

TIJDSCHRIFT VOOR BOUWRECHT

TIBR

Hijsongeval Alphen aan den Rijn. Hoe omgevingsveiligheid te regelen?

— Mr. H.C.W.M. Moesker

Het onderscheid tussen mitigatie en compensatie anno 2018

— Mr. dr. R.H.W. Frins

De bodem van de fysieke leefomgeving. De Aanvullingswet bodem in de Omgevingswet

— Mr. M.C. Brans en C.M. Grobben

De 110^e verjaardag van de eerste uitspraak van de Raad van Arbitrage. Het scheidsgerecht verricht al direct baanbrekend werk

— Mr. Y.R.R.R. de Mul

Kroniek adviezen Commissie van Aanbestedingsexperts

— Mr. B.J.H. Blaisse-Verkooijen,
mr. J.C. Binnerts en mr. L. Knoups

11

NOVEMBER 2018



NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN

IBR/VBR/VBR-A studiebijeenkomsten

Studiedag Juridische aspecten van ontwerpen en bouwen met BIM

Datum: Woensdag 14 november 2018

Locatie: Utrecht

Studiemiddag Actualiteiten algemene voorwaarden

Datum: Woensdag 21 november 2018

Locatie: Utrecht

Studiemiddag Energietransitie in de bebouwde leefomgeving

Datum: Donderdag 22 november 2018

Locatie: Den Haag

Studiedag Staatssteun; regels en rechtspraak (I en II)

Datum: Dinsdag 27 november 2018

Locatie: Utrecht

Actualiteitencollege Bestuursrechtelijk toezicht en handhaving

Datum: Woensdagmiddag 28 november 2018

Locatie: Den Haag

Actualiteitencollege Aanbestedingsrecht

Datum: Donderdagmiddag 6 december 2018

Locatie: Utrecht

VBR Jaarvergadering: Circulair bouwen

Vrijdag 7 december 2018

Locatie: Utrecht

Studiemiddag Blockchain en het bouwrecht

Datum: Dinsdag 11 december 2018

Locatie: Utrecht

Actualiteitencollege Jurisprudentie omgevingsrecht

Datum: Vrijdagmiddag 14 december 2018

Locatie: Utrecht

Lustrumbijeenkomst 50 jaar Instituut voor Bouwrecht

Datum: Dinsdagmiddag 18 december 2018

Locatie: Den Haag

Studiemiddag Schadevergoedingsrecht in het gemene recht en het bouwrecht

Datum: Donderdag 20 december 2018

Locatie: Utrecht

Actualiteitencollege Jurisprudentie appartementsrecht

Datum: Dinsdagmiddag 29 januari 2019

Locatie: Utrecht

Voor meer informatie over deze bijeenkomsten en aanmelding, ga naar www.ibr.nl/agenda. Hier treft u tevens het volledige onderwijsprogramma aan.



instituut voor bouwrecht

VU LAW
ACADEMY

Meer informatie en
inschrijven: vulaw.nl

Cursusleiders:
prof. mr. Chris Jansen
en mr. Sophie Prent

Kom voor uw Aanbestedingsrecht opleiding naar de VU!

- Leergang Aanbestedingsrecht voor inkopers (13 maart 2019)
- Leergang Aanbestedingsrecht voor juristen (7 maart 2019)
- Leergang Verdieping Aanbestedingsrecht voor inkopers **NIEUW**
- Masterclass Aanbestedingsrecht (december 2018) (najaar 2019)

VU VRIJE
UNIVERSITEIT
AMSTERDAM

IS VERDER KIJKEN

Gastcolumn

- 168** *Mr. H.C.W.M. Moesker.* Hijsongeval Alphen aan den Rijn. Hoe omgevingsveiligheid te regelen? / p. 1096

Artikelen

- 169** *Mr. dr. R.H.W. Frins.* Het onderscheid tussen mitigatie en compensatie anno 2018 / p. 1100
- 170** *Mr. M.C. Brans en C.M. Grobben.* De bodem van de fysieke leefomgeving. De Aanvullingswet bodem in de Omgevingswet / p. 1109
- 171** *Mr. Y.R.R.R. de Mul.* De 110e verjaardag van de eerste uitspraak van de Raad van Arbitrage. Het scheidsgerecht verricht al direct baanbrekend werk / p. 1122
- 172** *Mr. B.J.H. Blaisse-Verkooijen, mr. J.C. Binnerts en mr. L. Knoups.* Kroniek adviezen Commissie van Aanbestedingsexperts / p. 1130

Praktijk

- 173** *Mr. W.J.M. Herber.* Acceptatie en Wijzigingen: een ongelukkig huwelijk / p. 1148

Jurisprudentie

I. Ruimtelijk orderingsrecht

- 174** Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 3 oktober 2018, No 2017036699/1/R6, ECLI:NL:RVS:2018:3224 (Bestemmingsplan en omgevingsvergunning Kaag en Braassem) (m.nt. H.J. de Vries) / p. 1150

II. Wabo c.a.

- 175** Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 26 september 2018, No. 201706794/1/A1, ECLI:NL:RVS:2018:3097 (Kwalificatie dakvlonder als bouwwerk) (m.nt. B. Rademaker) / p. 1159

III. Bestuursrechtelijke schadevergoeding

- 176** Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 3 oktober 2018, No. 201601267/2/A2, ECLI:NL:RVS:2018:3192 (Lunet/Breda) (m.nt. B.S. ten Kate) / p. 1162

IV. Grondbeleid

- 177** Hoge Raad, 21 september 2018, No. 17/02070, ECLI:NL:HR:2018:1694 (Bodembestanddelen uiterwaarden IJssel) (m.nt. J.A.M.A. Sluysmans) / p. 1169

V. Aanneming van werk

- 178** Raad van Arbitrage voor de Bouw, 7 juli 2017, No. 35.335, (Opeisbaarheid prestatie) (m.gastnt. R.J. Kwaak) / p. 1174

VI. Fiscaal bouwrecht

- 179** Hoge Raad, 5 oktober 2018, 16/04577, ECLI:NL:HR:2018:1866 (Nieuw vervaardigd goed of btw-bouwterrein of een levering tijdens de bouw-fase) (m.gastnt. M.A. Bonthuis-Broekman) / p. 1187

Wetgeving / p. 1192

Literatuur / p. 1195

De abonnementsstarieven voor 2019 zijn in het colofon (achterin) opgenomen. De tarieven voor IBR Tracker abonnementen worden voor 2019 met 1,5% verhoogd.

Hijsongeval Alphen aan den Rijn

Hoe omgevingsveiligheid te regelen?

– Mr. H.C.W.M. Moesker¹

1. Alphen aan den Rijn

Even terug in de tijd. Op 3 augustus 2015 zou het nieuwe brugdeel in de Koningin Juliana-brug in Alphen aan den Rijn gehesen worden. Hiervoor werden een kleine kraan (400 ton) en een grote kraan (700 ton) ingezet. Deze twee mobiele hijskranen zouden vanaf pontons gelijktijdig, met 'tandem'-hijs, het brugdeel van een derde ponton tillen. Vervolgens zou het brugdeel tussen de kranen in worden gemanoeuvreed om het daarna te kantelen naar een vrijwel horizontale positie. De pontons zouden met het brugdeel tussen de kranen in naar de 100 m verderop gelegen Julianabrug varen. Hier zou het brugdeel in de bestaande constructie worden gehesen en gemonteerd. Bij het tussen de kranen in manoeuvreren van het brugdeel kantelden beide pontons met de kranen en het gehesen brugdeel. De hele opstelling kwam terecht op de naastliggende bebouwing. Een aantal woningen en winkelpanden werd totaal verwoest. De consternatie was groot omdat gevreesd werd dat mensen onder het puin waren bedolven. Als bij wonder vielen er geen slachtoffers.²

Het ongeval wordt door de Onderzoeksraad voor Veiligheid (Onderzoeksraad) verklaard door tekortkomingen in de voorbereiding van de werkzaamheden door het kraanbedrijf en het pontonbedrijf. Het uitgangspunt van het hijswerk was het hijsplan. Hoewel de renovatie zou worden uitgevoerd in dichtbebouwd gebied, zo constateert de Onderzoeksraad, was er geen aandacht voor de veiligheid van mensen in de omgeving van de bouwplaats. Partijen vertrouwden op elkaars expertise en leunden op de verantwoordelijkheid van andere partijen in de keten. In de risico-overzichten van de bouwcombinatie, opdrachtnemer van de renovatie, werd voor de beheersing verwezen naar het hijsplan. Door hier geen voorwaarden of toetsing aan te verbinden, was sprake van een onbeheerst

proces. De gemeente stond als opdrachtgever bewust op afstand van de uitvoering. De werkzaamheden in de uitvoering, waaronder het hijswerk, bleven buiten beeld, net als de hieraan verbonden veiligheidsrisico's voor de omgeving. De gemeente nam het hijsplan voor kennisgeving aan. Ook als vergunningverlener voor de renovatie voorzag de gemeente niet in een vangnet. De gemeente achtte een bouwveiligheidsplan, dat als vereiste kan worden gesteld bij de vergunningaanvraag, niet nodig.³

2. Brief van de minister van BZK

Naar aanleiding van het hiervoor genoemde rapport van de Onderzoeksraad en de daarin opgenomen aanbevelingen⁴ heeft de minister van BZK de vraag laten onderzoeken hoe één centrale partij contractueel verantwoordelijk kan worden gemaakt voor de veiligheid op en rond de bouwplaats en daarover de Tweede Kamer bericht in een brief.⁵ De minister heeft in die brief aangegeven de UAV 2012 aan te zullen passen, met inachtneming van de voorstellen in het rapport van het IBR dat genoemd onderzoek heeft verricht.⁶ De minister merkt tevens op dat door het bouwbedrijfsleven in de begeleidingscommissie is gepleit om niet te volstaan met privaatrechtelijke maatregelen, maar ook publiekrechtelijk één centrale partij voor de omgevingsveiligheid voor te schrijven in de bouwreggeving. Door dit publiekrechtelijk te regelen moet dan altijd één centrale partij voor omgevingsveiligheid verantwoordelijk zijn, ook als dit niet privaatrechtelijk is afgesproken. Hiervan kan niet worden afgeweken. De minister zegt daarover dat dit (uitgangspunt) voor arbeidsveiligheid publiekrechtelijk al geregeld is in het Arbeidsomstandighedenbesluit en daarom bereid te zijn de bouwregelgeving op het punt van omgevingsveiligheid hiervoor aan te passen in lijn met de arbeidsveiligheid.⁷

¹ Eric Moesker was concernjurist gemeente Delft en is rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Oost-Brabant.

² Rapport Onderzoeksraad voor Veiligheid 'Hijsongeval Alphen aan den Rijn' 3 augustus 2015, d.d. 29 juni 2016, p. 6.

³ T.a.p. p. 6-7.

⁴ T.a.p. p. 10-12.

⁵ Brief van de minister van BZK d.d. 3 september 2018 aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2017/18, 28 325, nr. 177.

⁶ T.a.p. p. 2.

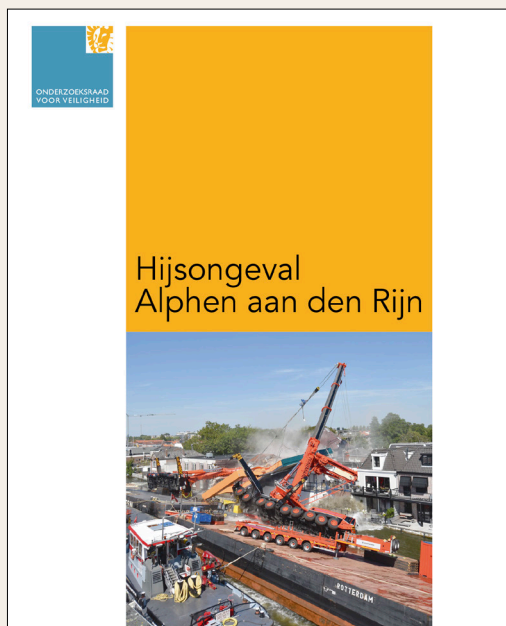
⁷ T.a.p. p. 2.

3. Rapport IBR

Gelet op de vraag van de minister en de daarop volgende opdracht is het IBR met een begeleidingscommissie nagegaan of en zo ja hoe de standaardvoorwaarden DNR 2011, UAV 2012 en UAV-GC 2005 zodanig aangepast kunnen worden dat omgevingsveiligheid daarin opgenomen wordt. Het IBR heeft op 12 juli 2018 een rapport⁸ uitgebracht, met daarin voorstellen aan de hand van de 'Handleiding stappenplan Veiligheid & Gezondheid (V&G) voor opdrachtgevers'.⁹ Op de voorstellen tot aanpassing van de DNR 2011 zal hier, gelet op de beschikbare ruimte, niet verder worden ingegaan.¹⁰ Aanpassing van de UAV-GC 2005 is volgens het IBR niet nodig.¹¹

Met betrekking tot de UAV 2012 stelt het IBR voor om een algemene bepaling, als derde zin, toe te voegen aan § 6 (Verplichtingen van de aannemer) lid 1, inhoudende een verplichting voor de aannemer: indien in het bestek of een ander document dat deel uitmaakt van de overeenkomst bepalingen zijn opgenomen betreffende veiligheid en gezondheid is hij verplicht bij het uitvoeren van de overeenkomst te handelen met inachtneming van deze bepalingen. Ook kan § 6 lid 2 aangepast worden: de aannemer is verplicht het werk uit te voeren volgens door de directie te verstrekken tekeningen alsmede volgens tekeningen afkomstig van de aannemer en goed te keuren door de directie, welke laatste tekeningen gemaakt zijn met inachtneming van hetgeen omtrent veiligheid en gezondheid is bepaald in het bestek of in een ander document dat deel uitmaakt van de overeenkomst.

Tevens adviseert IBR het volgende toe te voegen aan § 5 (Verplichtingen van de opdrachtgever) lid 1: indien de aard van het werk en de werkzaamheden hiertoe aanleiding geven, organiseert de directie vóór de aanvang van het werk een bespreking over veiligheid en gezondheid. Bij deze bespreking zijn in ieder geval de Veiligheid en Gezondheid Coördinator Ontwerp of een andere persoon belast met de zorg voor veiligheid en gezondheid in de ontwerpfase zijdens de opdrachtgever aanwezig en indien deze door de aannemer dan wel door een derde benoemd, de Veiligheid en Gezondheid Coördinator Uitvoeringsfase. Voorafgaand aan deze bespreking worden aan de aannemer de RI&E ter



Voorblad van het rapport van de Onderzoeksraad voor Veiligheid 'Hijsongeval Alphen aan den Rijn'

beschikking gesteld en indien van toepassing het V&G plan en het V&G dossier. Van deze bespreking wordt door de directie een verslag gemaakt door directie en aannemer te ondertekenen. Indien de directie deze bespreking niet organiseert, zal de aannemer vóór de aanvang van het werk om het houden van die bespreking verzoeken. De directie zal aan dit verzoek gevolg geven.

Daarnaast kan een bepaling 16b aan § 6 lid 16 toegevoegd worden: indien een aannemer verantwoordelijk voor de coördinatie veiligheid en gezondheid uitvoering is benoemd, draagt deze zorg voor de completering en actualisering tijdens de uitvoering van het V&G-plan en het V&G-dossier, zoals aan de aannemer ter beschikking gesteld.

IBR stelt voor een lid aan § 5 toe te voegen: indien verschillende werken in elkander grijpen draagt de opdrachtgever er zorg voor dat voorafgaande aan de werkzaamheden door de aannemer een coördinator gezondheid en veiligheid uitvoering is opdraggen.

Ten slotte wordt geadviseerd toe te voegen aan § 27 (Dagboek, lijsten, verslagen van bouwvergaderingen) lid 1: - de completering en actualisering tijdens de uitvoeringsfase van het V&G-plan en het V&G-dossier met name gezien de stand van het werk, de gekozen uitvoeringsmethode, wijzigingen in het ontwerp en mogelijk gewijzigde externe factoren, - indien en voor zover van toepassing: het verslag van de aannemer van zijn besprekingen met onderaannemers en het verslag van de besprekin-

⁸ Rapport IBR Omgevingsveiligheid en de DNR 2011, de UAV 2012 en de UAV-GC 2005, d.d. 12 juli 2018, van de hand van M.A.B. Chao-Duivis.

⁹ Handleiding stappenplan V&G voor opdrachtgevers d.d. 1 maart 2018. Het RVB heeft met deze handleiding mede invulling gegeven (Kamerstukken II 2017/18, 28 325, nr. 167) aan de aanbevelingen van de Onderzoeksraad in het rapport Hijson in het hart van de stad: ongeval bouwplaats Rijnstraat, d.d. 26 april 2016.

¹⁰ Zie voor de betreffende aanbevelingen het rapport van het IBR p. 13, 14, 16 en 20. Wel kan kort gesteld worden dat de methodologische beoordeling als in deze column gehanteerd is t.a.v. de UAV 2012 wat resultaat betreft eenzelfde beeld oplevert t.a.v. de DNR 2011.

¹¹ T.a.p. p. 29-33.

gen van de directie met nevenaannemers betreffende de hiervoor genoemde onderwerpen (of: betreffende onderwerpen die betrekking hebben op veiligheid en gezondheid).

4. Noodzaak nieuwe regelingen?

Zoals meestal dient ook in het hier aan de orde zijnde geval een aantal voor de hand liggende vragen beantwoord te worden: a. Bestaat er een noodzaak om iets nieuws te regelen? b. Moet dat privaatrechtelijk gebeuren of publiekrechtelijk of beide? c. Hoe moet het geregeld worden (respectievelijk op welk moment in het bouwproces)? Ad a. Omdat de veelheid aan reeds bestaande privaatrechtelijke en publiekrechtelijke normenkaders in de bouw groot is, zorgt een relatief eenvoudige vraag er niet zelden al snel voor dat men terecht komt in een labyrint, waarin naar een adequaat antwoord gezocht moet worden. De privaatrechtelijke normenkaders in een geval als in Alphen aan den Rijn zijn, zoals uit het rapport van het IBR blijkt, inderdaad te vinden in de betreffende contracten en de daarin (desgewenst) van toepassing verklaarde standaardvoorwaarden. Dat zijn de DNR 2011, UAV 2012 en UAV-GC 2005. Daarnaast kunnen ook nog genoemd worden de Richtlijnen kraanfabrikanten (toepassingsgebied kranen). Op de als eerste en laatstgenoemde voorwaarden zal, zoals gezegd, niet verder worden ingegaan. Wat betreft de UAV 2012 zijn daarin, bij extensieve en teleologische interpretatie, zeker aanknopingspunten te vinden voor het momenteel desgewenst al regelen van de omgevingsveiligheid, kijkend naar dezelfde artikelen die het IBR voorstelt aan te passen. Publiekrechtelijk zijn vooral nog en in elk geval de volgende normenkaders in beeld, zoals te lezen is in het rapport van de Onderzoeksraad: 1. de Wabo, artikel 2.1, eerste lid (omgevingsvergunning), artikel 2.4, eerste lid (beslissingsbevoegdheid), artikel 2.10 (weigeringsgronden); 2. Mor artikel 2.2 lid 6 (veiligheidsplan als voorwaardelijk indieningsvereiste); 3. Bouwbesluit, artikel 8.2 (veiligheid in de omgeving), artikel 8.7. (veiligheidsplan); 4. Arbeidsomstandighedenwet, artikel 30, eerste lid (samenwerking); 5. Arbeidsomstandighedenbesluit, artikel 2.28 (V&G-plan), artikel 2.29 (aanstelling coördinatoren); 5. Schepenwet, (certificaten); 6. Schepenbesluit 2004 en 1965 (veiligheidseisen); 7. Bekendmaking aan de Scheepvaart 255/1990 (stabiliteitseisen pontons). Daarbij springen artikel 2.2. lid 6 Mor en de artikelen 8.2. en 8.7. Bouwbesluit er uit als reeds benutbaar op het punt van omgevingsveiligheid. Ad b. Niet zelden ook speelt een rol dat een bepaalde bij de bouw betrokken partij niet zonder meer alleen in een privaatrechtelijke context de verantwoordelijkheid voor bepaalde zaken en gebeurtenissen op zich wil nemen, gelet op de daaruit voortvloeiende gevolgen op het punt van aansprakelijkheid. Te denken valt aan de verwoede landelijke discussies inzake het wetsvoorstel

Kwaliteitsborging voor het bouwen. Zowel op het punt van verzwaaring van de aansprakelijkheid van de aannemer als de wijziging van het toezichtstelsel. De wens van een publiekrechtelijk vangnet komt dan al snel om de hoek kijken. Ad c. De door het IBR voorgestelde aanpassingen van de UAV 2012 zijn goed verdedigbaar en proportioneel te noemen. Ook de plek daarvoor is niet onlogisch en systeemtechnisch zuiver. Mogelijkerwijs - maar de vraag van de minister zag daar niet op - had ook aandacht besteed kunnen worden aan het belangrijke moment van aanbesteden, waar dat aan de orde is, als constituerend onderdeel van het bouwproces. Dat momentum zou wat het aspect (mate van) omgevingsveiligheid betreft, beter en concreter benut kunnen worden. Ondanks dat dit mogelijk uit concurrentieoverwegingen door het bouwbedrijfsleven minder wenselijk geacht wordt. Ook de Onderzoeksraad noemt het moment van aanbesteding als relevant.¹²

5. Conclusie

Welk beeld rijst er op uit wat er nu aan voornemens van de minister ligt? De noodzaak van nieuwe regelingen met betrekking tot omgevingsveiligheid¹³ is zeker verdedigbaar. Privaatrechtelijk is er wat de UAV 2012 betreft weliswaar, bij extensieve en teleologische interpretatie van reeds bestaande regels, in beginsel al wat mogelijk, maar het kan altijd explicieter en duidelijker zo blijkt. Dat is een goede zaak waar het omgevingsveiligheid betreft. Daar kunnen onder omstandigheden mensenlevens mee gemoeid zijn. Toegevoegd kan daaraan worden dat het aanbestedingsmoment, waar dat aan de orde is, als constituerend begin van het bouwproces, wat het aspect (mate van) omgevingsveiligheid betreft, beter en concreter benut zou kunnen worden. Ondanks dat dit mogelijk uit concurrentieoverwegingen door het bouwbedrijfsleven minder wenselijk geacht wordt. Enigszins opmerkelijk is verder dat de minister in de brief aan de Tweede Kamer ongeclausuleerd stelt dat zij de UAV 2012 zal aanpassen, met inachtneming van de voorstellen in het rapport van het IBR. Immers de UAV komen traditioneel paritair tot stand, althans dat is het streven. Dit in tegenstelling tot de DNR. Maar aangenomen mag worden dat de minister een representatief samengestelde commissie zal voorschakelen bij het aanpassen van de UAV 2012. Tenminste wanneer ze de toepasbaarheid binnen de bouwsector zo groot mogelijk wil laten zijn en niet alleen bij bouwcontracten te sluiten door de rijksoverheid. Ook publiekrechtelijk is er al een benutbare component in de vorm van een veiligheidsplan - dat ook op omgevingsveiligheid ziet - als voorwaardelijk indieningsvereiste, maar dat wordt

¹² T.a.p. p. 9.

¹³ I.e. niet Arbo omgevingsveiligheid.

nu mogelijk nadrukkelijker geformuleerd. Ook dat zou begrijpelijk zijn en goed verdedigbaar. Het resultaat moet nog afgewacht worden want het ministerie beraadt zich voorbereidend nog over de vraag waar en hoe het Bouwbesluit 2012 c.a. aan te passen.¹⁴ Maar het geheel illustreert tevens de in ons land blijkbaar lastig te maken keuze in de bouwwereld tussen privaatrechtelijk en/of publiekrechtelijk regelen. Het kernbegrip van de commissie Dekker 'vertrouwen' blijkt in het geval van omgevingsveiligheid, als het aan het bouwbedrijfsleven ligt, namelijk niet eenvoudig privaatrechtelijk vorm te geven zonder publiekrechtelijke inkadering. Maar moet

in een geval van inzet van hijskranen de bouwer respectievelijk het door hem ingeschakelde hijskranen- en pontonbedrijf er eenvoudigweg niet voor zorgen dat die kranen bij het heffen niet omvallen? Dat vooral moet voorkomen worden. Moet de overheid, in dit geval burgemeester en wethouders als bevoegd gezag, daarnaast een onmisbare complementaire rol op zich nemen als publiekrechtelijk vangnet? Zelfs als er privaatrechtelijk niets geregeld is? Dat bij dit alles de omgevingsveiligheid van de plaats waar gebouwd wordt geborgd moet zijn staat als de spreekwoordelijke paal boven water.

¹⁴ De vorige minister van BZK heeft tevens eerder in een bijlage bij een brief (*Kamerstukken II 2017/18, 28 325, nr. 167*) aangegeven de in de Landelijke Richtlijn Bouw- en Sloopveiligheid (van VBWTN van augustus 2018) genoemde veiligheidsafstanden en bouwveiligheidszone (§ 6.2) aan te gaan sturen in het Bouwbesluit 2012. Deze richtlijn ziet op omgevingsveiligheid.

Het onderscheid tussen mitigatie en compensatie anno 2018

– Mr. dr. R.H.W. Frins¹

1. Inleiding

In 2015 schreef ik voor dit tijdschrift een artikel met de titel ‘Het onderscheid tussen mitigatie en compensatie: *alea iacta est?*’.² De aanleiding voor dat artikel was een drietal uitspraken die de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) deed op 24 december 2014, alsmede een uitspraak van 11 februari 2015. Achteraf gezien heb ik terecht een vraagteken geplaatst aan het einde van de titel. Sindsdien is de jurisprudentie met betrekking tot mitigatie en compensatie namelijk nog verder uitgekristalliseerd. Deze zomer is in drie weken tijd een drietal interessante uitspraken aan de bestaande jurisprudentie toegevoegd. Ik doel op de uitspraken van de Afdeling met betrekking tot Windpark Fryslân respectievelijk de Blankenburgverbinding, alsmede op het arrest *Grace en Sweetman* van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof).³ In deze bijdrage bespreek en analyseer ik deze uitspraken (paragrafen 2 tot en met 4). Hierbij gaat het primair om de vraag of de uitspraken van de Afdeling in lijn zijn met de jurisprudentie van het Hof. Ik sluit af met een conclusie (paragraaf 5).

2. Windpark Fryslân

In haar uitspraak van 11 juli 2018 heeft de Afdeling het (gewijzigde) Rijksinpassingsplan ‘Windpark Fryslân’ (hierna: het RIP) en de daarbij behorende uitvoeringsbesluiten (waaronder een vergunning op grond van de Natuurbeschermingswet 1998) beoordeeld.⁴ Kort en goed gaat het om de realisatie

en exploitatie van een windpark met een cluster van 89 windturbines in het Natura 2000-gebied ‘Ijsselmeer’.⁵ Het RIP bestaat uit drie delen: 1) het windpark zelf, 2) het kabeltracé tussen het windpark en de aansluiting op het hoogspanningsnet in Oudehaske, en 3) het werk- en natuureiland van 2 hectare met een luwe zone als voorover van 25 hectare (hierna: het eiland).⁶

Hierna zal het vooral over voornoemd eiland gaan. De reden dat dit eiland wordt aangelegd, is dat in de bouwfase meer ruimte is vereist dan beschikbaar is in de havens rond het Ijsselmeer. Vandaar dat het eiland in de aanlegfase van het windpark zal worden gebruikt voor de op- en overslag van onderdelen, het aanleggen van pontons en schepen met lading (zoals duwbakken met grote turbineonderdelen), de assemblage van onderdelen van de turbines en voor een mobiele betoncentrale. Na het aanbrengen van de eerste rotor gaat het eiland als natuureiland, meer specifiek als mitigerende maatregel, functioneren. Het RIP bevat dan ook een voorwaardelijke verplichting, inhoudende dat het windpark enkel in gebruik mag worden genomen en gehouden indien het eiland is gerealiseerd en in stand gehouden conform het als Bijlage 2 bij het RIP opgenomen mitigatieplan (artikel 6.1.3, onder b RIP).⁷

De appellanten Ijsselmeervereniging en andere zijn echter van mening dat het eiland ten onrechte als mitigerende maatregel wordt aangemerkt. In dit verband is het van belang om op te merken dat uit de uitspraak volgt dat de exploitatie van het windpark mogelijk tot significant negatieve effecten leidt voor de vogelsoorten fuut en zwarte stern.⁸ Dit vanwege een additionele sterfte van 5-10 exemplaren per jaar (zwarte stern) respectievelijk 10-20

¹ Ralph Frins is research fellow bij de vaksectie Bestuursrecht van de Radboud Universiteit in Nijmegen.

² R.H.W. Frins, ‘Het onderscheid tussen mitigatie en compensatie: *alea iacta est?*’, TBR 2015/37, p. 198-205.

³ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2339 (Windpark Fryslân), ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (Blankenburgverbinding) en HvJ EU 25 juli 2018, C-164/17, ECLI:EU:C:2018:593 (*Grace en Sweetman*).

⁴ Het primaire RIP dateert van 18 september 2016. Dit RIP is herzien en op 8 augustus 2017 opnieuw vastgesteld om het in overeenstemming te brengen met het op 20 april 2016 vastgestelde provinciale inpassingsplan ‘Vismigratievriervier’. Zie: ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2339, r.o. 9.

⁵ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2339, r.o. 2 en 20.

⁶ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2339, r.o. 7.

⁷ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2339, r.o. 14-14.5.

⁸ Volledigheidshalve zij erop gewezen dat de exploitatie van het windpark ook tot mogelijk significante effecten voor de vogelsoorten grote zaagbek en dwergmeeuw leidt (zie r.o. 30). Hier gaat de Afdeling echter niet op in, omdat Ijsselmeervereniging en andere die soorten niet expliciet hebben genoemd.

exemplaren per jaar (fuut). Die mogelijk significante effecten kunnen echter worden uitgesloten, indien rekening wordt gehouden met de positieve effecten van het eiland. Concreet gaat het dan om een verbetering van de kwaliteit van het foerageergebied van de fuut, alsmede om een extra rustplaats voor de zwarte stern (hierdoor is deze in staat in een groter gebied te foerageren). IJsselmeervereniging en andere zijn evenwel van mening dat onvoldoende zekerheid bestaat over de positieve effecten van de aanleg van het eiland. Hierbij wijzen zij erop dat onzeker is welke natuurwaarden zich op het eiland zullen ontwikkelen en dat het niet zeker is dat het eiland functioneel zal zijn op het moment dat het windpark in gebruik wordt genomen. Volgens hen is dit in strijd met de jurisprudentie van het Hof, te weten met de arresten *Briels e.a.* (hierna: *Briels*), *Orleans e.a.* (hierna: *Orleans*) en *Kolencentrale Moorborg*.⁹

De Afdeling buigt zich ten eerste over de vraag of de conclusies die in de passende beoordeling worden getrokken met betrekking tot de negatieve effecten van de aanleg en exploitatie van het windpark juist zijn. Die vraag beantwoordt de Afdeling bevestigend.¹⁰ Vervolgens buigt zij zich over de vraag of in het kader van de passende beoordeling terecht rekening is gehouden met de positieve effecten van het eiland. Wat volgt is een kernachtige bespreking van voornoemde arresten van het Hof. Daarna merkt de Afdeling fijntjes op dat het in onderhavige casus gaat om habitats van soorten (lees: leefgebied).¹¹ In de arresten *Briels* en *Orleans* gaat het daarentegen om natuurlijke habitats (lees: habitattypen). Uit die arresten volgt dat het verlies van een habitatype per definitie als een aantasting van de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied moet worden aangemerkt.¹² Dit geldt ook als is voorzien in de realisatie van dat habitatype op een andere locatie in het desbetreffende Natura 2000-gebied. De realisatie van dat habitatype moet dan als een compenserende in plaats van als een mitigerende maatregel worden aangemerkt. Dit heeft tot gevolg dat met de positieve effecten van

die maatregel géén rekening mag worden gehouden in het kader van een passende beoordeling.¹³

Uit onderhavige uitspraak volgt dat het verlies van leefgebied (in casu rust- en foerageergebied) daarentegen niet per definitie als een aantasting van de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied moet worden aangemerkt. Zodoende kan de Afdeling de realisatie van het eiland als een mitigerende maatregel aanmerken, zodat de positieve effecten van het eiland betrokken kunnen worden in het kader van de passende beoordeling. De Afdeling is van mening dat de negatieve gevolgen van de realisatie en exploitatie van het windpark voor het Natura 2000-gebied worden voorkomen of verminderd door het eiland. Zij wijst er in dit verband op dat van belang is dat wordt verzekerd dat het Natura 2000-gebied, ondanks de gevolgen van het project voor de omvang en kwaliteit, voldoende draagkracht behoudt voor het in de instandhoudingsdoelstelling genoemde aantal vogels.¹⁴ Dat de Afdeling tot dit oordeel komt verbaast op zich niet. Zij heeft reeds eerder op deze wijze geoordeeld.¹⁵ Het doet echter de wenkbrouwen fronsen dat dit standpunt in onderhavige uitspraak nogmaals wordt herhaald. Ik kom daar hierna op terug.

Aantekening verdient evenwel dat met de positieve effecten van een mitigerende maatregel in het kader van een passende beoordeling enkel rekening mag worden gehouden, als die positieve effecten wetenschappelijk zeker zijn. Of in de terminologie van het arrest *Kolencentrale Moorborg*: de passende beoordeling moet definitieve bevindingen bevatten over de doeltreffendheid van de maatregel in kwestie. IJsselmeervereniging en andere hebben de effectiviteit van de maatregel zelf niet betwist. Zij hebben louter twijfels over de functionaliteit ervan vóór de exploitatiefase geuit. De Afdeling wijst in dit verband op de artikelen 7.2 en 7.3.1 van de planregels en het bij de planregels behorende Mitigatieplan. Hieruit volgt enerzijds dat het eiland vóórdat het windpark in exploitatie wordt genomen wordt ingericht als natuureiland, anderzijds dat de luwe zone als vooroever wordt gerealiseerd bij de aanleg van het windpark. Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat de functionaliteit van het eiland vóór de exploitatiefase van het windpark is geborgd. Zij komt dan ook tot de conclusie dat de passende beoordeling definitieve bevindingen bevat over de doeltreffendheid van de maatregel én dat een aantasting van de natuurlijke kenmerken

⁹ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2339, r.o. 30-30.6. HvJ EU 15 mei 2014, C-521/12, ECLI:EU:C:2014:330 (*Briels e.a.*), AB 2014/189, m.nt. Frins; HvJ EU 21 juli 2016, C-387/15 en 388/15, ECLI:EU:C:2016:583 (*Orleans e.a.*); HvJ EU 26 april 2017, C-142/16, ECLI:EU:C:2017:301 (*Kolencentrale Moorborg*), TBR 2017/148, m.nt. Frins.

¹⁰ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2339, r.o. 30.2-30.3.

¹¹ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2339, r.o. 30.5.

¹² Dat is slechts anders in het uitzonderlijke geval dat de desbetreffende instandhoudingsdoelstelling reeds is behaald én het project in kwestie niet tot onderschrijding van die doelstelling leidt. In dat geval leidt het verlies van een habitatype niet per definitie tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied. Zie nader hierover: R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: IBR 2016, p. 22-29.

¹³ Zie nader hierover: R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: IBR 2016, i.h.b. p. 52-72 en R.H.W. Frins, 'Het arrest Orleans e.a.: het PAS en natuurmaatregelen veroordeeld tot de brandstapel?', TBR 2016/147.

¹⁴ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2339, r.o. 30.5.

¹⁵ Zie o.a.: ABRvS 14 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3192 (Realisatie leefgebied Veluwe), TBR 2015/193, m.nt. Frins en ABRvS 29 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:847 (Mitigatie camping Ermelo), TBR 2017/80, m.nt. Frins.

van het Natura 2000-gebied 'Ijsselmeer' kan worden uitgesloten.¹⁶

Zoals hierboven opgemerkt doet het de wenkbrauwen fronsen dat de Afdeling anno 2018 accordeert dat met de positieve effecten van het eiland rekening is gehouden in het kader van de passende beoordeling. Buiten kijf staat immers dat de positieve effecten van het eiland nog geen feit waren op het moment waarop het RIP werd vastgesteld. Sterker nog: het natuureiland moet nog worden gerealiseerd. In dit verband valt het op dat Ijsselmeervereniging en andere zich onder verwijzing naar de jurisprudentie van het Hof op het standpunt hebben gesteld dat voornoemde positieve effecten er zouden moeten zijn bij de start van de exploitatie van het windpark. Een dergelijke benadering klinkt op zich logisch en zou voor de praktijk goed werkbaar moeten kunnen zijn, maar voldoet mijns inziens niet aan de eisen die uit de jurisprudentie van het Hof kunnen worden gedistilleerd. Daaruit lijkt namelijk te volgen dat de positieve effecten van een mitigerende maatregel reeds een feit moeten zijn op het moment waarop toestemming wordt verleend voor een project respectievelijk een plan wordt vastgesteld. Als gezegd wordt daar in casu niet aan voldaan.

Verder bevreemdt het dat de Afdeling zich nogmaals op het standpunt stelt dat het verlies van een habitatype anders moet worden gewaardeerd dan het verlies van leefgebied. Toegegeven: er is geen jurisprudentie van het Hof waaruit expliciet volgt dat voornoemde jurisprudentie met betrekking tot het verzekerd zijn van de positieve effecten van een mitigerende maatregel één op één van toepassing is in het geval van het verlies van leefgebied. Feit is echter dat reeds op 19 april 2018 de Conclusie van Advocaat-Generaal Tanchev in het kader van de hierna te bespreken zaak *Grace en Sweetman* verscheen.¹⁷ Uit die Conclusie volgt mijns inziens klip en klaar dat de 'positieve effecten jurisprudentie' ook geldt in het geval van het verlies van leefgebied. Uiteraard was op het moment waarop de Afdeling onderhavige uitspraak deed nog onzeker of het Hof deze Conclusie al dan niet zou overnemen, maar op dat moment was al wel bekend dat het arrest in die zaak op 25 juli zou worden gewezen. Ik vind het dan ook opmerkelijk dat de Afdeling met het doen van deze uitspraak niet heeft gewacht tot na het verschijnen van voornoemd arrest. Onderhavige uitspraak staat hier namelijk haaks op (zie hierna).¹⁸

3. Grace en Sweetman

In het arrest *Grace en Sweetman* gaat het eveneens om de realisatie en exploitatie van een windmolenpark in een Natura 2000-gebied, te weten in het Ierse gebied '*Slieve Felin to Silvermines Mountains*'. Hoewel in casu 'slechts' 16 windturbines worden gerealiseerd, zijn de gevolgen hiervan aanzienlijk. Zo leidt het project tot de permanente vernietiging van 9 hectare habitat (hetgeen overeenkomt met de gebieden waarop de installaties worden gebouwd), alsmede tot de tijdelijke vernietiging van 1,7 hectare habitat die wordt gebruikt voor de aanleg van tijdelijke bezinkingsbekkens. Dat is echter nog niet alles: volgens de verwijzende rechter (het Ierse *Supreme Court*) zou het project kunnen leiden tot een verlies van maar liefst 162,7 hectare aan foerageergebied van de blauwe kiekendief.¹⁹

Desalniettemin heeft An Bord Pleanála (de Ierse beroepsinstantie voor ruimtelijke ordening; hierna: An Bord) gemeend dat voor het project toestemming kan worden verleend. Dit omdat voor het betrokken project een beheerplan is opgesteld. Dit beheerplan heeft een looptijd van vijf jaar en omvat maatregelen om de potentiële effecten van het windmolenpark op het foerageergebied van de blauwe kiekendief af te zwakken (lees: te mitigeren). Concreet gaat het om drie verschillende maatregelen: 1) het omvormen van drie momenteel beplante zones - met een totale oppervlakte van 41,2 hectare - naar braakliggend veen; 2) het gefaseerd kappen van 137,3 hectare bos met een gesloten kroonlaag en het opnieuw aanplanten van bomen, zodat 137,3 hectare bos met een permanent open kroonlaag ontstaat (hetgeen gunstig is voor het foerageren van de blauwe kiekendief); 3) het in algemene zin uitvoeren van de bouwwerkzaamheden buiten het voornaamste broedseizoen van de blauwe kiekendief. Volgens An Bord verzekert het beheerplan dat de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied *niet* worden aangetast.²⁰

Edel Grace en Peter Sweetman zijn het hier echter niet mee eens en zijn een procedure gestart. Volgens hen had An Bord moeten vaststellen dat het project en het bijbehorende beheerplan compenserende in plaats van mitigerende maatregelen bevat, zodat de beoordeling had moeten worden verricht met inachtneming van de criteria van artikel 6, lid 4 Habitatrichtlijn (hierna: Hrl). An Bord en anderen wijzen er evenwel op dat het beheer van het gebied noodzakelijk is. Een verzuim om de bosaanplanting actief te beheren zou namelijk op zichzelf leiden tot verlies van foerageerhabitat van de blauwe kiekendief, door de geleidelijke verdwijning van gebiedsdelen met een open kroonlaag. Om het geschil te kunnen beslechten zag de *Supreme Court*

¹⁶ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2339, r.o. 30.6.

¹⁷ Conclusie van Advocaat-Generaal Tanchev van 19 april 2018, ECLI:EU:C:2018:274.

¹⁸ Zie in dit verband ook: J.M.I.J. Zijlmans, "Mitigerende" maatregelen: Grace en Sweetman met een doorkijk naar Windmolenpark Fryslân, *JM* 2018/968.

¹⁹ HvJ EU 25 juli 2018, C-164/17, ECLI:EU:C:2018:593, r.o. 10 en 12.

²⁰ HvJ EU 25 juli 2018, C-164/17, ECLI:EU:C:2018:593, r.o. 13-14.

zich genoodzaakt aan het Hof de prejudiciële vraag te stellen of de in het beheerplan voorziene maatregelen, die ertoe strekken te waarborgen dat de omvang van het Natura 2000-gebied dat geschikt is als foerageergebied op geen enkel moment wordt verminderd en zelfs kan toenemen, als mitigerende dan wel als compenserende maatregelen moeten worden aangemerkt.²¹

Het Hof vat om te beginnen de belangrijkste arresten van de afgelopen jaren met betrekking tot artikel 6 Hrl en het onderscheid tussen mitigatie en compensatie samen, te weten: *Briels, Orleans, Kolencentrale Moorborg, People Over Wind en Sweetman en Commissie/Polen (Bos van Białowieża)*.²² Gelet op de beperkte ruimte volsta ik op deze plek met te verwijzen naar de betreffende rechtsoverwegingen.²³ Vervolgens rijst de vraag of er een relevant verschil is tussen onderhavige casus en de casus die in de arresten *Briels* en *Orleans* ter beoordeling stonden. Dat verschil zou hem dan moeten zitten in het feit dat het beheer van het leefgebied van de blauwe kiekendief 'dynamisch' is, in die zin dat de voor deze soort geschikte gebieden afhankelijk van dat beheer zowel geografisch als in de tijd wijzigen. Het Hof wijst er echter - in navolging van Advocaat-Generaal Tănchev - op dat ook in onderhavige casus rekening wordt gehouden met toekomstige voordelen, die nog niet zeker zijn. De lering uit de arresten *Briels* en *Orleans* kan dus worden toegepast in omstandigheden als die van het hoofdgeding, aldus het Hof.²⁴

Het oordeel van het Hof is dan ook een bevestiging van voornoemde arresten. Zo herhaalt het Hof dat de positieve effecten van een maatregel enkel in het kader van een passende beoordeling in aanmerking kunnen worden genomen, indien er voldoende zekerheid is dat een maatregel daadwerkelijk zal bijdragen tot het voorkomen van schade door ervoor te zorgen dat er geen redelijke twijfel bestaat dat het project de natuurlijke kenmerken van het betreffende Natura 2000-gebied niet zal aantasten.²⁵ Dit is in lijn met het arrest *Kolencentrale Moorborg*. De Afdeling, Zijlmans en Kaajan hebben uit voornoemd arrest opgemaakt dat het Hof de teugels ietwat heeft laten vieren ten opzichte van het arrest *Orleans*. Zij zijn namelijk van mening dat, anders dan uit *Orleans* lijkt te volgen, een maatregel niet per se gerealiseerd hoeft te zijn om met de positieve effecten van die maatregel rekening te kunnen houden in het kader van een passende

beoordeling. Voldoende zou zijn dat sprake is van definitieve bevindingen.²⁶

Ik snap goed dat de Afdeling, Zijlmans en Kaajan uit het arrest *Kolencentrale Moorborg* opmaken dat de positieve effecten van een maatregel niet per se een feit hoeven zijn op het moment van besluitvorming. Zoals ik echter vaker heb betoogd, ben ik van mening dat het Hof de lat dusdanig hoog legt, dat een maatregel in principe wel gerealiseerd moet zijn, wil met de positieve effecten hiervan rekening kunnen worden gehouden in het kader van een passende beoordeling.²⁷ Ik zie het arrest *Grace en Sweetman* als een bevestiging van deze opvatting. Zo benadrukt het Hof dat het specifieke element van onderhavige casus, te weten het feit dat het leefgebied van de blauwe kiekendief voortdurend wijzigt en 'dynamisch' beheer vergt, niet zorgt voor onzekerheid met betrekking tot de verwachte positieve effecten. Die onzekerheid vloeit volgens het Hof voort uit de vaststelling dat er sprake is van een vaststaande of mogelijke aantasting van de natuurlijke kenmerken van het gebied in kwestie, en uit het feit dat bij de effectbeoordeling rekening is gehouden met toekomstige voordelen die - op het moment van de beoordeling - louter potentieel zijn, aangezien de maatregelen in kwestie nog niet volledig ten uitvoer zijn gelegd. Bijgevolg, en onder voorbehoud van door de verwijzende rechter te verrichten controles, konden deze voordelen niet met de vereiste zekerheid worden voorzien op het tijdstip waarop de autoriteiten toestemming hebben verleend voor het betrokken project, aldus het Hof.²⁸

Ik kan hier niets anders van maken dan dat de positieve effecten van een maatregel in principe een feit moeten zijn op het moment dat voor een project toestemming wordt verleend respectievelijk een plan wordt vastgesteld (zie ook paragraaf 2). Advocaat-Generaal Kokott ziet het mijns inziens net zo, als ik haar Conclusie met betrekking tot het Programma Aanpak Stikstof (hierna: het PAS) goed interpreteer.²⁹ Zoals ik eerder heb opgemerkt is het echter de vraag of de soep in alle gevallen zo heet moet worden gegeten als dat zij door het Hof wordt opgediend. In sommige gevallen is het namelijk onmogelijk om mitigerende maatregelen voorafgaand aan het moment van toestemmingverlening/

²¹ HvJ EU 25 juli 2018, C-164/17, ECLI:EU:C:2018:593, r.o. 17-23.

²² HvJ EU 12 april 2018, C-323/17, ECLI:EU:C:2018:244 (*People over Wind en Sweetman*), TBR 2018/78, m.nt. Frins en HvJ EU 17 april 2018, C-441/17, ECLI:EU:C:2018:255 (*Bos van Białowieża*).

²³ HvJ EU 25 juli 2018, C-164/17, ECLI:EU:C:2018:593, r.o. 25-44.

²⁴ HvJ EU 25 juli 2018, C-164/17, ECLI:EU:C:2018:593, r.o. 45-49.

²⁵ HvJ EU 25 juli 2018, C-164/17, ECLI:EU:C:2018:593, r.o. 51.

²⁶ Zie: ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 10.37; J.M.I.J. Zijlmans, 'Hoe verder met mitigatie en cumulatie?', NBR 2017/4; en de noot van Kaajan bij het arrest *Kolencentrale Moorborg*: MenR 2017/109.

²⁷ Zie onder meer mijn noot bij het arrest *Kolencentrale Moorborg*: TBR 2017/148.

²⁸ HvJ EU 25 juli 2018, C-164/17, ECLI:EU:C:2018:593, r.o. 53.

²⁹ Zie: R.H.W. Frins, 'De ADC-toets als reddingsvest voor het PAS? Enkele opmerkingen naar aanleiding van de Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott', TBR 2018/119, p. 809-810. Een aantal lezers heeft mij gevraagd waarom ik in voornoemd artikel in de mannelijke vorm verwijs naar Kokott, ofschoon zij een dame is. Dat is omdat advocaat-generaal een mannelijk woord is. Omdat dit blijkbaar verwarend is heb ik besloten over te stappen op de vrouwelijke vorm.

vaststelling te realiseren. Denk bijvoorbeeld aan het plaatsen van een geluidscherm naast een nieuwe snelweg om te voorkomen dat de in de nabijheid van de snelweg levende dieren worden verstoord door het geluid dat door het verkeer zal worden veroorzaakt, of aan het plaatsen van een zeefinstallatie en een visretoursysteem bij de bouw van een nieuwe kolencentrale om te voorkomen dat vissterfte optreedt door de voor de centrale benodigde koelwaterinlaat. De realisatie van dergelijke maatregelen hangt feitelijk samen met de realisatie van het betreffende plan of project en loopt hiermee gelijk op. Als men de jurisprudentie van het Hof strikt interpreteert zouden ook de positieve effecten van dit soort maatregelen in het kader van een passende beoordeling buiten beschouwing moeten blijven. Dat voert mijns inziens echter te ver. De positieve effecten van dergelijke maatregelen lijken namelijk beter te kunnen worden bepaald, dan de positieve effecten van het creëren van natuurwaarden.³⁰ Vandaar dat ik mij op het standpunt heb gesteld en nog steeds stel dat in het kader van een passende beoordeling wél rekening moet kunnen worden gehouden met de toekomstige positieve effecten van maatregelen die 'technisch bewezen' zijn, maar *niet* met de toekomstige positieve effecten van maatregelen die afhankelijk zijn van de 'reactie' van een diersoort en/of het natuurlijk systeem.³¹ Gelet op dit alles onderschrijf ik wél het oordeel van het Hof in onderhavige zaak, maar *niet* het oordeel van de Afdeling in de zaak Windpark Fryslân.

Aantekening verdient nog dat Advocaat-Generaal Tanchev er in zijn Conclusie niet alleen op wijst dat de positieve effecten van de voorziene beheermaatregelen onzeker zijn, maar ook dat deze maatregelen het probleem niet aanpakken aan de bron.³² Hieruit lijkt te volgen dat enkel bronmaatregelen als mitigerende maatregel kunnen worden aangemerkt. Dit sluit aan bij een criterium waar ik in mijn proefschrift de nadruk op heb gelegd, te weten dat een maatregel functioneel verbonden moet zijn met een plan of project om als mitigerende maatregel te kunnen worden aangemerkt.³³ Het Hof gaat in zijn arrest echter niet in op de vraag of sprake moet zijn van een bronmaatregel, maar benadrukt enkel dat de positieve effecten onzeker zijn. Maar wellicht dat het Hof hier in zijn arrest met betrekking tot het PAS - dat op 7 november 2018 verschijnt - wél expliciet op ingaat. In haar Conclusie met betrek-

king tot het PAS heeft Advocaat-Generaal Kokott namelijk benadrukt dat het in beginsel noodzakelijk is dat een mitigerende maatregel de bron van de aantasting aanpakt. Met een maatregel die niet de bron van de aantasting aanpakt kan in het kader van een passende beoordeling enkel rekening worden gehouden, wanneer deze de totale belasting van het Natura 2000-gebied dan wel de gevoeligheid van het gebied dusdanig vermindert, dat de gevolgen van het plan of project in kwestie de natuurlijke kenmerken van het desbetreffende Natura 2000-gebied niet aantasten, aldus Kokott.³⁴

4. Blankenburgverbinding

De derde en laatste uitspraak die bespreking verdient, is de uitspraak met betrekking tot het tracébesluit 'Blankenburgverbinding'. De Blankenburgverbinding (hierna: BBV) betreft een nieuwe autosnelweg (A24) van circa 3,4 kilometer lang ten westen van Rotterdam die de A15 verbindt met de A20. Een deel van het tracé wordt als tunnel uitgevoerd. Het doel van de BBV is het oplossen van een capaciteitsprobleem op de zogenoemde Beneluxcorridor en het verbeteren van de ontsluiting van het Haven Industrieel Complex (hierna: het HIC) en de Greenport Westland. Hierdoor wordt het hoofdwegennet robuuster en minder kwetsbaar en blijft de Rotterdamse haven ook bij calamiteiten goed bereikbaar.³⁵

De BBV-uitspraak is om twee redenen interessant. Ten eerste omdat deze over de ADC-toets gaat. Daar zijn nog niet zo veel uitspraken over, zodat alleen al om die reden deze uitspraak het bespreken waard is. Wat de uitspraak verder interessant maakt, is dat hieruit volgt dat een initiatiefnemer ervoor kan kiezen om géén gebruik te maken van het PAS. Aanvankelijk was het tracébesluit 'Blankenburgverbinding' uitsluitend op het PAS gestoeld. Tegen dit besluit is beroep ingesteld bij de Afdeling. Zoals bekend heeft de Afdeling op 17 mei 2017 verschillende prejudiciële vragen gesteld over het PAS en de Hrl.³⁶ Sindsdien houdt zij in beginsel alle zaken die betrekking hebben op het PAS aan. Zo ook de zaak over de BBV. Omdat de toenmalige minister van Infrastructuur & Milieu (hierna: de minister) er grote waarde aan hechtte dat de BBV zo snel mogelijk wordt gerealiseerd, heeft hij ervoor gekozen het tracébesluit te wijzigen. Dat wil zeggen dat voor de BBV een nieuwe passende beoordeling is opgesteld, waarin het PAS op geen enkele manier is betrokken. Zodoende kon de Afdeling de zaak toch

³⁰ Deze passage is ontleend aan: R.H.W. Frins, 'Het arrest Orleans e.a.: het PAS en natuurmaatregelen veroordeeld tot de brandstapel?', *TBR* 2016/147, p. 931-932.

³¹ Zie ook mijn noot bij het arrest *Kolencentrale Moorborg*: *TBR* 2017/148 en R.H.W. Frins, 'De ADC-toets als reddingsvest voor het PAS? Enkele opmerkingen naar aanleiding van de Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott', *TBR* 2018/119, p. 809.

³² Conclusie van Advocaat-Generaal Tanchev van 19 april 2018, ECLI: EU:C:2018:274, punt 76.

³³ Zie hierover: R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: IBR 2016, i.h.b. p. 52-72.

³⁴ Zie: R.H.W. Frins, 'De ADC-toets als reddingsvest voor het PAS? Enkele opmerkingen naar aanleiding van de Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott', *TBR* 2018/119, p. 808.

³⁵ ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 1 en 9.1.

³⁶ Zie nader hierover: R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats....en nu? (Deel I)', *TBR* 2017/93 en R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats....en nu? (Deel II)', *TBR* 2017/112.

behandelen, ofschoon het PAS-arrest er op dat moment nog niet was.³⁷

4.1 Significante effecten

Alvorens ik inga op de vraag of de Afdeling terecht tot het oordeel komt dat aan de ADC-criteria wordt voldaan, sta ik eerst stil bij de natuurschade die het project tot gevolg heeft. De Afdeling verwijst naar de passende beoordeling die ten behoeve van het wijzigingsbesluit is opgesteld, de 'Passende beoordeling stikstofdepositie Blankenburgverbinding' (hierna: de passende beoordeling).³⁸ Zoals de Afdeling opmerkt is de conclusie van dit rapport dat significant negatieve gevolgen op enkele habitats niet kunnen worden uitgesloten.³⁹ Concreet gaat het om vijf habitattypen verspreid over drie Natura 2000-gebieden.⁴⁰ Op deze habitattypen wordt als gevolg van de BBV extra stikstof gedeponeerd. Deze extra stikstofdepositie is het gevolg van zogenoemde netwerkeffecten, dat wil zeggen dat deze depositie wordt veroorzaakt door een toename van verkeersintensiteiten op wegen nabij stikstofgevoelige habitats in Natura 2000-gebieden.⁴¹

Uit de uitspraak van de Afdeling lijkt te volgen dat alleen de kritische depositiewaarden van die vijf habitattypen worden overschreden. Anders gezegd, dat andere habitattypen waarop de BBV stikstofdepositie veroorzaakt *niet* overbelast zijn. De Afdeling overweegt immers expliciet dat de minister terecht stelt, dat de passende beoordeling ervan uitgaat dat op locaties waar de kritische depositiewaarde wordt overschreden elke toename van de stikstofdepositie als gevolg van het tracé een significant effect heeft.⁴² Bij nadere bestudering van de passende beoordeling blijkt echter ook op andere overbelaste habitattypen stikstofdepositie te worden veroorzaakt. Een voorbeeld is het habitatype H2190B Vochtige duinen, kalkrijk in het Natura 2000-gebied 'Duinen Goeree & Kwade Hoek'. Uit de passende beoordeling

volgt dat in het deelgebied Middel- en Oostduinen sprake is van een overschrijding van de kritische depositiewaarde. Volgens de passende beoordeling vormt stikstofdepositie echter geen knelpunt voor het halen van de instandhoudingsdoelstelling. De kwaliteit van het habitatype in voornoemd deelgebied is goed. Gesteld wordt dat het huidige beheer van maaien en afvoeren voldoende is om de doelen te halen. Gelet op dit alles wordt geconcludeerd dat het projecteffect van maximaal 0,09 mol stikstofdepositie per hectare per jaar in 2023 en 0,10 mol stikstofdepositie per hectare per jaar in 2030 dermate gering is, dat dit zeker geen stikstofprobleem zal veroorzaken. Significante gevolgen van de BBV voor het habitatype H2190B zijn daarom uitgesloten, aldus de passende beoordeling.⁴³

De reden dat ik hier bij stil sta, is dat ik uit het bovenstaande opmaak dat bij het beoordelen van de mogelijke gevolgen van de BBV rekening is gehouden met de toekomstige positieve effecten van beheermaatregelen. Feit is echter dat een van de prejudiciële vragen die de Afdeling aan het Hof heeft gesteld, is of in het kader van een passende beoordeling wel met toekomstige positieve effecten rekening mag worden gehouden. Zie ook hetgeen ik hierover in de paragrafen 2 en 3 heb opgemerkt. Hoewel geen van de beroepsgronden hierop betrekking heeft, is het toch wel opmerkelijk dat de Afdeling hier geen aandacht aan besteed. Met name omdat zij zich in een andere uitspraak van dezelfde datum op het standpunt heeft gesteld dat het antwoord van het Hof, op de vraag over de rol die beheermaatregelen kunnen spelen in een passende beoordeling, moet worden afgewacht.⁴⁴ Dit doet de vraag rijzen of de significante gevolgen die de BBV tot gevolg heeft wel *worst-case* zijn bepaald. Hoe dan ook moet worden geconstateerd dat de hierboven geciteerde overweging, dat elke toename van de stikstofdepositie op overbelaste habitattypen in de passende beoordeling als een significant effect wordt aangemerkt, te stellig is.

Wat hiervan ook zij, buiten kijf staat dat niet kan worden uitgesloten dat de BBV voor vijf habitattypen significante gevolgen heeft. Gelet hierop kan het gewijzigde Tracébesluit (hierna: het wijzigingsbesluit) enkel de toets der kritiek doorstaan, als aan de ADC-criteria wordt voldaan. Zoals bekend betekent dit dat moet worden aangetoond dat er geen reële alternatieven zijn voor de BBV (het A-criterium). Dat wil zeggen dat moet worden aangetoond dat er geen alternatieven zijn die tot minder of helemaal geen significante gevolgen voor Natura 2000-gebieden leiden. Verder moet worden aangetoond dat met de BBV een dwingende reden

³⁷ Zie de Toelichting bij het Tracébesluit Blankenburgverbinding (2017), p. 6-7. Raadpleegbaar via: [https://www.platformparticipatie.nl/binaries/Trac%C3%A9besluit%20Blankenburgverbinding%20\(2017\)%20v3_tcm117-339601.pdf](https://www.platformparticipatie.nl/binaries/Trac%C3%A9besluit%20Blankenburgverbinding%20(2017)%20v3_tcm117-339601.pdf).

³⁸ D. Tuitert e.a., *Passende beoordeling stikstofdepositie Blankenburgverbinding*, De Bilt: Sweco 2017; raadpleegbaar via: <https://www.platformparticipatie.nl/binaries/Passende%20beoordeling%20stikstofdepositie%20Blankenburgverbinding_tcm117-339603.pdf>.

³⁹ ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 20.

⁴⁰ Te weten: de prioritaire habitattypen H2130A Grijze duinen (kalkrijk), H2130B Grijze duinen (kalkarm), H2130C Grijze duinen (heischraal) en H2150 Duinheide met struikheide en het niet-prioritaire habitatype H2190C Vochtige duinvalleien (ontkalkt). De betreffende Natura 2000-gebieden zijn: 'Solleveld & Kapittelduinen'; 'Voornes Duin' en 'Duinen Goeree & Kwade Hoek'.

⁴¹ ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 26.1.

⁴² ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 25.2 en 28.4. De kritische depositiewaarde is de grens waarboven het risico bestaat dat de kwaliteit van het habitat significant wordt aangetast als gevolg van de verzurende en/of vermistende invloed van atmosferische stikstofdepositie. Zie: H.F. van Dobben e.a., *Overzicht van kritische depositiewaarden voor stikstof, toegepast op habitattypen en leefgebieden van Natura 2000*, Wageningen: Alterra Wageningen UR 2012, p. 13.

⁴³ D. Tuitert e.a., *Passende beoordeling stikstofdepositie Blankenburgverbinding*, De Bilt: Sweco 2017, p. 44-45.

⁴⁴ ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2449 (Vliegbasis Woensdrecht), r.o. 13.2.

van groot openbaar belang is gemoeid (het D-criterium). Als aan deze twee eisen wordt voldaan moet vervolgens worden bepaald tot hoeveel natuurschade de BBV leidt en hoe deze schade kan worden gecompenseerd (het C-criterium).⁴⁵

4.2 Alternatieve oplossingen

Te beginnen met het A-criterium. In de Toelichting bij het wijzigingsbesluit wordt in dit verband verwezen naar het plan-milieueffectrapport (hierna: plan-MER) dat is opgesteld ten behoeve van de Rijksstructuurvisie 'Bereikbaarheid Regio Rotterdam en Nieuwe Westelijke Oeververbinding'.⁴⁶ Deel 2 van deze structuurvisie gaat over de Nieuwe Westelijke Oeververbinding (hierna: NWO) en bevat de onderbouwing voor de keuze voor de BBV. Toegelicht wordt dat de capaciteitsproblemen op de Beneluxcorridor met de 'nuloptie' - het achterwege laten van een NWO - niet kunnen worden opgelost en dat evenmin een verbetering van de ontsluiting van het HIC en de Greenport Westland kan worden bereikt. Verder leidt het alternatief voor de BBV - de Oranjeverbinding - eveneens tot extra stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden. Bovendien leidt dat alternatief tot verstoring door geluid. Daarbij komt dat de Oranjeverbinding een minder groot probleemoplossend vermogen heeft dan de BBV, maar wel aanzienlijk meer kost.⁴⁷

Appellanten Natuurmonumenten en anderen zijn van mening dat de algemene afwegingen van het plan-MER niet voldoen aan de eisen die aan een alternatieventoets in het kader van Natura 2000 worden gesteld. Volgens hen is de 'nuloptie' een reële bevredigende oplossing.⁴⁸ De Afdeling gaat hier echter niet in mee, maar volgt de minister en onderschrijft de hierboven uiteengezette redenering uit de Toelichting bij het wijzigingsbesluit. Verder acht zij het niet aannemelijk dat andere relevante alternatieven voor het tracé dan een NWO voorhanden zijn. Volgens de Afdeling heeft de minister zich dan ook terecht op het standpunt gesteld dat er geen alternatieve oplossingen zijn.⁴⁹

4.3 Dwingende redenen van groot openbaar belang

Met betrekking tot het D-criterium wordt in de Toelichting bij het wijzigingsbesluit opgemerkt dat de BBV nodig is vanuit een oogpunt van menselijke gezondheid en openbare veiligheid. De hoofddoelstelling van de BBV is namelijk het verbeteren van de gebiedsveiligheid van het HIC. Het HIC heeft een uitzonderlijk hoge concentratie

industriële inrichtingen. In een groot aantal daarvan worden gevaarlijke stoffen opgeslagen, bewerkt of vervoerd. Gelet hierop kunnen calamiteiten niet worden uitgesloten. Doordat het weggennet rond Rotterdam structurele capaciteitsproblemen heeft, die in de toekomst alleen maar groter worden, kan een goede evacuatie en hulpverlening/rampenbestrijding zonder de BBV niet worden gegarandeerd.⁵⁰ Verder heeft de minister aangevoerd dat blijkens de jurisprudentie van de Afdeling en het Hof de dwingende redenen van groot openbaar belang moeten worden afgewogen tegen de aantasting die in het specifieke geval optreedt. Hierbij wijst hij erop dat slechts sprake is van een indirecte aantasting met een beperkte omvang.⁵¹

Natuurmonumenten en anderen zijn van mening dat onvoldoende is gemotiveerd dat de BBV moet worden gerealiseerd vanwege dwingende redenen van groot openbaar belang. Als het HIC niet aan de veiligheidseisen voldoet, dan moet de overheid daar wat aan doen in plaats van een nieuwe weg als vluchtroute aanleggen, aldus Natuurmonumenten en anderen. Ook op dit punt volgt de Afdeling Natuurmonumenten en anderen niet. Volgens de Afdeling is de BBV nodig om de gebiedsveiligheid van het HIC-gebied te verbeteren en heeft de minister zich terecht op het standpunt gesteld dat met de BBV dwingende redenen van groot openbaar belang zijn gemoeid. Verder wijst de Afdeling er - in navolging van de minister - op dat de negatieve effecten van de BBV zeer beperkt zijn. Zij komt dan ook tot de conclusie dat de minister in redelijkheid een zwaarder gewicht heeft kunnen toekennen aan de gebiedsveiligheid van het HIC, dan aan het belang van het voorkomen van voornoemde beperkte aantasting van de natuurlijke kenmerken van de Natura 2000-gebieden.⁵²

4.4 Compensatie

Natuurmonumenten en anderen kunnen zich evenmin verenigen met de wijze waarop de compensatieopgave is bepaald en wordt uitgevoerd. Zij betogen in dit verband onder meer dat: 1) ten onrechte gebruik is gemaakt van de dosis-effect-relaties die in het kader van de Tweede Maasvlakte zijn gehanteerd; 2) gelet op de arresten *Briels* en *Orleans* en de Richtsnoeren van de Europese Commissie (hierna: de Richtsnoeren) de compensatiegebieden zich in een gunstige staat van instandhouding zouden moeten bevinden op het moment waarop de BBV in gebruik wordt genomen (concreet in 2024); 3) voor de compensatie ten onrechte alleen is gekeken naar locaties binnen de aangewezen Natura 2000-gebieden; en 4) in strijd met de Wet na-

⁴⁵ Zie nader hierover: R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: IBR 2016, p. 35-52.

⁴⁶ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 32 598, 20.

⁴⁷ Toelichting bij het Tracébesluit Blankenburgverbinding (2017), p. 11-13.

⁴⁸ ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 28.

⁴⁹ ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 28.3.

⁵⁰ Toelichting bij het Tracébesluit Blankenburgverbinding (2017), p. 13-14.

⁵¹ ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 28.1.

⁵² ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 28-28.4.

tuurbescherming (hierna: Wnb) geen compensatie per gebied is toegepast maar per habitatype.

Ok nu weer slagen de betogen van Natuurmonumenten en anderen niet. Zo verwijt de Afdeling hen dat zij niet hebben geconcretiseerd waarom geen gebruik (meer) zou kunnen worden gemaakt van de dosis-effect-relaties van de Tweede Maasvlakte. De Afdeling is er - mede vanwege een aantal door de minister gehanteerde zekerheidsmarges - niet van overtuigd dat de compensatieopgave onjuist is bepaald.⁵³

Ok het standpunt met betrekking tot de vermeende strijd met de arresten *Briels* en *Orleans* en de Richtsnoeren volgt de Afdeling niet. Zoals de Afdeling terecht opmerkt volgt uit deze arresten gezins dat compensatiegebieden zich in een gunstige staat van instandhouding moeten bevinden op het moment dat voor een project toestemming wordt verleend/een plan wordt vastgesteld respectievelijk de significante gevolgen van het betreffende plan of project intreden. Datzelfde geldt voor de Richtsnoeren. Hierin wordt weliswaar opgemerkt dat het resultaat van compensatie in principe moet zijn bereikt op het moment dat de significante gevolgen van een plan of project intreden, maar wordt tegelijkertijd opgemerkt dat daar onder omstandigheden van kan worden afgeweken. Voorwaarde is dan wel dat er extra wordt gecompenseerd. Daar wordt in casu ruimschoots aan voldaan. Zo is de op basis van de dosis-effect-relaties berekende compensatieopgave verdubbeld en is in drie gevallen een kleinere opgave dan 100 m² (bijvoorbeeld 2 m² H2150 Duinen met struikheide) op 100 m² gesteld. Daarbij komt dat de berekende compensatieopgave betrekking heeft op een afname van het oppervlak van de desbetreffende habitattypen in een periode van dertig jaar. De compensatiegebieden zouden echter al in 2028 volledig als habitattypen moeten kwalificeren. Volgens de Afdeling heeft de minister zich dan ook terecht op het standpunt gesteld dat is gewaarborgd dat de algehele samenhang van Natura 2000 bewaard blijft.⁵⁴

Ok de laatste 'compensatiebeschietingen' van Natuurmonumenten en anderen treffen geen doel. Zo wijst de Afdeling er - terecht - op dat uit de jurisprudentie van het Hof niet volgt dat compensatie niet binnen een Natura 2000-gebied mag plaatsvinden. Van belang is dat de realisatie van de compensatieopgave verder gaat dan de uitvoering van reeds uit de instandhoudingsdoelstellingen voortvloeiende verplichtingen. Daar wordt in casu aan voldaan. Verder ben ik het met de Afdeling eens dat niet valt in te zien waarom de wijze waarop de compensatieopgave is bepaald - te weten per habitatype in plaats van per Natura 2000-gebied - in

strijd zou zijn met de Wnb. Uit de Toelichting bij het wijzigingsbesluit volgt dat ervoor is gekozen om de compensatieopgave te clusteren, omdat dit tot een betere natuurkwaliteit leidt. Dat klinkt logisch.⁵⁵

4.5 Analyse

Op het oordeel van de Afdeling met betrekking tot de compensatieopgave valt mijns inziens niets af te dingen. De overwegingen met betrekking tot het A- en D-criterium vind ik echter op het randje. In de eerste plaats omdat in de Toelichting bij het wijzigingsbesluit wordt volstaan met te verwijzen naar de alternatieven die in het kader van het plan-MER zijn onderzocht. Uit een Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott uit 2005 volgt echter dat in het kader van een alternatievenonderzoek ten behoeve van een ADC-toets niet zonder meer kan worden verwezen naar een eerder opgesteld MER. Dit omdat het Natura 2000-toetsingskader een andere insteek heeft dan het MER-toetsingskader.⁵⁶ Nu is het wel zo dat in het kader van het plan-MER rekening is gehouden met de gevolgen van de BBV en het alternatief Oranjeverbinding voor Natura 2000. Uit het plan-MER en de uitspraak volgt dat de BBV wat dat betreft beter scoort dan de Oranjeverbinding. Mij is evenwel onduidelijk of er inderdaad maar één reëel alternatief is. Hoewel ik beseft dat er door het verstedelijkte karakter van de omgeving in kwestie niet legio alternatieven zullen zijn, acht ik het niet bij voorbaat uitgesloten dat andere alternatieven dan die in het kader van het plan-MER zijn onderzocht denkbaar zijn. Ik vraag me dan ook af of de Afdeling niet te makkelijk tot het oordeel komt dat aannemelijk is dat er geen alternatief is voor de NWO. Aan de andere kant is het waarschijnlijk echter weinig realistisch om te denken dat een alternatief kan worden gevonden dat tot veel minder (nog minder) stikstofdepositie leidt.

