relevante algemene beginselen van behoorlijk bestuur is het verbod van détournement de pouvoir (misbruik van bevoegdheid).<sup>15</sup> Een overeenkomst in strijd met dit verbod is in beginsel nietig in de zin van artikel 3:40 lid 1 BW. De Rechtbank Noord-Holland oordeelde in 2017 over een potentieel geval van misbruik van bevoegdheid bij anterieur contracteren door de gemeente Koggenland<sup>16</sup>:

'Zoals hierboven onder 5.9.3. weergegeven heeft de gemeente contractsvrijheid, maar is deze wel beperkt door onder meer de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De gemeente gaat de grenzen van haar contractsvrijheid te buiten als zij betaalplanologie drijft; de wetgever acht dit in strijd met het wettelijke systeem van de Wro. Een wettelijke definitie van het begrip 'betaalplanologie' ontbreekt evenwel. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de wetgever zich inzake het vraagstuk van betaalplanologie vooral gericht heeft op de spanning in de geboden verhaalsmogelijkheden van extrakosten ingevolge een anterieure overeenkomst vergeleken met een exploitatieplan, in relatie tot het 'kopen' van planologische medewerking. Hoewel het wettelijk is toegestaan dat via een anterieure overeenkomst meer kosten verhaald worden dan in het publiekrechtelijke spoor, is naar het oordeel van de rechtbank al sprake van betaalplanologie als bij het aangaan van een anterieure overeenkomst aantoonbaar meer en substantieel hogere kosten worden bedongen dan mogelijk is in een exploitatieplan. In dat geval is er sprake van misbruik van bevoegdheid, tenzij een afwijking deugdelijk wordt gemotiveerd. Het is aan eisers om voldoende onderbouwd te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat

<sup>14</sup> Zie ABRvS 19 maart 2014, *TBR 2014*, 59, m.nt. H.J. de Vries (*Oude IJsselstreek*). Een anterieure overeenkomst kan echter niet leiden tot een plicht voor de gemeenteraad om een planregel vast te stellen die de gemeenteraad niet in overeenstemming met een goede ruimtelijke ordening zou achten. Zie ABRvS 14 november 2012, *BR 2013*, 22, m.nt. C.N.J. Kortmann en J.C. van Oosten (*Zaanstad*).

<sup>15</sup> Zie artikel 3:13 BW.

<sup>16</sup> Rechtbank Noord-Holland 30 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7279.



Onderdeel van het plangebied 'Landelijk Gebied Koggenland' / bron: maps.google.com

zich in dit geval een situatie van ongeoorloofde betaalplanologie voordoet.<sup>17</sup>

De rechtbank was van oordeel dat de gemeente Koggenland haar contractsvrijheid niet te buiten was gegaan en zich niet schuldig heeft gemaakt aan betaalplanologie. Daaraan legde de rechtbank - onder meer - ten grondslag dat i) voldoende is vast komen te staan dat de gemeente daadwerkelijk plankosten heeft moeten maken (bijvoorbeeld voor het toetsen van bouwplannen), ii) eisers hadden nagelaten een vergelijking te maken tussen de anterieure in rekening gebrachte plankosten en de kosten die op grond van een exploitatieplan in rekening hadden kunnen worden gebracht en iii) de gemeente heeft gesteld dat het niet 'meeliften' op het nieuwe bestemmingsplan, niet betekende dat de bouwplannen (in een later stadium) geweigerd zouden worden.

Uit de parlementaire geschiedenis van Wro volgde reeds zonneklaar dat het niet mogelijk is om planologische wijziging te kopen.<sup>18</sup> De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft hierbij aangesloten door als vuistregel te formuleren dat het ontbreken van een anterieure overeenkomst op zichzelf geen reden is voor de weigering om planologische medewerking te verlenen. De gemeente heeft in die situatie immers de 'stok achter de deur' in de vorm van het exploitatieplan.<sup>19</sup> Het voorgaande - het ontbreken van een anterieure overeenkomst is op zichzelf geen reden voor de weigering om planologische medewerking te verlenen - ligt onder omstandigheden anders, bijvoorbeeld indien de 'stok achter de deur' in de vorm van het exploitatieplan ontbreekt, omdat geen sprake is van bouwplannen in de zin van het Bro.<sup>20</sup>

In de uitspraak *Koggenland* wordt overigens bevestigd dat ook indien geen sprake is van bouwplannen in de zin van artikel 6.2.1 Bro, de gemeente een anterieure overeenkomst kan sluiten.<sup>21</sup> De 'stok achter de deur' in de vorm van het exploitatieplan ontbreekt echter in dat geval. De interessante vraag is of (en zo ja: onder welke omstandigheden) de gemeente het sluiten van een anterieure overeenkomst (lees: het plegen van kostenverhaal) als voorwaarde kan verbinden aan publiekrechtelijke medewerking, indien geen sprake is van bouwplannen in de zin van het Bro. Gedacht kan worden aan grote infrastructurele of energievoorzieningen.<sup>22</sup> Naar mijn mening zijn er duidelijk aanknopingspunten voor bevestigende beantwoording van deze vraag, indien de medewerking uitsluitend in het belang is van de initiatiefnemer<sup>23</sup> en/of bij gebreke van kostenverhaal het desbetreffende project economisch niet uitvoerbaar is.<sup>24</sup>

Met de uitspraak *Koggenland* is in ieder geval duidelijk(er) geworden dat het - substantieel en aantoonbaar - 'overvragen' door de gemeenten in de anterieure fase kan leiden tot ongeoorloofde betaalplanologie en nietigheid van de desbetreffende anterieure overeenkomst. De anterieure wederpartij zal dit wel eerst - van een grondige cijfermatige onderbouwing voorzien - moeten aantonen.

## 2.4 De posterieure fase onder de Wro

Ook na de vaststelling van het exploitatieplan kan de gemeente een kostenverhaalsovereenkomst sluiten: de posterieure overeenkomst. De inhoud daarvan moet in lijn zijn met het exploitatieplan. De posterieure overeenkomst kan een uitwerking van onderwerpen uit het exploitatieplan bevatten,

<sup>21</sup> Staatsblad 2008, 145, p. 69.

<sup>22</sup> Het dient hier wel publiekrechtelijke besluitvorming te betreffen waarbij de gemeente afwegingsruimte heeft (dus geen gebonden beschikkingen).

<sup>23</sup> Vergelijk ABRvS 25 januari 2012, BR 2012, 107, m.nt. C.N.J. Kortmann en J.C. van Oosten (*Heeze-Leende*).

