

De anterieure overeenkomst: grenzen aan contractsvrijheid?

Een integrale analyse van het
juridisch speelveld

mr. J.J. Hoekstra

mr. A.M. Ubink

mr. T.A. Scheffer-Terlien

prof. mr. dr. A.D.L. Knook

ISBN 978-94-6315-103-0
NUR 822-823

© 2024, J.J. Hoekstra, A.M. Ubink, T.A. Scheffer-Terlien & A.D.L. Knook

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgeverij. Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken dient men zich tot de Stichting Instituut voor Bouwrecht te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photo print, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Inhoudsopgave

| | | |
|-------|--|----|
| | Kader en vraagstelling | 1 |
| 1 | Inleiding | 1 |
| 2 | Onderzoeksvragen en opzet preadvies | 3 |
| 3 | Algemeen juridisch kader | 4 |
| 3.1 | Doorkruisingsleer | 4 |
| 3.2 | Misbruik van bevoegdheid en a.b.b.b. | 8 |
| 3.3 | Gevolgen schending grenzen contractsvrijheid | 11 |
| | | |
| | Deel I Publiekrechtelijke medewerking en financiële afspraken, waaronder kostenverhaal | |
| 1 | Algemene inleiding | 17 |
| 2 | De publiekrechtelijke medewerking | 20 |
| 2.1 | Inleiding | 20 |
| 2.2 | De totstandkoming van de anterieure overeenkomst | 20 |
| 2.2.1 | Besluitvorming door het college van burgemeester en wethouders | 20 |
| 2.2.2 | Goedkeuringsvoorbehoud college van burgemeester en wethouders | 21 |
| 2.2.3 | Goedkeuringsvoorbehoud gemeenteraad | 26 |
| 2.2.4 | Mandaat en (schijn van) volmachtverlening | 28 |
| 2.2.5 | Conclusies met betrekking tot de totstandkoming van de anterieure overeenkomst | 29 |
| 2.3 | De anterieure overeenkomst als bevoegdhedenovereenkomst | 31 |
| 2.3.1 | Karakter en reikwijdte | 31 |
| 2.3.2 | Inspanningsverplichting, publiekrechtelijke verantwoordelijkheid en exoneratie van aansprakelijkheid | 33 |
| 2.3.3 | Betekenis anterieure (bevoegdheden)overeenkomst in bestuursrechtelijke procedure | 37 |
| 2.3.4 | Inhoud bevoegdhedenovereenkomst: afspraken over functiewijziging | 40 |
| 2.3.5 | Inhoud bevoegdhedenovereenkomst: afspraken over vergunningverlening | 41 |
| 2.3.6 | Inhoud bevoegdhedenovereenkomst: afspraken over inzet grondbeleidsinstrumentarium | 44 |
| 2.3.7 | Conclusies met betrekking tot de anterieure overeenkomst als bevoegdhedenovereenkomst | 45 |
| 2.4 | Aanbevelingen met betrekking tot hoofdstuk 2 (de publiekrechtelijke medewerking) | 47 |
| 3 | De anterieure overeenkomst en het bouwplan | 48 |
| 3.1 | Inleiding | 48 |
| 3.2 | Gebruiks- en bebouwingsregels | 49 |
| 3.3 | Bouwtechnische regels | 56 |
| 3.4 | Regels over vergunningverlening | 62 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 3.5 | Aanbevelingen met betrekking tot hoofdstuk 3 (de anterieure overeenkomst en het bouwplan) | 66 |
| 4 | Kostenverhaal en (andere) financiële bijdragen | 67 |
| 4.1 | Inleiding | 67 |
| 4.2 | Hoofdlijnen kostenverhaalsregeling Omgevingswet | 70 |
| 4.3 | Aandachtspunten kostenverhaal anterieure fase | 74 |
| 4.3.1 | Voortzetting huidige praktijk | 74 |
| 4.3.2 | Samenloop privaat- en publiekrechtelijke regeling | 76 |
| 4.3.3 | Schaduwwerking kostensoortenlijst en PPT-criteria | 78 |
| 4.3.4 | Het bouwverbod (artikel 13.12 Ow) | 81 |
| 4.3.5 | De kennisgeving en de openbaarmaking van de inhoud van de anterieure overeenkomst | 82 |
| 4.3.6 | Posterieuze overeenkomst | 84 |
| 4.4 | Financiële bijdragen | 85 |
| 4.4.1 | Financiële bijdragen in een anterieure overeenkomst (artikel 13.22 Ow) | 85 |
| 4.4.2 | Financiële bijdragen in een omgevingsplan (artikel 13.23 Ow) | 86 |
| 4.5 | Nadeelcompensatieverhaal | 90 |
| 4.6 | Financiële afspraken als voorwaarde voor publiekrechtelijke medewerking | 91 |
| 4.6.1 | Inleiding | 91 |
| 4.6.2 | Betaalplanologie | 91 |
| 4.6.3 | Uitzonderingen op het verbod op betaalplanologie | 94 |
| 4.7 | Modernisering van het grondbeleid | 99 |
| 4.7.1 | Inleiding | 99 |
| 4.7.2 | Forfaitair kostenverhaal en gebruikswaarde als inbrengwaarde | 100 |
| 4.7.3 | Planbatenheffing | 101 |
| 4.8 | Aanbevelingen met betrekking tot hoofdstuk 4 (Kostenverhaal en (andere) financiële bijdragen) | 105 |

