

TBR 2024/27

De rol van de omgevingsvergunning bij vastgoed- en projectfinanciering: veranderingen vanwege de Omgevingswet

mr. M.G.T. Driessen, mr. R. Molenaar-Wingens, mr. N. Groenendijk, mr. K. Giezeman^[1]

1. Introductie

In de regel wordt aan de verstrekking van vastgoed- of projectfinanciering de opschortende voorwaarde verbonden dat alle relevante (onherroepelijke) omgevingsvergunningen voor de realisatie van het te financieren project zijn verkregen. Het verkrijgen van de vereiste vergunningen en het beschikbaar komen van de benodigde financiering is veelal het startteken voor de fysieke uitvoering van een project.

Een onherroepelijke omgevingsvergunning^[2] voorziet in een voorafgaande toestemming van het bevoegde gezag om het beoogde project uit te voeren. Het bevoegde gezag dat de omgevingsvergunning heeft verleend, heeft hierbij getoetst of het vergunde project voldoet aan wet- en regelgeving. Een onherroepelijke omgevingsvergunning biedt dan ook enige mate van zekerheid over de vraag of het te financieren project in overeenstemming met omgevingsrechtelijke wet- en regelgeving kan worden uitgevoerd.^[3] Daarmee kan een significant risico voor de financiers van het project worden beperkt.

Over de vraag of een project wel of niet aan alle wet- en regelgeving voldoet, kan onder de nieuwe Omgevingswet, vaker dan onder het oude recht, onzekerheid bestaan. Wat doet die onzekerheid met de financierbaarheid van een project? Die vraag staat in dit artikel centraal. In dit artikel staan wij eerst stil bij enkele veranderingen die de Omgevingswet heeft gebracht. Daarna bespreken wij het verloop van een financieringstraject en gaan wij in op de wijze waarop financiers om zouden kunnen gaan met de veranderingen onder de Omgevingswet en de onzekerheden die dit met zich meebrengt.

2. Welke veranderingen in de Omgevingswet zijn relevant in het kader van financieringen?

Met de inwerkingtreding van de Omgevingswet per 1 januari 2024 is een nieuw wettelijk stelsel voor omgevingsrecht geïntroduceerd. Het instrument van de omgevingsvergunning blijft onder de Omgevingswet bestaan, maar heeft een minder prominente rol. Een belangrijk uitgangspunt van de wetgever onder de Omgevingswet is dat waar mogelijk minder vaak een omgevingsvergunningplicht geldt en vaker in plaats daarvan aan algemene regels moet worden voldaan. Zodoende vindt er een verschuiving plaats van voorafgaande publiekrechtelijke toestemming voor de ontwikkeling van een project bij wijze van vergunningverlening, naar uitvoering van werkzaamheden en projecten zonder expliciete toestemming. Mogelijk zal er daarbij vaker aanleiding zijn tot handhaving achteraf.

De verwachting is dat, door de keuze om minder vergunningsplichten op te leggen en meer op algemene regels te vertrouwen, de volgende situaties zich vaker zullen voordoen: (i) er zal vaker géén omgevingsvergunning

vereist zijn, (ii) er blijft vaker onduidelijkheid of een omgevingsvergunning is vereist en of aan algemene regels is voldaan.^[4]

2.1 Minder omgevingsvergunningplichten en meer vertrouwen op algemene regels

Aan het begin van het bijna tien jaar durende wetgevingsproces voor de Omgevingswet stelde de wetgever het volgende: '*Uitgangspunt voor het wetsvoorstel is zo veel mogelijk te volstaan met het stellen van algemene regels voor activiteiten, waardoor voor de initiatiefnemer van een activiteit geen voorafgaande toestemming is vereist.*'^[5] De wetgever heeft bij dit uitgangspunt vooral een vermindering van de lastendruk voor initiatiefnemers en overheid voor ogen gehad.

In welke mate er daadwerkelijk minder vaak voorafgaand toestemming kan worden verkregen onder de Omgevingswet voor een project hangt wellicht af van de grootte en type daarvan.

Voor – kort gezegd – kleine en middelgrote bouwactiviteiten is de verschuiving waarschijnlijk het meest merkbaar. Hierbij kan men denken aan de bouw van kantoorgebouwen en woningen. Voor dergelijke activiteiten zal mogelijk minder vaak een omgevingsvergunning nodig zijn onder de Omgevingswet. Indien het project ook ziet op milieubelastende activiteiten, dan zal de verandering van de Omgevingswet niet zozeer zitten in een vermindering van omgevingsvergunningplichten, maar meer in de vraag op welk niveau (rijk, provincie, gemeente) de omgevingsvergunningplicht of algemene regels in kwestie worden gesteld.

Voor bijvoorbeeld de aanleg of uitbreiding van infrastructuur, grote windparken of elektriciteitsinfrastructuur verandert er daarentegen in beginsel weinig. De Omgevingswet wijst deze en enkele andere gevallen aan waarin verplicht een projectbesluit^[6] moet worden verkregen, herkenbaar als opvolger van het tracébesluit onder de oude Tracéwet.^[7] Voor dergelijke projecten zal de verschuiving van het uitgangspunt van de omgevingsvergunning naar algemene regels met name relevant zijn in het kader van eventuele uitvoeringsbesluiten. Hierbij kan men bijvoorbeeld denken aan omgevingsvergunningen voor tijdelijke bouwterreinen.^[8]

2.2 Omgevingsvergunningplichten vaker op gemeentelijk niveau dan rijksniveau, met gevolgen voor rechtsbescherming en dynamiek van introductie nieuwe vergunningplichten

Tijdens het wetgevingsproces voor de Omgevingswet heeft vanuit het principe 'decentraal, tenzij' een inventarisatie plaatsgevonden of niet meer dan onder het oude recht bepaalde omgevingsvergunningplichten en algemene regels op decentraal niveau moeten worden gesteld. Dit heeft tot gevolg dat, bijvoorbeeld, niet meer landelijk een vergunningplicht voor een 'ruimtelijke bouwactiviteit' geldt maar iedere gemeente zelf in het omgevingsplan kan bepalen of daarvoor een omgevingsvergunningplicht blijft gelden. Dat heeft tot gevolg dat in het kader van financieringsvoorwaarden niet generiek kan worden verondersteld dat sprake zal zijn van een omgevingsvergunningplicht maar per locatie van ieder afzonderlijk project in het omgevingsplan (de opvolger van het bestemmingsplan) zal moeten worden nagegaan of een omgevingsvergunning is vereist voor de ruimtelijke bouwactiviteit.^[9]

