

Een beschouwing bij de Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet, onderdeel kostenverhaal, zoals aangenomen door de Eerste Kamer



Op 10 maart 2020 heeft de Eerste Kamer ingestemd met het (gewijzigd) wetsvoorstel voor de Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet (Awg). Met de Awg worden – onder meer – de regels over kostenverhaal in de Omgevingswet geïmplementeerd. In dit artikel wordt met name stilgestaan bij de wijzigingen (amendementen) die door de Tweede Kamer op het gebied van kostenverhaal in het wetsvoorstel zijn aangebracht (en waarmee de Eerste Kamer dus heeft ingestemd).

1. Inleiding

Op 1 april 2020 heeft de Minister voor Milieu en Wonen bekendgemaakt dat de inwerkingtreding van de Omgevingswet – lange tijd beoogd op 1 januari 2021 – wordt uitgesteld, mede gezien de veranderende realiteit als gevolg van het coronavirus.¹ Op 20 mei heeft de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties voorgesteld de Omgevingswet één jaar later – op 1 januari 2022 – in werking te laten treden.² Uitstel is geen afstel, zo luidt niet alleen het spreekwoord maar ook de boodschap van de minister. Er is derhalve alle aanleiding voor de praktijk om zich nader te verdiepen in de Awg.

Over de Awg in het algemeen – en het onderdeel kostenverhaal in het bijzonder – is reeds het nodige geschreven, ook in dit tijdschrift. Voor een uitgebreide omschrijving van het met de Awg beoogde systeem van kostenverhaal verwijs ik naar die literatuur.³ In dit artikel wordt volstaan met een korte beschrijving. Vervolgens wordt (langer) stilgestaan bij de wijzigingen (amendementen) die door de Tweede Kamer op het gebied van kostenverhaal in het wetsvoorstel zijn aangebracht. Dit betreft onder meer de introductie van een publiekrechtelijke basis voor financiële bijdragen voor ontwikkeling van een gebied. Tot slot worden enkele (ook na behandeling in de Eerste Kamer) voor de praktijk belangwekkende onduidelijkheden besproken.

2. Awg, algemeen

Het wetsvoorstel van de Awg dateert van 1 februari 2019.⁴ Hierop volgden nog enkele nota's van wijziging (van 2 april, 20 mei en 2 september 2019). Op 17 oktober 2019 is het wetsvoorstel door de Tweede Kamer aangenomen. Daarbij is – zoals in de inleiding hiervoor reeds gememooreerd – een aantal belangrijke amendementen aangenomen (zie par. 4 van dit artikel). Het gewijzigde wetsvoorstel is op 17 oktober 2019 aan de Eerste Kamer gestuurd.⁵ Op 10 maart 2020 heeft de Eerste Kamer het wetsvoorstel aangenomen.⁶ De Awg bevat naast het onderdeel kostenverhaal de onderdelen voorkeursrecht, onteigening, inrichting van het landelijk gebied en stedelijke kavelruil.

Vermeldenswaardig is voorts het (ontwerp-)Aanvullingsbesluit grondeigendom Omgevingswet (hierna: Aanvullingsbesluit), dat het Omgevingsbesluit wijzigt. Dit Aanvullingsbesluit heeft inmiddels de zogenoemde voorhangprocedure bij de Eerste en Tweede Kamer doorlopen (tegelijk met het wetsvoorstel voor de Awg) en is nu voor advies aan de Raad van State aangeboden. Het Aanvullingsbesluit komt verderop in dit artikel nog een paar keer aan bod.

3. Awg, onderdeel kostenverhaal

3.1. Korte schets huidige systeem

Het huidige systeem van kostenverhaal, opgenomen in afdeling 6.4 van de Wet ruimtelijke ordening (Wro), functioneert – verkort weergegeven – als volgt. De planologische maatregel die bouwplannen in de zin van artikel 6.2.1 Besluit ruimtelijke ordening (Bro) – zoals woningen – mogelijk maakt (vaak een nieuw bestemmingsplan) 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

* Mr. J.J. Hoekstra is advocaat bij Straatman Koster advocaten.

1. Zie de brief van de Minister voor Milieu en Wonen van 1 april 2020, *Kamerstukken II* 2019/20, 33118, nr. 139.

2. Zie de brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 20 mei 2020.

3. Zie in dit tijdschrift onder meer H.W. de Wolff, 'Grondexploitatie onder de Aanvullingswet grondeigendom', *VGR* 2019, afl. 2, p. 42, en 'Grondexploitatie onder de Aanvullingswet grondeigendom', *VGR* 2019, afl. 1, p. 21. Zie verder onder meer A. de Snoo, 'Kostenverhaal', in: J.A.M.A. Sluysmans e.a., *Wetsvoorstel Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet*. Preadvies (Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht, nr. 47, 2019) en J.J. Hoekstra, 'De anterieure fase, van Wro naar Ow', *TBR* 2019/121, afl. 9, p. 699-708.

