

12. De anterieure overeenkomst, over een ‘vrijwillig’ instrument

MR. M.T. PRANGER EN MR. H.P. WIERSEMA

Voor de ontwikkeling van woningen en utiliteitsbouw is in veel gevallen wijziging van het vigerend bestemmingsplan nodig. De anterieure overeenkomst tussen initiatiefnemer en gemeente heeft in deze gevallen een centrale rol. Daarin worden afspraken gemaakt over in ieder geval grondexploitatiekosten, maar bijvoorbeeld ook over planschadeposten, ‘plankosten’, de financiering van andere ‘ruimtelijke ontwikkelingen’ door middel van fondsen voor functies op een hoger schaalniveau, en duurzaamheidseisen. In dit artikel besteden wij met name aandacht aan de financiering van ‘ruimtelijke ontwikkelingen’ (waaronder ‘betaalplanologie’) en de plaats van de anterieure overeenkomst in het kader van de ruimtelijke uitvoerbaarheid van een bestemmingsplan of omgevingsvergunning.

1. Inleiding

Voor vastgoedprofessionals, waaronder de lezer, is dit een bijzondere en dynamische tijd. In de kranten verschijnen dagelijks artikelen over de woningnood¹, een oververhitte huizenmarkt² en de noodzaak³ deze problemen te tackelen op de meest duurzame wijze⁴. De verkoop van nieuwbouwwoningen heeft het hoogste aantal bereikt sinds 2006; in totaal werden 19.500 woningen verkocht in de eerste helft van 2021.⁵ Ook treedt de Omgevingswet (Ow) naar verwachting op 1 juli 2022 in werking.⁶

Voor de ontwikkeling van woningen en utiliteitsbouw is in veel gevallen, zeker bij nieuwbouw, wijziging van het vigerend bestemmingsplan nodig. Denk bijvoorbeeld aan percelen die nog een agrarische bestemming hebben, of bouwregels binnen een woonbestemming die te beperkte bouwhoogtes toestaan om een project rendabel te laten zijn. Er kan daarbij sprake zijn van locatieontwikkeling op perceelniveau of gebiedsontwikkeling met meestal sterkere sturing door de gemeente, van particuliere of (deels) overheidsgronden.

De anterieure overeenkomst tussen initiatiefnemer en gemeente heeft in deze gevallen vaak een centrale rol.

De wijziging van een bestemmingsplan, door herziening, binnenplanse wijziging dan wel door verlening van een omgevingsvergunning voor met het bestemmingsplan strijdig gebruik, gaat hand in hand met het sluiten van een anterieure overeenkomst. Daarin worden afspraken gemaakt over in ieder geval grondexploitatiekosten, maar bijvoorbeeld ook over planschadeposten, ‘plankosten’⁷, de financiering van andere ‘ruimtelijke ontwikkelingen’ door middel van fondsen voor functies op een hoger schaalniveau, en duurzaamheidseisen.

In dit artikel besteden wij met name aandacht aan de financiering van ‘ruimtelijke ontwikkelingen’ (waaronder ‘betaalplanologie’) en de plaats van de anterieure overeenkomst in het kader van de ruimtelijke uitvoerbaarheid van een bestemmingsplan of omgevingsvergunning.

De opbouw van dit artikel is als volgt. Wij introduceren de anterieure overeenkomst in de context van de huidige Wet ruimtelijke ordening (Wro) (paragraaf 2). Wij analyseren een selectie van relevante uitspraken van de bestuursrechter over de financiering van ruimtelijke ontwikkelingen en uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan (paragraaf 3). Daarna behandelen wij deze leerstukken in het licht van de toekomstige Ow (paragraaf 4). In paragraaf 5 geven wij onze visie op de huidige en toekomstige praktijk van de anterieure overeenkomst, en in paragraaf 6 sluiten wij af met een conclusie.

1 ‘Woningtekort is helaas geen mening maar realiteit’, *Financieele Dagblad* 26 mei 2021.

2 ‘ABN Amro: woningmarkt raakt verder verhit’, *Financieele Dagblad* 13 juli 2021.

3 ‘Nieuw VN-rapport maakt harde politieke keuzes over klimaat onvermijdelijk’, *Financieele Dagblad* 9 augustus 2021.

4 ‘Hoe oud beton nieuw leven krijgt’, *Financieele Dagblad* 8 juli 2021.

5 ‘Meeste nieuwbouwwoningen verkocht sinds 2006’, *Financieele Dagblad* 26 juli 2021.

6 Brief van de minister van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties van 27 mei 2021, 2021-0000276677.

7 Waarmee meestal wordt bedoeld op een vergoeding voor door het ambtelijke apparaat besteedde uren in de fase voordat het betrokken planologische besluit wordt aangevraagd of in procedure gaat.

2. Wet ruimtelijke ordening

2.1 Gemengd stelsel van kostenverhaal

Gemeenten maken vaak hoge kosten bij de ontwikkeling van bouwlocaties, voor onder meer het bouwrijp maken, de inrichting van de openbare ruimte en het aanleggen van nutsvoorzieningen.⁸ Onder het systeem van de Wro is de raad verplicht deze kosten van grondexploitatie te borgen wanneer sprake is van vaststelling of binnenplanse wijziging van een bestemmingsplan, dan wel de verlening van een omgevingsvergunning voor met het bestemmingsplan strijdig gebruik.⁹

De huidige bepalingen in de Wro over kostenverhaal zijn in 2008 geïntroduceerd door de ‘Grondexploitatiewet’¹⁰. Bij de behandeling van het wetsvoorstel is veel aandacht besteed aan de vraag wat het primaat was van het nieuwe stelsel: privaatrechtelijk dan wel publiekrechtelijk kostenverhaal. Het antwoord van de wetgever is dat de Grondexploitatiewet een gemengd stelsel kent, maar waarbij het *uitgangspunt* is dat overheden en private partijen op *vrijwillige* basis komen tot privaatrechtelijke afspraken.¹¹ Volgens de wetgever hoort dat bij een *‘moderne aanpak van gebiedsontwikkeling waarin private en publieke partijen gezamenlijk trachten te komen tot een optimaal arrangement voor een gebied.’*¹² Privaatrechtelijke afspraken bestonden al in de vorm van bijvoorbeeld exploitatieovereenkomsten. De Grondexploitatiewet beoogde de regeling van privaatrechtelijke overeenkomsten over financiële bijdragen aan ruimtelijke ontwikkelingen ruimhartig(er) vorm te geven.¹³ Het uitgangspunt daarbij is de contractsvrijheid, waarbij de planologische aanvaardbaarheid nog wel vooropstaat.¹⁴ Die contractsvrijheid wordt aldus ingevuld door de anterieure overeenkomst.