<sup>24</sup> Vergelijk ABRvS 27 januari 2010, BR 2010, 69. Opmerking verdient dat deze uitspraak is gewezen onder de WRO (oud), waarbij de publiekrechtelijke 'stok achter de deur' in de vorm van een exploitatieplan ontbrak.

<sup>17</sup> De woorden 'ongeoorloofde betaalplanologie' lijken er op te duiden dat de rechtbank ook meent dat sprake kan zijn van *geoorloofde* betaalplanologie. Ik betwijfel sterk of dit klopt, althans of de rechtbank dit zo heeft bedoeld.

<sup>18</sup> Kamerstukken II, 2004/05, 30 218, nr. 3, p. 45.

<sup>19</sup> TBR 2014, 208, m.nt. J.B. Mus.

<sup>20</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 25 januari 2012, BR 2012, 107, m.nt. C.N.J. Kortmann en J.C. van Oosten (*Heeze-Leende*).

maar geen bepalingen bevatten over onderwerpen die opgenomen hadden kunnen worden in het exploitatieplan maar naar niet in zijn opgenomen.<sup>25</sup> Van de posterieure overeenkomst wordt weinig gebruik gemaakt.

En uitspraak van de Rechtbank Den Haag draaide om de vraag of de gemeente Westland onverkort aanspraak kon maken op de in de posterieure overeenkomst opgenomen exploitatiebijdrage, indien achteraf is gebleken dat de aan het project verbonden de opbrengsten hebben overstegen.<sup>26</sup> De wederpartij van de gemeente deed in dit kader een beroep op artikel 6.16 Wro (macro-aftopping) en stelde dat een particuliere eigenaar niet geconfronteerd kan worden met een negatief resultaat. Gelet hierop was de posterieure overeenkomst, voor over de verhaalbare kosten de opbrengsten van de ontwikkeling overstegen, nietig, aldus deze wederpartij. De rechtbank ging hier niet in mee: de in de posterieure overeenkomst opgenomen exploitatiebijdrage is - bij gebreke van een afrekenbeding in de overeenkomst - gefixeerd en artikel 6.16 Wro ziet alleen op het exploitatieplan (en niet op de posterieure overeenkomst).

## 2.5 Financiële bijdragen aan ruimtelijke ontwikkelingen

In artikel 6.24 Wro lid 1 sub a Wro is bepaald dat een gemeente gerechtigd is om in een anterieure overeenkomst financiële bijdragen aan 'ruimtelijke ontwikkelingen' te verlangen.<sup>27</sup> Het begrip 'ruimtelijke ontwikkelingen' is niet nader gedefinieerd, maar gedacht kan worden aan natuur, recreatie, infrastructuur, enzovoort.

Artikel 6.24 Wro vereist dat de financiële bijdragen hun grondslag moeten vinden in een vastgestelde structuurvisie. Daarnaast is voor kostenverhaal op grond van artikel 6.24 Wro vereist dat er een koppeling moet bestaan tussen de ontwikkelingen die bij moeten dragen en de te financieren ruimtelijke ontwikkeling. Deze 'samenhang' dient beleidsmatig te worden onderbouwd in de structuurvisie.<sup>28</sup> De vraag hoe concreet deze samenhang moet zijn, is door de wetgever niet beantwoord en dit aspect is in de rechtspraak (nog) niet uitgekristalliseerd. Niettemin is duidelijk - en wordt in

de literatuur overwegend aangenomen - dat in de structuurvisie minst genomen enig verband wordt aangetoond tussen enerzijds de (her)ontwikkeling die bij moet dragen en anderzijds de ruimtelijke ontwikkeling waaraan wordt bijgedragen.<sup>29</sup> Voorts kan uit de wetsgeschiedenis worden afgeleid dat 'vrijwillige bedragen' (lees: anterieur kostenverhaal) beperkt moeten (moet) blijven tot ruimtelijke ontwikkelingen die *van te voren* zijn opgenomen in de structuurvisie.<sup>30</sup> Verder moet aannemelijk zijn dat de activiteiten nog wel financieel uitvoerbaar blijven. Het zal ook steeds ontwikkelingen in het gebied van de structuurvisie moeten betreffen.<sup>31</sup>

De praktijkervaring is dat gemeenten op grote schaal deze mogelijkheid van artikel 6.24 Wro toepassen, maar dat in veel gevallen niet voldaan wordt aan de daarvoor geldende eisen vanuit de wet. Jurisprudentie hierover is (mij) nog niet bekend.

## 2.6 Exploitatieplan als 'veiligheidsklep'

Het is ook mogelijk om - los van het antwoord op de vraag, of het kostenverhaal op het moment van vaststelling van het bestemmingsplan anderszins is verzekerd - een exploitatieplan vast te stellen met het oogmerk van 'veiligheidsklep'.<sup>32</sup> Mocht de grondeigenaar waarmee door de gemeente anterieur is gecontracteerd, nadat het bestemmingsplan is vastgesteld, zijn grond verkopen<sup>33</sup> ofwel overhoopt in financiële problemen terecht komen en niet langer haar (kostenverhaals)verplichtingen kunnen nakomen, dan heeft de gemeente zonder het exploitatieplan voor het kostenverhaal geen 'stok meer achter de deur'. Opnieuw anterieure contracteren is alsdan immers niet mogelijk (en posterieur evenmin). Wanneer de gemeente in dat geval een exploitatieplan heeft vastgesteld, kan zij (alsnog) publiekrechtelijk kostenverhaal plegen op de (nieuwe) grondeigenaar (ofwel daarmee posterieur contracteren).

## 3. Van consultatieversie naar huidig wetsvoorstel

### 3.1 Consultatieversie 2016

Bij de behandeling van het wetsvoorstel over de Omgevingswet (van 17 juni 2014) op 1 juli 2015

<sup>25</sup> Zie artikel 6.24 lid 2 Wro.

<sup>26</sup> Zie Rechtbank Den Haag 21 maart 2018, BR 2019, 33, m.nt. E.W.J. de Groot.

<sup>27</sup> Zie uitgebreid over financiële bijdragen aan ruimtelijke ontwikkelingen: A.G. Bregman, Canon van het bouwrecht: de Grondexploitatiewet, TBR 2017, 194, en in het licht van de Aanvullingswet: A.G. Bregman: 'Financiële bijdragen aan ruimtelijke ontwikkelingen in de Omgevingswet', TBR 2019, 110. Zie ook het recent verschenen onderzoek in opdracht van de VNG naar artikel 6.24 Wro en artikel 6.13 lid 7 Wro (publiekrechtelijk afdwingbare vereveningsbijdragen): D.M. Gielen e.a., Rapportage naar het gebruik van ar. 6.24, lid 1 onder a Wro, Institute for housing, Erasmus Universiteit Rotterdam 2019.