4. *Kamerstukken II* 2018/19, 35133, nr. 2.

5. *Kamerstukken I* 2019/20, 35133, A.

6. *Stb.* 2020, 112.

– kort gezegd – niet noodzakelijk is om faseringsregels, locatie-eisen en uitvoeringsregels te stellen.⁷

Het kostenverhaal op de voet van het exploitatieplan verloopt via de band van de omgevingsvergunning en wordt ingeperkt door de limitatieve kostensoortenlijst⁸ en de PPT-criteria⁹, waaraan het verhaal van alle kosten van werken, werkzaamheden en maatregelen moet voldoen. Op grond van het exploitatieplan mogen niet meer kosten worden verhaald dan de opbrengsten van de grondexploitatie (dit heet macro-aftopping).

Deze kostensoortenlijst en PPT-criteria gelden niet in de anterieure fase, maar hebben daarin wel ‘schaduwwerking’. Vuistregel is dat een gemeente in de anterieure fase qua hoogte van het kostenverhaal niet veel verder zou mogen dan dat zij via het exploitatieplan zou kunnen.¹⁰ In ongeveer 95% van de gevallen gaat kostenverhaal via de anterieure overeenkomst.¹¹ Het exploitatieplan is aldus uitzondering op de regel.

3.2. Korte schets systeem Awg

De kostenverhaalsregeling uit de Awg sluit aan bij belangrijke uitgangspunten van de Wro. De anterieure fase blijft goedgevoerd intact.¹² De contractsvrijheid staat voorop, maar de kostensoortenlijst en PPT-criteria zijn wel referentiekader.¹³ Ook de macro-aftopping blijft.

De publiekrechtelijke regeling werkt – evenals onder de Wro – als ‘stok achter de deur’ voor het geval het kostenverhaal niet op basis van een anterieure overeenkomst is verzekerd.¹⁴ De Awg 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 (er wordt niet langer een afzonderlijk exploitatieplan vastgesteld). De desbetreffende besluiten zijn: een omgevingsplan, een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit of een projectbesluit.¹⁵ 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.

Het wetsvoorstel biedt echter ook de mogelijkheid voor kostenverhaal bij ‘organische gebiedsontwikkeling’, waarbij er nog onzekerheden zijn over het eindbeeld en de termijn waarbinnen de (bouw)activiteiten gerealiseerd worden.¹⁶ De keuze voor een van beide systemen is gekoppeld aan het objectieve criterium ‘tijdvak’. Het kenmerkende onderscheid tussen het ‘klassieke’ – met tijdvak – en het nieuwe systeem – zonder tijdvak – zit met name in het vastleggen van het eindbeeld en het tempo van de ontwikkeling. Bij het systeem zonder tijdvak stelt het omgevingsplan wel bepaalde kaders voor de mogelijke ontwikkeling, maar het bepaalt niet wanneer deze ontwikkelingen dienen plaats te vinden. Indien voor een gebiedsontwikkeling nog geen concrete ideeën bestaan (of als die wel bestaan, maar de gemeente wil zich ter zake nog niet vastleggen), dan zou deze nieuwe mogelijkheid kunnen worden toegepast.¹⁷

Als er geen anterieure overeenkomst is gesloten loopt het verhalen van de kosten via een beschikking bestuursrechtelijke geldschuld, en dus niet langer over de band van de omgevingsvergunning.¹⁸ 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.

4. De amendementen

4.1. Drie aangenomen amendementen

Bij de behandeling van de Awg in de Tweede Kamer is een drietal amendementen aangenomen. De amendementen van Van Eijs (D66) en Smeulders (GroenLinks) gaan beide over artikel 13.20 Awg, dat de voorwaarden voor eindafrekening bij kostenverhaal langs publiekrechtelijke weg bevat. Het amendement-Ronnes gaat over financiële bijdragen voor ontwikkelingen van gebied op publiekrechtelijke basis. Dit amendement wordt besproken in paragraaf 5 van dit artikel, waarin ik het behandel in een bredere context.

