

## Gastcolumn

- 96** Prof. dr. ir. A.G. Bregman. Modernisering van het grondbeleid via de achteruitkijkspiegel / p. 714

## Artikelen

- 97** Mr. dr. J.J. Dammingh. De aansprakelijkheid van de verkopend makelaar in geval van een schending van de Meetinstructie / p. 717
- 98** Mr. M.E. van Velzen-de Boer. Kroniek stikstofjurisprudentie. Een overzicht uit de rechtspraak van 2022 en 2023 / p. 722
- 99** Mr. drs. M.E. Stuiver. Vijftien jaar planschade onder de Wro. Een overzicht en analyse van enkele aspecten uit de jurisprudentie / p. 734
- 100** Mr. I.A.F. Hendriksen, mr. L.A. Kersten en mr. D.C. Orobio de Castro. Kroniek van het Europese Aanbestedingsrecht / p. 745

## Onderzoek

- 101** Mr. dr. S. Schuite. De (bijzondere) positie van ont-eigenings- en nadeelcompensatiedeskundigen. Een juridisch dogmatisch onderzoek naar de inzet en rol van de deskundigen die door de rechter of het bevoegd gezag worden ingeschakeld wegens de schadebegroting / p. 758

## Jurisprudentie

### I. Ruimtelijk ordeningsrecht

- 102** Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 3 mei 2023, No. 202107793/1/R3, ECLI:NL:RVS:2023:1688 (Bestemmingsplan Schieveste 2021) (m.gastnt. H.P. Wiersema) / p. 765
- 103** Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 2 augustus 2023, No. 202004284/1/R2, ECLI:NL:RVS:2023:2834 (Bestemmingsplan Heeze-Leende) (m.nt. H.J. de Vries) / p. 771

### II. Milieurecht

- 104** Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 7 juni 2023, No. 202204254/1/R1, ECLI:NL:RVS:2023:2221 (Zorgplicht bodemverontreiniging Perkpolder) (m.gastnt. J.J. Akkerman en F. Kelder) / p. 779

### III. Aanneming van werk

- 105** Raad van Arbitrage voor de Bouw, 10 februari 2023, No. 72.277, (Onderscheid aanneming van bouwwerken en aanneming van werk) (m.nt. H.P.C.W Strang) / p. 786

### IV. Aanbestedingsrecht

- 106** Hof van Justitie EU, 26 januari 2023, C-682/21, ECLI:EU:C:2023:48 (Rechtsgevolgen van de zwarte lijst) (m.gastnt. J.H.J. Bax) / p. 795

**Wetgeving** / p. 808

**Literatuur** / p. 809

# Modernisering van het grondbeleid via de achteruitkijkspiegel

– Prof. dr. ir. A.G. Bregman<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Op 19 juni 2023 heeft minister De Jonge voor Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening (VRO) aan de Tweede Kamer een brief gestuurd met daarin voorstellen voor de modernisering van het grondbeleid.<sup>2</sup>

Het grondbeleid is volgens de brief een ‘belangrijk aspect van het ruimtelijk beleid’. Enkele regels verderop typeert de minister grondbeleid als ‘dienend aan het ruimtelijk beleid en van groot belang voor gebiedsontwikkeling’. Anders gezegd: de gemeentelijke regie bij gebiedsontwikkeling wordt deels geborgd door middel van het grondbeleid.

In het grondbeleid staan vanuit het perspectief van de (gemeentelijke) overheid bij die regie twee doelen centraal: het waarborgen van de tijdige beschikbaarheid van de onroerende zaken die nodig zijn voor de realisatie van een gebiedsontwikkeling in overeenstemming met de gemeentelijke beleidsuitgangspunten en het zodanig verdelen van de met die gebiedsontwikkeling gemoeide kosten, dat zowel de financiële haalbaarheid van de gebiedsontwikkeling als de financiële haalbaarheid voor de bij de gebiedsontwikkeling betrokken partijen is gewaarborgd. Wat betreft die verdeling geldt op grond van de huidige wetgeving dat de waardeverandering als gevolg van de wijziging van bouw- en gebruiksmogelijkheden die onderdeel zijn van de gebiedsontwikkeling toekomt aan de eigenaar van de grond en kostenverhaal plaatsvindt met toepassing van de criteria profijt, proportionaliteit en toerekenbaarheid (doorgaans afgekort als ‘ppt-criteria’). De Omgevingswet brengt in dat laatste in zoverre verandering, dat naast kostenverhaal ook sprake kan zijn van financiële bijdragen voor de ontwikkeling van gebieden, waarvoor de ppt-criteria niet (onverkort) gelden. Een financiële bijdrage (althans

een financiële bijdrage op grond van het omgevingsplan) kan slechts worden verhaald als tussen de bouwactiviteit van een initiatiefnemer en de ontwikkeling waarvoor een financiële bijdrage verhaald wordt, een functionele samenhang bestaat. In de toelichting bij artikel 8.21 Omgevingsbesluit is aangegeven dat functionele samenhang aan de orde kan zijn als de (woning)bouwlocatie profijt heeft van de ontwikkeling of als de ontwikkeling en de bouwlocatie eenzelfde functie vervullen.<sup>3</sup> Ook onder het huidige recht worden overigens in anterieure overeenkomsten al regelmatig afspraken gemaakt over financiële bijdragen als bedoeld in artikel 6.14 Wet ruimtelijke ordening (Wro).

## 2. Drie sporen voor modernisering van het grondbeleid

In de brief wordt uitgesproken dat het grondbeleid moet worden gemoderniseerd, ‘zodat het beter ten dienste komt te staan van gebiedsontwikkeling’. De problemen bij gebiedsontwikkeling, zo blijkt volgens de brief uit gesprekken met experts en stakeholders, hebben te maken met ‘hoe de grondmarkt werkt, hoe partijen met elkaar samenwerken en hoe overheden de bestaande instrumenten inzetten. Daarnaast wordt ook een gebrek aan capaciteit en expertise gesignaleerd, en worden er problemen ervaren over de wijze waarop de waardeverandering van grond bij gebiedsontwikkeling wordt bepaald en verdeeld’. De voorstellen c.q. ideeën om aan deze problemen het hoofd te bieden en in de brief worden ontvouwd zijn verdeeld over drie sporen:

- Spoor I: wijzigingen die grotendeels passen binnen bestaande wetgeving en de bestaande gereedschapskist;
- Spoor II: maatregelen en verkenningen die zich richten op de middellange termijn en die erop gericht zijn om - bij faciliterend grondbeleid - de inbrengwaarde van grond te verlagen, zodat de mogelijkheden voor het verhalen van publie-

<sup>1</sup> Arjan Bregman is hoogleraar Bouwrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Tevens is hij verbonden aan het Instituut voor Bouwrecht en aan de Amsterdam School of Real Estate. Ook adviseert hij onder de naam Bregman Advisering.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2022/23, 34 682, nr. 164.

<sup>3</sup> Besluit van 14 september 2022 tot wijziging van het Omgevingsbesluit vanwege het aanwijzen van categorieën ontwikkelingen waarvoor financiële bijdragen kunnen worden verhaald, *Stb.* 2022, 361.

ke kosten verbeteren. Dit vraagt op onderdelen om nader onderzoek;

- Spoor III: een verkenning van mogelijke, meer fundamentele wijzigingen.

Enkele in het oog springende voorstellen en ideeën komen hierna aan de orde, vergezeld van enkele kanttekeningen. Gelet op de aard van deze bijdrage - een gastcolumn - beoog ik hierbij geenszins volledig te zijn. De voorstellen in de Sporen II en III zullen in onderlinge samenhang worden besproken.

### 3. Spoor I: Grond sneller beschikbaar en versnellen gebiedsontwikkeling

Het eerste spoor bevat enkele adviezen aan met name gemeenten die erop zijn gericht het proces van gebiedsontwikkeling efficiënter in te richten. Zo wordt gemeenten in de eerste plaats aangeraden om grond en grondinstrumenten beter te koppelen aan ruimtelijke visie en wordt gesteld dat het nuttig en nodig is dat daarvoor meer kennis en capaciteit beschikbaar komt. Dit is een aanbeveling waar je moeilijk iets op tegen kunt hebben.

Dit ligt genuanceerder met de aanbeveling om het instrument voorkeursrecht meer en eerder in te zetten. Deze opvatting is juist, indien en voor zover daarmee wordt bedoeld dat de inzet van dit instrument de verwerving door de gemeente van onroerende zaken kan bevorderen. Dit voordeel zal door de gemeente echter dienen te worden afgewogen tegen de risico's die met gemeentelijke grondverwerving zijn gemoeid. Ook is het voorkeursrecht ineffectief indien de grondeigenaar - ook na het vestigen van het voorkeursrecht - afspraken maakt met een derde die bereid en in staat is de gebiedsontwikkeling te realiseren conform de gemeentelijke beleidsuitgangspunten.

De derde suggestie aan gemeenten om de onteigeningsprocedure te starten tegelijk met onderhandelingen over verwerving van gronden is - wanneer deze letterlijk wordt opgevat - juridisch onuitvoerbaar. Onderhandelingen over grondverwerving vinden in de praktijk plaats (lang) voordat een planologisch kader (nu een bestemmingsplan en na 1 januari 2024 een partiële wijziging van het omgevingsplan) is vastgesteld. Die vaststelling is een wettelijk vereiste voor het kunnen starten van de formele onteigeningsprocedure. Een suggestie wat betreft de inzet van het instrument onteigening die beter aansluit op de praktijk van gebiedsontwikkeling zou zijn om als gemeente al in een vroeg stadium duidelijk te maken dat op onteigening geen taboe rust: als marktpartijen niet willen meewerken aan de inbreng van hun gronden tegen een prijs die past bij het beleidsmatig gewenste (woning) bouwprogramma van de gebiedsontwikkeling, zal de gemeente niet aarzelen om uiteindelijk het onteigeningsinstrument in te zetten, omdat het betalen

van een hogere grondprijs door marktpartijen op basis van onjuiste of inmiddels achterhaalde veronderstellingen ten aanzien van het te realiseren programma onder geen beding aan de orde zal zijn. Indien gemeenten zich consequent op deze manier zouden opstellen, zou naar mijn overtuiging een (belangrijk) deel van de problematiek die de aanleiding vormt voor de brief van de minister voor VRO zonder nadere wettelijke maatregelen kunnen worden opgelost.

### 4. Sporen II en III: Grond goedkoper en publieke kosten beter dekken en de waarde-stijging van grond beter benutten voor publieke doelen

En aantal aanbevelingen die betrekking hebben op Spoor II gaan inhoudelijk nadrukkelijk verder dan die in Spoor I en roepen tegelijk meer (indringende) vragen op. Dat begint wat mij betreft met de aanbeveling aan gemeenten om met het afsluiten van anterieure overeenkomsten meer duidelijkheid te gaan bieden door vaste, vooraf vastgestelde bijdragen in rekening te brengen. Het is onduidelijk hoe deze aanbeveling zich verhoudt tot de in de inleiding van deze column genoemde en in de Omgevingswet overgenomen ppt-criteria. De toepassing van deze criteria vergt nu juist dat voor elke gebieds- en vastgoedontwikkeling de in het concrete geval aan de orde zijnde binnen- en bovenplanse kosten worden berekend. In de tweede plaats rijst de vraag hoe 'vaste, vooraf vastgestelde' bijdragen zich verhouden tot de anterieure contractsvrijheid. De voorgestelde aanpak lijkt op die van voor 1 juli 2008, toen in exploitatieverordeningen van gemeenten ook vaak met forfaitaire bedragen werd gewerkt. Deze ouderwetse systematiek van kostenverhaal werd in 2008 met goede argumenten vervangen door een stelsel dat uitgaat van kosten en opbrengsten die de werkelijkheid bij projecten zo dicht mogelijk probeert te benaderen.

Nog een stuk ingrijpender is het onder Spoor II uitgeuite voornemen van de minister om te verkennen of de inbrengwaarde van grond kan worden berekend met als uitgangspunt de waarde van de grond bij voortzetting van het bestaande gebruik. Hieraan voegt hij toe dat dit de taxaties drukt en, wanneer de inbrengwaarde van de grond 'op deze basis wordt berekend, er meer financiële ruimte is voor een hogere bijdrage aan het kostenverhaal. In het geval dat een ontwikkeling meer oplevert dat de huidige waarde, verwacht ik dat kopers van grond bereid zijn een prijs te betalen die overeenkomt met maximaal de residuele grondwaarde, waarbij volledig rekening is gehouden met het kostenverhaal'. Dit voorstel is zonder meer ingrijpend, niet alleen voor de integriteit van het grondbeleidsinstrumentarium, maar ook voor het functioneren van gronden vastgoedmarkten. Wat betreft het eerste: berekening van de inbrengwaarde vindt - daargelaten



de onder de Omgevingswet gecreëerde alternatieve mogelijkheid om de waarde op grond van de Wet waardering onroerende zaken als uitgangspunt te nemen - plaats naar analogie van berekening van de waardebepaling in het kader van een onteigeningsprocedure. Dat is meer dan een louter juridisch-technische parallel. De huidige waarderingssystematiek bij zowel onteigening als bij kostenverhaal - en evenzeer bij aankopen die vallen onder het voorkeursrecht - zijn gestoeld op het in paragraaf 1 genoemde uitgangspunt dat waardestijging van onroerende zaken die het gevolg zijn van het veranderen van bouw- en gebruiksmogelijkheden in beginsel ten goede komen aan de eigenaar. Dit voorstel wijzigt dit ten principale. Ervan uitgaande dat op dit punt de interne consistentie van het grondbeleidsinstrumentarium niet op de helling zal

worden gezet, komt dit voorstel er feitelijk op neer dat grondwaardestijging als gevolg van planologisch mogelijk gemaakte vastgoed- en gebiedsontwikkeling toevloeit aan gemeenten.

Zo gezien voegen de gedachten onder Spoor III niet zoveel toe aan het voorstel voor herziening van de bepalingsmethode voor de inbrengwaarde als onderdeel van Spoor II. Het beter benutten van de waardestijging van grond voor publieke doelen wordt door dat voorstel in Spoor II genoegzaam bereikt. Overigens lijkt mij bij een verdere concretisering van dit voorstel ook voor een volgend kabinet enige behoedzaamheid geboden. Over eenzelfde voorstel viel in 1977 het kabinet Den Uyl. Kortom: dergelijk grondbeleid via de achteruitkijkspiegel is echt riskant.

# De aansprakelijkheid van de verkopend makelaar in geval van een schending van de Meetinstructie

– Mr. dr. J.J. Dammingh<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

**D**eze bijdrage gaat over de aansprakelijkheid van een voor de verkoper van een woning optredende makelaar (hierna ook wel kortheidshalve: ‘makelaar’) jegens de koper in verband met een onjuiste vermelding van het woonoppervlak in de verkoopinformatie.

Het gebeurt nogal eens dat een koper na de levering ontdekt dat het (netto) oppervlak van de door hem gekochte woning kleiner blijkt te zijn dan het oppervlak dat de verkopend makelaar - bij of voorafgaand aan de koop - op Funda en/of in de verkoopbrochure had vermeld. Dat wil zeggen: het werkelijke vloeroppervlak zoals vastgesteld conform de Meetinstructie Gebruiksoppervlakte woningen (hierna: ‘Meetinstructie’), blijkt geringer te zijn dan het eerder door de makelaar vermelde oppervlak.

De Meetinstructie behelst een praktische handleiding voor het bepalen van het gebruiksoppervlak van een woning, en gaat uit van de definitie van ‘gebruiksoppervlak’ zoals vervat in art. 1 Bouwbesluit (waarin naar de norm NEN 2580 wordt verwezen). Het doel van de Meetinstructie is het vereenvoudigen en uniformeren van het meten van woningen.<sup>2</sup> Iedere makelaar die lid is van de NVM, VastgoedPro of VBO, is gebonden aan de Meetinstructie. Dit betekent dat hij bij het berekenen van het woonoppervlak de voorschriften van de Meetinstructie in acht moet nemen. Ook behoort hij in de verkoopinformatie het woonoppervlak te vermelden zoals vastgesteld conform de Meetinstructie. Heeft de makelaar in de verkoopinformatie een oppervlak vermeld dat afwijkt van het

volgens de Meetinstructie berekende oppervlak, dan wordt hem dit tuchtrechtelijk aangerekend.

Het komt geregeld voor dat een koper stelt schade hebben geleden doordat het woonoppervlak van de door hem gekochte woning berekend volgens de Meetinstructie kleiner blijkt te zijn dan het oppervlak zoals vermeld in het koopcontract en/of de verkoopinformatie. De koper wenst dan vergoeding van die (door hem gestelde) schade, en in veel gevallen spreekt hij daartoe de verkopend makelaar in rechte aan. In dit verband kunnen de volgende vragen worden opgeworpen:

1. Waarom kiest de koper er niet voor om de verkoper - zijn contractuele wederpartij - op grond van wanprestatie (ex art. 6:74 BW) aan te spreken?
2. Is er een rechtsgrond voor aansprakelijkheid van de verkopend makelaar jegens de koper?
3. En - als aansprakelijkheid wordt aangenomen - hoe wordt de omvang van de schadevergoeding vastgesteld?