<sup>28</sup> Kamerstukken II, 30 218, nr. 6, p. 17.

<sup>29</sup> Zie bijvoorbeeld de noot van M.A.M. Dieperink bij HR 14 juni 2013, TBR 2013, 129.

<sup>30</sup> Zie bijvoorbeeld de Nota naar aanleiding van het verslag, 30 218, nr. 6, p. 17-18; zie hierover de noot van E.W.J. de Groot bij HR 14 juni 2013, BR 2013, 133.

<sup>31</sup> Zie Kamerstukken I 2006/07, 30 218 D, p. 7.

<sup>32</sup> Zie ABRvS 18 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:454 en ABRvS 22 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV6568.

<sup>33</sup> Overigens kan in de anterieure overeenkomst ook een kettigingbeding worden opgenomen, luidende dat de grondeigenaar bij vervreemding van zijn grond alle financiële verplichtingen jegens de gemeente moet doorleggen aan haar rechtsopvolger(s).

is door de Tweede Kamer een motie van kamerlid De Vries (PvdA) aangenomen, waarin de regering is verzocht om na te gaan of de bepalingen uit het wetsvoorstel over grondexploitatie aanvulling of herziening behoeven om zo de werking voor de uitvoeringspraktijk te verbeteren. Deze herziening zou vervolgens via de Aanvullingswet kunnen worden doorgevoerd.<sup>34</sup> Op 1 juli 2016 is - na onder meer de nodige 'botsproeven' met praktijkbeoefenaars - de consultatieversie van het wetsvoorstel Aanvullingswet Grondeigendom Omgevingswet op internet gepubliceerd. Het hoofdstuk over grondexploitatie verhuisde hiermee van hoofdstuk 12 (Wetsvoorstel Omgevingswet) naar hoofdstuk 13 (Aanvullingswet Grondeigendom Omgevingswet). De consultatieversie had de nodige wijzigingen in petto ten opzichte van de Wro. Ik vat de belangrijkste hieronder samen.<sup>35</sup>

- a. Het exploitatieplan verdwijnt, in plaats daarvan komen er regels (bij een omgevingsplan) en voorschriften (bij een omgevingsvergunning, waarbij wordt afgeweken van het omgevingsplan).<sup>36</sup>
- b. Hoofdstuk 13 wordt een zuivere kostenverhaalsregeling, faseringsregels, locatie-eisen en uitvoeringsregels verhuizen naar (de hoofdstukken over) het omgevingsplan.
- c. De gemeenteraad mag zelf rekenregels vaststellen, met - grofweg - twee mogelijkheden: i) kostenverhaal naar rato van opbrengsten of ii) naar mate van profijt per perceel.
- d. De verplichte toepassing van macro-aftopping komt te vervallen.
- e. De plicht tot kostenverhaal blijft bestaan, maar er komen meer mogelijkheden om af te zien van kostenverhaal, namelijk bij krimplocaties, herstructurering en transformatie.<sup>37</sup>
- f. Het verschil tussen anterieure en posterieure overeenkomsten vervalt.
- g. De limitatieve kostensoortenlijst en PPT-criteria gelden voortaan ook bij privaatrechtelijk kostenverhaal.
- h. De mogelijkheid om financiële bijdragen aan ruimtelijke ontwikkelingen te verlangen komt te vervallen.

Afgaande op het wetsvoorstel voor de Aanvullingswet - met inbegrip van de Nota van wijzi-

ging van 2 april 2019<sup>38</sup> - kan worden geconstateerd dat de punten a) tot en met d) zijn voorgezet c.q. uitgewerkt in dat wetsvoorstel. Punten e) tot en met h) hebben dat wetsvoorstel echter niet gehaald. Met name de punten f) tot en met h) zijn zeer relevant voor de anterieure fase. Ik kom daar verderop in dit hoofdstuk (en in hoofdstuk 4) op terug.

In de zestiende tranche van het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet ('BuChw') is er voor het bestemmingsplan met verbrede reikwijdte een experimentele regeling op grond van het kostenverhaal (zie artikel 7v BuChw).<sup>39</sup> Op basis hiervan kan de gemeenteraad afdeling 6.4 Wro geheel vervangen door een andere regeling, op onderdelen gebaseerd op de hiervoor besproken consultatieversie van de Aanvullingswet. Deze regeling wordt in deze tranche op vijf plangebieden van toepassing verklaard: gemeente Alphen aan den Rijn, Rijnhaven-Oost; gemeente Delft, Technopolis; gemeente Den Haag, Binckhorst; gemeente Haarlemmermeer, Park 21 en gemeente Nieuwegein, Rijnhuizen. De regeling wijkt blijkens de toelichting daarop niet af van de in artikel 6.24 Wro geboden mogelijkheid om anterieur te contracteren over kostenverhaal.<sup>40</sup>

### 3.2 Wetsvoorstel Aanvullingswet

Op 1 februari 2019 is het wetsvoorstel voor de Aanvullingswet bij de Tweede Kamer ingediend. Het wetsvoorstel bevat onder meer een fundamentele stelselherziening van de onteigeningsprocedure en, met betrekking tot het voorkeursrecht, een belangrijke nieuwe uitzondering op de aanbestedingsplicht van de eigenaar van grond waarop een voorkeursrecht rust, namelijk bij zelfrealisatie.<sup>41</sup> Ten aanzien van kostenverhaal springt in het oog dat de anterieure fase - in tegenstelling tot de consultatieversie van het wetsvoorstel - onaangetast blijft. Nieuw is de (publiekrechtelijke) kostenverhaalsregeling voor 'organische gebiedsontwikkeling'.

### 3.3 Hoofdpijnen kostenverhaalsregeling

Hieronder geef ik de hoofdpijnen van de kostenverhaalsregeling weer.<sup>42</sup> De voorgestelde regeling sluit aan bij belangrijke uitgangspunten van afdeling 6.4 Wro (grondexploitatie). De regels voor kostenverhaal zullen als afdeling 13.6 onderdeel worden van de Omgevingswet en komen in de plaats van hoofdstuk 12 Grondexploitatie, zoals dat nu deel uitmaakt van de Omgevingswet.

<sup>34</sup> Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 121 (Motie Lid De Vries).

<sup>35</sup> Zie uitgebreid hierover: E.J. van Baardewijk, Wijziging van de kostenverhaalsregeling in de Omgevingswet als gevolg van de Aanvullingswet grondeigendom (deel 1 en deel 2), BR 2016, 70 en BR 2016, 79.

