

TIJDSCHRIFT VOOR BOUWRECHT

# TBRR

**Voorkeursrecht en zelfrealisatie onder de  
Aanvullingswet grondeigendom**

— Mr. dr. L.C. Groen

**Hooien als de zon schijnt: publiekrechtelijke  
aspecten van zonneparken**

— Mr. A.M.M. Ferwerda en mr. V.V. Jacobs

**Het aanbesteden van een opdracht  
met een BIM-component. Deel 2: De  
contractvoorwaarden, het gebruik van  
BIM-modellen en een BIM-dataroom  
en de toetsing aan de eisen van het  
aanbestedingsrecht**

— Mr. dr. E.M. Bruggeman

**Recht en literatuur. Jaarrede uitgesproken  
op 7 december 2017 tijdens de  
jaarvergadering van de Vereniging voor  
Bouwrecht**

— Prof. mr. J.A.M.A. Sluysmans

**Het omgevingsplan, integraal en marginaal?  
Verslag van de jaarvergadering van de  
Vereniging voor Bouwrecht gehouden op  
7 december 2017 te Utrecht**

— Mr. S.T.J. Olierook

3

MAART 2018

## IBR/VBR/VBR-A studiebijeenkomsten

### Actualiteitencollege Wabo

**Datum:** Vrijdagmiddag 23 maart 2018

**Locatie:** Utrecht

### Studiemiddag Samenwerkingsvormen in bouw- en vastgoedprojecten: opzetten en ontvlechten

**Datum:** Dinsdag 27 maart 2018

**Locatie:** Utrecht

### Studiemiddag Milieueffectrapportage in het Omgevingsrecht

**Datum:** Donderdag 29 maart 2018

**Locatie:** Utrecht

### Studiemiddag De UAV-GC 2005 en vergunningen

**Datum:** Dinsdag 10 april 2018

**Locatie:** Utrecht

### Studiemiddag 'Back-to-back' contracten

**Datum:** Donderdag 12 april 2018

**Locatie:** Utrecht

### Studiemiddag De nieuwe Warmtewet in de praktijk

**Datum:** Dinsdag 17 april 2018

**Locatie:** Utrecht

### Studiemiddag Koop van onroerende zaken (non-conformiteit en NVM-koopovereenkomst)

**Datum:** Donderdag 19 april 2018

**Locatie:** Utrecht

### Actualiteitencollege Natuur

**Datum:** Woensdagmiddag 23 mei 2018

**Locatie:** Utrecht

### Modulaire Cursus Locatie- en vastgoedontwikkeling 2018

**Datum:** Mei-juni 2018

**Locatie:** Utrecht

### Studiemiddag Meerzijdige verantwoordelijkheid voor de schade(omvang)

**Datum:** Donderdag 24 mei 2018

**Locatie:** Utrecht

**Voor meer informatie** over deze bijeenkomsten en aanmelding, ga naar [www.ibr.nl/agenda](http://www.ibr.nl/agenda). Hier treft u tevens het volledige onderwijsprogramma aan.

### Studiemiddag De compacte stad: flexibiliteitsinstrumenten in het omgevingsrecht

**Datum:** Dinsdag 29 mei 2018

**Locatie:** Den Haag

### Studiemiddag Informatie- en mededelingsplichten in het algemene recht en in het bouwrecht

**Datum:** Woensdag 30 mei 2018

**Locatie:** Utrecht

### Studiedag Vergunningvrij bouwen en planologische kruimelgevallen uit bijlage II bij het Besluit omgevingsrecht

**Datum:** Vrijdag 1 juni 2018

**Locatie:** Utrecht

### Verdiepingscursus Actualiteiten in het aanbestedingsrecht (I t/m IV)

**Datum:** Woensdag 6 juni 2018 (dagdeel I en II) en woensdag 13 juni 2018 (dagdeel III en IV)

**Locatie:** Utrecht

### Actualiteitencollege Bouwcontractenrecht

**Datum:** Donderdagmiddag 7 juni 2018

**Locatie:** Amersfoort

### Actualiteitencollege Rechtspraak staatssteun

**Datum:** Dinsdagmiddag 12 juni 2018

**Locatie:** Utrecht

### Studiemiddag Aansprakelijkheid voor bouwfouten

**Datum:** Woensdag 20 juni 2018

**Locatie:** Amsterdam

### Studiedag De Ladder voor duurzame verstedelijking en transformatie van vastgoed

**Datum:** Donderdag 21 juni 2018

**Locatie:** Utrecht

### Studiemiddag Beëindiging in onvoltooide staat, ontbinding

**Datum:** Dinsdag 26 juni 2018

**Locatie:** Den Haag

## Artikelen

**34** *Mr. dr. L.C. Groen.* Voorkeursrecht en zelfrealisatie onder de Aanvullingswet grondeigendom / p. 234

**35** *Mr. A.M.M. Ferwerda en mr. V.V. Jacobs.* Hooien als de zon schijnt: publiekrechtelijke aspecten van zonneparken / p. 241

**36** *Mr. dr. E.M. Bruggeman.* Het aanbesteden van een opdracht met een BIM-component. Deel 2: De contractvoorwaarden, het gebruik van BIM-modellen en een BIM-dataroom en de toetsing aan de eisen van het aanbestedingsrecht / p. 250

**37** *Prof. mr. J.A.M.A. Sluysmans.* Recht en literatuur. Jaarrede uitgesproken op 7 december 2017 tijdens de jaarvergadering van de Vereniging voor Bouwrecht / p. 257

**38** *Mr. S.T.J. Olierook.* Het omgevingsplan, integraal en marginaal?. Verslag van de jaarvergadering van de Vereniging voor Bouwrecht gehouden op 7 december 2017 te Utrecht / p. 262

## Boekbespreking

**39** *Prof. mr. D.A. Lubach.* Fundamentele herziening van het toezicht op de bouw; beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald? Overwegingen bij lezing van het proefschrift van mr. ing. P.M.J. de Haan: 'De preventieve en de repressieve toetsing aan bouwtechnische voorschriften in het publiek bouwrecht; constructieve veiligheid nader beschouwd' / p. 271

## Actualiteit

**40** *Mr. C.T. Klepper.* Bouwkundige aankoopkeuring standaard in de NVM-koopovereenkomst / p. 275

## Jurisprudentie

### I. Ruimtelijk ordeningsrecht

**41** Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 27 december 2017, No. 201608182/1/A1, ECLI:NL:RVS:2017:3569 (Beheersverordening Borger-Odoorn) / p. 278

**42** Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 10 januari 2018, No. 201608398/1/A1, ECLI:NL:RVS:2018:53 (Beheersverordening Zundert) (m.nt. H.J. de Vries) / p. 279

**43** Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 20 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3495 (Geluidzone Reimerswaal) (m.gastnt. R. Benhadi) / p. 286

### II. Bestuursrechtelijke schadevergoeding

**44** Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 24 januari 2018, No. 201600673/1/A2, ECLI:NL:RVS:2018:219 (Planschade windmolens Oirschot) (m.nt. B.S. ten Kate) / p. 294

**45** Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 1 november 2017, No. 201702727/1/A2, ECLI:NL:RVS:2017:2928 (Planschade bestemmingsplan Utrecht) (m.nt. F.A. Mulder en H.A. Bijkerk) / p. 298

### III. Overig bestuursrecht

**46** Hof van Justitie van de Europese Unie, 27 oktober 2016, No. C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 (James Elliott Construction/Irish Asphalt) (m.gastnt. A.R. Neerhof) / p. 301

### IV. Aanneming van werk

**47** Raad van Arbitrage voor de Bouw, 7 februari 2017, No. 35.567, (Verzakking begane grondvloer ernstig gebrek) (m.gastnt. J.S.O. den Houting) / p. 310

**48** Hof Arnhem-Leeuwarden, 19 december 2017, zaaknr. 200.152.527/01, ECLI:NL:GHARL:2017:11167 (Opschorten werk en uitvoering conform afspraak) (m.gastnt. F.M. van Cassel - van Zeeland) / p. 319

**49** Rechtbank Midden-Nederland, 4 oktober 2017, zaaknr. C/16/444577 / KG ZA 17-605, ECLI:NL:RBMNE:2017:5006 (Verlenging looptijd raamovereenkomst een wezenlijke wijziging?) (m.gastnt. J.H.J. Bax) / p. 330

### V. Overig privaatrecht

**50** Hoge Raad, 13 oktober 2017, 16/04026, ECLI:NL:HR:2017:2615 (Onvoorziene omstandigheden Bronckhorst) (m.gastnt. A.M. Ubink) / p. 339

**Wetgeving** / p. 348

**Literatuur** / p. 349

# Voorkeursrecht en zelfrealisatie onder de Aanvullingswet grondeigendom

– Mr. dr. L.C. Groen<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

**D**oor middel van de Aanvullingswet grondeigendom zullen instrumenten die van invloed zijn op grondeigendom aan de Omgevingswet worden toegevoegd. Eén van die instrumenten is het voorkeursrecht. Bij het opstellen van de regeling is uitdrukkelijk rekening gehouden met de mogelijkheid dat de functie die in het omgevingsplan is toegekend aan een stuk grond waarop een voorkeursrecht is gevestigd, op initiatief van de eigenaar en in samenwerking met een derde wordt gerealiseerd. Deze wijze van realisering wordt – ook als zij feitelijk (vrijwel) geheel door de derde en niet door de grondeigenaar wordt uitgevoerd – doorgaans aangeduid als zelfrealisatie. De manier waarop hieraan in de regeling is vormgegeven staat in dit artikel centraal.

In § 2 komt de regeling van het voorkeursrecht zoals zij luidde vóór de wijziging van de Wet voorkeursrecht gemeenten (hierna: Wvg) in 2002 en zoals zij thans luidt aan de orde. Daarbij wordt ingegaan op de doelstellingen van de regeling en de wijze waarop zij door de rechter is uitgelegd. Paragraaf 3 handelt over de regeling van het voorkeursrecht in de consultatieversie van de Aanvullingswet grondeigendom. Ik besteed daarin tevens aandacht aan mogelijke knelpunten. In § 4 zie ik in hoeverre het waarschijnlijk is dat hetgeen de regering met de voorgestelde regeling nastreeft, zal worden bereikt.

## 2. Wet voorkeursrecht gemeenten

**O**p grond van de Wvg kunnen gemeenteraden een voorkeursrecht vestigen op gronden waaraan in een bestemmings- of inpassingsplan een niet-agrarische bestemming is toegekend en waar-

van het gebruik afwijkt van dat plan.<sup>2</sup> Vestiging van een voorkeursrecht brengt geen verkoopplicht voor de eigenaar met zich, maar leidt er wel toe dat hij zijn grond – als hij tot verkoop daarvan wenst over te gaan – eerst aan de gemeente moet aanbieden. De jurisprudentie over het zelfrealisatierecht met betrekking tot de Wvg heeft zich ontwikkeld onder artikel 26, eerste lid van die wet, en komt hierna aan de orde.

### 2.1 Gang van zaken onder de Wvg van 1996

**V**óór de wijziging van de Wvg in 2002 konden gemeenten op grond van artikel 26 van de Wvg de nietigheid inroepen van rechtshandelingen die waren verricht met de kennelijke strekking afbreuk te doen aan het belang van de gemeente bij haar in de Wvg geregelde voorkeurspositie. Rechtshandelingen waarvan gemeenten de nietigheid inriepen, waren meestal samenwerkingsovereenkomsten die de eigenaar van de grond waarop een voorkeursrecht was gevestigd, met een derde – vaak een projectontwikkelaar – had gesloten en die waren gericht op het verwezenlijken van de aan de grond toegekende bestemming. De eigenaar stelde de grond ter beschikking aan de projectontwikkelaar, die er de bestemming op realiseerde. De aanwijzing tot vestiging van het voorkeursrecht werd ingetrokken als realisering van de bestemming was afgerond en de eigenaar kon vervolgens tot verkoop van zijn grond aan de derde overgaan. Of dergelijke overeenkomsten – mede gelet op het zelfrealisatierecht – afbreuk deden aan het belang van de gemeente bij het gevestigde voorkeursrecht was, zo blijkt uit de jurisprudentie, geen gemakkelijk te beantwoorden vraag. De reden daarvoor lijkt te zijn gelegen in de omstandigheid dat de wet en de toelichting daarbij geen eenduidige richtsnoeren bevatten aan de hand waarvan kon worden bepaald waarin het belang van een gemeente bij een voorkeursrecht precies was gelegen. De wet zelf definieerde niet wat onder de term ‘belang’ in artikel 26 kon worden begrepen en uit de toelichting bij de wet bleek dat het voor-

<sup>1</sup> Lisanne Groen werkte ten tijde van het schrijven van dit artikel als universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en als jurist bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

<sup>2</sup> Art. 3 Wvg. De grondslag voor de vestiging van een voorkeursrecht kan eveneens worden gevormd door een structuurvisie (art. 4) of een besluit tot aanwijzing (art. 5).

keursrechtinstrument in het leven was geroepen om verschillende, onderling soms moeilijk verenigbare doelen te dienen. Beoogd werd onder andere om het instrument te laten bijdragen aan de positie van gemeenten bij grondverwerving ten behoeve van het voeren van actief grondbeleid, terwijl tevens is gewezen op het versterken van de gemeentelijke regierol bij passief grondbeleid. Ook zou vestiging van het voorkeursrecht moeten bijdragen aan het beheers van de grondprijzen.<sup>3</sup> Tijdens de parlementaire behandeling werden weliswaar vragen gesteld over het bereik van artikel 26 Wvg, maar hierop werden geen concrete antwoorden gegeven: de minister hield zich grotendeels op de vlakke en stelde dat de ontwikkelingen in de praktijk moesten worden afgewacht.<sup>4</sup> Ook uit de toelichting en de overige stukken bij de wet kon daarom geen eenduidig 'belang' van gemeenten bij het voorkeursrecht worden afgeleid.

De vraag of een samenwerkingsovereenkomst tussen een eigenaar van een met een voorkeursrecht bezwaard stuk grond en een projectontwikkelaar die was gericht op het realiseren van de aan de grond toegekende bestemming, afbreuk deed aan het belang van de gemeente bij het voorkeursrecht, werd in eerste instantie dan ook verschillend beantwoord. Zo werd soms geoordeeld dat een dergelijke overeenkomst niet door de beugel kon, aangezien zij naar haar feitelijke uitwerking niet verschilde van een verkoopovereenkomst - en verkoop van de grond aan een andere partij dan de gemeente met het voorkeursrecht nu juist werd beoogd te voorkomen.<sup>5</sup> Andere keren werd geoordeeld dat een samenwerkingsovereenkomst niet voor nietigverklaring op grond van artikel 26 Wvg in aanmerking kwam, aangezien zij was gericht op realisering van de bestemming - en het voorkeursrecht als instrument van gemeenten ten behoeve van de realisering van bestemmingen moest worden beschouwd.<sup>6</sup>

De Hoge Raad koos in de zogenoemde 'novemberbeschikkingen' voor een middenweg. In de eerste plaats werd beoordeeld of de overeenkomst die strekking had het voorkeursrecht te omzeilen: was zij zó opgezet dat weliswaar geen vervreem-

ding plaatsvond, maar dat toch de beschikkingsmacht over en het economisch belang bij de grond door de eigenaar in zodanige mate werden overgedragen, dat een resultaat werd bereikt dat materieel neerkwam op vervreemding? Als de overeenkomst die strekking inderdaad had en tevens kwam vast te staan dat de gemeente haar voorkeursrecht zou hebben uitgeoefend als de grond haar zou zijn aangeboden, moest worden bezien of de overeenkomst was gericht op realisering van de bestemming. Was dat het geval en bleek vervolgens dat de gemeente daarbij een regisserende rol wenste te vervullen, dan dienden partijen aan te geven dat zij financieel en anderszins in staat waren tot realisering en dat zij de gerechtvaardigde belangen in het kader van het gemeentelijk beleid zouden waarborgen.<sup>7</sup> Wanneer partijen daartoe overgingen, werd de gesloten overeenkomst door de rechter in stand gelaten en kon de eigenaar - in samenwerking met de derde en met inachtneming van de belangen van de gemeente - de gewenste bestemming realiseren.

Deze benadering van de Hoge Raad werd niet in alle gevallen met luid gejuich ontvangen. Zo werd in gemeenteland over het algemeen teleurgesteld gereageerd en leidden de uitspraken ook in de literatuur soms tot kritiek: De Haan noemde het oordeel van de Hoge Raad bijvoorbeeld 'volstrekt onhoudbaar' en wees erop dat met het voorkeursrecht - behalve versterking van de regisserende rol van gemeenten - ook was beoogd andere doelstellingen te bereiken, namelijk het beheersen van de grondprijzen en het voeren van actief grondbeleid. De mogelijkheid tot het voeren van actief grondbeleid was volgens hem met name van belang om met de opbrengst daarvan bijvoorbeeld planontwikkelingskosten te kunnen dekken, nu deze niet door middel van baatbelasting of op grond van exploitatieovereenkomsten konden worden verhaald.<sup>8</sup>

## 2.2 Gang van zaken onder de Wvg van 2002

In 2002 werd artikel 26 van de Wvg gewijzigd naar aanleiding van een initiatiefvoorstel. Daarbij kwamen de woorden 'het belang van' in het eerste lid te vervallen, zodat gemeenten sindsdien de nietigheid kunnen invoeren van rechtshandelingen die zijn verricht met de kennelijke strekking afbreuk te doen aan hun in de Wvg geregelde voorkeurspositie. De initiatiefnemers stelden in de toelichting bij de voorgestelde wijziging dat de uitspraken van de Hoge Raad uit 2000 een leemte in de wet aan het licht hadden gebracht. Deze leemte bestond er volgens hen in dat een grondeigenaar door middel van een samenwerkingsovereenkomst een grondpositie

<sup>3</sup> Kamerstukken II 1994/95, 24 235, nr. 3, p. 3, 5, 12.

<sup>4</sup> Kamerstukken II 1995/96, 24 235, nr. 5, p. 17-18. Tijdens de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel was de minister bij vragen overigens concreter. Zo achtte ze het niet uitgesloten dat een overeenkomst waarbij het economische bezit (bedoeld zal zijn: eigendom) door de eigenaar werd overgedragen aan een derde, door de rechter zou worden nietig verklaard; *Handelingen II* 7 februari 1996, nr. 52, p. 3880. Dit zou echter anders kunnen zijn als een dergelijke overeenkomst was gericht op realisering van de bestemming; *Handelingen II* 7 februari 1996, nr. 52, p. 3857.

<sup>5</sup> Vgl. Rb. Roermond 30 juni 1999, ECLI:NL:RBROE:1999:AS4539; Rb. Middelburg 1 maart 2000, ECLI:NL:MD:2000:AA5188; Rb. Breda 1 september 2000, ECLI:NL:RBBRE:2000:AS4453.

<sup>6</sup> Vgl. Rb. Rotterdam 19 november 1998, ECLI:NL:RBRBT:1998:AS4673; Rb. Utrecht 16 december 1998, ECLI:NL:RBUTR:1999:ZL0822; Rb. Maastricht 21 juli 1999; ECLI:NL:RBMAA:1999:AH6785.

<sup>7</sup> HR 10 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8257; HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8353.

<sup>8</sup> J.F. de Groot, 'De reparatie van het gemeentelijk voorkeursrecht. Het kind en het badwater', *Gst.* 2002-7164, p. 278; P. de Haan, 'De Hoge Raad en de grondpolitiek: het voorkeursrecht onderuit gehaald', *NJB* 2000/44, p. 2127-2128.

kon verschaffen aan een derde, ondanks de omstandigheid dat zijn grond met een voorkeursrecht was bezwaard. Door de woorden 'het belang van' uit artikel 26, eerste lid, van de Wvg te schrappen zou dit volgens de initiatiefnemers niet langer mogelijk zijn, aangezien de rechterlijke toets op die manier werd toegespitst op datgene waar het feitelijk om moest gaan: rechtshandelingen die zodanig zijn opgezet dat gedurende het bestaan van het voorkeursrecht geen vervreemding van de grond plaatsvindt, maar waarbij de beschikkingsmacht over en het economisch belang bij de grond in zodanige mate aan een derde worden overgedragen dat een resultaat wordt bereikt dat materieel neerkomt op vervreemding, staan bloot aan nietigverklaring op grond van artikel 26 Wvg. De initiatiefnemers beoogden met de wijziging de positie van gemeenten op de grondmarkt te handhaven en te versterken, aangezien een beperking van het aantal spelers op de grondmarkt een dempend effect zou kunnen hebben op de prijs van ruwe bouwgrond. Voorts werden een vergroting van de rechtszekerheid en de voorspelbaarheid van rechterlijke uitspraken alsmede een vermindering van het aantal juridische procedures als doelstellingen van de wijziging genoemd. Expliciet wordt vermeld dat de voorgestelde wetswijziging niet van invloed is op het recht van de eigenaar om het bestemmingen op eigen grond te realiseren.<sup>9</sup>

De jurisprudentie op grond van het gewijzigde artikel 26 van de Wvg is een stuk eenduidiger dan zij vóór de wijziging was. Samenwerkingsovereenkomsten die ertoe leiden dat (een deel van) de beschikkingsmacht over en het economisch belang bij de grond aan een derde worden overgedragen, worden - ongeacht of zij tot doel hebben de bestemming te realiseren - nietig verklaard.<sup>10</sup> Overeenkomsten die zijn gericht op realisering van de bestemming en die niet tot gevolg hebben dat de beschikkingsmacht over of het economisch belang bij de grond worden overgedragen, worden door de rechter in stand gelaten.<sup>11</sup>

Aanpassing van het nietigheids criterium zoals hiervoor beschreven leidde tot een nieuw probleem: de verhouding tussen de behandeling van een 'zelfrealisatieverweer' onder de Wvg en de Onteigeningswet (hierna: Ow). Zoals hiervoor is gebleken staat een samenwerkingsovereenkomst tussen een grondeigenaar en een derde waarbij beschikkingsmacht over en economisch belang bij de grond worden overgedragen, bloot aan nietigverkla-

ring onder de Wvg. Realisering van de bestemming op grond van een dergelijke overeenkomst kan dus - als de rechter na een gemeentelijk verzoek daartoe tot nietigverklaring overgaat - geen doorgang vinden. Onder de Ow is dat anders. Onteigening wordt beschouwd als een *ultimum remedium* en kan derhalve pas plaatsvinden als dat noodzakelijk is. De noodzaak van onteigening ontbreekt als een grondeigenaar 'bereid en in staat' is de bestemming in verband waarmee onteigening door het bevoegd gezag wordt gewenst, zelf te realiseren. Hij dient daarvoor over voldoende expertise en financiële middelen te beschikken, maar hoeft deze niet geheel zelf in te brengen: samenwerking met een derde is toegestaan, mits aan de overige vereisten voor zelfrealisatie wordt voldaan. Deze vereisten houden onder meer in dat de grondeigenaar concrete, uitvoeringsgerichte plannen heeft waarvan hij de gemeente deelgenoot heeft gemaakt, en dat hij bereid is zich te voegen naar de door de gemeente voorgestane 'vorm van planuitvoering', die (mede) blijkt uit het bestemmingsplan en bijvoorbeeld betrekking kan hebben op de aard, verkaveling, vormgeving en dichtheid van de op te richten bebouwing.<sup>12</sup>

Deze omstandigheid kan ertoe leiden dat een grondeigenaar op wiens grond een voorkeursrecht is gevestigd en die graag met een derde wil samenwerken om de bestemming te realiseren die aan zijn grond is toegekend, wacht tot de gemeenteraad verzoekt om onteigening. Tegen het onteigeningsverzoek kan hij de samenwerkingsovereenkomst inbrengen en als blijkt dat hij en zijn partner tot realisering van de bestemming bereid en in staat zijn, zal onteigening geen doorgang vinden. Met de omstandigheid dat op de grond een voorkeursrecht is gevestigd en de overeenkomst tussen de grondeigenaar en de derde - gelet op dat voorkeursrecht - onder artikel 26 Wvg blootstaat aan nietigverklaring, houdt de Kroon bij de beoordeling van de noodzaak van de onteigening geen rekening, aangezien de Wvg en de Ow andere doelen dienen.<sup>13</sup>

### 3. Aanvullingswet grondeigendom

Ten behoeve van de integratie van onder meer de Wvg in de Omgevingswet, is de Aanvullingswet grondeigendom opgesteld. Deze wet is nog niet bij de Tweede Kamer ingediend, maar heeft wel voor consultatie ter inzage gelegen<sup>14</sup> De regeling van het voorkeursrecht is opgenomen in hoofdstuk 9 van het wetsvoorstel.

<sup>9</sup> Kamerstukken II 2000/01, 27 750, nr. 3, p. 5.

<sup>10</sup> O.a. Rb. Breda 14 juli 2006, ECLI:NL:RBBRE:2006:AY5590; Hof Den Bosch 19 juni 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:1775; HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1381.

<sup>11</sup> Vgl. Rb. Den Haag 19 december 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BC0917.

<sup>12</sup> Zie hierover uitgebreid L.C. Groen, *Het zelfrealisatierecht*, Den Haag: IBR 2014, p. 234-250.

<sup>13</sup> Zo blijkt o.a. uit KB 14 maart 2002 (*Bergh*), Stc. 2002, nr. 66.

<sup>14</sup> [https://www.internetconsultatie.nl/omgevingswet\\_grondeigendom/details](https://www.internetconsultatie.nl/omgevingswet_grondeigendom/details)

### 3.1 Voorkeursrecht en zelfrealisatie in de Aanvullingswet grondeigendom

Ingevolge artikel 9.3 kan een gemeenteraad onder meer een voorkeursrecht vestigen op gronden, deel uitmakend van een locatie waaraan bij het omgevingsplan of bij een programma een (of meer) niet-agrarische functie(s) is of zijn toegeedeeld en waarvan het gebruik afwijkt van die functie (eerste lid, onder a en b).<sup>15</sup> Afdeling 9.3 van het wetsvoorstel handelt over vervreemding na vestiging van een voorkeursrecht. Blijkens artikel 9.15 luidt de hoofdregel in dit verband hetzelfde als thans: een grondeigenaar kan niet tot vervreemding van een met een voorkeursrecht bezwaard stuk grond overgaan dan nadat de gemeente, de provincie of de Staat in de gelegenheid is gesteld de grond te verwerven. Nieuw is het bepaalde in artikel 9.18 van het wetsvoorstel: de hoofdregel gaat niet op als het college<sup>16</sup> anders beslist naar aanleiding van door de grondeigenaar naar voren gebrachte en aanneemelijk gemaakte 'gewichtige redenen'. Hieronder kan, zo bepaalt het tweede lid van artikel 9.18, in elk geval worden begrepen een concrete en actuele mogelijkheid voor de vervreemder om een overeenkomst te sluiten, gericht op het verwezenlijken van de in een omgevingsplan toegeedeelde functie aan de locatie op de grond waarop het voorkeursrecht rust, in overeenstemming met de eisen die het plan daaraan stelt. Een variant op artikel 26 van de Wvg vinden we voorts terug in artikel 9.30, eerste lid, van het wetsvoorstel, waarin staat dat een gemeente, een provincie of de Staat de nietigheid kan inroepen van rechtshandelingen die zijn verricht met de kennelijke strekking afbreuk te doen aan een gevestigd voorkeursrecht.

Hoofdstuk 4 van de toelichting bij het wetsvoorstel handelt specifiek over het voorkeursrecht. Onder verwijzing naar de toelichting bij het wetsvoorstel van 1996 wordt gesteld dat met de regeling van het voorkeursrecht drie doelen worden nagestreefd: versterking van de regisserende rol van de overheid, verbetering van de onderhandelingspositie van de overheid op de grondmarkt en beheersing van de grondprijzen.<sup>17</sup> Verder beoogt het voorstel de positie van grondeigenaren te versterken en wordt verwezen naar het rapport 'Evaluatie Wet voorkeursrecht gemeenten; Onderzoek naar gebruik,

effectiviteit en efficiency van de Wvg<sup>18</sup>, waarin - zo vermeldt de toelichting - onder meer is voorgesteld de afstemming tussen het voorkeursrecht en onteigening te verbeteren. Met artikel 9.18, tweede lid van het wetsvoorstel is beoogd aan dit voorstel vorm te geven.<sup>19</sup> De toelichting op het genoemde artikellid is beknopt: gesteld wordt dat hierin een nieuwe uitzondering op de hoofdregel is gemaakt, namelijk voor de situatie dat een eigenaar aantoonbaar zelf bereid en in staat te zijn om die nieuwe functie te realiseren, al dan niet door samenwerking met derden en overeenkomstig de eisen die het plan hieraan stelt. In het artikelsgewijze deel van de toelichting wordt hieraan nog toegevoegd dat de uitzondering betrekking heeft op gevallen waarin de eigenaar door middel van vervreemding hetzelfde doel kan bereiken als het bevoegd gezag voor ogen heeft met het gevestigde voorkeursrecht.<sup>20</sup> De uitzondering geldt alléén als het gaat om één locatie en als in het omgevingsplan een duidelijke keuze is gemaakt over welke functie moet worden gerealiseerd. Bij minder vastomlijnde plannen geldt zij niet. De toelichting vermeldt dat deze uitzondering niet alleen beter aansluit bij de regeling voor onteigening, maar tevens de positie van grondeigenaren verbetert.<sup>21</sup> Voor nietigverklaring onder artikel 9.30 van het wetsvoorstel komen volgens de toelichting vervreemdingsconstructies waarmee wordt gepoogd de aanbiedingsplicht te omzeilen, in aanmerking.<sup>22</sup> Artikel 9.30 van het wetsvoorstel is - zo staat in de toelichting - een voortzetting van het huidige artikel 26 Wvg.<sup>23</sup> De toelichting bij de voorgestelde artikelen is nogal summier is en mede daarom is niet steeds geheel duidelijk hoe de regeling precies zal uitwerken. Op mogelijke problemen die zich in dit verband kunnen voordoen, ga ik hierna in.

#### 3.1.1 Rol van college van burgemeester en wethouders

Stel dat op een perceel van een grondeigenaar op grond van artikel 9.3, eerste lid, onder a<sup>24</sup>, van het wetsvoorstel, een voorkeursrecht is gevestigd. De grondeigenaar heeft een concrete en actuele mogelijkheid om met een derde een overeenkomst

<sup>18</sup> Kamerstukken II 2015/16, 27 581, nr. 53, bijlage 4.

<sup>19</sup> Nota van toelichting, p. 20, 26.

<sup>20</sup> Nota van toelichting, p. 86.

<sup>21</sup> Nota van toelichting, p. 26, 86.

<sup>22</sup> Nota van toelichting, p. 27.

<sup>23</sup> Nota van toelichting, p. 88.

<sup>24</sup> Zowel uit de tekst van artikel 9.18, tweede lid, van het wetsvoorstel als uit de toelichting vloeit voort dat de uitzondering alleen kan opgaan bij een in een omgevingsplan toegeedeelde functie. Een *toegegedachte* functie is in dit verband te weinig concreet. Hoewel ook in programma's functies kunnen worden toegeedeeld en naar aanleiding daarvan een voorkeursrecht kan worden gevestigd (artikel 9.3, eerste lid, onder b, van het wetsvoorstel), kan in dat geval niet van een uitzondering in de zin van artikel 9.18, tweede lid, van het wetsvoorstel sprake zijn. Dit lijkt me geen gek uitgangspunt, omdat uit een programma - anders dan uit een plan - niet hoeft te kunnen worden opgemaakt welke eisen de gemeente aan de realisering van de functie in het kader van haar regierol stelt.

<sup>15</sup> De grondslag voor een voorkeursrecht kan eveneens worden gevormd door een omgevingsvisie (artikel 9.3, eerste lid, onder c, d en e van het wetsvoorstel). Het gaat dan om een functie die is *toegegedacht* in plaats van *toegeedeeld*. Zie hierna.

<sup>16</sup> Uit de tekst van artikel 9.18 van het wetsvoorstel volgt dat slechts het college van burgemeester en wethouders over door de grondeigenaar naar voren gebrachte gewichtige redenen kan beslissen. Of dit impliceert dat de uitzondering op de hoofdregel slechts op gemeentelijk niveau toepasbaar zal zijn of dat het college ook mag beslissen over situaties waarin het voorkeursrecht door de provincie of de Staat is gevestigd, is vooralsnog niet duidelijk.

<sup>17</sup> Nota van toelichting, p. 19.

sluiten die is gericht op realisering van de toege-deelde functie en deelt dit mede aan het college van burgemeester en wethouders. Voorziet artikel 9.18, tweede lid, van het wetsvoorstel erin dat het college zich onder deze omstandigheden op het standpunt stelt dat géén sprake is van 'gewichtige redenen'? Hoewel ik me niet kan voorstellen dat is beoogd het aan het college op dit punt beleidsvrijheid toe te kennen, lijkt de kan-bepaling dit wel te suggereren. En stel dat het college tot de slotsom komt dat géén sprake is van gewichtige redenen en beslist dat de grondeigenaar zich niet in de door het artikel beschreven uitzonderingspositie bevindt, kan de grondeigenaar hiertegen dan bezwaar maken en beroep instellen? Ik ga ervan uit dat dit is beoogd, maar de wetstekst noch de toelichting geven hierover uitsluitel. Mijns inziens verdient het aanbeveling één en ander te verduidelijken, overigens met inachtneming van hetgeen hierna, in § 3.1.2 aan de orde komt.

### 3.2 Type overeenkomst en verhouding tussen de artikelen 9.18, tweede lid en 9.30, eerste lid

En tweede punt dat mijns inziens opheldering verdient, heeft betrekking op het type overeenkomst dat de grondeigenaar met een derde zou kunnen sluiten. De tekst van artikel 9.18, tweede lid, van het wetsvoorstel concretiseert niet om welk soort overeenkomst het zou moeten gaan, terwijl in de artikelsgewijze toelichting staat dat de uitzonderingssituatie van toepassing is als de eigenaar door middel van *vervreemding* hetzelfde doel bereiken als het bevoegd gezag voor ogen heeft met het gevestigde voorkeursrecht. Dit lijkt te impliceren dat sprake moet zijn van de mogelijkheid voor de grondeigenaar om met een derde een koopovereenkomst te sluiten. Ik zou me kunnen voorstellen dat de tekst en toelichting op dit punt twee potentiële problemen in zich herbergen.

In de eerste plaats heeft de jurisprudentie die zich tot nu toe onder artikel 26 van de Wvg heeft gevormd, geen betrekking op koopovereenkomsten - verkoop van grond die met een voorkeursrecht is bezwaard aan een derde zónder dat deze eerste aan de gemeente is aangeboden, was en is op grond van artikel 10 van de Wvg immers verboden - maar op overeenkomsten die materieel hetzelfde resultaat opleveren: er vindt geen verkoop van de grond plaats, maar de beschikkingsmacht over en het economisch belang bij de grond worden in zodanige mate aan een derde overgedragen, dat een resultaat wordt bereikt dat neerkomt op vervreemding. Dit type overeenkomsten - in het voorgaande aangeduid als 'samenwerkingsovereenkomsten' - kunnen zijn gericht op realisering van de bestemming dan wel de toegedeelde functie. Hoewel de tekst van artikel 9.18, tweede lid, van het wetsvoorstel niet uitsluit dat de mogelijkheid tot het aangaan van een dergelijke overeenkomst een uitzondering op de

hoofddregel teweeg kan brengen, lijkt de toelichting bij het artikel dat wel te doen. Hoe dan ook staat zo'n overeenkomst op grond van artikel 9.30, eerste lid, van het wetsvoorstel bloot aan nietigverklaring.

Mij lijkt - en ik vermoed ook dat dit in wezen de bedoeling van de regering is geweest - dat aan het type overeenkomst in artikel 9.18, tweede lid, van het wetsvoorstel, geen doorslaggevend belang toekomt.<sup>25</sup> Het gaat erom dat de overeenkomst is gericht op realisering van de toegedeelde functie in overeenstemming met de eisen die het plan daaraan stelt. Als aan die voorwaarden is voldaan en de mogelijkheid tot het sluiten van een dergelijke overeenkomst voor de grondeigenaar concreet en actueel is, is sprake van een gewichtige reden die uitzondering op de hoofddregel rechtvaardigt. Wanneer het college van burgemeester en wethouders in die zin heeft beslist, zou deze overeenkomst mijns inziens niet meer moeten kunnen worden nietig verklaard op grond van artikel 9.30, eerste lid, van het wetsvoorstel.<sup>26</sup> Het lijkt me daarom een goed idee dit in de wetstekst te expliciteren.

In de tweede plaats verdient de zinsnede in de toelichting dat de uitzonderingssituatie van toepassing is als de eigenaar hetzelfde doel kan bereiken *als het bevoegd gezag voor ogen heeft met het gevestigde voorkeursrecht*, mijns inziens aanpassing. Zoals in § 2.1 aan de orde is geweest, zijn de doelstellingen die aan het in het leven roepen van het voorkeursrecht ten grondslag hebben gelegen, uiteenlopend en onderling soms moeilijk te verenigen. In dit wetsvoorstel is dat niet anders dan in het voorstel dat in 1996 tot aanpassing van de wet heeft geleid. Dit blijkt alleen al uit de verwijzing op pagina 19 van de toelichting naar de doelstellingen die in de toelichting bij de wet van 1996 worden genoemd: versterking van de regisserende rol en de positie op de grondmarkt van de overheid en de beheersing van de grondprijzen. Stel nu dat een grondeigenaar een concrete en actuele mogelijkheid heeft tot het sluiten van een overeenkomst, gericht op realisering van de toegedeelde functie in overeenstemming met de eisen van de gemeente, en zich meldt bij het college van burgemeester en wethouders. Het college stelt zich - gelet op de kan-bepaling in het tweede lid van artikel 9.18 en de toelichting bij dit artikel - op het standpunt dat géén sprake is van een gewichtige reden, aangezien met het voorkeursrecht actief grondbeleid of beheersing van de grondprijzen wordt nagestreefd. In dat geval zal zich een geschil ontpinnen dat sterke gelijkenissen vertoont met de geschillen die onder de wet van

<sup>25</sup> Behalve dan dat een koopovereenkomst waarbij de grond van eigenaar wisselt vóór de functie is gerealiseerd juist beter niet binnen het bereik van art. 9.18, tweede lid, van het wetsvoorstel kan vallen in verband met speculatiegevaar; zie hierna onder § 4.

<sup>26</sup> Zie hierover ook W.J. Bosma, 'Het voorkeursrecht in de Omgevingswet: the devil is in the details', BR 2017/1.



1996 ontstonden, hetgeen mijns inziens moet worden voorkomen.<sup>27</sup> Derhalve zou uit de tekst van de wet en de toelichting daarbij moeten volgen dat realisering van de functie in het plan overeenkomstig de eisen die daaraan zijn gesteld, bij de toepassing van artikel 9.18, tweede lid, van het wetsvoorstel doorslaggevend is.

In samenhang met het hiervoor geformuleerde punt lijkt me voorts van belang helder in beeld te krijgen wat de gevolgen zijn als het college van burgemeester en wethouders beslist dat géén sprake is van gewichtige redenen, hoewel de mogelijk te sluiten overeenkomst wel voldoet aan de vereisten van artikel 9.18, tweede lid, van het wetsvoorstel. In § 3.1.1 heb ik het vermoeden geuit dat deze beslissing van het college appellabel is, zodat hiertegen bezwaar en beroep openstaan. Niet uitgesloten is echter dat de grondeigenaar geen bezwaar maakt, maar op een zeker moment gewoonweg overgaat tot het sluiten van de overeenkomst - laten we zeggen dat het een samenwerkingsovereenkomst betreft. Stel nu dat de gemeente van deze overeenkomst de nietigheid inroept. Hoe moet de rechter met een dergelijk verzoek omgaan? Dient hij rekening te houden met de omstandigheid dat de overeenkomst de toets van artikel 9.18, tweede lid, van het wetsvoorstel kan doorstaan? Of moet hij de overeenkomst met toepassing van artikel 9.30, eerste lid, van het wetsvoorstel - dat, zoals de toelichting vermeldt, een voortzetting van artikel 26 van de Wvg is - nietig verklaren wegens overdracht van beschikkingsmacht en economisch belang en het verweer dat sprake is van een uitzonderingssituatie terzijde schuiven, omdat tegen de beslissing van het college daaromtrent niet is opgekomen en daarom van de rechtmatigheid daarvan moet worden uitgegaan? Dat laatste ligt meer voor de hand, maar heeft tot gevolg dat overeenkomsten die gericht zijn op realisering van de functie conform het plan in zo'n geval toch kunnen worden nietig verklaard. Een soortgelijk probleem kan zich voordoen als de overeenkomst hangende bezwaar of beroep wordt gesloten.

#### 4. Doelstellingen bereikt?

Twee 'nieuwe' doelstellingen van de voorkeursrechtregeling die volgen uit de toelichting bij het wetsvoorstel, zijn de versterking van de positie van grondeigenaren en de verbetering van de afstemming tussen het voorkeursrecht en onteigening. Daarnaast is de bedoeling dat de regeling bijdraagt aan het bereiken van de doelstellingen die al eerder in verband met het voorkeursrecht zijn genoemd:

versterking van de regisserende rol van de overheid en verbetering van haar onderhandelingspositie op de grondmarkt en de beheersing van de grondprijzen. Licht het in de rede dat deze doelstellingen met de voorgestelde regeling zullen worden bereikt?

Voor de 'nieuwe' doelstellingen zal dat vermoedelijk inderdaad het geval zijn. De voorgestelde regeling is een minder vergaande beperking op het recht van de grondeigenaar om vrijelijk over zijn eigendom te beschikken dan de nu geldende regeling, omdat van samenwerkingsovereenkomsten die zijn gericht op realisering van de functie en die op grond van artikel 26 Wvg thans blootstaan aan vernietiging, straks de nietigheid niet meer met succes kan worden ingeroepen. Daarmee wordt de positie van de grondeigenaar versterkt. Ook lijkt de voorgestelde voorkeursrechtregeling beter aan te sluiten bij de criteria waaraan door de Kroon wordt getoetst in het kader van een zelfrealisatieverweer bij onteigening: de mogelijkheid tot het sluiten van overeenkomst moet concreet en actueel zijn, en de realisering van de functie waaraan zij ten grondslag ligt, dient plaats te vinden in overeenstemming met de eisen die het plan daaraan stelt. Een grondeigenaar die wil samenwerken om de functie te realiseren en op wiens grond een voorkeursrecht is gevestigd, hoeft niet langer te wachten op een onteigeningsverzoek om die samenwerking te kunnen effectueren als hij zich rekenschap geeft van de regisserende rol van de gemeente.

Het zou mooi zijn als, zoals ik hiervoor in § 3.1.2 schreef, de suggestie dat het in dit verband moet gaan om koopovereenkomsten uit de toelichting bij het wetsvoorstel wordt geschrapt, en het verdient nadrukkelijk aanbeveling dat een koppeling wordt gemaakt tussen de artikelen 9.18, tweede lid en 9.30 van het wetsvoorstel. Daarmee kan worden voorkomen dat zich conflicten zullen ontwikkelen die gelijkenis vertonen met geschillen die zich onder de wet van 1996 voordeden en dat - naar het mij toeschijnt in strijd met de bedoeling van de regering - samenwerkingsovereenkomsten die voldoen aan de eisen van artikel 9.18, tweede lid, van het wetsvoorstel, toch worden nietig verklaard met toepassing van artikel 9.30, eerste lid van het wetsvoorstel.

En hoe zit het met de twee andere 'oude' doelstellingen? Is de kritiek die door De Haan naar aanleiding van de 'novemberbeschikkingen' werd geuit ook relevant in verband met de voorgestelde situatie? Ik denk dat dat meevalt. Het voeren van actief grondbeleid door gemeenten om met de opbrengsten daarvan onder andere planontwikkelingskosten te financieren is - sinds de invoering van de Afdeling grondexploitatie in de Wet ruimtelijke ordening, waarin is voorzien in mogelijkheden voor kostenverhaal - minder dringend geworden. Verder staat in het rapport 'Evaluatie Wet voorkeursrecht

<sup>27</sup> Ik ben overigens beduidend minder pessimistisch dan A. de Snoo, 'Voorkeursrechten in de Omgevingswet: zet het Paard van Troje hier maar neer', *TBR* 2016/168; die vreest dat met de voorgestelde regeling - de titel van het stuk zegt het eigenlijk al - het Paard van Troje wordt binnengehaald.

gemeenten; Onderzoek naar gebruik, effectiviteit en efficiency van de Wvg' (reeds aangehaald onder § 3.1)<sup>28</sup> dat vestiging van een voorkeursrecht op zichzelf geen prijsdempende werking heeft. Als voorts inderdaad is bedoeld om te voorzien in een regeling die - ondanks een gevestigd voorkeursrecht - niet aan de naleving van bepaalde samenwerkingsovereenkomsten in de weg staat (en *wèl* in de weg staat aan koopovereenkomsten op grond waarvan de grond wordt geleverd voordat de functie is gerealiseerd), zal het gevaar van prijsopdriving door grondspeculatie mijns inziens beperkt zijn: de functie wordt dan immers gerealiseerd terwijl de eigenaar van de grond dezelfde blijft. Pas ná realisering van de functie kan de grond verder

worden doorverkocht, maar dat is niet anders dan wanneer geen samenwerkingsovereenkomst zou zijn gesloten. Dit neemt niet weg dat ook de 'oude' doelstellingen in het kader van de voorkeursrechtregeling nog steeds relevant kunnen zijn, maar het betekent wel dat realisering van de functie op grond van een samenwerkingsovereenkomst minder snel op gespannen voet met de overige doelstellingen zal komen te staan.

Al met al lijkt me dat de besproken regeling zal kunnen bijdragen aan het bereiken van de doelstellingen die de regering voor ogen heeft, mits iets gebeurt aan de onvolkomenheden die in het voorgaande aan de orde zijn geweest. Gelukkig bestaat daarvoor nog voldoende gelegenheid. ●

# Hooien als de zon schijnt: publiekrechtelijke aspecten van zonneparken

– Mr. A.M.M. Ferwerda en mr. V.V. Jacobs<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

**B**ijna wekelijks staat de krant er vol mee. We moeten de uitstoot van broeikasgassen drastisch beperken om de klimaatverandering tegen te gaan. In het Energieakkoord 2013 is afgesproken dat het aandeel hernieuwbare energie in Nederland in 2020 en 2023 zal moeten stijgen naar 14% respectievelijk 16%. Het streven is om in 2050 zelfs helemaal af te zijn van fossiele brandstoffen en te kunnen spreken van een geslaagde energietransitie naar een volledig klimaatneutrale samenleving. Of dit streven haalbaar zal blijken te zijn, zal de tijd leren.

Het belangrijkste instrument om de uitrol van hernieuwbare energie te versnellen is de Stimulerings Duurzame Energieproductie subsidie (de SDE+). De SDE+ wordt ingezet om biomassa-installaties, waterkrachtcentrales, geothermieprojecten, windparken en zonneparken te doen realiseren. Dergelijke hernieuwbare energieprojecten zijn voor het onrendabele deel van hun business case nog steeds afhankelijk van deze subsidie. Met de SDE+ biedt het kabinet aan ontwikkelaars de zekerheid die zij nodig hebben om hernieuwbare energieprojecten, die dikwijls steunen op langdurige investeringen, te verwerkelijken. Hoe lang deze diepte-investering van het Rijk nodig blijft is onduidelijk. In de afgelopen jaren is er door het Rijk vooral veel geïnvesteerd in offshore windprojecten. Door de voortschrijdende techniek zijn de kosten voor het aanleggen van windparken de afgelopen jaren fors gedaald. Als wij naar onze oosterburen kijken, dan lijken deze in dit kader een stap verder te zijn. Zo heeft het Duitse Energie Baden-Württemberg (EnBW) recentelijk aangekondigd een windpark op zee te gaan bouwen zonder subsidie.

Zonneparken zijn vergeleken met onshore en offshore windparken nog een relatief nieuw fenomeen. Doordat de efficiëntie van zonnecellen continue wordt verbeterd, is het inmiddels - mede dankzij de SDE+ - mogelijk geworden om grote zonneparken (≥1ha) rendabel te realiseren. Zonne-energie is zodoende snel terrein aan het winnen. Uit cijfers van de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO) blijkt dat er in het voorjaar van 2017 maar liefst 4.484 aanvragen zijn ingediend om in aanmerking te komen voor in totaal € 3.210 miljoen aan subsidie voor zonne-energie. Daarvan is reeds een bedrag van € 1.818 miljoen aan subsidie toegekend.<sup>2</sup> RVO berichtte op 6 december 2017 dat de SDE+ voor hernieuwbare energieproductie voor 2018 weer is opengesteld. In het voorjaar komt een bedrag van € 6 miljard aan subsidie beschikbaar.

## 1.1 Opbouw artikel

**A**lvorens in te gaan op de aspecten die aan de orde zijn bij het realiseren van (grondgebonden) zonneparken, wordt allereerst in paragraaf 2 de SDE+ subsidieregeling kort toegelicht. Vervolgens komt het beleid van het Rijk, de provincies en de gemeenten aan bod. Tot slot wordt ingegaan op de locaties en “smaken” zonneparken alsmede de benodigde vergunningen voor het mogelijk maken van een (grondgebonden) zonnepark.

## 2. De SDE+

**Z**oals opgemerkt, wordt de ontwikkeling van (grondgebonden) zonneparken gestimuleerd vanuit het Rijk via de SDE+. Het betreft een subsidie voor het opwekken van duurzame energie (exploitatie subsidie). Kortgezegd compenseert de SDE+ subsidie het verschil tussen de kostprijs van hernieuwbare energie en de marktwaarde hiervan (ook wel het “correctiebedrag” genoemd). De

<sup>1</sup> Anne Marie Ferwerda en Veii Jacobs zijn werkzaam als advocaat bij HabrakenRutten in Rotterdam.

<sup>2</sup> SDE+ voorjaar 2017 stand van zaken 28 juni 2017.

SDE+ ziet derhalve op de zogenaamde “onrendabele top”. Wanneer de marktwaarde stijgt neemt de onrendabele top af en wordt het subsidiebedrag lager. In het omgekeerde scenario neemt het subsidiebedrag niet verder toe als de marktwaarde onder de basisenergieprijs daalt.<sup>3</sup> Een SDE+ kan door de beoogd producent (dus degene die de productie-installatie in bedrijf neemt en exploiteert) onder meer worden aangevraagd voor fotovoltaïsche zonnepanelen (voor een periode van 15 jaar).

Voor de voorjaarsronde 2018 is de Regeling aanwijzing van categorieën duurzame energieproductie voorjaar 2018 gepubliceerd (de aanwijzingsregeling).<sup>4</sup> Hieruit blijkt dat een budget van € 6 miljard beschikbaar is gesteld (subsidieplafond) en dat subsidies kunnen worden aangevraagd in de periode van 13 maart 2018 tot 5 april 2018 (17:00 uur). De bedragen worden verdeeld op volgorde van binnenkomst.<sup>5</sup> Ook in het najaar zal er weer een subsidieronde zijn.

Om voor subsidie in aanmerking te komen dient de aanvrager te beschikken over de voor de productie-installatie benodigde en verleende vergunningen. Dit verklaart grotendeels waarom er in de afgelopen maanden voor diverse grondgebonden zonneparken omgevingsvergunningen zijn aangevraagd en in veel gevallen al zijn verleend. Het gaat om zonneparken in onder meer Vlagtwedde (120ha), Emmen (38ha), Dordrecht (ongeveer 25.000 zonnepanelen met dubbel grondgebruik), Twenterand (16ha), Delfzijl (6ha), Venlo (6ha) en Goes (3ha).

Uit de aanwijzingsregeling volgt dat onder meer subsidie kan worden aangevraagd voor fotovoltaïsche zonnepanelen (zon-PV), dat wil zeggen zonnepanelen die licht omzetten in elektrische spanning (hernieuwbare elektriciteit). Daarbij wordt een onderscheid gemaakt naar elektriciteit geproduceerd uit zonlicht door middel van fotovoltaïsche zonnepanelen, die zijn aangesloten op een elektriciteitsnet via een aansluiting met een totale maximale doorlaatwaarde van meer dan 3\*80A (grootverbruikersaansluiting):

- met een totaal nominaal vermogen groter dan of gelijk aan 15kWp (kilowattpiek) en kleiner dan 1 MWp (megawattpiek), of
- met een totaal nominaal vermogen groter dan of gelijk aan 1 MWp.<sup>6</sup>

Een totaal nominaal vermogen van meer dan 1MWp kan alleen worden gegenereerd door

zonneparken met grote installaties en een groot oppervlak aan panelen.<sup>7</sup>

Subsidie wordt verstrekt voor een periode van 15 jaar. De productie-installatie zoals hierboven beschreven onder a dient binnen anderhalf jaar na de datum van inwerkingtreding van de beschikking tot subsidieverlening in gebruik te worden genomen. In geval sprake is van een productie-installatie zoals hierboven beschreven onder b dient deze binnen drie jaar in gebruik te worden genomen.<sup>8</sup>

Uit de aanwijzingsregeling volgt dat de Minister afwijzend beslist op een aanvraag voor het verlenen van subsidie, indien geen toestemming van de eigenaar van de beoogde locatie is verkregen voor het plaatsen van de productie-installatie.<sup>9</sup> De aanwijzingsregeling is mede gebaseerd op het Besluit stimulering duurzame energieproductie (het Besluit) en de Algemene uitvoeringsregeling stimulering duurzame energieproductie (het algemene uitvoeringsregeling). In de algemene uitvoeringsregeling is bepaald dat een aanvraag vergezeld dient te gaan van de vergunningen die noodzakelijk zijn voor de realisatie van de productie-installatie en de aanvragen van de vergunningen.<sup>10</sup> De Minister beslist afwijzend op een aanvraag, indien één of meer vergunningen (benodigd voor de productie-installatie) niet zijn verleend.<sup>11</sup>

## 2.1 Verleende subsidie en realisatie in de praktijk

In de najaarsronde van 2017 zijn ten behoeve van zon PV 5.456 aanvragen ingediend met een totaal aangevraagd vermogen van 3.221 MW. In februari 2018 zal de Tweede Kamer worden geïnformeerd over de resultaten van de openstellingsronde SDE+ najaar 2017.<sup>12</sup> Hoewel het aantal SDE+ subsidie aanvragen voor zonneparken gedurende de jaren fors is toegenomen, blijkt de realisatie van de parken in de praktijk achter te blijven. Dit blijkt uit cijfers van RVO, die zijn opgevraagd door BNR nieuwsradio in 2016. Van de 189 grote zonne-energieparken die sinds 2011 SDE+ subsidie zouden hebben aangevraagd, bleken er toentertijd slechts 20 te zijn gerealiseerd. De belangrijkste reden hiervoor zou gelegen zijn in de lage stroomprijs en onvoorziene kosten die te maken hebben met de aansluiting van bijvoorbeeld grondgebonden zonneparken op het elektriciteitsnet. Voorts ervaren ontwikkelaars bij grondgebonden zonneparken nog steeds veel

<sup>7</sup> Algemeen kan worden aangenomen dat per ha circa 1 MW kan worden gerealiseerd. In dit verband wordt ook verwezen naar J. Spruijt, 'Wat levert een zonneweide per ha op', ACCRES- Wageningen UR, maart 2015.

<sup>8</sup> Artikel 15 Aanwijzingsregeling.

<sup>9</sup> Artikel 2, vierde lid aanwijzingsregeling.

<sup>10</sup> Artikel 2, eerste lid algemene uitvoeringsregeling.

<sup>11</sup> Artikel 59, eerste lid onder d Besluit.

<sup>12</sup> Brief van 10 november 2017 van de Minister van Economische Zaken en Klimaat aan de voorzitter van de Tweede Kamer.

<sup>3</sup> Ministerie van Economische Zaken, Kamerbrief Stimulering Duurzame Energieproductie (SDE+) 2018.

<sup>4</sup> Stort. 2017, 69 690.

<sup>5</sup> Artikel 2, eerste lid Aanwijzingsregeling.

<sup>6</sup> Artikel 14 Aanwijzingsregeling.

weerstand van omwonenden en boerenbelangenorganisaties.<sup>13</sup>

## 3. Beleid Rijk

### 3.1 Energieakkoord voor duurzame groei

In september 2013 is het Energieakkoord voor duurzame groei (het "Energieakkoord") gesloten. Het akkoord is gesloten met ruim 40 belangenorganisaties, waaronder werkgevers- en werknemersorganisaties, natuur- en milieuorganisaties en financiële instellingen.

Een van de pijlers van dit akkoord is het opschalen van hernieuwbare energieopwekking, door de inzet op verschillende bronnen van opwekking waaronder zonne-energie. In het Energieakkoord worden - onder meer - de volgende doelstellingen genoemd:

- een besparing van het finale energiegebruik met gemiddeld 1,5 procent per jaar;
- een besparing van 100 PJ in het finale energiegebruik van Nederland per 2020;
- een toename van het aandeel van hernieuwbare energieopwekking (thans 4 procent) naar 14 procent in 2020 en een verdere stijging van dit aandeel naar 16 procent in 2023;
- het realiseren van 15.000 banen, voor een belangrijk deel in de eerstkomende jaren te creëren.

### 3.2 Energierapport - transitie naar duurzaam

In het Energierapport zijn voor de periode tot 2050 de hoofdlijnen van het toekomstig energiebeleid geschetst. De hoofdlijnen van het energiebeleid zijn besproken in de Energiedialoog. De uitkomsten van deze dialoog zijn neergelegd in de Energieagenda.

### 3.3 Energieagenda

De Energieagenda beoogt een helder en ambitieus perspectief te schetsen voor de transitie naar een betrouwbare, betaalbare, veilige en CO<sub>2</sub>-arme energievoorziening richting 2030 en 2050.<sup>14</sup> Daarbij wordt gestuurd op één doel: het verminderen van de uitstoot van broeikasgassen. De Energieagenda beschrijft de te maken keuzes en de stappen die in ieder geval moeten worden gezet. Per functionaliteit wordt het transitiepad richting 2050 geschetst en de daarbij behorende (beleids)inspanningen.<sup>15</sup>

### 3.4 Klimaatagenda

Op 4 oktober 2013 is namens diverse ministers aan de Tweede Kamer de Klimaatagenda aangeboden. De Klimaatagenda biedt het beleidskader (en de maatregelen) tot 2030 op het gebied van een effectief energie- en klimaatbeleid. De Klimaatagenda biedt met name maatregelen voor sectoren die buiten het energieakkoord vallen.<sup>16</sup>

Een van de thema's die in de Klimaatagenda worden behandeld is adaptatie. Doel is om Nederland klimaatbestendig te maken en om de CO<sub>2</sub> uitstoot verder te reduceren. Bij dit thema horen een aantal actielijnen waaronder het ruimtelijk faciliteren van hernieuwbare energie en energiebesparing. Zo is onder meer opgemerkt dat het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat provincies en gemeenten stimuleert om hun toetsingskaders voor vergunningverlening aan te passen en om in hun ruimtelijke plannen voldoende ruimte voor hernieuwbare energie op te nemen en aldus een integrale afweging te maken tussen energie- en andere functies.<sup>17</sup>

### 3.5 Overeenkomst van Parijs

Op 12 december 2015 is de Overeenkomst van Parijs tot stand gekomen.<sup>18</sup> Deze Overeenkomst heeft betrekking op klimaatverandering en is het eerste wereldwijde klimaatverdrag. Doel van de overeenkomst is onder meer om:

- de stijging van de wereldwijde gemiddelde temperatuur ruim onder de 2°C te houden ten opzichte van het pre-industriële niveau;
- het vermogen te vergroten tot aanpassing aan de nadelige gevolgen van klimaatverandering, en de veerkracht voor klimaatverandering en broeikasgasarme ontwikkeling te bevorderen.<sup>19</sup>

Deze Overeenkomst is op 5 oktober 2016 door de Europese Unie geratificeerd.<sup>20</sup> De Staten-Generaal hebben op 5 juli 2017 de Overeenkomst voor het gehele Koninkrijk goedgekeurd.<sup>21</sup> Voor Nederland is het verdrag met ingang van 21 juli 2017 in werking getreden.<sup>22</sup>

Om de temperatuurdoelstelling te behalen moet de uitstoot van broeikasgassen worden beperkt. De verwachting is dan ook dat deze Overeenkomst ertoe leidt dat wereldwijd zal worden omgeschakeld naar schone(re) energie en dat er andere hulpbron-

<sup>13</sup> www.bnr.nl, 'Nederlandse zonneparken komen amper van de grond' (11 mei 2016).

<sup>14</sup> Brief van 7 december 2016, met kenmerk DGETM-EI / 16188688, van Minister van Economische Zaken aan de voorzitter van de Tweede Kamer.

<sup>15</sup> Energieagenda p. 17.

<sup>16</sup> Brief van 4 oktober 2013 met kenmerk, IENM/BSK-2013/231769.

<sup>17</sup> Zie p. 39 Klimaatagenda.

<sup>18</sup> Zie Tractatenblad, 2016, 94 voor de Engelse en Franse versie en Tractatenblad 2016, 162 voor de vertaling in het Nederlands.

<sup>19</sup> Artikel 2 Overeenkomst van Parijs.

<sup>20</sup> Besluit (EU) 2016/1841. De drempel van ook artikel 21 van de Overeenkomst van Parijs werd hiermee ook gehaald.

<sup>21</sup> Zie artikel 91, eerste lid Grondwet

<sup>22</sup> Stb. 2017, 314.

nen dan fossiele brandstoffen moeten worden gebruikt.<sup>23</sup>

### 3.6 Startnota Nationale Omgevingsvisie

Dat zonneparken een belangrijkere rol gaan spelen en ook op de agenda van het Rijk staan, blijkt overigens ook uit de startnota om te komen tot een Nationale Omgevingsvisie.<sup>24</sup>

En van de strategische opgaven die in de startnota is beschreven is een klimaatbestendige en klimaatneutrale samenleving. De energietransitie die moet gaan plaatsvinden, vraagt ruimte voor kleine duurzame bronnen (onder meer zonnepanelen) en grootschalige oplossingen (onder meer zonneparken). Dit kost uiteraard ruimte en ruimte is een schaars goed. Onder meer zonneparken veranderen de bruikbaarheid en de beleving van het landschap. In de startnotitie is in dit kader beschreven dat de vraag naar ruimte voor energie op grenzen kan stuiten wanneer essentiële waarden voor omgevingskwaliteit in het geding komen. In dat geval zullen keuzes moeten worden gemaakt tussen het vrijmaken van ruimte voor duurzame energie in eigen land of het vrijwaren van het landschap en het importeren van de energie.<sup>25</sup>

Hoe dan ook wordt ingezet om in 2050 (in internationaal verband) een volledig duurzame energievoorziening te hebben, die tevens betrouwbaar, leveringszeker, veilig en betaalbaar is.<sup>26</sup>

## 4. Beleid provincies zonne-energie

Alle provincies hebben beleid vastgesteld met betrekking tot duurzame energie. In dit beleid is veelal ook specifiek aandacht besteed aan zonne-energie.

### 4.1 Groningen

Groningen is bezig met het herzien van de omgevingsvisie. Hierin staat onder meer dat Groningen zonne-energie wil stimuleren door ruimte te bieden voor tijdelijke<sup>27</sup> zonneparken in het buitengebied, bij voorkeur aansluitend aan het bestaand

stedelijk gebied.<sup>28</sup> Bepaalde categorieën zonneparken zijn alleen mogelijk indien de gemeenteraad een structuurvisie heeft vastgesteld, waarin het zonnepark is opgenomen. Realisering van solitair in het buitengebied gelegen zonneparken (groter dan 1 ha) kan alleen indien Gedeputeerde Staten de locatie hebben aangewezen op basis van een daartoe strekkend verzoek van de gemeente, tenzij sprake is van een zonnepark op een gesloten stortplaats, voormalig slibdepot of bedrijfsterrein ten behoeve van gaswinning en gastransport. Voor deze laatste categorie is een gemeentelijke structuurvisie waarin het zonnepark past, geen vereiste.

### 4.2 Noord-Holland

In Noord-Holland is in de Provinciale Ruimtelijke Verordening 2017 onder meer bepaald dat - onder voorwaarden - uitsluitend door het verlenen van een omgevingsvergunning waarbij wordt afgeweken van het bestemmingsplan of de beheersverordening opstellingen voor zonne-energie in het landelijk gebied mogelijk zijn.

Aan de omgevingsvergunning dienen in dat geval verplicht een aantal voorwaarden te worden verbonden, waaronder dat de omgevingsvergunning voor maximaal 25 jaar geldt, na het verstrijken van deze termijn de voor de verlening van de omgevingsvergunning bestaande toestand dient te worden hersteld en de opstelling voor zonne-energie dient te worden verwijderd. Voor de verwijdering dient financiële zekerheid te worden gesteld.<sup>29</sup>

Verder stellen Gedeputeerde Staten nadere regels over de locatie, omvang en inpassing van een opstelling voor zonne-energie. Deze nadere regels zijn uitgewerkt in de Uitvoeringsregeling opstellingen voor zonne-energie in het landelijk gebied (de uitvoeringsregeling).<sup>30</sup> In de uitvoeringsregeling is over de locatie onder meer bepaald dat deze aan één zijde dient aan te sluiten aan het bestaande stedelijk gebied of dorpslint. Hoe meer aansluiting bestaat, hoe groter de oppervlakte van de locatie mag zijn (tot maximaal 25 ha).<sup>31</sup> Ook is bijvoorbeeld bepaald dat de hoogte van de opstelling maximaal 1,50 mag bedragen.<sup>32</sup> Het vorenstaande geldt

<sup>23</sup> Zie ook Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad van 2 maart 2016 (COM 2016, 110).

<sup>24</sup> *Kamerstukken II 2016/17, 34 682, nr. 1.* De verwachting is overigens dat eind 2018 de concept nationale omgevingsvisie aan de Tweede Kamer wordt toegestuurd en medio 2019 kan worden vastgesteld (zie de brief van de Minister van (toentertijd) Infrastructuur en Milieu van 4 september 2017, met kenmerk IENM/BSK-2017/196918 aan de voorzitter van de Tweede Kamer; *Kamerstukken II 2016/17, 34 682, nr. 2*).

<sup>25</sup> Startnota nationale omgevingsvisie p. 55.

<sup>26</sup> Startnota Nationale Omgevingsvisie p. 32 en 53.

<sup>27</sup> Dit betreft een termijn lang genoeg in relatie tot de gangbare technisch-economische levensduur van de zonnepanelen. Op termijn moeten de gronden weer beschikbaar komen voor hun oorspronkelijke functie, aldus de concept actualisatie omgevingsvisie (juni 2017).

<sup>28</sup> Provincie Groningen actualisatie omgevingsvisie (concept juni 2017).

<sup>29</sup> Artikel 32a Provinciale Ruimtelijke Verordening 2017 (Noord-Holland). Hierin is ook een aantal uitzonderingen opgenomen op de regel dat opstellingen voor zonne-energie uitsluitend mogelijk zijn door af te wijken van het bestemmingsplan of de beheersverordening. Op gronden met nutsvoorzieningen of infrastructuur voor weg, spoor, water en vliegverkeer mogen opstellingen voor zonne-energie wel bij bestemmingsplan mogelijk worden gemaakt. Voorwaarde is dan dat de reeds bestaande functie wordt gehandhaafd. Bij meervoudig ruimtegebruik is het ook niet verplicht om voorwaarden aan de omgevingsvergunning te verbinden.

<sup>30</sup> Provinciaal blad 2017, 5151.

<sup>31</sup> Artikel 2 uitvoeringsregeling. Afwijkingen tot 10% zijn mogelijk indien dat noodzakelijk is uit overwegingen van ruimtelijke kwaliteit.

<sup>32</sup> Artikel 3, eerste lid uitvoeringsregeling.

niet indien sprake is van een stimuleringsgebied voor zonne-energie. Buiten het landelijk gebied in Noord-Holland is het aan gemeenten om te bepalen of zij opstellingen voor zonne-energie toestaan.

### 4.3 Zuid-Holland

In Zuid-Holland is alleen in de (startnotitie partiële wijziging van de) Visie Ruimte en Mobiliteit iets opgenomen over zonne-energie. Daarin is aangegeven dat de provincie het gebruik van zonne-energie actief faciliteert en ondersteunt, in elk geval in de bebouwde ruimte en onder voorwaarden in de onbebouwde ruimte. In alle gevallen gaat in het buitengebied de voorkeur uit naar dubbel c.q. meervoudig ruimtegebruik door benutting van bebouwing, agrarische bouwblokken, infrastructuur, voormalige stortplaatsen en nader te bepalen rest-ruimtes.

Verder is er een voorkeursvolgorde aangegeven van (1) zon op dak (2) voorkeurslocaties en (3) experimenteerruimte. Ruimte voor zonnepanelen in de open agrarische ruimte is voornamelijk beperkt tot experimenten op locaties waar op termijn een andere functie is voorzien maar waar die bestemming om diverse redenen vooralsnog niet wordt gerealiseerd.<sup>33</sup>

### 4.4 Zeeland

In de Verordening Ruimte van de Provincie Zeeland is bepaald dat in een bestemmingsplan een opstelling voor zonne-energie<sup>34</sup> uitsluitend is toegelaten binnen bestaand bebouwd gebied, op een bedrijventerrein of op gronden waarop glastuinbouwbedrijven zijn toegelaten. Buiten bestaand bebouwd gebied is dit alleen mogelijk indien de opstelling wordt geplaatst binnen een in het bestemmingsplan voor een bedrijf aangewezen bouwvlak of indien sprake is van een kleinschalige opstelling in een tuin of op een erf.

### 4.5 Gemene deler beleid provincies

Wat opvalt is dat vrijwel alle provincies de voorkeur geven aan opstellingen voor zonne-energie binnen of grenzend aan stedelijk gebied en slechts onder (strikte) voorwaarden opstellingen voor zonne-energie mogelijk willen maken of willen toestaan in het buitengebied.<sup>35</sup> Gemene deler

is verder dat provincies belang hechten aan een goede ruimtelijke inpassing van de zonneparken en dat zonneparken tijdelijk van aard dienen te zijn, zodat op enig moment (veelal na het bereiken van de technisch-economische levensduur) de zonneparken weer worden verwijderd.

De mate waarin de provincies zonneparken reguleren verschilt wel. Noord-Holland past bijvoorbeeld een zeer gedetailleerde en strikte regulering toe in haar Provinciale Ruimtelijke Verordening<sup>36</sup>, terwijl Zuid-Holland in haar Verordening Ruimte 2014 hierover (nog) niets heeft bepaald.

## 5. Beleid gemeenten

Ook veel gemeenten hebben de ambitie om duurzame energie op te wekken en willen ontwikkelingen op dit gebied ondersteunen binnen de grenzen die de provincie in dit kader stelt. Diverse gemeenten zijn bezig of hebben reeds beleid opgesteld om zonneparken te faciliteren.<sup>37</sup> Een aantal gemeenten heeft zich ten doel gesteld om op een relatief korte termijn energieneutraal te zijn. Zo heeft Laren zich ten doel gesteld om in 2040 klimaatneutraal te zijn.<sup>38</sup> Deventer zet nog hoger in en streeft ernaar om in 2030 energie- en klimaatneutraal te zijn. Dit tracht Deventer te bereiken door het energiezuinig maken van het woningbestand te subsidiëren.<sup>39</sup>

De gemeente Den Helder is een van de gemeenten die een Nota Zonneparken heeft opgesteld naar aanleiding van haar ambitie om in 2020 in ten minste 20% van de gemeentelijke energiebehoefte te voorzien met duurzame energie. In 2050 zou dit percentage zelfs moeten toenemen tot 50%.<sup>40</sup> De gemeente wil inzetten op zonne-energie, omdat er voor de realisatie van windparken belemmeringen bestaan vanuit de luchthaven Schiphol en Defensie. De gemeente Den Helder heeft een krimpende bevolking maar geldt als een van de zonnigste gemeenten van het land. Door de afname van het inwonertal is men steeds op zoek naar functies voor (tijdelijk) ongebruikte ruimte. De gemeente Den Helder zet in op de combinatie van zonne-energie met andere functies (zoals waterberging, parkeren, infrastructuur en natuur). Ook grondgebonden zonneparken in het buitengebied worden door de

<sup>33</sup> Visie Ruimte en Mobiliteit, p. 82.

<sup>34</sup> Hieronder wordt in dit geval verstaan: een samenstel van bouwwerken of een andere constructie ten behoeve van het opwekken van elektriciteit of warmte door het opvangen van de straling van de zon, geplaatst op of boven de grond, water daaronder begrepen, met uitzondering van zonnepanelen op daken (Verordening Ruimte Provincie Zeeland, art. 1 onder oo).

<sup>35</sup> Uitzondering hierop is de Provincie Gelderland die grondgebonden zonneparken ook in het buitengebied toestaat, mits goed ruimtelijk ingepast en niet gesitueerd in gebieden die zijn uitgezonderd op de themakaart voor zonne-energie. De provincie Gelderland laat de beoordeling in beginsel aan de betreffende gemeente.

<sup>36</sup> De provincie Noord-Brabant heeft in haar Verordening Ruimte een soortgelijke regeling opgenomen als de Provincie Noord-Holland.

<sup>37</sup> Zie bijvoorbeeld het ambitiesdocument zonne-energie uitwerking omgevingsvisie van de gemeente Opsterland (gemeenteblad, 16 februari 2017, 25469), Beleidsvisie zonnenvelden, gemeente Terschelling (gemeenteblad 28 juli 2017, 130585), beoordelingscriteria zonneparken op maaveld, gemeente Dalfsen (gemeenteblad 17 juli 2017, 122513) en beknopte beleidsnotitie voor zonne-energie, gemeente Leeuwarderadeel 2016 (gemeenteblad, 30 mei 2016, 67800).

<sup>38</sup> Klimaatbeleidsplan Laren 2018-2022, p. 4.

<sup>39</sup> Visie duurzaam Deventer (april 2009), p. 18.

<sup>40</sup> Nota duurzaamheid gemeente Den Helder (2010).



gemeente gefaciliteerd indien de ruimtelijke kwaliteit van het landschap voldoende kan worden waarborgd.<sup>41</sup>

Ook de gemeente Hof van Twente heeft zich het doel gesteld om in 2035 energieneutraal te zijn. Om deze doelstelling te kunnen realiseren zullen er in Hof van Twente een aantal grote grondgebonden zonneparken moeten worden gerealiseerd. De gemeente geeft vanwege de stedelijke uitstraling van grondgebonden zonneparken de voorkeur aan de situering van zonneparken aan de rand van de bebouwing in plaats van in het buitengebied.<sup>42</sup>

Concluderend kan worden gesteld dat veel gemeenten hoog inzetten als het aankomt op duurzaamheidsdoelstellingen en verschillende instrumenten inzetten om zonne-energieprojecten te stimuleren. Een van die instrumenten is het vaststellen van een specifieke legesconstructie. Hier komen wij verderop op terug.

## 6. Zonneparken: locatie en smaken

Mede gelet op het Energieakkoord en de Overeenkomst, is de verwachting dat de komende jaren het aantal (grondgebonden) zonneparken in Nederland een hoge vlucht zal nemen. Grondgebonden zonneparken zullen hard nodig zijn om de in het Energieakkoord gestelde ambities te kunnen halen.

### 6.1 Welke locatie is geschikt?

Niet elke locatie is geschikt voor een (grondgebonden) zonnepark. Een locatie dient voldoende ruim te zijn (doorgaans 1ha of meer), voldoende zonne-aanbod te kennen, schaduwvrij te zijn en (relatief) dicht bij een netaansluiting gelegen te zijn. De business case wordt met name sterk beïnvloed

door de afstand tot de netaansluiting en het eventueel benodigd zijn van een netverzwaring. Het lokaal kunnen gebruiken van de opgewerkte energie levert dikwijls een voordeel op voor zowel de initiatiefnemers als de netbeheerder. In dit kader kan het bijvoorbeeld lonen om een zonnepark te situeren in de nabijheid van grote verbruikers waardoor netverzwaring en transportverliezen op het netwerk (ca 3%) kunnen worden voorkomen.<sup>43</sup>

Er zijn verschillende argumenten te noemen voor de realisatie van een zonnepark in of nabij het stedelijk gebied of in het buitengebied. De voordelen van het realiseren van een zonnepark in het buitengebied is dat er minder omwonenden zijn die last kunnen hebben van het systeem en dat de grondprijs een stuk lager is. De voordelen van het realiseren van een zonnepark in of nabij het stedelijk gebied zijn dat er meer aansluitpunten en zwaardere netten zijn. Bovendien is de impact op flora- en fauna in stedelijke gebieden minder groot. Gelet hierop zijn locaties in landelijk gebied met kenmerken van verstedelijking (bijvoorbeeld langs bestaande infrastructuur) erg gunstig. Ook braakliggende gronden, inbreidingslocaties en niet verkochte bouwkvelds in stedelijke gebieden kunnen geschikt zijn voor het realiseren van een zonnepark.<sup>44</sup>

### 6.2 Welke smaken zonneparken zijn er?

Er bestaan voorts verschillende soorten zonneparken, men denke - onder meer - aan grondgebonden zonneparken, zonneparken op daken en/of gevels, zonnepanelen die drijven op waterbergingen en bassins en zonnepanelen als geluidsschermen langs wegen.

<sup>41</sup> Nota Zonneparken gemeente Den Helder (januari 2015).

<sup>42</sup> Beleidsnota grootschalige duurzame energiebronnen gemeente Hof van Twente (september 2015), p. 11.

<sup>43</sup> RVO, Grondgebonden zonneparken: Verkenning naar de afwegingskaders rond locatiekeuze en ruimtelijke inpassing in Nederland, p. 5.

<sup>44</sup> RVO, Grondgebonden zonneparken: Verkenning naar de afwegingskaders rond locatiekeuze en ruimtelijke inpassing in Nederland, p. 6-7.



De grondgebonden zonneparken kunnen worden onderverdeeld in parken waarbij door de hoogte van de panelen dubbelgebruik mogelijk is (dergelijke panelen zijn veelal circa 2,8 meter hoog, zodat tussen en onder de panelen mogelijk nog vee kan grazen en de agrarische bestemming behouden blijft) en parken waarbij dit niet mogelijk is (de panelen variëren in hoogte van circa 1 meter tot 1,6 meter).

In de praktijk ziet men bovendien dat het gunstig kan zijn om grondgebonden zonneparken en windparken te combineren. Deze manieren van energieopwekking hebben dikwijls dezelfde infrastructuur nodig en kunnen gebruik maken van één en dezelfde netaansluiting. De kans dat deze netaansluiting overbelast raakt is bovendien klein. Het is in de regel immers zo dat de zon het meest schijnt als het minder hard waait. In het kader van het gebruik maken van de beschikbare ruimte ten behoeve van hernieuwbare energie kan een gecombineerd programma wind en zon dan ook erg interessant zijn.<sup>45</sup>

### 6.3 Zonnepanelen op daken

Voor zonnepanelen op daken is geen omgevingsvergunning (zowel voor bouwen als eventueel strijdig gebruik) benodigd, indien aan de voorwaarden wordt voldaan zoals omschreven in artikel 2, zesde lid van bijlage II van het Besluit omgevingsrecht.

In het Besluit omgevingsrecht wordt een onderscheid gemaakt tussen zonnepanelen op schuine daken en op platte daken. Bij schuine daken, dienen de panelen binnen het dakvlak, in of direct op het dakvlak en met een hellingshoek gelijk aan de hellingshoek van het dakvlak te worden geplaatst. Bij platte daken dient de afstand tot de zijkanten ten minste gelijk te zijn aan de hoogte van het zonnepaneel. Voor beide situaties geldt dat in het geval het paneel niet één geheel vormt met de installatie voor het omzetten van de opgewekte elektriciteit, de installatie aan de binnenzijde van een bouwwerk moet zijn geplaatst.

Voor zonnepanelen die geplaatst moeten worden op of in zij- of achtergevels, zal in beginsel steeds een omgevingsvergunning (voor in elk geval de activiteit bouwen) zijn vereist.<sup>46</sup>

## 7. Grondgebonden zonnepark

Zonneparken leveren een (thans nog bescheiden) bijdrage om de in het Energieakkoord voor duurzame groei afgesproken doelstelling van 14% duurzame opgewekte energie in 2020 te behalen. Door de verwachte toename van het aantal (grondgebonden) zonneparken in ons land wordt ook meer en meer voorzien in het planologisch mogelijk maken van dergelijke zonneparken.