(Slechts) voor gevallen waarin publieke en private partijen er gezamenlijk niet uit komen, voorziet de Wro in een stok achter de deur in de vorm van publiekrechtelijke afdwingbaar kostenverhaal door het vaststellen van een exploitatieplan en de invordering van die kosten bij de bouwvergunning.¹⁵

De wetgever signaleerde een schaduw-/reflexwerking van de publiekrechtelijke kostensoortenlijsten en criteria voor exploitatieplannen (waarover meer in paragraaf 2.3), bij de totstandkoming van privaatrechtelijke afspraken: *‘een wisselwerking tussen beide sporen.’*¹⁶ De regeling die in het publiekrechtelijke spoor is getroffen en dan met name de kostensoortenlijst, zou naar alle waarschijnlijkheid invloed hebben op de praktische onderhandelingsruimte in het privaatrechtelijke spoor, waarbij een gemeente duidelijke

haar handelwijze zal moeten motiveren.¹⁷ Wel zal een gemeente *‘via het “vrijwillige privaatrechtelijke spoor” in het algemeen toch verdergaande afspraken kunnen blijven maken dan via het publiekrecht mogelijk is’*, aldus de wetgever.¹⁸

2.2 Privaatrechtelijk kostenverhaal: anterieure overeenkomst

De grondslag voor het privaatrechtelijke spoor is art. 6.12 lid 2 onder a Wro. Daarin is bepaald dat de raad af kan zien van het vaststellen van een exploitatieplan indien kostenverhaal *‘anderszins verzekerd is’*. Dit anderszins verzekeren kan met een anterieure overeenkomst of posterieure overeenkomst, waarbij in het laatste geval het vastgestelde exploitatieplan in acht moet worden genomen.¹⁹

Art. 6.24 Wro bevat een beperkt aantal regulerende regels over de anterieure overeenkomst. In de overeenkomst kunnen bepalingen worden opgenomen over: (i) financiële bijdragen aan de grondexploitatie, (ii) financiële bijdragen aan ruimtelijke ontwikkelingen op basis van een vastgestelde structuurvisie, en (iii) planschadeverrekening.

‘Financiële bijdragen aan de grondexploitatie’ zijn de kosten die ook verhaald kunnen worden via een exploitatieplan.

Bij ‘financiële bijdragen aan ruimtelijke ontwikkelingen’ kan men denken aan een bijdrage aan *‘maatschappelijk belangrijke functies zoals natuur, recreatie, waterberging, infrastructuur en culturele voorzieningen’*.²⁰ Deze ruimtelijke ontwikkeling moet wel zijn vastgelegd in de structuurvisie. De ruimtelijke ontwikkelingen kunnen ook buiten de directe omgeving van de locatie liggen²¹, waarmee dergelijke bijdragen dus vaak worden verhaald ten behoeve van een gebiedsontwikkeling en niet slechts de locatieontwikkeling.

Voorts is van belang dat vrij gecontracteerd mag worden, behoudens over wettelijke gebods- en verbodsbepalingen. Het is bijvoorbeeld niet toegestaan te contracteren over het Bouwbesluit 2012 en de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo).²²

Het college van burgemeester en wethouders dient binnen twee weken na het sluiten van de overeenkomst daarvan kennis te geven in het gemeenteblad.²³

Bij anterieure overeenkomsten bestaat het gevaar van ‘betaalplanologie’. De wetgever signaleert dat het in theorie kan voorkomen dat een ontwikkelaar een planologische wijziging ‘koopt’.²⁴ In die theorie zou een ontwikkelaar, indien deze maar genoeg geld betaalt, kunnen ontwikkelen in een belangrijk natuurgebied waar ontwikkelingen niet gewenst zijn. Een vaker voorkomende variant is dat

8 Vgl. art. 6.13 lid 1 sub b Wro.

9 Art. 6.12 lid 2 Wro.

10 Kamerstukken II 2004/05, 30218.

11 Kamerstukken II 2004/05, 30218, nr. 6, p. 17.

12 Kamerstukken II 2004/05, 30218, nr. 6, p. 17.

13 Kamerstukken II 2004/05, 30218, nr. 6, p. 18.

14 Kamerstukken II 2004/05, 30218, nr. 6, p. 18.

15 Kamerstukken II 2004/05, 30218, nr. 6, p. 17-18.

16 Kamerstukken II 2004/05, 30218, nr. 3, p. 16.

17 Kamerstukken II 2004/05, 30218, nr. 3, p. 16.

18 Kamerstukken II 2004/05, 30218, nr. 3, p. 16.

19 Vgl. art. 6.24 lid 2 Wro.

20 Kamerstukken II 2004/05, 30218, nr. 3, p. 25.

21 Kamerstukken II 2004/05, 30218, nr. 3, p. 25.

22 Vgl. art. 122 Woningwet. J.J. Hoekstra, ‘De anterieure fase, van Wro naar Ow’, TBR 2019/121, afl. 9, p. 700.

23 Art. 6.24 lid 3 Wro.

24 Kamerstukken I 2006/07, 30218, D, MvA, p. 7.

een gemeente een ondoorzichtige nadere financiële bijdrage vraagt van de ontwikkelaar, en zonder die bijdrage de planologische medewerking weigert. Buiten dat dit op ethische bezwaren stuit, kan dit ook niet in lijn zijn met het uitgangspunt van een goede ruimtelijke ordening. Wij behandelen dit onderwerp nader in paragrafen 3 en 5.

2.3 Publiekrechtelijk kostenverhaal: exploitatieplan

Een exploitatieplan wordt door de raad vastgesteld voor gronden waar een bouwplan is voorgenomen.²⁵ De bouwplannen waarvoor een exploitatieplan kan gelden is beperkt tot een aantal specifieke gevallen.²⁶ Bijvoorbeeld voor de bouw van een of meer woningen en de uitbreiding van een gebouw met ten minste 1.000 vierkante meter bruto-vloeroppervlakte.

De kosten die verhaald kunnen worden zijn gelimiteerd door de kostensoortenlijst in art. 6.2.4 Besluit ruimtelijke ordening (Bro). Denk aan kosten voor het verrichten van onderzoek, van bodemsanering, voor noodzakelijke compensatie van in het exploitatiegebied verloren gegane natuurwaarden, groenvoorzieningen en watervoorzieningen, kosten van het opzetten en begeleiden van gemeentelijke ontwerpcompetities en prijsvragen voor het stedenbouwkundig ontwerp van de locatie, en kosten van andere door het gemeentelijk apparaat of in opdracht van de gemeente te verrichten werkzaamheden. Daarnaast bepaalt art. 6.13 lid 6 Wro dat de kosten alleen verhaald kunnen worden indien wordt voldaan aan de criteria van proportionaliteit (evenredigheid), profijt en toerekenbaarheid, de zogenaamde 'PPT-criteria'. Op grond hiervan dient het exploitatiegebied profijt te ondervinden van de activiteit waarvoor kosten zijn gemaakt en die kosten moeten toerekenbaar en proportioneel zijn. Over de toepassing van de PPT-criteria verschijnt nogal eens jurisprudentie. Ten slotte is het begrip 'macro-aftopping' relevant. Dit houdt in dat een gemeente via het exploitatieplan niet meer kosten mag verhalen dan de opbrengsten van de ontwikkeling.²⁷

Deze voorwaarden zijn ook voor de anterieure overeenkomst relevant, er zou hier als gezegd een reflexwerking van uit moeten gaan.²⁸

3. Rechtspraak 'ruimtelijke ontwikkelingen' en uitvoerbaarheid

Van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de 'Afdeling') is belangwekkende jurisprudentie afkomstig over de toepassing van de regeling voor 'ruimtelijke ontwikkelingen' (art. 6.24 lid 1 onder a Wro) en de plaats van de anterieure overeenkomst in het kader van de uitvoerbaarheid van een bestemmingsplan onder de Wro. Wij behandelen hierna onder meer de uitspraak van 28 augustus 2019

in de zaak 'Bestemmingsplan Buitengebied Mulligen'²⁹ en de uitspraak van 18 december 2019 in de zaak 'Windpark Greenport Venlo'.³⁰

3.1 Bestemmingsplan Buitengebied Mulligen

Deze uitspraak gaat over een bestemmingsplan dat 38 van de 44 recreatiewoningen op het Recreatieterrein Mulligen voorziet van een woonbestemming. De gemeente heeft met de eigenaren van de recreatiewoningen overeenkomsten gesloten, onder meer over het betalen van een 'vereveningsbijdrage'. In de context van de uitspraak wordt met vereveningsbijdrage bedoeld op de 'financiële bijdrage aan ruimtelijke ontwikkelingen' ex art. 6.24 lid 1 sub a Wro. Een van de appellanten, een bewoner van een recreatiewoning, weigert een anterieure overeenkomst te sluiten met de gemeente omdat hij geen vereveningsbijdrage wil betalen, waarop de raad weigert de bestemming van zijn recreatiewoning te wijzigen in een woonbestemming.