Ok de overwegingen met betrekking tot het D-criterium vind ik niet 100% overtuigend. Althans, voor het betoog van Natuurmonumenten en anderen valt ook wel wat te zeggen. De huidige, 'onveilige', situatie heeft men immers willens en wetens laten ontstaan. De risicovolle inrichtingen hadden zeer waarschijnlijk ook over een groter gebied kunnen worden verspreid in plaats van zo dicht op elkaar (lees: op andere locaties kunnen worden gevestigd). Een logisch gevolg daarvan zou zijn dat de veiligheid van het HIC-gebied dan minder onder druk zou staan en de noodzaak voor een extra evacuatieleroute ook minder groot zou zijn. Aan de andere kant kan niet worden ontkend dat - zoals de Afdeling opmerkt - de significante gevolgen van de BBV beperkt zijn. Gelet op al het voorgaande vind ik het al met al begrijpelijk dat de

⁵³ ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 29-29.2.

⁵⁴ ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 30-30.4.

⁵⁵ ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 31-31.3.

⁵⁶ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 27 oktober 2005, ECLI:EU:C:2005:653, punten 68-77.

Afdeling in dit geval de balans heeft laten doorslaan in het voordeel van de BBV.

Ik hoop evenwel dat deze uitspraak niet de sluis openzet, in die zin dat te pas en te onpas een beroep op de ADC-toets wordt gedaan. Laat ik het zo zeggen: als dat gebeurt, de signalen uit de praktijk wijzen daar inmiddels op, dan hoop ik dat de Afdeling in die zaken kritischer dan in onderhavige uitspraak beziet of aan de ADC-criteria wordt voldaan. Als gezegd, dat de Afdeling in casu met een zekere terughoudendheid toetst kan ik gelet op het karakter van de omgeving nog wel begrijpen. Bovendien gaat het in dit geval niet om de realisatie van een compleet nieuwe ontwikkeling, maar om het verbeteren van een bestaande, onveilige situatie. Het is mijns inziens echter niet de bedoeling dat bij volledig nieuwe ontwikkelingen, zoals de realisatie van een grootschalig bedrijventerrein of een overnachtingshaven, net zo gemakkelijk over de A- en de D-horde wordt heengegapt. Zeker in het geval van het eerste voorbeeld kan het bijna niet anders dan dat er verschillende reële alternatieven zijn, die minder schade voor Natura 2000-gebieden tot gevolg hebben. Ik roep in dit verband nog maar even de 'beruchte' uitspraak met betrekking tot de Westerschelde Container Terminal in herinnering.⁵⁷

Zoals ik hierboven aanstipte wijzen de signalen uit de praktijk erop dat op dit moment verschillende ADC-toetsen worden voorbereid. Vanzelfsprekend gaat het hierbij om projecten die leiden tot een toename aan stikstofdepositie. Hoewel zou kunnen worden betoogd dat het PAS een exclusief kader is,⁵⁸ heeft de Afdeling met onderhavige uitspraak duidelijk gemaakt dat dit niet het geval is. Overigens zonder ook maar een letter te wijden aan de relatie met het PAS! Een initiatiefnemer heeft dan ook de keus. Of hij/zij doet een beroep op het PAS of hij/zij omzeilt het PAS via een ADC-toets. Dat de praktijk op dit moment graag kiest voor een ADC-toets is op zich begrijpelijk. De kans dat het PAS niet ongeschonden de eindstreep haalt is immers levensgroot. Daarbij komt dat het waarschijnlijk nog wel een poos duurt voordat de kogel wat dat betreft door de kerk is. Maar het is de vraag of het wenselijk is dat een initiatiefnemer de vrije keus heeft. Met het PAS werd nu juist een planmatige aanpak beoogd met betrekking tot de stikstofeffecten van vele verschillende projecten. Het gevaar bestaat dat er een ware lappendeken gaat ontstaan van verschillende manieren om de stikstofdepositie die door verscheidene projecten wordt veroorzaakt

te ondervangen. De kans is dan ook aanwezig dat je als initiatiefnemer van een plan of project met stikstofdepositie tot gevolg zowel rekening zult moeten houden met maatregelen die op grond van het PAS worden getroffen, als met maatregelen die uit een of meerdere ADC-toetsen voortvloeien. Voor een initiatiefnemer wordt het er waarschijnlijk dan ook niet overzichtelijker op.

Wat hiervan ook zij, zoals hiervoor opgemerkt vestig ik mijn hoop op de Afdeling. Als zij de ADC-toetsen die aan haar worden voorgelegd kritisch bejegt, zoals mijns inziens ook zou moeten gelet op de jurisprudentie van het Hof en de Richtsnoeren, is er geen man over boord. Artikel 6, lid 4 Hrl biedt immers niet voor niets de mogelijkheid om via een ADC-toets af te wijken van het keurslijf van artikel 6, lid 3 Hrl. De uitzonderingsmogelijkheid van artikel 6, lid 4 Hrl is echter een *ultimum remedium*. Daar moet dus niet te lichtvaardig toe worden besloten!

5. Conclusie

Hoewel de hierboven besproken uitspraken van afgelopen zomer interessant zijn en ook relevant zijn voor de praktijk, bieden zij weinig nieuws onder de zon. Althans, voor wat het onderscheid tussen mitigatie en compensatie betreft. Zo heeft de Afdeling in de uitspraak met betrekking tot Windpark Fryslân haar eerdere standpunt, dat de realisatie van een leefgebied als mitigatie kan worden aangemerkt, bevestigd. Zoals hierboven opgemerkt doet zowel de inhoud als de timing van deze uitspraak de wenkbrouwen fronsen. Deze uitspraak staat namelijk haaks op het arrest in de zaak *Grace en Sweetman*, dat exact twee weken later werd gewezen. In dit arrest herhaalt het Hof zijn eerdere jurisprudentie over het in het kader van een passende beoordeling betrekken van toekomstige positieve effecten. Uit dit arrest volgt klip en klaar dat er in dit verband geen onderscheid is tussen de bescherming van habitattypen en de bescherming van leefgebieden. De BBV-uitspraak bevat daarentegen wél een novum. Uit deze uitspraak volgt namelijk dat het PAS geen exclusief kader is en dat het een initiatiefnemer dus vrij staat om te kiezen voor een route buiten het PAS om. De signalen uit de praktijk wijzen erop dat dit nieuwtje inmiddels wijd en zijd bekend is. Gelet hierop zou het zo maar kunnen dat de jurisprudentie over de ADC-toets een hoge vlucht gaat nemen. ●

⁵⁷ ABRvS 16 juli 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH9872 (Westerschelde Container Terminal).

⁵⁸ Zie in dit verband: R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats....en nu?' (Deel II); TBR 2017/112, p. 737-738.

De bodem van de fysieke leefomgeving

De Aanvullingswet bodem in de Omgevingswet

– Mr. M.C. Brans en C.M. Grobben¹

Met de Omgevingswet is een stelselherziening van het omgevingsrecht voorzien. Daarbij staat het beschermen en het benutten van de fysieke leefomgeving centraal (art. 1.3). De bodem is een essentieel onderdeel van de fysieke leefomgeving.² Omdat ten tijde van de totstandkoming van het (toen nog) wetsvoorstel Omgevingswet het bodembeleid onvoldoende was uitgewerkt, is ervoor gekozen bodem – samen met de onderwerpen geluid, natuur en grondbeleid – een eigen wetgevingstraject te laten doorlopen, om de wet uiteindelijk tegelijkertijd met en als onderdeel van de Omgevingswet in werking te laten treden.³ Op 23 januari 2018 is het wetsvoorstel van de Aanvullingswet bodem Omgevingswet ('Wetsvoorstel') aan de Tweede Kamer aangeboden.⁴ De planning is, volgens het laatste bericht hierover dat alweer van 8 maart 2018 dateert, dat het Wetsvoorstel mogelijk in het najaar van 2018 aan de Eerste Kamer zal worden aangeboden.⁵ Met de inwerkingtreding van de Omgevingswet komt onder meer de Wet bodembescherming ('Wbb')⁶, die in 1987 in werking is getreden, te vervallen. Inmiddels is ook de bijbehorende uitvoeringsregelgeving, het Aanvullingsbesluit bodem Omgevingswet ('Concept aanvullingsbesluit'), in concept gepubliceerd en heeft dat voor internetconsultatie ter inzage gelegen (tot en met 11 september 2018).⁷ Waar nodig zullen wij hier een doorkijkje geven naar het

Concept aanvullingsbesluit. In een tweede deel van dit artikel zullen wij op de materiële consequenties van het Concept aanvullingsbesluit, waarin de mogelijkheden van het Wetsvoorstel verder worden uitgewerkt, ingaan. Dit artikel bespreekt de belangrijkste onderdelen van het Wetsvoorstel en op een aantal punten de gevolgen daarvan voor de praktijk.⁸

Het Wetsvoorstel zelf is beperkt van omvang en bestaat uit drie onderdelen, hoofdstuk 1 bevat de wijzigingen in de Omgevingswet, hoofdstuk 2 de intrekking en wijziging van andere wetten en hoofdstuk 3 het overgangsrecht.⁹ Voor de meeste bodemsituaties volstaan het toepassingsgebied, instrumentenpakket, belangenkader en de delegatiegrondslagen van de Omgevingswet. Juist omdat het omgevingsrecht onder de Omgevingswet een meer integrale toepassing krijgt, met bodem als onderdeel van de fysieke leefomgeving, wordt bij de inpassing van bodem in de kerninstrumenten van de Omgevingswet in paragraaf 2 wat uitvoeriger stilgestaan. Om het bodembeleid in het wettelijk stelsel van de Omgevingswet op te nemen zijn slechts enkele aanvullingen nodig gebleken. Deze zijn dus in hoofdstuk 1 van het Wetsvoorstel opgenomen en worden besproken in paragraaf 3. Paragraaf 4 gaat in op het zeer relevante overgangsrecht (hoofdstuk 3 Wetsvoorstel), dat tot gevolg heeft dat de toepassing van het huidige systeem nog lang kan voortduren. Afgesloten wordt met een conclusie (§ 5). Alvorens het wettelijk instrumentarium te bespreken wordt hierna eerst ingegaan op de contouren van het nieuwe bodembeleid onder de Omgevingswet (§ 1).

¹ Marloes Brans is advocaat bij Houthoff. Karin Grobben is Senior adviseur Soil & Groundwater bij Tauw BV. Dit artikel werd afgesloten op 5 oktober 2018.

² Kamerstukken II 2017/18, 34 864, 3 (memorie van toelichting) ('MvT') p. 2 en zie ook art. 1.2, lid 2, sub e van de Omgevingswet.

³ MvT p. 4.

⁴ Kamerstukken II 2017/18, 34 864, 2 (voorstel van wet) en 3 (MvT).

⁵ Kamerstukken II 2017/18, 33 118, 102, p.7.

⁶ Daarnaast komt ook uitvoeringsregelgeving te vervallen, zoals het Besluit bodemkwaliteit en het Besluit uniforme saneringen.

⁷ Besluit tot wijziging van het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal) (Stb. 2018/293), het Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl) (Stb. 2018, 292), het Omgevingsbesluit (Ob) (Stb. 2018, 290) en enkele andere besluiten met het oog op het beschermen van de bodem, met inbegrip van het grondwater en het duurzaam en doelmatig gebruik van de bodem (Aanvullingsbesluit bodem Omgevingswet), te raadplegen via: <https://www.internetconsultatie.nl/aanvullingsbesluit_bodem_omgevingswet>.

⁸ Er is voor gekozen niet alle instrumenten van het Wetsvoorstel te bespreken, maar te focussen op de voor de praktijk meest relevante onderdelen. Voor (meer) overzichtsartikelen over het Wetsvoorstel zie K. Azghay en S. Bigli, Het wetsvoorstel 'Aanvullingswet bodem Omgevingswet', VGR 2018/3, en G.J. Kremers, Beleidsvernieuwing voor de bodem: wetsvoorstel Aanvullingswet bodem Omgevingswet, BR 2018/31.

⁹ MvT p. 3 en 25.

1. Naar een nieuw bodembeleid

Bodem wordt in de Omgevingswet gedefinieerd als het vaste deel van de aarde met de zich daarin bevindende vloeibare en gasvormige bestanddelen en organismen (art. 1.1 bijlage A). De bodem omvat derhalve het samenhangende systeem van de grond en het grondwater.¹⁰ Bij de bescherming en de benutting van de bodem, als onderdeel van de fysieke leefomgeving, is het telkens zoeken naar de juiste balans tussen enerzijds het bewaken van de kwaliteit - waarbij de gedachte dat de grond volledig schoon moet zijn, is losgelaten - en anderzijds het toelaten van nieuwe functies.¹¹ De wetgever signaleert dat dit steeds moeilijker wordt door het toenemende intensievere gebruik van de boven- en ondergrond, zoals voor energievoorzieningen, drinkwatergebruik en parkeren. Het is de afweging tussen deze twee elementen, van het beschermen van de kwaliteit van de bodem en het benutten ervan ten behoeve van nieuwe functies, die bij de inpassing van het nieuwe bodembeleid in de Omgevingswet centraal staat.

Een ander belangrijk uitgangspunt van het Wetsvoorstel is dat in 2020 alle bekende historische bodemverontreinigingen met spoedeisende of onaanvaardbare risico's zijn aangepakt, zodat in de nieuwe wet minder behoefte is aan een wettelijk instrument gericht op geïsoleerde interventie, zoals dat nu in de Wbb is opgenomen.¹² In plaats daarvan wordt voor de overgebleven verontreinigingen naar een integrale, meer gebiedsgerichte, systematiek overgegaan. Deze aanpak sluit aan bij een van de verbeterdoelen van de Omgevingswet om tot een meer samenhangende benadering van de fysieke leefomgeving te komen. In de Wbb is al een eerste stap naar een meer integrale aanpak gezet door niet-spoedeisende historische gevallen pas te saneren op een 'natuurlijk moment', bijvoorbeeld wanneer op een locatie activiteiten in de bodem plaatsvinden. Het wetsvoorstel zet hierin de volgende stap door niet langer uit te gaan van een geval van verontreiniging, maar van de benodigde bodemkwaliteit in relatie tot het (beoogde) gebruik. Zo wordt de realisatie van een ruimtelijke ontwikkeling geïntegreerd met de aanpak en/of het beheer van een gebied. In lijn met de bevoegdheidsverdeling in de Omgevingswet vindt deze afweging plaats op decentraal niveau, in de (gemeentelijke) omgevingsvisie en het omgevingsplan.¹³ Het instrumentarium zoals wij dat voor historische gevallen in de Wbb kennen, verdwijnt en voor spoedeisende gevallen wordt de hierna te bespreken regeling van de 'toevalsvondst' geïntroduceerd.¹⁴ Omdat het deel van

de regelgeving in de Wbb dat is gericht op nieuwe gevallen van verontreiniging in de praktijk goed werkt, zal deze systematiek wel worden gehandhaafd, namelijk in de uitvoeringsregelgeving bij de Omgevingswet (het Concept aanvullingsbesluit).¹⁵

Het bodembeleid op grond van de Omgevingswet kent als algemene doelstelling 'Het waarborgen van de gebruikswaarde van de bodem (vaste bodem en grondwater) en het faciliteren van duurzaam gebruik van functionele eigenschappen van de bodem', te realiseren door in onderlinge samenhang te voldoen aan de volgende drie pijlers¹⁶:

1. het beschermen van de bodem tegen nieuwe verontreinigingen en aantastingen (*preventie*);
2. het evenwichtig toedelen van functies aan locaties, rekening houdend met de kwaliteiten van de bodem (*toedeling van functies*);
3. het op duurzame en doelmatige wijze beheren van resterende historische verontreinigingen (beheer van historische bodemverontreinigingen).

Met de eerste pijler wordt beoogd via de toepassing van algemene regels en zorgplichten nieuwe verontreiniging te voorkomen.¹⁷ Daarbij gaat het niet alleen om verontreiniging door de aantasting van chemische stoffen, maar ook om aantasting vanwege het aanbrengen van veranderingen in de geologische opbouw van de bodem of in de fysisch-mechanische eigenschappen van de bodem. Het Wetsvoorstel zelf bevat echter geen bepalingen over aantasting. Wel zullen voor bodembedreigende activiteiten, zoals de opslag van bulkvloeistoffen, door het Rijk algemene regels worden opgesteld (zie daarover § 2.1). Daarbij wordt ruimte gegeven om decentraal aanvullende of afwijkende regels te stellen. Provincies, gemeenten en waterschappen kunnen daarnaast ter uitvoering van hun taken algemene regels over activiteiten stellen.

De tweede pijler richt zich op de integrale benadering van de fysieke leefomgeving, waarbij ook aspecten als de chemische, fysische en ecologische bodemkwaliteit nadrukkelijk worden betrokken. Deze benadering dient primair uitwerking te krijgen op gemeentelijk niveau in de omgevingsvisie en het omgevingsplan. Het Rijk stelt instructieregels voor het omgevingsplan op met het oog op de bescherming van de bodem of ter voorkoming van onaanvaardbare risico's voor de gezondheid vanwege het gebruik van de bodem (zie daarover § 2.1).¹⁸ Zo kan bijvoorbeeld worden voorkomen

¹⁵ MvT p. 7.

¹⁶ MvT p. 11 en 7.

¹⁷ Op de uitwerking van de pijlers wordt in de MvT op p. 3 (Inleiding), p. 14 e.v. (Rol- en taakverdeling overheid en samenleving) en p. 16 e.v. (Uitwerking subsidiariteitsbeginsel; verdeling bestuurslagen) uitgebreid ingegaan. Op p. 31 e.v. worden de pijlers 1 en 3, en de aanvullende instrumenten voor bodembeleid, nader uitgewerkt.

¹⁸ Art. 1.1 onder A Wetsvoorstel, art. 2.28 onder 2 sub h.

¹⁰ MvT p. 5.

¹¹ MvT p. 2.

¹² MvT p. 2 en 9 e.v.

¹³ Ook bijv. MvT p. 17.

¹⁴ MvT p. 8.

dat bodembedreigende activiteiten in de buurt van kwetsbare objecten worden verricht. De provincies en waterschappen kunnen voor hun taken respectievelijk een omgevingsvisie en een waterbeheerprogramma opstellen.

Pijler drie tot slot ziet op het verstandig omgaan met resterende historische verontreinigingen. Anders dan onder de Wbb zullen daarvoor in eerste instantie vooral algemene regels gelden en zal slechts in uitzonderingsgevallen met een vergunningplicht worden gewerkt. Het beheer van historische verontreiniging berust straks bij de gemeente, waardoor in de meeste gevallen een belangrijke verschuiving in bevoegd gezag plaatsvindt (van veelal gedeputeerde staten op dit moment naar in eerste instantie de gemeenteraad onder de Omgevingswet bij het omgevingsplan). Ten aanzien van 'de grond'¹⁹ is en blijft de eigenaar verantwoordelijk. De aanpak vindt in alle gevallen pas plaats op een natuurlijk moment en een door de eigenaar gekozen wijze, onder de voorwaarde dat dit geen onaanvaardbare veiligheids- en gezondheidsrisico's met zich brengt. Het Rijk kan een grens stellen waarboven de bodemkwaliteit onaanvaardbare risico's voor de gezondheid betekent, bij overschrijding waarvan de eigenaar tot tijdelijke beschermingsmaatregelen wordt verplicht. Omdat er niet zoiets is als 'de eigenaar' van het grondwater, hetgeen grondwater moeilijk beheersbaar maakt, heeft de overheid de verantwoordelijkheid over het gebiedsgericht beheer van het grondwater gekregen. De provincie, verantwoordelijk voor het beheer van watersystemen niet in beheer bij het Rijk, zal het beheer van historische grondwaterverontreinigingen ook onderdeel moeten maken van haar beleid.

Met het nieuwe bodembeleid is geen grote koerswijziging beoogd, wel is er - zoals de wetgever dat noemt - een aantal accentverschuivingen in het wettelijk instrumentarium.²⁰ Hiervoor bespreken wij al het loslaten van de gevalbenadering ten behoeve van een meer geïntegreerde gebiedsbenadering van activiteiten. Andere, hierna nog te bespreken verschuivingen, worden gekenmerkt doordat het omgevingsplan is gericht op activiteiten in plaats van het saneren om milieuhygiënische redenen en het vergroten van de bestuurlijke afwegingsruimte. Overigens lijkt de wetgever niet helemaal concludent over de mate van impact van het nieu-

we bodemstelsel. De wetgever spreekt tegelijkertijd namelijk de verwachting uit dat 'er veel verandert' op bodemgebied met de komst van de Omgevingswet.²¹ Daarbij geldt - in lijn met de wet zelf - als uitgangspunt dat een gelijk beschermingsniveau moet worden gerealiseerd.²²

2. Instrumenten uit de Omgevingswet t.b.v. bodembeleid

2.1 De zes kerninstrumenten

De Omgevingswet biedt voldoende grondslagen om het bodembeleid grotendeels te kunnen uitrollen. Dit laat zich het beste uitleggen aan de hand van de beleidscyclus van de Omgevingswet met daarin opgenomen de zes kerninstrumenten en de daaraan ondersteunende instrumenten.²³ De beleidscyclus start met de *omgevingsvisie*, waarin de verschillende onderdelen van de fysieke leefomgeving in beeld worden gebracht en in samenhang worden beoordeeld.²⁴ De kwaliteit van de bodem, inclusief het grondwater, en het toelaten van functies die de kwaliteit van de bodem kunnen beïnvloeden, is een belangrijk thema in de omgevingsvisie. Hoewel een omgevingsvisie op gemeentelijk, provinciaal en Rijksniveau wordt vastgesteld, is hier voor gemeenten, als 'hoeders' van de lokale fysieke leefomgeving, een hoofdrol weggelegd; zij delen functies toe aan locaties en zijn het bevoegd gezag over het merendeel van de activiteiten van burgers en bedrijven. Ook kunnen gemeenten via de omgevingsvisie hun ambities op het gebied van bodem(kwaliteit) tonen, door bijvoorbeeld strategische doelen voor klimaat of waterregulatie op te nemen. Bodem maakt van de provinciale omgevingsvisie onderdeel uit voor zover het de uitvoering van taken betreft die aan de provincie zijn toebedeeld. Voorbeelden van provinciale bodemtaken zijn kwetsbare gebieden zoals natuurgebieden, het beheer van bepaalde watersystemen en het beschermen van de kwaliteit van het grondwater in grondwaterbeschermingsgebieden. Voor het Rijk geldt hetzelfde waar het gaat om nationale belangen. In de Nationale opgaven voor de Rijksomgevingsvisie²⁵, dat het uitgangspunt vormt voor de Nationale Omgevingsvisie ('NOVI'), wordt het belang van de bodem in verschillende hoedanigheden (bodemdaling, bodemkwaliteit, bodemgebruik) aangehaald, maar voornamelijk is onduidelijk hoe dit zich zal vertalen. Ook uit de Structuurvisie Ondergrond, zullen mogelijk aanvullende regels voor

¹⁹ Het begrip 'grond' is in het Wetsvoorstel niet gedefinieerd, maar wordt door de wetgever in de MvT wel regelmatig aangehaald, overigens lijkt dat niet altijd eenduidig te gebeuren. Bijvoorbeeld in het schema op p. 32 bovenaan van de MvT wordt gesproken over 'graven in verontreinigde grond', de vraag is of hier niet bodem is bedoeld. Een duidelijke definitie van grond (is dit alles tot het grondwater of alleen het vaste deel van de bodem (in- of exclusief drijf- of zaklagen)?), en een duidelijk onderscheid van dit begrip ten opzichte van de bodem en het grondwater, is nodig teneinde de verplichtingen op grond van de wet te kunnen vaststellen.

²⁰ MvT p. 11.

²¹ MvT p. 90.

²² MvT p. 61.

²³ MvT p. 20.

²⁴ MvT p. 20 en 21.

²⁵ *Kamerstukken II 2016/17, 34 682, 1*, de NOVI is een bijlage bij de brief van de minister van (toen) Infrastructuur en Milieu van 17 februari 2018.

decentrale overheden voortvloeien.²⁶ Onder meer de drinkwatervoorziening is daarin als nationaal belang aangewezen. Het waterschap tot slot stelt geen eigen omgevingsvisie op, maar kan adviseren bij de door de andere bestuursorganen op te stellen omgevingsvisies.

Een programma bevat de uitwerking van (een onderdeel) van de omgevingsvisie met een bijbehorend maatregelenpakket, teneinde een doelstelling van de fysieke leefomgeving of een omgevingswaarde te bereiken. De Omgevingswet kent verplichte en onverplichte programma's. Verplichte programma's zijn, voor zover hier relevant, provinciale regionale waterbeheerprogramma's en waterprogramma's van de waterschappen.²⁷ In regionale waterbeheerprogramma's stellen de provincies de beleidskaders van strategische doelen en *gekwantificeerde* opgaven vast van watersystemen die niet in beheer zijn bij het Rijk. Onder de Omgevingswet zullen deze programma's zich ook gaan richten op de *kwaliteits* aspecten. Voorts zullen programma's waar nodig aandacht moeten besteden aan het beheer van historische grondwaterverontreinigingen, teneinde de kwaliteit van grondwater in een grondwaterlichaam te beschermen. Vrijwillige programma's kunnen in beginsel elke invulling hebben, mits daarmee de doelstellingen van de omgevingsvisie worden beantwoord. Een belangrijk voorbeeld van een vrijwillig programma is het gebiedsgerichte beheer van historische grondwaterverontreiniging.²⁸ Voor het opstellen en uitvoeren van een programma moeten de betrokken overheden onderling afstemmen en samenwerken. Dat is op zich niet anders dan nu het geval is bij historische grondwaterverontreiniging en zo aan de orde bij gebiedsgericht grondwaterbeheer. Een vraag die onder de Omgevingswet wel speelt, is hoe dit soort (plangebiedoverstijgende) programma's, waarbij meerdere overheden betrokken zijn, in de verschillende omgevingsplannen en eventueel -verordeningen zullen worden vertaald, aannemende dat dit zal gebeuren vanwege de relevantie van dergelijke programma's voor de functietoedeling aan locaties. Mogelijk wordt het hele programma in het lokale en/of regionale instrument opgenomen, teneinde inzicht te krijgen in de integrale werking van het programma, terwijl daarbij zoveel als mogelijk wordt aangegeven welk deel van het programma betrekking heeft op het betrokken plandeel. Over het aan het programma ondersteunde instrument van de omgevingswaarde wordt tot slot nog opgemerkt dat voor bodem, behoudens grondwater, op dit moment geen omgevingswaarden op Rijksniveau zijn gegeven (art. 2.15 van de Omgevingswet geeft geen verplichte

omgevingswaarden voor bodem).²⁹ Provincies en gemeenten staat het daarom vrij met inachtneming van de lokale omstandigheden omgevingswaarden te stellen, bijvoorbeeld in een programma voor gebiedsgericht beheer van historische grondwaterverontreiniging.

Op Rijksniveau kunnen voor bodem op hoofdlijnen twee type *algemene regels* worden gesteld. Ten eerste, regels over 'bodemrelevante activiteiten' teneinde de bodem te beschermen (preventieve regels). Wij gaan ervan uit dat de wetgever hier doelt op milieubelastende activiteiten die bodembedreigend zijn, welk type regels wordt gereguleerd in het Besluit activiteiten leefomgeving ('Bal'). In het Concept aanvullingsbesluit zijn dergelijke bodembeschermende voorzieningen alleen expliciet in het Bal voorzien bij het opslaan van baggerspecie (art. 4.1253).³⁰ Voor alle overige bodembedreigende activiteiten gelden de (algemene) bodembeschermende voorzieningen van paragraaf 5.4.2 van het Bal. Voor zover ons bekend is, zijn de voorzieningen en maatregelen uit de Nederlandse Richtlijn Bodem ('NRB') in de algemene regels van het Bal verwerkt. Voor vergunningplichtige activiteiten zullen de voorzieningen en maatregelen uit de NRB worden verwerkt in een zogenaamd 'BBT document' dat bij de beoordeling van een omgevings(milieu) vergunning wordt betrokken (zie hierna).³¹ Daarbij bestaat de intentie, zo hebben wij begrepen, de NRB beleidsneutraal om te zetten. De specifieke zorgplicht van artikel 2.11 Bal heeft ten opzichte van de algemene regels voor bodemrelevante activiteiten een aanvullende werking, met name waar het gaat om het nemen van preventieve maatregelen. Op Rijksniveau zullen ten tweede regels worden gesteld aan activiteiten wanneer een vermoeden van historische bodemverontreiniging bestaat (repressieve regels). Hierbij kan gedacht worden aan regels over normering, onderzoeksverplichtingen en een uniforme aanpak, waarbij de wetgever een optimale ruimte aan maatwerk voorstaat. Deze regels zullen in paragraaf 5.1.4.5 (Bodemkwaliteit) van het het Besluit kwaliteit leefomgeving ('Bkl') als instructieregels voor het omgevingsplan worden opgenomen. Het Concept aanvullingsbesluit is met paragraaf 5.1.4.5.1 (Toelaten van een bodemgevoelige locatie) en paragraaf 5.1.4.5.2 (Nazorg) invulling gegeven aan deze instructieregels.³² Het *omgevingsplan* biedt zoals al is opgemerkt meer ruimte voor een integrale afweging met de kwaliteit van de bodem als onderdeel. Denkbaar is dat ter bescherming van de kwaliteit van de bodem bepaalde functies niet of onder bepaalde voorwaarden zijn toegestaan. Daarnaast kan het omgevingsplan locatiespecifieke regels stellen met het oog op bodembelangen, bij-

²⁶ MvT p. 56 en *Kamerstukken II* 2017/18, 33 136, 16, de Structuurvisie Ondergrond is een bijlage bij de brief van de Staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat van 11 juni 2018.

²⁷ MvT p. 22.

²⁸ MvT p. 22.

²⁹ MvT p. 20.

³⁰ Art. I onder I Wetsvoorstel.

³¹ Concept aanvullingsbesluit, Nota van Toelichting (NvT) p. 86.

³² Art. II onder B Wetsvoorstel.

voorbeeld door maatregelen te verlangen alvorens nabij een historische grondwaterverontreiniging werkzaamheden mogen worden verricht. In een omgevingsplan kan tot slot ook rekening moeten worden gehouden met regels die de provincie in haar omgevingsverordening heeft opgenomen over de aan haar toekomende bodemtaken, bijvoorbeeld ter bescherming van de kwaliteit van het grondwater.

In sommige situaties kan niet met algemene regels worden volstaan, maar is een toestemming op maat noodzakelijk. Voor die gevallen bestaat het instrument van de *omgevingsvergunning* en, bij een groot project van bovengemeentelijk of nationaal belang, een *projectbesluit*. Een omgevingsvergunningplicht kan voortvloeien uit de Omgevingswet, maar bijvoorbeeld ook uit een omgevingsplan als daarin een vergunningstelsel is opgenomen. In hoofdstuk 5 van het Bkl zijn de beoordelingsregels voor de omgevingsvergunning gegeven. Op het gebied van bodem zullen deze - via het Concept aanvullingsbesluit - daaraan worden toegevoegd. Het Concept aanvullingsbesluit kent alleen specifieke voorschriften voor de milieubelastende activiteiten van het op of in de bodem brengen van zuiveringsslib (§ 8.5.4.2b). Deze beperkte invulling wordt waarschijnlijk verklaard doordat voor de meeste milieubelastende activiteiten de algemene beoordelingsregels volstaan, inhoudende dat bij vergunningverlening in elk geval aan de informatiedocumenten c.q. 'BBT-documenten' van bijlage XVIII, onder A (Informatiedocumenten over beste beschikbare technieken) van het Bkl moet worden getoetst³³ (zie ook hiervoor). Het nieuwe 'BBT-bodemdocument' dat als opvolger van de NRB zal dienen is in deze bijlage nu nog niet vermeld, maar zal (moeten) worden toegevoegd aan bijlage XVIII, onder A Bal.

2.2 De ondersteunende instrumenten

Naast de zes kerninstrumenten (omgevingsvisie, programma, algemene regels, omgevingsplan, omgevingsvergunning en projectbesluit) worden ook de ondersteunende instrumenten onder de Omgevingswet ingezet voor het voeren van bodembeleid. Een belangrijk ondersteunend instrument is de gedoogplicht, opgenomen in hoofdstuk 10 van de Omgevingswet. Gedoogplichten kunnen zowel van rechtswege als bij beschikking gelden en wel in vier situaties, namelijk bij het dulden van grondwaterbeheer (van rechtswege), het nemen van maatregelen vanwege een toevalsvondst van verontreiniging op of in de bodem (van rechtswege), bij nazorg (bij beschikking) en bij verontreiniging van de bodem door schending van de zorgplicht of

vanwege een ongewoon voorval (bij beschikking).³⁴ Een ander belangrijk ondersteunend instrument vormen de financiële bepalingen (hoofdstuk 13)³⁵ over (1) leges, (2) financiële bepalingen over vergunningen, (3) subsidies en (4) kostenverhaal. Momenteel wordt voor beschikkingen op grond van de Wbb geen leges geheven. Voor 'bodembesluiten' onder de Omgevingswet wordt dit anders, omdat de wetgever het niet langer wenselijk heeft geacht voor bepaalde besluiten wel en voor bepaalde besluiten geen leges te heffen. Het legesverbod wordt daarom opgeheven en ter beoordeling van gemeenten en provincies gelaten of zij leges willen heffen en tegen welk bedrag. Een tweede financieel instrument is het opleggen van financiële zekerheid. Voor vergunningplichtige activiteiten biedt artikel 13.5 Omgevingswet jo. afdeling 8.3 Omgevingsbesluit de mogelijkheid om bij AMvB gevallen aan te wijzen waarin financiële voorschriften aan de vergunning kunnen worden verbonden. Of deze mogelijkheid in relatie tot bodemverontreiniging zal worden geboden, zal in de uitvoeringsregelgeving duidelijk worden. In (de toelichting op) het Concept Aanvullingsbesluit is dit niet nader uitgewerkt³⁶, het ligt voor de hand dat de Omgevingsregeling - ter uitwerking van afdeling 8.3 Omgevingsbesluit - nadere bepalingen zal geven. Voor activiteiten die onder algemene regels vallen, bieden volgens de wetgever maatwerkvoorschriften al een bevoegdheid tot het verlangen van financiële zekerheid.³⁷ Ten derde kent de subsidieregeling opgenomen in het Besluit financiële bepalingen bodemsanering 2005 (de 'bedrijvenregeling') straks geen grondslag in de Omgevingswet, maar zal deze worden ingepast in de Kaderwet subsidie I en M.³⁸ Bedrijven die zich voor 1 januari 2008 voor de bedrijvenregeling hebben aangemeld kunnen tot 1 januari 2025, wanneer de regeling vervalt, een subsidieaanvraag doen (art. 44a). Vervolgens hebben bedoelde bedrijven tot 2030 om de sanering formeel af te ronden en een subsidievaststelling te verkrijgen (art. 21). Ten vierde verwacht de wetgever dat in sommige gevallen de noodzaak tot kostenverhaal blijft bestaan, namelijk indien de overheid zelf onderzoek doet of maatregelen neemt in verband met het wegnemen van onaanvaardbare risico's die samenhangen met historische verontreinigingen, en de kosten daarvan wil verhalen. Op grond van artikel 19.6 Omgevingswet kunnen kosten die gepaard gaan met het nemen van maatregelen in het geval van onaanvaardbare risico's voor de gezondheid, worden verhaald. Financiële instrumenten uit de

³⁴ Art. 1.1 onder C Wetsvoorstel, art. 10.3 lid 5 en onder D art. 10.10a (gedoogplicht bij een toevalsvondst), onder E art. 10.13a (gedoogplicht bij nazorg), onder F art. 10.21a (gedoogplicht bij een zorgplicht of ongewoon voorval). Zie ook p. 26 MvT.

³⁵ MvT p. 27.

³⁶ NvT, p. 147 e.v. gaat wel in algemene zin in op de inzet van financiële instrumenten, waaronder financiële zekerheid.

³⁷ MvT p. 28.

³⁸ Art. VII Concept Aanvullingsbesluit.

³³ Op grond van art. 8.10, lid 2, sub 1 Bkl.

Bodemverontreiniging onder de Omgevingswet					
	Pijler 1	Pijler 3			
Soort verontreiniging	Op of na 1 januari 1987 of op of na 1 juli 1993 voor asbest (nieuwe verontreinigingen)	Ontstaan voor 1 januari 1987 respectievelijk 1 juli 1993 (historische verontreinigingen)			
Doel	Voorkomen van nieuwe verontreinigingen en aantastingen; gevolgen beperken en zoveel mogelijk ongedaan maken	Voorkomen van blootstelling aan onaanvaardbare risico's voor de gezondheid		Beheer van risico's; zo nodig risico-reducerende maatregelen op natuurlijk moment	
Wie aan zet	Maatregelen door veroorzaker	Maatregel door grondeigenaar (burger of bedrijf)	Maatregel door overheid als grondeigenaar (burger of bedrijf) niet handelt	Maatregel door burger of bedrijf / initiatiefnemer	Maatregel door overheid
Instrumenten	• Zorgplichten • Preventieve bepalingen • Maatregel in bijzondere omstandigheden (ongewoon voorval)	Regeling van de toevalsvondst op of in de bodem met onaanvaardbare risico's voor de mens	Regeling van de toevalsvondst op of in de bodem met onaanvaardbare risico's voor de mens	Regels gekoppeld aan activiteiten, zoals • bouwen • graven in verontreinigde grond • toepassen grond, bagger- specie en bouwstoffen • water-activiteiten	Programma (omgevingsvisie)

Wbb gerelateerd aan de saneringsparagraaf komen te vervallen. De mogelijkheid van kostenverhaal op grond van artikel 75 Wbb wordt via de Invoeringswet Omgevingswet gereguleerd (art. 13.3a (verhaal van kosten bij verontreiniging fysieke leefomgeving)). Een laatste ondersteunend instrument dat vermelding behoeft zijn de zogenaamde ‘Bevoegdheden in bijzondere omstandigheden’ (in hoofdstuk 19 Omgevingswet). In relatie tot bodem zijn twee bijzondere omstandigheden te onderscheiden, namelijk bodemverontreiniging als gevolg van een ongewoon voorval en de toevalsvondst op of in de bodem met onaanvaardbare risico's voor de gezondheid. Beide worden in het volgende hoofdstuk besproken.

3. Aanvullende instrumenten voor bodembeleid

3.1 Algemeen

Deze paragraaf besteedt aandacht aan de wettelijke instrumenten in de Omgevingswet die nodig zijn om het bodembeleid te realiseren. Mede voor een goed begrip van de noodzaak tot het opnemen van instrumenten in de wet zelf, heeft de wetgever

onderstaand schema in de MvT opgenomen. Hierin is voor de pijlers 1 en 3 op hoofdlijnen aangegeven hoe onder de Omgevingswet wordt omgegaan met de risico's veroorzaakt door bodemverontreiniging.³⁹ Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen het soort verontreiniging, het daarvoor geldende doel, de actor (wie is aan zet) en de beschikbare wettelijke instrumenten. Diverse van deze instrumenten zijn hiervoor al, bij de toelichting op de bestaande instrumenten uit de Omgevingswet, kort toegelicht. Pijler 2, die betrekking heeft op het evenwichtig toedelen van functies aan locaties, is niet in het schema opgenomen, waarschijnlijk omdat de toepassing daarvan een grote mate van beleidsvrijheid van het bevoegd gezag kent. In het schema valt op dat het onderscheid tussen bodemverontreiniging veroorzaakt vanaf 1987 (nieuwe verontreinigingen) en bodemverontreiniging ontstaan voor 1987 (historische verontreinigingen) gehandhaafd is. Wij vermoeden dat dit zo is, omdat de wetgever historische verontreinigingen (met spoedeisende of onaanvaardbare risico's) gelijk stelt aan toevalsvondsten (onaanvaardbare risico's), met als verschil dat toevalsvondsten zich beperken tot

39 MvT p. 31.

gezondheidsrisico's (zie § 3.4 hierna). Pijler 3 zou daarmee zien op toevalsvondsten terwijl pijler 1 op de overige verontreinigingsgevallen betrekking heeft. Dit onderscheid werpt wel de vraag op of onder omstandigheden niet ook gevallen veroorzaakt vanaf 1987 onaanvaardbare risico's zouden kunnen veroorzaken en derhalve als toevalsvondst kwalificeren. Aan het schema valt voorts op dat bij pijler 1 niet is opgenomen wie verantwoordelijk is als de veroorzaker niet kan worden achterhaald, hetgeen bijvoorbeeld aan de hand kan zijn bij het lozen van drugsafval.

Over de rechtsbescherming van besluiten onder de Omgevingswet merken wij alvast op dat - opnieuw de algemene lijn van de Omgevingswet volgend - tegen besluiten op grond van de Omgevingswet in beginsel beroep in twee instanties open staat, tenzij anders is bepaald.⁴⁰ Dit betekent dat waar nu de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in eerste en enige instantie over 'bodembesluiten' oordeelt, onder de Omgevingswet rechtbanken dat in eerste instantie zullen doen. Een wijziging in rechtsbescherming die voor omgevings(milieu)vergunningen en natuurbeschermingsvergunningen een aantal jaar geleden is doorgevoerd. Een gerechtelijke 'bodemzaak' kent straks (in eerste aanleg) dus diverse nieuwe participanten; naast de gemeente zal ook de rechtbank hier nieuw betrokken zijn. Daarbij kan de rechtbank vanzelfsprekend de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak om advies vragen, waarvan wij verwachten dat zij dat in het begin ook zeker zal doen.

3.2 Voorkomen van bodemverontreiniging en bodemaantasting (pijler 1)

Om nieuwe verontreinigingen en aantastingen te voorkomen, dan wel - als deze zich hebben voorgedaan - de gevolgen daarvan zoveel mogelijk te beperken en ongedaan te maken, worden aan de veroorzaker op Rijksniveau (in het Bal) ten eerste algemene regels voor het verrichten van milieubelastende activiteiten opgelegd (zie ook § 2.1).⁴¹ Deze regels bevatten concrete, preventieve regels die zijn toegespitst op het verrichten van activiteiten op of in de bodem (vergelijkbaar met de verplichtingen zoals deze nu ook in afdeling 2.4 (Bodem) van het Activiteitenbesluit zijn opgenomen).⁴² Ten tweede kennen deze regels ook een specifieke zorgplicht die het voorkomen, beperken of ongedaan maken van nadelige gevolgen regelt, waarbij voor zover bodemverontreiniging ontstaat, herstel van de bodem redelijkerwijs mogelijk blijft.⁴³ Dit

in aanvulling op de algemene zorgplicht van artikel 1.7 Omgevingswet. Voor andere activiteiten dan milieubelastende activiteiten kunnen gemeenten en provincies, ten derde, in respectievelijk het omgevingsplan of de omgevingsverordening algemene regels met betrekking tot de bodem stellen, waarbij gedacht kan worden aan een verbod, opruimplicht, een specifieke zorgplicht of andere regels.⁴⁴ Het is de vraag of er - mede met het oog op de hierna te noemen vangnetbepaling - voor gemeenten heel veel te reguleren overblijft. Behoudens uitzonderlijke situaties die door de vangnetbepaling moeten worden gedekt, zullen met de regulering van milieubelastende activiteiten in het Bal de meeste bodemverontreinigingssituaties zijn geregeld. Een vierde instrument dat in het kader van pijler 1 kan worden benut, maar anders dan de eerdere instrumenten niet van rechtswege tot verplichtingen leidt, is de regeling over de bijzondere omstandigheid van het ongewoon voorval (art. 19.1 Omgevingswet).⁴⁵ Van een ongewoon voorval is sprake wanneer een gebeurtenis plaatsvindt die afwijkt van het reguliere productieproces en waardoor significante effecten op de fysieke leefomgeving (dreigen) te ontstaan. Een ongewoon voorval dat verontreiniging of aantasting van de bodem veroorzaakt, valt onder het begrip ongewoon voorval. Het bevoegd gezag kan de veroorzaker van een ongewoon voorval dwingen tot het nemen van maatregelen en aanwijzingen geven. In de MvT is opgemerkt dat de sturingsmogelijkheid hier bij de gemeente ligt. Dit lijkt ons niet in alle gevallen juist, omdat dit bij de zwaardere milieuactiviteiten (zoals de zogenaamde Brzo- en IP-PC-bedrijven) de provincie zal blijven. Overigens geldt dat de wetgever bij de verplichting tot het stellen van financiële zekerheid (mede) in verband met het saneren van bodemverontreiniging (zie § 2.2), met name ook de situatie van het ongewone voorval voor ogen heeft gehad (om situaties als die met Chemie-Pack te voorkomen).⁴⁶

Met dit samenstel aan instrumenten is beoogd de diverse functionaliteiten van het huidige artikel 13 Wbb een plek in de Omgevingswet te geven.⁴⁷ Artikel 13 Wbb staat centraal bij de beoordeling van gevallen van nieuwe verontreiniging en kent hoofdzakelijk twee functionaliteiten: het verbod om te verontreinigen of aan te tasten, en een handhaafbare verplichting om maatregelen te nemen om die verontreiniging of aantasting ongedaan te maken. Of onder de Omgevingswet met dit samenstel aan instrumenten een vergelijkbare bescherming is geboden als onder artikel 13 Wbb, behoeft nadere vergelijking van de verplichtingen en formuleringen onder beide stelsels, met name ook kijkend

⁴⁰ MvT p. 62.

⁴¹ MvT p. 32.

⁴² Zie Concept aanvullingsbesluit, NvT p. 88 en 89. Naast de specifieke zorgplicht zijn in de algemene regels ten aanzien van de activiteiten waar dat voor geldt, de algemene regels over bodembeschermende voorzieningen van § 5.4.2. Bal van toepassing verklaard.

⁴³ Art. 2.11 Bal.

⁴⁴ De instructieregels voor het omgevingsplan op het gebied van bodem zijn voorzien in § 5.1.4.5. Bkl.

⁴⁵ MvT p. 34.

⁴⁶ Stb. 2018, 290 (Ob), p. 171

⁴⁷ MvT p. 33.

naar het Concept Aanvullingsbesluit. Behoudens de hiervoor genoemde algemene zorgplicht van artikel 1.7 Omgevingswet zijn de instrumenten onder pijler 1, evenals artikel 13 Wbb, bestuursrechtelijk en strafrechtelijk handhaafbaar. Voor zover het gaat om een (significant) handelen of nalaten dat niet door een van de bovenstaande instrumenten wordt gedekt, heeft de wetgever een aanvullend vangnet in de Invoeringswet Omgevingswet voorzien. Voor zover wij hebben kunnen beoordelen is een dergelijke bepaling nog niet opgenomen in de versie die aan de Tweede Kamer is gestuurd.

3.3 Beheer historische verontreiniging (pijler 3)

Hiervoor merkten wij al op dat een belangrijk uitgangspunt van de Omgevingswet is dat tegen de tijd dat deze in werking treedt, alle historische verontreinigingen met spoedeisende of onaanvaardbare risico's zijn gesaneerd. Dat biedt ruimte voor een andere wijze van reguleren van historische verontreinigingen onder de Omgevingswet. Een van de hiermee samenhangende accentverschuivingen in de wet is dat bij het omgaan met historische verontreinigingen niet langer het 'geval van verontreiniging' centraal staat, maar op een natuurlijk moment, bij (voorgenomen) activiteiten in de fysieke leefomgeving, wordt gekeken naar de kwaliteit van de bodem.⁴⁸ In de uitvoeringsbesluiten wordt voor een aantal specifieke activiteiten dat plaatsvindt in of op de bodem algemene regels gesteld, namelijk (1) het bouwen van een gebouw met een verblijfsfunctie, (2) graven in de bodem, het toepassen van grond, (3) baggerspecie en bouwstoffen en (4) wateractiviteiten. Wij beperken ons hierna tot de als eerste genoemde activiteit van het bouwen van een gebouw met een verblijfsfunctie. Voor andere activiteiten dan het bouwen van een gebouw met een verblijfsfunctie kunnen gemeenten in hun omgevingsplan algemene regels opnemen. Vermoedelijk zal het dan met name gaan om bouwactiviteiten die - ongeacht hun functie - het beheer van een historische verontreiniging negatief kunnen beïnvloeden en daar daarom maatregelen aan moeten worden gesteld.

Het bouwen van een gebouw met een verblijfsfunctie, dat de bodem raakt en waar mensen langdurig verblijven, brengt indirect potentiële (blootstellingen)risico's voor de gezondheid met zich indien sprake is van bodemverontreiniging. Op rijksniveau zullen in het Bkl (in § 5.1.4.5) instructieregels voor het omgevingsplan, geënt op het bekende mengpaneel milieu, met een voorkeurswaarde en een maximale waarde worden gegeven, met daarin de eisen waaraan de bodemkwaliteit respectievelijk bij voorkeur en minimaal moet voldoen (zie ook § 2.1). Gemeenten zullen vervolgens in hun omgevingsplan eisen stellen aan de bodemkwaliteit

bij het realiseren van functies door middel van bouwactiviteiten, bij welke afweging de gewenste bodemkwaliteit en het type bodemgebruik zullen worden betrokken. Het bouwen van een gebouw met een verblijfsfunctie boven de - met inachtneming van de instructieregel bepaalde - maximale waarde zal slechts mogelijk zijn als de initiatiefnemer voldoende maatregelen heeft getroffen om de gezondheidsrisico's zoveel mogelijk te beperken. Daarnaast hebben gemeenten natuurlijk alle (afwegings)ruimte om in het omgevingsplan een betere kwaliteit dan de voorkeurswaarde na te streven. Het vergroten van de bestuurlijke afwegingsruimte sluit aan bij de accentverschuivingen van de Aanvullingswet ten opzichte van de Wbb.⁴⁹ Hoewel doorgaans de meeste kennis over bodem zich bij provincies (in de hoedanigheid van bevoegd gezag) zal bevinden, kunnen gemeenten waarschijnlijk putten uit de ervaring die zij reeds hebben opgedaan bij het beoordelen van bodemstukken in het kader van omgevingsvergunningverlening en het opstellen van bodemkwaliteitskaarten. Voor veel kleinere gemeentes zal het beoordelen en bepalen van de bodemkwaliteit, teneinde die af te wegen tegen de mogelijke functies in een gebied en de uitkomsten daarvan op te nemen in het omgevingsplan, wel (nog) een volledig nieuwe en uitdagende taak betekenen. Dat bij het behandelen van bodemsituaties tussen gemeenten verschillen ontstaan, acht de wetgever niet op voorhand een probleem. Een lokaal omgevingsplan zal toegesneden zijn op de specifieke situatie en opgaven in de betreffende gemeente. Wel onderkend de wetgever dat dit voor provinciaal en landelijk opererende bedrijven lastiger kan zijn, omdat zij zich per gemeente van de geldende regels zullen moeten vergewissen.⁵⁰ De wetgever gaat ervan uit dat gemeenten verstandig met de gegeven bestuurlijke afwegingsruimte zullen omgaan.

Gemeenten worden voorts gestimuleerd om de beschikbare bodeminformatie zo optimaal mogelijk in te zetten en deze informatie te gebruiken om in het omgevingsplan aandachtsgebieden aan te wijzen waar de kans op nog niet ontdekte verontreiniging dusdanig groot is dat een initiatiefnemer verplicht is een bodemonderzoek uit te voeren. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn bij een gevoelig gebruik in diffuus verontreinigde gebieden of op locaties waar in het verleden bodembedreigende activiteiten zijn uitgevoerd. De verwachting is dat door deze meer gebiedsgerichte benadering het aantal bodemonderzoeken kan worden beperkt. Ook het verminderen van het aantal bodemonderzoeken is een van de accentverschuivingen in de Omgevingswet ten opzichte van de Wbb, en sluit bovendien aan bij de verbeterdoelen van de wet.⁵¹ In reactie

49 MvT p. 11.

50 MvT p. 66.

51 MvT p. 11.

48 MvT p. 11 en 34 e.v.



hierop wordt voorop gesteld dat de gebiedsgerichte aanpak in het omgevingsplan voor bodemverontreiniging en -aantastingen weliswaar het meest voor de hand ligt bij historische verontreinigingen, maar dat niet is uitgesloten dat deze ook voor nieuwe verontreinigingen wordt gehanteerd. Verder zal het in de praktijk naar wij verwachten niet altijd eenvoudig zijn deze gebieden met een bepaalde nauwkeurigheid aan te wijzen en actueel te houden, zodat waarschijnlijk het zekere voor het onzekere wordt genomen waar het gaat om de verplichting tot het indienen van een bodemonderzoek. Naar wij verwachten zal bovendien in nagenoeg alle gevallen een vooronderzoek in de zin van NEN 5725 worden gevraagd. Pas als daaruit blijkt dat voldoende actuele bodeminformatie beschikbaar is en het risico op het aantreffen van een toevalsvondst klein is, dan kan naar onze inschatting een verkennend of nader onderzoek met veldwerkzaamheden achterwege blijven.⁵² De vraag is of deze benadering wezenlijk verschilt van de huidige aanpak, waarin een (nieuw) bodemonderzoek ook achterwege kan blijven indien uit voldoende recent onderzoek blijkt dat de risico's verwaarloosbaar zijn. Aan de uitvoering van het bodemonderzoek zullen in de uitvoeringsregelgeving eisen worden gesteld.⁵³ Daarbij zal worden aangesloten bij bestaande NEN-normen, beoordelingsrichtlijnen en protocollen. Maatwerk van deze normen en richtlijnen zal volgens de wetgever waarschijnlijk niet of nauwelijks worden ge-

boden, omdat daaraan tot dusver weinig behoefte is gebleken en voor een efficiënte uitvoering bestaat bij uniforme regelgeving. Wij delen deze observatie niet. Er zijn in het huidige stelsel voorbeelden van het toepassen van maatwerk waarbij voor (groot) industrieel gebied gemotiveerd is afgeweken van de standardeisen voor het uitvoeren van een nulsituatie-bodemonderzoek. In de praktijk bestaat dus wel degelijk behoefte aan maatwerk. In de uitvoeringsregels zullen ook algemene regels voor bodemsanering van standardsituaties worden opgenomen, zogenaamde BUS-saneringen, met mogelijkheden voor maatwerk waar dat nodig is.

3.4 Bevoegdheden en maatregelen bij een toevalsvondst (pijl 3)⁵⁴

De Omgevingswet biedt diverse instrumenten om bij een onverwachte gebeurtenis of verontreiniging op te treden, zoals de eerdergenoemde algemene en specifieke zorgplicht en de regeling over ongewone voorvallen. Deze instrumenten bieden echter geen oplossing indien de verontreiniging niet is terug te voeren tot een (actuele of recente) activiteit. Voor deze situaties wordt in afdeling 19.2a van het Wetsvoorstel daarom de regeling van de zogenaamde toevalsvondst⁵⁵ geïntroduceerd. Gegeven de definitie van bodem (zie § 1.1) richt de toevalsvondst zich in beginsel zowel op grond als grondwater. Het gaat hier om de ontdekking van reeds aanwezige maar tot dan toe niet (onmiddellijk) bekende verontreiniging. Bestaat (a) tenminste een redelijk vermoeden van een toevalsvondst en (b) is sprake van onaanvaardbare risico's voor de gezondheid als gevolg van blootstelling aan verontreiniging op of in de bodem die onmiddellijk tijdelijke beschermingsmaatregelen noodzakelijk maken ter voorkoming of beperking van die risico's, dan is de regeling van toepassing.⁵⁶ De wetgever heeft de regeling van de toevalsvondst uitdrukkelijk niet als equivalent van de sanering van een geval van ernst en spoed beschouwd, maar als een beperkte aanvulling op het instrument onder de Omgevingswet voor onverwachte gebeurtenissen of vondsten waarbij zorgvuldig handelen door eenieder van belang is.⁵⁷ Dit veronderstelt dat het Wetsvoorstel niet lijkt uit te sluiten dat ook verontreinigingen veroorzaakt vanaf 1987 onder deze regeling kunnen worden aangepakt. Bij onaanvaardbare risico's moet het gaan om acute risico's die zich - bij een relatief korte blootstelling - voordoen en chronische en/of acute effecten voor de gezondheidsrisico's met zich brengen. Daarvan is in elk geval sprake

⁵⁴ MvT p. 38.

⁵⁵ Art. 1.1 onder K Wetsvoorstel, bijlage, onder A (definitie): 'onverwachte vondst van verontreiniging op of in de bodem met onaanvaardbare risico's voor de gezondheid als gevolg van blootstelling aan die verontreiniging'.

⁵⁶ Art. 1.1 onder I Wetsvoorstel, art. 19.9a.

⁵⁷ Zie ook *Kamerstukken II* 2017/18, 34 864, 4 (advies Raad van State), p. 14.

⁵² Vergelijk de systematiek van het Bal, Concept aanvullingsbesluit, NvT p. 95 e.v. en p. 127.

⁵³ MvT p. 36.

indien de ten hoogste toelaatbare concentraties van artikel 2.24 Omgevingswet worden overschreden (lid 2). Voor de beoordeling en normering van onaanvaardbare risico's zal worden aangesloten bij de huidige bodemregelgeving, en zullen dezelfde normen worden gehanteerd als bij het voorkomen van onaanvaardbare risico's bij het bouwen op verontreinigde bodem (met de kanttekening dat een gemeente bij dit laatste bestuurlijke afwegingsruimte is toegekend). Aan de regeling van de toevalsvondst valt op dat deze zich beperkt tot *gezondheidsrisico's* c.q. humane risico's, en niet tevens op risico's voor plant en dier en de *verspreiding* van grondwater betrekking heeft (zoals op dit moment in de Wbb voor historische gevallen wel het geval is).⁵⁸ Onaanvaardbare gezondheidsrisico's ontstaan als zich een blootstellingsniveau boven het maximaal toelaatbaar risico c.q. de hoogst toelaatbare concentraties *grond* voordoet.⁵⁹ Onder deze regeling zal de verspreiding van grondwater dus alleen tot gezondheidsrisico's leiden indien de maximale waarde voor grond wordt overschreden. De wetgever is evenwel van mening dat de (overige) instrumenten van de Omgevingswet voldoende basis bieden om met deze situaties (risico's voor plant en dier, grondwaterverspreiding) om te gaan.⁶⁰ Of de overige instrumenten in individuele cases (uiteindelijk) voldoende bescherming bieden, zal zeer afhankelijk zijn van de uitwerking daarvan, welke het meest aangewezen lijkt te zijn in het omgevingsplan (zie ook § 3.3). De wetgever acht het daarnaast niet ondenkbaar dat de vondst van onaanvaardbare risico's eruit zal bestaan dat een verontreiniging een andere aard blijkt te hebben dan eerder was gedacht, dan wel door voortschrijdend inzicht schadelijker blijkt te zijn dan aanvankelijk werd geconcludeerd. Dit zou betekenen dat reeds geïdentificeerde historische verontreinigingen die bijvoorbeeld andere (ernstige) verontreinigingen blijken te bevatten of waar de verontreinigingssituatie is verergerd, onder de regeling van de toevalsvondst zullen vallen.

De regeling van de toevalsvondst is er slechts op gericht om een risicovolle situatie te beheersen, en niet om de aangetroffen verontreiniging te saneren. Het bevoegd gezag kan na het doen van een toevalsvondst van de eigenaar of erfpachter (onmiddellijk) tijdelijke beschermingsmaatregelen verlangen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevraagd om de onaanvaardbare gezondheidsrisico's ongedaan te maken⁶¹, zoals bijvoorbeeld het plaatsen van een hek met waarschuwingsborden. Ook kan een bodemonderzoek worden verlangd. Deze tijdelijke beveiligingsmaatregelen strekken evenwel niet tot het ongedaan maken van de aan-

getroffen verontreiniging.⁶² Wat er vervolgens moet gebeuren als de situatie onder controle is, het hek kan immers niet eeuwig blijven staan, laat de wetgever in het midden. De wetgever lijkt te impliceren dat een eigenaar vanuit zijn verplichting tot maatschappelijk zorgvuldig handelen zal overgaan tot hetgeen nodig is om de tijdelijke beveiligingssituatie op te heffen, publiekrechtelijk is daarover opmerkelijk genoeg niets geregeld. Dezelfde onduidelijkheid speelt indien wel saneringsmaatregelen moeten worden getroffen. Mogelijk heeft de wetgever hiervoor een aanvullende regeling in het omgevingsplan voorzien. Als de eigenaar of erfpachter niet of niet tijdig de vereiste tijdelijke beschermingsmaatregelen treft, kan het bevoegd gezag die maatregelen treffen⁶³, met de mogelijkheid tot kostenverhaal op de eigenaar of erfpachter.⁶⁴ Omdat de eigenaar of erfpachter doorgaans niet de veroorzaker van de verontreiniging is geweest bestaat op het gebied van kostenverhaal voor het bevoegd gezag uitdrukkelijk een discretionaire bevoegdheid. Dit betekent dat een deel van de kosten uit publieke middelen zouden kunnen worden betaald. De wetgever laat de veroorzaker daarbij naar eigen zeggen niet (volledig) buiten schot; de wetgever noemt de mogelijkheid voor de eigenaar of erfpachter om de veroorzaker civielrechtelijk aan te spreken (hetgeen niet per se eenvoudig zal zijn), handhaving van de algemene en specifieke zorgplicht en het voornemen om in de Invoeringswet Omgevingswet ook een kostenverhaalsbepaling ten aanzien van de veroorzaker op te nemen. Uiteindelijk is hierover in de Invoeringswet niets opgenomen, wel lijkt de wetgever in de NvT op het Concept aanvullingsbesluit te suggereren dat gemeenten (in het omgevingsplan) de afweging maken of en, zo ja, hoe de veroorzaker redelijkerwijs zal worden betrokken bij het nemen van saneringsmaatregelen.⁶⁵ Met de kritiek van de Raad van State om de veroorzaker (primair) verantwoordelijk te houden voor de door hem veroorzaakte verontreiniging - ook gelet op het beginsel dat de vervuiler betaalt⁶⁶ - lijkt de wetgever tot dusver weinig te hebben gedaan; het is zeer de vraag of de door de wetgever aangehaalde instrumenten ertoe zullen leiden dat de veroorzaker wordt aangesproken.

De regeling van de toevalsvondst is op meerdere punten een trendbreuk met de huidige regeling in de Wbb voor historische verontreinigingen. Op grond van de nieuwe wet hoeven verontreinigingen met onaanvaardbare risico's slechts te worden 'beveiligd'. Indien de overheid dit op zich neemt, hoe-

⁵⁸ Idem, p. 10.

⁵⁹ Art. 2.24 lid 2 Omgevingswet jo. art. 3.17a en 5.85c lid 2 Concept aanvullingsbesluit.

⁶⁰ MvT p. 40.

⁶¹ Art. 1.1 onder I Wetsvoorstel, art. 19.9a, lid 1, sub b jo. art. 19.9c.

⁶² Art. 1.1 onder I Wetsvoorstel, art. 19.9a, lid 3.

⁶³ Art. 1.1 onder I Wetsvoorstel, art. 19.9c.

⁶⁴ Art. 1.1 onder I Wetsvoorstel, art. 19.9d.

⁶⁵ Concept Aanvullingsbesluit, NvT p. 91.

⁶⁶ Zie ook *Kamerstukken II* 2017/18, 34 864, 4 (advies Raad van State), p. 18 en de reactie daarop van de wetgever, p. 20. Azghay en Bigli snijden terecht ook nog de aansprakelijkheid ten opzichte van de eigenaren van buurpercelen in dit verband aan.

ven de kosten daarvan niet per definitie bij de eigenaar of erfpachter terecht te komen. Hoe anders is dit onder de Wbb, waar eigenaren en erfpachters van percelen op bedrijventerreinen tot sanering van spoedeisende gevallen moeten overgaan en de kosten daarvan zelf moeten dragen, weliswaar met mogelijk aanspraak op subsidie op grond van de bedrijvenregeling. De Omgevingswet en het Wetsvoorstel lijken voor eigenaren en erfpachters (van percelen op bedrijventerrein) een beduidend gunstiger regime in het leven te roepen. Wij sluiten dan ook niet uit dat, ondanks de verschillende conventanten die zijn gesloten om ten tijde van de inwerkingtreding van de Omgevingswet de spoedeisende locaties te hebben gesaneerd, deze regeling in de hand zal werken dat met de sanering van spoedeisende historische verontreinigingen strategisch zal worden omgegaan en geprobeerd zal worden om te wachten totdat de Omgevingswet van toepassing is. Zeker waar het gaat om gevallen risico's voor plant en dier en de verspreiding van grondwater die niet tevens onaanvaardbare gezondheidsrisico's met zich brengen. Voor eigenaren en erfpachters van gronden anders dan bedrijventerreinen (die onder de Wbb al kunnen worden aangesproken), zoals particuliere grondeigenaren of eigenaren van gronden die niet op bedrijventerreinen zijn gelegen, ligt dat wat anders. Zij kunnen straks gedwongen worden tot het nemen van bepaalde beveiligingsmaatregelen en moeten daar mogelijk ook de kosten voor dragen. Hoewel ook onder de Wbb de mogelijkheid bestaat bepaalde bevelen op te leggen, is de vraag of deze zo verstrekkend zijn als bedoelde tijdelijke beveiligingsmaatregelen. Ook de Raad van State heeft opgemerkt dat het nieuwe systeem een eigenaar/erfpachter van een verontreinigde locatie onevenredig zou kunnen benadelen, omdat deze met (forse) kosten wordt opgezadeld die hij niet op de veroorzaker kan verhalen.⁶⁷ De wetgever, die niet verwacht dat de kosten hoog zullen zijn omdat het slechts beveiligingsmaatregelen en geen sanering betreft, vindt de belangen van bedoelde eigenaar om verschillende redenen evenwel voldoende gewaarborgd.

4. Overgangsrecht

Het overgangsrecht, opgenomen in hoofdstuk 3, vormt een belangrijk onderdeel van het Wetsvoorstel en kent een hoofdzakelijk eerbiedigende werking. De wetgever heeft saneringen of maatregelen die onder de Wbb zijn of worden voorbereid - het zullen doorgaans ernstigere of grotere verontreinigingen betreffen - en waarvan het in het belang van het milieu of mogelijk ook van de eigenaar is om die keuzes te respecteren, onder het overgangsrecht willen brengen.⁶⁸ Nu overstappen

op een nieuw systeem zou voor die gevallen volgens de wetgever ongewenste vertraging met zich brengen en bovendien voorziet het nieuwe systeem niet in het saneringsinstrument zoals de Wbb dat nu kent.⁶⁹ Daarnaast verlangt de andere taakverdeling tussen de decentrale overheden (van deels de provincies naar alleen de gemeenten) zorgvuldigheid. Voor lichtere of kleinere bodemverontreinigingen is in beginsel wel onmiddellijke werking van de nieuwe bodemregels mogelijk (en daarvoor daarom niet in overgangsrecht voorzien).⁷⁰ Het overgangsrecht voor bodem volgt de algemene uitgangspunten voor het overgangsrecht. Hierna zullen wij de voor de bodempraktijk belangrijkste overgangsrechtelijke bepalingen toelichten.

