

van de civiele rechter. Winstpunt is dat in de Onteigeningswet thans zelf een evaluatietermijn (drie jaar) en termijn voor een herzieningswet (vijf jaar) is opgenomen, met daaroverheen een

toezegging van de Minister-President dat dit eigenlijk binnen een jaar na aantreden van een nieuw kabinet moet. Het wordt tijd om door te pakken.

Nr. 86

## Anderszins verzekerd; zijn verschillen in premies toegestaan?

door mr. M. Fokkema en ir. M.J. de Haan<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

Met de inwerkingtreding van afdeling 6.4 Wet ruimtelijke ordening (hierna: Wro) is er op het gebied van gemeentelijk kostenverhaal niet alleen het nodige in juridische zin veranderd. Ook op het gebied van de gemeentelijke financiën zijn er nogal wat zaken gewijzigd. Zo dient een exploitatieplan vergezeld te gaan van een exploitatieopzet. Deze opzet, die inhoudelijk verschilt van de reguliere gemeentelijke grondexploitatie, dient als basis voor het betalingsvoorschrift in de bouwvergunning, indien er geen anterieure overeenkomst is gesloten.<sup>2</sup> Nog steeds wordt de grondexploitatie wel als basis gebruikt om een contractueel overeen te komen exploitatiebijdrage te berekenen. Vraag is of daarmee het (gemeentelijk) kostenverhaal 'anderszins verzekerd' is, zodat er om die reden geen exploitatieplan vastgesteld hoeft te worden.<sup>3</sup>

In dit artikel staan wij allereerst stil bij de inhoudelijke verschillen tussen gemeentelijke grondexploitaties en bij exploitatieplannen behorende exploitatieopzetten. Na deze financiële exercitie, wordt aan de hand van een praktijkvoorbeeld meer in juridische zin nader ingegaan op het wettelijke begrip 'anderszins verzekerd'. Wij besluiten deze bijdrage met een conclusie.

### 2. Algemene verschillen tussen grondexploitatie en exploitatieopzet

Een gemeentelijke grondexploitatie betreft meestal het rekenmodel waarin de financiële aspecten van een gebiedsontwikkeling worden geanalyseerd en waarmee een project in financiële zin kan worden bewaakt.<sup>4</sup> Het betreft in meer gedefinieerde zin dan ook de financiële vertaling van het productieproces dat (ruwe) grond omzet in grond voor een (andere) gewenste bestemming. De grondexploitatie betreft een overzicht van grondopbrengsten en grondkosten uitgezet in de tijd, rekening houdend met opbrengsten- en kostenstijgingen en rentetoerekening. Het is dan ook een belangrijk financieel sturings- en/of verantwoordingsmiddel van gemeenten bij gebiedsontwikkelingsprojecten.

De exploitatieopzet is een onderdeel van een exploitatieplan en gaat uit van de fictie dat de gemeente alle werkzaamheden uitvoert.<sup>5</sup> Qua methodiek en uitwerking is de exploitatieopzet weliswaar gebaseerd op een reguliere gemeentelijke grondexploitatie, maar het is dit nadrukkelijk niet. In de exploitatieopzet mogen bijvoorbeeld slechts de kosten worden meegenomen die genoemd zijn in art. 6.2.3-6.2.5 Besluit ruimtelijke ordening (hierna: Bro), ook wel genoemd: de kostensoortenlijst. Een gemeente kan in haar eigen grondexploitatie echter alle kosten opvoeren

1. Manfred Fokkema en Michiel de Haan zijn beide werkzaam als senior-adviseur bij PurpleBlue. Dit artikel betreft een bewerking van hoofdstuk 9 uit de recent verschenen, M. Fokkema, *Wegwijzer Exploitatieovereenkomsten 2010*, Deventer: Kluwer 2010 (eerste druk). Dit artikel is afgesloten op 19 april 2010.
2. Art. 6.12 Wro jo. art. 6.24 Wro.
3. Art. 6.12 Wro en art. 6.17 Wro.
4. Zie ook M.M.M. van Leeuwen en E.R. Hijmans, 'De financiële gegevens in en om het exploitatieplan', *BR* 2009, p. 15 e.v.
5. Art. 6.13 lid 4 Wro.

die zij ten laste van de grondexploitatie wenst laten te komen.