7. Zie hiervoor art. 6.12 lid 1 en 2 Wro.

8. Zie art. 6.2.4 Bro.

9. Profijt, proportionaliteit en toerekenbaarheid, zie art. 6.13 lid 6 Wro.

10. Zie Rb. Noord-Holland 30 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7279.

11. Zie De Snoo 2019, p. 188.

12. Zie art. 13.13 en Hoekstra 2019, p. 705.

13. *Kamerstukken II* 2018/19, 35133, nr. 3, p. 222.

14. Zie par. 13.6.3.

15. Het projectbesluit is onder de Omgevingswet – onder meer – de opvolger van het tracébesluit (en, verwarrend genoeg, geen omgevingsvergunning voor de activiteit afwijken van het omgevingsplan).

16. Zie art. 13.15.

17. Zie De Wolff 2019, p. 45 en E.J. van Baardewijk, ‘Kostenverhaalsregeling in de Aanvullingswet grondeigendom (deel 2)’, *BR* 2019/34, afl. 6, p. 231-241.

18. Deze aanpassing is nodig omdat in 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.

4.2. *De amendementen over eindafrekening bij kostenverhaal langs publiekrechtelijke weg*

Per kostenverhaalsgebied dienen regels te worden gesteld over de eindafrekening van de kosten.¹⁹ Een dergelijke regeling mag er (net als onder de Wro) niet toe leiden dat er een aanvullende geldsom is verschuldigd.²⁰ 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) een meevaller ter hoogte van 5% van de betaalde bijdrage houden.

Het amendement-Van Eijs – dat is opgenomen in artikel 13.20 lid 3 Awg – regelt dat er bij kostenverhaal zonder tijdvak geen terugbetaling plaats hoeft te vinden als bij eindafrekening blijkt dat een betaalde verschuldigde geldsom is besteed aan andere kostenposten dan die waarvan bij het vaststellen van die geldsom oorspronkelijk is uitgegaan. Als voorwaarde geldt wel dat het gaat om kosten die op grond van afdeling 13.6 verplicht moeten worden verhaald en dat een kostenplafond in het omgevingsplan niet wordt overschreden.

De gedachte die ten grondslag ligt aan dit amendement is begrijpelijk: bij organische gebiedsontwikkelingen is aan de voorkant nog niet helemaal duidelijk is hoe het gebied zich zal ontwikkelen. Dat geldt ook voor de publieke voorzieningen waarvoor het kostenverhaal wordt aangewend: een kruispunt kan – bij wijze van voorbeeld – alsnog een fly-over worden. Bij organische gebiedsontwikkeling zijn kosten en opbrengsten in het begin veelal globaal van karakter. In de loop van de tijd worden deze steeds duidelijker en specifiekter als gevolg van de organische initiatieven. Daarmee worden de kostenonderbouwingen in de beschikkingen gedurende de tijd steeds minder globaal en meer precies. Als gevolg hiervan is flexibiliteit in de vorm van uitwisseling van kostensoorten noodzakelijk, aldus de toelichting op het amendement.²¹

Het amendement-Smeulders – dat is opgenomen in artikel 13.20 lid 5 Awg – regelt dat de eindafrekeningen geclusterd kunnen plaatsvinden.

Na vijf jaar kan op verzoek van een belanghebbende een eindafrekening worden gevraagd van de gemeente. Om verschillende afrekenmomenten en afrekeningen voor verschillende aanvragers te voorkomen, ligt het in de rede dat gemeenten ervoor kunnen kiezen dat deze eindafre-

keningen jaarlijks op hetzelfde tijdstip plaatsvinden.²² Ook dit amendement is vanuit praktisch oogpunt dan ook goed te begrijpen.

5. Financiële bijdragen voor ontwikkelingen van een gebied

5.1. *Artikel 6.24 Wro*

In artikel 6.24 Wro lid 1 onder a Wro is bepaald dat een gemeente gerechtigd is om in een anterieure overeenkomst financiële bijdragen aan ‘ruimtelijke ontwikkelingen’ te verlangen.²³ Het begrip ‘ruimtelijke ontwikkelingen’ is niet nader gedefinieerd, maar gedacht kan worden aan natuur, recreatie, infrastructuur, enzovoort. De financiële bijdragen moeten hun grondslag 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.²⁴ Uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat ‘vrijwillige bedragen’ (lees: anterieur kostenverhaal) beperkt moeten (moet) blijven tot ruimtelijke ontwikkelingen die *van tevoren* zijn opgenomen in de structuurvisie.²⁵ 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.²⁶

Deze bijdrage is bij gebiedsontwikkeling regelmatig een belangrijk onderwerp van gesprek aan de onderhandelingsstafel tussen gemeente en ontwikkelaar.