<sup>36</sup> Dit was ook al het geval in het wetsvoorstel uit 2014. Het wetsvoorstel uit 2014 kende ook de mogelijkheid om de vaststelling van kostenverhaalsvoorschriften door te schuiven naar de verlening van de omgevingsvergunning. Deze mogelijkheid is nadien ook teruggekomen in de regeling op de voet van artikel 7c lid 10 Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet (zoals gewijzigd bij de vijftiende tranche), maar niet meer in het voorliggende wetsvoorstel voor de Aanvullingswet.

<sup>37</sup> Zulks als uitbreiding op artikel 6.2.1a Br.

<sup>38</sup> Kamerstukken II, 35 133 (nota van wijziging).

<sup>39</sup> Ik verwijs de geïnteresseerde lezer naar de literatuur hierover, bijvoorbeeld E.J. van Baardewijk, 'Kostenverhaalskeuzes via de Crisis- en herstelwet', *Praktijkblad Grondzaken en Gebiedsontwikkeling*, februari 2018, p. 13-15.

<sup>40</sup> *Staatsblad* 2018, 438.

<sup>41</sup> Zie hierover J.B. Mus, 'Het voorkeursrecht in de Omgevingswet', *Vastgoedrecht* 2019, 2, p. 22-27.

<sup>42</sup> Zie nader *Kamerstukken II* 2018/19, 35 133, nr. 3, p. 148-164 (memorie van toelichting).

Kostenverhaal is verplicht voor kosten die zijn gemaakt voor werken, werkzaamheden en maatregelen in verband met (bouw)activiteiten. Via het Aanvullingsbesluit grondeigendom Omgevingswet ('het Aanvullingsbesluit') worden in het Omgevingsbesluit de kostenverhaalsplichtige activiteiten en kostensoorten aangewezen.<sup>43</sup> Kostenverhaal is niet aan de orde bij gronden die de gemeente, de provincie of de Staat in eigendom heeft of in erfpacht uitgeeft; dan kunnen de hier bedoelde kostensoorten worden verrekend via de gronduitgifte of een aanpassing van de erfpachtcanon, aldus de memorie van toelichting.<sup>44</sup> Verder kan het bevoegde bestuursorgaan bij in het Omgevingsbesluit aangewezen kruimelgevallen afzien van kostenverhaal (dit betreft een voortzetting van artikel 6.2.1a Bro).

Een gemeente en een initiatiefnemer kunnen een eerdere overeenkomst sluiten over kostenverhaal voorafgaand aan het besluit dat de aangewezen activiteit mogelijk maakt. Het wetsvoorstel biedt daarvoor een grondslag<sup>45</sup>, waardoor de huidige praktijk kan worden voortgezet.<sup>46</sup>

De publiekrechtelijke regeling werkt - evenals onder de Wro - als 'stok achter de deur' voor het geval het kostenverhaal niet op basis van een eerdere overeenkomst is verzekerd. Het wetsvoorstel schrijft voor dat het bevoegde bestuursorgaan in dat geval in het besluit dat een aangewezen activiteit mogelijk maakt regels of voorschriften opneemt over het verhalen van de kosten. De desbetreffende besluiten zijn: een omgevingsplan, een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplan-activiteit of een projectbesluit.<sup>47</sup> Daaruit volgt dat de gemeenteraad, het college van burgemeester en wethouders, gedeputeerde staten en de minister die het aangaat bevoegd zijn om de regeling voor kostenverhaal toe te passen. Het bestuursorgaan dat het besluit neemt, bepaalt in het besluit ook het kostenverhaalsgebied. Bij de publiekrechtelijke regeling mogen kosten alleen worden verhaald als ze voldoen aan de PPT-criteria. Tot zover niets wezenlijks nieuws onder de zon.

### 3.4 Integrale versus organische gebiedsontwikkeling

Het wetsvoorstel biedt zowel de mogelijkheid om de huidige praktijk van kostenverhaal bij 'integrale gebiedsontwikkeling' voort te zetten als een mogelijkheid voor kostenverhaal bij het 'organische gebiedsontwikkeling', waarbij er nog onzekerheden

zijn over het eindbeeld en de termijn waarbinnen de (bouw)activiteiten gerealiseerd worden.<sup>48</sup> De keuze voor een van beide systemen is gekoppeld aan het objectieve criterium 'tijdvak'. Het kenmerkende onderscheid tussen de twee systemen zit in het vastleggen van het tempo van de ontwikkeling. De twee systemen verschillen op onderdelen van elkaar. Het eerste verschil betreft de wijze van rekenen. Bij een organische ontwikkeling vermeldt het omgevingsplan slechts het maximale kostenverhaal voor het gebied (kostenplafond) en de activiteiten. Bij een integrale gebiedsontwikkeling moet een raming van de kosten en opbrengsten in het omgevingsplan worden opgenomen.

Het tweede verschil tussen beide systemen betreft de vraag welke kosten verhaald kunnen worden. Omdat bij integrale gebiedsontwikkeling het uitgangspunt is dat het hele gebied wordt ontwikkeld, worden de kosten van het hele gebied verhaald. Dus ook de verwervingskosten van grond van particuliere eigenaren, waarop aangewezen activiteiten zijn toegestaan. Bij organische gebiedsontwikkeling zijn er onzekerheden over het eindbeeld, de kosten, het programma en het tempo en kiest het gemeentebestuur een faciliterende rol. Ook zal de gemeente haar investeringen vaak afhankelijk maken van de voortgang van initiatieven in het gebied. Als er niets gebeurt, zal de gemeente ook geen voorzieningen aanleggen. Het kostenverhaal zal daarom bij het Aanvullingsbesluit voor organische gebiedsontwikkeling worden beperkt tot de kosten voor werken, werkzaamheden en maatregelen die nodig zijn voor niet-uitgeefbare gronden.

Een derde verschil betreft de begrenzing van het kostenverhaal. Bij integrale gebiedsontwikkeling worden de totale kosten van het kostenverhaalsgebied vergeleken met de totale opbrengsten. Er mogen niet meer kosten worden verhaald dan er opbrengsten zijn (macro-aftopping). Deze toets vindt plaats bij de vaststelling van het omgevingsplan. Bij organische ontwikkeling vindt een toets op een later moment plaats, namelijk bij de aanvraag van de beschikking bestuursrechtelijke geldschuld. Er wordt getoetst aan de waardevermeerdering ten gevolge van de aanvraag voor een te verrichten activiteit.<sup>49</sup> Het te verhalen bedrag mag niet hoger zijn dan de waardevermeerdering na aftrek van kosten (met inbegrip van de inbrengwaarde) op het eigen perceel. Daarmee wordt voorkomen dat een initiatiefnemer meer moet betalen dan zijn grond in waarde is gestegen.