Het antwoord op de 1<sup>e</sup> vraag is dat de koper het vaak te riskant zal vinden om de verkoper in rechte te betrekken, aangezien het koopcontract doorgaans een beding bevat waaruit volgt dat de koper in geval van ‘ondermaat’ niet de verkoper daarop kan aanspreken. Art. 6.11 NVM-koopakte - een modelcontract dat (zeer) vaak wordt gebruikt bij de verkoop van een woning - bevat (ook) een dergelijk beding. Ingevolge art. 6.11 kan de koper niet met succes de verkoper aanspreken, indien er een verschil blijkt te zijn tussen ‘de opgegeven en de werkelijke grootte’ van de gekochte woning.<sup>3</sup> Het ligt voor de hand dat de verkoper zich - ter afwering van aansprakelijkheid - op deze exoneratie zal

<sup>1</sup> Jaap Dammingh is Universitair Hoofddocent Burgerlijk (proces) recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

<sup>2</sup> De Meetinstructie Gebruiksoppervlakte woningen (versie juli 2019) is o.m. te vinden op <[www.nvm.nl](http://www.nvm.nl)>.

<sup>3</sup> Zie over art. 6.11 van de NVM-koopakte: J.J. Dammingh, ‘Een kritische blik op de (vernieuwde) NVM-koopakte’, *WPNR* 7044 (2014), p. 1.227-1.228; en J.J. Dammingh, ‘De recente wijzigingen van de NVM-koopakte (Modelkoopakte)’, *WPNR* 7219 (2018), p. 987.

beroepen, indien de koper hem in rechte betreft. Vandaar dat de koper er vaak voor kiest om niet zijn verkoper, maar diens makelaar in rechte aan te spreken.

Het antwoord op de 2<sup>e</sup> vraag is dat de rechtsgrond voor aansprakelijkheid art. 6:162 BW zal (moeten) zijn. De verkopend makelaar staat immers niet in een contractuele relatie tot de koper. Maar handelt een makelaar (wel) onrechtmatig wanneer hij (op Funda en/of in de verkoopbrochure) een woonoppervlak vermeldt dat niet strookt met het oppervlak, zoals bepaald conform de Meetinstructie? Deze vraag heeft de Hoge Raad beantwoord in zijn arrest van 13 juli 2018.<sup>4</sup> Ik besprak dit arrest in mijn bijdrage in *TBR* 2019/3.<sup>5</sup> Het antwoord van de Hoge Raad komt er in het kort op neer dat een verkopend makelaar die in de verkoopinformatie een onjuist vloeroppervlak van de te koop aangeboden woning vermeldt, *in beginsel* onrechtmatig handelt (jegens de koper).<sup>6</sup>

Over het antwoord op de 3<sup>e</sup> vraag heeft de Hoge Raad zich uitgelaten in een arrest van 22 februari 2019.<sup>7</sup> Uitgangspunt bij de schadebegroting is dat (door de rechter) een *vergelijking* moet worden gemaakt tussen enerzijds de situatie waarin de koper in werkelijkheid verkeert en anderzijds de (hypothetische) situatie waarin de koper zich zou hebben bevonden *indien* de verkopend makelaar het juiste oppervlak zou hebben vermeld.<sup>8</sup>

Het ging in dit arrest om de verkoop van een woning te Apeldoorn. De verkopend makelaar had in de verkoopinformatie vermeld dat de woning een woonoppervlak van 150 m<sup>2</sup> had. Mede op basis van die informatie hebben de kopers de woning - na een bezichtiging - voor een prijs van € 189.500,- gekocht. Nadat de woning aan hen was geleverd, hebben de kopers ontdekt dat het woonoppervlak - vastgesteld conform de Meetinstructie - slechts 124 m<sup>2</sup> bedraagt. Zij 'misten' dus (150 -/ - 124 =) 26 m<sup>2</sup>. De kopers hebben hierop de verkopend makelaar in rechte aangesproken.

Na te hebben overwogen dat de makelaar op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk is voor de door de kopers geleden schade, heeft het

hof Arnhem-Leeuwarden (in hoger beroep) over de omvang van de schade onder meer overwogen:

'Het hof is van oordeel dat de schade moet worden bepaald door het waardeverminderende aspect (...) als gevolg van het feit dat de woning slechts een woonoppervlakte heeft van 124 m<sup>2</sup> in plaats van de in de verkoopbrochure vermelde woonoppervlakte van 150 m<sup>2</sup>. (...) Het hof is voornemens om voor de bepaling van dit waardeverminderende aspect een deskundigenbericht te gelasten die de waarde van de woning (...) zal bepalen op basis van de werkelijke oppervlakte van de woning van 124 m<sup>2</sup> en op basis van de aanname dat deze woning een oppervlakte van 150 m<sup>2</sup> heeft (...).'

Kortom: het hof wilde de omvang van de schade begroten op basis van een vergelijking van de waarde van de woning bij een oppervlak van 124 m<sup>2</sup> met de waarde bij een oppervlak van 150 m<sup>2</sup>. De makelaar heeft in cassatie betoogd dat deze wijze van schadeberekening onjuist is. Indien (wel) het juiste oppervlak zou zijn vermeld, dan zou dat immers niet tot een wijziging van het woonoppervlak of de waarde van de woning hebben geleid. Van een waardevermindering als gevolg van de fout van de makelaar kon derhalve geen sprake zijn. De Hoge Raad was het eens met dit betoog. Hij overwoog:

'De omvang van de schade die de kopers hebben geleden, dient te worden bepaald door vergelijking van de situatie waarin zij verkeren, met de situatie waarin zij zouden hebben verkeerd wanneer de onrechtmatige gedraging van de makelaar achterwege zou zijn gebleven, de situatie dus waarin de makelaar zich wel aan de NVM-meetinstructie zou hebben gehouden en de verkoopinformatie een woonoppervlakte van 124 m<sup>2</sup> zou hebben vermeld. Ook in die hypothetische situatie zou de woning niet een woonoppervlakte van 150 m<sup>2</sup> hebben gehad. Het oordeel van het hof (...) getuigt om die reden van een onjuiste rechtsopvatting.'

De kopers hadden gesteld dat zij de woning *niet* zouden hebben gekocht, indien zij met het werkelijke woonoppervlak (van 124 m<sup>2</sup>) bekend waren geweest. Dit was niet door de makelaar betwist en stond dus (tussen partijen) vast. Met het oog op de berekening van de schade na verwijzing heeft de Hoge Raad daarom overwogen:

'Na verwijzing zal de rechter de omvang van de schade dus moeten bepalen op basis van de hypothetische situatie dat de kopers de woning niet hadden gekocht bij melding van het juiste aantal vierkante meters, gemeten op basis van de NVM-meetinstructie. Van belang daarbij is dat de rechter de schade groot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is en dat de omvang van de schade wordt geschat als die niet nauwkeurig kan worden

<sup>4</sup> ECLI:NL:HR:2018:1176, NJ 2020/7 (Meetinstructie I).

<sup>5</sup> J.J. Dammingh, 'De (buitencontractuele) aansprakelijkheid van makelaar en notaris bij de verkoop en levering van een onroerende zaak (Deel I)', *TBR* 2019, afl. 1, p. 19-21.

<sup>6</sup> Zie over dit arrest ook: J.J. Dammingh, 'De aansprakelijkheid van de makelaar in verband met de niet-naleving van de Meetinstructie (bij de verkoop van een woning)', *ORP* 2019/136 (deel 1).

<sup>7</sup> ECLI:NL:HR:2019:269, NJ 2020/8 (Meetinstructie II). Zie over dit arrest ook mijn annotatie in *TBR* 2019/176.

<sup>8</sup> Zie over voornoemde 3 vragen en de beantwoording daarvan ook: J.J. Dammingh, 'De aansprakelijkheid van de makelaar in verband met de niet-naleving van de Meetinstructie (bij de verkoop van een woning)', *ORP* 2019/136 (deel 1) en *ORP* 2019/160 (deel 2).



vastgesteld (art. 6:97 BW). De rechter heeft daarbij een grote mate van vrijheid (...).<sup>9</sup>

Uit deze overweging blijkt dat de schade moet worden berekend door een *vergelijking* te maken tussen enerzijds de situatie waarin de gedupeerde koper in werkelijkheid verkeert en anderzijds de situatie waarin hij zich zou hebben bevonden indien (in de verkoopinformatie) wel het juiste oppervlak zou zijn vermeld. Hierbij heeft de rechter - op grond van art. 6:97 BW - een grote mate van vrijheid, zij het dat de aldus door hem vastgestelde schade uiteraard wel op een (enigszins) deugdelijke motivering moet zijn gebaseerd.

## 2. Het arrest van de Hoge Raad van 10 december 2021 (NJ 2022/1)

In een op 10 december 2021 gewezen arrest moest de Hoge Raad zich opnieuw buigen over de begroting van de schade bij een schending van de Meetinstructie.<sup>9</sup> Het ging in dit arrest om het volgende. Koopster had in 2011 een appartement gekocht voor € 312.500,-. De verkopend makelaar had in de verkoopinformatie een woonoppervlak van 125 m<sup>2</sup> vermeld. Later bleek echter dat het oppervlak volgens de Meetinstructie (slechts) 117 m<sup>2</sup> was.

Koopster heeft van de (verkopend) makelaar in rechte schadevergoeding gevorderd. Zij vorderde € 25.000,- als schadevergoeding. Dit schadebedrag was door haar berekend aan de hand van enerzijds de door haar (in 2011) voor het appartement betaalde koopprijs per m<sup>2</sup> en anderzijds het aantal 'ontbrekende' m<sup>2</sup> (125 -/ - 117 = 8 m<sup>2</sup>). Tussen partijen stond echter vast dat koopster het appartement *niet* zou hebben gekocht als zij van het werkelijke oppervlak (117 m<sup>2</sup>) op de hoogte zou zijn geweest.

Het hof Arnhem-Leeuwarden heeft erop gewezen dat de schadeberekening van koopster - gelet op de 'lessen' uit het arrest Meetinstructie II - onjuist was. In zijn arrest van 14 januari 2020 overwoog het hof onder meer:

'De omvang van de te vergoeden schade moet worden bepaald door vergelijking van de situatie waarin koper in feite verkeert met de situatie waarin zij zou hebben verkeerd als de makelaar zich wel aan de NVM-meetinstructie zou hebben gehouden en in de verkoopinformatie een woonoppervlakte van 117 m<sup>2</sup> zou hebben vermeld. In deze hypothetische situatie zou het appartement evenmin een woonoppervlakte van 125 m<sup>2</sup> hebben gehad. De schade kan dan ook niet worden bepaald door enkel rekening te houden met een waardevermindering als gevolg van het feit dat de woning slechts een woonoppervlakte heeft van 117 m<sup>2</sup> in plaats van de door de makelaar genoemde 125 m<sup>2</sup>.<sup>10</sup>

Uit het arrest van het hof valt (ook) op te maken dat bij de mondelinge behandeling tegen koopster is gezegd dat haar wijze van schadeberekening niet klopt. Het hof heeft haar toen (kennelijk) uitgenodigd om omstandigheden aan te dragen die aanknopingspunten konden bieden voor een schadebegroting op de voet van art. 6:97 BW. Koopster heeft dat echter nagelaten, waarop het hof onder meer heeft overwogen:

'[...] De omvang van de schade wordt geschat als de omvang niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. Daarbij heeft de rechter een grote mate van vrijheid [...].

Ook in hoger beroep is koopster haar betoog consequent en uitsluitend blijven baseren op haar eerdere wijze van schadeberekening. Hoewel daartoe alle aanleiding bestond, heeft zij nagelaten om, voor het geval het hof haar opvatting onjuist zou vinden, aan te duiden wat haar schade dan zou zijn en om zelfs maar een minimum van factoren te stellen waaruit dan hetzij zodanig geringer schadebedrag dan eerder gevorderd hetzij minst genomen de mogelijkheid van schade zou voortvloeien. [...]

Om die reden heeft zij niet voldaan aan haar stelplicht met betrekking tot de door haar geleden schade. Een schadebegroting is daardoor niet mogelijk. [...]

Zonder verdere aanwijzingen heeft koopster het hof ook niet in staat gesteld om de schadeomvang te schatten. Daarvoor ontbreken allerlei denkbare sleu-

<sup>9</sup> ECLI:NL:HR:2021:1842, NJ 2022/1.

<sup>10</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:296. Ik spreek gemakshalve van '117', maar in werkelijkheid was dat '117,3 m<sup>2</sup>'.

tels, aanwijzingen of aanknopingspunten. Of en zo ja in welke omvang koopster schade heeft geleden, valt dus niet te bepalen noch, ook maar enigermate betrouwbaar, te schatten. [...]'<sup>11</sup>

Het hof heeft hierop de vordering tot schadevergoeding afgewezen. Koopster heeft tegen deze afwijzing echter met succes beroep in cassatie ingesteld. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 10 december 2021 het door het hof gewezen arrest vernietigd.<sup>12</sup>

De Hoge Raad heeft (in dit arrest) voorop gesteld dat als er vanuit wordt gegaan dat de makelaar onrechtmatig heeft gehandeld, dit meebrengt dat de makelaar de schade moet vergoeden die koopster als gevolg daarvan heeft geleden. Vervolgens zijn dan twee scenario's mogelijk. Het *eerste* scenario is dat koopster als gevolg van het onrechtmatig handelen geen schade heeft geleden. Voor zover dit de conclusie van het hof zou zijn, is diens oordeel onvoldoende gemotiveerd (en daardoor onbegrijpelijk), zo overweegt de Hoge Raad. Het *tweede* scenario is dat wel aannemelijk is dat koopster (enige) schade heeft geleden. Voor zover het hof daarvan is uitgegaan, had het de vordering niet mogen afwijzen vanwege het feit dat er onvoldoende gegevens beschikbaar zouden zijn (gesteld) om de schade te begroten, aldus de Hoge Raad. Het hof heeft dan namelijk miskend dat het de schade op grond van art. 6:97 BW had behoren te schatten of partijen naar de schadestaatprocedure (ex art. 612 Rv) had moeten verwijzen. De Hoge Raad heeft de zaak voor verdere behandeling en beslissing naar het hof Den Bosch verwezen.

Mij is niet bekend of de zaak bij het hof Den Bosch is aangebracht. Maar als dat (inmiddels) is gebeurd, wat zou dan de uitkomst na verwijzing kunnen zijn? Het hof Den Bosch zal wellicht de te betalen schadevergoeding op de voet van art. 6:97 BW schattenderwijs begroten, maar het lijkt mij ook niet uitgesloten dat het hof zal concluderen dat koopster niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij (überhaupt) schade heeft geleden. In dat geval zou (de vestiging van) aansprakelijkheid niet aan de orde zijn, omdat dan niet aan alle eisen van art. 6:162 BW is voldaan.

Volgens de Hoge Raad zou het hof (in zijn arrest van 14 januari 2020) ook al van dit scenario uitgegaan kunnen zijn, maar dan is zijn daarop gebaseerde beslissing onvoldoende gemotiveerd. Mocht het hof Den Bosch - na verwijzing - concluderen dat onvoldoende aannemelijk is (gemaakt) dat koopster daadwerkelijk schade heeft geleden, dan zal het haar vordering afwijzen. In dat geval

dient dit oordeel dus wel beter te worden gemotiveerd dan het hof Arnhem-Leeuwarden eerder had gedaan.

Ik wijs - in aansluiting op het voorgaande - nog op een arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden van 19 april 2022.<sup>13</sup> Het hof heeft in dit arrest geconcludeerd dat de kopers niet aannemelijk hebben gemaakt dat zij schade hebben geleden en om die reden hun vordering afgewezen. Het ging om het volgende. Kopers hadden een appartement gekocht voor € 340.000,-. De verkopend makelaar (hierna: 'Rasch') had in de verkoopbrochure vermeld dat het appartement een woonoppervlak van 104 m<sup>2</sup> had. Na de koop hebben kopers het gekochte appartement laten opmeten door [www.inmeten.com](http://www.inmeten.com), en uit die meting bleek dat het woonoppervlak slechts 97 m<sup>2</sup> was.

Kopers hebben hierop in rechte een schadevergoeding ad € 22.884,- van Rasch gevorderd. De kantonrechter was van oordeel dat Rasch onrechtmatig had gehandeld en heeft hem tot betaling van € 4.650 veroordeeld. Rasch heeft hoger beroep tegen het door de kantonrechter gewezen vonnis ingesteld.

Ervan uitgaand dat Rasch onrechtmatig heeft gehandeld, heeft het hof Arnhem-Leeuwarden ter zake van de omvang van de schadevergoeding vooropgesteld dat een vergelijking moet worden gemaakt tussen enerzijds de werkelijke situatie van kopers en anderzijds de hypothetische situatie dat geen onjuiste opgave van het woonoppervlak zou zijn gedaan. Niet gesteld of gebleken is dat kopers in die hypothetische situatie het appartement niet zouden hebben gekocht, aldus het hof. Dit betekent dat de (vermeende) schade slechts kan omvatten het verschil tussen de werkelijk betaalde koopprijs en de prijs die kopers zonder de onjuiste opgave zouden hebben betaald.