Nu op weinig locaties in Nederland het gebruik ten behoeve van een grondgebonden zonnepark planologisch reeds is toegestaan, zal in veel gevallen waarin een grondgebonden zonnepark planologisch mogelijk moet worden gemaakt, ofwel het bestemmingsplan moeten worden herzien ofwel een omgevingsvergunning voor afwijken van het bestemmingsplan moeten worden verleend. Daarnaast zal ook een omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen zijn benodigd.<sup>47</sup>

Een zonnepark heeft een ruimtelijke impact, namelijk doordat mogelijk grote oppervlakten in gebruik worden genomen ten behoeve van het zonnepark. Ter illustratie: om 3 MW elektriciteit op te wekken, is ongeveer 6 ha nodig met zonnepanelen. Tegenover het benutten van veel ruimte staat dat veel zonneparken goed in het landschap kunnen worden gepast en dat zij veelal - in tegenstelling tot windmolenparken - weinig tot geen (visuele) hinder veroorzaken.

Om een zonnepark planologisch mogelijk te maken zal (ten behoeve van het kunnen opstellen van een goede ruimtelijke onderbouwing) onderzoek moeten worden gedaan naar de landschappelijke inpassing van het plan, archeologie, ecologie en water (de zogenaamde watertoets). Afhankelijk van de locatie kan ook onderzoek benodigd zijn naar eventuele lichthinder c.q. schittering bij wegen.

Door middel van een ruimtelijke onderbouwing zal in elk geval moeten worden aangetoond dat het plan:

1. voldoet aan het ruimtelijke beleid van Rijk, provincie en gemeente;
2. in overeenstemming is met wetgeving op het gebied van geluid, lucht, verkeer, parkeren, externe veiligheid, ecologie, water, archeologie en bedrijven en milieuzonering etc.; en
3. financieel en maatschappelijk uitvoerbaar is.

<sup>45</sup> RVO, Grondgebonden zonneparken; Verkenning naar de afwegingskaders rond locatiekeuze en ruimtelijke inpassing in Nederland, p. 7.

<sup>46</sup> Tenzij een beroep kan worden gedaan op artikel 2, zevende lid van bijlage II van het Besluit omgevingsrecht. Dit zal alleen kunnen opgaan voor zonnepanelen die worden geplaatst in of op achtergevels of niet naar het openbaar toegankelijk gebied gekeerde zijgevels.

<sup>47</sup> Mogelijk zijn - afhankelijk van de locatie - ook nog andere vergunningen benodigd, bijvoorbeeld een aanlegvergunning, vergunningen op grond van de APV (zoals een in- en uitritvergunning) etc. Eventueel andere benodigde vergunningen of meldingen worden in deze bijdrage buiten beschouwing gelaten.

## 7.1 Voorwaarden omgevingsvergunning

In veel gevallen worden aan de omgevingsvergunning voor het (planologisch) mogelijk maken van een grondgebonden zonnepark voorwaarden verbonden. De aard van de voorwaarden verschilt echter. Zoals hiervoor in paragraaf 4.3 en verder is beschreven, is in de Verordening Ruimte van Noord-Holland bijvoorbeeld bepaald welke voorwaarden verplicht aan de omgevingsvergunning moeten worden verbonden.

In veel provincies is dit als zodanig niet voorgescreven en bepalen gemeenten zelf of en zo ja welke voorwaarden zij aan de omgevingsvergunning verbinden. In Goes is bijvoorbeeld bepaald dat de zonnepanelen landschappelijk moeten worden ingepast en ingepast moeten blijven door een haag rondom van minimaal 6 meter breed, die gedurende de instandhoudingstermijn onderhouden moet worden.<sup>48</sup> Een vergelijkbare voorwaarde wordt ook door veel andere gemeenten opgenomen in de omgevingsvergunning.<sup>49</sup>

## 7.2 Crisis- en herstelwet

Artikel 2.4 van de Crisis- en herstelwet biedt de mogelijkheid om bij Algemene Maatregel van Bestuur bij wege van experiment af te wijken van onder meer de Wet ruimtelijke ordening of de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en de daarop gebaseerde regelgeving. Voorwaarde is dat deze afwijking bijdraagt aan innovatieve ontwikkelingen en voldoende aannemelijk is dat uitvoering ervan bijdraagt aan het bestrijden van de economische crisis en aan de duurzaamheid.

In artikel 7j van het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet is van deze mogelijkheid gebruik gemaakt voor zonnepanelen.<sup>50</sup> Deze bepaling biedt de gemeenten Heerhugowaard, Hoorn, Koggeland, Leeuwarden, Ooststellingwerf, Weststellingwerf en Peel en Maas de mogelijkheid om belemmeringen in regelgeving weg te nemen waardoor de plaatsing van zonneprojecten in hun gemeenten snel en eenvoudig tot stand kan komen.

Het plaatsen (bouwen) van zonnepanelen is in deze gemeenten gedurende een periode van maximaal 15 jaar na inwerkingtreding van het bestemmingsplan (waarin locaties zijn aangewezen voor zonnepanelen) - vergunningvrij.<sup>51</sup> Deze aanwijzing in een bestemmingsplan moet overigens

voor 18 maart 2020 hebben plaatsgevonden.<sup>52</sup> Het plaatsen van de zonnepanelen moet dus wel passen binnen de regels van het bestemmingsplan. Een dergelijk bestemmingsplan kan voor de aangewezen locaties - in afwijking van de Wet ruimtelijke ordening - een brede reikwijdte krijgen vooruitlopend op de Omgevingswet. Zo kunnen onder meer redelijke eisen van welstand in het bestemmingsplan worden opgenomen en een voorlopige bestemming voor de duur van ten hoogste vijftien jaar.<sup>53</sup>

## 7.3 Voorpublicatie zestiende tranche 7t (provincie Groningen)

De provincie Groningen heeft de ambitie om in 2023 21% van de energie duurzaam op te wekken. De provincie wil dit doel met name bereiken door het realiseren van zonneparken. In 2020 wil de provincie Groningen 300 MW aan zonneparken realiseren (300 ha). Om die reden heeft de provincie verzocht om te mogen experimenteren met een voorlopige bestemming van 30 jaar.<sup>54</sup> Hieraan wordt tegemoet gekomen door aan het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet een nieuw artikel toe te voegen, waarin is vastgelegd dat in de provincie Groningen in afwijking van artikel 3.2 van de Wet ruimtelijke ordening, in een bestemmingsplan aan gronden voorlopige bestemmingen voor het bouwen en in werking hebben van onder meer een paneel voor elektriciteitsopwekking voor een termijn van maximaal dertig jaar kunnen worden toegekend aan de exacte locaties van deze panelen, mits dit bestemmingsplan wordt vastgesteld uiterlijk vijf jaar na de inwerkingtreding van dit besluit. In afwijking van artikel 3.1, tweede lid, van de Wet ruimtelijke ordening wordt de bestemming van gronden waaraan tevens een voorlopige bestemming voor een paneel voor elektriciteitsopwekking is toegekend, met het oog op de aan de toegekende bestemmingen gestelde regels, binnen een periode van vijfendertig jaar opnieuw vastgesteld. Artikel 3.1, derde tot en met vijfde lid, van de Wet ruimtelijke ordening is gedurende deze periode niet van toepassing.<sup>55</sup>

## 7.4 Leges

Voor het verkrijgen van een omgevingsvergunning zijn leges verschuldigd. De hoogte van de leges verschilt per gemeente. Veel gemeenten hebben ter stimulering van de realisatie van (grondgebonden) zonneparken een specifieke regeling voor de bouwleges voor zonneparken vastgesteld. Voorbeelden van dergelijke regelingen zijn het kwijtschelden van

<sup>48</sup> Ontwerpbesluit omgevingsvergunning Vlaamseweg te 's-Heer Arendskerke.

<sup>49</sup> Zie bijvoorbeeld de omgevingsvergunning voor zonnepark Oostzijde Kollum of de omgevingsvergunning voor zonnepark Waterlanden te Goor.

<sup>50</sup> Stb. 2015a, 109 (p. 11).

<sup>51</sup> Wel dient aan de voorwaarden zoals omschreven in artikel 7j, tweede lid Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet te zijn voldaan.

<sup>52</sup> In het geval van de gemeente Peel en Maas voor 24 september 2021.

<sup>53</sup> Zie artikel 7j, derde, vierde en vijfde lid van het Besluit uitvoering crisis- en herstelwet.

<sup>54</sup> Nota van Toelichting voorpublicatie tot wijziging van het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet (16e tranche), p. 43; *Stcrt.* 2017, 33137.

<sup>55</sup> Artikel 7t van het ontwerpbesluit tot wijziging en aanvulling van het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet (16e tranche).

een percentage van de leges, het maximaliseren van de bouwleges op een bepaald bedrag en het enkel heffen van leges over de constructie exclusief de panelen.

Ook de gemeente Apeldoorn faciliteert de ontwikkeling van zonneparken door de vergroening van bouwleges. Apeldoorn stelt dat de ambitie om energieneutraal te worden alleen kan worden gerealiseerd als naast zonnepalen op (bedrijfs)daken ook grondgebonden zonneparken worden ontwikkeld. Een van de stimuleringsmaatregelen die Apeldoorn heeft doorgevoerd is het maximaliseren van de bouwleges voor grote zonneparken op € 10.000,-.<sup>56</sup> De gene die zonnecollectoren, zonnepanelen of windmolens wil realiseren in de gemeente Bronckhorst kan aanspraak maken op de teruggaaf van een deel van de leges tot 50%.<sup>57</sup>

In sommige andere gemeenten kan een initiatiefnemer niet rekenen op een (gedeeltelijke) vrijstelling van de legeskosten maar kan deze de betaling van de leges wel uitstellen totdat de SDE+ subsidie is toegekend.<sup>58</sup>

## 8. Aandachtspunten en tips voor de praktijk

Zoals reeds eerder is opgemerkt wordt er van het aantal zonneprojecten waarvoor een SDE+ subsidie is aangevraagd nog steeds maar een beperkt aantal zonneparken gerealiseerd. Onvoorziene kosten blijken een project dikwijls de das om te doen. De infrastructuur blijkt achteraf toch te duur of de omwonenden en de gemeente werken moeilijk mee aan de realisatie, waardoor het project grote vertraging oploopt en men met de deadlines van de SDE+ in de knel komt. Het is dan ook essentieel om in te zetten op participatie en het creëren van een maatschappelijk draagvlak. Initiatiefnemers doen er verstandig aan om vroegtijdig te overleggen met de desbetreffende gemeente alsmede de burgers en lokale bedrijven.

Bij grondgebonden zonneparken moeten bovendien duidelijke afspraken met de gemeente worden gemaakt over eventuele afbraakverplichtingen. Een aantal provincies (en gemeenten), zoals de provincie Noord Holland, beschouwt zonneparken als een tijdelijke functie. Het zonnepark moet aan het einde van de levensduur (gemiddeld tussen de 15 en de 20 jaar) worden afgebroken waarna de oorspronkelijke bestemming van het perceel herleeft. Bij windparken zijn dergelijke afbraakverplichtingen (zogenaamde abandonment requirements) redelijk standaard, maar ook bij grondgebonden zonneparken komen deze vaak voor met name in het geval van een dubbelbestemming. De initiatiefnemer moet in dit geval zeer goed op het netvlies hebben welke infrastructuur moet worden afgebroken. Zijn dit enkel de bovengrondse elementen of dienen ook de kabels en leidingen worden verwijderd? Het antwoord op deze vraag kan relevant zijn voor de business case van het project.

Voor ons staat vast dat provincies en gemeenten zeer actief zijn op het gebied van de energietransitie. Zij stellen zichzelf dikwijls ambitieuze duurzaamheidsdoelstellingen. Duurzaamheid wordt gezien als een middel om zichzelf te profileren. Wij verwachten dat gemeenten die nog geen beleid in dit kader hebben vastgesteld, hiertoe op korte termijn alsnog zullen over gaan. Binnen de SDE+ neemt verder het budgettaire aandeel voor zonne-energie steeds verder toe. Ook vanuit de markt wordt meer en meer aandacht besteed aan zonne-energie, bijvoorbeeld door daken reeds bouwkundig en constructief geschikt te maken voor het plaatsen van grote oppervlakten zonnepanelen. Kortom zonne-energie leeft, niet alleen bij overheden maar ook bij particulieren. De toekomst lijkt zonnig. Investeren in zonne-energie zorgt ervoor dat wij in de toekomst en masse kunnen 'hooien als de zon schijnt'. ●

<sup>56</sup> Raadsvoorstel gemeente Apeldoorn d.d. 29 juni 2017.

<sup>57</sup> Legesverordening Bronckhorst 2018, artikel 2.2.1.20.

<sup>58</sup> RVO, Grondgebonden zonneparken; Verkenning naar de afwegingskaders rond locatiekeuze en ruimtelijke inpassing in Nederland, p. 16.

# Het aanbesteden van een opdracht met een BIM-component

## Deel 2: De contractvoorwaarden, het gebruik van BIM-modellen en een BIM-dataroom en de toetsing aan de eisen van het aanbestedingsrecht

– Mr. dr. E.M. Bruggeman<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

**D**it is deel 2 in een serie van drie artikelen over de aanbesteding van een opdracht met een BIM-component (Zie voor Deel 1: TBR 2018/16). In dit deel komen de mogelijke effecten van een BIM-vraag op de contractdocumenten aan bod (par. 2) en het gebruik van BIM-modellen of een BIM-dataroom in de aanbestedingsfase (par. 3). Tot slot wordt in par. 4 ingegaan op het toetsen van de aanbestedingsdocumenten en eisen (dus zowel de vraagspecificatie besproken in deel 1 van deze serie, als de documenten of modellen genoemd in par. 2 en 3 van dit deel) aan de eisen van het aanbestedingsrecht, de beginselen van aanbestedingsrecht en de Gids Proportionaliteit (par. 4).

### 2. De contractvoorwaarden en BIM

**D**e aanbesteding van een BIM-vraag, of dit nu zilvere (BIM-)data of een ('klassiek') BIM-model betreft, vraagt (meestal) ook een aanpassing van de contractvoorwaarden. Zo zullen partijen afspraken

willen maken over de levering van de data of modellen, het (her)gebruik van de data of het model en wellicht een boetebeding willen opnemen ten aanzien van late of onvolledige levering van data. Datzelfde geldt voor afspraken rond risicoverdeling en intellectuele eigendom.

**W**il de aanbesteder dat specifieke bepalingen met betrekking tot BIM worden opgenomen in conceptcontracten, protocollen of een uitvoeringsplan, dan zal hij in het bestek moeten aangeven welke juridische betekenis aan die onderdelen van het conceptcontract of protocol moet worden toegekend. In de aanbestedingsstukken kan worden opgenomen dat volgens een bepaald model of contract gecontracteerd wordt met de winnende inschrijver (bijvoorbeeld een BIM protocol), of kan de aanbesteder meenemen dat bepalingen met betrekking tot het BIM-model, deel zullen uitmaken van het (nog op te stellen) contract. Ook de Informatie Levering Specificatie (ILS, besproken in deel 1 van deze serie) kan deel uit gaan maken van de contractstukken, in de vorm van appendices, verwerkt in protocollen of een Uitvoeringsplan

<sup>1</sup> Evelien Bruggeman is werkzaam als senior stafmedewerker privaatrecht bij het Instituut voor Bouwrecht. Dit artikel is een bewerking van een voordracht die over dit onderwerp werd gegeven tijdens de jaarlijkse vergadering van de European Society of Construction Law (ESCL) in Fribourg, Zwitserland. Met dank aan Hester van der Voort-Cleyndert (Rijkswaterstaat) en Wilco Kraamer (Rijksvastgoedbedrijf) en Niels Reynhoud (provincie Gelderland) voor de door hen verstrekte informatie over de ontwikkelingen op het gebied van BIM bij Rijkswaterstaat, het Rijksvastgoedbedrijf en de provincie Gelderland.

of op andere wijze.<sup>2</sup> Maar ook andere vormgeving is denkbaar zoals meerpartijenovereenkomsten waarin de BIM-afspraken worden doorgelegd, of coördinatieovereenkomsten.

Het opnemen van BIM-afspraken in bestaande contractmodellen of als (aparte) contractsdocumenten (in de vorm van protocollen, uitvoeringsplannen, werkafspraken of andersoortige documenten) gebeurt in de praktijk ook al. Zo wordt de ILS van Rijkswaterstaat die deel uitmaakt van de aanbestedingsstukken een annex van de DBFM-overeenkomst die tussen partijen wordt gesloten.<sup>3</sup> Ook het Britse CIC BIM Protocol kent een veelheid aan appendices die bepalingen bevatten over de wijze waarop het model moet worden opgebouwd en partijen moeten samenwerken.<sup>4</sup> Het CIC protocol heeft ook een appendix die bepalingen bevat over de ILS, de Employer Information Requirements (EIR), daar is de ILS dus zowel in de aanbestedings- als contractfase relevant. Het Rijksvastgoedbedrijf neemt in de contracten zelf clausules op over het te leveren BIM-model.

Kortom, contractuele relaties en afspraken kunnen op verschillende manieren worden vormgegeven.<sup>5</sup> Het voert te ver om er op deze plaats uitgebreid stil te staan bij de diversiteit en veelheid aan contractuele mogelijkheden die werken met BIM met zich brengt. Belangrijk voor de reikwijdte van dit artikel is dat indien een aanbestedende contractuele aspecten ten aanzien van het BIM relevant acht voor (het gunnen van) de opdracht, hij deze in de aanbestedingsfase al in beeld zal moeten hebben en zal moeten omschrijven bij het uitvragen van de opdracht. Want uiteraard zijn niet alleen de technische BIM-eisen, maar ook de contractuele eisen of bepalingen die betrekking hebben op het BIM-werk en daar een uitwerking van vormen, onderdeel van de opdracht.

De aanbestedende kan, mits in lijn met het proportionaliteitsbeginsel, waarover meer onder paragraaf 4, onvoorwaardelijke aanvaarding van de conceptvoorwaarden vragen<sup>6</sup>, of de aanbestedende kan er voor kiezen om afwijkingen van de conceptovereenkomst of andersoortige documenten toe te staan. In dat geval kan de afwijking worden meegewogen bij gunning (mate van afwijking van de conceptvoorwaarden) of worden meegewogen in het PvE of ILS als 'wens' (i.p.v. eis).<sup>7</sup>

### 3. Gebruik van BIM-modellen of BIM-dataroom in de aanbestedingsfase

Een ander aspect met betrekking tot BIM dat een rol kan spelen in de aanbestedingsfase is het door de opdrachtgever beschikbaar stellen van al aanwezige BIM-informatie of andersoortige digitale informatie, bijvoorbeeld in de vorm van BIM-data of BIM-modellen of een complete BIM-dataroom.

Allereerst de BIM-dataroom. Rijkswaterstaat is een van de organisaties die in enkele aanbestedingen (niet alle) gebruik maakt van een zgn. BIM-dataroom. Een BIM-dataroom is een virtuele omgeving waarin alle bestaande en nieuwe omgevings- en bouwwerkinformatie met betrekking tot een te realiseren project aanwezig is.<sup>8</sup> Die dataroom of een link daarnaartoe, is opgenomen in de informatie beschikbaar op Tendered. In de BIM-dataroom staan documenten, data of links die van belang zijn voor de aanbesteding van een project en de daaropvolgende contractfase. Veelal<sup>9</sup> bevat de dataroom de al aanwezige digitale informatie over het object (b.v. renovatie- of onderhoudsinformatie bij bestaande gebouwen), of de ondergrond (b.v. geo-informatie over bodemkwaliteit, of situering van aanvoerwegen, waterwegen) en andere relevante aspecten die (digitaal) al bij de opdrachtgever bekend zijn. De gegadigden of potentiële inschrijvers kunnen in de dataroom die informatie opzoeken, downloaden en bewerken die zij nodig hebben voor de inschrijving bij de aanbesteding en de (uiteindelijke) uitvoering.<sup>10</sup> De dataroom kan zowel BIM-data als objectinformatie en geo- of GIS-data bevatten, als ook projectdocumenten. De dataroom is gemodelleerd op basis van de OTL van Rijkswaterstaat en de in de dataroom opgenomen informa-

<sup>2</sup> Lees D. Mosey, C. Howard en D. Bahram, *Enabling building information Modelling through Procurement and contracts*, Paper presented to the Society of Construction Law at a meeting in London on 1st December 2015, p. 12-14 waarin is opgenomen dat uit onderzoek bleek dat een meerderheid van de mensen die met BIM werkt de rollen en verantwoordelijkheden meer geschikt vonden om op te nemen in een uitvoeringsplan dan in een protocol of contract. Waarbij schrijvers er terecht op wijzen dat dan vooraf goed duidelijk moet zijn (voor alle partijen) dat die documenten contractuele status hebben. Zie ook M.J.J.M. Essers & C.A.M. Lombert, *Aanbestedingsrecht voor overheden*, Den Haag: Sdu 2017, p. 189 (hierna: Essers & Lombert 2017). En lees ook over hoe dit gebeurt bij de vraagspecificatie in het kader van de UAV-gc en de model Basis overeenkomst. Lees hierover o.a. J.K. de Schipper, *Geïntegreerde bouwcontracten en het verwachtingspatroon van de opdrachtgever*. Het juridisch belang van de vraagspecificatie, BR 2007/205.

<sup>3</sup> Annex 5 bij Bijlage 9 Deel 3 (DBFM Management Specificaties I Standaard) bij de DBFM-overeenkomst, versie 1 juli 2016.

<sup>4</sup> Construction Industry Council, *Building Information Model (BIM) Protocol*, 2013

<sup>5</sup> Zie ook D. Mosey, C. Howard en D. Bahram, *Enabling building information Modelling through Procurement and contracts*, Paper presented to the society of Construction law at a meeting in London on 1st December 2015, p. 19-20 over multi-party contracts and BIM.

<sup>6</sup> Als die voorwaarden als bijzondere voorwaarde in de zin van art. 2.80 Aw wordt opgenomen zal elk voorbehoud van de inschrijver ten aanzien van die voorwaarde, leiden tot ongeldigheid van de inschrijving.

<sup>7</sup> Essers & Lombert 2017, p. 216-217

<sup>8</sup> Instructie BIM-dataroom, versie 1.0, 20 november 2015, p. 43 (definitielijst).

<sup>9</sup> Niet elke dataroom bevat dezelfde inhoud of indeling.

<sup>10</sup> Instructie BIM-dataroom, versie 1.0, 20 november 2015, p. 7-8. Gegadigden ontvangen een inlognaam en wachtwoord om zo toegang te krijgen tot de gegevens in de dataroom, zie p. 11 Instructie BIM-dataroom, versie 1.0, 20 november 2015.

tie kan ook gebruikt worden als basis voor het door de opdrachtnemer in te richten CMDB(-ON).<sup>11</sup>

Het doel van het gebruik van een BIM-dataroom is het efficiënter werken op het gebied van informatie- en objectmanagement en het optimaliseren van de levenscyclus van de digitale informatie en het digitale systeem.<sup>12</sup> De informatie die een opdrachtnemer bij (digitale en fysieke) oplevering moet aanleveren, wordt in een latere fase weer gebruikt als informatiebron voor de nieuwe aanbesteding (in het kader van b.v. onderhoud). De informatieverstrekking in de aanbestedingsfase door Rijkswaterstaat zelf is dus afgestemd op de vorm waarin zij de (nieuwe) data wensen te ontvangen tijdens en na voltooiing van de opdracht.<sup>13</sup>

Daarnaast (maar dat zou ook kunnen in combinatie met de BIM-dataroom) wordt in de praktijk regelmatig gewerkt met BIM-modellen die als onderdeel van de aanbestedingsdocumenten door de opdrachtgever wordt aangeboden.<sup>14</sup> Een BIM-model kan zich, zoals hierboven reeds geschetst, in vele gedaanten voordoen, als schetsontwerp, als VO of als DO dat uitgewerkt moet worden tot UO. Een opdrachtgever kan dat BIM-model ter beschikking stellen bij de aanbesteding.

Er kunnen zich twee vragen voordoen ten aanzien van BIM-modellen en andersoortige digitale informatie (al dan niet opgenomen in een BIM-dataroom). De eerste is wat de status is van het BIM-model of de BIM-data of de rangorde tussen het model en de andere contractstukken.<sup>15</sup> Afhankelijk van de inhoud en vorm van het geleverde BIM-model zal niet alles uit dat model zijn af te leiden of zal het ene document meer of gedetailleerder informatie bevatten dan het andere. Daarnaast, of eigenlijk daarboven, kunnen rangordebepalingen zijn opgenomen in de aanbestedingsstukken.

De tweede vraag hangt samen met de eerste, een BIM-model kan, in verdergaande mate dan een 2D-tekening, veel informatie bevatten. Die infor-

matie kan zeer zichtbaar zijn in het model, maar ook verborgen en slechts te ontsluiten met behulp van bepaalde tools of berekeningen. De vraag is wat inschrijvers met al die informatie moeten. In het kader van het transparantiebeginsel mag eigenlijk geen onduidelijkheid bestaan over wat inschrijvers moesten begrijpen uit de geleverde informatie met betrekking tot de wensen en eisen van de aanbesteder.

In het verlengde daarvan, maar vergelijkbaar met een traditionele aanbestedingen zonder BIM-component, speelt het probleem van onjuiste informatie of onvolledige informatie waarop door de aanbesteder wordt voortgebouwd.<sup>16</sup> Ook door de aanbesteder opgenomen exonertes kunnen hier een rol spelen. Dit is zoals gezegd geen nieuw onderwerp, maar het is wel een onderwerp dat een andere dimensie krijgt bij het gebruik van een BIM-model. Een dimensie waar zowel aanbesteder als inschrijver rekening mee zal moeten houden.

Illustratief voor de complicaties die het leveren van een BIM-model in de aanbestedingsfase kan meebrengen, is een uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 27 September 2017.<sup>17</sup> Deze uitspraak gaat over de zogenaamde Bèta Campus in Leiden. De Universiteit Leiden heeft Arcadis ingeschakeld als installatietechnisch adviseur. Arcadis heeft de functionele bestekstukken (technische installaties) gemaakt die als contractstukken voor de aanbestedingsprocedure zijn gebruikt. De Universiteit heeft eind november 2012 na een aanbestedingsprocedure Heijmans gecontracteerd als hoofdaannemer voor de bouwkundige (perceel 1) en installatietechnische werkzaamheden, alsmede de inbouw van het laboratorium inrichtingspakket (perceel 3). Engie is na een aanbestedingsprocedure door de Universiteit als installateur gecontracteerd om de installatietechnische werkzaamheden (perceel 2) uit te voeren.<sup>18</sup> Na contractering ontstaat, samengevat, discussie over fouten in het ontwerp, en vordert Engie meerwerk.<sup>19</sup>

Tijdens de aanbestedingsprocedure is een BIM-model ter beschikking gesteld 'ter informatie'.<sup>20</sup> Naast het BIM model was ook nadere informatie beschikbaar, zo behoorde tot het aanbestedingsdossier reguliere bestekken met onder meer tekeningen, berekeningen, plattegronden en

<sup>11</sup> Rijkswaterstaat heeft voor intern gebruik een eigen database (CMDB-OG) en schrijft voor aan de opdrachtnemer hoe deze een database (CMDB-ON) opbouwt die geschikt is voor configuratiemanagement. Die database moet opgebouwd zijn volgens het informatiemodel van de OTL, ook moet de opdrachtnemer er voor zorg dragen dat hij COINS-containers kan uitleveren en (bij de nieuwere projecten) dat hij COINS-containers moet kunnen ontvangen. Zie par. 3.3.1 van deel 1 van deze reeks, 'Het aanbesteden van een opdracht met een BIM-component. Deel 1: de vraagspecificatie' TBR 2018/16.

<sup>12</sup> Instructie BIM-dataroom, versie 1.0, 20 november 2015, p. 8-9.

<sup>13</sup> Indien Rijkswaterstaat zelf of derden niet beschikken over bepaalde areaalgegevens die wel nodig zijn voor de uitvoering van de opdracht, hanteert Rijkswaterstaat zgn. inwininstructies. Instructie BIM-dataroom, versie 1.0, 20 november 2015, p. 22.

<sup>14</sup> Dit gebeurt uitdrukkelijk (nog) niet bij Rijkswaterstaat.

<sup>15</sup> Niet altijd is duidelijk of het model deel uitmaakt van de aanbestedingsstukken: M. Bolpagni, *The implementation of BIM within the public procurement. A model based approach for the construction industry*, VTT Technology 130, 2013, p. 119.

<sup>16</sup> O.a. ook: M. Bolpagni, *The implementation of BIM within the public procurement. A model based approach for the construction industry*, VTT Technology 130, 2013, p. 120.

<sup>17</sup> ECLI:NL:RBDHA:2017:11756.

<sup>18</sup> R.o. 2.1 t/m 2.3.

<sup>19</sup> Deze zaak zal nog uitgebreid besproken worden in een later te publiceren noot in TBR waar de details van de zaak uit de doeken wordt gedaan. Op deze plaats wordt enkel stilgestaan bij de rol van het BIM-model.

<sup>20</sup> R.o. 2.4 van de rechtbank, onderdeel 2.2 van de aanbestedingsdocumenten. .

schema's. Zij vormden samen met de 1e, 2e en 3e nota van inlichtingen het 'oorspronkelijk bestekontwerp'. De 1e, 2e en 3e nota van inlichtingen bevatten de beantwoording van bijna duizend vragen van inschrijvers alsmede bestekwijzigingen en aanvullingen op de functionele bestekstukken.<sup>21</sup> Tijdens de aanbesteding is door een van de inschrijver een vraag gesteld over het BIM model, namelijk of zij 'het BIM model [mocht] beschouwen als een contract document en er derhalve vanuit mocht gaan dat uitgetrokken hoeveelheden, hoogten e.a. informatie uit het BIM model 100% correct is'. Hierop heeft de Universiteit in de 1e nota van inlichtingen geantwoord: 'Nee, het BIM model is geen contractdocument. Deze is ter informatie meegestuurd. U kunt geen aanspraak maken op afwijkende uitgetrokken hoeveelheden uit het BIM model.'<sup>22</sup>

Nadat discussie ontstaat over de kwaliteit van het Noorspronkelijke ontwerp en het recht van Engie op vergoeding van de kosten van meerwerk, gebruikt Engie screenshots van het BIM-model uit de aanbestedingsfase om fouten in dit ontwerp aan te tonen. De volgende rechtsoverweging geven een goed beeld van het oordeel van de rechtbank:

'4.3.2 De Universiteit en Heijmans hebben betoogd dat dit een onjuiste vergelijking is. Het BIM model uit 2010 is contractueel niet bindend en is tijdens de aanbesteding enkel ter informatie aan Engie is verstrekt. In 2010 is gecontracteerd op basis van 2D documentatie omdat toen nog niet alle componenten in het BIM model met de juiste afmetingen konden worden geselecteerd. In 2010 werd in het BIM model bijvoorbeeld nog een 'algemeen rooster' geselecteerd om schematisch aan te geven dat een rooster aangebracht moest worden, maar voor de daadwerkelijke afmetingen van dat rooster moest Engie in de materiaalspecificaties behorende bij het bestek kijken. Soms stond in de materiaalspecificaties helemaal geen exacte maatvoering aangegeven, maar een maatvoering binnen bepaalde bandbreedtes; er stond bijvoorbeeld aangegeven dat een kanaal een afmeting mocht hebben tussen de 600 en 1000 mm. Engie diende tijdens haar detailontwerp zelf de juiste componenten met de juiste afmetingen te selecteren vallend binnen de door Arcadis aangegeven bandbreedtes zoals genoemd in de materiaalspecificatie (nadere detaillering). In het BIM model uit 2010 konden geen componenten worden geselecteerd met afmetingen binnen bepaalde bandbreedtes (men moest een vaste afmeting selecteren). Om die reden is er voor gekozen om het BIM model contractueel niet bindend te maken. De Universiteit en Heijmans betogen voorts dat Engie in geen enkele Case heeft aangetoond dat de componenten die in de materiaalspecificaties zijn genoemd, niet hadden gepast. Bovendien betrof de taak om de juiste componenten te

selecteren met de juiste afmetingen, binnen de door Arcadis gegeven bandbreedtes, nadere detaillering, een taak die op grond van de contractstukken aan Engie was opgedragen en waarvoor Engie geen aanspraak kon maken op een additionele vergoeding.

4.3.3 De Universiteit en Heijmans betogen verder dat in het BIM model uit 2010 niet alle technische wijzigingen zijn verwerkt uit de nota's van inlichtingen, in het bijzonder die uit de 4e nota, terwijl deze wijzigingen wel onderdeel uitmaakte van de overeengekomen werkzaamheden van Engie voor Fase B. Engie heeft voor de wijzigingen in de 4e nota van inlichtingen een additionele vergoeding gekregen van bijna € 1.000.000 en kan dus voor dezelfde wijzigingen niet nogmaals aanspraak maken op additionele vergoedingen. Engie heeft deze stellingen niet afdoende weersproken.

4.3.4 Naar het oordeel van de rechtbank heeft Engie, gelet op het gemotiveerde verweer van de Universiteit en Heijmans, niet met voldoende concrete feiten onderbouwd dat fouten in het ontwerp kunnen worden aangetoond aan de hand van screenshots uit het BIM model van 2010. Engie heeft er weliswaar op gewezen dat partijen in Fase A veelvuldig met het BIM model hebben gewerkt, maar daarmee heeft zij de in 4.32 en 4.33 weergegeven bezwaren van de Universiteit en Heijmans tegen een vergelijking met de screenshots van het BIM model 2010 niet weerlegd.'

Bovenstaande zaak illustreert goed dat discussie kan ontstaan over de status van het BIM-model en de uit het model te destilleren informatie. In dit geval was in de tekst van de aanbestedingsdocumenten aangegeven dat het model 'ter informatie' werd geleverd. Dat geeft op zich nog geen sluitend antwoord over de waarde die partijen mogen hechten aan het model en de daarin opgenomen informatie, maar is in ieder geval een indicatie van die waarde en status. Daarna was ook in de nota van inlichtingen uitsluitend gegeven over de status en betrouwbaarheid van het BIM-model. Uit de discussie die volgde over de fouten in het oorspronkelijk ontwerp blijkt voorts dat een BIM-model soms wel, en soms niet geschikt is om (specifieke) informatie uit te destilleren. Dit is in beginsel niet anders met een op papier geleverd schetsontwerp of voorlopig ontwerp, maar bij een BIM-model speelt de complicatie dat soms met behulp van inzoomen of het gebruik van tools, meer informatie valt te achterhalen dan waarvoor het model eigenlijk geschikt of gemaakt is. Een punt van aandacht dus bij het gebruik van een BIM model in de aanbesteding. Het transparantiebeginsel brengt mee dat de aanbestedende dienst duidelijk moet zijn over de waarde en status van een dergelijk model (hierover meer in par. 4). Maar niet alleen dat, een onduidelijke status van een model (en dus onduidelijkheid over de inhoud van de vraag) kan leiden tot een uit-

21 R.o. 2.10.  
22 R.o. 2.11.

eindelijk niet-passende aanbieding, en problemen in de contractfase.

#### 4. Toetsing aan de eisen van het aanbestedingsrecht

In deze paragraaf worden de in dit artikel en de in deel 1 besproken aanbestedingsdocumenten en -eisen getoetst aan de regels van het aanbestedingsrecht. Vooropgesteld wordt dat de opdrachtgever, uiteraard, gedurende de gehele aanbesteding van een BIM-opdracht de algemene beginselen van aanbestedingsrecht in acht dient te nemen.<sup>23</sup> Dit zijn de beginsel van gelijke behandeling, non-discriminatiebeginsel<sup>24</sup>, transparantiebeginsel<sup>25</sup>, en proportionaliteit.<sup>26</sup> De eisen en wensen mogen geen discriminerende en technische specificaties bevatten en dienen zij proportioneel te zijn.<sup>27</sup> De ILS en de daarin opgenomen vraagspecificatie, maar ook de andere aanbestedingsdocumenten met betrekking tot het BIM moeten derhalve voldoen aan de eisen en beginselen van het aanbestedingsrecht.

Hieronder wordt achtereenvolgens ingegaan op het beginsel van transparantie (par. 4.1), het proportionaliteitsbeginsel (par. 4.2) en het beginsel van non-discriminatie en eerlijke mededinging (par. 4.3).

##### 4.1 Transparantie: Informatie moet duidelijk en volledig zijn

Een volledige en duidelijke vraagformulering is niet alleen noodzakelijk om te zorgen dat de aanbiedingen van de inschrijvers voldoen aan de behoefte van de aanbestede<sup>28</sup>, maar is ook van belang in het kader van het transparantiebeginsel.<sup>29</sup> Zo geldt dat de eisen voorafgaand aan de aanbesteding voldoende duidelijk moeten zijn zodat alle inschrijvers weten waarop de eisen en wensen van

de aanbestede<sup>30</sup> betrekking hebben en een zo het voorwerp van de aanbesteding kunnen bepalen.<sup>30</sup> Alle voorwaarden dienen op duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze te worden geformuleerd.<sup>31</sup> Voor het aanbesteden van de BIM-onderdelen in een opdracht geldt de eis van duidelijkheid en ondubbelzinnigheid uiteraard ook. Met name van belang is dus dat een duidelijk en compleet ILS wordt aangeboden. Het enkel vragen om een 'BIM-model', voldoet, gezien de vele verschijningsvormen van BIM, derhalve niet aan de beginselen. Het omschrijven van het doel van het BIM, de te gebruiken open standaarden, en het weergeven van de gewenste gedetailleerdheid van het model of de data, zal verder bijdragen aan een duidelijk en ondubbelzinnig ILS.

Een voorbeeld van een uitspraak waarin een inschrijver stelde dat de vorm van het BIM-model dat geleverd kon worden, onduidelijk was, en waarbij niet duidelijk was of sprake was van een harde eis of een variant, is terug te vinden in een uitspraak van de Voorzieningenrecht Zeeland-West-Brabant van 14 april 2016.<sup>32</sup> Volgens de afgewezen inschrijver (die een vordering tot herbeoordeling van de inschrijving instelt) zou, samengevat, de levering van een as-buit BIM-model een harde eis zijn geweest, en geen variant. Daarnaast stelt zij, wederom samengevat, dat zij heeft vernomen dat de winnende inschrijver niet volgens de 'BIM methodiek' zal gaan werken en dat de inschrijving als ongeldig terzijde moet worden geschoven. Zij voegt daar aan toe dat zij mogelijk als meest voordelig inschrijver was geëindigd als zij het BIM-model niet had aangeboden. De voorzieningenrechter gaat niet mee met de verliezende inschrijver (r.o. 4.11) en oordeelt dat wel degelijk sprake is van de vraag naar een variant, en dat onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat de winnende inschrijver niet zou voldoen aan de zogenaamde BIM-methodiek.

De vraag is of in dit geval echt zo onduidelijk was voor de inschrijvers welke aspecten van de vraag harde eisen waren, en wat als 'wens' (variant) kon worden geleverd. Maar het illustreert wel dat het stellen van niet zeer concrete eisen of varianten de aanbiedingen uiteen kunnen lopen, nu BIM-modellen in vele vormen voorkomen. Dat wakkert blijkbaar ook de discussie aan of een inschrijver wel een 'echt' BIM-model levert of werk volgens 'BIM-methodiek'.

<sup>23</sup> Voor Europese aanbestedingen vastgelegd in art. 1.8-1.10 Aw en voor nationale aanbestedingen in art. 1.12 en 1.3 Aw, bij meervoudig onderhandse procedures in art. 1.15 en 1.16 Aw.

<sup>24</sup> Art. 1.8 Aw.

<sup>25</sup> Art. 1.9 lid 1 Aw.

<sup>26</sup> Art. 1.10 lid 1 Aw.

<sup>27</sup> In het verlengde van deze beginselen ligt het beginsel van eerlijke mededinging. Het beginsel van een eerlijke mededinging is ook een onderdeel van de Europese beginselen van aanbestedingsrecht, al ligt het ook ten grondslag aan de andere hierboven genoemde beginselen. Art. 1.10a Aw.

<sup>28</sup> En werkt zo dus nog in verregaande mate door in de contractuele fase van de opdracht. Met name de vraag of een werk voldoet aan de eisen van de opdrachtgever (veelal en vraag ook van uitleg van de overeenkomst), zal hierbij ook een rol spelen. Lees ook de aanbevelingen in: *A report for the Government Construction Client Group, Building Information Modelling (BIM) Working Party Strategy Paper*, maart 2011, p. 3 en p. 21 en p. 34 (recommendation 2: 'be very specific with supply chain providers, they will only provide that which is asked for'). Ook: p. 5 en het 'pull element'.

<sup>29</sup> Essers & Lombert 2017, p. 220. Bestek (waaronder dus de ILS) mag na de aanbesteding niet meer worden gewijzigd, aangevuld of verduidelijkt. Dit en het leerstuk van de wezenlijke wijziging geldt dus ook voor de ILS en dat deel van de opdracht.

<sup>30</sup> Art. 2.76 lid 1 sub b Aw.

<sup>31</sup> HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 (Succhi di Frutta) en dient vooraf de beoordelingssystematiek duidelijk te zijn: HvJ EG 18 oktober 2011, C-19/00, ECLI:EU:C:2001:553 (SIAC).

<sup>32</sup> ECLI:NL:RBZWB:2016:2285



## 4.2 Proportionaliteit

Aandacht verdient dat ingevolge art. 1.10 Aw<sup>33</sup> ook de eisen die gesteld worden in het kader van de overeenkomst proportioneel dienen te zijn en 'in redelijke verhouding tot het voorwerp van de opdracht'. De Gids Proportionaliteit werkt dat beginsel concreter uit in een aantal voorschriften.<sup>34</sup>

Ten aanzien van de contractvoorwaarden (beschreven in par. 2), maar ook het gebruik van een BIM-dataroom (par. 3) is van belang dat ingevolge Voorschrift 3.9A Gids Proportionaliteit, de aanbestedende dienst het risico alloceert bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden. Dit geldt dus ook ten aanzien van de BIM-aspecten van de opdracht, denk aan gegevens afkomstig uit de dataroom over bijvoorbeeld bestaande objecten of geo-informatie. Het risico voor onjuistheid van die gegevens neerleggen bij de inschrijver kan in strijd zijn met voorschrift 3.9A Gids Proportionaliteit. Of dat zo is, is afhankelijk van de kans dat een risico zich verwezenlijkt en de gevolgen van de omstandigheid dat een risico zich verwezenlijkt.<sup>35</sup>

Ingevolge voorschrift 3.9B Gids Proportionaliteit dient de aanbestedende dienst tijdens de aanbestedingsprocedure potentiële inschrijvers de kans te bieden suggesties te doen voor aanpassingen aan de conceptovereenkomst of af te wijken van de inkoopvoorwaarden. Het opleggen van een contract zonder enige mogelijkheid voor de inschrijver suggesties in te dienen is in beginsel disproportioneel.<sup>36</sup> Ten aanzien van de eisen in de ILS, die later deel gaan uitmaken van de contract stukken, geldt deze eis in beginsel ook. Logischerwijs zal Rijkswaterstaat een eis in de ILS die betrekking heeft op haar technische systemen (communicatie met de database, gebruik van de OTL etc.), willen opnemen in de ILS. Dat lijkt in beginsel niet disproportioneel of in strijd met de Gids Proportionaliteit. Te meer nu Rijkswaterstaat veel overleg heeft met de sector over verbeteringen aan haar systemen, en dus open staat voor wijzigingen of aanpassingen, zij het buiten de context van de aanbestedingsprocedure om.

Ingevolge voorschrift 3.9C Gids Proportionaliteit dient de aanbesteder in gevallen waarin voor een bepaalde soort overeenkomst contractmodellen of algemene voorwaarden bestaan die paritair zijn opgesteld, deze integraal toe te passen. De Gids

geeft echter aan dat projectspecifieke situaties het noodzakelijk kunnen maken om van die modellen of voorwaarden af te wijken, maar die afwijkingen dienen dan wel te kunnen worden gemotiveerd.<sup>37</sup>

Zonder in strijd met Voorschrift 3.9C Gids Proportionaliteit te handelen, is het goed mogelijk dat gemotiveerd afgeweken kan worden van bepalingen in bestaande modelovereenkomsten, omdat het werken met BIM (verdedigbaar en motiveerbaar) andere contractuele eisen rechtvaardigt. Zo is een goede mogelijkheid dat de aanbesteder wil dat, in afwijking van de bestaande modellen, in de contractvoorwaarden sancties worden opgenomen die bij onjuiste BIM-leveringen kunnen worden ingeroepen. Gedacht kan worden aan tussentijdse datadrops en de eindlevering van het BIM en sancties op te late of onjuiste of onvolledige levering van BIM-data of BIM-modellen. Die sancties kunnen worden vormgegeven in de vorm van gele en rode kaarten, maar ook door middel van boetebedingen.

Het is daarnaast voorstelbaar dat van bepaalde (voorgestelde) contractvoorwaarden niet wordt afgeweken. Of dat een aanbesteder wil dat een Uitvoeringsplan (waarin de ILS wordt verwerkt) deel uitmaakt van de contractuele bepalingen en daar niet van mag worden afgeweken.<sup>38</sup>

Ook is verdedigbaar dat een aanbesteder eisen in de overeenkomst wil opnemen ten aanzien van de intellectuele eigendom van het ontwerp, de eigendom van het BIM-model (of de BIM-data) of de mogelijkheid tot hergebruik van het BIM-model of de BIM-data, en ten aanzien daarvan opneemt dat van die voorwaarden niet mag worden afgeweken. In dat kader is relevant dat de Gids Proportionaliteit voorschrijft in voorschrift 3.9.1.2 dat veelal de intellectuele eigendom niet per se bij de opdrachtgever hoeft te berusten, maar volstaan kan worden met een uitgebreid gebruiksrecht. Een uitgebreid gebruiksrecht doet recht aan de positie van zowel de inschrijver als de aanbestedende dienst en is daarmee proportioneel. De eis van het gebruiksrecht van het intellectuele eigendom van het ontwerp staat overigens los van het gebruik van het daadwerkelijke BIM-model. Dat BIM-model is eigenlijk de 3D-variant van de klassieke 2D-tekening. Dat model zelf omvat of bevat niet de intellectuele eigendom, dit is immers niet het ontwerp zelf, maar

<sup>33</sup> Art. 1.10 lid 1 en 2 Aw.

<sup>34</sup> Zie over de achtergrond van de Gids en de status ervan: P.F.C. Heemskerk & C.M.C. Wagemakers, 'Canon van het Bouwrecht: Gids Proportionaliteit', *TBR* 2017/199.

<sup>35</sup> Het bij een inschrijver neerleggen van een niet of nauwelijks voorzienbaar risico dat zich slechts in uitzonderlijke gevallen voordoet alsmede van een risico met in potentie effecten die de continuïteit van de leverancier kunnen of zullen ondermijnen is eerder disproportioneel dan een redelijkerwijs voorzienbaar risico met geringe of overzienbare effecten'. Gids Proportionaliteit versie april 2016, p. 64.

<sup>36</sup> Gids Proportionaliteit versie april 2016, p. 65.

<sup>37</sup> Gids Proportionaliteit versie april 2016, p. 65.

<sup>38</sup> Daar kan als variant op worden bedacht dat een Uitvoeringsplan een eis is aan de inschrijving, maar dat de invulling van dat Uitvoeringsplan, het te kiezen sjabloon, wel een andere mag zijn dan het (b.v.) bijgevoegde model Uitvoeringsplan. De mate van afwijking van het model kan dan worden meegewogen bij de gunning waarbij bijvoorbeeld zwaar kan wegen dat voldaan wordt aan tussentijdse datadrops, maar dat interne controle door een BIM manager een vrijere invulling kent en de waardering van die invulling minder zwaar weegt bij gunning. Zie o.a. Rechtbank Gelderland 20 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2898 waarin dit soort aspecten werden meegewogen. Deze uitspraak komt uitgebreid aan bod in deel 3 van deze serie.

het model van het ontwerp. Dat model kan voor een opdrachtgever van waarde zijn in het kader van het onderhoud van zijn gebouw of om als basis te dienen bij (interne) verbouwingen. Eigendom (of bezit of de mogelijkheid tot gebruik) van het model zelf zal dus in veel gevallen voor een aanbesteder essentieel zijn, en kan ook gevraagd worden als voorwaarde bij aanbesteding, zonder het intellectuele eigendom van het ontwerp (en de eis van voorschrift 3.9.1.2 Gids Proportionaliteit te schenden).

Alle aspecten van de contractvoorwaarden en technische eisen, waaronder de mogelijkheden hierboven genoemd, dienen dus vooraf te worden opgenomen in de aanbestedingsstukken en in lijn te zijn met het proportionaliteitsbeginsel in het algemeen, en de eisen opgenomen in de Gids proportionaliteit.

### 4.3 Non-discriminatie en eerlijke mededinging

Tot slot kunnen nog de beginselen van non-discriminatie en eerlijke mededinging een rol spelen. De eisen moeten deelnemers gelijke toegang bieden tot de opdracht en mogen geen *ongerechtigde* belemmeringen tot gevolg hebben.<sup>39</sup> Het non-discriminatiebeginsel en eerlijke mededinging, maar ook het proportionaliteitsbeginsel, zullen bij BIM met name een rol spelen in het kader van de technische eisen, beroepseisen of kwalificaties, en certificeringseisen.<sup>40</sup> Deze onderwerpen spelen met name een rol in het kader van selectie en gunning, maar kunnen ook deel uitmaken van de eisen in de ILS en dus deel uitmaken van de vraagspecificatie. Over het beginsel van eerlijke mededinging (en de mogelijke schending daarvan) valt in het kader van BIM te denken aan de situatie dat een zeer technisch ingewikkeld of uitgebreid BIM wordt gevraagd, maar dat de sector of markt die de fysieke bouwwerken waarvoor het BIM bedoeld is, bestrijkt, de ervaring of expertise mist een dergelijk

BIM te leveren en die BIM-vraag de concurrentie binnen het leveren van het fysieke bouwwerk, beperkt. Dus als de extra vraag van een BIM-opdracht concurrentiebeperkend werkt, dient vooraf door de aanbesteder te worden afgewogen of de eis van een (bepaald soort) BIM buitenproportioneel is of kan zijn.<sup>41</sup>

Uit de in dit artikel geschetste praktijk blijkt voorts nog niet dat (te) zware technische eisen aan opdrachtgevers worden gesteld, dat wil zeggen buitenproportionele of de markt beperkende eisen. Het gebruik van open standaarden maakt de eisen toegankelijk voor een groot deel van de markt. Daarnaast zijn gedetailleerde handleidingen en instructies omtrent de BIM-eisen beschikbaar.

## 5. Slot

De aanbesteding van een opdracht met een BIM-component en de formulering van de vraagspecificaties van het digitale bouwwerk (het BIM) staan nog in de kinderschoenen. Er wordt door steeds meer opdrachtgevers gevraagd naar werken met BIM of het leveren van een BIM-model of BIM-data, maar met name de ontwikkelingen van BIM in het aanbestedingsrecht, bevinden zich nog in een eerste fase. Met de delen 1 en 2 van deze serie artikelen is gepoogd die eerste stappen van BIM in de formulering van de BIM-vraag te schetsen, en een kleine stap verder te helpen door het juridisch kader in beeld te brengen. De verwachting is dat de ontwikkelingen met betrekking tot de aanbesteding van BIM-opdrachten over een aantal jaar op veel grotere schaal zal plaatsvinden, en die vraagformulering en de ervaring met het aanbesteden van dit soort opdrachten, veel verder ontwikkeld zal zijn. In deel 3 van deze serie wordt ingegaan op de mogelijkheid een BIM Uitvoeringsplan als onderdeel van de gunning mee te nemen. ●

<sup>39</sup> Art. 42 lid 2 Richtlijn en art. 2.75 lid 6 Aw.

<sup>40</sup> Steeds dienen te worden toegevoegd aan de eis 'of gelijkwaardig', om de mededinging niet onnodig te beperken.

<sup>41</sup> Essers & Lombert 2017, p. 202-203.

# Recht en literatuur

## Jaarrede uitgesproken op 7 december 2017 tijdens de jaarvergadering van de Vereniging voor Bouwrecht

– Prof. mr. J.A.M.A. Sluysmans<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

In mei 1954 stuurde Paul Claussen, een 12-jarige scholier uit Alexandria - in de Amerikaanse staat Virginia - een brief aan Felix Frankfurter, destijds rechter in het United States Supreme Court. Claussen schreef dat hij een juridische carrière ambieerde en vroeg aan Frankfurter wat hij nu al zou kunnen doen om zich daarop voor te bereiden. Frankfurter gaf ten antwoord:

My Dear Paul:

No one can be a truly competent lawyer unless he is a cultivated man.

If I were you, I would forget about any technical preparation for the law.

The best way to prepare for the law is to be a well-read person. (...)

Stock your mind with the deposit of much good reading, and widen and deepen your feelings by experiencing vicariously - as much as possible - the wonderful mysteries of the universe (...).

De boodschap is helder: het lezen van literatuur - een culturele vorming - maakt juristen tot betere juristen. Hoe precies, dat laat Frankfurter in het midden.

Wanneer we ons daar natuurlijk wel een voorstelling van maken. Die gunstige invloed van cultuur - en literatuur in het bijzonder - werkt namelijk twee kanten uit. Enerzijds vergroot zij het empathisch vermogen van de lezer, anderzijds verbetert zij diens communicatieve vaardigheden.

### 2. Recht en Literatuur

Die tweedeling wordt ook aangehouden in een van oorsprong Angelsaksische niche binnen de rechtswetenschap die luistert naar de naam *Law and Literature*, *Recht en Literatuur*. Binnen dit terrein van Law and Literature wordt onderscheid gemaakt tussen *recht in de literatuur* en *recht als literatuur*.

#### 2.1 Recht als literatuur

Recht als literatuur zoekt naar gebruik van literaire technieken in met name rechterlijke uitspraken. De achterliggende gedachte is dat die technieken de aantrekkelijkheid en overtuigingskracht van een uitspraak kunnen verbeteren en bijvoorbeeld langs die weg de precedentwerking van de uitspraak kunnen vergroten.

In ons land, waar de stijl van het gros van de rechterlijke uitspraken toch tamelijk zakelijk is, is over dit onderwerp veel minder te doen dan binnen de Angelsaksische rechtssfeer, waar dikwijls een meer bloemrijke taal wordt gebezigd en een rechter er niet voor schroomt om in zijn uitspraak te citeren uit literaire bronnen.

Toch kennen ook wij vonnissen met literaire kwaliteiten. Denk bijvoorbeeld aan de strafmotivering van de rechtbank Rotterdam in de Ibn Ghal-dounzaak, die zaak van diefstal en heling van eind-examens. Ik citeer uit de strafmotivering in een van de vonnissen:

‘De examenroof van de eeuw. Zo stond deze zaak in de krant. Het indexamen in zijn kern geraakt.

Het indexamen, een spannende afsluiting van een belangrijke periode in iemands leven. Na jaren van hard werken, zitten de examens erop en wacht je in spanning op het resultaat, dat ene telefoontje: ben ik geslaagd? Kan het feest beginnen?’

<sup>1</sup> Jacques Sluysmans is voorzitter van de Vereniging voor Bouwrecht. Daarnaast is hij advocaat bij Van der Feltz Advocaten in Den Haag en als bijzonder hoogleraar onteigeningsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen verbonden.

Hoe anders was dit voor alle eindexamenleerlingen in 2013. Na het uitlekken van het examen Frans op 28 mei 2013 was niets meer zeker. Zouden er meer examens zijn uitgelekt? Moesten er bepaalde examens worden over gedaan of misschien zelfs het hele examen? Die onzekerheid moet voor de eindexamenleerlingen van 2013 zenuwlopend zijn geweest. En dat heeft de verdachte met zijn medeverdachten veroorzaakt. Op de zitting is gezegd: 'Dát is nooit de bedoeling geweest. Is dat nou zo? Dat is een van de vragen waar de rechtbank mee heeft geworsteld.'

Het is duidelijk dat de rechter zich hier bedient van literaire technieken om zijn overwegingen des te duidelijker voor het voetlicht te brengen, juist bij de doelgroep, de betrokken eindexamenkandidaten. Hier ondersteunt literatuur het recht. Een niet of nauwelijks belezen rechter had deze tekst niet zo kunnen schrijven.

## 2.2 Recht in literatuur

Recht *in* literatuur onderzoekt de rol van het recht in de literatuur. Denk aan Shakespeare's *De Koopman van Venetië*, *Bleak House* van Charles Dickens, *To Kill a Mockingbird* van Harper Lee of meer recent *The Children Act* van Ian McEwan: werken uit de wereldliteratuur waarin het recht en gerechtelijke procedures een centrale rol vervullen.

In de Nederlandse literatuur springt natuurlijk Bordewijks *Karakter* direct naar voren, evenals *Advocaat van de hanen* van A.F.Th. van der Heijden, maar vergeet niet Simon Vestdijks *Op afbetaling*, ook verfilmd door Frans Weisz met in de hoofdrollen Gijs Scholten van Aschat, Renée Soutendijk en Coen Flink: een advocaat ontdekt dat zijn echtgenote een affaire heeft met zijn oudere compagnon en besluit die twee hun misstap betaald te zetten. Geen begrip of vergeving, maar oog om oog en tand om tand. De compagnon sterft en de echtgenote eindigt als invalide.

Culturele uitingen als deze maken enerzijds - wat meer aan de oppervlakte - het functioneren van het rechtsbedrijf en de actoren daarin zichtbaar, anderzijds gebruiken zij dat rechtsbedrijf ook als een podium, een context, om een dieper gelegen thematiek - die ook vaak juridische dimensies heeft - aan de orde te stellen.

Een goed voorbeeld biedt het voor de Booker Prize genomineerde 'His Bloody Project', van de Schotse schrijver Graeme Macrae Burnet. Het boek heeft als ondertitel 'Documents relating to the case of Roderick Macrae' en zo is het ook opgebouwd, als een bundeling van ooggetuigenverslagen, een bekentenis van de verdachte, medische documenten, een psychiatrisch onderzoek, een verslag van de rechtszaak en knipsels uit de media die verslag deden van de gebeurtenissen. Plaats van



prof. mr. J.A.M.A. Sluysmans tijdens het uitspreken van de jaarrede  
foto: Rob Kluitenberg

handeling is het straatarme Schotse platteland anno 1869. Een handvol pachters schraapt een karig bestaan bijeen op dorre akkers, gehuisvest in krotten. Uit hun midden kiezen ze een 'constable' die de intermediair is tussen pachters en landheer. Maar constable Lachlan Mackenzie buit zijn voormalige gelijken uit, in het bijzonder de vader van de hoofdpersoon. Hij beroept zich daarbij steeds op 'de wet'. Als in een van de sleutelmomenten van het boek vader en zoon belet krijgen bij de landheer en vragen om 'de wet' of 'de regels' eens te mogen lezen, zodat ze daar kennis van kunnen nemen, wordt dat verzoek met hoongelach ontvangen. De regels staan niet op papier, ze zijn er gewoon. Dan realiseren de pachters zich dat ze bij gebrek aan enige legaliteit aan volstrekte willekeur zijn overgeleverd.

## 2.3 Omgevingsrecht en literatuur

Vandaag staat op onze jaarvergadering centraal het omgevingsplan, een van de hoekstenen van het nieuwe omgevingsrecht. In het geweld van de regelgeving en van de papieren plannemakerij, van het afvinken van consultaties en het stapelen van externe rapportages op een veelheid aan deelgebieden wordt misschien nog wel eens over het hoofd gezien dat ergens in het recht ook mensen wonen en dat omgevingsrecht bij uitstek een grote invloed kan hebben op de levens van individuele personen.

Voor wie niet, zoals ongetwijfeld sommigen onder u, van tijd tot tijd met die échte mensen in hun eigen omgeving te maken heeft, kan literatuur, kunnen culturele uitingen, een nuttig medium zijn om gevoel, om empathie te ontwikkelen ten opzichte van die subjecten van het recht.

Wat ik met u wil doen, is op wat lichtvoetige wijze - we zitten vandaag per slot van rekening niet op kantoor - met u bezien op welke wijze het omgevingsrecht een plek heeft gevonden in de literatuur, of zelfs nog wat breder: in de cultuur. Daarbij is dan mijn zeer bescheiden inzet: welke culturele uitingen zou een jurist tot zich kunnen of moeten nemen om een betere, meer empathische omgevingsrechtjurist te worden?

### 2.3.1 Planvorming

Een voorgenomen ruimtelijke ontwikkeling wordt in de meeste gevallen voorafgegaan door enig onderzoek: zijn er op voorhand al bezwaren die aan het voornemen in de weg staan? Als er bijvoorbeeld evidente privaatrechtelijke belemmeringen bestaan voor de uitvoering van voorgenomen plannen, dan kan die omstandigheid direct al een spelbreker zijn.

Dit vraagstuk is aan de orde in de roman *Union Atlantic*, van de Amerikaanse schrijver Adam Haslett. Dit boek uit 2010 scharniert rondom een juridisch steekspel tussen een jonge bankier, nieuw geld, en een bejaarde dame, oud geld, over de vraag of die bankier een door hem gekocht perceel grond wel kan ontwikkelen. De grond - die hij kocht van de gemeente - is in het verleden namelijk door de vader van de oude dame aan de gemeente vermaakt op voorwaarde dat die grond nooit zou worden bebouwd. Lange tijd lijkt de jongeman - vermogend, sociaal behendig, op goede voet met de autoriteiten - de beste kaarten in handen te hebben, maar ten langen leste stelt de rechter de oude dame in het gelijk: de koper ziet zich geconfronteerd met een kolossale nieuwbouw die moet worden afgebroken. Dat betekent - uiteindelijk - ook de neergang van die koper.

Komt de planvorming wel tot stand, dan kan ook daarbij nog wel eens iets misgaan. Zelfs professionele plannemakers kunnen een blinde vlek hebben, met mogelijk bijzondere gevolgen. Waar toe dat kan leiden, wordt mooi beschreven in het boek *Vergeten straat* van de Vlaamse schrijver Louis Paul Boon. Het verhaal begint met een schets van het leven in Brussel in de eerste helft van de 20ste eeuw. Er wordt een verbinding gemaakt tussen het zuidstation en het noordstation. Hierdoor gebeurt in een doodlopend straatje echter iets bijzonders. Het straatje wordt in de gemeentelijke planvorming over het hoofd gezien en als gevolg van de openbare werken wordt de straat compleet afgesloten van de buitenwereld. De bewoners van het straatje

protesteren eerst tegen die werken die hun straat, en dus hun doorgang naar 'de wereld', volledig versperren. Ze organiseren comités en breken de schuttingen van de bouwwerf af, maar stilaan groeit de idee dat het isolement ook positieve gevolgen heeft. Men hoeft geen elektriciteit, water en belastingen meer te betalen, er zijn geen gemeentelijke verplichtingen meer. De straat wordt langzaam een tuin en de bewoners ontwikkelen een vrijplaats vol gemeenschapszin. Maar op een dag wordt de vergeten straat herontdekt door de autoriteiten en komt uiteraard een einde aan de idylle.

### 2.3.2 Onderhandelen

Hand in hand met de planvorming gaat doorgaans de verwerving van de voor de planuitvoering noodzakelijke gronden. Die fase in het ontwikkelingsproces komt betrekkelijk veelvuldig in de literatuur aan de orde.

Meest bekend is natuurlijk *Publieke Werken*, van Thomas Rosenboom. Vioolbouwer Vledder wordt benaderd door een zekere Ebert met het verzoek zijn woning en werkplaats te verkopen ten behoeve van de bouw van het Victoria Hotel in Amsterdam. Vledder overspeelt in de onderhandelingen echter zijn hand. Hij denkt dat met het voortschrijden van de tijd de biedingen zullen verbeteren, maar heeft niet in de gaten dat hij het optimale moment voorbij laat gaan.

Het tragisch gevolg is dat de beoogd koper Henkenhaf, de ontwikkelaar van het Victoria Hotel, ervoor kiest om de woning van Vledder maar te laten voor wat hij is en het hotel om de woning heen te bouwen. U kunt die woning nog zien als u van het Centraal Station naar de Dam loopt, ingeklemd in de gevel van het hotel.

Een tragische uitkomst hebben ook de verweringsonderhandelingen die centraal staan in *Last Man in Tower* van de Indische schrijver Aravind Adiga. Een projectontwikkelaar heeft zijn oog laten vallen op een gedateerd appartementencomplex, de zogenaamde Vishram Society nabij de luchthaven van Mumbai. Hij brengt steeds betere biedingen uit, maar wil die enkel gestand doen onder de voorwaarde dat alle appartementseigenaren akkoord gaan met de bieding. De gepensioneerde leraar Yogesh Murthy Masterji weigert zich te laten uitkopen. Om die reden wordt hij uiteindelijk door zijn op geld beluste medebewoners de dood in gedreven, waarna de deal alsnog kan plaatsvinden.

### 2.3.3 Onteigening

Als onderhandelingen mislukken, zal dikwijls onteigening volgen. Hoewel de onteigeningsprocedure op papier een bepaald vlot verloop kent, leert de ervaring dat het in de ogen van de onteigenaar zelden snel genoeg gaat. De rechtsbescherming

voor de eigenaar is echter een groot goed, waaraan niet lichtvaardig mag worden getornd.

Rechtsbescherming voor de grondeigenaar staat centraal in *De Molenaar van Sans-Souci*, een geschiedkundig blijspel met zang, in 1805 uit het Frans vertaald door M.C. Engelman. De Pruisische koning Frederik Willem I wil een molen doen slopen die het uitzicht blokkeert vanuit zijn paleis te Sans-Souci, even buiten Berlijn. De molenaar wil echter niet verkopen.

De Koning vraagt: Stijfhoofdig mens, wilt gij dan geen afstand van uw molen doen?

Neen, sire, is het antwoord.

Wel nu, dreigt de Koning, dan zal ik er mij meester van maken!

Dat was goed, antwoordt de molenaar, indien wij geen rechters te Berlijn hadden. (...) Waarlijk, Sire, wanneer gij van anderen geen reden wilt verstaan, is men wel gedwongen toevlucht tot uwe wijsheid te nemen.

Ja tot de uwe, en - dank zij de hemel - zij straalt door in alle wetten die gij ons gaaft. Dezen, zo zuiver als gij ze ons gegeven hebt, kennen noch geschut, noch luimen.

Bij hen hoop ik eindelijk bescherming van u, tegens u zelve te vinden.

De hovelingen lachen, maar de Koning niet.

'Verwonderd en bewogen' verklaart hij: Gij lacht, mijne heren. Dit is evenwel zo belachenswaardig niet. O het strekt mij tot genoegen dat mijne onderdanen vertrouwen in de door mij gemaakte wetten en benoemde rechters stellen. (...) gij zult mij niet te vergeefs hebben getroffen. (...) De molen zal niet worden afgebroken.

Adequate rechtsbescherming voorkomt hier dus Aonteigening en sloop. Het verhaal van de molenaar werd onderdeel van de Duitse folklore en de in het oorspronkelijke Frans geformuleerde frase 'il y a des juges' - er zijn rechters - was tot ver in de vorige eeuw een uitdrukking waarvan ontwikkelde mensen direct de strekking begrepen: de overheid kan veel willen, maar de burger kan altijd de rechter om bescherming vragen.

Net zoals het verhaal van de molenaar van Sans-Souci een kern vindt in historische gebeurtenissen, zo geldt dat ook voor de film *Leviathan* van de Russische regisseur Andrey Zvyagintsev, die de prijs won voor het beste script tijdens het filmfestival van Cannes en in 2014 de Russische inzending was voor de Oscars.

De inspiratie voor *Leviathan* is het verhaal van Marvin John Heemeyer, een automonteur in Granby, Colorado, wiens situatie in de verte doet denken aan die beschreven in Publieke werken. Zoals daar vioolbouwer Vledder te lang weigert om zijn woning te verkopen aan de directie van het Vi-

ctoriahotel en het hotel vervolgens om zijn woning heen wordt gebouwd, zo weigerde Heemeyer zijn werkplaats te verkopen aan de directie van de betonfabriek. Daarop werd die fabriek geheel om de werkplaats heen gebouwd, met als gevolg - naast alle andere overlast - dat Heemeyer die werkplaats alleen nog maar kon bereiken via grond die niet de zijne was en waarvan de toegang hem werd ontzegd. Hij raakte in een schier oneindig juridisch gevecht verwickeld met zowel de fabriek als de autoriteiten, welk gevecht hij gedoemd was te verliezen. Boos en gefrustreerd over zijn verlies bepantserde hij uiteindelijk een bulldozer en gebruikte die zelfgebouwde machine op 4 juni 2004 om het gemeentehuis, de woning van de burgemeester en enkele andere gebouwen in Granby te slopen, alvorens hij met behulp van een handwapen zijn eigen leven beëindigde.

Het verhaal van Heemeyer is door Zvyagintsev getransponeerd naar een kleine stad op een schiereiland in het noordwesten van Rusland, een voormalige vissersnederzetting aan de Barentssee, met een strand bezaaid met scheepswrakken en walvis skeletten, ver van Moskou, aan de rand van de beschaving. Op een pittoreske landtong even buiten de stad woont de automonteur Kolya met zijn tienerzoon Roma en zijn tweede vrouw Lilya. Kolya is niet per se een sympathiek karakter: hij is opvliegend en houdt van de wodka. De burgemeester van de stad, Vadim, dik, dikwijls dronken, die in de verte doet denken aan Boris Jeltsin, laat zijn oog vallen op Kolya's prachtige stek en tracht deze te onteigenen om daar volgens eigen zeggen een gemeenschapshuis te stichten. Kolya geeft echter niet zomaar op. Hij laat zijn oude kameraad uit het leger Dimitri, Dima, overkomen uit Moskou. Dima is een ervaren grote stads-advocaat. Kolya heeft er het volste vertrouwen in dat deze raadsman de onteigening van zijn woning zal weten te voorkomen.

De rechtsgang leidt echter niet tot succes. In de voor hem typerende stijl filmt Zvyagintsev tergend lang het voorlezen van het vonnis, dat voor Kolya een waslijst van slecht nieuws bevat. De boodschap van *Leviathan* is bepaald meer somber dan die van de molenaar van Sanssouci: waar voor de molenaar de rechtsgang een effectieve laatste strohalm was, is die voor de automonteur Kolya niet meer dan een farce, een middel om machtsmisbruik door de autoriteiten van een vernis van legitimiteit te voorzien. Uiteindelijk zal namelijk blijken dat waar eens de woning van Kolya stond geen gemeenschapshuis verrijst, maar een Russisch-orthodoxe kerk voor een met de burgemeester bevriende bisschop.

### 2.3.4 Schadeloosstellingsrecht

Bij ontneming van eigendom past vergoeding. Die vergoeding is aan de orde in het eerste toneel-

stuk dat George Bernard Shaw, Nobelprijswinnaar, Iers toneelschrijver met socialistische sympathieën, schreef in 1892 zijn eerste toneelstuk onder de titel *Widowers' Houses*.

In het eerste bedrijf zien we twee vrienden uit Londen, Harry en William, die samen op vakantie gaan naar Remagen, aan de Rijn. Ze ontmoeten daar de zakenman Sartorius en diens dochter Blanche. U raadt het al, een van de twee, Harry, wordt verliefd en raakt verloofd. In het tweede bedrijf, terug in Londen, ontdekt Harry dat de vader van Blanche zijn geld verdient als huisjesmelker. Zijn afschuw van deze handelswijze leidt tot een breuk tussen de verloofden. Harry ontdekt echter nadien dat ook zijn eigen riante toelage uiteindelijk afkomstig is uit wurgleningen aan kleine luiden.

In het derde bedrijf draait Harry dus bij, maakt het goed met zijn voormalige verloofde en bedenkt met zijn schoonvader en diens rechterhand Lickcheese manieren om via louche zaakjes nog meer geld te verdienen. Daarbij denken ze ook te kunnen profiteren van een mogelijke onteigening. Ze willen in het zicht van onteigening ten behoeve van een nieuwe rondweg een aantal krotten opkalefateren, zodat ze er enigszins representatief uitzien en zo een maximale schadeloosstelling garanderen. Typisch een geval van zogenaamde schadeverhogende activiteiten, ten aanzien waarvan het Nederlandse onteigeningsrecht gelukkig de mogelijkheid biedt om die bij de waardebeoordeling bij onteigening buiten beschouwing te laten.

Anmerkelijk vrolijker gaat het eraan toe in de Bommel-vertelling *De Doorluchtigheid*. Ambtenaar Dorknoper zegt onteigening van een tuinhuis aan ondanks de protesten van heer Bommel dat het land van een heer niet zomaar kan worden afgenom-

men. Doel van de beoogde onteigening is de bouw van een paleis voor de zogenaamde Aarts-Colemoon. Wanneer deze Aarts-Colemoon aan Bommel een met diamanten afgezet gouden horloge als 'schadevergoedsel' aanbiedt, doet de eigenaar echter grif afstand van zijn tuinhuis. Sterker nog, de hele boerenstand van Rommeldam wil wel door die Aarts-Colemoon onteigend worden!

### 2.3.5 Na realisering

Wat gebeurt er na de realisering van een project? Een laatste vindplaats wil ik u nog voorhouden. In 1987 verscheen het album *Crest of a Knave* van de naar een Engelse landbouwingenieur genoemde popgroep Jethro Tull. Dit album bevat het nummer *Farm on the Freeway*. Onderwerp van het lied is de onteigening van een boerderij ten behoeve van de aanleg van een snelweg, de *freeway* uit de titel. De voormalige eigenaar heeft een riante schadeloosstelling gekregen, maar verzucht dat zelfs die hem niet kan compenseren voor zijn gemis.

They say they gave me compensation...

That's not what I'm chasing. I was a rich man before yesterday.

And what do I want with a million dollars and a pickup truck?

When I left my farm under the freeway.

Zo heeft elke ontwikkeling zijn prijs. Ontwikkeling is onvermijdelijk, vernieuwing en verandering zijn vaak noodzakelijk, dat is waar, maar het blijft van belang om steeds ook oog te houden voor de menselijke kant van regelgeving en besluitvorming, en bij die pogingen kan enige culturele vorming ons soms misschien een klein beetje tot steun dienen. ●

# Het omgevingsplan, integraal en marginaal?

## Verslag van de jaarvergadering van de Vereniging voor Bouwrecht gehouden op 7 december 2017 te Utrecht

– Mr. S.T.J. Olierook<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

Tijdens de jaarvergadering van de Vereniging voor Bouwrecht (VBR) van 2017 staat het omgevingsplan centraal als één van de belangrijkste instrumenten in de Omgevingswet. Het omgevingsplan moet gaan bijdragen aan een samenhangende benadering van de fysieke leefomgeving en meer flexibiliteit bieden voor zowel bestuursorganen als voor burgers en bedrijven ten opzichte van het huidige bestemmingsplan. Daarbij geldt echter tevens het uitgangspunt dat het materiële beschermingsniveau van rechtsbescherming gelijkwaardig moet blijven. Met hun preadvies 'Het omgevingsplan, integraal en marginaal?' hopen mr. dr. F.A.G. Groothuijse en mr. dr. R. Kegge bij te dragen aan verdere discussie en doordenking van de functie en de plaats van het omgevingsplan in het systeem van het omgevingsrecht.<sup>2</sup>

Na de Algemene Ledenvergadering opent prof. mr. J.A.M.A. Sluymans als voorzitter het inhoudelijke deel van de vergadering door zijn jaarrede getiteld: 'Omgevingsrecht en Cultuur' uit te spreken.<sup>3</sup> Daarna is het woord aan de preadviseurs mr. dr. F.A.G. Groothuijse en mr. dr. R. Kegge om ieder zijn deel van het preadvies in te leiden. Daarop volgen de interventies van mr. drs. M. Engelberts, mr. W.J. Bosma en prof. mr. P.J.J. van Buuren. Verder volgens is er onder leiding van mr. dr. D. Korsse

steeds gelegenheid voor vragen vanuit de zaal en een discussie naar aanleiding van de inleidingen en interventies.

Vanwege de omvang van dit tijdschrift zal deze bijdrage geen volledig verslag zijn van de jaarvergadering, maar een samenvatting van de inleidingen, interventies en de gevoerde discussie.

### 2. Inleiding mr. dr. F.A.G. Groothuijse op het preadvies: beoogde integraliteit van het omgevingsplan

Groothuijse begint zijn toelichting met de bekentenis dat hij achteraf een beetje spijt had van de keuze voor het onderwerp van zijn deel, omdat integraliteit integraal moet worden benaderd. Mede gelet op de hoeveelheid pagina's aan toelichting op de Omgevingswet en AMvB's is het tijdrovend en lastig geweest een goed overzicht te krijgen. Groothuijse geeft verder aan ook de discussie te hebben willen aanwakkeren. Zo verwacht hij vragen over het natuurbeschermingsdeel.

De Omgevingswet gaat uit van een integrale benadering van de fysieke leefomgeving. Het omgevingsplan wordt door de wetgever als het centrale instrument gezien om aan die integrale benadering invulling te geven. Groothuijse heeft onderzocht in hoeverre er juridische belemmeringen zijn om die integraliteit in het omgevingsplan voor elkaar te krijgen. Hij onderscheidt drie typen belemmeringen: i) de instructieregels van het Rijk en de provincies, ii) de regulering van activiteiten met betrekking tot de fysieke leefomgeving door andere overheden en iii) de projectbesluitvorming. Groothuijse merkt op dat hij hierbij niet de integrale beleidsvorming heeft onderzocht. Hij onderkent wel

<sup>1</sup> Simon Olierook is advocaat bij Van der Feltz advocaten te Den Haag.

<sup>2</sup> F.A.G. Groothuijse & R. Kegge, 'Het omgevingsplan, integraal en marginaal?', VBR preadvies nr. 45, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2017.

<sup>3</sup> Zie J.A.M.A. Sluymans, 'Recht en literatuur', TBR 2018/37, elders in deze editie van TBR.





De VBR jaarvergadering 2017 te Utrecht / foto: Rob Kluitenberg

het belang ervan, want integraal beleid kan volgens Groothuijse ook worden uitgevoerd met sectorale regelgeving.

## 2.1 Toedeling van functies aan locaties en overige regels

Alvorens in te gaan op de voornoemde typen belemmeringen licht Groothuijse eerst toe dat er in het omgevingsplan twee typen regels zitten. Ten eerste de regels op grond van artikel 4.2 van de Omgevingswet. Dat zijn regels over de evenwichtige toedeling van functies aan locaties en regels die met het oog daarop nodig zijn. Volgens Groothuijse zijn deze regels naar hun aard hetzelfde als het toekennen van bestemmingen aan de grond ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening. Het tweede type regels zijn de andere regels over activiteiten die gevolgen kunnen hebben voor de fysieke leefomgeving op grond van artikel 4.1 van de Omgevingswet.

Deze tweedeling is belangrijk omdat 4.2-regels verplicht in het omgevingsplan moeten worden opgenomen. Dit soort regels in huidige kapverordeningen en ligplaatsverordeningen zullen dus naar het omgevingsplan moeten worden overgeheveld. Bij 4.1-regels is dat nog maar de vraag. Groothuijse geeft als voorbeeld wildplassen, want dat heeft gevolgen voor de fysieke leefomgeving maar is ook een openbare-ordekwestie. De Omgevingswet biedt de mogelijkheid om duidelijkheid te verschaffen ten aanzien van dergelijke twijfelgevallen. Op grond van artikel 2.7 kunnen bij AMvB gevallen

worden aangewezen waarin regels over de fysieke leefomgeving niet in het omgevingsplan hoeven worden opgenomen. Groothuijse verwacht wel dat gemeenten bepaalde regels liever in een APV laten, omdat hiertegen geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat. Aan de hand van het voorbeeld prostitutieregels in een APV legt Groothuijse uit dat bepaalde bepalingen daarvan 4.2-regels zijn en in het omgevingsplan moeten, maar de bepalingen over werkomstandigheden in de APV zullen achterblijven. Zo kan omgevingsrechtelijke integratie ook tot desintegratie leiden.

## 2.2 Instructieregels

Groothuijse vervolgt met de eerste door hem benoemde belemmering: de instructieregels van Rijk en provincie. Hiermee wordt de beoordelingsvrijheid van het gemeentebestuur begrenst bij het stellen van regels over de toedeling van functies aan locaties, dus alleen ten aanzien van de 4.2-regels. Hier geldt wel het subsidiariteitsvereiste voor. Wanneer Groothuijse naar het Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl) kijkt en de toelichting daarop, ziet hij dat gemeentebesturen relatief veel afwegingsruimte houden ten aanzien van aspecten zoals geluid, trillingen en geur. Voor luchtkwaliteit geldt dat bijvoorbeeld niet, omdat die eisen uit Europese regels voortvloeien.

De provinciale instructieregels kwalificeert Groothuijse als het zwaard van Damocles, omdat we nog niet weten op welke wijze provincies daar invulling aan gaan geven. Ook voor provincies geldt

natuurlijk het subsidiariteitsvereiste, maar de vraag is hoe streng de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) dit zal toetsen. Als dit terughoudend is, bij wijze van exceptieve toetsing, dan hebben provincies volgens Groothuijse veel ruimte om de beoordelingsvrijheid van gemeentebesturen te beperken.