Ook nadat in het omgevingsplan een grondslag is gelegd voor het verhalen van de kosten kunnen de gemeente en de initiatiefnemer een - posterieure - overeenkomst sluiten over kostenverhaal. In dat

<sup>43</sup> Zie de Consultatieversie Aanvullingsbesluit Grondeigendom Omgevingswet d.d. 22 maart 2019.

<sup>44</sup> Zie Kamerstukken II 2019/19 35 133, nr. 3, p. 151.

<sup>45</sup> Zie artikel 13.13 Ow.

<sup>46</sup> Zie Kamerstukken II 2018/19, 35 133, nr. 3, p. 151.

<sup>47</sup> Het projectbesluit is onder de Ow - onder meer - de opvolger van het tracébesluit (en, verwarrend genoeg, geen omgevingsvergunning voor de activiteit afwijken).

<sup>48</sup> Zie Kamerstukken II 2018/19, 35 133, nr. 3, p. 151.

<sup>49</sup> Zie artikel 13.18 lid 1 Ow.

geval moet de gemeente de regels over kostenverhaal in het omgevingsplan wel in acht nemen. Nadat de overeenkomst is gesloten, vervalt het verbod om de activiteit uit te voeren omdat de bijdrage in de kosten langs deze weg wordt voldaan en daarmee het verhalen van de kosten is verzekerd.

Als nog geen - anterieure of posterieure - overeenkomst is gesloten loopt het verhalen van de kosten via een beschikking bestuursrechtelijke geldschuld, en dus niet langer over de band van de omgevingsvergunning.<sup>50</sup> Zodra een initiatiefnemer aan de slag wil, vraagt hij het college van burgemeester en wethouders om die beschikking. Pas na betaling aan de gemeente kan een initiatiefnemer gaan bouwen, tenzij in de beschikking iets anders is bepaald.

Het wetsvoorstel voorziet - ten slotte - ook in regels voor een eindafrekening. Bij de eindafrekening wordt de balans van de kosten opgemaakt. Als bij de eindafrekening blijkt dat de verhaalde kosten hoger zijn dan de daadwerkelijk gemaakte kosten, vindt een terugbetaling plaats naar rato van het aandeel dat diegene die de activiteit heeft verricht, heeft bijgedragen. De gemeente mag net als onder de Wro<sup>51</sup> een meevaller ter hoogte van 5% van de betaalde bijdrage houden. Omdat bij organische ontwikkeling de eindafrekening lang op zich kan laten wachten, kan degene die betaald heeft vanaf vijf jaar na de betaling een tussentijdse afrekening vragen voor zijn betaalde bijdrage.

### 3.5 Financiële bijdrage aan ontwikkelingen van een gebied

Niet in het wetsvoorstel, maar in de nadien verschenen nota van wijziging van 2 april 2019<sup>52</sup> treffen we - alsnog - een opvolger artikel 6.24 lid 1 sub a Wro aan, geheten 'financiële bijdrage aan ontwikkelingen van een gebied' (voorheen: 'financiële bijdrage aan ruimtelijke ontwikkelingen'). Anders dan ten tijde van de totstandkoming van de Omgevingswet door het kabinet aangenomen, blijkt dat er in veel meer gevallen wel degelijk sprake is van een bijdrage buiten het kostenverhaal en blijkt er in de praktijk toch een sterke behoefte te bestaan om de mogelijkheid te hebben om een overeenkomst te sluiten over een financiële bijdrage voor ontwikkelingen van een gebied, aldus de indiener van het wetsvoorstel. Met een wettelijke grondslag blijft het mogelijk de huidige praktijk te kunnen doorzetten. Zo wordt bereikt dat ontwikkelingen doorgang vin-

den terwijl tegelijkertijd de kwaliteit van de fysieke leefomgeving verbeterd wordt. Om bovenvermelde redenen wordt met dit voorstel teruggekomen op het schrappen van de financiële bijdrage voor ontwikkelingen van een gebied in de Omgevingswet, zo wordt in de nota van wijziging aangegeven.

Vanwege het belang van de samenhang tussen de activiteiten en de maatschappelijke functies en reconstructies bepaalt artikel 6.24 Wro dat dit verband moet worden vastgelegd in een structuurvisie (zie hoofdstuk 2.5 hiervoor). In de Omgevingswet wordt de structuurvisie vervangen door de instrumenten omgevingsvisie en programma. Daarom is ervoor gekozen om zowel de omgevingsvisie als het programma als basis voor het opnemen van bepalingen over financiële bijdrage aan ontwikkelingen van een gebied in een overeenkomst mogelijk te maken.

Uit het bestaan van de mogelijkheid om een overeenkomst te sluiten over financiële bijdragen voor ontwikkelingen van het gebied niet afgeleid worden dat het mogelijk zou zijn planologische wijzigingen te kopen, zo verzekert de nota van wijziging ons nog tot slot.

## 4. Aandachtspunten anterieure fase

### 4.1 Uitgangspunt: voortzetten huidige praktijk

Het wetsvoorstel voor de Aanvullingswet bestendigt de huidige praktijk van de anterieure fase. Het biedt met artikel 13.13 Ow een uitdrukkelijke basis voor het anterieur contracteren over kostenverhaal:

Artikel 13.13 (kostenverhaal bij overeenkomst)

1. De rechtspersoon waarvan het bestuursorgaan een orgaan is, kan met degene die kosten is verschuldigd een overeenkomst aangaan over kostenverhaal.
2. Bij de overeenkomst kan worden bepaald dat de betaling geheel of gedeeltelijk na aanvang van de activiteit plaatsvindt, mits aan de overeenkomst voorwaarden worden verbonden over het stellen van aanvullende zekerheden voor de betaling. In dat geval geldt het verbod, bedoeld in artikel 13.12, niet.
3. Paragraaf 13.6.3 is niet van toepassing voor zover het verhalen van kosten als bedoeld in artikel 13.11, eerste lid, is verzekerd vanwege een overeenkomst als bedoeld in het eerste lid.

Het wetsvoorstel beoogt expliciet de huidige praktijk van de anterieure fase te bestendigen. Contractsvrijheid blijft daarbij het uitgangspunt. Deze contractsvrijheid is (en blijft) evenwel niet onbe-

<sup>50</sup> Deze aanpassing is nodig, omdat in het wetsvoorstel voor de Invoeringswet Omgevingswet is opgenomen dat de omgevingsvergunning voor een bouwactiviteit niet langer verplicht is (de zogeheten knip). Die omgevingsvergunning kan daardoor niet meer in alle gevallen dienen als instrument om de verplichting voor kostenverhaal te effectueren.

<sup>51</sup> Zie artikel 6.20 lid 3 Wro.