Volgens het hof hebben kopers onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij als gevolg van de schending van de Meetinstructie (daadwerkelijk) schade hebben geleden. Zo is niet gebleken dat de verkoper bereid zou zijn geweest om het appartement voor een lagere prijs aan kopers te verkopen. Vast stond namelijk dat er meerdere kandidaat-kopers waren, dat het appartement onder de vraagprijs aan kopers is verkocht en dat over de koopprijs is onderhandeld. Gelet op deze omstandigheden kan volgens het hof niet worden gezegd dat de verkoper exclusief aan kopers wilde verkopen en dat hij - in geval van een juiste opgave van het woonoppervlak - met een lagere koopprijs genoegen zou hebben genomen. Dit alles leidt tot de slotsom dat kopers niet aannemelijk hebben gemaakt dat zij (daadwer-

<sup>11</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:296.

<sup>12</sup> NJ 2022/1 (ECLI:NL:HR:2021:1842).

<sup>13</sup> ECLI:NL:GHARL:2022:3015, NJF 2022/252 (Dorenbos & Rasch Makelaars/Kopers).



kelijk) schade hebben geleden. Het hof heeft het bestreden vonnis vernietigd en de vordering van kopers alsnog afgewezen.<sup>14</sup>

Kan er overigens sprake zijn van schade wanneer moet worden aangenomen dat de koper zonder de fout van de verkopend makelaar - dus bij een juiste opgave van het woonoppervlak - de woning voor *dezelfde* prijs zou hebben gekocht? Dat ligt wellicht niet zo voor de hand, maar lijkt toch niet uitgesloten. A-G Valk heeft hier aandacht aan besteed in zijn conclusie voor het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad van 10 december 2021.<sup>15</sup> Het feit dat de koper niet te veel heeft betaald (dat wil zeggen een prijs heeft betaald die niet boven de marktwaarde van de woning op basis van het juiste oppervlak lag), betekent *niet* zonder meer dat er (dus) geen sprake is van schade, zo betoogt Valk. Er kunnen namelijk andere factoren zijn die van invloed zijn geweest op de betaalde koopprijs (zoals haast bij de verkoper, scherp onderhandelen door de koper of een ‘gunfactor’), waardoor de koper (toch wel) financieel nadeel - en daarmee schade - kan hebben ondervonden.<sup>16</sup>

### 3. Tot besluit

Komt de rechter tot het oordeel dat de (verkopend) makelaar op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk is jegens de koper vanwege een schending van de Meetinstructie, dan dient hij vervolgens de omvang van de door de makelaar te betalen schadevergoeding vast te stellen. Die vaststelling geschiedt met inachtneming van afdeling 6.1.10 BW. Hoewel art. 6:97 BW de rechter de nodige vrijheid biedt bij het begroten van de schade, leert de hiervoor besproken jurisprudentie dat het berekenen van de schade niet zo eenvoudig is. Uitgangspunt bij de schadebegroting moet zijn dat een *vergelijking* wordt gemaakt tussen enerzijds de werkelijke situatie waarin de koper - als benadeelde - verkeert en anderzijds de (hypothetische) situatie waarin hij zich *zonder* de fout van de makelaar zou hebben bevonden. Bij het maken van die vergelijking heeft de rechter (dus) de nodige vrijheid, zij het dat wel van hem wordt gevergd dat hij zijn beslissing over de omvang van de schade (zo goed mogelijk) in zijn uitspraak motiveert. ●

<sup>14</sup> Zie tevens Hof Arnhem-Leeuwarden 28 augustus 2018, *NJF* 2018/619 (ECLI:NL:GHARL:2018:7764). Ook in deze zaak nam het hof aan dat de koper niet aannemelijk had gemaakt dat hij (daadwerkelijk) schade had geleden.

<sup>15</sup> ECLI:NL:PHR:2021:532

<sup>16</sup> Conclusie A-G Valk 28 mei 2021, ECLI:NL:PHR:2021:532, onder 3.34.

# Kroniek stikstofjurisprudentie

## Een overzicht uit de rechtspraak van 2022 en 2023

– Mr. M.E. van Velzen-de Boer<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

Het is bijna niet meer voor te stellen dat er een tijd was waarin het probleem van het stikstofoverschot nog relatief onbekend was bij het grote publiek. Na de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) over het Programma Aanpak Stikstof (hierna: het PAS) op 29 mei 2019<sup>2</sup>, heeft het onderwerp steeds meer aandacht gekregen. Tegenwoordig zal het niemand ontgaan: allerlei plannen en ambities van woningbouw tot (energie)infrastructurele ontwikkelingen en herzieningen in de agrarische sector, kunnen niet of alleen met grote vertraging en tegen veel extra kosten worden uitgevoerd. De onzekerheid en problemen die in dit verband worden gevoeld zijn uiteraard niet gebaat bij de recente val van het kabinet.

Hoewel op het moment van dit schrijven nog niet volledig duidelijk is welk effect de val van het kabinet heeft op de gepresenteerde stikstofplannen van de afgelopen kabinetsperiode, worden op korte termijn geen inhoudelijke besluiten verwacht.<sup>3</sup> Dat betekent bijvoorbeeld dat vooralsnog geen concrete invulling wordt gegeven aan de verplaatsings-, expansiverings- en innovatieregeling, in aanvulling op de twee stoppersregelingen (waaronder die voor piekbelasters) die in juni en juli 2023 zijn geopend. Ook blijft intern salderen vooralsnog vergunningvrij. Het al voor de kabinetsval controversiële conceptwetsvoorstel over stikstof<sup>4</sup> beoogt dat te veranderen. Dit conceptwetsvoorstel heeft als doel alle stikstof-gerelateerde wijzigingen weer vergunning-

plichtig te maken en verplicht om de gestelde omgevingswaarden eerder te behalen. Gelet op de huidige politieke situatie, is niet te verwachten dat hier binnenkort beslissingen over worden genomen. Bovendien is nog niet duidelijk of de Tweede Kamer het onderwerp controversieel verklaart. Als dat het geval is, zal nog meer geduld nodig zijn.

Ondertussen ontwikkelt de rechtspraak zich verder en worden er voor de dagelijkse praktijk relevante uitspraken gedaan, zoals over de zogenoemde bouwvrijstelling. In de periode van juni 2022 tot en met juli 2023 zijn ruim 300 stikstof-gerelateerde uitspraken gedaan. In deze bijdrage worden daaruit enkele ontwikkelingen gesignaleerd, aan de hand van de volgende indeling: de referentiesituatie (par. 2), intern salderen (par. 3), extern salderen (par. 4), het intrekken van Wnb-vergunningen (par. 5), de bouwvrijstelling (par. 6), de rekenafstand in AE-RIUS (par. 7), Rav-emissiefactoren (par. 8), het stikstofregistratiesysteem (SSRS) (par. 9) en het relativiteitsvereiste (par. 10). Deze bijdrage sluit af met een korte conclusie (par. 11).

### 2. Referentiesituatie

Het is vaste jurisprudentie dat bij de beoordeling van de gevolgen van een ontwikkeling voor een Natura-2000 gebied de gevolgen van de nieuwe ontwikkeling voor dat gebied worden bezien ten opzichte van de referentiesituatie. Zoals bekend verschilt de referentiesituatie voor plannen en projecten (zie par. 2.1 en 2.2). Als een ontwikkeling ten opzichte van de referentiesituatie leidt tot een toename van de stikstofdepositie op al overbelaste stikstofgevoelige natuurwaarden in een Natura 2000-gebied, moeten de gevolgen van die toename worden onderzocht. Als blijkt dat significante gevolgen niet op voorhand op grond van objectieve gegevens kunnen worden uitgesloten (voortoets), dan moet een passende beoordeling worden gemaakt. Het plan kan in dat geval worden vastgesteld of de natuurvergunning voor een project kan worden verleend, als uit de passende beoordeling de zekerheid is verkregen dat het plan of project de

<sup>1</sup> Mathilde van Velzen-de Boer is advocaat bij Van Benthem & Keulen te Utrecht. Deze bijdrage is afgesloten op 28 augustus 2023.

<sup>2</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604 en ECLI:NL:RVS:2019:1603.

<sup>3</sup> <nos.nl/collectie/13942/artikel/2482001-wat-heeft-de-val-van-het-kabinet-voor-gevolgen-voor-het-beleid>.

<sup>4</sup> Wetsvoorstel tot wijziging omgevingswaarde stikstofdepositie 2030 en vergunningplicht o.a. intern salderen. Te raadplegen via: <www.internetconsultatie.nl/wijzigingomgevingswaardestikstof2030envergunningplicht/b1>. Het wetsvoorstel koppelt de vergunningplicht voor intern salderen aan art. 5.1 lid 1 onder e Omgevingswet.

natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied niet zal aantasten.<sup>5</sup> Bij het bepalen van het karakter van een rapport (voortoets of passende beoordeling) is de inhoud van een rapport beslissend.<sup>6</sup>

Er wordt regelmatig ter discussie gesteld of een bestuursorgaan zich bij het nemen van een besluit op de juiste versie van AERIUS Calculator heeft gebaseerd. Er mag echter worden uitgegaan van de versie van AERIUS Calculator die ten tijde van de besluitvorming beschikbaar en geschikt was voor het maken van de stikstofdepositieberekeningen.<sup>7</sup> Verder geven de kritische depositiewaarden (KDW) volgens vaste jurisprudentie aan bij welke mate van stikstofdepositie wordt aangenomen dat significante gevolgen niet langer op voorhand kunnen worden uitgesloten. Overschrijding van die waarde betekent volgens de Afdeling dan ook niet dat vaststaat dat een aantasting van de kwaliteit van een habitatype plaatsvindt, maar uitsluitend dat de mogelijkheid van een aantasting niet afwezig is. De natuurlijke kenmerken van Natura 2000-gebieden worden dan niet zonder meer aangetast, aldus de Afdeling.<sup>8</sup>

## 2.1 Plannen

### 2.1.1 Hoofdregeel

De hoofdregeel bij plannen is dat de referentiesituatie de feitelijke, planologisch legale situatie voorafgaand aan de vaststelling van het nieuwe plan betreft.<sup>9</sup> Hier moeten de gevolgen op Natura 2000-gebieden door de maximale planologische mogelijkheden van het nieuwe plan tegen worden afgezet. De Afdeling overweegt in een uitspraak van 5 april 2023 expliciet dat als een nieuw plan ontwikkelingen mogelijk maakt die op grond van het oude plan ook mogelijk maar niet gerealiseerd waren, daarom ook die eerder bestemde maar nog niet benutte planologische mogelijkheden moeten worden betrokken in de stikstofbeoordeling van het nieuwe plan.<sup>10</sup> In die uitspraak had de gemeenteraad van Middelburg dat niet goed gedaan bij de besluitvorming over een bestemmingsplan voor een bedrijventerrein. Gelet op deze en andere geconstateerde gebreken vernietigt de Afdeling het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan.

Vanwege eerdergenoemde hoofdregeel hoeven de gevolgen van de referentiesituatie voor Natura

2000-gebieden niet te worden onderzocht in het kader van een nieuw bestemmingsplan, zoals de Afdeling bijvoorbeeld overwoog in het kader van de ontwikkeling van een parkeerterrein bij Luchthaven Eindhoven.<sup>11</sup> De bestaande vliegbewegingen van de luchthaven waren in die situatie toegestaan op grond van het vigerende bestemmingsplan. De effecten daarvan hoeven dus niet beoordeeld te worden in het kader van het bestemmingsplan voor het parkeerterrein. In dat verband is volgens de Afdeling niet van belang of voor het feitelijk bestaande en planologisch legale gebruik in de referentiesituatie (hier de vliegbewegingen) een natuurvergunning is verleend. Dat luchthaven Eindhoven blijkens de uitspraak niet over een natuurvergunning beschikt, kan echter wel relevant zijn bij de beoordeling of een natuurvergunning kan worden verleend voor de luchthaven Eindhoven, omdat het voor de referentiesituatie bij projecten kan uitmaken of een bestaande activiteit over een natuurvergunning beschikt.

### 2.1.2 Planologisch overgangsrecht

Dan de vraag of een referentiesituatie kan worden ontleend aan het planologisch overgangsrecht. Deze vraag kwam aan de orde bij de Afdeling naar aanleiding van handhavingsverzoeken bij Gedeputeerde Staten (hierna: GS) in Limburg, tegen veehouderijen waar vee wordt beweid en mest wordt uitgereden zonder vergunning. De verzoeken waren afgewezen, onder meer omdat het agrarisch gebruik onder het planologisch overgangsrecht zou zijn toegestaan en daaraan een referentiesituatie kan worden ontleend. In diverse uitspraken van 21 december 2022 oordeelt de Afdeling dat GS van Limburg het bij het juiste eind hebben en voegt daaraan toe: 'Als het agrarisch gebruik op grond van het planologisch overgangsrecht mag worden voortgezet, dan geldt voor die gronden een planologisch regime waaruit volgt dat bemesten is toegestaan. Aan het planologisch overgangsrecht kan dan een referentiesituatie worden ontleend, mits aannemelijk is dat het agrarisch grondgebruik onder het overgangsrecht is voortgezet'.<sup>12</sup> Dat is op zich ook logisch omdat het gebruik onder het overgangsrecht planologisch legaal is. De Afdeling gaat niet in op de vraag hoe intensief het bemesten was in de referentiesituatie. Zie over de referentiesituatie voor beweiden en mesten ook par. 2.2.3.

### 2.1.3 Niet meer aanwezige activiteiten

De Afdeling heeft in 2021 al overwogen dat activiteiten die planologisch zijn toegestaan maar feitelijk niet meer aanwezig zijn, onder omstandigheden toch kunnen worden betrokken in de

<sup>5</sup> Art. 2.7 en 2.8 Wnb.

<sup>6</sup> ABRvS 6 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1297. Zie ook ABRvS 16 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3129, ro. 10. Hoewel deze laatste uitspraak van na juli 2023 dateert, is deze toch betrokken in deze kroniek. Zie ook onder par. 6.

<sup>7</sup> Rb. Den Haag 23 juni 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:9296, ro. 6.1.

<sup>8</sup> ABRvS 21 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3914, ro. 20.3 en ABRvS 9 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1214, ro. 8.1.

<sup>9</sup> Zie bijv. ABRvS 3 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2145, ro. 10.9 en ABRvS 6 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1894.

<sup>10</sup> ABRvS 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1350, ro. 12.1.

<sup>11</sup> ABRvS 8 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1629, ro. 10-11.

<sup>12</sup> Zie o.a. ABRvS 21 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3885 tot en met 3890.

referentiesituatie.<sup>13</sup> Dit is een uitzondering op de hoofdregel. De ratio hierachter is dat als een dergelijke activiteit buiten beschouwing zou moeten worden gelaten, die activiteit wellicht langer dan beoogd wordt voortgezet, alleen om de mogelijkheid van interne saldering te behouden. Dat gaat ten koste van beschermde natuurwaarden in Natura 2000-gebieden. De cumulatieve voorwaarden van de Afdeling in dat verband zijn: 1) het moet onomstotelijk vaststaan dat de activiteit uitsluitend is beëindigd ten behoeve van de ontwikkeling die het plan mogelijk maakt (uit een schriftelijk stuk, zoals een koopovereenkomst, dat dateert uit de periode dat de activiteit werd beëindigd of daarvoor), 2) het moet uitgesloten zijn dat de activiteit sowieso zou zijn beëindigd voor de peildatum en 3) in de periode tussen de beëindiging van de activiteit en de vaststelling van het plan mogen geen andere stikstofveroorzakende activiteiten zijn ontplooid op het desbetreffende perceel.

Deze lijn geldt in 2023 nog steeds en de invulling van de voorwaarden wordt uitgebreid getoetst door de Afdeling.<sup>14</sup> Alleen een overeenstemming (op hoofdlijnen) over de aankoop van een stikstofveroorzakende activiteit door het gemeentebestuur in het kader van interne saldering, zonder dat daarin inzicht wordt gegeven in de beweegredenen van het gemeentebestuur, voldoet volgens de Afdeling niet. Dat betekent dat de beëindigde activiteit dan dus niet mag worden betrokken in de referentiesituatie.<sup>15</sup> Het is goed om hier bewust van te zijn en daar niet te gemakkelijk aan voorbij te gaan, om te voorkomen dat de saldo-ontvangende partij bij de rechter met lege handen blijkt te staan.