5.2. *De uitspraak Oldebroek*

Rechtspraak over deze financiële bijdrage is schaars. In de opvallende uitspraak *Oldebroek* oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) op 28 augustus 2019 dat de gemeenteraad (van Oldebroek) in redelijkheid de door de eigenaar voor zijn recreatiewoning gewenste functiewijziging tot woonbestemming heeft kunnen weigeren, omdat deze eigenaar geen anterieure overeenkomst heeft gesloten die strekt tot betaling van een financiële bijdrage (een vereveningsbijdrage).²⁷

Deze uitspraak lijkt op het eerste gezicht niet goed te rijmen met de parlementaire geschiedenis van zowel de Wro als de Awg. Daaruit volgt dat het niet mogelijk is

19. Zie art. 13.14 lid 1 onderdeel e onder 1.

20. Zie art. 13.20 lid 1.

21. *Kamerstukken II* 2019/20, 35133, nr. 35.

22. *Kamerstukken II* 2019/20, 35133, nr. 22.

23. Zie uitgebreid over financiële bijdragen aan ruimtelijke ontwikkelingen A.G. Bregman, ‘Canon van het bouwrecht: de Grondexploitatiewet’, *TBR* 2017/194, afl. 12, p. 1302-1310 en ‘Financiële bijdragen aan ruimtelijke ontwikkelingen in de Omgevingswet’, *TBR* 2019/110, afl. 8, p. 623-631. Zie ook het onderzoek in opdracht van de VNG naar art. 6.24 Wro en art. 6.13 lid 7 Wro (publiekrechtelijk afdwingbare vereveningsbijdragen): D.M. Gielen e.a., *Rapportage naar het gebruik van art. 6.24, lid 1 onder a Wro*, Institute for housing, Erasmus Universiteit Rotterdam 2019.

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

25. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2004/05, 30218, nr. 6, p. 17-18 (NV II).

26. Zie *Kamerstukken I* 2006/07, 30218, D, p. 7.

27. ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2950, *BR* 2019/87. Zie ook D.M. Gielen, ‘Hoe recente jurisprudentie de afdwingbaarheid verstrekt van het privaatrechtelijke kostenverhaal: mogelijkheden voor gemeenten’, *BR* 2020/10, afl. 2.

om planologische medewerking te kopen.²⁸ Ook recent heeft de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in een brief aangegeven dat planologische medewerking afhankelijk stellen van het sluiten van een overeenkomst over kostenverhaal of een financiële bijdrage niet toelaatbaar is.²⁹ Betaalplanologie lijkt derhalve uit den boze. De Afdeling denkt daar blijkens de uitspraak *Oldebroek* wat genuanceerder over. De raad van *Oldebroek* had in ieder geval voldoende voor het voetlicht gebracht dat de bijdrage nodig is ter compensatie van het verlies van de recreatiebestemming door het realiseren van ruimtelijke kwaliteit.

De uitspraak *Oldebroek* past zo wat mij betreft wel in de lijn van (oudere) uitspraken van de Afdeling over (verschillende) zogeheten ‘ruimte-voor-ruimteregelingen’.³⁰ Bottomline van die regelingen is doorgaans dat nieuwbouw vooraf dient te gaan door sloop of door een financiële bijdrage. Dergelijke regelingen zijn in principe toelaatbaar, mits het ruimtelijke motief voldoende wordt aangetoond (en inzichtelijk wordt gemaakt hoe de bijdrage wordt besteed).

Naar mijn mening had de Afdeling overigens nog wel een argument aan haar conclusie kunnen toevoegen, te weten het argument van de ontbrekende ‘stok achter de deur’ in de vorm van het exploitatieplan. Er was hier immers geen sprake van een bouwplan in de zin van het Besluit ruimtelijke ordening. Blijkens haar eigen jurisprudentie rechtvaardigt dat onder omstandigheden de planologische weigering vanwege het ontbreken van een anterieure overeenkomst.³¹

De uitspraak *Oldebroek* sluit wel aan bij een ouder citaat van de minister uit de parlementaire geschiedenis van de Wro: ‘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.’³²

5.3. Artikel 13.22

Na een ‘schijnbeweging’ is de financiële bijdrage bij nota van wijziging van 2 april 2019 – na aanvankelijk in het wetsvoorstel te hebben ontbroken – alsnog teruggekomen in de Awg, zie artikel 13.22 Awg.³³ Wel onder een nieuwe naam – de ‘financiële bijdrage aan ontwikkelingen van een gebied’ – maar er wordt blijkens de toelichting beoogd de huidige praktijk voort te zetten. Dat maakt de uitspraak inzake *Oldebroek* dus ook relevant voor de anterieure fase onder de Awg c.q. Omgevingswet.