<sup>52</sup> Kamerstukken II 2018/19, 35 133 (nota van wijziging). Zie hierover ook A.G. Bregman: 'Financiële bijdragen aan ruimtelijke ontwikkelingen in de Omgevingswet', TBR 2019, 110.

grensd, zo wordt in de memorie van antwoord opgemerkt.<sup>53</sup> Ik verwijs naar hoofdstuk 2.2 hiervoor.<sup>54</sup>

De memorie van antwoord vermeldt dat als het kostenverhaal is verzekerd door een overeenkomst, een publiekrechtelijke regeling van het kostenverhaal niet meer nodig is. De memorie van antwoord vermeldt voorts dat door de scheiding tussen een publiekrechtelijk en een privaatrechtelijk spoor, de elementen uit de publiekrechtelijke regeling, zoals de limitatieve kostensoortenlijst en de PPT-criteria, 'niet rechtstreeks' van toepassing op de overeenkomst in het privaatrechtelijke spoor. Op beide elementen - eventuele samenloop privaatrechtelijke en publiekrechtelijke regeling en de hiervoor bedoelde 'schaduwwerking' - kom ik hieronder terug. Ik sta eerst - kort - stil bij lid 1 en lid 2.

De anterieure overeenkomst kan worden gesloten door de rechtspersoon waarvan het bestuursorgaan een orgaan is, aldus lid 1. Die rechtspersonen zijn dus gemeente, provincie of de Staat. In lid 2 wordt met het oog op het verbod in het voorgestelde artikel 13.12 Ow<sup>55</sup> geregeld dat als de activiteit wordt verricht en er niet is betaald, het verbod onder omstandigheden niet in de weg staat aan het verrichten van de activiteit. Dat is het geval als de overeenkomst specifieke afspraken en voorwaarden bevat over gehele of gedeeltelijke betaling na het starten van de activiteit, aldus de artikelsgewijze toelichting.<sup>56</sup> Uit de wettekst volgt dat het hierbij zal moeten gaan om het stellen van zekerheid voor de betaling. Hierbij kan worden bijvoorbeeld gedacht aan een waarborgsom, bankgarantie of eventueel een concerngarantie. Daarmee wordt voor overeenkomsten naar de strekking een gelijke voorziening getroffen als voor de kostenverhaalsbeschikking; zie artikel 13.19 Ow. Onder de Wro ontbrak een dergelijke bepaling voor de anterieure overeenkomst. Over het algemeen verlangen gemeenten overigens thans wel zekerheid voor de betaling van de exploitatiebijdragen. In zoverre sluit deze toevoeging ten opzichte van de Wro goed aan bij de praktijk.

In de memorie van toelichting wordt niet expliciet aangegeven dat, ook indien geen sprake is van bouwactiviteiten in de zin van artikel 13.11 Ow, de gemeente een anterieure overeenkomst kan sluiten. Nu de regering wat betreft de anterieure fase geen breuk met het verleden beoogt, moet worden aan-

genomen dat dit (evenals onder de Wro) mogelijk is.<sup>57</sup>

## 4.2 Samenloop privaatrechtelijke en publiekrechtelijke regeling

In hoofdstuk 2.6 ging ik in op de wenselijkheid van het exploitatieplan als 'veiligheidsklep': mocht de grondeigenaar waarmee door de gemeente anterieur is gecontracteerd, nadat het bestemmingsplan is vastgesteld, zijn grond verkopen ofwel overhoopt in financiële problemen terecht komen en niet langer haar (kostenverhaals)verplichtingen kunnen nakomen, dan heeft de gemeente zonder het exploitatieplan voor het kostenverhaal geen 'stok meer achter de deur'. Het is op basis van de letterlijke tekst van artikel 13.13 lid 3 Ow de vraag of dit straks nog steeds mogelijk is. Dit komt omdat de redactie van artikel 13.13 lid 3 Ow afwijkt van die van artikel 6.12 Wro. Dit laatste artikel stelt immers dat de gemeenteraad bij (kort gezegd) de vaststelling van een bestemmingsplan kan besluiten geen exploitatieplan indien het kostenverhaal anderszins is verzekerd (en het niet noodzakelijk is om faseringsregels, locatie-eisen en uitvoeringsregels te stellen). Artikel 13.13 lid 3 Ow stelt daarentegen dat paragraaf 13.6.3 Ow 'niet van toepassing' is, 'voor zover' het kostenverhaal bij overeenkomst is verzekerd. Niet van toepassing betekent in mijn ogen dat daar alsdan dus geen gebruik van kan worden gemaakt. Geen regels over kostenverhaal als 'veiligheidsklep' in het omgevingsplan derhalve? De memorie van toelichting gaat in op de woorden 'niet van toepassing' en 'voor zover' maar beantwoordt deze vraag niet:

'Het derde lid regelt dat als er op basis van het eerste en tweede lid kosten moeten worden verhaald paragraaf 13.6.3 niet van toepassing is voor zover het kostenverhaal is verzekerd door middel van een overeenkomst als bedoeld in het eerste lid. Er is dan geen aanleiding om voor dat kostenverhaal in een omgevingsplan regels op te nemen, een geldsom bij beschikking vast te stellen enzovoort. Dat is overbodig en brengt onnodige lasten met zich mee. Met 'voor zover' wordt benadrukt dat bij kostenverhaal dat gedeeltelijk is verzekerd door een overeenkomst, de uitzondering alleen geldt voor dat deel waarvan het kostenverhaal door de overeenkomst is verzekerd.'

De VNG lijkt de voormelde vraag ontkennend te beantwoorden; zij stelt in haar brief van 29 maart 2019 aan de woordvoerders Omgevingswet voor, de mogelijkheid van kostenverhaalsregels in het omgevingsplan niet op voorhand uit te sluiten voor een locatie waarvoor een anterieure overeenkomst is gesloten.<sup>58</sup>

<sup>53</sup> Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35 133, nr. 3, p. 221.

<sup>54</sup> Het is bedoeling van de regering om het contracteerverbod van artikel 122 Woningwet (zie hoofdstuk 2 van deze bijdrage) voort te zetten onder de Ow, zie artikel 23.7 Ow en *Kamerstukken II* 2013-14, 33 962, nr. 3. Zie hierover G.A. van der Veen, *De Omgevingswet en het privaatrecht*, 70 juni 2017, nr. 2., die m.i. terecht wijst op de discrepantie tussen deze bedoeling en de letterlijke wettekst, die meer ruimte om te contracteren lijkt toe te laten.

<sup>55</sup> 'Het is verboden een op grond van artikel 13.11, eerste lid, aangevoerde activiteit te verrichten, voordat de op grond van deze afdeling verschuldigde kosten zijn betaald.'