Beide berekeningen lijken in verschijningsvorm wel veel op elkaar en dat kan verwarrend werken. Om misverstanden ten tijde van bestuurlijke besluitvorming te voorkomen is het van belang om het college van burgemeester en wethouders en de gemeenteraad over de verschillen tijdig op de hoogte te stellen. Dit is vooral ook belangrijk omdat antieure exploitatieovereenkomsten gesloten kunnen worden door het college (op basis van de grondexploitatie) en de bevoegdheid tot het vaststellen van een exploitatieplan met bijbehorende exploitatieopzet (in principe) berust bij de gemeenteraad.<sup>6</sup> Ook zullen gemeenten administratief actie moeten ondernemen om ervoor te zorgen dat bedragen op de juiste wijze (behorend bij de juiste berekening) worden geadmistriceerd in zowel de grondexploitatie als in de exploitatieopzet.

Een exploitatieopzet wordt vastgesteld als onderdeel van een exploitatieplan en is daarmee vatbaar voor zienswijzen.<sup>7</sup> Iedere aanname die in de berekening wordt gedaan dient daarom goed onderbouwd te worden. Dit laatste geldt natuurlijk ook bij reguliere gemeentelijke grondexploitatie, maar wel in mindere mate omdat een dergelijke grondexploitatie meestal vertrouwelijk is en extern geen werking heeft.

### 3. Verschillen in kosten en opbrengsten

#### 3.1. Kosten

De meest in het oog springende verschillen tussen een exploitatieopzet en een grondexploitatie betreffen aan de kostenkant: inbrengwaarden, planontwikkelingskosten, de posten risico en onvoorzien, bovenwijkse en bovenplanse kosten en de kosten voor bodemsanering en planschade.

##### 3.1.1 Inbrengwaarde

Een erg in het oog springend verschil is de inbrengwaarde van de gronden. Bij een exploitatieopzet moet deze inbrengwaarde gebaseerd zijn op de waarde overeenkomstig art. 40b-40f Ow.<sup>8</sup> Wordt er niet onteigend dan betreft dit de verkeerswaarde. In geval van onteigening of verwerving op basis van onteigening betreft dit een volledige schadeloosstelling.<sup>9</sup> Een taxatie dient beschikbaar te zijn als onderbouwing. In de eigen

gemeentelijke grondexploitatie mag de waarde van de in te brengen grond echter gebaseerd zijn op een geheel andere grondslag, zoals bijvoorbeeld de boekwaarde.

#### 3.1.2 Planontwikkelingskosten

In de gemeentelijke grondexploitatie mag de gemeente de planontwikkelingskosten opvoeren conform eigen beleid en uiteindelijk de werkelijke kosten ten laste van het project brengen. In de exploitatieopzet is dit bedrag echter een vast bedrag als resultaat van de zogenaamde (ministeriële) regeling plankosten exploitatieplan (ook wel genoemd: de plankostenscan).<sup>10</sup>

In de plankostenscan zijn regels opgenomen over de hoogte en begrenzing van enkele kostensoorten van de exploitatie:

- de kosten van de voorbereiding en het toezicht op de uitvoering van voorzieningen en werken,
- de kosten van het opstellen van gemeentelijke ruimtelijke plannen,
- de overige gemeentelijke apparaatskosten voor het project.

Niet alle kosten worden in de regeling meegenomen. Zo lopen de begeleidingskosten voor onderzoeken per project te zeer uiteen.<sup>11</sup> De regeling plankosten exploitatieplan moet door de gemeente worden toegepast bij exploitatieplannen. De plankostenscan is een forfaitaire regeling. Exploitanten weten dus vooraf exact wat de hoogte is van de plankosten die in de exploitatieopzet worden opgenomen. Die kosten worden bepaald onafhankelijk van het aantal daadwerkelijk gemaakte ambtelijke uren.<sup>12</sup>

#### 3.1.3 Risico en onvoorzien

Opvallend aan de kostenposten die genoemd worden in art. 6.2.3-6.2.5 Bro is dat daarin niet de post 'risico en onvoorzien' apart is genoemd. Deze post maakt in veel gevallen wel onderdeel uit van een reguliere gemeentelijke grondexploitatie.