De eerste vraag die de Afdeling behandelt is of de woonbestemming in dit geval is aan te merken als een 'aangewezen bouwplan' als bedoeld in art. 6.2.1 Bro. Dat is relevant, omdat art. 6.12 lid 1 en lid 2 onder a Wro bepalen dat de raad een exploitatieplan vaststelt voor gronden waarop een bij het Bro 'aangewezen bouwplan' is voorgenomen, tenzij het verhaal van kosten dus anderszins is verzekerd. Art. 6.2.1 aanhef en onder a Bro bepaalt vervolgens dat als bouwplan wordt aangewezen een bouwplan voor onder meer 'de bouw van een of meer woningen'.

De betreffende bewoner stelt dat daarvan geen sprake is, en dus zou er geen wettelijke grondslag bestaan voor het verlangen van een vereveningsbijdrage (wij interpreteren dit voorts als volgt: en zou dit dus bezien vanuit de reflexwerking die uitgaat van de Wro en het Bro ook niet mogen worden geëist door de gemeente in het kader van een anterieure overeenkomst). De Afdeling concludeert dat het toekennen van een permanente woonbestemming aan een reeds bestaande recreatiewoning niet kwalificeert als een bouwplan als bedoeld in art. 6.2.1 Bro.³¹ Maar vervolgens ook: 'Het systeem van de Wro verzet zich er niet tegen dat ook zonder aangewezen bouwplan als bedoeld in artikel 6.2.1 van het Bro een overeenkomst over grondexploitatie als bedoeld in artikel 6.24, eerste lid, van de Wro wordt aangegaan'.³² Dit oordeel is in zoverre te volgen. De rechtbank Noord-Holland overwoog eerder ook al dat een bouwplan, niet-zijnde een aangewezen bouwplan als bedoeld in art. 6.2.1 Bro, kan dienen als grondslag voor een anterieure overeenkomst.³³

25 Art. 6.12 lid 1 Wro.

26 Art. 6.2.1 lid 1 Bro.

27 Art. 6.16 Wro.

28 J.J. Hoekstra, 'De anterieure fase, van Wro naar Ow', *TBR* 2019/121, afl. 9, p.700.

29 ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2950. Zie ook o.a.: D. Muñoz Gielen, 'Hoe recente jurisprudentie de afdwingbaarheid versterkt van het privaatrechtelijk kostenverhaal: mogelijkheden voor gemeenten', *BR* 2020/10, afl. 2, p. 61-65; R.J. Lucassen, 'Quid pro quo? Over planologische verslechteringen en financiële compensatie', *Gst.* 2020/46, afl. 7504, p. 238-241.

30 ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4209. Zie voor andere aspecten van deze zaak: J.H.N. Ypinga, annotatie bij ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4209, *AB* 2020/146.

31 ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2950, r.o. 5.3.

32 ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2950, r.o. 5.5.

33 Rb. Noord-Holland 30 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7279, r.o. 5.15.

Dit pakt overigens anders uit als het gaat over de vraag of het bevoegd gezag planologische medewerking mag weigeren vanwege de onmogelijkheid (planschade)kosten te verhalen. In een eerdere uitspraak oordeelde de Afdeling namelijk dat het aanvaardbaar is dat het college van burgemeester en wethouders een planschadeovereenkomst voorwaardelijk stelt aan planologische medewerking: *‘Daarbij is van belang dat het college niet de mogelijkheid had om de kosten uit hoofde van een exploitatieplan te verhalen, nu in dit geval op de gronden waarop het wijzigingsplan betrekking zou hebben, geen aangewezen bouwplan als bedoeld in artikel 6.12, eerste lid, van de Wet ruimtelijke ordening in samenhang met artikel 6.2.1. van het Besluit ruimtelijke ordening is voorgenomen.’*³⁴

Kortom, je mag als gemeente wel een anterieure overeenkomst sluiten als geen sprake is van een (aangewezen) bouwplan, maar je mag als bevoegd gezag ook planologische medewerking weigeren als je de kosten niet kunt verhalen via een exploitatieplan.

De bewoner stelt dus dat de grondslag voor de overeenkomst ontbreekt, waardoor geen vereveningsbijdrage kan worden geëist. De Afdeling: *‘Met de eigenaren van die recreatiewoningen heeft de gemeente overeenkomsten gesloten, die onder meer strekken tot het betalen van een vereveningsbijdrage.’*³⁵ De woorden ‘onder meer’ kunnen erop wijzen dat ook afspraken zijn gemaakt over kosten die normaliter vallen onder de (reguliere) financiële bijdragen voor de grondexploitatie. Het kan gaan over onderzoekskosten, bijvoorbeeld naar het planologisch effect van het wegbestemmen van de recreatiebestemming voor een woonbestemming. Het ligt wat ons betreft voor de hand dat dergelijke kosten ook waren opgenomen in deze anterieure overeenkomsten. In dat geval is dan ook vrij zeker dat er een grondslag is voor het sluiten van de anterieure overeenkomst, maar dat is dus niet geheel duidelijk op basis van de feiten in de uitspraak.

Vanuit de literatuur is op dit onderdeel kritiek gekomen. Zo stelt Lucassen dat de grondslag voor een overeenkomst voor de exploitatiekosten ontbreekt, waardoor ook geen grondslag zou bestaan voor een overeenkomst over financiële bedragen aan ruimtelijke ontwikkelingen (*in casu* de vereveningsbijdrage).³⁶ De grondslag van de eerstgenoemde overeenkomst zou ontbreken doordat de gemeente niet gemachtigd is in dit geval een exploitatieplan vast te stellen, door het ontbreken van een aangewezen bouwplan.

Vanuit de memorie van toelichting is hierbij het volgende citaat van belang: *‘Er wordt in dit artikel gesproken over overeenkomsten over grondexploitatie. Hiervan is sprake wanneer in de overeenkomst in ieder geval kosten worden*

*opgevoerd die de gemeente maakt in het kader van de grondexploitatie, zoals opgenomen in de kostensoortenlijst. Voor de duidelijkheid wordt opgemerkt dat afspraken buiten het kader van de grondexploitatie die op niet-financiële aspecten betrekking hebben eveneens kunnen zijn toegestaan.’*³⁷

Er is wat voor te zeggen dat de wetgever heeft beoogd dat de anterieure overeenkomst slechts gesloten kan worden indien ook wordt gecontracteerd over grondexploitatiekosten. Dat standpunt volgt ook uit de memorie van antwoord: *‘Artikel 6.24, eerste lid, onder a, biedt daarnaast een contractbasis voor het opnemen van financiële bijdragen aan ruimtelijke ontwikkelingen. De Grondexploitatiewet verklaart de drie criteria voor afdwingbaar kostenverhaal niet van toepassing op deze afspraken. [...] Verder zal steeds sprake moeten zijn van een overeenkomst die in het kader van grondexploitatie wordt opgesteld.’*³⁸