Terugkerend naar dat artikel 13.22 Awg: lid 1 daarvan bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur (amvb) activiteiten worden aangewezen waarover in een anterieure overeenkomst afspraken kunnen worden gemaakt over financiële bijdragen voor ontwikkelingen van een gebied. Die amvb is het Omgevingsbesluit. Artikel 8.20 Omgevingsbesluit, zoals dat wordt gewijzigd door het Aanvullingsbesluit, beperkt deze mogelijkheid echter tot bouwactiviteiten (de bouw van nieuwe gebouwen of verbouwingen van bestaande gebouwen met een bepaalde omvang). Dit is een beperking ten opzichte van de huidige praktijk, waarbij het – zie de uitspraak *Oldebroek* – immers ook kan gaan om (louter) functiewijzigingen (zonder bouwactiviteiten). Is dit zo bedoeld, of is dit een vergissing?

Op 3 februari 2020 stuurde de Minister voor Milieu en Wonen een brief aan de Tweede Kamer over het Aanvullingsbesluit.³⁴ Meer in het bijzonder gaat de brief over de mogelijkheid om in een anterieure overeenkomst een zogeheten ‘financiële bijdrage voor ontwikkelingen van een gebied’ overeen te komen. In de brief geeft de minister aan de mogelijkheid voor overheden om te contracteren over deze financiële bijdrage te willen uitbreiden.

De minister schrijft in haar brief dat zij na – het overleg met de VNG en het IPO – bereid is de mogelijkheid om te contracteren over financiële bijdragen uit te breiden tot de volgende activiteiten:

- i. Het bouwen van een nieuw bouwwerk (geen gebouw zijnde) voor:
 - land- of tuinbouw met een oppervlakte van ten minste 100 m²;
 - opwekking of winning, omzetting of transport van energie of gasvormige, vloeibare of vaste stoffen als energiedrager;
 - infrastructuur voor weg-, water-, rail- en telecomverbindingen met een nog nader te bepalen omvang;
 - handelsreclame; en
 - recreatie.
- ii. Het wijzigen van het gebruik van bestaande gebouwen (dat niet gepaard gaat met verbouwingen), met een omvang van ten minste 1500 m² BVO:
 - het wijzigen van het gebruik van gronden, met een grondoppervlakte van ten minste 1000 m²; en
 - het gebruik van bestaande recreatiewoningen voor permanente bewoning.³⁵

Met inachtneming van het bovenstaande zal (art. 8.20 van) het Omgevingsbesluit als het aan de minister ligt dus worden gewijzigd. De minister heeft het in haar brief over een uitbreiding. Het is inderdaad een uitbreiding

28. *Kamerstukken II* 2004/05, 30218, nr. 3, p. 45 en *Kamerstukken II* 2018/19, 35133, nr. 3, p. 170 en nr. 5, p. 3.

29. Zie de brief van de minister van 4 oktober 2019, ‘Beantwoording brief van 25 april 2019 over nota van wijziging Aanvullingswet grondeigendom’.

30. Zie bijvoorbeeld ABRvS 26 september 2012, ECLI:NL:RVS:BX8317, BR 2013/7.

31. ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3776, TBR 2014/208 en ABRvS 25 januari 2012, ECLI:NL:RVS:BV1816, BR 2012/107.

32. *Kamerstukken II* 2005/06, 30218, nr. 6, p. 11.

33. *Kamerstukken II* 2018/19, 35133 (nota van wijziging).

34. Zie de brief van de minister van 3 februari 2020, ‘Kamerbrief over Aanvullingsbesluit grondeigendom Omgevingswet’.

35. Deze laatste categorie herkennen we uit de uitspraak *Oldebroek*.

ten opzichte van artikel 8.20 Omgevingsbesluit, zoals dat wordt gewijzigd door het Aanvullingsbesluit. Maar het is sterk de vraag of sprake is van een uitbreiding ten opzichte van thans geldend recht, artikel 6.24 Wro. Dat artikel kent immers überhaupt geen beperking tot bepaalde activiteiten.