<sup>56</sup> Zie *Kamerstukken II*, 35 133, nr. 3, p. 222.

<sup>57</sup> Zie de uitspraak *Koggenland* en *Staatsblad* 2008, 145, p. 69.

<sup>58</sup> Zie <[www.vng.nl/onderwerpen/index/omgevingswet/wettelijk-stel-sel-omgevingswet/nieuws/vng-reactie-op-aanvullingswet-grondeigendom](http://www.vng.nl/onderwerpen/index/omgevingswet/wettelijk-stel-sel-omgevingswet/nieuws/vng-reactie-op-aanvullingswet-grondeigendom)>.



De leden D66-fractie hebben aan de regering de vraag gesteld of er regels over kostenverhaal als 'veiligheidsklep' in een omgevingsplan kunnen worden opgenomen. In de nota naar aanleiding van het verslag beantwoordt de regering deze vraag bevestigend<sup>59</sup>:

'Het wetsvoorstel gaat uit van een voorkeur voor kostenverhaal langs privaatrechtelijke weg. Alleen als het kostenverhaal voor één of meer locaties in een gebied niet of niet volledig via overeenkomsten is verzekerd, is kostenverhaal langs publiekrechtelijke weg verplicht. Het ontbreken van die verplichting neemt de bevoegdheid tot het stellen van regels of voorschriften over kostenverhaal als bedoeld in paragraaf 13.6.3 echter niet weg. Dit is in lijn met huidige rechtspraak, waarin de Afdeling bestuursrechtspraak overweegt dat een exploitatieplan ook mag worden vastgesteld als het kostenverhaal anderszins is verzekerd.<sup>60</sup> Anders dan de leden van de D66-fractie veronderstellen, sluit de voorgestelde regeling dus niet uit dat gemeenten een publiekrechtelijke achtervang opnemen in het omgevingsplan als zij anterieur gecontracteerd hebben.'

Dit antwoord is duidelijk, de wettekst (artikel 13.13 lid 3 Ow) wat mij betreft niet helemaal. De beoogde situatie zou duidelijker naar voren komen indien aan artikel 13.3 Ow een vierde lid zou worden toegevoegd:

'In afwijking van het derde lid kan het bestuursorgaan paragraaf 13.6.3 ook van toepassing verklaren voor zover het verhalen van kosten is verzekerd als bedoeld in het derde lid. Het bepaalde in artikel 13.18, eerste lid, blijft in dat geval van toepassing.'

Aldus is duidelijk dat ook kostenverhaalsregels kunnen worden opgenomen in het omgevingsplan indien het kostenverhaal door middel van (een) anterieure overeenkomst(en) is verzekerd, terwijl kostenverhaal bij beschikking vervolgens alleen aan de orde blijft indien er geen overeenkomst is aangegaan (zie artikel 13.18 lid 1 Ow). Een alternatief zou zijn aan afdeling paragraaf 13.6.3 een bepaling toe te voegen waarin staat dat het bestuursorgaan kan afzien van het opnemen van kostenverhaalsregels, indien het kostenverhaal als bedoeld in artikel 13.11 lid 1 Ow is verzekerd vanwege een overeenkomst als bedoeld in artikel 13.13 lid 1 Ow.

#### 4.3 Schaduwwerking kostensoortenlijst en PPT-criteria

Als gezegd vermeldt de memorie van antwoord dat de limitatieve kostensoortenlijst en de PPT-criteria 'niet rechtstreeks' van toepassing zijn op de

anterieure overeenkomst. Wel zal de publiekrechtelijke regeling naar verwachting 'schaduwwerking' hebben op de onderhandelingen over een overeenkomst, zoals dat nu op grond van afdeling 6.4 Wro ook het geval is. De memorie van toelichting verwijst daarbij expliciet naar de door mij hiervoor (in hoofdstuk 2.3) besproken uitspraak *Koggenland*.

De limitatieve kostensoortenlijst en de PPT-criteria zijn alleen rechtstreeks van toepassing indien gebruik gemaakt wordt van de publiekrechtelijke regeling van paragraaf 13.6.3. Met de VNG<sup>61</sup> ben ik van mening dat het logischer is om de passage uit artikel 13.11 Ow over de PPT-criteria te verplaatsen naar paragraaf 13.6.3.

#### 4.4 Kennisgeving anterieure overeenkomst

Artikel 16.138 Ow bepaalt dat van de anterieure overeenkomst binnen twee weken na het aangaan daarvan wordt kennisgegeven in een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad of op andere geschikte wijze en dat een beschrijving van de zakelijke inhoud ter inzage wordt gelegd. De inhoud van de overeenkomst zelf hoeft dus - evenals onder de Wro - niet te worden kennisgegeven. Artikel 16.138 combineert in wezen artikel 6.24 lid 3 Wro en artikel 6.2.12 Bro. Toegevoegd is alleen de 'andere geschikte wijze'. Alhoewel dit niet uit de (memorie van) toelichting blijkt, zou hier bijvoorbeeld kennisgeving op de gemeentelijke website onder kunnen worden verstaan. Evenals onder de Wro staat er op een gebrekkige kennisgeving geen sanctie.<sup>62</sup>

#### 4.5 Financiële bijdrage aan ontwikkelingen van een gebied en planschadeverhaalsovereenkomst

Artikel 6.24 lid 1 Wro is onder huidig recht de grondslag voor anterieur kostenverhaal. Het artikel bepaalt voorts dat gemeenten in een anterieure overeenkomst bepalingen kunnen opnemen over financiële bijdragen aan ruimtelijke ontwikkelingen (sub a) en over verrekening van planschade (sub b). De grondslag voor bepalingen over financiële aan ruimtelijke ontwikkelingen 'verhuist' naar artikel 13.18 Wro, zie hoofdstuk 3.5 hiervoor. Het zou wat mij betreft zeker geen kwaad kunnen om de voornamelijk uit de wetgeschiedenis van artikel 6.24 lid 1 sub a Wro afkomstige vereisten voor het verlangen van deze financiële bijdrage - ik verwijs wederom naar hoofdstuk 3.5 hiervoor - te codificeren, bijvoorbeeld in het Aanvullingsbesluit. Dit zou de rechtszekerheid voor zowel initiatiefnemers als gemeenten ten goede komen.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> Zie de in voetnoot 57 genoemde brief van de VNG, waarin zulks wordt voorgesteld.

<sup>62</sup> Een gebrekkige kennisgeving van de anterieure overeenkomst tast de rechtmatigheid van het exploitatieplan bovendien niet aan, zie ABRvS 28 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT2838.

