

TBR 2024/141

Laten we het zakelijk houden graag: over publicatie van anterieure overeenkomsten

Reactie op TBR 2024/112

– Mr. J.C. Binnerts¹

Als eenmaal een anterieure overeenkomst is gesloten, welke publicatieverplichtingen gelden er dan onder de Omgevingswet (Ow)? In de Wet ruimtelijke ordening (Wro) was die verplichting beperkt tot een kennisgeving van het feit dat er een overeenkomst was gesloten en de terinzagelegging van de zakelijke beschrijving van de inhoud ervan. Wie artikel 16.138 Ow leest, zou tot de conclusie kunnen komen dat er nu een verdergaande verplichting geldt, te weten om ook de overeenkomst zélf integraal ter inzage te leggen en dáárvan een kennisgeving te doen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt mijns inziens echter dat die conclusie niet juist is.

Vooraf

Aanleiding tot deze reactie was lezing van het artikel ‘De juridische positie van derden bij vergunningvrije bouwactiviteiten’ van prof. dr. ir. A.G. Bregman en T. van Hooren (*TBR 2024/112*). Auteurs bespreken daarin ook de positie van derden bij anterieure overeenkomsten. Zij halen artikel 16.138 Ow aan, dat als volgt luidt:

‘Van de terinzagelegging van een overeenkomst als bedoeld in artikel 13.13, eerste lid, wordt binnen twee weken na het aangaan daarvan door het bevoegd gezag kennisgegeven op de in artikel 12 van de Bekendmakingswet bepaalde wijze.’

Bregman en van Hooren schrijven:

‘De formulering van dit artikel heeft tot gevolg dat onder de Omgevingswet, anders dan onder de Wro, de gemeente anterieure overeenkomsten waarin af-

spraken worden gemaakt over kostenverhaal in beginsel wel integraal moeten publiceren. Waar artikel 6.24 Wro koos voor een ‘kennisgeving in de vorm van een zakelijke publicatie’ als bedoeld in artikel 12 Bekendmakingswet, kiest artikel 13.13 lid 1 Omgevingswet voor de andere in artikel 12 Bekendmakingswet genoemde mogelijkheid van ‘volledige publicatie’.’

Is dat inderdaad zo? Heeft de wetgever hier een wijziging beoogd ten opzichte van het stelsel onder de Wro? Ogenscheinlijk wel, maar de wetsgeschiedenis van de Ow en de Wet elektronische publicaties (Wep), waardoor de wetstekst uiteindelijk is bepaald, wijst mijns inziens duidelijk een andere kant op.

Omgevingswet

De Ow zoals aanvankelijk vastgesteld in 2016 bevatte hoofdstuk 12 een regeling van het kostenverhaal.² Op 1 februari 2019 werd het ontwerp voor de Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet (hierna: de Aanvullingswet) gepubliceerd. De Aanvullingswet voorzag onder meer in een integrale herziening van de regeling van het kostenverhaal. Het kostenverhaal kwam terecht in hoofdstuk 13, dat ook voorzag in de mogelijkheid om daarover overeenkomsten te sluiten.³ Over de bekendmaking daarvan bepaalde de ontwerp-Aanvullingswet in artikel 16.138:

‘Van een overeenkomst als bedoeld in artikel 13.13, eerste lid, wordt binnen twee weken na het aangaan daarvan door het bevoegd gezag:

¹ Jan Coen Binnerts is advocaat en partner bij Pot Jonker advocaten te Haarlem.

² *Stb.* 2016, 156, p. 50.

³ *Kamerstukken II* 2018/196 35133, nr. 2, p. 26-30.

a. kennisgegeven in een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad of op andere geschikte wijze, b. een beschrijving van de zakelijke inhoud ter inzage gelegd.'

Dit betrof een combinatie van hetgeen voorheen was bepaald in artikel 6.24 Wro (kennisgeving van het bestaan van de overeenkomst) en in artikel 6.2.12 Besluit ruimtelijke ordening (Bro) (terinzagelegging zakelijke beschrijving). Dat geen wijziging was beoogd ten opzichte van hetgeen onder de Wro gold, blijkt ook uit het volgende.