### 2.1.4 Peildatum

Bij de voortoets en de passende beoordeling is de peildatum van belang. Dit is het moment van de beoordeling van de effecten op de natuur. Als peildatum mag worden gekozen voor de datum van de vaststelling van het bestemmingsplan maar dit is niet noodzakelijk. Er kan als peilmoment ook worden gekozen voor het moment van opstellen van de beoordeling van de effecten van het plan op de natuurlijke kenmerken van Natura 2000-gebieden.<sup>16</sup>

## 2.2 Projecten

### 2.2.1 Hoofdregel

De referentiesituatie voor projecten bestaat volgens vaste jurisprudentie uit de vigerende natuurvergunning of, als niet eerder een natuurver-

gunning is verleend, uit toestemmingsbesluiten die zijn verleend voor de referentiedatum (het moment waarop een gebied werd aangewezen als Natura 2000-gebied, veelal 10 juni 1994, 24 maart 2000 of 7 december 2004).<sup>17</sup> De situatie op de referentiedatum kan worden ontleend aan wat is vergund krachtens de Wet milieubeheer of de daaraan voorafgaande Hinderwet, als die toestemming niet is vervallen of geëxpireerd. De toestemming met de minste gevolgen geldt als referentiesituatie.<sup>18</sup> Hier moet de aangevraagde situatie tegen worden afgezet.

### 2.2.2 Toestemming vervallen of geëxpireerd

Een Hinderwetvergunning kan (gedeeltelijk) vervallen zijn als 1) de inrichting niet binnen drie jaar na het onherroepelijk worden van de vergunning was voltooid en in werking gebracht of 2) drie achtereenvolgende jaren buiten werking was geweest.<sup>19</sup> Het ligt op de weg van eisers/appellanten om het begin van het bewijs te leveren voor de stelling dat de betreffende vergunning (gedeeltelijk) is vervallen. Als zij daarin slagen, komt de bewijslast van het tegendeel bij GS te liggen.<sup>20</sup> In dit verband overweegt de rechtbank Gelderland in een procedure over een verleende Wnb-vergunning voor een melkveehouderij, dat met het ontbreken van zogenoemde meitelgegevens (diertellingen) in een bepaalde periode, een begin van bewijs is geleverd dat in de inrichting minimaal drie achtereenvolgende jaren na het onherroepelijk worden van de vergunning geen of minder dieren zijn gehouden. De Hinderwetvergunning mocht daarom niet zonder meer als referentiesituatie dienen en GS zijn aan zet om de referentiesituatie nader te onderbouwen.<sup>21</sup> In het kader van toestemmingverlening voor de uitbreiding/wijziging van een bierbrouwerij in Dommelen, overweegt de Afdeling dat het van rechtswege vervallen van een Hinderwetvergunning op grond van art. 2.6 lid 4 Wabo (de revisievergunning) niet maakt dat daarom niet meer van de Hinderwetvergunning als referentiesituatie mag worden uitgegaan.<sup>22</sup> Die vergunning blijft onverkort geldig.

### 2.2.3 Algemene regels als referentiesituatie

De Afdeling heeft in de PAS-uitspraak uit 2019 dal aangenomen dat de referentiesituatie ('toestemming') op de Europese referentiedatum ook

<sup>13</sup> ABRvS 1 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1960, ro. 24.2.

<sup>14</sup> ABRvS 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1350, naar aanleiding van de tussenuitspraak van 6 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1894. Zie ook ABRvS 1 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:167 en ABRvS 27 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2145.

<sup>15</sup> ABRvS 6 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1894.

<sup>16</sup> ABRvS 27 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2145.

<sup>17</sup> De referentiedatum is de datum waarop het Natura 2000-gebied onder de bescherming van de Hrl of Vrl is gekomen. Voor Habitatrichtlijngebieden is dat de datum waarop het gebied op de lijst van gebieden van communautair belang is geplaatst, veelal 7 december 2004 en soms later. Voor Vrl-gebieden geldt de datum van aanwijzing als referentiedatum, tenzij die datum voor 10 juni 1994 ligt. In dat geval is 10 juni 1994 de referentiedatum.

<sup>18</sup> ABRvS 24 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2448.

<sup>19</sup> Art. 27 Hinderwet (oud).

<sup>20</sup> ABRvS 15 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2085.

<sup>21</sup> Rb. Gelderland 24 juli 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:4124 en ECLI:NL:RBGEL:2023:4136.

<sup>22</sup> ABRvS 24 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2448.

kan bestaan uit algemene regels die golden ten tijde van de referentiedatum.<sup>23</sup> In een uitspraak van 12 oktober 2022 maakt de Afdeling in dit verband een expliciete koppeling met algemene regels uit het bestemmingsplan, die als referentiesituatie kunnen gelden.<sup>24</sup> De uitspraak is gedaan naar aanleiding van discussies over hoe de referentiesituatie voor en de gevolgen van het bemesten en weiden van vee moet worden beoordeeld. Voor bemesten wordt namelijk nooit een aparte toestemming verkregen. Bemesten wordt alleen gereguleerd via stikstofgebruiksnormen op grond van de Meststoffenwet en via het bestemmingsplan.

De Afdeling zet uiteen hoe de referentiesituatie voor beweiden en bemesten moet worden bepaald. Kort gezegd moet 1) uit het planologisch regime dat op de referentiedatum van kracht was, blijken dat bemesten/beweiden was toegestaan, moeten 2) de gronden voor de referentiedatum bemest/beweid worden (dit wordt als vaststaand aangenomen als de gronden op dat moment als landbouwgrond in gebruik waren) en 3) mag na de referentiedatum (in principe 10 juni 1994) geen planologisch regime van kracht zijn geworden waaruit volgt dat bemesten/beweiden niet langer is toegestaan. De Afdeling overweegt daarbij dat als het planologisch regime sinds 2006 onafgebroken het gebruik als grasland toestaat, de referentiesituatie voor bemesten/beweiden wordt begrensd door de stikstofgebruiksnorm<sup>25</sup> voor grasland met volledig maaien. Als dat niet het geval is, dan is de referentiesituatie begrensd door de hoogste stikstofgebruiksnorm voor enig gewas dat op de gronden planologisch is toegestaan.

De Afdeling vervolgt dat als vóór de referentiedatum een toestemming is verleend, moet worden aangehouden wat op grond daarvan is toegestaan. Hetzelfde geldt als na de referentiedatum een toestemming is verleend met minder gevolgen voor Natura 2000-gebieden. Dit conform de hoofdregel als geformuleerd onder 2.2.1. Verder wijst de Afdeling er nog op dat op grond van objectieve gegevens is uitgesloten dat het (gaan) weiden van vee - en ook het bemesten van grond, blijkens de toevoeging in haar uitspraak van 21 december 2022<sup>26</sup> - significante gevolgen heeft als dat plaatsvindt op gronden waarvoor een referentiesituatie van bemesten geldt die gelijk is aan de stikstofgebruiksnorm voor grasland met volledig maaien. De feitelijke omvang van het bemesten voor en na de referentiedatum is

niet relevant.<sup>27</sup> Dit alles biedt mogelijkheden voor (intern) salderen.

## 2.2.4 PAS-vergunning als toestemming

In de praktijk wordt regelmatig aangevoerd dat een onherroepelijke Wnb-vergunning niet als referentiesituatie mag worden gebruikt, als die is verleend op basis van het PAS.<sup>28</sup> Daarover heeft de Afdeling in 2019 immers geoordeeld dat daaraan geen deugdelijke onderbouwing ten grondslag ligt.<sup>29</sup> Ook in 2023 blijft de lijn van de Afdeling, conform diezelfde uitspraak uit 2019, dat een dergelijke onherroepelijke vergunning desondanks toch als referentiesituatie mag worden gebruikt.<sup>30</sup> De rechtszekerheid is daarbij gediend. De rechtbank Noord-Nederland oordeelt overeenkomstig.<sup>31</sup> Dit betekent onder andere dat met een dergelijke vergunning intern mag worden gesaldeerd, hoewel daar verschillend over wordt gedacht (zie par. 3.2.2).

## 2.2.5 Activiteit vs. emissie

Voor de referentiesituatie is volgens vaste rechtspraak van belang dat een bepaalde *activiteit* wordt vergund en niet een bepaalde *emissie*, zoals de rechtbanken Overijssel en Noord-Nederland ook weer constateren.<sup>32</sup> Het maakt dus niet uit dat in een dictum een bepaalde depositie wordt genoemd, omdat daarmee slechts een verduidelijking van de gevolgen van het aangevraagde en vergunde project is beoogd, aldus de rechtbank Oost-Brabant.<sup>33</sup> Het is daarom volgens diezelfde rechtbank ook niet van belang of in een toestemming alle natuurgebieden worden genoemd waarop een activiteit effecten veroorzaakt. De referentiesituatie omvat ook verkeersbewegingen die inherent zijn aan activiteiten die zijn toegestaan in de referentiesituatie.<sup>34</sup> Dalingen in uitstoot na vergunningverlening als gevolg van andere normen voor de uitstoot van bijvoorbeeld uitlaatgassen van vrachtwagens, zijn niet van invloed op de referentiesituatie.<sup>35</sup>

Praktisch gezien betekent het voorgaande vaak dat met de kennis van nu moet worden uitgerekend wat de uitstoot van toen was, om daar de nieuwe situatie vervolgens tegen af te zetten. Een behoorlijk

<sup>23</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603.

<sup>24</sup> ABRvS 12 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2874, *M en R* 2022/134, m.nt. M.M. Kaajan, ro. 13-24.1. Later bevestigd in o.a. ABRvS 21 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3884.

<sup>25</sup> De stikstofgebruiksnorm die is opgenomen in Bijlage A van de Uitvoeringsregeling Meststoffenwet, zoals die geldt op het moment van de aanvraag van de natuurvergunning of het nemen van het besluit (als die norm op dat moment hoger is).

<sup>26</sup> ABRvS 21 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3884.

<sup>27</sup> ABRvS 3 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1736, ro. 6.2.

<sup>28</sup> Zie bijv. ABRvS 5 juli 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2587, ro. 6.

<sup>29</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603.

<sup>30</sup> Zie bijv. ABRvS 5 juli 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2587.

<sup>31</sup> Rb. Noord-Nederland 12 oktober 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:3729. Zie ook Rb. Noord-Nederland 31 januari 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:538.

<sup>32</sup> Rb. Overijssel 25 augustus 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2432 en ECLI:NL:RBOVE:2022:2434; Rb. Noord-Nederland 11 april 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:1458. In lijn met o.a. ABRvS 1 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1528.

<sup>33</sup> Rb. Oost-Brabant 15 februari 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:602.

<sup>34</sup> ABRvS 9 september 2021, ECLI:NL:RVS:2020:2170. Zie ook ABRvS 24 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2448.

<sup>35</sup> Rb. Oost-Brabant 6 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4210 en Rb. Oost-Brabant 15 februari 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:602.

ke klus, waarover veel discussie kan ontstaan. Deze berekening moet in het kader van veehouderijen volgens de rechtbank Overijssel geschieden aan de hand van de emissiefactoren op grond van de Regeling ammoniak en veehouderij (Rav), zoals die golden ten tijde van de beslissing op de aanvraag.<sup>36</sup> Het is volgens de rechtbank dan ook niet relevant dat nadien strengere Rav-codes kenbaar zijn gemaakt. Daarvoor is uiteraard wel van belang dat de emissiereductie van de toepasselijke Rav-codes met voldoende wetenschappelijke zekerheid vaststaat. Dat is zeker niet altijd het geval (zie par. 8).

### 2.2.6 Moment van aanvraag vs. verlening

De rechtbank Noord-Nederland heeft overwogen dat een aanvraag voor een vergunning die is gedaan voor de referentiedatum maar is verleend nadat het Natura 2000-gebied als zodanig is aangewezen, niet mag worden gebruikt als referentiesituatie.<sup>37</sup> Dat pakt voor de cacao-fabriek in Koog aan de Zaan, die al sinds 1926 aanwezig is en centraal stond in die procedure, niet goed uit. Bij gebrek aan controleerbare tastbare documenten kan de vergunde situatie op de referentiedatum niet worden vastgesteld en mocht dus ook niet intern worden gesaldeerd, aldus de rechtbank. Dit impliceert dat de effecten van de gehele bedrijfsvoering moeten worden beoordeeld in het kader van de aangevraagde wijziging, een onmogelijke opgave gelet op de huidige stikstofproblematiek. In hun annotatie bij deze uitspraak zijn Collignon en Ypinga, onder verwijzing naar jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU (hierna: HvJ)<sup>38</sup>, kritisch op het oordeel dat het gaat om het moment van vergunningverlening in plaats van de vergunningaanvraag. Het is te bezien of die (Europese) jurisprudentie (in hoger beroep) aanleiding geeft om de gehanteerde lijn te wijzigen.

## 3. Intern salderen

Volgens de Afdeling is bij de wijziging of uitbreiding van een bestaand project die niet leidt tot een toename van stikstofdepositie ten opzichte van de referentiesituatie (intern salderen), op grond van objectieve gegevens uitgesloten dat die wijziging of uitbreiding significante gevolgen heeft.<sup>39</sup> Hierna ga

ik achtereenvolgens in op intern salderen bij plannen (par. 3.1) en bij projecten (par. 3.2).

### 3.1 Plannen

In juli 2022 deed de Afdeling een in de literatuur bekritiseerde uitspraak over bestemmingsplan 'Giethoorn Loswal Kerkweg' in Steenwijkerland, over intensivering van een mechanische laad- en loswal en de functiewijziging van een molen op korte afstand van elkaar.<sup>40</sup> De Afdeling vindt dat geen sprake is van intern salderen en hanteert het criterium dat sprake moet zijn van 'één ruimtelijke ontwikkeling' en 'zodanige ruimtelijke samenhang' voor intern salderen, omdat anders sprake is van een mitigerende maatregel. Dergelijke mitigerende maatregelen mogen niet in het kader van een voorvoets worden betrokken.<sup>41</sup> De Afdeling definieert de gehanteerde begrippen verder niet. Evenmin licht de Afdeling toe waarom deze begrippen relevant zijn bij het antwoord op de vraag of een plan leidt tot effecten op Natura 2000-gebieden. Vooralsnog is dit, voor zover ik heb kunnen achterhalen, de enige uitspraak in zijn soort en blijven deze punten dus onduidelijk. Zekerheidshalve kan men zich hier bij besluitvorming rekenschap van geven.

### 3.2 Projecten

#### 3.2.1 Intern salderen vergunningvrij

In 2021 heeft de Afdeling gelet op de hoofdregel onder 3, overwogen dat intern salderen vergunningvrij is per 1 januari 2021, door de wetswijziging van art. 2.7 lid 2 Wnb.<sup>42</sup> Er is per die datum niet langer meer sprake van een vergunningplicht voor projecten die enige, maar geen significante gevolgen kunnen hebben (de verslechteringsvergunning).

Deze ontwikkeling is met gemengde gevoelens ontvangen.<sup>43</sup> Enerzijds hoeven initiatiefnemers die intern salderen niet langer een passende beoordeling op te stellen en zijn de beperkende provinciale regels aangepast (intern salderen mocht alleen met de feitelijk gerealiseerde capaciteit). Anderzijds komt de rechtszekerheid onder druk te staan: initiatiefnemers moeten nu zelf vaststellen of de stikstofberekeningen in de referentie- en toekomstige situatie goed zijn uitgevoerd en voor GS en der-

<sup>36</sup> Rb. Overijssel 25 augustus 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2432 en ECLI:NL:RBOVE:2022:2434.

<sup>37</sup> Rb. Noord-Nederland 25 mei 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:4607 en Rb. Noord-Nederland 25 mei 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:4579, *M en R* 2023/71, m.nt. A. Collignon & J.H.N. Ypinga.

<sup>38</sup> Zoals HvJ EU 23 maart 2006, ECLI:EU:C:2006:195 (*Commissie/Oostenrijk*), *M en R* 2006, 60, m.nt. Verschuuren. Daarin wordt het moment waarop een project 'formeel is voorgelegd' als toetsmoment genomen voor de vraag of de bepalingen van de Habitatrichtlijn van toepassing zijn of niet.

<sup>39</sup> Zie bijv. ABRvS 20 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2341, ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2449 en ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1891.

<sup>40</sup> ABRvS 20 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2073, *M en R* 202/106, m.nt. M.M. Kaajan, *AB* 2022/323, m.nt. R.H.W. Frins.

<sup>41</sup> Omdat de noodzaak daartoe betekent dat niet op voorhand vaststaat dat significante gevolgen zijn uit te sluiten. Mitigerende of beschermende maatregelen kunnen wel worden betrokken in een passende beoordeling. Zie ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603.

<sup>42</sup> ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:71, *TBR* 2021/34, m.nt. M.E. van Velzen-de Boer.