### 2.3 Regulering van activiteiten door andere overheden

Als voorbeeld van de tweede categorie belemmeringen noemt Groothuijse het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal) en het Besluit bouwwerken leefomgeving (Bbl). Deze AMvB's zijn vastgesteld op grond van artikel 4.3 van de Omgevingswet, waarin het Rijk rechtstreeks activiteiten in de fysieke leefomgeving reguleert. Daarin zitten ook maatregelbevoegdheden zodat gemeenten ook weer wat afwegingsruimte terugkrijgen. De provincies kunnen door middel van de Omgevingsverordening rechtstreeks activiteiten reguleren. Artikel 4.2, lid 2, Omgevingswet bepaalt wel dat de omgevingsverordening uitsluitend een toedeling van functies aan locaties en met het oog daarop gestelde regels bevat, als het onderwerp van zorg niet doelmatig en doeltreffend met een instructieregel kan worden behartigd. Ook waterschappen kunnen door middel van de Waterschapverordening, nu nog Keur, rechtstreeks burgerbindende regels stellen. Verder wijst Groothuijse erop dat ook in andere regelgeving, bijvoorbeeld de Wegenverkeerswet, relevante regels kunnen zijn opgenomen. Zo kan de maximumsnelheid op een weg gevolgen hebben voor woonfuncties.

Ten aanzien van voornoemde regels maakt Groothuijse nog een onderscheid in het preadvies in locatiegebonden en niet-locatiegebonden regels. Locatiegebonden regels worden gesteld ter bescherming van een bepaald object of gebied, bijvoorbeeld een waterkering, een rijksmonument of een Natura 2000-gebied. Deze regels zijn volgens Groothuijse niet gesteld met het oog op een evenwichtige toedeling aan locaties, maar om een object of gebied te beschermen. Het beïnvloedt vervolgens wel de bevoegdheid van gemeentebesturen om functies aan locaties toe te kunnen delen in het omgevingsplan. Als voorbeeld van niet-locatiegebonden regels noemt Groothuijse het Bbl. Deze regels zijn in zoverre geen belemmering voor een evenwichtige toedeling van functies aan locaties, omdat ze onafhankelijk gelden van waar men de activiteiten die ze reguleren uitvoert. Groothuijse plaatst in dit verband wel een kanttekening bij de zorgplicht in het Bal die ziet op gebiedsspecifieke elementen zoals geluid- en geurhinder. In deze AMvB zouden volgens hem namelijk alleen niet-locatiegebonden regels moeten zijn opgenomen.

### 2.4 Projectbesluitvorming

Als laatste belemmering noemt Groothuijse de Omgevingsvergunning voor een afwijkactiviteit. Hij verwacht dat dit type projectbesluitvorming een hogere vlucht zal nemen dan een herziening van het omgevingsplan. Als reden noemt Groothuijse de beperkte adviesrol van de gemeenteraad in dezen en de kortere reguliere procedure die van toepassing is.

Resumerend concludeert Groothuijse dat de omgevingsrechtelijke regelgeving aan de ene kant integraler wordt, omdat het Rijk meer afwegingsruimte aan gemeentebesturen laat. Dat biedt ruimte voor een integrale afweging. Aan de andere kant hangt het door Groothuijse benoemde zwaard van Damocles nog boven deze afwegingsruimte. Het is nog afwachten wat provincies gaan doen. Ook de andere door hem geconstateerde belemmeringen zijn niet bevorderend voor een integrale gebiedsregulering. Groothuijse ziet dit echter niet als een probleem, omdat integrale beleidsvorming, een gedeelde probleemanalyse en een maatschappelijk draagvlak voor oplossingen belangrijker zijn dan integrale regelgeving. De Omgevingswet is wat dat betreft geen panacee tegen alle kwalen waar overheden nu tegenaan lopen.

### 3. Interventie mr. drs. M. Engelberts

Engelberts begint zijn interventie met de mededeling dat hij na het verschijnen van het preadvies is teleurgesteld, omdat de preadviseurs hem net voor zijn met een boek over het omgevingsplan. Hij krijgt daarna direct de zaal aan het lachen wanneer hij het ontwerp van zijn, wat dan blijkt, fictieve boek laat zien. Het is een bewerking van de voorkant van het preadvies, waarvan de titel luidt: 'Het omgevingsplan, integraal en magistraal!'. Na zijn complimenten voor de preadviseurs, vertelt Engelberts dat hij zich tot twee onderwerpen zal beperken: ten eerste de afwijkvergunning en de rol van de gemeenteraad daarbij en ten tweede de integratie van ruimtelijke ordening en milieu in het omgevingsplan.

#### 3.1 De afwijkvergunning en de rol van de gemeenteraad

Engelberts memoreert dat de afwijkvergunning een gevolg daarvan voor de integraliteit van het (toen nog) bestemmingsplan al sinds de Wet op de Ruimtelijke Ordening onderwerp van discussie is. Hij vindt het dan ook gewaagd dat Groothuijse een beschouwing toevoegt aan hetgeen daar al over is geschreven.

Engelberts geeft wel aan dat Groothuijse zijns inziens meer bronnen had mogen raadplegen. Zo mist hij een verwijzing naar de Nota naar aanleiding van het verslag waarin wordt betoogd dat de

afwijkvergunning juist nodig is, omdat dit de situatie voorkomt dat er allerlei postzegelplannen worden gecreëerd die vervolgens ten koste gaan van de integraliteit van het omgevingsplan. Ook in het debat met de Eerste Kamer is dit onderwerp behandeld, in het bijzonder tijdens de voorhangprocedure van het Omgevingsbesluit. Daar wordt beschreven hoe het systeem wordt geënt op het stelsel van de Gemeentewet en dan voornamelijk artikel 169. Dit is vergelijkbaar met de voorhangprocedure die AMvB's bij beide Kamers hebben. Zo zou men ook aanvragen tot omgevingsvergunning kunnen voorhangen bij de gemeenteraad. Engelberts mist ook een verwijzing naar het artikel van Van Zundert in de Gemeentestem van 7 februari 2017.<sup>4</sup> Hierin vraagt Van Zundert zich af waarom het omgevingsplan überhaupt nog door de gemeenteraad wordt vastgesteld. Is dat niet meer een kwestie voor het dagelijks bestuur? Engelberts kan zich ook vinden in de stelling van Van Zundert dat democratische controle in de praktijk effectiever is dan een theoretisch debat over democratische legitimatie.

Engelberts besluit tot slot geen vragen aan Groot-huijse over dit onderwerp te stellen, omdat hij het debat hierover niet verder wil voeren. Liever heeft hij het over de vernieuwing van het omgevingsrecht dat in het tweede door hem te behandelen onderwerp zit.

### 3.2 Integratie ruimtelijke ordening en milieu.

Engelberts wijst eerst op een zin in de volgens hem interessante tussenconclusie van paragraaf 2.3 van het preadvies die luidt: “*In zoverre belemmert het Bal de gebiedsgerichte regulering van milieubelastende activiteit in het omgevingsplan niet.*”<sup>5</sup> De achteloze lezer zou hier overheen kunnen lezen, terwijl er een wereld achter schuilgaat. Volgens Engelberts betreft dit de grootste vernieuwing van de milieuregeling, die enorme kansen biedt voor de praktijk.

Het grootste verschil tussen het Bal en het Activiteitenbesluit is wat Engelberts betreft de generieke mogelijkheid om maatwerkregels te stellen in het omgevingsplan. Dit betekent dat de omgevingsplanwetgever decentraal in principe alles nog kan regelen, ook de onderwerpen die al wel in het Bal zijn geregeld. Dit biedt gemeenten ongekende mogelijkheden om milieuregels te integreren met ruimtelijke regels. Deze mogelijkheden vergen volgens Engelberts enerzijds vaardigheden, omdat er allerlei wetgevingsvraagstukken op gemeenten af zullen komen. Bijvoorbeeld: welke milieunormen gaat men per gebied stellen? Richten die normen zich alleen op individuele milieubelastende activiteiten of gaat het ook om de cumulatie van al die ac-

tiviteiten? Hoe gaat men met overgangsrechtelijke vraagstukken om? Kiest men voor een vergunningstelsel of voor een verbod behoudens melding? Deze mogelijkheden stellen ons anderzijds in staat de opgaven van de toekomst het hoofd te bieden, zoals binnenstedelijke transformatieopgaven die tamelijk complex zijn en veel milieueffecten hebben. Een projectbesluitvormingsprocedure zou hiervoor niet volstaan. Engelberts benoemt in dit verband ook de geurhinder van de intensieve veehouderij en de energietransitie. Hij stelt tot slot de vraag hoe de VBR als beroepsgroep kan helpen om de vaardigheden qua regelgeving van de gemeentelijk ambtenaar te verbeteren.

### 4. Vragen en discussie

Korsse stelt eerst Groothuijse in de gelegenheid om te reageren op de interventie van Engelberts. Groothuijse verontschuldigt zich dat hij niet alle bronnen heeft genoemd in het preadvies, maar hij denkt ook dat daarvoor onvoldoende ruimte was. Verder vindt hij het niet vanzelfsprekend dat het omgevingsplan zonder gemeenteraad zou moeten worden vastgesteld, vanwege de ingrijpende gevolgen voor burgers en hun grondposities. Ten aanzien van de integratie van ruimtelijke ordening en milieu zegt Groothuijse nog verder te willen gaan door alle gebiedsgerichte regulering uit het Bal over te hevelen naar het omgevingsplan.

Mr. J.R. van Angeren vraagt vervolgens aan Groothuijse hoe hij de rol van de omgevingsvisie ziet in een projectbesluitprocedure. Mag het college van B&W daar gemotiveerd van afwijken of moet dit tot een vernietiging leiden bij de bestuursrechter wanneer de afwijking daarmee in strijd is? Volgens Groothuijse moet aan de omgevingsvisie worden getoetst. Hij wijst er wel op dat beleid gemakkelijk kan worden gewijzigd en er geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen openstaat. Van Angeren reageert daarop dat dit geldt voor beleidsregels van het college van B&W, maar dat de omgevingsvisie door de gemeenteraad wordt vastgesteld. In dat geval zou de gemeenteraad in de gelegenheid moeten worden gesteld het beleid te wijzigen en houdt het wellicht meer grip op de buitenplanse afwijkingen. Volgens Groothuijse is het lastig in te schatten wat een rechter zal doen. In de Omgevingswet lijkt de rol van de gemeenteraad bewust beperkt te zijn gehouden, zodat zou kunnen worden gesteld dat gemotiveerd van de omgevingsvisie kan worden afgeweken. Mr. A. de Snoo voegt hieraan toe dat deze situatie zich niet snel voor zal doen, omdat de omgevingsvisie zou moeten worden vertaald in het omgevingsplan. Dus zal er geen ruimte zijn om én van het omgevingsplan af te wijken én in overeenstemming te zijn met de omgevingsvisie, want dan zit er licht tussen die twee.

<sup>4</sup> J.W. van Zundert, 'Vaststelling omgevingsplan door de gemeenteraad?', Gst. 2017/16.

<sup>5</sup> Groothuijse & Kegge 2017, p. 34.

Prof. mr. F.P.C.L. Tonnaer vraagt vervolgens aan Groothuijse of de bevoegdheid van Rijk en provincie niet nog meer beperkt zou moeten worden, zodat een gemeenteraad daadwerkelijk een integrale afweging kan maken van lokale belangen. Volgens Groothuijse zijn in het omgevingsrecht de taken nu eenmaal over verschillende overheden verdeeld. Hij ziet de Afsluitdijk of Oosterscheldekering ook niet in beheer bij een gemeente. Sommige belangen moeten op een hoger niveau worden behartigd. Zijn stelling blijft dus beperkt dat locatiegebonden milieuregels niet op rijksniveau zouden moeten zijn geregeld. Mr. J.A.M. van der Velden vraagt zich in dit kader af of gemeenten wel de handschoen gaan oppakken om bijvoorbeeld gemeentelijk geluidbeleid te formuleren. Dat kan namelijk nu ook al maar daar wordt weinig gebruik van gemaakt. Groothuijse beaamt dit, maar denkt dat bij meer bewustwording van de mogelijkheden dit anders kan zijn. Ook burgers zouden hier een beroep op kunnen doen wanneer ze bekend zijn met deze extra afwegingsruimte. Korsse voegt hieraan toe dat de formele integratie in de zin van alles in het omgevingsplan, ook materiële integratie kan stimuleren. Volgens Groothuijse dienen niet de regels leidend te zijn, maar de doelstelling voor de fysieke leefomgeving.

Mr. J.W.O. Croockewit vraagt of het positief is dat er per gemeente verschillende regimes gaan gelden voor bijvoorbeeld horeca, kantoren, energieprestatie of detailhandel. Ten aanzien van niet-locatiegebonden regels kan hier inderdaad over worden getwist, aldus Groothuijse. Croockewit vraagt zich vervolgens af of dit onderscheid tussen locatiegebonden en niet-locatiegebonden regels wel zo kan worden gemaakt. Een algemene regel over bijvoorbeeld het aantal megawatt dat aan windenergie op land moet worden geproduceerd, moet volgens hem uiteindelijk worden vertaald naar bepaalde locaties waar windmolens moeten komen te staan. Volgens Groothuijse betreft dit echter een algemene beleidsdoelstelling, waar zijn onderscheid geen betrekking op heeft. Mr. dr. H.C. Borgers stelt tot slot de vraag hoe zulke beleidsdoelstellingen die zien op kwaliteit dan zouden moeten worden geconcretiseerd. Hoe maak je de sprong van beleid naar regelgeving? Groothuijse wijst erop dat hier een stap tussen zit, namelijk de omgevingswaarden die op de verschillende overheidsniveaus kunnen worden vastgesteld. Die waarden worden vervolgens omgezet in regels.

## 5. Inleiding mr. dr. R. Kegge op het preadvies: gevolgen voor de rechtsbescherming

Bij de bestudering van de parlementaire stukken van de Omgevingswet dacht Kegge aan het ei van Columbus. Het omgevingsplan gaat namelijk veel meer mogelijk maken, maar tegelijkertijd zou het geen achteruitgang betekenen in rechtsbescherming. Dit klinkt enigszins te mooi om waar te zijn.

Er zijn immers veel materiële voorwaarden uit de wet verdwenen en er wordt veel bestuurlijke afwegingsruimte gecreëerd. Daarom be kroop bij Kegge het gevoel dat qua rechtsbescherming men wellicht het paard van Troje binnenhaalt. Kegge is daarom nagegaan hoe het precies is geregeld.

Het deel van het preadvies dat is geschreven door Kegge is opgebouwd uit vier onderdelen, te weten: (i) de beroepsmogelijkheden tegen het omgevingsplan, (ii) de exceptieve toetsing van algemene regels, (iii) de rechtszekerheid die een bestemmingsplan zou bieden en (iv) de flexibiliteit die het omgevingsplan tracht te bieden.

### 5.1 Beroep tegen het omgevingsplan

Beroep tegen het omgevingsplan volgt grotendeels het beroep tegen het bestemmingsplan. De voorprocedure is hetzelfde gebleven. Er is beroep in eerste en enige aanleg mogelijk bij de Afdeling tegen de vaststelling, wijziging en weigering tot vaststelling van een omgevingsplan. In artikel 16.78 van de Omgevingswet is wel bepaald dat een omgevingsplan vier weken na bekendmaking al inwerking treedt. Dit houdt verband met het provinciale interventiebesluit dat binnen deze vier weken mogelijk is. Volgens Kegge wordt hiermee het doel tijdswinst bereikt, maar is het nadeel dat een interventiebesluit een ingesteld beroep kan achterhalen met gevolgen voor het procesbelang van appellants.

Belangrijk is dat de wetgever uiteindelijk ervoor heeft gekozen beroep tegen alle onderdelen van het omgevingsplan mogelijk te maken, in plaats van alleen de onderdelen die vergelijkbaar zijn met het huidige bestemmingsplan. Dit betekent een verruiming van beroepsmogelijkheden, omdat bepaalde algemene regels nu nog bij AMvB worden geregeld, alsmede een verruiming van de kring van belanghebbenden. Kegge verwacht als gevolg daarvan een verandering van het soort procedures over omgevingsplannen. Hij merkt in dit verband op dat de wetgever op twee gedachten hinkt. Aan de ene kant zou het omgevingsplan niet anders zijn dan een andere gemeentelijke verordeningen. Aan de andere kant noopt het locatie-specifieke karakter van het omgevingsplan dat beroep tegen alle onderdelen moet worden opengesteld. Kegge vraagt zich af waarom de wetgever dan geen beroep openstelt tegen een provinciale verordening, omdat hierin soortgelijke beperkende regels staan die de gemeenteraad vervolgens in acht moet nemen bij de vaststelling van een omgevingsplan. Kegge noemt de systematiek van de Omgevingswet wat dat betreft inconsequent.

### 5.2 Exceptieve toetsing

Voornoemde inconsequentie zit volgens Kegge ook in de verwachting die de wetgever lijkt te hebben van de rechtsbescherming die de exceptieve

ve toetsing van provinciale algemene regels door de bestuursrechter zou moeten bieden. Na bestudering van uitspraken hierover van de Afdeling constateert Kegge dat de Afdeling zich op dit punt terughoudend opstelt. De toetsing beperkt zich eigenlijk tot de vaststelling of er provinciale belangen zijn zonder na te gaan of er in een concreet geval ook een concreet provinciaal belang aan de orde is. Kegge vraagt zich vervolgens af of de bestuursrechter dan wel kan ingrijpen wanneer een provincie de gehele bestuurlijke afwegingsruimte van de gemeenteraad wegneemt. Kegge verwacht niet dat het subsidiariteitsvereiste of het beginsel van de minst belastende interventie hier verandering in gaan brengen, omdat dit slechts bestuurlijke instructienormen lijken te zijn. In de praktijk tekent zich dit al af in bijvoorbeeld Noord-Brabant waar de provincie in haar verordening veel bestuurlijke afwegingsruimte heeft genomen in het kader van een Chw-experiment.

Om deze reden is Kegge voorstander van het openstellen van beroep tegen alle algemene regels in de Omgevingswet wanneer die regels zo concreet zijn dat die de rechtspositie van burgers kunnen benadelen. Er kan dan vervolgens worden aangesloten bij het criterium dat de Afdeling heeft ontwikkeld bij de exceptieve toetsing van planregels in vergunningsprocedures, zodat er in vervolprocedures alleen ruimte is voor exceptieve toetsing wanneer sprake is van evidente strijd met hogere regelgeving.

### 5.3 Rechtszekerheid

Volgens Kegge wordt door de wetgever geframed dat een bestemmingsplan schijnrechtszekerheid zou bieden. Volgens Kegge valt dat wel mee. Als onderdeel van de rechtsbescherming werkt de rechtszekerheid corrigerend, bijvoorbeeld wanneer een bestemmingsplan niet duidelijk genoeg is en de Afdeling op grond van de rechtszekerheid vernietigt. Dat is volgens Kegge geen schijnrechtszekerheid. Dat geldt ook voor het overgangsrecht en het leerstuk dat een functie niet zonder meer mag worden wegbestemd als niet vaststaat dat binnen de planperiode van tien jaar die functie zal worden beëindigd. Hoewel er ook nadelen aan het eerbiedigende overgangsrecht kunnen kleven. Bijvoorbeeld in de situatie dat twee legaal bestaande functies zich niet meer tot elkaar verhouden. Maar voor Kegge is dit geen reden om het standaard eerbiedigende overgangsrecht af te schaffen, zoals in de Omgevingswet is gedaan. Hij vindt het wenselijker om meer richtlijnen in de regelgeving te hebben.

De schijnrechtszekerheid wordt door de wetgever ook in verband gebracht met de uitvoerbaarheid van een bestemmingsplan. Er wordt volgens Kegge ten onrechte de suggestie gewekt dat de uitvoerbaarheidstoets heel indringend is, terwijl de

Afdeling zich in werkelijkheid beperkt tot het nagaan van evidente belemmeringen. Kegge vraagt zich dan ook af of de juiste redenen wel ten grondslag liggen aan het afschaffen van de planperiode van tien jaar. Zo zit er volgens Kegge geen enorme onderzoeklast vast aan de uitvoerbaarheidstoets. In dit verband noemt Kegge ook de verschuiving van de onderzoeklasten door de verdeling in of- en hoe-vragen. De of-vraag wordt bij het omgevingsplan onderzocht en de hoe-vraag bij een omgevingsvergunning. Vanuit rechtsbescherming bezien lijkt Kegge dit niet wenselijk, omdat voor veel burgers het niet duidelijk zal zijn dat ze al hadden moeten opkomen tegen het omgevingsplan en niet pas wanneer de omgevingsvergunning op basis daarvan wordt verleend.

### 5.4 Flexibiliteit

Van de wetgever mogen we de oude begrippen zoals een goede ruimtelijke ordening, ruimtelijke relevantie en bestemmingen, niet meer gebruiken. Dit komt Kegge soms wat kunstmatig over, maar hij verwacht dat het went. Belangrijker is dat de nieuwe begrippen meer omvatten en daardoor flexibiliteit bieden. Een evenwichtige functietoedeling houdt bijvoorbeeld meer in dan een goede ruimtelijke ordening. Voor de rechtsbescherming is dit volgens Kegge geen bedreiging. Hij denkt dat veel belanghebbenden het juist prettig zullen vinden om een keer de gehele omgevingsrechtelijke kwestie aan de orde te kunnen stellen. Er zijn wel grenzen aan de flexibiliteit, zoals Europeesrechtelijke verplichtingen. Andere grenzen kunnen worden gevonden in het Bkl en in de provinciale verordeningen. Kegge hoopt dat de Afdeling de nieuwe begrippen die open normen omvatten, kritisch zal benaderen ondanks haar terughoudende toetsing. Er zou niet te veel in het omgevingsplan moeten worden geregeld, zonder oog te houden voor de belangen van burgers. Tot slot schuilt er volgens Kegge ook een risico voor de rechtsbescherming in het invullen van deze open normen door middel van wetsinterpreterende beleidsregels, omdat daar geen beroep tegen mogelijk is.

## 6. Interventie mr. W.J. Bosma

Bosma feliciteert eerst de preadviseurs met hun advies. Hij acht het preadvies nu al van waarde voor de praktijk vanwege de constante vergelijkingen met het huidige recht. Bosma reageert op het tweede deel van het preadvies.

### 6.1 De onderdelen van een omgevingsplan

Hij merkt eerst op dat de procedure met betrekking tot de vaststelling van een omgevingsplan niet wezenlijk zal veranderen ten opzichte van de huidige procedure tegen de vaststelling van een bestemmingsplan. Hij constateert wel dat, zoals in het preadvies wordt beschreven, er voor gekozen is om

het volledige omgevingsplan appellabel te maken. Dit leidt volgens Bosma in zoverre tot een verandering, dat tegen bepaalde onderdelen van het omgevingsplan rechtsmiddelen kunnen worden aangevend, die nu nog niet in rechte aanvechtbaar zijn.

Volgens Bosma wordt in het preadvies terecht onderscheid gemaakt tussen de verschillende onderdelen van een omgevingsplan: (i) een evenwichtige toedeling van functies aan locaties en bijbehorende regels; (ii) regels over activiteiten; (iii) vergunningplichten en beoordelingsregels voor verlening van vergunningen; (iv) maatwerkvoorschriften; (v) maatwerkregels en (vi) omgevingswaarden. Bosma vraagt zich vervolgens af wie in beroep bij deze verschillende onderdelen als belanghebbende kunnen worden aangemerkt. Deze vraag is met name relevant voor zover het omgevingsplan in nieuwe onderdelen voorziet ten opzichte van het bestemmingsplan.

## 6.2 Kring van belanghebbenden

Volgens huidige rechtspraak wordt daarbij al onderscheid gemaakt tussen de verschillende onderdelen van een bestemmingsplan. Daarom zal volgens Bosma de belanghebbendheid ook per onderdeel moeten worden beoordeeld. Tevens is het nodig dat een appellant gevolgen van enige betekenis moet kunnen ondervinden om als belanghebbende te kunnen worden aangemerkt.<sup>6</sup> Deze jurisprudentie lijkt te kunnen worden benut bij de vraag wie belanghebbende is bij het door Bosma eerstgenoemde onderdeel: de evenwichtige toedeling van functies aan locaties en bijbehorende regels. Met betrekking tot de overige onderdelen zal steeds moeten worden bezien of sprake is van een eigen, persoonlijk, objectief bepaalbaar en actueel belang dat rechtstreeks bij het besluitonderdeel is betrokken.

Daarvan zal naar verwachting in ieder geval sprake kunnen zijn bij die onderdelen van het omgevingsplan die betrekking hebben op een bepaalde locatie. Bosma noemt als voorbeeld dat lokale agrariërs waarschijnlijk wel als belanghebbende bij een locatiegebonden omgevingswaarde voor geur kunnen worden aangemerkt, net als de omwonenden die geurhinder van deze locatie ondervinden. Wanneer een omgevingswaarde voor bijvoorbeeld geluid daarentegen van toepassing wordt verklaard voor het gehele grondgebied van de gemeente zal een appellant waarschijnlijk minder snel als belanghebbende kunnen worden aangemerkt, vanwege het ontbreken van een eigen, persoonlijk en/of actueel belang.

Bosma wijst in dit verband ook op het stellen van Algemene regels op grond van artikel 4.1 Omgevingswet. Al is het voorstelbaar dat de belanghebbendheid afhangt van de concrete inhoud van deze regels, waarbij geldt dat hoe algemener de regel is geformuleerd, hoe minder snel een appellant een eigen ten opzichte van anderen voldoende onderscheidend belang zal hebben. Voor rechtspersonen die blijkens hun statutaire doelstellingen opkomen voor meer algemene belangen ligt dit uiteraard anders, maar volgens Bosma bestaan er eigenlijk niet zoveel van dit soort rechtspersonen of zijn de werkzaamheden ervan beperkt tot een bepaald grondgebied.

Vervolgens noemt Bosma de aanwijzing van vergunningplichtige omgevingsplanactiviteiten als bedoeld in artikel 5.1 van de Omgevingswet. Het is de vraag of een appellant die deze aanwijzing in beroep ter discussie stelt zonder meer als belanghebbende kan worden aangemerkt wanneer hij slechts de wens heeft bepaalde activiteiten te ondernemen maar een concreet initiatief nog ontbreekt. Een vergelijking op dit punt met het huidige aanlegvergunningstelsel gaat volgens Bosma niet op, omdat deze vergunningplicht in een bestemmingsplan vanwege locatie-specifieke kenmerken wordt opgenomen. Bijvoorbeeld bij de verwachting dat er archeologische waarden in de gronden zitten. De keuze om bepaalde activiteiten wel of niet vergunningplichtig te maken via het omgevingsplan houdt verband met de activiteit zelf en niet met de locatie, zoals een algemene bouwregel over de bouwhoogte.

Bosma concludeert dat hoewel de rechtsbescherming volgens het preadvies toeneemt voor zover het de beroepsmogelijkheden tegen het omgevingsplan betreft en het aantal belanghebbenden zal kunnen toenemen vanwege de verbrede reikwijdte van het omgevingsplan, het nog maar de vraag is of het aantal belanghebbenden daadwerkelijk zal toenemen en of alle aanvullende beroepsmogelijkheden dus te verzilveren zijn.

## 7. Interventie mr. prof. mr. P.J.J. van Buuren

Dan is het woord aan Van Buuren die vooropstelt dat hij onder de indruk is van de kennis van de preadviseurs. Hij zal voornamelijk reageren op Kegge, maar heeft ook een opmerking voor Groot-huijse.

### 7.1 Beroep tegen het omgevingsplan

Van Buuren staat eerst stil bij de nieuwe inwerkingtredingsregeling van het omgevingsplan. In reactie op Kegge wijst Van Buuren op een tweede complicatie in relatie tot het provinciale interventiebesluit dat een ingesteld beroep kan achterhalen. Wanneer een appellant vier weken wacht op een dergelijk besluit, treedt het omgevingsplan in wer-

<sup>6</sup> Vgl. ABRvS 23augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2271, TBR 2017/160 m.nt. Nijmeijer.

king en kunnen er vergunningen op basis daarvan worden verleend. Een appellant kan dan vragen om een voorlopige voorziening, maar dat heeft geen opschortende werking meer. Van Buuren deelt de stelling van Kegge dat de Tegelen-jurisprudentie naar verwachting op dit punt zal worden gecontinueerd. Hiervoor is het wel noodzakelijk dat de voorzieningenrechter van de Afdeling snel reageert. Van Buuren geeft aan dat dit in de praktijk moeilijk zal zijn, omdat de voorzieningenrechter meerdere verzoeken te behandelen heeft. Om onbevredigende schadezaken te voorkomen, stelt Van Buuren voor dat als hoofdregel zal gelden dat de voorzieningenrechter vrij snel schorst tot de behandeling ter zitting.

Van Buuren gaat voorts in op de mogelijkheid om in beroep te gaan tegen een weigering een omgevingsplan vast te stellen. Volgens Kegge kan uit artikel 16.30 van de Omgevingswet worden afgeleid dat afdeling 3.4 van de Awb van toepassing is op de totstandkoming van een dergelijke weigering. Van Buuren memoreert dat dit anders is dan in de Wro. Van Buuren vraagt zich in dit verband af wanneer sprake zal zijn van niet tijdig beslissen. Kegge acht het voorstelbaar dit al na twaalf weken aannemelijk wordt geacht.<sup>7</sup> Volgens Van Buuren is Kegge te voorzichtig op dit punt. Hij verwijst daarvoor naar de uitspraak van de Afdeling van 30 november 2016, waarin de Afdeling overweegt dat de beslistermijn wordt geacht te zijn overschreden indien het bevoegd gezag binnen veertien weken na ontvangst van de aanvraag geen definitief besluit heeft genomen en evenmin een ontwerp van een besluit ter inzage heeft gelegd.<sup>8</sup>

Daarna gaat Van Buuren kort in op de stelling van Kegge dat hij verwacht dat de jurisprudentie over het concrete initiatief tijdens herziening van een bestemmingsplan onder de Omgevingswet zal worden voortgezet. Hiermee wordt gedoeld op de rechtspraak van de Afdeling dat de ruimtelijke aanvaardbaarheid van initiatieven die voldoende concreet zijn ten tijde van de voorbereiding van een bestemmingsplan moet worden beoordeeld bij de vaststelling van een bestemmingsplan. Van Buuren mist hierbij wel de gedachte dat hier een zekere begrenzing aan zal moeten zitten. Dit, omdat er straks sprake zal zijn van één omgevingsplan en niet elk concreet initiatief zal samenhangen met een partiële herziening van het omgevingsplan.

## 7.2 Overgangsrecht

Van Buuren is het met Kegge eens dat het ontbreken van voorschriften over overgangsrecht een gemis is. Van Buuren geeft aan dat hij een puinhoop verwacht wanneer gemeenteraden zelf bepalingen

gaan formuleren. Dat is ook zonde van de juridische energie. Van Buuren verwacht niet dat de wetgever dit alsnog bij AMvB zal gaan regelen, maar hoopt dat er een - mogelijk door VNG te formuleren - standaardbepaling in het omgevingsplan zelf zal worden opgenomen.

## 7.3 Exceptieve toetsing

Over de exceptieve toetsing van planregels zegt Van Buuren dat hij de kans klein acht dat deze onverbindend worden geacht, behoudens gevallen waarin de gemeenteraad nalatig is geweest om een posterieure instructieregel tijdig uit te voeren. Hij verwacht bij gelijkblijvende jurisprudentie niet veel veranderingen op dit punt voor omgevingsplannen. Ten aanzien van de mogelijkheid om in een planprocedure te betogen dat bijvoorbeeld een provinciale instructieregel onverbindend is, geeft Van Buuren aan dat de rechter de bestuurlijke belangenafweging, die is neergelegd in die hogere regel, verregaand zal moeten respecteren. Hij ziet liever niet dat de exceptieve toetsing van de provinciale belangenafweging toegroeit naar de toets van de ruimtelijke belangenafweging door gemeenteraden in bestemmingsplannen, zoals Kegge signaleert. Dat de gemeenteraad na een vernietiging opnieuw aan zet is, is een belangrijk verschil in dezen.

Van Buuren is ook nog niet overtuigd om, vanwege de beperkingen van exceptieve toetsing, dan beroep tegen algemene regels open te stellen zoals Kegge betoogt. Van Buuren verwacht onder meer problemen betreffende de kring van belanghebbenden, gelijk aan wat Bosma voor hem heeft betoogd, alsmede de formele rechtskracht van regels en de vraag of steeds sprake is van voldoende procesbelang. Hij vraagt zich af of Kegge deze praktische bezwaren voldoende heeft overwogen.

## 7.4 Passende beoordeling

Van Buuren richt zich tot slot ook nog tot Groot-huijse en zijn stelling dat artikel 6, lid 3, van de Habitatrichtlijn ruimte biedt voor het doorschuiven van de passende beoordeling naar het moment van verlening van een omgevingsvergunning. Van Buuren ziet in de jurisprudentie van het Hof van Justitie echter geen aanknopingspunt voor de hiervoor benodigde voorwaarde dat een omgevingsplan geen 'plan' is zoals bedoeld in voornoemd artikel. Hij verwijst hiervoor naar het boek 'Gebiedsbescherming in de Wet natuurbescherming' van mr. J. Verbeek, die tot de tegenovergestelde conclusie komt.

Van Buuren sluit af met de algemene opmerking dat hij de conclusie van de preadviseurs deelt dat de waarborgfunctie van de Omgevingswet ten opzichte van de Wro en de Wabo weer sterk vermindert, tevens dat het voor de burger niet eenvoudiger wordt.

<sup>7</sup> Groothuijse & Kegge 2017, p. 93.

<sup>8</sup> ABRvS 30 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3189.



mr. dr. F.A.G. Groothuijse (l) en mr. dr. R. Kegge (r) tijdens de discussie / foto: Rob Kluitenberg

## 8. Vragen en discussie

Na deze twee interventies is er weer gelegenheid voor discussie. Korsse geeft eerst het woord aan Kegge, die in reactie op Bosma stelt dat de uitbreiding van de kring van belanghebbenden inherent is aan keuze voor de verbrede reikwijdte van het omgevingsplan. De Afdeling kan volgens hem busladingen met belanghebbenden verwachten op de Kneuterdijk. Hij verwacht namelijk niet dat op basis van de OPERA-criteria er appellanten niet als belanghebbende zullen worden aangemerkt bij generieke regelingen voor activiteiten in het omgevingsplan.

Verder verwacht Kegge dat de druk op de Afdeling zal toenemen door het afschaffen van de schorsende werking van een verzoek om voorlopige voorziening. Hij is het met Van Buuren eens dat procedurele schorsingen een oplossing kunnen bieden. Mr. J. Verbeek vraagt zich af of dit wel logisch is gelet op de keuze van de wetgever. Kegge is het met Verbeek eens dat er aan de belangen bij directe inwerkingtreding niet lichtvaardig voorbij zou mogen worden gegaan. Mr. ing. B. Rademaker geeft aan dat ook alleen het element waartegen beroep is ingesteld zou kunnen worden geschorst. Dit zou in lijn zijn met de keuze van wetgever om de schorsende werking af te schaffen. Omgevingsplannen hebben namelijk betrekking op veel onderdelen, zodat het volledig schorsen ingrijpend is. Toekennen van schorsende werking zou maatwerk moeten zijn.

In reactie op enkele vragen herhaalt Kegge dat hij ondanks de praktische nadelen voorstander blijft van het generiek openstellen van beroep tegen alle algemene regels in het omgevingsrecht. Kegge stemt vervolgens in met de door Van Buuren genoemde veertien weken-termijn voor een beroep wegens niet tijdig beslissen. Hij stelt voor ten aanzien van concrete initiatieven een criterium te ontwikkelen dat enige samenhang moet bestaan tussen de aard en omvang van de partiële herziening en het initiatief. Kegge vindt het verder de taak van de wetgever om standaardbepalingen voor overgangsrecht te ontwikkelen.

Groothuijse wordt daarna door Korsse in de gelegenheid gesteld te reageren op de interventie van

Van Buuren. Hij geeft aan bekend te zijn met het werk van Verbeek. Hij was redacteur bij haar boek en verwijst ernaar in voetnoot 143 van het preadvies. Hij heeft met zijn stelling over de Natura 2000-toets de knuppel in het hoederhok willen gooien, omdat de dubbele toets hem een doorn in het oog is. Groothuijse legt uit dat hij voor twee ankers ligt. De eerste - het omgevingsplan is geen plan in de zin van de Habitatrictlijn - slaat misschien wel vrij snel los. Groothuijse legt uit dat de rechtspraak van het Hof van Justitie niet op de Nederlandse situatie ziet waarin het bestemmingsplan niet rechtstreeks doorwerkt in de Natura 2000-vergunning. Men zou er dus anders over na kunnen denken. Verder werpt hij op dat als het omgevingsplan een 'plan' is, waarom het Activiteitenbesluit of de Waterschapsverordening dan geen 'plannen' zijn. Daarin kunnen ook activiteiten worden toegestaan met significante gevolgen voor een Natura 2000-gebied. Het tweede anker waar Groothuijse voor ligt is het minder indringendoetsen van de gevolgen voor Natura 2000 bij het omgevingsplan en het zwaartepunt verleggen naar de vergunningverlening. Dit zou volgens hem mogelijk in overeenstemming zijn met de Habitatrictlijn. Hij hoopt dat een van de advocaten in de zaal een keer een poging wil wagen.

Ter afsluiting van de discussie geeft Korsse het woord aan Verbeek. Zij vermoedt dat ondanks dat de Nederlandse situatie nooit bij het Hof heeft voorgelegen het omgevingsplan wel een 'plan' is. Verbeek vindt de opmerking van Groothuijse over het Activiteitenbesluit wel interessant, omdat het Hof voor de uitleg van de Habitatrictlijn ook kijkt naar de MER-richtlijn en het Hof in dat kader heeft aangegeven dat algemene regels onder het plan-begrip van de MER-richtlijn vallen. Ten aanzien van het tweede anker hoopt Verbeek dat het Hof hierover meer duidelijkheid gaat verschaffen in de PAS-zaken. Ook merkt zij op dat de onderzoeksplicht voor het omgevingsplan wellicht anders is omdat het uitgangspunt van maximale planinvulling is losgelaten.

Na een slotwoord van het oudst aanwezige lid mr. N.D.L. Rodrigues Lopes bedankt voorzitter Sluysmans de sprekers en sluit de vergadering. ●



# Fundamentele herziening van het toezicht op de bouw; beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald?

Overwegingen bij lezing van het proefschrift van mr. ing. P.M.J. de Haan: 'De preventieve en de repressieve toetsing aan bouwtechnische voorschriften in het publiek bouwrecht; constructieve veiligheid nader beschouwd'

– Prof. mr. D.A. Lubach<sup>1</sup>

**P**eter de Haan heeft in zijn proefschrift verslag gedaan van een uitvoerig juridisch onderzoek naar de voornemens om te komen tot een verandering in het systeem van het toezicht op de kwaliteit van de bouw. Dit onderwerp is al betrekkelijk lang in discussie. De kwaliteit van het gemeentelijk bouwtoezicht wordt al geruime tijd betwijfeld. In deze discussie heeft de minister in 2016 een knoop doorgehakt. In het toen geïntroduceerde wetsontwerp wordt gekozen voor het afschaffen van de preventieve toets door de gemeente en het bouwtoezicht geprivatiseerd. Evenwel niet helemaal want de gemeente toetst op een specifieke manier achteraf. Deze hybride situatie heeft geleid tot veel discussie en tot vertraging in het wetgevingsproces. De Haan betoont zich in zijn boek een voorstander van de beoogde wijzigingen. Hoe komt hij daartoe?

Het boek behandelt de problematiek op een gerordende manier. Er wordt een probleemstelling

geformuleerd die uitgewerkt wordt in een (groot) aantal onderzoeksvragen. Daarin gaat het enerzijds om knelpunten in het bestaande systeem, waarvoor de voorgestelde wijzigingen een oplossing beogen te bieden en anderzijds om 'aandachtspunten' waarover de hierboven bedoelde discussie gaat.

## 1. Aanleiding

**B**egonnen wordt met de analyse van knelpunten in het bestaande systeem, die zijn inziens tot dan toe gebrekkig was, ondanks de veelheid van onderzoeken voorafgaand aan het wetsontwerp. De discussie begint met het verschijnen van het rapport van de commissie Dekker<sup>2</sup> in 2008. De Haan is het met de commissie Dekker eens dat de kwaliteit van het gemeentelijk bouwtoezicht te wensen overlaat. Dat lijkt mij in vele gevallen juist, hoewel niet vast staat dat dat over de hele linie het geval is.

<sup>2</sup> S. Dekker e.a. Privaat wat kan, publiek wat moet. Vertrouwen en Verantwoordelijkheid in het Bouwproces. Commissie Fundamentele Verkenning Bouw 2008. Men kan zich afvragen of dit adagium in 2018 nog even sterk wordt onderschreven als dat in 2008 wellicht het geval was.

<sup>1</sup> Dick Lubach is als (emeritus-) hoogleraar Bouwrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen verbonden.

De incidenten die er in de laatste jaren zijn geweest hebben – hoewel nog niet alle geëvalueerd- wel laten zien dat er in bepaalde gevallen gebreken zijn te constateren. Of dat betekent dat het gemeentelijk bouwtoezicht als systeem niet deugt is m.i. echter niet zeker. In de MvT<sup>3</sup> bij het wetsontwerp wordt zonder veel achtergrondinformatie betoogd dat de toegenomen complexiteit van het bouwen de gemeenten bij de uitvoering van haar preventief toezende taak voor problemen stelt. Dat moge waar zijn, maar om daaraan tegemoet te komen is het in beginsel ook mogelijk om de kwaliteit van de gemeentelijke toezichthouders te verbeteren, dan wel het toezicht te verbeteren door het inhuren van externe expertise. Terecht wijst Neerhof<sup>4</sup> er op dat de omstandigheid dat private instellingen meer kennis in huis hebben niet hoeft in te houden dat het toezicht aan hen wordt overgelaten. De belangen van de private instelling kunnen contrasteren met het publiek belang.

Interessant is dat de Haan eveneens met de commissie Dekker wijst op de onduidelijkheid in het bestaande stelsel van de positie van de private partijen: de architect en de constructeur. Degene die de vergunning aanvraagt is er verantwoordelijk voor dat het ontwerp aan het Bouwbesluit voldoet. In het huidige stelsel zijn de private partijen geen actoren bij de preventieve toetsing (p. 62)

## 2. Rechterlijke toetsing

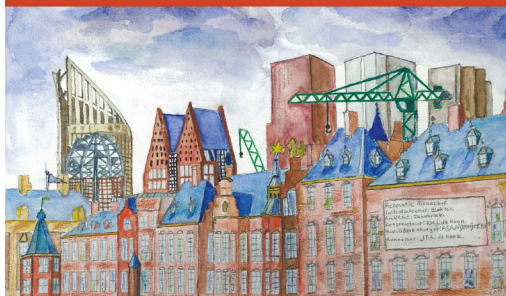
De verantwoordelijkheid voor de juistheid van de preventieve toetsing in het huidige systeem volledig bij de publieke organen ligt heeft er mede toe geleid dat sedert 2007 de wijze van toetsing van de vergunningsaanvraag aan het Bouwbesluit is gewijzigd in een aannemelijkheidstoets. In de praktijk zou het onmogelijk zijn het bouwwerk volledig te toetsen aan de eisen van het Bouwbesluit. De Haan ziet daarin een probleem in die gevallen waarin het probleem zwart-wit is. Voldoet het voorschrift aan de vereiste maatvoering is een met ja of nee te beantwoorden vraag. Als de rechter deze vraag vol toetst- wat hij doet-zou dat op gespannen voet staan met de genoemde aannemelijkheidstoets. Deze toets zou beoordelingsvrijheid inhouden, in welk geval de rechter terughoudend zou moeten toetsen. Ik zou menen dat dat gelet op de reden waarom de aannemelijkheidstoets is ingevoerd, de praktische onmogelijkheid om elk bouwwerk volledig aan alle eisen van het Bouwbesluit te toetsen, niet betekent dat wanneer duidelijk uit de stukken blijkt dat maatvoeringen niet kloppen, hetgeen relatief makkelijk is te constateren, de rechter daarover geen eenduidig oordeel zou mogen uitspreken. De aannemelijkheidstoets staat er niet aan in de weg

3 Kamerstukken II 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 7.

4 A.R. Neerhof, Private kwaliteitsborging als wetgevingsvraagstuk, *Regelmaat*, 2016(31)3, p. 19.

## De preventieve en de repressieve toetsing aan bouwtechnische voorschriften in het publieke bouwrecht

Constructieve veiligheid nader beschouwd



mr. ing. P.M.J. de Haan

ibr  
Instituut voor Bouwrecht

dat wanneer er kennelijk strijd is met de voorschriften en het dus meer dan aannemelijk is dat het bouwplan niet deugt, de vergunning daarom eens te meer moet worden geweigerd. En dat kan door de rechter m.i. vol worden getoetst. Of de rechter voldoende geëquipeerd is om de toetsing aan het Bouwbesluit na te toetsen is een bekende en negatief te beantwoorden vraag. Dat wordt ook door de Haan nog eens geconstateerd.

Hij behandelt de vraag naar de problemen bij de rechterlijke toetsing in het huidige systeem om te kunnen nagaan of de gewijzigde verhoudingen in het wetsvoorstel voor de rechterlijke toetsing verschil zouden maken. Daarover zegt hij in par 8.8 dat z.i. de rechtsbescherming tegen de omgevingsvergunning niet is gewijzigd. Formeel is dat juist maar inhoudelijk zal de rechterlijke toetsing toch veranderen om dat deze meer formeel van aard wordt. Het probleem van het gebrek aan technische kennis van de rechter zal minder pregnant zijn omdat deze slechts hoeft te beoordelen of volgens de juiste procedure en met de juiste instrumenten wordt gebouwd.

## 3. Handhavingsbevoegdheid

Wat wel blijft is de handhavingsbevoegdheid van het bevoegd gezag. Dat houdt in dat van een volledige privatisering van het bouwtoezicht niet

kan worden gesproken. De verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag verschuift maar verdwijnt niet. Terecht zegt De Haan daarvan dat dat aspect voor het deels publiekrechtelijk karakter van het bouwtoezicht belangrijker is dan het feit dat de nieuw op te richten toelatingsorganisatie de vorm heeft van een ZBO.

Maar die handhavingsbevoegdheid verandert wel onder het nieuwe stelsel. Het ligt immers niet voor de hand dat waar de primaire bevoegdheid voor het voldoen aan de eisen bij de private partijen wordt gelegd het bevoegd gezag met voorbijgaan aan met name de toelatingsorganisatie zelfstandig en actief handhaaft.<sup>5</sup> Aan de private partijen moet de mogelijkheid worden geboden oplossingen te zoeken voor de geconstateerde gebreken. Ongelukkig is verder dat het voorgestelde systeem er enerzijds van uitgaat dat het bevoegd gezag er op mag vertrouwen dat overeenkomstig de voorschriften wordt gebouwd en het anderzijds toch de exclusieve bevoegdheid tot handhaving behoudt. Daar komt nog bij dat het goeddeels afhankelijk is van de informatie die het krijgt van derden en/of de private partijen. De Haan is het in dit opzicht eens met Moesker<sup>6</sup> die spreekt van 'systeemcollisie' (p.190). Bij de behandeling van het wetsontwerp is een amendement aangenomen dat het bevoegd gezag een instrument verschaft om aan de handhavingsbevoegdheid een meer gerichte toepassing te geven. Bij de vergunningaanvraag moet een risicobeoordeling worden verstrekt. Desalniettemin is de Haan van oordeel dat de verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag onduidelijk is omdat onduidelijk is in hoeverre het bevoegd gezag van zijn bevoegdheid tot handhaving gebruik dient te maken (p. 202).

Uit de introductie van de eis van een risicobeoordeling bij de vergunningaanvraag leidt hij wel af dat 'de aansprakelijkheidslat' voor de gemeente lager komt te liggen (p. 204). De gemeente behoort immers te weten waar de risico's liggen. Als die zich vervolgens verwezenlijken en de gemeente handhaaft niet adequaat kan de gemeente 'mogelijk sneller succesvol aansprakelijk worden gesteld'. Als men dat vergelijkt met de titel van par 6.10.4 die betrekking heeft op het huidige stelsel: 'Weinig kans op een succesvolle aansprakelijkheidsstelling gemeente bij falend bouwtoezicht' is dat een opvallende uitkomst van een wetgevingsoperatie die geacht wordt het bouwtoezicht te privatiseren. Niet zo gek dan dat de VNG meer duidelijkheid over de gemeentelijke aansprakelijkheid wenst. De Haan

vindt dat evenwel niet nodig want ook in het huidige systeem is er geen specifiek wettelijke regeling.

#### 4. Nieuwe stelsel en alternatieven

Tijdens de voorbereiding van het wetsontwerp zijn er diverse rechtsvergelijkende onderzoeken geweest. De Haan doet daarvan kort verslag. Hij concludeert dat ervaringen in het buitenland geen positief beeld laten zien van de invoering van een stelsel van kwaliteitsborging voor de bouwkwaliteit, en dat moet worden gevreesd voor een verslechtering van de bouwkwaliteit in Nederland als een dergelijk stelsel hier wordt ingevoerd. Over de uitgevoerde pilots in diverse Nederlandse steden merkt hij op dat daarin ofwel geen aandacht aan de bouwkwaliteit wordt gegeven, dan wel dat daarin blijkt dat deze verslechtert.

Al met al levert het onderzoek dus geen positieve uitkomst op en de Haan concludeert dat invoering van het nieuwe stelsel 'mogelijk niet leidt tot de beoogde verhoogde bouwkwaliteit' (p. 231). Hij zoekt daarom naar alternatieven. Het daaraan gewijde hoofdstuk bevat een aantal ongelijksoortige onderdelen.

Merkwaardigerwijze onderzoekt hij ten eerste de vraag of ook de handhavingsbevoegdheden bij het bevoegd gezag kunnen worden weggenomen. Gelet op het voorgaande is het onduidelijk waarom dat een verhoogde bouwkwaliteit zou opleveren. Gelukkig concludeert hij dat zowel de Grondwet als het EVRM daaraan in de weg staan. Het globale onderzoek naar de financiële gevolgen en de regel-druk levert ook al geen positieve uitkomsten voor het voorgestelde stelsel op. Een reden te meer voor een onderzoek naar alternatieven, aldus de Haan.

De besproken onderwerpen zijn deels aanvullingen op het voorgestelde systeem en geen alternatieven daarvoor. De onder meer door Neerhof<sup>7</sup> bepleite ingebruiknamevergunning wordt door De Haan wel ondersteund en de argumenten van de regering daartegen die er op neer komen dat de gemeente een te grote aansprakelijkheid zou krijgen deugen inderdaad niet, maar pogingen vanuit de Tweede Kamer om deze verduidelijking van de positie van het bevoegd gezag geregeld te krijgen lopen om oneigenlijke redenen (de Raad van State zou weer om advies moeten worden gevraagd en dat duurt te lang) op niets uit. Het alsnog kiezen voor een duaal stelsel, dat overigens in het buitenland geen positieve effecten heeft, kan rekenen op een 'verklaring van geen bezwaar' van De Haan. Maar dat dat, nadat daarvoor in de discussie over een mogelijke stelselwijziging uitdrukkelijk niet is gekozen, een kans krijgt, lijkt onwaarschijnlijk.

<sup>5</sup> Zie ook D.A.Lubach, Bestuursrechtelijke aspecten van bevoegdheden en aansprakelijkheden van het bevoegd gezag in het wetsvoorstel kwaliteitsborging voor het bouwen; advies 2016 aan de minister voor Wonen en Rijksdienst.

<sup>6</sup> H.C.W.M. Moesker, Wetsvoorstel Wet kwaliteitsborging voor het bouwen. Handhaving tijdens en na de bouw. Systeemcollisie? In: *Actualiteiten Bouwrecht*, 28 april 2016

<sup>7</sup> Onder meer in zijn preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht (nr. 42) in 2014.

Het werken met 'erkend technische oplossingen' is, zoals de Haan terecht concludeert, geen volledig alternatief voor kwaliteitsborging maar kan wel nuttig zijn voor verbetering van de bouwkwaliteit. In de Tweede Kamer is gepleit voor een verplichte repressieve toetsing door het bevoegd gezag. De Haan heeft hier als bezwaar dat de gemeentelijke diensten of als alternatief daarvoor regionale omgevingsdiensten te zwaar zouden worden belast en daarvoor onvoldoende kwaliteit hebben. Al met al ziet hij geen goede alternatieven voor het voorgestelde stelsel.

Waarom dan toch niet kiezen voor het wellicht van meet af aan meest voor de hand liggende alternatief: versterking van de kwaliteit van de publieke sector? Maar dat is naar het oordeel van

De Haan een mission impossible: 'Met de aantrekende bouwsector zullen afgestudeerden liever niet kiezen voor een baan als ambtenaar. Jarenlang is door bezuinigingen roofbouw gepleegd op de gemeentelijke afdelingen bouw- en woningtoezicht. De gemeente is daarom in zoverre geen aantrekkelijke werkgever' (p. 268). Dat lijkt mij een zwakke motivering voor de steun aan een stelselverandering waarvan hij zelf in zijn onderzoek heeft laten zien dat het-mogelijkerwijs- niet aan de beoogde kwaliteitsverbetering zal bijdragen.

Nu de Eerste Kamer de behandeling van het wetsontwerp in de zomer van 2017 heeft uitgesteld is er ruimte voor reflectie op de wet. Zou hier niet moeten gelden: beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald? ●

TBR 2018/40

# Bouwkundige aankoopkeuring standaard in de NVM-koopovereenkomst

– Mr. C.T. Klepper<sup>1</sup>

Vanaf 1 februari 2018 is standaard een bepaling over een bouwkundige aankoopkeuring opgenomen in de NVM-koopovereenkomst. In het nieuwe model is bepaald dat de koper zich verbindt om de woning te kopen, onder de *ontbindende voorwaarde* dat uiterlijk op een bepaalde datum uit een keuringsrapport blijkt dat de kosten voor direct noodzakelijk herstel van gebreken of achterstallig onderhoud, hoger zijn dan een bepaald bedrag.

In deze bijdrage wordt kort weergegeven hoe de oude situatie was en welke consequenties de verandering heeft. Vervolgens komt aan de orde hoe de bouwkundige aankoopkeuring zich verhoudt tot de onderzoeksplicht van de koper, zowel in de situatie met als zonder een zogenaamde *ouderdomsclausule*.

## 1. Oude situatie

Voor 1 februari 2018 was in de NVM-koopovereenkomst niets opgenomen over een bouwkundige aankoopkeuring. De onderzoeksplicht van de koper legde in die situatie de verantwoordelijkheid op de koper om het initiatief te nemen tot een dergelijk onderzoek. Dat onderzoek kon grofweg op drie momenten plaatsvinden: i) tijdens de onderhandelingen met de verkoper; ii) tijdens de bedenktijd van drie dagen na ondertekening van de koopovereenkomst<sup>2</sup>; iii) na het verlopen van de bedenktijd.

Het nadeel van de eerste situatie was dat de koper geen aanspraak kon maken op de woning; de verkoper was gedurende de periode van het onderzoek vrij om de woning aan een derde te verkopen. Ook aan de tweede situatie kleefde een nadeel: als het bouwkundige onderzoek om welke reden dan ook niet binnen de termijn van drie dagen na aankoop kon worden uitgevoerd, had de

verkoper geen recht meer om de overeenkomst te ontbinden indien de uitkomsten van het onderzoek daartoe aanleiding gaven. Daarom werd in de praktijk veelal voor de derde optie gekozen, waarbij een ontbindende voorwaarde in de koopovereenkomst werd opgenomen. Het initiatief daarvoor lag dus bij de koper.

## 2. Huidige situatie

Het model van de koopovereenkomst voor een bestaande eengezinswoning is per 1 februari 2018 aangepast.<sup>3</sup> Artikel 15 (ontbindende voorwaarden) bevat een nieuw sub c, waarin is bepaald: *Deze koopovereenkomst kan door de koper worden ontbonden indien uiterlijk op [datum] uit het rapport van een bouwtechnische keuring uitgevoerd door [instantie/persoon]/nader te bepalen \* blijkt dat de kosten van direct noodzakelijk herstel van gebreken en achterstallig onderhoud een bedrag van € [bedrag], zegge [bedrag], te boven gaan of als aanvullend specialistisch onderzoek wordt aanbevolen. Als de keurder bij onderdelen in het rapport een bandbreedte in de herstellkosten aanhoudt, wordt uitgegaan van het hoogste bedrag.*

Wanneer de koper een beroep doet op de ontbindende voorwaarde, dan dient hij dat binnen een afgesproken termijn, schriftelijk en goed gedocumenteerd, via de gangbare communicatiemiddelen mee te delen aan de verkoper of diens makelaar.<sup>4</sup> Voltoet de melding aan deze voorwaarden, dan geldt de koopovereenkomst als ontbonden.

Als de verkoper de woning per se wil verkopen zonder ontbindende voorwaarde voor de bouwkundige keuring, dan moet de bepaling worden doorgestreept in de koopovereenkomst. Het is dan aan de koper om beslissen of hij de woning onder deze voorwaarden wil kopen, en zo ja tegen welke prijs.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Het model 2018 is vastgesteld door de NVM, VastgoedPRO, VBO Makelaar, de Consumentenbond en Vereniging Eigen Huis.

<sup>4</sup> Art. 15.3 NVM-Modelovereenkomst.

<sup>5</sup> De NVM adviseert dat partijen in die situatie in onderhandeling treden over de prijs van de woning ten opzichte van de afspraken over de te verwachten kwaliteit van de woning.

<sup>1</sup> Cornelis Klepper is advocaat bij BVD advocaten.

<sup>2</sup> Art. 7:2 lid 2 BW.

### 3. Onderzoeksplicht en ouderdomsclausule

De verplichting van de koper om hetgeen hij koopt te onderzoeken, volgt in algemene zin uit de wet.<sup>6</sup> De verplichting staat tegenover de mededelingsplicht van de koper. Van een werkelijke, afdwingbare verplichting is geen sprake. Veel meer moet de onderzoeksplicht worden gezien als een verantwoordelijkheid van de koper. Immers: de koper kan geen beroep doen op non-conformiteit wanneer hij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was of redelijkerwijs bekend kon zijn met gebreken aan het gekochte.<sup>7</sup>

In de NVM-Modelovereenkomst (model 2018) is een en ander nader uitgewerkt. De koper neemt de woning over met alle zichtbare en onzichtbare gebreken (6.1), maar de verkoper garandeert dat de woning bij de overdracht de feitelijke eigenschappen zal bezitten die nodig zijn voor een normaal gebruik (6.3).<sup>8</sup> Gebreken die het normale gebruik belemmeren en die aan koper bekend of kenbaar zijn op het moment van het tot stand komen van de koopovereenkomst, komen voor rekening en risico van koper. Daarin ligt de onderzoeksplicht van de koper besloten.

In de praktijk komt het veelvuldig voor dat de koper na aankoop van de woning gebreken constateert, waarvoor hij de verkoper aansprakelijk wil stellen. Slechts gebreken die het normale gebruik van de woning belemmeren, komen daarvoor dan in aanmerking. Vervolgens moet bepaald worden of de gebreken bekend of kenbaar waren ten tijde van het tot stand komen van de overeenkomst. Concreet moet dan bepaald worden of de gebreken bij adequaat bouwkundig onderzoek aan het licht waren gekomen. Als dat het geval is, en de koper heeft nagelaten zulk onderzoek te laten uitvoeren, blijven de gebreken voor zijn rekening en risico. Als dat niet het geval is, dan kunnen de herstelkosten van de gebreken in beginsel op de verkoper worden verhaald.

Hoe uitgebreid het bouwkundige onderzoek moet zijn, is niet contractueel geregeld. Ook in de rechtspraak zijn daarover bij mijn weten geen eenduidige uitspraken gedaan. Wel wordt in het algemeen aangenomen dat van de koper geen destructief onderzoek wordt verwacht.<sup>9</sup> Bovendien wordt de onderzoeksplicht van de koper (onder meer) ingekleurd door de mededelingen die de ver-

koper doet.<sup>10</sup> Volgens vaste jurisprudentie kan de verkoper geen beroep doen op het verzaken van de onderzoeksplicht van de koper, indien hij zelf zijn mededelingsplicht heeft geschonden.<sup>11</sup>

Ingewikkelder wordt het wanneer in de koopovereenkomst een zogenaamde *ouderdomsclausule* wordt opgenomen. In het NVM-Model is geen standaardbepaling daarvoor opgenomen, zodat de bewoording van een dergelijke clausule afhankelijk is van partijen. In de praktijk komen dan ook verschillende varianten voor. Normaliter heeft de clausule de strekking dat de koper zich bekend verklaart met de ouderdom van de woning en met het feit dat de eisen die aan de bouwkundige kwaliteit van de woning mogen worden gesteld anders liggen dan bij nieuwe woningen. In sommige clausules verklaart de verkoper expliciet dat hij niet instaat voor de kwaliteit van specifiek benoemde onderdelen van de woning. Andere clausules bepalen expliciet dat het geheel of ten dele ontbreken van de eigenschappen die nodig zijn voor normaal gebruik, voor rekening en risico van de koper komen.

De veelvormigheid van de ouderdomsclausule maakt het moeilijk om in het algemeen de juridische betekenis daarvan te duiden. De verhouding tussen de normaal gebruik-clausule en de ouderdomsclausule is grotendeels afhankelijk van de tekst van laatstgenoemde bepaling. De rechtspraak met betrekking tot die verhouding is dan ook erg casuïstisch. In sommige gevallen wordt de normaal gebruik-clausule prevalerend ten opzichte van de ouderdomsclausule uitgelegd.<sup>12</sup> In andere gevallen wordt geoordeeld dat de ouderdomsclausule meebrengt dat de verkoper niet instaat voor de eigenschappen die nodig zijn voor normaal gebruik en die door ouderdom van de woning teniet zijn gegaan.<sup>13</sup> Bepalend is steeds de specifieke tekst van de clausule.<sup>14</sup>

In het algemeen wordt wel aangenomen dat de ouderdomsclausule slechts ziet op gebreken die door de ouderdom van de woning zijn veroorzaakt.

<sup>10</sup> Zie hierover uitgebreider de noot van Dammingh: HR 16-12-2016 ECLI:NL:HR:2016:2884, TBR 2017/152 m nt Dammingh.

<sup>11</sup> HR 14 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0407 (Van Dalfsen/Kampen), NJ 2008, 588 waarin tevens de uitzondering op dat uitgangspunt aan de orde komt. Zie daarvoor ook: W.L. Valk: 'De rol van de mededelingsplicht in gevallen van non-conformiteit', NTBR 2009, 18.

<sup>12</sup> Rechtbank Rotterdam 9 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:NL:2014:5758, r.o. 4.14; zie ook rechtbank Den Haag 6 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14351, r.o. 4.24.

<sup>13</sup> Als partijen dat beogen, lijkt het mij duidelijker om de normaal gebruik-clausule daarop af te stemmen, in die zin dat verkoper instaat voor de eigenschappen die nodig zijn voor normaal gebruik, behoudens voor zover die eigenschappen door ouderdom van de woning teniet zijn gegaan.

<sup>14</sup> Zie hierover nader o.a. H.W. Heyman en S.E. Bartels, Vastgoedtransacties. Koop, Den Haag: BJu 2012, p. 347 en P. Klik, Conformiteit bij koop (Serie Recht&Praktijk), Deventer: Kluwer 2008, Daarnaast J.J. Dammingh, 'Non-conformiteit en de NVM-koopakte', TvC 2009-3, p. 127 e.v.

<sup>6</sup> Art. 7:17 lid 5 BW.

<sup>7</sup> Idem noot 5.

<sup>8</sup> Zie voor de uitleg van het begrip *normaal gebruik*: HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2414.

<sup>9</sup> Zo overwoog de rechtbank Rotterdam ten aanzien van scheuren in muren en plafonds, welke scheuren zich achter gipsplaten bevonden, zie Rechtbank Rotterdam 9 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:NL:2014:5758, r.o. 4.6.

Gebreken die bijvoorbeeld zijn ontstaan door een ontwerp- of uitvoeringsfout bij (de) (ver)bouw van de woning, vallen veelal buiten de reikwijdte van de ouderdomsclausule. Dit uitgangspunt brengt mee dat bij ontdekking van een gebrek steeds gekeken moet worden wat de oorzaak van het gebrek is: ouderdom van de woning/slijtage/achterstallig onderhoud (voor rekening en risico koper) of een ontwerp- of uitvoeringsfout (voor rekening en risico verkoper). Een voorbeeld van die laatste situatie doet zich bijvoorbeeld voor wanneer scheuren in de muren van een woning ontstaan doordat de kapconstructie onjuist is uitgevoerd, waardoor te hoge spanningen op de muren staan.

#### 4. Conclusie

Waar voorheen het initiatief voor het opnemen van een ontbindende voorwaarde t.a.v. een bouwtechnische keuring bij de koper lag, voorziet de nieuwe NVM-Modelovereenkomst standaard in een dergelijk beding. De koper wordt daardoor aangespoord te voldoen aan zijn onderzoeksplicht. Als de verkoper een ouderdomsclausule in de koopovereenkomst op wil nemen, doen partijen er verstandig aan duidelijk vast te leggen hoe de verhouding tussen die clausule en de normaal gebruik-clausule is. ●

licentie verstrekt aan:  
kimmeldpunt@nautadutilh.com  
NautaDutilh  
IBR Publicatie - 18-02-2020

## Jurisprudentie – I. Ruimtelijk ordeningsrecht

### TBR 2018/41

**Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 27 december 2017, No. 201608182/1/A1, ECLI:NL:RVS:2017:3569 (Beheersverordening Borger-Odoorn)**

(Mr. H.H. Lubberding, mr. S.F.M. Wortmann en mr. E.J. Daalder)

**Wro: art. 3.38 lid 1, art. 3.39 lid 1; Awb: art. 5:32, art. 7:11 lid 2, art. 8:72 lid 3 onder b, art. 8:104**

Oplegging last onder dwangsom. Wijziging bestemming met beheersverordening. Gedeeltelijk onverbindende verordening wordt geacht nooit gebonden te hebben gebonden en nooit in werking te zijn getreden. Bestemmingsplan niet van rechtswege vervallen. Onverbindendheid beheersverordening heeft hetzelfde gevolg als vernietiging bestemmingsplan. Zelf in zaak voorzien door herroeping besluit op bezwaar en vernietiging van dat besluit. Uitspraak treedt in de plaats van vernietigde besluit

(Zie ook *ABRvS 10-1-2018, TBR 2018/42 m.nt. H.Ĵ. de Vries, hierna opgenomen, Red.*)

#### Overwegingen

**1.** Partij is eigenaar van het perceel. Ingevolge de op 26 juni 2013 in werking getreden beheersverordening ‘Buitengebied’ is aan het perceel de bestemming ‘Wonen’ toegekend. In het aan de beheersverordening voorafgaande bestemmingsplan ‘Borger, Buitengebied’ (hierna: het bestemmingsplan) had het perceel de bestemming ‘Grondgebonden Agrarisch Bedrijf’. In februari 2015 is door [partij] op het perceel een mestscheidingsinstallatie geplaatst, waarin mest gescheiden wordt die afkomstig is van boeren uit de omgeving.

**2.** Bij het besluit van 20 juli 2015 heeft het college (partij) aangeschreven om het gebruik van de mestscheidingsinstallatie te staken en gestaakt te houden wegens strijd met de op dat moment geldende beheersverordening. Bij het besluit van 11 december 2015 heeft het college het bezwaar van [partij] gegrond verklaard en het besluit van 20 juli 2015 herroepen. Aan dat besluit heeft het college ten grondslag gelegd dat de beheersverordening onverbindend is wegens strijd met artikel 3.39, eerste lid, van de Wet ruimtelijke ordening (hierna: de Wro), omdat op het perceel ingevolge het bestemmingsplan niet de bestemming ‘Wonen’ rustte, en het perceel in de beheersverordening wel als zodanig is bestemd. Volgens het college is met de inwerkingtreding van de beheersverordening het daaraan voorafgaande bestemmingsplan van rechtswege vervallen. Het college was derhalve niet

bevoegd handhavend op te treden. [appellant] kan zich hier niet mee verenigen. Hij stelt hinder te ondervinden als gevolg van het gebruik van die mestscheidingsinstallatie.

**3.** De rechtbank heeft vastgesteld dat tussen partijen niet in geschil is dat de beheersverordening, wat het perceel betreft, onverbindend is omdat niet het destijds bestaande gebruik op het perceel in de beheersverordening is vastgelegd. Hierdoor kan geen sprake zijn van overtreding van de beheersverordening. De rechtbank heeft voorts overwogen dat evenmin sprake kan zijn van overtreding van het voorheen geldende bestemmingsplan, nu het bestemmingsplan met de inwerkingtreding van de beheersverordening op 26 juni 2013 op grond van artikel 3.39, eerste lid, van de Wro van rechtswege is vervallen. Het college heeft zich in het besluit van 11 december 2015 naar het oordeel van de rechtbank derhalve terecht op het standpunt gesteld dat het niet bevoegd was om handhavend op te treden.

**4.** Appellant betoogt dat de rechtbank ten onrechte uitgaat van de onverbindendheid van de beheersverordening. Ten tijde van de vaststelling van beheersverordening was het feitelijk bestaand gebruik van het perceel volgens hem wonen, waardoor ‘wonen’ in de beheersverordening kon worden toegestaan. Daarnaast voert [appellant] aan dat indien moet worden aangenomen dat de beheersverordening wat het perceel betreft wel onverbindend is, anders dan de rechtbank heeft overwogen, moet worden teruggevallen op het aan de beheersverordening voorafgaande bestemmingsplan, hetgeen ook volgt uit de uitspraak van de Afdeling van 12 augustus 2015 (ECLI:NL:RVS:2015:2587).

**4.1.** Artikel 3.38, eerste lid, van de Wro, luidt: ‘Onverminderd de gevallen waarin bij of krachtens wettelijk voorschrift een bestemmingsplan is vereist, kan de gemeenteraad in afwijking van artikel 3.1 voor die delen van het grondgebied van de gemeente waar geen ruimtelijke ontwikkeling wordt voorzien, in plaats van een bestemmingsplan een beheersverordening vaststellen waarin het beheer van dat gebied overeenkomstig het bestaande gebruik wordt geregeld.’

Artikel 3.39, eerste lid, luidt: ‘Op het tijdstip van inwerkingtreding van een beheersverordening voor een gebied waarvoor een bestemmingsplan geldt, vervalt het bestemmingsplan voor zover het op dat gebied betrekking heeft.’



**4.2.** De rechtbank is het college terecht gevolgd in zijn standpunt dat de beheersverordening, wat het perceel betreft, onverbindend is omdat het perceel onder het bestemmingsplan de bestemming 'Grondgebonden Agrarisch Bedrijf' had en dit onder de beheersverordening de bestemming 'Wonen' is geworden. Weliswaar kan bij een beheersverordening ook feitelijk bestaand gebruik, dat in strijd was met het voorheen geldende planologische regime, worden toegestaan, maar dat laat onverlet dat aan de vaststelling van een beheersverordening een deugdelijke planologische afweging ten grondslag dient te liggen. Dat geldt te meer voor zover met een beheersverordening illegaal bestaand gebruik, dan wel planologisch niet volledig gereguleerd gebruik, wordt toegestaan (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 14 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2467). Uit de beheersverordening noch uit de toelichting daarbij blijkt dat de raad van de gemeente Borger-Odoorn heeft vastgesteld dat op het perceel feitelijk sprake was van wonen of dat door de vaststelling van de beheersverordening werd beoogd om illegaal bestaand gebruik toe te staan. Het college heeft bovendien ter zitting toegelicht dat de bestemming op het perceel in de beheersverordening onbedoeld is gewijzigd en dat in de op 28 januari 2016 vastgestelde Herziening Beheersverordening Buitengebied 2016 de agrarische bestemming, zoals deze was opgenomen in het bestemmingsplan, is hersteld.

Gelet op het voorgaande moet de beheersverordening in zoverre onverbindend worden geacht.

**4.3.** De vaststelling in deze zaak dat de beheersverordening, voor zover deze betrekking heeft op het perceel, onverbindend is, heeft tot gevolg dat de beheersverordening in zoverre geacht moet worden van aanvang af niet te hebben gebonden en niet in werking te zijn getre-

den als bedoeld in artikel 3.39, eerste lid, van de Wro. Gelet hierop heeft het in artikel 3.39, eerste lid, van de Wro opgenomen rechtsgevolg, namelijk het vervallen van het aan de beheersverordening voorafgaande bestemmingsplan, zich wat het perceel betreft niet voorgedaan. Dit betekent dat de onverbindendheid van de beheersverordening, wat het perceel betreft, ertoe leidt dat voor de beantwoording van de vraag of het college in dit geval bevoegd was handhavend op te treden tegen het gebruik van de mestscheidingsinstallatie op het perceel, dient te worden teruggevallen op het bestemmingsplan. Daarmee heeft de onverbindendheid van de beheersverordening hetzelfde gevolg als de vernietiging van een bestemmingsplan.

Het betoog slaagt.

**5.** Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep tegen het besluit van 11 december 2015 gegrond verklaren en dit besluit vernietigen. Nu het besluit van 20 juli 2015 was gebaseerd op strijd met de beheersverordening, door de raad op 28 januari 2016 de Herziening Beheersverordening Buitengebied 2016 is vastgesteld, en partijen ter zitting hebben toegelicht dat het college op grond van laatstgenoemde beheersverordening opnieuw tot handhavend optreden is overgegaan, zal de Afdeling in dit geval met het oog op de beëindiging van het geschil zelf in de zaak voorzien door het besluit van 20 juli 2015 te herroepen. De Afdeling zal bepalen dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit.

**6.** Het college dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld. (*Enz., enz., Red.*)

## TBR 2018/42

**Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 10 januari 2018, No. 201608398/1/A1, ECLI:NL:RVS:2018:53 (Beheersverordening Zundert)**

(Mr. H.H. Lubberdink, mr. J.C. Kranenburg, mr. J.Th. Drop)

**Wro: art. 3.38 lid 1, art. 3.39 lid 1; Awb: art. 8:3, art. 8:104**

Weigering omgevingsvergunning bouwen. Beheersverordening beperkt mogelijkheden uit voorafgaande bestemmingsplan. Gedeeltelijk onverbindende verordening wordt geacht nooit te hebben gebonden en nooit in werking te zijn getreden. Bestemmingsplan niet van rechtswege vervallen. Onverbindendheid beheersverordening heeft hetzelfde gevolg als vernietiging bestemmingsplan

**Met noot H.J. de Vries, Red.**

### Overwegingen

#### Inleiding

**1.** Camping 't Oekeltje exploiteert een camping aan de Breedschotsestraat 10a te Rijsbergen. De camping bestaat onder meer uit diverse standplaatsen, waarop objecten voor recreatief nachtverblijf staan. Camping 't Oekeltje heeft een aanvraag ingediend voor de realisatie van een stacaravan met een oppervlakte van 84 m<sup>2</sup> op het perceelsgedeelte dat bestaat uit de kavels met nummers A70, A83 en A86.

**2.** Het college heeft de aanvraag getoetst aan de op 10 december 2013 vastgestelde beheersverordening 'Kampeerterrein 't Oekeltje' en heeft

zich op het standpunt gesteld dat de aanvraag daarmee in strijd is. Het is niet bereid van de beheersverordening af te wijken.

De rechtbank heeft het beroep van Camping 't Oekeltje tegen het besluit van 22 maart 2016 gegrond verklaard en dat besluit vernietigd, omdat het college onvoldoende heeft gemotiveerd waarom het niet van de beheersverordening wil afwijken. Zij heeft echter in hetgeen het college ter zitting heeft aangevoerd aanleiding gezien de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten. (...)

### Beoordeling van het hoger beroep

**4.** Camping 't Oekeltje betoogt dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de beheersverordening wegens strijd met artikel 3.38 van de Wro onverbindend moet worden verklaard. Zij voert daartoe aan dat de bouwmogelijkheden zoals die voor het desbetreffende perceelsgedeelte bestonden in het voorheen geldende bestemmingsplan 'Kampeerterein 't Oekeltje', vastgesteld in 1972, wezenlijk zijn veranderd en beperkt. Zij wijst in dit verband op de in de artikelen 1.42 en 5.2.2 van de beheersverordening opgenomen eisen dat een stacaravan moet zijn voorzien van een as-/wielstelsel en een dissel, is voort te bewegen als aanhanger en te allen tijde mobiel is te maken en de eisen omtrent de maximale breedte en oppervlakte van een stacaravan. De bestaande rechten en plichten noch het bestaande gebruik ten tijde van het voorheen geldende bestemmingsplan zijn in de beheersverordening overgenomen. Volgens Camping 't Oekeltje had de raad van de gemeente Zundert in dit geval niet een beheersverordening mogen vaststellen, maar had het een nieuw bestemmingsplan moeten vaststellen.

**4.1.** De beheersverordening bevat algemeen verbindende voorschriften, waartegen ingevolge artikel 8:3, eerste lid, aanhef en onder a, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) geen beroep kan worden ingesteld. Die bepaling staat niet in de weg aan exceptieve toetsing van de beheersverordening in het kader van de beoordeling van het beroep van Camping 't Oekeltje tegen het besluit van 22 maart 2016.

**4.2.** Volgens de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 3.38 van de Wro (Kamerstukken II, 2005-2006, 28 916, nr. 26, blz. 4) is het instrument van de beheersverordening bedoeld om voor gebieden met een lage ruimtelijke dynamiek te kunnen voorzien in een passende planologische bescherming. Dit betekent, zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in de uitspraak van 6 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2972, niet dat er geen enkele ontwikkeling in een dergelijk gebied mag plaatsvinden, maar dat ten opzichte van het bestaande gebruik ten tijde van de vaststelling van de beheersverordening in beperkte mate ruimtelijke ontwikkelingen zijn toegestaan die ook reeds op grond van het voorheen geldende regime

waren toegestaan. Het beperken van gebruiks- en bebouwingsmogelijkheden is, zoals de rechtbank heeft overwogen, toegestaan, maar daarbij moet het gaan om in het bestemmingsplan opgenomen, onbenutte uitbreidings- en gebruiksmogelijkheden. Daarbij wijst de Afdeling er, gelet op de geschiedenis van de totstandkoming van de Wro (Kamerstukken II 2006-2007, 30 938, nr. 7, blz. 11-12) op dat de raad hiervoor kan kiezen als deze planologische mogelijkheden jarenlang niet zijn benut en deze niet langer in overeenstemming worden geacht met een goede ruimtelijke ordening.

**4.3.** De exceptieve toetsing van de beheersverordening in het kader van het beroep tegen het besluit van 22 maart 2016 beperkt zich tot die regels in de beheersverordening die betrekking hebben op de bouwmogelijkheden voor het perceel, te weten de artikelen 1.42 en 5.2.2 van de beheersverordening. De Afdeling zal in het hiernavolgende beoordelen of die bouwmogelijkheden, zoals Camping 't Oekeltje deze heeft bestreden, beperkter zijn dan die in het bestemmingsplan waren opgenomen.

**4.4.** Ingevolge het bestemmingsplan 'Kampeerterein 't Oekeltje' rustte op het hier aan de orde zijnde perceel de bestemming 'Verblijfsterrein t.b.v. woon- of stacaravans'. Ter plaatse waren woon- en stacaravans toegestaan. In artikel 1, onder 5, van de planvoorschriften werd onder stacaravan verstaan een voor dat doel gebouwd en ingericht kampeermiddel dat als zodanig niet zelfstandig achter een gemotoriseerd voertuig over de openbare weg mag worden voortbewogen en voor zodanig vervoer ook niet is uitgerust. In voormeld artikel waren minimale afmetingen opgenomen, maar geen maximale afmetingen. Om een object als woon- of stacaravan aan te merken, diende ingevolge volgens voormeld artikel sprake te zijn van een kampeermiddel. Dat begrip was in het bestemmingsplan evenwel niet gedefinieerd. In de uitspraak van 25 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:551, overwoog de Afdeling over het begrip kampeermiddel in het bestemmingsplan 'Kampeerterein 't Oekeltje' dat voor de uitleg ervan kan worden aangesloten bij hetgeen in het algemeen spraakgebruik onder kampeermiddel wordt verstaan, namelijk: een caravan, tent of ander onderkomen bedoeld voor recreatief nachtverblijf, dat gelet op zijn constructie, omvang en vorm geschikt is om te worden vervoerd.