Ook voor milieubelastende activiteiten (voorheen 'inrichtingen') zijn er verschillen.^[10] Hoewel voor veel milieubelastende activiteiten nog steeds regels op rijksniveau zijn gesteld in het Besluit activiteiten leefomgeving

(bal) (vooral waar deze gebaseerd zijn op Europese regelgeving), bestaat er onder de Omgevingswet meer beleidsruimte voor gemeenten om in hun omgevingsplannen milieubelastende activiteiten aan te wijzen^[11] en daar bepaalde omgevingsvergunningplichten aan te verbinden. Dat geldt bijvoorbeeld voor de onderwerpen luchtkwaliteit, externe veiligheid, geluid, trilling, geur en bodem. Die onderwerpen worden hoofdzakelijk gereguleerd in het omgevingsplan; op rijksniveau wordt hiervoor enkel een minimale en een maximale norm gesteld. De bedoeling is dat binnen die bandbreedte aan gemeenten beleidsruimte toekomt om regels te stellen die zo goed mogelijk rekening houden met lokale omstandigheden en maatwerk te leveren.

Het bovenstaande heeft onder andere tot gevolg dat (i) veel meer per locatie op grond van het omgevingsplan moet worden bepaald welke omgevingsvergunningplichten en algemene regels van toepassing zijn, ten opzichte van een meer generiek toepasselijke geldende omgevingsvergunningplicht op rijksniveau; en (ii) dat de dynamiek waarmee de toepasselijke regelgeving kan worden aangepast. Een gemeentelijk omgevingsplan is ten opzichte van bij wet in formele zin of algemene maatregel van bestuur ('AMvB') gestelde regelgeving eenvoudiger aan te passen en dat zal mogelijk dus vaker gebeuren. Bovendien staat tegen wetgeving in formele zin of een AMvB geen rechtsbescherming open en tegen een omgevingsplan wel, zodat nadat bekend wordt dat in bepaalde algemene regels of omgevingsvergunningplichten, het in geval van rechterlijke procedures nog lang onzeker kan zijn of die omgevingsvergunningplichten en algemene regels daadwerkelijk worden ingevoerd.

2.3 Bouwen bestaat onder de Omgevingswet uit twee afzonderlijke, mogelijk omgevingsvergunningplichtige, activiteiten

Onder de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna: Wabo), de voorganger van de Omgevingswet voor wat betreft de omgevingsvergunningplicht voor bouwen, gold één omgevingsvergunningplicht voor de bouwactiviteit.^[12] Een aanvraag om een omgevingsvergunning voor het bouwen werd getoetst aan het bestemmingsplan, de bouwverordening, welstandseisen en het Bouwbesluit 2012.^[13] De omgevingsvergunningplicht voor bouwen was landelijk uniform geregeld zodat in alle gemeenten dezelfde soort bouwwerken aan dezelfde soort regels werden getoetst.^[14] Onder de Omgevingswet is de omgevingsvergunningplicht voor bouwwerken 'geknipt' in een 'ruimtelijke bouwactiviteit' en een 'technische bouwactiviteit'.^[15]

De omgevingsvergunning voor de *technische bouwactiviteit* vereist een preventieve toets van een bouwproject aan de bouwveiligheidsregels van het Besluit bouwwerken leefomgeving (hierna: Bbl). Deze toets is vergelijkbaar met de toets aan het Bouwbesluit 2012 onder het oude recht. Deze omgevingsvergunningplicht is onder de Omgevingswet, net als onder de Wabo, landelijk en uniform geregeld en geldt alleen voor bepaalde aangewezen bouwwerken. Deze aanwijzing vindt plaats in art. 2.25 en 2.26 Bbl. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen bouwwerken *zonder* dak, zoals sport- en speeltoestellen en schotelantennes, en bouwwerken *met* dak. Voor bouwwerken met dak is met name relevant dat die in beginsel omgevingsvergunningplichtig zijn als die hoger zijn dan vijf meter, een verblijfsgebied bevatten op een hogere verdieping dan de eerste bouwlaag óf als het bouwwerk een hoofdgebouw is. De belangrijkste wijziging ten opzichte van de oude wetgeving ziet op een nieuwe categorie uitzonderingen op de vergunningplicht voor de technische bouwactiviteit, namelijk bouwwerken die vallen in de zogenoemde 'gevolgklasse 1'. Dit lichten wij verder toe onder par. 2.4 hieronder.

De *ruimtelijke bouwactiviteit* betreft een omgevingsplanactiviteit. Dat wil zeggen dat alleen een omgevingsvergunning is vereist voor deze activiteit als dat op gemeentelijk niveau in het omgevingsplan is bepaald.^[16] De omgevingsvergunning voor de ruimtelijke bouwactiviteit vereist een preventieve toets van de bouwactiviteit aan regels in het omgevingsplan ten aanzien van de plaatsing, de situering en het uiterlijk van bouwwerken. Deze toets is goed vergelijkbaar met de toets van de bouwactiviteit onder het oude recht aan het bestemmingsplan, de bouwverordening en welstandseisen. De omgevingsvergunningplicht voor de ruimtelijke bouwactiviteit is dus gedecentraliseerd en vloeit niet voort uit landelijke uniforme regelgeving, maar uit het gemeentelijke omgevingsplan. Zodoende kan het bestaan en de invulling van de omgevingsvergunningplicht per gemeente gaan verschillen. De meeste gemeenten hebben in het omgevingsplan een algemene omgevingsvergunningplicht voor het bouwen van bouwwerken.^[17] Gemeenten kunnen er echter voor kiezen om deze omgevingsvergunningplicht voor bepaalde locaties te laten vervallen of om die anders te regelen, bijvoorbeeld door die alleen van toepassing te verklaren op bepaalde bouwwerken en door uitzonderingscategorieën in te voeren. Zo is het ook mogelijk om in het omgevingsplan bouwactiviteiten te onderwerpen aan een meldplicht of aan maatwerkregels in plaats van een omgevingsvergunningplicht.