<sup>43</sup> Zie bijv. J.C. Verdaas, M.M. Kaajan & W.J. Bosma, *Gebiedsontwikkeling tijdens de stikstofcrisis (VBR-advies nr. 49)*, Den Haag: IBR 2021, p. 68, Rb. Noord-Holland 7 juni 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:4341, *M en R* 2021/99, m.nt. P. Mendelits en M.M. Kaajan & F. Onrust, 'Kroniek Natuurbeschermingsrecht - Gebiedsbescherming (deel 2)', *BR* 2021/71.

den is niet inzichtelijk of juist en op basis van welke toestemmingen wordt gehandeld. Er is immers geen grondslag voor GS om in deze situatie op een vergunningaanvraag te beslissen.<sup>44</sup> Bovendien kunnen in die situatie geen natuurbeschermende vergunningvoorschriften worden gesteld. Dergelijke voorschriften hielden bij de rechtbank Midden-Nederland geen stand.<sup>45</sup> Zowel deze rechtbank als de Afdeling erkennen de rechtsonzekerheid en de gevolgen voor de natuurwaarden die ontstaan door het vervallen van de vergunningplicht, maar vinden het tegelijkertijd aan de wetgever om interne saldering weer vergunningplichtig te maken.<sup>46</sup> Zoals in de inleiding is geschetst, is dit onder de aandacht bij de wetgever maar is niet te zeggen of daarover op korte termijn beslissingen kunnen worden verwacht.

### 3.2.2 Vergunde ruimte of feitelijk gebruik

Er bestaat discussie over het antwoord op de vraag of in het kader van interne saldering mag worden uitgegaan van in het verleden vergunde, maar niet feitelijk benutte emissieruimte. In rechtspraak van de Afdeling kan worden gelezen dat dit is toegestaan, tenzij de in het verleden vergunde emissieruimte dus is vervallen of geëxpireerd.<sup>47</sup> De rechtbank Oost-Brabant heeft in 2021 en 2022 bewust afgeweken van die lijn van de Afdeling.<sup>48</sup> De strengere interpretatie van deze rechtbank komt erop neer dat interne saldering alleen mogelijk is met vergunde ruimte in een natuurvergunning als deze feitelijk is gerealiseerd of gestart/herstart kan worden zonder dat een natuurvergunning en/of een omgevingsvergunning voor bouwen of milieu nodig is. Kan dat niet, dan mag intern salderen met de oorspronkelijke natuurtoestemming alleen als daar een (correcte) passende beoordeling aan ten grondslag ligt. PAS-vergunningen hebben die niet. Het idee hierachter is dat als natuureffecten nooit zijn onderzocht, het ook onduidelijk is wat er gebeurt als er wel daadwerkelijk gebruik wordt gemaakt van de 'slapende bestaande rechten'. Natuurherstel wordt dan belemmerd. Ook in 2023 loopt het voor de initiatiefnemer van een project bij deze rechtbank stuk als wordt gesaldeerd met wel vergunde, maar niet feitelijk benutte emissieruim-

te.<sup>49</sup> De Afdeling heeft zich hier bij mijn weten nog niet over uitgelaten.

### 3.2.3 Eén project

De Afdeling maakt in het kader van interne saldering een vergelijking van de emissies/deposities die zijn toe te rekenen aan de aangevraagde situatie met de emissies/deposities van een op dezelfde locatie toegestane activiteit, die als gevolg van de aangevraagde situatie zal veranderen.<sup>50</sup> Waar de Afdeling beziet wat de gevolgen zijn van 'een op dezelfde locatie toegestane activiteit' die verandert, moet volgens verschillende rechtbanken sprake zijn van één project als bedoeld in art. 2.7 lid 2 Wnb voor interne saldering. Volgens de rechtbank Den Haag is in dit verband van belang: 1) het al dan niet zonder elkaar kunnen functioneren, 2) het bestaan van alternatieven om de activiteit te kunnen ontplooiën, en 3) de afstand tussen de activiteiten.<sup>51</sup> De rechtbank vindt minder relevant dat er 800 meter tussen het glastuinbouwbedrijf en de op te richten biomassacentrale in kwestie ligt, omdat de bedrijven door middel van leidingen met elkaar worden verbonden. Toch krijgen GS van Zuid-Holland gelijk in de stelling dat géén sprake is van één project, omdat niet is gebleken van een exclusieve samenwerking tussen de bedrijven (de biomassacentrale zal in de toekomst ook aan derden leveren) en omdat het glastuinbouwbedrijf net als voorheen in haar eigen warmtebehoefte kan blijven voorzien. Gelet daarop zijn er alternatieven om de activiteit te kunnen ontplooiën en kan van intern salderen dus geen sprake zijn. Een vergelijkbare uitkomst is te lezen in de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant van 15 februari 2023 over een natuurvergunning voor het bouwen van een biomassaverbrandingsinstallatie (hierna: BVI) in Bergen op Zoom.<sup>52</sup> De BVI werd daar niet alleen gebruikt voor het bedrijf SABIC maar zou ook voorzien in de behoefte aan stoom van een ander bedrijf. Gelet hierop, en omdat sprake is van een ruimtelijke scheiding door afstand, oordeelt de rechtbank dat de BVI niet onlosmakelijk samenhangt met SABIC en dat de BVI en de huidige installaties van SABIC niet één project in de zin van de Wnb vormen. Er mocht daarom niet intern worden gesaldeerd.

### 3.2.4 Positieve weigering

Als voor intern salderen een Wnb-vergunning wordt aangevraagd, wordt deze geweigerd met de mededeling dat geen vergunning nodig is. Tegen deze zogenoemde positieve weigering kunnen rechtsmiddelen worden aangewend door belanghebbenden. Over de status daarvan in relatie tot

<sup>44</sup> Zie bijv. Rb. Noord-Nederland 14 juni 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:2350 waarin de rechtbank overweegt dat sprake is van intern salderen en er dus geen vergunningplicht gold, en voor zover toch een vergunningplicht moest worden aangenomen, de vereiste passende beoordeling ontbreekt, zodat sprake is van strijd met art. 2.7 en 2.8 Wnb.

<sup>45</sup> Rb. Midden-Nederland 7 november 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:4350.

<sup>46</sup> Rb. Midden-Nederland 7 november 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:4350; ABRvS 5 juli 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2587.

<sup>47</sup> ABRvS 27 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:175.

<sup>48</sup> Rb. Oost-Brabant 8 december 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:6389 en Rb. Oost-Brabant 21 januari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:192, *M en R* 2022/36, m.nt. M.M. Kaajan.

<sup>49</sup> Rb. Oost-Brabant 15 februari 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:602, *M en R* 2023/34, m.nt. P. Mendelits.

<sup>50</sup> ABRvS 12 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2874, ro. 14.2.

<sup>51</sup> Rb. Den Haag 22 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:3877.

<sup>52</sup> Rb. Oost-Brabant 15 februari 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:602.

een verleende Wnb-vergunning, bestaan verschillende opvattingen. Volgens de rechtbank Gelderland geeft een positieve weigering dezelfde rechten als een Wnb-vergunning, omdat een positieve weigering in rechte kan worden aangevochten en dit besluit in rechte kan komen vast te staan.<sup>53</sup> Dat geldt ook voor een vergunning en dus zijn de rechtsgevolgen hetzelfde, aldus de rechtbank. De rechtbank Oost-Brabant deelt die mening niet. Volgens die rechtbank kan een positief weigeringsbesluit juist niet gelijkgesteld worden met een natuurvergunning en bestaan er belangrijke verschillen.<sup>54</sup> Zo kan een natuurvergunning tot een nieuwe referentiesituatie leiden, en een positieve weigering niet, en is er geen bevoegdheid om de positieve weigering onder beperkingen te verlenen (vgl. art. 5.3 lid 2 Wnb). De wet biedt ook niet de mogelijkheid om bij intern salderen een toestemmingsbesluit te nemen en dus kunnen aan een dergelijk besluit evenmin voorschriften worden verbonden, aldus de rechtbank.

Het is uiteindelijk aan de Afdeling om een keuze te maken, als deze kwestie aan haar wordt voorgelegd. Persoonlijk gaat mijn voorkeur uit naar de uitleg van de rechtbank Oost-Brabant, omdat met een positief weigeringsbesluit, gelet op de wetssystematiek, komt vast te staan dat op dat moment geen natuurvergunning nodig is. Dat is iets anders dan een inhoudelijke beoordeling die de grondslag biedt om een activiteit in overeenstemming met de Wnb uit te voeren.

Een positieve weigering kan overigens alleen volgen op een aanvraag. Een ambtshalve constatering dat in het concrete geval geen Wnb-vergunning nodig is (bestuurlijk rechtsoordeel), moet daarvan worden onderscheiden, zoals de rechtbank Overijssel constateert. Aan een bestuurlijk rechtsoordeel ligt volgens de rechtbank geen aanvraag ten grondslag en dat is wel het geval bij een positieve weigering. Dat GS eerst stukken en informatie bij belanghebbende hebben opgevraagd, maakt dat niet anders. Omdat in dit geval geen sprake is van de afwijzing van een aanvraag, kan de brief van GS dat geen vergunning nodig is ook niet worden aangemerkt als een beschikking als bedoeld in art. 1:3 lid 2 Awb. Het bezwaar is terecht niet-ontvankelijk verklaard.<sup>55</sup> Dit oordeel zegt evenwel niets over de status van de positieve weigering zelf, waarover dus twee lijnen bestaan.

#### 4. Extern salderen

Bij extern salderen draagt de ene partij depositiesaldo 'over' aan een andere partij, doordat die eerste partij de eigen depositie beëindigt of beperkt

(mitigerende maatregel). De aanvaardbaarheid van dit instrument in een concreet geval wordt bepaald via een beoordeling van de toename en/of afname van de *depositie* op stikstofgevoelige habitattypen als gevolg van gewenste ontwikkelingen en te beëindigen activiteiten. Om onduidelijkheid te voorkomen overweegt de Afdeling expliciet dat het niet gaat om de *emissies* daarvan, nu de wijze van emitteren en verspreiden van stikstofverbindingen van de saldo-gevende partij in de regel niet gelijk zijn aan die van de saldo-ontvangende partij.<sup>56</sup>

Bij externe saldering moet, ingevolge jurisprudentie van de Afdeling en de verschillende provinciale beleidsregels, onder andere directe samenhang bestaan tussen de intrekking van de toestemming en verlening van de Wnb-vergunning, om voldoende te waarborgen dat de saldo-gevende activiteit niet zal worden hervat.<sup>57</sup> De Afdeling overweegt in dat verband expliciet dat alleen een (civielrechtelijke) overeenkomst tussen saldo-gevende en -ontvangende partij over de overname van het stikstofdepositiesaldo onvoldoende is om extern te salderen, als daarin geen voorwaarden zijn opgenomen die zijn gericht op het beëindigen van de saldo-gevende situatie.<sup>58</sup>

De Afdeling heeft op 24 november 2021 al geoordeeld dat extern salderen een maatregel is die naar zijn aard óók geschikt is om ingezet te worden als instandhoudings- of passende maatregel.<sup>59</sup> Extern salderen mag alleen als er genoeg andere maatregelen overblijven om te voldoen aan de generieke verplichtingen uit de Habitatrictlijn (Hrl). Dit wordt ook wel aangeduid als het additionaliteitsvereiste. Er ontstaat regelmatig discussie over of er genoeg resterende maatregelen zijn en het effect daarvan.<sup>60</sup> In dit verband gelden namelijk strenge motiveringseisen: de verwachte voordelen van te nemen maatregelen moeten ten tijde van de passende beoordeling met wetenschappelijke zekerheid vaststaan of moeten al zijn uitgevoerd.<sup>61</sup> Er moet dus inzicht worden geboden in die andere maatregelen. Dit heeft geleid tot een beperking van de inzetmogelijkheden van dit instrument, naar aanleiding waarvan bijvoorbeeld de provincie Noord-Brabant een tijdelijke stop op vergunning-

<sup>56</sup> ABRvS 26 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3074, ro. 6.

<sup>57</sup> ABRvS 13 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1082, ro. 15.4. De samenhang kan blijken uit het intrekkingbesluit of uit een overeenkomst tussen het saldo-gevende en saldo-ontvangende bedrijf over de overname van het stikstofdepositiesaldo van de in te trekken milieuvergunning. Verder dient vast te staan dat de bedrijfsvoering van het saldo-gevende bedrijf daadwerkelijk is of wordt beëindigd.

<sup>58</sup> ABRvS 26 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3074.

<sup>59</sup> ABRvS 24 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2627, TBR 2022/30, m.nt. M.E. van Velzen-de Boer.

<sup>60</sup> Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 14 april 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1754. Ook in het kader van intrekking van Wnb-vergunningen is relevant wat de planning en effecten van maatregelen zijn. Zie onder par. 5.

<sup>61</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, ro. 18.

<sup>53</sup> Rb. Gelderland 18 oktober 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5829.

<sup>54</sup> Rb. Oost-Brabant 1 december 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:5232.

<sup>55</sup> Rb. Overijssel 25 augustus 2022, ECLI:NL:RBOV:2022:2435.



verlening op basis van extern salderen heeft afgekondigd.<sup>62</sup>

De tijd zal moeten leren of de provinciale gebieds-plannen (in de zin van art. 1.12fa lid 1 Wnb), waarmee onder andere invulling wordt gegeven aan de verplichting om de omgevingswaarden te behalen, voldoende argumenten geven om externe saldering als mitigerende maatregel te kunnen inzetten (en vergunningverlening te hervatten) en of de Afdeling daar vervolgens van overtuigd is.

## 5. Intrekken Wnb-vergunning

In de Logtsebaan-uitspraak van 20 januari 2021 heeft de Afdeling uiteengezet onder welke omstandigheden een Wnb-vergunning kan of moet worden ingetrokken of gewijzigd en welke eisen aan de motivering van een beslissing op een verzoek om intrekking of wijziging van een vergunning worden gesteld.<sup>63</sup> Bij het nemen van en de keuze voor passende maatregelen ter uitvoering van art. 6 lid 2 Hrl - waarvan intrekking van de vergunning er één kan zijn - hebben GS beoordelingsruimte. Wordt niet besloten tot intrekking of wijziging van de vergunning, dan moet gemotiveerd inzichtelijk worden gemaakt welke andere maatregelen zijn of zullen worden getroffen, binnen welk tijdpad die maatregelen worden uitgevoerd en wanneer de effectiviteit daarvan wordt verwacht. Het college hoeft niet concreet aan te geven welke maatregel tot dezelfde reductie van stikstofdepositie leidt als de intrekking of wijziging van een vergunning. Een vergelijkbare motiveringsplicht is aan de orde als wordt besloten om externe saldering als mitigerende maatregel in te zetten (in een passende beoordeling ex art. 6 lid 3 Hrl) en niet als instandhoudings- of passende maatregel (in de zin van art. 6 lid 1 en 2 Hrl). Zie daarover par. 4.

Het is in dit verband in ieder geval onvoldoende om slechts te verwijzen naar de landelijke structurele aanpak van de stikstofproblematiek.<sup>64</sup> De Afdeling oordeelt in haar Porthos-uitspraak van 2 november 2022 namelijk dat de verwachtingen van de verantwoordelijke ministers over de positieve effecten van het pakket met nieuwe bronmaatregelen met veel en grote onzekerheden zijn omgeven.<sup>65</sup> Bovendien zijn de daarin opgenomen maatregelen gericht op een generieke daling van stikstofdepositie en geven zij geen inzicht in de maatregelen en effecten voor een specifiek Natura 2000-gebied.

Dat is, volgens de rechtbank Noord-Nederland bij uitspraak van 26 januari 2023, wel vereist.<sup>66</sup> In diezelfde uitspraak overweegt de rechtbank dat het eveneens onvoldoende is om af te zien van intrekking, alleen omdat de vergunde activiteit slechts leidt tot een relatief geringe bijdrage aan de stikstofdepositie. Alle beetjes helpen dus. De rechtbank Noord-Holland lijkt daarentegen, in een procedure over een biomassacentrale in Middenmeer, mogelijkheden te zien om een handhavingsverzoek af te wijzen als sprake is van een geringe bijdrage (0,02 mol N/ha/jaar).<sup>67</sup> In die concrete procedure was echter onvoldoende onderbouwd wat de feitelijke situatie (van de natuurwaarden) was en werd tegelijkertijd geconstateerd dat de betrokken Natura 2000-gebieden al stikstof-overbelast waren, zodat alsnog sprake was van een motiveringsgebrek.

In een uitspraak van 24 januari 2023 kan de rechtbank Gelderland zich duidelijk niet vinden in een besluit van GS waarin zij, onder verwijzing naar hetzelfde maatregelenpakket als anderhalf jaar eerder, had besloten om de Wnb-vergunning niet in te trekken.<sup>68</sup> In die procedure veroorzaakt het bedrijf in kwestie een bijdrage van maximaal 45,1 mol/ha/jaar op Natura 2000-gebied Rijntakken. De rechtbank overweegt dat het op de weg van GS had gelegen 'om nader toe te lichten in hoeverre uitvoering wordt gegeven aan de maatregelen en of de doelen die daarin worden gesteld ook (kunnen) worden bereikt. Een concrete toelichting op welke stappen inmiddels zijn gezet had voor de hand gelegen'. De gegeven motivering mag dan ook niet aan de besluitvorming ten grondslag worden gelegd. Diezelfde problemen ziet de rechtbank Midden-Nederland dan weer niet, in haar uitspraak van 14 april 2023 over hetzelfde maatregelenpakket.<sup>69</sup> In die procedure was discussie over een verleende Wnb-vergunning, waarbij gebruik was gemaakt van extern salderen. Volgens eisers is extern salderen - onder verwijzing naar provinciale beleidsregels - alleen toegestaan als intrekking van de verleende vergunning niet nodig is, in verband met toepassing van art. 6 lid 2 Hrl. Hoewel in deze zaak dus geen verzoek tot intrekking was gedaan, acht de rechtbank de eerdere conclusies van GS over het maatregelenpakket voor Natura 2000-gebied Rijntakken daarom toch van belang. De rechtbank vindt dat voldoende passende maatregelen worden genomen. Daarbij betreft de rechtbank dat, anders dan in de uitspraak van de rechtbank Gelderland van 24 januari 2023, in het onderhavige geval minder depositie optreedt (0,04 mol/ha/jaar). Er zijn dan minder passende maatregelen nodig. Het zou

<sup>62</sup> Zie daarover o.m. <[www.brabant.nl/actueel/nieuws/natuur-en-landschap/2023/analyses-bevestigen-slechte-staat-natuur-brabant](http://www.brabant.nl/actueel/nieuws/natuur-en-landschap/2023/analyses-bevestigen-slechte-staat-natuur-brabant)>.