Deze passage wordt door de rechter echter ook geciteerd in de eerder genoemde uitspraak van rechtbank Noord-Nederland. Daar wordt geconcludeerd: *‘De wetgever heeft in artikel 6.24 Wro de wettelijke basis gelegd voor privaatrechtelijke overeenkomsten over grondexploitatie tussen gemeente en ontwikkelaars. Die wettelijke basis is breed. De Wro gaat uit van een brede betekenis van het begrip grondexploitatie.’*³⁹ Voorts oordeelde de rechtbank dat wel sprake was van een bouwplan ook al was dat geen aangewezen bouwplan: *‘Deze verbouwing (en functiewijziging) van het pand is te beschouwen als een bouwplan waarvoor echter geen exploitatieplan is vereist. Naar het oordeel van de rechtbank stond het de gemeente dan ook vrij om voor dit bouwplan, nu dat onder de grens van artikel 6.2.1. sub d Bro viel, een anterieure overeenkomst te sluiten.’*⁴⁰

Wij lezen in Bestemmingsplan Buitengebied Mulligen een bevestiging van de Afdeling van een ruimere uitleg van de mogelijkheden voor het sluiten van een anterieure overeenkomst. Eerder is overwogen dat het zonder aangewezen bouwplan mogelijk was een planschadeovereenkomst te sluiten en eerder is (door de rechtbank) overwogen dat het mogelijk is een anterieure overeenkomst te sluiten zonder aangewezen bouwplan. In het geval van Bestemmingsplan Buitengebied Mulligen gaat het om een anterieure overeenkomst en niet slechts om een planschadeovereenkomst en ontbreekt een bouwplan volledig. De expliciete bevestiging van de Afdeling dat de Wro uitgaat van een brede betekenis van het begrip grondexploitatie, waardoor contracteren zonder afspraken over de ‘normale’ grondexploitatiekosten zou zijn toegestaan, zou echter welkom zijn geweest.

Ook vanuit praktisch oogpunt lijkt het ons wenselijk dat het mogelijk is zonder een aangewezen bouwplan te kunnen contracteren, voor zowel gemeenten als ontwikkelaars. Bijvoorbeeld in het geval van wijziging van een kantoorbestemming naar een woonbestemming, waarbij een bouwplan in de zin van art. 6.2.1 Bro niet altijd noodzakelijk is. Voor ‘wonen’ zijn noodzakelijke maatschap-

34 ABRvS 25 januari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV1816, r.o. 2.2.2.

35 ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2950, r.o. 3.

36 R.J. Lucassen, ‘Quid pro quo? Over planologische verslechtering en financiële compensatie’, *Gst.* 2020/46, afl. 7504, p. 238-241. In de literatuur wordt door anderen overigens voorbijgegaan aan het ontbreken van een aangewezen bouwplan, zie bijvoorbeeld: M. Fokkema, annotatie bij ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2950, BR 2019/87 en H.D. Tolsma, annotatie bij ABRvS 28 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2019:2950, AB 2020/41.

37 *Kamerstukken II* 2004/05, 30218, nr. 3, p. 45.

38 *Kamerstukken I* 2006/07, 30218, D, MvA, p. 7.

39 Rb. Noord-Holland 30 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7279, r.o. 5.8.

40 Rb. Noord-Holland 30 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7279, r.o. 5.15.

pelijke functies te bedenken die niet noodzakelijk zijn bij een kantoorbestemming. Het is dan praktisch dat gemeente en ontwikkelaar afspraken kunnen maken over deze toe te voegen functies.

Het tweede onderwerp in deze uitspraak is dat de Afdeling oordeelt dat de raad zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de gewenste woonbestemming zonder het voldoen van de vereveningsbijdrage leidt tot een planologische verslechtering. De overcapaciteit aan het type recreatiewoningen als die van appellant, brengt niet met zich dat de raad de woning van een woonbestemming had moeten voorzien. De raad kon zich wat de Afdeling betreft ook in redelijkheid op het standpunt stellen dat het behoud van de recreatiebestemming ook in overeenstemming was met de goede ruimtelijke ordening. De raad ziet het verlies aan recreatiewoningen als planologisch nadeel en kan dat nadeel aanvaarden enkel indien een vereveningsbijdrage wordt betaald. Volgens de Afdeling is het oogmerk van de gevraagde vereveningsbijdrage om zeker te stellen dat een woonbestemming voor de recreatiewoning van (de appellant) wordt gecompenseerd door het realiseren van een verbetering van de ruimtelijke kwaliteit elders in de gemeente. Naar het oordeel van de Afdeling ligt daarom een ruimtelijk motief aan het beleid ten grondslag.

Met andere auteurs menen wij dat hier toch sprake is geweest van 'betaalplanologie': zonder betaling, geen gewijzigde bestemming. Dat is in strijd met de bedoeling van de wetgever: *'Uit het creëren van de mogelijkheid om te contracteren over bijdragen aan ruimtelijke ontwikkelingen mag niet afgeleid worden dat het mogelijk zou zijn planologische wijzingen te kopen. De publiekrechtelijke besluitvorming en afweging van verzoeken om planologische medewerking dienen telkens plaats te vinden op basis van planologische overwegingen. De financieel-economische uitvoerbaarheid van het plan speelt een rol als randvoorwaarde. Artikel 6.24 leidt in die zin ook niet tot een verkapte 'open ruimte heffing' waarbij overheden eenzijdig willekeurige financiële afdrachten kunnen opleggen.'*⁴¹

Zoals eerder beschreven is voor een vereveningsbijdrage in het kader van een 'ruimtelijke ontwikkeling' in de zin van art. 6.24 lid 1 onder a Wro vereist, dan dit geschiedt op basis van een vastgestelde structuurvisie. Bregman heeft de gebreken op basis van de onderhavige structuurvisie van Oldebroek duidelijk uiteengezet in zijn noot bij deze uitspraak.⁴² De structuurvisie gaat voor de hoogte van het te betalen bedrag uit van het grondprijzenbeleid van de gemeente Oldebroek. Omdat Oldebroek geen grondprijzen hanteert voor het buitengebied, en recreatiewoningen daar veelal in zijn gelegen, is aangesloten bij de m²-prijs van een starterskoopwoning in de kernen Oosterwolde. De 'specifieke maatregelen' voor kwaliteitsverbetering in de recreatieve sector die uit het fonds worden betaald betreffen vervolgens de aanleg en opwaardering van diverse fietspaden en belevingspaden, uitgaven voor natuur/ecologie/

milieu/cultuurhistorie, een vogelkijkhut en plaatsing en renovatie van zitbanken langs een fietsknooppuntennetwerk. Ook wordt de realisatie van een ruiterroutenetwerk beoogd en worden posten genoemd zoals Klompenpaden, MTB Routenetwerk, vaargeul en aanlegvoorzieningen nabij Noordeinde ten behoeve van kanoroutes, wandelnetwerk Veluwe, compensatie verlies bosareaal Mulligen, duurzaamheid recreatiesector, Beleving landgoederen toerisme/recreatie en herontwikkeling recreatieterrein Heidehoek. Wat is het resultaat onder de streep? In de structuurvisie vormt niet de hoogte van de kosten van de maatregelen die nodig zijn om het verlies aan ruimtelijke kwaliteit als gevolg van de omzetting van een recreatiewoning te compenseren het criterium, maar de hoogte van de veronderstelde waardenstijging van de woningen als gevolg van deze omzetting. En voor de beoogde maatregelen van kwaliteitsverbetering is niet duidelijk hoe deze het verlies aan ruimtelijke kwaliteit elders beperken of compenseren. Bregman signaleert bijvoorbeeld terecht dat sommige beoogde maatregelen zijn gesitueerd aan de andere kant van de gemeente dan waar de betreffende woning zich bevindt, en dat onduidelijk is hoe het verlies aan ruimtelijke kwaliteit kan worden gecompenseerd door de bouw van een 'vogelkijkhut'. Kortom, er staat wel het een en ander in de lokale structuurvisie, maar in onze optiek onvoldoende concreet om met recht gebruik te kunnen maken van art. 6.24 lid 1 onder a Wro. De link tussen structuurvisie, de bijdrage en de ruimtelijke ontwikkelingen is onduidelijk, maar zonder betaling komt de bestemmingsplanwijziging er niet. Helaas een situatie die vaak voorkomt. In paragraaf 5 gaan wij hier nader op in.