5.4. *Het amendement-Ronnes: artikel 13.23 en 13.24 Awg*

Het amendement-Ronnes introduceert een publiekrechtelijke basis voor financiële bijdragen voor ontwikkeling van een gebied.³⁶ Bij mvb – het Omgevingsbesluit – zullen categorieën ontwikkelingen ter verbetering van de kwaliteit van de fysieke leefomgeving worden aangewezen, waarvoor in een omgevingsplan kan worden bepaald dat de initiatiefnemer van een activiteit een financiële bijdrage is verschuldigd (zie art. 13.23 lid 1 Awg). Zulks voor zover er een functionele samenhang tussen de activiteit en de beoogde ontwikkeling is en de bekostiging van die ontwikkeling niet anderszins is verzekerd. De toelichting op het amendement noemt als voorbeeld van ontwikkelingen onder meer de verbetering van – hoe actueel – de stikstofbalans en de realisatie van sociale woningbouw.

De vereisten voor deze – publiekrechtelijk afdwingbare – bijdrage verschillen van de vereisten voor de financiële bijdrage van artikel 13.22 Awg; de vereisten van artikel 13.23 Awg zijn strenger. Artikel 13.23 Awg is dan ook niet de ‘publiekrechtelijke evenknie’ van artikel 13.22 Awg. Althans, dat zou je zeggen op basis van de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer. Daar is immers ook het amendement-Van Gerven (SP) ingediend.³⁷ Dat amendement voorzag in de publiekrechtelijke afdwingbaarheid van de financiële bijdrage van artikel 13.22 Awg, maar dat amendement is afgewezen.

Voor de financiële bijdrage ex artikel 13.23 Awg is een daadwerkelijke functionele samenhang tussen de te verrichten activiteit en de beoogde ontwikkeling vereist (zie art. 13.23 lid 1 onder a Awg). Dit lijkt mij een strenger criterium dan het criterium dat geldt voor artikel 13.22 Awg en voor artikel 6.24 Wro (zie par. 5.1 hiervoor), maar weer minder streng dan de PPT-criteria. Verder geldt artikel 13.23 Awg alleen voor bouwactiviteiten; artikel 13.22 Awg is breder (zeker in het licht van de in par. 5.3 besproken brief van de minister van 3 februari 2020) en ziet ook op functiewijzigingen. Het omgevingsplan bepaalt dat financiële bijdragen alleen worden besteed aan ontwikkelingen waarvoor die bijdragen zijn verhaald en voorziet erin dat periodiek aan het publiek verantwoording wordt afgelegd over de besteding van de verhaalde financiële bijdragen, aldus artikel 13.23 lid 2 Awg. De fi-

nanciële bijdrage ex artikel 13.23 Awg wordt vastgesteld bij beschikking, tezamen met de kostenverhaalsbeschikking. Een dergelijke beschikking is niet aan de orde indien met de initiatiefnemer reeds een anterieure overeenkomst is gesloten (zie art. 13.24 onder a Awg). Het bedrag mag niet hoger zijn dan de opbrengst van de grond minus de inbrengwaarde daarvan.³⁸

In (aanloop naar) de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer is het onderscheid tussen artikel 13.22 en 13.23 Awg naar mijn mening niet altijd even scherp. Zo scheert de minister – in de beantwoording van vragen van de Eerste Kamer – artikel 13.22 Awg (privaatrechtelijk) en artikel 13.23 Awg min of meer over één kam als zij overweegt (cursivering door auteur):

‘Met het bij nota van wijziging voorgestelde artikel 13.22 van de Omgevingswet heeft de regering een voortzetting beoogd van de bestaande praktijk van het contracteren over bijdragen voor ruimtelijke ontwikkelingen. Deze regeling gaat uit van vrijwilligheid en contractsvrijheid. *Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer is een amendement aangenomen dat voorziet in een afdwingbare variant van deze regeling.* Zo kunnen financiële bijdragen worden gevraagd van initiatiefnemers als de bijdrage redelijk is en wordt gebruikt voor verbetering van de kwaliteit van de fysieke leefomgeving.’³⁹