<sup>63</sup> ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:71, TBR 2021/34, m.nt. M.E. van Velzen-de Boer.

<sup>64</sup> Het pakket van maatregelen dat is omschreven in de Kamerbrief van 24 april 2020 (*Kamerstukken II 2019/20*, 35 334, nr. 82).

<sup>65</sup> ABRvS 2 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3159, TBR 2023/6, m.nt. R. Kegge, ro. 5.2 en 41.3.1.

<sup>66</sup> Rb. Noord-Nederland 26 januari 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:317, ro. 74.

<sup>67</sup> Rb. Noord-Holland 24 juli 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:7163. Zie in vergelijkbare zin Rb. Noord-Holland 24 juli 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:7165.

<sup>68</sup> Rb. Gelderland 24 januari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:340.

<sup>69</sup> Rb. Midden-Nederland 14 april 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1754.

voor de praktijk prettig zijn als de Afdeling op dit punt ingrijpt en aangeeft wat volgens haar rechtens juist is.

## 6. Bouwvrijstelling

Een vermeldenswaardige uitspraak is de, reeds kort genoemde, Afdelingsuitspraak van 2 november 2022 over het Porthos-project. Het Porthos-project beoogt CO<sub>2</sub> van het Rotterdamse havengebied onder de Noordzee op te slaan en maakte gebruik van de zogenoemde bouwvrijstelling van art. 2.9a Wnb en art. 2.5 Besluit natuurbescherming.<sup>70</sup> Sinds 1 juli 2021 bleven op grond daarvan de effecten van stikstofdepositie tijdens onder andere bouw- en sloopactiviteiten en de daarmee gepaard gaande vervoersbewegingen, buiten beschouwing bij een besluit over vergunningverlening als bedoeld in art. 2.8 Wnb. In de literatuur en procedures zijn de nodige vraagtekens gezet bij de vrijstelling in relatie tot de Habitatrictlijn en jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU.<sup>71</sup>

De Afdeling oordeelt in haar uitspraak dat de vrijstelling op een niet toereikende generieke voortoets is gebaseerd en dus niet mocht worden toegepast.<sup>72</sup> Het maatregelenpakket dat volgens het Rijk de effecten van stikstofuitstoot in algemene zin dan wel de bouwvrijstelling zou moeten tegengaan, voldoet volgens de Afdeling niet aan de eis dat op grond van objectieve omstandigheden met zekerheid kan worden uitgesloten dat de projecten afzonderlijk of in combinatie met andere projecten significante gevolgen kunnen hebben. Het helpt in dat verband uiteraard niet dat sommige maatregelen zelfs nog niet concreet waren uitgewerkt ten tijde van invoering van de vrijstelling. Ook vindt de Afdeling relevant dat er geen beperking is gesteld aan het gebruik van de bouwvrijstelling (in tijd, plaats of omvang). Omdat de beoordeling als geheel niet deugt laat de Afdeling overigens in het midden of een generieke beoordeling 'op een hoger schaalniveau' mag worden gemaakt in het kader van een voortoets, in plaats van een beoordeling per Natura 2000-gebied.

Hoewel de Afdeling overweegt dat haar oordeel 'geen bouwstop behelst, worden de gevolgen van de vernietiging van de bouwvrijstelling in de praktijk uiteraard wel gevoeld. Alle nieuwe of nog niet onherroepelijke initiatieven moeten nu immers, net als voor 1 juli 2021, in het kader van een voortoets óók rekening houden met de gevolgen van uitstoot van stikstof tijdens de bouw-, sloop- of aanlegfase op Natura 2000-gebieden. Als de uitkomst daarvan is dat significante gevolgen niet op voorhand

kunnen worden uitgesloten, moet vervolgens een passende beoordeling worden gemaakt en is een vergunning vereist. Daarmee komt de focus dus meer op het vergunningetraject te liggen. Dat vereist kennis, tijd en geld van alle betrokken partijen.

Initiatiefnemers voorzagen deze uitkomst en hebben kort voor de zitting een aanvullend ecologisch rapport ingediend. Daaruit blijkt volgens hen dat ook zonder de bouwvrijstelling geen significante gevolgen voor Natura 2000-gebieden optreden. De Afdeling vindt dat partijen daar nog zorgvuldig op moeten kunnen reageren en heropent het onderzoek. De uitspraak is dus een tussenuitspraak. Inmiddels heeft de Afdeling einduitspraak gedaan voor het Porthos-project op 16 augustus 2023.<sup>73</sup> Hoewel deze uitspraak strikt genomen buiten het bereik van deze kroniek valt (tot en met juli 2023), wordt deze voor de volledigheid toch signaleerd. De Afdeling verklaart de beroepen wegens eerder geconstateerde gebreken gegrond en vernietigt de besluiten, maar laat de rechtsgevolgen daarvan in stand. Met het rapport van 15 maart 2022 is namelijk alsnog afdoende gemotiveerd dat het Porthos-project geen significante gevolgen veroorzaakt op Natura 2000-gebieden. Het Porthos-project kan daarmee doorgaan. Verder bevat de uitspraak duidelijke overwegingen over wat kwalificeert als een voortoets (in plaats van een passende beoordeling) en de reikwijdte van onderzoek dat in dat verband moet worden verricht.<sup>74</sup> Ook gaat de Afdeling in op hoe tijdelijke en beperkte toenames zich verhouden tot situaties waarin de KDW wordt overschreden.<sup>75</sup>

## 7. Rekenafstand in AERIUS

De Afdeling oordeelde in 2021 in een tussenuitspraak over het Tracébesluit Via15 dat de '5 km-afkap' in het verplicht voorgeschreven rekenmodel AERIUS Calculator<sup>76</sup> onvoldoende is onderbouwd.<sup>77</sup> AERIUS Calculator is daarna aangepast en bij stikstofdepositieberekeningen voor alle typen emissiebronnen wordt nu uitgegaan van een rekenafstand van 25 km vanaf de bron.<sup>78</sup> De grote vraag was uiteraard of die rekenafstand wel juridisch houdbaar is. In een nieuwe - en technische - tussenuitspraak van 5 april 2023 over het Tracébesluit oordeelt de Afdeling dat dit het geval is.<sup>79</sup> Dat is van praktisch belang: zonder deugdelijk rekenmodel is er immers geen ecologisch verantwoorde (en juridisch houdbare) stikstofaanpak gericht op na-

<sup>73</sup> ABRvS 16 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3129.

<sup>74</sup> Zie ro. 10 van de einduitspraak.

<sup>75</sup> Zie ro. 15.4 van de einduitspraak.

<sup>76</sup> Art. 2.1 Regeling natuurbescherming.

<sup>77</sup> ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:105, *Men R 2021/41*, m.nt. M.M. Kaajan.

<sup>78</sup> De redenen hiervoor zijn uiteengezet in: *Kamerstukken II 2020/21*, 35 334, nr. 158.

<sup>79</sup> ABRvS 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1299, *TBR 2023/80*, m.nt. N.G.M. Valkering.

<sup>70</sup> ABRvS 2 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3159.

<sup>71</sup> Zie o.a. R.H.W. Frins, 'Gloort er einde aan het licht van de stikstof-tunnel?', *TBR 2021/2*.

<sup>72</sup> Zie ook ABRvS 10 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1829, ro. 31.1.

tuurherstel en stikstofreductie en bestaat evenmin ruimte voor economische en maatschappelijke initiatieven.

De Afdeling staat uitgebreid stil bij de wijze waarop depositie van wegverkeer wordt berekend. Uit de uitspraak blijkt dat er een wetenschappelijke noodzaak bestaat voor begrenzingen in rekenafstand voor individuele bronberekeningen. De aangevoerde modelmatige argumenten overtuigen de Afdeling van het toepassingsbereik van 25 km.<sup>80</sup> De Afdeling lijkt ook relevant te vinden dat in omliggende landen wordt uitgegaan van een toepassingsbereik van 10 of 20 km bij dergelijke modellen. Omdat de grens is bepaald door de huidige stand van de wetenschap en techniek, wordt volgens de Afdeling voldaan aan art. 6 lid 3 Hrl. In zoverre kan stikstofuitstootend Nederland weer ademen<sup>81</sup>, al wordt de uitspraak van de Afdeling ook bekritiseerd.<sup>82</sup>

Dit laat onverlet dat er ook buiten 25 km stikstofdepositie optreedt, zelfs tot gemiddeld 50% van de stikstofemissie van een bron.<sup>83</sup> De Afdeling vindt dat het niet aan de individuele initiatiefnemer, maar aan de overheid is om daar iets aan te doen met instandhoudings- of passende maatregelen (in de zin van art. 6 lid 1 en 2 Hrl).<sup>84</sup> Dat is vooral goed nieuws voor vergunninghouders met relatief veel depositie buiten 25 km.<sup>85</sup> Een bijkomend gevolg van de uitspraak is overigens dat er bij 40 PAS-melders (die na de PAS-uitspraak formeel gezien zonder Wnb-toestemming functioneren en volgens het kabinet moeten worden gelegaliseerd) geen berekende stikstofdepositie meer is.<sup>86</sup>

De Afdeling komt niet toe aan het antwoord op de vraag of met de juiste maatregelen en ook tijdig invulling wordt gegeven aan de instandhoudings- of passende maatregelen waar de overheid voor verantwoordelijk is, bij de beoordeling van een plan of project. Dat zou volgens de Afdeling wel kunnen in een procedure over de uitvoering van die maatregelen, voor zover daar een appellabel besluit

aan ten grondslag ligt.<sup>87</sup> Het lijkt niet aannemelijk dat het oordeel van de Afdeling in een dergelijke procedure op dit punt positief zal zijn, gelet op de sombere uitkomsten van de recente natuurdoelanalyses waaruit blijkt dat zelfs met de voorgeschreven maatregelen de gestelde instandhoudingsdoelen voor het merendeel niet worden gehaald.<sup>88</sup>

## 8. Rav-emissiefactoren

Bij de beoordeling van emissies in de veehouderij, wordt veelal uitgegaan van bijlage 1 bij de Regeling ammoniak en veehouderij (Rav), waarin van diverse huisvestingscategorieën emissiefactoren zijn vastgelegd. Verschillende partijen voeren al langer in procedures aan dat de bij bepaalde luchtwas- of stalsystemen behorende (lagere) Rav-emissiefactoren in de praktijk niet worden gehaald.<sup>89</sup> Daarmee worden volgens hen de gevolgen voor de natuur niet goed ingeschat, hetgeen in strijd is met de Hrl.<sup>90</sup> Zij kregen hierin gelijk in een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland met betrekking tot het emissiearme stalsysteem A.1.13.<sup>91</sup> Naar aanleiding van het daartegen ingestelde hoger beroep oordeelt de Afdeling in een uitspraak van 7 september 2022 dat de emissie inderdaad niet met de vereiste zekerheid kan worden vastgesteld.<sup>92</sup> Vanwege het uit art. 6 lid 3 Hrl voortvloeiende voorzorgsbeginsel, kan de Rav-norm van dat stalsysteem niet meer worden gebruikt voor het opstellen van een voortoets of een passende beoordeling. Dat heeft tot gevolg dat het niet langer mogelijk is om op basis van deze Rav-norm intern te salderen of een natuurvergunning te verlenen, ook al vertraagt en bemoeilijkt dit gegeven de besluitvorming over aanvragen voor natuurvergunningen in de melkvee-sector. Zie in vergelijkbare zin een andere uitspraak van de Afdeling van dezelfde datum over staltype A.128.<sup>93</sup>

**80** Zie ro. 30-34 van de uitspraak.

**81** Zie ook ABRvS 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1354, ro. 11.7-11.9.

**82** S.D.P. Kole, 'De stikstofproblematiek en de eisen van artikel 6, derde lid Hrl: de bouwvrijstelling en de afkap nader beschouwd', Gst. 2023/55.

**83** Dit is veelal het geval bij hoge, industriële bronnen. Lagere bronnen zoals wegverkeer geven vooral depositie op korte afstand van de bron (ABRvS 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1299, ro. 36.1).

**84** Zie ro. 36.2 van de uitspraak.

**85** Al wijst R. Olivier in zijn annotatie bij de uitspraak erop dat stikstofruimte buiten 25 km, gelet op deze uitspraak, niet meer verhandeld kan worden in het kader van extern salderen en dat in zoverre dus een financiële tegenvaller bestaat voor betrokkenen. Zie ABRvS 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1299, JM 2023/95, m.nt. R. Olivier.

**86** Kamerstukken II 2022/23, 35 334, nr. 251.

**87** ABRvS 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1299, ro. 36.3. Daarbij is het de vraag welke appellabele gevallen de Afdeling dan voor ogen heeft. Hoewel een beheerplan maatregelen bevat en het goedkeuringsbesluit daarvan kan worden aangevochten, kan in ieder geval over de band van het beheerplan geen beroep worden ingesteld tegen de maatregelen zelf. Zie ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:613.

**88** Zie o.a. <nos.nl/collectie/13871/artikel/2473603-nederlandse-natuur-heeft-veel-te-lijden-niet-alleen-van-stikstof> en <www.brabant.nl/actueel/nieuws/natuur-en-landschap/2023/analyses-bevestigen-slechte-staat-natuur-brabant>. Zie ook <www.ecologischescheautoriteit.nl/adviezen?q=natuurdoelanalyse&it=fp>.

**89** De Rav is een ministeriële regeling die is vastgesteld krachtens de Wet ammoniak en veehouderij, bedoeld als toetsingskader voor omgevingsvergunningen voor de oprichting of verandering van een veehouderij. De Rav is door de wetgever niet direct van toepassing verklaard als toetsingskader voor natuurvergunningen op grond van de Wnb, maar wordt door alle provincies wel gebruikt bij de invulling van de beoordelingsruimte die GS daarbij hebben.

**90** Zie bijv. Rb. Oost-Brabant 8 april 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:1323.

**91** Rb. Midden-Nederland 22 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4507.

**92** ABRvS 7 september 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2557.

**93** ABRvS 7 september 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2624.

In lijn met en onder verwijzing naar deze uitspraak sneuvelde de afgelopen periode tal van gehanteerde Rav-emissiefactoren bij andere luchtwas- en stalsystemen. Het gaat om systemen met nummers: A.1.23<sup>94</sup>, A.4.5.4<sup>95</sup>, A.4.8<sup>96</sup>, D.1.15.4<sup>97</sup>, D.3.2.7.1.2<sup>98</sup>, E.2.11.2.1 en E.2.11.2.2<sup>99</sup> en E.5.11.<sup>100</sup> Ook een in de Noord-Brabantse Omgevingsverordening opgenomen emissiefactor voor vrouwelijk jongvee, die afwijkt van de Rav, haalt de eindstreep niet.<sup>101</sup> De conclusie is steeds hetzelfde: er kan niet worden uitgegaan van de juistheid van de emissies vanwege het ontbreken van voldoende wetenschappelijke zekerheid over de effectiviteit van de betreffende stalsystemen. Er zullen ongetwijfeld meer uitspraken volgen over andere systemen en emissiefactoren, waaraan dezelfde werking en dus dezelfde gebreken ten grondslag liggen als in de uitspraken van de Afdeling van september 2022.