Deel II Realisatie van het bouwprogramma

| | | |
|---|---|-----|
| A. Woningbouw gerelateerde afspraken | 109 | |
| 1 | Inleiding | 109 |
| 2 | Publiekrechtelijk kader | 110 |
| 2.1 | Omgevingswet en Besluit kwaliteit leefomgeving | 110 |
| 2.2 | Huisvestingswet 2014 | 114 |
| 3 | Europeesrechtelijk kader | 117 |
| 3.1 | EVRM | 117 |
| 3.1.1 | Algemeen juridisch kader | 118 |
| 3.1.2 | Toetsing woningbouw regulerende maatregelen door het EHRM | 120 |
| 3.1.3 | Woningbouw regulerende maatregelen en het EVRM in Nederlandse wetgeving | 121 |
| 3.2 | EU-Verdrag en Dienstenrichtlijn | 122 |
| 3.3 | Fundamentele vrijheden en de doorkruisingsleer | 123 |
| 4 | Toepassing doorkruisingsleerstuk op woningbouw gerelateerde afspraken | 124 |

| | | |
|-------|--|------------|
| 4.1 | Woonruimteverdeling | 125 |
| 4.2 | Zelfbewoningsplicht en anti-speculatiebedingen | 125 |
| 4.3 | Woningbouwprogrammering | 128 |
| 4.3.1 | Vaststellen von-prijzen voor duurdere woningbouwcategorieën | 129 |
| 4.3.2 | Aandachtspunten bij het contracteren over woningbouwprogrammering | 133 |
| 4.4 | Overige aandachtspunten woningbouw gerelateerde afspraken | 135 |
| 5 | Wetsvoorstel versterking regie volkshuisvesting | 138 |
| 5.1 | Wetsvoorstel op hoofdlijnen | 138 |
| 5.2 | Relevantie voor anterieure overeenkomsten | 139 |
| 5.3 | Conclusie | 141 |
| 6 | Gevolgen schending grenzen contractsvrijheid | 141 |
| 6.1 | Woonruimteverdeling | 141 |
| 6.2 | Zelfbewoningsplicht | 142 |
| 6.3 | Woningbouwprogrammering | 143 |
| 7 | Conclusies en aanbevelingen | 145 |
| | B. Overige onderwerpen | 147 |
| 1 | Inleiding | 147 |
| 2 | Realisatieplicht | 147 |
| 3 | Onvoorziene omstandigheden | 150 |
| 4 | Sancties | 152 |
| 4.1 | Boetebedingen | 152 |
| 4.2 | Wettelijke handelsrente | 154 |
| 5 | Gevolgen schending grenzen contractsvrijheid | 155 |
| 5.1 | Realisatieplicht | 155 |
| 5.2 | Boetebedingen | 156 |
| 6 | Conclusies en aanbevelingen | 157 |
| | Deel III Aanbesteding en Didam | |
| 1 | Algemene inleiding | 161 |
| 2 | Aanbestedingsrechtelijke aspecten anterieure overeenkomsten | 163 |
| 2.1 | Inleiding | 163 |
| 2.2 | Realisatie openbaar gebied (grondexploitatie) en vastgoedprogramma (opstalexplotatie) | 164 |
| 2.2.1 | Onderscheid tussen gronduitgifte en overheidsopdracht voor werken | 164 |
| 2.2.2 | Doorwerking aanbestedingsrecht in gebieds- en locatieontwikkeling | 166 |
| 2.3 | Onderhandelingsruimte beperkt? | 169 |
| 3 | Didam en anterieure overeenkomst | 172 |
| 3.1 | Inleiding | 172 |
| 3.2 | Kern van het Didam-arrest | 176 |
| 3.2.1 | Hoofdregel | 177 |
| 3.2.2 | Uitzondering: één serieuze gegadigde | 183 |
| 3.3 | Tussenconclusie | 185 |
| 3.4 | Toepassing in de praktijk | 186 |

De anterieure overeenkomst: grenzen aan contractsvrijheid?

| | | |
|-------|--|-----|
| 3.4.1 | Verkoopprocedures | 187 |
| 3.4.2 | Uitzonderingen | 191 |
| 3.5 | Gevolgen schending | 195 |
| 3.6 | Advies AG aan Hoge Raad | 198 |
| 4 | Aanbevelingen aanbesteden en mededingingsruimte in gebiedsontwikkeling | 201 |

Deel IV De noodzaak van specifieke staatssteunregelgeving voor de vastgoedsector

| | | |
|-----|---|-----|
| 1 | Inleiding | 209 |
| 2 | Wanneer is sprake van staatssteun? | 212 |
| 2.1 | Is sprake van een voordeel? | 213 |
| 2.2 | Marktconform voordeel | 215 |
| 2.3 | Selectief voordeel | 223 |
| 2.4 | Is sprake van een onderneming? | 224 |
| 3 | Wanneer is sprake van geoorloofde staatssteun? | 224 |
| 3.1 | DAEB steun | 225 |
| 3.2 | AGVV steun | 226 |
| 3.3 | Geoorloofd na goedkeuring van de Europese Commissie | 226 |
| 4 | Conclusies en aanbevelingen | 227 |

Deel V Tot slot

| | |
|-----------|-----|
| Dankwoord | 231 |
|-----------|-----|