2.4 Introductie van Wet kwaliteitsborging voor het bouwen en privaatrechtelijk bouwtoezicht

Met de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen is toetsing van de *technische bouwactiviteit* voor bepaalde bouwwerken geprivatiseerd en geldt voor die gevallen geen omgevingsvergunningplicht.^[18] Het bouwplan van een initiatiefnemer wordt dan dus niet meer vooraf door het bevoegd (overheids)gezag getoetst aan de bouwtechnische vereisten uit het Bbl in het kader van een omgevingsvergunningprocedure. De initiatiefnemer laat die toets uitvoeren door een ingehuurde kwaliteitsborger voorafgaand aan de start van de bouwactiviteit en na realisatie van het bouwwerk. De start en gereedmelding van de bouwactiviteit worden, met toezending van de privaatrechtelijke bouwtoetsen, gemeld bij het bevoegde gezag.^[19]

Het (privaatrechtelijke) systeem van kwaliteitsborging geldt nu alleen nog voor bouwwerken die onder de zogenoemde 'gevolgklasse 1' vallen.^[20] Dit zijn 'eenvoudige' bouwactiviteiten, zoals woningen, eenvoudige bedrijfsgebouwen en kleine infrastructurele werken. Deze bouwwerken zijn voor de (grotere) zakelijke vastgoed- en projectfinancieringspraktijk wellicht vooralsnog minder relevant, maar het is de bedoeling van de wetgever om in de toekomst wellicht – afhankelijk van het slagen van het systeem van privaatrechtelijke kwaliteitsborging – ook bouwwerken in hogere gevolgklassen onder het systeem van kwaliteitsborging te brengen.^[21] Zo zouden onder gevolgklasse 2 woongebouwen van vier woonlagen of een onderwijsgebouw kunnen vallen en onder gevolgklasse 3 zouden een metrostation en een woongebouw van hoger dan 70 meter kunnen vallen.^[22] Het is daarmee aannemelijk dat ook bouwwerken die wel relevant zijn voor de (grotere) zakelijke vastgoed- en projectfinancieringspraktijk op enig moment onder het systeem van kwaliteitsborging zullen komen te vallen.

De toepasselijkheid van het systeem van kwaliteitsborging sluit de omgevingsvergunningplicht voor de technische bouwactiviteit uit. Als dit gecombineerd wordt met het vervallen van de omgevingsvergunningplicht voor de ruimtelijke bouwactiviteit, dan kan het zijn dat geen omgevingsvergunningplicht meer geldt voor een bouwactiviteit.

3. Externe financiering bij de realisatie van (vastgoed)projecten

Naast eigen investeringen in de vorm van eigen vermogen, maken ontwikkelaars vaak gebruik van externe schuldfinanciering om hun projecten te realiseren. Externe financiering zorgt voor *leverage*, waardoor ontwikkelaars hun eigen middelen kunnen spreiden over meerdere projecten. Zodoende kan een groter volume aan projecten worden gerealiseerd en kunnen risico's worden gespreid.

Voor de financiering van (vastgoed)projecten wordt vaak gekozen voor zogeheten projectfinanciering. Projectfinanciering is een vorm van *limited of non-recourse* financiering, wat praktisch betekent dat de externe financiers voor de terugbetaling van de lening (grotendeels) afhankelijk zijn van de kasstromen die met het relevante project worden verwezenlijkt (bijvoorbeeld de verkochte gegenereerde elektriciteit bij een zonnepark). Om gevolg te geven aan deze *limited of non-recourse* aard, wordt het project vaak ondergebracht in een vennootschap die geen ander doel heeft dan de realisatie en exploitatie van het relevante project. De ontwikkelaar zelf (vaak de (indirecte) moedervenootschap) financiert het project mee in de vorm van eigen vermogen en/of achtergestelde schulden, maar verstrekt geen of gelimiteerde garanties voor de terugbetaling van de financiering, afhankelijk van de afspraken die worden gemaakt.^[23]

3.1 Kredietaanvraag

Omdat een projectfinanciering drijft op het (financiële) succes van het project (en minder afhangt van de kredietwaardigheid van de ontwikkelaar), zal een externe financier een goed beeld moeten hebben van de uitvoerbaarheid en de financiële houdbaarheid van een project voordat zij over gaat tot het verstrekken van een lening. Dit betekent dat de ontwikkelaar bij de kredietaanvraag voor de (potentiële) externe financiers een duidelijk beeld moet schetsen van het project. Zodoende zijn de externe financiers in staat om zich een oordeel te vormen over het project, de betrokken partijen, de (tijdslijnen voor de) bouw en exploitatie van het project, de te verwachten kasstromen en de toepasselijke risico's, waaronder, onder meer, bouwrisico's, wederpartijrisico's, afnamerisico's, financiële risico's, milieurisico's en juridische risico's. Deze risico's bepalen ook mede de commerciële voorwaarden van de financiering.^[24]

3.2 Bankability en due diligence

Externe financiers die in principe positief staan tegenover het project op basis van de verstrekte informatie zullen nader onderzoek moeten doen en hun interne processen moeten doorlopen voordat zij kunnen overgaan tot het verstrekken van een lening. In deze fase zullen de betrokken partijen de kernafspraken omtrent het krediet (zoals hoofdsom, toepasselijke rente, zekerheden en funding mix) veelal vastleggen in een term sheet. Daarnaast voeren zij een zogenaamde *bankability* analyse (naar de financierbaarheid) en due diligence uit.^[25]