3.2 Windpark Greenport Venlo

In Windpark Greenport Venlo weigerde de raad van Venlo twee bestemmingsplannen vast te stellen, die een windpark mogelijk moesten maken. De raad stelde dat zonder concreet uitgewerkte maatregelen voor de financiële compensatie van omwonenden geen sprake kon zijn van een goede ruimtelijke ordening. In dit kader is van belang dat de gemeente met de ontwikkelaar een intentieovereenkomst en een anterieure overeenkomst heeft gesloten.

De Afdeling oordeelt dat de gestelde omstandigheid dat geen concrete maatregelen zijn uitgewerkt op zich geen aanleiding zijn planologische medewerking te weigeren. Niet is gebleken dat de raad concrete maatregelen als voorwaarde heeft gesteld voor planologische medewerking.⁴³ Ook is duidelijk dat de ontwikkelaar zich in 2016 contractueel heeft gecommitteerd aan een leefbaarheidsfonds,

⁴³ De raad onderbouwt het weigeringsbesluit mede met het standpunt dat onvoldoende aandacht is geweest voor de (financiële) compensatie van omwonenden. Enkele dagen voordat het weigeringsbesluit is genomen, is het 'Plan van aanpak leefbaarheid windturbines' gepresenteerd. Daarin is wel opgenomen dat financiële middelen beschikbaar zijn om woningen in de omgeving op te kopen en voorzieningen te treffen om de leefbaarheid in omliggende wijken te verbeteren. Volgens de raad is niet toegelicht welke woningen gekocht worden en is niet concreet uitgewerkt op welke wijze de leefbaarheid zal worden verbeterd. De raad concludeert dat te veel onzekerheid bestaat over de aard en de omvang van de compenserende maatregelen. Door die omstandigheden zou geen sprake zijn van een goede ruimtelijke ordening.

⁴¹ Kamerstukken II 2004/05, 30218, nr. 3, p. 25.

⁴² A-G Bregman, annotatie bij ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2950, TBR 2019/141.

waaruit maatregelen ter verbetering van de ruimtelijke kwaliteit van de omgeving zullen worden gefinancierd.⁴⁴ Dit volgt onder meer uit de intentieovereenkomst en twee notities. De Afdeling concludeert dat de raad op dit onderdeel het weigeringsbesluit onvoldoende heeft onderbouwd: *‘De gestelde omstandigheid dat geen concrete maatregelen zijn uitgewerkt, is op zichzelf gezien, zonder nadere onderbouwing, geen reden planologische medewerking te weigeren. Uit de door partijen ingebrachte stukken volgt dat Etriplus zich reeds in 2016 - en mogelijk eerder - heeft verbonden een leefbaarheidsfonds op te richten, waaruit maatregelen ter verbetering van de ruimtelijke kwaliteit van de omgeving zullen worden gefinancierd. Dit volgt onder meer uit de hiervoor in overweging 6 genoemde intentieovereenkomst (artikel 1.2), de notitie “Windpark Greenport Venlo, opstart m.e.r.-procedure toelichting participatie” van 23 februari 2017 en het “Profijtplan windpark Greenpark Venlo” van 1 juni 2017.’* Deze uitspraak moet worden gezien vanuit het leerstuk van de zorgvuldige voorbereiding van besluiten; de raad diende de afspraken in de intentieovereenkomst te betrekken bij haar besluitvorming over de (ruimtelijke) aanvaardbaarheid van het plan.

Nota bene, daarmee is niet gezegd dat compensatie die in een overeenkomst is afgesproken per definitie voldoende is om de daarmee gediende belangen voldoende te borgen. Dat is vaste rechtspraak, zo blijkt onder meer uit een uitspraak van iets latere datum. Daarin oordeelde de Afdeling dat bepaalde (planologische) voorwaarden niet afdwingbaar zijn als ze alleen zijn opgenomen in een anterieure overeenkomst: *‘De raad heeft ter zitting toegelicht dat hij het opnemen van een voorwaardelijke verplichting in het plan die ertoe strekt dat de compenserende maatregel zal worden gerealiseerd niet noodzakelijk acht, omdat tussen [belanghebbende] en de gemeente een anterieure overeenkomst is gesloten waarin is vastgelegd dat de bedoelde compenserende maatregel zal worden getroffen. Dat [belanghebbende] op grond van deze anterieure overeenkomst gehouden is om de compenserende maatregel te verwezenlijken, biedt, mede gelet op de omstandigheid dat nakoming van een anterieure overeenkomst niet kan worden afgedwongen door derden, op zichzelf onvoldoende zekerheid dat deze maatregel daadwerkelijk zal worden gerealiseerd. Omdat de raad de compenserende maatregel met het oog op de ruimtelijke aanvaardbaarheid van het plan noodzakelijk acht, heeft de raad de aanleg en instandhouding van de compenserende maatregel naar het oordeel van de Afdeling ten onrechte niet in het plan geregeld. De raad had daartoe een voorwaardelijke verplichting in de planregels moeten opnemen, inhoudende dat de gronden in het plangebied*

*alleen mogen worden bebouwd indien en voor zover de aanleg en instandhouding van maatregelen die noodzakelijk worden geacht voor de landschappelijke inpassing van de met het plan mogelijk gemaakte bebouwing in het plan zijn verzekerd. Het plan is naar het oordeel van de Afdeling dan ook in strijd met artikel 3.1 van de Wro vastgesteld.’*⁴⁵ De Afdeling stelt kort gezegd dat een voorwaardelijke verplichting noodzakelijk is, omdat een anterieure overeenkomst voor derden niet afdwingbaar is. Een voorwaardelijke verplichting stelt de realisatie van een ontwikkeling afhankelijk van een bepaalde verplichting. Met een voorwaardelijke verplichting kan de raad in bepaalde gevallen een ontwikkeling toch mogelijk maken, omdat de ontwikkeling zonder de verplichting in strijd zou zijn met de goede ruimtelijke ordening. Een voorbeeld hiervan is de landschappelijke inpassing van een bouwmarkt. Zonder de landschappelijke inpassing zou overwogen kunnen worden dat de bouwmarkt in strijd met is met een goede ruimtelijke ordening, maar met fatsoenlijke inpassing is de bouwmarkt wel in overeenstemming met de goede ruimtelijke ordening. Enkele maanden later oordeelde de Afdeling ook dat uit vaste jurisprudentie volgt dat een civielrechtelijke overeenkomst tussen gemeente en eigenaar van gronden waarop een voorziening moet worden gerealiseerd niet voldoende zekerheid biedt dat de benodigde voorziening ook daadwerkelijk gerealiseerd zal worden.⁴⁶ In deze zaak oordeelde de Afdeling voorts: *‘Daarbij komt dat het beeldkwaliteitsplan kennelijk ook beoogt te voorzien in de landschappelijke inpassing en de instandhouding van de gronden met de bestemming “Wonen - Wonen in natuur”. Als de raad de realisering van de genoemde voorziening noodzakelijk acht in het kader van een goede ruimtelijke ordening en het gemeentebestuur het niet zelf in zijn macht heeft de noodzakelijke maatregelen te treffen, zoals hier het geval is, en deze in stand te houden, is het daarvoor opnemen van een voorwaardelijke verplichting in de planregels nodig (vergelijk de uitspraak van 4 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3020). In de planregels zal een concrete verwijzing naar de voorwaarden uit het beeldkwaliteitsplan [...] moeten worden opgenomen. Dat is hier ten onrechte niet gebeurd. Gelet daarop wordt in het plan niet geregeld wat de raad uit het oogpunt van een goede ruimtelijke ordening nodig acht.’*⁴⁷