Op grond van artikel 3.1, lid 1 van het Wetsvoorstel blijft op zogenaamde ernst- en spoedbeschikkingen, ingediende saneringsplannen en deelsaneringsplannen (voor dat deel) de Wbb van toepassing. Dit is het geval tot en met de (formele) afronding van de sanering, dat wil zeggen tot en met de goedkeuring van het evaluatieverslag of, indien van toepassing, van het nazorgplan.⁷¹ Zijn in het evaluatieverslag of in het nazorgplan nazorgmaatregelen en/of gebruikbeperkingen opgenomen, dan blijft de Wbb ook daarop nog van toepassing. Voor 'nieuwe activiteiten' op dezelfde locatie geldt dat na diens inwerkingtreding de Omgevingswet en de bijbehorende uitvoeringsregelgeving direct van toepassing wordt. De wetgever licht niet toe wat onder een nieuwe activiteit moet worden verstaan. Om te voorkomen dat beide regimes zich niet met elkaar verenigen, ligt het voor de hand dat bij de uitwerking van de Omgevingswet voor nieuwe activiteiten - bijvoorbeeld in het omgevingsplan - rekening wordt gehouden met die gevallen waarop de Wbb nog van toepassing is. De Omgevingswet gaat evenzeer onmiddellijk gelden voor nog niet ingediende saneringsplannen voor niet-spoedeisende, ernstige verontreinigingen of nieuwe verontreinigingen. Op het moment van inwerkingtreding van de wet vervallen bovendien de beschikkingen ernst en niet-spoedeisend.⁷² Bij het verrichten van activiteiten op een locatie waar na de inwerkingtreding van de wet daarvoor een beschikking ernst en niet-spoedeisendheid van toepassing was, zal de eventuele noodzaak tot sanering op basis van de instrumenten van de Omgevingswet moeten worden beoordeeld. Aan het eerbiedigend overgangsrecht is geen einddatum gesteld.⁷³ Met de wetenschap dat het nog jaren kan duren eerdat een sanering is afgerond, zullen er vele jaren voorbij gaan eerdat de toepassing van de Wbb is uitgewerkt. Om onder het overgangsrecht te vallen hoeft een beschikking niet

69 MvT p. 42.

70 MvT p. 83.

71 MvT p. 85.

72 MvT p. 86.

73 MvT p. 42.

67 Idem, p. 19 en 21.

68 MvT p. 83.

onherroepelijk te zijn.⁷⁴ Eventueel bezwaar en (hoger) beroep worden op grond van het oude recht afgedaan.

Het hiervoor geschetste overgangsrecht zal bij initiatiefnemers de vraag opwerpen of het verstandig is om nog voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Omgevingswet een saneringsplan in te dienen, teneinde die sanering op grond van de Wbb te kunnen afdoen, of dat het beter zal zijn om te wachten totdat de nieuwe wet in werking is getreden. Indien een initiatiefnemer haast heeft met de uitvoering van zijn plannen kan hij zijn saneringsplan in onze optiek maar beter nog voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet indienen. Dat zal naar onze verwachting een duidelijke en daarmee snellere route betekenen dan wanneer die beoordeling op grond van de nieuwe Omgevingswet moet plaatsvinden. Een ander element dat bij deze afweging een rol kan spelen is de toepassing van de bedrijvenregeling. Hoewel hierop weliswaar tot 1 januari 2025 aanspraak kan worden gemaakt (zie § 2.2), zal dat - in de huidige opzet - niet meer het geval zijn voor ernstige, niet-urgente verontreinigingsgevallen (die binnen afzienbare tijd worden gesaneerd). De beschikkingen daarvoor komen immers met de inwerkingtreding van de wet te vervallen, zodat op dat moment ook niet langer aan de voorwaarden van de bedrijvenregeling kan worden voldaan. Het maken van aanspraak op een subsidiebedrag onder de bedrijvenregeling kan daarom ook reden zijn de sanering nog onder het huidige stelsel uit te voeren. Heeft een initiatiefnemer minder haast met of duidelijkheid over zijn plannen, dan zal de overweging om voor of na de inwerkingtreding van de wet een saneringsplan in te dienen in belangrijke mate afhangen van de wijze waarop de gemeente in het omgevingsplan uitvoering zal geven aan het bodembeleid, waarbij overigens zeer de vraag is of op dat moment de reikwijdte en impact van het bodembeleid in het omgevingsplan al enige contouren hebben aangenomen. Over een 'bodembruidsschat', waarmee bij de inwerkingtreding van de Omgevingswet in het omgevingsplan - vergelijkbaar met andere onderwerpen die naar het omgevingsplan worden overgeheveld - automatisch een aantal bodembepalingen wordt opgenomen, heeft de wetgever - anders dan bodemkwaliteits- en bodemfunctieklassekaarten (zie hierna) - niet gesproken. Daarmee dreigt een juridisch vacuüm voor saneringsplannen die na de inwerkingtreding van de wet worden ingediend, maar waarvoor in het omgevingsplan nog geen bepalingen zijn opgenomen. Dit lost zich slechts op door gemeenten te verplichten deze bepalingen reeds bij de inwerkingtreding van de wet gereed te hebben dan wel alsnog te voorzien in een bodembruidsschat die gemeen-

ten na verloop van tijd door hun eigen bepalingen kunnen vervangen.

Interessant is verder welke consequenties de Omgevingswet heeft voor raamsaneringsplannen.⁷⁵ Raamsaneringsplannen zijn veelal voor grootschalige verontreinigingen opgesteld, om vervolgens aan de hand van een deelsaneringsplan een onderdeel van de sanering ter hand te nemen. Voor deze raamsaneringsplannen is in het Wetsvoorstel niet in overgangsrecht voorzien. Omdat raamsaneringsplannen uiteenlopend worden gekwalificeerd (bijv. als saneringsplan, deelsaneringsplan), acht de wetgever het nodig om voor raamsaneringsplannen via maatwerk te bepalen hoe de inhoud daarvan juridisch moet worden geduid en op welke delen het overgangsrecht wel en op welke delen het overgangsrecht niet van toepassing is. Indien voor een onderdeel van een raamsaneringsplan meer integrale, locatiegebonden regels aangewezen zijn, geeft de wetgever in overweging om dat onderdeel via een evaluatieverslag en nazorgplan formeel goed te keuren en voor de restverontreiniging zo nodig regels in het omgevingsplan op te nemen. Dit is in onze optiek niet zozeer een *keuze* tussen het ene of het andere instrument, als wel het naar voren halen van de sanering van een deel van het raamsaneringsplan en dat formeel af te ronden. Dat heeft ons inziens minder met (juridisch) maatwerk en meer met het praktisch en strategisch organiseren van een raamsanering te maken. Wel zijn wij het eens met de overweging van de wetgever dat de status van het raamsaneringsplan in aanloop naar de nieuwe Omgevingswet aandacht behoeft.

In de artikelen 3.1, lid 2 tot en met 3.4 van het Wetsvoorstel zijn meer instrumenten opgenomen waarvoor de eerbiedigende werking van het overgangsrecht geldt. Wij vermelden hier nog de in de beschikking ernst niet-spoed opgenomen maatregelen en beperkingen (art. 3.2, sub d), waarop het oude recht van toepassing blijft. Een voorbeeld van een dergelijke, en in de praktijk regelmatig voorkomende, beperking is het in standhouden van een bouwlaag, teneinde vermenging met regenwater te voorkomen. Opmerkelijk is dat de beschikkingen waarin deze maatregelen en beperkingen zijn opgenomen dus wel komen te vervallen, daarvoor is geen gelijkstelling met een equivalent onder de Omgevingswet (in art. 3.5) opgenomen, maar mogelijk is dat niet het geval voor het deel van de beschikking waarin de maatregelen en beperkingen zijn opgenomen. Omwille van de rechtszekerheid lijkt het wel wenselijk dat de beschikking voor dit deel wordt gehandhaafd. De wetgever doet er verstandig aan op dit punt duidelijkheid te scheppen. Ook op een gebiedsplan voor gebiedsgericht grondwaterbeheer blijft in beginsel het oude recht van toepassing (art. 3.2, sub e), zodat de mogelijk-

74 MvT p. 43.

75 MvT p. 86.

heid blijft bestaan om de sanering gedeeltelijk over te dragen aan een gebiedsbeheerder.⁷⁶ Deze mogelijkheid heeft een tijdelijk karakter, vier jaar na de inwerkingtreding van de Omgevingswet wordt het gebiedsplan gelijkgesteld met een programma onder de Omgevingswet (art. 3.5, lid 1). De wetgever is van mening dat betrokkenen na vier jaar voldoende gelegenheid hebben gehad om deel te nemen aan het gebiedsplan.⁷⁷ Verder is in artikel 3.5 van het Wetsvoorstel een beperkt aantal instrumenten uit de Wbb opgenomen dat gelijk wordt gesteld met een instrument op grond van de Omgevingswet. Zo worden bodemkwaliteitskaarten en bodemfunctieklassekaarten op het moment van inwerkingtreding van de Omgevingswet geacht onderdeel uit te maken van het omgevingsplan (art. 3.5, lid 2). Toch nog een kleine 'bodembroedsschat' dus. En in artikel 3.6 is tot slot een vangnetbepaling opgenomen met de mogelijkheid om bij AMvB overgangsrecht op te nemen voor een bepaling in de uitvoeringsregeling. De wetgever heeft een dergelijke vangnetbepaling noodzakelijk geacht in verband met de omvang en complexiteit van de Wbb, en het risico dat bepaalde situaties niet zijn voorzien.⁷⁸ Tot slot merken wij nog op dat het overgangsrecht geen regeling treft voor het uitschrijven van bijvoorbeeld beschikking niet-spoedige sanering. Overigens is ook onduidelijk welke bodembeschikkingen onder de Omgevingswet in het kadaster zullen worden geregistreerd. In de MvT bij het Wetsvoorstel is hierover opgemerkt dat hoe met de registratie onder de Omgevingswet zal worden omgegaan nog in ontwikkeling is en verder zal worden vormgegeven in de uitvoeringsregeling.⁷⁹

5. Conclusie

De Wbb blonk wellicht niet uit in helderheid, maar was wel een bundeling van de meest belangrijke bepalingen op het gebied van bodem. Waar de Omgevingswet een verdergaande bundeling en integratie van wetten nastreeft, lijkt voor bodem echter sprake van een tegengesteld effect; de regulering van bodem zal straks in een groter aantal regels plaatsvinden dan nu het geval is. Er is sprake van een versnippering van bodemregelgeving. Zo spreidt de zorgplicht van artikel 13 Wbb zich uit over diverse verplichtingen die een uiteenlopend toepassingsbereik hebben. In de uitvoeringsregeling zal vervolgens moeten blijken of daarmee eenzelfde mate van bescherming als op grond van artikel 13 Wbb wordt geboden. Verder roept regeling van de toevalsvondst veel vragen op, niet alleen vanwege het beperkte beschermingsbereik, maar ook in algemene zin lijkt het systeem vatbaar voor uitvoeringsperikelen; niet-verantwoordelijke eigenaren kunnen worden geconfronteerd met een

'beveiligingsplicht', en afhankelijk van de opstelling van de betrokken gemeenten ook voor de kosten daarvoor, terwijl niet duidelijk is wanneer deze beveiligingsplicht wordt opgeheven, en zo nodig door wie, wanneer en hoe wordt gesaneerd. Mogelijk dat het omgevingsplan ook hiervoor een aanvullende regeling kan bieden.

Het omgevingsplan heeft primair tot doel om functies aan locaties toe te delen en daarbij rekening te houden met de bodemkwaliteit. Daarnaast lijkt het omgevingsplan echter tevens als oplossing te worden gepresenteerd voor alles dat niet via een van de andere kerninstrumenten is gereguleerd. Ook deze 'vangnetwerking' van het omgevingsplan leidt, naast de verspreiding van de zorgplicht, tot meer versnippering van de bodemwetgeving. Bovendien draagt het niet bij aan een consistent samenstel van de bodembepalingen zelf in het omgevingsplan. Naast opname van deze categorie van - zeg maar - varia bodembepalingen gaat het omgevingsplan ten opzichte van het bestemmingsplan dus een belangrijkere rol spelen bij het betrekken van de bodemkwaliteit bij het realiseren van nieuwe functies. Dit moet het bevoegd gezag in staat stellen om, meer dan nu het geval is, een afweging op maat te maken. Lokale afwegingsruimte kan voor partijen, zoals bij flexibiliteit altijd het geval is, positief en negatief uitvallen. Meer nog dan de risico's (en kansen) die materiële (en procedurele) verschillen op lokaal niveau met zich brengen, zien wij het gevaar van het in het omgevingsplan ten onrechte niet regelen van bepaalde onderwerpen en van uitvoeringsdiscussies over gekozen formuleringen en instrumenten (zoals algemene regels, meldingen, vergunning). Met name kleinere gemeenten zouden hiervan - vanwege hun beperkte capaciteit en kennis - het slachtoffer kunnen worden. Het zou dan ook niet meer dan logisch zijn als bijvoorbeeld de VNG met een set 'voorbeeldbodembepalingen' voor het omgevingsplan komt, waarmee een gemeente het comfort heeft dat zij de bodemsituatie afdoende heeft gereguleerd. Voor zover ons bekend is een dergelijke bodemset nog niet in de maak.

Voorgaande constatering, van meer versnipperde wet- en regelgeving en het risico dat het omgevingsplan bodemonderwerpen mist, kan ons inziens worden ondervangen door bijvoorbeeld als nog een generieke zorgplicht in het omgevingsplan te introduceren en door in het Bkl meer instructieregels op te nemen. Dit laatste ook om te voorkomen dat bij het behandelen van bodemsituaties tussen gemeenten te grote verschillen ontstaan.

De hiervoor aangehaalde bepalingen uit het Wetsvoorstel richten zich tot slot op bodemverontreiniging. Opvalt dat het Wetsvoorstel, anders dan in de MvT is aangekondigd, niets regelt over bodemaantasting. Waarschijnlijk ook iets dat de wetgever in het omgevingsplan heeft voorzien. ●

⁷⁶ MvT p. 88.

⁷⁷ MvT p. 44.

⁷⁸ MvT p. 91.

⁷⁹ MvT p. 36.

De 110^e verjaardag van de eerste uitspraak van de Raad van Arbitrage

Het scheidsgerecht verricht al direct baanbrekend werk

— Mr. Y.R.R.R. de Mul

1. Inleiding

Het is in oktober 2018 honderdtien jaar geleden dat de Raad van Arbitrage haar eerste uitspraak (een bindend advies) uitbracht, hetgeen derhalve de start markeert van bouw-arbitrage in Nederland. Om aan dat memorabele feit aandacht te geven is het eerste advies wederom gepubliceerd en van commentaar voorzien. Het Advies is zoveel mogelijk in de originele taal en opmaak gepubliceerd. Na de tekst van de originele uitspraak is een noot opgenomen die duiding geeft aan de procedurele en inhoudelijke aspecten van deze eerste uitspraak. Vanwege het bijzondere karakter van de uitspraak is deze derhalve niet in de rubriek jurisprudentie opgenomen.

ADVIES

van het Scheidsgerecht, gekozen uit den RAAD VAN ARBITRAGE VOOR DE BOUWBEDRIJVEN IN NEDERLAND, ter beslissing van een Geschil, gerezen naar aanleiding van den Bouw van eene Electriche Centrale te Arnhem tusschen W.J.G.GRIBNAU en M. HORSTIEK, AANNEMERS te Arnhem eenzijdigs, en DE GEMEENTE ARNHEM anderzijds.

Tengevolge van de 5 Maart 1906 gehouden aanbesteding en de daarop gevolgde gunning werden de Heeren WILHELMUS JOHANNES GEORGE GRIBNAU en MARTINUS HORSTINK te Arnhem, aannemers van den bouw van eene ELECTRICHE CENTRALE te Arnhem, ten behoeve van de GEMEENTE ARNHEM volgens bestek No.12, Dienst 1906.

Naar aanleiding van dit werk zijn tusschen aannemer en aanbesteedster geschillen ontstaan.

Bij acte geteekend in triplo te Arnhem den 9den Mei 1908, zetten de aannemers hun standpunt als volgt uiteen:

" dat zij aannemers beweren, behalve het aangenomen werk nog aanmerkelijk meerder werk samenhangende met bovengenoemde aanneming gedurende de jaren 1906 en 1907 op last van de Gemeente Arnhem te hebben verricht en diensten-gevolge "van de Gemeente te vorderen te hebben een bedrag van F.10173.99 ½.

" Dat zij aannemers erkennen, dat dit bedrag kan worden verminderd met een bedrag van F.1187.20, wegens zoogenaamd minderwerk.

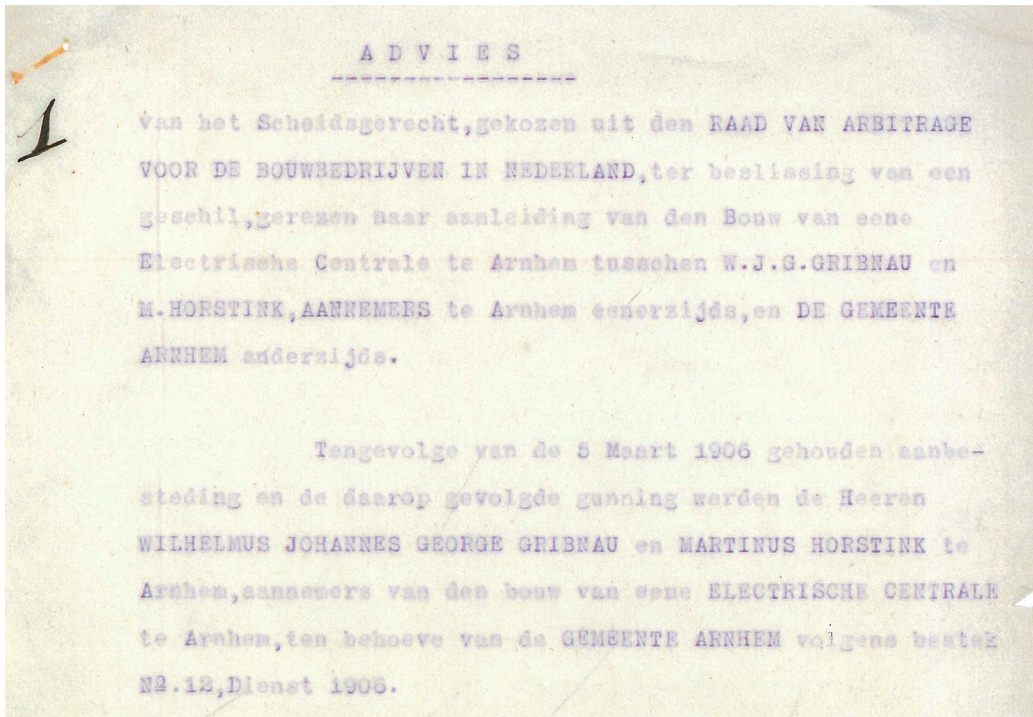
" Dat zij bovendien beweren van de genoemde Gemeente te vorderen te hebben een bedrag van F.1040.00 ½ bewerende dat de Gemeente Arnhem verplicht is van hen, aannemers, over te nemen eene partij profielsteen, ingevolge met de Gemeente gemaakte overeenkomst, vormende het laatstgenoemde bedrag de som, die voor deze overname behoort te worden betaald, zoodat dus het totaal bedrag, hetwelk zij, aannemers, uit bovengemelde hoofde van de Gemeente Arnhem beweren te vorderen te hebben, bedraagt F.10026.80.

Bij genoemde acte werd door de aanbesteedster haar standpunt uiteengezet in de volgende bewoordingen:

" Dat de Gemeente Arnhem de aanspraken der aannemers op grond van geleverd meerder werk, slechts wil erkennen tot een ongespecificeerd bedrag van F. 3300.- vermeerderd met een bedrag van F.729.16 voor de put met wateraanvoer (in bij de Gemeente Arnhem ingezonden berekeningen der aannemers genoemd) te zamen F. 4029.16 en van oordeel is, dat dit bedrag behoort te worden verminderd met een bedrag van F.2000.- voor minderwerk.

" Dat de Gemeente Arnhem dit bedrag op gronden van billijkheid en zonder dat daaruit voor de aannemers enig recht of eenige aanspraak kan

1 Yvo de Mul is secretaris bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw en promovendus aan de Technische Universiteit Delft.



voortvloeien, heeft "willen verhoogen en afronden tot (ongespecificeerd) F.3900.-

"Dat de gemeente Arnhem beweert niet gehouden te zijn tot overname van de bedoelde profielsteen en uit dien hoofde dus beweert niets verschuldigd te zijn.

Bij meergenoemde acte werd tusschen partijen overeengekomen, omtrent bovengenoemd geschil het advies te vragen van een scheidsgerecht, gekozen uit DEN RAAD VAN ARBITRAGE VOOR DE BOUWBEDRIJVEN IN NEDERLAND, tot leden van dit scheidsgerecht te benoemen:

1. W.C. METZELAAR, hoofdingenieur van de gevangenissen en rechtsgebouwen, wonende te 's-Gravenhage,
 2. C. MUIJSKEN, architect, wonende te Baarn,
 3. J.N. HENDRIX, aannemer van publieke werken, wonende te Amsterdam,
- en zulks onder de bepaling dat het scheidsgerecht het geschil zou beslissen volgens de Statuten van DEN RAAD VAN ARBITRAGE VOOR DE BOUWBEDRIJVEN IN NEDERLAND, zullende de beslissing gelden als een voor partijen bindend advies en de kracht hebben van een tusschen hen gesloten overeenkomst. In verband hiermede werd voor zooveel noodig tusschen partijen overeengekomen, dat de bepalingen voorkomende in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering betreffende de uitspraken van scheidsmannen, niet van toepassing zouden zijn, terwijl de acte ten slotte behelsde, dat, telkens wanneer de stand van het geding dit bevorderde de scheidslieden zouden bepalen de wijze

waarop en de termijnen binnen welke het geding zou worden gevoerd.

Alle drie de benoemde scheidslieden aanvaardden hunne benoeming.

Dd.23 juni 1908 dienden de aannemers hunne Memorie van Toelichting bij het scheidsgerecht in, vergezeld van 9 bijlagen, t.w.:

1. Staat van Meer werk door de aannemers opgemaakt.
2. Staat van Minder werk door de aannemers opgemaakt.
3. Staat van Meer werk opgemaakt door de Directie met Toelichting.
4. Staat van Minder werk opgemaakt door de Directie.
5. Toelichting van de aannemers op hun staat van Meer werk.
6. Toelichting van de aannemers op hun staat van Minder werk.
7. Afschrift der rekening van Minder werk, zooals die oorspronkelijk door de Directie ter inzage was gegeven.
8. Bestek.
9. Teekeningen.

Op genoemde Memorie werd door Burgemeester en Wethouders van Arnhem geantwoord met eene Memorie, gedateerd 3 September 1908, waarbij waren gevoegd 3 bijlagen. Deze bijlagen waren:

1. Een staat van het Meerder werk, niet voorkomende op de week staten, opgemaakt (door de Directie) naar nader ingekomen opgaven van de aannemers dd. 17 Januari, 21 Februari, 23 Februari, 5 en 9

April 1907,

2. Een staat van het minderwerk, opgemaakt door de Directie.

3. Een staat van de verglaasde steenen, waarvan door de aannemers overname door de gemeente verlangd wordt.

Nadat het Scheidsgerecht naar aanleiding van de ingezonden Memories voorloopig onderling in eene bijeenkomst te Amsterdam van gedachten had gewisseld, is de mondelinge behandeling van het geschil aangevangen te Arnhem, den eersten October 1908, aan welke behandeling ook nog een gedeelte van den daarop volgende dag werd gewijd.

Voor het Scheidsgerecht, dat zitting hield in een lokaal van de Electriche Centrale zelve, verschenen op genoemden datum de aannemers in persoon, terwijl zij daarenboven bij de uiteenzetting hunner aanspraken en de beantwoording der tot hen gerichte vragen, werden bijgestaan door den Heer J. BOSSMANN, die als uitvoerder van het bewuste werk was opgetreden. De gemeente was bij de mondelinge behandeling vertegenwoordigd door den Heer W.F.C. SCHAAP, Directeur van de Gemeentewerken te Arnhem, den heer G. VERSTEEG, Adjunct-Directeur der Gemeentewerken en den Heer J. W. REIJKERS, die als opzichter bij den bouw had toezicht gehouden. Omtrent enkele details werden nog door eenige andere personen aan het Scheidsgerecht mondelinge inlichtingen verstrekt.

Het aan de beslissing van het Scheidsgerecht onderworpen geschil bestaat uit drie deelen:

A. De berekening van het meer werk.

B. De berekening van het minder werk.

C. De overname door de Gemeente Arnhem van de bij den bouw der Electriche Centrale overgebleven profielsteenen, enz.

Omtrent de geschilpunten A. en B. hebben arbiters allereerst - de geschilpunten als goede mannen naar billijkheid moettende beslissen - het navolgende overwogen:

Verrekening van meer en minder werk mag nimmer aanleiding geven, dat de winst, die de aannemer op het geheele werk geacht kan worden te zullen genieten, door die verrekening zou worden verkleind. Vertegenwoordigt het eindresultaat van alle verrekeningen een saldo van minderwerk dan moet de winst, die de aannemer geacht kan worden op dat minder werk te zullen hebben gehad, hem toch worden toegekend (§ 468 A.V. van Waterstaat blijkens het bestek op het onderhavige werk van toepassing).

Door omwisseling van werk mag de winst van den aannemer niet verkleind worden, noch behoeft zij te worden vergroot.

Is het eindresultaat van alle verrekeningen een bedrag van meer werk, dan komt den aannemer over dat meerdere werk een billijke winst toe in verhouding tot dat werk.

Zijn er nu in het bestek, dat de grondslag vormt der vrijwillige verbintenissen door partijen aange-

gaan, eenheidsprijzen opgenomen voor die verrekening, dan moet die verrekening ook volgens die eenheidsprijzen geschieden - men moet dan aannemen, dat die eenheidsprijzen een billijke winst in zich sluiten.

Daarbij mag echter nimmer uit het oog worden verloren, dat die prijzen slechts bedoeld kunnen zijn voor werk, dat overeenkomt met de groote massa van het overeenkomstig werk in het bestek opgenomen en onder dezelfde omstandigheden als dit tot stand gebracht. Als dus het geleverde meer of minder werk sterk afwijkt van dat normale werk van het bestek, of onder veel gunstiger of ongunstiger omstandigheden is moeten worden tot stand gebracht, dan zijn de eenheidsprijzen daarop niet meer van toepassing, doch moeten zij in billijke verhouding worden verlaagd of verhoogd.

GESCHILPUNT A.

Het Scheidsgerecht is op grond van haar onderzoek tot de conclusie gekomen, dat de posten van meer werk door de aannemers in rekening gebracht, op de hierna volgende bedragen behooren te worden gesteld:

1. Werkzaamheden betreffende het ijzeren raam aan den voorgevel van het ketelhuis	F 80. --
2a. Diverse werkzaamheden, schoonmaken accumulatorenkelder, enz.	" 7.03
2b. Meerder werkloon aan deuren kabelbergplaats	" 10. --
3-4 Diverse werkzaamheden in verband staande met rolluikenbetimmering	" 244.74
5a. Laboratorium rollaag uitbreken, verglaasde steenen en granietsteen	" 17.76
5b. Veranderen kozijnen westelijke zijgevel	" 11. --
6. Meerdere kosten afhangen ramen	" 60. --
7. Kozijn stellen achtergevel machinekamer	" 11.86
8. profielsteen rollagen aanbouw kelder machinekamer en schakelruimte	" 35.40
9. Nihil.	
10. Nihil.	
11. Nihil.	
12. Meerdere kosten steenhoutwerk zandsteen	
M3.1.49 à F126.50 =	F. 188.48 ½
Graniet draagsteen kappen M3.9.75	
à F.220. -- =	" 2145. --
Graniet neuten en dorpel	" 10. --
	F.2343.48 ½
Te verminderen met:	
M3 12 hardsteen à F 110. -- is :	F.1320. --
Graniet loopkraan M3.0.705 à F.94 is	" 66.27
	F.1386.27
	"957.21 ½
13. Veranderen beschotten betonfundering	" 50. --
14. Veranderen betonspecie	" 258.75
15. Hollijsten plafonds lange moerbalken	" 27. --
16. Meer werkloon voor 10000 koppen van de plakplaten	" 100. --
17. Cementwerk kelder ketelhuis	" 161.66
18. 2 Riooleeringsputten	" 53.75

19. Meerder geleverd lood.	“ 307.95	55.2a. Arbeidsloon put riool	“ 7.34
20. Metsel-en pleisterwerk wegens verandering deuren en kozijnen	“ 33.02	56.3a. Materiaal put riool	“ 4.20
21. Gevelklinkers in plaats van grijs hardgrauw en specie	“ 498.40	57.4a. Nihil.	
22. Meerdere dikke bogen machinekamer	“ 63.50	58.5a. Metselwerk rollagen deuren ketelhuis	“ 7.74
23. Ondervloer ketelhuis “ 114.20		59.6a. Houten raam boven privaat	“ 3.50
24. Cementwerk accumulatorenkelder	“ 19.80	60.7a. Maken dieper sponning kozijn hoofdingang	“ 2.09
25. Wegens te weinig door de Gemeente geleverd granietsteen	“ 81.89	61.8a. Arbeidsloon steenbouwer voor idem	“ 2.88
26a. Groeven in cementvloeren	“ 8.10	62.9a. Verhooging werkloos 20% voor idem	“ 0.99
26b. Nissen verwarmingstoestellen	“ 6. - -	63.10a Nihil	
27. Architraven op kozijnen	“ 73.50	64.11a Nihil	
28. Gipsestrick.	“ 45. - -	65.12a Meerder kosten plintstuk plakplaten	“ 138.93
29a. Moniermuren	“ 40.50	66.13a ... hoekstukken bij binnendeur kozijn	“ 151.20
29b. Pleisterwerk lateien achtergevel kelder onder de machinekamer	“ 17.58	67.14a Plintstukken hol en rond	“ 87.55
29c. Nihil.		Transporteere	F 5810.01 ½
30a. Metselwerk trap accumulatorenkelder	“ 20.88	Transport	F 5810.01 ½
30b. Betontrap accumulatorenkelder	“ 28.30	68.15a Nihil	
30c. Grondwerk accumulatoreningang	“ 1. - -	69.16a Nihil	
30d. Nihil.		70.17a. Nihil	
31. Pleisterwerk zolder	“ 55.80	71.18a. Leggers hardsteen venstertabletten	“ 7. - -
32. Deur hoofdingang meer materiaal en meer werk	“ 55. - -	72.19a. Put wateraanvoer.	“ 661.48
33. Idem markiezen bovenhoofdingang	“ 160. - -	Totaal	F 6478.49 ½
34. Diverse werkloos	“ 6.35		
35. Veranderen tegelvloeren	“ 61. - -		
36. Vloeren kelder ketelhuis, pompkamer en werkvloer	“ 70.42		
37. Werkvloer	“ 85.25		
38. Rioleering meer geleverd	“ 53.12 ½		
39. Nihil.			
40. Meer kranen enz. waterleiding	“ 25. - -		
41. Meerder waterleidingbuis en kelder machinekamer	“ 45.77 ½		
42. Meer werk privaatleiding	“ 50.16		
43. Meer werk urinoirleiding	“ 9.04		
44. Meer geleverd lood	“ 249.08 ½		
45. Meer kosten ijzeren balken, latere bestelling	“ 62.94 ½		
46. Nihil.			
47. Meer gesmeed ijzerwerk	“ 15.60		
48. Meer geleverde ijzeren balken.	“ 96.03		
49. Meer kosten scharnieren	“ 190.70		
50a. Meer werk consoles	“ 61.80		
50b. Nihil.			
50c. Gemetseld putje accumulatoreningang	“ 4. - -		
51. Nihil.			
52a. Binnendeur meer met teakhouten panelen	“ 6.50		
52b. Binnendeur voor het invullen van Sectie-vullingen	“ 10.80		
53a. Meerdere materialen en meer werk trap vestibule	“ 500. - -		
53b. Aan de Gemeente geleverde steenen	“ 15.75		
54. 1a. Arbeidsloon verhooging voor putwateraanvoer	“ 67.68		

te krijgen voor later onderhoud, als het gebouw in gebruik zal zijn genomen. De Directie erkent, dat zij daarbij den aannemers de overname der resteerende steenen tegen kostenden prijs in 't vooruitzicht heeft gesteld.

Aan de arbiters is bovendien gebleken, dat door niet onbelangrijke wijzigingen bij de uitvoering, nadat de steen en plakplaten waren aangevoerd, van sommige soorten belangrijke hoeveelheden bovendien overbodig werden en overgeschoten zijn.

Het Scheidsgerecht oordeelt diensgevolge, dat de Gemeente Arnhem gehouden is alle resteerende steen en plakplaten over te nemen, die als resteerend zijn opgegeven in de 2den kolom van den staat door de Gemeente aan het Scheidsgerecht verstrekt als bijlage bij de door de Gemeente Arnhem ingediende Memorie en wel voor het door de aannemers geëischte bedrag van F1040.00 ½ met dien verstande, dat indien bij de overdracht van den steen of plakplaten eenige daarvan mochten ontbreken, bovengenoemd bedrag van F1040.00 ½ verminderd zal mogen worden met de waarde van het ontbrekende, berekend naar het tarief, dat in bovengenoemden staat voor elke soort is aangegeven.

Recapitulerende adviseert dus het Scheidsgerecht om aan de aannemers toe te kennen :

A. Wegens verricht Meer werk	F6478,49 ½
C. Wegens door de aannemers aan de Gemeente Arnhem over te dragen steenen, onder eventuele korting als nader hierboven is omschreven	“ 1040.00 ½ F 7518.50
B. Om bovenstaand bedrag, wegens zoogenaamd minderwerk te verminderen met	“ 1331.34
zoodat ten slotte aan de aannemers zal zijn uit te keren, onder de boven nader omschreven reserve	F 6187.16

Het Scheidsgerecht stelt de kosten, op het geding gevallen als volgt vast:

Wegens reis - en verblijfskosten, zegels, porti, schrijffloenen en wegens honorarium F 850.20

In aanmerking nemende, dat volgens de meergenoemde acte van compromis de aannemers hebben geëischt F10026.80, en dat de Gemeente bij den aanvang van het geschil de aanspraken der aannemers slechts wilde erkennen tot een bedrag van F2029.15, bepaalt het Scheidsgerecht, dat bovengenoemd bedrag van F850.20 komt voor 50% of F425.10 ten laste van de aannemers en voor 50% of F425.10 ten laste van de Gemeente Arnhem.

DEN HAAG	w.g. W.C. Metzelaar
BAARN	October 1908. w.g. C. Muijsken
AMSTERDAM	w.g. J.N. Hendrix

2. Noot

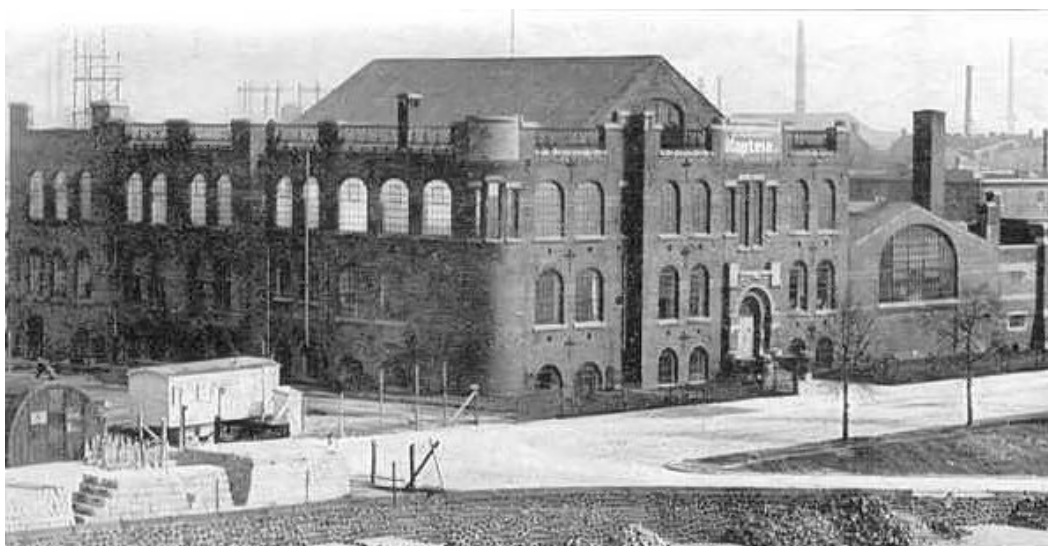
In oktober 1908 (een preciezer datum staat er niet) verscheen de eerste uitspraak van de Raad van Arbitrage (toen nog) voor de Bouwbedrijven in Nederland. Dat is dus 110 jaar geleden en daarom wordt deze uitspraak nog maar eens tegen het licht gehouden om te zien of er in de tussentijd wat is veranderd aan de werkwijze van de Raad. Ik kijk daarbij eerst naar de procesrechtelijke aspecten en ga daarna in op de inhoud van het geschil.

2.1 Procesrechtelijk

In de begintijd van de Raad werden de meeste uitspraken gegeven in de vorm van een bindend advies. Pas later werd het een gewoonte om de geschillen bij scheidsrechterlijk vonnis te beslechten en werden bindend adviezen uitzondering. Van mijn leermeester, mr. J.A.G. (Joep) van Eimeren, leerde ik dat er inhoudelijk geen verschil mag bestaan tussen bindende adviezen en vonnissen en dat het verschil alleen tot uitdrukking komt in het dictum. Immers, in een vonnis wordt een partij veroordeeld en dat kan niet in een bindend advies. Het scheidsgerecht, of beter: de Commissie van Bindend Advies zondigt maar één keer tegen dat uitgangspunt als het onder geschilpunt C oordeelt dat de Gemeente de stenen en plakplaten moet overnemen. Voor het overige moet een bindend advies op gelijke wijze als een vonnis de toets der motiveringskritiek kunnen doorstaan. Ook daarom en voor het schrijversgemak noem ik de bindend adviseurs in het vervolg van dit commentaar 'arbiters', beseffend dat deze benaming niet geheel juist is maar in aansluiting op het begrip 'scheidsgerecht' in het bindend advies.

Het geschil is kennelijk aanhangig gemaakt bij een gezamenlijke akte van 9 mei 1908, waarbij partijen ieder hun standpunt hebben uiteen gezet en hun vorderingen hebben verwoord. In diezelfde akte, zo begrijp ik de tekst, werden arbiters aangewezen, die het geschil moesten behandelen bij bindend advies overeenkomstig de statuten van de Raad en met terzijdestelling van alle bepalingen in Rechtsvordering. Dan volgt op 23 juni 1908 een memorie van de aannemers en op 3 september 1908 een memorie van antwoord van de Gemeente, een en ander vergezeld van producties, twaalf in totaal. Het scheidsgerecht houdt een voor-raadkamer en dan volgt de mondelinge behandeling op 1 en 2 oktober 1908. Of het scheidsgerecht al op voorhand had bepaald dat er twee achtereenvolgende data beschikbaar moesten zijn, is niet bekend, maar het heeft efficiënt gewerkt. In dezelfde maand volgt dan het bindend advies. De termijnen doen denken aan wat tegenwoordig een spoed-bodem-procedure is.

Het scheidsgerecht maakt melding van de aanwezigen ter zitting die meededen aan de behandeling. Opvallend is wel dat het scheidsgerecht



De elektriciteitscentrale in kwastie

behalve van de aanwezigen ter zitting ook nog van 'enige andere personen' mondelinge inlichtingen ontvangt. Wie dat waren, wanneer dat gebeurde en of partijen daar beide van op de hoogte waren en daarop konden reageren, blijkt niet uit het bindend advies. We mogen hopen dat, gezien de zorgvuldigheid waarmee het scheidsgerecht voor het overige te werk is gegaan, ook in dit opzicht het beginsel van hoor en wederhoor geen geweld is aangedaan. Dit beginsel, voortvloeiend uit de gelijkheid van partijen, staat voor de Raad bovenaan zijn verplichtingen op gelijke hoogte met de voor geschillenbeslechting vereiste integriteit.

De zitting is gehouden in een lokaal van de elektriciteitscentrale zelf. Hoezeer dat ook gemakkelijk lijkt, bijvoorbeeld met het oog op een bezichtiging, de Raad zal dat toch in beginsel niet meer doen. Er ontstaat gemakkelijk een gevoel op bezoek te zijn bij één van de partijen die graag als gastheer optreedt en zich van zijn beste kant laat zien met het serveren van koffie en broodjes. De Raad houdt zijn zittingen toch liever op neutraal terrein.

Tot slot over het procesrechtelijk gebeuren: tegenwoordige partijen zullen likkebaardend zien wat de kosten waren van dit bindend advies door drie arbiters: f. 850,20 (= € 385,80) inclusief reis- en verblijfskosten, zegels, porti, schrijfflonen en honorarium. Gezien de afstanden en het feit dat het scheidsgerecht op twee achtereenvolgende dagen bijeen kwam, zullen arbiters wel ter plaatse hebben overnacht. In het bindend advies wordt geen melding gemaakt van de deelname van een secretaris, dat scheelt natuurlijk wel in de kosten.

2.2 Inhoudelijk

Twee aannemers in persoon mogen samen een fors bouwwerk neerzetten. Van B.V.'s was toentertijd nog geen sprake, dus de heren waren ieder voor zich in privé aansprakelijk voor het gehele werk. In het vonnis wordt niet gerept van enig gebrek aan het werk, dus we mogen hopen dat de uitvoering geslaagd en op tijd was. Vermeldenswaard is dat het hier niet ging om een privé project maar om een werk voor openbaar nut, de elektriciteitscentrale, en dat de wederpartij van de aannemers een Gemeente is. Juist overheden waren, en soms zijn, wat terughoudend om de Raad jurisdictie toe te kennen over geschillen, waar zij bij betrokken zijn. Het is daarom aardig te zien dat juist bij het allereerste geschil voor de Raad een overheid als partij betrokken was.

Arbiters hebben het geschil in drie overzichtelijke porties verdeeld: a. de kosten van het meerwerk, b. de kosten van het minderwerk en c. de overname van resterend bouw materiaal. Arbiters doen hun behandeling voorafgaan door enkele inleidende opmerkingen over de juiste afrekening van meer- en minderwerk in het algemeen. In die inleidende opmerkingen nemen zij een opvallend standpunt in en daarin schuilt ook al direct het belang van deze uitspraak. Onder verwijzing naar § 468 AV Waterstaat, voluit genaamd *Algemeene Voorschriften voor de Uitvoering en Onderhoud van Werken onder beheer van departement van Waterstaat, Handel en Nijverheid, vastgesteld 1 februari 1901*, geven arbiters een uitleg aan die bepaling die daar in genen dele in te lezen valt of uit voortvloeit.

Nadat § 468 AV Waterstaat 1901 heeft bepaald dat de aannemer schriftelijk opgedragen ('gelast')

meerwerk moet uitvoeren ('zich laten welgevallen') tot een maximum van 10% van de aanneemsom, terwijl voor een hoger bedrag zijn toestemming is vereist, staat te lezen dat de kosten van het opdragen van het meerwerk voor aannemer zijn. Hij moet dat dus in zijn kostprijs meerekenen. Er kan wegens meerwerk bouwtijdverlenging worden verleend. Vervolgens volgen bepalingen over de berekening van het meerwerk: tegen eenheidsprijzen uit bestek of overeenkomst of, als dat naar het oordeel van de Minister niet billijk is, tegen tussen de directie en de aannemer overeengekomen prijzen. Alle kosten, waaronder de winst, zijn inbegrepen in de meerwerkprijs. Bij een per saldo minderprijs wordt daarop 10% gekort en het overige op de aanneemsom in mindering gebracht. Als door wijziging in het werk besteld bouw materiaal niet kan worden gebruikt, moet de Staat dat materiaal overnemen. Bij een belangrijke uitbreiding van het werk kan de Minister het werk of die uitbreiding opnieuw aanbesteden. Dit alles klinkt ons oppervlakkig gezien redelijk modern in de oren en wijkt niet erg veel af van de huidige regeling in § 35 UAV 2012, behalve de soms wat prominente rol van de Minister.

Het scheidsgerecht in geschil nr. 1 van de Raad overweegt dan dat meer- en minderwerk geen aanleiding kan zijn tot vermindering van de winst van het gehele werk. De aannemer moet de winst over het minderwerk krijgen betaald. Dat lijkt erop dat minderwerk gelijk gesteld moet worden met opzegging van dat deel van het werk. Zo staat het echter nu net niet in de AV Waterstaat 1901. Arbiters vervolgen dat door de omwisseling van het werk de winst voor aannemer niet mag worden vermeerderd of verminderd. En aannemer heeft recht op een billijke winst over het meerwerk. En dat, terwijl het aan de Minister is te bepalen of de eenheidsprijzen uit de begroting wel of niet billijk zijn voor het meerwerk. Daarom bindt het scheidsgerecht voorzichtigheidshalve wel in: eenheidsprijzen in het bestek moeten worden aangehouden voor het meerwerk, zij het dat dat slechts geldt voor zover het meerwerk in het verlengde van het normale, aangenomen werk ligt.

Of de Minister helemaal blij was met deze amendering van § 468 AV Waterstaat 1901 door een scheidsgerecht onder voorzitterschap van een hoofdingenieur gevangenis en rechtsgebouwen, dus van een topambtenaar van zijn collega van de Dienst Rijksgebouwen, is mij niet bekend. Het opende in ieder geval de deur voor allerlei billijkheidsoordelen na dit geschil nr. 1.

Daarna volgen de overwegingen over de individuele meer- en minderwerkposten. Hoewel: overwegingen? Het opvallendste deel van het bindend advies zijn de twee lijsten onder geschilpunt A en geschilpunt B. de toewijzingen op de meer- en minderwerkverdringen. Arbiters hebben hun be-

slissingen met één algemene motivering per lijst afgedaan: ze hebben de posten onderzocht en komen op grond van dat onderzoek tot de toewijzingen. Bij een arbitraal vonnis in de tegenwoordige tijd zou deze motivering absoluut onvoldoende zijn en het vonnis zou op grond van artikel 1065 lid 1 onder d Rv vernietigbaar zijn. Maar er is geen sprake van een vonnis, het gaat om een bindend advies. Gelden daar andere maatstaven? Zoals ik in het begin opmerkte gaat de Raad ervan uit dat er geen verschil behoort te zijn tussen een bindend advies en een vonnis, met uitzondering van het dictum. Dus voor de standaard van de Raad is dit bindend advies onder de maat. Hoe zou de rechter ertegenaan kijken?

Een bindend advies kan door de rechter marginaal getoetst worden. De rechter moet dan beoordelen of een redelijk handelend bindend adviseur tot deze beslissing had kunnen komen. Dat betekent dat de rechter een minimum aan motivering nodig heeft om te kunnen beoordelen of de bindend adviseur redelijk handelt door deze beslissing te nemen. En ook dat minimum aan motivering ontbreekt hier. Welke eisen kun je dan minimaal stellen aan zo'n motivering? In de eerste plaats moet je weten wat er gevorderd is en waarom en waarom en in hoeverre de vordering door de wederpartij wordt betwist. Bij erkende vorderingen kan arbiter het daarbij laten. Bij betwiste vorderingen moet arbiter aangeven in hoeverre de ene of de andere partij gelijk heeft en waarom. Bij meer- en minderwerk zal hij onderzoeken of een werkzaamheid in het bestek staat of anderszins tot de verplichtingen van de aannemer onder de overeenkomst behoort.

In het voorliggende geval kan het zijn dat partijen heel goed uit de voeten kunnen met de opsomming van arbiters. Immers, waar de toewijzing overeenkomt met de vordering van aannemer, begrijpen partijen dat aannemer de juiste argumenten had, bij afwijzing had de Gemeente kennelijk het gelijk aan haar zijde. Maar misschien is niet iedere toewijzing tot de gehele vordering gedaan en dan mis je de nuance. Belangrijker is echter dat een vonnis/bindend advies niet alleen voor partijen wordt geschreven. Hiervoor was al sprake van de rechter aan wie het bindend advies ter vernietiging is voorgelegd. Maar ook de rest van bouwrechtelijk Nederland is geïnteresseerd in het vonnis/bindend advies. Daarom worden ook alle uitspraken van de Raad (strikt geanonimiseerd) gepubliceerd. Dat komt de rechtszekerheid ten goede en bevordert de bouwrechtswetenschap. Met dat alles hadden de arbiters in 1908 nog niets te maken. Arbiters hebben zich wel zorgvuldig van hun taak gekwet: voor zover na te rekenen klopt de berekening tot op de halve cent.

Dan volgt nog geschilpunt C, vanuit de bouwrechtswetenschap verreweg de interessantste beslissing, omdat deze wel behoorlijk gemotiveerd is.

In de motivering proef je enigszins de boosheid van arbiters dat de directie enerzijds pressie op de aannemers uitoefende om toch vooral ruime, ja zelfs te ruime hoeveelheden 'Silezische' stenen en plakplaten in te slaan in verband met de aan transport en dergelijke klevende risico's, maar vervolgens de aannemers met de voor hun waardeloze stenen en plakplaten laat zitten. Zo doe je dat niet als fatsoenlijke Gemeente, hoor je arbiters verzuchten. En dus moet de Gemeente de voorraden bouw materiaal overnemen tegen de door de aannemers genoemde prijs, waarbij voor de hoeveelheden dan wel weer de door de Gemeente opgestelde lijsten gelden.

Tot slot nog de proceskostenverdeling. Arbiters constateren dat de aannemers van hun vordering van f. 10.026,80 hebben toegewezen gekregen f. 6.187,16. Dat zou een verdeling van 40%/60% hebben kunnen rechtvaardigen. Maar omdat de Gemeente bij de aanvang van het geschil slechts f. 2.029,16 wilde erkennen, komen arbiters alsnog tot een verdeling 50%/50%. Dat is nog een merkwaardige overweging: weliswaar staat in de aanhangigmakingsakte dat de Gemeente erkent aan de aannemers verschuldigd te zijn f. 4.029,16 -/ f. 2.000,00 = f. 2.029,16, maar de Gemeente meldt

daar onmiddellijk bij dat ze bereid is f. 3.900,00 aan de aannemers te betalen. Bovendien zou de erkenning van f. 2.209,16 van de toegewezen f. 6.187,16, dus ongeveer 1/3e deel van de toewijzing, eerder leiden tot een verdeling 60%/40%. Arbiters hadden de erkenning van de Gemeente beter achterwege kunnen laten bij hun motivering. Een verdeling 50%/50% op grond van de vordering en de toewijzing zou niet vreemd geweest zijn en voldoende onderbouwd. Het zij zo.

2.3 Conclusie

Toetsing van het bindend advies aan de huidige maatstaven van de Raad leert dat partijen en in het algemeen de geïnteresseerde bouwrechtjurist en leek bij de vonnissen van tegenwoordig meer aan hun trekken komen. Wel hebben arbiters direct bij de eerste uitspraak heel moedig de AV Waterstaat 1901 van een alleszins billijke uitleg voorzien en daarmee een voorzet gegeven voor veel uitspraken van goede mensen naar billijkheid in de na hun komende periode, waarin tot op heden al meer dan 36.000 geschillen aanhangig zijn gemaakt, die voor meer dan 20.000 uitspraken van de Raad hebben gezorgd. ●

Kroniek adviezen Commissie van Aanbestedingsexperts

– Mr. B.J.H. Blaisse-Verkooijen, mr. J.C. Binnerts en mr. L. Knoups¹

1. Inleiding

In deze kroniek worden de Adviezen besproken die de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: de Commissie) heeft gepubliceerd op haar website in de periode 1 juli 2017 - 1 juli 2018. Kronieken van voorgaande jaren verschenen in eerder jaargangen van dit tijdschrift.²

Voor de leesbaarheid wordt erop gewezen dat in deze bijdrage de aanbestedende dienst veelal als 'beklaagde' wordt aangeduid. Daarmee wordt aansluiting gezocht bij de terminologie die de Commissie in haar Adviezen hanteert. Klager is in de meeste gevallen een inschrijver, maar kan ook een brancheorganisatie zijn. In een enkel geval is sprake van een onderaannemer die een klacht indient.

2. Bevoegdheid Commissie van Aanbestedingsexperts

2.1 Indieners van een klacht

Artikel 7.1. van het Reglement van de Commissie (hierna: het 'Reglement') bepaalt door wie een klacht kan worden ingediend. In de Adviezen 439, 425, 409 en 444 krijgt de Commissie te oordelen over de uitleg van deze bepaling.

In Advies 439 oordeelt de Commissie dat artikel 7 lid 1 van het Reglement ruim moet worden uitgelegd in die zin dat niet alleen onderaannemers van (potentiële) gegadigden of inschrijvers een klacht mogen indienen bij de Commissie, maar dat alle onderopdrachtnemers van (potentiële) gegadigden of inschrijvers dit mogen doen.³

In Advies 425 wordt geklaagd door een onderaannemer van een hoofdaannemer; aan de hoofdaannemer is de opdracht niet gegund. De hoofdaannemer legt zich hierbij neer. Beklaagde is van mening

dat dit gevolgen heeft voor de ontvankelijkheid van klager (de onderaannemer).⁴ De Commissie oordeelt dat nu klager een onderaannemer is van een (potentiële) inschrijver en bovendien het voornemen bestond dat deze partij een significant deel van de opdracht zou uitvoeren indien de hoofdaannemer de winnende inschrijving zou indienen, het niet relevant is dat de hoofdaannemer heeft berust in de gunningbeslissing. De Commissie benadrukt dat het erom gaat dat klager, nu zij een belang heeft gehad bij de aanbesteding, het handelen of nalaten van een beklagde in een klachtprocedure bij de Commissie ter discussie moet kunnen stellen. Daaraan doet niet af dat zou kunnen blijken dat klager ter zake van datzelfde handelen of nalaten niet ontvankelijk zou zijn in zijn vordering bij de gewone rechter.

Combinanten kunnen afzonderlijk een klacht indienen bij de Commissie, zo volgt uit Advies 409. De Commissie benadrukt dat artikel 7 lid 1 van het Reglement ruim moet worden uitgelegd. De Commissie wil combinanten niet verhinderen afzonderlijk een klacht bij haar in te dienen. In dat verband wijst de Commissie erop dat in deze zaak geklaagd wordt over de proportionaliteit van de referentie-eisen. De klacht gaat dus over eisen in de aanbestedingsprocedure die het bepaalde ondernemingen wellicht onmogelijk maken om zelfstandig in te schrijven. Deze ondernemingen hebben daarom een zelfstandig belang en moeten dan ook zelfstandig een klacht kunnen indienen.

In Advies 444 krijgt de Commissie te oordelen over een klacht die is ingediend door een brancheorganisatie. De Commissie oordeelt dat een brancheorganisatie een afgeleide klachtplicht toekomt en op grond van Artikel 7 lid 1 van het Reglement een klacht kan indienen bij de Commissie. Klager is weliswaar zelf geen (potentiële) inschrijver, maar behartigt de belangen van potentiële inschrijvers.

¹ Babette Blaisse-Verkooijen en Jan Coen Binnerts zijn als advocaat aan Pot Jonker in Haarlem verbonden. Lieke Knoups is advocaat bij Severijn Hulshof in Den Haag.

² Zie TBR 2015/175, TBR 2015/178 en TBR 2016/150, TBR 2017/158.

³ Zie ook Advies 368.

⁴ Hierbij wijst beklagde op het vonnis van de rechtbank Den Haag van 31 mei 2017 (ECLI:NL:RBDHA:2017:5836). Op basis van dit vonnis kan volgens beklagde niet anders dan worden vastgesteld dat klager niet zelfstandig kan opkomen tegen besluiten die beklagde heeft genomen in het kader van de aanbestedingsprocedure.

Naar het oordeel van de Commissie kan hij in die hoedanigheid zowel op eigen initiatief als naar aanleiding van een melding van een potentiële gegadigde een klacht indienen bij de Commissie. In beide gevallen geldt voor de brancheorganisatie dan een afgeleide klachtplicht. De Commissie overweegt dat niet is vereist dat eventuele vragen of klachten tijdens de aanbestedingsprocedure door de brancheorganisatie zelf zijn ingediend.⁵

2.2 Voorschriften omtrent het indienen van de klacht

De artikelen 8 en 9 van het Reglement van de Commissie bepalen op welke wijze een klacht moet worden ingediend en wanneer de Commissie een klacht niet in behandeling kan nemen.

In artikel 8 lid 3 is bepaald dat een klager eventuele voorschriften omtrent het indienen van een klacht die in de aanbestedingstukken zijn opgenomen dient na te leven. Dit geldt echter niet indien deze voorschriften voor klager een beperking opleveren om bij beklagde een klacht in te dienen. Uit artikel 9 lid 1 volgt dat klager de klacht eerst schriftelijk bij beklagde kenbaar moet maken. In de zaak die ten grondslag ligt aan Advies 420 had de advocaat van klager uitdrukkelijk schriftelijk bij beklagde bezwaar gemaakt tegen de gunningsbeslissing. Beklaagde stelt zich echter op het standpunt dat de klacht niet in behandeling kan worden genomen door de Commissie omdat klager niet eerst een klacht heeft ingediend bij het in de aanbestedingsstukken opgenomen klachtenmeldpunt. Naar het oordeel van de Commissie is dit een ongeoorloofde drempel. De Commissie neemt de klacht dan ook gewoon in behandeling.

In Advies 449 oordeelt de Commissie dat het feit dat klager niet op de onderhavige overheidsopdracht heeft ingeschreven niet maakt dat de Commissie de klacht niet in behandeling kan nemen. Een dergelijke beperking volgt niet uit het Reglement. Klager heeft aangegeven dat zij de inschrijving achterwege heeft gelaten vanwege een gesteld gebrek in de gunningssystematiek en dat dit precies is waarover zij een klacht bij de Commissie heeft ingediend. De Commissie overweegt dat in een dergelijk geval niet van de klager kan worden verwacht dat hij (op straffe van verval van zijn klachtrecht bij de Commissie) eerst pro-forma een inschrijving moet indienen.⁶ Ook benadrukt de Commissie dat wanneer de behandeling van een klacht onverhoopt niet leidt tot een oplossing daarvan, de behandeling desalniettemin kan bijdragen aan de in artikel 2 lid 1 van het Reglement genoemde verbetering van de

professionaliteit van de aanbestedingspraktijk en leereffecten teweeg kan brengen.

2.3 Het begrip 'klacht'

In de door ons onderzochte periode heeft de Commissie zich in meerdere Adviezen uitgelaten over de vraag wat precies onder een klacht wordt verstaan. Artikel 1 lid c van het Reglement bepaalt dat een klacht een uiting is van ongenoegen van een partij over het handelen of het nalaten van een andere partij, voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.

In Advies 428 oordeelt de Commissie - in navolging van haar eerdere Adviezen 197, 242, 287, 388 en 409 - dat de wijze waarop een intern klachtenmeldpunt van een aanbestedende dienst omgaat met een klacht die is ingediend, weliswaar als een handelen of nalaten van die aanbestedende dienst kwalificeert, maar niet als een handelen of nalaten dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt. Het feit dat de Commissie een dergelijke klacht niet in behandeling neemt, laat onverlet dat - voor zover een intern klachtenmeldpunt van een aanbestedende dienst een bij haar ingediende klacht afwijst - de Commissie zich inhoudelijk zal kunnen uitlaten over de wijze waarop de afwijzing door dat klachtenmeldpunt is onderbouwd.

Een klacht over de afwezigheid van een onafhankelijk klachtenmeldpunt neemt de Commissie om dezelfde reden evenmin in behandeling.⁷ De wijze waarop beklagde met klachten omgaat geldt niet als een handelen of nalaten dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.

Een klacht over een overeenkomst die ruim voor de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 tot stand is gekomen neemt de Commissie niet in behandeling.⁸ De Commissie overweegt ten overvloede dat zij de klacht wel in behandeling had kunnen nemen indien aannemelijk zou zijn gemaakt dat de overheidsopdracht, waarop de klacht betrekking heeft, in de loop der tijd en met name na de datum van inwerkingtreding van de Aw 2012 per 1 april 2013, wezenlijk zou zijn gewijzigd. Dan zou immers sprake zijn geweest van de plaatsing van een nieuwe overheidsopdracht die in beginsel (wel) valt onder het toepassingsgebied van de Aanbestedingswet 2012. Dat is echter niet door klager aangevoerd.

2.4 Hoor en wederhoor - reactietermijn

In artikel 10 van het Reglement is een korte beschrijving van het procesverloop van de behande-

⁵ Hierbij sluit de Commissie aan bij Advies 256.

⁶ De Commissie komt tot deze conclusie met verwijzing naar Artikel 367, overweging 5.2.4; Advies 248, overwegingen 5.2.1 en 5.2.2. en Advies 154, overweging 5.3.2.

⁷ Advies 426-I, waarin wordt verwezen naar Advies 197 (overweging 5.2) en Advies 242 (overweging 5.8).

⁸ Advies 436.

ling van een klacht opgenomen. Daaruit volgt dat in beginsel hoor en wederhoor zal worden toegepast. Klager en beklagde hebben in beginsel eenmaal de mogelijkheid om hun gemotiveerde standpunt(en) uiteen te zetten. Een vaste termijn hiervoor is in het Reglement niet opgenomen. De reactietermijn stemt de Commissie af op de spoedeisendheid van de klacht. Uit Advies 399 volgt dat de aanbestedende dienst normaal gesproken een termijn van een week krijgt om reactie te geven op een klacht, indien de Commissie de zaak spoedeisend acht. Dat leidt soms tot frustraties, zo volgt uit genoemd Advies, maar de Commissie is niet zomaar te vermurwen.

2.5 Ontbreken van belang

In Advies 454 oordeelt de Commissie dat het ontbreken van belang bij een klacht, omdat klager om een bepaalde reden van deelname aan de aanbestedingsprocedure zou zijn uitgesloten (bijv. overtreding van het contactverbod), niet uitsluit dat de Commissie zich ten overvloede inhoudelijk uitsprekt over de klacht.

3. Geschiktheidseisen en selectiecriteria

3.1 Andere uitleg referentie-eis

Advies 405 heeft betrekking op een Europese Openbare aanbestedingsprocedure van een opdracht voor het onderhoud van elementenverhardingen. In het bestek was bepaald dat de inschrijver minimaal één referentieproject diende te hebben uitgevoerd, waarin onder meer aan de volgende competentie werd voldaan: *'het op afroep herstellen van tenminste 2.000 stuks meldingen betreffende gebreken in de bestrating in een aaneengesloten periode van 12 maanden.'* Inschrijver had een referentieproject overgelegd, waarin hij voor een Gemeente diverse onderhoudswerkzaamheden had uitgevoerd. De betreffende Gemeente had in de tevredenheidsverklaring aangegeven dat het totaal aantal klussen meer dan 2000 stuks bedroeg. Uit navraag van de aanbestedende dienst bleek echter dat de betreffende Gemeente de meldingen niet geregistreerd had. De aanbestedende dienst eiste vervolgens dat de inschrijver aantoonde hoeveel meldingen hij had verricht. De Commissie overweegt dat de aanbestedende dienst hiermee een andere uitleg geeft aan de door hem gestelde referentie-eis. Bovendien zou een dergelijke eis disproportioneel zijn. De inschrijver heeft volgens de Commissie met de door hem verstrekte verklaring aangetoond dat hij meer dan 2000 meldingen heeft verricht. De aanbestedende dienst heeft de bieding derhalve ten onrechte ongeleldig verklaard.

3.2 Proportionaliteit

In Advies 409 heeft de Commissie zich uitgelaten over de proportionaliteit van de gestelde geschiktheidseisen in een aanbesteding van een raamo-

vereenkomst voor assessmentdiensten. Inschrijver diende in de periode van 3 jaar voor aanbesteding uitvoering te hebben gegeven aan tenminste 150 assessments gedurende een periode van 12 maanden. Gelet op de inschatting van beklagde dat jaarlijks 250 assessments uitgevoerd zouden moeten worden, voldeed deze eis volgens de Commissie aan 'de 60%-eis' in Voorschrift 3.5 G lid 2 Gids Proportionaliteit. Bovendien heeft beklagde de mogelijkheid geboden dat een inschrijver met behulp van 5 referenties aantoonde dat hij 150 assessments in een jaar heeft uitgevoerd, waarmee hij volgens de Commissie de mogelijkheden voor inschrijvers verruimd. Van een disproportionele eis is naar het oordeel van de Commissie geen sprake. Dit geldt eveneens voor de geschiktheidseis dat de inschrijver ervaring heeft opgedaan met het projectmatig uitvoeren van assessments en het organiseren van accountmanagement ten behoeve van een grote opdrachtgever. De Commissie acht de geschiktheidseis dat de inschrijver ervaring heeft opgedaan met het uitvoeren van assessments ten behoeve van een overheidsorganisatie wel disproportioneel. Het is voor het uitvoeren van een assessment volgens de Commissie niet noodzakelijk om ervaring met assessments in de specifieke branche te hebben. De Commissie acht deze eis derhalve in strijd met Voorschrift 3.5 B en 3.5 F Gids Proportionaliteit. Ten overvloede merkt de Commissie nog op dat de eis volgens haar tevens disproportioneel is, omdat beklagde geen eisen heeft gesteld aan de omvang van die ervaring. De klacht dat de referentie-eisen tezamen disproportioneel zouden zijn, wordt door de Commissie niet gevolgd. Door per kerncompetentie een geschiktheidseis te stellen en deze niet samen te voegen heeft beklagde volgens de Commissie juist de mogelijkheden om in te schrijven verruimd. Dat door deze geschiktheidseisen kleine bedrijven worden uitgesloten, is volgens de Commissie niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel. De geschiktheidseisen zijn immers gebaseerd op voor de uitvoering van de opdracht benodigde kerncompetenties.

Ook in Advies 392 heeft de Commissie zich uitgelaten over de proportionaliteit van de door de aanbestedende dienst gestelde geschiktheidseisen. Het betrof een aanbesteding van een raamovereenkomst voor eendaags busvervoer van leerlingen, waarbij als eis was gesteld dat de inschrijver ervaring moest hebben met vervoersopdrachten voor het voortgezet onderwijs. Deze eis voldoet volgens de Commissie niet aan Voorschrift 3.5 F van de Gids Proportionaliteit, aangezien beklagde zich met de competentie niet heeft beperkt tot het vaststellen van een kerncompetentie. Bovendien heeft beklagde volgens de Commissie om een referentie gevraagd die gelijk is aan de opdracht in plaats van een vergelijkbare opdracht. De eis is derhalve eveneens in strijd met artikel 2.93 lid 3 Aw 2012. Ook de eis dat elke chauffeur ervaring moet hebben met het

vervoeren van leerlingen in het voortgezet onderwijs, acht de Commissie niet proportioneel. Deze eis gaat volgens haar verder dan nodig is voor een goede uitvoering van de opdracht.

3.3 Meerdere referentieopdrachten / stapelen kerncompetenties in selectiecriteria

Voorschriften 3.5G en 3.5F van de Gids Proportionaliteit gelden niet alleen voor geschiktheidseisen, maar ook voor selectiecriteria. Zo heeft de Commissie -in navolging van Advies 52 - in Advies 393 en 418 overwogen. In de aanbestedingsprocedure die ten grondslag lag aan Advies 393 was door beklagde bepaald dat gegadigden, die aan de geschiktheidseisen voldoen, in het kader van de selectiecriteria beter scoorden indien zij meer referenties per gevraagde kerncompetentie konden overleggen en indien zij meer referenties met een combinatie van meer kerncompetenties konden overleggen. De Commissie overweegt dat deze selectiesystematiek Europees aanbestedingsrechtelijk wellicht is toegestaan, omdat zij op zich voldoende verband zou kunnen houden met het voorwerp van de opdracht in de zin van artikel 1.10 Aw 2012. Echter, de Commissie acht deze systematiek niet in overeenstemming met de ratio van de Gids Proportionaliteit: de nationale wetgever heeft met die Gids ook nationale beleidsdoelen willen dienen, zoals een verbetering van de toegang van het mkb tot de aanbestede opdracht. De Commissie erkent dat zij met dit advies afwijkt van haar eerdere Advies 312. De Commissie geeft aan dat zij nu inziet dat het effect van deze selectiemethodiek is dat de grote bedrijven in het voordeel zijn, hetgeen strijdig is met de ratio van de Gids Proportionaliteit. Wanneer een aanbestedende dienst meer ervaring of een combinatie van (kern)competenties belangrijk acht voor een opdracht kan hij er volgens de Combinatie voor kiezen dit -mits gemotiveerd - in de geschiktheidseisen te verdisconteren. Ook geeft de Commissie - als aanbeveling - aan dat zij mogelijkheden ziet om bij een niet-openbare procedure selectiecriteria te hanteren die zien op competenties die geen kerncompetenties zijn. Het zou dan moeten gaan om wensen die niet noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht, maar wel meerwaarde bieden voor de aanbestedende dienst, mits deze criteria niet op voorhand (grote) ondernemingen met meer ervaring bevoordelen ten opzichte van andere geschikte ondernemingen.

3.4 Ontoelaatbare beperking van de mededinging

In een aanbestedingsprocedure voor het beheer en onderhoud van gebouwen en gebouwgebonden installaties werd een selectie criterium toegepast waarbij de gegadigde slechts punten kon scoren, indien de ondernemingen die in het voorbeeld/referentieproject de bouwkundige, elektrotechnische en werktuigbouwkundige werkzaamheden hebben uitgevoerd, onderdeel vormen van het samenwer-

kingsverband dat een verzoek tot deelneming indient. Een dergelijk criterium is volgens de Commissie ontoelaatbaar⁹. Daar waar een gegadigde zich op grond van artikel 2.94 lid 1 Aw 2012 kan beroepen op de technische bekwaamheid van een derde, valt volgens de Commissie niet te rijmen dat in het kader van de selectie geen punten worden toegekend indien een beroep wordt gedaan op een derde. De Commissie geeft aan begrip te hebben voor de wens van beklagde om belang te hechten aan bewezen samenwerkingsrelaties. Echter, met een dergelijk selectie criterium wordt de mededinging naar het oordeel van de Commissie ongeoorloofd beperkt. Wel kan een aanbestedende dienst met een beroep op artikel 2.95 lid 1 Aw 2012 bij overheidsopdrachten voor diensten eisen dat bepaalde kritieke taken door de gegadigde of door het samenwerkingsverband zelf worden verricht. In dit geval is echter gesteld noch gebleken dat hier sprake zou zijn van kritieke taken. Bovendien had alsdan volgens de Commissie een geschiktheidseis gesteld moeten worden (en geen selectie criterium).