**4.5.** Voor het grondgebied van Camping 't Oekeltje golden drie verschillende bestemmingsplannen, alle ouder dan tien jaar. In de toelichting bij de beheersverordening is vermeld dat de drie vigerende bestemmingsplannen het uitgangspunt vormen voor een nieuwe regeling. Wel dienen volgens de toelichting in de regeling enkele aanvullingen te worden opgenomen, onder meer ten aanzien van het nader inkaderen van het begrip stacaravan aan de hand van jurisprudentie en praktijkervaring. Uit het door het college geda-

ne voorstel aan de raad tot vaststelling van de beheersverordening volgt dat voor de in de beheersverordening opgenomen maximale breedte en oppervlakte van een stacaravan is uitgegaan van de bouwmogelijkheden die het in 1979 vastgestelde bestemmingsplan bood, dat gold voor een ander deel van de camping dan het aan de orde zijnde perceel. Deze bouwmogelijkheden wijken af van die in de planvoorschriften van het bestemmingsplan 'Kampeerterein 't Oekeltje'.

Hoewel uit artikel 1, onder 5, van de planvoorschriften van het bestemmingsplan 'Kampeerterein 't Oekeltje', zoals uitgelegd in de uitspraak van 25 februari 2015, volgt dat een stacaravan geschikt moest zijn om te worden vervoerd, was in het bestemmingsplan ook uitdrukkelijk bepaald dat een stacaravan als zodanig niet zelfstandig achter een gemotoriseerd voertuig over de openbare weg mag worden voortbewogen en voor zodanig vervoer ook niet is uitgerust. De in de beheersverordening opgenomen eisen dat een stacaravan moet zijn voorzien van een as-/wielstelsel en dissels, voort te bewegen is als aanhanger en, in die zin, ook te allen tijde mobiel te maken is, leveren dan ook een beperking op van de bouwmogelijkheden in het bestemmingsplan.

Dat in het bestemmingsplan geen maximale afmetingen waren opgenomen, betekent, anders dan Camping 't Oekeltje aanvoert, niet dat er in de beheersverordening geen beperking aan de maximale afmetingen kan worden gesteld. Een bouwwerk moest immers, om als stacaravan in de zin van de planvoorschriften aangemerkt te kunnen worden, mede gelet op zijn omvang, nog wel geschikt zijn om te worden vervoerd. Stacaravans konden dan ook niet van onbeperkte afmetingen zijn. In de beheersverordening is voor een stacaravan een maximale oppervlakte opgenomen van 35 m<sup>2</sup> en een maximale breedte van 4,50 m. In de toelichting bij de beheersverordening is evenwel niet gemotiveerd dat in het bestemmingsplan ervan werd uitgegaan dat een stacaravan niet langer geschikt was om te worden vervoerd, indien deze breder was dan 4,50 m en een grotere oppervlakte had dan 35 m<sup>2</sup>. De Afdeling overweegt in dit verband nog dat uit de beheersverordening en de toelichting daarbij kan worden afgeleid dat de raad bij het opstellen van de beheersverordening een oppervlakte van 55 m<sup>2</sup> nog heeft aangemerkt als een oppervlakte waarbij de stacaravan geschikt is om te worden vervoerd, nu in de beheersverordening de mogelijkheid is opgenomen om van de maximale maatvoering af te wijken voor het oprichten van een stacaravan met een oppervlakte van 55 m<sup>2</sup>.

**4.6.** Uit het voorgaande volgt dat de artikelen 1.42 en 5.2.2 van de beheersverordening de bouwmogelijkheden die uit het bestemmingsplan voortvloeiden, beperken. Niet is gebleken dat het hierbij gaat om in het bestemmingsplan opgenomen, maar onbenutte uitbreidings- en gebruiksmogelijkheden, zoals hiervoor bedoeld onder 4.2. De beheersverordening is om deze reden dan

ook in strijd met artikel 3.38, eerste lid, van de Wro. De Afdeling ziet daarom aanleiding de beheersverordening, voor zover deze in de plaats is gekomen van het bestemmingsplan 'Kampeerterein 't Oekeltje' uit 1972, onverbindend te verklaren. Het college had de omgevingsvergunning niet kunnen weigeren op grond van deze artikelen. Dit heeft de rechtbank niet onderkend.

Het betoog slaagt.

### Conclusie

**5.** Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd, voor zover de rechtbank daarbij de rechtsgevolgen van het door haar vernietigde besluit in stand heeft gelaten.

**6.** De vaststelling in deze zaak dat de beheersverordening, voor zover deze in de plaats is gekomen van het bestemmingsplan 'Kampeerterein 't Oekeltje' uit 1972, onverbindend is, heeft, zoals volgt uit de uitspraak van de Afdeling van 27 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3569, tot gevolg dat de beheersverordening in zoverre geacht moet worden van aanvang af niet te hebben gebonden en niet in werking te zijn getreden als bedoeld in artikel 3.39, eerste lid, van de Wro. Gelet hierop heeft het in artikel 3.39, eerste lid, van de Wro opgenomen rechtsgevolg, namelijk het vervallen van het aan de beheersverordening voorafgaande bestemmingsplan, zich wat het perceel betreft niet voorgedaan. Dit betekent dat de onverbindendheid van de beheersverordening, voor zover deze in de plaats is gekomen van het bestemmingsplan 'Kampeerterein 't Oekeltje' uit 1972 ertoe leidt dat voor de beantwoording van de vraag welke bouwmogelijkheden bestaan, dient te worden teruggevallen op dat bestemmingsplan. Daarmee heeft de onverbindendheid van de beheersverordening hetzelfde gevolg als de vernietiging van een bestemmingsplan. (*Enz., enz., Red.*)

### NOOT

#### Algemeen

**1.** De uitspraken *Borger-Odoorn* (TBR 2018/41, hiervoor opgenomen) en *Zundert* zijn uiterst relevant omdat de Afdeling hierin duidelijk aangeeft wat de consequenties zijn van een (gedeeltelijke) onverbindendverklaring van een beheersverordening (de uitspraken zijn door Nijmeijer geannoteerd in AB 2018/64). Deze onverbindendheid heeft terugwerkende kracht en de beheersverordening (of een deel daarvan) wordt geacht nooit te hebben gebonden en nooit in werking te zijn getreden als bedoeld in art. 3.39 lid 1 Wro. Hierdoor is het voorafgaande bestemmingsplan nooit op basis van deze bepaling van rechtswege is komen te vervallen. Dat bestemmingsplan is dus nog steeds het vigerende toetsingskader voor bouw- en gebruikactiviteiten. De Afdeling geeft daarbij aan dat de onverbindendheid van een beheersverordening hetzelfde rechtsgevolg heeft als de vernietiging

van een bestemmingsplan. Wat overigens opvalt, is dat de ABRvS in beide uitspraken niet het criterium hanteert dat er voor onverbindendheid alleen plaats is wanneer er sprake is van evidente strijd met een hogere regeling. Dat criterium werd gehanteerd in ABRvS 17 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2235, TBR 2017/12, m.nt. H.J. de Vries (*Hoger beroep supermarkt Nijkerk*). De kern van die uitspraak is dat, wanneer in het kader van een beroep tegen een verleende omgevingsvergunning (en dat geldt natuurlijk ook voor een beroep tegen een handhavingsbesluit) bij wijze van exceptief verweer de onverbindendheid of het buiten toepassing laten wordt ingeroepen van de aan die vergunning (of aanschrijving) ten grondslag liggende bestemmingsplanregeling, deze planregeling slechts onverbindend wordt geacht of buiten toepassing wordt gelaten wanneer zij evident in strijd is met een hogere regel. Voor het aannemen van die evidente strijd is het noodzakelijk dat de hogere regel zodanig concreet is dat zij zich leent voor exceptieve toetsing. In de aan de orde zijnde uitspraken komt die evidentie echter niet aan de orde. Maar of hiermee geconcludeerd kan worden dat nu het evidentie criterium uit de uitspraak Nijkerk verlaten is? Ik vermoed van niet. In de uitspraken Borger-Odoorn en Zundert gaat het erom dat de wettelijke grenzen worden overschreden waarbinnen een beheersverordening dient te blijven. Die overschrijding en de daarmee gepaard gaande strijd met het recht is op zichzelf al evident en dat is bij strijd van een soms vrij vage planregel met een hogere regel natuurlijk niet altijd het geval. Ik ga in de aantekeningen 2 t/m 7 eerst nader in op de exceptieve toetsing door de bestuursrechter van algemeen verbindende voorschriften, waartoe ook beheersverordeningen en bestemmingsplannen horen. Daarbij komt ook de recente conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven over exceptieve toetsing aan de orde. Vervolgens sta ik stil bij enkele specifieke aspecten van beide uitspraken en de vraag wat op basis van de huidige jurisprudentie de gebruiksmogelijkheden zijn van een beheersverordening.

2. In een uitspraak van 12 augustus 2015 kwam ook de vraag aan de orde of de beheersverordening 'Snipperlocaties' van de gemeente Heerlen al dan niet onverbindend was (ABRvS 12 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2587 (*Weigering ontgrondingsvergunning Heerlen*)). De Afdeling overwoog: 'De stelling van Latrusco en appellants dat de beheersverordening onverbindend is omdat de raad bij de vaststelling daarvan ten onrechte ervan is uitgegaan dat voor het betrokken plangebied geen ruimtelijke ontwikkelingen werden voorzien, zal de Afdeling buiten inhoudelijke bespreking laten nu deze stelling niet kan leiden tot het oordeel dat het college van gedeputeerde staten zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de vereiste overeenstemming met het planologische regime of de planologische medewerking ontbreekt. De eventuele onverbindendheid van het besluit tot vaststelling van de beheersverordening zou immers ertoe leiden dat wordt teruggevallen op het bestemmingsplan 'Hoofdzakenplan 1964' zoals dit gold ten tijde van de situatie die aan de orde was in de uitspraak van de Afdeling van 12 maart 2014, in zaak nr. 201300252/1/R4 in welke uitspraak de Afdeling heeft geoordeeld dat het college van gedeputeerde staten zich terecht op het standpunt

gesteld heeft dat de vereiste overeenstemming met het bestemmingsplan 'Hoofdzakenplan 1964' ontbreekt. Latrusco en appellants hebben geen omstandigheden aangevoerd die leiden tot een ander oordeel dan het oordeel van de Afdeling in voornoemde uitspraak'. Enkele dagen na deze uitspraak kwam in een mondelinge uitspraak van de voorzieningenrechter van de ABRvS van 14 augustus 2015 eveneens de (gedeeltelijke) onverbindendheid van een beheersverordening aan de orde (Vz. ABRvS 14 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2732 (*Beheersverordening Ooststellingwerf*)). Relevant is de volgende overweging: 'De rechtbank heeft bij de uitspraak van 29 juni 2015 de beheersverordening echter wegens strijd met artikel 3.38, eerste lid, van de Wet ruimtelijke ordening onverbindend geacht. Als gevolg hiervan is het bestemmingsplan "motorcrossterrein Prikkedam" uit 1980, waaraan door de Kroon bij besluit van 23 maart 1987 deels goedkeuring is onthouden, het voor het motorcrossterrein geldende planologisch regime'. Deze mondelinge uitspraak over het 'herleven' van het aan de beheersverordening voorafgaande bestemmingsplan sluit dus aan bij de uitspraak Heerlen van 12 augustus 2015.

3. Wat in de uitspraken Heerlen en Ooststellingwerf echter ontbrak, was een motivering van het standpunt waarom bij het uitspreken van de (gedeeltelijke) onverbindendheid van een beheersverordening wordt teruggevallen op het voorafgaande bestemmingsplan. In de uitspraken Borger-Odoorn en Zundert maakt de ABRvS dit verzuim echter helemaal goed met een heldere motivering: het rechtsgevolg van de (gedeeltelijke) onverbindendheid van een beheersverordening is dat deze wordt geacht nooit te hebben gebonden en in werking te zijn getreden waardoor het voorafgaande bestemmingsplan nooit op basis van art. 3.39 lid 1 Wro van rechtswege is vervallen (r.o. 4.3 Borger-Odoorn en r.o. 6 Zundert). Bij mijn weten zijn dit de eerste uitspraken waarin deze overtuigende motivering gebruikt wordt die getuigt van een mooi staaltje rechtsvinding waarmee voorkomen wordt dat het aan de beheersverordening voorafgaande bestemmingsplan van rechtswege vervalt zodat er geen planologisch vacuüm ontstaat. Het is onmiskenbaar dat het fenomeen exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften zich de laatste tijd in een toenemende belangstelling mag verheugen. De uitspraken Borger-Odoorn en Zundert laten ten opzichte van de in aantekening 2 besproken uitspraak Heerlen uit 2015 ook een aanscherping van het standpunt van de Afdeling zien: waar zij in de uitspraak Heerlen zelfs niet tot bespreking van de mogelijke onverbindendheid van de beheersverordening overging omdat bij een onverbindendverklaring toch zou worden teruggevallen op het voorafgaande bestemmingsplan dat de door de initiatiefnemer beoogde activiteiten niet toestond, wordt in de uitspraken Borger-Odoorn en Zundert voor een andere lijn gekozen en wordt de (gedeeltelijke) onverbindendheid van de beheersverordening wel (en terecht) uitgesproken.

## De conclusie-Widdershoven over exceptieve toetsing

4. De aanscherping van het standpunt van de ABRvS lijkt naadloos aan te sluiten bij de door advocaat-generaal Widdershoven uitgebrachte conclusie, die verschenen is bij uitspraak van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557. Aanleiding tot deze conclusie was het beroep tegen het door de raad van de gemeente Purmerend op 2 maart 2017 vastgestelde bestemmingsplan 'Reparatie Wheermolen 2012 - tankstation en groenstroken 2017', alsmede het hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland van 8 juni 2017 inzake een omgevingsvergunning milieu voor het veranderen van de werking van een LPG-station. Deze kwestie was reden voor de voorzitter van de ABRvS aan Widdershoven te verzoeken een conclusie als bedoeld in art. 8:12a Awb te nemen over de exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften. Ik verwijs ook naar aantekening 10 e.v. van mijn noot bij ABRvS 12 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1887, TBR 2017/144 (*Reactieve aanwijzing bestemmingsplan Dronten*), alsmede mijn Redactioneel 'Exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften in het omgevingsrecht door de bestuursrechter: de stand van zaken', TvO, 2017/4.

5. Op p. 8 merkt Widdershoven op dat in de aan hem gestelde vraag voor wat betreft de gevolgen van strijd van een algemeen verbindend voorschrift met hoger recht, zowel de term 'verbindend achten' als 'buiten toepassing laten' wordt gehanteerd. Hij wijst erop dat in de doctrine consensus bestaat over de betekenis van beide termen. Widdershoven: 'De term 'onverbindend' duidt aan dat het wettelijk voorschrift als zodanig in strijd is met hoger recht, dat wil zeggen dat er een gebrek kleeft aan het voorschrift zelf. Gelet op een regel van hoger recht had het niet uitgevaardigd mogen worden. Omdat het voorschrift als zodanig in strijd is met hoger recht, blijft het krachteloos. De door de (materiële) wetgever bedoelde rechtsgevolgen treden niet in, omdat geen rechtmatige toepassing van het voorschrift denkbaar is. Met onverbindend verklaren wordt bedoeld dat de (civiele, bestuurs- of straf)rechter in zijn vonnis constateert dat een wettelijk voorschrift ongeldig is wegens strijd met een hogere norm'. En voorts: 'Het 'buiten toepassing laten' van een voorschrift is daarentegen een neutralere term. Hij geeft slechts aan, dat de rechter het voorschrift niet toepast in de concrete zaak in de hem voorgelegde casus. Hoewel de wetbepaling in het voorliggende geval duidelijke rechtsgevolgen voorschrijft, wordt daaraan in casu geen gevolg gegeven. Of het voorschrift in andere gevallen wél kan worden toegepast, is uit de door de rechter gebruikte term 'buiten toepassing laten' niet af te leiden'. Widdershoven wijst erop dat een vergelijkbare omschrijving van de termen 'verbindend achten' en 'buiten toepassing laten' ook wordt aangetroffen in ABRvS 30 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1710 (*Alcoholslotprogramma CBR*).

6. In mijn annotaties bij de uitspraken van 17 augustus 2016 en 30 november 2016 heb ik stil gestaan bij het verschil dat is aan te brengen tussen de onverbindendheid en het buiten toepassing laten van een algemeen verbindend voorschrift (zie de aantekeningen 3 en 4 van mijn noot bij de in aantekening 1 genoemde uitspraak Nijkerk en de aantekeningen 7 t/m 10 van mijn noot bij ABRvS 30 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3178, TBR 2017/28 (*Bestuurlijke lus reactieve aanwijzing Eijsden-Margraten*)). In aantekening 10 van mijn noot bij laatstgenoemde uitspraak heb ik onder meer het volgende geschreven: 'Misschien kan deze vuistregel luiden dat strijd van een algemeen verbindend voorschrift met een hogere regel of met een materieel algemeen rechtsbeginsel leidt tot onverbindendverklaring van dat voorschrift en strijd met een formeel algemeen rechtsbeginsel tot het buiten toepassing laten'. Het onderscheid tussen beide categorieën rechtsbeginselen komt aan de orde in par. 9 van de conclusies. De tweede conclusie luidt: 'De materiële algemene rechtsbeginselen die voor exceptieve toetsing in aanmerking komen zijn het gelijkheidsbeginsel, het verbod van terugwerkende kracht als onderdeel van het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het beginsel van een niet-onevenredige belangenafweging (art. 3:4, tweede lid, Awb) (...)'. En de derde conclusie: 'De formele algemene rechtsbeginselen die voor exceptieve toetsing in aanmerking komen zijn het beginsel van belangenafweging (art. 3.4, eerste lid, Awb), het beginsel van een zorgvuldige voorbereiding of het formele zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb) en het beginsel van een kenbare en deugdelijke motivering (...)'. Het is te hopen dat de ABRvS in de toekomst een heldere koers gaat varen wat betreft het gebruik van de termen onverbindendheid en buiten toepassing laten. De uitspraken Borger-Odoorn en Zundert laten zien hoe het moet.

7. Uiterst relevant is ook de eerste conclusie van Widdershoven: 'De bestuursrechters dienen een algemeen verbindend voorschrift exceptief te toetsen aan zowel materiële als formele algemene rechtsbeginselen en dienen het voorschrift buiten toepassing te laten of onverbindend te achten als het in strijd is met een algemeen rechtsbeginsel. De willekeursluis van het arrest Landbouwwiegers (1986) dient daarbij niet langer als extra horde te fungeren'. De HR had deze extra horde als volgt geformuleerd: '(...) geen rechtsregel eraan in de weg staat de rechter een (...) niet door de formele wetgever gegeven voorschrift onverbindend en in verband daarmee de vaststelling en uitvoering daarvan onrechtmatig kan oordelen op de grond dat sprake is van willekeur in dier voege dat het desbetreffende overheidsorgaan (...) in redelijkheid niet tot het desbetreffende voorschrift is kunnen komen' (HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354, NJ 1987/251, m.nt. MS). De imperatief geformuleerde bewoordingen in de conclusie van Widdershoven zijn duidelijk: de bestuursrechter is verplicht tot onverbindendheid of buiten toepassing laten van een algemeen verbindend voorschrift over te gaan wanneer dat voorschrift in strijd is met een algemeen rechtsbeginsel. Waar in de uitspraak Heerlen onverbindendheid van de beheersverordening achterwege bleef en zelfs niet werd besproken, wordt in de uitspraken Borger-Odoorn en Zundert duidelijk de in deze conclusie aangegeven lijn door de ABRvS gevolgd. De onverbindendheid wordt uitgesproken waarbij expliciet wordt aangegeven dat de beheersverordening (voor de betrokken gronden) nooit gebonden heeft en nooit in werking

is getreden waardoor het voorafgaande bestemmingsplan nooit van rechtswege is vervallen. Zij zijn dus krachteloos gebleven zoals bedoeld in de in aantekening 5 weergegeven omschrijving van onverbindendheid door Widdershoven.

### De uitspraak Borger-Odoorn

**8.** De (gedeeltelijke) onverbindendheid van de beheersverordening 'Buitengebied' werd uitgesproken in het kader van een handhavingprocedure. Op grond van de op 26 juni 2013 in werking getreden beheersverordening is aan een perceel de bestemming 'Wonen' toegekend. In het aan deze verordening voorafgaande bestemmingsplan had dit perceel de bestemming 'Grondgebonden Agrarisch Bedrijf'. In februari 2015 heeft de eigenaar op het perceel een mestscheidingsinstallatie geplaatst waarin mest gescheiden wordt die afkomstig is van boeren uit de omgeving. B en W hebben deze eigenaar bij besluit van 20 juli 2015 onder oplegging van een dwangsom gelast om het gebruik van de mestscheidingsinstallatie te staken en gestaakt te houden wegens strijd met de op dat moment geldende beheersverordening. Vervolgens hebben B en W bij besluit van 11 december 2015 het bezwaar van deze eigenaar tegen het handhavingbesluit gegrond verklaard en dat besluit herroepen. B en W hebben hierbij overwogen dat de beheersverordening onverbindend is wegens strijd met art. 3.39 lid 1 Wro omdat op het perceel ingevolge het bestemmingsplan niet de bestemming 'Wonen' rustte maar het perceel in de beheersverordening wel als zodanig is bestemd. Voorts overwogen B en W dat met de inwerkingtreding van de beheersverordening het voorafgaande bestemmingsplan 'Borger Buitengebied' van rechtswege is vervallen waardoor zij niet bevoegd waren handhavend op te treden.

**9.** Appellant werd weinig vrolijk van dit besluit op bezwaar en stelde hiertegen beroep in bij de rechtbank Noord-Nederland. De rechtbank oordeelde dat tussen partijen niet in geschil is dat de beheersverordening wat het betrokken perceel betreft onverbindend is omdat destijds niet het bestaande gebruik op het perceel in de verordening is vastgelegd. Het gevolg hiervan is dat geen sprake kan zijn van overtreding van de beheersverordening. Voorts oordeelde de rechtbank dat er evenmin sprake kan zijn van strijd met het voorheen geldende bestemmingsplan nu dit met de inwerkingtreding van de beheersverordening op 26 juni 2013 op grond van art. 3.39 lid 1 Wro van rechtswege is vervallen. Om die reden hebben B en W zich, aldus de rechtbank, bij hun besluit van 11 december 2015 terecht op het standpunt gesteld niet bevoegd te zijn handhavend op te treden.

**10.** Het betoog van appellant, dat de rechtbank ten onrechte is uitgegaan van de onverbindendheid van de beheersverordening omdat op het tijdstip van vaststelling van de beheersverordening het feitelijk gebruik van het perceel wonen was waardoor de bestemming 'Wonen' in deze verordening kon worden toegestaan, wordt door de ABRvS verworpen. Daarbij wordt in r.o. 4.2 onder meer overwogen dat uit de beheersverordening en de bijbehorende toelichting niet blijkt dat de raad heeft vastgesteld

dat op het betrokken perceel feitelijk sprake was van wonen of dat met vaststelling van de beheersverordening werd beoogd illegaal bestaand gebruik toe te staan. Wat echter niet wordt verworpen, is het argument van appellant dat wanneer moet worden aangenomen dat de beheersverordening wat het perceel betreft wel onverbindend is, moet worden teruggevallen op het aan de beheersverordening voorafgaande bestemmingsplan. Appellant verwees daarbij naar de in aantekening 2 genoemde Afdelingsuitspraak van 12 augustus 2015. De ABRvS onderschrijft dit standpunt en concludeert - kort gezegd - dat het aan de beheersverordening voorafgaande bestemmingsplan voor het betrokken perceel niet van rechtswege is vervallen en het toetsingskader vormt voor het antwoord op de vraag of B en W bevoegd waren handhavend op te treden tegen het gebruik van de mestscheidingsinstallatie op het perceel.

**11.** De ABRvS concludeert in r.o. 4.3 ook dat de onverbindendheid van de beheersverordening hetzelfde gevolg heeft als de vernietiging van een bestemmingsplan. Die conclusie is juist omdat onverbindendheid net als vernietiging terugwerkende kracht heeft tot het tijdstip van vaststelling van het betrokken besluit. Hierdoor wordt de beheersverordening geacht vanaf het begin geen bindende kracht te hebben gehad en nooit in werking te zijn getreden waardoor het voorafgaande bestemmingsplan niet op basis van art. 3.39 lid 1 Wro is vervallen. Met het uitspreken van de onverbindendheid van een beheersverordening door de bestuursrechter 'herleeft' het voorafgaande bestemmingsplan. Bij de vernietiging van een bestemmingsplan door de bestuursrechter is dat niet anders omdat door de terugwerkende kracht van de vernietiging het voorafgaande bestemmingsplan eveneens 'herleeft'. De uitspraken Borger-Odoorn en Zundert betekenen ook dat, wanneer een bestemmingsplan (gedeeltelijk) onverbindend wordt verklaard waardoor dat plan(onderdeel) wordt geacht nooit in werking te zijn getreden en dus ook nooit gebonden te hebben, het voorafgaande bestemmingsplan 'herleeft'. Resteert de vraag of een onverbindendheid generieke werking heeft of niet. Widdershoven (p. 9): 'Overigens geldt de onverbindendverklaring strikt genomen alleen voor de voorliggende zaak en betekent zij evenmin dat het voorschrift uit de rechtsorde is verdwenen (zoals bij vernietiging). Feitelijk en ook om juridische redenen werkt het oordeel echter wel algemeen door, omdat - zoals Schreuder-Vlasblom stelt - de normen die de bestuurlijke besluitvorming beheersen aan dat oordeel 'olievlakerwerking' geven'. Om te vervolgen: 'Het bestuur zal onwille van de consistentie van zijn besluiten, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid de gevolgen van de onverbindendverklaring over de gehele uitvoeringspraktijk moeten respecteren'. Ik denk dat het niet te boud is om te concluderen dat materieel gezien de onverbindendheid van een beheersverordening of een bestemmingsplan - om ons tot het omgevingsrecht te beperken - generieke werking heeft voorzover het natuurlijk om identieke zaken gaat. Voor een buiten toepassing laten van een beheersverordening of bestemmingsplan in een concreet geval ligt dat echter anders en geldt die generieke werking niet. Met de uitspraken Borger-Odoorn en Zundert zijn de consequenties van de onverbindendheid van een beheersverordening beter on-

derbouwd dan tot op dat moment het geval was. Niet valt in te zien dat dit voor een bestemmingsplan anders is.

### De uitspraak Zundert

**12.** De (gedeeltelijke) onverbindendheid van de beheersverordening 'Kampeerterein 't Oekeltje' werd uitgesproken in het kader van een omgevingsvergunning-procedure. Daarvoor gold voor de betrokken gronden het bestemmingsplan 'Kampeerterein 't Oekeltje' uit 1972. De op 19 december 2013 in werking getreden beheersverordening vormde de basis voor de weigering van een omgevingsvergunning voor de realisering van een stacaravan met een oppervlakte van 84 m<sup>2</sup>. B en W waren van oordeel dat de aanvraag in strijd was met de beheersverordening. Het door de aanvrager ingestelde beroep tegen deze uitspraak werd door de rechtbank Zeeland-West Brabant gegrond verklaard en het besluit vernietigd omdat B en W onvoldoende gemotiveerd hebben waarom zij niet van de beheersverordening wilden afwijken.

**13.** De ABRvS concludeert dat de bouwmogelijkheden die uit het voorafgaande bestemmingsplan voortvloeiden, beperkt worden door de artt. 1.42 en 5.2.2 uit de beheersverordening en dat niet gebleken is dat het hierbij gaat om in het bestemmingsplan opgenomen maar onbenutte uitbreidings- en gebruiksmogelijkheden. Om die reden wordt de beheersverordening in strijd geoordeeld met art. 3.38 lid 1 Wro en onverbindend verklaard voor zover die in de plaats is gekomen van het in aantekening 12 genoemde bestemmingsplan uit 1972. Zie hierover ook aantekening 3 van de noot van Nijmeijer in *AB*, die er terecht op gewezen heeft dat alleen de bouwregels uit de beheersverordening onverbindend zijn verklaard. Wat betreft de gevolgen van deze onverbindendverklaring verwijst de Afdeling in r.o. 6 naar de hiervoor besproken uitspraak *Borger-Odoorn*.

### Grenzen van de beheersverordening

**14.** Uit de uitspraken *Borger-Odoorn* en *Zundert* komt duidelijk naar voren dat een beheersverordening

niet kan worden gebruikt om een bestemmingswijziging door te voeren. Dat is alleen anders wanneer die nieuwe bestemming overeenstemt met het feitelijk gebruik van de betrokken gronden, ook als dat gebruik in strijd was met het voorafgaande bestemmingsplan (inclusief het overgangsrecht van dat plan). Ook kan een beheersverordening geen beperking inhouden van de bouw- en gebruiksmogelijkheden die voortvloeien uit het voorafgaande bestemmingsplan, tenzij het gaat om een beperking van in het voorafgaande bestemmingsplan opgenomen maar onbenutte uitbreidings- en gebruiksmogelijkheden. Natuurlijk vraagt een en ander altijd om een deugdelijke motivering.

**15.** In r.o. 4.2 van de uitspraak *Zundert* wijst de ABRvS erop dat een beheersverordening ten opzichte van het bestaande gebruik op het tijdstip van vaststelling van die verordening, in beperkte mate ruimtelijke ontwikkelingen kan toestaan. Voorwaarde daarbij is dat het gaat om ontwikkelingen die ook reeds op grond van het voorafgaande bestemmingsplan waren toegestaan. Dit is overigens niet nieuw. De Afdeling verwijst daarbij naar haar uitspraak van 6 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2972, *JB* 2014/176, m.nt. Overkleef-Verburg, *TBR* 2014/170, m.nt. Markerink en Damen (*Beheersverordening Zundert*) waarin zij overwoog: 'Volgens de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 3.38 van de Wro (*Kamerstukken II* 2005/06, 28 916, nr. 26, p. 4) is het instrument van de beheersverordening bedoeld om voor gebieden met een lage ruimtelijke dynamiek te kunnen voorzien in een passende planologische bescherming. Dit betekent niet dat er geen enkele ontwikkeling in een dergelijk gebied mag plaatsvinden, maar dat ten opzichte van het bestaande gebruik ten tijde van de vaststelling van de beheersverordening in beperkte mate ruimtelijke ontwikkelingen zijn toegestaan die ook reeds op grond van het voorheen geldende regime waren toegestaan'. Met het verschijnen van de uitspraken *Borger-Odoorn* en *Zundert* zijn de gebruiksmogelijkheden van de beheersverordening nu wel voldoende duidelijk uitgetekend en biedt de jurisprudentie duidelijke handvatten voor de praktijk.

H.J. de Vries

## TBR 2018/43

**Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 20 december 2017, No. 201505423/1/RZ, 201505931/1/RZ, 201505932/1/RZ, 201506168/1/RZ, 201506355/1/RZ, 201506450/1/RZ, 201508971/2/RZ en 201700782/2/RZ, ECLI:NL:RVS:2017:3495 (Geluidzone Reimerswaal)**

(Mr. Th.C. van Sloten, mr. E. Helder en mr. J. Kramer)

**Wro: art. 3.1; Wgh: art. 1, art. 40, art. 41**

Bestemmingsplan, geluidhinder scheepswerf, milieucategorie, richtafstand

**Met gastnoot R. Benhadi, Red.<sup>1</sup>**

*(Vanwege de omvang van de uitspraak zijn hieronder alleen de voor de annotatie relevante passages weergegeven, Red.)*

### Overwegingen INLEIDING

1. Het geschil gaat voornamelijk over de door (appellant sub 1), (appellant sub 2) en (appellant sub 3) gestelde geluidsoverlast van Scheepswerf Reimerswaal, die is gevestigd op het industrieterrein aan de Kaai in Hansweert dat langs het kanaal door Zuid-Beveland ligt. Dit industrieterrein betreft een zogenaamd 'gezoned industrie-terrein' als bedoeld in artikel 40 van de Wgh en in de voorliggende besluiten is onder meer de toegestane bedrijvigheid en de bijhorende geluidzone voor het eerst planologisch vastgelegd. Op het industrieterrein zijn behalve de Scheepswerf ook een zandhandel, een aannemingsbedrijf en een werkplaats van Rijkswaterstaat aanwezig.

Appellant sub 1 woont op een afstand van ongeveer 70 meter van de grens van het terrein van de Scheepswerf en de afstand tot de kade waaraan de schepen worden gerepareerd is ongeveer 120 meter. De woning van (appellant sub 3) staat op een vergelijkbare afstand van het terrein van de Scheepswerf. (appellant sub 2) woont op een afstand van ongeveer 490 meter van de Scheepswerf.

In april 2017 heeft de Scheepswerf een aanzienlijk deel van zijn bedrijfsactiviteiten verplaatst naar het havengebied in Vlissingen-Oost, waarbij ook het grootste van de 2 droogdokken is verplaatst van de locatie in Hansweert naar Vlissingen-Oost. Het kleinere droogdok is op de locatie in Hansweert gebleven. Desgevraagd is ter zitting door de Scheepswerf bevestigd dat zij in Hansweert haar activiteiten voortzet, als nevenvestiging. Voor de nog resterende bedrijfsactiviteiten in het plangebied zal een revisievergunning worden aangevraagd. Bij een eventuele

verkoop van het bedrijfsterrein zal de Scheepswerf haar activiteiten mogelijk beëindigen.

Beide gemeentebesturen zien desgevraagd geen reden om de bestemmingsplanregelingen aan te passen. Het plan voorziet naar hun mening in een adequate regeling van het industrieterrein, waarbij ook een aanvaardbaar woon- en leefklimaat is geborgd. Er is volgens beide gemeenten behoefte aan dit type vestigingsmogelijkheden, met loswalcapaciteit.

### OVERZICHT EN INHOUD VAN DE BESLUITEN

2. Door verweerders zijn in het kader van deze samenhangende procedures in totaal 14 besluiten genomen met betrekking tot het industrieterrein en de bijbehorende geluidzone. Dit aanzienlijke aantal besluiten wordt slechts deels verklaard door het feit dat het industrieterrein op de grens van de gemeentes Kapelle en Reimerswaal ligt en de geluidzone zich uitstrekt over meerdere bestemmingsplannen die daarvoor zijn gewijzigd. Het grote aantal besluiten heeft geleid tot een weinig overzichtelijke situatie, waardoor de Afdeling het voor de begrijpelijkheid van deze uitspraak nuttig acht om aandacht te besteden aan de juridische consequenties daarvan voor de acht samenhangende zaken die in deze uitspraak worden afgedaan. Aan het einde van deze uitspraak is in rechtsoverweging 40 een korte samenvatting opgenomen van het uiteindelijke oordeel van de Afdeling over alle voorliggende besluiten.

2.1. In het besluit hogere waarden van 29 april 2015 heeft het college voor 3 woningen - waaronder de woning van (appellant sub 1) - de maximaal toegestane geluidsbelasting van de gevel verhoogd. Voor de woning van (appellant sub 1) is een hogere waarde van 55 dB(A) vastgesteld en voor de andere 2 woningen is een hogere waarde van 51 dB(A) vastgesteld.

In de 2 besluiten van 26 mei 2015 waarbij de bestemmingsplannen 'Loswal' en 'Loswal Kapelle' zijn vastgesteld, is het toegestane gebruik van het industrieterrein en een klein deel van de geluidzone vastgelegd. De overige 3 besluiten die zijn genomen op 26 mei 2015 betreffen uitsluitend het vastleggen van een deel van de geluidzone in de verbeelding van aangrenzende bestemmingsplannen.

De 6 besluiten die zijn genomen op 3, 10 en 31 mei 2016 betreffen wijzigingen die beide gemeentes hebben aangebracht in de eerdere besluiten na de uitspraak van de voorzieningenrechter van 30 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3788, waarbij het verzoek van (appellant sub 1) om een voorlopige voorziening is toegewezen en een deel van het bestemmingsplan 'Loswal' van de gemeente Reimerswaal alsmede het besluit hogere waarden van 29 april 2015 zijn geschorst. In deze herstelbesluiten zijn extra planregels met betrekking tot de

<sup>1</sup> Rachid Benhadi is als advocaat verbonden aan Hekkelman Advocaten te Nijmegen en schrijft een proefschrift over geluid in het omgevingsrecht.



bedrijfsactiviteiten van de Scheepswerf toegevoegd, met als gevolg dat ook de geluidszone is verkleind. Dit leidde er tevens toe dat het besluit hogere waarden van 29 april 2015 is ingetrokken, omdat de geluidsbelasting van de gevels van 2 van de 3 betrokken woningen niet meer boven de 50 dB(A) uitkomt. Hierdoor is in het besluit hogere waarden van 3 mei 2016 alleen voor de woning van (appellant sub 1) nog een hogere waarde vastgesteld van 53 dB(A). Dit is een verlaging van 2 dB(A) ten opzichte van het ingetrokken besluit.

De 2 besluiten van 20 oktober 2015 en 20 december 2016 van de raad van Reimerswaal betreffen de vaststelling van een bestemmingsplan voor het gehele buitengebied, waarin ook opnieuw een deel van de eerder vastgestelde geluidszone in de verbeelding is vastgelegd.

**2.2.** Omdat de raad van Reimerswaal de jaarlijkse actualisering van het bestemmingsplan voor het buitengebied niet beperkt tot enkel de plandelen die worden gewijzigd, maar telkens een plan voor het gehele buitengebied vaststelt, zijn de 2 laatstgenoemde besluiten door de werking van artikel 6:19, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) ook onderdeel van deze procedure geworden, hoewel daarbij niet is beoogd de eerder vastgestelde geluidszone te wijzigen. De Afdeling merkt op dat de geschetste werkwijze bij de actualisering van het bestemmingsplan buitengebied voor de rechtzoekenden, voor de Afdeling en ook voor de gemeenteraad zelf nodeloze complicaties meebrengt bij de behandeling van aanhangige beroepen.

### ONTVANKELIJKHEID

(...)

### OMVANG VAN HET GESCHIL

**8.** Voor zover de beroepen van (appellant sub 1), (appellant sub 2) en (appellant sub 3) ontvankelijk zijn, strekken die beroepen gelet op hetgeen is bepaald in artikel 6:19, eerste en tweede lid, van de Awb zich ook uit tot sommige later genomen besluiten - voor zover zij daartegen zelf geen beroep hebben ingesteld - aangezien in die later genomen besluiten niet volledig aan hun bezwaren tegemoet is gekomen. Ter verduidelijking wordt hierna een overzicht geven van de besluiten die in deze samenhangende procedures wel of niet meer ter beoordeling van de Afdeling voorliggen en welke beroepen - al dan niet van rechtswege - daartegen nog aanhangig zijn.

### Besluiten van 26 mei 2015

**8.2.** Tegen het bestemmingsplan 'Loswal Kapelle' van de raad van Kapelle zijn nog beroepen aanhangig van (appellant sub 2), (appellant sub 3) en de Scheepswerf. Tegen het bestemmingsplan 'Buitengebied 1e herziening' van de

raad van Kapelle is nog een beroep aanhangig van (appellant sub 3).

**8.3.** Tegen de bestemmingsplannen 'Hansweert, 1e herziening' en 'Buitengebied, 1e herziening' van de raad van Reimerswaal is geen enkel beroep meer aanhangig als gevolg van de niet-ontvankelijkheid van de beroepen van (appellant sub 1). Die besluiten staan derhalve ook niet meer ter beoordeling van de Afdeling.

Die bestemmingsplannen zijn daardoor weliswaar onherroepelijk, maar aan die 2 besluiten komt geen betekenis meer toe. Hierbij is van belang dat zoals hierna onder 8.9 wordt overwogen de 2 latere herstelbesluiten uit mei 2016 in stand blijven en die besluiten de 2 oorspronkelijke besluiten uit 2015 geheel vervangen.

**8.4.** Wel ter beoordeling staat het bestemmingsplan 'Loswal' van de raad van Reimerswaal, waartegen nog beroepen van (appellant sub 1), (appellant sub 2) en de Scheepswerf aanhangig zijn.

(...)

### Herstelbesluiten van 3, 10 en 31 mei 2016

**8.6.** Tegen het besluit van het college van Reimerswaal waarbij voor de woning van (appellant sub 1) een hogere waarde van 53 dB(A) is vastgesteld, is door de niet-ontvankelijkheid van het beroep van (appellant sub 2), uitsluitend nog een beroep van rechtswege van (appellant sub 1) aanhangig.

**8.7.** Bij brief van 23 augustus 2016 heeft de Scheepswerf de Afdeling meegedeeld dat zij zich met de besluiten van de raad van Reimerswaal en de raad van Kapelle uit mei 2016 kan verenigen, omdat daarmee aan haar eerdere beroepschriften tegemoet is gekomen. Ter zitting heeft zij dit nogmaals bevestigd. Gelet hierop zijn voor de Scheepswerf geen beroepen van rechtswege ontstaan als bedoeld in artikel 6:19, eerste lid, van de Awb. Hierdoor behoeven haar beroepen tegen de besluiten van de raad van Reimerswaal en de raad van Kapelle van 26 mei 2015 vooralsnog geen bespreking meer.

**8.8.** Tegen het gewijzigd vastgestelde bestemmingsplan 'Loswal Kapelle' van de raad van Kapelle zijn beroepen van rechtswege aanhangig van (appellant sub 1), (appellant sub 2) en (appellant sub 3). Tegen het gewijzigd vastgestelde bestemmingsplan 'Buitengebied 1e herziening' van de raad van Kapelle is nog een beroep van rechtswege van (appellant sub 3) aanhangig. Wat betreft de 2 beroepen van rechtswege van (appellant sub 3) wijst de Afdeling er volledigheidshalve op dat dit uitsluitend de beroepen betreft voor zover die zijn ingesteld door (appellant sub 3A), gelet op hetgeen hiervoor is onder 7.1 is overwogen.

**8.9.** Gelet op hetgeen hiervoor onder 3 tot en met 3.1.2 is overwogen is van (appellant sub 1) geen beroep van rechtswege meer aanhangig tegen de gewijzigd vastgestelde bestem-

mingsplannen 'Hansweert, 1e herziening' en 'Buitengebied, 1e herziening' van de raad van Reimerswaal. Deze besluiten staan derhalve niet meer ter beoordeling van de Afdeling en zijn onherroepelijk.

**8.10.** Tegen het gewijzigd vastgestelde bestemmingsplan 'Loswal' van de raad van Reimerswaal zijn wel van rechtswege beroepen aanhangig van (appellant sub 1) en (appellant sub 2).

#### **WIJZE VAN BESPREKING VAN DE BESLUITEN**

**9.** De voornaamste conclusie van het voor gaande is dat tegen de bestemmingsplannen 'Loswal' en 'Loswal Kapelle', die voorzien in het toegestane gebruik van het industrieterrein waarop de Scheepswerf is gevestigd, nog steeds beroepen aanhangig zijn en dus de bezwaren van (appellant sub 1), (appellant sub 2) en (appellant sub 3) over de gestelde geluidsoverlast van de Scheepswerf aan de orde zullen komen in deze procedure.

Hierna worden de beroepsgronden voor elk afzonderlijk besluit of per groep van besluiten behandeld. Daarbij houdt de Afdeling een omgekeerde chronologische volgorde aan, wat betekent dat het laatst genomen besluit als eerste wordt behandeld. Dit houdt verband met het feit dat de later genomen besluiten de eerder genomen besluiten geheel of gedeeltelijk vervangen en daardoor pas aan een beoordeling van de eerdere besluiten wordt toegekomen als aan het latere besluit een gebrek kleefde dat tot vernietiging van dat besluit leidt.

**9.1.** Voorts geldt bij de bespreking van de beroepsgronden het hierna volgende toetsingskader. Bij de vaststelling van een bestemmingsplan moet de raad bestemmingen aanwijzen en regels geven die de raad uit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening nodig acht. De raad heeft daarbij beleidsruimte en moet de betrokken belangen afwegen. De Afdeling beoordeelt aan de hand van de beroepsgronden of het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan in overeenstemming is met het recht. De Afdeling stelt niet zelf vast of het plan in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening, maar beoordeelt aan de hand van die gronden of de raad zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het plan strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening. (...)

#### **Bestemmingsplan 'Loswal' (herstelbesluit) en Bestemmingsplan 'Loswal Kapelle' (herstelbesluit)**

**12.** Zoals hiervoor onder 2.1 is overwogen, voorzien de in 2016 gewijzigd vastgestelde bestemmingsplannen 'Loswal' (Reimerswaal) en 'Loswal Kapelle' (Kapelle) in een planologische regeling voor het gezondeerde industrieterrein waarop onder andere de Scheepswerf is gevestigd. Deze 2 bestemmingsplannen zijn identiek wat betreft de planregels voor de scheepswerf. Daarom zullen deze 2 plannen hierna samen worden aangeduid als 'het plan'. (appellant sub 1), (appellant sub 2) en

(appellant sub 3) hebben tegen het plan een aantal bezwaren naar voren gebracht, die voornamelijk betrekking hebben op geluidaspecten.

(...)

#### **Milieucategorie**

**27.** Appellant sub 1 en (appellant sub 3) be togen dat de Scheepswerf ten onrechte als een bedrijf in milieucategorie 3.2 is aangemerkt in de planregels. Volgens hen is de Scheepswerf een bedrijf in milieucategorie 5.1 vanwege de geluidsproductie, waarvoor een richtafstand van 500 meter tot woningen geldt en aan die afstand wordt niet voldaan.

**27.1.** Verweerders stellen zich op het standpunt dat de Scheepswerf in de Staat van Bedrijfsactiviteiten die hoort bij de planregels, is ingedeeld in een milieucategorie 3.2, omdat het aspect geluid daarbij buiten beschouwing is gelaten. Voor het geluid is immers als gevolg van de aanwijzing als gezondeerd industrieterrein door middel van de geluidszone reeds voorzien in een adequate regeling. In dit verband wijzen verweerders erop dat als in de Staat van Bedrijfsactiviteiten het aspect geluid zou zijn meegewogen, een scheepswerf volgens de brochure 'Bedrijven en milieuzonering' van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten van 2009 (hierna: VNG-brochure) een categorie 5.1-bedrijf is met een richtafstand van 500 meter tot woongebieden. Dit impliceert volgens verweerders dat de 50 dB(A)-contour van iedere scheepswerf op 500 meter ligt. De Scheepswerf is in het plan gehouden aan de geluidszone op een kortere afstand dan de indicatieve richtafstand van 500 meter, met een verplichte realisering van geluidsafscherming. Vandaar dat de gekozen regeling in het bestemmingsplan aanvaardbaar is en aanzienlijk betere waarborgen biedt dan een regeling met een gestandaardiseerde lijst uit de VNG-brochure, aldus verweerders.

**27.2.** In de verbeelding is aan het plan-deel dat ziet op het terrein van de Scheepswerf onder meer de aanduiding 'specifieke vorm van bedrijf - 1' toegekend. In artikel 3, lid 3.1, onder d, van de planregels is bepaald dat ter plaatse van deze aanduiding tevens een bedrijfsactiviteit met de SBI-code-2008 301, 3315.4 uit ten hoogste categorie 3.2 van de Staat van Bedrijfsactiviteiten 'gezondeerd industrieterrein' is toegestaan.

Deze SBI-code hoort bij scheepsbouw- en reparatiebedrijven in de Staat van Bedrijfsactiviteiten die in de bijlage bij de planregels is opgenomen. In de Staat van Bedrijfsactiviteiten zijn dergelijke bedrijfsactiviteiten aangemerkt als milieucategorie 3.2, met een grootste afstand van 100 meter voor geur en stof. Volgens de VNG-brochure zijn scheepswerven ingedeeld in milieucategorie 5.1, vanwege de indicatieve afstand van 500 meter voor geluid. Indien het geluid buiten beschouwing wordt gelaten, is in de VNG-brochure als grootste indica-

tieve afstand 100 meter opgenomen, dat neerkomt op milieucategorie 3.2.

De Afdeling overweegt dat de VNG-brochure een indicatief en globaal karakter heeft en gemotiveerd dient te worden toegepast. Door zich op het standpunt te stellen dat de geluidhinder voor de omliggende woningen reeds op andere wijze - door middel van de wettelijk verplichte geluidszone - is gereguleerd in het plan, hebben verweerders naar het oordeel van de Afdeling voldoende gemotiveerd waarom bij de indeling van de Scheepswerf in een milieucategorie het aspect 'geluid' buiten beschouwing is gelaten. Nu het aspect 'geluid' buiten beschouwing wordt gelaten, is de grootste indicatieve afstand 100 meter en hebben verweerders de Scheepswerf in het plan in redelijkheid kunnen aanmerken als een bedrijf in milieucategorie 3.2. Dit betoog treft dan ook geen doel.

(...)

#### **Tussenconclusie**

**29.** Gelet op het voorgaande zijn de beroepen van rechtswege van (appellant sub 2) tegen de herstelbesluiten van 31 mei 2016 van de raad van Reimerswaal en van 10 mei 2016 van de raad van Kapelle, ongegrond.

Hetgeen onder 4.1 is overwogen over de ontvankelijkheid van het beroep van rechtswege van (appellant sub 1) tegen het herstelbesluit van de raad van Kapelle in combinatie met hetgeen onder 14.4 is overwogen, leidt tot de conclusie dat het beroep van rechtswege van (appellant sub 1), voor zover dat ontvankelijk is, tegen het herstelbesluit van 10 mei 2016 van de raad van Kapelle ongegrond is. Het voorgaande betekent ook dat de beroepsgronden van (appellant sub 1) die zijn besproken onder 13.3, 14.5.2 en 15.3 uitsluitend kunnen slagen ten aanzien van het herstelbesluit van de raad van Reimerswaal. De Afdeling is van oordeel dat de raad van Reimerswaal de aan de orde zijnde belangen onvoldoende heeft afgewogen en wat betreft het laagfrequent geluid onvoldoende onderzoek aan dit besluit ten grondslag heeft gelegd. Dit besluit is genomen in strijd met de bij het voorbereiden van een besluit te betrachten zorgvuldigheid. Het beroep van rechtswege van (appellant sub 1) tegen het herstelbesluit van 31 mei 2016 van de raad van Reimerswaal is dan ook gegrond.

Gelet op hetgeen onder 21.1 is overwogen, is het beroep van rechtswege van (appellant sub 3), voor zover dat ontvankelijk is, tegen het herstelbesluit van 10 mei 2016 van de raad van Kapelle, gegrond. (..)

#### **Tussenconclusie**

##### **Bestemmingsplan 'Loswal Kapelle'**

**36.1.** Tegen het bestemmingsplan 'Loswal Kapelle' van de raad van Kapelle zijn nog beroepen aanhangig van (appellant sub 2), (appellant sub 3) en de Scheepswerf.

Hiervoor is, onder 29, door de Afdeling geoordeeld dat het beroep van rechtswege van (appellant sub 2) tegen het herstelbesluit van dit plan ongegrond is. Gezien de beroepsgronden die (appellant sub 2) daartegen naar voren heeft gebracht, is het beroep van (appellant sub 2), voor zover dat ontvankelijk is, tegen het oorspronkelijke besluit uit 2015 tot vaststelling van dit plan eveneens ongegrond.

Hiervoor is, onder 29, door de Afdeling geoordeeld dat het beroep van rechtswege van (appellant sub 3), voor zover ontvankelijk, tegen het herstelbesluit van dit plan gegrond is. Het gebrek dat onder 21.1 is geconstateerd kleef ook aan het oorspronkelijke besluit uit 2015 tot vaststelling van dit plan. Het beroep van (appellant sub 3), voor zover dat ontvankelijk is, tegen dit besluit is derhalve eveneens gegrond.

Het beroep van de Scheepswerf tegen het oorspronkelijke plan uit 2015 heeft mede aanleiding gegeven tot aanpassing van dit plan in het latere herstelbesluit uit mei 2016, waarin volledig aan de bezwaren van de Scheepswerf tegemoet is gekomen. Reeds hierom is het beroep van de Scheepswerf tegen dit besluit gegrond en behoeven haar beroepsgronden tegen dit besluit geen bespreking meer.

(...)

##### **Bestemmingsplan 'Loswal'**

**36.3.** Tegen het bestemmingsplan 'Loswal' van de raad van Reimerswaal zijn nog beroepen aanhangig van (appellant sub 1), (appellant sub 2) en de Scheepswerf.

Hiervoor is, onder 29, door de Afdeling geoordeeld dat het beroep van rechtswege van (appellant sub 1), tegen het herstelbesluit van dit plan gegrond is. De gebreken die onder 13.3, 14.5.2 en 15.3 zijn geconstateerd kleven ook aan het oorspronkelijke besluit uit 2015 tot vaststelling van dit plan. Het beroep van (appellant sub 1) tegen dit besluit is derhalve eveneens gegrond.

Hiervoor is, onder 29, door de Afdeling geconcludeerd dat het beroep van rechtswege van (appellant sub 2) tegen het herstelbesluit van dit plan ongegrond is. Gezien de beroepsgronden die (appellant sub 2) daartegen naar voren heeft gebracht, is het beroep van (appellant sub 2), voor zover dat ontvankelijk is, tegen het oorspronkelijke besluit uit 2015 tot vaststelling van dit plan eveneens ongegrond.

Het beroep van de Scheepswerf tegen het oorspronkelijke plan uit 2015 heeft mede aanleiding gegeven tot aanpassing van dit plan in het latere herstelbesluit uit mei 2016, waarin volledig aan de bezwaren van de Scheepswerf tegemoet is gekomen. Reeds hierom is het beroep van de Scheepswerf tegen dit besluit gegrond en behoeven de beroepsgronden van de Scheepswerf tegen dit besluit geen bespreking meer.

**Tussenconclusie**

**37.** Het bovenstaande betekent dat de besluiten van 26 mei 2015 van de raad van Kapelle en de raad van Reimerswaal, waarbij de bestemmingsplannen 'Loswal Kapelle' en 'Loswal' zijn vastgesteld, wegens strijd met artikel 3:2 van de Awb dienen te worden vernietigd.

Het besluit van 26 mei 2015 van de raad van Kapelle, waarbij het bestemmingsplan 'Buitengebied 1e herziening' is vastgesteld, is weliswaar onherroepelijk, maar aan dat besluit komt geen betekenis meer toe.

(...)

**EINDCONCLUSIE****Samenvatting**

**40.** Het voorgaande komt erop neer dat een aantal beroepen - al dan niet van rechtswege - van (appellant sub 1), (appellant sub 2) en (appellant sub 3) geheel of gedeeltelijk niet-ontvankelijk is. Verder zijn van alle beroepen in totaal 6 beroepen van (appellant sub 1), 1 beroep van (appellant sub 2), 2 beroepen van (appellant sub 3) en 2 beroepen van de Scheepswerf gegrond. Tevens is 1 beroep van (appellant sub 1), zijn 4 beroepen van (appellant sub 2) en is 1 beroep van (appellant sub 3) geheel of gedeeltelijk ongegrond.

Van de 14 besluiten die in deze samenhangende procedures zijn bestreden worden in deze uitspraak 8 besluiten geheel of gedeeltelijk vernietigd. Verder zijn 6 besluiten onherroepelijk vanwege een niet-ontvankelijk of ongegrond beroep daartegen. Aan 3 van die onherroepelijke besluiten komt echter geen betekenis meer toe, omdat de latere herstelbesluiten in stand blijven.

**Rechtsgevolgen van de uitspraak**

**41.** De gewijzigd vastgestelde bestemmingsplannen 'Loswal' en 'Loswal Kapelle' uit 2016 en de oorspronkelijke bestemmingsplannen 'Loswal' en 'Loswal Kapelle' uit 2015, waaronder de bijbehorende geluidszone die in deze 4 bestemmingsplannen is opgenomen, alsmede het gedeelte van de geluidszone dat in de bestemmingsplannen 'Buitengebied, 3e herziening' en 'Buitengebied 2016' is opgenomen worden vernietigd. Het gevolg daarvan is dat voor het industrieterrein aan de Kaai niet langer sprake is van een gezoneerd industrieterrein als bedoeld in artikel 40 van de Wgh, aangezien voor dit industrieterrein niet eerder een geluidszone in een bestemmingsplan is vastgelegd. Dit heeft tot gevolg dat de geluidszone van rechtswege zoals die sinds 1 juli 1993 van rechtswege gold, voor de gronden die liggen binnen de begrenzing van de plangebieden van de bestemmingsplannen die worden vernietigd, opnieuw gaat gelden. Hierdoor mag de geluidsbelasting op de gevels van de woningen die zich in de desbetreffende plangebieden bevinden niet hoger zijn dan 50 dB(A).

De op 31 mei 2016 gewijzigd vastgestelde bestemmingsplannen 'Hansweert, 1e herziening' en

'Buitengebied, 1e herziening' van de raad van Reimerswaal en het op 10 mei 2016 gewijzigd vastgestelde bestemmingsplan 'Buitengebied, 1e herziening' van de raad van Kapelle zijn onherroepelijk als gevolg van deze uitspraak. In die plannen is ook een deel van de geluidszone opgenomen en dat deel van de geluidszone is groter dan de geluidszone van rechtswege. Nu echter ook de 2 besluiten van het college tot vaststelling van hogere waarden worden vernietigd, geldt onder meer voor de woning van (appellant sub 1) - die binnen de geluidszone ligt die is opgenomen in het bestemmingsplan 'Buitengebied, 1e herziening' van de raad van Reimerswaal - dat ook daarvoor de geluidsbelasting niet hoger mag zijn dan 50 dB(A).

**Opdrachten**

(..)

**43.** De bestemmingsplannen 'Loswal' en 'Loswal Kapelle' uit 2015 alsmede de gewijzigd vastgestelde bestemmingsplannen 'Loswal' en 'Loswal Kapelle' uit 2016 zijn geheel vernietigd.

Uit oogpunt van rechtszekerheid en gelet op artikel 1.2.3 van het Bro, ziet de Afdeling aanleiding de raad van Reimerswaal en de raad van Kapelle op te dragen de hierna in de beslissing nader aangeduide onderdelen van deze uitspraak binnen 4 weken na verzending van de uitspraak te verwerken op de landelijke voorziening, [www.ruimtelijkeplannen.nl](http://www.ruimtelijkeplannen.nl).

**44.** De Afdeling ziet aanleiding om met toepassing van artikel 8:72, vierde lid, van de Awb de raad van Reimerswaal en de raad van Kapelle op te dragen om voor de vernietigde bestemmingsplannen met inachtneming van deze uitspraak nieuwe plannen vast te stellen voor het industrieterrein aan de Kaai en zal daartoe een termijn stellen.

**Ten overvloede**

**45.** Ten behoeve van de nieuw te nemen besluiten wijst de Afdeling erop dat het uit een oogpunt van kenbaarheid van het geldende planologische regime de voorkeur verdient als het gezoneerde industrieterrein en de bijbehorende geluidszone niet opnieuw wordt geregeld in 5 afzonderlijke bestemmingsplannen, maar dat beide gemeenteraden daarvoor slechts 1 bestemmingsplan zouden vaststellen.

Daarnaast ligt het in de rede dat verweerders bij de nieuw te nemen besluiten een hernieuwde afweging maken over de vraag of het uit ruimtelijk oogpunt wenselijk is dat het gebruik van de gronden als scheepswerf opnieuw als zodanig wordt bestemd. Het gedeeltelijke vertrek van de bestaande scheepswerf en de mogelijke toekomstige verkoop van het terrein van de scheepswerf geeft daar aanleiding toe. Gebruik waarvan het aannemelijk is dat het binnen de planperiode eindigt hoeft niet positief te worden bestemd en van wegbestemmen zou in dit geval geen sprake zijn, nu de in 2004 verleende

vrijstelling ingevolge artikel 19, eerste lid, van de Wet op de Ruimtelijke Ordening voor vestiging van de Scheepswerf aan de Kaai in Hansweert niet eerder opgenomen is geweest in een bestemmingsplan. Voorts ligt het in de rede dat verweerders bij het vaststellen van nieuwe bestemmingsplannen niet langer wijzigingsbevoegdheden opnemen waaraan, zoals ter zitting is gebleken, niet langer behoefte bestaat nu de Scheepswerf haar bedrijfsactiviteiten grotendeels heeft verplaatst.

In het geval dat verweerders ervoor kiezen om het gebruik van de gronden als scheepswerf in de nieuw vast te stellen plannen wel als zodanig te bestemmen, maar een nadere inperking van de activiteiten dan wel bedrijfstijden behorende bij het gebruik als scheepswerf met het oog op de belangen van omwonenden alsnog noodzakelijk wordt geacht door verweerders, dienen daartoe planregels te worden opgenomen in de desbetreffende bestemmingsplannen. In die situatie kan niet worden volstaan met een verwijzing naar hetgeen is opgenomen in de voorschriften van de milieuvvergunning van de Scheepswerf uit 2003. Daar komt bij dat de Scheepswerf heeft meegedeeld dat een revisievergunning voor wijziging van de bedrijfsvoering op de locatie in Hansweert zal worden aangevraagd. Een positieve bestemming van het gebruik van de gronden als scheepswerf maakt het immers mogelijk dat een andere scheepswerf dan Scheepswerf Reimerswaal ter plaatse bedrijfsactiviteiten ontplooit, die niet is gehouden aan die milieuvvergunning. Bovendien zijn bij de verlening van een vergunning ingevolge de Wet milieubeheer (thans: de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht) niet alle gevolgen die ruimtelijk relevant zijn, in de beoordeling van die aanvraag betrokken. (*Enz., enz., Red.*)

## NOOT

**1.** Maar liefst 14 (!) besluiten (waarvan het merendeel bestemmingsplannen betreft) zijn er in een tijdspanne van circa 13 maanden genomen over een in de gemeente Reimerswaal gelegen industrieterrein, waarvan de geluidszone zich tevens uitstrekt over de gemeente Kapelle. Deze besluiten doet de Afdeling, vanwege de samenhang tussen de (acht) verschillende zaken, af in de hierboven opgenomen uitspraak. Dit aanzienlijke aantal besluiten heeft, en dan drukt de Afdeling zich volgens mij nog mild uit, geleid tot een 'weinig overzichtelijke situatie' (r.o. 2). Naast het aanzienlijke aantal besluiten, is ook de gemeentelijke werkwijze - waarbij de jaarlijkse actualisering van het bestemmingsplan voor het buitengebied niet beperkt blijft tot enkel de plandelen die worden gewijzigd, maar telkens een plan voor het gehele buitengebied wordt vastgesteld - debet aan de ontstane onoverzichtelijke situatie. Als gevolg van die werkwijze zijn de verschillende opeenvolgende bestemmingsplannen voor het buitengebied, als gevolg van de werking van artikel 6:19 lid 1 van de Awb, óók onderdeel van de procedure geworden, hoewel in die bestemmingsplannen niet is beoogd de eerder vastgestelde geluidszone te wijzigen. De Afdeling merkt (in

r.o. 2) op dat 'de geschetste werkwijze bij de actualisering van het bestemmingsplan buitengebied voor de rechtzoekenden, voor de Afdeling en ook voor de gemeenteraad zelf nodige complicaties meebrengt bij de behandeling van aanhangige beroepen'. Dit laat zich begrijpen als een oproep aan de gemeente om deze omslachtige werkwijze (snel) aan te passen (zie ook de overweging ten overvloede in r.o. 45).

**2.** Uit de uitspraak blijkt niet waarom de betrokken gemeenteraden er niet voor hebben gekozen om de geluidszone van het industrieterrein (die verspreid is over verschillende bestemmingsplannen en verschillende gemeenten) door middel van een paraplubestemmingsplan vast te stellen. Dit is, procedureel gezien, vele malen overzichtelijker dan de wijze waarop in bovenstaande uitspraak de betrokken geluidszone (door middel van separate herzieningen van de verschillende bestemmingsplannen) is vastgelegd.

**3.** Voor de inhoud van de verschillende besluiten die ik naar r.o. 2.1. De 14 besluiten betreffen verschillende elkaar opeenvolgende bestemmingsplannen inclusief wijzigingsbesluiten (ex artikel 6:19 van de Awb) en besluiten tot het vaststellen en intrekken van hogere waarden (artikel 45 van de Wet geluidhinder). Het geschil dat partijen verdeeld houdt betreft, in de kern, de door verschillende omwonenden gestelde geluidsoverlast die zij zouden ondervinden van de op het industrieterrein gevestigde scheepswerf. Het betrokken industrieterrein betreft een gezoneerd industrieterrein als bedoeld in artikel 40 van de Wet geluidhinder en in de voorliggende besluiten is onder meer de toegestane bedrijvigheid en de bijhorende geluidszone voor het eerst planologisch vastgelegd. In deze annotatie bespreek ik enkele in het oog springende overwegingen.

**4.** In r.o. 27 komt een voor de praktijk belangrijk punt aan de orde. Appellanten betogen dat de scheepswerf ten onrechte als een bedrijf in milieucategorie 3.2 is aangemerkt. Volgens hen is de scheepswerf een bedrijf in milieucategorie 5.1 vanwege de geluidsproductie, waarvoor een richtafstand van 500 meter tot woningen geldt en aan die afstand wordt in dit geval niet voldaan. De betrokken gemeenteraden betwisten niet dat - vanwege de geluidemissie - sprake is van een categorie 5.1-bedrijf. Echter, zo stellen zij, de scheepswerf is gesitueerd op een krachtens de Wet geluidhinder gezoneerd industrieterrein. Als gevolg daarvan en vanwege de ligging van een geluidszone om het gezoneerde industrieterrein, is voorzien in een adequate regeling voor het geluid. Om die reden is het aspect geluid (en de daarbij horende richtafstand) geschrapt uit de bij de planregels behorende Staat van Bedrijfsactiviteiten (voor zover deze betrekking heeft op het gezoneerde industrieterrein), aldus de gemeenteraden. Verder stellen zij dat als in de Staat van Bedrijfsactiviteiten het aspect geluid zou zijn meegewogen, een scheepswerf volgens de VNG-brochure een categorie 5.1-bedrijf is met een richtafstand van 500 meter tot woongebieden. Dit impliceert volgens de gemeenteraden dat de 50 dB(A)-contour van iedere scheepswerf op 500 meter ligt. De scheepswerf is in het plan gehouden aan de geluidszone op een kortere afstand dan de indicatieve richtafstand

van 500 meter, met een verplichte realisering van geluids-afscherming. Vandaar dat, zo stellen de gemeenteraden, de gekozen regeling in het bestemmingsplan aanvaardbaar is en aanzienlijk betere waarborgen biedt dan een regeling met een gestandaardiseerde lijst uit de VNG-brochure.

**5.** Opvallend genoeg volgt de Afdeling het standpunt van de betrokken gemeenteraden. De Afdeling overweegt dat de VNG-brochure een indicatief en globaal karakter heeft en gemotiveerd dient te worden toegepast (o.a. ABRvS 8 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2973, r.o. 8). Tot zover niks nieuws onder de zon. Door zich op het standpunt te stellen dat de geluidhinder voor de omliggende woningen reeds op andere wijze - door middel van de wettelijk verplichte geluidszone - is gereguleerd in het plan, hebben de gemeenteraden, naar het oordeel van de Afdeling, voldoende gemotiveerd waarom bij de indeling van de scheepswerf in een milieucategorie het aspect 'geluid' buiten beschouwing is gelaten. Nu het aspect 'geluid' buiten beschouwing wordt gelaten, is, zo overweegt de Afdeling, de grootste indicatieve afstand 100 meter en hebben verweerders de scheepswerf in het plan in redelijkheid kunnen aanmerken als een bedrijf in milieucategorie 3.2. Het betoog van appellanten wordt om die reden gepasseerd. Een discutabel oordeel, naar mijn idee.

**6.** Uit vaste jurisprudentie van de Afdeling volgt immers dat de norm van een goede ruimtelijke ordening voor het aspect geluid slechts gedeeltelijk wordt ingevuld door de Wet geluidhinder en dat deze norm daarbuiten een zelfstandige betekenis heeft (o.a. ABRvS 22 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV6546, r.o. 2.8.2; ABRvS 26 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4218). Deze jurisprudentielijn van de Afdeling is (onder andere) ingegeven door het beperkte beoordelings- en toetsingskader van de Wet geluidhinder. Voor verschillende geluidsverschijnselen kent de Wet geluidhinder namelijk géén beoordelings- en toetsingskader. Ik noem als voorbeeld de piekgeluiden waarvan vaststaat dat de Wet geluidhinder deze niet normeert (ABRvS 21 augustus 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE6728, r.o. 2.9.1). Piekgeluiden doen zich bijvoorbeeld voor bij het laden- en lossen, sluiten van portieren/kleppen etc. In de VNG-brochure is, bij het bepalen van de richtafstanden, wél rekening gehouden met piekgeluiden die kunnen optreden (VNG-brochure, editie 2009, p. 194-195). Alleen al om deze reden gaat de overweging van de Afdeling dat door middel van de op grond van de Wet geluidhinder verplichte wettelijke geluidszone van de geluidhinder voor de omliggende woningen (voldoende) wordt gereguleerd, niet op.

**7.** Ook om een andere reden kan niet volstaan worden met (uitsluitend) een verwijzing naar de op grond van de Wet geluidhinder verplichte geluidszone die in het bestemmingsplan wordt vastgelegd. Gelet op de definitiebepaling van een 'industrieterrein' in artikel 1 van de Wet geluidhinder gaat het bij het bepalen van de geluidszone als bedoeld in artikel 41 van de Wet geluidhinder om de geluidsbelasting vanwege het industrieterrein. Op de grens van de zone mag de cumulatieve geluidbelasting als gevolg van alle bedrijven op het industrieterrein niet meer bedragen

dan 50 dB(A) en ter plaatse van de binnen de zone gelegen woningen (en andere geluidgevoelige objecten) mag de voorkeurswaarde dan wel een vastgestelde hogere waarde niet worden overschreden. De geluidsbelasting veroorzaakt door motorvoertuigen op de openbare weg op of buiten het industrieterrein (de zogenoemde indirecte hinder) maakt - ook al gaat het om vervoersbewegingen ten behoeve van de op het industrieterrein gevestigde bedrijven - géén deel uit van de geluidsbelasting vanwege het industrieterrein. De door deze vervoersbewegingen veroorzaakte geluidbelasting mag dan ook niet worden betrokken in de toetsing aan de voorkeurs- en grenswaarden van de Wet geluidhinder. De Afdeling is hier duidelijk over (ABRvS 22 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV6546; ABRvS 10 januari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ5846). Echter, het voorgaande laat onverlet dat de door die vervoersbewegingen veroorzaakte geluidbelasting wél beoordeeld moet worden in verband met de toets aan een goede ruimtelijke ordening. En bij die laatste beoordeling kan, zoals gezegd, niet volstaan worden met alleen een verwijzing naar de in de Wet geluidhinder vastgelegde grenswaarden en de in het bestemmingsplan vastgelegde geluidszone. Ook om deze reden kan niet gesteld worden dat de op grond van de Wet geluidhinder verplichte wettelijke geluidszone de geluidhinder voor de omliggende woningen voldoende reguleert.

**8.** Gelet op de hierboven opgenomen voorbeelden meen ik dat een plansystematiek waarbij de richtafstanden voor geluid uit de staat van bedrijfsactiviteiten wordt geschrapt omdat sprake is van een krachtens de Wet geluidhinder gezoneerd industrieterrein, uitsluitend aanvaardbaar is indien op draagkrachtige wijze is gemotiveerd dat de toepasselijkheid van de Wet geluidhinder een afdoende bescherming biedt tegen onaanvaardbare geluidhinder én een separate beoordeling heeft plaatsgevonden van de geluidverschijnselen die *niet* door de Wet geluidhinder worden genormeerd. De hierboven afgedrukte uitspraak maakt niet duidelijk of deze beoordeling ook door de gemeenteraden heeft plaatsgevonden. Het verweer van de gemeenteraden dat wanneer in de Staat van Bedrijfsactiviteiten het aspect geluid zou zijn meegewogen, een scheepswerf volgens de VNG-brochure een categorie 5.1-bedrijf is met een richtafstand van 500 meter tot woongebieden en dat dat zou impliceren dat de 50 dB(A)-contour van iedere scheepswerf op 500 meter ligt, overtuigt niet. Immers, van deze richtafstanden staat vast dat hiervan, mits deugdelijk gemotiveerd, mag worden afgeweken. Het gaat er juist om dat deze motivering in bovenstaande uitspraak ontbreekt.

**9.** Dat ter onderbouwing van het standpunt dat geluidhinder voor omliggende woningen wordt voorkomen, niet volstaan kan worden met (uitsluitend) een verwijzing naar de op grond van de Wet geluidhinder verplichte geluidszone (zie r.o. 27.2), blijkt ook uit de (tussen)uitspraak van 18 maart 2015 (tussenuitspraak, ECLI:NL:RVS:2015:810, TBR 2015/103, m.nt. Lammens) en de einduitspraak van 3 februari 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:250). In die uitspraken stond ook een bestemmingsplan voor een gezoneerd industrieterrein centraal en ook dit bestemmingsplan kende een plansystematiek waarbij de richtafstanden voor

geluid uit de staat van bedrijfsactiviteiten waren geschrapt omdat sprake was van een krachtens de Wet geluidhinder gezoneerd industrieterrein. Uit de tussenuitspraak blijkt dat appellanten betoogden dat onduidelijk is of bij toepassing van de VNG-brochure het niet meewegen van de factor geluid bij een gezoneerd industrieterrein toelaatbaar is. Aan hun percelen was op grond van deze handelwijze de functieaanduiding 'bedrijf tot en met categorie 3.2' toegekend terwijl de bedrijvigheid (een scheepswerf) op de betrokken percelen, als de factor geluid zou worden meegewogen, tot milieucategorie 5.1 van de staat van bedrijfsactiviteiten van de VNG-brochure moest worden gerekend. De gemeenteraad verweerde zich in die uitspraak met het standpunt dat het aspect geluid door de raad is meegewogen in het kader van de Wet geluidhinder. Daarbij wordt het geluid van de bedrijfsactiviteiten gezamenlijk op het gezoneerde industrieterrein gecumuleerd en getoetst aan de voorkeurs- en grenswaarden van de Wet geluidhinder, zo stelde de raad. Gelet daarop heeft de raad een 'Staat van milieubelastende activiteiten gezoneerd industrieterrein' als bijlage bij het plan opgenomen, die gebaseerd is op de VNG-brochure, maar waarin het aspect geluid is weggelaten.

**10.** De Afdeling is, zo blijkt uit de tussenuitspraak van 18 maart 2015, niet overtuigd van de argumentatie van de gemeenteraad. De Afdeling overweegt namelijk dat de benadering van de raad eraan voorbij gaat dat een goede ruimtelijke ordening voor het aspect geluid slechts gedeeltelijk wordt ingevuld door de Wet geluidhinder en daarbuiten een zelfstandige betekenis heeft (zie ook hetgeen ik hierboven heb opgemerkt onder punt 6 en 7). Bij de belangenafweging dient de geluidsbelasting van het gezoneerde industrieterrein op de omgeving *uitdrukkelijk* te worden betrokken. Buiten het onderzoek dat verplicht is op grond van de Wet geluidhinder heeft de raad, zo stelde de Afdeling in de tussenuitspraak vast, in het geheel geen inzicht geboden in de ruimtelijke uitstraling van de op het gezoneerde industrieterrein toegelaten bedrijvigheid wat betreft het aspect

geluid voor de omgeving van het industrieterrein. De richtafstanden vanwege geluid zijn, zo vervolgde de Afdeling, immers niet opgenomen in de bij de planregels gevoegde 'Staat van milieubelastende activiteiten gezoneerd industrieterrein' en ook overigens heeft de raad dit aspect niet meegewogen buiten de enkele verwijzing naar de Wet geluidhinder. De Afdeling concludeert vervolgens, kort samengevat, dat het bestreden bestemmingsplan onzorgvuldig tot stand is gekomen en dat ten aanzien van het aspect geluid geen (volledige) belangenafweging heeft plaatsgevonden.

**11.** Uit de eindspraak van 3 februari 2016 blijkt dat door de gemeenteraad, gevolgd gevend aan de in de tussenuitspraak geformuleerde herstelopdracht, een nader akoestisch onderzoek 'is uitgevoerd om vanuit het oogpunt van een goede ruimtelijke ordening inzicht te bieden in de ruimtelijke uitstraling van de op het gezoneerde industrieterrein toegelaten bedrijvigheid op de omgeving' (r.o. 4.1). Op basis van deze nadere analyse heeft de gemeenteraad, zo concludeert de Afdeling kort samengevat, de berekende geluidbelasting, in verband met de toetsing aan een goede ruimtelijke ordening, aanvaardbaar mogen achten.

**12.** Gelet op het voorgaande doen gemeenteraden er, naar mijn oordeel, verstandig aan om, indien een staat van bedrijfsactiviteiten als onderdeel van de planregels wordt vastgesteld waarin géén richtafstanden voor geluid zijn opgenomen, in lijn met de uitspraken van de Afdeling van 18 maart 2015 en 3 februari 2016, *uitdrukkelijk* te motiveren in hoeverre de Wet geluidhinder een afdoende bescherming biedt tegen onaanvaardbare geluidhinder én tevens specifieke aandacht te besteden aan de geluidverschijnselen die *niet* door de Wet geluidhinder worden genormeerd. Die benadering is zuiverder dan alleen een verwijzing naar de op grond van de Wet geluidhinder vastgestelde geluidzone.

R. Benhadi

## Jurisprudentie – II. Bestuursrechtelijke schadevergoeding

**TBR 2018/44**

**Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 24 januari 2018, No. 201600673/1/AZ, ECLI:NL:RVS:2018:219 (Planschade windmolens Oirschot)**

(Mr. C.H.M. van Altena, mr. A.W.M. Bijloos en mr. B.J. Schueler)

**Wro: art. 6.1**

Planschade, windmolens, geluidbelasting, taxatie

**Met noot B.S. ten Kate, Red.**

**Overwegingen**

**Inleiding**

1. Appellant is eigenaar van het perceel aan de (locatie) te Oirschot. Op dit perceel staat onder meer een woning.

Bij formulier van 9 september 2013 heeft (appellant) het college verzocht hem tegemoet te komen in de planschade die hij stelt te lijden als gevolg van de inwerkingtreding van het bestemmingsplan 'Windpark Kattenberg-Reedijk'. Volgens (appellant) daalt zijn perceel in waarde omdat dit bestemmingsplan het mogelijk maakt om parallel aan de A58 twee windturbines op te richten op onderscheidenlijk 380 m ten noordwesten en 270 m ten noordoosten van zijn woning. Aan zijn tegemoetkomingsverzoek heeft (appellant) een rapport van Hoogland Praktijk B.V. (hierna: Hoogland) van 17 augustus 2014 gehecht. Volgens dit rapport was de waarde van het perceel van (appellant) onder het oude planologische regime € 525.000,00 en onder het nieuwe regime € 375.000,00 waard. Na aftrek van het normaal maatschappelijk risico van 2% bedraagt de aan (appellant) te vergoeden schade € 139.500,00, aldus Hoogland.

**Besluitvorming**

2. Het college heeft aan zijn besluitvorming een advies van 9 april 2014 en een nader advies van 9 september 2014 van Tog ten grondslag gelegd. Volgens Tog was het perceel van (appellant) onder het oude planologische regime € 500.000,00 waard en onder het nieuwe regime € 495.000,00. Het nadeel van € 5.000,00 valt binnen het normaal maatschappelijk risico van 2%. (appellant) komt derhalve niet voor een tegemoetkoming in de door hem geleden planschade in aanmerking, aldus Tog.

**Beroep**

3. De rechtbank heeft geoordeeld dat het college de adviezen van Tog aan zijn besluitvorming ten grondslag heeft kunnen leggen, omdat

hieruit op objectieve en onpartijdige wijze blijkt welke feiten en omstandigheden aan de conclusies ervan ten grondslag zijn gelegd en deze conclusies niet onbegrijpelijk zijn en (appellant) daarbij geen concrete aanknopingspunten voor twijfel aan de juistheid of volledigheid van de adviezen naar voren heeft gebracht. De rechtbank acht van belang dat inzichten van een deskundige in een geval als dit mede zijn gebaseerd op diens kennis, ervaring en intuïtie, zodat een nadere toelichting op die inzichten niet in alle gevallen kan worden verlangd. Wel dient de gedachtegang duidelijk en voldoende controleerbaar te zijn en dient het verslag van het onderzoek voldoende basis te bieden voor verdere besluitvorming. Het college heeft zich op goede gronden op het standpunt kunnen stellen dat aan deze eisen in dit geval is voldaan. Dat (appellant) kritische kanttekeningen bij de taxatie van Tog heeft geplaatst, betekent niet dat het college die taxatie niet in redelijkheid aan zijn besluit van 12 mei 2014 ten grondslag heeft kunnen leggen. Uit de geplaatste kanttekeningen volgt niet dat de taxatie van Tog niet juist is. In dit verband is van belang dat de rechtbank, die zelf niet over de daarvoor vereiste deskundigheid beschikt, de taxatie van Tog slechts terughoudend kan toetsen. De rechtbank stelt in dit verband verder vast dat zowel Tog als Hoogland rekening heeft gehouden met dezelfde nadeelfactoren. Verder is van belang dat Tog in haar adviezen uitgebreid is ingegaan op de kanttekeningen die (appellant) heeft geplaatst, aldus de rechtbank.