#### 3.1.4 Bovenwijkse en bovenplanse kosten

De wijze waarop kosten voor bovenwijkse- en bovenplanse kosten in een exploitatieopzet mogen worden opgenomen is wettelijk vastgelegd. De op te nemen kosten dienen te voldoen aan een drietal criteria: proportionaliteit, profijt en toerekenbaarheid (art. 6.14 lid 6 Wro) en bovendien

6. Art. 6.24 Wro en art. 6.12 Wro.

7. Art. 6.14 lid 1 Wro.

8. Art. 6.19 onder a Wro.

9. Zie uitgebreid over deze materie E.J. van Baardewijk, *Wegwijzer exploitatieplannen 2010*, Deventer: Kluwer 2010, p. 72 e.v. (eerste druk).

10. De inwerkingtreding hiervan is voorzien per 1 oktober 2010 (stand van zaken per april 2010).

11. Zie ook *Wegwijzer exploitatieplannen 2010*, p. 81.

12. Zie ook *Wegwijzer exploitatieplannen 2010*, p. 82.

dient voor het verhaal van bovenplanse kosten een basis te worden gelegd in een gemeentelijke structuurvisie.<sup>13</sup> In de eigen gemeentelijke grondexploitatie is de gemeente niet aan deze criteria gebonden.

### 3.1.5 Bodemsanering en planschade

Tot slot het verschil in wijze van opname van kosten voor bodemsanering en planschade. In de exploitatieopzet is er meer belang bij het van tevoren goed inschatten van de hoogte van deze kosten. De reden daarachter is het feit dat kosten na het verlenen van de bouwvergunning waarin de bijdrage is opgenomen, niet achteraf alsnog verhaald mogen worden. Juist de kosten voor bodemsanering willen bij een project, zeker in het beginstadium, nogal eens onzeker zijn. Indien in dat stadium kosten te laag worden opgenomen in de exploitatieopzet kunnen mogelijke extra noodzakelijke kosten als gevolg van de bodemsanering later na verlening bouwvergunning niet verhaald worden. Hetzelfde geldt voor de kostenpost planschade. Overigens geldt dit ook voor andere kostenposten. De onzekerheid is daar vaak echter minder groot.

### 3.2. Opbrengsten

Aan de opbrengstenkant is het verschil evident. De fictie achter een exploitatieopzet is dat de gemeente het gehele project uitvoert.<sup>14</sup> In de exploitatieopzet dienen dan ook alle grondopbrengsten te worden opgenomen. De realiteit is echter vaak dat de gemeente niet alle grondopbrengsten zal realiseren, omdat er nu eenmaal sprake is van zelfrealisatie door de grondeigenaar. De gemeente kan slechts kosten verhalen via het exploitatieplan.

In de gemeentelijke grondexploitatie behorende bij het project zal dan ook aan de opbrengstenkant niet de totale grondopbrengst zijn opgenomen, maar juist de bijdrage zoals de gemeente die ontvangt op grond van de exploitatieopzet (naast wellicht door de gemeente zelf te realiseren grondopbrengsten op haar eigen grondeigendom).

Verder geldt dat de gemeente aan de opbrengstenkant in een exploitatieopzet ook dient op te nemen de mogelijke bijdragen die het project ontvangt uit andere in de toekomst te ontwikkelen projecten vanwege de aanleg van bepaalde voorzieningen die van nut zijn voor beide plannen (het huidige en het toekomstige).<sup>15</sup> Die verplichting geldt niet in de eigen grondexploitatie.

## 4. Anderszins verzekerd

De hiervoor aangegeven verschillen tussen exploitatieopzet en grondexploitatie kunnen leiden tot een vrij lastig juridisch vraagstuk (in ieder geval voor wat betreft de plankosten). In de Wro is namelijk opgenomen dat het verhaal van kosten van de grondexploitatie 'anderszins verzekerd' moet zijn (zie art. 6.12 lid 1 Wro en art. 6.17 lid 1 Wro), wil een gemeente geen exploitatieplan hoeven vaststellen.<sup>16</sup> In de kern komt dit er allereerst op neer dat wanneer kosten niet via een exploitatieovereenkomst (of bijvoorbeeld uitgifteovereenkomst) worden verhaald, dit zal moeten plaatsvinden via de bouwvergunning en een onderliggend exploitatieplan.