3.5 Afzonderlijke kerncompetenties of randvoorwaarden?

Bij een aanbesteding voor van een speciale sector-opdracht, een raamovereenkomst voor diensten van inhuur van uitzendkrachten, klaagde één van de inschrijvers over de door beklagde gestelde referentie-eis. Volgens klager was sprake van een stapeling van kerncompetenties in één referentie-eis.¹⁰ De Commissie stelt voorop dat artikel 2.93 lid 3 Aw 2012, waarin is bepaald dat een aanbestedende dienst in het kader van een geschiktheidseis niet mag vragen naar gelijke opdrachten, niet van toepassing is op speciale sectoropdrachten. Wel zijn de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit van toepassing. Naar het oordeel van de Commissie heeft beklagde gehandeld conform deze voorschriften. Volgens de Commissie heeft de aanbestedende dienst -naast de gestelde kerncompetentie - randvoorwaarden gesteld, in die zin dat het moet gaan om dezelfde soort uitzendkrachten en dat de referentieopdracht een bepaalde omvang moet hebben wat betreft de opdrachtwaarde, aantal werknemers van de opdrachtgever en het aantal locaties. De Commissie merkt op dat zij het in het kader van de proportionaliteit van de referentie-eis van belang acht dat ook eisen worden gesteld aan de omvang van referentie.¹¹ Ook de eis dat de referentieopdracht is gestuurd op resultaten (fulfillment) betreft naar het oordeel van de Commissie een randvoorwaarde en geen kerncompetentie. De Commissie acht de referentie-eisen derhalve niet disproportioneel. Het is volgens de Commissie inherent aan een

⁹ Advies 418

¹⁰ Advies 455

¹¹ Vgl. Advies 409

geschiktheidseis dat daarmee het aantal potentiële inschrijvers wordt beperkt.¹²

4. Gunningscriteria

4.1 Laagste prijs

In een aanbestedingsprocedure voor de inhuur van personeel wordt gebruik gemaakt van het gunningscriterium laagste prijs.¹³ Volgens klager ten onrechte. Klager voert onder meer aan dat hierdoor de duurzame inzetbaarheid van de uitzendkrachten ten onrechte niet als kwaliteitsaspect is meegewogen bij de gunning. De Commissie oordeelt, in navolging van eerdere adviezen, dat het uitgangspunt is dat in beginsel niet op basis van het gunningscriterium van de laagste prijs wordt gegund.¹⁴ Van dit uitgangspunt kan worden afgeweken indien de keuze voor toepassing van het criterium beste prijs-kwaliteitverhouding *ondoelmatig* is. Dat dit het geval is, zal moeten blijken uit de motivering die de aanbestedende dienst aan de keuze voor gunning op laagste prijs ten grondslag legt. In het onderhavige geval acht de Commissie de klacht gegrond, omdat uit de door de aanbestedende dienst verstrekte motivering niet volgt dat rekening is gehouden met alle omstandigheden van het geval. Zo volgt niet uit de motivering waarom het meewegen van het kwalitatieve aspect van de duurzame inzetbaarheid van uitzendpersoneel ondoelmatig zou zijn.

In de door ons onderzochte periode is nog een tweede Advies gepubliceerd over een andere aanbesteding voor de inhuur van uitzendkrachten, waarin gebruik werd gemaakt van het gunningscriterium laagste prijs.¹⁵ Als motivering was in de aanbestedingsstukken opgenomen dat er onvoldoende onderscheidend vermogen zou bestaan tussen de verschillende aanbieders. Volgens de Commissie kan dit een argument zijn om tot de conclusie te komen dat het gebruik van het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding (hierna: 'BPKV') ondoelmatig zal zijn. In dat geval mag de aanbestedende dienst kiezen voor het gunningscriterium van de laagste prijs. De klacht werd ongegrond verklaard, omdat klager onvoldoende had onderbouwd waarom de markt in zijn optiek (wel degelijk) kwalitatief voldoende onderscheidend is, boven de eisen die reeds in het kader van de aanbestedingsprocedure waren gesteld.

Ook in het kader van een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure voor juridische dienstverlening werd geklaagd over het gebruik van het gunningscriterium laagste prijs.¹⁶ Aan de in-

schrijvers werd gevraagd om één uniform uurtarief te offren. Volgens beklagden was gebruik van het criterium laagste prijs gerechtvaardigd, omdat de kwaliteit van de werkzaamheden voldoende kon worden vastgelegd in het programma van eisen. Er zou beperkte meerwaarde zijn op kwaliteit omdat het onderscheidend vermogen van de inschrijvers beperkt is. Klager wijst erop dat het, door het hanteren van enkel één uniform uurtarief als gunningscriterium, mogelijk is dat partij A weliswaar een uurtarief van 10% hoger hanteert dan partij B, maar dat partij A advocaten kan inzetten met een zodanige ervaring dat zij een zelfde zaak in de helft van de tijd oplossen die partij B daarvoor nodig is. De prijs van de partij die het hogere uurtarief offreert is dan dus uiteindelijk lager. Volgens klager is sprake van een willekeurig gunningscriterium en kan de motivering die daaraan ten grondslag ligt de beslissing niet dragen.

De Commissie oordeelt dat beide klachten ongegrond zijn. Van een willekeurig criterium is volgens de Commissie geen sprake. Bij de behandeling van klacht 2 gaat de Commissie ervan uit dat klager betoogt dat beklagden verplicht zouden zijn om de raamovereenkomst in beginsel te gunnen op basis van het gunningscriterium BPKV. Juridische dienstverlening kwalificeert echter als een specifieke dienst in de zin van art. 74 e.v. Richtlijn 2014/24/EU en nu de waarde onder het drempelbedrag blijft is deel 2 van de Aanbestedingswet daarop niet van toepassing. Dat van art. 2.114 Aw reflexwerking uit zou gaan, wil de Commissie niet aannemen. Voor het aanbesteden van 'specifieke diensten' geldt volgens de Commissie dus niet de verplichting dat gebruik van het gunningscriterium BPKV het uitgangspunt moet zijn en dat laagste prijs enkel is toegestaan indien dit op toereikende wijze is gemotiveerd.

Interessant aan het Advies is dat de Commissie zich in alinea 5.5 afvraagt of beklagden met de keuze voor het uurtarief - als enige criterium binnen het gunningscriterium van de laagste prijs - een criterium hebben gekozen waarmee zij zorgdragen voor het leveren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen als bedoeld in art. 1.4 lid 2 Aw. Daarover is echter niet geklaagd. Vervolgens wijst de Commissie er in haar aanbeveling op dat de zorgplicht die is opgenomen in genoemd artikel met zich mee kan brengen dat de keuzevrijheid ten aanzien van het te hanteren gunningscriterium wordt beperkt. Het is dus goed mogelijk dat een klacht die zou hebben gezien op schending van art. 1.4 lid 2 Aw wel gegrond zou zijn verklaard.

4.2 BPKV of toch de facto laagste prijs?

In het kader van een Europese aanbestedingsprocedure voor het verzorgen van diverse vormen van

¹² Vgl. Advies 52

¹³ Advies 432.

¹⁴ Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 7, p. 6 en *Kamerstukken I* 2015/16, 34 329, C, p. 4.

¹⁵ Advies 455.

¹⁶ Advies 421.

vervoer wordt gebruikt gemaakt van het gunningscriterium BPKV.¹⁷ Klager stelt zich echter op het standpunt dat sprake is van strijd met art. 2.114 Aw 2012, omdat de facto sprake zou zijn van gunning op laagste prijs. De Commissie gaat na of de kwalitatieve aspecten van de inschrijving significante invloed op de rangorde zullen kunnen hebben.

Zoals de Commissie in eerdere Adviezen ook al deed, berekent zij daartoe de grenswaarde.¹⁸ Dit doet de Commissie door in de eerste plaats te bepalen hoe hoog de laagste prijs zou kunnen zijn en vervolgens te berekenen hoeveel procent de inschrijver die maximaal scoort op kwaliteit zijn prijs kan laten stijgen zonder de aanbesteding te verliezen. Indien de grenswaarde slechts een paar procent is, betekent dit dat de kwaliteit nauwelijks van invloed is op de uitkomst van de procedure. De prijs zal dan in feite altijd doorslaggevend zijn. De Commissie komt uit op grenswaarden van 16,3% en 14,3%. Onder verwijzing naar eerdere Adviezen concludeert de Commissie dat bij dit type opdrachten de grenswaarde minimaal 10% moet zijn. Daar zit het boven, dus de klacht wordt ongegrond verklaard.

4.3 Beoordeling gunningscriteria in twee stappen

In de aanbestedingsprocedure die aan Advies 426-I ten grondslag ligt, worden de ontvangen inschrijvingen in eerste instantie absoluut beoordeeld. Alleen de inschrijvingen met de beoordeling 'uitstekend' of 'goed' worden vervolgens een tweede maal beoordeeld, maar dan relatief. Volgens klager is dit in strijd met het beginsel van gelijke behandeling. De Commissie is het daar niet mee eens. Op grond van deze gunningssystematiek is het goed mogelijk om na te gaan welke inschrijving de beste prijs/kwaliteitsverhouding biedt. Er is sprake van een synthetische beoordeling: de gunningscriteria worden alle tezamen op enige wijze samengevoegd tot één totaalscore die de rangorde bepaalt.

Er is sprake van een wezenlijk andere systematiek dan de ongeoorloofde systematiek die gebruikt werd in Advies 362. In dat Advies konden de inschrijvers op de eerste drie gunningscriteria afvallen en dan mochten zij niet meer mee doen met het vierde gunningscriterium, terwijl zij mogelijk op basis van de vier gunningscriteria tezamen de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitsverhouding konden hebben.

4.4 Strijd met transparantiebeginsel

In Advies 423 oordeelt de Commissie dat een aanbestedende dienst die de verhouding tussen prijs en kwaliteit niet vooraf bekend maakt en evenmin bekend maakt wat de weging is van de kwalitatieve

subgunningscriteria, in strijd met het transparantiebeginsel handelt.

In het kader van een aanbesteding voor architectendiensten wordt als prijscriterium om een percentage van de bouwsom gevraagd.¹⁹ De bouwkosten liggen echter nog niet vast. Dit is volgens de Commissie in strijd met het transparantiebeginsel en ook met het gelijkheidsbeginsel, omdat hierdoor geen gelijk speelveld voor de inschrijvers is gecreëerd.

Indien een aanbestedende dienst als kwalitatieve gunningscriteria begrippen zoals 'flexibiliteit' en 'duurzaamheid' gebruikt, moeten in het beoordelingssysteem per begrip concrete aspecten worden benoemd die zullen worden meegewogen bij de beoordeling.²⁰ Indien de aanbestedende dienst dit nalaat en enkel een paar voorbeelden noemt van wat een inschrijver onder een bepaald begrip zou kunnen verstaan, is sprake van strijd met het transparantiebeginsel. Gelet op vaste jurisprudentie is namelijk van belang dat (i) het voor een inschrijver volstrekt duidelijk is wat van hem wordt verwacht, (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld, en (iii) de gunningsbeslissing zodanig inzichtelijk wordt gemotiveerd dat het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk is om de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen.

In Advies 407 oordeelt de Commissie dat het wenselijk is dat per subsubgunningscriterium een vast aantal punten per onderwerp kenbaar wordt gemaakt, zodat de keuzevrijheid van de beoordelingscommissie wordt beperkt. Hierdoor wordt willekeur zo veel mogelijk voorkomen.²¹ Het ging om een aanbestedingsprocedure voor groenonderhoud op begraaftplaatsen. Als kwalitatieve subgunningscriteria waren opgenomen: (1) Communicatie; (2) Gastvrijheid en bijzondere situaties en (3) Planning werkzaamheden. Verder was in het aanbestedingsdocument per subgunningscriterium een aantal onderwerpen opgenomen, dat in het door de inschrijvers op te stellen plan van aanpak moest worden opgenomen. *'Door het aantal voor deze vier onderwerpen afzonderlijk te behalen punten in het midden te laten, heeft beklagde naar het oordeel van de Commissie aan de beoordelingscommissie een zeer grote keuzevrijheid gelaten.'* Bij dit oordeel speelt overigens een belangrijke rol dat beklagde de inschrijvers in de onderhavige procedure expliciet de mogelijkheid had geboden om naast de genoemde onderwerpen ook 'overige onderwerpen' aan hun inschrijving toe te voegen, zonder dat daarvoor in een afzonderlijke puntentoekenning was voorzien. Indien dat niet het geval was geweest, dan had de

¹⁷ Advies 426I, klachtonderdeel 8A.

¹⁸ Zie bijv. Adviezen 33, 246 en 344.

¹⁹ Advies 444.

²⁰ Zie Advies 270.

²¹ Zie HvJ EG 24 januari 2008, zaak C-532/06, (Lianakis), r.o. 33-45.

Commissie er waarschijnlijk minder moeite mee gehad dat er geen punten waren toegekend aan de subsubcriteria, omdat het dan wellicht voor de hand had gelegen dat voor elk criterium een gelijk aantal punten gold.

In een Europese aanbestedingsprocedure voor het verzorgen van diverse vormen van vervoer heeft beklagde intern minimum- en maximumprijzen vastgesteld.²² Inschrijfprijzen *onder* respectievelijk *boven* de vastgestelde prijzen worden als abnormaal laag respectievelijk abnormaal hoog beschouwd. In dat geval zal beklagde de desbetreffende inschrijver om een toelichting vragen. Wanneer de motivering ontoereikend is komt de inschrijver niet voor gunning in aanmerking. Klager stelt zich op het standpunt dat deze beoordelingssystematiek in strijd met het transparantiebeginsel is. Beklaagde dient de minimum- en maximumprijzen volgens klager bekend te maken.

De Commissie is het hier niet mee eens. Naar het oordeel van de Commissie mag een aanbestedende dienst wel vóór indiening van de inschrijvingen een grenswaarde vaststellen en is hij niet verplicht om deze grenswaarde vooraf aan de potentiële inschrijvers bekend te maken.²³ Door het vaststellen en niet bekend maken van de minimumprijs wordt een inschrijver niet belemmerd in het doen van een realistische inschrijving. In dat verband is van belang dat een lagere inschrijfprijs dan de minimumprijs of een hogere inschrijfprijs dan de maximumprijs niet automatisch tot uitsluiting leidt.

4.5 Kortingspercentage als gunningscriterium

In een Europese aanbestedingsprocedure voor de levering van cateringproducten dienen inschrijvers in het kader van het gunningscriterium prijs slechts een kortingspercentage te offeren, zonder dat zij de prijslijsten voor het randassortiment hoeven in te dienen.²⁴ De Commissie oordeelt dat het daarmee mogelijk is dat een inschrijver hoge catalogusprijzen heeft en een hoog kortingspercentage biedt, terwijl hij duurder is dan een inschrijver met een lagere korting. Een dergelijke gunningssystematiek is niet rechtmatig. Uit vaste jurisprudentie volgt dat een gunningssystematiek die ertoe leidt dat de opdracht bij gelijke kwaliteit wordt gegund aan een duurdere inschrijving, niet in overeenstemming is met het criterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding.²⁵

4.6 Methodiek van puntentoekenning

In het kader van een Europese aanbestedingsprocedure voor het tot stand brengen van netwerkverbindingen en telefonie beklagt klager zich over de gunningssystematiek.²⁶ Voor het onderdeel kwaliteit geldt dat de inschrijver die de hoogste kwaliteit biedt voor het onderdeel 'Mobiel Netwerk' 30 punten krijgt en de inschrijver die de laagste kwaliteit biedt krijgt 0 punten. De overige inschrijvers krijgen een score pro rato. Deze systematiek is volgens klager disproportioneel. Het verschil in score houdt geen verband met het daadwerkelijke verschil in kwaliteit; ook wanneer het verschil in netwerkdekking tussen de beste en de slechtste aanbieder klein is, is het verschil in score gigantisch. Een verschil van 30 punten voor netwerkdekking is op de overige onderdelen realiter niet te overbruggen.

De Commissie is het niet met klager eens en acht de klacht ongegrond. Wel wijst de Commissie, in een overweging ten overvloede, op het risico dat ontstaat indien met een zeer gering verschil in kwaliteit een inschrijver met een extreem veel hogere prijs de aanbesteding kan winnen. Dan kan het zo zijn dat de opdracht moet worden gegund aan de inschrijver die niet de daadwerkelijk beste prijs-kwaliteitverhouding biedt. In het verlengde daarvan handelt de aanbestedende dienst dan in strijd met zijn verplichting om zorg te dragen voor zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen (art. 1.4 lid 2 Aw). De kans dat dit risico zich realiseert, is mede afhankelijk van de samenstelling van de relevante markt. Aanbestedende diensten dienen bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure na te gaan hoe zij er bij de inrichting daarvan voor kunnen zorgen dat het niet meer dan een theoretische kans is dat dit risico zich verwezenlijkt.

4.7 Verband met voorwerp overheidsopdracht

Op grond van art. 2.115 lid 2 Aw moeten nadere criteria verband houden met het voorwerp van de overheidsopdracht. Dat betekent dat niet gevraagd mag worden naar de mate van ervaring als projectmanager/projectleider met projecten op basis van een geïntegreerd contract, indien de overheidsopdracht niet mede ziet op geïntegreerde contracten.²⁷

5. Technische specificaties / keurmerk

In een aanbestedingsprocedure voor de levering van minicontainers had de aanbestedende dienst de eis had gesteld dat de containers dienden te voldoen aan de zogenaamde RAL-GZ-951/1. Een inschrijver achtte deze eis in strijd met de artike-

²² Advies 4261.

²³ Vgl. HvJ EU 27 november 2001, (Lombardini en Mantovani), C-285 en 286/99, EU:C:2001:640, r.o. 70.

²⁴ Advies 414.

²⁵ Gerecht van Eerste aanleg EU d.d. 16 september 2013 in zaak T-402/06 (Commissie / Spanje), r.o. 76 en 77 en Vزر. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2965, r.o. 4.10.

²⁶ Advies 449.

²⁷ Advies 413.

len 2.76, 2.78a, 2.10 Aw 2012, alsmede artikel 34 VWEU.²⁸ De klacht dat de eis in strijd zou zijn met artikel 34 VWEU kan volgens de Commissie - gelet op haar reglement - niet in behandeling worden genomen. De eis dat de containers dienen te voldoen aan RAL-GZ-951/1 betrof volgens beklagde een keurmerk. De Commissie overweegt dat deze eis niet voldoet aan de vereisten als genoemd in artikel 2.78a Aw 2012. Immers, om aan de RAL-GZ-951/1 te kunnen voldoen dient te worden voldaan aan de eis van een 'Erstprüfung' op grond waarvan de mal voor de start van de productie moet worden getest. Deze eis houdt volgens de Commissie onvoldoende verband met het voorwerp van de opdracht omdat daarmee de producten die niet voor de start van de productie zijn getest maar wel aan alle kwaliteitseisen voldoen, worden geblokkeerd. Ten overvloede beveelt de Commissie aanbestedende diensten aan terughoudend te zijn met het vragen van keurmerken, zeker bij standaardproducten waarvoor Europese normeringen bestaan, die in grote aantallen door nagenoeg alle marktpartijen worden aangeboden en waarbij veel inspanningen van die marktpartijen worden gevraagd om voor het behalen van dat keurmerk wijzigingen in hun aanbod aan te brengen.

Advies 458 en Advies 442 hebben beide betrekking op technische specificaties die door aanbestedende diensten zijn gesteld in aanbestedingsprocedures van opdrachten voor het leveren en plaatsen van geleiderails. In beide adviezen overweegt de Commissie dat het bestaan van een Europese norm er niet aan in de weg staat dat in een nationale aanbestedingsprocedure aanvullende eisen worden gesteld, zolang deze niet in strijd zijn met de Europese norm.²⁹ Dat een nationale norm is ingetrokken sluit volgens de Commissie in beginsel niet uit dat een aanbestedende dienst bepaalde technische specificaties uit de ingetrokken norm voorschrijft in een aanbestedingsprocedure. In de aanbestedingsprocedure die ten grondslag lag aan advies 458, was een geleiderails voorgeschreven uit een ingetrokken nationale norm. In de aanbestedingsdocumenten had de aanbestedende dienst nagelaten te vermelden aan welke eisen deze geleiderails dienden te voldoen. Hiermee was de eis volgens de Commissie onvoldoende transparant. Dit gold eveneens voor de eis die gesteld was in de aanbestedingsprocedure die onderwerp van geschil was in Advies 442. De aanbestedende dienst verwees in het kader van de mogelijkheid de gelijkwaardigheid aan te tonen naar een publicatie van het CROW 'ROA Veilige Inrichting van Bermen / 2014'. Deze publicatie uit 2014 bestond echter niet. Bovendien was in de CROW publicatie geen toetsingskader opgenomen. De aanbestedende dienst handelde naar het

oordeel van de Commissie in strijd met het transparantiebeginsel. In beide klachtprocedures stelde klager zich op het standpunt dat de aanbestedende dienst in strijd met het ARW 2016 respectievelijk Aw 2012 een type product zou hebben voorgeschreven. De Commissie volgt dit standpunt niet en overweegt in beide adviezen dat -afgezien van de vraag of in dit geval wel een type geleiderail is voorgeschreven- hoe dan ook sprake is van een type dat door iedere fabrikant mag worden gemaakt, waarbij niet bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld.

6. Proportionaliteit

6.1 Algemene voorwaarden

In de periode die deze kroniek beslaat is door inschrijvers een aantal maal geklaagd over de proportionaliteit van algemene voorwaarden. De klachten hielden dan in dat sprake was van overtreding van de artikelen 1.10 of 1.16 van de Aanbestedingswet en/of van de Voorschriften 3.9 A t/m D van de Gids Proportionaliteit.

Indien het aansprakelijkheidsrisico dat bij de opdrachtneer komt te liggen niet ongelimiteerd is in tijd en de risico-allocatie niet nadeliger voor de opdrachtneer is dan zoals die zou gelden op grond van het Burgerlijk Wetboek, is volgens de Commissie van disproportionele voorwaarden geen sprake. Dit geldt ook indien de prestatieplicht van de opdrachtneer is versterkt met een garantieverbintenis.³⁰ Indien een contractuele risicoregeling ontbreekt, is evenmin sprake van een disproportionele voorwaarde, omdat in een dergelijk geval kan worden teruggevallen op het stelsel van het Burgerlijk Wetboek (zie art. 6.74 BW e.v.).

Uit Advies 404 volgt dat een garantiebepaling die door een aanbestedende dienst wordt bedongen in het kader van de levering van bepaalde producten in beginsel niet disproportioneel is, indien de risico-allocatie aansluit bij het bepaalde in artikel 7.17 BW. Dat is mogelijk anders indien de garantiebepaling ongelimiteerd is in tijd, maar dat was in de zaak die ten grondslag ligt aan Advies 404 niet het geval.

6.2 Risico op krimp van de opdracht

In een Europese aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht voor diensten voor het verzorgen van diverse vormen van vervoer heeft de aanbestedende dienst het risico van krimp van de opdracht voor de eerste 40% per jaar bij de opdrachtnemer gelegd.³¹ Naar het oordeel van de Commissie is een gebeurtenis die tot krimp van de opdracht leidt aan te merken als een risico in de zin

²⁸ Advies 430.

²⁹ Vgl. V.zr. Rb. Den Haag 28 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15519.

³⁰ Zie Advies 404.

³¹ Advies 426 - I (klachtonderdeel 4).

van Voorschrift 3.9 A van de Gids Proportionaliteit. Op basis van Voorschrift 3.9 A dient dit risico te worden gealloceerd bij de partij die dit risico het beste kan beheersen of beïnvloeden. Het risico van krimp van de opdracht als gevolg van externe factoren is niet een risico dat - gegeven de door beklagde zelf gemaakte keuzes - het beste door de opdrachtnemer kan worden beheerst. Daarbij acht de Commissie van belang dat een opdrachtnemer in de onderhavige markt forse investeringen moet doen en hij met de onderhavige garantieregeling dan ook grote financiële risico's loopt. Bovendien kan de risicoverdeling van de garantieregeling een belemmering vormen voor deelname door het mkb. De klacht wordt gegrond verklaard.

Hetzelfde geldt voor de klacht in dezelfde aanbestedingsprocedure die ziet op de afnamegarantie die inhoudt dat een opdrachtnemer die meerdere percelen gegend heeft gekregen geen compensatie krijgt indien zich een afname voordoet van 60% in de totale omzet van die meerdere percelen. Ook die garantieregeling is in strijd met het proportionaliteitsbeginsel.

6.3 Deelname gevolmachtigde agent

In een aanbestedingsprocedure voor het leveren van brandverzekeringsdiensten was bepaald dat aanmeldingen en inschrijvingen door een gevolmachtigd agent niet zijn toegestaan.³² Volgens klager is dit een disproportionele bepaling. De Commissie oordeelt dat het gebruikelijk en goed mogelijk is dat een gevolmachtigde in naam van een ander een verzoek tot deelname indient en inschrijft op een aanbestedingsprocedure. Dat kan ook bij de aanbesteding van overheidsopdrachten voor het leveren van verzekeringsdiensten. De gevolmachtigde agent treedt dan op in naam van één of meerdere verzekeraars en sluit namens hen een verzekeringsovereenkomst. In een dergelijk geval geldt de verzekeraar en niet de gevolmachtigde agent als inschrijvende partij. Voor de uitsluiting bestond volgens de Commissie geen objectieve rechtvaardigingsgrond en de uitsluiting was dan ook disproportioneel. De Commissie voegt aan haar oordeel nog toe dat uitsluiting ook overigens een belemmering kan opleveren voor buitenlandse verzekeraars. De uitsluiting is daardoor discriminatoir.

6.4 Kort geding vóór inschrijving

Zowel in Advies 396³³ als in Advies 426³⁴ vraagt de Commissie zich af of de verplichting in de aanbestedingsstukken om vóór inschrijving een kort geding aanhangig te maken disproportioneel of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid

onaanvaardbaar is. Het gaat er immers om dat inschrijvers de aanbestedende dienst tijdig op misstappen wijzen. Daarvoor is het aanhangig maken van een kort geding niet noodzakelijk. Bovendien is een kort geding een kostbare aangelegenheid en zet dat de relaties tijdens een aanbestedingsprocedure erg op scherp. Naar het oordeel van de Commissie ontnemt een dergelijke verplichting in de aanbestedingsstukken een inschrijver niet het recht om na het indienen van een inschrijving alsnog een kort geding aanhangig te maken, al is het maar om deze bepaling op rechtmatigheid te laten toetsen.

6.5 Wet normering topinkomens

In de bij een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor WMO-zorgdiensten behorende concept raamovereenkomst is bepaald dat opdrachtgever zich het recht voorbehoudt een korting op de vergoeding toe te passen indien bezoldigingen en uitgekeerde ontslagvergoeding de Wet normering topinkomens te boven gaan.³⁵ Volgens klager is deze bepaling niet proportioneel omdat beklagde materieel beoogt een korting door te voeren bij opdrachtnemers die bestuurders in dienst hebben die op basis van het tot de Wet normering topinkomens behorende overgangsrecht (tijdelijk) aanspraak hebben op een bezoldiging die hoger is dan de bedoelde 'vaste normen'. De Commissie acht de klacht gegrond. De contractvoorwaarde houdt onvoldoende verband met het voorwerp van de opdracht. In dat kader stelt de Commissie voorop dat de topinkomens geen invloed hebben op de door de zorgaanbieders aangeboden prijs, aangezien de tarieven door beklagde zelf worden vastgesteld. Daarbij wijst de Commissie erop dat beklagde de gewone civielrechtelijke remedies kan instellen tegen een aanbieder die niet de overeengekomen kwaliteit levert. Indien de zorgaanbieder wel de overeengekomen kwaliteit levert, bestaat er geen reden om de vergoeding te korten.

6.6 Uitvoeren gedeelte opdracht

In het kader van een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor de uitvoering van elektronische werken beklagt klager zich erover tijdens de aanbestedingsprocedure een deel van de opdracht moet worden uitgevoerd.³⁶ De kwalitatieve gunningscriteria bestaan, onder andere, uit een plan van aanpak, de engineering inclusief elektrotechnische tekeningen en berekeningen en het opleverdossier voor het gemaal A. De Commissie stelt vast dat beklagde in strijd handelt met Voorschrift 3.8 van de Gids Proportionaliteit door de inschrijvers te vragen een deel van de te plaatsen opdracht al tijdens de aanbestedingsprocedure uit te voeren

³² Advies 411.

³³ Zie alinea 5.7.

³⁴ Zie alinea 5.3.7.

³⁵ Advies 415.

³⁶ Advies 445.

zonder daarvoor een vergoeding aan te bieden.³⁷ Verder is de Commissie van oordeel dat beklagde de afwijking onvoldoende heeft gemotiveerd. Het is volgens de Commissie niet nodig om reeds de volledige engineering van het project te verrichten om een inschrijfprijs te kunnen afgeven. En voor de mate van zorgvuldigheid waarmee een inschrijver zijn werkzaamheden uitvoert had beklagde ook kunnen vragen naar referenties. De klacht wordt gegrond verklaard.

7. Strijd met transparantiebeginsel

Het niet helder definiëren van het begrip ‘concern’ in de aanbestedingsdocumenten, terwijl dit begrip wel een grote rol speelt in de aanbestedingsprocedure, acht de Commissie in Advies 426-I in strijd met het transparantiebeginsel. De overige klachten betrekking hebbend op een gebrek aan transparantie worden door de Commissie ongegrond verklaard. De garantieregeling als opgenomen in de aanbestedingsstukken is naar het oordeel van de Commissie helder. Ook het niet verstrekken van het dataprotocol acht de Commissie niet in strijd met het transparantiebeginsel, aangezien het voor inschrijvers ondanks het ontbreken van deze informatie mogelijk was hun kosten in te schatten. Beklaagde was naar het oordeel van de Commissie niet gehouden de resultaten van een door hem uitgevoerd klanttevredenheidsonderzoek aan de inschrijvers te verstrekken. Om een inschrijving te kunnen doen moet de inschrijver inzage hebben in de eisen die de aanbestedende dienst stelt. Bovendien golden ten tijde van het klanttevredenheidsonderzoek andere eisen. Ook is beklagde niet gehouden de methodiek van de door hem te houden klanttevredenheidsonderzoeken kenbaar te maken. Het is volgens de Commissie niet noodzakelijk voor het doen van een inschrijving dat een inschrijver op voorhand al tot in detail weet hoe de aanbestedende dienst straks tijdens de uitvoering van de overeenkomst zal nagaan of en in welke mate de opdrachtnemer aan de prestatie-eisen voldoet. Dat is volgens de Commissie eventueel anders wanneer nu al valt te verwachten dat de medewerking van de opdrachtnemer aan dat onderzoek onredelijke inspanningen van hem zal vergen.

In een meervoudige onderhandse aanbestedingsprocedure van een opdracht voor het digitaal ontsluiten van Bouw- en Hinderwetvergunningen voor medewerkers en inwoners, had de aanbestedende dienst alle inschrijvers verzocht een plan van aanpak in te dienen. Dit plan van aanpak mocht niet meer dan 10 pagina’s A4 bevatten. Klager werd uitgesloten van de aanbestedingsprocedure omdat het door hem ingediende plan van aanpak bestond

uit 11 pagina’s. Hij stelde zich op het standpunt dat de eis ten aanzien van de 10 pagina’s onvoldoende duidelijk was. Dit standpunt werd door de Commissie in Advies 434 gevolgd. De Commissie overwoog dat beklagde heeft nagelaten de regelafstand, lettertype, lettergrootte en de marges die inschrijvers in acht dienen te nemen, voor te schrijven. Dit zou er volgens de Commissie toe kunnen leiden dat wanneer twee inschrijvers een plan van aanpak indienen met hetzelfde aantal woorden, de ene inschrijver als gevolg van de door hem gekozen tekstopmaak binnen de grens van 10 pagina’s blijft, terwijl de andere inschrijver over die grens heen gaat. De Commissie is van mening dat de eis onvoldoende transparant is en kan leiden tot ongelijke behandeling van gelijke gevallen. Eveneens in strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel acht de Commissie het feit dat beklagde in afwijking van het bepaalde in de aanbestedingsdocumenten tijdens de schouw vragen van inschrijvers heeft beantwoord.

In het kader van een overheidsopdracht voor architectendiensten beklagt klager zich over de volgende bepaling: ‘*U dient afstand te doen van het auteursrecht van het door u ingediende plan*’.³⁸ De Commissie onderzoekt eerst of de eis voldoende transparant is en komt tot het oordeel dat dat niet het geval is. Niet duidelijk is wat wordt bedoeld met ‘afstand doen’ van het auteursrecht en welke rechtsgevolgen daarmee zijn beoogd. Voor zover beklagde met de gestelde eis de overdracht van een auteursrecht of de verlening van een licentie heeft willen bewerkstelligen, heeft zij dat niet duidelijk tot uitdrukking gebracht zodat onvoldoende transparant is welk rechtsgevolg uit deze eis voortvloeit. De Commissie komt aan de vraag of de eis in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel niet meer toe.

8. Mogelijkheid tot herstel / verzoek om een toelichting

8.1 Ontbrekende Eigen verklaringen

In de zaak die aan Advies 410 ten grondslag ligt had beklagde nagelaten om in de Eigen verklaringen aan te vinken op welke uitsluitingsgronden en eisen de verklaringen moesten zien. Naar het oordeel van de Commissie kan beklagde dan niet van de inschrijvers verwachten dat zij zelf de juiste vinkjes en verwijzingen uit de offerteaanvraag afleiden en in de Eigen verklaringen opnemen. De inschrijvers kunnen in een dergelijk geval volstaan met het invullen van de overige gegevens. In die situatie is de inhoud van de Eigen verklaringen zo beperkt dat beklagde klager in de gelegenheid had moeten stellen de Eigen verklaringen met de verlangde gegevens in te dienen. De klacht wordt gegrond verklaard.

³⁷ In Voorschrift 3.8 van de Gids is bepaald: ‘De aanbestedende dienst biedt een vergoeding aan wanneer een gedeelte van de te plaatsen opdracht moet worden uitgevoerd om de inschrijving in te kunnen dienen.’

³⁸ Advies 444.

8.2 Aanpassen prijsinvalformulier

In het kader van een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure voor adviesdiensten moesten de inschrijvers voor het gunningscriterium prijs gebruik maken van een prijsformulier. Klager week bij het invullen van het formulier af van een aantal in de aanbestedingsstukken opgenomen uitgangspunten.³⁹ Beklaagde meende dat sprake was van een gebrek dat zich leende voor eenvoudig herstel en stelde de prijzen naar rato bij. Hierdoor werd de door klager geoffreerde prijs hoger en eindigde haar inschrijving op de tweede plaats. De klacht van klager houdt in dat beklagde haar inschrijving niet had mogen aanpassen. De Commissie oordeelt dat de klacht gegrond is, maar dit helpt klager niet. Volgens de Commissie had beklagde de inschrijving namelijk direct ongeldig moeten verklaren, omdat de uitgangspunten waarvan klager was afgeweken het karakter hebben van knock-outeisen.

8.3 Ontbrekende prijsbijlage

In Advies 437 komt de Commissie tot het oordeel dat een inschrijving terecht ongeldig is verklaard omdat een bepaalde prijsbijlage ontbreekt, ondanks het feit dat beklagde heeft verzuimd in de aanbestedingsstukken op te nemen dat de prijsbijlage bij de inschrijving moest worden gevoegd. Op de bijlage moesten de prijzen worden vermeld die bij de uitvoering van de opdracht in rekening zouden worden gebracht. Volgens de Commissie kan het alsnog indienen van de bijlage niet worden aangemerkt als een klaarblijkelijk eenvoudige precisering of het rechtzetten van kennelijke materiële fouten. Hoewel de evaluatieprijs gelijk zou blijven, zou klager namelijk de mogelijkheid hebben om de prijzen in de bijlage te wijzigen en daarmee in werkelijkheid een nieuwe inschrijving in te dienen. Klager had moeten begrijpen dat de prijsbijlage uiterlijk bij inschrijving moest worden ingediend.

9. Meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure

De Commissie heeft in Advies 417 overwogen dat aanbestedende diensten bij een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure niet alleen gebonden zijn aan het gelijkheidsbeginsel (artikel 1.15 Aw 2012), maar tevens aan het transparantiebeginsel. Een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure waarbij de aanbestedende dienst heeft nagelaten vooraf een objectief gunningssysteem -hoe basaal ook- aan de inschrijvers te verstrekken, voldoet volgens de Commissie niet aan het transparantiebeginsel. Tevens is het niet gelijktijdig uitnodigen van de inschrijvers volgens de Commissie mogelijk in strijd met het gelijkheidsbeginsel. De Commissie overweegt voorts dat bij een

meervoudig onderhandse aanbesteding de motiveeringsplicht ex artikel 1.15 lid 1 Aw 2012 dezelfde strekking heeft als de motiveringsplicht ex artikel 2.130 Aw 2012.⁴⁰ Daarnaast is de aanbestedende dienst volgens de Commissie gehouden om (ook) bij een meervoudig onderhandse procedure de afgewezen inschrijver een effectieve rechtsbeschermingsmogelijkheid te bieden. Deze verplichting vloeit volgens de Commissie voort uit het fair play beginsel dan wel de (pré-contractuele) maatstaven van redelijkheid en billijkheid.⁴¹ Beklaagde heeft nagelaten een motivering te verstrekken van zijn beslissing en handelt aldus in strijd met artikel 1.15 Aw 2012.

Ook in Advies 423 heeft de Commissie nogmaals benadrukt dat een aanbestedende dienst ook bij een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure is gebonden aan het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers, transparantie en proportionaliteit. Deze beginselen dienen door de aanbestedende dienst in concrete gedragsnormen te worden vertaald. Bij gebrek aan concrete gedragsnormen in de Aw 2012 voor de meervoudig onderhandse procedure, wordt voor de invulling en uitwerking van deze gedragsnormen in toenemende mate aansluiting gezocht bij de regels die gelden voor Europese aanbestedingsprocedures. Dit volgt zowel uit jurisprudentie van de gewone rechter als uit Adviezen van de Commissie. De aanbestedingsprocedure die onderwerp van geschil was in dit Advies, voldoet volgens de Commissie niet aan de algemene beginselen van aanbestedingsrecht. Beklaagde had nagelaten vooraf bekend te maken wat de verhouding en de weging tussen de gunningscriteria kwaliteit en prijs waren. Ook heeft beklagde nagelaten de mogelijke score voor de subcriteria kenbaar te maken. Hierdoor bestaat volgens de Commissie alle ruimte om willekeurige scores toe te kennen. Beklaagde heeft naar het oordeel van de Commissie gehandeld in strijd met het transparantiebeginsel.

In lijn met Advies 423 overweegt de Commissie in Advies 448 dat bij meervoudig onderhandse procedures ten aanzien van de gedragsnormen (voortkomend uit de aanbestedingsbeginselen) aansluiting wordt gezocht bij de regels voor Europese aanbestedingsprocedures. Beklaagde heeft volgens de Commissie in de onderhavige aanbestedingsprocedure niet gehandeld in strijd met de algemene beginselen van aanbestedingsrecht. Het gunningscriterium is volgens de Commissie niet onduidelijk. Evenmin is de bieding van klager onjuist beoordeeld. De Commissie benadrukt dat beklagde zijn eigen kennis over klager niet mag meenemen

⁴⁰ V.zr. Rb. Noord-Nederland 2 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:376, Advies 147, Advies 389.

⁴¹ V.zr. Rb. Zeeland-West-Brabant 4 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1007.

³⁹ Advies 206.

in de beoordeling. De aanbestedende dienst mag de beoordeling slechts baseren op de ingediende inschrijvingen.

Ook in de meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure die onderwerp van geschil was in Advies 440, heeft de aanbestedende dienst volgens de Commissie niet gehandeld in strijd met de aanbestedingsbeginselen. De inschrijvers waren krachtens het Aanbestedingsdocument gehouden een sluitende begroting over te leggen *‘waaruit blijkt dat de organisatie / activiteiten rendabel zijn op basis van de volledige looptijd van de overeenkomst (49 maanden)’*. Deze eis is volgens de Commissie duidelijk. De door klager ingediende begroting, die gebaseerd is op 37 maanden, voldoet hier niet aan. Volgens de Commissie heeft klager derhalve terecht de laagst mogelijke score (0 punten) gekregen op een drietal (sub-sub)gunningscriteria.

10. Enkelvoudig onderhandse aanbestedingsprocedure

Advies 419 ziet op een enkelvoudig onderhandse aanbestedingsprocedure van specifieke diensten (begeleiding en ondersteuning van kermissen). De Gids Proportionaliteit is in beginsel niet van toepassing op enkelvoudig onderhandse aanbestedingsprocedures, tenzij de aanbestedende dienst zich via zijn aanbestedingsdocumenten heeft verbonden tot naleving van de Gids Proportionaliteit. Volgens de Commissie komt echter via artikel 1.6 Aw wel reflexwerking toe aan de inhoud van de Gids. Krachtens artikel 1.4 Aw 2012 dient de aanbestedende dienst de keuze voor de enkelvoudig onderhandse gunning en de keuze van de gunning aan de betreffende onderneming (in dit geval: ‘partij X’) op basis van objectieve criteria te bepalen. In dit geval heeft beklagde te kennen gegeven dat met name zijn goede ervaring met partij X en het feit dat partij X niet op enige wijze verbonden is met de exploitatie van kermisattracties heeft laten meewegen in zijn beslissing. Beide aspecten kunnen echter volgens de Commissie niet worden gezien als een objectief criterium. De klacht dat beklagde de overheidsopdracht ten onrechte enkelvoudig onderhands heeft gegund, wordt derhalve door de Commissie gegrond verklaard.

Dit geldt ook voor de klacht over een enkelvoudig onderhandse aanbestedingsprocedure (eveneens voor begeleiding en ondersteuning van kermissen) in Advies 435. De argumenten die beklagde in dit geval naar voren had gebracht ter onderbouwing van de enkelvoudige onderhandse gunning aan partij X kwamen er - kort gezegd - op neer dat hij onvoldoende tijd zou hebben om een meervoudig onderhandse procedure te starten, het onzorgvuldig zou zijn om de relatie met partij X na veertig jaar ineens te beëindigen en hij uiterst tevreden was over de werkzaamheden van partij

X. Geen van deze argumenten kunnen volgens de Commissie worden beschouwd als een objectief criterium in de zin van voorschrift 3.4 A van de Gids Proportionaliteit, waaraan beklagde zich middels zijn inkoopbeleid had verbonden. Beklaagde handelt in strijd met artikel 1.4 Aw 2012.

11. Procedure voor sociale en andere specifieke diensten

Advies 441 ziet op sociale en andere specifieke diensten als bedoeld in bijlage XIV bij de richtlijn 2014/24/EU. De klachten richten zich op de proportionaliteit van de voorwaarden van een raamovereenkomst voor thuiszorgdiensten. De Commissie gaat met partijen uit van de toepasselijkenheid van de Aanbestedingswet, hoewel wellicht ook denkbaar was geweest de klacht te framen als een klacht over een inkoop- en niet over een aanbestedingsprocedure. Bij een inkoopprocedure waarbij geen sprake is van exclusiviteit tussen de aanbestedende dienst en de geselecteerde dienstverlener(s) zou de Aanbestedingswet toepassing missen, zo volgt uit HvJ EU d.d. 2 juni 2016, zaak C-410/14 (Falk/DAK). De Commissie constateert dat er een verschil bestaat tussen het inkoopstelsel dat onderwerp was van genoemd arrest en het inkoopstelsel van beklagde, maar gaat - gelet op het feit dat zowel klager als beklagde uitgaan van de toepasselijkheid van de Aanbestedingswet - niet na of de in het arrest geformuleerde regel onverkort kan worden doorgetrokken naar de onderhavige zaak. De Commissie overweegt dat het toetsingskader wordt gevormd door afdeling 1.2.1, 1.2.2 en de artikelen 2.38 en 2.39 Aw en concludeert dat geen sprake is van strijd met het proportionaliteitsbeginsel. De klachten worden ongegrond verklaard.

12. Creëren maatschappelijke waarde, wel/ geen strijd met art. 1.4 Aw

Advies 397 gaat over een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure voor de uitgifte van een huis- aan huisblad met gemeentelijke mededelingen. Klager is aanbieder van een online nieuwspagina en is niet uitgenodigd voor de aanbestedingsprocedure, alhoewel hij zijn interesse daarvoor meermaals kenbaar heeft gemaakt. Klager stelt onder meer dat de gemeente ten onrechte niet zorgt voor zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen als bedoeld in art. 1.4 lid 2 Aw, door online media niet uit te nodigen. De klacht komt niet ver, omdat de Commissie vaststelt dat gemeenten niet zomaar mogen afzien van publicatie van besluiten in een huis- aan huisblad en als ze daartoe al besluiten, nog steeds kunnen vinden dat aanvullende bekendmaking via een huis- aan huisblad meerwaarde heeft.

Advies 410 betreft de aanbesteding van schapenbegrazing van natuurgebieden; op zijn Hollands:

herders met een kudde. De uitvraag - en met name de verlangde Eigen Verklaring - is nogal ingewikkeld opgezet en ongelukkig getimed, te weten in de lammertijd. Daardoor was het voor kleinere partijen niet eenvoudig om deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure. Deze gang van zaken brengt de Commissie tot de aanbeveling 'om bij meervoudig onderhandse procedures bij opdrachten waarvan de verwachting gerechtvaardigd is dat (ook) kleine bedrijven daarin geïnteresseerd zullen zijn, met inachtneming van afdeling 1.2.1 en 1.2.4 Aw 2012 de procedure zo helder en eenvoudig mogelijk in te richten en zo min mogelijk inspanningen van de inschrijvers te vragen. Daardoor zullen ook de kleine bedrijven in staat zijn naar de opdracht mee te dingen. Aanbestedende diensten kunnen op die manier de mogelijkheid vergroten dat overeenkomstig artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen wordt gerealiseerd en de administratieve lasten van de inschrijvers in overeenstemming met artikel 1.6 Aw 2012 beperkt blijven'. Een dergelijke aanbeveling kan wat ons betreft alleen maar worden toegejuicht.

De aanbesteding die in Advies 432 centraal staat betreft de inhuur van tijdelijk personeel bij een afdeling Stadsbeheer. Gekozen is voor laagste prijs als gunningscriterium. Klager beklaagt zich erover dat hierdoor de duurzame inzetbaarheid van uitzendpersoneel niet als kwaliteitsaspect meeweegt ten behoeve van een meer duurzaam resultaat, terwijl dat goed mogelijk zou zijn geweest. Dit heeft volgens klager tot gevolg dat beklagde met de aanbestedingsprocedure niet zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen in de zin van art. 1.4 lid 2 Aw 2012 realiseert. De klacht slaagt, nu beklagde volgens de Commissie onvoldoende gemotiveerd heeft betwist dat zij niet aan haar zorgplicht van genoemd artikel heeft voldaan. Daarmee kan niet worden aangenomen dat beklagde met de aanbestedingsprocedure de best mogelijke prijs-kwaliteitverhouding realiseert voor het beschikbare budget. Interessant is dat de Commissie een soort aantoonplicht legt op de aanbestedende dienst.

13. Tijdig klagen, rechtsverwerking, Grossmann, pro-actieve houding

In verschillende zaken die aan de Commissie worden voorgelegd brengt beklagde als eerste verweer naar voren dat de klacht niet in behandeling kan worden genomen omdat deze te laat is ingediend. De Commissie beoordeelt dan of klager zich voldoende proactief heeft opgesteld door tijdig aan de bel te trekken. Voor de inhoudelijke behandeling van de klacht maakt het antwoord op deze vraag echter niet uit, want ook te laat ingediende klachten worden door de Commissie 'ten overvloede' in de

Adviezen besproken. Dit vanwege het lerend effect dat van de Adviezen uit moet gaan.

In de aanbestedingsprocedure die centraal staat in Advies 413 wordt pas na gunning geklaagd over een gunningscriterium. Dat was duidelijk te laat. Klager beriep zich op problemen bij het elektronisch platform, waarbinnen de vragen of klachten geuit hadden moeten worden, maar dat accepteert de Commissie niet: dan had klager dat moeten melden. De klacht wordt vervolgens ten overvloede behandeld en gegrond bevonden.

Bij een meervoudig onderhandse procedure wordt een maand na inschrijving geklaagd over de proportionaliteit op het punt van de lengte van een inschrijvingstermijn.⁴² De offerteaanvraag bevat een termijn van vijf dagen waarbinnen vragen gesteld kunnen worden, bij gebreke waarvan ieder recht om tegen de offerteaanvraag te ageren vervalt. De Commissie ziet dit als een uitwerking van de Grossman-verplichting tot proactief handelen, stelt vast dat niet valt in te zien waarom het bezwaar niet eerder naar voren had kunnen worden gebracht en verklaart de daarop gebaseerde klacht daarom ongegrond. Vervolgens worden de klachten ten overvloede beoordeeld, één klacht wordt gegrond verklaard en er volgt ook een aanbeveling.

Bij een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure voor een (concessie)opdracht voor diensten voor een fietsendeelsysteem wordt pas na gunning geklaagd over een onduidelijkheid in de uitvraag.⁴³ Kennelijk had die eerder in het oog kunnen springen, want de Commissie ziet niet in waarom klager dat niet eerder had kunnen opbrengen. Niettemin volgt ten overvloede een beoordeling. Hetzelfde speelt in Advies 423.

13.1 Klagen kan ook na instemming met aanbestedingsvoorwaarden

Door zowel tijdens de eerste als tweede vragenronde vragen te stellen en na ontvangst van de tweede Nota van Inlichtingen binnen twee dagen en een week vóór inschrijving een klacht in te dienen bij het klachtenmeldpunt heeft klager zich volgens de Commissie voldoende proactief opgesteld.⁴⁴ Het feit dat klager vervolgens een inschrijving heeft ingediend waardoor hij verklaarde dat hij instemde met de voorwaarden van de procedure doet niet af aan het klachtrecht: 'Klager heeft haar bezwaren immers reeds vóór inschrijving kenbaar gemaakt, terwijl inschrijving onder voorbehoud tot uitsluiting van haar inschrijving zou hebben geleid.'

Bij een niet-openbare aanbesteding klaagt een partij die verzocht heeft om deelname, maar

⁴² Advies 410.

⁴³ Advies 440.

⁴⁴ Advies 415.

niet geselecteerd is, over de gehanteerde selectiecriteria.⁴⁵ De stelling dat die disproportioneel zouden zijn, was overigens al wel in de vragenrondes uitvoerig aan de orde geweest. De aanbestedende dienst vindt de klacht rijklijk laat en hecht aan het feit dat klager bij het verzoek om deelname akkoord zou zijn gegaan met de selectiemethode. De Commissie is van oordeel dat de enkele omstandigheid dat klager zich in de onderhavige aanbestedingsprocedure als gegadigde heeft aangemeld en daarmee de selectiesystematiek van beklagde zou hebben geaccepteerd, haar niet het recht ontnemt om ten aan aanzien van die selectiesystematiek een klacht in te dienen bij de Commissie. Dat klager haar klacht niet vóór haar aanmelding als gegadigde heeft ingediend, staat evenmin aan behandeling van de klacht door de Commissie in de weg. De klacht is uiteindelijk gegrond verklaard. De motivering is erg kort en geeft geen inzicht waarom van de klager niet gevergd kon worden dat hij reeds na de kennelijk onbevredigende uitleg in de NvI en voor het verzoek om deelname een klacht indiende. Misschien was de termijn daarvoor wel erg kort?

Naar onze mening dient hierbij voor de duidelijkheid wel de kanttekening te worden geplaatst dat uit artikel 9 lid 1 sub a van het Reglement volgt dat de Commissie een klacht niet in behandeling neemt indien deze niet eerst schriftelijk aan de beklagde kenbaar is gemaakt. Als dit niet vóór aanmelding is gedaan, dan zal dat dus ná aanmelding eerst alsnog moeten gebeuren voordat de weg naar de Commissie open staat.

13.2 Tijdigheid klacht onderaannemer

De klager in Advies 425 was als onderaannemer betrokken bij een aanbesteding. De inschrijver had op een bepaald punt de nodige vragen gesteld en de onderaannemer mocht zich op diens pro-actieve handelen beroepen. Dat de onderaannemer niet zelf had ingeschreven, vormde geen beletsel, nu zij wel belang had bij beoordeling van haar klacht.⁴⁶

13.3 Kort geding vóór inschrijving

In een aanbestedingsprocedure voor diverse vormen van vervoer heeft de aanbestedende dienst de verplichting tot proactief handelen verregaand geconcretiseerd door op te nemen dat als niet uiterlijk 24 uur voor sluiting van de inschrijvingstermijn een kort geding aanhangig is gemaakt ieder recht om tegen de aanbestedingsdocumenten te ageren vervalst. Zo'n verplichting staat a) niet in de weg aan de mogelijkheid om nadien nog een klacht in te dienen en is b) vermoedelijk disproportioneel en

naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar: *'Het gaat er immers om dat inschrijvers de aanbestedende dienst tijdig op mogelijke misstappen wijzen. Daarvoor is het aanhangig maken van een kort geding niet noodzakelijk. Bovendien is een kort geding een kostbare aangelegenheid en zet dat de onderlinge verhouding tijdens een aanbestedingsprocedure onnodig op scherp.'* De Commissie verwijst naar Advies 396, waarin dit ook al is overwogen.

13.4 Formulering vragen

Bij een aanbestedingsprocedure voor de inhuur van personeel heeft klager niet nadrukkelijk in haar vragen naar voren gebracht dat sprake was van strijd met artikel 1.4, lid 2 Aw (*creëren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen*).⁴⁷ Het klachtenmeldpunt was naar aanleiding van de klacht van klager wel op dat artikel ingegaan en dat vormde voldoende basis om er ook bij de Commissie over te kunnen klagen.

13.5 Een vraag of een klacht

Soms is een vraag een klacht en andersom, maar niet altijd. In de aanbestedingsprocedure die ten grondslag ligt aan Advies 450 liep een inschrijver op tegen de sterke clustering van een aantal opdrachten. Hij stelde daarover geen vragen binnen de in het Inschrijvingsdocument daarvoor gestelde termijn, maar diende wel binnen de daarvoor gestelde termijn een klacht in bij het klachtenmeldpunt. Dat was prima. Klager had namelijk geen vraag, maar een klacht.

13.6 Belangenverstrengeling

In Advies 396 werd aan de Commissie de vraag voorgelegd of het level playing field wordt verstoord indien een adviseur van de aanbestedeer, betrokken geweest bij het opstellen van het Programma van Eisen, tevens advieswerkzaamheden uitvoert voor één van de inschrijvers. De Commissie is van oordeel dat beklagde door het toelaten van de betreffende inschrijver niet in strijd heeft gehandeld met het gelijkheidsbeginsel. Door het laten ondertekenen van een geheimhoudingsverklaring, het beperken van de werkzaamheden van de adviseur tot de voorbereidingsfase van de aanbestedingsprocedure en het verstrekken van alle relevante informatie aan alle potentiële inschrijvers heeft beklagde volgens de Commissie passende maatregelen genomen in de zin van artikel 1.10b en artikel 2.51 Aw 2012 om ervoor te zorgen dat de mededinging niet worden vervalst.

Uit Advies 410 volgt dat het tijdstip van aanbesteden tot een verstoring van het level playing field kan leiden. Het betrof een meervoudig onderhandse aanbesteding van een opdracht voor scha-

⁴⁵ Advies 393.

⁴⁶ In Advies 368 oordeelde de Commissie ook al dat de Commissie bevoegd is om klachten van een onderaannemer van een potentiële inschrijver in behandeling te nemen. Artikel 7 lid 1 sub a van het Reglement van de Commissie wordt ruim uitgelegd.

⁴⁷ Advies 432.

penbegrazing van natuurgebieden. Door de aanbestedingsprocedure tijdens de lammerperiode (van bepaalde inschrijvers) te houden en bij het bepalen van de termijnen in de procedure onvoldoende rekening te houden met die lammerperiode, heeft beklagde volgens de Commissie mogelijk in strijd gehandeld met het beginsel van gelijke behandeling. Tevens handelt beklagde door het moment van aanbesteden volgens de Commissie mogelijk in strijd met het beginsel van gelijke behandeling doordat de zittende opdrachtnemer over meer relevante informatie beschikt dan andere potentiële inschrijvers en andere potentiële inschrijvers mogelijk niet de relevante informatie voor het indienen van de inschrijving kunnen achterhalen.

Ok in de aanbestedingsprocedure die ten grondslag lag aan Advies 438 was het level playing field volgens de Commissie verstoord. Het betrof een aanbesteding voor vervoersdiensten. Beklaagden hadden niet de meest recente ritdata verstrekt aan de inschrijvers, terwijl het informatie betrof die relevant was voor het doen van een inschrijving. Hierdoor hebben beklagden volgens de Commissie gehandeld in strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel. De zittende opdrachtnemers beschikten immers wel over de recente informatie. Hierdoor was aldus geen sprake van een level playing field. Dat beklagden te kennen hebben gegeven de meerdere ritten te zullen vergoeden, maakt het voorgaande volgens de Commissie niet anders.

14. Onafhankelijkheid inschrijvingen concernvennootschappen

In de aanbestedingsprocedure die in Advies 426-I centraal staat was bepaald dat inschrijvers van hetzelfde concern moeten kunnen aantonen dat zij hun inschrijving onafhankelijk van elkaar en met inachtneming van de vertrouwelijkheid hebben opgesteld. De Commissie overweegt dat, voor zover sprake is van een economische eenheid in de zin van het mededingingsrecht, deze bepaling strenger is dan uit het mededingingsrecht volgt. Prijs- en marktverdelingsafspraken binnen een concern dat naar buiten toe optreedt als één economische eenheid zijn op grond van de mededingingsregels immers toegestaan.⁴⁸ Voor zover ondernemingen van hetzelfde concern inschrijven op hetzelfde perceel is de in de aanbestedingsstukken opgenomen bepaling naar het oordeel van de Commissie echter gerechtvaardigd. Anders zouden inschrijvers uit hetzelfde concern hun inschrijving kunnen afstemmen en meer kansen hebben dan andere inschrijvers. Dat zou in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel. Bij een relatieve beoordelingssystematiek - waarbij de te behalen scores afhankelijk zijn van de inhoud van andere inschrijvingen - zouden ondernemingen

uit hetzelfde concern bovendien de uitkomst van de beoordelingssystematiek kunnen beïnvloeden.

15. Clusteren

Advies 445 ziet op een (Europese) aanbesteding van een raamovereenkomst met meerdere ondernemers voor de uitvoering van elektrotechnische werken. Met de aanbestedingsprocedure zou zijn beoogd zowel een raamovereenkomst met vijf inschrijvers te sluiten als ook reeds een nadere opdracht met één inschrijver betreffende de ombouw van een gemaal. Volgens klager heeft beklagde gehandeld in strijd met artikel 1.5 lid 1 Aw 2012 (clusterverbod), artikel 1.5 lid 2 Aw 2012 (motiveringsplicht bij clusteren) en artikel 1.5 lid 3 Aw 2012 (splittingsgebod). In navolging van haar eerdere adviezen⁴⁹ gaat de Commissie na of de door beklagde verstrekte motivering zijn beslissing tot samenvoeging kan dragen, bij gebreke waarvan sprake is van onnodige samenvoeging in de zin van artikel 1.5 lid 1 Aw 2012. De Commissie overweegt dat niet is gebleken dat beklagde acht heeft geslagen op de samenstelling van de markt (artikel 1.5 lid 1 sub a Aw 2012). Dit geldt eveneens voor het aspect 'de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdracht voor de aanbestedende dienst (...) en de ondernemer' (artikel 1.5 lid 1 sub b Aw 2012). Ten aanzien van het aspect 'mate van samenhang van de opdrachten' (artikel 1.5 lid 1 sub c Aw 2012) lijkt sprake te zijn van enige samenhang. Echter, deze samenhang maakt de samenvoeging van de afzonderlijke opdrachten volgens de Commissie objectief gezien niet noodzakelijk. De Commissie concludeert aldus dat sprake is van onnodige samenvoeging van opdrachten.

Ok in Advies 450 wordt de door een aanbestedende dienst verstrekte motivering voor de samenvoeging van opdrachten door de Commissie kritisch onder de loep genomen. Het betrof een aanbesteding van maaierwerkzaamheden in een viertal stadsdelen van een gemeente. In de aanbestedingsleidraad was louter een motivering opgenomen om de opdracht niet in percelen op te delen. Onder verwijzing naar Advies 345 overweegt de Commissie dat een aanbestedende dienst zich ook op deze onderbouwing kan beroepen ter onderbouwing van zijn beslissing tot samenvoeging. Dit geldt volgens de Commissie - in geval van samenvoeging van ongelijksoortige opdrachten - ook andersom.⁵⁰ Uit de door beklagde verstrekte motivering kan volgens de Commissie onvoldoende worden afgeleid dat beklagde (voldoende) acht heeft geslagen op de aspecten als genoemd in artikel 1.5 lid 1 Aw 2012. Beklaagde had in dit geval in zijn motivering als reden voor de samenvoeging (althans het niet opdelen in percelen) genoemd de vergroting van

⁴⁸ Zie onder meer GvEA EG 12 januari 1995, T-102/92, Viho en HvJ EG 12 juli 1984, 170/83, (Hydroterm).

⁴⁹ Advies 43, 53, 125, 303, 317, 343 en 345.

⁵⁰ Vgl. Advies 53.

'de maatschappelijke waarde en het economisch voordeel'. Om die reden zou beklagde duurzaamheids-criteria in de gunningscriteria hebben opgenomen, die beter tot recht hun zouden komen 'wanneer een groter volume aanwezig is'. Nog afgezien van het feit dat beklagde volgens de Commissie zijn redenering onvoldoende onderbouwd heeft, houdt deze redenering volgens haar ook geen verband met de artikel 1.5 lid 1 Aw 2012 genoemde aspecten. Beklaagde heeft voorts betoogd een marktconsultatie te hebben uitgevoerd in zijn regio, waaruit hem geen nadelige effecten voor het MKB zijn gebleken. Bewijs van de gestelde marktconsultatie ontbrak echter. De Commissie merkt daarnaast nog op dat beklagde zich -gelet op het feit dat het hier een Europese aanbesteding betrof- niet tevreden kon stellen met de vaststelling dat hem van dergelijke nadelige effecten niet was gebleken in de regio van beklagde. Met zijn stelling dat kleine ondernemingen zouden kunnen samenwerken met een of meer andere partijen, gaat beklagde volgens de Commissie voorbij aan het feit dat een dergelijke samenwerking in beginsel aan de orde zal zijn bij samenvoeging van ongelijksoortige opdrachten (en een partij daardoor niet over de benodigde competenties beschikt). Hiervan is in dit geval echter geen sprake. Het gaat om samenvoeging van gelijksoortige opdrachten (maaiwerkzaamheden in diverse stadsdelen). De stelling van beklagde dat één opdracht duidelijk efficiëntie en organisatievoordelen oplevert bij de inschrijver én bij de aanbestedende dienst, is volgens de Commissie te algemeen. Beklaagde heeft nagelaten inzichtelijk te maken waar die voordelen concreet uit zouden bestaan.

16. Beperking aantal percelen

In een aanbestedingsprocedure van een opdracht voor het verzorgen van diverse vormen van vervoer had de aanbestedende dienst bepaald dat aan één inschrijver (concern) maximaal drie percelen zouden worden gegund. Klager stelde dat beklagde hiermee ten onrechte de mogelijkheid van inschrijving door meerdere ondernemingen uit hetzelfde concern heeft beperkt. De Commissie overweegt hierover in Advies 426-I dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.5 lid 3 Aw 2012 een opdracht in beginsel dient te verdelen in percelen. Op grond van artikel 2.10 lid 3 Aw 2012 mag een aanbestedende dienst het aantal aan één inschrijver te gunnen percelen beperken. Naar het oordeel van de Commissie zijn bescherming van de belangen van het mkb, het in stand willen houden van concurrentie in de markt en het niet te sterk afhankelijk willen worden van één onderneming, valide argumenten voor een aanbestedende dienst om te bepalen dat een inschrijver een maximaal aantal percelen gegund krijgt. Om te voorkomen dat met de wijze van inrichting van een concern deze bepaling wordt omzeild, door meerdere ondernemingen per concern te laten inschrijven, mag

een aanbestedende dienst naar het oordeel van de Commissie ook bepalen dat het maximaal aantal te gunnen percelen per concern geldt. Een dergelijke bepaling gaat volgens de Commissie oneerlijke concurrentie tegen.

17. Intrekken aanbestedingsprocedure / mogelijkheid tot heraanbesteding

Bij een aanbesteding van drie raamovereenkomsten voor diensten die voorzien in aftransport, acceptatie en verwerking van afvalstromen van diverse milieuparken, besloot beklagde tot intrekking van de aanbestedingsprocedure, nadat een gepasseerde inschrijver een kort geding aanhangig had gemaakt. De betreffende inschrijver verzocht om de redenen van de intrekking. De redenen van de intrekking heeft beklagde eerst ruim een maand later medegedeeld. In advies 399 heeft de Commissie geoordeeld dat de aanbestedende dienst hiermee handelde in strijd met artikel 2.55 Aw 2012 en artikel 2.103 Aw 2012 en de heersende jurisprudentie⁵¹ op grond waarvan de aanbestedende dienst gehouden is zo snel mogelijk en uiterlijk binnen vijftien dagen de redenen van de intrekking mede te delen. De uiteindelijk gegeven motivering -namelijk dat alle inschrijvers een ongeldige bieding hebben gedaan- rechtvaardigt volgens de Commissie de beslissing tot intrekking.

In zowel Advies 399 als Advies 428 heeft de Commissie benadrukt dat indien een aanbestedende dienst een aanbestedingsprocedure rechtmatig intrekt wegens ernstige procedure gebreken, hij bij een heraanbesteding niet gehouden is de opdracht wezenlijk te wijzigen.⁵²

18. Motivering gunningsbeslissing

In de door ons onderzochte periode is in twee Adviezen een klacht ingediend over de motivering van de gunningsbeslissing. De Commissie zet in beide Adviezen het relevante beoordelingskader uiteen, waarbij art. 2.130 Aw 2012 en de Memorie van Toelichting bij dit artikel centraal staan.⁵³

In Advies 405 stelt klager zich op het standpunt dat de motivering van de gunningsbeslissing onvoldoende is met als gevolg dat de opschortende termijn niet is gaan lopen. De Commissie acht de klacht ongegrond en wijst erop dat van dat laatste alleen sprake is indien de gunningsbeslissing in het geheel geen redenen van die beslissing geeft, dan wel redenen die volstrekt geen houvast bieden om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is. Daarvan was geen sprake.

⁵¹ HvJ EU 11 december 2014, C-440/13, (Croce Amica).

⁵² Vgl. Advies 394.

⁵³ Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 94.

De klacht in Advies 425 wordt wel gegrond verklaard, omdat beklagde heeft verzuimd aan te geven wat de kenmerken en relatieve voordelen van de winnende inschrijving zijn.

19. Wijziging eis tijdens procedure / wezenlijke wijziging

Een onderneming heeft in 2007 na een aanbesteding opdracht gekregen voor ontwerpdiensten met betrekking tot de nieuwbouw van een gebouw. Op de overeenkomst zijn de DNR 2005 van toepassing. In 2017 heeft beklagde gebruik gemaakt van zijn op grond van artikel 24 DNR 2005 bestaande bevoegdheid om de overeenkomst eenzijdig op te zeggen. Partijen rekenen af conform het bepaalde in artikel 33 DNR 2005. Na beëindiging van de overeenkomst start beklagde een nieuwe aanbestedingsprocedure. De oude opdrachtnemer stelt zich vervolgens op het standpunt dat de aanbestedende dienst onrechtmatig handelt door de opdracht -zonder deze wezenlijk te wijzigen- opnieuw aan te besteden. De Commissie benadrukt in Advies 431 dat dit geval afwijkt van het geval, waarin een aanbestedende dienst nog tijdens de aanbestedingsprocedure besluit om die aanbestedingsprocedure af te breken en de opdracht opnieuw aan te besteden. In dit geval is de opdracht immers reeds gegund en is de overeenkomst opgezegd, waarbij de grondslag van de opzegging niet alleen in de overeenkomst maar ook in de wet is vastgelegd. Bij een besluit tot intrekking en heraanbesteding tijdens de aanbestedingsprocedure, zal het belang van de inschrijver die op grond van het verloop van de ingetrokken procedure meent aanspraak te kunnen maken op de opdracht (positieve contractsbelang) kunnen worden beschermd. Hiervan is in dit geval volgens de Commissie geen sprake. De opdrachtnemer die wordt geconfronteerd met een opdrachtgever die zijn bevoegdheid tot opzegging van de tussen partijen gesloten overeenkomst op enig moment uitoefent, behoudt immers zijn aanspraak op het positieve contractsbelang dat de inzet was van de aanbestedingsprocedure die aan de totstandkoming van de opgezegde overeenkomst vooraf is gegaan. De Commissie verklaart de klacht derhalve ongegrond.

20. Abnormaal lage bieding

In de Standaard RAW Bepalingen 2015 is een regeling opgenomen geïnspireerd op de regeling van de abnormaal lage bieding. Op basis van artikel 01.01.07 van de Standaard RAW Bepalingen kan de aanbestedende dienst -bij een vermoeden dat de ontleding van de aanneemsom niet voldoet aan het bepaalde in de Standaard RAW Bepalingen- verduidelijking verzoeken van de door de inschrijver aangeboden eenheidsprijzen. Klager is, na de door hem verstrekte verduidelijking over de aangeboden eenheidsprijzen, door de aanbestedende dienst

ongeldig werd verklaard. In Advies 405 heeft de Commissie de klacht gegrond verklaard. De Commissie overweegt dat de regeling in de Standaard RAW Bepalingen aanbestedende diensten de mogelijkheid biedt om na te gaan of de inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving een fout heeft gemaakt waardoor hij zijn inschrijving niet gestand kan doen. Indien de inschrijver daarop aangeeft de prijzen opnieuw geanalyseerd te hebben, opnieuw te hebben vastgesteld kostendekkend te hebben ingeschreven en dat zijn inschrijfstaat voldoet aan de Standaard RAW Bepalingen, zou dat volgens de Commissie voldoende moeten zijn.