**Hoger beroep**

4. Niet in geschil is dat (appellant) als gevolg van de inwerkingtreding van het bestemmingsplan 'Windpark Kattenberg-Reedijk' in een nadeliger positie is komen te verkeren. In geschil is de omvang van het nadeel.

5. Appellant betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het college de adviezen van Tog ten grondslag mocht leggen aan zijn besluitvorming. Volgens (appellant) is de rechtbank onvoldoende ingegaan op de door hem en Hoogland bij de adviezen van Tog geplaatste kanttekeningen. Zo is de rechtbank eraan voorbijgegaan dat hij erop heeft gewezen dat Tog ter onderbouwing van de door haar gehanteerde schadepercentages naar twee uitspraken van de Afdeling verwijst die niet vergelijkbaar zijn met het onderhavige geval. De rechtbank is verder voorbijgegaan aan door Hoogland aangehaalde uitspraken waaruit blijkt dat de realisatie van windturbines een druk-



kend effect heeft op de WOZ-waarde. Hoewel de windturbines nog niet zijn gerealiseerd en nog geen bezwaar is gemaakt tegen de WOZ-beschikking, is de WOZ-waarde van de woning aan de (locatie) nu al € 32.000,00 gedaald. Daar kon Tog niet aan voorbijgaan. Tog is verder ten onrechte uitgegaan van de realisatie van een windturbine van 150 m hoog en een windmeetmast van 115 m. Het nieuwe bestemmingsplan maakt het evenwel mogelijk twee windturbines met een tiphoogte van 150 m te realiseren. Aldus is Tog niet uitgegaan van de maximale invulling van het nieuwe planologische regime. De plaatsing van twee windturbines heeft, anders dan Tog stelt, een grote invloed op de omgevingskarakteristiek, met name vanwege hun hoogte. In dit verband zij erop gewezen dat onder het oude planologische regime tot maximaal 15 m hoog mocht worden gebouwd op de gronden ten noorden van het perceel. Tog heeft in haar adviezen ten onrechte ook geen rekening gehouden met de maatschappelijke discussie die op het moment gevoerd wordt over de gezondheidsrisico's die windturbines met zich brengen. Omdat de discussie een waardedrukkend effect heeft, had Tog hier rekening mee moeten houden, zoals dat ook gebeurt bij begroting van schade als gevolg van de plaatsing van zendmasten. Tog heeft in haar adviezen verder ten onrechte nagelaten te motiveren in hoeverre en op welke wijze de waarde van een bedrijfswoning anders reageert op nadelige planologische ontwikkelingen dan een reguliere woning. In dit verband heeft Tog er, anders dan Hoogland, geen rekening mee gehouden dat een werkgever verantwoordelijk is voor een veilige en gezonde werkomgeving en geluidsoverlast veroorzaakt door windmolens van invloed is op de gezondheid. Ook is Tog er ten onrechte van uitgegaan dat op het perceel het geluid dat van het verkeer dat gebruikmaakt van de A58 maatgevend is bij de beoordeling van de geluidsoverlast op het perceel van (appellant). Tog is er aldus aan voorbijgegaan dat windturbines ook 's nachts geluid maken. Verder blijkt uit onderzoek dat het geluid dat windturbines maken veel storender is dan verkeersgeluid. De rechtbank heeft dit onderzoek ten onrechte naast zich neergelegd. Tog heeft bij de begroting van de schade voorts ten onrechte de windturbines betrokken die feitelijk geplaatst zullen worden, terwijl zij had moeten uitgaan van het type windturbine dat het meeste geluid produceert, aangezien in het bestemmingsplan niet is voorzien welk type windturbine ter plaatse mag worden gerealiseerd. De rechtbank heeft dit niet onderkend. Ten slotte is de rechtbank ten onrechte niet ingegaan op de brief die Hoogland haar op 1 mei 2015 heeft gestuurd. In deze brief besteedt Hoogland aandacht aan het op het perceel aanwezige achtergrondgeluid, de gevolgen van het geluid dat de windturbines maken en de ligging van de woning in een stil, agrarisch open landschap, aldus (appellant).

### **Uitgangspunt deskundigenadvies**

**5.1.** De rechtbank heeft terecht overwogen dat indien in een advies van een door een bestuursorgaan benoemde onafhankelijke en onpartijdige deskundige op objectieve wijze verslag is gedaan van het door deze deskundige verrichte onderzoek en daarin op inzichtelijke wijze is aangegeven welke feiten en omstandigheden aan de conclusies ervan ten grondslag zijn gelegd en deze conclusies niet onbegrijpelijk zijn, dat bestuursorgaan bij het nemen van een besluit op een verzoek om tegemoetkoming in planschade van dat advies mag uitgaan, tenzij concrete aanknopingspunten voor twijfel aan de juistheid of volledigheid ervan naar voren zijn gebracht.

Op de aanvrager rust in beginsel de bewijslast, indien hij een op een advies van een onafhankelijke en onpartijdige deskundige gebaseerd oordeel van het bestuursorgaan omtrent het bestaan van schade als bedoeld in artikel 6.1 van de Wet ruimtelijke ordening, omtrent de omvang van deze schade, of omtrent het oorzakelijk verband tussen de gestelde schadeveroorzakende planologische wijziging en de gestelde schade, bestrijdt (zie de uitspraak van de Afdeling van 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582).

### **Planvergelijking**

**5.2.** Indien wordt gesteld dat verschillende planologische maatregelen schade hebben veroorzaakt, moet per planologische maatregel een vergelijking worden gemaakt tussen het planologische regime zoals dat gold onmiddellijk vóór en na de planologische maatregel waarvan gesteld wordt dat deze planschade heeft veroorzaakt (zie de hierboven aangehaalde uitspraak van 28 september 2016). Anders dan (appellant) stelt, heeft Tog rekening gehouden met de realisatie van twee windturbines onder het nieuwe planologische regime. (appellant) kan ook niet worden gevolgd in zijn standpunt dat Tog ten onrechte niet is uitgegaan van de maximale geluidsbelasting die windturbines zouden kunnen veroorzaken. Ieder type windturbine moet voldoen aan de normen voor geluidsbelasting, zoals omschreven in het rapport van LBP SIGHT B.V. van 29 januari 2014, dat Tog in haar eerste advies heeft verwerkt. LBP SIGHT B.V. is uitgegaan van de maximale geluidsuitstraling van een windturbine op het perceel van (appellant). Dit is in het geval geluidsbelasting moet worden bepaald de juiste benaderingswijze. De Afdeling volgt (appellant) ook niet in zijn standpunt dat Tog onvoldoende inzichtelijk heeft gemaakt waarom zij van oordeel is dat de windturbines geen bijzondere invloed hebben op de omgevingskarakteristiek van het perceel. Tog heeft uiteengezet dat de directe omgeving van het perceel wordt gekenmerkt door de omliggende agrarische gronden met aan de noordzijde de begrenzing van de A58. De StAB onderschrijft in haar advies van 27 oktober 2017 de beoordeling van Tog dat de realisatie van twee windturbines

geen bijzondere invloed heeft op de omgevingskarakteristiek. De Afdeling ziet geen aanleiding aan de juistheid van deze beoordeling te twijfelen. Tog heeft bij haar beoordeling verder terecht betrokken dat achter het woongedeelte en de tuin bedrijfsgebouwen opgericht kunnen worden met een hoogte van 10 m en silo's met een hoogte van 15 m. Volgens Tog beperkt dit het verlies van uitzicht dat kan worden toegeschreven aan de windturbines. Ook deze observatie wordt door de StAB onderschreven in haar advies en ook op dit punt ziet de Afdeling geen aanleiding aan de juistheid van deze beoordeling te twijfelen. In dit verband zij opgemerkt dat het college en PWE er terecht op hebben gewezen dat in de door (appellant) overgelegde zogenaemde bolfoto die is gemaakt door VIA Drupsteen B.V. (thans handelend onder de naam The Imagineers) geen rekening is gehouden met de realisatie van genoemde bedrijfsgebouwen en silo's.

### Beoordeling nadeel

**5.3.** Appellant kan niet worden gevolgd in zijn standpunt dat de maatschappelijke discussie die wordt gevoerd over gezondheidsrisico's die windturbines met zich brengen een waardevermindering hebben dat moet worden meegenomen bij de begroting van de planschade. Alleen de objectief te verwachten gevolgen van het nieuwe planologische regime zijn van belang. Subjectieve elementen spelen daarbij geen rol. Onbestemde angst van toekomstige kopers voor gezondheidsrisico's als gevolg van een planologische maatregel speelt geen rol in de planologische vergelijking (zie de hierboven aangehaalde uitspraak van 28 september 2016).

**5.4.** Over hetgeen (appellant) aanvoert over de WOZ-waarde van zijn woning, overweegt de Afdeling als volgt. Een verschil met de in het kader van de WOZ vastgestelde waarde van een onroerende zaak vormt niet zonder meer aanleiding om een taxatie in het kader van de bepaling van de omvang van planschade onjuist te achten. Bij de vaststelling van de WOZ-waarde is doorgaans de feitelijke situatie bepalend en wordt geen rekening gehouden met de maximale mogelijkheden van het planologisch regime vóór en na de peildatum. Dit neemt evenwel niet weg dat van het bestuursorgaan kan worden verlangd dat het zijn besluit van een nadere motivering voorziet in geval een aanzienlijk verschil tussen de WOZ-waarde en de taxatie in het kader van planschade bestaat (zie de hierboven aangehaalde uitspraak van 28 september 2016). De WOZ-waarde van de woning van (appellant) was op 1 januari 2011 € 604.000,00, op 1 januari 2012 € 607.000,00 en op 1 januari 2013 € 575.000,00. Dit betekent dat het college gehouden is een toelichting te geven op het verschil tussen de WOZ-waarde en de taxatie van Tog. Het college heeft naar voren gebracht dat bij de vaststelling van de WOZ-waarde ook een schuur, een ligboxenstal en een deel van het bouwblok zijn betrokken.

(appellant) heeft dit niet weersproken. Verder heeft het college aangevoerd dat de WOZ-waarde van het perceel van (appellant) als gevolg van de economische crisis is gedaald. Ook hier heeft (appellant) niets tegen ingebracht. Dat er een verschil bestaat tussen de door Tog begrote planschade en de daling van de WOZ-waarde geeft de Afdeling op zichzelf dan ook geen aanleiding te twijfelen aan de juistheid van het advies van Tog.

**5.5.** Tog heeft in haar eerste advies het reeds genoemde rapport van LBP SIGHT B.V. verwerkt. LBP SIGHT B.V. heeft onderzoek gedaan naar mogelijke geluidsoverlast op de woning van (appellant). Volgens het rapport worden de grenswaarden niet overschreden. Op basis van het akoestisch onderzoek van LBP SIGHT B.V. stelt Tog dat het geluid dat wordt veroorzaakt door het verkeer dat gebruikmaakt van de A58 maatgevend blijft, ook 's nachts. Volgens Tog brengen de windturbines geen noemenswaardige geluidstoename met zich. (appellant) heeft eerder onderzoeksrapporten ingebracht die betrekking hebben op geluidshinder die windturbines veroorzaken. Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat deze rapporten te algemeen van aard zijn. In hoger beroep heeft (appellant) een rapport overgelegd van DPA Cauberg-Huygen B.V. van 8 juli 2016 dat is toegespitst op zijn situatie. DPA Cauberg-Huygen B.V. komt tot de conclusie dat de akoestische kwaliteit op het perceel verslechtert als gevolg van de oprichting van de windturbines, omdat de cumulatieve geluidsbelasting toeneemt en het geluid dat windturbines maken hinderlijker is dan verkeersgeluid. LBP SIGHT B.V. heeft op zitting desgevaraagd toegelicht dat zij in haar onderzoek rekening heeft gehouden met de aard van het geluid dat windturbines maken. De StAB stelt in haar advies dat het geluid van de windturbines soms merkbaar aanwezig is, maar niet zodanig dominant dat kan worden gesproken van geluidshinder en dat er in zoverre geen planologisch nadeel is voor (appellant). Dit betekent dat de door Tog gemaakte beoordeling kan worden gevolgd.

**5.6.** Tog geeft in haar eerste advies verder te kennen dat zaken over windturbines niet één op één vergelijkbaar zijn. Er dient rekening te worden gehouden met onder meer verschillende afstanden, verschillende ligging ten opzichte van het plangebied, verschillende planologische regimes en de aard van de zaak - in dit geval een bedrijfswoning. Dat Tog hierbij verwijst naar een aantal uitspraken die niet goed vergelijkbaar zijn met de onderhavige zaak, zoals (appellant) stelt, maakt op zichzelf niet dat de door Tog gemaakte beoordeling van het planologisch nadeel onjuist is. Naar het oordeel van de Afdeling heeft Tog op inzichtelijke wijze aangegeven welke feiten en omstandigheden zij van belang acht voor de begroting van het planologisch nadeel in het onderhavige geval. Van Tog kan niet worden verwacht dat zij inzichtelijk maakt in hoeverre en op welke wijze de

waarde van een bedrijfswoning anders reageert op nadelige planologische ontwikkelingen dan een reguliere woning. Tog heeft er naar het oordeel van de Afdeling terecht op gewezen dat een bedrijfswoning in beginsel te lijden heeft onder dezelfde schadefactoren als een burgerwoning, maar dat de schadefactoren anders worden gewogen, omdat bij een burgerwoning het wonen en het genot daarvan voorop staan en bij een bedrijfswoning het woongenot ondergeschikt is aan de bedrijfsfunctie. Volgens Tog leidt het effect van de wijziging in de planologie tot een waardevermindering van € 5.000,00. De door de StAB aangezochte taxateur, A.H.M.A. van den Berk, werkzaam bij Van den Berk & Kerkhof Makelaars en Taxateurs, komt in haar taxatierapport van 26 oktober 2017 tot een waardevermindering van € 10.000,00. De Afdeling heeft geen aanknopingspunten kunnen vinden die het verschil tussen de door Tog en de door Van den Berk begrote waardevermindering verklaren. De Afdeling acht wel aannemelijk dat de door Hoogland begrote waardevermindering van € 150.000,00 niet realistisch is. Van den Berk taxeert de woning van (appellant) direct voor de inwerkingtreding van het bestemmingsplan 'Windpark Kattenberg-Reedijk' op € 400.000,00. Volgens Tog is de waarde van deze woning op dat moment € 500.000,00 en volgens Hoogland € 525.000,00. Van den Berk noch de StAB heeft een verklaring gegeven voor de sterk afwijkende taxatie van Van den Berk. Bij die stand van zaken zal de Afdeling de taxaties van Tog en Hoogland voor reëel houden en deze als uitgangspunt hanteren. Dit betekent dat een waardevermindering, ook indien deze op € 10.000,00 wordt geschat, binnen het normaal maatschappelijk risico van 2% valt. Hetgeen (appellant) over de omvang van de schade heeft aangevoerd kan hem dan ook niet baten.  
(...)

### Conclusie

**5.8.** Het betoog faalt. (*Enz., enz., Red.*)

### NOOT

**1.** Deze annotatie heeft vooral een signaleringsfunctie. Waar meer geïnvesteerd wordt in windenergie zullen particulieren en bedrijven meer te maken krijgen bestemmingsplannen en/of omgevingsvergunningen die het mogelijk maken dat windparken en windturbines in de nabijheid van hun woningen en bedrijfsgebouwen worden opgericht. Bij de behandeling van verzoeken om vergoeding van planschade die daaruit voortkomt spelen bijzondere vragen, zoals blijkt uit deze uitspraak maar bijvoorbeeld ook uit de uitspraken van de Afdeling van 21 juni 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:1637), 26 juli 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:2025), 29 januari 2014 (ECLI:NL:RVS:2014:193, zie ook Gemeentestem 2014/32 met instructieve noot Van Zundert) en de

uitspraken van de rechtbank Gelderland van 1 en 2 februari 2018 (ECLI:NL:RBGEL:2018:467 en 471). Die vragen houden steeds verband met hetgeen heeft te gelden bij een maximale benutting van de planologische mogelijkheden van het nieuwe plan. Voor de omvang van de schade zijn immers niet van belang aantal, plaats en aard van de turbines die opgericht worden maar hetgeen waarmee een eigenaar van omliggende gronden en/of gebouwen geconfronteerd wordt bij een maximale benutting van de planologische mogelijkheden van het nieuwe plan. Wat is bij die maximale benutting de geluidbelasting, de schaduwhinder, de zicht-hinder en aantasting van de omgeving?

**2.** In deze uitspraak staat de geluidbelasting centraal. De (adviseur van de) gemeentelijke planschadecommissie is uitgegaan van 'de maximale geluidsuitstraling van een windturbine' op het perceel van de verzoeker om planschade. Dit is volgens de Afdeling in het geval geluidbelasting moet worden bepaald de juiste benaderingswijze. Wat die maximale geluiduitstraling precies is wordt uit de uitspraak niet helemaal duidelijk, omdat de Afdeling verwijst naar een rapportage van de adviseur van de gemeente en niet naar wettelijke normen. Ik veronderstel dat bepalend is de norm van artikel 3.14 a Activiteitenbesluit Milieubeheer, waarin is bepaald dat een windturbine of een combinatie van windturbines ten behoeve van het voorkomen of beperken van geluidhinder dient te voldoen aan de norm van ten hoogste 47 dB Lden en aan de norm van ten hoogste 41 dB Lnight op de gevel van gevoelige gebouwen, tenzij deze zijn gelegen op een gezoneerd industrieterrein, en bij gevoelige terreinen op de grens van het terrein.

**3.** In dit geval was de woning van verzoeker al blootgesteld aan een geluidbelasting van de nabij gelegen A58. De door de verzoeker ingeschakelde deskundige concludeerde dat de gecumuleerde geluidbelasting zou toenemen en dat het geluid dat windturbines maken hinderlijker is dan verkeersgeluid. De Afdeling verenigt zich echter met het advies van de StAB, die stelde dat het geluid van de windturbines soms merkbaar aanwezig is, maar niet zodanig dominant dat kan worden gesproken van geluidhinder en dat er in zoverre geen planologisch nadeel is. Waarop de StAB deze conclusie baseerde wordt uit de uitspraak niet duidelijk.

**4.** Wonderlijk is tenslotte nog de inhoud van de diverse taxaties. De taxateur van de verzoeker kwam tot een waarde voorafgaande aan het intreden van het nieuwe plan ('waarde voor') van € 525.000,- en een waardevermindering van € 150.000,-. De gemeentelijke planschadecommissie kwam tot een 'waarde voor' van € 500.000,- en een waardevermindering van € 5.000,-. De door de StAB ingeschakelde taxateur taxeerde een 'waarde voor' van € 400.000,- en een waardevermindering van € 10.000,-. Wanneer de enkele taxatie van de woning onder het oude plan al tot flinke verschillen leidt, wordt het taxeren van waardeverminderingen al helemaal een hachelijke zaak. De Afdeling signaleert dat de 'waarde voor' in de taxaties van de verzoeker en de planschadecommissie betrekkelijk weinig van elkaar verschillen (€ 525.000,- resp. € 500.000,-) en gaat daarom uit van een

'waarde voor' van € 500.000,-, maar hetzelfde kan gezegd worden van het verschil in 'waarde na' volgens StAB en adviseur verzoeker (€ 390.000,- resp. € 375.000,-). De Afdeling kiest voor een praktische oplossing en taxeert dat de 'waarde voor' niet kleiner dan € 500.000,- en de waardevermindering niet groter dan € 10.000,- zal zijn, hetgeen met zich brengt dat de waardevermindering de wettelijke drempel

van het minimale maatschappelijk risico van 2% niet zal overschrijden. Hoewel niet geheel bevredigend kan ik mij bij deze benadering wel wat voorstellen, omdat nadere beoordeling door de StAB of een nieuwe beoordeling door een volgende deskundige de onzekerheden rond de taxatie van de planschade nauwelijks zou hebben kunnen wegnemen.

B.S. ten Kate

## TBR 2018/45

### Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 1 november 2017, No. 201702727/1/A2, ECLI:NL:RVS:2017:2928 (Planschade bestemmingsplan Utrecht)

(Mr. C.H.M. van Altena)

#### Wro: art. 6.3 aanhef en onder a

Planschade, bestemmingsplan,

#### Met noot F.A. Mulder en H.A. Bijkerk, Red.

#### Overwegingen

##### Inleiding

1. Appellanten zijn sinds 30 juni 1986 eigenaar van de woning met bijbehorende tuin en ondergrond aan de (locatie) te Utrecht. Bij brief van 5 maart 2014 hebben zij het college onder meer verzocht om een tegemoetkoming in planschade in verband met de inwerkingtreding van het bestemmingsplan Oudwijk, Kromme Rijn e.o. op 13 mei 2010 (hierna: het nieuwe bestemmingsplan). Het nieuwe bestemmingsplan maakt het mogelijk om op gronden achter het perceel woningen en half-ondergrondse parkeergarages op te richten. Volgens (appellanten) heeft dit tot een vermindering van de waarde van de onroerende zaak geleid.

##### Besluitvorming

2. Het college heeft naar aanleiding van de aanvraag om een tegemoetkoming in planschade advies gevraagd aan Ten Have Advies.

2.1. In een advies van 22 december 2014 heeft Ten Have Advies vermeld dat de schade voor rekening van (appellanten) blijft, omdat de planologische ontwikkeling ten tijde van de aankoop van de woning in 1986 op grond van het bestemmingsplan Abstede voorzienbaar was. Uit de toelichting bij dit plan blijkt dat het beleid van de gemeente erop gericht was de woonfunctie in het plangebied te versterken. In het bestemmingsplan Abstede zijn de gronden bestemd voor Wonen en voor (aan woondoeleinden ondergeschikte) half-ondergrondse parkeergarages. Op 6 april 1982 hebben gedeputeerde staten van de provincie Utrecht aan het bestemmingsvlak Parkeergarage

en Woondoeleinden IV goedkeuring onthouden, omdat niet aannemelijk werd geacht dat de nieuwe bestemming binnen de planperiode van tien jaar daadwerkelijk tot uitvoering zou worden gebracht. De gronden waren net van eigenaar gewisseld en de nieuwe eigenaar had een zienswijze tegen de woonbestemming met bijbehorende parkeervoorzieningen ingediend, omdat hij wilde investeren in de ontwikkeling van een uitvaartonderneming. Volgens het advies neemt dat niet weg dat het beleidsvoornemen van de gemeente niet is gewijzigd. Omdat (appellanten) ten tijde van de aankoop van het perceel bekend hadden kunnen zijn met het openbaar gemaakte beleidsvoornemen om aan de gronden achter hun perceel een woonbestemming met bijbehorende parkeervoorzieningen toe te kennen, moet het risico van deze wijziging voor hun rekening blijven.

##### Uitspraak van de rechtbank

3. De rechtbank heeft overwogen dat het college dit advies aan de besluitvorming ten grondslag heeft mogen leggen. Dat het college van gedeputeerde staten goedkeuring hebben onthouden aan het deel van het bestemmingsplan dat zag op de gronden achter de woning van (appellanten), betekent niet dat het beleidsvoornemen van de gemeente is gewijzigd. Uit het besluit van het college van gedeputeerde staten van 6 april 1982 blijkt niet dat woningbouw met bijbehorende parkeergelegenheid op de gronden onwenselijk is geacht of is uitgesloten. Goedkeuring is onthouden omdat de gronden kort daarvoor zijn verworven door een nieuwe eigenaar die het bestaande gebruik van de gronden ten behoeve van een uitvaartverzorgingsbedrijf wilde voorzetten en daarom een zienswijze had ingediend tegen de voorgestelde bestemmingswijziging. Volgens de rechtbank is het voldoende aannemelijk dat het beleidsvoornemen van de gemeente in de periode tussen 1982 en 2010 niet is gewijzigd op 30 juni 1986, de datum van aankoop van de woning door (appellanten). De waardedaling van de woning, zoals ontstaan door het nieuwe bestemmingsplan moet voor rekening van (appellanten) worden gelaten, aldus de rechtbank.

**Hoger beroep**

**4.** In hoger beroep is in geschil of de schade ten tijde van de aankoop van de woning voor een redelijk denkend en handelend koper voorzienbaar was en daarom op de voet van artikel 6.3, aanhef en onder a, van de Wet ruimtelijke ordening (hierna: de Wro) voor rekening van (appellanten) mag worden gelaten.

**Beoordeling**

**5.** De voorzienbaarheid van een planologische wijziging dient beoordeeld te worden aan de hand van het antwoord op de vraag of ten tijde van de investeringsbeslissing, bijvoorbeeld ten tijde van de aankoop van de onroerende zaak, voor een redelijk denkend en handelend koper aanleiding bestond om rekening te houden met de kans dat de planologische situatie ter plaatse in ongunstige zin zou veranderen. Daarbij dient rekening te worden gehouden met een concreet beleidsvoornemen dat openbaar is gemaakt. Voor voorzienbaarheid is niet vereist dat dat beleidsvoornemen een formele status heeft.

Om op grond van een concreet beleidsvoornemen voorzienbaarheid te kunnen aannemen, moet een redelijk denkend en handelend koper uit de openbaarmaking daarvan kunnen begrijpen op welk gebied dat beleidsvoornemen betrekking heeft, wat de zakelijke inhoud ervan is, en dat hij van de inhoud ervan kan kennisnemen.

Indien de planschade voorzienbaar is, blijft deze voor rekening van de koper, omdat hij in dat geval wordt geacht de mogelijkheid van verwezenlijking van de negatieve ontwikkeling ten tijde van de aankoop van de onroerende zaak te hebben aanvaard. Vergelijk de overzichtsuitspraak van de Afdeling van 28 september 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2582).

**6.** Niet in geschil is dat het bestemmingsplan Abstede en de toelichting daarop beleidsvoornemens behelzen om woningbouw en parkeergarages te realiseren op gronden achter de woning. Anders dan de rechtbank, is de Afdeling van oordeel dat het besluit van 6 april 1982, waarbij het college van gedeputeerde staten goedkeuring heeft onthouden aan de bestemming woondoeleinden en parkeergarage op de gronden, in de weg staat aan het aannemen van voorzienbaarheid op basis van die beleidsvoornemens. Het college van gedeputeerde staten heeft geconstateerd dat de eigenaar van de desbetreffende gronden, een exploitant van een uitvaartonderneming, geen plannen had om woningbouw te realiseren en de vanouds bestaande gebruiksvorm wilde voortzetten. Het college van gedeputeerde staten heeft ook vastgesteld dat de gemeente geen actief beleid zal kunnen voeren voor de realisering van woningen. In het kader van de Interim Saldoregeling is de verwervingspost voor de gronden als stadsvernieuwingsgebied van Abstede

geschrapd en buiten de exploitatie-opzet gehouden. Nu de gemeente niet aannemelijk heeft gemaakt dat de bestemmingen wonen en parkeergarage binnen de planperiode zullen worden gerealiseerd, heeft het college van gedeputeerde staten goedkeuring onthouden aan het desbetreffende deel van het bestemmingsplan. Dit brengt met zich dat (appellanten) ten tijde van de aankoop van de woningen niet hadden behoeven te voorzien dat het beleidsvoornemen van het bestemmingsplan Abstede nog ten uitvoer zou worden gebracht. Van een concreet beleidsvoornemen was op dat moment geen sprake meer. Dat het college van gedeputeerde staten niet heeft overwogen dat woningbouw en parkeervoorzieningen niet wenselijk zou zijn, is onvoldoende voor het oordeel dat voorzienbaarheid zou moeten worden aangenomen. Immers, het college van gedeputeerde staten heeft vastgesteld dat de gemeente geen actief beleid zal kunnen voeren voor het realiseren van woningbouw ter plaatse. Het college heeft dan ook geen concrete initiatieven ontwikkeld. Ruim twintig jaar later heeft het college met het ontwerp van het bestemmingsplan Oudwijk, ter inzage gelegd op 19 juni 2008, een concreet voornemen openbaar gemaakt woningbouw te realiseren op de desbetreffende gronden. De slotsom is dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het college actieve risicoaanvaarding aan de afwijzing van de aanvraag om een tegemoetkoming in planschade ten grondslag mocht leggen.

Het betoog slaagt.

**Conclusie**

**7.** Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. (Enz. enz. red.)

**NOOT**

**1.** Kan een bestemmingsplan waaraan (deels) goedkeuring is onthouden gelden als een concreet beleidsvoornemen op grond waarvan voorzienbaarheid kan worden aangenomen bij de beoordeling van een planschadeverzoek? Die vraag stond centraal in de uitspraak *Utrecht* van de Afdeling van 1 november 2017.

**2.** De Afdeling stelt niet al te zware eisen aan het aannemen van voorzienbaarheid. Conform vaste jurisprudentie dient te worden beoordeeld of er voor een redelijk denkend en handelend koper ten tijde van de aankoop van de onroerende zaak aanleiding bestond om rekening te houden met de kans dat een planologische situatie ter plaatse in ongunstige zin zou veranderen, zodat de koper daar bij de investeringsbeslissing geacht kan worden rekening mee te hebben gehouden. Daarbij wordt gekeken naar concrete beleidsvoornemens die openbaar zijn gemaakt. Niet vereist is dat een dergelijk beleidsvoornemen een formele status heeft.<sup>1</sup> Het voornemen mag ook vervat zijn in allerhande

<sup>1</sup> ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:757.

plannen, visies of besluiten. Evenmin is vereist dat de verwezenlijking van de plannen vaststaat, de maatregel in detail is uitgewerkt en of de omvang van de nadelige gevolgen met nauwkeurigheid kan worden bepaald.<sup>2</sup>

3. Hoewel de Afdeling daarmee al met al erg hoge verwachting heeft van het onderzoek dat kopers bij de aankoop van een onroerende zaak doen naar mogelijke planologische veranderingen, kent het aannemen van voorzienbaarheid door een concreet beleidsvoornemen wel grenzen. In een aantal uitspraken van afgelopen jaar heeft de Afdeling die grenzen verder afgebakend. In de uitspraak *Breda/De Lunet*<sup>3</sup> oordeelde de Afdeling dat grond van de enkele bekendmaking van een consultatieronde over de nieuwe Detailhandelsnota nog geen concreet beleidsvoornemen kon worden afgeleid, nu de zakelijke inhoud van de beoogde Detailhandelsnota niet werd weergegeven. Ook oordeelde de Afdeling meer principiële van aard, dat de omstandigheid dat een beleidsvoornemen eenvoudig is te vinden via een zoekmachine als Google onvoldoende is voor het aannemen van voorzienbaarheid. Het bestuursorgaan moet aantonen dat een beleidsvoornemen ten tijde van de aankoop op de website van de gemeente zelf was gepubliceerd.<sup>4</sup> In gelijke zin oordeelde de Afdeling in de uitspraak *Castricum*<sup>5</sup> dat een koper niet op zoek hoeft te gaan naar documenten die niet openbaar zijn gemaakt en waarvan hij het bestaan niet kent.

4. In de hierboven gepubliceerde uitspraak lijkt de Afdeling de vraag of (nog) sprake is van een concreet beleidsvoornemen nog wat verder in te perken. Het ging om een verzoek om vergoeding van indirecte planschade als gevolg van de inwerkingtreding in mei 2010 van een nieuw bestemmingsplan dat voorziet in woningen en parkeergarages op het perceel achter de woning van de verzoeker. De woning was in 1986 door verzoeker gekocht, op welk moment een bestemmingsplan gold, waarin oorspronkelijk ook was voorzien in een woonbestemming en parkeergarages op deze gronden. Het college van Gedeputeerde Staten had in 1982 aan dit betreffende deel van het plan echter goedkeuring onthouden, omdat zij het niet aannemelijk achtte dat dat de woonbestemming in de planperiode zou worden gerealiseerd. De toenmalige eigenaar van de gronden was niet voornemens op de door de gemeente beoogde woningbouw te realiseren en de gemeente was niet bereid een actief grondbeleid te voeren om tot realisatie van de woonbestemming te komen.

5. Tegen die achtergrond oordeelt de Afdeling - anders dan de rechtbank in eerste aanleg - dat de koper ten tijde van de aankoop van de woning in 1986 niet had behoeven te voorzien dat het oorspronkelijke beleidsvoornemen van de gemeente nog ten uitvoer zou worden gebracht. Van een concreet beleidsvoornemen was, aldus de Afdeling, op dat moment geen sprake meer.

6. Met deze uitspraak lijkt de Afdeling af te wijken van haar uitspraak van 26 juli 2017 (*Weesp*) in een soortgelijke planschadezaak.<sup>6</sup> In die zaak ging het eveneens om een ten tijde van de aankoop vigerend bestemmingsplan waaraan het college van Gedeputeerde Staten ten dele goedkeuring had onthouden, voor zover het betrof een wijzigingsbevoegdheid voor woningbouw op een voormalige houtwerf. Desondanks kwam de Afdeling in die zaak tot het oordeel dat wel sprake was van voorzienbaarheid op grond van de in dat plan opgenomen beleidsvoornemens.

7. Het onderscheid dat op basis van de uitspraken tussen beide zaken gemaakt lijkt te kunnen worden, is dat in de zaak *Weesp* het college van Gedeputeerde Staten in het besluit waarmee de goedkeuring werd onthouden kennelijk had laten weten dat het op zichzelf kon instemmen met de realisatie van woningbouw op de locatie. De grond waarop goedkeuring werd onthouden blijkt evenwel niet uit de uitspraak. In de zaak *Utrecht* blijkt die grond wel: Gedeputeerde Staten overwogen immers dat het niet aannemelijk was dat de woningbouw binnen de planperiode zou gaan worden gerealiseerd. Niet onlogisch zou zijn dat deze grond bij de beoordeling door de Afdeling een rol speelt. De grond geeft immers een duidelijke contra-indicatie voor de verwachting dat de komst van de woningbouw binnen de planperiode realistisch is. Daarnaast blijkt, anders dan in de zaak *Weesp*, uit de uitspraak niet hoe het college van Gedeputeerde Staten - los van de gesignaleerde problemen met de realiseerbaarheid binnen de planperiode - stond tegenover woningbouw op de door de gemeente beoogde locatie. Enkel wordt overwogen dat het college van Gedeputeerde Staten niet heeft overwogen dat woningbouw en parkeervoorzieningen niet wenselijk zouden zijn.

8. In de zaak *Weesp* wordt als tweede overweging voor het aannemen van voorzienbaarheid door de Afdeling nog aangevoerd dat slechts drie jaar was verstreken tussen de aankoop van het perceel door verzoeker en de onthouding van goedkeuring. Ter vergelijking wordt in die uitspraak verwezen naar een uitspraak van de Afdeling van 5 juni 2013<sup>7</sup>, waarin meer dan 10 jaren waren verstreken sinds het besluit tot onthouden van goedkeuring en de aankoop. In die uitspraak oordeelde de Afdeling dat bij 'een tijdsverloop van geruime tijd langer dan tien jaar' van een redelijk denkend en handelend koper niet kan worden verwacht dat hij na het onthouden van goedkeuring door het college van Gedeputeerde Staten aan een voor hem nadelige bestemmingsplanwijziging nog rekening houdt met de kans dat de planologische situatie in het plangebied desondanks in ongunstige zin zal veranderen. Van een dergelijk tijdsverloop was in de zaak *Utrecht* net als in de zaak *Weesp* geen sprake. Tussen het moment van aankoop op 30 juni 1986 en het besluit tot onthouding van goedkeuring op 6 april 1982 zaten ruim 4 jaren. Die omstandigheid zou dus gepleit hebben voor het wel aannemen van voorzienbaarheid.

2 ABRvS 11 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:763.

3 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1293.

4 Zie ook TBR 2017/149, met nt. G.M. van den Broek.

5 ABRvS 15 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:387.

6 ABRvS 26 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2026 (*Weesp*).

7 ABRvS 5 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2092.

9. Al met al juichen wij uit oogpunt van rechtsbescherming van de burger toe dat de Afdeling grenzen stelt aan het 'concrete beleidsvoornemen' op basis waarvan voorzienbaarheid mag worden aangenomen. Het gaat te ver om van een burger te verlangen rekening te houden met een ontwikkeling, waarvan Gedeputeerde Staten hebben aange-

geven, deze binnen de planperiode niet realistisch te achten. Of deze, enkelvoudig geweest, uitspraak ook daadwerkelijk een meer burger-vriendelijke koers ten aanzien van voorzienbaarheid in houdt, valt echter nog te bezien.

F.A. Mulder en H.A. Bijkerk

## Jurisprudentie – III. Overig bestuursrecht

### TBR 2018/46

**Hof van Justitie van de Europese Unie, 27 oktober 2016, No. C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 (James Elliott Construction/Irish Asphalt)**

(L. Bay Larsen, M. Vilaras, J. Malenovský, M. Safjan en D. Šváby)

**VWEU: art. 267; Richtlijn bouwproducten: art. 4**

Richtlijn bouwproducten. Geharmoniseerde normen. Prejudiciële vraag. Bevoegdheid Hof van Justitie

**Met gastnoot A.R. Neerhof, Red.<sup>1</sup>**

**Feiten van het hoofdgeding en prejudiciële vragen**

**23.** In het kader van de bouw van het jeugdcentrum van Ballymun te Dublin (Ierland) door James Elliott Construction werd in de opgegeven specificaties met name vereist dat de binnenvloeren van dit gebouw rustten op een laag van 225 millimeter „sterk gecompriëerde ruwe steenslag van het type ‚Clause 804‘ die voldoet aan de specificaties van het Department of Enterprise’. Daartoe heeft Irish Asphalt aan Elliott Construction een product geleverd dat werd aangeduid als „Clause 804 - ruw“.

**24.** Na de voltooiing van de werken zijn in de vloeren en de plafonds scheuren ontstaan, die het gebouw onbruikbaar maakten. James Elliott Construction heeft de verantwoordelijkheid hiervoor op zich genomen en heeft voor 1,5 miljoen EUR herstellingswerkzaamheden uitgevoerd.

**25.** Op 13 juni 2008 heeft James Elliott Construction een schadevordering ingesteld tegen Irish Asphalt. Tot staving daarvan betoogde zij dat de aanwezigheid van pyriet in het door Irish

Asphalt geleverde toeslagmateriaal „Clause 804‘ de oorzaak was van de desbetreffende gebreken.

**26.** Bij vonnis van 25 mei 2011 heeft de High Court (in casu rechter in eerste aanleg in civiele zaken, Ierland) geoordeeld dat de gebreken van het beton te wijten waren aan de aanwezigheid van pyriet in het door Irish Asphalt aan James Elliott Construction geleverde toeslagmateriaal. In dit verband heeft deze rechter vastgesteld dat de analyses van het uit het gebouw verwijderde toeslagmateriaal aantoonde dat dit materiaal, in het bijzonder wat het zwavelgehalte ervan betrof, niet voldeed aan de Ierse norm I.S. EN 13242:2002, die de omzetting vormde van de Europese norm EN 13242:2002.

**27.** Bijgevolg was hij van oordeel dat Irish Asphalt was tekortgeschoten in de op haar krachtens Section 14, lid 2, van de Sale of Goods Act rustende contractuele verplichting om toeslagmateriaal te leveren dat van „gebruikelijke handelskwaliteit“ was en dat „geschikt (was) voor (het beoogde) gebruik“.

**28.** Irish Asphalt heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld bij de Supreme Court (hooggerechtshof, Ierland).

**29.** Op 2 december 2014 heeft de Supreme Court een arrest gewezen waarin het enkel uitspraak heeft gedaan over de kwesties van nationaal recht en het hoger beroep - onder voorbehoud van het antwoord op vragen betreffende het Unierecht - heeft afgewezen.  
(...)

**Beantwoording van de prejudiciële vragen**  
**Eerste vraag, onder a), betreffende de bevoegdheid van het Hof**

**32.** Met zijn eerste vraag, onder a), wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 267 VWEU aldus moet worden uitgelegd

<sup>1</sup> Richard Neerhof is hoogleraar bestuursrecht, in het bijzonder normalisatie, certificatie en accreditatie aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Hij verricht onderzoek in het programma 'Public Contracts: Law & Governance'.

dat het Hof bevoegd is om een geharmoniseerde norm in de zin van artikel 4, lid 1, van richtlijn 89/106, waarvan de referentiegegevens zijn bekendgemaakt in de C-reeks van het *Publicatieblad van de Europese Unie*, uit te leggen in een prejudiciële beslissing, wanneer voor een nationale rechterlijke instantie een geding aanhangig is betreffende een privaatrechtelijke overeenkomst die een partij verplicht om een product te leveren dat in overeenstemming is met een nationale norm houdende omzetting van die geharmoniseerde norm.

**33.** Om te beginnen zij opgemerkt dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde technische norm I.S. EN 13242:2002 volgens de verwijzingsbeslissing de omzetting van de geharmoniseerde norm EN 13242:2002 in Iers recht door de Ierse normalisatieautoriteit vormt. Welke betekenis toekomt aan de eerste norm, hangt dus rechtstreeks af van de uitlegging van de tweede norm.

**34.** Voorts zij eraan herinnerd dat het Hof volgens de rechtspraak bevoegd is om handelingen uit te leggen die weliswaar zijn vastgesteld door organen die niet kunnen worden aangemerkt als „instellingen, organen en instanties van de Unie”, maar die naar hun aard wel maatregelen ter uitvoering of toepassing van een handeling van Unierecht zijn (zie in die zin arresten van 20 september 1990, *Sevince*, C192/89, EU:C:1990:322, punt 10, en van 21 januari 1993, *Deutsche Shell*, C188/91, EU:C:1993:24, punt 17). Een dergelijke oplossing wordt namelijk gerechtvaardigd door het doel zelf van artikel 267 VWEU, te weten de uniforme toepassing in de Unie te verzekeren van alle bepalingen die deel uitmaken van de rechtsorde van de Unie, teneinde te voorkomen dat zij andere gevolgen hebben naargelang van de uitlegging die er in de verschillende lidstaten aan wordt gegeven (arrest van 20 september 1990, *Sevince*, C192/89, EU:C:1990:322, punt 11).

**35.** Bovendien heeft het Hof ook reeds gepreciseerd dat de omstandigheid dat een handeling van Unierecht geen juridisch bindende werking heeft, er niet aan in de weg staat dat het Hof in een krachtens artikel 267 VWEU ingeleide prejudiciële procedure uitspraak doet over de uitlegging ervan (arrest van 21 januari 1993, *Deutsche Shell*, C188/91, EU:C:1993:24, punt 18).

**36.** Wat meer in het bijzonder een geharmoniseerde norm betreft als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, zij opgemerkt dat artikel 4, lid 1, van richtlijn 89/106 de geharmoniseerde normen definieert als de technische specificaties die door het CEN of het CENELEC, dan wel door beide instanties, zijn vastgesteld op grond van de door de Commissie overeenkomstig richtlijn 83/189 verstrekte mandaten, met dien verstande dat deze technische specificaties - zoals uit de zesde en de

zevende overweging van laatstgenoemde richtlijn volgt - de technische concretisering vormen van de fundamentele voorschriften die in bijlage I bij eerstgenoemde richtlijn zijn vastgesteld.

**37.** Overeenkomstig artikel 7, lid 3, van richtlijn 89/106 worden de referentiegegevens van de door de Europese normalisatie-instellingen opgestelde geharmoniseerde normen vervolgens door de Commissie bekendgemaakt in de C-reeks van het *Publicatieblad van de Europese Unie*.

**38.** Op grond van artikel 4, lid 2, van richtlijn 89/106, gelezen in samenhang met de elfde overweging van deze richtlijn, leidt deze bekendmaking tot het vermoeden dat de onder deze richtlijn vallende producten die voldoen aan de technische specificaties die zijn neergelegd in de geharmoniseerde normen met betrekking tot deze producten, in overeenstemming zijn met de fundamentele voorschriften uit deze richtlijn (zie in die zin arrest van 21 oktober 2010, *Latchways en Eurosafe Solutions*, C185/08, EU:C:2010:619, punt 31), zodat zij mogen worden voorzien van de CE-markering.

**39.** Door dit vermoeden van overeenstemming met de fundamentele voorschriften uit richtlijn 89/106 en door de CE-markering mag het betrokken product overeenkomstig artikel 6, lid 1, van deze richtlijn, gelezen in het licht van de twaalfde overweging van deze richtlijn, vrij worden vervoerd, in de handel gebracht en gebruikt op het grondgebied van alle lidstaten van de Unie.

**40.** Uit het voorgaande volgt dat een geharmoniseerde norm als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die krachtens richtlijn 89/106 is vastgesteld en waarvan de referentiegegevens zijn bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, deel uitmaakt van het Unierecht, aangezien aan de hand van de bepalingen van een dergelijke norm wordt vastgesteld of het in artikel 4, lid 2, van richtlijn 89/106 neergelegde vermoeden al dan niet van toepassing is op een bepaald product.

**41.** Wanneer een product voldoet aan de technische eisen die in een dergelijke norm zijn geformuleerd, kan immers worden vermoed dat dit product voldoet aan de in richtlijn 89/106 neergelegde fundamentele voorschriften. Hieruit volgt dat dit product op het grondgebied van alle lidstaten van de Unie vrij mag worden vervoerd, in de handel gebracht en gebruikt, wat inhoudt dat de lidstaten op grond van artikel 6, lid 1, van deze richtlijn met name geen aanvullende vereisten voor de effectieve toegang van deze producten tot de markt en voor het gebruik ervan op hun grondgebied mogen vaststellen (zie in die zin arrest van 16 oktober 2014, *Commissie/Duitsland*, C100/13, EU:C:2014:2293, punten 55, 56 en 63).



**42.** Dat de conformiteit van een bouwproduct met de in richtlijn 89/106 neergelegde fundamentele voorschriften in voorkomend geval ook kan worden aangetoond op een andere manier dan door het bewijs te leveren dat dit product in overeenstemming is met geharmoniseerde normen, neemt niet weg dat een geharmoniseerde norm bepaalde rechtsgevolgen heeft.

**43.** Overigens zij opgemerkt dat de opstelling van een dergelijke geharmoniseerde norm weliswaar is opgedragen aan een privaatrechtelijke instelling, maar een noodzakelijke en door de fundamentele voorschriften uit deze richtlijn strikt afgebakende maatregel vormt die op initiatief van de Commissie alsook onder de leiding en het toezicht van de Commissie wordt doorgevoerd. Deze norm heeft slechts rechtsgevolgen voor zover de Commissie vooraf de referentiegegevens ervan heeft bekendgemaakt in de C-reeks van het *Publicatieblad van de Europese Unie*.

**44.** In casu is de norm EN 13242:2002 opgesteld in het kader van mandaat M 125, dat door de Commissie op de grondslag van artikel 7 van richtlijn 89/106 aan het CEN is verleend en waarvan punt 8 van hoofdstuk II bepaalt dat de Europese normalisatiecomités een technisch antwoord moeten geven voor de bepaling van de kenmerken van dit mandaat, rekening houdend met de daarin uiteengezette voorwaarden. Daartoe heeft de Commissie in de bijlagen 1 en 2 bij dit mandaat nauwkeurig de werkingssfeer van dit mandaat bepaald en een technisch referentiekader vastgelegd met de groepen en subgroepen van producten waarvoor zij de vaststelling van prestatie- en duurzaamheidseigenschappen oplegt. Overeenkomstig bijlage 3 bij hetzelfde mandaat heeft de Commissie van het CEN eveneens verlangd dat het in de op te stellen geharmoniseerde norm een bepaald aantal systemen voor conformiteitscertificering zou specificeren.

**45.** Uit de punten 1 en 19 van hoofdstuk II van mandaat M 125 blijkt ten eerste ook dat de normalisatie-instelling dit mandaat alleen kan aanvaarden nadat een door haar - binnen een door de Commissie vastgestelde termijn - opgesteld werkprogramma door de Commissie is goedgekeurd. Ten tweede moet ieder voorstel tot opname van niet onder dit mandaat vallende elementen volgens de punten 5 en 6 van dit hoofdstuk voor onderzoek worden voorgelegd aan de Commissie. Ten derde moeten de werkzaamheden van de normalisatie-instellingen krachtens de punten 15 tot en met 17 en 21 van dit hoofdstuk nauwgezet door de Commissie worden gevolgd, en moet regelmatig verslag worden uitgebracht aan de Commissie, die de conformiteit van de eindontwerpen voor geharmoniseerde normen moet controleren alvorens de referentiegegevens ervan worden gepubliceerd

in de Creeks van het *Publicatieblad van de Europese Unie*.

**46.** Zoals geïllustreerd is in het arrest van 16 oktober 2014, Commissie/Duitsland (C100/13, EU:C:2014:2293), draagt de Commissie bovendien, door middel van het in artikel 258 VWEU bedoelde beroep wegens niet-nakoming, zorg voor de volle werking van de geharmoniseerde normen. Zo heeft het Hof in dat arrest aangenomen dat de betrokken lidstaat was tekortgeschoten in de krachtens de artikelen 4, lid 2, en 6, lid 1, van richtlijn 89/106 op hem rustende verplichtingen doordat hij, met betrekking tot bouwproducten die onder verschillende geharmoniseerde normen vielen, aanvullende vereisten had vastgesteld voor de effectieve toegang van deze producten tot de markt en het gebruik ervan op het Duitse grondgebied.

**47.** Derhalve moet op de eerste vraag, onder a), worden geantwoord dat artikel 267, eerste alinea, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het Hof bevoegd is om een geharmoniseerde norm in de zin van artikel 4, lid 1, van richtlijn 89/106, waarvan de Commissie de referentiegegevens heeft bekendgemaakt in de C-reeks van het *Publicatieblad van de Europese Unie*, uit te leggen in een prejudiciële beslissing.

#### **Eerste vraag, onder b)**

**48.** Gelet op het antwoord op de eerste vraag, onder a), moet worden geantwoord op de eerste vraag, onder b), waarmee de verwijzende rechter in wezen wenst te vernemen of de geharmoniseerde norm EN 13242:2002 aldus moet worden uitgelegd dat zij toestaat dat - in het kader van een geding betreffende een privaatrechtelijke overeenkomst die een partij ertoe verplicht om een product te leveren dat in overeenstemming is met een nationale norm houdende omzetting van een geharmoniseerde norm in de zin van artikel 4, lid 1, van richtlijn 89/106, waarvan de referentiegegevens zijn bekendgemaakt in de Creeks van het *Publicatieblad van de Europese Unie* - de niet-naleving van de technische specificaties uit die geharmoniseerde norm wordt bewezen met andere testmethoden dan die welke die norm uitdrukkelijk voorschrijft, en of deze methoden op ieder moment van de periode van economische bruikbaarheid van het product kunnen worden gehanteerd.

**49.** Om te beginnen moet worden geconstateerd dat hoofdstuk 6 van de geharmoniseerde norm EN 13242:2002, met als opschrift „Chemische eigenschappen” - overeenkomstig hoofdstuk 1, tweede alinea, van deze norm, volgens welke zij „de beoordeling van de conformiteit van de producten met (deze) Europese norm omvat” - in punt 6.3 bepaalt dat het totale zwavelgehalte van toelagmateriaal, dat moet worden aangegeven in overeenstemming met de relevante categorie van

tabel 13 van deze geharmoniseerde norm, met als opschrift „Categorieën voor de maximumwaarden van het totale zwavelgehalte’, moet worden bepaald overeenkomstig de Europese norm EN 17441:1998.

**50.** Niettemin zij eraan herinnerd dat richtlijn 89/106, zoals uit de vierde overweging ervan blijkt, tot doel heeft de handelsbelemmeringen uit de weg te ruimen door voorwaarden te scheppen waaronder bouwproducten vrij kunnen worden verhandeld binnen de Unie (zie in die zin arrest van 18 oktober 2012, Elenca, C385/10, EU:C:2012:634, punt 15).

**51.** Hieruit volgt dat richtlijn 89/106, waarvan het voorwerp beperkt is tot de opheffing van handelsbelemmeringen, niet de harmonisatie beoogt van de voorwaarden en de voorschriften voor het concrete gebruik van bouwproducten bij hun opnemings in gebouwen en kunstwerken, maar wel de harmonisatie van de bepalingen inzake de toegang van deze producten tot de markt.

**52.** Noch richtlijn 89/106 noch de geharmoniseerde norm EN 13242:2002, en inzonderheid punt 6.3 van deze norm, waarin de voorschriften ter bepaling van het zwavelgehalte van het in die norm bedoelde toeslagmateriaal zijn neergelegd, harmoniseert dus de nationale regelingen inzake bewijs in het kader van een contractueel geschil als dat welk in het hoofdgeding aan de orde is. Dit geldt zowel wat de wijzen betreft waarop kan worden vastgesteld dat een bouwproduct beantwoordt aan de contractuele specificaties als wat het ogenblik betreft waarop deze vaststelling dient plaats te vinden.

**53.** Gelet op een en ander dient op de eerste vraag, onder b), te worden geantwoordt dat de geharmoniseerde norm EN 13242:2002 aldus moet worden uitgelegd dat zij voor de nationale rechter voor wie een geding aanhangig is over de uitvoering van een privaatrechtelijke overeenkomst die een partij ertoe verplicht om een bouwproduct te leveren dat in overeenstemming is met een nationale norm tot omzetting van deze geharmoniseerde norm, niet bindend is, noch wat de wijzen betreft waarop kan worden vastgesteld dat een bouwproduct beantwoordt aan de contractuele specificaties, noch wat het ogenblik betreft waarop deze vaststelling dient plaats te vinden.

### **Derde vraag**

**54.** Met zijn vervolgens te onderzoeken derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 4, lid 2, van richtlijn 89/106, gelezen in het licht van de twaalfde overweging van deze richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat de nationale rechter verplicht is om zich bij de vaststelling van de handelskwaliteit of de

geschiktheid voor gebruik van een overeenkomstig een geharmoniseerde norm vervaardigd bouwproduct te baseren op het vermoeden dat een dergelijk product geschikt is voor gebruik, wanneer een algemene nationale regeling inzake de verkoop van goederen, zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, vereist dat een bouwproduct die eigenschappen heeft. Indien dit effectief zo is, wenst de verwijzende rechter van het Hof te vernemen hoe dit vermoeden kan worden weerlegd.

**55.** Zoals uit artikel 2, lid 1, van richtlijn 89/106 blijkt, heeft deze richtlijn tot doel te garanderen dat de bouwproducten die bestemd zijn om te worden gebruikt in bouwwerken, alleen dan in de handel kunnen worden gebracht wanneer zij voor het beoogde doel geschikt zijn, dat wil zeggen zodanige eigenschappen bezitten dat de werken waarin zij moeten worden verwerkt, gemonteerd, toegepast of geïnstalleerd, indien behoorlijk ontworpen en uitgevoerd, kunnen voldoen aan de in artikel 3 van deze richtlijn genoemde fundamentele voorschriften, voor zover die werken zijn onderworpen aan regelingen waarin die voorschriften zijn opgenomen.

**56.** Zoals in punt 39 hierboven in herinnering is gebracht, heeft de Uniewetgever daartoe een mechanisme van vermoeden van geschiktheid voor gebruik in het leven geroepen, op grond waarvan een product dat aan de in artikel 3 van richtlijn 89/106 bedoelde en in een geharmoniseerde norm geconcretiseerde fundamentele voorschriften voldoet, overeenkomstig artikel 6, lid 1, van deze richtlijn - gelezen in het licht van de twaalfde overweging van deze richtlijn - op het grondgebied van alle lidstaten vrij mag worden vervoerd, in de handel gebracht en gebruikt.

**57.** Hieruit volgt dat dit vermoeden van conformiteit uitsluitend tot doel heeft om ervoor te zorgen dat een bouwproduct dat aan de voorwaarden van een geharmoniseerde norm voldoet, vrij kan worden vervoerd binnen de Unie.

**58.** Om dezelfde redenen als die welke in punt 51 hierboven reeds zijn aangehaald, mag richtlijn 89/106 dan ook niet aldus worden uitgelegd dat zij de - eventueel impliciete - nationale regels die van toepassing zijn op de overeenkomsten voor de verkoop van bouwproducten, harmoniseert.

**59.** Bijgevolg geldt het vermoeden van geschiktheid voor gebruik dat is geformuleerd in artikel 4, lid 2, van richtlijn 89/106, gelezen in het licht van de twaalfde overweging van deze richtlijn, niet wanneer in het kader van een contractueel geschil moet worden beoordeeld of een van de partijen bij de overeenkomst een nationaal vereiste van contractuele aard heeft nageleefd.

**60.** Gelet op het antwoord op het eerste onderdeel van deze derde vraag, hoeft het tweede onderdeel ervan niet te worden beantwoord.

**61.** Gelet op een en ander moet op de derde vraag worden geantwoord dat artikel 4, lid 2, van richtlijn 89/106, gelezen in het licht van de twaalfde overweging van deze richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat de nationale rechter niet verplicht is om zich, bij de vaststelling van de handelskwaliteit of de geschiktheid voor gebruik van een overeenkomstig een geharmoniseerde norm vervaardigd bouwproduct, te baseren op het vermoeden dat een dergelijk product geschikt is voor gebruik, wanneer een algemene nationale regeling inzake de verkoop van goederen, zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, vereist dat een bouwproduct die eigenschappen heeft.

#### **Vierde en vijfde vraag**

(...)

#### **Tweede vraag**

**72.** Gelet op een en ander dient op de tweede vraag te worden geantwoord dat artikel 1, punt 11, van richtlijn 98/34 aldus moet worden uitgelegd dat nationale bepalingen als die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn - waarin bepaalde impliciete voorwaarden inzake de handelskwaliteit van de verkochte producten en de geschiktheid ervan voor gebruik zijn neergelegd die, tenzij partijen anders bepalen, van toepassing zijn op de overeenkomst - geen „technische voorschriften” in de zin van deze bepaling uitmaken waarvan de ontwerpen krachtens artikel 8, lid 1, eerste alinea, van deze richtlijn vooraf bij de Commissie moeten worden aangemeld. (...) (*Enz., enz., Red.*)

#### **NOOT**

**1.** Dit arrest (*James Elliott Construction/Irish Asphalt*) is bijna anderhalf jaar geleden door het Hof van Justitie gewezen. Het verdient aandacht in een bouwrechtelijk tijdschrift, beter laat dan nooit. Het arrest is in minstens twee opzichten belangwekkend. In de eerste plaats omdat het Hof hierin een beslissing neemt over zijn bevoegdheid om in een prejudiciële procedure uitleg te geven aan geharmoniseerde normen die ter uitwerking van EU-regelgeving voor bouwproducten zijn opgesteld. In de tweede plaats omdat het Hof zich uitlaat over de kwestie hoeveel ruimte er voor de civiele rechter is om op andere wijze dan overeenkomstig een geharmoniseerde norm te toetsen of het geleverde materiaal ten tijde van de levering voldeed, in het geval in de civielrechtelijke overeenkomst voor het bepalen waaraan het product moet voldoen, naar geharmoniseerde normen is verwezen. Beide kwesties worden in deze noot besproken. De eerste kwestie - publiekrechtelijk van aard - komt aan de orde onder de punten 2 tot en met 10. De tweede kwestie - civielrechtelijk aard - wordt behandeld onder de punten 11 tot en met 15. Onder de punten 16 tot en met 18 wordt

een specifieke kwestie behandeld: hoe zou het Hof hebben geoordeeld als het geschil zich zou hebben voorgedaan onder de Verordening bouwproducten? Ik bespreek in deze noot verder niet het ontkenkende antwoord dat het Hof geeft op de vraag of nationale wettelijke bepalingen waarin voorwaarden inzake handelskwaliteit van de verkochte producten en de geschiktheid voor gebruik zijn neergelegd, die tenzij partijen anders bepalen, van toepassing zijn op een overeenkomst, technische voorschriften zijn waarvan de ontwerpen vooraf bij de Commissie moeten worden aangemeld (par. 63-72). Dit antwoord lijkt mij voor zich te spreken.

**2.** In dit arrest heeft het Hof uitgemaakt dat en waarom een gepubliceerde geharmoniseerde norm als bedoeld in de Richtlijn bouwproducten deel uitmaakt van het Unierecht (par. 40). Het Hof oordeelt dat waarom het, nu het hiervan deel uitmaakt, ingevolge art. 267 VWEU bevoegd is om een gepubliceerde geharmoniseerde norm in de zin van artikel 4, eerste lid, van de Richtlijn bouwproducten (Richtlijn 89/106/EEG van 21 december 1988 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lidstaten inzake voor de bouw bestemde produkten, *PbEG* 1989, L 40/12) uit te leggen in een prejudiciële beslissing (par. 47). De richtlijn is de voorganger van de van de op 1 juli 2013 in werking getreden Verordening bouwproducten (Verordening tot vaststelling van geharmoniseerde voorwaarden voor het verhandelen van bouwproducten en tot intrekking van Richtlijn 89/106/EEG van de Raad, (EU) nr. 305/2011, *PbEU* 2011 L 88/5).

**3.** De inbedding van geharmoniseerde normen, in het bijzonder die voor bouwproducten, in het Unierecht behoeft enige uitleg. Die inbedding wijkt af van die welke gebruikelijk is bij de Nieuwe Aanpak (Europese Commissie, De voltooiing van de interne markt, COM (1985) 310 def) en zijn opvolger het Nieuwewetgevingskader (zie hierover Mededeling van de Commissie, Richtlijnen voor de uitvoering van de productvoorschriften van de EU (de „Blauwe Gids”) 2016, *PbEU* 2016 C 272/9-12). Voor een goed begrip bespreek ik eerst kort de benadering volgens de Nieuwe Aanpak en het Nieuwewetgevingskader. Daarbij worden in Europese productregelgeving (harmonisatiewetgeving) regels gesteld voor producten die op de Europese markt in de handel worden gebracht of op de markt aangeboden. Deze regelgeving is enerzijds gericht op het verzekeren van een Europese markt waarop producten die aan de eisen in de Europese harmonisatiewetgeving voldoen, kunnen worden verhandeld zonder dat marktdeelnemers met bijkomende nationale eisen worden geconfronteerd. Anderzijds is deze regelgeving gericht op het verzekeren van een hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid, de veiligheid, het milieu en de consument (art. 114, derde lid, VwEU). Volgens dit kader worden sinds medio jaren '80 in Europese productregelgeving (richtlijnen en verordeningen) alleen de 'essentiële eisen' waaraan producten moeten voldoen, zoals die met betrekking tot veiligheid, gezondheid en milieu, vastgelegd. Deze eisen zijn in algemene bewoordingen geformuleerd en geven alleen de functionele (niet gekwantificeerde) eisen. De gedetailleerde, technische uitwerkingen van de essentiële eisen staan in zogenaamde 'geharmoni-

seerde normen', die op verzoek van de Europese Commissie op grond van een verordening of richtlijn zijn vastgesteld door een erkende Europese normalisatie-instelling. Door de Commissie erkende Europese normalisatie-instellingen zijn het Europees Comité voor Normalisatie (CEN) en het Europees Comité voor elektrotechnische normalisatie (CENELEC), samenwerkend als CEN/CENELEC, en het Europees Normalisatie-instituut voor de Telecommunicatie (ETSI). (Dit volgt uit bijlage I bij Verordening (EU) nr. 1025/2012 van 25 oktober 2012 betreffende Europese normalisatie, *PbEU* 2012, L 316/12 ofwel de Normalisatieverordening.) De normen waarvan de Commissie het referentienummer heeft gepubliceerd en waarvan de inwerkingsdatum is gepasseerd vestigen, als technische uitwerking van essentiële eisen die zijn neergelegd in productregelgeving, een vermoeden van conformiteit met die eisen. Daarbij blijft de mogelijkheid bestaan het voldoen aan een in de regelgeving vastgesteld beschermingsniveau op een andere wijze dan volgens de norm is bepaald vast te stellen. Aan geharmoniseerde normen zijn rechtsgevolgen verbonden (vermoeden van conformiteit), maar zij zijn in beginsel onder het Nieuwewetgevingskader niet verplichtend (art. 3, lid 2, Besluit 768/2008, betreffende een gemeenschappelijk kader voor het verhandelen van producten (*PbEU* 2008, L 218/82)).

**4.** In twee belangrijke opzichten wijken de Richtlijn bouwproducten en de Verordening bouwproducten af van de gangbare benadering voor producten volgens de Nieuwe Aanpak onderscheidenlijk het Nieuwewetgevingskader, zoals die hierboven is geschetst. In de eerste plaats schrijven de geharmoniseerde normen onder de Richtlijn bouwproducten, net zoals die nu onder de Verordening bouwproducten, *dwingend* voor hoe over prestaties van een product te declareren (zie art. 6, eerste lid, eerste volzin, en art. 17, vijfde lid, zesde volzin, Verordening bouwproducten en art. 4, tweede lid, en art. 13 Richtlijn bouwproducten). Voor normen voor andere producten die ter uitwerking van andere EU-(product)regelgeving zijn opgesteld geldt dat aan het voldoen aan een norm (alleen) een vermoeden van conformiteit met functionele eisen van veiligheid en gezondheid vastgelegd in EU-regelgeving of in nationale wetgeving als uitvloeisel van Europese richtlijnen is verbonden. Toepassing van een geharmoniseerde norm in het kader van de Richtlijn bouwproducten en de Verordening bouwproducten leidt echter niet tot het bewijsvermoeden dat aan de eisen uit de in nationale regelgeving omgezette richtlijn onderscheidenlijk de verordening is voldaan. Een dergelijke norm verplicht tot declaraties van prestaties van bouwproducten die in het vrije handelsverkeer voor juist moeten worden gehouden en waarvoor geen alternatieve bewijzen mogen worden toegepast. Dat betekent dat tegenover het bevoegd gezag, meer in het bijzonder een markttoezichtautoriteit in een lidstaat, niet op een andere manier dan met toepassing van de geharmoniseerde norm kan worden aangetoond wat de prestaties van het product zijn in relatie tot fundamentele voorschriften of eisen waaraan bouwwerken moeten voldoen (zie art. 3 jo. bijlage I, art. 4, tweede lid, en art. 13 Richtlijn bouwproducten; art. 3 jo. bijlage I en art. 17, vijfde lid, zesde volzin, Verordening bouwproducten). Om die reden moet bij overheidstoezicht op bouwwerken worden bezien

of van waarden van de eigenschappen zijn gedeclareerd overeenkomstig de geharmoniseerde norm en zo ja, of die overeenkomen met de minimum waarde van die eigenschap die op grond van nationale wetgeving van toepassing is.

**5.** Er is een tweede belangrijk verschil in functie tussen geharmoniseerde normen onder de Richtlijn bouwproducten en de Verordening bouwproducten en die onder andere EU-productregelgeving. Hoewel de Richtlijn bouwproducten daarvoor anders dan de Verordening bouwproducten niet of minder duidelijk was, geldt voor geharmoniseerde normen onder deze richtlijn en verordening dat zij *niet* vastleggen hoe wordt bepaald of een product al dan niet aan bepaalde *eisen* voldoet. Andere productregelgeving stelt essentiële eisen aan producten (bijvoorbeeld aan speelgoed of gastoestellen), de EU-regelgeving voor bouwproducten kent het begrip essentiële eisen niet. Deze bepaalt wél wat de essentiële *kenmerken* van bouwproducten zijn die nodig zijn om te kunnen aantonen dat een bouwwerk waarin die producten zijn verwerkt, kan voldoen aan nationale wetgeving. Prestaties van een bouwproduct op die kenmerken zijn van belang om te kunnen bepalen of een bouwwerk waarin het product zal worden toegepast zal voldoen aan de 'fundamentele voorschriften' (Richtlijn bouwproducten) of de 'fundamentele eisen' (Verordening bouwproducten) die in nationale wetgeving in lidstaten zijn gesteld. In Nederland zijn dergelijke eisen neergelegd in het Bouwbesluit 2012. Geharmoniseerde normen voor bouwproducten leggen vast hoe de prestaties op die kenmerken moeten worden bepaald en hoe daarover moet worden gedeclareerd, maar niet wat de prestaties moeten zijn. Het verschil met de EU-regelgeving voor andere producten komt voort uit het feit dat bouwproducten (meestal) halffabricaten zijn en dat nationale regelgevingen over het algemeen bepalen aan welke eisen de bouwwerken, waarin bouwproducten verwerkt worden, moeten voldoen en geen betrekking hebben op bouwproducten zelf. De Richtlijn bouwproducten en de Verordening bouwproducten laten die nationale regelgeving onverlet, zij het dat op basis van die nationale regelgeving geen andere kenmerken van producten van belang kunnen zijn dan de essentiële kenmerken uit de betreffende geharmoniseerde norm. Het doel ervan is de informatie over prestaties van de bouwproducten, op basis waarvan kan worden vastgesteld of met een bepaald gebruik ervan een bouwwerk aan bepaalde eisen zal voldoen, te harmoniseren en zo handelsbelemmeringen weg te nemen.<sup>2</sup>

**6.** Het Hof acht zich, zoals gezegd, bevoegd naar aanleiding van een prejudiciële vraag een geharmoniseerde norm als bedoeld in de Richtlijn bouwproducten uit te leggen, omdat een dergelijke norm deel uitmaakt van het Unierecht. Op grond van artikel 4, tweede lid, Richtlijn bouwproducten (gelezen in samenhang met de elfde overweging van deze richtlijn) leidt bekendmaking van een dergelijke norm tot het vermoeden dat de onder deze richtlijn vallende producten die voldoen aan de technische specificaties die zijn neergelegd in de geharmoniseerde normen met betrek-

<sup>2</sup> A.R. Neerhof, *Certificering en normalisatie in het publieke bouwrecht*, Den Haag: IBR 2013, p. 21-32, 177-182; p. preambule nrs. 1-15, Verordening bouwproducten.

king tot deze producten, in overeenstemming zijn met de fundamentele voorschriften uit deze richtlijn. Aan de hand van bepalingen in een geharmoniseerde norm wordt vastgesteld of het in art. 4, tweede lid, Richtlijn bouwproducten neergelegde vermoeden al dan niet van toepassing is op een bepaald product, aldus het Hof (par. 40). Zijn oordeel over zijn bevoegdheid wordt nader onderbouwd. Het Hof verwijst naar zijn rechtspraak die inhoudt dat het bevoegd is om handelingen uit te leggen die weliswaar zijn vastgesteld door organen die niet kunnen worden aangemerkt als 'instellingen, organen en instanties van de Unie' maar die naar hun aard wel maatregelen ter uitvoering of toepassing van een handeling van Unierecht zijn. Bij geharmoniseerde normen zou dat het geval zijn. Deze oplossing wordt volgens het Hof gerechtvaardigd door het doel van het VwEU, te weten de uniforme toepassing in de Unie te verzekeren van alle bepalingen die deel uitmaken van de rechtsorde van de Unie. Het Hof verwijst daarbij naar eigen rechtspraak (par. 34).

7. Eerder heeft het Hof reeds gepreciseerd dat de omstandigheid dat een handeling van Unierecht geen juridisch bindende werking heeft, er niet aan in de weg staat dat het Hof in een krachtens artikel 267 VWEU ingeleide prejudiciële procedure uitspraak doet over de uitlegging ervan (par. 35, met verwijzing naar rechtspraak van het Hof). Dat het Hof bij het niet aannemen van deze bindende werking bij geharmoniseerde normen voor bouwproducten de plank mislaat, moge inmiddels duidelijk zijn. De normen zijn verplichtend; er kan niet op andere wijze worden aangetoond dan met toepassing van de geharmoniseerde normen wat de prestaties van het product zijn in relatie tot fundamentele voorschriften waaraan bouwwerken moeten voldoen (zie hierboven onder punt 4). De misvatting dat geharmoniseerde normen voor bouwproducten een vrijwillig karakter zouden hebben, heeft overigens geen gevolgen voor de uitkomst van deze procedure voor wat betreft de bevoegdheid van het Hof. Aangenomen mag worden dat het Hof, als het een geharmoniseerde norm als bedoeld in de Richtlijn bouwproducten toch als verplichtend had aangemerkt, a fortiori zou oordelen dat het bevoegd is deze uit te leggen.

8. Dat de geharmoniseerde normen in de zin van art. 4, eerste lid, Richtlijn bouwproducten, waarvan de Commissie de referentiegegevens heeft bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie, deel uitmaken van het Unierecht is de eerste stap in de redenering van het Hof. Het beargumenteert vervolgens waarom art. 267 VWEU zo moet worden uitgelegd dat het bevoegd is om een geharmoniseerde norm uit te leggen in een prejudiciële beslissing (par. 47). De onderbouwing van de bevoegdheid van het Hof wordt gegeven in de overwegingen 41 tot en met 46, waarin het Hof verwijst naar verschillende arresten. In de (juridisch-institutionele) argumentatie wordt ingegaan op het vermoeden van conformiteit dat aan de normen is verbonden, de noodzakelijke uitwerking van de richtlijn die in de normen op initiatief en toezicht van de Commissie plaatsvindt en de zorg die de Commissie draagt voor volle werking van de geharmoniseerde normen, zoals blijkt uit haar bevoegdheid tot het instellen van beroep als bedoeld in art. 258 VWEU als een lidstaat de op hem rustende verplich-

tingen niet is nagekomen.

9. De prejudiciële vraag over de bevoegdheid van het Hof tot uitleg van geharmoniseerde normen als bedoeld in de Richtlijn bouwproducten is voorgelegd naar aanleiding van een privaatrechtelijk geschil, maar de opvatting van het Hof dat het bevoegd is tot uitlegging van geharmoniseerde normen heeft gevolgen voor bestuursrechtelijke geschillen die aan een rechter in een lidstaat worden voorgelegd. Die kunnen bijvoorbeeld gaan over handhavend optreden van een marktautoriteit in die lidstaat, omdat een verklaring van een fabrikant over de prestaties van zijn bouwproduct strijdig zou zijn met een toepasselijke geharmoniseerde norm (vgl. art. 59 Verordening bouwproducten). Hoe die norm moet worden uitgelegd, kan door de nationale rechter in een prejudiciële procedure aan het Hof worden voorgelegd, zo is nu duidelijk.

10. Met dit arrest lijkt, ook al heeft het Hof zich er niet over uitgelaten, vast te staan dat het ook kan oordelen over *geldigheid* van de geharmoniseerde normen ofwel hun verenigbaarheid met hoger EU-recht. Art. 267 VWEU maakt geen onderscheid tussen beide bevoegdheden. Dat opent nieuwe perspectieven voor de rechtsbescherming. De geharmoniseerde normen moeten voldoen aan in EU-regelgeving gestelde eisen. Opgestelde normdocumenten moeten voldoen aan het verzoek of mandaat van de commissie en beantwoorden aan overeenkomstige eisen in de toepasselijke EU-productregelgeving ofwel harmonisatiewetgeving. Alleen dan mag de Commissie een referentie van het normdocument publiceren in het *Publicatieblad van de Europese Unie* (art. 10, vijfde en zesde lid, Normalisatieverordening; zie ook Mededeling van de Commissie, (de „Blauwe Gids”) 2016, *PbEU* 2016 C 272/45), art. 17, vijfde lid, eerste volzin, en art. 18 Verordening bouwproducten en de artikelen 4, eerste lid, 5 en 7 Richtlijn bouwproducten). Het Hof zou een prejudiciële vraag kunnen beantwoorden over de verenigbaarheid van een geharmoniseerde norm met deze eisen, waaronder art. 5, eerste lid, Normalisatieverordening. Dit bepaalt dat de Europese normalisatieorganisaties een passende vertegenwoordiging en effectieve deelname van *alle* belanghebbenden, inclusief het mkb, consumentenorganisaties en belanghebbenden op sociaal en milieugebied, aan hun normalisatieactiviteiten bevorderen en vergemakkelijken. Het Hof zou kunnen toetsen of art. 5 Normalisatieverordening is nageleefd. Bij dat laatste kan wel de kantteking worden geplaatst dat deze bepaling veel beoordelingsvrijheid aan de normalisatie-instellingen geeft. Niettemin lijkt waakzaamheid van de Commissie geboden als normdocumenten worden ingezonden. Vertegenwoordiging en deelname van belanghebbenden kan overigens ook via informele kaders, dus anders dan op de wijze als bedoeld in art. 5 Normalisatieverordening, worden georganiseerd. Het Hof zou dit in zijn oordeel over geldigheid van normen kunnen betrekken.

11. De prejudiciële procedure bij het Hof is aanhangig gemaakt naar aanleiding van een civiele procedure tussen James Elliott Construction (bouwbedrijf) en Irish Asphalt (een leverancier van beton). James Elliott Con-

struction leverde in Dublin een jeugdcentrum op. Bij de bouw ervan was gebruik gemaakt van materiaal geleverd door Irish Asphalt. Na voltooiing van de werken ontstonden scheuren in de vloeren en plafonds. James Elliott liet voor 1,5 miljoen euro herstellingswerkzaamheden uitvoeren en stelde een schadevordering bij de burgerlijke rechter in om dit bedrag op Irish Asphalt te verhalen. De aanwezigheid van pyriet (een ijzer- en zwavelerts) in het door Irish Asphalt geleverde materiaal zou de oorzaak zijn van de scheuren. Het High Court in Ierland - de rechter in eerste aanleg - wees de claim van James Elliott toe. In de overeenkomst tussen de twee bedrijven was vastgelegd dat het te leveren materiaal moet voldoen aan specificaties van de Ierse norm I.S. EN 13242:2002 die de Ierse versie is van de Europese geharmoniseerde norm EN 13242:2002. Vastgesteld was dat het materiaal in verschillende opzichten, met name voor wat betreft het zwavelgehalte, niet voldeed aan deze norm. Deze formulering doet vermoeden dat deze norm zich, anders dan onder de Richtlijn bouwproducten of de Verordening bouwproducten meestal het geval is, niet beperkte tot bepaalde methoden waarmee de prestaties worden vastgesteld, maar dat daarin ook eisen aan gehalten van bepaalde stoffen zijn gesteld of klassen zijn vastgelegd en daarbij een minimum of maximumklasse is voorgeschreven. Anders zou de formulering minder correct zijn. Niet onwaarschijnlijk is overigens dat de norm enkele methoden voor bepaling van het zwavelgehalte vastlegde en dat volgens het High Court het volgens de voorgeschreven methode bepaalde zwavelgehalte niet voldeed aan de in de overeenkomst hiervoor voorgeschreven klasse. In par. 49 wordt niet gesproken van waarden die in de norm zijn opgenomen, maar alleen hoe het zwavelgehalte van het toelagmateriaal moet worden bepaald. Hoe dan ook, doordat het materiaal 'niet voldeed aan de Ierse norm', zou Irish Asphalt zijn tekort geschoten in de op haar krachtens Section 14, tweede lid, Sale of Goods Act rustende contractuele verplichting om toelagmateriaal te leveren dat van 'gebruikelijke handelskwaliteit was' en dat 'geschikt (was) voor (het beoogde) gebruik', aldus het college.

**12.** Irish Asphalt stelde hoger beroep in bij het Supreme Court. Dit rechtscollege stelde twee vragen aan het Hof van Justitie over de betekenis van een geharmoniseerde norm als bedoeld in de Richtlijn bouwproducten in een contractuele verhouding, in het bijzonder als een privaatrechtelijke overeenkomst een partij er toe verplicht om een bouwproduct te leveren dat in overeenstemming is met een nationale norm tot omzetting van deze geharmoniseerde norm. Het Hof oordeelt ten eerste over de gevolgen van norm EN 13242, een geharmoniseerde norm als bedoeld in de Richtlijn bouwproducten, voor de verhouding tussen contractspartijen als een tussen hen gesloten overeenkomst een partij ertoe verplicht om een product te leveren dat in overeenstemming is met deze norm. Het Hof overweegt dat noch de Richtlijn bouwproducten noch de geharmoniseerde norm EN 13242 de nationale regeling inzake bewijs in het kader van een contractueel geschil zoals dat tussen James Elliott en Irish Asphalt harmoniseert (par. 48-53). Dit geldt 'noch wat de wijzen betreft waarop kan worden vastgesteld dat een bouwproduct beantwoordt aan de contractuele

specificaties, noch wat het ogenblik betreft waarop deze vaststelling dient plaats te vinden' (par. 53). Het oordeel van het Hof beperkt zich, zo valt uit de bewoordingen af te leiden, niet tot gevolgen van EN 13242. Volgens het Hof laat de Richtlijn bouwproducten toe dat het bewijs of het product niet voldoet aan technische specificaties uit een geharmoniseerde norm, in een civielrechtelijke verhouding door partijen kan worden geleverd met andere testmethoden dan die welke die norm uitdrukkelijk voorschrijft. Die methoden mogen op ieder moment in de periode van economische bruikbaarheid van het product worden gehanteerd.