## 9. Stikstofregistratiesysteem (SSRS)

Er zijn verschillende natuurvergunningen verleend met gebruik van depositieruimte uit het stikstofregistratiesysteem (SSRS)<sup>102</sup>, die is ontstaan door de landelijke snelheidsverlaging naar 100 km/u. De snelheidsmaatregel is inmiddels uit het SSRS gehaald en maakt daar geen deel meer van uit.<sup>103</sup> Dat roept vragen op over de houdbaarheid van niet-onherroepelijke vergunningen, mede gelet op de gewijzigde rekenafstand in AERIUS. De rechtbank Noord-Holland verklaarde de snelheidsmaatregel in april 2022 al onverbindend, wegens strijd met art. 6 lid 3 Hrl.<sup>104</sup> Dat de passende beoordeling van het SSRS over de snelheidsverlaging niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen vinden ook de rechtbank Zeeland-West-Brabant in augustus 2022<sup>105</sup> en de rechtbank Den Haag in april 2023.<sup>106</sup> Uit de uitspraak van de Afdeling van maart 2023 blijkt echter dat de stikstofdepositieruimte van de snelheidsmaatregel in het daar concrete geval wel mocht worden ingezet voor vergunningverlening.<sup>107</sup> De Afdeling geeft evenwel geen algemeen oordeel over de rechtmatigheid van de maatregel

(gedurende de periode dat deze gold), zodat over dit punt nog niet definitief is geoordeeld. Daarnaast is het wachten op een oordeel over de inzet van andere maatregelen in het SSRS, zoals de Subsidieregeling sanering varkenshouderijen (Srv). Per 1 mei 2023 is stikstofruimte uit het Srv beschikbaar in het SSRS, in eerste instantie voor woningbouwprojecten en enkele grote wegenprojecten en daarna voor het legaliseren van een aantal PAS-meldingen.<sup>108</sup> Het zal nog moeten blijken of deze en andere te volgen maatregelen volgens de Afdeling in een concreet geval wel aan de besluitvorming ten grondslag mogen worden gelegd.

## 10. Relativiteitsvereiste

Vanwege het relativiteitsvereiste van art. 8:69a Awb wordt door bestuursrechters regelmatig niet toegekomen aan de beoordeling van beroepsgronden over de Wnb.<sup>109</sup> Een afstand van 135 meter tussen een woning en een Natura 2000-gebied kan al teveel zijn om verwevenheid tussen de belangen van een natuurlijk persoon en de algemene belangen van de Wnb-normen aan te nemen.<sup>110</sup> In het kader van bedrijfseconomische belangen bestaat evenmin verwevenheid als een partij vreest dat minder depositieruimte voor zijn bedrijf overblijft, als de in het door hem bestreden bestemmingsplan mogelijk gemaakte bedrijvigheid een deel van de depositieruimte in gebruik neemt.<sup>111</sup> Voor bestuursorganen geldt dat zij in ieder geval alleen kunnen opkomen tegen de aantasting van Natura 2000-gebieden die binnen hun eigen gemeentelijke grondgebied liggen.<sup>112</sup> Dit kan anders zijn als zij als rechtspersoon eigenaar zijn van gronden vlakbij het betrokken Natura 2000-gebied.<sup>113</sup> In zoverre niets nieuws onder de zon.

Wel nieuw is de nuancering die de Afdeling in februari van dit jaar aanbracht op het relativiteitsvereiste, in het kader van besluitvorming over bestemmingsplan 'Gymzaal de Weibossen' in Heeze-Leende.<sup>114</sup> Appellant voerde in die procedure aan dat er in strijd met art. 3:11 Awb ten onrechte geen AERIUS-berekening ter inzage was gelegd en dat hij daar geen zienswijze over had kunnen indienen. Die beroepsgrond was eerder afgeketst op het relativiteitsvereiste, nu appellant op meer dan 1,5 km van het Natura 2000-gebied woont. De Afdeling overweegt dat voortaan bij een beroep op het recht op inspraak (een procedurele norm) de (reikwijdte van de) onderliggende materiële norm

94 ABRvS 12 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2874.

95 Rb. Gelderland 24 juli 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:4127.

96 Rb. Noord-Nederland 11 april 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:1458. De bewijslast dat de gehanteerde emissiefactoren juist zijn ligt bij GS.

97 Rb. Gelderland 9 februari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:619.

98 Rb. Gelderland 24 juli 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:4132.

99 Rb. Zeeland-West-Brabant 9 maart 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:1532 en Rb. Overijssel 13 februari 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:524.

100 Rb. Oost-Brabant 6 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4210.

101 Rb. Oost-Brabant 28 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4688.

102 Op grond van art. 2.2 Regeling natuurbescherming.

103 *Kamerstukken II 2021/22*, 33 576, nr. 265, p. 17.

104 Rb. Noord-Holland 22 april 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:3375. Er is nog geen uitspraak in hoger beroep.

105 Rb. Zeeland-West-Brabant 26 augustus 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:4961.

106 Rb. Den Haag 4 april 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:5505.

107 ABRvS 29 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1250, r.o. 28.1.

108 Zie par. 2.1.2 van de Regeling natuurbescherming.

109 Zie de overzichtsuitspraak van de Afdeling van 11 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2706, r.o. 10.66-10.68.

110 Rb. Oost-Brabant 6 april 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:1555.

111 ABRvS 17 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2401.

112 ABRvS 26 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1664.

113 ABRvS 19 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1947.

114 ABRvS 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:606.

niet meer van belang is.<sup>115</sup> Iemand die recht heeft op inspraak moet de procedurele normen van dat inspraakrecht namelijk kunnen afdwingen bij de rechter. Deze nieuwe lijn leverde in een andere procedure voor de rechtbank Midden-Nederland alsnog niets op voor eisers.<sup>116</sup> Hoewel er inderdaad een verkeerde versie van een natuuronderzoek ter inzage had gelegen in die procedure, kan dat gebrek worden gepasseerd met art. 6:22 Awb omdat niet aannemelijk is dat zij daardoor zijn benadeeld.

## 11. Ter afsluiting

Uit de jurisprudentie volgt dat de Rijksoverheid in eerste instantie aan zet is om de juridische onduidelijkheden rondom stikstof op te lossen en een weg te vinden uit de stikstof-impasse. Gelet op de huidige politieke situatie staan ons de komende maanden vermoedelijk geen oplossingen te wachten. Tot die tijd moet er gewerkt worden met wat er is. De rechtspraak geeft hier en daar extra duiding over de (on)mogelijkheden (denk aan de referentiesituatie voor beweiden en bemesten, de rekenafstand in AERIUS of de Porthos-uitspraken van de Afdeling) maar werpt soms ook juist nieuwe vragen of obstakels op voor burgers en bedrijven. Zo spre-

ken rechtbanken elkaar bijvoorbeeld tegen over de status van positieve weigeringen en de aanvaardbaarheid van motiveringen in het kader van extern salderen als mitigerende maatregel in plaats van instandhoudings- of passende maatregel, en hanteert de Afdeling nog niet gedefinieerde begrippen in het kader van interne saldering bij plannen.

Mocht uiteindelijk een vergunningplicht voor intern salderen worden ingesteld, dan ontstaan overigens eveneens nieuwe vragen. Los van de kwestie wie en hoe dergelijke wijzigingen monitort en handhaaft, of hoe de belangenafweging omtrent vergunningverlening zou verlopen, wijs ik nog op de uitspraak van het AquaPri-arrest van het HvJ van 10 november 2022 en de annotatie van Kaajan hierbij.<sup>117</sup> Daarin gaat het over de vraag wanneer bij voortzetting van een project aanleiding bestaat om een nieuwe passende beoordeling uit te voeren en in hoeverre teruggevallen kan worden op een al eerder verrichte beoordeling. De consequenties van dit arrest, als intern salderen vergunningplichtig zou worden, zijn nog niet duidelijk. De Afdeling kan in dit verband de benodigde duidelijkheid geven. Kortom, het is meer dan de moeite waard om de jurisprudentie de komende periode in de gaten te houden. ●

<sup>115</sup> Onder verwijzing naar ABRvS, 4 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:953.

<sup>116</sup> Rb. Midden-Nederland 15 maart 2023, ECLI:NL:RBMIN:2023:1119.

<sup>117</sup> HvJ EU 10 november 2022, ECLI:EU:C:2022:864 (*AquaPri*), *M en R* 2023/9, m.nt. M.M. Kaajan.

# Vijftien jaar planschade onder de Wro

## Een overzicht en analyse van enkele aspecten uit de jurisprudentie

– Mr. drs. M.E. Stuiver

### 1. Inleiding

**M**et de inwerkingtreding van de Omgevingswet per 1 januari 2024 wordt onder meer de Wet ruimtelijke ordening (Wro) ingetrokken.<sup>2</sup> De Wro heeft het bouwrecht dan ruim vijftien jaar - vanaf 1 juli 2008 - van een publiekrechtelijke basis voorzien. De Omgevingswet brengt een groot aantal veranderingen met zich, waaronder op het terrein van het planschaderecht. Zo wordt de term 'planschade' vervangen door 'nadeelcompensatie' en is daarvoor in afdeling 15.1 van de Omgevingswet een nieuwe schaderegeling geïntroduceerd, die aanhaakt bij het reguliere nadeelcompensatierecht uit titel 4.5 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).<sup>3</sup> Deze vernieuwing in het omgevingsrecht is een mooie aanleiding om de planschadejurisprudentie van de afgelopen vijftien jaar onder de loep te nemen en, op basis daarvan, een blik te werpen op het toekomstige nadeelcompensatierecht.

Dit artikel is als volgt opgebouwd. Allereerst wordt de methode van jurisprudentieverzameling en -analyse toegelicht (par. 2). Vervolgens worden de verzamelde data gepresenteerd en geanalyseerd. Daarbij wordt op enkele aspecten van het planschaderecht nader ingegaan, waaronder indirecte en directe planschade en de voor tegemoetkoming in aanmerking komende schadeposten (par. 3). Daarna volgt een korte beschouwing van enkele van de besproken aspecten in het licht van de Omgevingswet (par. 4). Het artikel sluit af met een samenvattende conclusie (par. 5).

### 2. Methode van onderzoek

Voor dit artikel is, zoals gezegd, vijftien jaar planschadejurisprudentie onder de Wro bestudeerd. In dat kader zijn enkele afwegingen gemaakt met betrekking tot de selectie van jurisprudentie. Deze worden eerst toegelicht (par. 2.1). Vervolgens wordt uiteengezet welke gegevens zijn verzameld, hoe deze zijn verwerkt in een dataset en op welke wijze de data zijn geanalyseerd (par. 2.2). Aan de hand van deze beschrijving wordt inzicht gegeven in de wijze waarop het aan dit artikel ten grondslag liggende onderzoek is opgezet.

#### 2.1 Afbakening

In de eerste plaats is ervoor gekozen om de focus te leggen op het planschaderecht op grond van de Wet ruimtelijke ordening. Andere regelingen voor nadeelcompensatie wegens rechtmatig overheids-handelen op het terrein van het omgevingsrecht blijven buiten beschouwing, zoals de Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Waterstaat 2019, de Algemene Verordening Nadeelcompensatie van de gemeente Amsterdam, de Verordening Nadeelcompensatie Noord/Zuidlijn en de Gemeenschappelijke regeling Schadeschap Luchthaven Schiphol (hierna: GrS). Over dergelijke schaderegelingen zijn al de nodige publicaties beschikbaar<sup>4</sup>, zodat nader onderzoek in beginsel weinig zou toevoegen. Gelet op de actualiteit blijft ook het planschaderecht op grond van de voorloper van de Wro - de Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) - buiten beschouwing.

<sup>1</sup> Martijn Stuiver is wetenschappelijk medewerker bij het Instituut voor Bouwrecht en buitenpromovendus aan de Rijksuniversiteit Groningen.

<sup>2</sup> Art. 3.1 sub n Invoeringswet Ow.

<sup>3</sup> Zie over deze veranderingen o.m. A.G. Bregman e.a. (red.), *Handboek: Bouwen onder de Omgevingswet*, Den Haag: IBR 2023, p. 436-440.

<sup>4</sup> Zie o.m. G.M. van den Broek & J.R.M. van der Poel (red.), *Van Schadeschap naar Schadeloket*, Haarlem: Schadeschap Luchthaven Schiphol 2019, J.H.M. Huijts, *Nadeelcompensatie en tegemoetkoming in planschade: Titel 4.5 Awb en afdeling 15.1 Omgevingswet: tussen eenheid en verscheidenheid (diss. UM)*, Den Haag: IBR 2020 en M.A.E. Planken & A.J. Glastra, 'Acht jaar AVN: grootstedelijk pionieren in nadeelcompensatieland', *O&A* 2021/3.

In de tweede plaats is besloten om enkel rechtspraak te bestuderen. Uitspraken over het planschade-recht zijn namelijk - met name in hoger beroep - gemakkelijk en openbaar te raadplegen via rechtspraak.nl. Dit maakte het mogelijk om een grote dataset aan te leggen. Er is om een tweetal redenen niet gekozen om ingediende planschadeverzoeken te bestuderen. Allereerst omdat dergelijke gegevens lastig te verkrijgen zijn. Daarvoor dienen (zeer veel) gemeenten inzicht te geven in de bij hen ingediende planschadeverzoeken. Bovendien bleken deze data al deels voorhanden te zijn, zij het van een aantal jaar geleden. In het kader van de voorbereiding van de Omgevingswet is in 2017 namelijk een enquête gehouden onder decentrale overheden over de bij hen binnengekomen planschade- en naadeelcompensatieverzoeken.<sup>5</sup> Waar mogelijk wordt in dit artikel gebruik gemaakt van de resultaten uit deze enquête.

Tot slot is nog de afweging gemaakt om enkel hoger beroepszaken in de dataset op te nemen. Dergelijke uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) zijn namelijk, anders dan uitspraken van lagere rechters, altijd volledig beschikbaar op rechtspraak.nl. Het gros van de uitspraken in eerste aanleg is niet gepubliceerd, waardoor er slechts beperkt iets vermeld kan worden over de inhoud van dergelijke zaken. Dat zou afbreuk doen aan hetgeen met onderhavig artikel is beoogd. Bovendien kunnen uitspraken van de Afdeling niet meer bij een hogere rechter worden aangevochten<sup>6</sup>, waardoor inhoudelijke oordelen over (aspecten van) het planschaderecht in rechte vaststaan.

## 2.2 Dataselectie- en analyse

Met behulp van de hiervoor beschreven afbakening is op rechtspraak.nl gezocht op de term 'planschade'. Er is een periode van exact vijftien jaar aangehouden: van de inwerkingtreding van de Wro op 1 juli 2008 tot en met 1 juli 2023. Alle daaruit voortgekomen uitspraken zijn genummerd en in chronologische volgorde opgenomen in een dataset. Ook is per uitspraak vermeld welk bestuursorgaan als bevoegd gezag optrad. Vervolgens is gefilterd op schaderegeling en zijn uitspraken die betrekking hadden op de (oude) WRO, de Tracéwet, de GrS en andere naadeelcompensatieregelingen uit de dataset verwijderd. Ook andere uitspraken die wel aansloegen op de zoekterm 'planschade', maar geen betrekking hadden op afdeling 6.1 Wro, zijn

geschrapt.<sup>7</sup> Dit resulteerde uiteindelijk in een totaal van 894 uitspraken.

Voorts zijn de uitspraken in de dataset globaal doorgelezen. Daarbij is in eerste instantie specifiek gezocht naar het antwoord op twee vragen: heeft de planschadezaak betrekking op indirecte of directe planschade en gaat de zaak over de waardevermindering van een onroerende zaak of inkomensderving? Over deze aspecten worden in de literatuur namelijk veelvuldig - veelal niet-onderbouwde - aannames gedaan.<sup>8</sup> Daarnaast brengt de Omgevingswet voor deze aspecten een aantal wijzigingen met zich mee, hetgeen een doorkijk naar het naadeelcompensatierecht onder die wet interessant maakt.<sup>9</sup> Als een Afdelingsuitspraak niet eenduidig was, is getracht door middel van andere bronnen, zoals rechtbankuitspraken en annotaties in juridische tijdschriften, alsnog de benodigde informatie te vergaren. Verder zijn nog enkele andere gegevens verzameld, waaronder de hoogte van de uitgekeerde schadebedragen en, bij sommige uitspraken, de aan de orde zijnde rechtsvragen. Dit om nadere diepgang aan de analyse te kunnen geven. Gelet op de omvang van de dataset - en het artikel - is besloten het onderzoek te beperken tot het verzamelen van de voornoemde data.

Het voorgaande resulteerde in een dataset met in totaal tien rijen, bestaande uit: (1) een nummer ter identificatie, (2) het jaartal, (3) het ECLI-nummer, (4) het bevoegd gezag, (5-6) het type planschade (indirect en/of direct), (7-8) de schadepost (de waardevermindering van een onroerende zaak en/of inkomensderving), (9) de hoogte van het toegekende planschadebedrag en (10) de aan de orde zijnde rechtsvragen. De vijfde tot en met achtste rij - het type schade en de schadeposten - zijn als een tweekeuzemogelijkheid weergegeven: er wordt aan voldaan of niet. Ontbrekende gegevens zijn als zodanig aangemerkt. De laatste rij, bestaande uit de aan de orde zijnde rechtsvragen, is gecodeerd weergegeven. Daarvoor zijn mogelijke planschade-aspecten, zoals de planvergelijking, het oorzake-lijk verband en de schadetaxatie, gekoppeld aan een nummer en in de dataset zijn enkel deze nummers opgenomen.