21. Tijdelijke overbruggingsovereenkomst

Een Europese aanbestedingsprocedure werd door een aanbestedende dienst (rechtmatig) ingetrokken wegens gebreken in de procedure. Na deze intrekking sloot de aanbestedende dienst met de zittende opdrachtnemer een overbruggingsovereenkomst, zodat hij een nieuwe aanbestedingsprocedure kon organiseren. In Advies 428 heeft de Commissie overwogen dat in dit geval na de intrekking van de aanbestedingsprocedure sprake was van een geval van dwingende spoed in de zin van artikel 2.32 lid 1 aanhef en sub c Aw 2012. Dit betreft een objectief criterium voor de keuze van een enkelvoudig onderhandse gunning van de tijdelijke overbruggingsovereenkomst. Tevens leveren deze omstandigheden -in samenhang bezien met het belang van de continuïteit van de dienstverlening- op basis van artikel 1.4 lid 1 Aw 2012 een objectief criterium op om deze overeenkomst met de zittende dienstverlener te sluiten. Artikel 2.32 Aw 2012 biedt een uitzonderingsgrond op de verplichting om een Europese aanbestedingsprocedure toe te passen. Deze bepaling dient derhalve strikt te worden uitgelegd. Die strikte uitleg brengt naar het oordeel van de Commissie mee dat een tijdelijke overbruggingsovereenkomst niet langer mag duren dan nodig is om een Europese aanbestedingsprocedure voor te bereiden. Een overbruggingsovereenkomst van bijna negen maanden acht de Commissie niet rechtmatig. De Commissie oordeelt derhalve dat beklagde in strijd heeft gehandeld met het Europese aanbestedingsrecht.

22. Overeenkomsten voor onbepaalde duur

Advies 436 ziet op de opdracht voor het leveren van diensten met betrekking tot de begeleiding en ondersteuning van de organisatie van kermissen, die beklagde in 2003 voor onbepaalde tijd aan partij X had gegund. Klager stelde dat beklagde in 2003 gehandeld heeft in strijd met de Aw 2012 en/of de Gids Proportionaliteit. De Commissie constateert dat de Aw 2012 niet van toepassing was op de aanbestedingsprocedure die in 2003 is georganiseerd. De Commissie kan de klacht derhalve niet in

behandeling nemen. Toch merkt de Commissie ten overvloede op dat het onder huidige recht niet verboden is om een overheidsopdracht voor diensten voor onbepaalde tijd te sluiten. De Commissie wijst er echter wel op dat uit de jurisprudentie van het HvJ EU volgt dat een dergelijke praktijk volgens het Hof niet past binnen het stelsel en de doelstelling van de Europese regels betreffende overheidsopdrachten. Het Hof is van oordeel dat een dergelijke praktijk op den duur de mededinging tussen potentiële dienstverleners kan belemmeren en de toepassing van de bepalingen van de Europese richtlijnen inzake de openbaarheid van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten kan verhinderen.⁵⁴ De Commissie beveelt beklagde derhalve aan de keuze van de aanbestedingsprocedure en de keuze voor de toe te laten ondernemer(s) te heroverwegen.

23. Afsluiting

Op 1 april 2018 bestond de Commissie vijf jaar. Kort daarna verscheen de vijfde periodieke rapportage, die betrekking heeft op de periode 1 maart 2017 tot 1 maart 2018.⁵⁵ De Commissie constateert hierin een aantal zaken.

In totaal heeft de Commissie in de eerste vijf jaar van haar bestaan 238 Adviezen uitgebracht. De daling die in het vierde rapportage jaar werd signaleerd heeft zich niet verder doorgezet. In het vijfde jaar heeft de Commissie 59 klachten ontvangen en in het vierde jaar waren dat er ongeveer evenveel, te weten 57. De gemiddelde doorlooptijd van het uitbrengen van een advies in klachten met een kritieke termijn⁵⁶ is gedaald van 44 dagen in het vierde rapportagejaar naar 35 dagen in het vijfde rapportagejaar. De Commissie kan in die gevallen dus zo ongeveer even snel handelen als de voorzieningenrechter in kort geding. De gemiddelde doorlooptijd van het uitbrengen van een Advies in klachten zonder kritieke termijn is echter gestegen van 75 dagen naar 134 dagen. Deze stijging wordt onder meer veroorzaakt door het feit dat de complexiteit van de ingediende Adviezen is toegenomen.

De Commissie constateert in de rapportage dat zij verhoudingsgewijs steeds minder vaak Advies hoeft te geven over klachten die betrekking hebben op aanbestedingsprocedures waarin nog kritieke termijnen spelen. Als er geen kritieke termijnen meer spelen heeft het Advies van de Commissie geen betekenis meer voor de afloop van de aanbestedingsprocedure in kwestie, maar kan het

hoogstens nog aanleiding vormen voor de klager om een schadevergoedingsvordering in te dienen bij de gewone rechter. Daarnaast kan het Advies eventueel bijdragen aan de verdere verbetering van de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk en een leereffect te weeg brengen bij ondernemingen en aanbestedende diensten.

Voor zover klachten nog wel betrekking hebben op aanbestedingsprocedures waarin kritieke termijnen aan de orde zijn, is sprake van een afnemende bereidheid van aanbestedende diensten om vervolgbeslissingen in lopende aanbestedingsprocedures op te schorten in afwachting van het Advies van de Commissie. Daar komt bij dat uit een door de Commissie in 2018 uitgevoerde quick scan blijkt dat het vaker voorkomt dat aanbestedende diensten Adviezen van de Commissie in klachten met een kritieke termijn, die hen onwelgevallig zijn, naast zich neerleggen. Naar de oorzaken en achtergronden hiervan kan slechts worden gegist.

De Commissie vraagt zich af of deze ontwikkeling wellicht is ingegeven door het feit dat veel aanbestedende diensten inmiddels beschikken over goed functionerende klachtenloketten, die in staat zijn de meeste klachten 'af te vangen', nog voordat deze worden ingediend bij de Commissie. Indien het klachtenloket een klacht ongegrond verklaart en de klacht vervolgens toch aan de Commissie wordt voorgelegd, zal de aanbestedende dienst zich in de regel gesterkt voelen door het oordeel van het eigen klachtenloket. De aanbestedende dienst zal minder snel geneigd zijn nog verdere vertraging te laten ontstaan en weinig bereid zijn consequenties te verbinden aan het niet-bindende Advies. En tegelijkertijd zullen deelnemers aan een aanbestedingsprocedure zich door deze ontwikkeling wellicht laten afremmen om klachten waarin kritieke termijnen spelen aan de Commissie voor te leggen.

De Commissie sluit de rapportage af door erop te wijzen dat zij in 2019 opnieuw zal worden geëvalueerd. De Commissie roept belanghebbenden op om zich in het kader van die evaluatie uit te spreken over de vraag of het wenselijk is dat de Commissie haar huidige rol van quasi-rechter die niet bindende juridische oordelen in concrete aanbestedingsgeschillen geeft in de toekomst zal blijven vervullen. De Commissie kan zich voorstellen dat deze rol wellicht enige aanpassing verdient en zegt toe een aantal mogelijke scenario's te zullen uitwerken in een visiedocument. ●

⁵⁴ Vgl. HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06, HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08.

⁵⁵ <<https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/nieuws/jaarrapportage-cvae-aantal-klachten-stabiel-gebleven>>.

⁵⁶ Dit zijn klachten die verband houden met een nog lopende aanbestedingsprocedure.

Acceptatie en Wijzigingen: een ongelukkig huwelijk

– Mr. W.J.M. Herber¹

1. Paragraaf 15 UAV-GC 2005

Par. 15 UAV-GC 2005 bepaalt wanneer een aannemer bevoegd is een wijziging uit te voeren waartoe hij zelf het initiatief heeft genomen. In deze paragraaf is ook de wijziging van de overeenkomst zelf geregeld. Op grond van par. 15 lid 3 aanhef en sub a dient de aannemer die de eisen opgenomen in de overeenkomst wil wijzigen, dit ter acceptatie voor te leggen aan zijn opdrachtgever. De opdrachtgever kan, zo bepaalt par. 15 lid 4, een dergelijke wijziging ongemotiveerd weigeren. Een aspect dat opvalt is, dat de aannemer die een verzoek wil doen om de overeenkomst zelf te wijzigen, dit moet doen via de acceptatieprocedure.

In dit korte artikel wordt betoogd dat het onlogisch en onnodig is dat, als een aannemer een verzoek wil doen om een of meerdere eisen van de overeenkomst te wijzigen, hij dit verzoek ter acceptatie moet voorleggen en dat acceptatie van dit verzoek noodzakelijk is om de wijziging overeen te komen.

2. Het begrip Acceptatie

Acceptatie is in par. 1 van de UAV-GC 2005 als volgt gedefinieerd: schriftelijke aan de Opdrachtnemer gerichte mededeling waarin de Opdrachtgever verklaart geen bezwaar te hebben tegen door de Opdrachtnemer ter Acceptatie voorgelegde Documenten, zelfstandige hulppersonen, Werkzaamheden, resultaten van Werkzaamheden of Wijzigingen in de zin van par. 15 lid 3.

Acceptatie is verder uitgewerkt in art. 12, Acceptatieplan, van de Model Basisovereenkomst en in hoofdstuk 9 UAV-GC 2005, kwaliteitsborging. In par. 22 UAV-GC 2005 worden de uitgangspunten van de acceptatieprocedure genoemd en par. 23 UAV-GC 2005 bevat het procedureverloop van de acceptatieprocedure.

De uitwerking van het begrip acceptatie in hoofdstuk 9 maakt duidelijk dat acceptatie voor de opdrachtgever een toetsingsinstrument is. De aannemer dient de documenten en personen ter acceptatie voor te leggen die in het acceptatieplan zijn genoemd waarna de opdrachtgever kan toetsen of deze documenten en personen voldoen aan de geobjectiveerde criteria die daarover in het acceptatieplan zijn opgenomen. Tijdens de uitvoering voert de aannemer keuringen uit en aan de hand van de door de aannemer gemaakte keuringsdocumenten kan de opdrachtgever toetsen of de aannemer het werk goed en deugdelijk uitvoert.

Acceptatie is dus een instrument voor de opdrachtgever om aan de hand van documenten die de aannemer hem aanlevert, te toetsen² of de aannemer aantoonbaar borgt dat hij aan zijn verplichtingen voldoet. Van belang is te beseffen dat acceptatie niet betekent dat de opdrachtgever akkoord gaat met, goedkeurt of aanvaardt hetgeen zijn aannemer hem ter acceptatie heeft voorgelegd.³ Indien uit het door de opdrachtgever geaccepteerde document blijkt dat de aannemer de betreffende werkzaamheid niet goed heeft uitgevoerd blijft de aannemer, ondanks de acceptatie, onverkort gehouden de werkzaamheid alsnog goed uit te voeren.⁴

Terug nu naar par. 15 UAV-GC 2015. Hoe logisch is het dat uitsluitend via een instrument waarmee de opdrachtgever kan toetsen of de aannemer zijn werkzaamheden correct uitvoert – acceptatie – een wijziging van de overeenkomst op initiatief van de aannemer kan worden overeengekomen? Ik meen

² In de toelichting op de UAV-GC 2005 en ook in de literatuur wordt vaak gesproken over toetsen of accepteren. Dat suggereert dat er een verschil is tussen toetsen en accepteren. Dat is niet juist omdat aan acceptatie wel degelijk toetsing van hetgeen ter acceptatie is ingediend vooraf kan gaan. Het is daarom beter te spreken over toetsing op basis van het Toetsingsplan Ontwerpwerkzaamheden of toetsing op basis van het Acceptatieplan.

³ Ik schreef hierover eerder in mijn artikel acceptatie of Acceptatie, TBR 2015/24.

⁴ Zie par. 21 lid 10 UAV-GC 2005. Aansprakelijkheid van de opdrachtgever kan alleen ontstaan indien hij bij toetsing een tekortkoming van zijn aannemer daadwerkelijk heeft opgemerkt en vervolgens verzuimt zijn aannemer te informeren over deze tekortkoming.

¹ Pim Herber is als adviseur en docent bouwrecht werkzaam bij Juridisch management Nederland B.V. in Houten.

dat dit niet logisch is en ook niet nodig is en alleen maar tot misverstanden kan leiden.

Acceptatie en wijzigingen zijn twee geheel verschillende en van elkaar losstaande onderwerpen. Om deze reden zijn deze twee onderwerpen ook in aparte hoofdstukken geregeld: wijzigingen in hoofdstuk 7 en acceptatie in hoofdstuk 9, kwaliteitsborging, van de UAV-GC 2005. In par. 15 UAV-GC 2005 zijn deze onderwerpen aan elkaar verbonden. De logica dat uitsluitend via een toetsingsinstrument dat onderdeel is van het hoofdstuk kwaliteitsborging een wijziging kan worden overeengekomen kan ik niet inzien. Dat zien veel aannemers en opdrachtgevers ook niet in want in de praktijk worden wijzigingen op initiatief van de aannemer overeengekomen zonder dat dat de route van acceptatie is gevolgd.

Het is ook onnodig. Immers wijzigingen waartoe de aannemer het initiatief heeft genomen kunnen moeiteloos worden overeengekomen op de volgende wijze. De aannemer dient schriftelijk een verzoek tot wijziging in waarbij hij aangeeft op de wijziging van welke eis(en) het verzoek betrekking heeft en welke de consequenties zijn in geld en tijd.

Zodra de opdrachtgever deze wijziging schriftelijk heeft geaccordeerd, is de wijzigingsovereenkomst tot stand gekomen. Het enkel stellen van de eis dat het verzoek schriftelijk moet worden gedaan onder opgave de te wijzigen eis(en) en van de gevolgen in tijd en geld, en dat de opdrachtgever vervolgens dit verzoek schriftelijk moet accorderen, is voldoende. Met dit schriftelijkheidsvereiste kan geen discussie meer ontstaan over de vraag of de wijziging wel of niet is overeengekomen.

In het acceptatieplan staat wat en wie de aannemer ter acceptatie moet voorleggen. In dat plan staat ook binnen welke termijn de opdrachtgever kenbaar moet maken of hij wel of niet accepteert. Het indienen van een verzoek tot wijziging op verzoek van de aannemer conform par. 15 lid 3a UAV-GC 2005 is niet geregeld in het acceptatieplan en dus

is de vraag binnen welke termijn de opdrachtgever moet reageren op een dergelijk verzoek. Par. 15 UAV-GC bepaalt hier niets over.

De reactietermijn die de opdrachtgever in acht moet nemen staat in par. 22 lid 2 UAV-GC 2005 waarin is bepaald dat de opdrachtgever 'met bewaarde spoed' na ontvangst van de wijziging in de zin van par. 15 lid 3 aan zijn aannemer moet mededelen of de wijziging is geaccepteerd. In het geval het gaat om een wijziging in de zin van par. 15 lid 3 sub a (wijziging van de eisen van de overeenkomst) kan de opdrachtgever de wijziging zonder opgaaf van redenen weigeren te accepteren; zie par. 15 lid 4 UAV-GC 2005.

Tot slot: zoals hiervoor sub 1 al geschreven: acceptatie heeft in de UAV-GC de betekenis dat de opdrachtgever geen bezwaar heeft tegen hetgeen de aannemer ter acceptatie heeft ingediend. Het komt mij voor dat, indien een opdrachtgever een door de aannemer gedaan verzoek tot wijziging van de overeenkomst accepteert⁵, een wijzigingsovereenkomst ontstaat, in welk geval acceptatie meer is dan alleen een verklaring van de opdrachtgever dat hij geen bezwaar heeft tegen het voorgelegde verzoek. Acceptatie heeft dan veeleer de betekenis van aanvaarden in de zin van art. 6:217 BW en heeft dan een andere betekenis dan in par. 1 UAV-GC 2005 is bepaald.⁶

3. Conclusie

Mijn conclusie is dat het niet logisch en ook onnodig is dat een wijziging die op verzoek van de aannemer wordt gedaan, ter acceptatie bij de opdrachtgever moet worden ingediend. Partijen zijn ook niet bekend met dit voorschrift. Volstaan kan worden met een schriftelijk verzoek van de aannemer en een schriftelijk akkoord van de opdrachtgever. In de praktijk wordt deze wijzigingen ook op deze wijze overeengekomen. Ik pleit er daarom voor par. 15 in deze zin te wijzigen en in lijn te brengen met de praktijk.

⁵ Voor alle duidelijkheid: een opdrachtgever is niet verplicht een verzoek tot wijziging van de overeenkomst te accepteren. Hij kan zonder opgave van redenen weigeren te accepteren; zie par. 15 lid 4 UAV-GC 2005. De ratio van deze bepaling is logisch. Uitgangspunt is immers dat een partij niet hoeft te motiveren waarom hij nakoming wenst van de gesloten overeenkomst. De toelichting zegt hierover dat de opdrachtgever geen prestatie mag worden opgedrongen die niet beantwoordt aan de eisen die hij heeft gesteld.

⁶ Zie ook noot 3. Ik meen dat het woord Acceptatie in par. 33 lid 8 UAV-GC 2005 ook de betekenis heeft van aanvaarding. Dat geldt ook voor het woordje 'accepteren' in par. 2 lid 7 UAV-GC 2005.

Jurisprudentie – I. Ruimtelijk ordeningsrecht

TBR 2018/174

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 3 oktober 2018, No 2017036699/1/R6, ECLI:NL:RVS:2018:3224 (Bestemmingsplan en omgevingsvergunning Kaag en Braassem)

(Mr. B.J. van Ettekovén, mr. H. Bolt en mr. E.J. Daalder)

Wro: art. 3.1, art. 3.30 lid 1 aanhef en onder b; Wabo: art. 2.12 lid 1 aanhef onder a onder 1°; Awb: art. 8:72 lid 3 onder a, bijlage 2, art. 2 onderdeel Wro onder e

Bestemmingsplan en omgevingsvergunning voorzien in verplaatsing intensieve veehouderij en woningbouw. Vernietiging ontheffing provinciale verordening. Terugwerkende kracht vernietiging. Gemeentebestuur had ontheffing niet kunnen gebruiken voor vaststelling bestemmingsplan en verlening omgevingsvergunning. Vernietiging besluiten. Tussentijdse wijziging provinciale verordening. Geen belemmering meer voor vaststelling bestemmingsplan en verlening omgevingsvergunning. Beroepen ongegrond. Finale geschilbeslechting. Rechtsgevolgen vernietigde besluiten worden geheel in stand gelaten

Met noot H.J. de Vries, Red.

(Deze uitspraak is verkort weergegeven, Red.)

Procesverloop

Bij besluit van 20 februari 2017 heeft de raad (van de gemeente Kaag en Braassem, *HfdV*) het bestemmingsplan 'A. de Graaflaan X/Kruisweg Y Woubrugge' vastgesteld. Daarbij is het besluit van 27 september 2016 van gedeputeerde staten van Zuid-Holland, kenmerk PZH-2016-566422823, tot ontheffingverlening van de Verordening Ruimte 2014 betrokken.

Bij besluit van 25 januari 2017 heeft het college van burgemeester en wethouders (van de gemeente Kaag en Braassem, *HfdV*) hogere waarden als bedoeld in de Wet geluidhinder vastgesteld voor de ten hoogst toelaatbare geluidbelasting vanwege wegverkeerslawaai.

Bij besluit van 7 maart 2017 heeft het college van burgemeester en wethouders (van de gemeente Kaag en Braassem, *HfdV*) een omgevingsvergunning verleend voor de activiteiten bouwen, uitweg, uitvoeren werk of werkzaamheden, milieubewust handelen en afwijken van het bestemmingsplan, ten behoeve van het oprichten van de varkenshouderij aan de (locatie 2) in Woubrugge.

Tegen al deze of meerdere van deze besluiten hebben (appellant sub 1) en (appellant sub 2) en anderen beroep ingesteld.
(...)

Overwegingen INLEIDING

1. De bestreden besluiten maken de verplaatsing van de bestaande intensieve veehouderij van (partij) aan de (locatie 1) in Woubrugge naar de (locatie 2) in Woubrugge mogelijk. Op grond van het bestemmingsplan mogen op de nieuwe locatie binnen een bouwvlak van 1,8 ha maximaal 749 fokzeugen, 2700 gespeende biggen, 256 vleesvarkens en 2 beren worden gehouden.

Het bestemmingsplan maakt daarnaast mogelijk dat vervolgens op de vrij te komen locatie aan de A. de Graaflaan maximaal 36 nieuwe woningen worden gebouwd.

2. Appellant sub 1 en appellant sub 2 en anderen richten zich tegen de bestreden besluiten voor zover deze een intensieve veehouderij aan de (locatie 2) mogelijk maken. Zij vrezen negatieve ruimtelijke gevolgen van een intensieve veehouderij op deze locatie.

3. Appellant sub 1 woont ten westen van de (locatie 2) en heeft op zijn perceel een manege. De afstand tussen het plangebied en het perceel van (appellant sub 1) is ongeveer 145 meter. De afstand tussen het plangebied en de twee woningen op het perceel van (appellant sub 1) is ongeveer 215 meter en 260 meter.

Het beroep van (appellant sub 2) en anderen is ingesteld door (appellant sub 2), (appellant sub 2A), (appellant sub 2B) en (appellant sub 2C). (appellant sub 2) woont ten noordoosten van het plangebied op een afstand van ongeveer 530 meter. Zij heeft op haar perceel een paardenpension en een caravanstalling. (appellant sub 2A) woont op een afstand van ongeveer 465 meter ten westen van het plangebied. (appellant sub 2B) en (appellant sub 2C) wonen in Langeraar op een afstand van ongeveer 2,2 km respectievelijk 3 km ten noorden van het plangebied.

4. De relevante regelgeving is opgenomen in de overwegingen en in de bijlage, die deel uitmaakt van deze uitspraak.

ONTVANKELIJKHEID

5. De raad en het college van burgemeester en wethouders betogen dat het beroep van

(appellant sub 2) en anderen, voor zover dat is ingesteld door (appellant sub 2B) en (appellant sub 2C), niet-ontvankelijk is omdat zij op te grote afstand van de ontwikkeling wonen om feitelijke gevolgen hiervan te kunnen ondervinden.

5.1. Ingevolge artikel 8:1, in samenhang gelezen met artikel 8:6 en artikel 2 van bijlage 2, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) kan door een belanghebbende bij de Afdeling beroep worden ingesteld tegen een besluit omtrent vaststelling van een bestemmingsplan en de daarmee gecoördineerd voorbereide en bekendgemaakte besluiten.

Om als belanghebbende in de zin van artikel 1:2, eerste lid, van de Awb te kunnen worden aangemerkt moet een natuurlijk persoon een voldoende objectief bepaalbaar belang bij het besluit hebben. Het uitgangspunt is dat degene die rechtstreeks feitelijke gevolgen ondervindt van een activiteit die een bestemmingsplan toestaat, in beginsel belanghebbende is bij de vaststelling van dat besluit. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (de uitspraak van 23 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2271) dient het criterium 'gevolgen van enige betekenis' als correctie op dit uitgangspunt. Gevolgen van enige betekenis ontbreken indien de gevolgen wel zijn vast te stellen, maar de gevolgen van de activiteit voor de woon-, leef- of bedrijfssituatie van betrokkene dermate gering zijn dat een persoonlijk belang bij het besluit ontbreekt. Daarbij wordt acht geslagen op de factoren afstand tot, zicht op, planologische uitstraling van en milieugevolgen (o.a. geur, geluid, licht, trilling, emissie, risico) van de activiteit die het besluit toestaat, waarbij die factoren zo nodig in onderlinge samenhang worden gezien. Ook aard, intensiteit en frequentie van de feitelijke gevolgen kunnen van belang zijn.

5.2. Appellant sub 2B en (appellant sub 2C) wonen op ongeveer 2,2 kilometer respectievelijk 3 kilometer van het planonderdeel aan de Kruisweg. Gevraagd naar hun belang bij de bestreden besluiten, is namens hen ter zitting toegeelicht dat een intensieve veehouderij op deze locatie risico's voor hun gezondheid meebrengt als gevolg van een toename van de concentratie fijn stof en het uitzicht van (appellant sub 2B) aantast.

5.3. De Afdeling overweegt dat, voor zover (appellant sub 2B) al zicht zal hebben op de bebouwing van de intensieve veehouderij, de verandering van het uitzicht niet als een gevolg van enige betekenis kan worden beschouwd omdat de afstand van 2,2 km tot deze bebouwing daarvoor te groot is.

Wat betreft de stelling dat de verspreiding van (secundair) fijn stof als gevolg van de intensieve veehouderij niet beperkt is tot de directe omgeving van de veehouderij, overweegt de Afdeling dat het uitgangspunt is dat bij een afstand van 2,2 kilometer of 3,5 kilometer gevolgen van enige betekenis ontbreken. Uit hetgeen door (appellant sub 2B) en (appellant sub 2C) naar voren is gebracht, volgt

niet dat ter plaatse van hun woningen een zodanige toename van de concentratie fijn stof kan worden verwacht als gevolg van de verplaatsing van deze intensieve veehouderij, dat deze toename als een gevolg van enige betekenis van deze intensieve veehouderij kan worden beschouwd.

Gelet hierop hebben (appellant sub 2B) en (appellant sub 2C) naar het oordeel van de Afdeling geen rechtstreeks bij de bestreden besluiten betrokken belang.

6. Het beroep van (appellant sub 2) en anderen is niet-ontvankelijk voor zover dat is ingesteld door (appellant sub 2B) en (appellant sub 2C).

(...)

DE ONTHEFFING

9. Bij besluit van 27 september 2016 heeft het college van gedeputeerde staten van Zuid-Holland ontheffing verleend van artikel 2.3.1, eerste lid, onder g en h, van de Verordening ruimte 2014, zoals dit artikel op dat moment luidde, ten behoeve van de verplaatsing van de intensieve veehouderij van de (locatie 1) in Woubrugge naar de (locatie 2) in Woubrugge en tevens ten behoeve van de uitbreiding van het bouwkvak naar 1,8 hectare.

10. In het besluit tot ontheffingverlening staat dat de Verordening ruimte 2014 tot 7 juli 2015 een bouwkvak van 2 hectare bij verplaatsing en/of uitbreiding van intensieve veehouderijen mogelijk maakte in combinatie met certificering voor duurzaamheid en dierenwelzijn. Die mogelijkheid is per 7 juli 2015 komen te vervallen, doordat de benodigde certificaten zijn ingetrokken. Daarom is gezien of een ontheffing mogelijk was. In het besluit tot ontheffingverlening staat dat in dit geval door de verplaatsing van de intensieve veehouderij van de (locatie 1) naar de (locatie 2) de woonkern Woubrugge wordt ontlast, zodat het gemeentelijk belang onevenredig wordt benadeeld indien de verplaatsing en uitbreiding niet mogelijk is.

11. (appellant sub 1) en (appellant sub 2) en (appellant sub 2A) betogen dat de ontheffing in strijd met artikel 3.2 van de Verordening ruimte 2014 en artikel 4.1a van de Wet ruimtelijke ordening (hierna: Wro) is verleend. In dit geval is volgens hen geen sprake van bijzondere omstandigheden die het verlenen van de ontheffing rechtvaardigen.

11.1. De in het besluit tot ontheffingverlening genoemde omstandigheden vormen naar het oordeel van de Afdeling geen bijzondere omstandigheden als bedoeld in artikel 3.2, eerste lid, van de Verordening ruimte 2014 en het daaraan ten grondslag liggende artikel 4.1a, eerste lid, van de Wro, die het verlenen van de ontheffing voor de verplaatsing van de intensieve veehouderij rechtvaardigen. Zoals de Afdeling eerder heeft

overwogen in haar uitspraak van 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1424, r.o. 18.5, moeten, gelet op de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 4.1a van de Wro (Kamerstukken II, 2011/12, 32 821, nr. 9, blz. 2-3, nr. 13, blz. 20 en 22) de bijzondere omstandigheden als bedoeld in het eerste lid van artikel 4.1a zijn gelegen in de ruimtelijke kwaliteit van de ontwikkeling waarvoor de ontheffing is aangevraagd. Het feit dat het als gevolg van de intrekking van de certificaten niet langer mogelijk is om de verplaatsing en uitbreiding van intensieve veehouderijen mogelijk te maken, levert op zichzelf genomen geen bijzondere omstandigheid op. Daarnaast acht de Afdeling redengevend dat – zoals zij eerder heeft overwogen in onder meer haar uitspraak van 5 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2651, r.o. 4.8 – in de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 4.1a, eerste lid, van de Wro is benadrukt dat met grote terughoudendheid dient te worden omgegaan met de mogelijkheid om ontheffing te verlenen van de krachtens provinciale verordening gestelde regels. In de parlementaire geschiedenis is vermeld dat de ontheffingsmogelijkheid is bedoeld voor bijzondere, uitzonderlijke situaties die zich incidenteel voordoen, waarbij kan worden gedacht aan een innovatief project waarbij zwaarwegende maatschappelijke belangen een rol spelen. Uitgangspunt is blijkens de parlementaire geschiedenis dat in de provinciale regels zelf dient te worden geconcretiseerd in welke gevallen de regeling niet van toepassing is om zo vooraf duidelijkheid te geven over de regels die door andere bestuursorganen in acht moeten worden genomen (Kamerstukken II, 2011/12, 32 821, nr. 8, blz. 4 en nr. 9, blz. 2 en 3). Uit de nadruk die in de parlementaire geschiedenis is gelegd op het uitzonderlijke karakter van de ontheffing en het terughoudende gebruik dat daarvan dient te worden gemaakt, volgt naar het oordeel van de Afdeling dat het voor het verlenen van een ontheffing van krachtens provinciale verordening gestelde regels onvoldoende is indien uitsluitend wordt gewezen op algemene, vaak verwachte positieve effecten van een nieuwe ruimtelijke ontwikkeling, zoals in dit geval een verbetering van het woon- en leefklimaat in de woonkern Woubrugge als gevolg van de verplaatsing van de intensieve veehouderij naar een locatie op grotere afstand van de woonkern.

12. Gelet op het vorenstaande zijn de beroepen van (appellant sub 1) en (appellant sub 2) en (appellant sub 2A) tegen het besluit tot ontheffingverlening van 27 september 2016 gegrond. Dat besluit dient wegens strijd met artikel 3.2 van de Verordening ruimte 2014 te worden vernietigd. Gelet hierop behoeft hetgeen appellanten voor het overige tegen het besluit tot ontheffingverlening naar voren hebben gebracht in het kader van de beoordeling van de ontheffing geen bespreking meer.

TUSSENCONCLUSIE

13. Aangezien de vernietiging van het besluit tot ontheffingverlening terugwerkende kracht heeft, had de raad bij de vaststelling van het bestemmingsplan geen gebruik mogen maken van de ontheffing en dient – in aanmerking genomen dat de bepalingen waarvan ontheffing is verleend ten tijde van de vaststelling van het bestemmingsplan nog golden – daarom het besluit van de raad tot vaststelling van het bestemmingsplan wegens strijd met artikel 2.3.1, eerste lid, van de Verordening ruimte 2014 te worden vernietigd. De vernietiging van het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan betekent dat eveneens de door het college van burgemeester en wethouders verleende omgevingsvergunning, waarvoor het bestemmingsplan het toetsingskader heeft gevormd, dient te worden vernietigd. De beroepen tegen deze besluiten zijn dus eveneens gegrond.

14. Artikel 2.3.1, eerste lid, van de Verordening ruimte 2014 is bij besluit van provinciale staten van 20 december 2017 gewijzigd. Deze wijziging is in werking getreden op 19 januari 2018. De Afdeling ziet hierin aanleiding om aan de hand van de beroepsgronden tegen de overige bestreden besluiten te onderzoeken of de zaak zich leent voor een vorm van finale geschilbeslechting.

HET BESTEMMINGSPLAN

Toetsingskader

15. 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.

Verordening ruimte 2014

16. (appellant sub 1) en (appellant sub 2) en (appellant sub 2A) voeren aan dat het plan om meerdere redenen in strijd met artikel 2.3.1, eerste lid, van de Verordening ruimte 2014 is vastgesteld. Zij wijzen erop dat het agrarisch bouwvlak ongeveer vier keer zo groot is als het agrarisch bouwvlak op de locatie A. de Graaflaan. Daarom is volgens hen sprake van nieuwvestiging. Daarnaast is momenteel geen sprake van een volwaardig agrarisch bedrijf in de zin van de Verordening ruimte 2014 en is niet aangetoond dat nieuwe agrarische bebouwing noodzakelijk en doelmatig is. Voorts

maakt het plan glastuinbouw en boom- en sierteelt mogelijk.

16.1. Gelet op hetgeen hiervoor onder 13 is overwogen, is het bestemmingsplan vastgesteld in strijd met artikel 2.3.1, eerste lid, van de Verordening ruimte 2014, zoals dit artikellid luidde ten tijde van de vaststelling van het plan. De beroepsgrond slaagt.

Met het oog op finale geschilbeslechting zal de Afdeling het vaststellingsbesluit toetsen aan artikel 2.3.1, eerste lid, van de Verordening ruimte 2014, zoals dat luidt met ingang van 19 januari 2018.

16.2. Naar het oordeel van de Afdeling worden beschouwd als een verplaatsing als bedoeld in het eerste lid, onder h, in combinatie met een uitbreiding als bedoeld in het eerste lid, onder i. In de toelichting op artikel 2.3.1 van de Verordening ruimte 2014 staat dat verplaatsing inhoudt dat de bestemming intensieve veehouderij op de bestaande locatie vervalt. Gelet op artikel 14.1.2 van de planregels kan de vestiging van de intensieve veehouderij op het perceel (locatie 2) niet los worden gezien van de beëindiging van de intensieve veehouderij op de locatie A. de Graaflaan. Daarom is het plan niet in strijd met het eerste lid, onder g, is vastgesteld. Daarnaast staat artikel 2.3.1, onder i, van de Verordening ruimte 2014 er niet aan in de weg dat een bestaande hoofdtek intensieve veehouderij wordt uitgebreid binnen een bouwvlak van maximaal 2 hectare. Aangezien het bouwvlak op de locatie (locatie 2) een oppervlakte heeft van 1,8 hectare, is het plan evenmin in strijd met artikel 2.3.1, onder a of onder i, van de Verordening ruimte 2014 vastgesteld.

Wat betreft de volwaardigheid van het agrarisch bedrijf staat in paragraaf 5.1.2 van het deskundigenbericht dat de huidige intensieve veehouderij aan de A. de Graaflaan op basis van de standaard verdien capaciteit kan worden beschouwd als een middelgroot bedrijf en dat de huidige intensieve veehouderij daarom als volwaardig kan worden beschouwd. Naar het oordeel van de Afdeling heeft de raad zich terecht op het standpunt gesteld dat sprake is van een volwaardig agrarisch bedrijf. Gelet hierop is het plan niet in strijd met artikel 2.3.1, eerste lid, onder c, vastgesteld.

Over de gestelde mogelijkheid dat het perceel in strijd met de Verordening ruimte 2014 kan worden gebruikt voor glastuinbouw en boom- en sierteelt omdat de bestemmingsomschrijving in het plan ruim is geformuleerd, stelt de Afdeling vast dat het perceel (locatie 2) grotendeels slechts is bestemd voor een intensieve veehouderij en dat in paragraaf 5.1.2 van het deskundigenbericht staat dat het exploiteren van een agrarische bedrijf op het overige deel van het perceel gelet op de omvang en de gebruiksmogelijkheden niet mogelijk is. Mede gelet op artikel 3, lid 3.1, onder b, van de planregels bevat het aangevoerde geen redenen om aan deze bevinding te twijfelen, zodat gelet hierop geen aan-

leiding bestaat voor het oordeel dat het plan in strijd met het eerste lid, onder e en f, is vastgesteld.

Gelet op het voorgaande staat artikel 2.3.1, eerste lid, van de Verordening ruimte 2014 zoals dit thans luidt, dan ook niet in de weg aan de ontwikkeling zoals die in het plan mogelijk is gemaakt.

(...)

Volksgezondheid

24. Appellant sub 1 en (appellant sub 2) en (appellant sub 2A) betogen dat de raad onvoldoende oog heeft gehad voor de gezondheidsrisico's voor omwonenden die de intensieve veehouderij meebrengt. Volgens (appellant sub 1) is het plan in strijd met het door de GGD gegeven advies, aangezien hun woningen en verblijfsruimten van de manege binnen 250 meter van het bouwvlak staan. (appellant sub 2) en (appellant sub 2A) hebben zich in hun zienswijze met betrekking tot het deskundigenbericht en de aanvullingen daarop uitvoerig uitgelaten over de gezondheidsrisico's van intensieve veehouderijen voor omwonenden. Zij betogen – samengevat weergegeven – dat de raad zich onvoldoende heeft laten informeren over de gezondheidsrisico's van de intensieve veehouderij en de raad daardoor de ernst van deze gezondheidsrisico's onvoldoende heeft onderkend. Verder is ten onrechte gebruikgemaakt van een ontoereikend normenkader en had de raad op grond van actuele wetenschappelijke inzichten tot de conclusie moeten komen dat een intensieve veehouderij op deze locatie niet mogelijk is.

24.1. Appellant sub 2 en (appellant sub 2A) voeren aan dat de StAB niet over voldoende deskundigheid beschikt om te adviseren over gezondheidsrisico's. Zij hebben de Afdeling daarom verzocht om een andere deskundige aan de hand van een nieuwe onderzoeksvraag een deskundigenbericht te laten uitbrengen.

24.2. In het deskundigenbericht zijn de conclusies uit een aantal onderzoeken van onder meer het RIVM, de GGD en de Gezondheidsraad naar de gezondheidsrisico's van intensieve veehouderijen voor omwonenden beschreven, waarbij tevens de conclusies uit de door (appellant sub 2) en (appellant sub 2A) aangereikte documenten zijn weergegeven. In het deskundigenbericht wordt beschreven dat op basis van de beschreven wetenschappelijke inzichten nog geen ruimtelijk beleid is ontwikkeld aan de hand waarvan getoetst kan worden of sprake is van een ongewenste ruimtelijke situatie vanwege de gezondheidsrisico's voor omwonenden van intensieve veehouderijen. (appellant sub 2) en (appellant sub 2A) hebben niet inzichtelijk gemaakt wat een andere deskundige aan deze bevindingen kan toevoegen, anders dan een eigen inzicht over de gezondheidsrisico's van intensieve veehouderijen voor omwonenden. De Afdeling ziet dan ook geen aanleiding om zich in het kader van deze procedure nader te laten adviseren over de gezondheidsrisico's van de

voorzien intensieve veehouderij voor (appellant sub 2) en (appellant sub 2A).

24.3. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, onder meer in haar uitspraak van 4 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:249, r.o. 16.2, is het effect dat nabijgelegen veehouderijen op de volksgezondheid kunnen hebben een mee te wegen belang bij de vaststelling van een bestemmingsplan als hier aan de orde. De raad dient in het kader van een goede ruimtelijke ordening te onderzoeken of een plan zodanige risico's voor de volksgezondheid meebrengt dat het woon- en leefklimaat onaanvaardbaar verslechtert.

24.4. De raad heeft over de gevolgen van het plan voor de volksgezondheid informatie ingewonnen bij de GGD Hollands Midden. Bijlage 7 bij de plantoelichting betreft het door de GGD Hollands Midden gegeven advies van 14 oktober 2014 (hierna: GGD-advies). Hierin staat dat de GGD uit voorzorg adviseert om een minimumafstand van 250 meter aan te houden. Indien er woningen binnen 250 meter staan, wordt geadviseerd om de blootstelling te minimaliseren, bijvoorbeeld door de situering van emissiepunten. In het GGD-advies zijn onder meer de aspecten ammoniak, geur, fijn stof, geluid, endotoxinen en zoonosen betrokken.

Paragraaf 5.8 van de plantoelichting bevat de op het GGD-advies gebaseerde afweging van de raad met betrekking tot de volksgezondheid. In de omgeving van de huidige vestiging staan binnen een afstand van 250 meter circa 60 woningen en binnen een afstand van 1 kilometer ongeveer 1.000 woningen. Bij de nieuwe vestiging aan de Kruisweg zijn die aantallen aanzienlijk lager: binnen een afstand van 250 meter alleen een woning van (appellant sub 1) op een afstand van 215 meter en binnen een afstand van 1 kilometer ongeveer 10 woningen, waaronder de woningen van (appellant sub 2) en (appellant sub 2A). De raad heeft in zijn belangenafweging een groot gewicht toegekend aan de verbetering van het woon- en leefklimaat, waaronder het aspect van de volksgezondheid, ter plaatse van de A. de Graaflaan.

24.5. Nu een toetsingskader ontbreekt aan de hand waarvan de gezondheidsrisico's van een intensieve veehouderij voor omwonenden kunnen worden beoordeeld, heeft de raad zijn afweging naar het oordeel van de Afdeling in redelijkheid op het GGD-advies kunnen baseren. Op basis van dit GGD-advies, waarin uit voorzorg een afstand van 250 meter wordt geadviseerd, heeft de raad zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat er geen onaanvaardbare gezondheidsrisico's zijn voor (appellant sub 2) en (appellant sub 2A) omdat zij buiten deze door de GGD uit voorzorg aanbevolen afstand van 250 meter wonen. Wat betreft de woning van (appellant sub 1) is van belang dat deze weliswaar binnen de afstand van 250 meter staat, maar dat wat betreft

ieder afzonderlijk aspect uit het GGD-advies is uitgewerkt dat gezondheidsrisico's niet te verwachten zijn. Bovendien zijn de emissiepunten blijkens de omgevingsvergunning op grotere afstand voorzien. Gelet hierop heeft de raad zich ook ten aanzien van (appellant sub 1) in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat het plan in zoverre geen onaanvaardbare gezondheidsrisico's heeft.

Het betoog faalt.
(...)

Conclusie bestemmingsplan

32. Onder 13 is reeds geconcludeerd dat de beroepen tegen het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan gegrond zijn omdat dit besluit is genomen in strijd met de Verordening ruimte 2014, zoals die luidde ten tijde van de vaststelling van het plan. Dit besluit dient daarom te worden vernietigd.

33. Zoals hiervoor onder 16.2 is overwogen, staat de Verordening ruimte 2014, zoals die luidt per 19 januari 2018, niet langer in de weg aan de verplaatsing van de intensieve veehouderij van (partij). Daarnaast slagen de overige beroepsgronden tegen het bestemmingsplan niet. De Afdeling zal hierna onder de eindconclusie bezien welke gevolgen dit moet hebben.

DE OMGEVINGSVERGUNNING

34. Bij besluit van 7 maart 2017 heeft het college van burgemeester en wethouders een omgevingsvergunning verleend voor de activiteiten bouwen, uitweg, uitvoeren werk of werkzaamheden, milieubewust handelen en afwijken van het bestemmingsplan, ten behoeve van het oprichten van de varkenshouderij aan de (locatie 2) in Woubrugge.

(...)

Activiteit afwijken

41. Appellant sub 1 wijst erop dat de omgevingsvergunning gecoördineerd met het bestemmingsplan is voorbereid, maar dat het college desalniettemin gebruik heeft gemaakt van een afwijkingsbevoegdheid. Vanwege de gecoördineerde besluitvorming had het college niet tevens gebruik mogen maken van een in het bestemmingsplan opgenomen afwijkingsbevoegdheid.

41.1. De Afdeling overweegt dat de coördinatieregeling uit de Wro er niet aan in de weg staat dat het college bij gecoördineerde besluitvorming gebruikmaakt van een in het bestemmingsplan opgenomen afwijkingsbevoegdheid. De ruimtelijke gevolgen van die afwijkingsmogelijkheid acht de raad immers aanvaardbaar en het betreft een bevoegdheid van het college om van die afwijkingsbevoegdheid gebruik te maken.

Het betoog faalt.

Conclusie omgevingsvergunning

42. Hiervoor onder 13 is geconcludeerd dat het besluit tot verlening van een omgevingsvergunning dient te worden vernietigd omdat het bestemmingsplan niet als grondslag voor deze omgevingsvergunning kon dienen. Voor het overige slagen de beroepsgronden tegen de omgevingsvergunning niet. De Afdeling zal hierna onder de eindconclusie bezien welke gevolgen dit moet hebben.

EINDCONCLUSIE

43. Samenvattend luidt het oordeel van de Afdeling als volgt.

Het beroep van (appellant sub 2) en anderen, voor zover dat is ingesteld door (appellant sub 2B) en (appellant sub 2C), is niet-ontvankelijk (overweging 6). De beroepen van (appellant sub 1) en (appellant sub 2) en (appellant sub 2A) tegen het besluit tot ontheffingverlening, het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan en het besluit tot verlening van een omgevingsvergunning zijn gegrond. Deze besluiten dienen te worden vernietigd (overweging 13).

44. Ingevolge artikel 8:72, derde lid, onder a, van de Awb kan de bestuursrechter bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit of het vernietigde gedeelte daarvan geheel of gedeeltelijk in stand blijven.

De Afdeling ziet aanleiding om van deze bevoegdheid gebruik te maken. Hiervoor onder 16.2 is immers overwogen dat de Verordening ruimte 2014 niet langer in de weg staat aan het bestemmingsplan. Indien het plan nu zou worden vastgesteld, zou van strijd met de Verordening ruimte 2014 geen sprake zijn. Daarnaast slagen de overige beroepsgronden tegen het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan en het besluit tot verlening van de omgevingsvergunning niet. De Afdeling acht daarom nieuwe besluitvorming door de raad en het college niet nodig en zal met het oog op finale geschilbeslechting bepalen dat de rechtsgevolgen van het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan en het besluit tot verlening van de omgevingsvergunning geheel in stand blijven.

45. Het voorgaande betekent dat de intensieve veehouderij van (partij) op basis van het bestemmingsplan en de omgevingsvergunning mag worden verplaatst van de (locatie 1) naar de (locatie 2).

46. Ten aanzien van (appellant sub 1) dienen de raad en het college van burgemeester en wethouders op na te melden wijze tot vergoeding van proceskosten te worden veroordeeld.

Ten aanzien van (appellant sub 2) en (appellant sub 2A) is niet gebleken van proceskosten die voor vergoeding in aanmerking komen. (*Enz., enz., Red.*)

NOOT**Algemeen**

1. Deze verkort weergegeven uitspraak is vooral van belang vanwege de finale geschilbeslechting door de ABRvS in deze zaak. Met het bestemmingsplan wordt beoogd: (1e) te voorzien in de verplaatsing van een bestaande intensieve veehouderij van de locatie A. de Graaflaan naar de locatie Kruisweg in Woubrugge, (2e) de realisering van maximaal 36 woningen op de vrijgekomen locatie A. de Graaflaan. Het bestemmingsplan is door de raad vastgesteld op 20 februari 2017, waarbij de door van GS van Zuid-Holland op 27 september 2016 verleende ontheffing van de Verordening Ruimte 2014 (hierna: de verordening) is betrokken. Vervolgens hebben B&W op 7 maart 2017 een omgevingsvergunning verleend voor de activiteiten bouwen, uitweg, uitvoeren werk of werkzaamheden, milieubewust handelen en afwijken bestemmingsplan. Het betreft gecoördineerde besluitvorming als bedoeld in art. 3.30 Wro. Voorafgaand hebben B&W op 25 januari 2017 op grond van de Wet geluidhinder hogere waarden vastgesteld voor de ten hoogste toelaatbare geluidsbelasting vanwege de weg.

2. Tegen deze besluiten zijn beroepen ingesteld bij de ABRvS. Deze hebben betrekking op een groot aantal onderwerpen, waaronder strijdigheid van de besluiten met de verordening en het provinciale beleid, geur, geluid, luchtkwaliteit, volksgezondheid, landschappelijke inpassing, alternatieven, MER, natuurbescherming etc. Voor kennisgeving van alle aangevoerde beroepen en het standpunt van de ABRvS verwijs ik naar de op de website van de Raad van State gepubliceerde uitspraak. De overwegingen van de Afdeling over volksgezondheid en de toepassing van de binnenplanse afwijkingsbevoegdheid heb ik wel opgenomen omdat ik hier in mijn noot op inga.

3. De door GS op 27 september 2016 op grond van de verordening verleende ontheffing wordt vernietigd wegens strijd met art. 3.2 van deze regeling. Omdat de vernietiging terugwerkende kracht heeft, had de raad bij de vaststelling van het bestemmingsplan geen gebruik mogen maken van de ontheffing en moet het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan worden vernietigd. Aangezien het bestemmingsplan het toetsingskader vormt voor de door B&W op 7 maart 2017 verleende omgevingsvergunning, wordt deze eveneens vernietigd. Om die reden zijn de beroepen tegen deze besluiten eveneens gegrond. Tot zover het standpunt van de Afdeling. Maar dit is niet einde verhaal. De ABRvS stelt in r.o. 14 vast dat art. 2.3.1 lid 1 van de verordening bij besluit van PS van 20 december 2017 is gewijzigd en dat deze wijziging op 19 januari 2018 in werking is getreden. Omdat de gewijzigde verordening geen belemmering vormt voor de vaststelling van het bestemmingsplan en het verlenen van de omgevingsvergunning, ziet de Afdeling hierin aanleiding om aan de hand van de overige beroepsgronden - die niet betrekking hebben op de strijdigheid van de provinciale ontheffing met art. 3.2 van de verordening en art. 4.1a Wro - te onderzoeken of de zaak zich leent voor finale geschilbeslechting. Ik kom hier nog op terug maar ga eerst

nader in op de ontvankelijkheid van het beroep van enkele appellanten.

Criterium 'gevolgen van enige betekenis' en de ontvankelijkheid van een beroep

4. Het gemeentebestuur heeft onder meer naar voren gebracht dat het beroep van enkele appellanten niet-ontvankelijk is omdat zij op te grote afstand wonen om de feitelijke gevolgen van de beoogde ontwikkelingen te kunnen ondervinden. De ABRvS wijst er in de eerste plaats op dat, om als belanghebbende in de zin van art. 1:2 lid 1 Awb te kunnen worden aangemerkt, een natuurlijk persoon een voldoende objectief bepaalbaar belang bij het bestreden besluit moet hebben. Uitgangspunt is dat degene die rechtstreeks feitelijke gevolgen ondervindt van een activiteit die mogelijk gemaakt wordt door een bestemmingsplan, in beginsel belanghebbende is bij de vaststelling van dat plan. Onder verwijzing naar een uitspraak van 23 augustus 2017 oordeelt de Afdeling vervolgens dat het criterium 'gevolgen van enige betekenis' als correctie op dit uitgangspunt dient en dat deze gevolgen ontbreken wanneer de gevolgen wel zijn vast te stellen maar de gevolgen van een activiteit voor de woon-, leef- of bedrijfssituatie van betrokkene dermate gering zijn dat een persoonlijk belang bij het besluit ontbreekt. Daarbij wordt acht geslagen op de factoren afstand tot, zicht op, planologische uitstraling van en milieugevolgen (o.a. geur, geluid, licht, trilling, emissie, risico) van de activiteit die het besluit toestaat. Hierbij moeten die factoren zo nodig in onderlinge samenhang worden gezien, terwijl ook aard en frequentie van de feitelijke gevolgen van belang kunnen zijn. De ABRvS geeft dus een aantal duidelijke indicaties om in concreto te kunnen vaststellen of de vaststelling van een bestemmingsplan 'gevolgen van enige betekenis' heeft voor een belanghebbende. Geconcludeerd wordt dat vanwege dit criterium het beroep van enkele appellanten niet-ontvankelijk is omdat zij geen rechtstreeks bij de bestreden besluiten betrokken belang hebben.

5. Het criterium 'gevolgen van enige betekenis' heeft niet altijd een rol gespeeld in de jurisprudentie van de ABRvS over de ontvankelijkheid van een beroep. Zo werd in een uitspraak van 12 september 2012 nog overwogen: 'Reeds gelet hierop acht de Afdeling aanneemelijk dat ter plaatse van de woningen van (appellant) en anderen milieugevolgen van de inrichting kunnen worden ondervonden, zodat zij belanghebbenden zijn als bedoeld in artikel 1:2, eerste lid, van de Awb. Het standpunt van het college dat de milieugevolgen niet noemenswaardig of niet noemenswaardig merkbaar zijn, leidt niet tot een ander oordeel omdat dit - anders dan het college kennelijk veronderstelt - niet een criterium is voor de vraag of iemand belanghebbende is bij een besluit over een milieuvergunning of de handhaving daarvan' (ABRvS 12 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX7107, *Milieurecht Totaal* 2012/2558 (*Handhaving milieuvergunning Coevorden*)). In een uitspraak van 22 oktober 2014 kwam de ABRvS op dit standpunt terug: 'De Afdeling maakt evenwel uit het door hem verklaarde ter zitting op dat het door hem waargenomen geluid niet erg luid was. Gelet op voornoemde omstandigheden is naar het oordeel van de Afdeling niet

aanneemelijk dat (appellante), naar objectieve maatstaven gemeten, als gevolg van het popfestival hinder van enige betekenis ondervindt. (appellante) wordt dan ook niet geraakt in een objectief bepaalbaar belang dat rechtstreeks bij het besluit tot vergunningverlening is betrokken. Zij kan niet worden aangemerkt als een belanghebbende in de zin van artikel 1:2 van de Awb. De rechtbank heeft het door (appellante) ingestelde beroep ten onrechte niet niet-ontvankelijk verklaard' (ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3812, *AB* 2015/32, m.nt. H.D. Tolsma, *Milieurecht Totaal* 2014/5894 (*Vergunning Schijndel*)). Onder verwijzing naar deze uitspraak sloot de ABRvS in een uitspraak van 10 december 2014 ook in haar jurisprudentie over bestemmingsplannen bij deze nieuwe koers aan (het betrof het door de raad van de gemeente Delft op 13 juni 2013 vastgestelde bestemmingsplan 'Bedrijventerrein Delft Noord'): 'Gezien de geringe kans op voor een geurpanel waarneembare geur als gevolg van het plan ter plaatse van de woning van (appellant sub 2) heeft hij niet aanneemelijk gemaakt dat hij, naar objectieve maatstaven gemeten, als gevolg van het plan hinder van enige betekenis ondervindt (...)' (ABRvS 10 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4434, *Abkort* 2015/17, *Milieurecht Totaal* 2015/5945 (*Bestemmingsplan Delft*)). Met een beroep op deze uitspraak overwoog de ABRvS in een uitspraak van 16 maart 2016: 'Ten aanzien van de vaststelling van een bestemmingsplan hanteert de Afdeling in voorkomende gevallen eveneens het criterium dat, voor zover de belanghebbendheid wordt ontleend aan hinder vanwege in het bestemmingsplan toegestane activiteiten, de betrokkene aanneemelijk moet maken dat hij, naar objectieve maatstaven gemeten, hinder van enige betekenis ondervindt' (ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:737, *Gst.* 2016/96, m.nt. S. Hillegers, *AB* 2016/256, m.nt. H.D. Tolsma, *M en R* 2016/94, m.nt. W.J.B. Claassen-Dales (*Vergunningen Dronten*)). Deze lijn werd voortgezet in de uitspraak van 23 augustus 2017 waar de ABRvS in de aan de orde zijnde uitspraak van 3 oktober 2018 aan herinnert: 'Met verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:737, heeft de rechtbank overwogen dat voor het zijn van belanghebbende aanneemelijk moet zijn dat ter plaatse van de woning of het perceel van betrokkene gevolgen van enige betekenis kunnen worden ondervonden. De Afdeling is in die uitspraak teruggekomen van de door (appellant) en anderen in beroep aangevoerde uitspraak van 12 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX7107, waarin het niet van belang werd geacht in welke gevallen milieugevolgen kunnen worden ondervonden' (ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2017:2271 *TBR* 2017/160, m.nt. A.G.A. Nijmeijer, *AB* 2017/348, m.nt. H.D. Tolsma, *M en R* 2017/138, m.nt. V.M.Y. van 't Lam en P.J. van der Woerd (*Handhaving Gulpen-Wittem*)). Tot zover het overzicht van de ontwikkelingen in de jurisprudentie van de ABRvS sinds 2012 over het criterium 'gevolgen van enige betekenis' en de consequenties hiervan voor het belanghebbendebegrip en daarmee voor de ontvankelijkheid van een beroep.

Vernietiging provinciale ontheffing

6. Op grond van art. 4.1a Wro kan in een provinciale ruimtelijke verordening de bevoegdheid voor GS worden

opgenomen om ontheffing te verlenen van de algemene regels die op grond van het eerste lid van art. 4.1 Wro door PS zijn vastgesteld. Voorwaarde voor ontheffingverlening is dat deze algemene regels wegens bijzondere omstandigheden een belemmering vormen voor de verwezenlijking van het gemeentelijk ruimtelijk beleid in verhouding tot de met die algemene regels te dienen provinciale belangen. Aan de ontheffing kunnen voorschriften worden verbonden wanneer de betrokken provinciale belangen dat met het oog op een goede ruimtelijke ordening noodzakelijk maken. De ABRvS constateert in r.o. 11.1. dat de door GS op 27 september 2016 verleende ontheffing de toets der kritiek niet kan doorstaan omdat er geen sprake is van bijzondere omstandigheden als bedoeld in art. 3.2 lid 1 van de verordening en het daaraan ten grondslag liggen art. 4.1a Wro. Eerstgenoemde bepaling is een kopie van art. 4.1a Wro en houdt in dat GS ontheffing kunnen verlenen van de regels van de verordening voor zover de verwezenlijking van het gemeentelijk ruimtelijk beleid wegens bijzondere omstandigheden onevenredig wordt belemmerd in verhouding tot de met die regels te dienen provinciale belangen (ik kom hier in aantekening 9 nog op terug).

7. Onder verwijzing naar een uitspraak van 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1424, r.o. 18.5, oordeelt de ABRvS dat, gelet op de geschiedenis van de totstandkoming van art. 4.1a Wro (*Kamerstukken II 2011/12, 32 821, nr. 9, p. 2-3, nr. 13, p. 20 en 22*) de bijzondere omstandigheden als bedoeld in het eerste lid van art. 4.1a zijn gelegen in de ruimtelijke kwaliteit van de ontwikkeling waarvoor de ontheffing is aangevraagd. Om te vervolgen: het feit dat het als gevolg van de intrekking van de certificaten niet langer mogelijk is om de verplaatsing en uitbreiding van intensieve veehouderijen mogelijk te maken, levert op zichzelf genomen geen bijzondere omstandigheid op. Met een verwijzing naar een uitspraak van 5 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2651, r.o. 4.8, acht de Afdeling het voorts van belang dat in de geschiedenis van de totstandkoming van art. 4.1a Wro is benadrukt dat met grote terughoudendheid moet worden omgegaan met de mogelijkheid om ontheffing te verlenen van de algemene regels uit een provinciale ruimtelijke verordening. In de parlementaire geschiedenis, aldus de ABRvS, is vermeld dat de ontheffingsmogelijkheid is bedoeld voor bijzondere, uitzonderlijke situaties die zich incidenteel voordoen. Hierbij kan worden gedacht aan een innovatief project waarbij zwaarwegende maatschappelijke belangen een rol spelen. Uitgangspunt is volgens de parlementaire geschiedenis dat in de provinciale regels zelf moet worden geconcretiseerd in welke gevallen de regeling niet van toepassing is om op deze wijze vooraf duidelijkheid te geven over de regels die door andere bestuursorganen in acht moeten worden genomen (*Kamerstukken II 2011/12, 32 821, nr. 8, p. 4 en nr. 9, p. 2 en 3*). Uit de nadruk die in de parlementaire geschiedenis is gelegd op het uitzonderlijke karakter van de ontheffing en het terughoudende gebruik dat van dat instrument moet worden gemaakt, trekt de Afdeling de conclusie dat het voor het verlenen van een provinciale ontheffing onvoldoende is wanneer uitsluitend wordt gewezen op algemene, vaak verwachte positieve effecten van een nieuwe ruimtelijke ontwikkeling. In dit geval gaat het om een verbetering van

het woon- en woonklimaat in de woonkern Woubrugge als gevolg van de verplaatsing van de intensieve veehouderij naar een locatie op grotere afstand van de woonkern. In r.o. 12 concludeert de ABRvS dat de door GS verleende ontheffing moet worden vernietigd wegens strijd met art. 3.2 van de verordening. Het valt op dat hier niet tevens art. 4.1a Wro genoemd wordt, dat immers de basis vormt van de ontheffingsbevoegdheid uit de provinciale verordening. Waarschijnlijk een kleine ommissie.

8. Art. 4.1a Wro trad op 1 oktober 2012 in werking. Enige tijd later oordeelde de ABRvS dat een in de omgevingsverordening van de provincie Drenthe opgenomen ontheffingsbevoegdheid voor GS onverbindend was wegens strijd met deze bepaling (ABRvS 5 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:333, *TBR* 2014/44, m.nt. H.J. de Vries (*Ontheffing provinciale omgevingsverordening en bestemmingsplan Aa en Hunze*)). Op grond van art. 3.26 lid 4 van deze omgevingsverordening konden GS ontheffing verlenen van het bepaald in het derde lid indien zwaarwegende argumenten dit rechtvaardigen en het bedrijf belangrijk is voor de lokale werkgelegenheid. Dat derde lid bepaalde dat een ruimtelijk plan niet voorziet in vestiging of significante uitbreiding van een solitair buiten bestaand stedelijk gebied gelegen regionaal georiënteerd bedrijf met uitzondering van agrarische bedrijven, bedrijven binnen de sector recreatie & toerisme en overige functioneel aan het buitengebied gebonden bedrijvigheid. Ik heb er in aantekening 6 al op gewezen dat de Zuid-Hollandse ontheffingsbevoegdheid een kopie is van art. 4.1a Wro. Dat laat ook direct het wezenlijke verschil zien met de Drentse ontheffingsbevoegdheid waarin iedere relatie met de wettelijke criteria ontbreekt. Er bestond voor de ABRvS in de uitspraak Kaag en Braassem dan ook geen aanleiding om de Zuid-Hollandse ontheffingsbevoegdheid wegens strijd met art. 4.1a Wro onverbindend te verklaren. Volstaan kon worden met het beantwoorden van de vraag of de provinciale ontheffing van 27 september 2016 was verleend in overeenstemming met art. 3.2 van de verordening en art. 4.1 Wro. Dat bleek dus niet het geval te zijn. Wat betreft de onverbindendheid en/of het buiten toepassing laten van algemeen verbindende voorschriften verwijs ik naar de aantekeningen 17 en 18 van mijn noot bij ABRvS 25 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2502, *TBR* 2018/143 (*Bestemmingsplan en omgevingsvergunning Ermelo*). Hier wordt ook meer jurisprudentie genoemd.

Finale geschilbeslechting en toetsing ex tunc/ ex nunc

9. Nog niet zo heel lang geleden zou met de vernietiging van het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan en de verleende omgevingsvergunning het pleit beslecht zijn en zouden de raad en B&W opnieuw een besluit hebben moeten nemen over de vaststelling van een nieuw bestemmingsplan respectievelijk het opnieuw verlenen van de omgevingsvergunning. Tegen die nieuwe besluiten zou dan opnieuw rechtsbescherming voor belanghebbenden bij de bestuursrechter hebben opengestaan. In aantekening 9 van mijn noot bij een uitspraak van 11 december 2013 heb ik over finale geschilbeslechting door de bestuursrechter het

volgende gezegd: 'Naar mijn mening heeft de ABRvS in deze uitspraak terecht toepassing gegeven aan artt. 6:22 en 8:72 lid 3 onder a Awb. De uitspraak laat goed zien dat door een adequate toepassing van deze bepalingen bepaalde gebreken kunnen worden gepasseerd zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de positie van belanghebbenden, waardoor onnodige en vertragende vernietigingen kunnen worden voorkomen. De uitspraak geeft een mooi en positief voorbeeld te zien van finale geschillenbeslechting door de bestuursrechter. Ik heb overigens de indruk dat de Afdeling de laatste tijd in toenemende mate van beide instrumenten - die al sinds de inwerkingtreding van de Awb in januari 1994 hierin zijn opgenomen - gebruik maakt om een finale uitspraak te kunnen doen' (ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2388, TBR 2014/9 (*Bestemmingsplan Boxmeer*)). Ik wijs ook op de aantekeningen 6 en 7 van mijn noot bij ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2360, TBR 2014/10 (*Bestemmingsplan Blaricum*) en aantekening 9 van mijn noot bij ABRvS 5 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2914, TBR 2018/158 (*Bestemmingsplan Barneveld*).

10. Relevant is het door PS gewijzigde art. 2.3.1 lid 1 van de verordening, dat op 19 januari 2018 in werking is getreden. Waar het bestemmingsplan in strijd was met de oorspronkelijke versie van deze bepaling, ligt dat anders voor het gewijzigde artikel. Onder verwijzing naar r.o. 16.2 concludeert de ABRvS in r.o. 33 dat de verordening, zoals die luidt per 19 januari 2018, niet langer in de weg staat aan de verplaatsing van de intensieve veehouderij naar de nieuwe locatie. Deze conclusie krijgt een voortzetting in r.o. 44 waar onder meer wordt overwogen dat wanneer het bestemmingsplan nu zou worden vastgesteld, van strijd met de verordening geen sprake zou zijn. Omdat de overige beroepen tegen bestemmingsplan en omgevingsvergunning niet slagen, acht de ABRvS nieuwe besluitvorming door de raad en B&W niet nodig en wordt met het oog op finale geschillenbeslechting uitgesproken dat de rechtsgevolgen van de besluiten tot vaststelling van het bestemmingsplan en het verlenen van de omgevingsvergunning in stand blijven. Een en ander leidt tot de bepaling in het dictum onder VI, dat de rechtsgevolgen van de vernietigde besluiten geheel in stand blijven.

11. Deze uitstekend gemotiveerde uitspraak laat zien dat finale geschillenbeslechting door de bestuursrechter kan leiden tot het voorkomen van onnodige procedures en daarmee tot betekenisvolle tijdswinst. Deze vorm van geschillenbeslechting laat ook zien dat de toetsing ex tunc (toetsing aan het recht dat gold op het tijdstip van vaststelling van het bestemmingsplan), gecombineerd met een toetsing ex nunc (toetsing aan het recht dat geldt op het tijdstip van de rechterlijke uitspraak) - want dat is wat er gebeurt - tot een goede en bevredigende uitkomst leidt waarbij op geen enkele wijze afbreuk wordt gedaan aan de belangen van een goede rechtsbescherming van wie dan ook.

Volksgezondheid en het belang van een goede ruimtelijke ordening

12. In deze uitspraak wordt duidelijk tot uitdrukking gebracht dat volksgezondheid een mee te wegen belang is bij de vaststelling van een bestemmingsplan. Enkele appellanten hebben in beroep aangevoerd dat de raad zich onvoldoende heeft laten informeren over de gezondheidsrisico's van de intensieve veehouderij waardoor de raad de ernst van deze gezondheidsrisico's onvoldoende heeft onderkend. Verder is ten onrechte gebruikgemaakt van een ontoereikend normenkader en had de raad op grond van actuele wetenschappelijke inzichten tot de conclusie moeten komen dat een intensieve veehouderij op deze locatie niet mogelijk is.

13. Onder verwijzing naar een uitspraak van 4 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:249, r.o. 16.2, stelt de ABRvS zich in r.o. 24.3 op het standpunt dat het effect dat nabijgelegen veehouderijen op de volksgezondheid kunnen hebben, een mee te wegen belang is bij de vaststelling van een bestemmingsplan en dat de raad in het kader van een goede ruimtelijke ordening moet onderzoeken of een plan zodanige risico's voor de volksgezondheid meebrengt dat het woon- en leefklimaat onaantvaardbaar verslechtert. In r.o. 24.5 oordeelt de Afdeling dat nu een toetsingskader ontbreekt aan de hand waarvan de gezondheidsrisico's van een intensieve veehouderij voor omwonenden kunnen worden beoordeeld, de raad zijn afweging in redelijkheid op het GGD-advies heeft kunnen baseren.

14. Inmiddels heeft een aantal provincies (Noord-Brabant, Zuid-Holland, Gelderland, Utrecht en Overijssel) door middel van rechtstreeks werkende regels als bedoeld in art. 4.1 lid 3 Wro een zgn. 'geitenstop' ingevoerd. De kern hiervan is dat nieuwvestiging of uitbreiding van geitenhouderijen, alsmede omschakeling van een agrarisch bedrijf naar een geitenhouderij, wordt verboden. Aan deze 'geitenstop' liggen gezondheidsoverwegingen ten grondslag waarbij deskundigenadviezen een belangrijke rol spelen. Kort gezegd hebben mensen die in een straal van twee kilometer rondom een geitenhouderij wonen meer kans op longontsteking dan gemiddeld. De oorzaken hiervan zijn nog niet bekend en worden nader onderzocht. De (mogelijk) negatieve effecten van geitenhouderijen voor de volksgezondheid hebben gevolgen voor de kwaliteit van de leefomgeving en moeten dus worden betrokken bij het nemen van een besluit op grond van de Wro of de Wabo (omgevingsvergunning afwijken, verklaring van geen bedenkingen). Mede aan de hand van deze uitspraak kan op goede gronden worden betoogd dat een 'geitenstop' zonder meer in het belang van een goede ruimtelijke ordening is. Dat komt overigens nog wat pregnanter naar voren in ABRvS 4 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2189 (*Omgevingsvergunning Lingewaard*). B&W hebben bij besluit d.d. 19 december 2017 geweigerd een omgevingsvergunning afwijken (art. 2.12 lid 1 aanhef en onder a onder 3° Wabo) te verlenen voor het uitbreiden van een geitenhouderij. Voorafgaand aan dat besluit heeft de raad op 13 december 2017 geweigerd de vereiste verklaring van geen bedenkingen op grond van art. 6.5 lid 1 van

het Bor af te geven. Het tweede lid bepaalt dat die verklaring alleen kan worden geweigerd in het belang van een goede ruimtelijke ordening. In hoger beroep oordeelt de Afdeling over de weigering van de verklaring van geen bedenkingen: '(...). De raad heeft, zoals het college ter zitting ook heeft aangevoerd, een eigen beoordeling gemaakt en heeft een eigen voortschrijdend inzicht met betrekking tot de gevolgen van geitenhouderijen voor de volksgezondheid en de onduidelijkheid die er op dit moment op dat punt bestaat doorslaggevend geacht. Er is geen grond voor het oordeel dat de raad deze afweging niet aan het besluit ten grondslag heeft mogen leggen.' Dat is duidelijke taal waar niets op af te dingen valt. Er zullen de komende tijd wel meer rechterlijke uitspraken verschijnen die verband houden met de geitenproblematiek.