**13.** Een tweede vraag die het Hof over de civielrechtelijke consequenties van een geharmoniseerde norm als bedoeld in de Richtlijn bouwproducten beantwoordt, raakt aan de bevoegdheden van de nationale wetgever. De vraag luidt of de nationale rechter verplicht is om, wanneer een algemene nationale wettelijke (privaatrechtelijke) regeling inzake de verkoop van goederen vereist dat een bouwproduct geschikt is voor gebruik, te vermoeden dat een dergelijk product aan die eis voldoet als het bouwproduct overeenkomstig een geharmoniseerde norm als bedoeld in de Richtlijn bouwproducten is vervaardigd. Daarbij gaat het om uitleg van artikel 4, lid 2, van richtlijn 89/106 (gelezen in het licht van de twaalfde overweging van deze richtlijn). Kort gezegd komt deze bepaling er op neer dat een voorwaarde waaronder de lidstaten ervan uitgaan dat de producten geschikt voor gebruik zijn, is dat zij van zodanige aard zijn dat de werken waarin zij worden gebruikt, mits behoorlijk ontworpen en gebouwd, kunnen voldoen aan de fundamentele voorschriften voor bouwwerken als bedoeld in art. 3 jo. bijlage I van de richtlijn. Het gaat om fundamentele voorschriften als mechanische weerstand en stabiliteit, brandveiligheid, veiligheid, energiebesparing en warmtebehoud (vgl. ook bijlage I Verordening bouwproducten). Deze voorschriften zijn gebaseerd op eisen die lidstaten in hun eigen bouwregeling stellen aan hun bouwwerken.<sup>3</sup> Het Hof oordeelt dat art. 4, tweede lid, van richtlijn 89/106 aldus moet worden uitgelegd dat de nationale rechter niet verplicht is om zich, bij de vaststelling van de handelskwaliteit of de geschiktheid voor gebruik van een overeenkomstig een geharmoniseerde norm vervaardigd bouwproduct, te baseren op het vermoeden dat een dergelijk product geschikt is voor gebruik, wanneer een algemene nationale regeling inzake de verkoop van goederen (dus een civielrechtelijke wettelijke regeling) vereist dat een bouwproduct die eigenschappen heeft (par. 54, 59-61).

**14.** Zowel het oordeel van het Hof over de betekenis van geharmoniseerde normen als bedoeld in de Richtlijn bouwproducten in een contractuele verhouding als dat over de betekenis van geharmoniseerde normen in relatie tot nationale privaatrechtelijke wetgeving wordt door het Hof nader onderbouwd. De onderbouwing geschiedt onder verwijzing naar het doel van de Richtlijn bouwproducten. Deze richtlijn beoogt *niet* de harmonisatie van voorwaarden

<sup>3</sup> Vgl. over fundamentele eisen voor bouwwerken als bedoeld in de Verordening bouwproducten: H. Wever en C.C.C.M. van den Thillart, 'De prestatieverklaring in de nieuwe Europese verordening bouwproducten', *NENBouwNieuws* 2010/5, p. 15.

en voorschriften met betrekking tot gebruik van bouwproducten in gebouwen, maar wél harmonisatie van wettelijke bepalingen inzake de toegang tot de markt, zodat handelsbelemmeringen worden weggenomen en producten vrij kunnen worden verhandeld (par. 50-52; 55-58). Het oordeel van de Hof komt in de kern op het volgende neer: de EU-regelgeving voor bouwproducten en de geharmoniseerde normen zijn er niet om te bepalen of een bouwwerk bij toepassing van een product voldoet aan de nationale wetgeving en hoe in het civielrechtelijke verkeer zou moeten worden bepaald of bouwproducten voldoen aan bepaalde eisen, maar om vrij verkeer van deze producten in de EU mogelijk te maken. In een overeenkomst tussen de leverancier van een bouwproduct en de afnemer kunnen afspraken worden gemaakt over de eigenschappen van een bouwproduct en de wijze waarop zij worden bepaald. Partijen zijn daarbij vrij om af te spreken wat zij willen en zijn daarbij niet gebonden aan een geharmoniseerde norm, volgens het Hof ook niet als ernaar wordt verwezen. Van de houdbaarheid van deze argumentatie onder de Richtlijn bouwproducten ben ik niet volledig overtuigd. Nu het Hof uitgaat van het niet-verplichtende karakter van normen onder de Richtlijn bouwproducten kan ik echter volgen dat er ook civielrechtelijk geen directe gevolgen worden aangenomen.

**15.** Het Hof miskent dat een fabrikant onder de Richtlijn bouwproducten gehouden was, als zijn product onder een geharmoniseerde norm viel en hij het product in de handel bracht of op de markt aanbood met CE-markering, alleen overeenkomstig deze norm en niet op andere wijze mocht verklaren over de prestaties (art. 4, 13 tot en met 15 Richtlijn bouwproducten). Dat de fabrikant onder deze richtlijn niet gehouden was een prestatieverklaring voor een bouwproduct, waarin over de prestaties van dat product met betrekking tot zijn essentiële kenmerken overeenkomstig de relevante geharmoniseerde norm wordt verklaard, op te stellen als het onder een geharmoniseerde norm viel, deed niet af aan de verplichting om overeenkomstig de norm te verklaren als hij ervoor koos over de prestaties te verklaren (zie ook onder punt 4).

**16.** Onder de Verordening bouwproducten moet een fabrikant voor een bouwproduct dat valt onder een geharmoniseerde norm in beginsel altijd een prestatieverklaring opstellen als het in de handel wordt gebracht (art. 4, eerste lid, jo. art. 7, eerste lid, jo. art. 11, eerste lid, van de Verordening bouwproducten). Elke vorm van informatie over de prestaties van het product met betrekking tot essentiële kenmerken, vastgelegd in de toepasselijke geharmoniseerde technische specificaties (een geharmoniseerde norm of een Europees beoordelingsdocument), mag slechts ter beschikking worden gesteld indien zij in de prestatieverklaring is vermeld en gespecificeerd (art. 4, tweede lid, Verordening bouwproducten; uitzonderingen opgenomen in art. 5 Verordening bouwproducten). Alleen op de in de geharmoniseerde norm beschreven manier mag over de prestaties worden gedeclareerd. Andere manieren zijn niet geoorloofd (art. 6, eerste lid, eerste volzin, en art. 17, vijfde lid, zesde volzin, van de Verordening bouwproducten). Op bouwproducten waarvoor de fabrikant een prestatieverklaring heeft opge-

steld moet een CE-markering worden aangebracht (art. 8, tweede lid, jo. art. 11, eerste lid, Verordening bouwproducten). Anders dan onder de Richtlijn bouwproducten, is een prestatieverklaring onder de Verordening bouwproducten verplicht voor bouwproducten die onder een geharmoniseerde norm vallen. Verder zijn zowel onder de richtlijn als de verordening geharmoniseerde normen verplichtend in die zin dat alleen overeenkomstig deze norm over prestaties van een product mag worden verklaard bij het in de handel brengen of op de markt aanbieden van een bouwproduct. Beide hebben met elkaar gemeen dat zij in dat opzicht afwijken van de EU-productregelgeving onder de Nieuwe aanpak en het Nieuwewetgevingskader.

**17.** De vraag is hoe het Hof onder de Verordening bouwproducten, als het het verplichtende karakter van normen daaronder in ieder geval wél zou onderkennen, zal oordelen over de ruimte voor partijen om in een overeenkomst te bepalen aan welke eisen een product moet voldoen. Als partijen zelf naar een geharmoniseerde norm verwijzen voor de bepaling van de geschiktheid van een bouwproduct, zou het Hof, anders dan in dit arrest, moeten aannemen dat de overeenkomst meebrengt dat die norm moet worden gevolgd bij het bepalen van de eigenschappen van een product. De geharmoniseerde normen zelf laten geen ruimte voor alternatieve bepalingsmethoden. Er is niet slechts een vermoeden van conformiteit aan verbonden. De prestatieverklaring is het document waarvan moet worden uitgegaan als het gaat om prestaties van een bouwproduct volgens de geharmoniseerde norm.

**18.** Een andere kwestie is, welke ruimte het Hof onder de Verordening bouwproducten zou moeten aannemen om in nationale civielrechtelijke wetgeving, zoals in de onderhavige casus aan de orde, voorwaarden te stellen aan verkochte bouwproducten en geschiktheid ervan voor gebruik. Ik zie in ieder geval een belangrijke beperking. De lidstaten mogen, op hun grondgebied of onder hun verantwoordelijkheid, het op de markt aanbieden of het gebruik van bouwproducten met de CE-markering niet verbieden of belemmeren wanneer de aangegeven prestaties overeenstemmen met de voorschriften voor dat gebruik in die lidstaat (art. 8, vierde lid, Verordening bouwproducten). De methoden die de lidstaten in hun eisen voor bouwwerken toepassen, en ook alle andere nationale voorschriften met betrekking tot de essentiële kenmerken van bouwproducten, dienen in overeenstemming te zijn met de geharmoniseerde normen (art. 8, zesde lid, en preambule onder nr. 12, Verordening bouwproducten). In haar verslag aan het Europese Parlement over de Verordening bouwproducten van 7 juli 2016 verklaart de Commissie dat een voordeel van deze Verordening is dat nationale autoriteiten prestatie-eisen kunnen stellen 'op basis van geharmoniseerde normen of Europese beoordelingsdocumenten' (COM(2016) 445 final, p. 4). Of in de overeenkomsten nu wel (zoals in de casus in dit arrest aan de orde is) of *niet* naar een toepasselijke geharmoniseerde norm voor de bepaling of het product voldoet aan bepaalde specificaties wordt verwezen, de nationale rechter lijkt, gelet op deze bepalingen in de Verordening, bij het toepassen van nationale wetgeving die voorwaarden aan

bouwproducten stelt en aan hun geschiktheid voor gebruik, gehouden te zijn om zijn oordeel, als er een geharmoniseerde norm van toepassing is, te baseren op prestaties van het product zoals die overeenkomstig de geharmoniseerde norm zijn bepaald en gedeclareerd (in een prestatieverklaring). Net als onder de richtlijn hebben de geharmoniseerde normen onder de Verordening bouwproducten tot doel handelsbelemmeringen weg te nemen. Bij de beoordeling of een bouwproduct voldoet, moet worden uitgegaan van eigenschappen die zijn gedeclareerd overeenkomstig een geharmoniseerde norm en niet van een andere bepaling

van die eigenschappen. Dit heeft, naar valt aan te nemen, onder de Verordening bouwproducten consequenties voor toepassing van nationale regels op overeenkomsten: die regels mogen het vrij verkeer niet belemmeren. Het zou alleen anders zijn als aan de normen slechts een vermoeden van conformiteit zou zijn verbonden. Quod non. Het Hof zou onder de Verordening bouwproducten tot een ander oordeel hebben moeten komen over consequenties van geharmoniseerde normen voor bouwproducten in een civielrechtelijke verhouding.<sup>4</sup>

A.R. Neerhof

<sup>4</sup> Zie over dit arrest onder meer: A.C.M. Meuwese, 'Particuliere geharmoniseerde normen: het HvJ EU gunt zichzelf rechtmacht', *Ars Aequi* 2017/4, p. 327-331; Annalisa Volpato, 'A. Court of Justice The harmonized standards before the ECJ: James Elliott Construction', *Common Law Review* 2017, p. 591-603; P.W.J. Verbruggen, 'Het PIP-schandaal voor het HvJ EU en de constitutionalisering van private regulering', *NJB* 2017/18, p. 1248; A.R. Neerhof, 'Weinig ruimte voor private keurmerken onder de Verordening bouwproducten (Deel II). Hoe marktdeelnemers beperkingen worden opgelegd', *TBR* 2017/3, p. 205-206; A.R. Neerhof, 'Gebruik van normalisatie door de Europese en de Nederlandse overheid: een rechtsstatelijke en democratische blik', *JBplus* 2017/3, p. 206-208, 218. Zie in het bijzonder over de bevoegdheid van het Hof een uitspraak te doen over geldigheid en uitleg van geharmoniseerde normen en inschakeling van de hiervoor benodigde expertise door het Hof: CEN/Cenelec, CEN and CENELEC position on the consequences of the judgment of the European Court of Justice on James Elliott Construction Limited v Irish Asphalt Limited, 17 May 2017, p. 6, <www.cencenelec.eu>, under Brief News.

## Jurisprudentie – IV. Aanneming van werk

### TBR 2018/47

**Raad van Arbitrage voor de Bouw, 7 februari 2017, No. 35.567, (Verzakking begane grondvloer ernstig gebrek)**

(Mr. A. Wolfsen, ir. F.H. van der Linde en ir. J. van keulen)

**BW: art. 3:310, art. 6:81, art. 6:82, art. 6:83, art. 6:89, art. 7:23, art. 7:761; Overgangswet BW: art. 182, art. 196, art. 217**

Ernstig gebrek. Overgangsrecht. Aansprakelijkheid. Verjaring. Schending klachtplicht. Verzuim. Nadere ingebrekestelling

**Met gastnoot J.S.O. den Houting, Red.<sup>1</sup>**

#### De gronden van de beslissing

##### In conventie

##### De bevoegdheid

**7.** In de scheidsrechterlijke incidentele vonnissen van 28 januari 2016 en 24 februari 2016 is het scheidsgerecht van de Raad van Arbitrage voor de Bouw bevoegd verklaard kennis te nemen van het geschil tussen partijen en dat bij scheidsrechterlijk vonnis te beslechten.

##### De feiten

**8.** Tussen partijen staat onder meer het volgende vast:

a. In 1994 hebben (de rechtsvoorgangers van) opdrachtgevers met F een koop-/aannemingsovereenkomst gesloten voor de bouw van een woning aan G 104 (opdrachtgevers sub 1) respectievelijk G 120 (opdrachtgeefster sub 2) te X. Op de over-

<sup>1</sup> Jørgen den Houting is advocaat bij Rozemond Advocaten te Amsterdam.



eenkomst zijn telkens de Algemene Voorwaarden voor de koop-/aannemingsovereenkomst voor eengezinshuizen, vastgesteld bij akte op 30 juni 1992, verleden voor notaris mr. A.J.A. van Orsouw en de garantie- en Waarborgregeling Eengezinshuizen E.1992 van de Stichting Garantie Instituut Woningbouw van toepassing.

b. De woningen zijn gefundeerd op palen. De vloeren zijn, zonder kruipruimte, als betonplaat aangebracht op een zandbed tussen de fundering.

c. De woning aan G 104 is op 1 juni 1995 opgeleverd en de woning aan G 120 op 24 mei 1995.

d. Bij brieven van 20 juni 2000 en 6 september 2001 hebben opdrachtgevers sub 1 geklaagd over zakking van de begane grondvloer.

e. In 2001 heeft (een van de rechtsvoorgangsters van) aanneemster herstelwerkzaamheden uitgevoerd, bestaande uit het liften van de begane grondvloer met purschuim.

f. Op 14 mei 2004 hebben de bewoners van G een gezamenlijke brief gezonden, waarin de zakkingsproblematiek werd aangekaart.

g. Opdrachtgevers sub 1 en een van de rechtsvoorgangsters van aanneemster (H) hebben een GIW-procedure gevoerd over de zakking van de vloer. In dat kader hebben die partijen afgesproken dat de begane grondvloer zou worden opgepurd en de ondergrond zou worden verdicht. Voor deze werkzaamheden heeft H een schriftelijke garantieverklaring, gedateerd 9 januari 2006, afgegeven.

h. In 2006 heeft herstel plaatsgevonden, door het liften van de begane grondvloer in de woningen van opdrachtgevers met purschuim.

i. H is op 30 juni 2009 gefuseerd tot I, die - na eerst nog H en J te hebben geheten - op 1 januari 2014 is gefuseerd met F tot D.

j. In januari 2012 heeft (een van de rechtsvoorgangsters van) aanneemster aangeboden de vloer (weer) te purren. Opdrachtgevers hebben dit aanbod afgewezen.

k. Op 7 september 2013 hebben opdrachtgevers sub 1 op basis van de afgegeven garantieverklaring een memorie van eis bij de Raad ingediend tegen (een van de rechtsvoorgangsters van) aanneemster, waarin zij primair een schadevergoeding vorderden en subsidiair herstel. Bij scheidsrechterlijk incidenteel vonnis van 17 januari 2013 met nummer 34.078 heeft de Raad zich onbevoegd verklaard van dat geschil kennis te nemen.

l. De bewoners van G 110 hebben bij de Raad een procedure gevoerd tegen (een van de rechtsvoorgangsters van) aanneemster in verband met opgetreden zakkingen. Bij scheidsrechterlijk vonnis van 13 november 2013 is geoordeeld dat sprake is van een ernstig constructief gebrek aan de begane grondvloer en is (die rechtsvoorgangster van) aanneemster veroordeeld tot goed en deugdelijk herstel, waarbij is overwogen dat in deugdelijk herstel alleen kon worden voorzien door alsnog een gefundeerde vloer aan te brengen dan wel de vloer als 'broodjes-ligger-vloer' (combinatievloer) op de

bestaande fundering te laten dragen. Dit vonnis is in hoger beroep op 15 april 2015 bekrachtigd. Het herstel is uitgevoerd door het aanbrengen van een 'broodjes-ligger-vloer'.

m. Op 27 oktober 2014 heeft Fugro Geoservices B.V. (Fugro) in opdracht van opdrachtgevers een rapport uitgebracht van een geotechnisch onderzoek naar de zakking van de vloer. De conclusie en aanbeveling luiden:

### 3.3 Conclusie

*Het adviesbureau Inpijn-Blokpoel heeft in zijn funderingsadvies VE-2734 van 15 oktober 1993 terecht geadviseerd de woningen aan de G 104 en 120 op palen te funderen. Voor de vloer wordt voor de sonderingen D01 t/m D03, D05 en D06 nergens in dit rapport aangegeven dat deze op staal (zand) zouden kunnen worden gefundeerd. De adviseur heeft ons inziens indertijd, vanwege de afwijkende ondergrond, voorzien dat de vloer vrij dragend zou worden uitgevoerd en dus ook op de paalfundering zou moeten rusten.*

*De pogingen de opgetreden verzakkingen van de vloer te compenseren en te stabiliseren door middel van expanderende injecties onder de huidige vloer, bieden slechts tijdelijk soelaas, daar de oorzaak van de vervormingen niet wordt weggenomen of uitgeschakeld. Met name de rottingsprocessen zullen nog langere tijd doorgaan en voor zakkingen blijven zorgen.*

*Een bijkomend risico vormen leidingen die door de zettingen van de vloer en de hier op geplaatste niet dragende muren kunnen breken of scheuren.*

### 3.4 Aanbeveling

*De zettingsproblematiek van de vloer kan enkel tot een definitief einde worden gebracht door de huidige zwevende vloer te vervangen door een vrijdragende vloer.*

*De belasting uit deze vervangende vrijdragende vloer kan mogelijk nog op de bestaande paalfundering worden bijgeplaatst. Dit dient door een constructeur nader te worden beschouwd.*

n. Op 14 januari 2015 heeft Ingenieursbureau Verhoeven en Leenders B.V. een rapport uitgebracht, waaruit blijkt dat met de toename van de belastingen uit de begane grondvloer de (bestaande) balkwapening voldoet, evenals de funderingspalen.

o. In opdracht van opdrachtgevers heeft K (K) op 20 maart 2015 een offerte voor het vervangen van de begane grondvloer afgegeven, die voor opdrachtgevers sub 1 sluit op € 47.435,00 inclusief btw en voor opdrachtgeefster sub 2 op € 47.585,00 inclusief btw.

p. In 2014 en gedurende deze procedure heeft aanneemster herstel aangeboden. Dit laatste aanbod hield in het aanbrengen van een nieuwe vrijdragende constructievloer (zogenaamde broodjesvloer) door en op kosten van aanneemster en het op kosten van aanneemster tijdelijk elders verblijven tijdens de uitvoering van de werkzaamheden.

## Het geschil

9. Opdrachtgevers stellen onder verwijzing naar het rapport van Fugro dat sprake is van een ernstig gebrek, waarvoor aanneemster op

grond van artikel 16 lid 2 sub b en lid 3 van de toepasselijke algemene voorwaarden aansprakelijk is. Aanneemster is volgens opdrachtgevers door niet tot adequaat herstel over te gaan in verzuim geraakt. Nu opdrachtgevers gezien de lange geschiedenis van deze kwestie en de houding van aanneemster geen vertrouwen meer hebben in een deugdelijke oplossing door aanneemster, maken zij aanspraak op een schadevergoeding voor het herstel door derden en voor de bijkomende kosten.

**10.** Opdrachtgevers vorderen (de schuin gedrukte tekst is letterlijk geciteerd uit de memorie van eis):

*'dat het uw Raad moge behagen bij arbitraal vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, [aanneemster] te veroordelen:*

*Primair*

*1. tot betaling aan eisers sub 1 van:*

*- een bedrag aan vervangende schadevergoeding van € 47.585,00, althans een in redelijkheid door uw Raad vast te stellen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf de datum dat [aanneemster] in verzuim is komen te verkeren tot aan de dag der algehele voldoening;*

*- een bedrag als vergoeding van de kosten voor de huur van vervangende woonruimte, het uit- en inruimen van de woningen en de opslag van meubels van € 3.000,00, althans een in redelijkheid door uw Raad vast te stellen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke hierover vanaf de datum dat [aanneemster] in verzuim is komen te verkeren tot aan de dag der algehele voldoening,*

*- een bedrag van € 3.723,78, zijnde de buitengerechtigde kosten ex art. 6:96 lid 2 sub b BW;*

*- een bedrag van € 892,60, zijnde de helft van de totale buitengerechtigde kosten ex art. 6:96 lid 2 sub c BW, althans tot een in redelijkheid door uw Raad vast te stellen bedrag;*

*2. tot betaling aan eiseres sub 2 van:*

*- een bedrag aan vervangende schadevergoeding van € 47.435,00, althans een in redelijkheid door uw Raad vast te stellen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf de datum dat [aanneemster] in verzuim is komen te verkeren tot aan de dag der algehele voldoening;*

*- een bedrag als vergoeding van de kosten voor de huur van vervangende woonruimte, het uit- en inruimen van de woningen en de opslag van meubels van € 3.000,00, althans een in redelijkheid door uw Raad vast te stellen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke hierover vanaf de datum dat [aanneemster] in verzuim is komen te verkeren tot aan de dag der algehele voldoening,*

*- een bedrag van € 3.654,75, zijnde de buitengerechtigde kosten ex art. 6:96 lid 2 sub b BW;*

*- een bedrag van € 892,60, zijnde de helft van de totale buitengerechtigde kosten ex art. 6:96 lid 2 sub c BW, althans tot een in redelijkheid door uw Raad vast te stellen bedrag;*

*Subsidiair*

*1. tot het binnen drie maanden na betekening van het vonnis naar de eis van goed en deugdelijk werk herstel-*

*len van de gebreken aan de begane grondvloer van de woningen van eisers conform de eis van goed en deugdelijk werk, op straffe van verbeurte van een dwangsom van*

*€ 1.000,00 per kalenderdag dat [aanneemster] hiermee in gebreke blijft;*

*2. tot betaling aan eisers sub 1 van:*

*- een bedrag aan vervangende schadevergoeding van € 47.435,00, althans een in redelijkheid door uw Raad vast te stellen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf de datum dat [aanneemster] in verzuim is komen te verkeren tot aan de dag der algehele voldoening;*

*- een bedrag als vergoeding van de kosten voor de huur van vervangende woonruimte, het uit- en inruimen van de woningen en de opslag van meubels van € 3.000,00, althans een in redelijkheid door uw Raad vast te stellen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke hierover vanaf de datum dat [aanneemster] in verzuim is komen te verkeren tot aan de dag der algehele voldoening,*

*- een bedrag van € 3.723,78, zijnde de buitengerechtigde kosten ex art. 6:96 lid 2 sub b BW;*

*- een bedrag van € 892,60, zijnde de helft van de totale buitengerechtigde kosten ex art. 6:96 lid 2 sub c BW, althans tot een in redelijkheid door uw Raad vast te stellen bedrag;*

*3. tot betaling aan eiseres sub 2 van:*

*- een bedrag aan vervangende schadevergoeding van € 47.585,00, althans een in redelijkheid door uw Raad vast te stellen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf de datum dat [aanneemster] in verzuim is komen te verkeren tot aan de dag der algehele voldoening;*

*- een bedrag als vergoeding van de kosten voor de huur van vervangende woonruimte, het uit- en inruimen van de woningen en de opslag van meubels van € 3.000,00, althans een in redelijkheid door uw Raad vast te stellen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke hierover vanaf de datum dat [aanneemster] in verzuim is komen te verkeren tot aan de dag der algehele voldoening,*

*- een bedrag van € 3.654,75, zijnde de buitengerechtigde kosten ex art. 6:96 lid 2 sub b BW;*

*- een bedrag van € 892,60, zijnde de helft van de totale buitengerechtigde kosten ex art. 6:96 lid 2 sub c BW, althans tot een in redelijkheid door uw Raad vast te stellen bedrag;*

*alles steeds met veroordeling van [aanneemster] in de kosten van dit geding, de kosten voor rechtsbijstand in deze procedure en de nakosten daaronder begrepen.'*

**11.** Tijdens de mondelinge behandeling verklaarde mr. Dijkslag desgevraagd dat abusievelijk subsidiair onder punt 2 en 3 een vervangende schadevergoeding is gevorderd, maar dat hij heeft bedoeld enkel herstel te vorderen als vermeld onder punt 1 subsidiair en dat hij in zoverre zijn eis wijzigt. Verder constateren arbiters dat kennelijk abusievelijk onder sub 1 primair een bedrag € 47.585,00 is gevorderd in plaats van een bedrag van € 47.435,00 en onder sub 2 primair een bedrag van € 47.435,00 in plaats van € 47.585,00.

Nu uit de stukken blijkt dat opdrachtgevers hebben bedoeld onder sub 1 primair € 47.435,00 te vorderen en onder sub 2 primair € 47.585,00 zullen arbiters het petitum aldus lezen.

**12.** Aanneemster heeft verweer gevoerd. Zij betwist dat sprake is van een ernstig gebrek in de woningen van opdrachtgevers. Volgens aanneemster blijkt uit geen enkel processtuk dat sprake is van een voortgaande zakking van de begane grondvloer. Bovendien gebruiken opdrachtgevers hun woningen al jaren conform hun bestemming, wat er volgens aanneemster op duidt dat van een ernstig gebrek geen sprake is. Aanneemster beroept zich verder op verjaring ex artikel 7:761 BW dan wel artikel 7:23 BW dan wel artikel 3:310 BW en op schending van de klachtplicht door opdrachtgevers. Ook stelt aanneemster dat zij niet in gebreke is gesteld en zij niet in verzuim is geraakt, zodat ook om die reden geen schadevergoeding kan worden toegewezen. Herstel kan volgens aanneemster evenmin nog aan de orde zijn, omdat opdrachtgevers al een om-zettingsverklaring hebben uitgebracht. Aanneemster betwist ook de omvang van de gevorderde kosten.

#### De beoordeling van het geschil

**13.** Tussen partijen is niet in geschil dat wanneer sprake mocht zijn van een ernstig gebrek, aanneemster in beginsel op grond van artikel 16 lid 2 sub b juncto lid 3 van de algemene voorwaarden aansprakelijk is, dit tenzij het hierna te bespreken beroep van aanneemster op verjaring en schending van de klachtplicht slaagt.

#### Ernstig gebrek?

**14.** Naar het oordeel van arbiters hebben opdrachtgevers voldoende aannemelijk gemaakt dat in hun woningen sprake is van zodanige zakkingen dat sprake is van een ernstig constructief gebrek. Volgens het rapport van Fugro is sprake van zakkingen door rottingsprocessen als gevolg van de bodemsamenstelling die nog vele jaren doorgaan. Aangezien de begane grondvloer - in tegenstelling tot de dragende wanden die op avegaarpalen zijn gefundeerd - is gefundeerd op zand, zakt deze. Arbiters achten dat - niettegenstaande de kanttekeningen van aanneemster bij dit rapport - aannemelijk. Naast de inhoud van de stukken en het verhandelde tijdens de mondelinge behandeling wordt dit oordeel mede gesteund door de waarnemingen die de arbiters hebben gedaan tijdens de bezichtiging. Tijdens die bezichtiging in de woningen van opdrachtgevers hebben arbiters scheuren gezien tussen de niet-dragende (op de begane grondvloer geplaatste) inpandige scheidingswanden en het plafond. Opdrachtgevers hebben onweersproken verklaard dat de scheuren na de door aanneemster uitgevoerde herstelwerkzaamheden terugkeerden. Aan de buitenzijde van de woningen hebben arbiters gezien dat het maaiveld plaatselijk is gezakt.

**15.** Ondanks door aanneemster getroffen maatregelen - het tweemaal liften van de vloer en het aanbrengen van pur daaronder - blijft de begane grondvloer significant zakken. Daarbij overwegen arbiters dat aanneemster tijdens de zitting weliswaar heeft verklaard dat zij niet kan herleiden dat ook in 2001 herstelwerkzaamheden zijn uitgevoerd, maar dat arbiters deze betwisting tegenover de concrete verklaringen van opdrachtgevers onvoldoende gemotiveerd vinden. Om die reden nemen arbiters als vaststaand feit aan dat ook in 2001 herstelwerkzaamheden zijn uitgevoerd. De zakking openbaart zich door steeds weer terugkerende scheurvorming in wanden, en tussen wanden en plafonds, waardoor de hechtheid van de niet-dragende wanden wordt aangetast. Door de zakking ontstaat deformatie van de leidingen in en onder de woningen, met het gevaar dat de leidingen afbreken. Aldus is sprake van een ernstig gebrek. Dat opdrachtgevers hun woningen wel overeenkomstig hun bestemming hebben gebruikt, doet daaraan niet af. Daarbij overwegen arbiters dat opdrachtgevers niet het ongestoorde genot van hun woning hebben gehad, gezien de terugkerende scheurvorming, de gevaarzettende leidingdeformatie en de her-stelpogingen van aanneemster.

#### Verjaring

**16.** Aanneemster beroept zich primair op de tweejarige verjaringstermijn ex artikel 7:761 BW. Volgens aanneemster is dit artikel in het onderhavige geval op grond van artikel 217 Overgangswet van toepassing, hoewel de tekortkoming dateert van voor de inwerkingtreding van artikel 7:761 BW per 1 september 2003. Aanneemster stelt daartoe dat nu sprake is van een voortgezette tekortkoming, artikel 7:761 BW op grond van artikel 217 lid 3 Overgangswet met een uitgestelde werking van drie jaar als bedoeld in artikel 217 lid 1 Overgangswet, vanaf 1 september 2006 van toepassing is geworden.

**17.** Artikel 7:761 BW bepaalt dat een rechtsvordering wegens een gebrek in het opgeleverde werk verjaart twee jaar nadat de opdrachtgever ter zake heeft geprotesteerd. Arbiters zijn van oordeel dat de op 1 september 2003 ingevoerde titel aanneming van werk (titel 12 van boek 7 BW) in het onderhavige geval - waarbij de gebreken zich hebben gemanifesteerd vóór invoering van die titel en de melding eveneens daarvóór is geschied - toepassing mist. Arbiters volgen dan ook niet de lezing van aanneemster dat als het in artikel 217 lid 3 Overgangswet vermelde geval zich voordoet (en dus sprake is van een tekortkoming van voor 1 september 2003 die daarna is voortgezet), de in artikel 217 lid 1 Overgangswet vermelde uitgestelde werking van drie jaar geldt. Arbiters overwegen daartoe het volgende.

## 18. Artikel 217 Overgangswet bepaalt:

### Artikel 217

1. *Op overeenkomsten van aanneming van werk die vóór het tijdstip van het in werking treden van titel 12 van Boek 7 zijn gesloten, wordt deze titel drie jaren na dat tijdstip van toepassing.*

2. *In afwijking van lid 1 worden de bepalingen van afdeling 2 van titel 12 van Boek 7 niet van toepassing op een overeenkomst van aanneming van werk die vóór dat tijdstip is gesloten.*

3. *In afwijking van de leden 1 en 2 is titel 12 van Boek 7 van toepassing op de gevolgen van niet nakoming in het geval dat een der partijen na het in werking treden van deze titel in de nakoming van een van haar verbintenissen tekortschiet, tenzij dat tekortschieten een voortzetting van een eerdere tekortkoming is.*

19. De Parlementaire Geschiedenis bij artikel 217 Overgangswet verwijst naar het verwante artikel 196, dat betrekking heeft op titel 1 van boek 7 BW omtrent koop en ruil (Parl. Gesch. NBW, Overgangsrecht, blz 175 ev.). Daaruit blijkt dat de wetgever met artikel 196 (en dus ook met 217) heeft bedoeld aan te sluiten bij artikel 182 Overgangswet (boek 6 BW). Artikel 182 Overgangswet bepaalt dat wanneer een schuldenaar vóór het in werking treden van de wet in de nakoming van zijn verbintenis is tekortgeschoten, op de gevolgen van de tekortkoming de nieuwe wet niet van toepassing is.

20. Niet in geschil is dat sprake is van een tekortkoming van voor de inwerkingtreding van de nieuwe titel van aanneming van werk, en dat dus sprake is van een voortgezette tekortkoming als bedoeld in artikel 217 lid 3 Overgangswet. Nu al onder het oude recht sprake was van een tekortkoming blijft het oude recht derhalve van toepassing.

21. Aanneemster beroept zich subsidiair op de tweejarige verjaringstermijn ex artikel 7:23 BW. Dit artikel mist echter toepassing, omdat dit artikel ziet op koop en in het onderhavige geval sprake is van een gebrek in het door aanneemster aangenomen werk.

22. Onder het oude recht gold ook voor aanneming van werk artikel 3:310 BW. Een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaar na de aanvang van de dag volgend op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend was geworden. Beide partijen gaan voor het aanvangsmoment van de verjaring uit van de in 2006 uitgevoerde herstelwerkzaamheden, zodat ook arbiters dit tot uitgangspunt nemen. Hoewel de schade al eerder bekend was, achten arbiters dit aanvangstijdstip ook redelijk. Na het herstel ontstaat immers een nieuwe situatie. Anders dan aanneemster stelt, betekent dit echter niet dat het toen

geldende artikel 7:761 BW alsnog van toepassing is geworden. Geen sprake is immers van een nieuwe tekortkoming, maar van een niet deugdelijke herstelde eerdere tekortkoming.

23. Niet in geschil is dat opdrachtgevers in 2011 opnieuw zakkingen en scheuren hebben geconstateerd en dit aan (een van de rechtsvoorgangsters van) aanneemster hebben gemeld. Dat laatste blijkt ook uit het feit dat (een van de rechtsvoorgangsters van) aanneemster in januari 2012 herstel heeft aangeboden. In 2015, dus binnen vijf jaar na ontdekking van de schade in 2011, hebben opdrachtgevers de onderhavige procedure ahangig gemaakt. Het beroep op verjaring faalt dus.

### Klachtplicht

24. Aanneemster stelt dat opdrachtgevers sub 1 in hun memorie van eis in procedure 34.078 hebben gesteld dat al vrij snel na de oplevering op 1 juni 1995 zakkingen ontstonden. Wat hier verder ook van zij, vast staat dat (de rechtsvoorgangster(s) van) aanneemster na de klachtmelding zowel in 2001 als in 2006 herstelwerkzaamheden heeft (hebben) uitgevoerd. Aanneemster kan zich er dan ook in redelijkheid niet op beroepen dat opdrachtgevers niet tijdig hebben geklaagd. Verder hebben opdrachtgevers onweersproken gesteld dat zich in 2011 wederom zakkingen hebben voorgedaan en dat zij deze direct aan (de rechtsvoorgangster(s) van) aanneemster hebben gemeld. Aldus hebben zij aan hun klachtplicht voldaan.

### Verzuim

25. Arbiters stellen vast dat geen ingebrekestelling in het geding is gebracht. Volgens opdrachtgevers is aanneemster op grond van artikel 6:83 onder c BW in verzuim geraakt, door slechts beperkt herstel te willen uitvoeren. Zoals aanneemster terecht stelt, blijkt - mede gezien het herstel aanbod van aanneemster tijdens de onderhavige procedure - onvoldoende dat aanneemster mededelingen heeft gedaan waaruit blijkt dat zij tekort zou schieten in haar herstelverplichting.

26. Wel zijn arbiters met opdrachtgevers van oordeel dat onder de onderhavige omstandigheden een ingebrekestelling op grond van de redelijkheid en de billijkheid achterwege kon blijven. Aanneemster heeft immers al twee keer herstelwerkzaamheden uitgevoerd in de vorm van het liften van de vloer met purschuim, zonder deugdelijk resultaat. Aanneemster is niet ingegaan op het verzoek van opdrachtgevers een broodjesvloer aan te brengen, terwijl dit wel een deugdelijke oplossing was en - zoals opdrachtgevers onweersproken hebben verklaard - bij andere burens wel is toegepast. Pas tijdens deze procedure heeft aanneemster aangeboden een dergelijke vloer aan te brengen. Opdrachtgevers hebben echter onbestreden gesteld

dat aanneemster niet bereid was de reeds gemaakte (buiten)gerechtelijke kosten te vergoeden, zodat hun weigering om op dit op zichzelf adequate herstelvoorstel in te gaan, gerechtvaardigd was.

### Herstelkosten

**27.** Opdrachtgevers sub 1 vorderen € 47.435,00 inclusief (21%) btw aan herstelkosten en opdrachtgeefster sub 2 vordert € 47.585,00 inclusief (21%) btw, dit alles overeenkomstig de overgelegde begrotingen van K.

**28.** Aanneemster stelt dat de totale herstelkosten en een aantal specifieke posten zoals genoemd in punt 36 van haar memorie van antwoord te hoog zijn, omdat haar uit nacalculatie is gebleken dat de werkzaamheden bij de bewoners op nummer 110 voor een lager bedrag zijn uitgevoerd, namelijk voor in totaal circa € 30.500,00. Aanneemster wijst ook op de als productie 20 overgelegde offerte van K aan opdrachtgevers sub 1 uit 2012, waarin de herstelkosten b-groot zijn op € 33.500,00 inclusief (19%) btw.

**29.** Dit alles achten arbiters een onvoldoende gemotiveerde betwisting. Zoals opdrachtgevers terecht stellen, is de nacalculatie niet in het geding gebracht. Arbiters achten bovendien aannemelijk dat de kosten voor het herstel door derden hoger zijn dan de herstelkosten van aanneemster zelf, ook al laat aanneemster naar eigen zeggen bepaalde werkzaamheden zelf ook door derden uitvoeren. Dit betreft immers slechts een deel van de werkzaamheden. Voor de hand ligt ook dat het feit dat meerdere naast elkaar gelegen woningen tegelijkertijd zijn hersteld een kostendrukkend effect heeft gehad. De offerte van K uit 2012 is gedateerd, bovendien blijkt daaruit dat niet alle werkzaamheden - zoals het verwijderen en terugplaatsen van de parketvloer in de woning van opdrachtgevers sub 1 - daarin zijn opgenomen. Arbiters passeren het verweer van aanneemster om al die redenen.

**30.** In punt 36 van de memorie van antwoord stelt aanneemster onder meer dat haar tijdens de uitvoering is gebleken dat ontgraven tot -400 mm niet noodzakelijk is. Uit de bij productie 11 overgelegde tekening TS-01 van 23 januari 2015 leiden arbiters echter af dat ontgraving wel degelijk nodig is, aangezien de renovatievloer volgens die tekening dikker is dan de bestaande betonvloer. Dat hiervoor kosten zijn begroot, komt arbiters dan ook aannemelijk voor en de hoogte van deze kosten is op zich zelf niet bestreden, zodat deze worden toegewezen.

**31.** Tijdens de mondelinge behandeling stelt de aanneemster dat in de begroting van K een extra stalen latei is gerekend. Aannemelijk is dat dit voor de uitbouw van de woning van opdrachtgevers sub 1 is. Dat deze uitbouw pas na de

oplevering is geplaatst, doet niet af aan de aansprakelijkheid van aanneemster voor de als gevolg van haar tekortkoming noodzakelijke herstelkosten. De vloer van de uitbouw zelf hoeft niet te worden vervangen, omdat dit al een broodjesvloer is. De begrote kosten voor de hoeklijn zijn het gevolg van het feit dat de vloer in de woonkamer moet worden vervangen en komen dus voor rekening van aanneemster.

**32.** Aanneemster heeft de hoogte van de voor de parketvloer in de woning van opdrachtgevers sub 1 begrote kosten van volgens haar € 14.444,18 exclusief btw bestreden onder verwijzing naar de als productie 16 overgelegde eerdere begroting van opdrachtgevers sub 1 waarin € 3.033,00 was opgenomen voor het (de)monteren en opslaan van de parketvloer. Niet blijkt of dit laatste bedrag in- of exclusief btw is.

**33.** Zoals opdrachtgevers sub 1 terecht stellen, is het bedrag van € 14.444,18 exclusief btw begroot voor de totale afbouw. Voor de parketvloer is een stelpost opgenomen van € 4.807,30 exclusief btw en voor de plint een stelpost van € 597,63 exclusief btw. De totale kosten voor de parketvloer bedragen dus € 5.404,93 exclusief btw. Zoals aanneemster terecht stelt, is enkel sprake van het uitnemen en terugplaatsen van de bestaande vloer. Tegenover de betwisting door aanneemster en gezien de eerdere begroting hebben opdrachtgevers sub 1 onvoldoende aannemelijk gemaakt dat deze werkzaamheden € 5.404,93 exclusief btw kosten. Nu aanneemster ook de eerdere offerte bij gebreke van een onderbouwing heeft betwist, wijzen arbiters in billijkheid € 1.500,00 exclusief btw toe op dit punt en volgen voor het overige de begroting. Dit betekent dat de begroting voor de woning van opdrachtgevers sub 1 gecorrigeerd wordt met € 5.404,93 exclusief btw - € 1.500,00 exclusief btw = € 3.904,93 exclusief btw. Aldus stellen arbiters de directe kosten vast op € 32.707,31 exclusief btw (totale kosten p. 7 begroting) - € 3.904,93 exclusief btw = € 28.803,38 exclusief btw + (0,5 x € 5.575,00 exclusief btw =) € 2.787,50 exclusief btw algemene bouwplaatskosten (p. 15 begroting) = € 31.589,88 exclusief btw. De toe te wijzen herstelkosten bedragen vervolgens € 31.589,88 exclusief btw x 1,07 (ak) = € 33.801,17 exclusief btw x 1,03 (winst en risico) = € 34.815,21 exclusief btw x 1,0021 (CAR) = € 34.888,32 exclusief btw x 1,21 (btw) = € 42.214,87 inclusief btw.

**34.** De overige in de offertes opgevoerde kosten komen arbiters verder niet onredelijk voor. Dat geldt ook voor de kosten van de projectleider en de werkvoorbereider. Onvoldoende gesteld en ook niet gebleken is dat het aantal opgevoerde uren en het uurtarief onredelijk zijn.

**35.** Tijdens de mondelinge behandeling heeft aannemster gesteld dat sprake is van nieuw voor oud, en dan niet zozeer ten aanzien van de vloer maar wel ten aanzien van de afwerking. Nu aannemster niet nader heeft toegelicht op welke concrete posten uit de begroting zij doelt, passeren arbiters dit verweer.

**36.** De door opdrachtgevers gevorderde kosten van € 3.000,00 inclusief btw per woning voor de huur van vervangende woonruimte (waarbij is uitgegaan van € 1.900,00 aan huur voor twee maanden), het in- en uitruimen van de woningen en de opslag van de meubels (in totaal geraamd op € 1.100,00) komen arbiters niettegenstaande de kanttekeningen van aannemster daarbij, niet onredelijk voor en worden toegewezen. Dat de eerder opgegeven kosten lager waren (productie 16) doet daaraan niet af, omdat - zoals opdrachtgevers onbetreden hebben gesteld - de omvang en de duur van het definitieve herstel toen nog niet bekend was en is uitgegaan van een hersteltermijn van drie weken. Aannemster heeft tijdens de mondelinge behandeling verklaard dat de herstelwerkzaamheden die zijn uitgevoerd bij andere bewoners in de meeste woningen binnen zes weken gereed waren en dat voor die bewoners acht weken vervangende woonruimte is gehuurd in verband met eventuele uitloop van de werkzaamheden. In dat licht komen de gevorderde kosten niet onredelijk voor.

**37.** Dit betekent dat aan opdrachtgevers sub 1 wordt toegewezen € 42.214,87 inclusief btw aan herstelkosten + € 3.000,00 inclusief btw overige kostenvergoeding = € 45.214,87 inclusief btw en aan opdrachtgeefster sub 2 € 47.585,00 inclusief btw aan herstelkosten + € 3.000,00 inclusief btw overige kostenvergoeding = € 50.585,00 inclusief btw. Opdrachtgevers vorderen de wettelijke rente hierover vanaf de datum van verzuim van aannemster. Nu deze datum niet nader is gespecificeerd, zullen arbiters de wettelijke rente toewijzen met ingang van de indiening van de memorie van eis, zijnde 1 september 2015.

**38.** De door opdrachtgevers sub 1 gevorderde deskundigenkosten voor het rapport van Fugro van € 2.907,03 inclusief btw en voor het rapport van de constructeur van € 816,75 inclusief btw komen arbiters niet onredelijk voor en worden toegewezen. Hetzelfde geldt voor de door opdrachtgeefster sub 2 gevorderde deskundigenkosten voor het rapport van Fugro van € 2.538,00 inclusief btw en voor het rapport van de constructeur van € 816,75 inclusief btw. Uit de als productie 14 overgelegde stukken blijkt voldoende dat opdrachtgevers deze kosten verschuldigd zijn. Arbiters achten ook niet onredelijk dat opdrachtgevers Fugro en de constructeur ter vaststelling van de aansprakelijkheid en schade hebben ingeschakeld, aangezien zij op dit gebied leken zijn. Aldus wordt

aan opdrachtgevers sub 1 aan deskundigenkosten toegewezen € 2.907,03 + € 816,75 = € 3.723,78 en aan opdrachtgeefster sub 2 € 2.538,00 + € 816,75 = € 3.354,75. Arbiters constateren dat opdrachtgeefster sub 2 primair van het petitum een totaalbedrag van € 3.654,75 vordert. Nu het meerdere boven het toe te wijzen bedrag van € 3.354,75 niet nader is toegelicht, wordt dit afgewezen.

**39.** Opdrachtgevers vorderen vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten van € 892,60 per woning (zijnde de helft van de totale buitengerechtelijke incassokosten van € 1.785,20 conform de staffel buitenrechtelijke incassokosten). Dat buitengerechtelijke werkzaamheden zijn verricht achten arbiters aannemelijk, mede gezien de al door aannemster ondernomen herstelpogingen. De gevorderde kosten vallen binnen de door de Raad in haar Leidraad vergoeding kosten van processuele bijstand gehanteerde tarieven en worden toegewezen.

**40.** Uit de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de toepasselijke algemene voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval is arbiters niet gebleken dat de in dit geding aan de orde zijnde bedingen als oneerlijk zijn aan te merken. (*Enz., enz., Red.*)

## NOOT

### Inleiding

**1.** Deze zaak zou anders zijn afgelopen wanneer arbiters titel 12 van boek 7 BW wel van toepassing zouden hebben geacht. Immers, art. 7:761 lid 1 BW bevat een verjaringstermijn van twee jaar die gaat lopen vanaf het moment van protest over het gebrek in het opgeleverde werk, welke termijn onder het oude recht niet bestond. De rechtsvoorgangers van opdrachtgevers<sup>2</sup> hebben ieder vóór inwerkingtreding van titel 12 (op 1 september 2003) een koop-/aannemingsovereenkomst gesloten met een rechtsvoorganger van aannemster<sup>3</sup>, maar hebben ná inwerkingtreding van deze titel deze termijn laten verstrijken. Ik leid namelijk af uit het vonnis dat zij meer dan twee jaar met deze arbitrage hebben gewacht nadat zij aannemster hadden laten weten dat het - eerder al aan de dag getreden - gebrek in de constructie van de begane grondvloeren met door aannemster gepleegd herstel niet was verholpen. Van enige stuitingshandeling wordt in het vonnis geen melding gemaakt. Nu het gebrek zelf op grond van de toepasselijke algemene voorwaarden in mijn optiek zonder meer kan worden gekwalificeerd als een 'ernstig gebrek', zal ik in deze noot met name ingaan op de uitleg van art. 217 Overgangswet BW (hierna: 'OBW') en meer specifiek lid 3 van dat artikel.

<sup>2</sup> Hierna: 'opdrachtgevers'.

<sup>3</sup> Hierna: 'aannemster'.

## De casus

2. Opdrachtgevers hebben ieder met aannemster in 1994 een koop-/ aannemingsovereenkomst gesloten met toepassing van de 'Algemene Voorwaarden voor de koop/aannemingsovereenkomst voor eengezinshuizen', zoals vastgesteld bij akte van 30 juni 1992 en de 'Garantie- en waarborgregeling eengezinshuizen E.1992' van de (inmiddels opgeheven) Stichting Garantie Instituut Woningbouw (GIW). De bewuste woningen zijn in 1995 opgeleverd (die van opdrachtgevers sub 1 op 1 juni 1995 en die van opdrachtgevers sub 2 op 24 mei 1995). Aannemster had daarbij de woningen weliswaar gefundeerd op palen, maar de begane grondvloeren, zonder kruipruimte, als betonplaat aangebracht op een zandbed tussen de fundering. Deze constructie heeft vervolgens voor de nodige problemen gezorgd.

3. Vanaf 2001 zijn de begane grondvloeren namelijk zetting gaan vertonen, waarna aannemster in de woning van opdrachtgevers sub 1 herstel heeft uitgevoerd. Daarbij heeft zij de begane grondvloeren met purschuim gelift. In 2006 hebben deze opdrachtgevers vervolgens met succes een GIW-procedure tegen aannemster gevoerd, waarbij laatstgenoemde werd veroordeeld tot verdergaand herstel (bestaande uit het verder 'oppurven' van de vloeren en het verdichten van de ondergrond). Dat herstel heeft in 2006 plaatsgevonden maar kennelijk wederom zonder succes nu zich daarna weer zettingen voordeden. Een nader herstel-aanbod in 2012 hebben opdrachtgevers sub 1 afgewezen. Opdrachtgevers sub 2 hebben, zo begrijp ik uit het vonnis, niet geprotesteerd bij aannemster, laat staan - afgezien van deze procedure - andere rechtsmaatregelen getroffen.

4. Vervolgens hebben naburige opdrachtgevers wegens hetzelfde gebrek in de periode 2013 t/m 2015 met succes een procedure gevoerd tegen aannemster bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw.<sup>4</sup> Arbitrator in eerste aanleg heeft toen aannemster veroordeeld tot herstel en haar twee alternatieven gelaten; ofwel het alsnog aanbrengen van een gefundeerde vloer ofwel het aanleggen van een 'broodjes-ligger-vloer' op de bestaande fundering.<sup>5</sup> In appel is die verdeling in stand gebleven.

5. In de tussentijd hadden opdrachtgevers in 2014 deskundig advies ingewonnen bij Fugro Geoservices B.V. alvorens op 31 augustus 2015 de arbitrageprocedure aanhangig te maken. Fugro kwam tot dezelfde technische conclusie als arbitrator in voornoemde arbitrage. Of aannemster al dan niet op de hoogte is gebracht van dit onderzoek dan wel hierbij is betrokken blijkt niet uit het vonnis. Wel staat vermeld dat aannemster in 2014 wederom herstel heeft aangeboden.

## Ernstig gebrek

6. Het oordeel van arbiters dat de zettingen in de begane grondvloer moeten worden gekwalificeerd als een ernstig gebrek in de zin van art. 16 lid 2 sub b en lid 3 van de toepasselijke algemene voorwaarden acht ik zonder meer begrijpelijk en juist. Arbiters baseren dat oordeel onder meer op eigen waarneming ter plaatse van de scheurvorming die volgens hen de hechtheid van de niet-dragende muren al had aangetast en naar verwachting verder zal aantasten (met het risico dat leidingen afbreken). Maar ook wijzen zij op het onderzoek van Fugro waaruit kan worden afgeleid dat de zakkingen door rotingsproces als gevolg van de bodemsamenstelling nog vele jaren zullen doorgaan en het feit dat de bewuste vloeren ondanks de diverse herstel-pogingen van aannemster gedurende vele jaren significant zijn blijven zakken.

## Overgangsrecht

7. Ik meen alleen dat arbiters art. 217 lid 3 OBW niet juist hebben uitgelegd en de tweejaarstermijn ex art. 7:761 lid 1, waar aannemster een beroep op deed, ten onrechte niet van toepassing hebben geacht. Artikel 217 OBW bepaalt, voor zover relevant: '1. Op overeenkomsten van aanneming van werk die vóór het tijdstip van het in werking treden van titel 12 van Boek 7 zijn gesloten, wordt deze titel drie jaren na dat tijdstip van toepassing. 3. In afwijking van de leden 1 en 2 is titel 12 van Boek 7 van toepassing op de gevolgen van niet nakoming in het geval dat een der partijen na het in werking treden van deze titel in de nakoming van een van haar verbintenissen tekortschiet, tenzij dat tekortschieten een voortzetting van een eerdere tekortkoming is.'

8. Daarbij is het met name de vraag of de enkele ontdekking van een ernstig gebrek in het opgeleverde werk wel kan worden aangemerkt als een 'eerdere tekortkoming', zoals arbiters hebben geoordeeld in ro. 20 van het vonnis, of dat dat pas het geval is als aannemer in verzuim is geraakt.<sup>6</sup>

9. In de literatuur wordt dat eerste standpunt verdedigd. Zo bepleit Rutton:<sup>7</sup> 'Vanzelfsprekend kan een tekortschieten in de nakoming vele gedaanten hebben. Voor aanneming van bouwwerken is in dit verband in het bijzonder van belang het 'verborgen gebrek'. Een 'verborgen gebrek' moet naar mijn mening worden beschouwd als een tekortkoming in de nakoming aan de zijde van de aannemer ten tijde van de oplevering. Is een werk vóór 1 september 2003 opgeleverd en openbaart zich in dat werk ná 1 september

<sup>6</sup> Ik merk wel op dat aannemster de 'voortzetting van de eerdere tekortkoming' niet heeft bestreden, maar uit lid 3 juist in een dergelijke situatie een uitgestelde werking van titel 12 van drie jaar afleidde. Dat lijkt mij - net als arbiters in ro. 19 van het vonnis - een verkeerde uitleg, mede gelet op het bepaalde in art. 182 OBW waarin staat vermeld: 'Indien een schuldenaar vóór het in werking treden van de wet in de nakoming van zijn verbintenis is tekortgeschoten, is op de gevolgen van de tekortkoming de wet niet van toepassing, ook niet indien de tekortkoming nadien wordt voortgezet.'

<sup>7</sup> S.J.H. Rutton, 'Overgangsrecht aanneming van werk', BR 2004/6 p. 503 t/m 506. Van den Berg deelt dat standpunt met verwijzing naar dit artikel in Asser/Van den Berg 7-VI, Deventer: Kluwer 2017 [18].

<sup>4</sup> Voor het vonnis in eerste aanleg; zie RvA 25 november 2013, No. 33.489 en in hoger beroep RvA 15 april 2015, No. 71.925.

<sup>5</sup> 'Een broodjes-ligger-vloer' is een systeemvloer die bestaat uit prefab voorgespannen liggers met daartussen polystyreen vulblokken en een druklaag.

2003 een verborgen gebrek, dan geldt dat gebrek derhalve als een (voortzetting van) tekortschieten onder het oude recht, waarop het nieuwe recht ingevolge art. 217 lid 3 Overgangswet niet van toepassing is.' Hier kan echter tegenin worden gebracht dat het niet-nakomen van een verbintenis niet per definitie gelijk een tekortkoming oplevert; een niet-nakoming groeit namelijk pas uit naar een tekortkoming - de woorden van Olthof volgend - wanneer de schuldenaar in verzuim is gebracht (mits nakoming uiteraard nog mogelijk is).<sup>8</sup> Hoe dat verzuim dan intreedt volgt uit art. 6:81 BW ev.; in de regel zal een ingebrekestelling nodig zijn (art. 6:82 BW). In dat verband oordeelde het hof Den Haag in ro. 4 van zijn arrest van 29 januari 2013 ook:<sup>9</sup> 'Zoals de Curator met juistheid betoogt, zijn op grond van artikel 217 lid 3 Overgangsrecht Nieuwe B.W. op de door Bauwens ingeroepen gevolgen van niet-nakoming, waaronder ook herstel en vervanging moeten worden begrepen, de op 1 september 2003 invoerde bepalingen van titel 7.12 BW van toepassing, omdat niet is vastgesteld of gebleken dat Smits reeds voor 1 september 2003 in de nakoming van haar verbintenissen was tekortgeschoten (hetgeen in dit geval betekent dat Smits in verzuim dienen te zijn, nu nakoming, gelet op het gevorderde herstel en de gevorderde vervanging, klaarblijkelijk niet onmogelijk was). Een vergelijkbare redenering volgde het hof Arnhem-Leeuwarden in r.o. 4.8 van zijn arrest van 25 november 2014<sup>10</sup>: 'Volgens vaste rechtspraak heeft een ingebrekestelling de functie om de schuldenaar nog een laatste termijn voor nakoming te geven en aldus nader te bepalen tot welk tijdstip nakoming nog mogelijk is zonder dat van een tekortkoming sprake is, bij gebreke van welke nakoming de schuldenaar vanaf dat tijdstip in verzuim is (in die zin bijvoorbeeld Hoge Raad 22 oktober 2004, ECLI: HR:2004:AO9494). De ingebrekestelling vormt aldus een laatste kans, die de schuldeiser dient te gunnen. In deze rechtspraak wordt het verzuimvereiste binnen het tekortkomingbegrip gepositioneerd.'

**10.** Nu arbiters in ro. 25 van hun vonnis hebben vastgesteld dat aannemster nooit in gebreke is gesteld en evenmin vóór 1 september 2003 een andere grond voor verzuim hebben geïdentificeerd, meen ik dat de niet-nakoming (te weten het ernstige gebrek in het opgeleverde werk) niet is *uitgegroeid* tot een tekortkoming, zodat dus geen sprake

is van een '*voortzetting van een eerdere tekortkoming*' (de terminologie van art. 217 lid 3 OBW volgend). Arbiters hebben derhalve in mijn optiek ten onrechte de uitzondering op art. 217 lid 3 OBW van toepassing geacht en geoordeeld dat titel 12 van boek 7 BW buiten toepassing moet worden gelaten. De vorderingen van opdrachtgevers sub 1 en 2 lijken mij dan ook verjaard op de voet van art. 7:761 lid 1 BW.

### Verzuim na inwerkingtreding titel 12 van boek 7 BW

**11.** Ten aanzien van het 'tekortschieten' als bedoeld in art. 217 lid 3 OBW ná inwerkingtreding van titel 12 van boek 7 hebben arbiters geoordeeld dat aannemster op grond van art. 6:83 sub c BW in verzuim was geraakt bij afwezigheid van een ingebrekestelling. Opmerkelijk is dat arbiters voor dit tekortschieten dus wel relevant achten of aannemster in verzuim is geraakt. Dat laat onverlet dat ik dat oordeel wel kan volgen, nu aannemster al diverse herstelwerkzaamheden had uitgevoerd in de vorm van het liften van de vloer met purschuim zonder deugdelijk resultaat en het kennelijke verzoek van opdrachtgevers een broodjesvloer aan te leggen had afgewezen. Opdrachtgevers mochten hieruit dus afleiden dat aannemster in de nakoming van de overeenkomst zou tekortschieten.

### Conclusie

**13.** Hoewel ik de uitkomst van deze zaak zonder meer te billijken acht; te meer nu uit de vonnissen in de eerdere arbitrage van naburige eigenaren kan worden afgeleid dat aannemster bij de bouw van de woningen in weerwil van adviezen van haar toenmalige constructeur zelf had gekozen voor de toegepaste constructie, meen ik evengoed dat deze niet juist is. Ik ben namelijk van oordeel dat arbiters art. 217 lid 3 OBW niet correct hebben toegepast. Aannemster had volgens mij met recht een beroep kunnen doen op de tweejarige verjaringstermijn ex art. 7:761 lid 1 BW, (hoewel haar onderbouwing van dit beroep niet juist was). Immers, alvorens sprake is van een '*voortzetting van een eerdere tekortkoming*' moet de aannemer toch vóór inwerkingtreding van titel 12 van boek 7 BW in verzuim zijn geraakt.

J.S.O. den Houting

<sup>8</sup> Zie: Olthof, T&C Burgerlijk Wetboek 2015, art. 6:74 BW, aant. 3 en art. 6:265 BW, aant. 5 sub b en MvA II, Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6, p. 1250.

<sup>9</sup> Zie: Hof Den Haag 29 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3939 (Zuidzee).

<sup>10</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 25 november 2014, nr. 200.136.780 (niet gepubliceerd). Een van de raadsheren was M.A.M.C. van den Berg.



**TBR 2018/48**

**Hof Arnhem-Leeuwarden, 19 december 2017, zaaknr. 200.152.527/01, ECLI:NL:GHARL:2017:11167 (Opschorten werk en uitvoering conform afspraak)**

(Mr. L. Janse, mr. H. de Hek en mr. P. Roorda)

**BW: art. 6:52, art. 6:80, art. 6:277**

Aannemingsovereenkomst. Goed en deugdelijk werk. Opschorting. Volledige ontbinding. Schadevergoeding. Abstracte schadebegroting

**Met gastnoot F.M. van Cassel - van Zeeland, Red.<sup>1</sup>**

### 1 Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van de vonnissen van 12 september 2012, 1 mei 2013 en 16 april 2014 die de rechtbank Noord-Nederland, locatie Assen, heeft gewezen.

### 2 Het geding in hoger beroep

**2.1** Het verloop van de procedure blijkt uit:  
- de dagvaarding in hoger beroep d.d. 7 juli 2016,  
- de memorie van grieven (met producties),  
- de memorie van antwoord (met producties),  
- een akte uitlaten producties,  
- het tussenarrest van 23 mei 2017,  
- het proces-verbaal van de op 15 november 2017 gehouden comparitie van partijen.

**2.2** Partijen hebben aan het slot van de comparitie arrest gevraagd op het overgelegde comparitiedossier, aangevuld met het proces-verbaal van de comparitie, waarna het hof arrest heeft bepaald.

**2.3** De vordering van [appellanten] c.s. in hoger beroep sterkt tot vernietiging van de bestreden vonnissen van 1 mei 2013 en 16 april 2014 en afwijzingen van de vorderingen van [geïntimeerden] c.s. en toewijzing van die van [appellant], met veroordeling van [geïntimeerden] c.s. in de kosten van het geding in beide instanties.

### 3 De vaststaande feiten

**3.1** Als gesteld en niet weersproken staan, voor zover voor de beoordeling in hoger beroep van belang, de navolgende feiten tussen partijen vast.

**3.2** Partijen hebben een overeenkomst met elkaar gesloten betreffende renovatie van het dak van de woonboerderij van [geïntimeerden] c.s., overeenkomstig de door [appellant] op 23 juni

2011 aan [geïntimeerden] c.s. uitgebracht offerte. De werkzaamheden hielden in dat [appellant] door [geïntimeerde1] aangeleverde metalen dakpanplaten (zogenaamde Permapan platen) zou leggen op de bestaande sporen van de kapconstructie van de boerderij van [geïntimeerden] c.s., op een onderconstructie van gordingen en klossen.

**3.3** De hierop betrekking hebbende offerte van [appellant] vermeldt onder meer het volgende:

*'De dakplaten worden gelegd, zoals beschreven in het rapport van Ingenieursbureau Goudstikker-de Vries (projectnummer 20112781, 3pag. + 1 handgetekend schetsje) te Emmen.'*

Het totaal overeengekomen bedrag was € 40.416,24 incl. btw.

**3.4** Het hiervoor genoemde rapport Goudstikker-de Vries is opgesteld naar aanleiding van de uitvoering van werkzaamheden door een aannemer die, voordat [geïntimeerden] c.s. met [appellant] contracteerde, werkzaamheden aan het dak van de boerderij had uitgevoerd. Als bijlage bij genoemd rapport bevinden zich onder meer de montagevoorschriften van de leverancier van de dakpanplaten.

**3.5** [appellant] is de werkzaamheden op 27 september 2011 gestart.

**3.6** Op verzoek van [appellant] heeft Goudstikker-de Vries (in de persoon van de heer [C]) op 29 november 2011 een bezoek gebracht aan de bouwplaats. Het ingenieursbureau heeft op 8 december 2011 een 'briefrapport' uitgebracht omtrent dit bezoek. Het rapport vermeldt onder meer een aantal herstel- c.q. aanpassingswerkzaamheden uit te voeren door [appellant]. Het rapport meldt dat die werkzaamheden zijn toegezegd door [appellant].

**3.7** Op 26 januari 2012 zijn tussen partijen afspraken gemaakt over betaling van de nog niet betaalde termijnen van de aanneemsom. Een en ander is vastgelegd in een mail van die datum van de advocaat van [geïntimeerden] c.s. aan [appellant]. Onderdeel van die afspraken is dat de laatste termijn van de aanneemsom na oplevering zal worden voldaan (in genoemde mail gesteld op € 3.000,-, doch tussen partijen is niet in geschil dat daar nog een bedrag van € 1.896,- bijkomt, derhalve in totaal € 4.896,-).

**3.8** Op 17 februari 2012 heeft [appellant] zijn werkzaamheden gestopt, omdat hij meende van [geïntimeerden] c.s. te hebben begrepen dat die hem niets meer zouden betalen. Vervol-

<sup>1</sup> Frank van Cassel - van Zeeland is advocaat bij Cassel Advocatuur.

gens heeft [appellant] op die dag een (op 16/2/2012 gedateerde) meerwerkfactuur aan [geïntimeerden] c.s. gestuurd ten bedrage van € 8.115,30.

**3.9** [appellant] is daarna door advocaat van [geïntimeerden] c.s. in gebreke gesteld, voor het geval hij niet aan de sommatie om het werk 'a.s. maandag' te hervatten zou voldoen.

**3.10** [appellant] heeft geen gevolg gegeven aan de sommatie.

**3.11** [geïntimeerden] c.s. hebben vervolgens hun bedenkingen tegen de uitgevoerde werkzaamheden voorgelegd aan de leverancier van de dakplaten, de Handelsonderneming [D].

**3.12** De heer [D] schrijft op 6 maart 2012 onder meer aan [geïntimeerden] c.s. dat de Permapan platen niet volgens de montagevoorschriften zijn gelegd:

*'Zoals wij hebben gekeken is het dak niet goed en vakkundig gelegd, en wij weten niet zeker of alles valt te herstellen, zonder een groot deel van het dak te demonteren en zelfs platen te moeten vervangen, dit mede door de oude schroef gaten dien niet overeenkomen met de gordingen en de geknikte platen.'*

**3.13** Vervolgens hebben [geïntimeerden] c.s. BTS Bouwtechniek Ter Stege B.V. (hierna: BTS) een uitgebreid rapport laten opmaken van de uitgevoerde werkzaamheden. Dit rapport is op 10 april 2012 uitgebracht. Het rapport vermeldt als eindconclusie en aanbeveling het volgende:

Eindconclusie

*Naar onze mening moet helaas geconcludeerd worden dat er op diverse onderdelen is afgeweken van de verwerkingsrichtlijnen van de fabrikant leverancier. Hergebruik van de dakplaten is niet praktisch aannemelijk. Dat komt omdat de platen onderling zijn afgekit en dat betekent bij het losnemen van de platen dat deze zeer waarschijnlijk zullen vervormen en dus niet meer passend zijn her te gebruiken. Daarbij komt nog dat de bevestigingsmiddelen dus niet op de juiste posities zijn aangebracht, zoals blijkt uit de montagevoorschriften. Dat zou betekenen dat er bij hergebruik sprake is van schroefgaten op de verkeerde plaats en dat levert dus inwatering op. Dat betekent dus helaas dat er nieuwe dakplaten moeten worden geleverd en aangebracht.*

Aanbevelingen

*Vanzelfsprekend geldt dat bij het opnieuw monteren van de nieuwe dakplaten volgens de montagevoorschriften en verwerkingsrichtlijnen van de fabrikant/leverancier moet worden gewerkt.*

*Als integraal onderdeel van dit herstel geldt dus eveneens een deugdelijke constructieve fixatie van de onderliggende houten regels op de juiste onderlinge afstand. Vooral ook ten aanzien van de bevestiging van de uit te*

*richten klossen zijn er nogal wat voorzieningen noodzakelijk.*

*De kennelijk door Goudstikker-deVries genoemde aanbeveling om U-vormige klossen te gebruiken is in dat verband zinvol te noemen. Een vlakke montage van de dakplaten op de onderconstructie is namelijk essentieel en dat begint met goed uitgelijnde en deugdelijk bevestigde klossen en vanzelfsprekend met goed uitgelijnde en deugdelijk bevestigde houten regels. Oneffenheden in de ondergrond zullen zich namelijk alleen maar versterkt aftekenen in het uiteindelijke dagschild. Kortom aandacht voor dit onderdeel is cruciaal.*

*Tot slot speelt dat er ook aandacht moet worden besteed aan de aansluiting bij de gerende gevel waarin de garage deur is opgenomen (met eindstukken aan de voet van de dakplaat en de toepassing van een verholen goot, als ook een deugdelijke muurafdekking).*

*Voor wat betreft de overige aandachtspunten speelt ook dat er extra aandacht moet worden besteed aan overgangen zoals bij het kippenhok met een andere dakhelling enz. De onderlinge passing van de dakplaten bij de overgang van de ene dakhelling naar de andere dakhelling is daarbij van groot belang.*

*Aansluitingen bij de goten (dakvoet) de nok en ook de diverse hoekkepers van de wolfseinden en de ontmoeting van hoekkepers met de nok verdienen vanzelfsprekend eveneens de nodige aandacht.*

Algemeen

*Alle detailleringen en alle overige dakbedekkingwerkzaamheden uitvoeren conform het gestelde in de nationale Beoordelingsrichtlijn BRL 4708, NEN 6702, NEN 6707. De detaillering conform de standaarddetails, zoals weergegeven in deze publicaties en de verwerkingsrichtlijnen en montagevoorschriften van de fabrikant/leverancier.'*

**3.14** Bij brief van 27 april 2012 heeft [geïntimeerde1] de tussen partijen gesloten overeenkomst ontbonden en aanspraak gemaakt op betaling van schadevergoeding.

**3.15** Op 24 mei stuurt [appellant] facturen aan [geïntimeerden] c.s ten bedrage van € 6.000,- voor extra zaagwerk en van € 4.680,- voor extra btw.

**3.16** Voorts is in opdracht van [geïntimeerden] c.s. op 23 mei 2012 een rapport uitgebracht door Houwing-Hagedoorn. De conclusie van dat rapport luidt als volgt:

*'Het geïsoleerd dak is slecht aangebracht, niet conform de montagevoorschriften, zie bijlage I, II en III en het advies van Ingenieursbureau Goudstikker-deVries, bijlage IV en V.*

*De dakconstructie geeft een instabiele indruk bij, storm: windkracht 6 en meer, valt te verwachten dat de dakplaat van het dak wordt gezogen gezien de slechte klossenconstructie.*

*Het geïsoleerde dak is nog in zijn geheel niet afgewerkt met gevolg van flinke lekkage bij regenval maar ook bij stuifneeuw ontstaat.*

*Het repareren van het dak is nagenoeg niet mogelijk omdat hetzelfde product niet meer voor handen is.*

*De fabrikant van de dakplaat heeft een ander productie proces waardoor geen identieke dakplaat meer is te krijgen, zodat beschadigde en foutief vastgezette dakplaten niet meer kan worden vervangen.*

*Het gehele dak dient vervangen te worden om een goed en degelijk dak te krijgen met een optimale isolatiewaarde dat niet lekt.*

*De kosten van vervanging bedragen €145.000,00*

*19% BTW € 27.550,00*

*€172.550,00'*

**3.17** Eerder genoemd Ingenieursbureau Goudstikker-de Vries heeft in opdracht van de rechtsbijstandsverzekeraar van [appellanten] c.s. op 29 mei 2012 een rapport uitgebracht waarvan de conclusie luidt:

*'Het aangetroffen dak is in basis constructief akkoord, echter nog zoals gemeld niet afgerond en opgeleverd. Een aantal in dit rapport vermelde zaken zullen nog moeten worden opgepakt.*

*Het is constructief gezien dan ook absoluut niet noodzakelijk om de aangebrachte dakbedekking te verwijderen en te vervangen door nieuwe dakplaten, en kan worden volstaan met het uitvoeren van de aangegeven verbeterpunten. De hierboven aangegeven verbeterpunten zijn overigens zaken, die normaliter bij een voor-oplevering naar boven komen, en vervolgens hersteld kunnen worden voor de definitieve oplevering.'*

**3.18** Tussen partijen heeft een kort geding gediend voor de voorzieningenrechter in de rechtbank Assen. In diens, door het hof vernietigde vonnis van 13 juni 2012, wordt verslag gedaan van hetgeen door de rechter tijdens diens descende is waargenomen. Te weten:

*↳ overal zijn er klossen op de sporen aangetroffen, behalve op het onderdeel van het dak waaraan de vorige aannemer heeft gewerkt (in oppervlak relatief beperkt);*

*- te zien waren gescheurde klossen;*

*- te zien waren klossen opgebouwd uit verschillende stukken materiaal met inderdaad regelmatig dunne stukjes hout ('sigarenkistjeshout');*

*- er konden klossen met de hand worden rondgedraaid (ter plekke gedaan door de voorzieningenrechter), zodat deze onmogelijk met meer dan één schroefvast kunnen zitten;*

*- gezien zijn schroeven die naast of gedeeltelijk uit de kloosconstructie steken;*

*- gezien zijn ook schroeven, die zichtbaar zijn tussen gordingen en dakplaten in een open ruimte, zodat platen en gordingen niet direct op elkaar liggen;*

*- zeer duidelijk te zien waren, soms grote en uitgestrekte, gaten tussen platen en gordingen waardoor van binnen naar buiten kan worden gekeken;*

*- gezien zijn opvullingen tussen platen en gordingen/sporen met stukken hout;*

*- gezien zijn ook platen die scheef liggen, met bovendien verschillende naden en leksporen;*

*- er is door een volledige -van muur tot kap- hoek van het dak gekeken van binnen naar buiten; hetgeen mogelijk was omdat dat deel van het dak volledig openstaat/niet aansluit;*

*- aan de buitenkant van de boerderij zijn niet in lijn liggende en golvende dakplaten gezien;*

*- gezien zijn aan die buitenkant ook dakplaten, die niet liggen zoals ze horen te liggen volgens het montagevoorschrift van de leverancier (recht in plaats van ietsje schuin aan de onderkant);*

*- aan die buitenkant zijn ook gezien platen die -vrijwel- tot op de bodem van de goot lopen, zodat de goot deels onbereikbaar is en niet te reinigen zonder risico op het openhalen van handen/pols/arm;*

*- geconstateerd is dat dakplaten losliggen;*

*- gezien zijn verder rijen dakplaten die boven de onderste platen liggen en niet aansluiten;*

*- bekeken zijn meerdere leksporen en sporen van plasvorming binnen en nog aanwezig regenwater op dekzeilen die binnen zijn aangebracht, onder meer boven het keukengebouw;*

*- gezien zijn dekzeilen die op de kap nog aanwezig zijn (nog niet verwijderd) met tal van gaten.'*

**3.19** De door de rechtbank benoemde deskundige [E], verbonden aan ASE Architectenbureau [E], heeft op 26 augustus 2013 rapport uitgebracht en de door de rechtbank gestelde vragen - samengevat - als volgt beantwoord: Vraag a.

De vlakheid van de onderconstructie is door de deskundige als voldoende beoordeeld, gelet op het feit dat het een ouder dak betreft. Constructief wijkt de onderconstructie nogal af van het genoemde rapport Goudstikker - De Vries.

Vraag b.

- De deskundige constateert dat de platen afwijkend van dit rapport zijn gemonteerd.

- De klossen wijken af van de voorgeschreven samengestelde U vormige klossen.

- De verticale naden zijn volgens verklaring van [appellant] in de aansluiting gekit (niet waarneembaar). Het voorgeschreven butylband aan de bovenzijde van de plaat ontbreekt. De aangebracht kitnaad in de aansluiting is weinig zinvol. Zowel het butylband als de onder de plaatnaad aan te brengen kitvoeg zijn essentieel nu de onderliggende ruimte als werkplaats in gebruik is en verwarmd wordt. Nu deze voorzieningen ontbreken zijn kleine lekkages tengevolge van condensatie onvermijdelijk.

- De bevestigingsschroeven van de platen ontbreken (nog) gedeeltelijk. Geconstateerd wordt dat niet alle schroeven geheel aangedraaid zijn en veel schroeven niet haaks op het plaatmateriaal zijn ingedraaid. Tevens wordt geconstateerd dat de schroeven niet uitgelijnd zijn en zich niet onder de pan-neus (zoals aangegeven) bevinden. Ter plaatse van de plaatoverlap dienen koppelschroefjes te zijn aangebracht. Deze ontbreken veelal. De platen zijn hiermede onvoldoende gehecht aan de onderconstructie, langsnaden staan open en kunnen daar-

door inwateren en lekken. Ook vormen openstaande naden thermische lekken en zal condensatie hier kleinere lekkages veroorzaken.

Vraag c.

De gehanteerde klosconstructie wijkt nogal af van het door Goudstikker - De Vries voorgestelde U vormige model. Deze klosconstructie is constructief beduidend slechter dan de voorgestelde klossen, welke overigens gemakkelijk op hoogte kunnen worden gesteld. De bevestiging van de klossen is moeilijk exact vast te stellen daar de bevestigingsmiddelen zich direct onder de dakplaat bevinden; op meerdere plaatsen zitten de klossen los (draaien om de schroeven) en er zijn gescheurde klossen. Nu enkel geschroefd is in relatief korte klossen is het aannemelijk dat meerdere klossen gaan scheuren. Op de muurplaten en ankerplaten diende aan de bovenzijde een regel aangebracht te worden van 50 x 150 mm ter voorkoming van afschuiven van het dak. Deze regels ontbreken. [appellant] verklaart desgevraagd dat de klossen in de muurplaten zijn door geschroefd. Overtuigend is dit niet en de dakplaten zweven veelal boven de muurplaat. De aangebracht constructie is weinig deugdelijk te noemen en ziet er erg onverzorgd uit.

Vraag d.

Buiten de gordingafstand is de afwijkende gording constructief geen probleem maar visueel komt het erg onverzorgd en amateuristisch over.

Vraag e.

Er zijn diverse langsnaden die 'open' staan. De openstaande naden zijn grotendeels het gevolg van het (nog) niet voldoende afschroeven van de platen en diverse mechanische beschadigingen. Door het ontbreken van het eerder genoemde butylband en de kitvoeg onder de plaat leveren de openstaande plaatnaden thermische lekken op en zal er condensatiewater lekken. Daarnaast zal bij winddruk en regen in de huidige situatie een aanzienlijke kans zijn op forsere lekkages.

Vraag f.

De gebruikte platen zijn niet geschikt voor hergebruik. De nog op het werk aanwezige platen verkeren in een dusdanige slechte staat dat deze niet meer bruikbaar zijn.

Vraag g.

Ik acht het onverantwoord het dak verder af te maken gezien de slechte conditie waarin het tot nu toe aangebrachte werk verkeert.

Vraag h.

Het dak vertoont met name gebreken tengevolge van een onjuiste montage. Doordat voorafgaand aan de montage (en misschien ook bij de bestelling van de platen) niet gewerkt is conform een door de deskundige bedoeld schema is het dus niet mogelijk om tot een correct afgewerkt dak te komen.

Vraag i.

- De geconstateerde gebreken kunnen niet anders hersteld worden dan door volledige vervanging van de dakplaten en de onderconstructie. Hergebruik (van gedeelten) van de dakbedekking is niet mo-

gelijk simpelweg omdat de bedekking niet meer leverbaar is.

- De nog aanwezige ongemonteerde dakplaten zijn te zeer verweerd om nog toe te passen (advies fabrikant maximaal 1 maand opslaan).

- De kosten voor complete vervanging begroot de deskundige op afgerond € 114.350,00 inclusief btw.