De *bankability* van een project zal onder meer worden vastgesteld aan de hand van een financieel model voor het project, waarin veel aandacht zal worden besteed aan de verwachte (vrije) kasstromen en de te verwachten kosten (waaronder bouwkosten en financieringskosten). Uiteindelijk zal het van groot belang zijn dat de vrije kasstromen voldoende zijn om de kosten te dekken. Naast de *bankability* analyse, zal de externe financier in deze fase ook *due diligence* onderzoek doen naar de onderliggende projectdocumentatie, zoals bouwcontracten, afnamecontracten en garanties, en het toepasselijke wettelijke kader. De belangrijkste thema's die hier spelen zijn dat de risico's ten aanzien van het project adequaat zijn verdeeld over de betrokken partijen, dat de financier zekerheid heeft op toepasselijke kasstromen en schade direct kan verhalen op betrokken partijen. Daarbij speelt

eventueel ook dat de financier de mogelijkheid heeft om het project over te nemen en dat het project zal worden gerealiseerd in overeenstemming met alle toepasselijke wet- en regelgeving.^[26] Hieronder valt dus ook de vraag of alle benodigde vergunningen zijn verkregen of tijdig zullen worden verkregen.^[27]

3.3 Kredietdocumentatie

Het sluitstuk van de kredietaanvraag is het tekenen van de financieringsdocumentatie.^[28] Het enkele tekenen van de financieringsdocumentatie betekent echter niet dat de financiering meteen beschikbaar is. In de regel kan de financiering pas worden opgenomen indien aan een aantal opschortende voorwaarden is voldaan. Hierbij kan men vaak denken aan thema's die ook tijdens het voortraject aan de orde zijn gekomen, zoals het aanleveren van toereikende milieu- en technische rapporten (waaruit geen noemenswaardige issues blijken die niet reeds zijn geadresseerd) en bewijs dat alle benodigde vergunningen zijn verkregen, dat relevante *milestones* zijn behaald en bewijs van de gemaakte kosten, maar ook krediet-gerelateerde zaken zoals dat de kredietnemer niet in verzuim is en dat er zich geen materieel nadelige gebeurtenissen hebben voorgedaan.

4. Gevolgen van de wijzigingen in de Omgevingswet voor financieringen

Als gevolg van het 'knippen' van de omgevingsvergunningplicht voor bouwactiviteiten in een technische en een ruimtelijke bouwactiviteit en de decentralisatie van algemene regels en vergunningsvereisten voor de 'ruimtelijke bouwactiviteit' en bepaalde milieubelastende activiteiten, is een analyse nodig van de toepasselijke regels en vergunningplichten.

In enkele gevallen kan, net als voorheen onder de Wabo,^[29] met zekerheid worden gezegd dat een omgevingsvergunningplicht voor de ruimtelijke bouwactiviteit niet bestaat, wanneer de omgevingsplanactiviteit als omgevingsvergunningvrij is aangewezen.^[30] Voor veel projecten zal echter een aanvullende analyse nodig zijn. Immers, een eventuele omgevingsvergunning of toets voor de bouwtechnische activiteit zal enkel zien op bouwtechnische thema's en biedt niet de zekerheid dat de ruimtelijke bouwactiviteit ook zal kunnen worden uitgevoerd en dat aan algemene regels is voldaan.

Een financier zal dus verder moeten stilstaan bij de vraag (i) hoe zij vooraf kan controleren dat alle vergunningen zijn verkregen, (ii) wat haar rechten zijn als achteraf blijkt dat toch niet alle vergunningen zijn verkregen of anderszins niet aan de toepasselijke regelgeving is voldaan en (iii) welke impact het ontbreken van vergunningen op haar heeft buiten de (contractuele) relatie met de kredietnemer. In deze par. 4 staan wij stil bij de veranderingen in het financieringsproces en welke gevolgen dit heeft op de financieringsdocumentatie.

4.1 Controle op omgevingsvergunningsvereisten?

4.1.1 Algemeen

Indien geen omgevingsvergunning is verkregen, bestaat er onzekerheid over de vraag of het project vanuit publiekrechtelijk perspectief doorgang kan vinden. Indien de initiatiefnemer aangeeft dat geen omgevingsvergunning vereist is, zal de financier enige zekerheid willen of dit inderdaad correct is, teneinde negatieve gevolgen voor het project (en dus de financiering) te voorkomen.

Het zelfstandig nagaan of een omgevingsvergunning vereist is, en of er aanvullend vereisten gelden, is vaak niet een eenvoudige exercitie. Hoewel het Omgevingsloket in een vergunningencheck voorziet, komt er geregeld de weinig behulpzame conclusie uit 'neem contact op met het bevoegd gezag'. Bovendien kan een initiatiefnemer geen rechten ontleen aan resultaten uit de vergunningencheck. Wanneer een initiatiefnemer, of de financier, twijfelt of een bepaalde vergunningplicht op het project van toepassing is, kan hij wel een aanvraag indienen. Wanneer de aanvraag geweigerd wordt omdat de vergunning niet vereist is – een zogeheten positieve weigering – dan heeft de initiatiefnemer daarmee bevestiging dat de vergunningplicht niet geldt. De mogelijkheid van de positieve weigering is volgens de wetgever toereikend. De wetgever heeft onder verwijzing naar de mogelijkheid van een positieve weigering afgezien van de invoering van een conformiteitsverklaring.^[31] Wel bepaalt de Omgevingswet dat als het bevoegd gezag (naar aanleiding van de aanvraag om een omgevingsvergunning) van oordeel is dat geen omgevingsvergunning nodig is, dit wordt vermeld in de kennisgeving van de beslissing op de aanvraag.^[32]

Een positieve weigering biedt echter alleen uitkomst als er sprake is van een vergunningplicht en er twijfel bestaat over toepassing daarvan. Het biedt geen uitkomst voor het geval dat er geen vergunningplicht is en een initiatiefnemer of financier wil weten in welke mate het project moet voldoen aan bepaalde algemene regels.