Aanvankelijk voorzag de ontwerp-Aanvullingswet niet in de mogelijkheid om ook financiële bijdragen te vragen voor voorzieningen in een verder verwijderd verband tot de ontwikkeling. Zoals bekend werd bij latere wijziging van de ontwerp-Aanvullingswet toegevoegd de mogelijkheid om - naast de overeenkomst van kostenverhaal - ook over *financiële bijdragen* een overeenkomst te sluiten. In het daartoe voorgestelde artikel 13.22 werd artikel 16.138 Ow van overeenkomstige toepassing verklaard op die overeenkomsten. De nota van wijzigingen bevat de volgende toelichting:

'Het tweede lid voorziet in een kennisgeving van een overeenkomst en de terinzagelegging van een beschrijving van de zakelijke inhoud. Hiertoe wordt artikel 16.138 van de Omgevingswet van overeenkomstige toepassing verklaard. Dat artikel regelt een kennisgeving van overeenkomsten over kostenverhaal. Samen vormen deze bepalingen een continuerend van de regeling in artikel 6.24, derde lid, Wro.⁴

Vervolgens is de Aanvullingswet op 14 maart 2020 zonder enige wijziging op dit punt aangenomen en op 9 april 2020 in het Staatsblad gepubliceerd.⁵ De Omgevingswetgever heeft dus evident géén wijziging beoogd van het publicatieregime, zoals dat toen nog gold onder de Wro. Alleen de zakelijke inhoud van een anterieure overeenkomst hoefde bekend te worden gemaakt door terinzagelegging en kennisgeving en dat stond ook expliciet zo in artikel 16.138 Ow.

Wet elektronische publicaties

Ondertussen speelde er een andere ontwikkeling, ingegeven door het op 11 juni 2019 gepubliceerde ontwerp voor de Wep, waarmee ook een grote wijziging van de Bekendmakingswet werd voorzien. Volgens de memorie van toelichting, was het doel daarvan het volgende:

'Verschillende wetten geven sterk uiteenlopende publicatievoorschriften. (...)

Het wetsvoorstel heeft tot doel de toegankelijkheid van (voorgenomen) overheidsbesluiten te vergroten

door de gesignaleerde problemen op te lossen. Daartoe wordt voorgesteld dat alle wettelijk voorgeschreven bekendmakingen, mededelingen en kennisgevingen van (voorgenomen) besluiten die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht, worden gedaan in de officiële elektronische publicatiebladen van de openbare lichamen waartoe de bestuursorganen behoren. (...)

In de tweede plaats wordt het ter inzage leggen van documenten in een overheidsgebouw als onderdeel van een kennisgeving aangevuld met de verplichting om deze documenten ook langs elektronische weg ter beschikking te stellen.

In de derde plaats kunnen personen die een geactiveerd account hebben bij MijnOverheid de bekendmakingen, mededelingen en kennisgevingen die betrekking hebben op hun directe woonomgeving daar inzien en worden ze (als zij hun e-mailadres hebben opgegeven) automatisch per e-mail geattendeerd op nieuwe publicaties. (...)

De Wep handelt in overwegende mate over het bekendmaken van overheidsbesluiten, die als regel zelf openbaar zijn en waarvan de terinzagelegging met het oog op de vindbaarheid moet worden gepubliceerd. Over het publiceren van overeenkomsten vermeldt de toelichting in paragraaf 4.5:

Er bestaan ook tal van wettelijke publicatieverplichtingen die geen betrekking hebben op overheidsbesluiten. Het gaat hierbij in het algemeen om kennisgeving van het feit dat een of meer openbare documenten, zoals beleidsplannen, begrotingen, jaarverslagen of vergaderstukken, beschikbaar zijn gekomen en op een bepaalde wijze toegankelijk zijn. Enkele voorbeelden van documenten waarvan kennis moet worden gegeven dat zij openbaar zijn gemaakt: (...)