In de uitspraak Windpark Greenport Venlo had wat ons betreft iets duidelijker kunnen worden verwoord dat het betrekken van de intentieovereenkomst in dat geval een andere juridische achtergrond heeft, namelijk in het kader van de zorgvuldige voorbereiding en belangafweging van een weigeringsbesluit, dan in het geval van de beoordeling van de goede ruimtelijke ordening en voorwaardelijke verplichtingen. De uitspraak Windpark Greenport Venlo wekt – in onze optiek – onterecht de suggestie dat een privaatrechtelijke overeenkomst planologische borging kan bewerkstelligen.

44 De ontwikkelaar stelt zich op het standpunt dat vanuit het leefbaarheidsfonds initiatieven gefinancierd zullen worden die bijdragen aan de verbetering van de sociale, fysieke en/of culturele vitaliteit van de leefomgeving. Zij stelt ook dat de in het plan opgenomen maatregelen al geruime tijd voordat het plan is gepresenteerd bekend waren. In het plan heeft zij een extra budget van € 500.000 beschikbaar gesteld. Daarnaast is in het plan een planning opgenomen van de wijze waarop uitvoering zal worden gegeven aan het plan. Zo is uitgelegd hoe het proces zal worden ingericht om de concrete maatregelen uit te voeren.

45 ABRvS 15 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:72, r.o. 4.2.

46 ABRvS 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:725, r.o. 10.2.

47 ABRvS 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:725, r.o. 10.2.

4. Actualiteiten Omgevingswet

4.1 Inleiding

De Ow en aanverwante besluiten worden gezien als een van de grootste wetgevingsoperaties van de Nederlandse geschiedenis. Dat is ook niet verwonderlijk. De Ow moet tientallen wetten, besluiten en regelingen vervangen. Een belangrijke verandering is de intrede van het omgevingsplan. Het omgevingsplan is een normstellend besluit en de 'bredere' vervanger van het bestemmingsplan. Gemeenten hebben straks één omgevingsplan.⁴⁸ Ook voor grondexploitatie en de mogelijkheid kosten te verhalen brengt de Ow aanzienlijke wijzigingen met zich.

4.2 Kostenverhaal

In het nieuwe systeem is weer gekozen voor een publiekrechtelijk en een privaatrechtelijk spoor, waarbij het publiekrechtelijke spoor nog altijd wordt gezien als 'stokachter-de-deur'.⁴⁹ Art. 13.11 Ow verplicht gemeenten kosten te verhalen voor zover die kosten voldoen aan de PPT-criteria. Het artikel bepaalt ook dat de activiteiten waarvan kosten worden verhaald alleen de aangewezen activiteiten kunnen zijn. Dit komt overeen met het oude systeem over het aangewezen bouwplan. De aangewezen activiteiten zijn geregeld in art. 8.13 Omgevingsbesluit (Ob) en zien onder andere op:

- het bouwen van woningen en hoofdgebouwen;
- de uitbreiding van een gebouw met tenminste 1000 vierkante meter extra oppervlakte;
- de verbouwing van gebouwen naar een woonfuncties als het gaat om minimaal 10 woonfuncties;
- de verbouwing van specifieke gebouwen mits de cumulatieve bruto-vloeroppervlakte van de nieuwe gebruiksfunctie ten minste 1.500 vierkante meter bedraagt.

Art. 13.13 Ow bepaalt vervolgens dat kostenverhaal geregeld kan worden in een anterieure overeenkomst; de grondslag voor de posterieure overeenkomst is niet in de wet opgenomen, al is nog wel mogelijk een posterieure overeenkomst te sluiten.⁵⁰ Het artikel bepaalt ook dat indien een overeenkomst wordt gesloten, paragraaf 13.6.3 Ow niet van toepassing is op het verhalen van kosten als dat verhaal is verzekerd in een overeenkomst. Paragraaf 13.6.3 Ow bevat regels over het publiekrechtelijk spoor onder de Ow. Het publiekrechtelijk kostenverhaal kan op twee manieren: kostenverhaal met tijdvak en kostenverhaal zonder tijdvak. Dit laatste type kostenverhaal is bedoeld voor organische gebiedsontwikkelingen, waarbij het niet bij voorbaat volledig is uitgekristalliseerd welke ontwikkelingen in een gebied doorgang zullen vinden. De Ow is op dit punt flexibeler dan de Wro. Bij kostenverhaal met tijdvak zijn de kostensoorten die verhaald kunnen worden aangewe-

zen in tabel A van Bijlage IV bij het Ob. Bij kostenverhaal zonder tijdvak zijn de kostensoorten die verhaald kunnen worden aangewezen in tabel A en B van Bijlage IV bij het Ob.⁵¹ Voor kostenverhaal met tijdvak kunnen bijvoorbeeld worden verhaald: kosten voor onderzoek, het vrijmaken van gronden, tijdelijk beheer, sloop, bodemsanering en noodzakelijke compensatie van verloren gegane natuurwaarden, groenvoorzieningen en watervoorzieningen. Voor het kostenverhaal zonder tijdvak kunnen de kosten die verhaald kunnen worden bij kostenverhaal met tijdvak en zijn voorts bijvoorbeeld aangewezen de kosten voor het vrijmaken van persoonlijke rechten en lasten van gronden, sloop en bodemsaneringswerkzaamheden.

Naast deze aangewezen kosten, die in belangrijke mate overeenkomen met art. 6.2.4 Bro, is het mogelijk met een anterieure overeenkomst te contracteren over 'financiële bijdragen voor ontwikkelingen van een gebied'.⁵² Dit kan alleen gaan over aangewezen activiteiten. Dat zijn de eerdergenoemde activiteiten uit art. 8.13 Ob, aangevuld met de activiteiten uit art. 8.20 Ob. Het gaat dan onder meer over het geval waarin gronden een functie krijgen toegewezen, bijvoorbeeld het wijzigen van een of meer bestaande recreatiewoningen naar permanente bewoning. Dit kan men zien als de voortzetting van financiële bijdragen aan 'ruimtelijke ontwikkelingen' onder de Wro, maar met daarbij de expliciete beperking dat de lijn uit Bestemmingsplan Buitengebied Mulligen waarin mogelijk is gemaakt zonder (aangewezen) bouwplan te contracteren niet wordt doorgezet.⁵³ In het nieuwe systeem is immers expliciet vermeld dat het alleen mogelijk is te contracteren over de aangewezen activiteiten.⁵⁴