Moet een bijdrage in een exploitatieovereenkomst echter altijd worden gebaseerd op een exploitatieopzet om van 'anderszins verzekerd' te kunnen spreken? Ofwel: moet er privaatrechtelijk worden verhaald wat er publiekrechtelijk kan worden verhaald, om van 'anderszins verzekerd' te kunnen spreken? Aan de hand van het volgende voorbeeld zullen wij trachten antwoord te geven op deze vraag.

Een ontwikkelaar en een gemeente willen een anterieure exploitatieovereenkomst sluiten, waarbij de ontwikkelaar zelf verantwoordelijk is voor de aanleg van openbare voorzieningen (via een doorgelegde aanbestedingsplicht). De gemeente heeft in dit kader onder meer haar plankosten berekend. Die vallen behoorlijk lager uit dan een berekening via de plankostenscan. De gemeente, wat begrijpelijkerwijs ook geldt voor de ontwikkelaar, heeft een sterke voorkeur voor het hanteren van de eigen urenraming. Men verwacht hierdoor sneller tot een overeenkomst te kunnen komen en er hoeft dan ook geen exploitatieplan te worden vastgesteld. Het is de ontwikkelaar bovendien bekend dat de verrekeningbepaling in art. 6.20 Wro geen betrekking heeft op de plankostenscan, omdat de berekende bedragen worden beschouwd als werkelijke bedragen.<sup>17</sup> Alle reden om het niet aan te laten komen op een exploitatieplan. Een winstsituatie voor beide partijen als er een anterieure exploitatieovereenkomst kan worden gesloten met een dergelijke afspraak. Is het kostenverhaal echter wel 'anderszins verzekerd'?

### 4.1. Rekkelijke benadering

In dit kader allereerst de constatering dat de wetgever er ten tijde van het wetgevingsproces,

13. Art. 6.13 lid 7 Wro.

14. Art. 6.13 lid 4 Wro.

15. Art. 6.2.4 onder f Bro en art. 6.2.6 Bro.

16. De eisen zoals genoemd in art. 6.12 lid 2 sub b en c Wro daargelaten.

17. Art. 6 plankostenscan.

nogal optimistisch, steeds vanuit lijkt te zijn gegaan dat in het anterieure spoor vaak meer kosten zullen worden verhaald dan via het publiekrecht mogelijk is.<sup>18</sup> In een normale marktsituatie zal dit wellicht mogelijk blijken te zijn, maar niet in de in de huidige crisistijden.

Kiest men voor een rekkelijke benadering van het begrip 'anderszins verzekerd', dan is het verdedigbaar dat wanneer de gemeente in de anterieure fase haar werkelijke (plan)kosten verhaalt, voldaan wordt aan het criterium 'anderszins verzekerd'. De minister heeft in het begin van het wetgevingsproces zelfs gesteld dat van 'anderszins verzekerd' sprake zal zijn 'ongeacht de hoogte van de afgesproken bijdrage'.<sup>19</sup> Daar is de minister later overigens op teruggekomen door aan de Eerste Kamer mee te delen dat het begrip anderszins verzekeren vooral slaat op gesloten overeenkomsten en als deze 'alle kosten' dekken er geen reden is voor verder kostenverhaal via het exploitatieplan.<sup>20</sup> Ook is in dit kader relevant dat in de toelichting op de regeling plankosten exploitatieplan letterlijk staat:

'Deze regeling is niet bedoeld voor het anterieure contractenspoor (...).'<sup>21</sup>

Gelet op vorenstaande is duidelijk dat de wetgever van oordeel is dat partijen zich in het anterieure spoor niet (strik) hoeven te houden aan de plankostenplan en daarmee dus ook niet aan de exploitatieopzet. Hoewel het uit de wet (vanwege de structuur) als zodanig niet zo helder is op te maken, heeft de wetgever vooral voor ogen gehad dat partijen er minnelijk uit komen. Het primaat ligt in feite bij de anterieure overeenkomst, terwijl het opstellen van een exploitatieplan geldt als 'stok achter de deur'.<sup>22</sup> En dat vraagt om enige vrijheid van handelen bij het aangaan van een exploitatieovereenkomst. Bovendien wordt er in algemene zin ook vanuit gegaan dat wanneer de gemeente haar eigen gronden uitgeeft, daarmee de kosten anderszins verzekerd zijn.<sup>23</sup> Dat hoeft in de praktijk echter helemaal niet het geval te zijn. Tot slot ter verdediging van een rekkelijke benadering de opmerking dat onderzoekskosten door de gemeente zelf ingeschat worden (ook anterieur) en deze een nauwe verwantschap hebben met de plankosten.