- een overeenkomst over grondexploitatie (artikel 6.24, derde lid, Wro);⁶

Hier spreekt de onjuiste veronderstelling uit dat anterieure overeenkomsten op grond van de Wro als geheel openbaar zouden moeten worden gemaakt en niet slechts een zakelijk beschrijving ervan. Deze onjuiste gedachte is doorgetrokken naar artikel 16.138 Ow doordat de Wep op 1 juni 2020, nog voordat de Ow überhaupt inwerking trad, de tekst wijzigde naar de eerste alinea uit de hierboven geciteerde tekst.

Beschouwing

Is het gerechtvaardigd de conclusie te trekken dat de Omgevingswet tot integrale terinzagelegging van dergelijke overeenkomsten verplicht? Letterlijk schrijft het huidige artikel 16.138 Ow geen terinzagelegging van de overeenkomst voor: de bepaling *veronderstelt* slechts dat sprake is van een terinzagelegging daarvan, maar de Omgevingswet bevat geen (andere) bepaling die daartoe *verplicht*. Mede

⁴ Kamerstukken II 2018/19 35133, nr. 5, p. 3.

⁵ Stb. 2020, 112.

⁶ Kamerstukken II 2018/19 35218, nr. 3, paragraaf 1.

gelet op de toelichting bij de Omgevingswet zelf, kan mijns inziens veilig worden aangenomen dat deze verplichting niet is beoogd. Er lijkt sprake te zijn van een 'slip of the pen' van de wetgever, gemaakt bij de totstandkoming van de Wep. Kijkend naar de toelichting op die wet is niet zozeer beoogd nieuwe bekendmakingsplichten in bijzondere wetten in het leven te roepen, maar om het middel van bekendmaking waartoe bijzondere wetten verplichten te moderniseren. Het lijkt mij daarom verdedigbaar dat waar in artikel 16.138 Ow wordt gesproken van terinzagelegging van een anterieure overeenkomst wordt bedoeld op de terinzagelegging van *de zakelijke inhoud* van zo'n overeenkomst, waarvan kennis moet worden gegeven.

Wet open overheid

Daarmee is natuurlijk niet gezegd dat dergelijke overeenkomsten steeds in de doofpot thuis horen. Op verzoek dient een bestuursorgaan een dergelijke overeenkomst in beginsel openbaar te maken op grond van de Wet open overheid (Woo). Daarbij kan echter wel een afweging plaatsvinden met belangen van de gemeente en de contractant, die ertoe kan leiden dat delen van de overeenkomst niet openbaar worden gemaakt.

Als de actieve openbaarmakingsverplichting van de Woo (ooit) in werking treedt, zal die ook gaan gelden voor 'convenanten, beleidsovereenkomsten en andere soortgelijke afspraken van een bestuursorgaan met een of meer wederpartijen', zo staat geschreven in artikel 3.3 lid 2 sub f Woo. Dat roept de vraag op of hieronder ook anterieure overeenkomsten vallen en zo ja, of artikel 16.138 Ow ongewijzigd blijft en als specialis heeft te gelden, zodat niettemin met openbaarmaking van de zakelijke weergave kan worden volstaan. Maar ook als de Woo de actieve openbaarheid van anterieure overeenkomsten gaat regelen, geldt dat afwegingen mogelijk blijven op basis van de weigeringsgronden van artikel 5 Woo, terwijl de contractant van de gemeente daarover van tevoren dient te worden gehoord.

Uit de redenering van Bregman en Van Hooren volgt dat de anterieure overeenkomst als geheel ter inzage moet worden gelegd ingevolge de Ow. Dan is zo'n afweging er niet. Zij wijzen in dat verband wel op artikel 13 lid 4 Bekendmakingswet, maar dat ziet - zoals zij terecht vaststellen - alleen op stukken die *niet door de overheid zijn vervaardigd*, maar daar *een betrokkene aan de overheid zijn overgelegd*. Een anterieure overeenkomst lijkt daar toch echt niet toe te kunnen worden gerekend. De wat moeizame oplossing die zij voorstellen om voortaan te werken met twee overeenkomsten, één die louter het kostenverhaal regelt en één die de meer programmatische afspraken tussen een gemeente en een ontwikkelaar regelt, waarvan de eerste dan

wel en de tweede niet op grond van artikel 16.138 Ow ter visie wordt gelegd, kan dan ook achterwege blijven.