Om toch een oordeel te krijgen over de mate waarin en wijze waarop algemene regels op een project van toepassing zijn, zou een initiatiefnemer het bevoegd gezag daarnaar kunnen vragen. Een bevoegd gezag zal echter niet snel sluitend antwoord geven op de vraag of algemene regels van toepassing zijn en hoe die moeten worden toegepast. Bovendien kwalificeert een dergelijk antwoord niet als een toestemming maar in de regel als een bestuurlijk rechtsoordeel. Behoudens uitzondering, kan een initiatiefnemer geen rechten ontleen aan een bestuurlijk rechtsoordeel. Een bestuurlijk rechtsoordeel is een zelfstandig en als definitief bedoeld oordeel van een bestuursorgaan over de toepasselijkheid van een wettelijk voorschrift aangaande de toepassing waarvan dat orgaan bevoegdheden heeft.^[33] Het oordeel staat los van een aanvraag voor bijvoorbeeld een vergunning of een verzoek om handhaving. Vanwege het ontbreken van een rechtsgevolg, kwalificeert een bestuurlijk rechtsoordeel niet als besluit en kunnen daartegen geen rechtsmiddelen worden aangewend. Slechts in zeer uitzonderlijke situaties wordt een bestuurlijk rechtsoordeel omwille van de rechtsbescherming met een besluit gelijkgesteld.^[34] Een bestuurlijk rechtsoordeel biedt zodoende wellicht minder zekerheid dan wenselijk is.

Waar brengt ons dat? De door de Raad van State geadviseerde conformiteitsverklaring heeft de eindstreep niet gehaald.^[35] De vergunningencheck biedt geen uitsluitend en een positieve weigering heeft alleen zin wanneer er twijfel bestaat of een bepaalde omgevingsvergunningplicht van toepassing is, maar zegt niets over de reikwijdte en toepassing van algemene regels. Tot slot wordt een bestuurlijk rechtsoordeel niet snel gegeven en als dat wel wordt gedaan, heeft dat niet dezelfde waarde als een omgevingsvergunning. Vanuit het bestuursrecht is er zodoende niet een eenduidig alternatief om rechtszekerheid te verkrijgen ten behoeve van financiering, wanneer een omgevingsvergunningplicht ontbreekt.

4.1.2 Gevolgen voor de kredietaanvraag en kredietdocumentatie

Omdat er meer onzekerheid bestaat over eventuele vergunningsplichten en toepasselijke regels, ligt het voor de hand dat financiers meer aandacht aan dit thema besteden in de kredietaanvraag. Daarmee is te verwachten dat de initiatiefnemer meer dan voorheen aandacht moet geven aan omgevingsvergunningen, eventueel benodigde

aanvullende gemeentelijke vergunningen en de naleving van algemene regels tijdens de fase van de kredietaanvraag. Zo is het bijvoorbeeld aan de initiatiefnemer om te achterhalen of een gemeentelijke omgevingsvergunningplicht voor de ruimtelijke bouwactiviteit geldt of dat de bouwactiviteit binnen het gemeentelijke omgevingsplan valt.

De informatie die de initiatiefnemer aanlevert over vergunningsplichten en toepasselijke regels zal moeten worden gecontroleerd door financiers in het kader van de kredietaanvraag.^[36] Waar grote financiers in het verleden wellicht konden vertrouwen op (i) interne expertise en/of ervaring op het gebied van bouwvergunningen, en/of (ii) interne richtlijnen en procedures ten aanzien van bouwvergunningen die met de nodige expertise waren ontwikkeld, is dat onder de nieuwe Omgevingswet een grotere uitdaging. Door de onduidelijkheid over vergunningen op zowel rijks-, als provinciaal en gemeentelijk niveau, is een controle op ad hoc basis vereist (waarschijnlijk door externe expertise aan te spreken). Of externe rapporten en opinies wel of niet nodig zijn, zal onder meer afhangen van de complexiteit van de situatie, de gemoeide bedragen en de interne expertise van de financier zelf.

Indien externe expertise vereist is, dan ligt het voor de hand dat de bank vraagt om eventuele onzekerheden te laten analyseren in een due diligence rapport waarop de financiers mogen vertrouwen of in een (reasoned) opinion: een schrijven van een expert met ervaring en expertise op het gebied van de Omgevingswet die zich uitlaat over de naleving van wet- en regelgeving. Voor beide opties geldt dat de betreffende opsteller van het due diligence rapport (dan wel opinion) de nodige assumpties en kwalificaties zal opnemen, waardoor er altijd een zekere mate van onzekerheid zal blijven bestaan zonder verdere controle op de relevante punten.

4.1.3 Gevolgen voor de kredietdocumentatie

Het is denkbaar dat in het kader van de bovenstaande vragen aanvullende bepalingen nodig zijn in kredietdocumentatie. Waar voorheen bijvoorbeeld een verwijzing naar (onherroepelijke) omgevingsvergunning milieuvergunningen voldoende was in een lijst met opschortende voorwaarden (conditions precedent), is dat nu niet langer voldoende. Het kan bijvoorbeeld in de lijst van opschortende voorwaarden voor beschikbaarheidsstelling van het krediet ook nodig zijn om te verwijzen naar privaatrechtelijke bouwtoetsen (en bewijs van startmelding met toezending van de bouwtoetsen aan het bevoegde gezag), en rapporten of opinies omtrent de vergunningsplichten en toepasselijke regels in het kader van de Omgevingswet. Daarnaast ligt het voor de hand om aanvullende verplichtingen op te leggen omtrent het verschaffen van informatie over de toepasselijke omgevingsvergunningen en de naleving door de kredietnemer van algemene regels (information undertakings).

4.2 Contractuele controle indien een vergunning ontbreekt of anderszins niet wordt voldaan aan de toepasselijke regels

Ondanks een zorgvuldig proces is het mogelijk dat gedurende het project toch blijkt dat niet alle vergunningen zijn verkregen of dat anderszins niet aan de toepasselijke algemene regels wordt voldaan. Onder het oude recht kwamen al vaker vergunningen onder vuur te liggen, bijvoorbeeld doordat vergunningen werden aangevochten door omwonenden of milieuorganisaties. Ook onder de nieuwe Omgevingswet blijven zulke risico's bestaan en

zullen deze naar wij verwachten zelfs groter worden doordat de focus verschuift van toetsing vooraf naar handhaving achteraf.