Naast art. 13.22 Ow voorziet de wetgever in art. 13.23 en 13.24 Ow, waarin is geregeld dat in het omgevingsplan kan worden opgenomen dat een 'financiële bijdrage' verhaald kan worden op degene die een activiteit verricht als bedoeld in art. 13.11 Ow. Dat is een duidelijke verruiming van het stelsel, het is nu namelijk niet mogelijk in een bestemmingsplan bepalingen op te nemen over een financiële bijdrage aan dergelijke ruimtelijke ontwikkelingen.⁵⁵ Het is echter nog niet volledig duidelijk wat in de praktijk in het omgevingsplan hieromtrent precies kan worden opgenomen.⁵⁶ Als het aan de wetgever ligt wordt de huidige praktijk van anterieure overeenkomsten voortgezet.⁵⁷ Ook in het nieuwe stelsel signaleren wij nog het risico op betaalplanologie, al verzekert de wetgever in haar uitgangspunten dat zij geen betaalplanologie wil: *'toestemming voor het verrichten van activiteiten is niet te koop. Het creëren van (bouw) mogelijkheden door een bestuursorgaan mag niet afhanke-*

48 Zie voor meer informatie over (experimenten met) het omgevingsplan onder meer: H.P. Wiersema, J.J. Karens, V.J. Rakovitch en K.M.G. Hamelink, 'Kroniek Omgevingsplan (2018-2021)', *TBR* 2021/56.

49 *Kamerstukken II* 2018/19, 35133, nr. 3, p. 171.

50 J.J. Hoekstra, 'De anterieure fase, van Wro naar Ow', *TBR* 2019/121, afl. 9, p. 708.

51 Art. 13.11 lid 1 Ow jo. art. 8.15 a Ob jo. tabel A bijlage IV Ob.

52 Art. 13.22 Ow.

53 Zie hierover ook A.G. Bregman, 'Financiële bijdragen in het omgevingsplan: waar gaat dit over?', *TBR* 2019/167, afl. 12.

54 Art. 13.22 Ow jo. 8.20 Ob.

55 A.G. Bregman, 'Financiële bijdragen in het omgevingsplan: waar gaat dit over?', *TBR* 2019/167, afl. 12.

56 A.G. Bregman, 'Financiële bijdragen in het omgevingsplan: waar gaat dit over?', *TBR* 2019/167, afl. 12.

57 *Kamerstukken II* 2018/19, 35133, nr. 3, p. 252.

lijk worden gesteld van de vraag of er door de betrokken aanvrager een kostenverhaalsbijdrage wordt betaald.⁵⁸

4.3 Voorwaardelijke verplichtingen

Een belangrijke wijziging onder de Ow heeft betrekking op voorwaardelijke verplichtingen. Onder het systeem van de Ow wordt de term ‘voorwaardelijke verplichting’ niet meer gebruikt, het uitgangspunt van toelatingsplanologie verdwijnt.⁵⁹ In de plaats daarvan wordt het mogelijk een gebodsbepaling op te leggen. Een gebodsbepaling is door middel van de beginselplicht tot handhaven afdwingbaar voor een derde, net zoals een voorwaardelijke verplichting dat nu is.

4.4 Overgangsrecht

Ten slotte het overgangsrecht, dat is geregeld in hoofdstuk 22 Ow. Onder meer is bepaald dat omgevingsplannen van rechtswege zullen bestaan. Na de invoering zal een omgevingsplan bestaan uit een tijdelijk deel en een permanent deel. Dit tijdelijke deel bestaat uit de oude bestemmingsplannen en een set rijksregels, de ‘bruidsschat’. In dit tijdelijke deel worden ook bestaande exploitatieplannen opgenomen.⁶⁰ Gemeenten krijgen vervolgens een bij koninklijk besluit te bepalen periode om het tijdelijk deel van het omgevingsplan te vervangen door permanente regels. Voor anterieure overeenkomsten geldt dat het oude recht van toepassing blijft als die voor de inwerkingtreding van de Omgevingswet is gesloten.⁶¹

5. Mijmeringen over de huidige en toekomstige praktijk

In de praktijk is het vrij gebruikelijk dat in een anterieure overeenkomst de kosten van andere ‘ruimtelijke ontwikkelingen’ worden neergelegd bij de initiatiefnemer. Vaak in de vorm van een bijdrage aan een fonds. Die kosten worden in de regel niet onderbouwd of uitgesplitst door gemeenten, de verwijzing naar een structuurvisie ontbreekt vrijwel altijd en de ruimtelijke relatie tussen de kosten en de uitgaven van het fonds wordt niet duidelijk gemaakt. Uit onze recente praktijk het voorbeeld van een bijdrage die werd geëist voor een bibliotheek bij een omgevingsvergunning voor een zonnepark.

Toch is de praktijk dat initiatiefnemers deze kosten, soms na enige onderhandelingen, voor hun rekening nemen. Omdat de relatie met de gemeente ‘goed moet worden gehouden’, of omdat het wordt gezien als smeermiddel om het project voortvarend te laten verlopen. De meeste betrokkenen bij een gemeente die de bijdrage voorschrijven, weten niet goed waar deze vandaan komt en kunnen zeker geen uitleg geven of en hoe deze past in het stelsel van de Wro. Daarmee is betaalplanologie, veel meer dan de

wetgever van de Grondexploitatiewet en de Omgevingwet onderkennen, aan de orde van de dag. Mooie woorden zijn het wel van de wetgever van de Grondexploitatiewet: ‘Het wetsvoorstel biedt geen expliciete garantie ter voorkoming van zogenoemde betaalplanologie, maar zoals ik elders heb aangegeven, is een handelwijze van een gemeente die neerkomt op betaalplanologie in strijd met het wettelijk stelsel te achten. Een gemeente mag planologische medewerking slechts weigeren wegens niet-betaling van een bijdrage indien het project in combinatie met de niet-betaling een verslechtering van de ruimtelijke en planologische kwaliteit tot gevolg kan hebben in het gebied dat in de structuurvisie is bedoeld. Bovendien is de positie van de particuliere eigenaar in de nieuwe Wet ruimtelijke ordening versterkt. Zo kan deze, indien een patstelling is ontstaan, verzoeken om herziening van een bestemmingsplan of om een projectbesluit. Tegen een weigeringsbesluit van de gemeente staat beroep open. De gemeente zal zo’n weigering goed moeten motiveren.’⁶²

Deze overwegingen gaan in onze optiek uit van een vrij naïef wereldbeeld. Wij kennen geen serieuze ontwikkelaar die bereid zal zijn een vergunningweigerings of weigering van een bestemmingswijziging te riskeren, enkel en alleen om de ‘kans’ te krijgen daartegen te kunnen procederen. De kosten van de procedure en vertraging van het project wegen gewoonweg niet op tegen de hoogte van de bijdragen die normaal gesproken worden gevraagd in het kader van ‘ruimtelijke ontwikkelingen’. De uitspraak Bestemmingsplan Buitengebied Mulligen moet in dat opzicht echt worden gezien als een uitzondering op de regel. Deze tendens zien wij überhaupt vaker voorkomen in het kader van schikkingen met appellanten tegen ruimtelijke ontwikkelingen. Het is allemaal prachtig dat sommige ontwikkelaars de ruimte hebben om de bedragen te betalen, maar in de praktijk ontstaat nu dus een schaduwrechtstaat waar geld leidend is in de afweging en gemeenten en burgers ontwikkelaars benaderen als een *cash cow*.⁶³ Met zo’n groot woningtekort al met al zeer onwenselijke ontwikkelingen.