#### 4.2. Strikte benadering

Gaat men echter uit van een meer strikte interpretatie van de wet, dan zal moeten gelden dat de hoogte van een op een grondexploitatie gebaseerde exploitatiebijdrage (uitgaande van de werkelijkheid) in principe niet lager mag uitvallen dan een exploitatiebijdrage gebaseerd op een exploitatieopzet (uitgaande van een fictie en de daarin opgenomen uitkomsten van de plankostenplan). Ter onderbouwing kan, net als bij de rekkelijke benadering, verwezen worden naar de wetgeschiedenis. In de memorie van toelichting valt in dit kader immers te lezen:

'De voorlopige exploitatieopzet zal de grondslag vormen voor door de gemeente te sluiten exploitatieovereenkomsten (...).'<sup>24</sup>

Tevens kan gewezen worden op de handelingen in de Eerste Kamer:

'(...) over de kostensoortenlijst die inderdaad ook goed voor het private spoor kan worden gebruikt als een vorm van borging, maar ook als een soort minimumeisenpakket, (...).'<sup>25</sup>

Brengt een gemeente een lager bedrag dan de (voorlopige) exploitatieopzet in rekening, dan kan, mede gelet op vorenstaande citaten, verdedigd worden dat er een te laag bedrag wordt verhaald en daarmee de kosten niet geheel 'anderszins verzekerd' zijn. Via een exploitatieplan kan de gemeente immers tot een hoger niveau van kostenverhaal komen. Dit klemmt vooral als de gemeente, ondanks een anterieure exploitatieovereenkomst, niet uit komt onder de verplichting om een exploitatieplan vast te stellen, omdat niet alle eigenaren bereid zijn tot het aangaan van een exploitatieovereenkomst. In een dergelijk geval leidt het niet sluiten van een exploitatieovereenkomst, hetgeen overigens een goed recht is voor beide partijen, voor de betrokken exploitant uiteindelijk tot een hogere bijdrage, dan in het geval er door hem wel een anterieure overeenkomst zou zijn gesloten.

Vorengaande heeft voor het door ons gegeven voorbeeld tot gevolg dat de gemeente niet zou mogen contracteren over de door haar berekende plankosten, maar de uitkomsten van de plankostenplan zou moeten hanteren (er overigens vanuit gaande dat deze regeling ook daadwerkelijk in

18. Zie o.a. *Kamerstukken II 2004/05*, 30 218, nr. 3 (MvT), p. 16, *Kamerstukken II 2005/06*, 30 218, nr. 6, p. 18 en *Kamerstukken I 2007/08*, 30 218, G, p. 6-7.

19. *Kamerstukken I 2006/07*, 30 218, D, p. 9 en J.A.M. van den Brand, E.W. van Gelder & H.W. Sandick (red.), *Handreiking Grondexploitatiewet*, p. 97.

20. *Handelingen I, Kamerstukken I 2006/07*, nr. 30, p. 955.

21. Regeling plankosten exploitatieplan, ontwerp januari 2010, p. 13.

22. *Wegwijzer exploitatieovereenkomsten 2010*, p. 27.

23. Zie nogmaals de *Handreiking Grondexploitatiewet*, p. 97.

24. *Kamerstukken II 2004/05*, 30 218, nr. 3, MvT, p. 22.