Uit het verslag van de plenaire vergadering blijkt overigens dat een aantal Eerste Kamerfracties (VVD, SGP) zich zorgen maakt over de reikwijdte van artikel 13.23 Awg. De toelichting op het amendement noemt een hele ‘waslijst’ aan categorieën van ontwikkelingen, zo luidt de kritiek. Andere Eerste Kamerfracties (ChristenUnie, SGP en PvdA) pleiten juist voor een verdergaande regeling, die kan worden toegepast bij alle activiteiten die de fysieke leefomgeving kunnen belasten. Naar aanleiding daarvan kwam ook nog (zij het kort) het fenomeen ‘baatafoming’ aan de orde.⁴⁰ De SGP-fractie vroeg zich af waarom een eventuele financiële bijdrage is beperkt tot bouwactiviteiten. De minister antwoordde hierop door aan te geven dat een bepaalde afbakening van de regeling belangrijk is: ‘Daarom is de regeling beperkt tot initiatiefnemers die grondopbrengsten kunnen verwachten. Als je geen grondopbrengsten hebt, dan is het ook moeilijk om een deel daarvan af te romen.’ Ook de indier van het amendement (Ronnes) pleitte al voor afbakening, ‘omdat een verplichte financiële bijdrage aan ruimtelijke ontwikkelingen niet moet leiden tot volledige baatafoming’.⁴¹ Beide citaten lijken evenwel enige ruimte te laten voor een vorm van baatafoming (maar dan geen ‘volledige’...). Aan de andere kant vermeldt de

36. *Kamerstukken II* 2019/20, 35133, nr. 34.

37. *Kamerstukken II* 2019/20, 35133, nr. 26.

38. Zie art. 13.23 lid 3 onder a, althans bij kostenverhaal met tijdvak. Bij kostenverhaal zonder tijdvak is het bedrag begrenst door de waardevermeerdering van de grond, zie art. 13.23 lid 3 onder b.

39. *Kamerstukken I*, 2019/20, 35133, E. Overigens valt op dat in verschillende parlementaire documenten art. 13.22 en art. 13.23 door elkaar worden gehaald. Zie bijvoorbeeld de nadere memorie van antwoord, waarin de minister art. 13.23 lid 1 parafraseert maar art. 13.22 lid 1 noemt, en verwijst naar criteria uit het niet-bestaande art. 13.22 lid 3, waar art. 13.23 lid 3 zal zijn bedoeld (zie *Kamerstukken I*, 2019/20, 35133, G).

40. Bij baatafoming wordt in feite een deel van de waardesprong van grond door een bestemmingswijziging afgeroomd.

41. *Kamerstukken II* 2019/20, 35133, nr. 23 (dit amendement is later gewijzigd in amendement 34).

toelichting op het amendement-Ronnes dat ‘er niet meer kosten mogen verhaald dan nodig’. De NEPROM is er (blijkens onder meer haar brief aan de Eerste Kamer van 13 november 2019) niet gerust op en vreest dat zaken die niet onder kostenverhaal vallen, alsnog verhaald kunnen worden via de financiële bijdrage. In de Eerste Kamer heeft de minister toegezegd in het Omgevingsbesluit voor goede afbakening van de regeling te zorgen en daarbij (naast de VNG en het IPO) de NEPROM te betrekken. De NEPROM heeft echter recent aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties laten weten ernstige bedenkingen te hebben bij dit onderdeel van de Awg, zij vreest voor vormen van baatafoming en betaalplanologie.⁴² Cruciaal voor de goede afbakening van de regeling is mijns inziens hoe met het criterium functionele samenhang zal worden omgegaan: dat criterium zou ontwikkelaars de nodige rechtszekerheid moeten (kunnen) bieden.⁴³

6. Enkele overige aandachtspunten

De Awg, waarmee door de Eerste Kamer is ingestemd, bevat helaas enkele (redactionele) onduidelijkheden.⁴⁴ Zonder uitputtend te zijn, benoem ik de navolgende:

1. Onder huidig recht fungeert het exploitatieplan soms als ‘veiligheidsklep’: mocht de grondeigenaar waarmee door de gemeente anterior is gecontracteerd, nadat het bestemmingsplan is vastgesteld, zijn grond verkopen ofwel onverhoopt in financiële problemen terechtkomen 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 Awg de vraag of dit straks nog steeds mogelijk is. Dit komt omdat de redactie van artikel 13.13 lid 3 Awg 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 vast te stellen indien het kostenverhaal anderszins is verzekerd (en het niet noodzakelijk is om faseringsregels, locatie-eisen en uitvoeringsregels te stellen). Artikel 13.13 lid 3 Awg stelt daarentegen dat paragraaf 13.6.3 ‘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. De leden van de 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 bevestigend⁴⁵:

‘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 bestuursrechtpraak overweegt dat een exploitatieplan ook mag worden vastgesteld als het kostenverhaal anderszins is verzekerd. 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 anterior gecontracteerd hebben.’

Dit antwoord is duidelijk, de wettekst (art. 13.13 lid 3 Awg) wat mij betreft niet.