De eerste bescherming die een financier heeft in dergelijke gevallen is dat zij zich op het standpunt kan stellen dat niet aan de opschortende voorwaarden is voldaan en dat zodoende geen lening hoeft te worden verstrekt totdat de situatie is verholpen. Dit geldt niet alleen voor de initiële lening, maar ook voor verdere leningen die onder het krediet beschikbaar zijn, mits zoals gebruikelijk het voldoen aan alle vergunningsvereisten en relevante wetgeving een opschortende voorwaarde is voor elke verdere trekking onder het krediet. Indien deze situatie zich echter voordoet nadat de relevante lening al is verstrekt, dan zal de financier moeten kijken naar de doorlopende verplichtingen van de kredietnemer. In de regel geldt een vereiste dat de kredietnemer ervoor zorg moet dragen dat zij alle vergunningen heeft om het project uit te voeren. Indien de kredietnemer niet voldoet aan dit vereiste is er normaliter sprake van een grond van verzuim (*event of default*) die de financier in staat stelt om de lening vervroegd op te eisen. Of de financier dit echter ook kan^[37] en wil, zal afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval, waarbij de mogelijkheden centraal zullen staan om de nadelige situatie op te lossen en de schade die ontstaat door het opeisen van de lening.

4.3 Greenwashing risico

In de financiële sector staat het thema ESG (*Environmental, Social, Governance*) hoog op de agenda. Enerzijds is dat gedreven door de wens van banken en andere financiële instellingen zelf om bij te dragen aan de transitie naar een duurzame economie, anderzijds is er een duidelijke trend merkbaar waarin toezichthouders banken steeds vaker wijzen op de milieurisico's verbonden aan hun financieringen.

Additioneel zorgpunt is het thema greenwashing, bijvoorbeeld wanneer een bank of bedrijf een project ter verkrijging van financiering als meer groen of meer ecologisch duurzaam heeft gepresenteerd dan in werkelijkheid het geval is. Van greenwashing kan ook sprake zijn indien het project niet in overeenstemming met toepasselijke milieuregels wordt uitgevoerd. Ook in het kader van constateren van eventuele greenwashing geldt voor banken dat de trend naar decentralisering van de omgevingsvergunningsplicht en algemene regels, de controle op naleving van toepasselijke milieuregels complexer kan maken. Nuancering is hierbij op zijn plaats omdat onder de Omgevingswet nog steeds veel substantiële milieuregels op rijksniveau zijn vastgesteld^[38], die mogelijk een groter greenwashing risico vormen dan de meer lokale milieuregels inzake bijvoorbeeld trillinghinder of geurhinder.

Verder geldt in dit kader ook – net als in het kader van de bouw- en ruimtelijke regels – dat projecten die niet in overeenstemming zijn met milieuregels en vergunningsvereisten mogelijk hogere (ESG) risico's met zich mee brengen, wat potentieel weer gevolgen heeft voor de risicoklasse die een bank toekent aan een specifieke lening en het kapitaal dat zij daarvoor moet aanhouden.^[39]

4.3.1 Milieuwetgeving en ESG

De contractuele gevolgen voor het ontbreken van vergunningen en het niet nakomen van wetgeving, zoals beschreven in par. 4.2, geldt onverkort ook voor milieuvergunningen en milieuwetgeving.

Zoals hierboven beschreven, zullen banken kritisch kijken naar de naleving van milieuwetgeving, gezien de brede maatschappelijke en regulatorische aandacht voor dit thema. Het belang van het thema ESG en naleving van milieuwetgeving is onder meer vastgelegd in de Equator Principles (hierna: EP).^[40] Dit is een set principes waaraan een groot aantal financiële instellingen uit allerlei landen zich vrijwillig hebben gecommitteerd met als doel om risico's bij de financiering van projecten te identificeren, beoordelen en beheren op het gebied van milieu en sociale belangen. De EP zijn bedoeld voor grote infrastructurele en industriële projecten, maar bevatten ook een aantal good practices die onverkort van toepassing kunnen zijn op kleinere projecten.

De EP leggen een grote nadruk op de beoordeling door financiële instellingen, mede op basis van onafhankelijke adviseurs, van de naleving van milieu- en sociale wetgeving en het verkrijgen van benodigde vergunningen op milieu en sociaal gebied. Zo schrijft EP 3 voor dat het due diligence proces *'should, in the first instance, address compliance with relevant host country laws, regulations and permits that pertain to environmental and social issues'*. De EP zijn daarnaast ook relevant voor de documentatiefase en de looptijd van de lening. Zo schrijft EP 8 voor:

*'An important strength of the Equator Principles is the incorporation of **covenants linked to compliance**. For all Projects, where a client is not in compliance with its environmental and social covenants, the [financial institution] will work with the client on remedial actions to bring the Project back into compliance. If the client fails to re-establish compliance within an agreed grace period, the [financial institution] reserves **the right to exercise remedies, including calling an event of default**, as considered appropriate.'* En ook: *'[...] the client will covenant in the financial documentation [...] to provide periodic reports [...] that [...] provide **representation of compliance with relevant local, state and host country environmental and social laws, regulations and permits**' [nadruk toegevoegd].*

De betreffende afweging moet door de financiële instelling worden gemaakt.

Zoals eerder beschreven, is de voornaamste wijziging voor de omgevingsvergunning voor milieubelastende activiteiten dat meer vergunningsplichten en algemene regels op decentraal niveau worden gesteld, waarbij dezelfde aandachtspunten gelden als hierboven beschreven. Dit zal in eerste instantie niet de grote infrastructurele en industriële projecten raken waarvoor de EP zijn geschreven, maar de uitgangspunten van de EP zijn desalniettemin relevant voor elk project. Voor een financiële instelling zal compliance met milieuregels een belangrijk thema blijven en zal extra aandacht bestaan voor de naleving daarvan.

5. Afsluitende opmerkingen

Concluderend geldt dat onder de Omgevingswet meer dan onder het oude recht per project moet worden bezien of en welke omgevingsvergunningplichten er gelden, om te kunnen bepalen of voldoende zekerheid kan worden verkregen dat een project in overeenstemming is met omgevingsrechtelijke regelgeving. Afhankelijk van grootte en type project, levert dit in toenemende mate rechtsonzekerheid op.

Financiers zullen hun interne procedures en standaarden voor kredietaanvragen, due diligence en kredietdocumentatie nog eens tegen het licht moeten houden voor de gevallen waarin geen

omgevingsvergunning is vereist en op algemene regels en privaatrechtelijke toetsen moet worden vertrouwd. Ook gevallen waarin onder de nieuwe regelgeving onduidelijk is of een omgevingsvergunning wordt vereist behoeven extra aandacht.