#### 4 Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

**4.1** [geïntimeerden] c.s. hebben [appellanten] c.s. gedagvaard en gevorderd, zakelijk weergegeven, voor recht te verklaren dat de overeenkomst tussen partijen is ontbonden, althans deze overeenkomst te ontbinden, voor recht te verklaren dat [geïntimeerden] c.s. niet gehouden zijn om de meerwerkfactuur van [appellant] met factuurnummer 2012570 te betalen, voor recht te verklaren dat [appellanten] c.s. aansprakelijk zijn voor de schade van [geïntimeerde1] welke het gevolg is van het toerekenbare tekortschieten door [appellant] in de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst met [geïntimeerden] c.s. en [appellanten] c.s. te veroordelen tot vergoeding van deze schade begroot op € 137.846,- te vermeerderen met nog onbekende (PM) posten, althans op een ander door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen met rente en kosten, althans schade op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

**4.2** [appellanten] c.s. hebben de vordering bestreden en hebben in reconventie gevorderd, zakelijk weergegeven, [geïntimeerden] c.s. te veroordelen tot betaling van € 18.795,30 (€ 8.115,30 + € 6.000,- + € 4.680,-) vermeerderd met rente en kosten, alsmede voor recht te verklaren dat de tussen partijen gesloten overeenkomst is ontbonden, althans deze te ontbinden.

**4.3** De rechtbank heeft in het bestreden vonnis van 1 mei 2013 een deskundige benoemd. Bij het bestreden eindvonnis van 16 april 2014 heeft de rechtbank:

- voor recht verklaard dat [geïntimeerde1] (waarmee de rechtbank duidt op [geïntimeerden] c.s.) gerechtigd was (waren) de overeenkomst tussen hem (het hof leest: hen) en [appellant] te ontbinden;

- voor recht verklaard dat [geïntimeerde1] (lees: [geïntimeerden] c.s.) niet gehouden is (lees: zijn) de ten processe bedoelde meerwerkfactuur te voldoen;

- [appellant] veroordeeld om aan [geïntimeerde1] (het hof leest: [geïntimeerden] c.s.) te betalen een bedrag van € 107.684,23, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 21 januari 2012 tot de dag van volledige betaling;

- de vordering (van [geïntimeerden] c.s) voor het overige naar de schadestaatprocedure verwezen;

- de vordering (van [geïntimeerden] c.s.) op [appellante] afgewezen;

- de vorderingen van [appellanten] c.s. in reconventie afgewezen;
- [appellant] veroordeeld in de proceskosten in conventie aan de zijde van [geïntimeerden] c.s.;
- [geïntimeerde1] veroordeeld in de proceskosten in conventie aan de zijde van [appellante] ;
- [appellant] (het hof leest: [appellanten] c.s.) veroordeeld in de kosten in reconventie.

## 5 De ontvankelijkheid in het appel

**5.1** Voor zover het hoger beroep is gericht tegen het vonnis gewezen in conventie kan [appellante] in het hoger beroep niet worden ontvangen, aangezien de vordering in conventie wat haar betreft is afgewezen en zij dan ook in zoverre geen belang heeft bij haar appel. Voor zover hierna de grieven van [appellanten] c.s. worden besproken is dat wat de oorspronkelijke conventie betreft feitelijk dus alleen van belang ten aanzien van [appellant].

## 6 De beoordeling van de grieven en de vordering

**6.1** Grief I is gericht tegen de feitenvaststelling door de rechtbank. Nu het hof zelf de feiten heeft vastgesteld die het voor zijn beslissing van belang acht, hebben [appellanten] c.s. geen belang bij bespreking van deze grief.

**6.2** Grief II is gericht tegen rov. 2.11 van het bestreden eindvonnis. Uit de toelichting blijkt dat de grief in meerdere onderdelen uiteen valt.

**6.3** [appellanten] c.s. klagen in de eerste plaats dat de door de rechtbank benoemde deskundige [E] het dak 18 maanden na beëindiging van de werkzaamheden (17 februari 2012) heeft beoordeeld, dat de situatie toen niet te vergelijken was met die op 17 februari 2012 en dat er in de tussentijd 'kennelijk van alles mee is gebeurd'. Het hof overweegt dat de bevindingen van [E] grotendeels in lijn zijn met die van de door [geïntimeerden] c.s. ingeschakelde partijdeskundigen BTS en Hagendoorn/Houwing waarvan de rapporten (zie rov. 3.13 en 3.16) reeds dateren van betrekkelijk kort na de werkzaamheden, te weten 10 april 2012 respectievelijk 23 mei 2012. Voorts zijn die bevindingen in lijn met de verklaring van [D] d.d. 6 maart 2012 (zie rov. 3.12) en die van de voorzieningenrechter tijdens zijn descende, zoals neergelegd in het kortgedingvonnis van 13 juni 2012 (zie rov. 3.18). Tegen die achtergrond acht het hof het onderhavige bezwaar tegen de bevindingen en conclusies van de door de rechtbank benoemde deskundige onvoldoende gemotiveerd.

**6.4** [appellanten] c.s. klagen voorts dat de rechtbank eraan voorbijgaat dat het werk nog niet was opgeleverd. Ook die klacht faalt, nu uit het rapport van [E] (als bevestigd door genoemde andere bewijsmiddelen) blijkt van structurele

tekortkomingen aan het dak, die niet door herstel (al dan niet in het kader van oplevering) te verhelpen zijn. Hiertegenover staat alleen het (partij)rapport van Goudstikker-De Vries van 29 mei 2012 (zie rov. 3.17), waarvan de conclusie kort gezegd luidt dat het dak in de basis constructief akkoord is en dat herstel kan plaatsvinden. Dit rapport legt evenwel tegenover de veelheid van rapporten waarin wel wordt geconcludeerd tot onherstelbare constructieve tekortkomingen onvoldoende gewicht in de schaal. Het hof merkt daarbij op dat de deskundigheid van die andere deskundigen, en in het bijzonder niet van die van de gerechtelijke deskundige [E], door [appellanten] c.s. niet (gemotiveerd) in twijfel is getrokken.

De conclusie is dan ook dat het werk op 17 februari 2012 zodanige onherstelbare gebreken bevatte dat die niet door oplevering of herstel konden worden weggenomen. Dit betekent tevens dat het betoeg van [appellanten] c.s. dat [geïntimeerden] c.s. door intimidatie/mishandeling [appellant] hebben verhinderd herstel- of opleveringswerkzaamheden uit te voeren en zij daarom in schuldeisersverzuim zijn komen te verkeren geen doel kan treffen, wat er verder zij van dat door [geïntimeerden] c.s. betwiste betoeg. Met die constatering faalt ook grief V, voor zover daarin een beroep wordt gedaan op schuldeisersverzuim.

Ook het gestelde in grief XIII stuit af op het voorgaande. Met deze grief wordt betoegd dat [appellant] zijn werkzaamheden mocht opschorten omdat [geïntimeerden] c.s. hem op 17 februari 2012 te kennen gaven niet meer te zullen gaan betalen. Het hof stelt voorop dat [geïntimeerden] c.s. op die datum nog niet hoefden te betalen, omdat de laatste termijn van de aanneemsom op grond van de gemaakte afspraken pas na oplevering verschuldigd zou zijn. Voor zover [appellanten] c.s. hebben bedoeld dat uit de opmerking van [geïntimeerden] c.s. bleek dat zij sowieso van plan waren hem niets meer te zullen gaan betalen, overweegt het hof dat deze mededeling van [geïntimeerden] c.s. in het licht van het voorgaande als een beroep op opschorting moet worden beschouwd. Nu duidelijk was dat het dak onherstelbare gebreken vertoende waren [geïntimeerden] c.s. immers niet gehouden het op een oplevering en betaling van een laatste termijn aan te laten komen en mochten zij hun verdere betalingsverplichtingen opschorten.

**6.5** Voorts wordt door [appellanten] c.s. aangevoerd dat [appellant] zich voor de vraag hoe de werkzaamheden dienden te worden uitgevoerd niet enkel heeft gebaseerd op telefonische uitlatingen van de leverancier maar ook op de door hem opgevraagde montagevoorschriften en afspraken met [geïntimeerden] c.s.. Dit moge wellicht zo zijn, maar bepalend is of [appellant] conform die montagevoorschriften heeft gewerkt. Uit het rapport van [E] en de andere genoemde bewijsmiddelen blijkt dat dit niet het geval is.

**6.6** Ten slotte stellen [appellanten] c.s. dat [geïntimeerde1] eigen schuld heeft omdat hij de langere platen die [appellant] op maat had kunnen maken heeft achtergehouden en hij de montagevoorschriften en het legplan heeft achtergehouden. Dit laatste volgt het hof niet, nu [appellanten] c.s. zelf stellen dat [appellant] beschikte over de door hem opgevraagde montagevoorschriften (mvg 33). De relevantie van het ter zake door [appellanten] c.s. op dit punt gedane bewijsaanbod valt dan ook niet in te zien. Wat betreft het gestelde achterhouden van lange platen hebben [geïntimeerden] c.s. het volgende verweer gevoerd (MvA 27): *'[appellant] merkt op: 'Om niet aan de onderkant van de platen te hoeven zagen, heeft [appellant] de langere platen van 8.40 meter nodig. Deze opmerking is beledend voor de onzinnigheid van het hele verhaal. Als je langere platen nodig hebt, dan hoef je per definitie niet te zagen. Dat doe je enkel bij te lange platen'*. Mede in het licht van dit verweer is het hof van oordeel dat [appellanten] c.s. niet duidelijk genoeg hebben onderbouwd waarop zij precies doelen en hoe de door hen gestelde omstandigheid zou hebben bijgedragen aan het feit dat een (onherstelbaar) ondeugdelijk dak is gelegd.

**6.7** Grief II faalt aldus in alle onderdelen.

**6.8** Grief III is gericht tegen rov. 2.13 van het eindvonnis. [appellanten] c.s. betogen dat naadvorming op voorhand voor beide partijen vaststond omdat de langste platen een lengte hadden van 8.40 meter en het dak een lengte heeft van 12 meter. Op zich is dat juist en dit wordt ook niet door [geïntimeerden] c.s. bestreden. Het betoog van [appellanten] c.s. gaat voorbij aan de kern van de zaak en dat zijn de door de deskundige vastgestelde structurele tekortkomingen aan het dak. De blote stelling van [appellanten] c.s. in de toelichting op de grief dat [appellant] conform de montagevoorschriften heeft gewerkt acht het hof een onvoldoende gemotiveerde weerspreking van het deskundigenrapport.

**6.9** Met grief IV betogen [appellanten] c.s. dat [geïntimeerden] c.s. zou hebben geweigerd hem toe te staan aan de onderzijde van de platen ter plaatse van de goten zaagwerk te verrichten. Het hof kan [appellanten] c.s. hierin niet volgen, nu de montagevoorschriften voorschrijven dat eerst een plaat rechtsonder moet worden gelegd, dan een plaat rechtsboven enzovoorts. Het zaagwerk geschiedt dan aan de bovenzijde, waar de nokstukken de beschadigingen kunnen afdekken, zoals [geïntimeerden] c.s. hebben gesteld.

**6.10** Grief V houdt allereerst een beroep in op schuldeisersverzuim. Dat deel van

de grief is hiervoor al verworpen, bij de bespreking van grief II.

Voorts wordt in de toelichting op de grief betoogd dat indien het werk wordt beoordeeld alsof [appellant] heeft opgeleverd, [appellant] in de feitelijke situatie moet worden gebracht alsof hij opgeleverd zou hebben en vervolgens de schadevergoeding moet worden bepaald. Ter zitting van het hof heeft de advocaat van [appellanten] c.s. dit betoog verduidelijkt en aangegeven dat de laatste termijn van de aanneemsom ad € 4.896,- (zie rov. 3.7) in mindering dient te komen op het toegewezen bedrag.

**6.11** Het hof overweegt als volgt. [geïntimeerden] c.s. heeft de overeenkomst ontbonden, wat is gehonoreerd door de rechtbank, en hij heeft daarnaast schadevergoeding gevorderd. Die schade ziet op onder meer de kosten van, kort gezegd, het slopen van het dak en het aanbrengen van een nieuw dak. De grondslag daarvoor moet worden gezocht in artikel 6:277 BW. De verschuldigde schadevergoeding wordt gevonden door vergelijking van twee denkbare vermogensposities: (i) enerzijds die welke zou zijn voortgevloeid uit een in alle opzichten onberispelijke nakoming, (ii) anderzijds die zou resulteren uit een ontbinding zonder schadevergoeding, na afwikkeling van de daaruit voortvloeiende restitutieverbindingen. In het eerste geval zouden [geïntimeerden] c.s. een nieuw dak hebben gehad maar wel de aanneemsom aan [appellant] hebben moeten voldoen. In het tweede geval zouden [geïntimeerden] c.s. de aanneemsom terug ontvangen, het voor hen waardeloze dak aan [appellant] hebben moeten teruggeven en geen nieuw dak hebben. Dit brengt mee dat de ontbindingsschade bestaat uit de kosten van een nieuw dak (zoals was overeengekomen) plus de kosten van het slopen van het voor [geïntimeerden] c.s. waardeloze dak minus de volledige aanneemsom die [geïntimeerden] c.s. aan [appellant] had dienen te voldoen in het geval [appellant] de overeenkomst onberispelijk was nagekomen. Dat heeft zich in dit geval klaarblijkelijk in die zin praktisch opgelost dat [appellant] niet is aangesproken tot restitutie van de aan hem betaalde aanneemsom maar wel tot betaling van de volledige kosten van sloop en die van een nieuw dak. Het resultaat is per saldo hetzelfde, doch dan dient wel van de *volledige* aanneemsom te worden uitgegaan. In zoverre slaagt de grief. Het hof zal het bedrag van € 4.816,- in mindering brengen op het toegewezen bedrag. Het hof merkt volledigheidshalve op dat het onderhavige betoog van [appellanten] c.s. is beperkt tot genoemde factuur en niet de facturen genoemd in rov. 3.8 en 3.15.

**6.12** De grievens VI en IX hebben betrekking op de klossen en lenen zich voor gemeenschappelijke behandeling. Betoogd wordt dat de deskundige niet zou hebben geoordeeld dat de klossen ondeugdelijk zouden zijn. Het hof kan

[appellanten] c.s. hierin niet volgen, gelet op de navolgende passages uit het deskundigenrapport:

‘Deze klosconstructie is constructief beduidend slechter dan de voorgestelde klossen...’, ‘De aangebrachte constructie is weinig deugdelijk’ en ‘De klosconstructie is op meerdere plaatsen ronduit ondeugdelijk te noemen.’

Voor zover [appellant] nog hebben aangevoerd dat de deskundige eerst 18 maanden na dato is gaan kijken, verwijst het hof naar wat bij grief II is overwogen.

**6.13** Met grief VII klagen [appellanten] c.s. over de toewijzing door de rechtbank van een aantal ‘overige schadeposten’, te weten:

- kosten bankgarantie € 100,-
- rijplaten € 855,-
- zelfrijdende schaarhoogwerker € 3.400,-.

[appellanten] c.s. betwisten dat [geïntimeerden] c.s. kosten voor een bankgarantie heeft gemaakt. [geïntimeerden] c.s. heeft hierop niet gereageerd, zodat het hof deze schadepost als onvoldoende onderbouwd zal afwijzen. In zoverre slaagt de grief.

Ten aanzien van de rijplaten hebben [appellanten] c.s. betoogd dat deze gratis door een buurman van [geïntimeerden] c.s. ter beschikking zijn gesteld en [geïntimeerden] c.s. daar derhalve geen kosten voor hebben gemaakt. [geïntimeerden] c.s. hebben dit betwist en aangevoerd dat [appellant] de rijplaten heeft aangeleverd (al dan niet door die van een buurman van [geïntimeerden] c.s. te betrekken) en dat de prijs daarvoor in de aanneemsom was begrepen. Het hof overweegt dat niet relevant is of [geïntimeerden] c.s. de rijplaten gratis van een buurman in gebruik had toen [appellant] het werk uitvoerde. Het gaat erom dat de schade bestaat uit de kosten van het slopen en opnieuw aanbrengen van een dak. Tot die kosten, berekend naar objectieve maatstaven, behoren de kosten voor rijplaten en is niet van belang of [geïntimeerden] c.s. (opnieuw) de mogelijkheid heeft ergens gratis rijplaten in gebruik te krijgen. [appellanten] c.s. betogen dat de werkzaamheden konden worden uitgevoerd met de manitou verreiker van [appellant] en dat daar geen zelfrijdende schaarhoogwerker voor nodig was. [geïntimeerden] c.s. hebben dat betwist. Wie hier gelijk heeft, kan in het midden blijven. Het enkele feit dat de werkzaamheden mogelijk ook goed met een manitou kunnen worden uitgevoerd, betekent niet dat de kosten die de deskundige voor de inzet van een schaarhoogwerker heeft begroot in redelijkheid niet tot de schade behoren, te meer nu [appellanten] c.s. niet hebben gesteld dat en in hoeverre de inzet van een manitou tot lagere kosten zou leiden. Voor zover zij mochten hebben bedoeld dat bij het opnieuw uitvoeren van de werkzaamheden de eigen manitou van [appellant] gratis had kunnen worden gebruikt, ziet dit eraan voorbij dat de schade wordt begroot op basis van de objectieve kosten van herstel.

**6.14** Met grief VIII klagen [appellanten] c.s. dat de rechtbank [appellant] verantwoordelijk houdt voor maatvoering. [appellanten] c.s. wijzen erop dat het ‘inmeten’ van het dak niet behoorde tot de met [appellant] overeengekomen werkzaamheden. Met [geïntimeerden] c.s. is het hof van oordeel dat de grief berust op een verkeerde lezing van het vonnis, nu de rechtbank hier niet het oog heeft op inmeten maar op het op correcte wijze passend maken van de platen tijdens het werk.

Grief X heeft betrekking op de door [appellant] aangebrachte gordingen. [appellanten] c.s. betogen het volgende. De gordingsafstand moest circa 2 meter zijn. Die afstand heeft het dak bij de eerste helft ook. Bij de tweede helft is de afstand zelfs nog minder. Goudstikker-De Vries heeft vele berekeningen gemaakt waaruit is gebleken dat de gordingsafstand in relatie met de overspanningstabel overall goed is. Ook de deskundige [E] heeft verklaard (zie pagina 5 van het zijn rapport) dat slechts op een paar plaatsen de gordingsafstand te groot is maar dat dit constructief geen probleem vormt. De rechtbank heeft aldus ten onrechte de kosten voor het opnieuw aanbrengen van de gordingen aan [appellant] toegerekend.

**6.15** Het hof kan [appellanten] c.s. hierin niet volgen. De deskundige [E] heeft (onder D van zijn rapport) geconstateerd dat ten dele is afgeweken van de voorgeschreven gordingenmaat van 45 x 75 mm, dat sommige gordingen bestaan uit op elkaar geschroefde delen en dat de gordingen op verschillende hart-op-hart afstanden zijn geplaatst waardoor de schroeven aan de buitenzijde min meer willekeurig in het plaatwerk vallen. Weliswaar leidt een en ander niet tot constructieve problemen, maar visueel is sprake van onverzorgd en amateuristisch werk, aldus de deskundige. Onder H heeft hij daaraan toegevoegd dat de gordingsafstand in relatie met de overspanningstabel en de juiste plaatsing van de dakpanplaatschroeven een gebrek oplevert. Het gaat er dus niet om of de gordingsafstanden constructief niet tot problemen leiden (zoals [appellanten] c.s. betogen) maar dat de gordingen om andere, hiervoor beschreven, redenen niet voldoen aan de eisen van deugdelijk werk. De grief faalt.

**6.16** Grief XII houdt in dat de rechtbank ten onrechte zowel de kosten voor het aanbrengen van kit als die voor het aanbrengen van butylband heeft toegewezen. [appellanten] c.s. wijzen erop dat in het rapport van [E] rekening is gehouden met beide opties. De rechtbank had daaruit volgens hem een keuze moeten maken. Wat [appellanten] c.s. betreft had dat butylband dienen te zijn. Het hof overweegt dat [appellanten] c.s. het rapport van [E] blijkbaar zo lezen dat ofwel van kit ofwel van butylband gebruikt moet worden gemaakt. Het hof leest het rapport (in navolging van [geïntimeer-

den] c.s.) echter zo dat daar waar kit nodig is, kit moet worden gebruikt en daar waar butylband is aangewezen, butylband moet worden gebruikt. Daarom zijn beide kostenposten opgenomen. De grief faalt.

**6.17** Grief XIV mist naast de andere grieven zelfstandige betekenis en behoeft daarom geen bespreking.

**6.18** Met grief XV klagen [appellanten] c.s. over het oordeel van de rechtbank (in oorspronkelijk reconventie) dat [geïntimeerden] c.s. niet gehouden zijn de meerwerkfactuur te voldoen. In de toelichting op deze grief herhalen [appellanten] c.s. hun betoog dat de werkzaamheden van [appellant] niet zijn afgerond, dat [appellant] nimmer heeft aangegeven dat het werk gereed is om te worden opgeleverd, dat [appellant] niet in verzuim is geraakt en dat het daarom prematuur is om te stellen dat [appellant] wanprestatie heeft geleverd. Dit betoog stuit in al zijn onderdelen af op hetgeen hiervoor is overwogen. Andere gronden voor toewijzing van het (overigens betwiste) meerwerk zijn niet aangevoerd (zie ook het slot van rov. 6.11). De grief faalt.

**6.19** Met grief XVI betogen [appellanten] c.s. dat [appellant] een extreem lage aanneemsom heeft geoffreerd en [geïntimeerden] c.s. de lat hoog heeft gelegd. [geïntimeerden] c.s. mochten voor dit bedrag niet meer verwachten dan zij hebben gekregen, aldus [appellanten] c.s. Het hof volgt [appellanten] c.s. niet in dat betoog. [appellant] afficheert zichzelf als aannemer/bouwbedrijf. Een opdrachtgever mag van een aannemer in beginsel deugdelijk werk verwachten. In de omstandigheden van het geval ziet het hof geen reden voor het maken van een uitzondering op dit uitgangspunt. De (te bewijzen aangeboden) stelling dat [geïntimeerden] c.s. geen montagevoorschriften verstrekten en platen met verkeerde afmetingen sneuvelen op hetgeen daarvoor hiervoor is beslist.

**6.20** Grief XVII is een veegrief en mist daarmee zelfstandige betekenis.

**6.21** Voor zover de bewijsaanbiedingen die [appellanten] c.s. hebben geformuleerd aan het slot van hun memorie van antwoord (MvA 71) al niet hiervoor zijn gepasseerd, overweegt het hof, onder verwijzing naar al het voorgaande, dat hetgeen door [appellant] ten bewijze wordt aangeboden niet ter zake dienende is.

## 7 De slotsom

**7.1** [appellante] is niet-ontvankelijk in het hoger beroep voor zover dat is gericht tegen de in oorspronkelijk conventie gewezen vonnissen. Voor het overige falen de grieven, behoudens delen van grief V en grief VII. Het slagen van die grieven

leidt tot een gedeeltelijke vernietiging van het eindvonnis en een correctie op het door de rechtbank toegewezen bedrag van € 4.916,-. (€ 4.816,-, restant aanneemsom plus € 100,- bankgarantie.) Dit leidt tot een toewijsbaar bedrag van in hoofdsom € 102.768,23. Nu [appellant] reeds uitvoering heeft gegeven aan het eindvonnis in eerste aanleg, heeft hij aanspraak op restitutie van € 4.916,-, te vermeerderen met wettelijke rente. Voor het overige zullen het eindvonnis en het vonnis van 1 mei 2013 worden bekrachtigd (inclusief de proceskostenveroordeling in conventie van [appellant] nu hij de grotendeels in het ongelijk gestelde partij blijft). (Enz., enz., Red.)

## NOOT

### Inleiding

**1.** In onderhavige noot worden twee verweren uitgelicht die normaal weinig aandacht behoeven. In het onderhavige geschil worden de twee verweren echter met een twist behandeld door het hof, zodat een bespreking gerechtvaardigd is. Het betreft ten eerste het verweer dat de aannemer het werk mocht opschorten omdat zijn opdrachtgever hem had medegedeeld dat er niet betaald zou gaan worden. Het tweede verweer betreft de stelling van de aannemer dat hij de werkzaamheden heeft uitgevoerd conform de afspraken met de opdrachtgever. Tevens worden enkele opmerkingen gemaakt over de schadevergoeding die toegewezen wordt. Na de uiteenzetting van de casus wordt evenwel eerst ingezoomd op de norm van het verrichten van goed en deugdelijk werk.

### Casus

**2.** Opdrachtgevers zijn eigenaar van een woonboerderij en willen het dak laten renoveren. Aannemer neemt deze verplichting op zich. Op het dak moeten dakpanplaten aangebracht worden. De aanneemsom voor de renovatie van het dak van de woonboerderij bedraagt € 40.416,24 inclusief btw. Reeds tijdens de uitvoering ontstaan er twijfels over de kwaliteit van de uitvoering en vindt er onderzoek door een deskundige plaats. Aannemer zegt toe de herstel- c.q. aanpassingswerkzaamheden zoals genoemd door deze deskundige uit te voeren. Nadien legt aannemer op enig moment zijn werkzaamheden stil, omdat hij meent begrepen te hebben dat opdrachtgevers hem niets meer zullen gaan betalen. Aan de sommatie om het werk weer te hervatten geeft aannemer geen gehoor.

**3.** Opdrachtgevers betalen inderdaad niet en wenden zich tot de leverancier van de dakpanplaten. Deze verricht onderzoek en komt tot de conclusie dat het dak niet goed en vakkundig is gelegd. Aansluitend laten opdrachtgevers door een andere deskundige een uitgebreid rapport opstellen. Dit rapport is eveneens vernietigend over het werk van aannemer.

Opdrachtgevers ontbinden de overeenkomst met aannemer en vorderen daarbij schadevergoeding. Aansluitend laten opdrachtgevers nog een onderzoek door weer een an-



dere deskundige verrichten. Deze deskundige is van oordeel dat herstel niet mogelijk is. Het dak zal vervangen moeten worden. Hij begroot de kosten hiervan op € 172.550,00 inclusief btw.

**4.** Aannemer heeft een rechtsbijstandverzekering. Deze verzekering laat door een deskundige eveneens onderzoek verrichten. De bevindingen van deze deskundige zijn een stuk milder dan de overige deskundigen. De deskundige die is ingeschakeld door de rechtsbijstand van de aannemer vermeldt dat de zaken die nog aangepakt moeten worden slechts verbeterpunten zijn die normaliter bij een vooroplevering naar boven komen. Deze gebreken kunnen hersteld worden voor de definitieve oplevering, aldus deze deskundige.

**5.** Partijen voeren vervolgens een kort geding. De rechter in kort geding houdt een descepte. Zijn oordeel over het verrichte werk is negatief, zo niet vernietigend. Het vonnis in kort geding van deze rechter wordt evenwel vernietigd in hoger beroep.

**6.** Partijen belanden in een bodemprocedure. De rechtbank benoemt een deskundige en deze verricht onderzoek. Deze deskundige is eveneens niet positief over het werk van aannemer. Deze deskundige schrijft onder andere dat hij het onverantwoord acht om het dak verder af te maken gezien de slechte conditie waarin het tot nu toe aangebrachte werk verkeert.<sup>2</sup> Verder vermeldt deze door de rechtbank benoemde deskundige dat de geconstateerde gebreken niet anders hersteld kunnen worden dan door volledige vervanging van de dakplaten en de onderconstructie.<sup>3</sup> De deskundige begroot de kosten van complete vervanging op € 114.350,00 inclusief btw.

**7.** Na kennisneming van dit deskundigenbericht is de rechter in eerste aanleg tot een oordeel gekomen. De rechter in eerste aanleg oordeelt dat opdrachtgevers gerechtigd waren de overeenkomst met aannemer te ontbinden. Tevens wordt de aannemer veroordeeld tot betaling van € 107.684,23. Aangezien de aannemer het werk heeft aangenomen voor een bedrag van € 40.416,24, is de schadevergoeding die aannemer moet betalen aan opdrachtgevers een fors bedrag. Het betreft 2½ à 3 maal de aanneemsom; zijnde een veelvoud.

**8.** Aannemer kan zich niet verenigen met dit oordeel en gaat in hoger beroep. Het arrest dat gewezen wordt, is het onderwerp van deze noot. In hoger beroep blijft het oordeel van de rechtbank grofweg gezien intact. Het hof acht dat het onderzoek, dat aan de zijde van aannemer is verricht in opdracht van diens rechtsbijstandverzekering, onvoldoende gewicht in de schaal legt tegenover de veelheid van rapporten waarin wel geconcludeerd wordt dat er onherstelbare constructieve tekortkomingen zijn.

## Volledige ontbinding

**9.** In het onderhavige geschil heeft aannemer dusdanige slecht werk afgeleverd dat slechts volledige sloop en opnieuw beginnen een oplossing biedt. Het gebeurt niet vaak dat een overeenkomst van aanneming van werk volledig ontbonden wordt nadat er substantieel werkzaamheden zijn uitgevoerd. Aannemer wordt uiteindelijk veroordeeld tot vergoeding van de volledige schade van opdrachtgevers. Het betreft een veelvoud van de oorspronkelijke aanneemsom. Hoewel de beslissing van het hof in overeenstemming is met het rechtsgevoel, verdienen enkele overwegingen van het hof nadere aandacht.

## Goed en deugdelijk werk

**10.** Aannemer betoogt dat hij het werk heeft aangenomen voor een extreem lage aanneemsom. Vanwege het offeren van deze extreem lage aanneemsom leggen opdrachtgevers de lat te hoog, aldus aannemer. Opdrachtgevers mochten naar de mening van aannemer voor dit bedrag niet meer verwachten dan zij hebben gekregen.

**11.** Met deze stelling maakt het gerechtshof korte metten. Een opdrachtgever mag van een aannemer *in beginsel* deugdelijk werk verwachten.<sup>4</sup> Dat aannemer een (extreem) lage aanneemsom is overeengekomen met opdrachtgevers is niet van belang.

**12.** Met enige verbazing kan gekeken worden naar toevoeging van het hof dat *in beginsel* deugdelijk werk verwacht mag worden. Agevraagd kan worden wat de reden is voor het hof om een dergelijke nuancering aan te brengen. Normaliter maakt de verplichting tot het leveren van goed en deugdelijk werk als verbintenis onderdeel uit van de aannemingsovereenkomst.<sup>5</sup> De eisen van goed en deugdelijk werk gelden als een minimumkwaliteitsnorm.<sup>6</sup> Het hof brengt evenwel een nuancering aan met de woorden 'in beginsel'. Het is niet duidelijk waarom het hof dit doet. Mogelijk dat het hof deze nuancering heeft gebruikt om geen onvoorwaardelijke uitspraak te doen op dit onderdeel, zonder direct zelf een uitzondering voor ogen te hebben. Een uitzondering op de verplichting van de aannemer om goed en deugdelijk werk te verrichten is niet eenvoudig te bedenken. De verplichting van de aannemer wordt immers ingevuld door de omstandigheden van het geval. Het is een kwestie van uitleg van de aannemingsovereenkomst.<sup>7</sup> De eisen van goed en deugdelijk werk zijn een relatieve norm en geen absolute norm.<sup>8</sup>

**13.** Daarbij dient niet uit het oog verloren te worden dat de aannemer enkel zijn werkzaamheden goed en deugdelijk dient te verrichten. Werkzaamheden die hij niet

<sup>4</sup> Rechtsoverweging 6.19.

<sup>5</sup> S.J.H. Rutten, 'De eisen van goed en deugdelijk werk', *TBR* 2012/28, p. 146.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 146.

<sup>7</sup> C.E.C. Jansen, *Aanneming van werk* (Mon. BW. B84), Deventer: Kluwer 2013, nr. 16, p. 20.

<sup>8</sup> Rutten, p. 148.

<sup>2</sup> Rechtsoverweging 3.19, beantwoording vraag 3.

<sup>3</sup> Rechtsoverweging 3.19, beantwoording vraag 1.

heeft aangenomen, hoeft hij niet te doen. Als de aannemer slechts een deel van het geheel uitvoert, dan kan het best zo zijn dat het geheel niet goed en deugdelijk is terwijl het deel van aannemer wel goed en deugdelijk is uitgevoerd.<sup>9</sup> Dit evenzo als de aannemer zich slechts heeft verbonden tot uitvoering van een ontwerp dat afkomstig is van de zijde van de opdrachtgever. De aannemer is in dit geval niet gehouden tot het verwezenlijken van een goed en deugdelijk bouwwerk als zodanig, maar tot het zorgvuldig uitvoeren van het werk.<sup>10</sup> De werkzaamheden die de aannemer verricht, dient hij goed en deugdelijk te verrichten. Wat de aannemer doet, dat moet hij goed doen. Mijns inziens lijkt er geen reden te zijn voor de nuancering dat een aannemer slechts in beginsel goed en deugdelijk werk behoeft af te leveren, zoals door het hof aangebracht.

### Opschorting vanwege aankondiging niet-betaling

**14.** Op 17 februari 2012 heeft aannemer het werk stilgelegd, omdat hij meende van opdrachtgevers te hebben begrepen dat hij niet meer betaald ging krijgen.<sup>11</sup>

**15.** Een partij heeft de bevoegdheid om de nakoming van zijn verbintenis op te schorten indien hij uit een mededeling van de andere partij moet afleiden dat deze in de nakoming zal tekortschieten.<sup>12</sup> Er hoeft niet (meer) gepresteerd te worden als de ander niet zal gaan presteren. Deze regel geldt voor de partij die als eerste moet presteren. Deze zal zijn verbintenis in het algemeen nakomen in de verwachting dat er nadien door de andere partij ook nagekomen gaat worden. Het is niet meer dan redelijk<sup>13</sup> dat deze eerst presterende partij mag opschorten als afdoende vaststaat dat deze andere partij niet zal gaan nakomen. De schuldenaar mag zijn nakoming opschorten, hoewel zijn tegenvordering nog niet opeisbaar is.<sup>14</sup> Het hof volgt evenwel niet deze lijn, dat een partij de bevoegdheid heeft om de nakoming van zijn verbintenis op te schorten indien hij uit een mededeling van de andere partij moet afleiden dat deze in de nakoming zal tekortschieten.

**16.** Aannemer stelt dat opdrachtgevers hem te kennen hebben gegeven niet meer te zullen betalen. Uit de betreffende rechtsoverweging 6.4 blijkt niet dat opdrachtgevers betwist hebben een dergelijke mededeling gedaan te hebben. Normaliter zou daarmee de terechtheid van het recht van opschorting zijdens aannemer vaststaan. Het hof volgt deze lijn echter niet. Het hof gaat de mededeling van opdrachtgevers uitleggen. Het hof ziet de mededeling van opdrachtgevers dat zij niet gaan betalen in het licht dat het duidelijk was dat het dak onherstelbare gebreken vertoonde. Opdrachtgevers waren daarom niet gehouden om de laatste termijn te voldoen. Het dak was immers onherstel-

baar. Zij mochten hun toekomstige betalingsverplichtingen opschorten, aldus het hof.

**17.** De normale gang van zaken is dat een opschorting gerechtvaardigd is indien uit de mededeling van de andere partij afgeleid moet worden dat deze in de nakoming tekort zal schieten. Het hof wijkt van deze normale gang af. Gelet op het zeer povere resultaat dat de aannemer neer aan het zetten was, is deze beslissing hoewel onzuiver wel te begrijpen.

### Afwijken opdracht

**18.** Aannemer beroept zich erop dat hij de werkzaamheden heeft uitgevoerd conform de afspraken met opdrachtgevers. Aan dit verweer<sup>15</sup> gaat het hof voorbij. Overwogen wordt zonder enig voorbehoud dat bepalend is of aannemer conform de montagevoorschriften heeft gewerkt.

Afgevraagd kan worden of dit niet iets te kortaf is. Als een opdrachtgever een duidelijke opdracht geeft, staat het aannemer niet vrij om in afwijking van deze opdracht de werkzaamheden uit te voeren. Stel bijvoorbeeld dat een opdrachtgever opdracht geeft een muur rood te schilderen, dan mag de aannemer niet de muur groen schilderen. Dit is niet anders voor het geval de opdrachtgever opdracht geeft om af te wijken van de montagevoorschriften. Bijvoorbeeld als in het montagevoorschrift is opgenomen dat iedere 60 cm een schroef aangebracht moet worden, maar de opdrachtgever opdracht geeft om dit iedere 20 cm te doen, zal de aannemer dit gewoon dienen op te volgen.

Het kan zijn dat in een dergelijk geval op de aannemer een plicht rust om te verifiëren of de opdrachtgevers inderdaad bedoelen dat niet volgens de montagevoorschriften gewerkt wordt. Waarschijnlijk zal de aannemer de opdrachtgever op deze afwijking moeten wijzen. Afhankelijk van de ernst van de gevolgen zal de voorlichting van aannemer nadrukkelijker dienen te zijn. Mogelijk moet aannemer zelfs schriftelijk waarschuwen. In uitzonderlijke gevallen zal de aannemer de opdracht van opdrachtgevers zelfs niet mogen opvolgen en de uitvoering moeten weigeren.<sup>16</sup>

Het oordeel van het hof gaat echter verder dan de vraag of een aannemer een opdracht mag uitvoeren als deze in strijd is met de montagevoorschriften. Het oordeel van het hof komt erop neer dat een aannemer niet in strijd met de montagevoorschriften mag werken; de aannemer moet de montagevoorschriften volgen, ook als de opdrachtgever anders opdraagt.

**19.** Gezien de wijze van uitvoeren door aannemer, zoals die blijkt uit de diverse deskundigenberichten en de waarnemingen van de voorzieningenrechter, kan overigens moeilijk voorgesteld worden dat een opdrachtgever hiervoor opdracht gegeven heeft. Dat het hof het verweer van aannemer, dat hij de werkzaamheden heeft uitgevoerd conform de afspraken met opdrachtgevers, ter zake niet hono-

<sup>9</sup> Een eventuele waarschuwingsplicht wordt hier buiten beschouwing gelaten.

<sup>10</sup> Asser/*Van den Berg* 7-VI, Deventer: Kluwer 2017, nr. 86.

<sup>11</sup> Rechtsoverweging 3.8.

<sup>12</sup> Art. 6:52-1 jo. art. 6:80-1b BW.

<sup>13</sup> Zie ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 998-999.

<sup>14</sup> C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Mon. BW B32b), Deventer: Kluwer 2013, nr. 9.2.

<sup>15</sup> Rechtsoverweging 6.5.

<sup>16</sup> W.J.M. Herber, annotatie bij: RvA 22 mei 2017, No. 72.070, TBR 2018/10, p. 81.

reert, is dan ook niet vreemd. Wel kan een vraagteken gezet worden bij de manier waarop.

### Omvang schadevergoeding

**20.** Tot slot komt het hof toe aan de omvang van de toe te wijzen schadevergoeding. Opdrachtgevers hebben de overeenkomst geheel ontbonden. Aannemer heeft daarom de verplichting de schade te vergoeden die opdrachtgevers lijden. Het hof geeft de route naar de omvang van de schadevergoeding duidelijk weer. Er moeten twee vermogensposities vergeleken worden. Ten eerste de positie dat aannemer onberispelijk zou zijn nagekomen. In dat geval hebben opdrachtgevers een nieuw dak en hebben zij de aanneemsom ad € 40.416,24 betaald aan aannemer. De tweede positie is een ontbinding zonder schadevergoeding, waarbij beide partijen voldaan hebben aan hun restitutieplichtingen. Hetgeen opdrachtgevers betaald hebben, krijgen zij terug en de prestatie van aannemer wordt eveneens ongedaan gemaakt. Het financiële verschil tussen deze twee situaties is het bedrag dat aannemer aan opdrachtgevers dient te betalen vanwege de ontbinding. Dit bedrag, de ontbindingsschade, bestaat uit de kosten van een nieuw dak te vermeerderen met de kosten van het slopen van het door aannemer gerealiseerde werk (aangezien dat waardeloos is) te verminderen met de aanneemsom. Deze berekening bewerkstelligt dat opdrachtgevers een nieuw dak krijgen tegen betaling van de overeengekomen aanneemsom. Opdrachtgevers krijgen niets meer, maar ook niet minder.<sup>17</sup> De opdrachtgevers worden op deze manier in de toestand gebracht waarin zij zich zouden bevinden indien de wanprestatie van aannemer niet had plaatsgehad.<sup>18</sup>

**21.** Bij het begroten van de aan opdrachtgevers toe te kennen schadevergoeding, begroot het hof de kosten naar objectieve maatstaven.<sup>19</sup> Dit is de zogenaemde

abstracte wijze van schadevaststelling.<sup>20</sup> Bij deze wijze van begroten wordt geabstraheerd van de concrete situatie. De bijzonderheden van het specifieke geval worden niet meegenomen. Gekeken wordt hoe groot de schade is die normaliter geleden wordt in deze situatie. De keuze van het hof voor de schadebegroting naar objectieve wijze is opvallend te noemen. Deze methodiek is namelijk niet het uitgangspunt. Het uitgangspunt bij het vaststellen van schade is de concrete schadebegroting. Bij de concrete schadebegroting wordt rekening gehouden met alle bijzondere omstandigheden van het geval. Deze methodiek is afgestemd op het feitelijk ondervonden nadeel.<sup>21</sup> De concrete schadebegroting doet meer recht aan de specifieke situatie dan de objectieve schadebegroting.

**22.** De door het hof gehanteerde objectieve berekeningswijze is de uitzondering.<sup>22</sup> Het hof laat zich niet uit over de reden van deze keuze. Waarschijnlijk is de reden te vinden in de doelmatigheid. Het betoog van aannemer betreft namelijk slechts twee posten van, in verhouding, beperkte financiële omvang.<sup>23</sup> Door de schade te begroten aan de hand van objectieve maatstaven, behoeft er niet naar de concrete situatie gekeken te worden. Dit is een praktische benadering van het hof.

### Slot

**23.** Een aannemer levert een povere prestatie. Opdrachtgevers schorten eerst de werkzaamheden op en nadien ontbinden ze. Bij enkele overwegingen van het hof kunnen vraagtekens gezet worden. De veroordeling van de aannemer tot vergoeding van de schade lijkt echter volledig in overeenstemming met het rechtvaardigheidsgevoel. Opdrachtgevers krijgen uiteindelijk het resultaat dat overeengekomen was.

F.M. van Cassel - van Zeeland

<sup>17</sup> Dit is de juridische fictie. Veelal wordt de partij die ontbindt toch slechter van de wanprestatie van de andere partij. Men denke alleen al aan alle tijd die benodigd is in het kader van de wanprestatie en ontbinding. Tijd die normaliter op een andere wijze besteed zou worden.

<sup>18</sup> Zie ook nader Asser/Sieburgh 6-II, Deventer Kluwer: 2017, nr. 31.

<sup>19</sup> Rechtsoverweging 6.13.

<sup>20</sup> Asser/Sieburgh 6-II 2017/35.

<sup>21</sup> Asser/Hijma 7-I\*, Deventer: Kluwer 2013, nr.480.

<sup>22</sup> C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2* (Mon. BW. B35) Deventer: Kluwer 2017, nr. 10.1 en W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 679, p. 418.

<sup>23</sup> Het betreft twee zaken. Ten eerste de huur van rijplaten ad € 855, die opdrachtgevers tijdens het werk gratis konden lenen van de buurman en mogelijk wederom gratis kunnen lenen van iemand. Ten tweede het gebruik van een zelfrijdende schaarhoogwerker ad € 3.400, waarvan aannemer kennelijk de stelling heeft ingenomen dat opdrachtgevers in plaats van een schaarhoogwerker ook een manitou kunnen gebruiken die zij van hem gratis kunnen gebruiken.

## TBR 2018/49

**Rechtbank Midden-Nederland, 4 oktober 2017, zaaknr. C/16/444577 / KG ZA 17-605, ECLI:NL:RBMNE:2017:5006 (Verlenging looptijd raamovereenkomst een wezenlijke wijziging?)**

(Mr. J.M. Willems)

**Aanbestedingswet 2012 (oud): art. 3.34; Aanbestedingswet 2012 : art. 2.163a-2.163g, art. 3:80d, art. 4.15, art. 4.16; Aanbestedingsreglement nutssectoren 2013**

Raamovereenkomst. Ex ante bekendmaking. Verlenging. Minitenders. Wezenlijke wijziging

**Met gastnoot J.H.J. Bax, Red.<sup>1</sup>**

## 2 De feiten

**2.1.** ProRail heeft op 16 december 2013 een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure in de zin van artikel 3.34 Aanbestedingswet 2012 (oud) en hoofdstuk IIIB van het Aanbestedingsreglement nutssectoren 2013 gepubliceerd. Het onderwerp van deze aanbesteding betrof - kort samengevat - het oprichten van een zogeheten TunnelAlliantie door middel van het aangaan van een raamovereenkomst met verschillende ondernemingen voor de duur van vier jaar ten behoeve van het ontwerpen en realiseren van tunnelonderdoorgangen onder het spoor. De ondernemingen die deel uitmaken van de TunnelAlliantie zouden gedurende de looptijd van de raamovereenkomst met uitsluiting van andere ondernemingen het recht hebben om via minitenders mee te dingen naar deelopdrachten voor het ontwerpen en de realisering van tunnelonderdoorgangen.

**2.2.** ProRail heeft ten behoeve van deze aanbestedingsprocedure een Selectieleidraad uitgebracht. Hierin wordt onder meer het volgende vermeld:

### **2.3 Scope van de raamovereenkomst**

(...)

#### **Scopedefinitie**

*Om de beoogde voordelen van de TunnelAlliantie optimaal te benutten, is het zaak om zo veel mogelijk onderdoorgangen binnen de TunnelAlliantie te realiseren gedurende de looptijd van de raamovereenkomst. Soms is het echter niet mogelijk of wenselijk om een project in de TunnelAlliantie mee te nemen. Bijvoorbeeld wanneer een project zodanig uniek is, dat de gestandaardiseerde processen van de TA averechts werken (een project werkt dan als 'zand in de motor'). ProRail heeft besloten om in principe alle onderdoorgang projecten binnen de raamovereenkomst aan te besteden, tenzij dit aantoonbaar niet kan of niet wenselijk is (JA, TENZIJ).*

(...)

#### *Prognose omvang raamovereenkomst*

*De omvang van de raamovereenkomst is afhankelijk van het werkpakket aan projecten dat gedurende de looptijd van 4 jaar gegund kan worden. Dit aantal kan ProRail op voorhand moeilijk vaststellen. ProRail is daarbij afhankelijk van de initiatieven en besluitvorming van de Opdrachtgevers. Ook de waarde per project verschilt, afhankelijk van de scope en specifieke omstandigheden. Daardoor kan ProRail geen prognose van het aantal projecten per jaar en de waarde van de raamovereenkomst geven.*

*Ondanks deze onzekerheid wil ProRail deze raamovereenkomst in de markt zetten. ProRail verwacht dat met de aanpak binnen de TunnelAlliantie een impuls gegeven kan worden aan de realisatie van onderdoorgangen. Deze verwachting is gebaseerd op gesprekken met een aantal gemeenten. ProRail benadrukt echter dat zij geen garanties kan geven over het aantal binnen de raamovereenkomst aan te besteden projecten.*

(...)

*Ten behoeve van het bepalen van de selectiecriteria heeft ProRail gekeken naar de onderdoorgangprojecten die de afgelopen jaren zijn gerealiseerd. Uit dit onderzoek is gebleken dat er de afgelopen jaren gemiddeld 5 à 6 onderdoorgangen zijn gerealiseerd.<sup>2</sup>*

**2.3.** Op 3 juni 2014 heeft ProRail de 1e Nota van Inlichtingen (hierna: NvI) gepubliceerd. Onder nummer 13 is door een van de inschrijvers de volgende vraag gesteld:

*'Voor een goede invulling van de Tunnelalliantie is het erg belangrijk een indruk te hebben van de te verwachten omzet. Kan Prorail een indicatie geven van de te verwachten omzet cq aantal projecten voor de periode van de raamovereenkomst?'*

ProRail heeft hierop het volgende antwoord gegeven:

*'ProRail geeft geen omzetgarantie. Zoals aangegeven in de startbijeekomst betreffen de projecten omgevingswerken. Een derde is derhalve financier. De projectenstroom is afhankelijk van vele aspecten zoals bijvoorbeeld subsidiestroom of gebiedsontwikkeling. We hebben nu zicht op ca. 20 projecten met ca. 160 mio omzet.'*

**2.4.** [eiseres] heeft eind 2014 ingeschreven op deze aanbestedingsprocedure, maar is niet voor de raamovereenkomst in aanmerking gekomen. ProRail heeft haar op 18 december 2014 meegedeeld dat zij voornemens is de opdracht voorlopig aan vijf andere ondernemingen te gunnen, omdat zij de economisch meest voordelige aanbieding hebben gedaan. [eiseres] heeft tegen deze beslissing bezwaar aangetekend bij het Klachtenmeldpunt van ProRail. Dit bezwaar is ongegrond verklaard en [eiseres] heeft zich vervolgens bij de voorlopige gunningsbeslissing neergelegd.

<sup>1</sup> Joris Bax is advocaat bij BarentsKrans te Den Haag.

**2.5.** ProRail heeft op 2 april 2015 met de vijf ondernemingen (hierna: de raamcontractanten) een raamovereenkomst gesloten. Deze raamovereenkomst heeft een looptijd van vier jaar en voorziet niet in de mogelijkheid van verlenging.

**2.6.** Op 16 juni 2017 heeft ProRail een zogeheten ‘Aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf’ in de zin van artikel 4.16 lid 1 Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw 2012) gepubliceerd, waarin zij haar voornemen bekend maakt om de raamovereenkomst met één jaar te verlengen. Op Bijlage D2.3 heeft zij met betrekking tot de vraag waarom gunning van de opdracht zonder voorafgaande bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie wettig is, het volgende verklaard:

*“ProRail en de raamcontractanten van de TunnelAlliantie wensen de raamovereenkomst met een (1) jaar te verlengen en daarmee de looptijd van de raamovereenkomst uit te breiden van vier (4) naar vijf (5) jaar. Verwijzend naar de uitspraak van het CBB inzake de Q-buzz zaak (ECLI:NL:CBB:2015:408) is ProRail van mening dat deze wijziging van de raamovereenkomst toegestaan is. ProRail heeft in het kader van vrijwillige transparantie besloten tot het publiceren van deze verlenging.*

*Het is niet aannemelijk dat wanneer de raamovereenkomst bij aanbesteding al voorzag in een looptijd van vijf (5) jaar in plaats van vier (4), gekozen zou zijn voor andere aanbiedingen of die omstandigheid zou hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers. Voorts is er geen sprake van een inhoudelijke wijziging van de opdracht, maar slechts van een verlenging ervan.*

*Naar het oordeel van ProRail is er daarnaast geen verschuiving van het economisch evenwicht van de opdracht. Op basis van cijfers van jaren voorafgaand aan het sluiten van de raamovereenkomst was de verwachting dat er een redelijke constante stroom aan onderdoorgangen onder de werking van de raamovereenkomst zou worden aanbesteed. Door diverse aanloopproblemen heeft de aanbesteding van de eerste onderdoorgang onder de werking van de raamovereenkomst een jaar vertraging opgelopen. Met de verlenging van de raamovereenkomst zal dichter bij het, op basis van historische cijfers voorziene, economisch evenwicht uitgekomen worden.”*

**2.7.** [eiseres] heeft bij brief van 3 juli 2017 bezwaar gemaakt tegen de voorgenomen verlenging van de raamovereenkomst.

**2.8.** Het Klachtenmeldpunt van ProRail heeft dit bezwaar bij e-mailbericht van 18 juli 2017 ongegrond verklaard.

### 3 Het geschil

**3.1.** [eiseres] vordert bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, op de minuut en op alle dagen en uren:

#### primair:

I. ProRail te gebieden haar voornemen tot verlenging van de raamovereenkomst van 16 juni 2017 in te trekken binnen drie dagen na dagtekening van het vonnis;

II. ProRail te verbieden de raamovereenkomst (met één jaar) te verlengen;

III. ProRail te gebieden om opdrachten voor het ontwerpen en realiseren van onderdoorgangen (Europees) aan te besteden na ommekomst van de looptijd van de raamovereenkomst, voor zover ProRail dergelijke opdrachten alsdan nog wenst te gunnen;

#### subsidiair:

zodanige maatregelen te treffen, die de voorzieningenrechter op zijn plaats acht;

meer subsidiair:

in het geval voornoemde vorderingen worden afgewezen ProRail te gebieden, onder de ontbindende voorwaarde van het niet tijdig aanhangig maken van hoger beroep, de verlenging van de raamovereenkomst uit te stellen totdat in hoger beroep uitspraak is gedaan;

#### primair, subsidiair en meer subsidiair:

alles op straffe van verbeurte van een dwangsom ten laste van ProRail en ten gunste van [eiseres] van € 5.000.000,00 ineens indien ProRail niet aan het vonnis voldoet, althans een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen dwangsom; en ProRail te veroordelen in de kosten van het kort geding, vermeerderd met de wettelijke rente.

**3.2.** ProRail voert verweer. Zij concludeert tot afwijzing van de vorderingen van [eiseres], met veroordeling van [eiseres] in de proceskosten en de nakosten, vermeerderd met wettelijke rente

**3.3.** Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

### 4 De beoordeling

**4.1.** De spoedeisendheid van de zaak is uit het gestelde en gevorderde voldoende aannemelijk geworden.

**4.2.** Het geschil tussen partijen spitst zich toe op de vraag of de voorgenomen verlenging van de looptijd van de raamovereenkomst van vier naar vijf jaar een wezenlijke wijziging is als bedoeld in hoofdstuk 2.5 Aw 2012 zodat een nieuwe aanbestedingsprocedure moet worden gevolgd.

**4.3.** ProRail is een speciale-sectorbedrijf als bedoeld in hoofdstuk 2 Aw 2012. Op grond van artikel 3.80d is hoofdstuk 2.5 Aw 2012, zoals deze per 1 juli 2016 geldt, van toepassing verklaard op door haar te verstrekken speciale-sectoropdrachten. De onderhavige raamovereenkomst valt daaronder.

**4.4.** Hoofdstuk 2.5 Aw 2012, welk hoofdstuk ziet op wijziging van overheidsopdrachten, bevat de artikelen 2.163a tot en met 2.163g. In artikel 2.163a Aw 2012 is bepaald dat een wijziging van een overheidsopdracht tijdens de looptijd ervan uitsluitend zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet kan plaatsvinden in de in dit hoofdstuk bedoelde gevallen. Uitgangspunt is dus dat een wijziging van een opdracht tijdens de looptijd ervan dient te worden aanbesteed, tenzij een van de limitatief opgesomde uitzonderingen zich voordoet.

**4.5.** ProRail heeft de voorgenomen wijziging van de raamovereenkomst gepubliceerd door middel van een zogeheten ex ante bekendmaking in de zin van artikel 4.16 Aw 2012. Na publicatie van een dergelijke bekendmaking en na ommekomst van de in artikel 4.16 lid 1 sub c Aw 2012 genoemde twintig dagentermijn is een eenmaal gesloten overeenkomst zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie, niet langer vernietigbaar op grond van artikel 4.15 lid 1 sub a Aw 2012.

**4.6.** ProRail beroept zich in deze procedure ter onderbouwing van haar stelling dat het in dit geval niet nodig is een nieuwe aanbesteding te houden, uitsluitend op het bepaalde in artikel 2.163g Aw 2012. De overige in hoofdstuk 2.5 genoemde gevallen waarin een wijziging van een overheidsopdracht tijdens de looptijd ervan zonder nieuwe aanbestedingsprocedure kan plaatsvinden, zullen daarom buiten beschouwing worden gelaten. Genoemd artikel 2.163g Aw 2012 luidt als volgt:

**Artikel 2.163g**

1. Een overheidsopdracht kan zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet worden gewijzigd indien de wijzigingen, ongeacht de waarde ervan, niet wezenlijk zijn.

2 Een wijziging van een overheidsopdracht is wezenlijk als bedoeld in het eerste lid, indien de overheidsopdracht hierdoor materieel verschilt van de oorspronkelijke opdracht.

3 Een wijziging van een overheidsopdracht is in ieder geval wezenlijk indien:

a. de wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel van de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure hadden uitgemaakt, de toelating van andere dan de oorspronkelijk geselecteerde gegadigden of de gunning van de overheidsopdracht aan een andere inschrijver mogelijk zouden hebben gemaakt of bijkomende deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aangetrokken,

b. de wijziging het economische evenwicht van de overheidsopdracht ten gunste van de opdrachtnemer verandert op een wijze die niet is voorzien in de oorspronkelijke overheidsopdracht,

c. de wijziging leidt tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de overheidsopdracht, of

d. een nieuwe opdrachtnemer in de plaats is gekomen van de opdrachtnemer aan wie de aanbestedende dienst de overheidsopdracht oorspronkelijk had gegund in een ander dan in artikel 2.163f bedoeld geval.

**4.7.** [eiseres] stelt zich op het standpunt van toepassing is. Zij stelt dat het wijzigen van de looptijd van de raamovereenkomst van vier naar vijf jaar een wezenlijke, materiële wijziging is van de reikwijdte van de wederzijdse rechten en verplichtingen onder de raamovereenkomst. Dit geldt volgens [eiseres] in het bijzonder omdat de looptijd van de overeenkomst het belangrijkste economisch voordeel bij de raamovereenkomst is, te weten de vierjarige kans om in een beperkte markt deel te nemen aan minitenders van ProRail. [eiseres] stelt voorts onder verwijzing naar artikel 2.163g lid 3 onder b en c Aw 2012, dat de verlenging van de looptijd het economisch evenwicht verandert ten gunste van de raamcontractanten op een wijze die niet is voorzien in de oorspronkelijke opdracht en dat de wijziging ook tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de opdracht leidt.

**4.8.** ProRail betwist dat sprake is van een wezenlijke wijziging van de raamovereenkomst en stelt dat de in artikel 2.163g lid 3 Aw 2012 genoemde gevallen zich niet voordoen. Volgens ProRail is er feitelijk geen sprake van een verlenging van de raamovereenkomst, maar van een verschuiving in tijd. Zij voert hiertoe aan dat de destijds beoogde ingangsdatum van de raamovereenkomst 1 oktober 2014 was, maar dat de raamovereenkomst als gevolg van het door [eiseres] ingediende bezwaar pas op 2 april 2015 is gesloten. Door de onvoorziene vertraging in de aanbesteding waren verschillende projecten voor onderdoorgangen toen al zo ver voorbereid dat zij niet meer onder de TunnelAlliantie konden worden gebracht. Dit betrof in ieder geval projecten in Bilthoven, Nijkerk en Leiden, die openbaar zijn aanbesteed. [eiseres] heeft aan deze aanbestedingen kunnen deelnemen en het project in Nijkerk is ook aan haar gegund. Pas in juni 2016 kon het eerste project aan een van de raamcontractanten onder de TunnelAlliantie worden gegund. Ook nadien bleek dat verschillende projecten niet onder de TunnelAlliantie konden worden gebracht omdat zij buiten de scope van de raamovereenkomst zoals beschreven in paragraaf 2.3 van de Selectieleidraad vielen (op grond van de daar vermelde ‘ja, tenzij’ bepaling). Ook deze projecten zijn openbaar aanbesteed en [eiseres] heeft daarnaar kunnen meedingen. ProRail stelt dat er tot nu tot maar vijf opdrachten door middel van minitenders onder de raamovereenkomst zijn gegund en dat een zesde minitender in voorbereiding is.

Voor de komende periode zijn verschillende projecten gepland en ProRail gaat ervan uit dat het aantal projecten in 2018/begin 2019 op jaarbasis wel in overeenstemming zal zijn met haar verwachting op basis van de historische cijfers, te weten 5 à 6 per jaar. Door de verlenging van de raamovereenkomst wordt volgens ProRail recht gedaan aan hetgeen zij heeft aanbesteed en hetgeen de raamcontractanten mochten verwachten toen zij inschreven op de aanbesteding. Bovendien wordt [eiseres] hierdoor niet benadeeld, omdat zij gedurende het eerste jaar van de raamovereenkomst gewoon naar opdrachten heeft kunnen meedingen, aldus ProRail.

**4.9.** De voorzieningenrechter stelt vast dat het onderwerp van de raamovereenkomst niet het realiseren van een van tevoren bepaald aantal onderdoorgangen betreft, maar dat deze wordt getypeerd door een beperking van de markt gedurende vier jaar voor partijen die willen meedingen naar opdrachten van ProRail voor het ontwerpen en realiseren van onderdoorgangen onder het spoor. Doordat zij partij zijn bij de raamovereenkomst hebben de raamcontractanten de kans verworven om, met uitsluiting van anderen, een dergelijke opdracht te verwerven gedurende een in de overeenkomst afgebakende periode. Nu de raamovereenkomst in de kern voorziet in een beperking van de markt tot de door middel van de raamovereenkomst bij de TunnelAlliantie betrokken marktpartijen, moet de looptijd van de raamovereenkomst worden aangemerkt als een essentieel deel van de overeenkomst. Het is immers juist die looptijd en het daaraan verbonden verworven recht om met minitenders mee te dingen naar deelopdrachten die de waarde van de opdracht bepaalt. Een verlenging van de looptijd van de raamovereenkomst van vier tot vijf jaar leidt tot een substantieel langduriger beperking van de markt en kan er bovendien toe leiden dat aan het recht om onder de raamovereenkomst mee te dingen naar opdrachten een hogere waarde moet worden toegekend. Een dergelijke verlenging van de looptijd van de raamovereenkomst moet daarom worden beschouwd als een wezenlijke, materiële wijziging als bedoeld in artikel 2.163g lid 1 en 2 Aw 2012. Aan een toetsing van de in lid 3 genoemde omstandigheden behoeft niet te worden toegekomen. In zoverre is de zaak dus een geheel andere dan die voorlag in de door ProRail aangehaalde Q-Buzz zaak (ECLI:NL:CBB:2015:408), waar het een verdere verlenging van een OV-concessie betrof. De kenmerken van die overheidsopdracht verschillen essentieel van de raamovereenkomst in de onderhavige kwestie. Haar beroep op deze uitspraak baat ProRail dan ook niet.

**4.10.** Anders dan ProRail stelt, is er naar het oordeel van de voorzieningenrechter in dit geval wel degelijk sprake van een verlenging van de looptijd van de raamovereenkomst en niet slechts van een opschuiving van de loop-

tijd. Niet is gebleken dat het recht van de raamcontractanten om mee te dingen naar een opdracht door middel van minitenders is opgeschoven of later dan in de raamovereenkomst bepaald is ingaan en dat dit recht pas een jaar na de ingangsdatum van de raamovereenkomst is ontstaan. Dat hiervan sprake zou zijn, kan niet worden geconcludeerd op basis van het enkele feit dat er in het eerste jaar kennelijk geen opdrachten onder de TunnelAlliantie konden worden gebracht. ProRail heeft immers niet gesteld dat, indien er dat jaar wel opdrachten waren geweest die onder de TunnelAlliantie hadden kunnen worden gebracht, de raamcontractanten niet het exclusieve recht hadden gehad om naar deze opdrachten mee te dingen. ProRail heeft haar stelling dat er in het eerste jaar geen geschikte opdrachten voor de TunnelAlliantie waren omdat deze door de ontstane vertraging in de aanbestedingsprocedure al in een te vergevorderd voorbereidingsstadium verkeerden, overigens ook onvoldoende onderbouwd. Daarbij komt dat ProRail als ervaren aanbesteder met dergelijke omstandigheden vooraf rekening had kunnen houden door daarvoor in de raamovereenkomst een voorziening te treffen, bijvoorbeeld door daarin een optie tot verlenging van de overeenkomst op te nemen. Dit heeft zij niet gedaan. Dat [eiseres] en anderen gedurende de vertraging in de aanbesteding en in het eerste loopjaar van de raamovereenkomst hebben kunnen meedingen naar opdrachten voor onderdoorgangen is een gevolg van a) de te voorziene schermutselingen rondom de voorlopige gunning en b) de reikwijdte van de onder de TunnelAlliantie gebrachte deelopdrachten, en doet aan het voorgaande niet af.

**4.11.** Voorts is niet gebleken dat, zoals ProRail betoogt, met de verlenging van de raamovereenkomst recht wordt gedaan aan wat is aanbesteed en aan hetgeen de raamcontractanten ten tijde van de inschrijving mochten verwachten. In paragraaf 2.3 van de Selectieleidraad heeft ProRail immers uitdrukkelijk verklaard dat zij geen prognose van het aantal projecten per jaar en de waarde van de raamovereenkomst kan geven. Gelet hierop kan niet worden gesteld dat ProRail bij de raamcontractanten de gerechtvaardigde verwachting heeft gewekt dat er jaarlijks 5 à 6 opdrachten onder de TunnelAlliantie zouden kunnen worden gebracht. Dit aantal is immers gebaseerd op de historische cijfers van ProRail, terwijl ProRail voor de toekomst nadrukkelijk geen prognoses heeft willen geven. Ook aan de opmerking van ProRail in haar antwoord op vraag 13 van de 1e NvI dat er zicht is op circa 20 projecten met circa 160 miljoen omzet, kunnen de raamcontractanten geen gerechtvaardigde verwachtingen ten aanzien van het aantal projecten of de te behalen omzet hebben ontleend, nu ProRail in haar antwoord tevens benadrukt dat zij geen omzetgarantie afgeeft.

**4.12.** Gezien het voorgaande kon ProRail haar voornemen om de raamovereenkomst met een jaar te verlengen zonder een nieuwe aanbestedingsprocedure te houden, niet baseren op artikel 2.163g Aw 2012, omdat deze verlenging moet worden beschouwd als een wezenlijke wijziging als bedoeld in het eerste en tweede lid van dit artikel. Of de in het derde lid genoemde gevallen zich voordoen, kan daarom buiten bespreking worden gelaten. Nu ProRail ter onderbouwing van haar voornemen alleen een beroep heeft gedaan op artikel 2.163g Aw 2012 en het beroep op dit artikel niet slaagt, is er geen grondslag voor het aannemen van een uitzondering op de hoofdregel dat voor een wijziging van een overheidsopdracht tijdens de looptijd ervan een nieuwe aanbestedingsprocedure moet plaatsvinden. Gelet hierop zal de primaire vordering sub I die strekt tot intrekking van het voornemen tot verlenging van de raamovereenkomst, worden toegewezen. De termijn waarbinnen ProRail aan het op te leggen gebod dient te voldoen, wordt gesteld op drie werkdagen na betekening van het vonnis.

**4.13.** De vordering sub II om ProRail te verbieden de raamovereenkomst te verlengen zal eveneens worden toegewezen, met dien verstande dat ProRail wordt verboden de raamovereenkomst te verlengen op grond van de feiten en omstandigheden zoals zij die ten grondslag heeft gelegd aan haar hier bestreden voornemen van 16 juni 2017.

**4.14.** De vordering sub III om ProRail te gebieden om opdrachten voor het ontwerpen en realiseren van onderdoorgangen (Europees) aan te besteden na ommekomst van de looptijd van de raamovereenkomst, voor zover ProRail dergelijke opdrachten alsdan nog wenst te gunnen, zal worden afgewezen. Dit geschil heeft immers alleen betrekking op de ex ante bekendmaking van ProRail en daarmee op de vraag of de voorgenomen verlenging van de raamovereenkomst zonder een nieuwe aanbestedingsprocedure mogelijk is. De vordering sub III ligt niet in het verlengde daarvan, is te ruim geformuleerd en [eiseres] heeft deze vordering en haar belang daarbij niet nader toegelicht of onderbouwd.

**4.15.** De voorzieningenrechter ziet geen aanleiding om aan de veroordelingen een dwangsom te verbinden. ProRail heeft onweersproken verklaard dat zij gewoon is rechterlijke vonnissen na te leven en er is geen aanleiding om te veronderstellen dat zij dat in dit geval niet zal doen. (*Enz., enz., Red.*)

## NOOT

### Inleiding

**1.** Is de verlenging van de looptijd van een raamovereenkomst een wezenlijke wijziging? Moet daarvoor een nieuwe aanbestedingsprocedure worden gehouden?

**2.** De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland oordeelt dat de verlenging van de looptijd van een raamovereenkomst inderdaad een wezenlijke wijziging is.<sup>2</sup> De looptijd is namelijk een essentieel kenmerk van een raamovereenkomst dat mede de waarde van de raamovereenkomst bepaalt. Daarom moet een nieuwe aanbestedingsprocedure worden gehouden om de looptijd te kunnen verlengen.

### Wat vooraf ging

**3.** Eind 2013 startte ProRail onder de oude Aanbestedingswet 2012 een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure. Het doel was het sluiten van een raamovereenkomst met maximaal vijf ondernemingen die het recht hebben om gedurende vier jaar middels minitenders mee te dingen naar opdrachten voor het ontwerp en de realisatie van onderdoorgangen onder het spoor.

**4.** In de aanbestedingsstukken, waaronder de nota van inlichtingen, gaf ProRail (samengevat) de volgende informatie over de opdracht:

- de looptijd van de raamovereenkomst is vier jaar;
- in de overeenkomst is geen verlengingsoptie opgenomen;
- ProRail geeft geen garantie over het aantal projecten dat binnen de raamovereenkomst wordt aanbesteed of over de omzet;
- in beginsel worden alle onderdoorgangen middels de raamovereenkomst gegund, tenzij dat aantoonbaar niet kan of onwenselijk is;
- uit historische cijfers bleek dat er in voorgaande jaren gemiddeld vijf à zes onderdoorgangen zijn gerealiseerd;
- de projectenstroom is afhankelijk van vele aspecten, maar er zou zich zijn op ca. twintig projecten met ca. 160 miljoen euro omzet.

**5.** Eind 2014 werd de opdracht voorlopig gegund aan vijf ondernemers. Eiseres hoort daar niet bij. De raamovereenkomsten zijn definitief gesloten in april 2015 en loopt dus tot en met maart 2019.

**6.** Op 16 juni 2017 publiceerde ProRail een 'Aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf'. ProRail kondigde aan de looptijd van de raamovereenkomst met één jaar te verlengen. Volgens ProRail ligt het aantal onder de raamovereenkomst te gunnen projecten daardoor dichter bij het op basis van historische cijfers te verwachten aantal projecten. ProRail stelt dat er geen sprake is van een wezenlijke wijziging (ex. artikel 3.80d jo. 2.163g Aanbestedingswet (Aw)).

<sup>2</sup> Vzr. Rb. Midden-Nederland 4 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5006.



7. Een klacht van eiseres tegen de verlenging bij het klachtenmeldpunt van ProRail is ongegrond verklaard. In augustus 2017 dagvaarde eiseres ProRail daarom in kort geding.

### Kort geding: verlenging wel of geen wezenlijke wijziging?

8. In kort geding stelt eiseres dat het beroep van ProRail op artikel 2.163g Aw niet slaagt. De verlenging is volgens haar een materiële en wezenlijke wijziging van de raamovereenkomst. Volgens eiseres is de looptijd het belangrijkste economisch voordeel van een raamcontractant. Verlenging daarvan is daarom een materiële wijziging van de overeenkomst.

9. Bovendien wijzigt het economisch evenwicht van de raamovereenkomst in het voordeel van de raamcontractanten en leidt de verlenging tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de opdracht. Eiseres vordert daarom onder andere dat ProRail wordt verboden de looptijd met een jaar te verlengen (en dat de oorspronkelijke looptijd van vier jaar dus wordt aangehouden).

10. ProRail stelt daarentegen dat van een verlenging geen sprake is. Het is volgens ProRail een verschuiving in tijd. Door vertraging bij het sluiten van de raamovereenkomst konden verschillende geschikte projecten niet meer onder de raamovereenkomst worden gegund. Volgens ProRail blijft het aantal onder de raamovereenkomst gegunde projecten daardoor achter bij de prognose die tijdens de aanbestedingsprocedure is gegeven. Door de verschuiving van de looptijd wordt volgens ProRail recht gedaan aan hetgeen is aanbesteed en aan het aantal projecten dat de ondernemers tijdens de aanbestedingsprocedure mochten verwachten.

11. De voorzieningenrechter gaat niet mee in de stellingen van ProRail. Het onderwerp van de raamovereenkomst is volgens de voorzieningenrechter niet het realiseren van een vooraf bepaald aantal projecten. ProRail heeft tijdens de aanbestedingsprocedure immers gesteld dat er geen omzetprognose en geen prognose van het aantal te gunnen projecten kon worden gegeven. ProRail heeft daarom niet de gerechtvaardigde verwachting gewekt dat er jaarlijks vijf à zes projecten onder de raamovereenkomst zouden worden gegund.

12. Het voorwerp van de raamovereenkomst is volgens de voorzieningenrechter om gedurende de looptijd van de raamovereenkomst de markt voor opdrachten voor het ontwerp en de realisatie van onderdoorgangen onder het spoor te beperken tot de raamcontractanten. Zij hebben, met uitsluiting van anderen, het recht mee te dingen naar die opdrachten. De looptijd van de raamovereenkomst is daarbij een essentieel element. De looptijd en het daaraan verbonden recht om mee te dingen naar opdrachten bepalen namelijk de waarde van de raamovereenkomst.

13. Geoordeeld wordt dat de verlenging leidt tot een substantieel langere beperking van de markt en tot een hogere waarde van de raamovereenkomst. De verlenging van de looptijd van de raamovereenkomst is daarom volgens de voorzieningenrechter een wezenlijke, materiële wijziging als bedoeld in artikel 3.80d jo. 2.163g, leden 1 en 2 Aw. De stelling van ProRail dat sprake is van een verschuiving in tijd van de raamovereenkomst is dus onjuist.

14. Het risico dat in het eerste jaar geen geschikte opdrachten konden worden gegund, is bovendien voor ProRail. Zij had volgens de voorzieningenrechter "als ervaren aanbesteder" daarmee rekening kunnen houden door in de raamovereenkomst een verlengingsoptie op te nemen.

15. Omdat ProRail in de vrijwillige aankondiging achteraf geen andere rechtvaardiging heeft opgenomen dan een beroep op artikel 3.80d jo. 2.163g Aw, wordt niet getoetst aan andere rechtvaardigingsgronden. Omdat het beroep daarop niet slaagt, wordt ProRail verboden de raamovereenkomst te verlengen en moet de oorspronkelijke looptijd van vier jaar worden aangehouden.

### Vrijwillige aankondiging vooraf en rechtvaardigingsgronden

16. Eerst wordt ingegaan op het middel van de 'vrijwillige transparantie vooraf'; de zogenaamde 'ex ante-aankondiging'.

17. Het is aanbestedende diensten verboden zonder Europese aanbestedingsprocedure een overeenkomst te sluiten, als daartoe een verplichting bestaat. Gebeurt dat toch, dan is de overeenkomst vernietigbaar (artikel 4.15, lid 1, onder a Aw).

18. Een wezenlijke wijziging van een gegunde opdracht, houdt een nieuwe overheidsopdracht in.<sup>3</sup> In beginsel moet daarvoor een Europese aanbestedingsprocedure worden gehouden (artikel 2.163a Aw).<sup>4</sup> Gebeurt dat niet, dan is de wijziging, dan wel de gewijzigde overeenkomst, vernietigbaar (artikel 4.15, lid 1, onder a Aw). Of dat de gehele gewijzigde overeenkomst is of uitsluitend de wijziging waardoor de oorspronkelijke opdracht wordt hersteld, is overigens geen uitgemaakte zaak.<sup>5</sup>

19. Het risico op vernietiging bij een wezenlijke wijziging kan worden verkleind door een ex ante-aankondiging te publiceren (artikel 4.16, lid 1 Aw). Die aankondiging bevat een rechtvaardiging voor het onderhands doorvoeren van de wijziging (artikel 4.17, lid 1, onder c Aw). De aanbestedende dienst mag gedurende een termijn van twintig kalenderdagen na de aankondiging de wijziging niet doorvoeren, althans de gewijzigde overeenkomst niet sluiten (artikel 4.16, lid 1, onder c Aw). De termijn van twintig dagen heeft

<sup>3</sup> HvJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*Presstext*), ro. 34.

<sup>4</sup> HvJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*), ro. 30; HvJEG 13 april 2010, C-91/08 (*Wall*), ro. 42.

<sup>5</sup> H. Plas, 'De (on)mogelijkheid een wezenlijk gewijzigde opdracht te beëindigen', TA 2017-42.

het karakter van een opschortende termijn. Na afloop van de termijn mag de wijziging definitief worden doorgevoerd in de overeenkomst als er niet tegen is geageerd.

**20.** De in de aankondiging genoemde rechtvaardiging moet duidelijk en ondubbelzinnig zijn onderbouwd en moet door de rechter kunnen worden getoetst.<sup>6</sup> De rechter moet zijn toetsing beperken tot de in de aankondiging genoemde redenen. Als die redenen niet voldoende zijn, dan moet de overeenkomst worden vernietigd.<sup>7</sup>

**21.** Deze systematiek is voor het hier geannoteerde vonnis van belang. De ex ante-aankondiging bepaalt namelijk de omvang van de toetsing door de voorzieningenrechter. Nu ProRail in de aankondiging ter rechtvaardiging van de verlenging uitsluitend een beroep doet op artikel 2.163g Aw, mag de voorzieningenrechter de verlenging alleen daaraan toetsen. Voor zover tijdens de mondelinge behandeling al debat is gevoerd over andere mogelijke uitzonderingen, mocht de rechter die daarom niet meenemen in een besluit over de rechtmatigheid van de wijziging. In het volgende onderdeel ga ik nog in op de vraag of een beroep op andere uitzonderingen wel had kunnen slagen.

### Wezenlijke wijziging van een raamovereenkomst

**22.** Uit de definitie van een raamovereenkomst in artikel 1.1 Aw zijn drie aspecten af te leiden die het voorwerp van een raamovereenkomst bepalen:

- de beperking van de markt voor bepaalde opdrachten;
- tot een vooraf geselecteerd aantal ondernemingen;
- gedurende een zekere termijn (de looptijd van de raamovereenkomst).

**23.** De waarde van een raamovereenkomst wordt als volgt berekend (artikel 3.12, lid 3 Aw):

'Het speciale-sectorbedrijf gaat bij de berekening van de waarde van een raamovereenkomst uit van de geraamde waarde van alle voor de duur van de raamovereenkomst voorgenomen overheidsopdrachten.' (onderstreping, annotator)

**24.** Hoewel de voorzieningenrechter niet verwijst de artikelen 1.1 en 3.12 Aw, lijken die voor het vonnis wel relevant. Niet voor niets oordeelt de voorzieningenrechter (ro. 4.9):

'De voorzieningenrechter stelt vast dat het voorwerp van de raamovereenkomst niet het realiseren van een van te voren bepaald aantal onderdoorgangen betreft, maar dat deze wordt getypeerd door een beperking van de markt gedurende vier jaar voor partijen die willen meedingen naar opdrachten van ProRail (...)

Het is immers juist die looptijd en het daaraan verbonden verworven recht (...) die de waarde van de opdracht bepaalt.' (onderstreping, annotator)

In het vonnis wordt dus wel verwezen naar de voor de raamovereenkomst relevante onderdelen uit de artikelen 1.1 en 3.12 Aw.

**25.** De voorzieningenrechter onderkent, gezien artikel 3.12 Aw, terecht dat de looptijd van de raamovereenkomst een essentiële bepaling daarvan is. Daardoor wordt immers de waarde van de raamovereenkomst (mede) bepaald. Het ligt daarom voor de hand dat een wijziging van de looptijd, en met name een verlenging daarvan, aanbestedingsrechtelijke gevolgen heeft. Door de verlenging van de looptijd kunnen immers meer opdrachten onder toepassing van de raamovereenkomst worden gegund, waardoor de waarde van de raamovereenkomst stijgt.

**26.** Op dat moment komt de wezenlijke wijziging in beeld. Sinds de wetwijziging van 1 juli 2016 mogen overeenkomsten, ook die vóór 1 juli 2016 zijn gesloten<sup>8</sup>, tijdens de looptijd alleen zonder nieuwe aanbestedingsprocedure gewijzigd worden als één of meer van de in de Aw genoemde uitzonderingen van toepassing is ((art. 3.80d jo.) 2.163a Aw). Van een (feitelijke) toetsing aan het *Presstext*-arrest is dus geen sprake meer. Het is onder de huidige Aanbestedingswet 2012 verder ook niet meer relevant of de wijziging wezenlijk is of niet. Iedere wijziging moet getoetst worden aan de artikelen 2.163b ev. Aw. Het al dan niet wezenlijke karakter van de wijziging is uitsluitend nog relevant bij toetsing aan artikel 2.163g Aw.

**27.** ProRail doet in de ex ante-aankondiging een beroep op de uitzondering van art. 2.163g, lid 3 Aw en stelt dat de wijziging niet-wezenlijk is omdat:

- niet aannemelijk is dat andere ondernemingen tot de raamovereenkomst zouden zijn toegelaten of andere ondernemingen een aanbieding hadden ingediend als de langere looptijd al bij de aanbestedingsprocedure bekend was;
- het economisch evenwicht wordt hersteld, omdat door de verschuiving recht wordt gedaan aan tijdens de aanbesteding gewekte verwachtingen op basis van historische cijfers. Omdat volgens ProRail de wijziging niet wezenlijk is, zou er geen nieuwe aanbestedingsprocedure hoeven worden gehouden.