Naschrift

Prof. dr.ir. A.G. Bregman, T. van Hooren⁷

Anterieure overeenkomsten nemen bij vastgoeden gebiedsontwikkeling al sinds de invoering van de verplichting tot kostenverhaal met de invoering van de Wet ruimtelijke ordening (Wro) een centrale plaats in.⁸ Uit de door het Planbureau voor de Leefomgeving (PBL) en het Instituut voor Bouwrecht (IBR) uitgevoerde ex-durante evaluatie van de Wro bleek dat bij zo'n 95% van de planologische besluiten niet tevens een exploitatieplan werd vastgesteld.⁹ Voor bouwplannen die bij deze planologische besluiten (tot herziening dan wel afwijking van het bestemmingsplan) mogelijk werden gemaakt en waarvoor de Wro verplichtte tot kostenverhaal, werd derhalve steeds een anterieure overeenkomst gesloten, waarin afspraken werden gemaakt over in elk geval het kostenverhaal.

De ratio daarachter is dat een overeenkomst inzake kostenverhaal op grond van het in de Wro gekozen stelsel van kostenverhaal een alternatief is voor kostenverhaal als voorwaarde bij de vergunning (vanaf 1 juli 2008 de bouwvergunning en na invoering van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) op 31 oktober 2010 de omgevingsvergunning). In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Wro inzake de grondexploitatie wordt bij het bepaalde in artikel 6.24, lid 3 Wro hierover het volgende vermeld:

'Volledigheidshalve wordt nog opgemerkt dat op overeenkomsten inzake grondexploitatie de Wet openbaarheid van bestuur van toepassing is. Dat houdt in dat op verzoek de gemeente informatie moet verschaffen. Wat betreft de grondexploitatie zullen derden echter vaak niet weten of er een overeenkomst is gesloten, zeker nu in het duale stelsel de bevoegdheid tot het sluiten van dergelijke contracten

⁷ Arjan Bregman is hoogleraar Bouwrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Tevens is hij verbonden aan het Instituut voor Bouwrecht en aan de Amsterdam School of Real Estate. Ook adviseert hij onder de naam Bregman Advisering. Tessa van Hooren is masterstudent Rechtswetenschappelijk onderzoek en Staats- en Bestuursrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

⁸ Hiermee werd de voorheen, onder Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) als voorloper van de Wro, reeds gegroeide praktijk van het maken van afspraken over kostenverhaal in overeenkomsten in bij vrijwel alle bouwprojecten feitelijk gecontinueerd. Zie hierover A.G. Bregman en D.A. Lubach, *Modernisering Gemeentelijk Grondbeleidsinstrumentarium*, *Bouwrecht Monografieën nr. 17*, Instituut voor Bouwrecht 2000, p. 86.

⁹ Zie Planbureau voor de Leefomgeving, *Ex-durante evaluatie Wet ruimtelijke ordening: eerste resultaten*, Den Haag/Bilthoven 2010, p. 69 en Planbureau voor de Leefomgeving, *Ex-durante evaluatie Wet ruimtelijke ordening: tweede rapportage*, Den Haag/Bilthoven 2010, p. 21.

in beginsel een bevoegdheid is van burgemeester en wethouders. Daarom is bepaald dat de gemeente net zoals bij bouwvergunningen en dergelijke een mededeling in bijvoorbeeld een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad, of een van gemeentewege uitgegeven blad opneemt, dat een contract is gesloten. Voorts zal ten behoeve van de kenbaarheid worden bepaald dat aantekening van de overeenkomsten wordt gehouden in het openbare gemeentelijk register, dat voor bouwvergunningen is ingesteld. Hiervoor zal gebruik worden gemaakt van de in artikel 57, tweede lid, van de Woningwet, gegeven bevoegdheid om bij algemene maatregel van bestuur aantekening van andere gegevens in het bouwvergunningregister op te nemen. Om een goede naleving van de bekendmakingsverplichting van overeenkomsten te stimuleren zal aan de VNG worden gevraagd om in de model exploitatieverordening te regelen dat in dergelijke overeenkomsten een standaardbepaling wordt opgenomen dat ze niet van kracht worden voordat ze zijn bekend gemaakt.¹⁰