-
- 1 Marieke Driessen, Rut Molenaar-Wingens, Niek Groenendijk en Koen Giezeman zijn allen advocaat bij Stibbe te Amsterdam.
 - 2 Met een onherroepelijke omgevingsvergunning wordt bedoeld dat tegen de omgevingsvergunning geen rechtsmiddelen meer kunnen worden aangewend.
 - 3 Een onherroepelijke omgevingsvergunning biedt niet de absolute zekerheid dat een project volledig aan wet- en regelgeving voldoet. De verplichting of mogelijkheid voor het bevoegd gezag om een omgevingsvergunning in te trekken, al dan niet op verzoek van een aanvrager of belanghebbende, blijft bestaan. Zie art. 5.39 en 5.40 Ow. Bovendien zal bij de uitvoering van een project, naast de omgevingsvergunning, ook in meer of mindere mate aan algemene regels moeten worden voldaan.
 - 4 Voor grote vastgoedobjecten en projecten zal de omgevingsvergunningsplicht onverminderd van kracht blijven. De verwachting is dan ook dat deze situaties zich in eerste instantie vooral voordoen bij ofwel kleine(re) projecten, ofwel bij vastgoed- en projectontwikkeling. Daarnaast is de verwachting dat men in de toekomst ook een verschuiving van onzekerheid voor middelgrote projecten ziet.
 - 5 *Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 157.*
 - 6 Afd. 5.2 Ow. Verschil tussen een projectbesluit en een omgevingsvergunning is dat een besluit tot verlening van een omgevingsvergunning in de regel op aanvraag van een initiatiefnemer wordt genomen, en het projectbesluit zowel ambtshalve door de overheid kan worden genomen ter behartiging van een bepaald publiek belang, als ook op aanvraag van een initiatiefnemer. Zie *Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 156.*
 - 7 Het gaat dan om aanleg of wijziging van auto(snel)wegen, spoorwegen, vaarwegen, primaire waterkeringen, (art. 5.46 Ow), bepaalde productie-installaties voor opwekking van (duurzame) energie zoals windparken en elektriciteitsinfrastructuur (art. 9b lid 1, 9c lid 1 en 20a lid 1 en 2 Elektriciteitswet 1998), aanleg of uitbreiding van gasinfrastructuur (art. 39b lid 1 Gaswet) en aanleg of uitbreiding van mijnbouwwerken en pijpleidingen (art. 141a lid 1 Mijnbouwwet).
 - 8 Zie par. 2.3. over de veranderingen onder de Omgevingswet ten aanzien van de omgevingsvergunning voor bouwen.
 - 9 Zie par. 2.3 over het verschil tussen een omgevingsvergunning voor een 'ruimtelijke bouwactiviteit' en een 'technische bouwactiviteit'.
 - 10 Zie meer uitgebreid over milieubelastende activiteiten onder de Omgevingswet o.a. V.M.Y. van 't Lam & M. Jansen Schoonhoven, 'Van inrichting naar MBA. Enkele praktische consequenties nader belicht', *M en R* 2018/108; V.M.Y. van 't Lam & J.R. van Angeren, 'Milieubelastende activiteiten in de Omgevingswet. Gevolgen van de overstap van het begrip inrichting naar milieubelastende activiteiten', [TBR 2016/132](#) en B.A.J. Haagen & A.R. Klijn, 'Van inrichting naar milieubelastende activiteit: een eerste verkenning van de Omgevingswet', [TBR 2014/19](#). Over milieubelastende activiteiten in het omgevingsplan zie A.G.A. Nijmeijer, 'Milieubelastende activiteiten in de bruidsschat: de ene milieubelastende activiteit is de andere niet', *M en R* 2021/35.

- 11 Het gaat dan om activiteiten die niet in Hoofdstuk 3 Bal zijn aangewezen als MBA en dus kunnen worden gereguleerd in het omgevingsplan. Voorbeelden zijn hotels, pensions, restaurants, cateringbedrijven, discotheken, evenementenhallen, verblijfs- en dagrecreatie, sportfaciliteiten, detailhandel, supermarkten, en dierenpensions, -asielen en -klinieken (*Stb.* 2018, 293, p. 568).
- 12 De vergunningplicht voor de activiteit bouwen was opgenomen in art. 2.1 lid 1 sub a Wabo (oud). Uitzonderingen op de vergunningplicht waren opgenomen in bijlage II van het Besluit omgevingsrecht (oud).
- 13 Zie art. 2.10 lid 1 Wabo (oud).
- 14 Zie meer uitgebreid over de regulering van bouwactiviteiten onder de Omgevingswet het eerder in dit tijdschrift verschenen artikel van mr. E.M. van Bommel e.a., 'Bouwen onder de Omgevingswet', [TBR 2022/13](#).
- 15 Zie respectievelijke art. 5.1 lid 1 sub a en art. 5.1 lid 2 sub a Ow.
- 16 Omgevingsvergunningplichten op grond van de provinciale omgevingsverordening of de waterschapsverordening laten we hier buiten beschouwing.
- 17 Zie art. 22.27 van het tijdelijke deel van de meeste omgevingsplannen. Dit als gevolg van de zogeheten Bruidsschat, een overgangsrechtelijke regeling in de Omgevingswet die kort gezegd gemeenten de tijd geeft om af te wegen of en hoe zij de oude rijksregels die worden gedecentraliseerd definitief willen opnemen in (het nieuwe deel van) het omgevingsplan.
- 18 De bouwwerken die vallen onder 'gevolgklasse 1' zoals bedoeld in art. 2.17 Bbl zijn op grond van art. 2.27 lid 1 sub a Bbl uitgezonderd van de vergunningplicht op grond van art. 5.1 lid 2 sub a Ow.
- 19 Zie respectievelijk art. 2.18 en 2.19 Bbl.
- 20 Bouwwerken die vallen onder 'gevolgklasse 1' zijn aangewezen in art. 2.17 Bbl.
- 21 *Stb.* 2022, nr. 145, p. 22.
- 22 *Stb.* 2022, nr. 145, p. 24.
- 23 Zie ook: G. Vintner, G. Price en D. Lee, *Project Finance*, Sweet & Maxwell 2013, p. 45 e.v. over de 'debt capacity' van een project en het vereiste eigen vermogen.
- 24 Financiële instellingen zullen bij de commerciële voorwaarden ook rekening houden met de behandeling die het betreffende krediet zou krijgen onder prudentiële regels die op de financiële instellingen van toepassing zijn. Kort gezegd, onder de Capital Requirements Directive (CRD) en Capital Requirements Regulation (CRR), moeten banken voor riskantere leningen meer kapitaal op hun balans aanhouden dan voor minder riskante leningen. De CRD/CRR regels schrijven voor hoe risico dat aan grote projectfinancieringen en vastgoedfinancieringen is verbonden, moet worden gewogen. Relevante factoren in die afweging zijn juridische risico's ten aanzien van de transactie en de zekerheden verbonden aan vergunningen. Hoe groter dat risico, des te meer kapitaal de financierende bank op de balans moet aanhouden en des te duurder de financiering zal zijn. Zo schrijft de Verordening (EU) 2021/598 voor hoe het risico moet worden gewogen, afhankelijk van de situatie omtrent vergunningen voor bepaalde 'real estate exposures (d.w.z.: *'[w]here the purpose of a specialised lending exposure is to finance the development or acquisition of real estate, including in particular office buildings to let, retail space, multifamily residential buildings, industrial or warehouse space, hotels and land, and the income to be generated by the real estate is lease or rental payments or the proceeds from the sale of such real estate obtained from one or several third parties ('real estate exposures')*'. De vier categorieën ten aanzien van vergunningen lopen van lager risico op