**28.** In artikel 2.163g Aw is bepaald dat voor een wijziging geen nieuwe aanbestedingsprocedure hoeft worden gehouden, als de wijziging niet-wezenlijk is. Een wijziging is volgens deze bepaling zonder nieuwe aanbestedingsprocedure toelaatbaar als:

- de wijziging niet wezenlijk is (lid 1);
- de gewijzigde opdracht niet materieel verschilt van de oorspronkelijke (lid 2);
- niet aan de *Presstext*-criteria is voldaan<sup>9</sup> en dus als (lid 3):
  - er geen andere dan de oorspronkelijke gegadigden een inschrijving hadden ingediend, dan wel de opdracht niet aan een andere ondernemer was gegund of andere inschrijvers had aangetrokken, als de wijziging bij de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure bekend was geweest;

<sup>6</sup> HvJEU 11 september 2014, C-19/13 (*Fastweb*), ro. 48.

<sup>7</sup> Arrest inzake *Fastweb* (reeds aangehaald), ro. 52.

<sup>8</sup> CvAE 18 mei 2017, nr. 400, r.nr. 54; Arrest inzake *Presstext* (reeds aangehaald), ro. 28.

<sup>9</sup> Arrest inzake *Presstext* (reeds aangehaald), ro. 34 - 37.

- b. het economisch evenwicht niet wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer;  
 c. er geen aanzienlijke verruiming is van het toepassingsgebied van de opdracht  
 d. de opdrachtnemer niet wijzigt anders dan met een beroep op artikel 2.163f Aw.

**29.** ProRail doet uitsluitend een beroep op artikel 2.163g, lid 3 Aw. Omdat de voorzieningenrechter nu echter oordeelt dat de wijziging wezenlijk is op grond van artikel 2.163g, lid 2 Aw, is toetsing aan lid 3 niet meer aan de orde. Voor de uitleg van dit artikel is overweging 113 van Richtlijn 2014/25/EU relevant:

'(...) Een nieuwe aanbestedingsprocedure is vereist in geval van materiële wijzigingen van de aanvankelijke opdracht, in het bijzonder van de reikwijdte en de inhoud van de wederzijdse rechten en verplichtingen (...). Deze wijzigingen tonen dat de partijen de intentie hebben opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van de opdracht. (...)' (onderstreping, annotator)

**30.** De verlenging van de looptijd lijkt een wijziging van de reikwijdte van de raamovereenkomst te zijn, omdat daardoor gedurende een langere periode de markt voor bepaalde opdrachten beperkt blijft tot de raamcontractanten en dus meer opdrachten kunnen worden verstrekt (zoals ProRail ook heeft bedoeld). De raamcontractanten kunnen ProRail bovendien verplichten gedurende een langere periode opdrachten aan te bieden onder de raamovereenkomst.

**31.** Daarnaast is de looptijd van de raamovereenkomst een bepalend element voor de waarde van de opdracht (artikel 3.12 Aw). Door de verlenging van de looptijd kunnen immers meer opdrachten onder de raamovereenkomst worden gegund, zodat de waarde ervan stijgt. Het ligt daarom voor de hand dat de looptijd een wezenlijke voorwaarde is zoals bedoeld in overweging 113 en de verlenging een wezenlijke wijziging is als bedoeld in artikel 2.163g, lid 2 Aw.

**32.** Het oordeel lijkt mij gezien alle feiten uit het vonnis het meest juiste. Opvallend is echter dat er in de ex ante-aankondiging niet ook een beroep is gedaan op andere uitzonderingen voor wijziging van de overeenkomst. Was dat wel gebeurd, dan had de voorzieningenrechter ook aan die andere uitzonderingen kunnen toetsen. Of een dergelijk beroep zou slagen, is gezien de gegevens in het vonnis echter de vraag.

a. Van een *wijziging met beperkte waarde* (artikel 2.163b Aw) lijkt geen sprake. Uit de feiten blijkt dat ProRail de waarde van de raamovereenkomst over vier jaar raamt op € 160.000.000. Daarvan uitgaande ligt de waarde van een verlenging met één jaar waarschijnlijk ruim boven de maxima van artikel 2.163b Aw ( $\text{€ } 160.000.000 / 4 = \text{€ } 40.000.000$ ).

b. Uit het vonnis blijkt dat ProRail geen *verlengingsoptie* heeft opgenomen. Een beroep op artikel 2.163c Aw zou dus niet succesvol zijn.

c. De verlenging lijkt geen *aanvullend werk* te zijn (artikel 2.163d Aw), maar een herhaling van vergelijkbare, eerder onder de raamovereenkomst gegunde opdrachten. Mijns inziens zal een beroep op deze bepaling voor raamovereenkomsten sowieso niet snel succesvol zijn. Uit de Memorie van Toelichting bij de Aw blijkt dat de aanvullende werken noodzakelijk moeten zijn om de "*oorspronkelijke opdracht*" te voltooien.<sup>10</sup> Een raamovereenkomst betreft niet de voltooiing van een afzonderlijk werk, maar de gunning van meerdere werken. Er is dus geen sprake van één oorspronkelijke opdracht waarvan voor de voltooiing een aanvullende opdracht noodzakelijk is. Een beroep op dit artikel ligt meer voor de hand voor een aanvulling van onder de raamovereenkomst gegunde werken.

d. Het was niet onvoorstelbaar dat ProRail een beroep kon doen op een wijziging ten gevolge van *onvoorziene omstandigheden* (artikel 2.163e Aw). Voorstelbaar is dat de voorzieningenrechter zou oordelen dat niet is voldaan aan de voorwaarde dat een "*zorgvuldige aanbestedende dienst*" de omstandigheden die de wijziging noodzakelijk maken "*niet kon voorzien*". De verlenging lijkt te zijn ingegeven vanwege vertraging bij de gunning die het gevolg is van bezwaren daartegen. De voorzieningenrechter oordeelt echter dat van ProRail "*als ervaren aanbesteder*" verwacht mocht worden dat zij *er rekening mee hield* dat er in het eerste jaar van de raamovereenkomst geen (geschikte) opdrachten waren en dat er tegen de gunning bezwaar zou worden gemaakt waardoor de raamovereenkomst pas later definitief kon worden gesloten.

**33.** Gelet hierop lijkt het onaannemelijk dat een beroep op andere uitzonderingen wel succesvol zou zijn.

### Beëindiging van de wezenlijke gewijzigde overeenkomst

**34.** De mogelijkheden om een overeenkomst tijdens de looptijd te wijzigen zijn in de Aanbestedingswet van 1 juli 2016 uitgebreid. Dat is goed nieuws voor alle contractpartijen en derden. Overeenkomsten kunnen daardoor makkelijker worden gewijzigd.

**35.** De mogelijkheden om overeenkomsten te wijzigen, zijn echter limitatief.<sup>11</sup> Is geen van de uitzonderingen van toepassing, dan moet een nieuwe aanbestedingsprocedure voor de wijziging worden gehouden. Derden kunnen dus bezwaar maken tegen de wijziging van de overeenkomst, als zij menen dat geen van de uitzonderingen van toepassing is. Het zal voor derden desondanks niet makkelijk zijn om de wijziging door de rechter te laten toetsen. Alleen als een overeenkomst wordt gewijzigd voor aanvullende werken (artikel 2.163d Aw) of wegens onvoorziene omstandigheden (artikel 2.163e Aw), is de aanbestedende dienst namelijk verplicht een aankondiging daarvan te plaatsen (artikel 2.163d, lid 5 Aw). In alle andere gevallen blijven ondernemingen afhankelijk van ex-ante aankondigingen.

<sup>10</sup> MvT, *Kamerstukken II* 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 94.

<sup>11</sup> MvT, *Kamerstukken II* 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 93.

**36.** Het houden van een nieuwe aanbestedingsprocedure voor een onrechtmatige wijziging veronderstelt echter dat de lopende overeenkomst wordt beëindigd. In de aanbestedingsrichtlijnen zijn lidstaten verplicht ervoor zorg te dragen dat overeenkomsten tijdens de looptijd kunnen worden beëindigd als vanwege een (ingrijpende) wijziging een nieuwe aanbestedingsprocedure vereist is.<sup>12</sup> Een dergelijke beëindigingsmogelijkheid is niet opgenomen in de Nederlandse regelgeving. Volgens de Memorie van Toelichting van de Aanbestedingswet zou dat niet nodig zijn, omdat (a) partijen afspraken daarover kunnen maken in de overeenkomst en (b) het BW zou voorzien in beëindigingsmogelijkheden.<sup>13</sup> Een voorbeeld van een wettelijke voortijdige beëindigingsmogelijkheid is volgens de Memorie van Toelichting een wezenlijke wijziging.

**37.** Het is echter onjuist dat het BW een mogelijkheid biedt een overeenkomst te beëindigen in het geval van een aanbestedingsrechtelijke wezenlijke wijziging.<sup>14</sup> Als er geen contractuele beëindigingsmogelijkheid is en er bijvoorbeeld geen mogelijkheid is de overeenkomst te ontbinden of te beëindigen wegens een wilsgebrek, dan moet de aanbestedende dienst terugvallen op een (al dan niet wettelijk geregelde<sup>15</sup>) opzegmogelijkheid. Dat kan echter betekenen dat aan de opdrachtnemer een (schade)vergoeding (voor gederfde winst) moet worden betaald. Op grond

van art. 7:764, lid 2 BW moet bijvoorbeeld een vergoeding worden betaald bestaande uit de aanneemsom verminderd met de besparingen vanwege de beëindiging. Aanbestedende diensten doen er dus goed aan om al in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken een beëindigingsmogelijkheid op te nemen voor het geval in rechte komt vast te staan dat een wijziging wordt doorgevoerd die moet worden aanbesteed.

**38.** Betoogd kan nog worden dat beëindiging/ vernietiging van de volledige, gewijzigde overeenkomst niet noodzakelijk is als objectief kan worden vastgesteld wat de gevolgen van de wijziging zijn voor de oorspronkelijke overeenkomst en een objectieve scheiding tussen de gewijzigde en oorspronkelijke overeenkomst kan worden gemaakt.<sup>16</sup> Naar mijn mening mag worden teruggevallen op de oorspronkelijke overeenkomst als komt vast te staan dat de wijziging onterecht zonder aanbestedingsprocedure is doorgevoerd.<sup>17</sup> Dat zal bij een verlenging van een looptijd makkelijker zijn dan bij bijvoorbeeld de realisatie van meerwerk bij een aannemingsovereenkomst. Hierdoor blijven echter de gevolgen voor alle contractpartijen beperkt, waardoor tegemoet wordt gekomen aan het beginsel van rechtszekerheid, en worden derden niet benadeeld door een onrechtmatige wijziging.

J.H.J. Bax

<sup>12</sup> Artikel 44 Richtlijn 2014/23/EU; artikel 73 Richtlijn 2014/24/EU; artikel 90 Richtlijn 2014/25/EU.

<sup>13</sup> MvT, *Kamerstukken II* 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 96.

<sup>14</sup> A.J. van Heeswijk, 'Beëindiging van wezenlijk gewijzigde overheidsopdrachten', *TBR* 2016/10.

<sup>15</sup> Bijvoorbeeld art. 7:408, lid 1 BW en art. 7:764, lid 1 BW.

<sup>16</sup> A.J. van Heeswijk, 'Beëindiging van wezenlijk gewijzigde overheidsopdrachten', *TBR* 2016/10.

<sup>17</sup> Vergelijk: Hof Den Haag 17 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5247.

## Jurisprudentie – V. Overig privaatrecht

### TBR 2018/50

#### Hoge Raad, 13 oktober 2017, 16/04026, ECLI:NL:HR:2017:2615 (Onvoorziene omstandigheden Bronckhorst)

(C.A. Streefkerk als voorzitter, H.T. Heisterkamp, G. de Groot, M.V. Polak en M.J. Kroeze en T.H. Tanja-van den Broek)

**BW: art. 6:258**

Onvoorziene omstandigheden en ontwikkelingsopgaves: geen vrijbrief voor overheden om medewerking in te trekken -

**Met gastnoot A.M. Ubink, Red.<sup>1</sup>**

#### 3. Beoordeling van het middel

**3.1** In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten en omstandigheden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.2-1.36. Deze komen, samengevat, op het volgende neer.

(i) (verweerster 1) maakt deel uit van een bouw-aannemingscombinatie en houdt zich bezig met de ontwikkeling van (nieuw)bouwprojecten. Ook (verweerster 2) houdt zich bezig met projectontwikkeling.

(ii) De gemeente Vorden (per 1 januari 2005 opgegaan in de Gemeente) heeft in 2004 het plan opgevat om aan de zuidzijde van het dorp Kranenburg, op de locatie Kranenburg Kerkweide-Zuid (hierna: het projectgebied), 27 nieuwbouwwoningen te realiseren. (verweerster 1) heeft in 2004 het grootste deel van het projectgebied in eigendom verworven. De Gemeente is eigenaar van de aangrenzende infrastructuurle werken en percelen. (verweerster 1) en (verweerster 2) werkten samen om in het projectgebied een nieuwbouwproject tot stand te brengen.

(iii) Op 6 december 2005 hebben Gedeputeerde Staten van de provincie Gelderland het Kwalitatieve Woonprogramma 2005-2014 (hierna: KWP2) vastgesteld als onderdeel van de Woonvisie Gelderland. Binnen KWP2 is afgesproken dat de regio Achterhoek zich in de periode 2005-2014 inzet om 10.000 woningen te realiseren. In de regionale afstemming tussen de gemeenten werd afgesproken dat de Gemeente in deze periode circa 1.100 woningen zou bouwen. Een Kwalitatief Woonprogramma heeft betrekking op een periode van tien jaar, maar moet iedere vijf jaar worden geactualiseerd.

(iv) Medio 2008 zijn de voorbereidingen voor het Kwalitatieve Woonprogramma 2010-2019 (hierna:

KWP3) gestart. In de periode van september 2008 tot en met december 2009 heeft intensief overleg plaatsgevonden tussen de provincie Gelderland, de betrokken gemeenten en woningcorporaties.

(v) Op 25 september 2008 heeft de gemeenteraad van de Gemeente (hierna: de Raad) een Woonvisie vastgesteld met de titel: 'Bouwen met visie en ambitie'. In deze Woonvisie 2008 wordt gewezen op bevolkingskrimp in de regio Achterhoek; ook voor de Gemeente wordt dat verwacht, maar op dat moment in lichte mate. In de Woonvisie 2008 wordt uitgegaan van de bouw van circa 1.225 woningen in de Gemeente in de periode tot en met 2017.

(vi) Op 20 mei 2009 heeft een bestuurlijk overleg plaatsgevonden waarin afspraken zijn gemaakt over KWP3 regio Achterhoek. Dit overleg heeft geresulteerd in het 'Afsprakenkader regionaal kwalitatief programma (KWP3) regio de Achterhoek, definitief concept, naar aanleiding van bestuurlijk overleg 20 mei 2009' (hierna: Afsprakenkader). Hierin is onder meer opgenomen dat het nieuwe behoeftenonderzoek uit 2007 ertoe heeft geleid dat KWP3 met 5.900 woningen een aanzienlijk lagere behoefte laat zien dan KWP2 (10.000 woningen voor de periode 2005-2014).

(vii) In juli 2009 is tussen partijen de samenwerkingsovereenkomst Kerkweide-Zuid (hierna: de SOK) gesloten. In art. 5 hebben partijen over de planologische medewerking van de Gemeente vastgelegd dat de Gemeente zich zal inspannen om te komen tot het voor de uitvoering van het project benodigde bestemmingsplan en om de vergunningaanvragen van (verweersters) voortvarend in behandeling te nemen, en is de aansprakelijkheid van de Gemeente terzake uitgesloten. Naast bepalingen in art. 11 en 12 van de SOK over onder meer wanstprestatie en overmacht, hebben partijen in art. 13 van de SOK over onvoorziene omstandigheden opgenomen:

'Ingeval van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat van de Gemeente en/of de Ontwikkelaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van deze overeenkomst niet mag/mogen verwachten, zullen de Partijen trachten de inhoud van deze overeenkomst bij addendum aan te passen en wel op zodanige wijze dat de beoogde doelstellingen zoveel mogelijk in stand blijven en bereikt kunnen worden.'

In art. 21.1 is de volgende slotbepaling vastgelegd:

'Indien zich onvoorziene wijzigingen voordoen of omstandigheden die niet in deze overeenkomst zijn verdisconteerd, zullen de Partijen de gevolgen

<sup>1</sup> André Ubink is advocaat bij Ubink Rijs Advocaten in Zwolle.

daarvan in goed overleg en tegen de uitgangspunten waarop deze Overeenkomst is gebaseerd, in redelijkheid vaststellen alsmede afspraken maken hoe deze gevolgen moeten worden opgelost. (...)'

(viii) Na de totstandkoming van de SOK zijn partijen met elkaar in overleg getreden om te komen tot een definitief ontwerp en een nieuw bestemmingsplan, waarbinnen het mogelijk is 27 woningen te realiseren in het projectgebied. Overeenkomstig art. 5.1 van de SOK is een definitief ontwerp tot stand gekomen en vastgesteld.

(ix) De Raad heeft op 22 oktober 2009 ingestemd met KWP3. In de definitieve tekst van KWP3 van 12 januari 2010 wordt uitgegaan van 5.900 nieuwbouwwoningen in de regio Achterhoek.

(x) De zeven Achterhoekse gemeenten, waaronder de Gemeente, hebben in samenwerking met woningcorporaties en de provincie Gelderland een regionale verdeling van het woonprogramma afgesproken. Deze verdeling is neergelegd in een Regionale Woonvisie die op 27 juli 2010 door het college van B&W van de Gemeente (hierna: het College) en op 27 januari 2011 door de Raad is vastgesteld. Ingevolge die Regionale Woonvisie mogen in de Gemeente in de planperiode maximaal 385 nieuwbouwwoningen worden toegevoegd, peildatum 1 januari 2010.

(xi) In de vergadering van de projectgroep van 21 juli 2010 heeft de Gemeente aan de hand van een conceptversie van de regionale woonvisie een toelichting gegeven op de discussie die in de regio was ontstaan over de verdeling van het woonprogramma. In het verslag van de vergadering staat onder meer:

'De laatste bevolkingsprognoses voor de gemeente Bronckhorst zijn: 5.000 à 10.000 minder inwoners tot 2040 (krimp). De gemeente Bronckhorst mag volgens het ontwerp van de regionale Woonvisie van 01/01/2010 tot 01/01/2020 nog maximaal 385 woningen realiseren, terwijl er plannen liggen voor ca 1100 woningen. Het bestuur beraadt zich hierover en heroverweegt alle woningbouwprojecten, die nog niet in uitvoering zijn. Besluitvorming door de gemeenten over de regionale visie is voorzien in november. De verwachting is dat er binnenkort meer informatie beschikbaar komt. De gevolgen voor Kerkweide Zuid zijn nog niet te overzien.'

(xii) Bij e-mail van 5 augustus 2010 heeft de Gemeente aan (verweersters) geschreven:

'(...) De vraag dient zich aan hoe onder deze omstandigheden verder te gaan met de procedure voor het plan Kerkweide Zuid. (verweester 2) - (verweester 1) en de gemeente hebben in juli 2009 een exploitatie-overeenkomst voor de ontwikkeling van het plan Kerkweide Zuid gesloten. Daarin is een inspanningsverplichting voor de gemeente opgenomen om de noodzakelijke publiekrechtelijke procedures voortvarend te doen doorlopen. Anderzijds is in deze overeenkomst ook opgenomen, dat de gemeente haar publiekrechtelijke verantwoor-

delijkheid tijdens de bestemmingsplanprocedure behoudt. Dit betekent dat als die verantwoordelijkheid dat vereist de gemeente - zonder dat sprake is van wanprestatie - publiekrechtelijke rechtshandelingen kan verrichten die niet in het voordeel zijn van de aard of de strekking van de overeenkomst of van de voortgang van het project.

Zolang nog niet duidelijk is wat de gevolgen voor het plan Kerkweide Zuid zullen zijn, hebben wij meegedeeld bereid te zijn om - conform de afspraken in de overeenkomst - de planologische procedure voort te zetten op de ingeslagen weg, dwz de terinzagelegging van het ontwerpbestemmingsplan. Hoewel dat tijdens het projectgroepoverleg op 21 juli nog niet aan (verweester 2) - (verweester 1) is gemeld, achten wij het onder de gegeven omstandigheden echter wel noodzakelijk om - bij doorzetting van de terinzagelegging van het ontwerpbestemmingsplan - in de Toelichting enkele passages over deze problematiek op te nemen, zodat ook voor 'de burger' zichtbaar wordt dat het plan mogelijk in een later stadium nog zal worden aangepast.'

(xiii) Bij e-mail van 24 augustus 2010 is aan (verweersters) meegedeeld dat de Gemeente de beslissing om het ontwerpbestemmingsplan 'Kranenburg, Kerkweide Zuid' ter inzage te leggen, heeft aangehouden in verband met 'de problematiek rond de woningbouwprogrammering'.

(xiv) Bij brief van 10 september 2010 hebben (verweersters) aan de Gemeente geschreven:

'(...)  
Wij zijn van mening dat hetgeen u ons heeft gemeld in strijd is met artikel 5.1 (inspanningsverplichting) en derhalve sprake is van wanprestatie. Op grond van artikel 11 verplicht u ons dan ook de gemeente Bronckhorst hierbij in gebreke te stellen en te verzoeken alsnog de overeenkomst na te komen en i.h.b. de hierboven besproken inspanningsverbintenis. Voorts beroepen wij ons op het recht zoals omschreven in de laatste volzin van artikel 11.2, inhoudende dat wij gerechtigd zijn tot vergoeding van alle schade die ten gevolge van het verzuim wordt geleden. En die schade is evident aanwezig. Wij houden de gemeente hiervoor aansprakelijk.

'(...) In juli 2009 is de overeenkomst met de gemeente Bronckhorst getekend. Nergens uit de overeenkomst blijkt dat de gemeente zich enig recht heeft voorbehouden ten aanzien van het aantal in de toekomst te bouwen woningen in de gemeente Bronckhorst noch dat de ontwikkelaar er rekening mee moet houden dat aantallen te bouwen woningen naar beneden zouden kunnen worden bijgesteld.

Uit diverse mededelingen/nieuwsberichten blijkt ons dat de gemeente Bronckhorst sinds september 2009 met een aantal andere Achterhoekse gemeenten, provincie en woningcorporaties bezig is een Regionale Woonvisie vast te stellen. Het doel ervan is om de te grote aantallen woningen (14.000) in de bestaande woningbouwprogramma's van de gemeenten terug te brengen en beter aan te pas-

sen aan de verwachte vraag naar woningen in de komende tien jaar. Uit een onderzoek, uitgevoerd door onderzoeksbureau Atrivé, zou zijn gebleken dat in die periode maar vraag zal zijn (naar) 5.900 woningen. (...) Ons komt het voor dat deze informatie bij de gemeente Bronckhorst bekend moet zijn geweest toen de overeenkomst is getekend.'

(xv) Het College heeft in (besloten) vergaderingen op 9 november en 14 december 2010 de 'Notitie keuzes in woningbouwplanning' vastgesteld. Daarin is onder meer als beleidsuitgangspunt geformuleerd dat geen uitbreidingsplannen worden gemaakt.

(xvi) Bij brief van 15 december 2010 heeft de Gemeente aan (verweersters) bericht dat 'de noodzakelijk geworden (door hogerhand opgelegde) beleidswijzigingen als een onvoorziene omstandigheid zijn aan te merken' en dat het geplande woningbouwproject 'Kerkweide-Zuid' geen doorgang zal vinden. Zij vervolgde hierop in deze brief:

'Deze situatie onder ogen ziend, spraken wij met u af om op de kortst mogelijke termijn te overleggen over een heronderhandelings- dan wel ontbindingsovereenkomst waarbij partijen zullen trachten nadere afspraken te maken over de wijze waarop aan de huidige situatie invulling kan worden gegeven en op welke wijze de onevenredige schade die u ten gevolge hiervan mogelijk lijdt, kan worden gecompenseerd.'

(xvii) (verweersters) hebben bij e-mail van 1 maart 2011 aan de Gemeente een overzicht tot 31 december 2010 van het woningbouwproject Kranenburg gestuurd waarin zij hun kosten, vermeerderd met rente, begroten op € 1.961.211,70.

(xviii) Bij e-mail van 29 april 2011 heeft de Gemeente aan (verweersters) een concept-eindvoorstel gedaan ter bepaling van de schade zoals de Gemeente die in kaart heeft gebracht met de door (verweersters) aangeleverde informatie. In het daarbij gevoegde stuk met de titel 'Uitgangspunten voor bepalen onevenredige schade' staat het volgende:

'Onevenredig geleden schade

De te vergoeden schade zal bestaan uit de al gemaakte plankosten vanaf tekenen van de overeenkomst. De vergoeding van winstderving staat ter discussie en is mede afhankelijk van de geactualiseerde grond- en vastgoedexploitatie waarbij ook rekening wordt gehouden met eventuele risico's die op ontwikkelaars rusten (o.a. marktomstandigheden).

Waar niet sprake is van enige tekortkoming aan de zijde van de gemeente, kan niet tot uitgangspunt worden genomen dat de volledige kosten en schade vergoed moeten worden. Als gemeente zien wij in dat wij een schadevergoedingsplicht hebben tot compensatie van door de ontwikkelaars onevenredig geleden schade.

(...)

### Eindadvies

Op basis van de genoemde ijkmomenten in het voorgaande en een oordeel over haalbaarheid, stelt de gemeente dat de kosten van vóór het sluiten van de overeenkomst à ca € 873.000 niet vergoed zullen worden en directe kosten na het sluiten van de overeenkomst à ca € 78.000 hiervoor wel in aanmerking komen. Tot slot is de gemeente van mening dat het resultaat de potentie/het mogelijke resultaat (ontwikkelwinst) van de ontwikkeling negatief is. Op basis van een nadere toelichting wordt overwogen of dit aanleiding geeft om het genoemde minimumbedrag van € 78.000 te verhogen. (...)

(xix) In een brief van 1 juni 2011 schreef de advocaat van (verweersters) aan de Gemeente dat uit de mededelingen van de Gemeente kan worden opgemaakt dat nakoming blijvend onmogelijk is en dat (verweersters) daarom de SOK ontbinden voor zover de SOK al niet door de Gemeente eenzijdig was beëindigd.

**3.2.1** Verweersters hebben in dit geding primair een verklaring voor recht gevorderd dat de Gemeente niet gerechtigd was de SOK eenzijdig te beëindigen. Subsidiair heeft hun vordering betrekking op de ontbinding van de SOK. Meer subsidiair hebben zij een verklaring voor recht gevorderd dat hun een beroep toekomt op dwaling of bedrog zodat de SOK nietig zal worden verklaard. Nog meer subsidiair hebben zij een verklaring voor recht gevorderd dat de Gemeente onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld. Zij vorderen voorts schadevergoeding van de Gemeente.

De rechtbank heeft een bedrag van € 78.000,- toegewezen op de grond dat de Gemeente zich tot vergoeding van dit bedrag bereid had verklaard ter delging van door (verweersters) geleden onevenredige schade, en heeft de vorderingen van (verweersters) voor het overige afgewezen.

**3.2.2** Het hof heeft in rov. 5.4 van het bestreden arrest geoordeeld dat de Gemeente de SOK niet eenzijdig heeft beëindigd. In rov. 5.5 heeft het hof zich vervolgens de vraag gesteld of de bevolkingskrimp voor de Gemeente een onvoorziene omstandigheid oplevert van dien aard dat (verweersters) ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mochten verwachten, zodat de Gemeente de SOK niet ongewijzigd behoefde na te komen. Daarom heeft het hof, voor zover in cassatie van belang, het volgende overwogen:

'5.7 (...) Niet gebleken is dat de bevolkingskrimp in de Achterhoek en als gevolg daarvan het aanpassen van de woningbouwplannen door de Gemeente en (verweester 1) in de SOK zijn verdisconteerd, ook niet (...) in het planologisch voorbehoud van artikel 5.1 SOK. Dat wil niet zeggen dat deze omstandigheden (zonder meer) als onvoorziene in de zin van (art. 13 en 21.1 SOK en art. 6:258 BW) moeten worden aangeduid. Anders dan de Gemeente

naar voren heeft gebracht, bestonden de genoemde omstandigheden bij het sluiten van de SOK en waren deze bij de Gemeente bekend althans voor haar kenbaar. (...) (D)e gemeenteraad (meldde) op 25 september 2008 in een Woonvisie dat zij bevolkingskrimp verwachtte, zij het in lichte mate. Men verwachtte immers nog 1.225 woningen te kunnen bouwen. Dit werd anders in de daarop volgende periode en uiterlijk toen tijdens het bestuurlijk overleg op 20 mei 2009 (zoals blijkt uit het 'Afsprakenkader regionaal kwalitatief programma (KWP3) regio de Achterhoek', opgemaakt naar aanleiding van dit overleg (...)) naar voren kwam dat nieuw behoeftenonderzoek uit 2007 ertoe heeft geleid dat het KWP3 met 5.900 woningen een aanzienlijk lagere behoefte laat zien dan het KWP2 (10.000 woningen voor de periode 2005-2014). In genoemd Afsprakenkader staat hierover verder vermeld:

'De provincie laat het aan de gemeenten over hoe zij dit faseren over de periodes. Alle partijen moeten zich echter afvragen of netto 10.000 woningen bouwen tot 2014 nog verstandig is (...), als de regionale behoefte tot het jaar 2020 in totaal 5.900 woningen bedraagt. Met een woningbouwprogramma van de gezamenlijke gemeenten (...) van 15.000 nieuwbouwwoningen voor de hele regio voor de periode 2010-2019 is er sprake van een forse overprogrammering aan nieuwbouw'.

Voor de Gemeente - die blijkens pagina 1 van het Afsprakenkader voor de Achterhoek als coördinator fungeerde - was toen duidelijk althans had het toen duidelijk kunnen en moeten zijn dat (ook) zij haar nieuwbouwplannen moest gaan bijstellen. Dat zij niet precies voor ogen had hoe die plannen eruit zouden komen te zien, laat onverlet dat de bevolkingskrimp ten tijde van het sluiten van de SOK met (verweester 1) bestond en voor de Gemeente bekend althans kenbaar was dat dit gevolgen voor het aantal te bouwen woningen in haar gemeente met zich zou brengen, zodat deze aspecten geen omstandigheden betreffen die op het ogenblik van de totstandkoming van de SOK nog in de toekomst lagen. Anders gezegd, de verdeling van het aantal te bouwen woningen over de verschillende gemeenten uit de Achterhoek is geen gevolg van een onvoorziene omstandigheid maar van de bevolkingskrimp die reeds bestond en bij de Gemeente bekend was toen zij de SOK aanging (zie onder meer HR 20 (de Hoge Raad leest:) februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587).

5.8 Het hof merkt in dit verband nog op dat weliswaar nieuwe, niet in de overeenkomst verdisconteerde inzichten die tot een beleidswijziging nopen (hier: de (...) 'Notitie keuzes in woningbouwplanning' van november/december 2010 waarbij als beleidsuitgangspunt geldt 'geen uitbreidingsplannen, inbreiden voor uitbreiden' en op basis waarvan de Gemeente de keuze heeft gemaakt dat gemeentelijke exploitaties zo goed als helemaal worden stopgezet (...)), als onvoorziene omstandigheid kunnen zijn aan te merken, maar voor afwijking van

het uitgangspunt van ongewijzigde nakoming van de overeenkomst is voor een beroep daarop tevens nodig dat er in het licht van de onvoorziene omstandigheden voldoende rechtvaardiging bestaat de verplichting uit de overeenkomst niet (ongewijzigd) na te komen (zie onder meer HR 23 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0834 en HR 10 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1055).

Bij de vraag of er voldoende rechtvaardiging bestaat voor een niet ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst, dient volgens die rechtspraak onder meer gelet te worden op de aard van de overeenkomst, de aard van de overheidstaak op de uitoefening waarvan het overheidslichaam zich beroept, en, wanneer het (zoals hier) om een beleidswijziging gaat, op de aard en het gewicht van de maatschappelijke belangen die met die beleidswijziging zijn gediend. De Gemeente heeft als rechtvaardiging voor het niet kunnen nakomen van de SOK haar publiekrechtelijke verantwoordelijkheid voor de ruimtelijke ordening aangevoerd (...).

Het hof meent dat in dezen voldoende rechtvaardiging als zojuist bedoeld ontbreekt. Zelfs indien zou komen vast te staan dat redenen ontleend aan het algemeen belang (de ruimtelijke ordening, als door de Gemeente aangevoerd) de Gemeente daadwerkelijk noopten tot wijziging van haar beleid in die zin dat het Project geen doorgang kon vinden, waarover, tegen de achtergrond van hetgeen (verweester 1) heeft aangevoerd, nog gerede twijfel mogelijk is, dan zou wel sprake kunnen zijn van onvoorziene omstandigheden, maar dat is voor een beroep daarop zoals uit het voorgaande blijkt onvoldoende. Juist het hiervoor reeds omschreven gegeven dat de bevolkingskrimp reeds bestond bij het aangaan van de overeenkomst tussen partijen, nog wel bestaande in een samenwerkingsovereenkomst, en bij de Gemeente ook bekend althans voor haar kenbaar was dat dit gevolgen voor het aantal te bouwen woningen in haar gemeente met zich zou brengen, weegt voor het hof in dit verband zwaar. De Gemeente heeft, zoals (verweester 1) in zoverre onbestreden heeft aangevoerd, (verweester 1) de desbetreffende informatie onthouden, niet alleen bij het aangaan van de overeenkomst maar (verweester 1) zelfs niet geïnformeerd toen zij de Gemeente op 22 juni 2010 liet weten tot het bouwrijp (maken) van de gronden over te gaan (...). Het hof neemt daarbij verder in aanmerking dat de Gemeente heeft nagelaten (verweester 1) een adequate schadevergoeding aan te bieden. Met haar aanbod van een bedrag ad € 78.000,- werd (verweester 1), die door het nalaten van de gemeente, ook op het vlak van informatieverstrekking, naar het hof voorshands aanneemelijk acht, relevante schade leed, onvoldoende tegemoet gekomen. Dit heeft tevens gemaakt dat het overleg tussen partijen tot aanpassing van de overeenkomst heeft gefaald, met - uiteindelijk - ontbinding van de overeenkomst door (verweester 1) als resultaat. Voorts speelt voor het hof mee dat de Gemeente niet met (verweester



1) in overleg is getreden over een aanpassing van de SOK, terwijl zij daartoe (in haar visie: uitgaande van een onvoorziene omstandigheid) op grond van artikel 13 SOK gehouden was (...), maar alleen over de hoogte van de schadevergoeding heeft gecorrespondeerd.

Het hof is van oordeel dat de Gemeente onvoldoende rekening heeft gehouden met de belangen van (verweerster 1), waartoe zij mede op grond van de ter zake toepasselijke algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, welk beginsel bij wijziging van beleid in het oog moet worden gehouden, ten opzichte van (verweerster 1) wel gehouden was. Het zorgvuldigheidsbeginsel brengt mee dat naarmate de wederpartij van de overheid (te weten (verweerster 1)) zich op meer concrete verwachtingen kan beroepen (zoals hier het geval is gelet op onder meer het aangaan door de Gemeente van de SOK en het nalaten door de Gemeente van enige informatie van (verweerster 1) omtrent de bevolkingskrimp ook tijdens de looptijd van de overeenkomst), de overheid meer van haar beleidsvrijheid en dus van haar mogelijkheden om het beleid te wijzigen verliest.

5.9 Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat de Gemeente, anders dan de rechtbank heeft overwogen, zich niet op de onvoorziene omstandighedenregeling zoals neergelegd in de bepalingen 13 en 21 uit de SOK en artikel 6:258 BW kan beroepen. De Gemeente diende de hoofdafpraak uit de SOK, te weten de ontwikkeling en realisering van 27 woningen met bijbehorende infrastructuur (artikel 2.1 SOK), dus ongewijzigd na te komen. Nu zij dit niet heeft gedaan, is zij tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen. (...).

**3.3.1** Onderdeel 1 van het middel komt met rechts- en motiveringsklachten op tegen het oordeel van het hof dat de bevolkingskrimp niet moet worden gezien als een onvoorziene omstandigheid.

In onderdeel 1.1 wordt geklaagd dat dit oordeel onvoldoende gemotiveerd is voor zover het hof slechts is nagegaan of de bevolkingskrimp een onvoorziene omstandigheid oplevert (rov. 5.5-5.7).

De onderdelen 1.3 en 1.4 klagen dat het oordeel van het hof in rov. 5.7 dat geen sprake is van een toekomstige omstandigheid, onvoldoende is gemotiveerd. Uit het feit dat bij de Gemeente in mei 2009 bekend was dat de regionale woningbehoefte werd bijgesteld van 10.000 naar 5.900 woningen, kan volgens de Gemeente in het licht van haar stellingen (zie de weergave daarvan in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.6.2) niet zonder meer op begrijpelijke wijze volgen dat zich reeds ten tijde van het sluiten van de SOK in juli 2009 de omstandigheid voordeed dat de Gemeente haar eigen woningbouwplannen ingrijpend en ten nadele van de samenwerking met (verweersters) moest wijzigen.

**3.3.2** Het hof heeft zijn oordeel in rov. 5.7 dat geen sprake is van een toekomstige omstandigheid, daarop gebaseerd dat tijdens het bestuurlijk overleg op 20 mei 2009 (zie hiervoor in 3.1 onder (vi)) naar voren is gekomen dat KWP3 met 5.900 woningen een aanzienlijk lagere behoefte in de regio Achterhoek liet zien dan KWP2 met 10.000 woningen voor de periode 2005-2014, en dat met een woningbouwprogramma van de gezamenlijke gemeenten van 15.000 nieuwbouwwoningen voor de hele regio voor de periode 2010-2019 sprake is van een forse overprogrammering aan nieuwbouw. De daaruit door het hof getrokken conclusie dat toen voor de Gemeente duidelijk was, althans duidelijk moet zijn, dat (ook) zij haar nieuwbouwplannen moest gaan bijstellen, is niet onbegrijpelijk.

Daarop aansluitend overweegt het hof dat, hoewel de Gemeente 'niet precies voor ogen had' hoe de nieuwbouwplannen eruit zouden komen te zien, zij ten tijde van het sluiten van de SOK met (verweersters) bekend was met de bestaande bevolkingskrimp en voor haar kenbaar was dat dit gevolgen zou hebben voor het aantal te bouwen woningen in de Gemeente.

In de zojuist weergegeven overwegingen ligt als oordeel van het hof besloten dat het de Gemeente reeds ten tijde van het sluiten van de SOK duidelijk moet zijn geweest dat ook het voorgenomen project met (verweersters) op losse schroeven stond. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk, gelet op de aanzienlijke mate waarin het regionale woningbouwprogramma moest worden bijgesteld: van 10.000 woningen voor de - bij het sluiten van de SOK reeds voor een groot deel verstreken - periode 2005-2014 naar 5.900 woningen voor de periode 2010-2019.

In het licht van het hiervoor overwogene is het oordeel van het hof dat de bevolkingskrimp en de daaruit voortvloeiende noodzaak voor de Gemeente tot bijstelling van de nieuwbouwplannen (waaronder het project met (verweersters)) geen toekomstige omstandigheid was, niet onbegrijpelijk, ook niet in het licht van de door de Gemeente in de onderdelen 1.3 en 1.4 aangevoerde omstandigheden.

**3.3.3** Daar komt nog bij dat rov. 5.7 in samenhang moet worden gelezen met hetgeen het hof in rov. 5.8 'in dit verband' nog heeft overwogen. Blijkens de aanhef van rov. 5.9 ('Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt...') ligt immers aan de aldaar getrokken conclusie dat de Gemeente zich niet op onvoorziene omstandigheden kan beroepen, ook ten grondslag hetgeen is overwogen in rov. 5.8. Dat het hof aldus niet slechts heeft beoordeeld of de bevolkingskrimp en de daaruit voortvloeiende noodzaak tot aanpassing van de nieuwbouwplannen van de Gemeente moeten worden gezien als een onvoorziene omstandigheid, blijkt uit het volgende.

Het hof heeft in rov. 5.5 vooropgesteld dat de vraag dient te worden beantwoord of sprake is van

een onvoorziene omstandigheid 'van dien aard dat (verweerster 1) ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mocht verwachten, zodat de Gemeente de SOK niet ongewijzigd hoefde na te komen'. Op het eerste (de vraag of sprake is van onvoorziene omstandigheden) heeft rov. 5.7 betrekking. Op het laatste (de vraag of de door de Gemeente gestelde onvoorziene omstandigheden 'van dien aard' zijn) heeft kennelijk rov. 5.8 betrekking. Daarin heeft het hof immers geoordeeld dat indien nieuwe, niet in de overeenkomst verdisconteerde inzichten tot een beleidswijziging hebben genoopt (waarbij het hof verwijst naar de 'Notitie keuzes in woningbouwplanning' van november/december 2010, op basis waarvan de Gemeente de keuze heeft gemaakt dat gemeentelijke exploitaties zo goed als helemaal worden stopgezet; zie hiervoor in 3.1 onder (xv)), deze nieuwe inzichten en beleidswijziging weliswaar als onvoorziene omstandigheden kunnen worden aangemerkt, maar dat in het licht van die onvoorziene omstandigheden en gelet op onder meer de aard van de overeenkomst en de aard en het gewicht van de betrokken maatschappelijke belangen, in dit geval voor de Gemeente onvoldoende rechtvaardiging bestaat om de verplichtingen uit de SOK niet na te komen.

Deze oordelen in rov. 5.8 zijn in cassatie niet bestreden, en zijn, naast hetgeen is overwogen in rov. 5.7, mede dragend voor de conclusie van het hof in rov. 5.9 dat de Gemeente zich niet op onvoorziene omstandigheden kan beroepen.

**3.3.4** Mede gelet op de terughoudendheid die is geboden bij de toepassing van art. 6:258 BW, heeft het hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door, op de hiervoor weergegeven grondslagen, te oordelen dat het beroep van de Gemeente op de bij art. 6:258 BW aansluitende art. 13 en 21.1 van de SOK niet opgaat. Zijn oordeel is ook niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. De onderdelen falen derhalve.

#### 4 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep (*Enz. enz. Red.*);

#### NOOT

**1.** De Hoge Raad heeft zich in dit arrest met name uitgesproken over de vraag of een beroep op onvoorziene omstandigheden mocht worden afgewezen, omdat geen sprake was van toekomstige omstandigheden. Voor de praktijk van gebiedsontwikkeling zijn de onderliggende uitspraken van de Rechtbank en het Hof minstens zo interessant. Die uitspraken hadden betrekking op de mogelijkheid voor de gemeente Bronckhorst om met een beroep op onvoorziene omstandigheden terug te komen op contractueel aan een projectontwikkelaar toegezegde medewerking aan ontwikkeling en realisering van een woningbouwplan.

**2.** Sinds het uitbreken van de kredietcrisis is betrekkelijk bestendige jurisprudentie gewezen over projectontwikkelaars die met een beroep op onvoorziene omstandigheden vóór de crisis gesloten overeenkomsten niet langer ongewijzigd wensten na te komen. Daarin is vrij consequent geoordeeld dat (sterk) gewijzigde marktomstandigheden geen onvoorziene omstandigheid vormen dan wel voor rekening behoren te komen van de projectontwikkelaar die zich beriep op de crisis als onvoorziene omstandigheid.<sup>2</sup>

**3.** De omgekeerde situatie, waarbij niet de projectontwikkelaar maar de betrokken gemeente weigert om uitvoering te geven aan een gepland woningbouwplan, heeft zich ook voorgedaan. Ook dat heeft inmiddels tot meerdere uitspraken geleid over situaties waarin gemeenten zich met een beroep op onvoorziene omstandigheden wensten te onttrekken aan nakoming van een overeenkomst, waarin zij medewerking hadden toegezegd aan het in ontwikkeling brengen van een woningbouwplan. De onderhavige uitspraak is daar een voorbeeld van. Gewijzigde marktomstandigheden en de wegvallende vraag die daarvan het gevolg was, in combinatie met de demografische ontwikkelingen in de Achterhoek die als een krimpregio geldt, noopten tot een negatieve bijstelling van de woningbouwprogrammering in die regio. De provincie Gelderland heeft daarbij de regie genomen en in het kader van de vaststelling van het Kwalitatief Woonprogramma 2010-2019 (het zogenaamde KWP3) aangestuurd op een aanmerkelijke afname van het aantal nieuw te bouwen woningen in de Achterhoek. Dit was in lijn met een eerder behoefteonderzoek, waaruit al was gevolgd dat de behoefte aan nieuwbouwwoningen aanmerkelijk lager was dan voorzien in het KWP2.

**4.** De gemeenten in de betreffende regio hebben deze negatieve bijstelling in de woningbouwprogrammering in onderling overleg vertaald voor hun eigen woningbouwplanning. Voor de gemeente Bronckhorst betekende dit dat tot 2020 maximaal 385 woningen gerealiseerd konden worden. Er lagen echter plannen voor circa 1.100 woningen. De gemeente heeft daarop beleidsuitgangspunten vastgesteld, onder andere inhoudende dat geen uitbreidingsplannen meer gerealiseerd zouden worden. Op basis hiervan heeft de gemeente haar medewerking gestaakt aan het woningbouwproject, waaraan zij eerder nog contractueel haar medewerking had toegezegd en waarvoor al een voorontwerpbestemmingsplan ter inzage was gelegd. De gemeente heeft haar contractspartner bericht dat het project geen doorgang zou vinden en dat zij afspraken wenste te maken over de wijze waarop aan de huidige situatie invulling kan worden gegeven en op welke wijze de onevenredige schade voor de projectontwikkelaar kan worden gecompenseerd. Na het nodige overleg hierover heeft de projectont-

<sup>2</sup> Zie voor een overzicht van deze jurisprudentie B.D.A. Zwart, 'De financiële en economische crisis: een onvoorziene omstandigheid bij projectontwikkeling? Een overzicht van (recente) jurisprudentie op het gebied van vastgoed', *BR* 2010/136, p. 711-719. Zie voor een aantal atypische situaties waarin vanwege de gevolgen van de crisis een beroep op onvoorziene omstandigheden wel werd gehonoreerd B.D.A. Zwart, 'De financiële en economische crisis toch een onvoorziene omstandigheid?', *TBR* 2014/143.



Afbeelding 4.12 Visie Kranenburg (Structuurvisie Bronckhorst)

wikkelaar zich op het standpunt gesteld dat uit de diverse mededelingen van de gemeente kon worden opgemaakt dat nakoming door de gemeente van de tussen partijen gesloten samenwerkingsovereenkomst met betrekking tot het te realiseren woningbouwplan blijvend onmogelijk was. De projectontwikkelaar heeft daarom de samenwerkingsovereenkomst ontbonden en op meerdere gronden een schadevergoedingsclaim ingediend. Daarover is tussen partijen de onderhavige procedure gevoerd. Deze kwestie is in feitelijke instanties beoordeeld door Rechtbank Gelderland en Hof Arnhem-Leeuwarden.

**5.** De Rechtbank<sup>3</sup> heeft geoordeeld dat sprake is van een tekortkoming van de gemeente door het project geen doorgang te laten vinden. Dat is een opmerkelijke conclusie in het licht van het direct daaraan voorafgaande oordeel over het niet vaststellen van het bestemmingsplan voor het aan de orde zijnde woningbouwplan. In de overeenkomst had de gemeente daartoe een inspanningsverplichting op zich genomen. De Rechtbank is evenwel van oordeel dat het niet vaststellen van het bestemmingsplan geen tekortkoming betekent van de gemeente. Toepassing van het gemeentelijke beleid ten aanzien van de projecten die al dan niet doorgang konden vinden bij het fors naar beneden bijgestelde woningbouwprogramma bracht volgens de Rechtbank met zich dat de gemeente mocht concluderen dat het

vaststellen van een bestemmingsplan voor het onderhavige woningbouwplan niet in overeenstemming zou zijn met de eisen van een goede ruimtelijke ordening. Dat besluit betekende volgens de rechtbank geen schending van de inspanningsverplichting die de gemeente jegens de projectontwikkelaar op zich had genomen. Het logische gevolg daarvan, namelijk dat het project dan geen doorgang zou vinden, betekende echter volgens de rechtbank in beginsel wel een tekortkoming aan de zijde van de gemeente.

**6.** De Rechtbank heeft daarbij niet aangegeven, waarop zij baseert dat de gemeente gehouden was om het project doorgang te laten vinden. Het Hof gaat hier in zijn arrest wel op in. Het Hof<sup>4</sup> stelt dat dit de 'hoofdafsprake' uit de samenwerkingsovereenkomst is, te weten 'de ontwikkeling en realisering van 27 woningen met bijbehorende infrastructuur (artikel 2.1 SOK)'. Dit artikel betreft de omschrijving van de doelstelling van de overeenkomst, waaruit het Hof een concrete, zelfstandige verplichting voor de gemeente afleidt om te komen tot realisering van het betreffende bouwplan. Volgens Rechtbank en Hof kunnen aan deze omschrijving van het doel van de overeenkomst kennelijk zelfstandige aanspraken worden ontleend, ook als geen sprake is van schendingen van de concrete verplichtingen waarin deze doelstelling is uitgewerkt, zoals de inspanningsverplichting om een toereikend bestemmingsplan vast te stellen. Een en ander leidt tot het enigszins innerlijk tegenstrijdig aandoend oordeel dat het de gemeente enerzijds vrijstond

<sup>3</sup> Zie voor de volledige uitspraak Rb. Gelderland 9 april 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2343.

<sup>4</sup> Zie voor de volledige uitspraak Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 3 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3537.

om - ondanks haar inspanningsverplichting ter zake - geen bestemmingsplan voor het beoogde woningbouwplan vast te stellen (r.o. 5.10 van het vonnis), maar dat anderzijds wel sprake was van een tekortkoming doordat de gemeente het woningbouwproject geen doorgang heeft laten vinden (r.o. 5.11).

**7.** Vervolgens oordeelt de Rechtbank dat laatstgenoemde de tekortkoming niet aan de gemeente toerekenbaar is, omdat sprake is van een onvoorziene omstandigheid. De bevolkingskrimp en als gevolg daarvan het aanpassen van de woningbouwplannen door de gemeente zijn omstandigheden die niet in de overeenkomst tussen partijen verdisconteerd. Partijen hebben ook niet in die mogelijkheid willen voorzien. Daarmee is sprake van een onvoorziene omstandigheid, die volgens de rechtbank van dien aard is dat de projectontwikkelaar geen ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst mocht verwachten.

**8.** Het Hof komt tot een ander oordeel ten aanzien van het beroep op onvoorziene omstandigheden. Naar het oordeel van het hof is de kous niet af met de constatering dat in de overeenkomst niet is voorzien in de genoemde omstandigheden. Voor een geslaagd beroep op onvoorziene omstandigheden moet het namelijk gaan om toekomstige omstandigheden. Die zijn echter naar het oordeel van het Hof niet aan de orde: de bevolkingsgroei en de neerwaartse bijstelling van het gemeentelijke woningbouwprogramma bestonden al bij het sluiten van de samenwerkingsovereenkomst en waren op dat moment ook bij de gemeente bekend.

**9.** De wijze waarop de gemeente een en ander heeft vertaald in gewijzigd beleid, op basis waarvan uiteindelijk niet langer medewerking kon worden verleend aan het bouwplan waarop de samenwerkingsovereenkomst betrekking had, betroffen mogelijk wel omstandigheden die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst nog toekomstig waren. Die omstandigheden vormden volgens het Hof echter onvoldoende rechtvaardiging voor de gemeente om de overeenkomst niet ongewijzigd na te komen. Dat oordeel is uitgebreid gemotiveerd in r.o. 5.8 van het Hof, conform het door de Hoge Raad in eerder jurisprudentie ter zake geformuleerde beoordelingskader.<sup>5</sup> Ik verwijs daar kortheidshalve naar.

**10.** De gemeente gaat in cassatie en vindt de A-G aan haar zijde. Hij is van oordeel dat de geprognosticeerde bevolkingskrimp en het feit dat dit gevolgen zal hebben voor het aantal te bouwen woningen in de gemeente, nog niet de conclusie rechtvaardigt dat van toekomstige omstandigheden sprake is. Een toekomstig omstandigheid verliest niet haar toekomstige karakter doordat zij voorzienbaar is, aldus de A-G.

<sup>5</sup> Zie daarvoor HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673 (GCN/Nieuwegein) en HR 10 september 1993, NJ 1996, 3 (Den Dulk/Curacao), beide over een situatie waarin een contractspartij van een overheidsinstantie op grond van onvoorziene omstandigheden resulterend in een noodzakelijke beleidswijziging geen ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst mocht verwachten.

**11.** Hoge Raad sanctioneert evenwel het oordeel van het Hof. De Hoge Raad is met het Hof van oordeel dat de bijstelling van de woningbouwbehoefte in de Achterhoek van 10.000 woningen in KWP2 naar 5.900 woningen in KWP3, in combinatie met een forse overprogrammering van de gezamenlijke gemeenten in de Achterhoek van 15.000 nieuwbouwwoningen in de betreffende periode, de conclusie rechtvaardigt dat het voor de gemeente ten tijde van de contractering met de projectontwikkelaar over het onderhavige woningbouwplan al duidelijk moet zijn geweest dat ook zij haar nieuwbouwplannen moest gaan bijstellen. Indien dat vervolgens daadwerkelijk noodzakelijk wordt, betekent dit geen toekomstige omstandigheid, aldus de Hoge Raad.

**12.** Daarbij heeft meegespeeld dat het Hof niet alleen heeft overwogen dat geen sprake is van toekomstige omstandigheden, maar eveneens dat voor zover daarvan mogelijk wel sprake is, deze omstandigheden niet rechtvaardigen dat tot aanpassing van de overeenkomst zou worden overgegaan. De Hoge Raad benadrukt in zijn uitspraak dat dit een zelfstandig dragende overweging is, die in cassatie niet is bestreden en die maakt dat de gemeente zich hoe dan ook niet op onvoorziene omstandigheden kan beroepen.

### Wat brengt dit arrest ons?

**13.** Deze uitspraak past binnen het onvoorziene omstandigheden-leerstuk en de eerdere rechtspraak daarover: het gaat er niet om of omstandigheden voorzienbaar waren, maar of ze daadwerkelijk expliciet of impliciet in de overeenkomst zijn verdisconteerd. Is dit niet het geval, dan kunnen gewijzigde omstandigheden aanleiding geven om in te grijpen in de overeenkomst. Het moet dan echter wel gaan om omstandigheden die in de toekomst zijn gelegen.<sup>6</sup> Omstandigheden die al aanwezig zijn ten tijde van de contractering kunnen geen aanleiding geven om in de overeenkomst in te grijpen op grond van artikel 6:258 BW of daarmee vergelijkbare contractuele bepalingen zoals hier aan de orde. Of omstandigheden toekomstig zijn of al voldoende aanwezig zijn ten tijde van de contractering is een feitelijk oordeel, dat - mits afdoende gemotiveerd - niet snel door de Hoge Raad zal worden vernietigd.

**14.** Het oordeel dat in dit geval de omstandigheden al voldoende concreet aanwezig waren ten tijde van de contractering en dat deze omstandigheden dus geen aanleiding kunnen vormen om de overeenkomst aan te passen, past bij de terughoudende toepassing die bij herhaling door de Hoge Raad is bepleit ten aanzien van het ingrijpen in een overeenkomst op grond van onvoorziene omstandigheden, vergelijkbaar met de terughoudende maatstaf voor het ingrijpen op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:248 lid 2 BW.

**15.** Tegelijkertijd geven de uitspraken in de feitelijke instanties wel aanleiding tot de nodige kanttekeningen. Dit betreft ten eerste het opmerkelijke oordeel van de

<sup>6</sup> Vgl. HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493.

Rechtbank, zoals hiervoor al belicht, dat het de gemeente vrijstond om niet tot vaststelling van het bestemmingsplan over te gaan, maar dat het niet realiseren van het project wel als een toerekenbare tekortkoming wordt aangemerkt. Die beide oordelen vallen moeilijk te rijmen. De vraag is bovendien hoe deze oordelen zich verhouden tot het publiekrechtelijke voorbehoud dat in de overeenkomst was opgenomen bij de inspanningsverplichting van de gemeente om te komen tot de vaststelling van het bestemmingsplan voor het beoogde woningbouwplan. De gemeente had deze inspanningsverplichting namelijk op zich genomen *'met inachtneming van de wettelijke procedures en de te betrachten zorgvuldigheid jegens derden (bijvoorbeeld bij zienswijzen en in bezwaar- en beroepsprocedures)'*. Dat voorbehoud wordt min of meer betekenisloos als de gemeente weliswaar gerechtigd is om het bestemmingsplan niet vast te stellen als zich omstandigheden voordoen die maken dat haar een beroep op dit voorbehoud toekomt, maar vervolgens vanwege het niet meewerken aan het realiseren van de doelstelling van de overeenkomst, te weten planrealisatie, alsnog tot wanprestatie wordt geconcludeerd. In cassatie is hier ook aandacht voor gevraagd, maar de betreffende klachten zijn door de Hoge Raad zonder nadere motivering gepasseerd.

**16.** In het verlengde hiervan rijst de vraag hoe deze kwestie zou zijn beoordeeld als de gemeente het bestemmingsplan conform de inspanningsverplichting uit artikel 5.1 in procedure had gebracht en de gemeenteraad op grond van zijn publiekrechtelijke verantwoordelijkheid tot het betrachten zorgvuldigheid het bestemmingsplan met een beroep op het ontbreken van een goede ruimtelijke onderbouwing niet had vastgesteld, omdat het plan niet voldeed aan de criteria die de gemeenteraad na het sluiten van de overeenkomst met de projectontwikkelaar heeft vastgesteld voor het al dan niet meewerken aan woningbouwplannen binnen de vastgestelde beperkte behoefte voor de periode tot 2020? Zou dan ook sprake zijn geweest van een schending van de verplichting van de gemeente om de 'hoofdafpraak uit de SOK, te weten de ontwikkeling en realisering van 27 woningen met bijbehorende infrastructuur' na te komen?

**17.** Anders dan de Rechtbank is het Hof niet expliciet ingegaan op de vraag of de gemeente is tekortgeschoten in de inspanningsverplichting om een bestemmingsplan vast te stellen. Niettemin lijkt het Hof wel antwoord te hebben gegeven op de hiervoor geformuleerde vragen. Het Hof heeft namelijk overwogen dat de tekortkoming in de 'hoofdafpraak' uit de samenwerkingsovereenkomst aan de gemeente toerekenbaar is, omdat de nieuwe door de raad vastgestelde beleidsinzichten van eind 2010 met betrekking tot de woningbouwplannen waaraan nog medewerking kon worden verleend, voor de gemeente geen overmacht opleveren. Het Hof komt tot dit oordeel omdat deze beleidsinzichten het gevolg zijn van gewijzigd provinciaal beleid, waarmee de gemeente ten tijde van het sluiten van de samenwerkingsovereenkomst al rekening had moeten houden. Volgens het Hof behoort dit gewijzigde beleid dan ook volgens verkeersopvattingen voor rekening van de gemeente te komen. Feitelijk geeft het Hof hiermee aan dat de gemeente in deze omstandigheden geen beroep toekomt op het geformuleerde voorbehoud ten aanzien van de publiekrechtelijke verantwoordelijkheid van de gemeenteraad bij het vaststellen van bestemmingsplannen.

**18.** Hetzelfde Hof heeft overigens al vaker geoordeeld dat een gemeente geen beroep toekomt op een voorbehoud ten aanzien van de eigen publiekrechtelijke verantwoordelijkheid van de raad, in situaties waarin sprake was van een vrije beleidsruimte van de gemeente die door de gemeenteraad is ingevuld op een wijze die in strijd is met de belangen van een contractspartner van de gemeente.<sup>7</sup> Dat is misschien wel de belangrijkste conclusie uit deze uitspraak: het staat (ook) gemeenten niet zonder meer vrij om gemaakte afspraken over te realiseren woningbouwprojecten naast zich neer te leggen zonder daarmee schadelijch te worden jegens hun contractpartners, ook niet als dit geschiedt op basis van beleidskeuzes die in situaties van sterk verminderde woningbouwbehoefte vanuit het publieke belang wellicht alleszins gerechtvaardigd zijn.

A. M. Ubink

<sup>7</sup> Zie Gerechtshof Arnhem 27 juni 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY5418 inzake Waterfront Harderwijk en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 november 2016, zaaknr. 200.159.492, n.g.. Zie over de uitspraken van de Rechtbank Gelderland in laatstgenoemde kwestie en in de onderhavige kwestie Bronckhorst ook: A.G. Bregman, Gebiedsontwikkeling anno 2016: enkele aspecten uit de jurisprudentie in vogelvlucht (Deel 1), TBR 2016/32.

TBR 2018/51

# Wetgeving

## Wet aanpassing bestuursprocesrecht

Brief van de Minister van Rechtsbescherming aan de Voorzitter van de Eerste Kamer, d.d. 9 februari 2018, aangaande aanbidding van het rapport Evaluatie artikel 8:69a Awb en artikel 6:22 Awb. (*Kamerstukken I* 2017/18, 32 450, I)

Brief van de Minister van Rechtsbescherming aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, d.d. 9 februari 2018, aangaande het rapport Evaluatie Bestuurlijke lus Awb en internationale rechtsvergelijking. (*Kamerstukken II* 2017/18, 34 107, nr. 2)

## Ruimtelijke ordening

Verslag van een algemeen overleg van de vaste commissie van Binnenlandse Zaken van de Tweede Kamer met de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, vastgesteld op 15 februari 2018. (*Kamerstukken II* 2017/18, 29 383, nr. 292)

## Boven- en ondergrondse netwerken

Nader voorlopig verslag van de vaste commissie voor Economische Zaken en Klimaat/Landbouw, Natuur en voedselkwaliteit, vastgesteld op 16 febr-

ari 2018, aangaande de Wet informatie-uitwisseling bovengrondse en ondergrondse netten en netwerken). (*Kamerstukken I* 2017/18, 34 739, E)

## Milieurecht

Besluit van 25 januari 2018, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de wijziging van het Besluit geluid milieubeheer en het Besluit geluidhinder. (*Stb.* 2018,31)

## Woningmarkt

Brief van de voorzitter van de Tweede Kamer aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, d.d. 29 januari 2018, aangaande de eindrapportage Samenwerkingstafel middenhuur. (*Kamerstukken II* 2017/18, 32 847/27 926, nr. 316)

## Aanbestedingsrecht

Brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat aan de voorzitter van de Tweede Kamer, d.d. 16 februari 2018, aangaande actieagenda Beter Aanbesteden. (*Kamerstukken II* 2017/18, 34 252, nr. 4)

**ESCL  
THESIS PRIZE**

**First prize:  
€ 2.500,-**  
2nd prize: € 1.000,-

**Requirements:**

- Construction law relevant topic
- Graded between:  
1st of June 2017 - 30th of May 2018

- Architecture/civil engineering
- Construction and engineering contracts
- Professional liability of architects or engineers
- Contract administration
- Procurement law
- Law on transfer of property
- PFI
- Arbitration/mediation/dispute resolution/avoidance/litigation
- Tort law

For more information about the ESCL in general or the ESCL Thesis Prize in particular (i.e. the Thesis Prize Regulations), please visit

[www.escl.org](http://www.escl.org)

# Literatuuroverzicht

## Schuldeisersverzuim

In dit boek gaat *C.A. Streefkerk* in op de figuur van schuldeisersverzuim. Daar kunnen vaak heel verschillende oorzaken aan ten grondslag liggen, en vaak wordt schuldeisersverzuim ook niet als zodanig erkend. Aan de hand van de wettelijke regeling wordt schuldeisersverzuim toegelicht, waarbij ook verband en verschil met andere rechtsfiguren aan de orde komt.

(ISBN 9789013089684, Deventer: Wolters Kluwer 2018)

## Nieuwe technologieën, nieuw privaatrecht?

*H.N. Schelhaas, A.I. Schreuder en K.K.E.C.T. Swinnen* gaan in op de vraag of het privaatrecht voldoende flexibel is om weerstand te bieden aan nieuwe veelomvattende technologische veranderingen. Onderwerpen als robotisering, cybersecurity, smart contract en digitalisering worden besproken, en laten zien dat op bepaalde punten inderdaad nieuwe regels noodzakelijk zijn.

(ISBN 9789462904392, Den Haag: BJu 2018)

## Zo werkt gebiedsontwikkeling. Handboek voor studie en praktijk

*W.C.T.F. de Zeeuw* gaat in een boek ter ere van zijn afscheid van de praktijkleerstoel Gebiedsontwikkeling aan de TU Delft in op allerlei aspecten van gebiedsontwikkeling. Het proces, de partijen, de financiën, samenwerkingsvormen, maar ook participatie, de rol van het omgevingsrecht en planvorming komen aan de orde. De auteur geeft veel praktijkvoorbeelden en schuwt niet om zijn opinie kenbaar te maken ten aanzien van trends en praktijken

die het vakgebied zijns inziens ondermijnen.

(ISBN 9789082781106, TU Delft, 2017)

## Gedoogplichten nu en straks; wat verandert er in de Omgevingswet?

*H. Zeilmaker en J.W.M. Hage-laars* gaan in deze bijdrage in op de wijze waarop gedoogplichten worden geregeld in de Omgevingswet. Daartoe gaan zij eerst in op een bespreking van het huidige, versnipperde, stelsel. Dan gaan zij in op de noodzaak aan aanpassingen, zowel inhoudelijk als procedureel. Tot slot bespreken zij de regeling in de Omgevingswet. Concluderend stellen de auteurs dat voornamelijk de uniformering van de schadevergoeding een grote verbetering is onder de Omgevingswet. Wel bevelen de auteurs aan de invulling van het criterium dat de belangen van de rechthebbende ontegening vorderen te herzien.

(BR 2018/1)

## Trekken aan een willekeurige draad. Het Europese Hof over de aanwijzing van de Leenheerenpolder als Natura 2000-gebied

Nederland had het voornemen de Leenheerenpolder aan te wijzen als een Natura-2000 gebied, maar kwam later op dit voornemen terug. Vanwege een gewijzigd beleid, werden voortaan geen gebieden meer aangewezen op basis van ontwikkelingspotentieel, maar alleen nog op basis van de actuele situatie. Door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State werden prejudiciële vragen gesteld aan het Europese Hof, met betrekking tot de vraag onder welke omstandigheden en voorwaarden in een

laat stadium van de aanwijzingsprocedure kan worden afgezien van een voorgenomen aanwijzing. *H.E. Woldendorp* bespreekt in deze bijdrage de antwoorden van het Europese Hof, waarbij de juridische context uitgebreid aan de orde komt.

(BR 2018/2)

## Vastgoedtransacties zonder kwaliteitsrekening

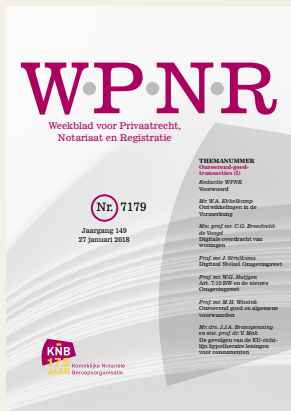
In deze bijdrage gaat *M.M.G.B. van Drunen* in op vastgoedtransacties zonder het gebruik van een kwaliteitsrekening, die momenteel vaak tussen gelieerde partijen plaatsvinden. De auteur verwacht dat dat in de toekomst ook niet aan elkaar gelieerde partijen voor rechtstreekse betaling zullen kiezen en onderzoekt daarom de vraag of het voor de notaris toch mogelijk is om daarbij enige mate van zekerheid te creëren.

(WPNR 2018/7180, p. 131-140)

## Onroerend goed en algemene voorwaarden

*M.H. Wissink* bespreekt in deze bijdrage de Europese Richtlijn 1993/13. Deze Richtlijn heeft een grote invloed op het Nederlandse recht. Ook gaat de auteur in op de vragen die deze Richtlijn oproept bij de toepassing van Nederlands recht. De auteur bespreekt eerst de inhoud en het brede toepassingsbereik van de Richtlijn. Dan gaat hij in op verschillende ontwikkelingen waartoe de uitleg van de Richtlijn door het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft geleid, zoals onder meer ambtshalve toetsing van bedingen in consumentenvoorwaarden, de noodzaak van duidelijke formulering van deze bedingen, de oneerlijkheidstoets en de gevolgen die een oneerlijk beding kan hebben. Welke

uitwerking de genoemde ontwikkelingen in de Nederlandse rechtsorde zullen hebben is nog onduidelijk. Ook is nog onduidelijk of de Richtlijn bescherming verleent wanneer een wederpartij van een gebruiker van algemene voorwaarden eerst consument was, maar later niet-consument. (WPNR 2018/7179, p. 71-78)



## Art. 7:15 BW en de nieuwe Omgevingswet

Artikel 7:15 BW bepaalt dat een verkoper het moet mededelen wanneer op de onroerende zaak die hij verkoopt een bijzondere last of beperking rust. Dat geldt, zoals uit het arrest Bos/Smeenk van de Hoge Raad blijkt, ook voor publiekrechtelijke lasten en beperkingen. *W.G. Huijgen* blijkt in deze bijdrage vooruit op de toekomst van de verzekering van de kenbaarheid van publiekrechtelijke lasten en beperkingen onder de Omgevingswet. Met de Omgevingswet zal de Wkpb namelijk in beginsel ingetrokken worden. De auteur toont aan dat het van groot belang is dat er in het nieuwe stelsel een wijze van tijdregistratie van de publiekrechtelijke beperkingen ten aan-

zien van het perceel wordt opgenomen. (WPNR 2018/7179, p. 65-70)

## Digitaal Stelsel Omgevingswet

In deze bijdrage van de hand van *J. Struiksma* staat de ontwikkeling van het digitaal stelsel omgevingswet (DSO) centraal. De invoering van dit stelsel staat in relatie tot de inwerkingtreding van de Omgevingswet. Voor de totstandkoming van het DSO is een transitie nodig van bestaande voorzieningen en elektronische documenten naar nieuwe omgevingen met andere standaarden. De auteur beschrijft de huidige stand van zaken in de ontwikkeling en voorziet deze van commentaar. Daarnaast gaat hij in op het advies van het Bureau ICT-toetsing (BIT) over het DSO en de reactie hierop van de minister. Concluderend blijkt dat het DSO te ambitieus is ingezet en dat de kosten hoog oplopen. De auteur benadrukt dat andere keuzes gemaakt moeten worden, omdat het DSO anders ten onder zal gaan en daarbij mogelijk de Omgevingswet zal meesleuren in haar val.

(WPNR 2018/7179, p. 58-64)

## Ontwikkelingen in de Vormgeving

*W.A. Ekkelkamp* beschrijft hoe recentelijk de wetgeving omtrent de Vormgeving werd aangepast. Dit was nodig omdat een koper ondanks een geldige Vormgeving de koopsom niet aan een passende notaris kon overmaken wanneer sprake was van een onder de koper gelegd derdenbeslag. Deze blokkade is nu verdwenen. Andere kwesties zijn echter onduidelijk gebleven, zoals de vraag

welke ruimte er bestaat om in het geval van een derdenbeslag toch aan de notaris te betalen en de vraag wat onder overschot valt in de surplus theorie. De auteur wil de discussie over deze en andere kwesties bevorderen. Dit doet de auteur vanuit de casuspositie van derdenbeslag onder de koper gelegd door een schuldeiser van de verkoper.

(WPNR 2018/7179, p. 42-49)

## Openbare zaken in eigendom van de overheid en de grens tussen publiek- en privaatrecht (I)

In dit eerste deel van een tweedelige bijdrage staat de vraag centraal hoe overheidseigendom met betrekking tot openbare zaken gepositioneerd is en of en hoe deze positionering aanpassing behoeft. Dit deel bespreekt de vraag hoe publiek- en privaatrecht zich onderling verhouden naar geldend recht op het gebied van openbare zaken die overheidseigendom zijn. *P.J. Huisman* gaat eerst in op de reikwijdte van het begrip 'openbare zaak', het rechtskarakter van dit begrip en het recht dat hierop van toepassing is. Ook komt het verschil tussen gewoon en bijzonder gebruik van openbare zaken aan de orde. Dat verschil is van belang voor de vraag of de overheid burgers toestemming kan weigeren om een openbare zaak te gebruiken of deze aan voorwaarden kan verbinden. Daarnaast komen nog de mogelijkheden aan bod waarmee de overheid handhavend op kan treden via het publiek- en/of het privaatrecht en of daarin keuzevrijheid is. De auteur stelt zich de vraag of er een publiekrechtelijke eigendomsfiguur ontwikkeld zou moeten worden.

(WPNR 2018/7181, p. 141-151)





European Society of Construction Law



**Summer School 2018  
Comparative European Construction  
Contract & Procurement Law**

Photo: Jurriaan Brobbel/Gemeente Den Haag

**WHEN?**

Monday July 2<sup>nd</sup> - Saturday July 7<sup>th</sup> 2018

**FOR WHOM?**

Master law students and others interested in construction law

**WHERE?**

The Hague, the Netherlands

**TAUGHT BY**

Top lawyers and professors in construction and procurement law

**More information:  
[www.escl.org](http://www.escl.org) or [www.ibr.nl/summerschool](http://www.ibr.nl/summerschool)**

# Recent verschenen:

## Juridisch Handboek Gebiedsontwikkeling (2<sup>e</sup> druk)

Prof. dr. ir. A.G. Bregman, mr. A.Z.R. Koning & mr. R.W.J.J. de Win



Bij gebiedsontwikkeling is sprake van een gecombineerde ontwikkeling van één of meer functies, mede in relatie tot het omliggende openbare gebied. De essentie van gebiedsontwikkeling is het integrale karakter van de opgave, ongeacht de schaal waarop de ontwikkeling plaatsvindt. Gebiedsontwikkeling is daarmee een verzamelnaam voor vele typen ruimtelijke veranderingsprocessen ten behoeve van onder meer woningbouw, bedrijventerreinen, natuur en agrarische functies.

De afgelopen jaren is het karakter van gebiedsontwikkeling op veel plaatsen ingrijpend veranderd. Waar in het verleden een grootschalige aanpak en een hoog 'blauwdrukarakter' van veel plannen kenmerkend waren, wordt nu veel meer rekening gehouden met toekomstige onzekerheden. Ook is

het zwaartepunt van de gebiedsontwikkelingsopgave verschoven van uitleglocaties naar locaties binnen het bestaande bebouwde gebied.

Bij gebiedsontwikkeling vraagt een aantal aspecten voortdurend de aandacht zoals de verhouding tussen het publiekrecht en het privaatrecht, een juiste en doelmatige planologische inkadering, aanbestedingsrechtelijke kwesties, staatssteun, fiscale aspecten en het omgaan met risico's. Voor de doelgroep beoogt het Handboek een gedegen theoretische basis op deze onderwerpen aan te reiken, alsmede inspiratie te verschaffen uit de beschreven actuele voorbeelden van gebiedsontwikkeling.

Deze titel is beschikbaar in boekvorm (hardcover), voor tablets, op [www.ibrtracker.nl](http://www.ibrtracker.nl) en via Legal Intelligence. Meer info via [publicaties@ibr.nl](mailto:publicaties@ibr.nl).

**LEGAL**INTELLIGENCE

Beter zoeken. Zeker weten.

**IBR** Tracker

### Auteurs:

prof. dr. ir. A.G. Bregman, mr. A.Z.R.  
Koning & mr. R.W.J.J. de Win  
ISBN 978-94-6315-027-9  
372 pagina's

### Bestellen:

Prijs: € 54,95  
[www.ibr.nl/jhg](http://www.ibr.nl/jhg)  
fax: 079-5937411

**ibr**  
Instituut voor bouwrecht

Voor meer informatie over deze en andere publicaties, zie ook: [www.ibr.nl/publicaties](http://www.ibr.nl/publicaties)

### Eindredactie

mr. R.W.M. Kluitenberg

### Redactie

prof. dr. ir. A.G. Bregman  
mr. dr. E.M. Bruggeman  
prof. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis  
mr. F.A.M. Hobma  
mr. J.J. Karens  
mr. A.Z.R. Koning  
mr. N. van Wijk-van Gilst

### Redactiesecretaris

Dana Buis

### Annotaties

Annotaties worden verzorgd door een vaste groep van auteurs die actief is op verschillende deelgebieden. Voor meer informatie en de namen van de auteurs zie [www.ibr.nl/tbr](http://www.ibr.nl/tbr)

### Redactieraad

prof. mr. A.G.A. Nijmeijer (vz.)  
mr. R.G.T. Bleeker  
prof. mr. P.J.J. van Buuren  
mr. A.M.B. Chao  
mr. J.J. Dammingh  
mr. M.A.M. Dieperink  
prof. mr. dr. S. van Gulijk  
prof. mr. J.M. Hebly  
mr. J.A.W. Huijben  
prof. mr. C.E.C. Jansen  
prof. mr. N.S.J. Koeman  
mr. dr. D. Korsse  
prof. mr. P.H.L.M. Kuypers  
prof. mr. D.A. Lubach  
mr. J.S. van Luik  
mr. M. Lurks  
mr. dr. E.R. Manunza

prof. mr. G.W.A. van de Meent  
prof. mr. R.F.H. Mertens  
mr. H.C.W.M. Moesker  
prof. mr. drs. C.M.D.S. Pavillon  
mr. ing. Charles H.N.M. Petit  
prof. mr. H.D. Ploeger  
mr. ing. B. Rademaker  
prof. mr. drs. B.P.M. van Ravels  
prof. mr. H.F.M.W. van Rijswijk  
prof. mr. dr. H.D. van Romburgh  
mr. F. Ronner  
mr. S.J.H. Rutten  
prof. mr. B.J. Schueler  
prof. mr. J.A.M.A. Sluysmans  
prof. mr. J. Struiksma  
mr. J. Verbeek  
mr. F.J. Vonck  
mr. A.G.J. van Wassenaer  
mr. D.E. van Werven

### Redactie-adres

Instituut voor Bouwrecht  
Postbus 93077  
2509 AB Den Haag  
tel. 070-3245544  
fax 070-3282074  
[redactie@ibr.nl](mailto:redactie@ibr.nl),  
[www.ibrtracker.nl](http://www.ibrtracker.nl)

### Uitgever

Stichting Instituut voor Bouwrecht  
Postbus 93077  
2509 AB Den Haag  
[info@ibr.nl](mailto:info@ibr.nl), [www.ibr.nl](http://www.ibr.nl)

### Abonnementenadministratie

tel. 070-3245544  
fax 070-3282074  
[klantenservice@ibr.nl](mailto:klantenservice@ibr.nl)

### Abonnementsprijs 2018 (incl. btw)

folio: € 334,50 per jaar (inclusief opbergband)  
online: € 334,50 per jaar  
combinatie: € 476,00 per jaar  
studenten: 50% korting  
losse nummers: € 30,25  
Voor abonnees in het buitenland geldt een toeslag i.v.m. verzendkosten

### Actualiteiten Bouwrecht 2018 (incl. btw)

jaarabonnement: € 141,50  
verschijnt wekelijks  
[redactie@ibr.nl](mailto:redactie@ibr.nl)  
[www.ibrtracker.nl](http://www.ibrtracker.nl)

### Aanbevolen citeerwijze

TBR 2018/<artikelnummer>, p. ...

### Advertentie-exploitatie

Voor adverteren in dit medium kunt u contact opnemen met het Instituut voor Bouwrecht.  
Tel. 070-3141502, [info@ibr.nl](mailto:info@ibr.nl)

ISSN 1874-8724

# ‘Altijd up to date’

mr. ing. Jos van de Vijver  
(zelfstandig bouwrechtadvocaat  
en mediator te Workum)



**IBR** Tracker

**LEGAL**INTELLIGENCE

Beter zoeken. Zeker weten.

IBR Tracker is het online kennisplatform van het Instituut voor Bouwrecht waarin opgenomen: Tijdschrift voor Bouwrecht (incl. archief), IBR publicaties, Praktijkboeken, Bouwrecht Monografieën, VBR preadviezen, Feestbundels, Actualiteiten Bouwrecht en meer.

Altijd en overal relevante bouwrechtelijke kennis binnen handbereik!  
Ook doorzoekbaar via Legal Intelligence.

[www.ibr.nl/ibrtracker](http://www.ibr.nl/ibrtracker) of e-mail [publicaties@ibr.nl](mailto:publicaties@ibr.nl)