In de toelichting bij artikel 6.2.12 Besluit ruimtelijke ordening (Bro), waar de verplichting tot publicatie van een zakelijke beschrijving is opgenomen, wordt over deze verplichting het volgende opgemerkt:

‘Om de transparantie van grondexploitatie-overeenkomsten te bevorderen is in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Wro inzake grondexploitatie aangekondigd dat dergelijke overeenkomsten beschikbaar zouden moeten worden gesteld door opname in het bouwvergunningregister. In beginsel zijn dergelijke overeenkomsten immers openbaar. Inmiddels bestaan voornemens om dat register af te schaffen. Daarom is gekozen voor een andere vorm van transparantie. Bepaald is dat burgemeester en wethouders binnen twee weken na het sluiten ervan een document met een zakelijke beschrijving van de inhoud van grondexploitatie-overeenkomsten ter inzage moeten leggen. Voor de hand ligt dit op dezelfde wijze te doen als bij exploitatieplannen. Belangrijk aandachtspunt is de openbaarheid. Het is goed mogelijk dat op delen van de overeenkomst een van de uitzonderingsgronden op openbaarheid uit de Wet openbaarheid van bestuur van toepassing is. Burgemeester en wethouders zullen daarom alleen een zakelijke beschrijving van de inhoud van de openbare onderdelen van de overeenkomst ter inzage leggen. Dat zijn onder andere de locatie-eisen, het woningbouwprogramma en de hoogte van de exploitatiebijdrage. Belangrijke onderdeel voor de omwonenden en andere eigenaren is dat deze informatie op deze manier direct beschikbaar is, en niet afhankelijk is van een verzoek tot inzage op grond van de Wob.’¹¹

Afspraken inzake kostenverhaal maken bij vastgoedontwikkeling - en zeker bij (grotere) gebiedsontwikkelingen - onderdeel uit van een overeenkomst waarin over tal van onderwerpen afspraken zijn gemaakt. Op overeenkomsten waarin uitsluitend afspraken over andere onderwerpen dan het kostenverhaal worden gemaakt, was het bepaalde in artikel 6.24 lid 3 Wro en is het bepaalde in artikel 16.138 Omgevingswet (Ow) niet van toepassing.

Dat het bepaalde in artikel 6.24 lid 3 Wro van toepassing was op integrale anterieure overeenkomsten die voor 1 januari 2024 zijn gesloten, leverde voor de praktijk geen onoverkomelijke problemen op. Bij het geven van een zakelijke beschrijving van de inhoud van anterieure overeenkomsten kon de gemeente, mede gelet op de hiervoor genoemde toelichting in het Bro, passende formuleringen kiezen en voorkomen dat de belangen van de gemeente en/of van de contractspartner(s) onnodig worden geschaad.

Continuering van deze werkwijze onder de Ow heeft daarom, en gelet op de motivering van de publicatieplicht in de toelichtingen bij de toepasselijke bepalingen in de Wro en in het Bro, nadrukkelijk onze voorkeur indien en voor zover de toepasselijke regels daarvoor de ruimte bieden. In die zin onderschrijven wij het pleidooi van Binnerts ‘om het zakelijk te houden’; kies voor een beproefde, praktisch werkbare aanpak zoals we die ruim 15 jaar gewend waren.

Over het antwoord op de vraag of die ruimte er ook daadwerkelijk is, blijven Binnerts en wij ook na zijn naschrift van inzicht verschillen. Zo motiveert Binnerts zijn standpunt op de aanvankelijke tekst van artikel 16.138 Ow met de daarbij behorende toelichting in het wetsvoorstel voor de Aanvullingswet Grondeigendom (hierna: de Aanvullingswet). Een beroep hierop gaat er echter aan voorbij dat de wetgever op een later moment, namelijk bij de Wet elektronische publicaties (Wep), nadrukkelijk een andere keuze heeft gemaakt.