Omgevingsvergunning afwijken

15. In beroep is door een appellant aangevoerd dat de omgevingsvergunning gecoördineerd met het be-

stemmingsplan is voorbereid maar dat B&W desalniettemin gebruik hebben gemaakt van een afwijkingsbevoegdheid. Vanwege deze gecoördineerde besluitvorming hadden zij niet tevens gebruik mogen maken van een in het bestemmingsplan opgenomen afwijkingsbevoegdheid.

16. De ABRvS maakt korte metten met dit argument en overweegt dat de coördinatieregeling uit de Wro er niet aan in de weg staat dat B&W bij gecoördineerde besluitvorming gebruikmaken van een in het bestemmingsplan opgenomen afwijkingsbevoegdheid. De ruimtelijke gevolgen van die afwijkingsmogelijkheid acht de raad immers aanvaardbaar en het betreft een bevoegdheid van B&W om van die afwijkingsbevoegdheid gebruik te maken, aldus de Afdeling. Zo is het maar net. Het gaat hier om de binnenplanse afwijkingsbevoegdheid die haar basis vindt in art. 3.6 lid 1 onder c Wro.

H.J. de Vries

Jurisprudentie – II. Wabo c.a.

TBR 2018/175

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 26 september 2018, No. 201706794/1/A1, ECLI:NL:RVS:2018:3097 (Kwalificatie dakvlonder als bouwwerk)

(Mr. S.F.M. Wortmann)

Wabo: art. 2.1, eerste lid, aanhef en onder a en c

Bouwwerk, dakvlonder, dakterras, met bestemmingsplan strijdig gebruik

Met noot B. Rademaker, Red.

Overwegingen

1. Appellant heeft zonder omgevingsvergunning een houten vlonder op het dak van het pand op het perceel geplaatst. Het college heeft (appellant) daarom op grond van artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna: de Wabo), voor zover thans van belang, gelast de houten vlonder te verwijderen en verwijderd te houden en het gebruik van het dak als dakterras te beëindigen en beëindigd te houden. Het college heeft hieraan ten grondslag gelegd dat het plaatsen van een houten vlonder is aan te merken als een bouwwerk, omdat daarmee wordt voorzien in een dakafwerking met als doel ter plaatse permanent aanwezig te zijn. Voorts is het dakterras volgens het college in strijd met artikel 3,

derde lid, onder m, van het op dat moment geldende bestemmingsplan "Nieuwmarkt 2004", omdat ingevolge dat artikel op de tot gemengde doeleinden bestemde gronden uitsluitend gebouwen en bouwwerken, geen gebouwen zijnde, ten dienste van de bestemming mogen worden gebouwd en dakterrassen niet zijn toegestaan. In de besluiten op bezwaar van 30 juni 2015 en 17 mei 2016 heeft het college de opgelegde last onder dwangsom, voor zover het betreft de houten vlonder en het gebruik van het dak als dakterras, in stand gelaten.

2. De rechtbank heeft overwogen dat de houten vlonder dient te worden aangemerkt als bouwwerk. De rechtbank heeft voorts overwogen dat, naast overtreding van artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wabo, tevens sprake is van overtreding van het bepaalde in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van die wet. Door het aanbrengen van de vlonder bovenop de reeds aanwezige dakbedekking is de mogelijkheid gecreëerd om op het dak van het achterhuis te verblijven en dit te gebruiken als dakterras. (appellant) heeft in ieder geval ten tijde van de oplegging van de last onder dwangsom de vlonder ook daadwerkelijk als dakterras gebruikt. Daarmee heeft hij in strijd gehandeld met artikel 3, derde lid, onder m, van het bestemmingsplan. Dit verbod om een dakterras te bouwen omvat in een geval als de onderhavige te-

vens een verbod tot het gebruik van het dakterras. Overigens leidt reeds het enkele feit dat er een dakterras in strijd met artikel 3, derde lid, onder m, van het bestemmingsplan is gebouwd tot de conclusie dat is gehandeld in strijd met artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wabo, zodat al op grond daarvan handhaving mocht plaatsvinden, aldus de rechtbank.

3. Appellant betoogt dat de rechtbank er ten onrechte van uit gaat dat hij met de door hem aangelegde laag planken een dakterras heeft gerealiseerd. Het dak is volgens hem ook niet ingericht om te verblijven. Dat de mogelijkheid bestaat om op het dak te verblijven en het dak te gebruiken als dakterras maakt volgens (appellant) niet dat het dak dient te worden aangemerkt als dakterras. Verder heeft de rechtbank niet onderkend dat het college slechts artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wabo aan de lastgeving ten grondslag heeft gelegd en niet ook artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van die wet. Bovendien is het gebruik van een dak als dakterras in het bestemmingsplan niet verboden. Dat in het verleden sporadisch gebruik van het dak is gemaakt, leidt volgens (appellant) niet tot het oordeel dat sprake is van met het bestemmingsplan strijdige gebruik.

3.1. De rechtbank heeft met het college ten onrechte overwogen dat voor het aanbrengen van de vlonder een vergunning is vereist, als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wabo. De vlonder bestaat uit onderleggers met daarop houten vloerdelen. Niet in geschil is dat de losse houten vloerdelen op zichzelf geen constructies zijn. De vlonder is niet met het dak verbonden, maar ligt los op het dak. Omdat de vlonder geen onderdeel uitmaakt van het dak waarop de vlonder rust, is van een dakconstructie geen sprake. Dat de houten vloerdelen aan een losliggend frame van onderleggers zijn bevestigd, is niet voldoende om de vlonder als constructie en daarmee als bouwwerk te kwalificeren. Evenmin is daarvoor voldoende dat de vlonder is gelegen binnen de contouren van de opstaande met zink afgewerkte dakrand en op die manier steun vindt. Het aangebrachte isolatiemateriaal maakt dat niet anders. (Vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 25 juli 2018, ECLI: NL:RVS:2018:2510). Omdat voor het aanbrengen van de vlonder geen omgevingsvergunning is vereist, was het college in zoverre niet bevoegd handhavend op te treden tegen het dakterras. Het betoog slaagt in zoverre.

3.2. De last onder dwangsom is blijkens de formulering ervan ook gericht op het beëindigen van het gebruik van het dak als dakterras. Gelet op een foto van het dak van de woning op het perceel van 10 juli 2013 en de verklaring van (appellant) ter zitting bij de rechtbank en de Afdeling, heeft de rechtbank op zichzelf terecht overwogen dat (appellant), in strijd met het bestemmingsplan het dak als dakterras heeft gebruikt. Dat dat

volgens (appellant) slechts incidenteel heeft plaatsgevonden, doet er niet aan af dat het dak wel als dakterras is gebruikt.

Het college heeft evenwel slechts artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wabo aan de last ten grondslag gelegd en niet artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wabo. Het college is evenwel niet bevoegd op grond van artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wabo handhavend optreden tegen het gebruik van het dak als dakterras in strijd met het bestemmingsplan. Dat artikel behelst immers slechts een vergunningplicht voor bouwactiviteiten. Voor zover het college, voor zover het betreft het gebruik van het dak als dakterras, wel heeft bedoeld artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wabo aan de last ten grondslag te leggen, blijkt dat niet uit de besluiten op bezwaar van 30 juni 2015 en 17 mei 2016. Het college heeft in zijn besluit van 30 juni 2015, onder verwijzing naar het advies van de portefeuillehouder Handhaving van 22 juni 2015, immers expliciet geen gevolg gegeven aan het advies van de commissie bezwaarschriften van 19 maart 2015 om aan de last tevens artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wabo ten grondslag te leggen. Dit omdat, zo begrijpt de Afdeling het advies van de portefeuillehouder Handhaving, een verbod een dakterras te realiseren tevens het verbod tot gebruik van het dakterras omvat. De grondslag van de last is naar het oordeel van de Afdeling evenmin met het besluit op bezwaar van 17 mei 2016 aangepast, omdat dat besluit blijkens de tekst ervan alleen ziet op de bij besluit van 30 juni 2015 onbesproken gebleven gronden van bezwaar. De grondslag van de last was een reeds bij besluit 30 juni 2015 besproken grond. Dat de grondslag van de last, zoals het college heeft gesteld ter zitting, wel geacht moet worden te zijn aangepast met het besluit op bezwaar van 17 mei 2016 omdat daarin staat dat het college het advies van de commissie bezwaarschriften van 9 mei 2016 overneemt en in dat advies is herhaald dat het bestreden besluit dient te worden hersteld door de grondslag van de last aan te passen, leidt niet tot een ander oordeel. Ook in dat advies is immers vermeld dat het slechts ziet op de tot dan toe onbesproken gebleven punten van bezwaar, laat staan dat in het besluit op bezwaar van 17 mei 2016 herstel heeft plaatsgevonden.

Het betoog slaagt ook in zoverre.

4. Uit hetgeen hiervoor onder 3.1 en 3.2 is overwogen volgt dat niet is gehandeld in strijd met artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wabo, zodat het college niet bevoegd was op grond van dit artikel handhavend op te treden. Gelet hierop behoeven de overige beroepsgronden geen bespreking.

5. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd, voor zover de rechtsgevolgen van het besluit op bezwaar van 30 juni 2015 in stand zijn gelaten voor

zover het betreft de last onder dwangsom alsmede voor zover het beroep tegen het besluit op bezwaar van 17 mei 2016 ongegrond is verklaard. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep tegen het besluit op bezwaar van 17 mei 2016 gegrond verklaren en dit besluit vernietigen.

Dit betekent dat de rechtbank het besluit van 30 juni 2015 terecht heeft vernietigd en de rechtgevolgen van het vernietigde besluit terecht in stand heeft gelaten wat de intrekking betreft van het besluit van 5 november 2014 tot invordering van de verbeurde dwangsom.

Dit betekent verder dat het college met inachtneming van deze uitspraak opnieuw op alle bezwaren van (appellant) ten aanzien van de opgelegde last onder dwangsom van 30 juli 2013 dient te beslissen. Daarbij dient het college in ieder geval de reikwijdte van de last, de grondslag van de last en de hoogte van de dwangsom nader te bezien. Verder dient het college de door (appellant) genoemde strijd met het gelijkheidsbeginsel nader te bezien.

6. Met het oog op een efficiënte afdoening van het geschil, zal de Afdeling met toepassing van artikel 8:113, tweede lid, van de Awb bepalen dat tegen het nieuw te nemen besluit op bezwaar slechts bij haar beroep kan worden ingesteld.

7. Het college dient op na te melden wijze in de proceskosten te worden veroordeeld.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

I. verklaart het hoger beroep gegrond; (Enz., enz., Red.)

NOOT

1. Meer dan 117 jaar na de introductie van het begrip in de Woningwet 1901, blijft de bron voor jurisprudentie over de vraag of iets als 'bouwwerk' kwalificeert nog altijd onuitputtelijk. Antwoord op de vraag of iets een bouwwerk is, gaat vooraf aan de vraag of een vergunning voor het bouwwerk nodig is. Bij de beantwoording van beide vragen zijn zowel het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam als de rechtbank de mist ingegaan.

2. In bovenstaande uitspraak gaat het om los op een plat dak liggende, aan elkaar bevestigde, houten vlonders. De vlonders fungeren als een soort vloerbedekking en staan daarmee ten dienste van het met het bestemmingsplan strijdige gebruik van het dak als dakterras. Het college heeft de houten vlonders als vergunningplichtige bouwwerken aangemerkt. Vanuit die benadering is aan de lastgeving tot verwijdering van de vlonders, de overtreding van artikel 2.1, eerste lid, onderdeel a, Wabo, ten grondslag gelegd. Die zelfde overtreding is overigens ook aan het gebruik van het dak als dakterras ten grondslag gelegd.

3. Het 'juridische kaartenhuis' van het besluit zakt in elkaar omdat de vlonders niet als bouwwerk kunnen worden aangemerkt. De vlonders, hoewel met elkaar verbonden, liggen los op het dak. Daarmee ontbreekt een constructieve verbondenheid en is er, net als bijvoorbeeld bij het aanbrengen van schilderwerk (ABRvS 11 maart 1999, ECLI:NL:RVS:1999:AS4562, BR 1999/789 en ABRvS 24 augustus 2004, ECLI:NL:RVS:2011:BR5660) of een op de grond aangelegde terrasverharding (ABRvS 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1487) geen sprake van een bouwwerk. Van overtreding van het verbod om te bouwen zonder vergunning is dus geen sprake. De keuze om iets wel of niet als bouwwerk aan te merken blijft overigens wel enigszins arbitrair. Net als de houten vlonders liggen ook dakpannen veelal los op een dak. Het vervangen van dakpannen is echter wel als bouwactiviteit aangemerkt (ABRvS 27 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:162). Schilderwerk is dus geen bouwactiviteit, maar het aanbrengen van stucwerk is een constructieve voorziening omdat met dit materiaal op de gevels niet alleen het aangezicht maar ook de bouwkundige staat daarvan wijzigt (ABRvS 19 juni 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE4293, BR 2002/189).

4. Waren de vlonders aan het dak bevestigd, dan zou sprake zijn van een constructief karakter. De vlonders zouden in dat geval als bouwwerk aangemerkt moeten worden. Echter ook dan zou het de vraag zijn of artikel 2.1, eerste lid, onderdeel a, Wabo, als overtreding aan de lastgeving ten grondslag had kunnen worden gelegd. Met het bevestigen van vlonders op een dak verandert (naar het mij lijkt) niet de (hoofd)draagconstructie. Evenmin is sprake van een uitbreiding van de bebouwde oppervlakte of het bouwvolume en ook wordt de (sub)brandcompartimering niet gewijzigd. Daarmee zou sprake zijn van een verandering van een bouwwerk als bedoeld in artikel 3, onderdeel 8, van bijlage II bij het Bor (hierna: de bijlage), zodat alsnog geen sprake zou zijn van een overtreding van artikel 2.1, eerste lid, onderdeel a, Wabo.

5. Het is vaste rechtspraak dat bij toetsing van een bouwplan aan een bestemmingsplan niet slechts wordt bezien of het bouwwerk overeenkomstig de bestemming van het perceel kan worden gebruikt, doch mede of het bouwwerk ook met het oog op zodanig gebruik wordt opgericht. Een bouwwerk moet in strijd met de bestemming worden geoordeeld indien redelijkerwijs valt aan te nemen dat het bouwwerk uitsluitend of mede zal worden gebruikt voor andere doeleinden dan die waarin de bestemming voorziet (zie bijvoorbeeld de uitspraak van 31 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4746). Aangezien het gebruik van het dak als dakterras in strijd is met het bestemmingsplan, moeten ook de als bouwwerk aan te merken houten vlonders die ten dienste staan van dat gebruik in strijd worden geacht met het bestemmingsplan. En hoewel dankzij artikel 3, onderdeel 8, van de bijlage voor het bouwen geen vergunning nodig is, zouden de als bouwwerk aan te merken vlonders wel vergunningplichtig zijn op grond van artikel 2.1, eerste lid, onderdeel c, Wabo.

6. Het in strijd met een bestemmingsplan gebruiken van een dak als dakterras, is geen bouwactiviteit. Niet de overtreding van artikel 2.1, eerste lid, onderdeel a, maar de overtreding van artikel 2.1, eerste lid, onderdeel c, Wabo, had ten grondslag gelegd moeten worden aan de daartegen gerichte lastgeving. En hoewel de vlonders geen bouwwerk zijn, staan ze wel ten dienste van het met het bestemmingsplan strijdige gebruik van het dak als dakterras. Om die reden kunnen de vlonders aangemerkt worden als onderdeel van het strijdige gebruik als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onderdeel c, Wabo. Het maakt in dit geval voor de overtreding van artikel 2.1, eerste lid, onderdeel c, Wabo, dus niet uit of de vlonders al dan niet als bouwwerk zijn aan te merken.

7. The devil is in the details. Bouwwerken kunnen voor het bouwen vergunningvrij, maar voor planologisch

strijdig gebruik vergunningplichtig zijn. Andersom kunnen bouwwerken voor het bouwen vergunningplichtig, maar (in overeenstemming met het bestemmingsplan) voor strijdig gebruik vergunningvrij zijn. Voor werken die geen bouwwerk zijn, is voor het bouwen evident geen vergunning nodig. Die werken kunnen echter wel aanlegvergunningplichtig zijn, mits hiervoor in het bestemmingsplan een aanlegvergunningplicht is opgenomen. Ook in het geval voor de werken geen aanlegvergunningplicht in een bestemmingsplan is opgenomen, kunnen ze in strijd met het bestemmingsplan en dus vergunningplichtig zijn voor strijdig gebruik. Het bestuursorgaan dat handhavend optreedt moet op grond van artikel 5:9, onderdeel a, Awb, in het sanctiebesluit het overtreden voorschrijf vermelden. Zoals bovenstaande uitspraak laat zien, blijkt dat in de praktijk niet altijd eenvoudig.

B. Rademaker

Jurisprudentie – III. Bestuursrechtelijke schadevergoeding

TBR 2018/176

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 3 oktober 2018, No. 201601267/2/A2, ECLI:NL:RVS:2018:3192 (Lunet/Breda)

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

Wro: Art. 6.1

planschade, compensatie in natura, schadeberekening, deskundigenrapport

Met noot B.S. ten Kate, Red.

Procesverloop

Bij tussenuitspraak van 17 mei 2017 (hierna: tussenuitspraak) heeft de Afdeling het college opgedragen om binnen zestien weken na verzending van die uitspraak een nieuw besluit te nemen met inachtneming van hetgeen daarin is overwogen en dit besluit aan De Lunet en de Afdeling toe te zenden. De Afdeling heeft daarbij overwogen dat het vanwege de gebreken die kleven aan de twee door Ten Have Advies v.o.f. (hierna: Ten Have) opgestelde adviezen die het college aan eerder genomen besluiten op bezwaar ten grondslag heeft gelegd, in de rede ligt dat het college een andere deskundige verzoekt advies aan hem uit te brengen. Deze tussenuitspraak is aangehecht.

(...)

Overwegingen

Inleiding

1. De Lunet is sinds 4 april 2006 eigenaar van het appartementsrecht op het uitsluitend gebruik van het winkelcentrum De Lunet te Breda.

Bij formulier van 13 mei 2013 heeft zij het college verzocht haar tegemoet te komen in de planschade die zij lijdt als gevolg van het op 24 december 2010 in werking getreden bestemmingsplan ‘Steenakker, Stadionstraat e.o.’, waarin de detailhandelsbestemming van het winkelcentrum is wegbestemd.

2. Het college heeft het verzoek van De Lunet bij het bij besluit van 9 februari 2015 gehandhaafde besluit van 15 juli 2014 afgewezen. Bij uitspraak van 6 januari 2016 heeft de rechtbank het besluit van 9 februari 2015 vernietigd en het college opgedragen een nieuw besluit te nemen op het door De Lunet gemaakte bezwaar met inachtneming van haar uitspraak.

3. Bij besluit van 9 maart 2016 heeft het college uitvoering gegeven aan de rechtbankuitspraak. Aan het besluit heeft het college een advies van Ten Have van 3 maart 2016 ten grondslag gelegd. Volgens dit advies dient de planschade die De Lunet lijdt te worden vastgesteld op € 500.000,00. Het normaal maatschappelijk risico van De Lunet is gesteld op 5% van de waarde van het winkelcentrum. Aangezien de waarde van het winkelcentrum voor de planwijziging € 8.000.000,00 bedroeg, dient De Lunet een schadebedrag van € 400.000,00 (5% van € 8.000.000,00) zelf te dragen en bedraagt de schade die voor tegemoetkoming in aanmerking komt € 100.000,00. Het college compenseert De Lunet in natura, door haar in de gelegenheid te stellen om binnen vijf jaar na het onherroepelijk worden van dit besluit te verzoeken om een nieuw bestemmingsplan waarin de in het

oude planologische regime opgenomen gebruiksmogelijkheden voor detailhandel in niet-dagelijkse goederen ter plaatse van de bestaande bebouwing van het winkelcentrum worden hersteld, aldus het besluit van 9 maart 2016.

De tussenuitspraak

4. De Afdeling heeft in de tussenuitspraak geoordeeld dat het besluit van 9 maart 2016 is genomen in strijd met artikel 7:12 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Hiertoe heeft zij het volgende overwogen.

Ten Have heeft ervoor gekozen de tegemoetkoming vorm te geven als een 'incentive' ten bedrage van € 500.000,00, ongeveer 60% van de jaarlijkse huursom. Dit bedrag zou door De Lunet gebruikt kunnen worden om, ingeval een huurder vertrekt, tijdig een opvolgende huurder aan te trekken en een korting op de reguliere huursom te bekostigen. De Lunet wijst er terecht op dat een eenmalige uitkering geen recht doet aan het gegeven dat de situatie ter plaatse permanent is gewijzigd. Het overgangsrecht maakt het mogelijk om steeds wanneer een huurder vertrekt binnen een jaar een nieuwe huurder te vinden. Lukt dit niet, dan mag detailhandel niet worden voortgezet in de leeggekomen winkelruimte. Het is aannemelijk dat, zoals De Lunet aanvoert, leegstand van een winkelruimte ertoe zal leiden dat ook andere winkeliers zullen vertrekken. Een winkelcentrum met lege winkelruimten is niet aantrekkelijk voor winkelend publiek en daarmee ook niet voor ondernemers. Omdat het vertrek van winkeliers, dat, gelet op de wijziging van het planologische regime ook beoogd is, onafwendbaar is, is een 'incentive' in dit geval niet een geschikte manier om planschade te compenseren. Deze wijze van compenseren verhoudt zich overigens ook slecht met de analyse van Ten Have, dat de waardeontwikkeling van winkelvastgoed onzeker is door hogere leegstandsrisico's en neerwaartse druk op huurprijzen, zoals zeker geldt voor gebieden met relatief veel leegstaand winkelvastgoed, waaronder diverse winkelgebieden in Zuid-Nederland. Het ligt meer voor de hand om in een geval waarin de situatie blijvend is veranderd een compensatiemethode te gebruiken die rekening houdt met het permanente karakter. Uit het vorenstaande volgt dat het aanvullend advies gebrekkig is op het onderdeel schadebegroting, aldus de Afdeling in de tussenuitspraak.

Ten Have zet in haar advies van 3 maart 2016 verder uiteen dat het oude bestemmingsplan 'Tuinzigt' in 1994 in werking is getreden, bestemmingsplannen elke tien jaar herzien moeten worden en dat het derhalve in de rede lag dat het plan zou worden aangepast. Aangezien al uit de toelichting op 'Tuinzigt' blijkt dat de gemeenteraad heeft gesignaleerd dat de hiërarchische opbouw van winkelvoorzieningen in toenemende mate onder druk staat en de winkelleegstand in de periode van 2006-2012 is toegenomen, lag een wijziging van de ruimtelijke ontwikkeling volgens Ten Have in de lijn der

verwachting. Ten Have wijst er in dit verband ook op dat uit de concept-Detailhandelsnota, die in oktober 2001 en de Detailhandelsnota 2002 die op 28 februari 2002 door de raad van de gemeente Breda is vastgesteld, kenbaar is dat een voor het winkelcentrum negatieve planologische ontwikkeling in het verschiet ligt. De maatschappelijke ontwikkeling die Ten Have beschrijft is algemeen gesteld. De aftrek van 5% is betrekkelijk hoog voor een geval van directe planschade, zoals hier aan de orde, mede gelet op de omstandigheid dat de wetgever voor directe planschade geen forfaitaire drempel heeft gesteld, aldus de Afdeling in de tussenuitspraak.

In het besluit van 9 maart 2016 heeft het college De Lunet in de gelegenheid gesteld om binnen vijf jaar na het onherroepelijk worden van dit besluit te verzoeken om een nieuw bestemmingsplan waarin de in het oude planologische regime opgenomen gebruiksmogelijkheden voor detailhandel in niet-dagelijkse goederen ter plaatse van de bestaande bebouwing van het winkelcentrum worden hersteld. Hoewel het college in het nieuwe besluit op bezwaar heeft toegezegd dat het, ingeval compensatie in natura niet mogelijk is om redenen gelegen buiten de macht van De Lunet of haar rechtsopvolger(s), alsnog zal overgaan tot betaling van een tegemoetkoming in schade door Ten Have begroot op € 100.000,00, te vermeerderen met de wettelijke rente over de periode van 13 mei 2013 tot de dag van uitbetaling, voldoet het besluit van 9 maart 2016 niet aan de daaraan te stellen eisen. De Afdeling heeft hiertoe overwogen dat onvoldoende zeker is wanneer De Lunet gecompenseerd zal worden, nu in het besluit alleen is vastgelegd tot welk moment De Lunet om een voor haar gunstige planologische wijziging kan verzoeken. Vanwege eventuele procedures die over het voor De Lunet gunstige regime kunnen worden gevoerd kan het nog jaren duren voordat kan worden geconstateerd dat compensatie in natura niet mogelijk is en De Lunet alsnog een financiële vergoeding krijgt. Dit is vanuit het oogpunt van rechtszekerheid niet aanvaardbaar, aldus de Afdeling in de tussenuitspraak.

Nieuw besluit op bezwaar

5. Ter voorbereiding op het nieuw te nemen besluit heeft het college mr. F.A. Mulder verzocht te adviseren over hoe het uitvoering zou moeten geven aan de door de Afdeling in de tussenuitspraak gegeven opdracht. Mulder heeft samen met ing. J. van Lenthe MRICS RT en mr. H.A. Bijkerk (hierna tezamen en in enkelvoud: Mulder) op 6 oktober 2017 advies uitgebracht aan het college.

Volgens Mulder is de waarderingsmethode die is gebruikt voor de waardering van het appartementsrecht van De Lunet onder het oude planologische regime niet bruikbaar voor de waardering onder het nieuwe planologische regime. De toegepaste huurwaardekapitalisatie gaat uit van voortgezette exploitatie en hiervan is onder het nieuwe regime geen sprake. De optimale benutting van het appar-

tementsrecht van De Lunet is een tijdelijke voortzetting van de bestaande exploitatie met daarna een herontwikkelingscenario. Volgens Mulder is het beste herontwikkelingscenario een herontwikkeling van alle appartementsrechten gezamenlijk. Dit is de meest realistische wijze voor de eigenaren van de appartementsrechten om hun investeringen terug te verdienen. Verder dient uitgegaan te worden van een in de ontwikkelperiode tijdelijke en aflopende voortzetting van de verhuur als winkelcentrum onder het overgangsrecht, omdat deze ontwikkeling de hoogste waarde oplevert. De waarde van het winkelcentrum is onder het nieuwe planologische regime afgerond een bedrag van € 3.000.000,00. Door Ten Have is de waarde van het winkelcentrum onder het oude planologische regime vastgesteld op € 8.000.000,00. Uitgaande van de door Ten Have gehanteerde kosten voor juridische overdracht van 7%, komt de waarde na aftrek van de kosten koper op € 2.803.738,00 onder het nieuwe, en op € 7.477.000,00 onder het oude regime. Dat betekent dat de waardedaling € 4.673.262,00 bedraagt.

Onder verwijzing naar vaste rechtspraak van de Afdeling stelt Mulder dat bij de vaststelling van het normaal maatschappelijk risico alle van belang zijnde omstandigheden van het geval moeten worden betrokken. Volgens Mulder maakt de omstandigheid dat het oude bestemmingsplan 'Tuinzigt' dateert uit 1994, dat er in algemene zin rekening mee gehouden moet worden dat een nieuw bestemmingsplan zal worden vastgesteld, waarin de planologie aan de hand van het op dat moment geldende beleid en de maatschappelijke ontwikkelingen van dat moment wordt aangepast. Volgens Mulder lag het vervallen van de bestemming detailhandel voor niet-dagelijkse goederen op basis van het bestemmingsplan 'Tuinzigt' niet in de lijn der verwachting. Mulder acht relevant dat uit het beleid van de gemeente, opgenomen in de Detailhandelsnota 2002, volgt dat voor het winkelcentrum van De Lunet moet worden gezocht naar een alternatieve vestiging van het aanwezige aanbod in samenhang met herontwikkeling van deze locatie tot stedelijk gebied. Aangenomen mag worden dat dergelijk beleid zich op termijn zal vertalen in een nieuw bestemmingsplan. Een dergelijke herontwikkeling past volgens Mulder ook in de ruimtelijke structuur van het gebied, waarbij het winkelcentrum een extensief bebouwd terrein vormt in een gebied aan de rand van het centrum met omringende dichtere bebouwing. Een dergelijke herontwikkeling past ook in een breder waarneembare trend waarbij locaties zoals die van De Lunet, gelegen nabij het centrum van steden, worden herontwikkeld voor met name woningbouw met verlies van detailhandelsmogelijkheden tot gevolg. Dit betekent dat het wegvallen van de detailhandelsbestemming enigszins te verwachten was. Hier staat tegenover dat het gaat om directe planschade en het wegbestemmen van de detailhandelsbestemming voor niet-dagelijkse goederen voor De Lunet tot nadeel van een aanzienlijke

omvang heeft geleid. Hierbij moet in ogenschouw worden genomen dat de wijze waarop de appartementen in 2006 zijn gesplitst heeft bijgedragen aan de omvang van de schade. De verschillende omstandigheden overziend, acht Mulder een normaal maatschappelijk risico van 3% van de waarde van het appartementsrecht gerechtvaardigd. Dit komt neer op een aftrek van € 224.310,00.

Mulder acht compensatie in natura niet aangegeven. Als rekening wordt gehouden met gemiste huurinkomsten van ongeveer € 850.000,00 per jaar en de blijvende instandhoudingskosten, zoals belastingen, verzekeringen en onderhoud, begroot op € 50.000,00 per jaar, loopt de inkomensschade zo snel op, dat het opnieuw mogelijk maken van detailhandel voor niet-dagelijkse goederen ter plaatse van de bestaande bebouwing van het winkelcentrum niet leidt tot daadwerkelijke compensatie voor de geleden planschade, aldus Mulder in het op 6 oktober 2017 aan het college uitgebrachte advies.

6. Volgens het college, bijgestaan door Steenhuijs Grondzaken B.V. (hierna: Steenhuijs) riep het advies van Mulder veel vragen op en waren er concrete aanknopingspunten voor twijfel aan de juistheid en volledigheid ervan. Het college heeft daarom Steenhuijs verzocht het advies van Mulder te beoordelen en een advies uit te brengen. Deze beoordeling is namens Steenhuijs gemaakt door J. Gijsbers BBA MRICS RT en drs. P.C. van Arnhem MRE RT FRICS en heeft geresulteerd in een advies van 7 november 2017. Volgens Steenhuijs moeten de berekeningen van de waarde van het appartementsrecht van De Lunet voor en na de inwerkingtreding van het bestemmingsplan 'Steenaker, Stadionstraat e.o.', methodologisch op elkaar worden afgestemd. Een meer consistente berekening leidt tot een geringere waardedaling van het appartementsrecht. Steenhuijs komt tot een waardedaling van € 2.315.000,00.

7. Aan het besluit van 21 november 2017 heeft het college ten dele het advies van Ten Have van 26 juni 2014, ten dele het advies van Mulder en ten dele het advies van Steenhuijs ten grondslag gelegd. In dit besluit heeft het college zich op het standpunt gesteld dat De Lunet medeschuld heeft aan de waardedaling van haar appartementsrecht. De gemeente Breda en HEJA Projectontwikkeling B.V. (hierna: HEJA) hebben op 27 juli 2009 een samenwerkingsovereenkomst gesloten. In deze overeenkomst is neergelegd dat de herontwikkeling van het winkelcentrum een volledig eigenstandige en gescheiden ontwikkeling is, die volledig voor rekening en risico van HEJA komt en conform de gebruikelijke gemeentelijke 'intake' voor nieuwe initiatieven zal worden behandeld. HEJA heeft bij brief van 2 juli 2009 te kennen gegeven mee te zullen werken aan het wegbestemmen van detailhandel in niet-dagelijkse goederen ter plaatse van de bestaande bebouwing van het winkelcentrum,

en geen verzoeken om tegemoetkoming in planschade te zullen indienen. Deze brief is voor de gemeente aanleiding geweest de door HEJA gewenste bestemmingswijziging te realiseren. Later is gebleken dat HEJA op 2 juli 2009 geen eigenaar was van het appartementsrecht op het uitsluitend gebruik van het winkelcentrum. De Lunet heeft op 10 juli 2009 een koopovereenkomst met HEJA gesloten, die ziet op de overdracht van dit appartementsrecht. Uit deze koopovereenkomst blijkt dat HEJA voornemens was het winkelcentrum te herontwikkelen. De Lunet was hiervan dus op de hoogte. De eigendomsoverdracht heeft uiteindelijk niet plaatsgevonden, omdat HEJA failliet ging. Voor het faillissement heeft HEJA met goedvinden van De Lunet huurders van het winkelcentrum laten verhuizen naar een ander winkelcentrum, Stada Stores. Verder is volgens het college van belang dat HEJA via Interesting Holding B.V. gedeeltelijk eigenaar was van De Lunet. Omdat De Lunet bewust het risico in het leven heeft geroepen dat haar appartementsrecht in waarde zou dalen, dient 50% van de planschade, dat is € 1.157.500,00, voor haar rekening te worden gelaten. Er dient volgens het college verder een bedrag van € 500.000,00 in mindering te worden gebracht op de tegemoetkoming in planschade aan De Lunet, omdat HEJA volgens de koopovereenkomst van 10 juli 2009 gehouden was dit bedrag uiterlijk op 31 december 2012 aan De Lunet te betalen als waarborgsom. Hiermee is een deel van de waardevermindering van het appartementsrecht van De Lunet anderszins verzekerd. Het college volgt Mulder in zijn advies om 3% van de waarde van het appartementsrecht van De Lunet tot het normaal maatschappelijk risico te rekenen. De Lunet heeft aldus aanspraak op een tegemoetkoming ten bedrage van € 444.200,00. Het college volgt Mulder niet in zijn advies dat de tegemoetkoming in de planschade van De Lunet niet in natura kan plaatsvinden. Het college is van oordeel dat, met inachtneming van hetgeen de Afdeling in de tussenuitspraak heeft overwogen over de rechtszekerheid, De Lunet als volgt in natura kan worden gecompenseerd. De Lunet wordt in de gelegenheid gesteld om gedurende een jaar vanaf het onherroepelijk worden van dit besluit op bezwaar via een verzoek om een nieuw bestemmingsplan de onder het oude planologische regime geldende gebruiksmogelijkheden voor detailhandel in niet-dagelijkse goederen ter plaatse van de bestaande bebouwing van het winkelcentrum, te herstellen. Mocht compensatie in natura niet binnen drie jaar na het verzoek van De Lunet om aanpassing van het bestemmingsplan mogelijk zijn, vanwege redenen die buiten de macht van De Lunet liggen, dan zal het college alsnog overgaan tot betaling van het bedrag van € 444.200,00, te vermeerderen met de wettelijke rente over de periode vanaf 13 mei 2013 tot de dag van uitbetaling van de tegemoetkoming. De geleden inkomensschade die het gevolg is van het in werking treden van het bestemmingsplan 'Steenak-

ker, Stadionstraat e.o.', door het college ook aangeduid als vertragingssschade, komt voor rekening van de gemeente Breda. Bij berekening van de vertragingssschade zal rekening worden gehouden met de betaling van de waarborgsom van € 500.000,00 aan De Lunet en de schuld die De Lunet heeft aan het ontstaan van de schade. Mocht de vertragingssschade zo hoog zijn, dat een compensatie in natura niet leidt tot een werkelijke compensatie van de voor tegemoetkoming in aanmerking komende planschade, dan zal het college binnen drie jaar na het onherroepelijk worden van dit besluit op bezwaar alsnog overgaan tot betaling van het bedrag van € 444.200,00, te vermeerderen met de wettelijke rente over de periode vanaf 13 mei 2013 tot de dag van uitbetaling van de tegemoetkoming, aldus het besluit van 21 november 2017.

8. Het besluit van 21 november 2017 wordt, gelet op artikel 6:24, gelezen in samenhang met artikel 6:19 van de Awb, geacht voorwerp te zijn van dit geding.

9. Het college heeft, wegens de op hem rustende vergewisplicht, waarop het in zijn besluit ook heeft gewezen, terecht onderzocht of het advies van Mulder voldoet aan de daaraan te stellen eisen. Anders dan het college ziet de Afdeling geen aanknopingspunten voor twijfel aan de juistheid of volledigheid van dit advies. Het college heeft in het besluit twee punten genoemd, die voor hem aanleiding zijn geweest het advies van Mulder terzijde te schuiven. In de eerste plaats heeft Mulder bij zijn begroting van de schade de werkelijke waarden van de jaren na de peildatum meegenomen. Hiermee wordt volgens het college de peildatum verlaten. In de tweede plaats heeft Mulder bij zijn begroting van de schade werkelijke inkomsten gehanteerd. Volgens het college heeft Mulder hiermee ten onrechte elementen bij zijn schadebegroting betrokken, die niet het gevolg zijn van de bestemmingswijziging, zoals de toegenomen concurrentie en de slechte staat van het winkelcentrum.

De Afdeling stelt vast dat Mulder in zijn advies heeft toegelicht waarom hij de werkelijke huurinkomsten heeft betrokken bij zijn schadebegroting. Volgens Mulder maakte het overgangsrecht het voor de huurders mogelijk gebruik te blijven maken van de door hen gehuurde ruimten in het winkelcentrum. Hij is er daarom van uitgegaan dat de huurders tot het einde van hun huurovereenkomst gebruik blijven maken van de door hen gehuurde ruimten. Het college heeft dit uitgangspunt niet weersproken. De Afdeling acht dit uitgangspunt niet onjuist. De Afdeling volgt De Lunet niet in haar standpunt, dat bij de begroting van inkomensschade de situatie die het overgangsrecht mogelijk maakt, niet mag worden betrokken. Omdat anders schade wordt vergoed die niet wordt geleden, heeft Mulder de werkelijke huurinkomsten bij zijn begroting betrokken. Dat op de huurinkomsten van

De Lunet de toegenomen concurrentie en de staat van het winkelcentrum van invloed zijn, heeft het college niet aannemelijk gemaakt. Dat de schade ook op een andere wijze begroot kan worden, zoals volgt uit het door het college ingebrachte advies van Steenhuijs en het door De Lunet ingebrachte advies van De Lorijn, betekent niet dat de schadebegroting in het advies van Mulder gebrekkig is. Daarbij komt dat aan het advies van Mulder gewicht toekomt omdat dit is uitgebracht door een onafhankelijk en onpartijdig deskundige. Mulder is als onafhankelijk en onpartijdig deskundige benoemd in overeenstemming met de Procedureverordening voor advisering tegemoetkoming in planschade gemeente Breda 2008, en heeft op objectieve wijze verslag gedaan van het door hem verrichte onderzoek. De schadebegroting, zoals uiteengezet in zijn advies, is verder duidelijk en controleerbaar en Mulder heeft daarbij begrijpelijke en redelijke keuzes gemaakt. De Afdeling neemt voorts in aanmerking dat Mulder in zijn advies op overtuigende wijze de door zowel het college als De Lunet tegen zijn conceptadvies ingebrachte bezwaren heeft weerlegd. Het college heeft dan ook ten onrechte aanleiding gezien de schadebegroting van Mulder terzijde te schuiven.

10. De Afdeling begrijpt het standpunt van het college dat De Lunet medeschuld heeft aan de waardedaling van haar appartementsrecht zo dat het De Lunet eigen schuld, als bedoeld in artikel 6:101, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, tegenwerpt. Van eigen schuld is sprake als de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend. Dat een eigenaar van een onroerende zaak of een zakelijk recht zijn eigendom overdraagt aan een persoon die de zaak of het recht op een andere wijze wil gebruiken dan de eigenaar brengt niet met zich dat aan de eigenaar eigen schuld kan worden tegengeworpen. Dit zou slechts anders zijn als de eigenaar actief heeft meegewerkt aan, bijvoorbeeld, een bestemmingswijziging of, specifiek in dit geval, huurders heeft gestimuleerd een andere locatie te zoeken voor hun winkels. Maar het college heeft geen stukken overgelegd waaruit blijkt dat De Lunet dergelijke handelingen heeft verricht. Het college heeft zich ook niet op het standpunt gesteld dat De Lunet met HEJA te vereenzelvigen is. Daarom doet ook niet ter zake of HEJA met de huurders van het winkelcentrum afspraken heeft gemaakt over de verplaatsing naar Stada Stores, zoals het college stelt. Dat tussen het moment waarop De Lunet en HEJA de koopovereenkomst hebben gesloten en het moment waarop de overdracht van het appartementsrecht had moeten plaatsvinden een aantal maanden zouden verstrijken en de kans bestond dat HEJA in de tussentijd zou failleren, zoals het college ter zitting naar voren heeft gebracht, brengt ook niet met zich dat aan De Lunet eigen schuld kan worden tegengeworpen. Het is in het maatschap-

pelijk verkeer niet ongebruikelijk dat een koper en verkoper met elkaar afspreken dat de koper enige tijd krijgt om, bijvoorbeeld, de financiering van de aankoop op orde te krijgen. De gemeenteraad van Breda heeft vooruitlopend op de eigendoms-overdracht van het appartementsrecht op het uitsluitend gebruik van het winkelcentrum aan HEJA de bestemming die rust op de gronden waarop het winkelcentrum is gelegen, gewijzigd. Het was HEJA die als ontwikkelaar met de gemeente heeft onderhandeld over het wegbestemmen van detailhandel in niet-dagelijkse goederen ter plaatse van de bestaande bebouwing van het winkelcentrum. HEJA was geen eigenaar van het appartementsrecht op het uitsluitend gebruik van het winkelcentrum. In hetgeen het college heeft aangevoerd ziet de Afdeling geen aanknopingspunten om de gevolgen van het handelen van de gemeente gedeeltelijk als eigen schuld aan De Lunet toe te rekenen.

11. De Afdeling volgt het college verder niet in zijn standpunt dat met de waarborgsom die HEJA aan De Lunet heeft betaald een deel van de planschade van De Lunet anderszins is verzekerd. De waarborgsom was blijkens die overeenkomst bedoeld als verzekering voor de nakoming van de koopovereenkomst en niet als tegemoetkoming in schade die een nog in werking te treden bestemmingsplan met zich zou brengen.

12. De Afdeling volgt het college wel in zijn standpunt dat 3% van de waarde van het appartementsrecht van De Lunet tot het normaal maatschappelijk risico van De Lunet moet worden gerekend. De motivering die Mulder in zijn advies voor het normaal maatschappelijk risico heeft gegeven en hierboven, onder 5, verkort is weergegeven, kan naar het oordeel van de Afdeling een korting gesteld op dit percentage dragen.

Beëindiging geschil

13. Uit de tussenuitspraak volgt dat de hoger beroepen van De Lunet en het college ongegrond zijn en dat de aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd. Uit de tussenuitspraak volgt verder dat het van rechtswege ontstane beroep tegen het besluit van 9 maart 2016 gegrond is en dat dit besluit wegens strijd met artikel 7:12, eerste lid, van de Awb voor vernietiging in aanmerking komt. Uit het hiervoor overwogene volgt dat het van rechtswege ontstane beroep tegen het besluit van 21 november 2017 gegrond is en dat ook dit besluit wegens strijd met artikel 7:12, eerste lid, van de Awb voor vernietiging in aanmerking komt. Omdat het college er niet in is geslaagd een deugdelijk gemotiveerd besluit op het verzoek om tegemoetkoming in de door De Lunet geleden planschade te nemen, ziet de Afdeling ter beëindiging van het geschil aanleiding zelf in de zaak te voorzien. Het besluit van 15 juli 2014 dient te worden herroepen. De Afdeling zal, in aansluiting op

de schadebegroting van Mulder en de 3% korting vanwege het normaal maatschappelijk risico van De Lunet, de tegemoetkoming in de door De Lunet geleden planschade die het college dient te betalen vaststellen op een bedrag van € 4.448.952,00, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van ontvangst van de aanvraag tot de dag van algehele voldoening. Het college wordt in de gelegenheid gesteld de planschade van De Lunet geheel of gedeeltelijk in natura te vergoeden door de detailhandelsfunctie ter plaatse van de bestaande bebouwing van het winkelcentrum terug te laten bestemmen of in overleg met De Lunet een voor haar andere gunstige bestemming op deze gronden te leggen. Mocht het college hiervoor kiezen, dan geldt dat het nieuwe bestemmingsplan binnen drie jaar na dagtekening van deze uitspraak onherroepelijk moet zijn. Het college heeft in zijn besluit van 21 november 2017 voor de termijn van drie jaar gekozen en de Afdeling acht deze termijn vanuit het oogpunt van rechtszekerheid redelijk. Wordt deze termijn niet gehaald, vanwege redenen die buiten de macht van De Lunet liggen, dan dient het college De Lunet alsnog voormelde tegemoetkoming in geld te betalen. Verder dient het college de schade te vergoeden die De Lunet als gevolg van de inwerkingtreding van het bestemmingsplan 'Steenaker, Stadionstraat e.o.' heeft geleden en zal lijden tot het moment dat het nieuwe bestemmingsplan onherroepelijk is. In het besluit van 21 november 2017 heeft het college te kennen gegeven deze schadepost voor zijn rekening te willen nemen. Op de vergoeding van de schade mag het college niet de bedragen in mindering brengen die het in het besluit van 21 november 2017 heeft toegepast, met uitzondering van een korting vanwege het normaal maatschappelijk risico van De Lunet. Kiest het college ervoor de planschade van De Lunet in natura te vergoeden, dan kan tegen het besluit dat het college hierover neemt slechts beroep bij de Afdeling worden ingesteld (zie artikel 8:113, tweede lid, van de Awb).

14. De Afdeling zal bepalen dat deze uitspraak in de plaats treedt van het besluit van 21 november 2017.

15. Het college dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten in hoger beroep te worden veroordeeld.

15.1. Over het verzoek van De Lunet om vergoeding van de in hoger beroep gemaakte deskundigenkosten overweegt de Afdeling dat het in dit geval redelijk is dat De Lunet tweemaal advies heeft gevraagd aan De Larijn. De Afdeling stelt vast dat De Lunet geen facturen of urespecificaties van de door De Larijn aan haar op 19 april 2016 en 18 december 2017 uitgebrachte adviezen heeft overgelegd. De Afdeling stelt het aantal uren voor het advies van 19 april 2016 op 10 uur en het aantal uren voor het advies van 18

december 2017 op 5 uur. De Afdeling gaat verder uit van een forfaitair uurtarief van € 121,95. De te vergoeden deskundigenkosten komen daarmee op een bedrag van € 1.829,25.

15.2. Voor de vergoeding van kosten van leende rechtsbijstand worden punten toegekend aan verrichte proceshandelingen. In hoger beroep gaat het om vijf proceshandelingen die voor tegemoetkoming in aanmerking komen, te weten het indienen van een verweerschrift, het twee keer verschijnen ter zitting bij de Afdeling en het indienen van twee zienswijzen. Dit zijn in totaal 4 punten. Per punt wordt volgens genoemde bijlage een forfaitair bedrag van € 501,00 toegekend, hetgeen neerkomt op € 2.004,00. De Afdeling ziet geen aanleiding van deze forfaitaire berekening af te wijken. (Enz. enz. red.)

NOOT

1. Deze uitspraak is het einde van een op 13 mei 2013 aan-
gevangen planschadeprocedure waarover de Afdeling eerder heeft geoordeeld in haar tussenuitspraak van 17 mei 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:1293). In haar noot bij deze tussenuitspraak (TBR 2017/149) schenkt G. van den Broek ruime aandacht aan de voorzienbaarheid, de omvang van het maatschappelijk risico en de mogelijkheid van compensatie in natura. Beide laatste aspecten komen in de einduitspraak terug, naast een aantal andere aspecten die het bespreken waard zijn.

2. Aan het verzoek om vergoeding van planschade ligt ten grondslag het verdwijnen van een detailhandelsbestemming. Uit de beide uitspraken maak ik op dat deze bestemmingswijziging was ingegeven door een initiatief van een projectontwikkelaar (HEJA) die het winkelcentrum wilde herontwikkelen. HEJA had de gemeente laten weten mee te zullen werken aan het wegbestemmen van detailhandel in niet-dagelijkse goederen en geen verzoeken om tegemoetkoming in planschade te zullen indienen. De gemeente en HEJA sluiten een samenwerkingsovereenkomst en de gemeente wijzigt vervolgens, kennelijk ter uitvoering van deze overeenkomst, het bestemmingsplan. Eerst later blijkt dat HEJA weliswaar het winkelcentrum van De Lunet B.V. had gekocht, maar daarvan nimmer eigenaar is geworden. Voordat levering plaatsvindt gaat HEJA failliet. De Lunet vraagt vervolgens om vergoeding van planschade.

3. De gemeente wringt zich vervolgens in vele bochten om de gevolgen van de met HEJA gemaakte afspraken tenminste ten dele ook voor rekening van De Lunet te laten komen. Zo stelt de gemeente dat De Lunet eigen schuld heeft aan het ontstaan van de schade, doordat zij zich bereid heeft getoond om aan de plannen van HEJA mee te werken. De Afdeling gaat daar niet in mee: dat een eigenaar zijn onroerende zaak in eigendom overdraagt aan iemand die de zaak anders wil gebruiken brengt naar het oordeel van de Afdeling niet met zich dat aan de eigenaar eigen schuld kan worden tegengeworpen. Dit zou wellicht anders zijn geweest

als De Lunet actief zou hebben meegewerkt aan het ontstaan van de schade door zelf om de planwijziging te vragen of door huurders van het winkelcentrum te stimuleren om de huur te beëindigen. Dat De Lunet door het sluiten van een koopovereenkomst met HEJA de schijn heeft gewekt dat zij met de door die ontwikkelaar gewenste plannen instemde is onvoldoende om eigen schuld te kunnen aannemen.

4. In de tussenuitspraak had de Afdeling overwogen dat die vanwege de door haar geconstateerde gebreken die kleefden aan de in opdracht van de gemeente uitgebrachte adviezen in de rede lag dat de gemeente een andere adviseur zou inschakelen. Die andere adviseur (Mulder) taxeert een waardevermindering van ruim 4,6 miljoen euro en een maatschappelijk risico van 3%. Mulder adviseert voorts de schade niet in natura te vergoeden omdat de tijdelijke schade zo snel zal oplopen 'dat het opnieuw mogelijk maken van detailhandel voor niet-dagelijkse goederen ter plaatse van de bestaande bebouwing van het winkelcentrum niet leidt tot daadwerkelijke compensatie voor de geleden planschade'. De gemeente is met deze advisering niet gelukkig en vraagt een derde adviseur (Steenhuijs) om advies. Steenhuijs taxeert de waardevermindering op ruim 2,3 miljoen euro, minder dan de helft van de door Mulder getaxeerde waardevermindering.

5. Ook dit kan de gemeente echter niet baten. Volgens vaste rechtspraak (onder meer de uitspraak van de Afdeling van 26 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:56) mag een bestuursorgaan, indien in een advies van een door dat bestuursorgaan benoemde deskundige op objectieve en onpartijdige wijze verslag is gedaan van het door de 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, bij het nemen van een besluit van dat advies uitgaan, tenzij concrete aanknopingspunten voor twijfel aan de juistheid of volledigheid ervan naar voren zijn gebracht. Uit de onderhavige uitspraak volgt opnieuw dat het bestuursorgaan dat niet alleen mag maar onder omstandigheden ook moet. Alleen wanneer bedoelde concrete aanknopingspunten zich wel voordoen kan een bestuursorgaan bij een andere deskundige opnieuw om advies vragen. In dit geval had de gemeente wel twee concrete aanknopingspunten benoemd, maar die aanknopingspunten kunnen volgens de Afdeling het inwinnen van een nieuw advies niet rechtvaardigen.

6. Pikant is dan natuurlijk het enorme verschil tussen de beide in opdracht van de gemeente verrichte taxaties. Dat de taxatie van Steenhuijs achteraf niet alsnog een con-

creet aanknopingspunt als hiervoor bedoeld kan opleveren om het inroepen van die taxatie te rechtvaardigen laat zich raden, omdat dat de deur zou openzetten voor het vragen van advies telkens wanneer de uitkomst van een eerder advies niet bevalt. De Afdeling zegt hierover slechts dat de omstandigheid dat de schade ook op een andere wijze begroot kan worden niet betekent dat de schadebegroting door Mulder gebrekkig is. Dat argument acht ik minder overtuigend: het geldt immers evengoed voor het advies van Steenhuijs.

7. Aanvankelijk had de gemeente een maatschappelijk risico van 5% gehanteerd. In de tussenuitspraak gaf de Afdeling aan dit een 'betrekkelijk hoog' percentage te vinden nu het gaat om directe planschade. Het op advies van Mulder gehanteerde percentage van 3 vindt bij de Afdeling wel genade.

8. Hoewel Mulder daarover negatief had geadviseerd, laat de Afdeling de gemeente wel de ruimte om in natura te compenseren 'onder de in deze uitspraak daaraan gestelde voorwaarden'. Die voorwaarden zijn:

- het nieuwe bestemmingsplan dient binnen drie jaar na de uitspraak onherroepelijk te zijn;
- aan De Lunet dient ook vergoed te worden de schade die zij als gevolg van het wegbestemmen van de detailhandelsbestemming heeft geleden en zal lijden tot het moment dat het nieuwe bestemmingsplan onherroepelijk is;
- op de vergoeding van de schade mag alleen in mindering worden gebracht een korting vanwege het normaal maatschappelijk risico.

9. Ondanks de door de Afdeling daaraan gestelde voorwaarden zal mogelijk nog geruime tijd onzekerheid bestaan over de vraag of de detailhandelbestemming zal terugkeren. Dat zou voor De Lunet belastend kunnen zijn. Wanneer de gemeente kiest voor compensatie in natura zal De Lunet de exploitatie van het winkelcentrum in afwachting van de planwijziging moeten voortzetten. Wanneer de planwijziging onherroepelijk wordt zal ook de schade die vooruitlopende op die wijziging is ondervonden vergoed moeten worden, maar over de omvang van de tijdelijke schade zal nog wel de nodige discussie moeten worden. Bovendien lijkt die tijdelijke schade alleen vergoed hoeven te worden wanneer het compenserend plan onherroepelijk wordt. Daarmee wordt er aan voorbijgegaan dat, wanneer het compenserend plan niet onherroepelijk wordt, de schade van De Lunet kan zijn toegenomen. De Afdeling motiveert helaas niet waarom zij desondanks is voorbijgegaan aan het advies van Mulder om niet in natura te vergoeden.

B.S. ten Kate

Jurisprudentie – IV. Grondbeleid

TBR 2018/177

Hoge Raad, 21 september 2018, No. 17/02070, ECLI:NL:HR:2018:1694 (Bodembestanddelen uiterwaarden IJssel)

(Mr. C.A. Streefkerk, mr. A.H.T. Heisterkamp, mr. M.V. Polak, mr. T.H. Tanja-van den Broek en mr. H.M. Wattendorff)

Ow: art. 40c, art. 50

Onteiningsrecht. Schadeloosstelling. Vergoeding voor meerwaarde grond wegens aanwezigheid van bruikbare bodembestanddelen. Moet bij die vergoeding rekening worden gehouden met de kosten van voor winning van die bodembestanddelen noodzakelijke werkzaamheden, als die werkzaamheden hoe dan ook verricht moeten worden voor de uitvoering van het werk waarvoor onteigend wordt? Reikwijdte van de kostenvergoeding van art. 50 Ow

Met noot J.A.M.A. Sluysmans, Red.

3. Uitgangspunten in cassatie

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.
- i) Bij Koninklijk Besluit van 16 oktober 2014 (Stcrt 2014, 31109) zijn ten name van BBL, ten behoeve van de uitvoering van het bestemmingsplan 'Partiële herziening bestemmingsplan uiterwaarden van de gemeente Olst-Wijhe', ter onteigening aangewezen een aantal aan [verweerder] toebehorende perceelsgedeelten (hierna: de percelen of het onteigende).

- ii) Bij vonnis van 16 september 2015 heeft de rechtbank de vervroegde onteigening van de percelen uitgesproken en het voorschot op de schadeloosstelling voor [verweerder] begroot op € 729.421,25. Dit vonnis is op 4 november 2015 in de openbare registers ingeschreven.

- iii) De percelen zijn direct langs de IJssel gelegen uiterwaardgronden.

- iv) In het onteigende bevinden zich bruikbare bodembestanddelen (zand en klei). Daarin bevindt zich ook een gasleiding van de Gasunie (hierna: de gasleiding).

3.2 Bij het in cassatie bestreden vonnis heeft de rechtbank de aan [verweerder] toekomende schadeloosstelling vastgesteld op € 1.176.708,02.

4. Beoordeling van het middel in het principale beroep

4.1 Het middel is gericht tegen de toekenning aan [verweerder] van een bedrag van € 339.150,-- voor vrijkomende bodembestanddelen (zie hiervoor in 3.1 onder (iv)). De rechtbank heeft daarover het volgende overwogen:

'4.10. De door de rechtbank benoemde deskundigen hebben geconcludeerd dat geen aanleiding bestaat om [verweerder] een vergoeding toe te kennen in verband met de winning van de bij de ontginning vrijkomende bodembestanddelen, omdat de kosten van de winning de inkomsten hiervan te boven gaan. Er is volgens hen geen reden om de kosten van het verleggen van de in de bodem aanwezige leiding van de Gasunie buiten beschouwing te laten.

4.11. De rechtbank stelt voorop dat bij de vaststelling van de werkelijke waarde van de onteigende gronden rekening moet worden gehouden met de prijsverhogende invloed die in het vrije commerciële verkeer zou uitgaan van bepaalde eigenschappen van de te onteigenen zaak zelf, ook al wordt alleen in verband met het werk waarvoor onteigend wordt de mogelijkheid geopend om die eigenschappen te benutten. Bij de beantwoording van de vraag wat de eigenaar in redelijkheid als betaling mag verlangen, moet het geldelijk belang bij de beschikking over de te ontgraven bodembestanddelen los van deze omstandigheid worden beoordeeld. Van de opbrengst van de winning van de bodembestanddelen mogen de hiermee gemoeide kosten worden afgetrokken. Voor de verdeling van het eventueel resterende voordeel geldt als uitgangspunt dat de winst tussen de onteigende en de onteigenende wordt gedeeld.

4.12 De rechtbank is van oordeel dat de deskundigen ten onrechte de kosten van het verleggen van de in de bodem aanwezige gasleiding als kosten van de winning van bodembestanddelen hebben aangemerkt. De kosten van het verleggen van de gasleiding zijn weliswaar kosten die in het kader van de uitvoering van het ontgravingsproject moeten worden gemaakt, maar deze kosten hadden ook los van de winning van deze bodembestanddelen moeten worden gemaakt. Deze kosten moeten dan ook worden toegerekend aan het project als zodanig en niet aan de winning van de ter plaatse aanwezige bodembestanddelen. Hieruit volgt dat de kosten van het verleggen van de gasleiding bij de berekening van het voordeel van de aanwezigheid van bodembestanddelen die in het kader van het project in de Welsumerwaarden gewonnen kunnen worden, niet als kosten van de winning van de opbrengst hadden mogen worden afgetrokken.'

Daarvan uitgaand heeft de rechtbank de netto-opbrengst van de winning van de bodembestanddelen vastgesteld op € 678.300,-- en de helft daarvan (€ 339.150,--) toegekend aan [verweerder] (rov. 4.13).

4.2.1 Onderdeel 1.1 klaagt dat de rechtbank de kosten van de verlegging van de gasleiding niet buiten beschouwing had mogen laten als kosten van winning van de bodembestanden. Het buiten beschouwing laten van die kosten leidt ertoe dat de uitvoering van het werk waarvoor wordt onteigend, [verweerder] een voordeel brengt dat niet is terug te voeren tot een in het onteigende zelf reeds bestaande waarde vanwege de aanwezigheid van bodembestanden, aldus het onderdeel.

4.2.2 Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad dient bij het bepalen van de werkelijke waarde van onteigende grond rekening te worden gehouden met daarin aanwezige bruikbare bodembestanden, die de grond in het commerciële verkeer aantrekkelijker maken dan andere gronden. Dat geldt ook als het de onteigende op grond van de wettelijke voorschriften terzake niet was toegestaan om de bodembestanden te winnen, maar de onteigenaar of de uitvoerder van het werk wel (zogenoemde 'onwinnbare' bodembestanden).

De eventuele, met de aanwezigheid van dergelijke bodembestanden samenhangende, meerwaarde van de grond is immers ook in dat geval het gevolg van eigenschappen van het onteigende zelf. (Zie onder andere HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2741, NJ 2017/274, rov. 6.1.3 en de daar genoemde rechtspraak.)

4.2.3 De in art. 40c, aanhef en onder 1°, Ow neergelegde regel dat bij de vaststelling van de werkelijke waarde van het onteigende geen rekening wordt gehouden met voordelen of nadelen, teweegebracht door het werk waarvoor onteigend wordt (de eliminatieregel), brengt mee dat bij de waardering van bruikbare bodembestanden in het onteigende moet worden geabstraheerd van de omstandigheid dat het de onteigenaar is die deze bodembestanden wint of doet winnen en daartoe werkzaamheden laat uitvoeren die toch al met het oog op de uitvoering van het werk moeten plaatsvinden (wat voor de onteigenaar ten opzichte van een hypothetische derde die eigenaar van de grond zou zijn en de bodembestanden zou mogen winnen, tot een kostenbesparing leidt). Het ten gunste van de onteigende in aanmerking nemen van deze kostenbesparing zou immers ertoe leiden dat de uitvoering van het werk de onteigende een voordeel oplevert dat niet uitsluitend is terug te voeren op een in het onteigende zelf aanwezige waarde, maar tevens op het werk waarvoor wordt onteigend, en dat zou in strijd zijn met de eliminatieregel. Daarom moet bij de beoordeling of ter zake van de betrokken bodembestanden een vergoeding toekomt aan de onteigende, worden nagegaan hoe groot het voordeel zou zijn waarop een willekeurige eigenaar die de bodembestanden zou willen en mogen winnen en op economisch verantwoorde wijze zou exploiteren, zou mogen rekenen, gelet op de verkoopprijzen en de met het

winnen gemoeide kosten (zie HR 13 april 1960, ECLI:NL:HR:1960:66, NJ 1960/295).

4.2.4 Nu in dit geding vaststaat dat een willekeurige eigenaar de in het onteigende aanwezige bruikbare bodembestanden, de onteigening weggedacht, slechts zou kunnen winnen na verlegging van de in de bodem aanwezige gasleiding (zie rov. 4.12 van het bestreden vonnis), moeten bij beantwoording van de vraag of die bodembestanden het onteigende meerwaarde verlenen, de kosten van verlegging van die gasleiding in aanmerking worden genomen. De rechtbank heeft dan ook blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, zodat het onderdeel slaagt. Op dezelfde grond slagen de onderdelen 1.3 en 3, voor zover deze zijn gericht tegen de beslissingen die op het onjuist bevonden oordeel voortbouwen.

4.3 Onderdeel 1.2, dat een beroep doet op de regel dat de vergoeding voor bruikbare bodembestanden nooit hoger mag zijn dan de marktwaarde daarvan, behoeft gelet op het slagen van onderdeel 1.1 geen behandeling. Hetzelfde geldt voor de klachten van onderdeel 2, waarin de hoogte van de door de rechtbank vastgestelde netto-opbrengst van de winning van de bodembestanden wordt bestreden.

5. Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

5.1 Onderdeel 1 is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat geen sprake is van een bijzondere geschiktheid van de onteigende gronden voor het uit te voeren werk vanwege de lage ligging van de gronden, dan wel vanwege de aanwezigheid van geulen en/of kommen waarmee in het vrije commerciële verkeer rekening zou zijn gehouden, en dat daarom terzake aan [verweerder] geen bijzondere vergoeding toekomt. De rechtbank heeft in dat verband overwogen:

'4.14. De door de rechtbank benoemde deskundigen hebben geconcludeerd dat geen aanleiding bestaat om [verweerder] een vergoeding toe te kennen in verband met bijzondere geschiktheid van de onteigende gronden vanwege de lage ligging daarvan. Voor projecten als het project waarvoor hier onteigend is, worden in de regel uiterwaardgronden gebruikt. De onteigende gronden wijken niet wezenlijk af van andere uiterwaardgronden. De lage ligging van de onteigende gronden vormt geen reden om aan te nemen dat sprake is van bijzondere geschiktheid van deze gronden voor het te realiseren werk.

(...)

4.16. De rechtbank kan zich wat betreft dit onderdeel vinden in de redenering van de deskundigen en de uitkomst, en neemt die over. De rechtbank motiveert dat als volgt.

4.16.1. Niet gebleken is dat de onteigende gronden wezenlijk verschillen van andere, eveneens direct langs de IJssel gelegen, uiterwaardgronden. De en-

kele vergelijking met de hoger gelegen Fortmonderwaarden is op zichzelf genomen onvoldoende om te kunnen concluderen dat de onteigende gronden wezenlijk lager gelegen zijn dan gebruikelijk is voor uiterwaardgronden langs de grote rivieren. Onder deze omstandigheden moet worden aangenomen dat de onteigende gronden weliswaar laaggelegen zijn, maar dat dit niet ongebruikelijk is voor uiterwaardgronden die direct langs de IJssel gelegen zijn. 4.16.2. Dat op de onteigende gronden oude geulen en/of natuurlijke laagten aanwezig zijn, waarvan gebruik kan worden gemaakt voor de realisering van een nevengeul naast de bedding van de IJssel, leidt evenmin tot het oordeel dat deze gronden om deze reden een meer dan normale geschiktheid hebben voor het in het kader van het project Ruimte voor de Rivier te realiseren ontgravingswerk. De aanwezigheid van dergelijke geulen en/of natuurlijke laagten is niet ongebruikelijk in uiterwaarden langs de grote rivieren.

4.16.3. Van een bijzondere geschiktheid van de gronden voor het uit te voeren werk vanwege de lage ligging van de gronden dan wel vanwege de aanwezigheid van geulen en/of kommen, waarmee in het vrije commerciële verkeer rekening zou zijn gehouden, is dan ook geen sprake, zodat [verweerder] hiervoor geen bijzondere vergoeding toekomt.

5.2.1 Onderdeel 1.3 klaagt onder meer dat de rechtbank, voor zover zij de redenering van de deskundigen heeft overgenomen dat een mogelijke bijzondere geschiktheid van lager gelegen gronden wegvalt tegen een geringere opbrengst aan vrijkomende bodembestanddelen uit dergelijke gronden, omdat dan minder grond wordt afgegraven ('saldering' van voor- en nadelen), daarmee heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans onvoldoende is ingegaan op een aantal in dat kader door [verweerder] betrokken stellingen.

5.2.2 Deze klacht kan bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Hoewel de rechtbank in rov. 4.16 vooropstelt dat zij zich kan vinden in de redenering en de uitkomst van de deskundigen op het punt van de gestelde bijzondere geschiktheid, heeft zij - blijkens de weergave van het standpunt van de deskundigen in rov. 4.14 en de motivering van haar eigen oordeel in de rov. 4.16-4.16.3 - haar oordeel niet gegrond op de in de klacht bedoelde 'saldering' van voor- en nadelen, maar op de omstandigheid dat de ligging van de onteigende gronden niet wezenlijk afwijkt van die van andere uiterwaardgronden.

5.2.3 Ook de overige klachten van onderdeel 1 kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

5.3.1 Onderdeel 2 is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat de

kosten van de door [verweerder] ingeschakelde deskundige die betrekking hebben op de mogelijkheid van zelfrealisatie niet op de voet van art. 50 Ow voor vergoeding in aanmerking komen. De rechtbank heeft in dat verband overwogen:

'4.27. Wat betreft de deskundigenkosten overweegt de rechtbank het volgende. Het is redelijk dat [verweerder], naast juridische bijstand, de hulp van deskundigen heeft ingeroepen. De in verband hiermee gemaakte kosten komen op grond van artikel 50 Ow in beginsel dan ook voor vergoeding in aanmerking.

Kosten die betrekking hebben op het onderzoek naar de mogelijkheid van zelfrealisatie zijn echter geen kosten die op [de] voet van artikel 50 Ow redelijkerwijs voor vergoeding in aanmerking komen. De rechtbank zal daarom ex aequo et bono een bedrag van € 20.000,— in mindering brengen op de gemaakte deskundigenkosten. (...)'

Volgens het onderdeel heeft de rechtbank miskend dat de regel dat de kosten van juridische en andere deskundige bijstand op grond van art. 50 Ow in beginsel voor vergoeding in aanmerking komen, ook ziet op de kosten die worden gemaakt in de administratieve onteigeningsfase. De door de rechtbank buiten beschouwing gelaten kosten hebben - naar [verweerder] heeft gesteld en de rechtbank in het midden heeft gelaten - betrekking op de noodzaak tot onteigening, en behoren daarom te worden vergoed. In elk geval heeft de rechtbank haar oordeel onvoldoende gemotiveerd, aldus het onderdeel.

5.3.2 Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 50 lid 4 Ow volgt dat kosten van rechtsbijstand en bijstand door andere deskundigen voor vergoeding in aanmerking komen, ongeacht of die kosten voor of tijdens het onteigeningsgeding voor de rechtbank zijn gemaakt, en dat aan de vergoeding van deze kosten geen nadere eis is gesteld dan dat zij naar het oordeel van de rechtbank in redelijkheid zijn gemaakt (HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:250, NJ 2015/253, rov. 3.5.1). Een eigenaar die, geconfronteerd met een voornemen tot onteigening, stelt dat hij het werk waarop het onteigeningsvoornemen betrekking heeft, zelf wil realiseren, betwist daarmee de noodzaak tot onteigening (vgl. onder meer HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:7, rov. 3.6.2). Dergelijke kosten behoren tot de op de voet van art. 50 Ow te vergoeden kosten, voor zover zij redelijkerwijs zijn gemaakt en binnen een redelijke omvang zijn gebleven.