<sup>63</sup> Zie hierover een (andere) brief van de VNG van 29 maart 2019, <[www.vng.nl/files/vng/brieven/2019/20190329\\_brief-parlement\\_vng-ipo-en-uwv-inbreng-aanvullingswet-grondeigendom.pdf](http://www.vng.nl/files/vng/brieven/2019/20190329_brief-parlement_vng-ipo-en-uwv-inbreng-aanvullingswet-grondeigendom.pdf)>

<sup>59</sup> Kamerstukken II 2018/19, 35 133 (nota naar aanleiding van het verslag), p. 45.

<sup>60</sup> De regering verwijst naar de in voetnoot 31 genoemde rechtspraak.

De grondslag voor verhaal van planschadevergoedingen in een anterieure overeenkomst wordt niet expliciet genoemd in afdeling 13.6 Ow over kostenverhaal. Artikel 13.3c Ow, ingevoerd bij de Invoeringswet Omgevingswet<sup>64</sup>, waarmee de Tweede Kamer op 7 maart 2019 heeft ingestemd, biedt evenwel grondslag voor verhaal van planschadevergoedingen en nadeelcompensatie. Het verhaal van planschadevergoedingen en nadeelcompensatie via het sluiten van een overeenkomst met de initiatiefnemer is een bevoegdheid.<sup>65</sup> Ik wijs er korthedshalve op dat artikel 13.3d Ow een 'stok achter de deur' biedt in de vorm van het verhalen van schadevergoeding op initiatiefnemer bij beschikking.

#### 4.6 Posterieure overeenkomst

Ook nadat het verhalen van de kosten geregeld is in een omgevingsplan kunnen partijen nog een overeenkomst sluiten, de posterieure overeenkomst. Daarbij moet het omgevingsplan in acht worden genomen. Er mag immers door een publiekrechtelijke rechtspersoon niet gecontracteerd worden in strijd met wet- en regelgeving. aldus de memorie van toelichting. Het hangt van het omgevingsplan af hoeveel onderhandelingsruimte er nog is voor de posterieure overeenkomst, zo vervolgt de memorie van toelichting.<sup>66</sup> Na het sluiten van een posterieure overeenkomst is kostenverhaal via de publiekrechtelijke weg niet meer aan de orde. Dit valt af te leiden uit artikel 13.18 lid 1 Ow.

De Aanvullingswet bevat geen equivalent van artikel 6.24 lid 2 Wro (de huidige grondslag voor de posterieure overeenkomst) maar volstaat met deze opmerkingen in de memorie van toelichting. Niet valt in te zien waarom (bijvoorbeeld) aan artikel 13.13 Ow geen passage over de posterieure overeenkomst wordt toegevoegd. In feite hoeft daarin alleen te staan dat i) na de vaststelling van kostenverhaalsregels in het omgevingsplan deze regels in acht genomen moeten worden en ii) de overeenkomst bepalingen kan bevatten over de uitwerking daarvan, doch geen bepalingen kan bevatten over onderwerpen die in het omgevingsplan hadden kunnen worden geregeld maar daarin niet zijn opgenomen.<sup>67</sup>

#### 4.7 Overgangsrecht van Wro naar Ow

Het overgangsrecht voor anterieure overeenkomsten is geregeld in de artikel 4.122 Invoeringswet Omgevingswet en luidt eenvoudig: de Wro blijft van toepassing op anterieure overeenkomsten, als zij zijn gesloten voor de inwerkingtreding van

de Omgevingswet.<sup>68</sup> De Wro blijft voorts van toepassing op (onder meer) bestemmingsplannen en exploitatieplannen, waarvan het ontwerp voor de inwerkingtreding van de Omgevingswet ter inzage is gelegd.<sup>69</sup> Gezien de sterke gelijkenissen tussen de anterieure fase onder de Wro en de Omgevingswet zal het overgangsrecht op dit punt naar verwachting voor weinig problemen zorgen.

### 5. Conclusie

De regering heeft er voor gekozen om de anterieure fase in tact te laten. Vanuit de praktijk van gebiedsontwikkeling bezien kan dit worden toegejuicht. Het huidige systeem functioneert naar behoren, met als enige échte punt van wrijving het spanningsveld tussen contractsvrijheid enerzijds en de schaduwwerking van de limitatieve kostensoortenlijst en PPT-criteria anderzijds, waarbij betaalplanologie soms op de loer ligt. De regering heeft echter in de toelichting op de Aanvullingswet wederom benadrukt dat van dit laatste geen sprake mag zijn en de 'schaduwwerking' van de publiekrechtelijke regeling voorop gesteld.

Van een aardschok is op dit onderdeel van de Aanvullingswet dus geen sprake. Dat had anders kunnen zijn als de regering er voor had gekozen om de limitatieve kostensoortenlijst en PPT-criteria rechtstreeks van toepassing te verklaren op de anterieure fase. Mogelijk had dit tot menig geschil bij de burgerlijk rechter over de reikwijdte van deze lijst en criteria geleid, zoals in het verleden het nodige over de verhouding exploitatieovereenkomst - exploitatieverordening ex artikel 42 WRO is geprocedeerd. Met het voorliggende wetsvoorstel is discussie van die omvang niet aan de orde.

Op onderdelen is aanleiding voor verduidelijking of aanvulling. Zo verdient het naar mijn mening aanbeveling om i) bij voorkeur in de wettekst te verduidelijken dat ook kostenverhaalsregels kunnen worden opgenomen in het omgevingsplan, indien het kostenverhaal door middel van (een) anterieure overeenkomst(en) is verzekerd, ii) te verduidelijken dat ook indien geen sprake is van bouwactiviteiten in de zin van artikel 13.11 Ow, de gemeente een anterieure overeenkomst kan sluiten, iii) de passage uit artikel 13.11 Ow over de PPT-criteria te verplaatsen naar paragraaf 13.6.3, iv) de posterieure overeenkomst - net als onder de Wro - een wettelijke grondslag te geven, en v) de criteria waaraan de financiële bijdrage aan ontwikkelingen van een gebied moet voldoen nader te concretiseren, bijvoorbeeld in het Aanvullingsbesluit. ●

<sup>64</sup> Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 2.

<sup>65</sup> Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 217.

<sup>66</sup> Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35 133, nr. 3, p. 154.

<sup>67</sup> Dit stond wel in artikel 12.4 Ow, zoals dit was beoogd voorafgaand aan de indiening van het wetsvoorstel.

<sup>68</sup> Artikel 4.122 verwijst nog naar (de inwerkingtreding van) artikel 12.4 Ow, zoals dit was beoogd voorafgaand aan de indiening van het wetsvoorstel.

<sup>69</sup> Zie artikel 4.6 lid 2 Invoeringswet Omgevingsrecht.