tot hoger risico: (i) *'all permits have been obtained'*, (ii) *'some permits are still outstanding but their receipt is considered very likely'*, (iii) *'some permits are still outstanding but the permitting process is well defined and they are considered routine'* en (iv) *'key permits still need to be obtained and are not considered routine'*. Of er sprake kan zijn van 'routine' onder de Omgevingswet is onduidelijk. Bovendien: als een vergunning is verkregen, maar deze later is ingetrokken, of als het onduidelijk blijft of en welke vergunningen moeten worden verkregen, dan valt de risicoweging voor de financiële instelling nadeliger uit.

- 25 -
- 26 Het belang van bankability analyse en due diligence wordt ook onderstreept door internationale banken, zoals de Worldbank: *'Environmental due diligence in respect of such projects and in respect of the legal regime within which they are being constructed, and an appreciation of the environmental requirements of public agencies which will be involved with the project, are crucial if the project company and lenders are to make a proper assessment of the risks involved'*. Zie: Worldbank, *'Risk Allocation Bankability and Mitigation in Project Financed Transactions'*, <www.ppp.worldbank.org/public-private-partnership/financing/risk-allocation-mitigation>.
- 27 Het uiteindelijke proces en de mate van diepgang daarvan, inclusief de vraag of externe adviseurs worden betrokken, zal in sterke mate afhankelijk zijn van de complexiteit van het project, de hoogte van de financiering en de te verwachten risico's. Vrij gebruikelijke, eenvoudige en kleinschalige projecten vereisen een eenvoudiger onderzoek dan grote complexe projecten, zoals grootschalige infrastructuurprojecten.
- 28 Voordat externe financiers hiertoe overgaan, zullen zij vaak eerst goedkeuring moeten hebben van hun interne kredietcomité. Het kredietcomité is een controlefunctie binnen veel externe financiers, zoals banken, die aan de hand van een interne aanvraag een mening vormen over de financiering en het project. Deze interne aanvraag zal onder meer de voorwaarden van het krediet moeten omvatten alsmede een beschrijving van de financierbaarheid en risico's verbonden aan het project. Pas nadat het kredietcomité en vergelijkbare functies positief hebben geadviseerd zal de externe financier overgaan tot het tekenen van bindende leningsdocumentatie.
- 29 Art. 2.1, eerste lid aanhef en onder a en c Wabo jo. art. 2 van Bijlage II Besluit omgevingsrecht (oud).
- 30 Art. 2.29 Bbl. Dit is overigens slechts relevant voor een beperkt aantal gevallen en betreft slechts kleine bouwwerken (denk daarbij aan een dakkapel, zonwering en kleine bouwwerken voor nutsvoorzieningen).
- 31 *Kamerstukken II 2017/18, 34986, 4, p. 10, 53 en 54.*
- 32 Art. 16.64a, lid 1, Ow en *Kamerstukken II 2017/18, 34986, 3, p. 272.*
- 33 Zie advocaat-generaal Widdershoven in ABRvS 12 november 2014, [ECLI:NL:RVS:2014:4116](https://www.ecli.nl/nl/RVS:2014:4116), r.o. 3.6, ABRvS 24 januari 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:249](https://www.ecli.nl/nl/RVS:2018:249), r.o. 3.6 en ABRvS 16 januari 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:86](https://www.ecli.nl/nl/RVS:2019:86), r.o. 3.5.
- 34 Zie meer uitgebreid over het bestuurlijk rechtsoordeel S. van Kaam, *'Bestuurlijk rechtsoordeel, tien jaar jurisprudentie'*, *Tijdschrift voor praktisch bestuursrecht*, nr 3, mei 2023.
- 35 *Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 4, p. 10, 53-54.*
- 36 Het feit dat informatie wordt gecontroleerd, betekent echter niet dat de financier verantwoordelijkheid zou willen nemen voor de analyse of wel- of geen vergunning is vereist en welke algemene regels gelden. Het risico dat een vereiste vergunning niet is verkregen of dat niet aan toepasselijke algemene regels wordt voldaan zal te allen tijde bij de kredietnemer liggen.
- 37 Zie onder meer HR 10 oktober 2014, *NJ 2015/70* (ING/De Keijzer).

- 38 Bijvoorbeeld regelgeving inzake uitstoot van emissies naar de lucht en uitstoot van zeer zorgwekkende stoffen.
- 39 Zie voetnoot 23.
- 40 Zie: <www.equator-principles.com/about-the-equator-principles/>.