5.3.3 Zoals blijkt uit rov. 4.5 van het vonnis van de rechtbank van 16 september 2015, waarbij de onteigening is uitgesproken, heeft [verweerder] zich in de administratieve fase en bij de rechtbank bij wijze van verweer tegen de beoogde onteigening beroepen op de wens tot zelfrealisatie. Indien de rechtbank met haar oordeel dat de daarmee gemoeide kosten geen kosten zijn die op de voet van art. 50 Ow redelijkerwijs voor

vergoeding in aanmerking komen, heeft bedoeld dat dergelijke kosten niet behoren tot de in art. 50 Ow bedoelde kosten, getuigt dat oordeel van een onjuiste rechtsopvatting (zie hiervoor in 5.3.2).

Voor zover de rechtbank, gelet op de invoeging 'redelijkerwijs', zou hebben bedoeld dat de desbetreffende kosten niet redelijkerwijs zijn gemaakt of niet binnen een redelijke omvang zijn gebleven, voldoet dat oordeel niet aan de daaraan te stellen motiveringseisen. Het onderdeel slaagt dus.

6. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale en het incidentele beroep:

vernietigt het vonnis van de rechtbank Overijssel van 8 maart 2017;

verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing; (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

Inleiding

1. Het Bureau Beheer Landbouwgronden (BBL) onteigent gronden gelegen in de uiterwaarden direct langs de rivier de IJssel. In de onteigende gronden is zand en klei aanwezig. Die bodembestanddelen kunnen worden gewonnen in het kader van de door BBL op het onteigende te verrichten werken. De uitvoering van die werken vergt echter ook de verlegging van een ter plaatse aanwezige gasleiding van Gasunie. Inzet van de cassatieprocedure is vooral hoe de meerwaarde moet worden bepaald die de onteigende toekomt vanwege die in zijn voormalige eigendom aanwezige bodembestanddelen. Als extraatje besteedt de Hoge Raad - in reactie op het incidenteel cassatieberoep - nog aandacht aan de regels rond vergoeding van de kosten van bijstand van de onteigende. Die twee thema's zal ik in deze beknopte noot kort toelichten.

Vergoeding van meerwaarde bodembestanddelen

2. De aanwezigheid van aantrekkelijke bodembestanddelen - denk aan klei, zand of grint - kan aan grond een zekere meerwaarde verlenen in geval die bodembestanddelen ook daadwerkelijk kunnen worden gewonnen. Het komt in onteigeningsland echter niet zelden voor dat de winning van deze bodembestanddelen alleen mogelijk wordt gemaakt door de uitvoering van het werk waarvoor onteigening plaatsvindt¹. Het verdiepen van een vaargeul of het graven van een tunnel brengt bodembestanddelen aan de oppervlakte voor de winning waarvan onder normale omstandigheden aan een willekeurige gegadigde nooit vergunning zou zijn verleend.

3. Indachtig de in art. 40c Ow neergelegde basisregel van onteigeningsrecht dat de onteigening zelf - en de werken en plannen voor die onteigening - bij de waardering

van het onteigende moeten worden weggedacht, zou voorstelbaar zijn dat in deze gevallen aan een onteigende niets extra's wordt betaald voor die bodembestanddelen. Een redelijk handelende koper had - de onteigening weggedacht - immers waarschijnlijk ook niets extra's daarvoor willen betalen. Toch heeft de Hoge Raad het redelijk geacht om ook in deze gevallen de voormalige eigenaar te laten meedelen in het voordeel dat voortvloeit uit de aanwezigheid van die bodembestanddelen². Het uitgangspunt is daarbij dan dat de waarde van de bodembestanddelen door onteigenaar en onteigende bij helfte wordt gedeeld. Daarom moet bij de beoordeling of ter zake van de betrokken bodembestanddelen een vergoeding toekomt aan de onteigende, worden nagegaan hoe groot het voordeel zou zijn waarop een willekeurige eigenaar die de bodembestanddelen zou willen en mogen winnen en op economisch verantwoorde wijze zou exploiteren, zou mogen rekenen, mede gelet op de verkoopprijzen van de betreffende bodembestanddelen en de met het winnen daarvan gemoeide kosten³.

4. In het onderhavige geval stond (in elk geval in cassatie) niet ter discussie dat winning van het zand en de klei alleen kon plaatsvinden na verplaatsing van een ter plaatse aanwezige gasleiding. Die leiding moest echter in verband met de door de onteigenaar BBL uit te voeren werken hoe dan ook worden verplaatst, ook al zou winning van de bodembestanddelen achterwege blijven. Om die reden beslist de rechtbank dat de kosten van die verplaatsing niet behoeften te worden betrokken bij de begroting van het voordeel ten gevolge van de aanwezigheid van de bodembestanddelen. Hier maakt de rechtbank echter een denkfout.

5. De aanzienlijke kostenbesparing die de verlegging van de leiding oplevert voor de winning van de bodembestanddelen is namelijk een besparing die rechtstreeks voortvloeit uit het werk waarvoor onteigend wordt. Een dergelijk werk - en dus het daarvan uitgaande effect - moet ingevolge de hiervoor al genoemde elimineringsregel van art. 40c Ow worden geëlimineerd. Dat is ook een redelijke benadering. Het niet elimineren van dit effect - deze kostenbesparing - zou immers ertoe leiden dat de uitvoering van het werk de onteigende een voordeel oplevert dat niet uitsluitend is terug te voeren op een in het onteigende zelf aanwezige waarde, maar tevens op het werk waarvoor wordt onteigend.

Vergoeding van kosten van bijstand

6. Het onteigeningsrecht kent de bijzonderheid dat de kosten die een onteigende maakt wegens juridische bijstand (denk aan advocaatkosten) en overige deskundige bijstand (denk aan een schadeadviseur of een fiscaal adviseur) in beginsel voor volledige vergoeding (door de onteigenaar) in aanmerking komen. Dit uitgangspunt is neergelegd in art. 50 Ow. Het in dit verband in de rechtspraak ontwikkelde criterium om (de omvang van) die kosten te beoordelen staat bekend als de 'dubbele redelijkheidstoets'.

¹ Vergelijk mijn conclusie vóór HR 30 maart 2018, ECLI:NL:PHR:2018:115, *RvdW* 2018/408 (Gemeente Beek).

² Vergelijk de conclusie van A-G Loeff vóór HR 2 december 1959, *NJ* 1960/99 (Provincie Limburg/Rouwvoet).

³ zie HR 13 april 1960, ECLI:NL:HR:1960:66, *NJ* 1960/295

Getoetst wordt of het inschakelen van deze mate van bijstand wel redelijk was (hetgeen bij inschakeling van enkel een advocaat en een schadeadviseur sneller het geval zal zijn dan wanneer een batterij aan deskundigen wordt opgeleijnd) en of de omvang van de deskundigenkosten als redelijk kan worden aangemerkt (hier worden dus uurtarieven en de aantallen gedeclareerde uren gewogen).

7. De reikwijdte van art. 50 Onteigeningswet is ruim. Het gaat hier niet enkel om kosten gemaakt in de gerechtelijke procedure. Ook kosten gemaakt in de administratieve procedure (of Kroonprocedure), en zelfs kosten gemaakt in de fase van de daar weer aan voorafgaande onderhandelingen vallen onder de paraplu van art. 50.

8. Ten aanzien van de kosten gemaakt in de gerechtelijke procedure heeft de Hoge Raad al in het arrest Van Zuijlen/Staat⁴ uitgemaakt dat de enkele omstandigheid dat in die fase een door de rechtbank verworpen verweer tegen de onteigening is gevoerd niet maakt dat de kosten verbonden aan dat verweer zonder meer als 'onredelijk' moeten worden beschouwd en (dus) buiten vergoeding moeten blijven.

9. In het onderhavige geval had de onteigende in de administratieve fase van de procedure een zogenaamd zelfrealisatieverweer gevoerd. Dat houdt in dat hij de noodzaak van de onteigening ter discussie had gesteld met als argument dat hij het werk ter uitvoering waarvan de onteigening diende zelf zou kunnen en willen uitvoeren, een verweer dat evident geen succes had gehad. De rechtbank oordeelde dat 'kosten die betrekking hebben op het onder-

zoek naar de mogelijkheid van zelfrealisatie (...) geen kosten [zijn] die op [de] voet van artikel 50 Ow redelijkerwijs voor vergoeding in aanmerking komen', maar dat oordeel - dat inderdaad afwijkt van de hiervoor geschetste bestendige lijn in de rechtspraak - kon terecht geen genade vinden in de ogen van de Hoge Raad.

Afrondend

10. De Hoge Raad verwijst de zaak naar het Hof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing. De meerwaarde vanwege de bodembestanddelen en de redelijkheid van de kosten verbonden aan het gefnuikte zelfrealisatieverweer zullen door de feitenrechter opnieuw moeten worden beoordeeld.

11. Het bijzondere aan de schadeloosstellingsprocedure in onteigeningszaken is dat er geen instantie van hoger beroep bestaat. Een gerechtshof komt enkel en alleen met dit rechtsgebied in aanraking via de band van een verwijzing door de Hoge Raad, dus maar zeer sporadisch. Dat zou reden kunnen zijn om in onteigeningszaken te opteren voor één vast Hof in gevallen van vernietiging en verwijzing. Dat Hof zou dan - al dan niet bijgestaan door een commissie van deskundigen - enige bijzondere expertise kunnen opbouwen op het vlak van het onteigeningsrecht, hetgeen de kwaliteit van de (onteigenings)rechtspraak enkel te goede kan komen. Ik constateer echter dat de Hoge Raad in het verwijzingsbeleid daar vooralsnog nog niet op aanstuurt.

J.A.M.A. Sluysmans

⁴ HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0547, NJ 2013/303. Zie ook de conclusie van A-G Valk voor HR 7 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:292.

Jurisprudentie – V. Aanneming van werk

TBR 2018/178

Raad van Arbitrage voor de Bouw, 7 juli 2017, No. 35.335, (Opeisbaarheid prestatie)

(Mr. K.E. Mollema, H.M.M. Raedts en ir. D.A. van Valkenburg)

UAV 2012: par. 6, par. 9, par. 14; BW: art. 6:2, art. 6:38, art. 6:80, art. 6:265, art. 7:750, art. 7:756, art. 7:764

Verzuim. Oplevering. Ontbinding. Opeisbare prestatie.
Buitengerechtigde ontbinding.

Met gastnoot R.J. Kwaak, Red.¹

De gronden van de beslissing In conventie en in reconventie De bevoegdheid

10. De bevoegdheid van arbiters tot beslechting van dit geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast. In paragraaf 49 van de toepasselijke Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken 2012 (UAV 2012) is een arbitraal beding opgenomen dat verwijst naar de Raad en zijn statuten/arbitragereglement. Van toepassing is het arbitragereglement van 1 december 2012.

De feiten

11. Tussen partijen staat het volgende vast:

- Tussen partijen is een aannemingsovereenkomst van 26 augustus 2013 tot stand gekomen betreffende de bouwkundige werkzaamheden voor de ver-/nieuwbouw van een gebouw voor C te X, omvattende B (hierna: “B”) en Centrum voor de kunsten D (hierna: “D”).
- De benodigde sloop van een bestaand deel van het gebouw is door derden uitgevoerd, voorafgaand aan de door aannemster uit te voeren werkzaamheden.
- Aannemster diende het tussen partijen overeengekomen werk uit te voeren op basis van het door de architect van opdrachtgeefster vervaardigde bouwkundig bestek, met tekeningen en nota’s van inlichtingen. Op de overeenkomst zijn de UAV 2012 van toepassing. De bouwdirectie over het werk is gevoerd door E (hierna: “E”). Toezicht op het werk is gehouden door F (hierna: “F”). De constructeur en andere adviseurs werkten in opdracht van opdrachtgeefster.
- De overeengekomen aanneemsom bedraagt € 7.180.000,00 exclusief btw.

e. De werktuigbouwkundige en elektrotechnische werkzaamheden zijn in nevenaanneming door derden uitgevoerd.

f. Aannemster heeft de coördinatie over het gehele werk verricht, zoals vastgelegd in de coördinatie-overeenkomst van 2 april 2014.

g. Eind september 2013 heeft de start van het werk plaatsgevonden.

h. Partijen hebben tijdens de uitvoering van het werk gediscussieerd over de gegevensverstrekking en besluitvorming door opdrachtgeefster enerzijds en anderzijds de voortgang en de kwaliteit van het door aannemster te leveren werk.

i. Bij brief van 22 mei 2014 (de zogenaamde brand-brief) heeft aannemster haar zorgen schriftelijk geuit en aanspraak gemaakt op bouwtijdverlenging en vergoeding van stagnatieschade, onder overlegging van een actiepuntenlijst (van 21 mei 2014) met circa 180 gestelde nog openstaande actiepunten.

j. Bij brief van 30 mei 2014 herhaalde E haar zorgen over de voortgang en de kwaliteit van de werkzaamheden, alsmede over de coördinatie ervan. E verzocht om een plan van aanpak en stelde opschorting van betalingen in het vooruitzicht bij gebreke van herstel.

k. Er zijn voorstellen gedaan om tot een oplossing te komen er daarover zijn afspraken gemaakt. Er heeft verder overleg en correspondentie plaatsgevonden.

l. De contractuele opleverdatum is 17 september 2014. Volgens de planning zou ingebruikname van het gebouw plaatsvinden op 1 oktober 2014.

m. Medio 2014 was duidelijk dat die data niet zouden worden gehaald.

n. Bij brief van 25 juli 2014 herhaalde aannemster haar verzoek om bouwtijdverlenging en aanspraak op stagnatieschade, onder verwijzing naar een bijgewerkte actiepuntenlijst (van 7 juli 2014).

o. In de periode juni – augustus 2014 zijn in opdracht van opdrachtgeefster diverse rapporten opgesteld door G bv (hierna: “G”), de gemeente en F, ter zake van met name geluidsisolatie en brandwerendheid.

p. Bij brief van 8 augustus 2014 sommeerde opdrachtgeefster aannemster om te reageren op de in de voornoemde rapporten gestelde gebreken, met overlegging van een plan van aanpak voor herstel ter zake. Ook sommeerde zij aannemster om te reageren op het ‘minimale scenario ingebruikname B’, met overlegging van een aangepaste planning. Opdrachtgeefster noemde daarbij als ingrijpende door haar te nemen maatregel een eventuele buitengerechtigde ontbinding van de aannemings-overeenkomst.

¹ Robert-Jan Kwaak is advocaat bij Construct Advocaten in Elst.

q. Aanneemster heeft medewerking verleend aan het minimale scenario. Dit scenario hield in een gedeeltelijke ingebruikname van het werk, te weten de meest cruciale delen van het gebouw, per 1 oktober 2014, teneinde zeer grote schade te voorkomen. Beoogd werd dat 80-90% van de programmering van B vanaf begin oktober 2014 zou kunnen worden hervat.

r. Bij brieven van 11 en 20 augustus 2014 reageerde aannemster op de brief van 8 augustus 2014 van opdrachtgeefster. Bij de laatste brief overlegde aannemster twee plannen van aanpak en een planning.

s. In besprekingen van 22 en 26 augustus 2014 en bij brief van 28 augustus 2014 reageerde opdrachtgeefster daarop, onder handhaving van de ingebrekestelling/sommatie van 8 augustus 2014 en de aankondiging over te kunnen gaan tot beëindiging van de overeenkomst met voltooiing van het werk door een derde. Zij gaf aannemster een termijn tot uiterlijk 9 september 2014 om aan alle door haar gestelde voorwaarden te voldoen.

t. Bij (tevens per e-mail verzonden) brief van 9 september 2014 heeft opdrachtgeefster de overeenkomst tussen partijen ontbonden.

u. Aannemster heeft op diezelfde dag haar retentierecht ingeroepen en bij brief aanspraak gemaakt op betaling van € 1.373.350,00 inclusief btw ter zake van goedgekeurde termijnfacturen en € 514.250,00 inclusief btw aan ingediende nog goed te keuren termijnfacturen.

v. Op 17 september 2014 heeft opdrachtgeefster een kort geding aanhangig gemaakt bij de Raad, met verzoek aannemster te veroordelen het retentierecht op te heffen op straffe van een dwangsom. w. In reconventie heeft aannemster als voorschot op de eindafrekening van het werk betaling gevorderd van € 2.910.050,00 inclusief btw (€ 1.373.350,00 aan onbetaalde goedgekeurde facturen van 16 september 2014 + € 514.250,00 aan ingediende nog goed te keuren termijnfacturen van eveneens 16 september 2014 + € 387.200,00 nog niet gefactureerd uitgevoerd werk + € 635.250,00 aan saldo meerwerk).

x. Op 23 september 2014 heeft opdrachtgeefster bij de Raad een verzoek ingediend tot het houden van een spoedplaatsopneming, ter vastlegging in een proces-verbaal van de opname van de stand van het werk.

y. Aannemster heeft de kwaliteit van het werk laten beoordelen door H (hierna: "H"), waarover is gerapporteerd op 24 september 2014.

z. Bij scheidsrechterlijk vonnis van 3 oktober 2014 in kort geding (nummer 35.162) is aannemster veroordeeld, op straffe van een dwangsom, het retentierecht op te heffen, onder de voorwaarden a) dat opdrachtgeefster als voorschot op de eindafrekening € 1.550.010,00 inclusief btw betaalt, b) dat opdrachtgeefster ter zake van facturen van 16 september 2014 € 824.675,50 inclusief btw betaalt, c) dat opdrachtgeefster een bankgarantie voor een be-

drag van € 400.000,00 verstrekt en d) dat de door opdrachtgeefster bij de Raad geëntameerde spoedplaatsopneming is afgerond.

aa. In opdracht van aannemster heeft I de stand van het werk opgenomen en daarover op 10 oktober 2014 gerapporteerd.

bb. Wegens de omvang van het werk en de tijdens opdrachtgeefster verzochte gedetailleerdheid van de opname, heeft de hierboven al genoemde spoedplaatsopneming door de Raad uiteindelijk totaal 14 dagen in beslag genomen, in de periode van 14 oktober 2014 tot en met 18 november 2014 (waarvan op 7 dagen door twee teams gelijktijdig).

cc. Aannemster heeft het retentierecht al op 7 november 2014 opgeheven en de bouwplaats ter beschikking gesteld aan opdrachtgeefster.

dd. Op 21 januari, 23 februari en 9 maart 2015 hebben in opdracht van opdrachtgeefster opnames plaatsgevonden, door een gerechtsdeurwaarder, van destructief onderzoek naar gebreken.

ee. Opdrachtgeefster heeft het werk van aannemster door derden (waaronder 30 van de 39 onderaannemers van aannemster) laten afronden.

Het geschil in conventie

12. Aannemster stelt dat zij niet is tekort geschoten in de uitvoering van de aannemingsovereenkomst en dat opdrachtgeefster de aannemingsovereenkomst daarom ten onrechte heeft ontbonden. Zij stelt dat, nu opdrachtgeefster het werk heeft laten afronden door derden, de facto sprake is van opzegging van de overeenkomst zoals bedoeld in paragraaf 14 lid 7 UAV 2012, zodat de afrekening van het werk op die grondslag dient plaats te vinden conform lid 10 van paragraaf 14 UAV 2012 (juncto artikel 7:764 lid 2 BW). Aannemster concludeert, na eisiwijziging bij MvR/A (sub 3.3 en 4.7), MvDrec (sub 10.4) en de akte van 30 januari 2017 (sub 1):

OP WELKE GRONDEN:

Het uw Raad moge behagen, bij scheidsrechterlijk vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, [opdrachtgeefster] te veroordelen:

1. om aan [aannemster] te betalen € 1.348.838,13 [was bij inleidende eis: € 1.426.317,46] [inclusief btw];

2. tot vergoeding aan [aannemster] van de wettelijke handelsrente over € 535.364,50 [inclusief btw], vanaf 24 september 2014, welk rentepercentage vanaf 10 oktober 2014 dient te worden verhoogd met 2, tot de dag der algehele voldoening;

3. tot vergoeding aan [aannemster] van de wettelijke rente over het verschil tussen de sub 1 en sub 2 genoemde bedragen, vanaf de dag van indiening van onderhavige memorie tot de dag der algehele voldoening;

4. de [door] [aannemster] verstrekte bankgarantie binnen 14 dagen na het in deze te wijzen vonnis te retourneren op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 250,00 per dag, voor iedere dag of

gedeelte daarvan dat [opdrachtgeefster] in gebreke blijft aan die veroordeling te voldoen;

5. met veroordeling van [opdrachtgeefster] in de kosten van onderhavige procedure, een bedrag voor salaris advocaat daarin begrepen.

13. Opdrachtgeefster voert gemotiveerd weer tegen de vorderingen van aanneemster en concludeert:

REDENEN WAAROM:

[Opdrachtgeefster] verzoekt het scheidsrecht bij scheidsrechterlijk vonnis, uitvoerbaar bij voorraad om [aanneemster] niet ontvankelijk te verklaren in haar vorderingen, althans haar deze te ontzeggen en/of af te wijzen, zulks met veroordeling van [aanneemster] in de kosten van het geding, daaronder mede begrepen een tegemoetkoming in de kosten van juridische bijstand gevallen aan de zijde van [opdrachtgeefster], met de verplichting dat [aanneemster] de nakosten en de wettelijke rente over de proceskosten van [opdrachtgeefster] verschuldigd is als zij deze niet binnen 14 dagen na het wijzen van het vonnis heeft betaald.

Het geschil in reconventie

14. Opdrachtgeefster stelt in reconventie dat zij op 9 september 2014 heeft moeten constateren dat aanneemster ook aan de in de brief van 28 augustus 2014 neergelegde voorwaarden niet voldeed, dat aanneemster weigerde om onvoldoende werk te herstellen op instructie van en tot genoegen van de directie (E). Zij stelt dat aanneemster op meerdere onderdelen van de aannemingsovereenkomst tekortschoot en ter zake in verzuim is komen te verkeren. Opdrachtgeefster stelt dat zij op goede gronden uiteindelijk, na een zeer lange opmaat, de aannemingsovereenkomst op 9 september 2014 buitengerechtelijk heeft ontbonden (ex artikel 6:265 BW). Zij stelt dat haar ter zake van de afrekening van het werk nog betaling toekomt en dat zij als gevolg van de ontbinding schade heeft geleden waarvoor aanneemster aansprakelijk is. Opdrachtgeefster concludeert, na wijziging van eis bij MvD/R sub 19, akte van 30 januari 2017 (pagina 3, 4 en 22), pleitnota van 21 maart 2017 (sub 13) en pleitnota ('de schadeclaim') van 8 mei 2017 (sub 3.12 en sub 4):

[Opdrachtgeefster] verzoekt het scheidsrecht om bij scheidsrechterlijk vonnis, uitvoerbaar bij voorraad

1. te verklaren voor recht dat de aannemingsovereenkomst gesloten tussen [opdrachtgeefster] en [aanneemster] buitengerechtelijk is ontbonden per 9 september 2014;

2. [aanneemster] te veroordelen tot betaling aan [opdrachtgeefster] van een bedrag ter zake van afrekening van het werk per datum ontbinding van € 485.098,57 [was: € 357.679,12] (excl. BTW), te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 9 september 2014 althans een door het scheidsge-

recht in goede justitie te bepalen datum, tot aan de dag der algehele voldoening;

3. [aanneemster] te veroordelen tot betaling aan [opdrachtgeefster] van een bedrag ter zake van schadevergoeding van € 5.268.868,00 [was: € 5.834.318,00] (excl. BTW), te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 9 september 2014 althans vanaf een door het scheidsrecht in goede justitie te bepalen datum, tot aan de dag der algehele voldoening;

4. De door [opdrachtgeefster] verstrekte bankgarantie ten belope van € 400.000,00 binnen 14 dagen na het in dezen te wijzen vonnis aan [opdrachtgeefster] te retourneren, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 10.000,00 per dag of gedeelte van een dag, dat [aanneemster] in gebreke blijft te voldoen aan het in te dezen te wijzen vonnis;

5. [aanneemster] te veroordelen in de kosten van deze procedure, daaronder begrepen een tegemoetkoming in de kosten van juridische bijstand gevallen aan de zijde van [opdrachtgeefster], met de verplichting dat [aanneemster] de nakosten en de wettelijke rente over de proceskosten van [opdrachtgeefster] verschuldigd is als zij deze niet binnen 14 dagen na het wijzen van het vonnis heeft betaald.

15. Aanneemster voert gemotiveerd verweer in reconventie en concludeert:

OP WELKE GRONDEN:

het uw Raad moge behagen om bij vonnis, voor wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad, [opdrachtgeefster] in haar vorderingen niet-ontvankelijk te verklaren of althans haar vorderingen als ongegrond en/of onbewezen aan haar te ontzeggen, met veroordeling van [opdrachtgeefster] in de kosten van onderhavige procedure, een bedrag voor salaris gemachtigde daarin begrepen.

De beoordeling van het geschil in conventie en reconventie

Vooraf

16. Arbiters zullen hierna in dit vonnis de geschilonderdelen nader specificeren en bespreken. Daarbij zij vermeld dat de standpunten van partijen, over en weer bij partijen genoegzaam bekend, niet zullen worden weergegeven op de zeer uitgebreide en gedetailleerde wijze zoals door partijen gedaan. Arbiters zullen volstaan met het parafraseren van de standpunten van partijen op hoofdlijnen. De onderliggende details spelen bij de beoordeling van het geschil echter vanzelfsprekend ook een rol van betekenis.

17. Alle hierna in dit vonnis te noemen be- dragen zijn exclusief btw, tenzij expliciet anders vermeld.

Ontbinding/opzegging

18. Opdrachtgeefster heeft de overeenkomst ontbonden op basis van de in de brief van 9 september 2014 genoemde acht gronden.

19. Deze gronden zijn (verkort weergegeven):

1. Het werk wordt niet tijdig, op 17 september 2014, opgeleverd en de bouwtijdoverschrijding zal zeer aanzienlijk zijn;
2. Aannemster schiet tekort in de coördinatie en de werkplanning/werkvoorbereiding;
3. Aannemster zal het werk (waarschijnlijk) niet behoorlijk, zonder (ernstige) gebreken, opleveren;
4. Er ontbreekt een deugdelijk herstelplan en herstelde gebreken worden niet ter controle voorgelegd of zijn niet (meer) te controleren;
5. Aannemster wijkt zonder overleg/toestemming af van het bestek;
6. Aannemster weigert om onvoldoende werk te herstellen op instructie bouwdirectie;
7. Aannemster werkt niet/onvoldoende mee aan schadebeperking;
6. Aannemster is in de gelegenheid gesteld in overleg tot een oplossing te komen.

20. Primair ligt de vraag voor of de door opdrachtgeefster in de brief van 9 september 2014 weergegeven gronden, op zichzelf, dan wel in onderling verband en samenhang bezien de ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigen. Daarbij merken arbiters op dat indien achteraf, met terugwerkende kracht, nieuwe gronden ter rechtvaardiging van die ontbinding kunnen worden toegevoegd, daarvoor ook heeft te gelden dat aannemster in verzuim is. Indien het antwoord op die vraag negatief zou uitvallen, zal vervolgens moeten worden beoordeeld of, zoals aannemster stelt, gelet op het gegeven dat opdrachtgeefster het werk heeft laten afronden door derden, de facto sprake is van opzegging van de overeenkomst zoals bedoeld in paragraaf 14 lid 7 UAV 2012, waarbij een ander regime voor de afrekening van het werk geldt.

21. Voor zover nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, ontstaat de bevoegdheid tot ontbinding pas, wanneer de schuldenaar (lees: aannemster) in verzuim is (lid 2 van artikel 6:265 BW). Of van verzuim sprake is, kan veelal pas worden beoordeeld op het moment van oplevering (het moment van de opeisbaarheid van de door aannemster te leveren prestatie). Tijdens de bouw heeft een aannemer nog de gelegenheid eventuele geconstateerde gebreken te herstellen, terwijl ook bij oplevering geconstateerde gebreken op dat moment veelal nog niet tot verzuim leiden, omdat een aannemer die gebreken nog na oplevering mag herstellen, zo spoedig mogelijk (paragraaf 9 lid 7 UAV 2012). Pas daarna kan verzuim intreden.

22. De gevolgen van niet-nakoming treden vóór opeisbaarheid van de prestatie slechts in indien: (a) vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk is; (b) uit een mededeling van aannemster is af te leiden dat zij zal tekortschieten, of (c) opdrachtgeefster goede gronden heeft te vrezen dat aannemster zal tekortschieten en aannemster niet bereid is te verklaren haar verplichtingen te zullen nakomen (artikel 6:80 BW).

23. Bij het hiervoor overwogene heeft te gelden dat het moment waarop gemeten wordt of aannemster aan haar resultaatsverplichting uit de aannemingsovereenkomst heeft voldaan, het moment van oplevering van het werk is. Verplichtingen om tijdens het werk instructies van de directie op te volgen (paragraaf 6 lid 2 UAV 2012) en om onvoldoende werk naar genoegen van de directie te verbeteren/vernieuwen (lid 7), doen daar niet aan af en bieden derhalve niet zonder meer een grond voor ontbinding van de aannemingsovereenkomst.

24. Arbiters zullen het voorgaande hierna bij de bespreking van de verschillende ontbindingsgronden meewegen.

25. Met betrekking tot ontbindingsgrond 1: Opdrachtgeefster heeft expliciet aangegeven dat de grondslag voor haar buitengerechtelijke ontbinding van de aannemingsovereenkomst niet is gelegen in de waarschijnlijkheid per 9 september 2014 dat het werk niet op tijd of niet behoorlijk zou worden opgeleverd (zie de memorie van dupliciek in conventie/replik in reconventie onder 7.2, de akte van 30 januari 2017 van opdrachtgeefster op pagina 20 (*“Het is juist dat ook de tijd een steeds meer cruciale factor werd naarmate de opleveringsdatum dichterbij kwam, maar de grondslag voor de ontbinding ligt in de tekortkomingen [...]”*) en de pleitnota van de zijde van opdrachtgeefster van 21 maart 2017 onder 2.2). Artikel 7:756 BW - waarin de bevoegdheid tot anticipatieve ontbinding aan de rechter (of arbiter) is voorbehouden - is dus niet aan de orde in deze. De vordering van opdrachtgeefster is louter gegrond op de buitengerechtelijke ontbinding, ex artikel 6:265 BW, bij brief van 9 september 2014 van opdrachtgeefster, gebaseerd op het gestelde tekortschieten door aannemster.

26. Arbiters tekenen hierbij aan dat - zoals blijkt uit het verslag van de bouwvergadering van 10 juli 2014 (nr.12) aannemster op 7 juli 2014 plannings heeft verstrekt waaruit blijkt dat de contractueel vastgelegde opleveringsdatum (17 september 2014) niet zou worden gehaald. Volgens het verslag van de bespreking op 26 augustus 2014 (productie 13 van opdrachtgeefster) is zijdens aannemster gevraagd of oplevering van het “minimale scenario” op 13 oktober 2014 bespreek-

baar was. Dat op die vraag vóór 9 september 2014 een antwoord is gekomen, is gesteld noch gebleken.

27. Daarbij komt nog dat het verzoek van aanneemster medio mei 2014 om bouw-tijdverlenging niet op voorhand van elke grond ontbloeet was, gelet op onder andere de late gegevens-verstrekking van de kant van opdrachtgeefster en de niet tijdig uitgevoerde sloop van een deel van het gebouw door derden (wegens laattijdige opdracht van opdrachtgeefster aan derden ter zake van foyer J). Aanneemster had eerder (op 2 mei 2014) al een gemotiveerd verzoek om bouw-tijdverlenging gedaan en heeft ook op 25 juli 2014 (opnieuw) een gemotiveerd verzoek om bouw-tijdverlenging gedaan. Van de kant van opdrachtgeefster is daar geen gemotiveerde reactie op gekomen. Arbiters stellen vast dat ook bij een eventueel aan aanneemster toe te kennen bouw-tijdverlenging oplevering op 17 september 2014 nog niet aan de orde hoefde te zijn en dat partijen hun besprekingen omtrent het “plan van aanpak minimale scenario” zijn begonnen om de gevolgen van een aanzienlijke bouw-tijdoverschrijding te verkleinen (zie de producties 22 t/m 25 van aanneemster). In die plannen zou oplevering van de belangrijkste delen van het gebouw plaatsvinden op 27 september 2014, zodat de exploitatie op 1 oktober 2014 zou kunnen aanvangen. De uiteindelijke oplevering van het werk zou dan in een later stadium plaatsvinden.

28. De eerste grond snijdt geen hout.

29. Met betrekking tot ontbindingsgrond 2: Arbiters volgen aanneemster niet in haar standpunt dat een tekortkoming in de nakoming van de verplichting tot coördinatie hoe dan ook niet kan leiden tot ontbinding van de aannemingsovereenkomst. De coördinatieverplichting vloeit immers in de basis al voort uit de bestekverplichtingen. Anderzijds volgen arbiters aanneemster wel waar zij stelt dat zij op grond van het bestek en de coördinatieovereenkomst niet is belast met de zorg voor de kwaliteit van door nevenaannemers te leveren werk.

30. Opdrachtgeefster onderbouwt haar standpunt dat aanneemster is tekort geschoten wat betreft haar coördinatieverplichting en ter zake van de werkplanning/werkvoorbereiding met name met het door E opgestelde stuk van 10 maart 2016 (productie 55 van opdrachtgeefster). Aanneemster gaat daar in haar memo van 24 mei 2016 (productie 146 van aanneemster) gedetailleerd en gemotiveerd tegen in.

31. Gelet op deze gemotiveerde betwisting en bij gebrek aan voldoende onderliggend bewijs en voorbeelden - het enige concrete

voorbeeld betreft het niet tijdig aanbrengen van sparingen ten behoeve van de W-installaties (zie de als productie 35 en 36 door opdrachtgeefster overgelegde brieven van E aan aanneemster van 24 juni en 7 juli 2014) - kunnen arbiters niet concluderen dat het verwijt van onvoldoende coördinatie terecht aan het adres van aanneemster is gericht, laat staan dat dit verwijt zo ernstig was dat het op zich een ontbinding zou rechtvaardigen. Daarbij tekenen arbiters aan dat aanneemster terecht opmerkt dat het achterblijven van het door aanneemster uit te voeren werk op de planning niet automatisch een tekortkoming wat betreft de coördinatie hoeft op te leveren.

32. Hetgeen hiervoor is overwogen klemmt te meer nu voldoende is gebleken dat aanneemster bij de uitvoering en voortgang van haar eigen werkzaamheden meermalen belemmerd is doordat opdrachtgeefster op onderdelen geen, onvoldoende of niet tijdig informatie verstrekte en geen, of niet tijdig beslissingen nam. Zo was de gewenste uitvoering van de sprinklerinstallatie op 9 september 2014 nog niet bekend. Opdrachtgeefster heeft de kwestie ter zake van het hang- en sluitwerk heel lang in discussie gelaten. Pas op 8 september 2014 viel de beslissing dat opdrachtgeefster het hang- en sluitwerk zelf in eigen beheer zou gaan uitvoeren. Daarbij wordt de handelswijze van E, als directievoerder, vanzelfsprekend toegerekend aan opdrachtgeefster.

33. De coördinatieovereenkomst is pas op 12 mei 2014 ondertekend en zelfs op dat moment beschikte aanneemster nog niet over de gegevens van de aannemers die naast K en L als nevenaanneemster zouden optreden.

34. Aanneemster wijst er daarnaast terecht op dat het verwijt onvoldoende weerklank vindt in de verslagen van de bouwvergaderingen, terwijl de coördinatie een regelmatig terugkerend onderwerp van bespreking was.

35. Ter zake van de werkplanning en werkvoorbereiding is geen sprake van zelfstandige contractverplichtingen, zodat hierin evenmin een grond voor een terechte ontbinding kan zijn gelegen, daargelaten de vraag of het verwijt dat opdrachtgeefster aanneemster ter zake maakt terecht is. Bovendien is niet gebleken dat aanneemster voorafgaand aan de brief van 9 september 2014 ter zake van de werkplanning een verwijt is gemaakt, laat staan dat hij op dat punt in gebreke is gesteld.

36. Met betrekking tot de ontbindingsgronden 3 en 4: Uit de stukken en de mondelinge toelichting is op te maken dat als belangrijke inhoudelijke grond voor de ontbinding per 9 september 2014 heeft te gelden het gestelde tekortschieten van aanneemster ter zake van brand-

wering en geluidwering van binnendeuren/-kozijnen, geluidsdilataties en geluidwering van het plafond van de multimediazaal.

37. Opdrachtgeefster stelt dat de brandveiligheid van essentieel belang is in het kader van de exploitatie van het gebouw en dat dit zeker ook geldt voor de geluidsisolatie van ruimtescheidingsconstructies.

38. Zij stelt dat in het ontwerp uitdrukkelijk rekening is gehouden met het gelijktijdig gebruik van de verschillende functies, ruimten en zalen, zonder onderlinge hinder of overlast. De positionering ervan en de akoestische voorzieningen zijn daarop afgestemd, met name ook de dilataties in de scheidingsconstructies. In het ontwerp is gebruik gemaakt van het 'doos-in-doos principe'.

39. Opdrachtgeefster heeft aan haar ontbindingsbrief van 9 september 2014 onder andere de sommatiebrieven van 8 en 28 augustus 2014 doen voorafgaan. Bij brief van 9 september 2014 heeft aanneemster nog gereageerd op de sommatiebrief van 28 augustus 2014 van opdrachtgeefster. Deze brief heeft de ontbindingsbrief van 9 september 2014 van opdrachtgeefster klaarblijkelijk gekruist.

40. Vaststaat dat partijen, in de periode voorafgaand aan de ontbinding zelfs tot zeer kort vóór 9 september 2014, nog (werk)afspraken hebben gemaakt voor de periode ná 9 september 2014. Zo is afgesproken dat H nog geluidmetingen zou verrichten in de week van 8-12 september 2014.

41. Op 8 september 2014 heeft aanneemster nog een voorstel tot herstel gedaan ter zake van de kwestie van de brandwerendheid en de geluidsisolatie van de binnendeuren en -kozijnen.

42. Eerder had aanneemster bezwaar geuit tegen de bestekoplossing. De kozijnen en de deuren waren in haar visie te krap gedimensioneerd om daarmee de combinatie van én een dubbele kierdichting ten behoeve van de geluidsisolatie én de geëiste brandwerendheid te kunnen realiseren. In dat verband mag niet onvermeld blijven dat bij de afronding van het werk door derden feitelijk ook zwaardere maten kozijnen en dikkere deuren zijn toegepast. Aanneemster stelt dat zij in haar plan van aanpak vergelijkbare maatregelen had voorgesteld.

43. Op 8 september 2014 heeft aanneemster ook ter zake van de kwestie van het plafond van de multimediazaal een duidelijk standpunt ingenomen, met het voorstel dat, als uit geluidmeting zou blijken dat het door haar aangebrachte plafond toch niet aan de eisen zou voldoen,

zij (de ophanging van) het plafond zou vervangen. Ter zitting heeft aanneemster aangegeven dat dit eventuele herstel 1 tot 2 weken in beslag zou nemen. Opdrachtgeefster heeft dit niet weersproken.

44. In de brief van 9 september 2014, onder punt 4 (op pagina 3), noemt opdrachtgeefster haar verzoek aan aanneemster om voorstellen te doen ter zake van de deuren/kozijnen en het plafond van de multimediazaal. Die voorstellen had aanneemster, zoals gezegd, de dag er voor op 8 september 2014 bij opdrachtgeefster neergelegd. Die voorstellen zijn te beschouwen als een plan van aanpak als door opdrachtgeefster geëist.

45. Wat er verder van die voorstellen ook zij, ze waren naar het oordeel van arbiters realistisch genoeg om als basis te dienen voor verder overleg met als doel om – voor zover de noodzaak daartoe zou bestaan – tot acceptabel en reëel herstel te komen binnen een zodanig tijdsbestek dat dit in het kader van de exploitatie van het pand niet tot onoverkomelijke problemen zou hoeven leiden.

46. In de brief van 28 augustus 2014 is de aangekondigde ontbinding aangehouden tot uiterlijk 9 september 2014. Kort voor laatstgenoemde datum lag er afdoende materiaal van de hand van aanneemster op grond waarvan opdrachtgeefster gehouden was verder met aanneemster te onderhandelen, haar de gelegenheid te bieden die voorstellen nader toe te lichten of aan te passen en de aangehouden aangekondigde ontbinding tenminste op te schorten.

47. Ook veel van de andere kwesties waren nog in discussie tussen partijen, zodat er nog geen sprake was van vaststaande tekortkomingen aan de kant van aanneemster. Meer in het bijzonder geldt dit voor de door opdrachtgeefster gestelde vervuiling van de geluidsdilataties in de scheidingsconstructies. Dat ter zake sprake was van gebreken is niet aan de hand van geluidsmetingen aangetoond. Bovendien zouden de meeste van de volgens opdrachtgeefster aanwezige gebreken naar het oordeel van arbiters in een later stadium zonder onoverkomelijke bezwaren nog verholpen kunnen worden.

48. Gelet op al het voorgaande was aanneemster met betrekking tot de gestelde gebreken ter zake van de binnendeuren/-kozijnen, het plafond van de multimediazaal en de geluidsdilataties in de scheidingsconstructies nog niet in verzuim. Maar zelfs als dat op onderdelen wel het geval zou zijn geweest, dan rechtvaardigde dit niet de aanzienlijke gevolgen van de ontbinding, die (ook voor opdrachtgeefster) op 9 september 2014, zo kort voor de contractuele opleveringsdatum van het werk, zonder meer voorzienbaar waren.

49. Dat, naar achteraf is vastgesteld, het werk op onderdelen anders is uitgevoerd dan het bestek voorschrijft, maakt al het voorgaande, op het moment van de ontbinding, niet anders.

50. Opdrachtgeefster voert nog aan dat de plannen van aanpak te laat werden voorgelegd. Een contractuele grondslag om termijn te stellen aan het indienen van een gewenst plan van aanpak ontbreekt echter.

51. Aan de klacht van opdrachtgeefster dat herstelde gebreken niet ter controle werden voorgelegd of niet meer te controleren waren, gaan arbiters voorbij. Wat daarvan verder feitelijk ook zij, nu er van de kant van opdrachtgeefster sprake was van bouwtoezicht van aanvankelijk 20 uur per week, later verhoogd naar 30 uur per week valt dit verwijt, gelet op de omvang van het onderhavige werk niet serieus te nemen.

52. Hetzelfde geldt voor de door opdrachtgeefster gestelde overige gebreken in het werk, gebaseerd op de stelling van opdrachtgeefster dat aanneemster in de loop van 2014, veelvuldig heeft aangegeven dat geconstateerde gebreken zouden zijn hersteld, zonder dat dit (nog) kon worden gecontroleerd, alsmede dat later bij destructief onderzoek is gebleken dat die gebreken niet (alle) waren hersteld.

53. Mede in het licht van hetgeen hiervoor onder rechtsoverweging 21 tot en met 23 is overwogen kan niet worden geoordeeld dat aanneemster ter zake van de beweerdelijke gebreken in de nakoming op 9 september 2014 in verzuim verkeerde. Datzelfde geldt met betrekking tot de na ontbinding (tijdens de diverse opnames) vastgestelde gebreken.

54. Met betrekking tot ontbindingsgrond 5: Aanneemster heeft tegen de stelling van opdrachtgeefster dat aanneemster op diverse onderdelen zonder overleg met, of toestemming van, opdrachtgeefster/E is afgeweken van het bestek, gemotiveerd verweer gevoerd. Zij voert aan alleen wegens onduidelijkheden in of onuitvoerbaarheid van bestek en tekeningen daarvan te zijn afgeweken, zonder dat er sprake was van eigen gewin en zonder concessies te doen aan de kwaliteit.

55. Ter zake van de kwesties betreffende de binnendeuren/-kozijnen en het plafond van de multimediazal is – in het verlengde van hetgeen ter zake hiervoor is overwogen – nog van belang dat arbiters van oordeel zijn dat aanneemster terecht in de veronderstelling verkeerde dat het bestek op onderdelen niet ongewijzigd kon worden uitgevoerd. Voor zover het de binnendeuren/-kozijnen betreft zij verwezen naar de brief van 13 juni 2014 van de technisch adviseur van M (productie

50 van aanneemster). Opdrachtgeefster heeft noch op het verzoek om overleg naar aanleiding daarvan, noch op de doorgezonden specificaties gereageerd, waarna aanneemster de deuren en kozijnen heeft besteld om vertraging te voorkomen. Ook dient te worden vermeld dat de binnendeuren/-kozijnen en het plafond van de multimediazal bij de afronding van het werk door derden afwijkend van het bestek zijn uitgevoerd. Voor zover bij nadere metingen zou blijken dat de door aanneemster doorgevoerde afwijkingen niet aan de bestekseisen qua geluid en/of brandwerendheid voldoen, heeft aanneemster bovendien herstel aangeboden.

56. Partijen hebben ter zake van deze kwesties over en weer deskundigenrapporten doen opstellen en in het geding gebracht. Er zijn echter namens opdrachtgeefster geen metingen overgelegd van de door aanneemster gerealiseerde situatie. Evenmin van de door derden bij de afronding van het werk gerealiseerde situatie. Bovendien dient ter zake van de door E en G in opdracht van opdrachtgeefster opgestelde rapporten te worden bedacht dat beide namens opdrachtgeefster al bij het opstellen van de bestekstukken en bij de uitvoering van het werk als directievoerder/adviseur betrokken zijn geweest, zodat hun rapporten en de daarin getrokken conclusies met de nodige omzichtigheid moeten worden gehanteerd.

57. De besteksafwijkingen leveren op zich derhalve geen zelfstandige grond voor ontbinding op.

58. Met betrekking tot ontbindingsgrond 6: In paragraaf 6 lid 7 UAV 2012 is bepaald dat onvoldoende werk binnen door de directie in billijkheid te stellen termijn tot haar genoegen door de aannemer moet worden verbeterd of vernieuwd. Volgens opdrachtgeefster heeft aanneemster daar niet aan voldaan.

59. Nu deze kwestie is toegespitst op de kwesties ter zake van de binnendeuren en -kozijnen en het plafond van de multimediazal, deelt deze het lot van die kwesties, waarvoor arbiters verwijzen naar wat zij ter zake hierboven hebben overwogen en geoordeeld.

60. Voor zover de kwestie betrekking heeft op andere gestelde gebreken, blijkt, zoals aanneemster stelt, uit niets dat aanneemster daadwerkelijk heeft geweigerd herstel uit te voeren, voor zover terecht verlangd. Dat ter zake het nodige overleg met discussie is gevoerd, maakt dat niet anders.

61. Met betrekking tot ontbindingsgrond 7: Aanneemster is langdurig met opdrachtgeefster in overleg geweest, nog tot heel kort voor de buitengerechtelijke ontbinding.

Aanneemster was bereid mee te werken aan onder andere het minimale scenario teneinde de schade zoveel mogelijk te beperken. Op het gemotiveerd verzoek van aanneemster om bouwtijdverlenging is geen antwoord van de kant van opdrachtgeefster gekomen. De stelling van opdrachtgeefster dat aanneemster niet of onvoldoende heeft meegewerkt dient als onvoldoende onderbouwd te worden gepasseerd.

62. Met betrekking tot ontbindingsgrond 8: Deze klacht heeft naast al het voorgaande geen zelfstandige betekenis.

63. Arbiters zijn, anders dan opdrachtgeefster, primair van oordeel dat aanneemster ten aanzien van de gestelde gebreken in de nakoming, voor zover al terecht, op 9 september 2014 niet in verzuim verkeerde. Daarenboven zijn de gestelde gebreken noch op zichzelf, noch in onderlinge samenhang bezien zo wezenlijk dat, zelfs al zou er op onderdelen sprake zijn geweest van verzuim, deze de ontbinding per 9 september 2014 konden rechtvaardigen, zulks mede gelet op de aard van de overeenkomst en de ernst van de gevolgen van de ontbinding (een oplevering op een datum die veel later zou zijn gelegen dan de haalbare oplevering door aanneemster, met alle gevolgen voor de exploitatie van de schouwburg van dien). Hierbij zij nog opgemerkt dat bij de afronding van het werk 30 van de 39 onderaannemers van aanneemster zijn ingezet door opdrachtgeefster. Zou dat niet zijn gelukt dan had een verdere vertraging in het verschieft gelegen.

Conclusie ontbinding/opzegging; afrekening van het werk

64. Gelet op al het voorgaande heeft opdrachtgeefster onterecht de aannemingsovereenkomst op 9 september 2014 buitengerechtelijk ontbonden. Daarom is, met inachtneming van het gegeven dat opdrachtgeefster het werk heeft laten afronden door derden, de facto sprake van opzegging van de overeenkomst als bedoeld in paragraaf 14 lid 7 AUV 2012, zodat de afrekening van het werk op die grondslag dient plaats te vinden conform lid 10 van paragraaf 14 UAV 2012 (juncto artikel 7:764 lid 2 BW).

65. Aanneemster heeft gelet daarop recht op de aanneemsom, vermeerderd met de kosten die zij als gevolg van de niet-voltooiing heeft moeten maken en verminderd met de haar door de beëindiging bespaarde kosten, onverlet aanspraken van aanneemster en opdrachtgeefster op wat overigens ter zake van de aannemingsovereenkomst verschuldigd is.

66. In het kader van deze afrekening ex paragraaf 14 lid 10 UAV 2012 heeft aanneemster recht op de aanneemsom inclusief het

saldo van het meerwerk ten opzichte van het minderwerk. Arbiters zullen nu eerst overgaan tot bespreking van de meer-/minderwerkafrekening. (...)

Resumé meer-/minderwerk

168. Gelet op de bespreking van het meer-/minderwerkafrekening van aanneemster te worden verminderd met € 9.853,80 (ST01) + € 29.016,58 (012B) + € 2.986,91 (023) + € 1.654,95 (026) + € 75.640,74 (030A) + € 7.882,35 (033) + € 1.467,68 (041) + € 858,73 (060) + € 7.992,78 (086) + € 9.997,87 (110) + € 5.057,59 (115) + € 1.032,07 (117) + € 752,02 (118) + € 340,00 (119) + € 811,34 (120) + € 1.827,10 (121) + € 1.427,21 (122) + € 3.236,34 (123) + € 11.799,07 (124) + € 2.118,37 (125) + € 14.185,08 (126) + € 2.429,88 (128) + € 557,66 (129) = € 192.926,12. 169. Gelet daarop en op rechtsoverweging 70 zullen arbiters het bedrag aan bespaarde kosten meer-/minderwerk van € 173.961,42 (zie de specificatie van de afrekening van het werk onder rechtsoverwegingen 171 en 214) verhogen tot (€ 173.961,42 + € 192.926,12 =) € 366.887,54.

Afrekening van het werk ex paragraaf 14 lid 10 UAV 2012

170. Hierboven (rechtsoverweging 64) is al bepaald dat de afrekening van het werk dient plaats te vinden conform het bepaalde in paragraaf 14 lid 10 UAV 2012 (juncto artikel 7:764 lid 2 BW). Aanneemster heeft recht op de aanneemsom, vermeerderd met de kosten die zij als gevolg van de niet-voltooiing heeft moeten maken en verminderd met de haar door de beëindiging bespaarde kosten, onverlet aanspraken van aanneemster en opdrachtgeefster op wat overigens ter zake van de aannemingsovereenkomst verschuldigd is. (...)

De vorderingen in reconventie

223. Arbiters zullen nu overgaan tot (verdere) bespreking van de vorderingen van opdrachtgeefster in reconventie.

1. te verklaren voor recht dat de aannemingsovereenkomst gesloten tussen [opdrachtgeefster] en [aanneemster] buitengerechtelijk is ontbonden per 9 september 2014

224. Hierboven is al geoordeeld dat opdrachtgeefster de aannemingsovereenkomst ten onrechte heeft ontbonden. Arbiters zullen daarom de vordering om te verklaren voor recht dat de overeenkomst buitengerechtelijk is ontbonden per 9 september 2014 afwijzen.

2. [aanneemster] te veroordelen tot betaling aan [opdrachtgeefster] van een bedrag ter zake van afrekening van het werk per datum ontbinding van € 485.098,57

[was: € 357.679,12] (excl. BTW), te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 9 september 2014 althans een door het scheidsgerecht in goede justitie te bepalen datum, tot aan de dag der algehele voldoening

225. Nu zoals hierboven is bepaald, aanneemster ter zake van de afrekening van het werk betaling toekomt, niet opdrachtgeefster, zullen arbiters deze vordering van opdrachtgeefster afwijzen.

3. [aanneemster] te veroordelen tot betaling aan [opdrachtgeefster] van een bedrag ter zake van schadevergoeding van € 5.268.868,00 [was: € 5.834.318,00] (excl. BTW), te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 9 september 2014 althans vanaf een door het scheidsgerecht in goede justitie te bepalen datum, tot aan de dag der algehele voldoening

226. De vordering van opdrachtgeefster in reconventie betreft (productie 72 van opdrachtgeefster, met nog de laatste eiswijzigingen daarop):

1. Extra kosten uitbesteding restant werkzaamheden aanneemster (€ 1.183.148,00)
2. Kosten ten gevolge van bouwstop 9 september 2014 (€ 259.570,00)
3. Kosten herstel gebreken (€ 937.476,00)
4. Kosten bouwtijdverlenging (€ 247.581,00)
5. Extra kosten schade beperkende maatregelen (€ 126.173,00)
6. Kosten geen/onvoldoende coördinatie aanneemster tot 9 september 2014 (€ 36.000,00)
7. Kosten externe adviseurs (€ 686.249,00)
8. Exploitatieschade B en D (€ 2.336.325,00 minus € 39.653,00 en minus € 486.700,00)
- Kosten bankgarantie (€ 700,00) (nieuw)

227. Opdrachtgeefster vordert in totaal vergoeding van € 5.268.868,00. Arbiters komen op een totaalbedrag van bovenstaande posten van € 5.286.869,00.

228. Nu opdrachtgeefster de tussen partijen tot stand gekomen aannemingsoverkomst ten onrechte op 9 september 2014 buitengerechtelijk heeft ontbonden, is de grondslag voor deze vordering in reconventie tot vergoeding van € 5.268.868,00 uit hoofde van die ontbinding komen te vervallen.

229. Arbiters zullen deze vordering en de vordering tot vergoeding van rente afwijzen.

230. De afwijzing treft ook de vordering tot vergoeding van de kosten van E, waarbij ten overvloede overwogen zij dat de gestelde kosten niet ten titel van verrekening in conventie zijn ingebracht en daarom niet uit dien hoofde kunnen worden meegenomen in dit vonnis.

4. De door [opdrachtgeefster] verstrekte bankgarantie ten belope van € 400.000,00 binnen 14 dagen na het in deze te wijzen vonnis aan [opdrachtgeefster] te retourneren, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 10.000,00 per dag of gedeelte van een dag, dat [aanneemster] in gebreke blijft te voldoen aan het in te deze te wijzen vonnis

231. Deze vordering deelt het lot van de voorgaande vorderingen.

5. [aanneemster] te veroordelen in de kosten van deze procedure, daaronder begrepen een tegemoetkoming in de kosten van juridische bijstand gevallen aan de zijde van [opdrachtgeefster], met de verplichting dat [aanneemster] de nakosten en de wettelijke rente over de proceskosten van [opdrachtgeefster] verschuldigd is als zij deze niet binnen 14 dagen na het wijzen van het vonnis heeft betaald

232. Deze vordering komt hierna onder 'de proceskosten en overige vorderingen' aan de orde.

Tot slot in conventie en reconventie

233. Gelet op de uitgebreide behandeling ter zitting, waarbij aan beide zijden alle direct betrokkenen als informanten aanwezig waren en bij gebreke van nader gespecificeerde bewijsaanbiedingen gaan arbiters voorbij aan het in de schriftelijke stukken door partijen aangeboden bewijs. (Enz., enz., Red.)

NOOT

Inleiding

1. De goed geïnformeerde lezer zal hebben opgemerkt dat dit vonnis het einde betreft van een geschil dat veelvuldig de publiciteit heeft gehaald. De juristen onder ons zullen enkele specifieke overwegingen van het scheidsrecht zijn opgevallen. In het bijzonder de overwegingen dat veelal pas bij oplevering vastgesteld kan worden of sprake is van verzuim en dat oplevering het moment is waarop de prestatie van de aannemer voor het eerst opeisbaar is.

2. Het is niet moeilijk om te bedenken wat deze overwegingen betekenen voor de praktijk. Voor het treffen van verschillende rechtsmaatregelen geldt dat de vordering op de wederpartij opeisbaar moet zijn (buitengerechtelijke ontbinding, opschorting). Deze maatregelen zouden dan voor oplevering niet meer getroffen kunnen worden. Reden om dit vonnis eens nader te bespreken.

Casus

3. Het betrof hier een klassieke UAV 2012 overeenkomst. De aanneemster moest conform bestek en tekeningen bouwen en de opdrachtgeefster voerde directie en hield toezicht. Nog voor oplevering ontstond er tussen opdrachtgeefster en aanneemster discussie. De aanneemster

claimde bouwtijdverlenging en vergoeding van stagnatieschade. De opdrachtgeefster maakte zich zorgen over het overschrijden van de bouwtijd en de kwaliteit van het werk. Zij verzocht om herstel van de gebreken en dreigde met opschorting van betaling en later zelfs met ontbinding van de overeenkomst.

4. Uiteindelijk ontbond opdrachtgeefster daadwerkelijk de overeenkomst. De aannemer reageerde direct en riep het retentierecht in. Een omvangrijke rechtszaak is dan het gevolg (de spoedplaatsopneming alleen duurde al 14 dagen). Uiteindelijk diende het scheidsgerecht te beoordelen of de opdrachtgeefster de aannemingsovereenkomst op terechte gronden had ontbonden.

5. De opdrachtgeefster voerde voor de ontbinding een zevental gronden aan.² Ik ga deze gronden niet stuk voor stuk bespreken, maar beperk mij tot de algemene overwegingen die het scheidsgerecht aan haar beoordeling ten grondslag heeft gelegd.

Algemene overwegingen

6. Allereerst herhaalt het scheidsgerecht de hoofdregel dat voor zover nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, de bevoegdheid tot ontbinding pas ontstaat, wanneer de aannemer in verzuim is (lid 2 van art. 6:265 BW). Tot zover niets nieuws. Maar dan overweegt het scheidsgerecht (ro. 21 e.v.): 'Of van verzuim sprake is, kan veelal pas worden beoordeeld op het moment van oplevering (het moment van de opeisbaarheid van de door aannemer te leveren prestatie)' en 'Tijdens de bouw heeft een aannemer nog de gelegenheid eventuele geconstateerde gebreken te herstellen, terwijl ook bij oplevering geconstateerde gebreken op dat moment veelal nog niet tot verzuim leiden, omdat een aannemer die gebreken nog na oplevering mag herstellen, zo spoedig mogelijk (paragraaf 9 lid 7 UAV 2012). Pas daarna kan verzuim intreden.'

7. Het scheidsgerecht noemt vervolgens de omstandigheden die maken dat de gevolgen van niet nakoming intreden vóór opeisbaarheid van de prestatie (art. 6:80 BW). Namelijk indien (a) vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk is, (b) uit een mededeling van aannemer is af te leiden dat zij zal tekortschieten, of (c) opdrachtgeefster goede gronden heeft te vrezen dat aannemer zal tekortschieten en aannemer niet bereid is te verklaren haar verplichtingen te zullen nakomen.

8. Ten slotte besluit het scheidsgerecht met de volgende overwegingen (ro. 23): 'Bij het hiervoor overwogene heeft te gelden dat het moment waarop gemeten wordt of aannemer aan haar resultaatsverplichting uit de aannemingsovereenkomst heeft voldaan, het moment van oplevering van het werk is.' en 'Verplichtingen om tijdens het werk instructies van de directie op te volgen (paragraaf 6 lid 2 UAV 2012) en om onvoldoende werk naar genoegen van de directie te verbeteren/vernieuwen (lid 7), doen daar niet

aan af en bieden derhalve niet zonder meer een grond voor ontbinding van de aannemingsovereenkomst.'

Standpunt scheidsgerecht en de gevolgen voor de praktijk

9. In essentie komen deze overwegingen van het scheidsgerecht op het volgende neer. De prestatie van de aannemer is pas opeisbaar op het moment van oplevering. Tot oplevering kan het dus zo zijn dat de aannemer zijn verplichtingen niet nakomt, maar omdat de prestatie niet opeisbaar is, kan van verzuim sowieso geen sprake zijn.³ Weliswaar kunnen er op de aannemer verplichtingen rusten die hij reeds tijdens het werk (dus voor oplevering) moet nakomen maar die doen volgens het scheidsgerecht aan dit uitgangspunt niet af. Niet nakoming van deze verplichtingen biedt geen zelfstandige grondslag voor ontbinding (althans niet zonder meer, het scheidsgerecht laat daar dus enige ruimte).

10. De gevolgen voor de praktijk laten zich raden. Het wegens onvoldoende werk of onvoldoende voortgang voor oplevering buitengerechtelijk ontbinden van de aannemingsovereenkomst of opschorten van de verplichting tot betalingen door de opdrachtgever⁴, is opeens een stuk lastiger geworden.

11. Buitengerechtelijke ontbinding door de opdrachtgever is dan alleen nog mogelijk als voldaan is aan de vereisten van art. 6:265 BW jo. art. 6:80 BW, de zogeheten anticipatieve ontbinding (ontbinding terwijl de prestatie nog niet opeisbaar is). Opschorten van de betalingsverplichting is alleen nog mogelijk als aan de vereisten van art. 6:263 BW (de zogeheten onzekerheidsexceptie) is voldaan.

12. Misschien dat art. 7:756 BW hier dan uitkomst biedt. Immers, dit artikel behelst een verruiming van de algemene regeling van de anticipatieve ontbinding. Waar bij toepassing van de algemene regeling moet *vaststaan* dat de aannemer zal tekortschieten, is bij toepassing van art. 7:756 BW de *waarschijnlijkheid* van een tekortkoming voldoende om te kunnen ontbinden. Nadeel is dat voor toepassing van art. 7:765 BW inschakeling van de rechter nodig is hetgeen afbreuk doet aan de effectiviteit van dit middel.⁵ Mede daardoor leidt dit artikel een enigszins wegwijvend bestaan. Hoe dan ook, de overwegingen van het scheidsgerecht verdienen een nadere beschouwing gelet op de in potentie grote gevolgen voor de rechtspraktijk.

Opeisbaarheid prestatie

13. Datgene waartoe de schuldeiser gerechtigd is en de schuldenaar verplicht is, noemen we de prestatie. Een prestatie kan bestaan uit een geven, doen of een niet

² Zie ro. 19.

³ Zie art. 6:81 BW. 'De schuldenaar is in verzuim gedurende de tijd dat de prestatie uitblijft nadat zij opeisbaar is geworden [...].'

⁴ Zie art. 6:52 wil een schuldenaar de nakoming van zijn verbintenissen kunnen opschorten, dan is in de eerste plaats vereist dat zijn vordering op de wederpartij, hoewel opeisbaar, niet wordt nagekomen.

⁵ Zie Asser/*Van den Berg* 7-VI, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 168.

doen. Wanneer is die prestatie en in het bijzonder in geval van aanneming van werk nu opeisbaar?

14. De hoofdregel volgt uit art. 6:38 BW. Indien in de overeenkomst geen termijn voor de nakoming is gesteld, is de prestatie onmiddellijk opeisbaar. Op grond van art. 6:2 BW dient echter de redelijkheid en billijkheid in acht te worden genomen. Daaruit volgt dat aan de schuldenaar zoveel tijd moet worden gelaten als hij redelijkerwijs voor het verrichten der prestatie nodig heeft.⁶

15. Een verbintenis kan ook een termijn voor de nakoming inhouden. Er hoeft dan niet eerder gepresteerd te worden dan tot het bepaalde tijdstip is aangebroken.⁷ Denk bijvoorbeeld aan de afspraak dat levering van de woning zal plaatsvinden 3 maanden na gezamenlijke ondertekening van de overeenkomst. Een dergelijke verbintenis noemen we ook wel een verbintenis onder opschortende tijdsbepaling of een niet-opeisbare verbintenis.⁸

16. Terug naar de aanneemkomst. Een snelle lezing van bovenstaande zou de gedachte kunnen doen postvatten dat de termijn voor oplevering kwalificeert als een termijn voor nakoming. Tot het tijdstip van overeengekomen oplevering is de prestatie dan dus niet opeisbaar. Is geen termijn voor oplevering overeengekomen dan 'krijgt' de aannemer de tijd die hij redelijkerwijs nodig heeft om het werk te realiseren en gedurende die tijd is de prestatie ook niet opeisbaar. Zo bezien, zouden de overwegingen van het scheidsgerecht inderdaad hout kunnen snijden. Deze conclusie is naar mijn mening echter te kort door de bocht.

Wat is de prestatie van de aannemer: dare of facere?

17. Zoals uit bovenstaande blijkt, gaat het om de opeisbaarheid van de prestatie van de aannemer. Daarmee is de vraag aan de orde wat nu precies de overeengekomen prestatie is. Is dit het opleveren van een werk of ziet de prestatie ook op de uitvoeringswerkzaamheden die de aannemer verricht op de weg daar naar toe. Immers, om tot oplevering te kunnen komen heeft de aannemer het nodige gepresteerd (palen geheid, funderingen gestort, muren gemetseld, installaties geplaatst, noem het allemaal maar op). Allemaal werkzaamheden waarbij de aannemer fouten kan maken.

18. Wat nu de kenmerkende prestatie van de aannemer is, wordt door Van den Berg uitdrukkelijk aan de orde gesteld.⁹ Hij onderscheidt daarbij twee opvattingen. Of de kenmerkende prestatie van de aannemer bestaat in een *dare*¹⁰, het opleveren van een werk aan de wederpartij, of deze bestaat in een *facere*¹¹, het uitvoeren van een werk op aanwijzing van de wederpartij.

19. Bij een *dare* gaat het er om dat de aannemer op het afgesproken tijdstip een zaak levert die aan de gestelde eisen voldoet. Het daarvoor te vervullen productieproces is dan louter een interne kwestie van de aannemer. Pas bij de oplevering kan dan blijken of de aannemer aan zijn verplichting heeft voldaan. De prestatie van de aannemer is in deze opvatting dus pas opeisbaar op het afgesproken tijd van oplevering.

20. Van den Berg en het merendeel van de doctrine¹² huldigt de opvatting dat bij aanneming van werk sprake van een *facere*. Daarbij is de te verrichten arbeidsprestatie zelf tot voorwerp van de overeenkomst gemaakt en kan de opdrachtgever dus invloed uitoefenen op de wijze waarop de aannemer het werk realiseert. De aannemer is dan gedurende de gehele bouwtijd gehouden zich te richten naar de aanwijzingen en eisen van de opdrachtgever. Deze opvatting sluit ook aan bij de wettelijke definitie van de aanneemovereenkomst. Deze is gericht op een *facere*: het tot stand brengen van een werk.

21. De aannemer kan volgens Van en Berg dus gedurende de hele periode tussen het sluiten van de van de overeenkomst en de overeengekomen datum van oplevering, tekortschieten en daardoor aanleiding geven tot ontbinding van de overeenkomst¹³. Met andere woorden: in deze visie is de prestatie van de aannemer ook voor oplevering al opeisbaar.

22. Opvallend is dat ook van den Berg onderkent dat er typen van aanneemovereenkomsten zijn die toch meer van een *dare* weghebben dan een *facere*. Als voorbeeld noemt hij de particuliere woningbouw waarbij de particulier een woning verkrijgt die onderdeel is van een door de aannemer (of een derde) ontwikkeld plan waarbij de invloed van de particulier op dat bouwplan en de realisatie minimaal is¹⁴. In die zin zal dus steeds per overeenkomst moeten worden beoordeeld wat de kenmerkende prestatie van de aannemer is. Pas dan zou iets gezegd kunnen worden over de het tijdstip waarop die prestatie opeisbaar is.

23. Overigens zijn de consequenties hiervan wel bijzonder. De particulier die tijdens de bouw van zijn woning constateert dat de verkeerde schuifpui wordt geplaatst, beschikt mogelijk over maar beperkte rechtsmiddelen. Als zijn overeenkomst inderdaad kwalificeert als een *dare* heeft hij immers nog geen opeisbare vordering dus geen recht om b.v. betaling van een termijn op te schorten.

24. Deze particuliere opdrachtgever heeft dan minder rechten dan bijvoorbeeld het Rijksvastgoedbedrijf wanneer die middels een klassiek UAV 2012 contract een pand laat realiseren. Die heeft dan wel het recht heeft om

⁶ Asser/Sieburgh 6-I, Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 240.

⁷ Asser/Sieburgh 6-I, 2016, nr. 241.

⁸ Asser/Sieburgh 6-I, 2016, nr. 242.

⁹ Asser/Van den Berg 7-VI, 2017, nr. 169.

¹⁰ Latijn voor geven.

¹¹ Latijn voor maken.

¹² Asser/Van den Berg 7-VI, 2017, nr. 34.

¹³ Zie ook C.E.C. Jansen, *Aanneming van werk* (Mon. BW nr. B84), 2013, nr. 56, waarin Jansen erkent dat in deze uitleg artikel art. 7:756 BW (ontbinding voor oplevering) grotendeels overbodig is maar zich verder niet waagt aan een kwalificatie van de prestatie van de aannemer.

¹⁴ Asser/Van den Berg 7-VI, 2017, nr. 34.

tussentijds betalingen op te schorten als de aannemer niet bouwt volgens de eisen van het bestek. Leg dat die particulier maar eens uit.