Overigens lijkt het er inderdaad op - zoals Binnerts ook stelt - dat de wetgever bij de Wep is uitgegaan van de onjuiste veronderstelling dat ook artikel 6.14 Wro reeds tot het openbaar maken van anterieure overeenkomsten noopte. Zelfs uitgaande van deze onjuiste veronderstelling, volgen wij Binnerts niet dat veilig kan worden aangenomen dat een verplichting tot publicatie van de overeenkomst als zodanig niet is beoogd. Naast het hiervoor genoemde beroep op (de toelichting bij) de Aanvullingswet lijkt dit standpunt van Binnerts te zijn gebaseerd op het feit dat artikel 16.138 Ow veeleer veronderstelt dat de overeenkomst wordt gepubliceerd dan dat dit artikel daartoe verplicht en de Ow overigens geen (andere) bepaling bevat die

¹⁰ Kamerstukken II 2014/15 30218, nr. 3, p. 46.

¹¹ Stb. 2008, 145, p. 81-82.

verplicht tot publicatie van de overeenkomst. Onze reactie daarop is dat, waar artikel 6.24 lid 3 Wro (in verbinding met artikel 6.2.12 Bro) de grondslag van de verplichting tot publicatie (van de zakelijke inhoud van de overeenkomst) vormde, ook artikel 16.138 Ow als opvolger van dit artikel de grondslag vormt voor van de verplichting tot publicatie van (in beginsel) de integrale overeenkomst. Zo beschouwd ligt het niet in de rede dat de Ow elders een expliciete verplichting tot publicatie bevat.

Het door Binnerts geuite vermoeden dat sprake is van een ‘slip of the pen’ van de wetgever, achten wij voorts niet waarschijnlijk. Het gaat ons voorstellingsvermogen te boven dat het de Omgevingswetgever geheel is ontgaan dat met de invoering van de Wep wat betreft de publicatieplicht bij anterieure overeenkomsten een wissel omging. Dat na signalering hiervan reparatie van artikel 16.138 Ow - bijvoorbeeld in de Verzamelwet Omgevingswet 2023¹² - niet heeft plaatsgevonden duidt naar onze gevoelens op een bewuste keuze van de wetgever voor maximale openbaarheid ten aanzien van (woningbouw)afspraken bij gebiedsontwikkeling.

Het is inmiddels wel duidelijk dat deze keuze, niet de keuze van Binnerts en evenmin die van ons zou zijn geweest. Nu de wetgever die keuze wel heeft gemaakt, lijkt het ons echter allerminst veilig om de praktijk van voor 1 januari 2024 contra legem voort te zetten. Gemeenten lopen naar onze mening het risico dat derden, in het bijzonder tegenstanders van een vastgoed- of gebiedsontwikkeling, integrale publicatie in rechte zullen afdwingen. Indien de gemeente langs deze weg tot publicatie van in beginsel de integrale anterieure overeenkomst zou worden gedwongen, moet de zwarte stift (ongetwijfeld te hanteren in overleg met de contractspartner(s)) uitkomst bieden. Deze situatie kan worden voorkomen door op voorhand afspraken die los staan van afspraken over het kostenverhaal onder te brengen in een afzonderlijke overeenkomst. Binnerts heeft gelijk als hij deze aanpak kwalificeert als moeizaam, vergeleken met de goeie ouwe tijd. Vergeleken met een of meer publiek-private weglaksessies zou dat daarentegen wel eens mee kunnen vallen. ●

Licentie verstrekt aan:
binnerts@potjonker.nl
Pot Jonker Advocaten
IBR publicatie - 24-12-2024

¹² Wet van 16 oktober 2023, houdende wetstechnische wijzigingen en andere wijzigingen van ondergeschikte aard in de Omgevingswet en enkele wetten die daarmee verband houden (Verzamelwet Omgevingswet 2023). Stb. 2023, 376.