2. Kan er onder de Omgevingswet, net als onder de Wro, ook anterior worden gecontracteerd buiten gevallen waarin publiekrechtelijk kostenverhaal mogelijk is? Dus: ook indien geen sprake is van bouwactiviteiten maar bijvoorbeeld alleen functiewijzigingen (de ‘stok achter de deur’ ontbreekt dan wel). Dit lijkt het geval, zie alleen al de titel van afdeling 13.6: ‘Kostenverhaal bij bouwactiviteiten en activiteiten vanwege gebruikswijzigingen’. Maar artikel 13.13 lid 1 Awg – dat spreekt over het aangaan van een overeenkomst ‘met degene die kosten is verschuldigd’ – zaait (op z’n minst) verwarring. Er kunnen overigens op termijn nog activiteiten (zoals functiewijzigingen) worden toegevoegd via het Aanvullingsbesluit.
3. Artikel 13.12 Awg introduceert een verbod om activiteiten te verrichten zolang de kosten nog niet zijn betaald. Artikel 13.13 Awg zegt dat daarvan kan worden afgeweken als in de anterior overeenkomst zekerheid wordt gesteld. Op welke wijze zekerheid moet worden gesteld (bankgarantie) en voor welk bedrag (het gehele bedrag, inclusief eventuele nacalculatie?) wordt niet duidelijk. Dat zekerheid wordt gesteld voor kostenverhaal sluit overigens aan bij de praktijk. Maar stel: er wordt een anterior overeenkomst gesloten waarin geen zekerheid wordt gesteld. De memorie van toelichting stelt, verkort weergegeven: als het verbod wordt overtreden, kan het college van burgemeester en wethouders een bestuurlijke sanctie opleggen. Maar die sanctie kan niet worden benut om betaling op grond van een anterior overeenkomst af te dwingen, aldus de memorie van toelichting. Daarvoor bevat de Awg geen sanctie en

42. Zie de brief van de NEPROM van 7 mei 2020, waarin zij aangeeft niet langer te willen meewerken aan de handreiking ‘Kostenverhaal en financiële bijdragen’, omdat zij niet de indruk wil wekken daar achter te staan.

43. Zie ook A.G. Bregman, ‘Financiële bijdragen in het omgevingsplan: waar gaat dit over?’, *TBR* 2019/167, afl. 12, p. 1047-1051.

44. Zie ook De Snoo 2019, p. 190, en J.C. Borman, ‘Aanvullingswet grondeigendom Omgevingsrecht, Verslag van de VBR jaarvergadering gehouden op 12 december 2019 te Den Haag’, *TBR* 2020/33, afl. 3, p. 220-228. Auteur dezes zat in het panel van deskundigen waarmee over het preadvies van onder andere De Snoo werd gediscussieerd.

45. *Kamerstukken II* 2018/19, 35133 (NV II), p. 45. Zie ook Hoekstra 2019, p. 706-707.

moet de gemeente het burgerlijk recht toepassen.⁴⁶
Het verbod geldt dan weliswaar in de anterieure fase, maar het is de vraag wat de waarde daarvan is bij gebreke van een sanctie.

4. Het is – tot slot – vreemd dat de posterieure overeenkomst onder de Awg is toegestaan maar geen wettelijke basis heeft gekregen, zoals dit in de Wro wel het geval is (dit was een kwestie geweest van één artikeltje à la art. 6.24 lid 2 Wro toevoegen aan art. 13.13 Awg).

7. Conclusie

Bij het opstellen van de Awg, onderdeel kostenverhaal, is veel aandacht besteed aan de publiekrechtelijke regeling. Dit instrumentarium is zelfs uitgebreid. Zo voorziet de Awg in specifiek kostenverhaal voor organische gebiedsontwikkeling ('zonder tijdvak') en is bij amendement een afdwingbare variant van de financiële bijdrage voor ontwikkelingen van een gebied geïntroduceerd. Deze exacte contouren van die variant zullen nog worden afgebakend in het Omgevingsbesluit.

Het is mijns inziens toe te juichen dat de anterieure fase intact blijft. De inhoud van de bepalingen daarover had evenwel sterker gekund. Zo nu en dan is de wettekst onduidelijk en is de parlementaire toelichting hard nodig om deze te begrijpen. Dat is jammer, omdat kostenverhaal in 95% van de gevallen anterieur plaatsvindt en er geen aanwijzingen zijn dat dit onder de Awg c.q. Omgevingswet heel anders zal zijn. De praktijk zal echter ook onder dit nieuwe regime zijn weg wel weer weten te vinden.

46. *Kamerstukken II 2018/19*, 35133, nr. 3, p. 221.