Terug naar de casus

25. Het is wel duidelijk welke leer het scheidsgerecht aanhangt. Gezien de gehanteerde bewoordingen in het vonnis kwalificeert zij de overeengekomen prestatie van de aannemer als een *dare*. Als we echter met Van den Berg aannemen dat een wezenlijk kenmerk van deze prestatie is dat het productieproces een louter intern proces is, dan lijkt de kwalificatie *dare* die het scheidsgerecht i.c. bezigt niet juist

26. Zoals al aangehaald, de aannemer moest bouwen conform de eisen van het bestek, de UAV 2012 was van toepassing en er is directie gevoerd. Directievoering houdt in dat de directie gedurende de bouw toezicht houdt op de naleving van de overeenkomst. Constateert de directie daarbij gebreken, dan is de aannemer gehouden die gebreken binnen een redelijke, door de directie te stellen termijn te herstellen.¹⁵ Voorts is de aannemer gehouden om gevolg te geven aan de orders en aanwijzingen van de directie.¹⁶ Gegeven deze uitgangspunten is het productieproces (het eigenlijke bouwen) niet louter een interne kwestie van de aannemer. Daarvoor was de invloed van de opdrachtgever op dat proces te groot.

27. Kortom, de algemene overwegingen van het scheidsgerecht zijn in strijd met het in de literatuur aangehaalde onderscheid tussen *dare* en *facere*. De overeenkomst in kwestie betreft een *facere* waarbij de prestatie van de aannemer gedurende de hele bouw opeisbaar is en de aannemer dus ook gedurende dat hele bouwproces in verzuim kan geraken. In zoverre is dit vonnis van het scheidsgerecht mijns inziens dus onjuist.

28. Dit laatste betreft natuurlijk een oordeel op basis van de heersende doctrine en literatuur. Het is ook interessant om te zien wat blijkens de jurisprudentie nu de kenmerkende prestatie van de aannemer is.

De Hoge Raad

29. In één mij bekend geval heeft de Hoge Raad geoordeeld over de opeisbaarheid van de prestatie van de aannemer voor oplevering.¹⁷ Het ging om een zaak waarin de opdrachtgever een aannemer opdracht gaf tot het vernieuwen van de dakbedekking. Partijen kregen onenigheid over de voortgang en de kwaliteit van de werkzaamheden. De opdrachtgever schortte uiteindelijk betaling op en de aannemer verliet daarop het werk.

30. Bij het Hof¹⁸ komt dan de vraag aan de orde of de opdrachtgever een voorstel van de aannemer tot herstel mocht weigeren. Dit voorstel kende als voorwaarde een substantiële betaling door de opdrachtgever. De opdrachtgever stelde dat hij daarom het voorstel mocht weigeren. De aannemer diende eerst te herstellen voor hij zijn opschortingsrecht zou hoeven prijs te geven. Van hem (opdrachtgever) kon niet verlangd worden dat hij eerst zou betalen, zo betoogde hij.

31. Het Hof gaat daarin niet mee. Het Hof baseerde zijn beslissing mede op het feit dat er nog geen sprake was van oplevering en het feit dat de gebreken hersteld konden worden.¹⁹ Het Hof lijkt met zoveel woorden te zeggen dat gebreken die reeds voor oplevering aanwezig zijn geen rol mogen spelen bij de vraag op de opdrachtgever betaling mocht opschorten. In de woorden van het Hof (ro. 3.9): 'Het hof overweegt hierbij dat de deugdelijkheid van de reeds uitgevoerde werkzaamheden hierbij (beoordeling of herstelvoorstel redelijk was ja dan nee, RJK) niet van belang was, omdat immers nog geen sprake was van oplevering. Dit zou wellicht anders kunnen zijn indien sprake was van ondeugdelijk uitgevoerde werkzaamheden die zich niet meer voor herstel leenden, maar zulks is niet gesteld of gebleken.'

32. Reden voor de opdrachtgever om in cassatie onder andere de hierboven besproken theorie over *dare* en *facere* aan te halen.²⁰ De Hoge raad heeft er weinig woorden voor nodig en overweegt²¹: 'Anders dan het hof oordeelde, staat aan het inroepen van het opschortingsrecht door Kenter op grond van de ondeugdelijkheid van de reeds uitgevoerde werkzaamheden (en aan het oordeel dat het voorstel van Slierings niet redelijk is) niet in de weg dat nog geen sprake was van oplevering van het werk door Slierings en dat de gebreken zich voor herstel leenden. Het opschortingsrecht strekt immers juist ertoe druk op Slierings uit te oefenen om de tegenvordering na te komen, en heeft, voor het geval Slierings daarmee in gebreke zou blijven, mede het karakter van zekerheid voor de voldoening (door middel van verrekening) van de uit zijn verzuim voortvloeiende schadevordering [...]'

33. Met andere woorden: de Hoge Raad acht het mogelijk dat de opdrachtgever haar betalingsverplichtingen opschort vanwege gebreken aan het werk die voor oplevering zijn opgemerkt. Zoals we zagen, vereist een beroep op het opschortingsrecht dat de vordering op de wederpartij opeisbaar is (en niet wordt nagekomen). Impliciet stelt de Hoge Raad dus dat de opdrachtgever voor oplevering een opeisbare vordering tot herstel heeft van de (voor oplevering) geconstateerde gebreken. In zijn noot onder dit arrest concludeert ook T.F.E. Tjong Tjin Tai dat het ging om een vordering tot herstel die opeisbaar is.²²

¹⁵ UAV 2012, par. 6 lid 7.

¹⁶ UAV 2012, par. 6 lid 2.

¹⁷ HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:95, JOR 2014/121 met annotatie van mr. J.J. Dammigh, NJ 2014/236 m.nt. van T.F.E. Tjong Tjin Tai

¹⁸ Hof Amsterdam 14 september 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:2467.

¹⁹ Zie ro. 3.5, 3.7, 3.9.

²⁰ Zie cassatiemiddel onder 4.2 en 5.1.

²¹ Ro. 3.5

²² NJ 2014/236 met annotatie van T.F.E. Tjong Tjin Tai, onder sub 3.

34. De algemene overwegingen van het scheidsge-recht zijn dus ook in strijd met dit arrest van de Hoge Raad. De Hoge Raad is van oordeel dat wel degelijk voor oplevering sprake kan zijn van een opeisbare vordering tot herstel van gebreken. Dus kan een aannemer, die dit herstel niet binnen een door de opdrachtgever gestelde redelijke termijn uitvoert, in verzuim raken. Dit laatste kan weer grond kan geven voor ontbinding van de overeenkomst.

35. Een nuancerende opmerking is echter wel op zijn plaats. De Hoge Raad baseert haar oordeel voornamelijk op het doel en de strekking van het opschortingsrecht (druk uitoefenen, zekerheidsrecht). Dat doel zou door het arrest van het Hof teniet gedaan worden en dus casseert de Hoge Raad. Maar voor je het doel en de strekking van het opschortingsrecht als argument kan gebruiken, dient mijns inziens wel eerst vast te staan dat sprake is van een opschortingsrecht. En om dat vast te stellen, had de Hoge Raad moeten vaststellen of de vordering tot herstel van gebreken, voor oplevering, een opeisbare vordering is. En daarmee lag dan de vraag op tafel wat, gegeven de aard en omvang van de concrete overeenkomst, de kenmerkende prestatie van de aannemer was (*dare* of *facere*). Juist op die wezenlijke vraag heeft de Hoge Raad geen expliciet antwoord gegeven en dat is jammer.

Opeisbaarheid prestatie aannemer: andere visie

36. In de leer van Van den Berg, waarbij de aanneemo-vereenkomst gericht is op een *facere*, is de prestatie van de aannemer dus ook voor oplevering opeisbaar. Maar hoe zit het dan met opleveringstermijn? Is dit een termijn voor nakoming? Zo ja, dan zou de prestatie van de aannemer tot oplevering hoe dan ook niet opeisbaar zijn? Dat vraagt nog om een nadere beschouwing, ook omdat het scheidsgerecht langs die weg lijkt te redeneren.

37. De verplichting van de aannemer bestaat volgens art. 7:750 lid 1 BW uit twee prestaties. De aannemer moet (1) een werk tot stand brengen en (2) dit werk opleveren. Wat betekent een termijn voor oplevering nu voor de opeisbaarheid van deze prestaties?

38. Over de verplichting om op te leveren, kan ik kort zijn. Een overeengekomen opleveringstermijn kwalificeert mijn inziens als een termijn voor nakoming ex art. 6:38 BW. Pas op het overeengekomen tijdstip kan van de aannemer verlangd worden dat hij oplevert. Tot die tijd is zijn verplichting om op te leveren dus niet opeisbaar.

39. Voor de verplichting om een werk tot stand te brengen ligt dit volgens mij anders. Het begrip 'tot stand brengen' ziet volgens Jansen²³ op het proces naar het materiële eindresultaat. Dat zal ook niemand verbazen. Het bouwen is een proces van handelingen (heien, beton storten, metselen etc.) die uiteindelijk moet leiden tot het gewenste c.q. overeengekomen resultaat.

40. Mag de aannemer dit proces, het eigenlijke bouwen, nu opschorten tot het moment van opleveren? Nee, is het logische antwoord. Immers als de aannemer dat zou doen, is er op het moment van opleveren niets om op te leveren. Maar dit zou wel de consequentie zijn als we de opleveringstermijn kwalificeren als termijn voor nakoming van de verplichting om een werk tot stand te brengen. Die termijn geeft immers de aannemer dan het recht de uitvoering van de verbintenis op te schorten tot datum van oplevering.²⁴

41. Logischer en beter lijkt het om de opleveringstermijn niet te beschouwen als een termijn voor nakoming van de verplichting om een werk tot stand te brengen maar alleen voor de verplichting om op te leveren. Voor de verplichting om een werk tot stand te brengen geldt dan geen termijn voor nakoming zodat die prestatie in beginsel direct opeisbaar is. Uiteraard met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid.

42. Deze opvatting heeft tot gevolg dat de aannemer, met in achtneming van de redelijkheid en billijkheid, direct moet presteren en de opdrachtgever nog tijdens de bouw rechtsmaatregelen kan treffen als de aannemer daarin tekortschiet.

Slot

43. Dit jaar vieren we dat de 'nieuwe' titel aanneming van werk 15 jaar bestaat. Op zich is het best bijzonder dat na 15 jaar er nog discussie mogelijk lijkt te zijn over wat nu de kenmerkende prestatie is van de aannemer. Is die prestatie nu het op een gegeven tijdstip opleveren van een werk dat aan de overeengekomen eisen voldoet (*dare*) of het gedurende de bouw voldoen aan de aanwijzingen van de opdrachtgever (*facere*)? Het scheidsgerecht koos duidelijk voor de eerste opvatting. De Hoge Raad lijkt impliciet de tweede opvatting aan te hangen.

44. Wel is duidelijk dat wanneer we het door Van den Berg genoemde onderscheid tussen *dare* en *facere* hanteren, een overeenkomst (gegeven de specifieke bepalingen) weleens aanleiding zou kunnen geven tot de conclusie dat de kenmerkende prestatie een *dare* is. Met alle consequenties van dien voor het voor oplevering opschorten van de (betalings)verplichtingen en het buitengerechtelijk ontbinden van de overeenkomst.

45. Bij het opstellen van een aanneemovereenkomst lijkt het dan ook verstandig om aandacht te besteden aan de vraag wat de kenmerkende prestatie van de aannemer nu precies is. Dit om te voorkomen dat hangende de bouw partijen in een lastige discussie verzeild raken over het antwoord op de vraag of tussentijds mag worden opgeschort of ontbonden.

R.J. Kwaak

²³ Aanneming van werk (Mon. BW nr. B84), 2013, nr. 6.

²⁴ Asser/Sieburgh 6-I, 2016 nr. 245.

Jurisprudentie – VI. Fiscaal bouwrecht

TBR 2018/179

**Hoge Raad, 5 oktober 2018, 16/04577, ECLI:NL:HR:2018:1866
(Nieuw vervaardigd goed of btw-bouwterrein of een levering tijdens de bouwfase)**

(Mr. G. de Groot, mr. E.N. Punt, mr. J. Wortel, mr. M.E. van Hilten en mr. A.F.M.Q. Beukers - van Dooren)

Wet BRV: art. 15; Wet OB: art. 11

Kwalificatie BTW-doeleinden. Verbouwing. Vervaardigd goed. Oud gebouw. Overdrachtsbelasting. Gedeeltelijke sloop

Met gastnoot M.A. Bonthuis-Broekman, Red.¹

2 Beoordeling van het middel

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

2.1.1. Belanghebbende heeft op 23 januari 2007 een koopovereenkomst gesloten betreffende een onroerende zaak, bestaande uit een perceel grond met daarop een bedrijfspand. In de koopovereenkomst is met betrekking tot de omzetbelasting ter zake van de levering vermeld: 'Het betreft een niet met omzetbelasting belaste levering.'

2.1.2. De verkoper en belanghebbende hebben in juli 2007 in een aanvullende koopovereenkomst kort gezegd het volgende opgenomen:

- indien de koper dat wenst zal de verkoper eraan meewerken dat het verkochte voor rekening van de koper geheel of gedeeltelijk wordt gesloopt ten behoeve van de te realiseren nieuwbouw voordat de juridische levering heeft plaatsgevonden,
- de verkoper zal meewerken aan het verkrijgen van een sloopvergunning voor het slopen van het bedrijfspand en een bouwvergunning voor nieuwbouw,
- indien de koper voorafgaand aan de juridische levering tot sloop overgaat, blijft het risico van het verkochte bij de verkoper en dient de koper voor aanvang van de sloopwerkzaamheden ten gunste van de verkoper een bankgarantie te stellen tot zekerheid voor de nakoming van haar verplichtingen.

2.1.3. Aan belanghebbende is op 21 juni 2007 een bouwvergunning verleend, en aan de verkoper op 27 juli 2007 een sloopvergunning. De sloopwerkzaamheden zijn begonnen in augustus 2007.

2.1.4. In de akte van levering van 1 oktober 2007 is onder meer vermeld dat de verkoper aan belanghebbende levert 'een perceel bouwterrein bestemd voor de bouw van een winkelpand met aanbehoren' en dat '[h]et verkochte (...) door de verkopende partij [is] gesloopt ten behoeve van de nieuwbouw'. In die akte hebben belanghebbende en de verkoper zich op het standpunt gesteld, kort gezegd, dat ter zake van de levering omzetbelasting verschuldigd is en is een beroep gedaan op de vrijstelling van overdrachtsbelasting van artikel 15, lid 1, letter a, van de Wet op belastingen van rechtsverkeer (hierna: de Wet BRV).

2.1.5. Ten tijde van de levering op 1 oktober 2007 was het bedrijfspand gesloopt met uitzondering van het in de nieuwbouw te integreren gedeelte van de oude voorgevel, en was de fundering voor de nieuwbouw aangebracht.

2.2.1. Het Hof heeft geoordeeld dat de vrijstelling van artikel 15, lid 1, letter a, van de Wet BRV van toepassing is omdat de verkoper op 1 oktober 2007 een nieuw vervaardigde onroerende zaak heeft geleverd en die levering van rechtswege is belast met omzetbelasting. Naar het oordeel van het Hof zijn de werkzaamheden aan het pand dermate ingrijpend geweest dat de constructie van het gebouw zodanig is aangetast dat bouwkundig sprake is van sloop van de oudbouw en vervanging door nieuwbouw ('in wezen nieuwbouw'). Daaraan heeft het Hof het volgende ten grondslag gelegd. Aan belanghebbende is een gebouw geleverd dat ten tijde van de levering in verregaande mate was gesloopt en waaraan op dat moment al verbouwingswerkzaamheden waren verricht. Het gebouw was op dat moment niet meer in gebruik en vervolgens heeft herbouw met een andere indeling en een grotere inhoud plaatsgevonden.

2.2.2. Het standpunt van de Inspecteur dat de verkoper en belanghebbende zijn overeengekomen een bestaand gebouw te leveren dan wel dat dit laatste de economische realiteit is geweest, heeft het Hof verworpen.

2.3. Het middel richt zich tegen de hiervoor in 2.2.1 en 2.2.2 weergegeven oordelen van het Hof.

Het voert in de eerste plaats aan dat het Hof voor de kwalificatie van de prestatie van de verkoper voor de heffing van omzetbelasting van belang heeft geacht dat de werkzaamheden uiteindelijk hebben geleid tot de voortbrenging van een ver-

¹ Arianne Bonthuis-Broekman is verbonden aan NautaDutilh als advocaat-belastingkundige.

vaardigd goed als bedoeld in artikel 11, lid 3, aanhef en letter b, van de Wet op de omzetbelasting 1968 (hierna: de Wet OB). Het Hof heeft miskend dat de omstandigheid dat de sloopwerkzaamheden en de vernieuwbouwwerkzaamheden niet door of in opdracht van de verkoper zijn uitgevoerd, in de weg staat aan het aanmerken van de prestatie van de verkoper als een van rechtswege met omzetbelasting belaste levering, aldus het middel.

2.4.1. Voor de toepassing van de vrijstelling van artikel 15, lid 1, letter a, van de Wet BRV op de verkrijging van een onroerende zaak is bepalend of de levering ervan van rechtswege aan de heffing van omzetbelasting is onderworpen. Dit is het geval indien de macht om als eigenaar over een gebouw of een gedeelte van een gebouw te beschikken, wordt overgedragen vóór, op of uiterlijk twee jaren na het tijdstip van eerste ingebruikneming ervan. Voorts is de levering van een bouwterrein van rechtswege met omzetbelasting belast. Zie voor dit een en ander artikel 11, lid 1, letter a, onder 1°, van de Wet OB.

2.4.2. De beantwoording van de vraag of de levering van een onroerende zaak een (gedeelte van een) gebouw en het erbij behorende terrein dan wel een bouwterrein betreft als bedoeld in artikel 11, lid 1, letter a, gelezen in samenhang met artikel 11, lid 3 respectievelijk lid 4, van de Wet OB, dient niet alleen te geschieden aan de hand van de contractuele bepalingen (vgl. HvJ 20 juni 2013, *Paul Newey*, C-653/11, ECLI:EU:C:2013:409, punten 42 en 43), maar ook aan de hand van de omstandigheden ter zake van de transactie voorafgaand aan en ten tijde van die handeling; tot die omstandigheden behoort de intentie, door het Hof van Justitie ook wel aangeduid als wilsverklaring, van partijen met betrekking tot de transactie, mits deze wordt ondersteund door objectieve gegevens (vgl. HvJ 17 januari 2013, *Woningstichting Maasdriel*, C-543/11, ECLI:EU:C:2013:20, punt 35, en HvJ 12 juli 2012, *J.J. Komen en Zonen Beheer Heerhugowaard B.V.*, C-326/11, ECLI:EU:C:2012:461, punt 33).

2.4.3. In cassatie is uitgangspunt dat het hiervoor in 2.1.1 genoemde bedrijfspand op 1 oktober 2007 niet werd overgedragen vóór, op of uiterlijk twee jaren na het tijdstip van eerste ingebruikneming ervan.

Gelet op hetgeen hiervoor in 2.4.2 is overwogen, moet aan de hand van de hiervoor in 2.1 weergegeven feiten en omstandigheden worden vastgesteld of de door de verkoper verrichte levering van de onroerende zaak het oude bedrijfspand tot voorwerp heeft, dan wel betrekking heeft op een (gedeelte van een) gebouw dat wordt overgedragen vóór, op of uiterlijk twee jaren na het tijdstip van eerste ingebruikneming ervan, of betrekking heeft op een bouwterrein. Niet doorslaggevend daarvoor is dat op enig moment na voltooiing van de ten tijde van de levering aangevangen werkzaamheden een

vervaardigd gebouw in de zin van artikel 11, lid 3, aanhef en letter b, Wet OB is voortgebracht.

2.4.4. De beoordeling van hetgeen de verkoper voor de heffing van omzetbelasting als onroerende zaak aan de koper heeft geleverd, moet dus niet gebeuren aan de hand van het eindresultaat van alle op 1 oktober 2007 verrichte en nog te verrichten werkzaamheden aan het oude bedrijfspand en de nieuwbouw. Bij die beoordeling had het Hof ook in aanmerking moeten nemen in hoeverre de sloopwerkzaamheden en/of de vernieuwbouwwerkzaamheden door of voor rekening van de verkoper zijn verricht, dan wel door of voor rekening van belanghebbende, mede in het licht van hetgeen partijen hierover zijn overeengekomen. Daarvan uitgaande berust ook de verwerping van het standpunt van de Inspecteur omtrent de economische realiteit van de prestatie niet op gronden die de beslissing kunnen dragen. Uit het voorgaande volgt dat het middel in zoverre slaagt.

2.5. Gelet op hetgeen hiervoor in 2.4.4 is overwogen kan de uitspraak van het Hof niet in stand blijven. Verwijzing moet volgen.

2.6. Indien na verwijzing komt vast te staan dat de sloop- en verbouwingswerkzaamheden die zijn verricht tot op het tijdstip van de levering op 1 oktober 2007 behoren tot de door de verkoper jegens belanghebbende overeengekomen prestatie, laten de hiervoor in 2.1.4 weergegeven feiten en omstandigheden geen andere conclusie toe dan dat op het tijdstip van de levering het oude bedrijfspand nagenoeg geheel was gesloopt en in deze staat op geen enkele wijze meer als (bedrijfs)pand kon worden gebruikt. Anders dan het geval was in de zaak die heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 7 maart 2003, nr. 37525, ECLI:NL:HR:2003:AE9405, is in dit geval na de sloop geen bebouwing overgebleven die de functie van gebouw kon vervullen. Het op 1 oktober 2007 aan belanghebbende geleverde, vast met de grond verbonden (bouw)werk kon uitsluitend dienen als basis voor een (nieuw) te vervaardigen onroerende zaak. Onder die omstandigheden is - met inachtneming van de ruime werkingssfeer die toekomt aan uitzonderingen op een vrijstelling van omzetbelasting - sprake van een levering die is uitgezonderd van de vrijstelling van artikel 11, lid 1, letter a, onder 1°, van de Wet OB.

Dit brengt mee dat het middel voor het overige faalt.

3 Proceskosten

De Hoge Raad acht geen termen aanwezig voor een veroordeling in de proceskosten in cassatie. Door het verwijzingshof zal worden beoordeeld of aan belanghebbende voor de kosten van het geding voor het Hof en van het geding voor de Rechtbank en in verband met de behandeling van het bezwaar een vergoeding dient te worden toegekend.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

verklaart het beroep in cassatie gegrond, vernietigt de uitspraak van het Hof, en verwijst het geding naar het Gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing van de zaak met inachtneming van dit arrest. (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

1. Vorenstaand arrest van de Hoge Raad geeft een belangrijke aanwijzing hoe panden te kwalificeren voor btw doeleinden als slechts enkele delen behouden blijven bij een ingrijpende verbouwing. Daarnaast geeft het arrest handvatten om te bepalen welk regime van toepassing is ten tijde van de levering van een grotendeels gesloopt pand.

2. In deze zaak draaide het om de levering van een onroerende zaak die zeer ingrijpend verbouwd wordt. Enkel de gevel en oude vloerplaten werden behouden. Diende een levering tijdens deze verbouwing te worden gezien als de levering van een nieuw vervaardigd goed, een btw-bouwterrein of een levering tijdens de bouwfase en derhalve belast te zijn met btw of is het de levering van een oud gebouw voor btw-doelstellingen en is de levering uit dien hoofde vrijgesteld van btw? De inspecteur betoogt in deze zaak dat geen vervaardigd goed is geleverd, maar een oud gebouw, dat belast is met overdrachtsbelasting.

Wettelijk kader

3. Als een vervaardigd goed wordt geleverd, een onroerende zaak in aanbouw of een btw-bouwterrein dan is de vergoeding van rechtswege onderworpen aan de heffing van omzetbelasting op grond van artikel 11, lid 1, letter a, onder 1°, van de Wet OB. In een dergelijk geval kan de vrijstelling van artikel 15, lid 1, letter a, van de Wet op belastingen van rechtsverkeer aan de orde komen, waardoor geen overdrachtsbelasting verschuldigd wordt ter zake van de verkrijging van de onroerende zaak.

4. Van een vervaardigd goed is voor de btw sprake indien 'in wezen nieuwbouw' heeft plaatsgevonden. Dit wordt getoetst door een man op de straat (modale consument) als uitgangspunt te nemen. Deze modale consument dient - als hij naar het gebouw kijkt - tot de conclusie te komen dat in feite een nieuw pand is gerealiseerd.²

5. Een bouwterrein is onbebouwde grond, waarbij koper de intentie heeft de grond te bebouwen. Uit *Woningstichting Maasdriel*³ bleek dat de intentie om de grond te bebouwen objectief dient te kunnen worden vastgesteld, door bijvoorbeeld bouwplannen of de aanvraag van een bouwvergunning.

6. Uit de bekende zaak *Don Bosco* volgt dat ook van onbebouwde grond sprake kan zijn als de grond ten tijde van de levering nog bebouwd is, maar op verkoper een sloopverplichting rust.⁴ Het is hierbij niet van belang hoever de sloop van het oude gebouw ten tijde van de levering van het terrein was gevorderd, doorslaggevend is het eindresultaat: hoe wordt het terrein door de verkoper aan de koper opgeleverd. Uit beleid volgt vervolgens dat ook als onbebouwde grond kan worden aangemerkt:

- grond waarin zich nog oude heipalen bevinden die in de grond blijven zitten en die geen functie meer vervullen voor een nieuw te realiseren opstal; en
- grond waarin alleen reguliere (doorgaande) leidingen voor bijvoorbeeld gas, elektra, water of kabelnetwerken liggen die niet enkel dienstbaar zijn aan het betreffende perceel en die geen functie (meer) vervullen voor een op dat perceel eventueel nieuw te realiseren opstal.⁵

7. Voorts is het arrest *Komen en Zonen Beheer* in casu relevant, waarin een winkelcentrum geleverd werd dat gedeeltelijk nog in gebruik was en gedeeltelijk was gesloopt. Uiteindelijk - zo stond vast - zou een nieuw vervaardigde onroerende zaak worden gerealiseerd. In deze zaak oordeelde het Hof van Justitie (HvJ) dat: *'De levering van een onroerende zaak bestaande uit een terrein en een oud gebouw waarvan de vervaardiging tot een nieuw gebouw gaande is (...) valt onder de btw-vrijstelling daar het oude gebouw op het tijdstip van de levering slechts gedeeltelijk was gesloopt en althans gedeeltelijk nog in gebruik was.'*⁶

8. Wat we na het arrest *Komen en Zonen Beheer* nog niet wisten is hoe de levering van een gedeeltelijk gesloopt pand moet worden gekwalificeerd als het pand niet meer in gebruik is ten tijde van de levering (en ook niet gebruikt zou kunnen worden). Immers, uit het dictum volgt dat het HvJ relevant acht dat het pand slechts gedeeltelijk was gesloopt en dat het nog gedeeltelijk in gebruik was.

9. In eerder genoemd beleid was naar aanleiding van *Komen en Zonen beheer* evenwel het volgende opgenomen: *'Grond waarop zich een gedeeltelijk gesloopt gebouw bevindt, vormt voor de btw-heffing in beginsel nog steeds bebouwde grond (...). Het gedeeltelijk slopen van bestaande gebouwen leidt als zodanig dan ook niet tot het ontstaan van onbebouwde grond of een bouwterrein. Dit geldt ook als de door of in opdracht van de leverancier in de toekomst, na de juridische levering, verrichte handelingen zich beperken tot slechts gedeeltelijke sloop.'*⁷

10. Hieruit volgt dat - op grond van het beleid - gedeeltelijke sloop niet kan leiden tot de levering van een bouwterrein. Of het wel zou kunnen leiden tot een levering

⁴ HvJEU 19 november 2009, zaak C-461/08 (*Don Bosco Onroerend Goed*), ECLI:EU:C:2009:722.

⁵ Besluit van 19 september 2013, BLKB 2013/1686m, paragraaf 4.3.2.

⁶ HvJEU 12 juli 2012, zaak C-326/11 (*Komen en Zonen Beheer*), ECLI:EU:C:2012:461.

⁷ Besluit van 19 september 2013, BLKB 2013/1686m, paragraaf 4.3.3.

² HR 19 november 2010, nr. 08/01021 ECLI:NL:HR:2010:BM6681.

³ HvJEU 17 januari 2013, zaak C-543/11 (*Woningstichting Maasdriel*), ECLI:EU:C:2013:20.

van een onroerende zaak in de bouwfase valt niet af te lezen uit het beleid.

Feiten

11. In de akte van levering van 1 oktober 2007 is opgenomen dat verkoper een perceel bouwterrein bestemd voor de bouw van een winkelpand met aanbehoren levert aan belanghebbende en dat het verkochte door de verkopende partij gesloopt is ten behoeve van nieuwbouw. Ook is in de akte opgenomen dat koper en verkoper het standpunt innemen dat ter zake van de levering omzetbelasting verschuldigd is en doet koper een beroep op de vrijstelling van overdrachtsbelasting van artikel 15, lid 1, letter a, van de Wet op belastingen van rechtsverkeer. Ten tijde van de levering op 1 oktober 2007 was het bedrijfspand gesloopt met uitzondering van het in de nieuwbouw te integreren gedeelte van de oude voorgevel, en was de fundering voor de nieuwbouw aangebracht.

Voorgaande instanties

12. In de uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden (zie ook de mede door ondergetekende geschreven noot bij deze uitspraak⁸) oordeelde het Hof dat de man op de straat/modale consumer ook binnen kan treden om te bepalen of dit het geval is (in casu vond de volledige verbouwing plaats achter de monumentale gevel) en oordeelde uit dien hoofde dat de verbouwing had geleid tot een vervaardigd goed. De levering van de onroerende zaak ten tijde van de verbouwing ervan was zodoende onderworpen aan de heffing van btw zo concludeerde het Hof.⁹

13. De A-G concludeerde evenwel dat de prestaties van verkoper in het kader van de levering moeten worden geduid en dat niet (enkel) het eindresultaat van de verbouwing van belang is. Allereerst dient derhalve te worden beoordeeld of de verkoper één (samengestelde) handeling verricht, mogelijk bestaande uit meerdere elementen, of meerdere handelingen. Het HvJ heeft hiervoor vastomlijnde criteria gegeven. Uit deze criteria volgt dat rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden waarin de betrokken handeling plaatsvindt (onder meer het arrest Don Bosco Onroerend Goed) en bij de duiding van een prestatie rekening dient te worden gehouden met de wilsverklaring van partijen (ondersteund door objectieve gegevens) met betrekking tot de btw-behandeling (onder meer het arrest Woningstichting Maasdriel).¹⁰

14. Uit bedoelde objectieve gegevens leidt de A-G in casu af dat verkoper zich jegens de koper heeft verbonden verbouwingswerkzaamheden te verrichten. Dit wil volgens de A-G echter niet per definitie zeggen dat

daardoor sprake is van de levering van een gebouw vóór eerste ingebruikneming. Daarvoor is volgens de A-G nodig dat de verbouwingswerkzaamheden die de verkoper heeft uitgevoerd of dient uit te voeren leiden tot een vervaardigd goed. Afgaand op de feiten in deze zaak is de A-G van mening dat een gemeenschappelijke intentie tot het stichten van nieuwbouw bij partijen ontbreekt en dat de verbouwing van het onderhavige gebouw op het tijdstip van de levering niet zo verevorderd was dat sprake kon zijn van 'in wezen nieuwbouw'.

Hoge Raad

15. De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G niet. Volgens de Hoge Raad dient namelijk aan de hand van de feiten en omstandigheden te worden vastgesteld of de door de verkoper verrichte levering van de onroerende zaak het oude bedrijfspand tot voorwerp heeft, dan wel betrekking heeft op een (gedeelte van een) gebouw dat wordt overgedragen vóór, op of uiterlijk twee jaren na het tijdstip van eerste ingebruikneming ervan, of betrekking heeft op een bouwterrein. Hiervoor is volgens de Hoge Raad niet doorslaggevend of op enig moment na voltooiing van de ten tijde van de levering aangevangen werkzaamheden een vervaardigd gebouw in de zin van artikel 11, lid 3, aanhef en letter b, Wet OB is voortgebracht.

16. De beoordeling van hetgeen geleverd wordt, moet plaatsvinden aan de hand van de sloopwerkzaamheden en/of de vernieuwbouwwerkzaamheden die door of voor rekening van de verkoper zijn verricht, dan wel door of voor rekening van koper, mede in het licht van hetgeen partijen hierover zijn overeengekomen zo stelt de Hoge Raad. Voor deze beoordeling is het eindresultaat van alle op 1 oktober 2007 verrichte en nog te verrichten werkzaamheden aan het oude bedrijfspand en de nieuwbouw niet van belang.

17. Deze beoordeling wordt overgelaten aan het verwijzingshof, deze dient vast te stellen of de sloop- en verbouwingswerkzaamheden die zijn verricht tot op het tijdstip van de levering op 1 oktober 2007 behoren tot de door de verkoper jegens koper overeengekomen prestatie.

18. Hierbij geeft de Hoge Raad mee aan het verwijzingshof dat als de sloop- en verbouwingswerkzaamheden die zijn verricht tot op het tijdstip van de levering behoren tot de door de verkoper jegens koper overeengekomen prestatie is in dit geval na de sloop geen bebouwing overgebleven die de functie van gebouw kon vervullen. Het op 1 oktober 2007 aan koper geleverde, vast met de grond verbonden (bouw)werk kon uitsluitend dienen als basis voor een (nieuw) te vervaardigen onroerende zaak. Hierdoor is alsdan sprake van een levering die is uitgezonderd van de vrijstelling van artikel 11, lid 1, letter a, onder 1°, van de Wet OB.

Analyse

19. Op grond van het arrest is het niet langer nodig om alle oude bebouwing te slopen voordat voor btw-doeleinden een nieuwe fase aanvangt. Waar voor dit

⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 30 augustus 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7523, mt. gastnt. M.A. Bonthuis-Broekman en T. Vincken (TBR 2018/66).

⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 3 augustus 2016, nr.15/00208, ECLI:NL:GHARL:2016:6243.

¹⁰ Advocaat-Generaal Ettema ("A-G"), 12 december 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1415.

arrest nog gedacht kon worden dat gedeeltelijke sloop in de weg stond aan een levering die valt onder het bereik van artikel 11, lid 1, letter a, onder 1°, van de Wet OB, ligt de werkelijkheid (gelukkig) genuanceerder. Hierdoor kan voorkomen worden dat herbruikbare gedeelten van een gebouw louter om btw-doeleinden gesloopt zouden moeten worden. Voldoende is dat de overblijvende gedeelten van de oude bebouwing na de sloop geen functie van gebouw meer kunnen vervullen. Wanneer dit precies het geval is, zal in de praktijk moeten blijken.

20. Naar aanleiding van het arrest zou het voor de praktijk prettig zijn als het eerder in deze noot aangehaalde beleid met betrekking tot het gedeeltelijk slopen door de staatssecretaris wordt genuanceerd en verder wordt uitgewerkt. In de praktijk zal voortaan getoetst moet worden of na de gedeeltelijke sloop van een gebouw door de verkoper door de verkoper een gebouw wordt geleverd of restanten van een gebouw die uitsluitend kunnen dienen als basis voor een te vervaardigen zaak.

21. Deze dubbele toets past mijns inziens beter in de lijn die het HvJ neer heeft gelegd in het genoemde arrest *Komen en Zonen beheer*, waarin het HvJ ook een dubbele toets hanteerde om te vast te stellen wat door de verkoper geleverd werd aan koper. In dit arrest gaf het HvJ aan dat naast de gedeeltelijke sloop voor de kwalificatie van hetgeen geleverd wordt van belang is dat een gedeelte van het gebouw nog in gebruik was. Door het gebruik van een gedeelte staat vast dat het winkelcentrum nog een functie vervulde ten tijde van de levering ervan.

22. De uiteindelijke vraag of in casu sprake is van een vervaardiging wordt niet behandeld door de Hoge Raad, maar ligt impliciet besloten in de zinsnede '*Het op 1 oktober 2007 aan belanghebbende geleverde, vast met de grond verbonden (bouw)werk kon uitsluitend dienen als basis voor een (nieuw) te vervaardigen onroerende zaak.*' Ik kan mij hierin goed vinden. Het behouden van slechts enkele delen is mijns inziens onvoldoende om te kunnen spreken van een oud gebouw. Bovendien past het beter in het btw-stelsel

waarin voor een vervaardiging getoetst moet worden of de essentiële kenmerken van het goed gewijzigd zijn.¹¹

23. Wat de Hoge Raad bedoelt met de zin: '*De beoordeling moet dus niet gebeuren aan de hand van het eindresultaat van alle op 1 oktober 2007 verrichte en nog te verrichten werkzaamheden aan het oude bedrijfspand en de nieuwbouw.*' is mij niet geheel helder. Immers, aan artikel 11, lid 1, letter a, onder 1°, van de Wet OB wordt enkel toegekommen als een nieuw gebouw wordt gerealiseerd. Terwijl anderzijds het ook niet mogelijk is om de zin te interpreteren als aanwijzing ten aanzien van de levering, omdat uit alle jurisprudentie reeds volgt dat van een levering binnen het bereik van artikel 11, lid 1, letter a, onder 1°, van de Wet OB pas sprake kan zijn op de verkoper de verplichting rust om te zorgen dat de onroerende zaak als zodanig kwalificeert.

24. Desondanks kan ik goed met het arrest uit de vóeten. Het past gemakkelijk in de lijn van de jurisprudentie die er al ligt. Voor de btw-experts blijft na dit arrest nog wel de vraag over of de Hoge Raad meent dat hetgeen in casu geleverd wordt dient te worden aangemerkt als btw-bouwterrein, dan wel als onroerende zaak in aanbouw (beiden vallen namelijk onder artikel 11, lid 1, letter a, onder 1°, van de Wet OB). Beide posities zijn wat mij betreft verdeelbaar. Een btw-bouwterrein langs de lijn dat de overgebleven gedeelten van het gebouw geen functie meer vervullen (analogie met het beleid met betrekking tot oude heipalen die in de grond blijven zitten), zodat de grond in feite als onbebouwd moet worden aangemerkt. Hier valt evenwel tegennin te brengen dat de gevel wel een functie gaat vervullen in het nieuwe gebouw. Anderzijds kan worden verdedigd dat sprake is van een pand in aanbouw, namelijk de gevel en de nieuwe fundering is reeds aanwezig ten tijde van de levering. Deze laatste optie is wat mij betreft de meest voor de hand liggende lijn. Nu de uitkomst in beide situaties hetzelfde is - de levering is van rechtswege onderworpen aan de heffing van btw - zal deze onzekerheid voor de praktijk geen probleem moeten vormen.

M.A. Bonthuis-Broekman

¹¹ HvJEG, 14 mei 1995, C-139/84 (van Dijk's Boekhuis), ECLI:EU:C:1985:195

Wetgeving

Omgevingsrecht

Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de voorzitter van de Tweede Kamer, d.d. 5 oktober 2018, inzake het Kabinetsperspectief NOVI. (Kamerstukken II 2018/19, 34 682, nr. 6)

Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de voorzitter van de Eerste Kamer, d.d. 16 oktober 2018, inzake het Kabinetsperspectief NOVI. (Kamerstukken II 2018/19, 34 682, A)

Brief van de Staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat aan de voorzitter van de Tweede Kamer, d.d. 27 september 2018, aangaande de Aanvullingswet geluid. (Kamerstukken II 2018/19, 33 118, nr. 113)

Verslag van een mondeling overleg van de vaste commissie van Infrastructuur en Waterstaat van de Eerste Kamer met de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, gevoerd op 26 september 2018 aangaande de stelselherziening omgevingsrecht. (Kamerstukken I 2018/19, 33 118, AJ)

Verslag van een mondeling overleg van de vaste commissie van Infrastructuur en Waterstaat van de Eerste Kamer met de Staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat, gevoerd op 2 oktober 2018, aangaande de stelselherziening omgevingsrecht. (Kamerstukken I 2018/19, 33 118, AK)

Verslag van de vaste commissie van Binnenlandse Zaken van de Tweede Kamer, vastgesteld op 15 oktober 2018, aangaande beraadslaging over het wetsvoorstel Invoeringswet Omgevingswet. (Kamerstukken II 2018/19, 34 986, nr. 5)

Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de voorzitter van de Tweede Kamer, d.d. 22 oktober 2018, inzake constitutionele verhoudingen en de stelselherziening omgevingsrecht. (Kamerstukken II 2018/19, 34 986, nr. 6)

Koninklijke boodschap tot wijziging van de Omgevingswet en enkele andere wetten met het oog op de beheersing van geluid afkomstig van wegen, spoorlijnen en industrieterreinen. (Kamerstukken II 2018/19, 35 054, nr. 1)

Voorstel van wet tot wijziging van de Omgevingswet en enkele andere wetten met het oog op de beheersing van geluid afkomstig van wegen, spoorlijnen en industrieterreinen. (Kamerstukken II 2018/19, 35 054, nr. 2)

Memorie van Toelichting bij voorstel van wet tot wijziging van de Omgevingswet en enkele andere wetten met het oog op de beheersing van geluid afkomstig van wegen, spoorlijnen en industrieterreinen. (Kamerstukken II 2018/19, 35 054, nr. 3)

Advies Raad van State en nader rapport bij voorstel van wet tot wijziging van de Omgevingswet en enkele andere wetten met het oog op de beheersing van geluid afkomstig van wegen, spoorlijnen en industrieterreinen. (Kamerstukken II 2018/19, 35 054, nr. 4)

Verslag van de vaste commissie van Landbouw, Natuur en voedselkwaliteit, vastgesteld op 15 oktober 2018, aangaande de wijziging van de Omgevingswet en andere wetten in verband met overgang van de Wet natuurbescherming naar de Omgevingswet. (Kamerstukken II 2018/19, 34 985, nr. 5)

Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de voorzitter van de Eerste Kamer, d.d. 18 oktober 2018, inzake perspectieven en mogelijkheden bij behandeling van het voorstel Invoeringswet. (Kamerstukken II 2018/19, 33 118, AM)

Verslag van een schriftelijk overleg van de leden van de vaste commissie van Infrastructuur, Waterstaat en Omgeving, vastgesteld op 25 oktober, met de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aangaande een technische briefing over DSO. (Kamerstukken I 2018/19, 33 118, AL)

Crisis- en herstelwet

Verslag van de vaste commissie van Binnenlandse Zaken van de Tweede Kamer, vastgesteld op 8 oktober, aangaande wijziging van de Crisis- en herstelwet in verband met het versnellen van woningbouw en het faciliteren van duurzame ontwikkeling, zoals het verduurzamen van het energiegebruik. (Kamerstukken II 2018/19, 35 013, nr. 5)

Ruimtelijke ordening en milieu

Brief van de Minister van Economische Zaken en Klimaat aan de voorzitter van de Tweede Kamer, d.d. 3 oktober 2018, aangaande wijziging van het Activiteitenbesluit milieubeheer in verband met de informatieplicht voor energiebesparende maatregelen. (Kamerstukken II 2018/19, 29 383, nr. 305)

Brief van de Staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat aan de voorzitter van de Tweede Kamer, d.d. 16 oktober 2018, aangaande wijziging van het Activiteitenbesluit milieubeheer en het Besluit omgevingsrecht in verband met noodzakelijk periodiek onderhoud (Kamerstukken II 2018/19, 29 383, nr. 307)

Ondergrond

Verslag van een schriftelijk overleg van de vaste commissie van Infrastructuur en Waterstaat, vastgesteld op 25 september 2018, aangaande vragen en opmerkingen aan de staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat over de Structuurvisie ondergrond. (Kamerstukken II 2018/19, 33 136, nr. 17)

Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de voorzitter van de Tweede Kamer, d.d. 12 oktober 2018, aangaande de Basisregistratie ondergrond. (Kamerstukken II 2018/19, 33 136, nr. 18)

Woningmarkt

Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de voorzitter van de Tweede Kamer, d.d. 25 september 2018, aangaande voortgang aanpak voor de woningmarkt. (Kamerstukken II 2018/19, 32 847, nr. 428)

Verslag van een algemeen verslag van de vaste commissie Binnenlandse Zaken van de Tweede Kamer met de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, vastgesteld 19 oktober 2018, aangaande integrale visie voor de woningmarkt. (Kamerstukken II 2018/19, 32 847, nr. 435)

Asbest

Brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de voorzitter van de Tweede Kamer, d.d. 27 september 2018, aangaande onderzoek naar en acties bij het asbeststelsel (Kamerstukken II 2018/19, 25 834, nr. 150)

Brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de voorzitter van de Tweede Kamer, d.d. 27 september 2018, aangaande onderzoek naar blootstelling aan asbestvezels afkomstig van werkzaamheden met verontreinigd straalgrit (Kamerstukken II 2018/19, 25 834, nr. 151)

Wet Milieubeheer

Brief van de vaste commissie van Infrastructuur en Waterstaat van de Tweede Kamer aan de voorzitter van de Tweede Kamer, d.d. 3 oktober 2018, aangaande inventarisatie onder provincies voor de asbestsanering. (Kamerstukken II 2018/19, 34 675, nr. 9)

Gewijzigd voorstel van wet voor wijziging van de Wet milieubeheer (verwijdering asbest en asbesthoudende producten. (Kamerstukken I 2018/19, 34 675, A)

Natuur

Brief van de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit aan de voorzitter van de Tweede Kamer, d.d. 22 oktober 2018, aangaande de Tussenevaluatie Programmatische Aanpak Stikstof. (Kamerstukken II 2018/19, 32 670, nr. 140)

Brief van de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit aan de voorzitter van de Tweede Kamer, d.d. 12 oktober 2018, aangaande voortgang Natura 2000. (Kamerstukken II 2018/19, 32 670, nr. 139)

Brief van de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit aan de voorzitter van de Tweede Kamer, d.d. 22 oktober 2018, aangaande ontwikkelingen op het gebied van monitoring van natuur. (Kamerstukken II 2018/19, 33 576, nr. 136)

Brief van de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit aan de voorzitter van de Tweede Kamer, d.d. 22 oktober 2018, aangaande diverse onderwerpen uit de portefeuille natuur (Kamerstukken II 2018/19, 33 576, nr. 137)

Luchtkwaliteit

Brief van de Staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat aan de voorzitter van de Tweede Kamer, d.d. 28 september 2018, aangaande het kabinetsbesluit Aanpassing Nationaal Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit. (Kamerstukken II 2018/19, 30 175, nr. 311)

Brief van de Staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat aan de voorzitter van de Eerste Kamer, d.d. 28 september 2018, aangaande het kabinetsbesluit Aanpassing Nationaal Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit. (Kamerstukken II 2018/19, 30 175, M)

Ecologische hoofdstructuur

Brief van de Minister van Landbouw, natuur en voedselkwaliteit, aan de voorzitter van de Tweede Kamer, d.d. 15 oktober 2018, de eindrapportage Ecologische Hoofdstructuur. (Kamerstukken II 2018/19, 30 825, nr. 216)

Aanbestedingswet

Brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, aan de voorzitter van de Tweede Kamer, d.d. 15 oktober 2018, aangaande aanbidding van de handreiking Beter aanbesteden. (Kamerstukken II 2018/19, 34 252, nr. 9)

Warmtewet

Verslag van een schriftelijk overleg van de vaste commissie voor Economische Zaken en Klimaat, vastgesteld op 16 oktober 2018, aangaande het ontwerpbesluit tot wijziging van het Warmtebesluit. (Kamerstukken II 2018/19, 34 723, nr. 32)

Literatuuroverzicht

De model-splitsingsreglementen toegelicht (2^e druk)

Handleiding voor de praktijk

N.L.J.M. Rijssenbeek licht in dit boek de vijf belangrijkste model-splitsingsreglementen van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) toe. De auteur geeft per artikel uitleg van de reglementen en een vrijwel volledig beeld van de jurisprudentie die door de jaren heen omtrent deze reglementen is gevormd. Tevens bevat het boek commentaar van deskundigen en worden enkele aanbevelingen gedaan tot aanpassing van het meest recente reglement uit 2017. Het boek is voorzien van een duidelijke inhoudsopgave en bevat een transponeringstabel, rechtspraakregister en een trefwoordenregister. Alles bij elkaar genomen is het boek nuttig en handzaam voor de praktijk als omvangrijk naslagwerk.

(ISBN 978-94-6315-039-2, Den Haag, Instituut voor Bouwrecht, 2018)



Nederlands Arbitragerecht

Algemene beschouwingen en artikelsgewijze opmerkingen bij de art. 1020-1076 Rv in nationaal en internationaal perspectief

H.J. Snijders gaat in dit boek uitgebreid in op de relevante aspecten van het Nederlands arbitragerecht, zoals opgenomen in de artikelen 1020 tot en met 1076 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Het boek is nuttig voor hen die op het gebied van deze vorm van conflictenbeslechting werkzaam zijn. In deze druk zijn aanpassingen gedaan als gevolg van de herziening van het Nederlands arbitragerecht per 1 januari 2015 en vanwege ontwikkelingen in de rechtspraak, regelgeving en literatuur. Tot slot is meer dan voorheen aandacht besteed aan het internationaal perspectief. Het boek bevat een overzichtelijke inhoudsopgave en is voorzien van uitgebreide artikelen-, jurisprudentie- en trefwoordenregisters.

(ISBN 978-90-13-13228-1, Deventer, Wolters Kluwer 2018)

Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed

A.A. van Velten behandelt in dit boek de privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed. In deze druk zijn alle relevante actuele ontwikkelingen verwerkt tot en met mei 2018. Aandacht wordt besteed aan wet- en regelgeving, jurisprudentie en rechtswetenschappelijke literatuur. Waar nodig vindt rechtsvergelijking plaats en ook worden ontwikkelingen in het Europese recht belicht. In de epiloog benoemt de auteur enkele punten van kritiek op het huidige recht. Zowel voor de praktijk, als voor opleidingsdoeleinden is dit boek nuttig. Het

boek is overzichtelijk door een zeer uitgebreide inhoudsopgave en bevat een jurisprudentie- en trefwoordenregister.

(ISBN 978-90-13-15054-4, Deventer, Wolters Kluwer 2018)

Energietransitie: omarm de complexiteit

Ontwikkeling en grootschalige toepassing van energieneutrale renovatieconcepten voor de naoorlogse sociale woningvoorraad

E.N.M. Stutvoet beantwoordt in haar proefschrift de volgende vraag: 'Welke condities zijn nodig voor de ontwikkeling en grootschalige toepassing van energieneutrale renovatieconcepten, waarmee bijgedragen kan worden aan de transitie naar een energieneutrale naoorlogse sociale woningvoorraad?' Het blijkt dat hier acht condities voor nodig zijn, namelijk: de aanwezigheid van experimenteerruimte, verandering van de rol van woningcorporaties, verandering van de rol van bouwpartijen, ontwikkeling van integrale renovatieproducten, werken vanuit de behoeften van de bewoner, ontwikkeling van rendabele businesscases, verandering van regelgeving en het geven van invulling aan transitiesturing. Het boek is helder gestructureerd en bevat een overzichtelijke inhoudsopgave, literatuurlijst, Engels- en Nederlandstalige samenvattingen, indexen van tabellen en figuren.

(ISBN 978-94-6366-070-9, Delft, A+BE Architecture and the Built environment, 2018)

Wat wordt de invloed van de zaak Appingedam op het omgevingsrecht?

J.R. van Angeren en S. Ravelli bespreken in dit artikel de impact van het arrest Appingedam op

de omgevingsrechtelijke praktijk. Eerst wordt de casus zelf belicht, waarin het besluit tot het vaststellen van een bestemmingsplan werd getoetst. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) had in het kader van de beoordeling hiervan prejudiciële vragen gesteld aan het Hof. Deze vragen zagen op de toepasbaarheid van de Dienstenrichtlijn in situaties van bestemmingsplannen waar regels over detailhandel in staan. Vervolgens geeft de auteur het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie verkort weer, waarna wordt toegelicht wat uiteindelijk de uitspraak van de Afdeling is geweest. Tot slot wordt ingegaan op de vraag of met de norm 'goede ruimtelijke ordening' al gewaarborgd wordt dat bestemmingsplannen en omgevingsvergunningen aan de criteria van de Dienstenrichtlijn voldoen.

(M en R 2018/79)

Partiële vernietigbaarheid

Op 23 november 2017 heeft het Hof van Cassatie van België een arrest gewezen waarin gedeeltelijke vernietiging van een overeenkomst plaatsvond, op grond van een wilsgebrek. *A.C. van Schaick* heeft naar aanleiding van het arrest deze bijdrage geschreven, waarin wordt bekeken in hoeverre de mogelijkheid tot partiële vernietigbaarheid in het Nederlandse burgerlijk recht bestaat, of zou kunnen of moeten bestaan. Het blijkt dat het in Nederland al mogelijk is om onredelijk bezwarende algemene voorwaarden te vernietigen en de rest van de overeenkomst in stand te laten (artikel 6:233 BW). De auteur onderzoekt welke belangen van de vernietigingsbevoegde en zijn wederpartij een rol spelen in de verschillende denkbare situaties.

(NTBR 2018/27, p. 196-203)

De reikwijdte van de Dienstenrichtlijn: het arrest Amersfoort en Visser

E. Steyger gaat in op de gevoegde zaken Amersfoort en Visser, waarin het Hof van Justitie op 30 januari 2018 uitspraak heeft gedaan. Het Hof boog zich over vier kwesties met betrekking tot de afbakening van de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn. De auteur bespreekt enkel de zaak Visser, omdat alleen deze zaak binnen de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn valt. Eerst gaat de auteur uitgebreid in op het zaaksverloop. Vervolgens wordt ingegaan op de oorzaak van de vele vragen die in Nederland opspeelden op het gebied van de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn in zuiver interne situaties. Dan richt de auteur zich op de inhoudelijke reikwijdte van de Dienstenrichtlijn. De auteur stelt vast dat begripsverwarring mogelijk is waar het gaat om de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn op de distributieshandel in goederen.

(NIEr 2018/24 nr. 5/6, p. 183-190)

Mutual Trust and Co-operation under NEC 3&4: A Fresh Perspective

In the NEC3 ECC form in cl. 10.1 and in the NEC4 Conditions in subcl. 10.2, there is a duty to act in a spirit of mutual trust and co-operation. Due to this duty, the persons involved in a project must carry out their obligations under a contract in a certain way. The duty is often seen as the connotation of 'good faith', however it remains uncertain if this was really the intention behind the description of the duty. *J. Mante* has carried out an in depth investigation on the legal and conceptual antecedents of the terms 'mutual trust' and 'co-operation'. It turns out that it can be helpful to look at the meaning of similar concepts in the fields of employment and planning law. Unfortunately, English courts have not provided the meaning of the terms. The courts

are still developing a way of interpreting the duty.

(Construction Law Journal 2018/34, nr. 4.)

Handleiding nadeelcompensatie: best practices in de responsieve rechtsstaat

M.W. Scheltema gaat in op de handleiding nadeelcompensatie bij infrastructurele maatregelen. De auteur betoogt aan de hand van een voorbeeld dat handleidingen nuttig zijn voor de goede vorming en toepassing van het recht. Zo kan een handleiding nuttig zijn wanneer gemeenten, provincies en rijksdiensten te maken krijgen met situaties waarin schadeveroorzakende infrastructurele maatregelen genomen moeten worden, zoals het afsluiten van een straat voor werkzaamheden. De wijze waarop nadeelcompensatie voorheen werd toegekend kon rekenen op forse kritiek van bedrijven en vormde een fikse kostenpost voor de overheid. De auteur bespreekt de mogelijke voordelen die handleidingen in dit soort situaties kunnen hebben.

(NTB 2018/57)

Het concept-wetsvoorstel Wet Instituut Mijnbouw-schade Groningen

H.E. Bröring gaat in op het concept-wetsvoorstel Wet Instituut Mijnbouwschade Groningen, een van de drie wetten waarmee de Groningse gasproblematiek opgelost moet worden. Het is volgens de auteur opmerkelijk dat onder deze wet alle schadesoorten via bestuursrechtelijke weg kunnen worden behandeld. Ook schade die in een privaatrechtelijke rechtsbetrekking door de NAM veroorzaakt is, kan alleen via bestuursrechtelijke weg behandeld worden. Het lijkt erop dat nu eindelijk een einde zal komen aan het 'gaswinningsgedoe'. De auteur benadrukt echter dat wetgeving alleen niet voldoende is, de implementatie hiervan is ook van groot belang. De kwaliteit wordt bevorderd en bewaakt

door klantvriendelijkheid en door aandacht voor de inhoud van besluiten en van bezwaar- en beroepsprocedures. Tot slot legt de auteur opnieuw de nadruk op het bijzondere karakter van de behandelde wet. Of de schadeafhandeling even goed of beter gebeurt onder het bestuursrecht als in het privaatrecht, is voorlopig nog onduidelijk. Gedupeerden hebben hier twijfels over en ook bestaan er constitutionele bezwaren.

(NTB 2018/58)

De juridische kant van het realiseren van ondergrondse restafvalcontainers: lessen uit het verleden en blik op de toekomst

R. Bruijnsteen geeft aan de hand van regelgeving en jurisprudentie weer hoe de realisatie van ondergrondse restafvalcontainers (ORAC) juridisch is geregeld. Een grote rol is weggelegd voor de toekomstige regelgeving onder de Omgevingswet. Als de Omgevingswet in werking treedt zullen een aantal belangrijke wijzigingen plaatsvinden in de

juridische regelgeving omtrent ORAC's. De auteur besluit met een overzicht van de belangrijkste lessen die uit zijn onderzoek kunnen worden gehaald. Zo wordt duidelijk dat de ORAC en de concrete locatie waar deze zal komen te staan, per besluit moeten worden aangewezen. Ook blijkt onder meer dat enige mate van onderzoek gedaan moet worden naar alternatieve locaties en dat de rechtmatigheid van een aanwijzingsbesluit niet kan worden aangetast door omstandigheden in de sfeer van handhaving.

(BR 2018/69)

50 jaar

INSTITUUT VOOR BOUWRECHT

GRATIS

Lustrumbijeenkomst **50** jaar IBR

Dinsdagmiddag 18 december 2018

Den Haag

m.m.v.

prof. mr. J. Struiksma (dagvoorzitter)

prof. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis

prof. dr. ir. A.G. Bregman

2
KUNTEN
PO
ADVOCATEN

NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN

ibr
instituut voor bouwrecht

www.ibr.nl/lustrum



THE DUTCH ARBITRATION ASSOCIATION

UITNODIGING

DAA Construction Committee Seminar

Donderdag 22 november 2018

13:30 / 18:30 uur

**De Bouwrechtcommissie van de DAA nodigt u graag uit
voor een seminar over:**

“BEWIJS BIJ VERTRAGINGS- EN VERSTORINGSCLAIMS”

Programma:

- | | |
|------------------|--|
| 13.30/14.00 uur: | aanvang en registratie |
| 14.00/14.10 uur: | welkomstwoord van de dagvoorzitter
(Prof. Monika Chao-Duivis, directeur IBR, hoogleraar bouwrecht TU Delft) |
| 14.10/14.55 uur: | perspectief van arbiters
(Reina Weening, Hof Arnhem-Leeuwarden, Shawn Conway, Conway & Partners) |
| 14.55/15.40 uur: | perspectief van aannemers
(Rob Hoefnagels, SPIE Nederland, Richard den Boer, Low & Bonar) |
| 15.40/16.00 uur: | pauze |
| 16.00/16.45 uur: | perspectief van opdrachtgevers
(Ron de Jong, PSJ Contract Support) |
| 16.45/17.30 uur: | perspectief van experts
(Mark Castell, DriverTrett) |
| 17.30/17.45 uur: | debat en afsluiting
(Prof. Monika Chao-Duivis, directeur IBR, hoogleraar bouwrecht TU Delft) |
| 17.45/18.30 uur: | borrel, sponsor: |



Het seminar wordt gehouden bij het The Hague Hearing Centre
(Anna van Buerenplein 29, 2595 DA Den Haag, New Babylon gebouw)

Kosten: EUR 75

Aanmelden per e-mail: info@dutcharbitrationassociation.nl
(o.v.v. DAA Construction Committee Seminar)

Toch nog Kerstmis, Rampzalig Kerstfeest in 13 verhalen

Enno van der Schans

In november 2018 is bij uitgeverij Menuet verschenen het door Enno van der Schans (oud-lid van de Redactieraad van het Tijdschrift voor Bouwrecht) geschreven boek "Toch nog Kerstmis", een boek met dertien pakkende kerstverhalen. Het is een tweede, geheel herziene druk van een eerder in eigen beheer uitgegeven boek waaraan een nieuw verhaal is toegevoegd.

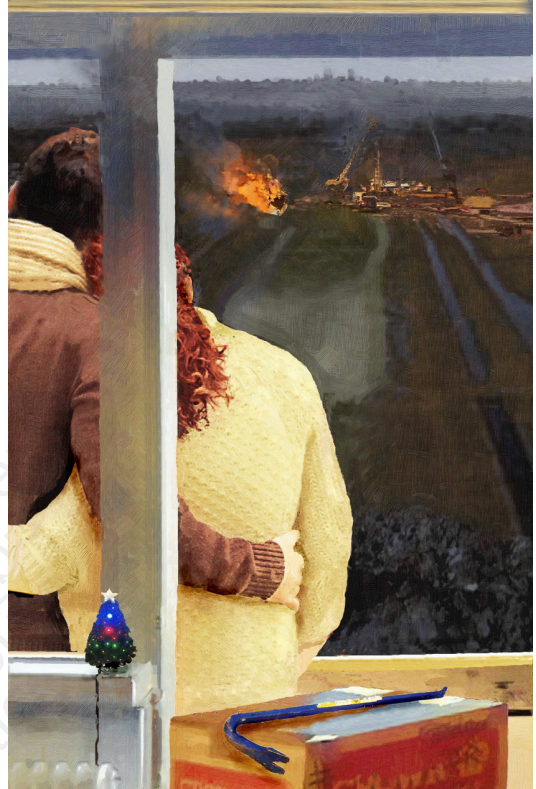
Het boek laat, in tegenstelling tot het gebruikelijke beeld in de media en de reclamewereld, de kerstperiode niet zien als aaneenschakeling van harmonieuze dagen met familiefeesten en gezellige maaltijden. Nee, in alle verhalen hangt over de dagen voor Kerstmis een sombere, door pech of andere narigheid veroorzaakte grauwe sluier. De verhalen vertellen over verknalde kerstdiners, dramatisch verlopen vakanties en financiële debacles. In een aantal verhalen wordt aan de treurige situatie het spelen van jazzmuziek op de piano als houvast meegegeven.

De komst van het kerstfeest weet toch elke keer weer verandering te brengen in de ellende. De verrassende en soms zelfs hilarische kerstontknoping wordt stevast begeleid door het vallen van sneeuw, een kerstfenomeen dat door de klimaatverandering dreigt te verdwijnen. Daarom krijgt sneeuw een ereplaats als einde van de rode draad die de in het boek ten tonele gevoerde rampzalige toestanden met elkaar verbindt.

Elk verhaal is voorzien van een paginagrote, sfeervolle illustratie, getekend door de bekende illustrator van kinderboeken Roelof van der Schans, broer van de auteur.

Een bundel met verhalen die zich uitstekend lenen om zelf te lezen of - passend bij de sfeer van het boek - voor te lezen tijdens een kerstdiner met familie en/of vrienden. Dan worden het toch nog harmonieuze kerstdagen.

Auteur Enno van der Schans (1945) heeft na zijn jeugd in Den Haag zijn leven lang als advocaat gewerkt in Amsterdamse advocatenkantoren. Hij heeft nu het schrijven van juridische teksten en boeken vervuld voor het spelen van jazzmuziek op de piano. Maar in het boek wordt zijn juridische verleden in de wereld van het bouw- en omgevingsrecht niet verloochend. In een van de verhalen wordt de hoofdrol gespeeld door een gefrustreerde ambtenaar die niets liever doet dan het saboteren van vergunningaanvragen voor bouwplannen van zijn beter geslaagde medeburgers, maar uiteindelijk tijdens de kerstdagen tot inkeer komt. In een ander verhaal komt een jong stel terecht in een onteigeningsdrama waarbij de volledige schade-



loosstelling voor hun mooie huisje in het buitengebied naar de bank gaat en een grote restschuld overblijft. Tijdens de kerstdagen verhinderen zij, na een laatste samenzijn in hun dichtgespijkerde voormalige huisje, de sloop daarvan door het zelf als een kerstboom in brand te steken.

Roelof van der Schans heeft zijn sporen verdiend als docent Tekenen en illustrator van kinderboeken. Zijn illustraties sluiten zo goed aan bij de verhalen, dat je bijna vermoedt dat de beelden er eerder waren dan de woorden.

Boekgegevens:

Gebonden, 24x17 cm, hardcover, 80 pagina's, 13 illustraties in kleur. Vanaf 20 november 2018 verkrijgbaar bij de boekhandel, via www.uitgeverijmenuet.nl en bij bol.com, prijs €18,95 / ISBN 978-94-91707-17-9

Ook leuk om als (relatie)geschenk cadeau te doen!

Nieuw:

De model-splitsingsreglementen toegelicht (2^e druk) Handleiding voor de praktijk

– mr. N.L.J.M. Rijssenbeek



In titel 9 van boek 5 BW is de appartementenwet opgenomen. Deze wet bepaalt onder meer dat elke akte van splitsing een reglement moet inhouden, waartoe geacht wordt een ter plaatse ingeschreven modelreglement.

Dit boek voorziet in een toelichting op de vijf belangrijkste model-splitsingsreglementen van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) van 1973, 1983, 1992, 2006 en 2017. Deze toelichting bestaat uit een artikelsgewijze uitleg van die reglementen alsmede een zo volledig mogelijk beeld van de bijbehorende in tientallen jaren gevormde jurisprudentie. Bovendien werden, waar nodig, deskundig commentaar en Aanbevelingen voor aanpassingen van het laatst verschenen model-splitsingsreglement van 2017 toegevoegd.

Het boek is geschreven voor al diegenen die in de praktijk van doen hebben met de genoemde model-splitsingsreglementen. Zowel voor in het appartementsrecht werkzame juristen als notarissen, advocaten, rechtsbijstandsjuristen en rechters als voor de minder juridisch geschoolde (professionele) VvE-bestuurders en VvE-beheerders is dit boek een onmisbare aanvulling op wet- en regelgeving en een veel omvattend naslagwerk.

De uitgebreide inhoudsopgave en het register maken het boek snel toegankelijk.

Deze titel is beschikbaar in paperback, voor tablets en op www.ibrtracker.nl.

Auteur:

mr. N.L.J.M. Rijssenbeek
ISBN 978-94-6315-039-2
595 pagina's

Bestellen:

Prijs: € 49,95
www.ibr.nl/publicaties
fax: 079-5937411



Voor meer informatie over deze en andere publicaties, zie ook: www.ibr.nl/publicaties

‘Makkelijker wordt het niet’

mr. Lenneke Muller en mr. Robert Jan Kwaak
(CONSTRUCT Advocaten, Elst - Gld)



LEGALINTELLIGENCE

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 of e-mail publicaties@ibr.nl

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. 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

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
prof. 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 Wassenauer
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,
www.ibrtracker.nl

Uitgever

Stichting Instituut voor Bouwrecht
Postbus 93077
2509 AB Den Haag
info@ibr.nl, www.ibr.nl

Abonnementenadministratie

tel. 070-3245544
fax 070-3282074
klantenservice@ibr.nl

Abonnementsprijs 2019 (incl. btw)

folio: € 350,= per jaar (inclusief opbergband)
online: € 340,= per jaar
combinatie: € 493,75 per jaar
studenten: 50% korting
losse nummers: € 32,50
Voor abonnees in het buitenland geldt een toeslag i.v.m. verzendkosten

Actualiteiten Bouwrecht 2019 (incl. btw)

jaarabonnement: € 143,65
verschijnt wekelijks
redactie@ibr.nl
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

ISSN 1874-8724

Bouwrechtjuristen

mr. H.C.W.M. Moesker & mr. S.J.H. Rutten

SPECIALE
VOORINTEKENPRIJS

€ 29,⁹⁵



Dit boek bevat de neerslag van gesprekken met vijfentwintig **bouwrechtjuristen**. Juristen die zich in hun werk veelvuldig met het bouwrecht in al zijn facetten hebben bezig gehouden of nog steeds bezig houden. Dat kan zijn als geschilbeslechter, wetenschapper, advocaat, als overheidsjurist of bedrijfsjurist, notaris of als jurist bij een brancheorganisatie. De bouwrechtjuristen die aan het woord komen, zijn soms werkzaam in het civielrechtelijke bouwrecht, soms in het publiekrechtelijke domein en een enkele keer in beide vakgebieden.

Aan hen werden diverse vragen voorgelegd die zij zorgvuldig beantwoord hebben. Het zijn vragen van specifiek juridische aard maar ook enkele vragen met een persoonlijk karakter die inzicht geven in het denken van betrokkene als bouwrechtjurist. De leeftijd van de respondenten varieert. Oud en jong komen aan het woord. Mannen zowel als vrouwen. Op deze manier wordt een beeld verkregen van persoonlijke opvattingen over het bouwrecht. Maar in vergelijkend perspectief levert het tevens een schets op van bouwrechtelijke onderwerpen en hoe daar al dan niet verschillend over gedacht wordt en kan worden.

Ten slotte biedt het een intrigerend tijdsbeeld van het bouwrecht in al zijn dynamiek. De verhalen van de bouwrechtjuristen zijn geïllustreerd met persoonlijk gekozen foto's van bouwwerken en/of kustwerken en voorzien van persoonlijke notities.

De eerste exemplaren van dit boek worden tijdens de **Lustrumbijeenkomst 50 jaar Instituut voor Bouwrecht** op 18 december 2018 uitgereikt aan de vice-voorzitters van resp. de Hoge Raad (mr. Kees Streefkerk) en de Raad van Arbitrage (ir. Nico de Vries) alsmede aan mevrouw Sybille Dekker (minister van Staat en o.a. voormalig minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer).

Redactie:

mr. H.C.W.M. Moesker &
mr. S.J.H. Rutten
ISBN 978-94-6315-043-9
470 pagina's

Bestellen:

Prijs: € 34,95 € 29,95¹
www.ibr.nl/bouwrechtjuristen
fax: 079-5937411

¹ Prijs geldig tot 21-12-2018

ibr
instituut voor bouwrecht

Ook leuk om als (relatie)geschenk cadeau te doen!