25. *Handelingen I, Kamerstukken I 2006/07*, p. 971.

werking treedt). Dit is wellicht nadelig voor partijen, maar de gemeente kan in voorkomend geval een eventueel vermoeden van staatssteun overigens wel beter tegenspreken.<sup>26</sup> Bovendien kan ook minder snel het idee ontstaan dat de gemeente een financiële bijdrage doet aan het project. Dat laatste dient gelet op een mogelijke aanbestedingsplicht zoveel mogelijk voorkomen te worden.<sup>27</sup> Tot slot de opmerking dat de financiële uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan ter discussie kan komen in het kader van het kostenverhaal.<sup>28</sup>

**5. Conclusie**

De minister heeft het begrip ‘anderszins verzekerd’, ondanks aandringen daartoe vanuit de Eerste Kamer, bewust niet willen vastleggen in de Wro of het Bro.<sup>29</sup> Bovendien is er op dit punt sprake van een wetsgeschiedenis die op een aantal punten nogal tegenstrijdig is. Omdat er nog geen jurisprudentie is over het begrip ‘anderszins ver-

zekerd’, in relatie tot anterieure exploitatieovereenkomsten, moet vooralsnog dan ook in het midden blijven waar de grens precies ligt. Duidelijk is wel dat de wetgever gemeenten en exploitanten ruimte heeft willen bieden in het anterieure spoor. Ruimte die door de wetgever vooral lijkt te zijn bedoeld voor verdergaande afspraken, bovenop hetgeen via het exploitatieplan en de daarbij behorende exploitatieopzet verhaalbaar is. Een mooi premievoordeel voor gemeenten, dat in het huidige tijdgewricht echter nog maar zelden bereikbaar zal blijken te zijn. Het zal er uiteindelijk wel op neerkomen, waarschijnlijk is dit slechts een kwestie van tijd, dat de rechterlijke macht over het begrip ‘anderszins verzekerd’, in relatie tot anterieure exploitatieovereenkomsten, een bindend oordeel moet gaan uitspreken.<sup>30</sup> Pas dan zal blijken of de hoogte van de premie, of preciezer gezegd de hoogte van de exploitatiebijdrage, lager mag uitvallen in het anterieure spoor, dan in het publieke spoor.

26. Zie Europese Commissie, C(2008)2685 def., overweging 44, maar ook ABRvS 10 juni 2009, nr. 200808122/1, HvJ EG 5 oktober 2006, nr. C-368/04. Zie ook E.A. Minderhoud en T. Grundmeijer, ‘Het verplichte karakter van het kostenverhaal ingevolge de Wro. Tijd voor bezinning?’, *TBR* 2010, p. 117 e.v.  
 27. HvJ EG 25 maart 2010, nr. C-451/08 (*Müller*).  
 28. Zie bijv. r.o. 7 in Hof Den Haag (*vzr.*) 17 november 2009, *LJN* BL0679. De financiële uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan wordt hier – ten onrechte – gekoppeld aan het exploitatieplan (de exploitatieopzet) en niet aan de gemeentelijke grondexploitatie en Rb. Zutphen 26 maart 2010, *LJN* BL9121.  
 29. *Kamerstukken I* 2007/08, 30 218, J, p. 4.  
 30. Zie in dit kader bijv. ABRvS 2 december 2009, nr. 200901438/1/R3, r.o. 2.12.

# Jurisprudentie

## I. Ruimtelijke orderingsrecht

Nr. 87

**Rechtbank Arnhem 2 maart 2010, nr. AWB 09/1680, LJN BL6716 (belanghebbendebegrip)**

Mr. L. van Gijn, mr. A.A.J. de Gier en mr. E.M. Vermeulen

**Ruimtelijke uitstraling van bouwplan kan ‘corrigerende’ werking hebben; belanghebbende begrip beperkt.**

**Met noot C.A.H. van de Sanden en H.J. Breeman**

(...)

*Overwegingen*

3.3 Uit de gedingstukken blijkt dat verweerder bij de bepaling wie als belanghebbenden moeten worden aangemerkt bij de besluitvorming een straal van hemelsbreed 200 meter heeft gehanteerd rondom het perceel waarop het in geding zijnde bouwplan betrekking heeft. Verweerder heeft voornoemde cisers die hemelsbreed op een afstand van meer dan 200 meter van het te realiseren bouwplan wonen, onder andere gelet op het feit dat zij geen zicht hebben op het bouwplan, niet-ontvankelijk verklaard. De rechtbank is echter van oordeel dat de door verweerder als belanghebbenden aangemerkte groep buurtbewoners dan alsnog te ruim is. De rechtbank is van