Wat betreft de relatie tussen anterieure overeenkomsten en voorwaardelijke verplichting c.q. uitvoerbaarheid van bestemmings- en omgevingsplannen, menen wij dat de huidige crises in het vastgoed de kans biedt voor creatieve oplossingen. Het is interessant om vooruit te kijken naar wat de Afdeling onder de Omgevingswet kan gaan over-

58 Kamerstukken II 2018/19, 35133, nr. 3, p. 170.

59 Kamerstukken II 2014/15, 33962, nr. 3, p. 142-143.

60 Art. 22.1 Ow jo. art. 4.6 Invoeringswet Omgevingswet.

61 Art. 4.112 Invoeringswet Omgevingswet (de versie in het staatsblad verwijst nog naar art. 12.4 Ow, dit is vernummerd).

62 Kamerstukken II 2005/06, 30218, nr. 6, p. 11-12.

63 H.P. Wiersema, K.M.G. Hamelink en V.J. Rakovitch, ‘In de koplampen van de wet. Een zesgangenmenu van drukkend én verlichtend publiekrecht in het vastgoed’, *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2020/6; ‘Hoe bewoners van het Wijnhavenland zich voor veel geld laten afkopen door projectontwikkelaars’, *Algemeen Dagblad* 12 september 2020 (<https://www.ad.nl/rotterdam/hoe-bewoners-van-het-wijnhavenland-zich-voor-veelgeld-laten-afkopen-door-projectontwikkelaars~a98ffca9/>); ‘Protest kost bouwers handenvol geld: Bezwaar maken voor financieel gewin gaat over rug woningzoekenden’, *Algemeen Dagblad* 12 september 2020 (<https://www.ad.nl/rotterdam/protest-kost-bouwers-handenvol-geld-bezwaar-maken-voorfinancieel-gewin-gaat-over-rug-woningzoekenden~a9c151dd/>); Brieven van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 9 november 2020 (2020-0000637039 en 2020-0000637081).

wegen in gevallen waarin een ontwikkeling mogelijk wordt gemaakt onder bepaalde voorwaarden, maar waarbij die voorwaarden alleen zijn opgenomen in de anterieure overeenkomst en niet in het omgevingsplan zelf. Wat ons betreft bestaan hierbij meerdere denkrichtingen.

Als eerste zal nakoming van een anterieure overeenkomst ook na inwerkingtreding van de Ow door een derde niet afdwingbaar zijn. De Afdeling kan logischerwijs oordeelen dat een omgevingsplan niet voldoende zeker is voor derden als bepaalde voorwaarden alleen zijn vastgelegd in een anterieure overeenkomst. Dat een ontwikkelaar zich bijvoorbeeld houdt aan een beeldkwaliteitsplan moet dan nog steeds worden opgenomen in het normstellende afdwingbare besluit, het omgevingsplan.

Dat de Afdeling zo oordeelt, is echter geen gegeven. Vaststaat dat de wetgever met het omgevingsplan beoogt meer flexibiliteit te creëren⁶⁴ en de onderzoeklast te verminderen dan wel te faseren.⁶⁵ Een van de aanpassingen om dit doel te bereiken volgt uit de wijzigingen omtrent haalbaarheidsonderzoeken. Het idee is dat deze onderzoeken later kunnen plaatsvinden. Bijvoorbeeld bij vaststelling van het bouwplan. In die lijn achten wij het niet ondenkbaar dat de Afdeling overweegt dat het volgen van een beeldkwaliteitsplan verzekerd is in een anterieure overeenkomst, maar waarbij nog niet exact is vastgelegd wat de voorwaarden zijn in het omgevingsplan. Vanuit een teleologische benadering zou de Afdeling aldus kunnen overwegen dat een omgevingsplan voldoende zeker is, indien de raad een bepaalde vorm van inpassing via de anterieure overeenkomst (anderszins) heeft verzekerd. Wellicht dat de Afdeling dan enige aansluiting kan zoeken bij Windpark Greenport Venlo onder het nieuwe stelsel, al menen wij dat dit een behoorlijke sprong is.

We hebben echter ook weer de tendens in de Afdelingsjurisprudentie waarin een meer burger-vriendelijk perspectief centraler komt te staan.⁶⁶ Vanuit dat perspectief ligt het meer voor de hand dat de Afdeling kiest voor de onder de Wro ingezette lijn in bijvoorbeeld de uitspraak van 11 maart 2020.⁶⁷ Namelijk dat een anterieure overeenkomst niet voldoende zekerheid biedt.

In weer een andere denkrichting zou de Afdeling voor de vraag of een beeldkwaliteitsplan voldoende is verzekerd in anterieure overeenkomst kunnen afgaan op de omstandigheden van het geval. Daarbij kunnen wij ons voorstellen dat voor plannen met meer impact de wens naar zekerheid en afdwingbaarheid groter is dan voor plannen met

minder impact. Een 'glijdende schaal'.⁶⁸ Bij plannen met de grotere impact ligt het voor de hand dat het een en ander vastgelegd moet worden in het planologisch besluit – zodat het afdwingbaar is voor derden – en bij plannen met een minder grote impact zou kunnen volstaan met het opnemen van een anterieure overeenkomst. Het nadeel is dat hierdoor een scala aan uitkomsten kan ontstaan, en willekeur op de loer ligt.

6. Conclusie

In de wereld van de anterieure overeenkomst valt nog veel te winnen voor alle betrokken partijen, met name voor ontwikkelaars. Een realistische en eerlijke benadering van die ontwikkelaars door gemeenten en burgers is wat ons betreft onontbeerlijk om het woningtekort snel terug te brengen. Dit is ook van groot belang om duurzaamheidsprojecten zoals zonneparken en windparken te versnellen, om zo de klimaatdoelstellingen te behalen en onze gezamenlijke toekomst veilig te stellen.

Het adagium van veel ontwikkelaars in de huidige markt is 'liever betalen, dan gelijk behalen'. Zij zijn hier mede gekomen door de benadering van anterieure overeenkomsten door gemeenten en de 'afkoopprocedures' door burgers. Uiteraard zijn er ook voorbeelden waar het helemaal goed gaat, maar te weinig. Vrijwilligheid en rechtmatigheid staan wat ons betreft voorop bij het sluiten van anterieure overeenkomsten. Zo kunnen de door de wetgever beoogde voordelen van destijds daadwerkelijk worden benut: *'Aan het privaatrechtelijke spoor zijn voor de projectontwikkelaar immers een aantal voordelen verbonden: geen dictaat van de gemeente, maar overleg, maatwerkafspraken en zekerheid over planning en realisatie.'*⁶⁹

Over de auteurs



Mr. M.T. Pranger

Ties Pranger is advocaat bij Holla legal & tax in 's-Hertogenbosch.



Mr. H.P. Wiersema

Harald Wiersema is advocaat bij Holla legal & tax in 's-Hertogenbosch.

64 Kamerstukken II 2014/15, 33962, nr. 3, o.a. p. 32, 39, 53, 262.

65 Kamerstukken II 2014/15, 33962, nr. 3, o.a. p. 154.

66 Zie bijvoorbeeld: J.P. Heinrich e.a., 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht', *NTB* 2019/2161, afl. 35, p. 2564-2577; ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694; B.J. van Ettekoven, 'Werken aan moderne(r) bestuursrechtspraak', *NTB* 2018/71, afl. 10, p. 459-462; ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (Conclusie evenredigheidsbeginsel A-G Widdershoven en Wattel); A.T. Marseille e.a., 'De praktijk van de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht', *Ministerie van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties* 2015.

67 ABRvS 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:725.

68 ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (Conclusie evenredigheidsbeginsel A-G Widdershoven en Wattel).

69 Kamerstukken I 2007/08, 30218, D, p. 24-25.