De uitspraken in de dataset zijn vervolgens geanalyseerd. Daarbij is in eerste instantie enkel gekeken naar de gegevens in de dataset, teneinde te beschrijven hoeveel planschade-uitspraken de Afde-

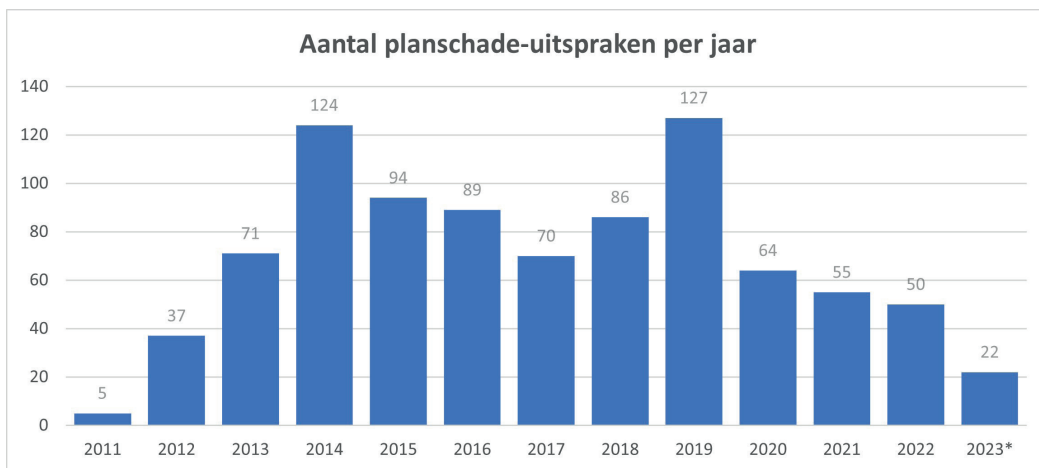
<sup>5</sup> Zie de Memo Resultaten enquête naadeelcompensatie 2017. Deze memo is te downloaden via: <aandeslagmetdeomgevingswet.nl/ondersteuning/publicaties-omgevingswet-bzk/overzicht-downloads-overige-publicaties/resultaten-enquete-naadeelcompensatie/>.

<sup>6</sup> De mogelijkheid van beroep bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wegens schending van het in art. 1 EP EVRM vervatte eigendomsrecht daargelaten.

<sup>7</sup> In geschillen over ruimtelijke plannen wordt soms door appellanten aangevoerd dat zij schade lijden die zij vergoed wensen te zien. In dat geval overweegt de Afdeling stevast dat er 'voor het doen van een verzoek om een tegemoetkoming in de planschade een afzonderlijke procedure bestaat' (zie bijv. ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2416, ro. 7.1). Dergelijke uitspraken kwamen ook naar voren tijdens de dataselectie.

<sup>8</sup> Deze aannames worden in par. 3.2 en 3.3 besproken.

<sup>9</sup> Dit komt in par. 4 aan de orde.



Figuur 1: Aantal planschade-uitspraken op grond van art. 6.1 Wro van de Afdeling per jaar. Voor 2023 tot en met 1 juli.

ling per jaar heeft gedaan, hoeveel van die uitspraken betrekking hebben op indirecte en/of directe planschade en om welke schadepost(en) het gaat. Deze data zijn door middel van grafieken visueel weergegeven. Naar aanleiding van de grafieken zijn enkele in het oog springende aspecten uitgelicht en verklaard. Daarbij is ook de inhoud van de planschade-uitspraken betrokken. Tijdens bestudering van de uitspraken kwamen bovendien nog enkele andere opvallende gegevens naar voren, waaronder over het bestuursorgaan dat als bevoegd gezag optrad en de hoogte van de toegekende planschadebedragen. Bij analyse daarvan is met name de inhoud van de planschade-uitspraken van belang geweest en heeft de dataset gefungeerd als instrument om alle relevante uitspraken te selecteren.

### 3. Vijftien jaar planschade onder de Wro

In deze paragraaf worden de resultaten uit het hiervoor beschreven onderzoek uiteengezet. Allereerst wordt ingegaan op het aantal planschade-uitspraken dat de Afdeling per jaar heeft gedaan (par. 3.1). Daarna komen achtereenvolgens de planschadezaken die betrekking hebben op indirecte en directe planschade (par. 3.2) en de waardevermindering van een onroerende zaak en inkomensderving aan de orde (par. 3.3). Tot slot volgt een bespreking van enkele andere opvallende gegevens die tijdens bestudering van de uitspraken naar voren kwamen (par. 3.4).

#### 3.1 Aantal planschadezaken

De dataset omvat in totaal 894 planschade-uitspraken van de Afdeling in de periode 1 juli 2008 tot en met 1 juli 2023. De eerste uitspraak dateert van 27 april 2011 en betreft een 'standaardgeval': een huiseigenaar die verzocht had om een tegemoetkoming in de planschade, omdat zijn woning in waarde was gedaald door een ruimtelijk plan dat onder

meer woningbouw in de directe omgeving mogelijk had gemaakt.<sup>10</sup> Dat de eerste Afdelingsuitspraak pas circa drie jaar na inwerkingtreding van de Wro werd gewezen heeft een tweetal oorzaken. De eerste reden is het overgangsrecht: art. 9.1.18 lid 1 van de Invoeringswet Wro bepaalde dat het recht zoals dat gold vóór het tijdstip van inwerkingtreding van de Wro van toepassing was op planschadeverzoeken die waren ingediend voor 1 juli 2008 (en in sommige gevallen voor 1 september 2010). Daarnaast weegt mee dat de doorlooptijd van een juridische procedure naar aanleiding van een planschadeverzoek gewoonweg tijd kost, gezien de mogelijkheden tot bezwaar, beroep en hoger beroep. Dit heeft tot gevolg gehad dat in de eerste jaren na inwerkingtreding van de Wro relatief veel planschade-uitspraken nog betrekking hadden op het oude recht. Zo heeft de Afdeling in de jaren 2011 en 2012 ruim drie keer meer uitspraken gedaan op basis van art. 49 WRO dan op basis van art. 6.1 Wro.<sup>11</sup> Hoewel het aantal WRO-zaken daarna sterk is afgenomen, komen uitspraken op basis van het oude recht nog steeds sporadisch voor. De meest recente uitspraak dateert uit 2022.<sup>12</sup>

#### Totaal aantal zaken per jaar

In figuur 1 is het totale aantal planschade-uitspraken per jaar op grond van de Wro weergegeven, met dien verstande dat voor 2023 slechts data van een halfjaar (tot en met 1 juli 2023) zijn opgenomen. Opgemerkt wordt dat het hierbij gaat om het totale aantal planschade-uitspraken, en niet om het aantal unieke planschadezaken dat aan de Afdeling is voorgelegd. Dat aantal zou lager liggen, aangezien de Afdeling zich over sommige zaken twee,

<sup>10</sup> ABRvS 27 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ2627.

<sup>11</sup> Het gaat om 137 uitspraken onder de WRO en 42 onder de Wro. De WRO-aantallen zijn enkel ten behoeve van deze vergelijking uitgezocht.

<sup>12</sup> Zie ABRvS 3 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2225.



drie<sup>13</sup> of zelfs vier keer buigt.<sup>14</sup> In die gevallen draagt de Afdeling het bestuursorgaan bijvoorbeeld op een nieuw besluit te nemen, schakelt zij een deskundige in of handelt zij, na definitieve beslechting van het planschadegeschil, nog een daarmee samenhangende kwestie af. Overigens zegt het totale aantal van 894 planschade-uitspraken niet direct iets over het aantal planschadeverzoeken dat bij bestuursorganen binnenkomt. Niet elk verzoek komt immers bij de bestuursrechter terecht, en niet tegen elke rechtbankuitspraak wordt hoger beroep ingesteld. In de eerdergenoemde enquête uit 2017 is vermeld dat ongeveer 11% van de bij bestuursorganen binnengekomen planschade- en nadeelcompensatieverzoeken aan de rechtbank (en aansluitend mogelijk ook aan de Afdeling) wordt voorgelegd.<sup>15</sup> Op basis van dat percentage zou kunnen worden gesteld dat er tot en met 1 juli 2023 minimaal 8100 planschadeverzoeken op grond van art. 6.1 Wro zijn gedaan.<sup>16</sup> Het werkelijke aantal ligt vermoedelijk hoger, onder meer omdat er voor het percentage in de enquête geen onderscheid is gemaakt tussen een gang naar de rechtbank en de Afdeling, terwijl voor onderhavig artikel enkel Afdelingsjurisprudentie is beschouwd.

Aan de grafiek in figuur 1 valt in de eerste plaats op dat het aantal planschade-uitspraken van de Afdeling aanzienlijk stijgt in de ‘beginjaren’ van de Wro. In de jaren 2011 tot en met 2015 worden de eerste piketpalen in het nieuwe planschaderecht geslagen, onder meer op het gebied van de planvergelijking, het normaal maatschappelijk risico en de voorzienbaarheid. Dit mondt uiteindelijk uit in de bekende overzichtsuitspraak van 28 september 2016.<sup>17</sup> Vervolgens blijft het aantal planschade-uitspraken gedurende de jaren 2016 tot en met 2018 relatief stabiel, totdat dit aantal in 2019 sterk piekt. Vanaf 2020 neemt het aantal uitspraken per jaar gestaag af.

### Piek in aantal planschade-uitspraken in 2019

De piek in het aantal planschade-uitspraken in 2019 valt op, te meer omdat de Afdeling er in de jaren daarna een stuk minder heeft gedaan. Deze piek kan echter worden verklaard. Uit bestudering van de jurisprudentie over het jaar 2019 volgt dat bijna 25 procent - 31 van de 127 uitspraken - betrekking heeft op een in 2009 vastgesteld bestemmingsplan in de gemeente Bergen (NH).<sup>18</sup> In al deze uitspraken ging het om planschadeverzoeken wegens

inperking van de bouw- en gebruiksmogelijkheden op het eigen perceel ten opzichte van het voorgaande ruimtelijke plan uit 1937. Uit nieuwsberichten blijkt dat dit geen ‘normale gang van zaken’ betrof, maar dat de 31 planschadeclaims op aansporen en onder begeleiding van een oud-wethouder zijn ingediend.<sup>19</sup> Dit heeft de data gekleurd. Wanneer deze uitspraken niet worden meegenomen, resteert voor 2019 een totaal van 96 uitspraken. Dat past beter bij het patroon van de voorgaande jaren. In de navolgende paragrafen zal bij het analyseren van de gegevens rekening worden gehouden met de ‘verstorende’ Bergen-jurisprudentie.

### Afname van aantal planschade-uitspraken vanaf 2020

Verder springt de afname van het aantal planschade-uitspraken vanaf 2020 in het oog. Deze afname kan betekenen dat er minder onduidelijkheden over planschadekwesties bestaan, en een gang naar de rechter - althans: naar de Afdeling - minder snel noodzakelijk is om het planschaderecht correct toe te passen. De afname kan ook deels te wijten zijn aan een absolute daling van het aantal Afdelingsuitspraken. Zo blijkt dat de Afdeling in zowel 2018 als 2019 ruim 4300 uitspraken per jaar heeft gedaan, terwijl dit er in 2020 en 2021 nog geen 3200 waren. Het biedt echter geen volledige verklaring voor de afname, aangezien de Afdeling in 2022 weer circa 4000 planschadezaken heeft afgehandeld.<sup>20</sup>

### 3.2 Indirecte en directe planschade

In de dataset is onderscheid gemaakt tussen zaken die betrekking hebben op indirecte en directe planschade. Met *indirecte* planschade wordt schade bedoeld die is veroorzaakt door een planologische wijziging op gronden van derden, zoals het planologisch mogelijk maken van woningbouw op een nabijgelegen terrein.<sup>21</sup> Bij *directe* planschade gaat het om schade die is veroorzaakt door een planologische wijziging op de eigen grond, zoals het vervallen van de mogelijkheid om een gebouw op het eigen perceel op te richten.<sup>22</sup> Hoewel in de literatuur herhaaldelijk wordt beweerd dat het merendeel van de planschadezaken betrekking heeft op indirecte schade, ontbreekt de onderbouwing daarvoor.<sup>23</sup> Het enige concrete percentage kan

<sup>19</sup> Zie bijv. T. Jurriaans, ‘Raad van State buigt zich over planschade villabewoners Bergen: ‘Als we niet winnen deugt de rechtspraak niet’’, *NH Nieuws* 4 juli 2019, te raadplegen via: <[www.nhnieuws.nl/nieuws/248844/](http://www.nhnieuws.nl/nieuws/248844/)>.

<sup>20</sup> Deze data zijn gebaseerd op uitspraken die zijn opgenomen op [rechtspraak.nl](http://rechtspraak.nl).

<sup>21</sup> Zie bijv. ABRvS 28 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2502.

<sup>22</sup> Zie bijv. ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2102.

<sup>23</sup> Zie o.m. M.R. Hebly, *Schadestelling en tijd* (diss. EUR), Den Haag: BJu 2019, p. 293, B.J. van Ettehoven e.a., ‘Overheidsaansprakelijkheid anno 2018: de stand van de rechtsontwikkeling’, *O&A* 2018/23, p. 78, Huijts 2020, p. 269-270 en C.M.L. van der Lee, *Praktijkboek Planschade: Van Wro naar Omgevingswet*, Den Haag: IBR 2022, p. 70.

<sup>13</sup> Zie bijv. ABRvS 16 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3819 en ABRvS 14 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1523.

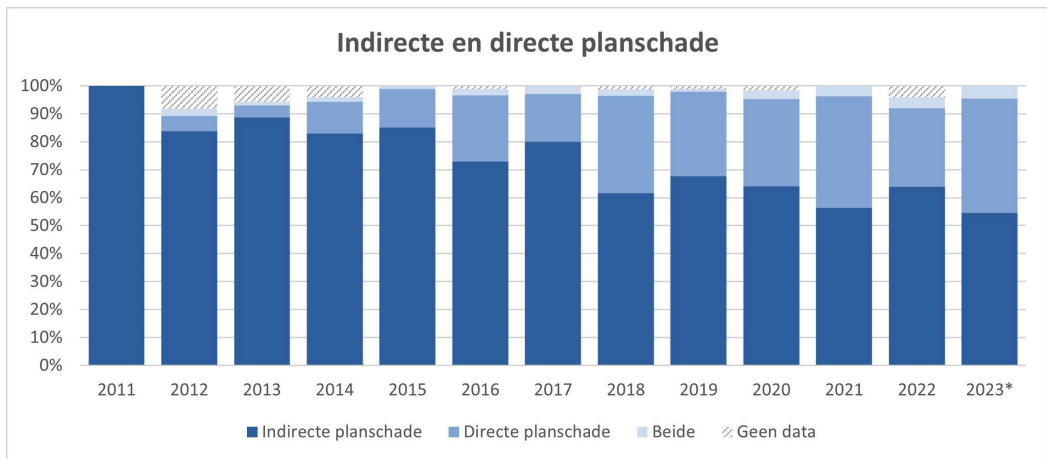
<sup>14</sup> Zie bijv. ABRvS 28 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3997.

<sup>15</sup> Memo Resultaten enquête nadeelcompensatie 2017, p. 5.

<sup>16</sup> Op basis van het delen van het aantal planschade-uitspraken (894) door het genoemde percentage (11%).

<sup>17</sup> ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582.

<sup>18</sup> Zie grofweg ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4274 tot en met ECLI:NL:RVS:2019:4350.



Figuur 2: Verhouding indirecte en directe planschade-uitspraken per jaar. Voor 2023 tot en met 1 juli.

worden gevonden in een publicatie uit 2006 over planschadejurisprudentie op grond van de Wro. Daarin wordt - wederom zonder verdere toelichting - gesteld dat 'ongeveer 85% van de aan de Afdeling in hoger beroep voorgelegde planschadezaken betrekking heeft op indirecte schade'.<sup>24</sup> Cijfers over het planschaderecht onder de Wro zijn niet beschikbaar. Hoog tijd dus voor een update.

### Totaal aantal zaken per jaar

Uit de dataset blijken de volgende cijfers. In totaal zien 637 van de 894 planschade-uitspraken op indirecte planschade (ca. 71%) en 220 op directe planschade (ca. 25%). In 19 uitspraken gaat het zowel om indirecte als directe planschade (ca. 2%). Uit de resterende 18 uitspraken kan het type schade niet duidelijk worden afgeleid.<sup>25</sup> De premisse blijkt dus juist: het merendeel van de Afdelingsuitspraken over het planschaderecht op grond van de Wro heeft betrekking op indirecte planschade. In dat kader is interessant dat de verhouding tussen indirecte en directe planschade-uitspraken gedurende de jaren niet gelijk blijft, maar er relatief gezien steeds meer directe planschade-uitspraken worden gedaan. Dit is in figuur 2 weergegeven.

Uit de grafiek in figuur 2 volgt dat met name in de eerste jaren - 2011 tot en met 2015 - het overgrote deel van de uitspraken gaat over indirecte planschade (ca. 83-100% per jaar). In de jaren 2016 en 2017 kantelt dit beeld en neemt het percentage indirecte planschade-uitspraken enigszins af (ca. 73-80% per jaar). Daarna volgt een duidelijke kentering. Vanaf 2018 ziet nog hoogstens twee

derde van het totale aantal uitspraken op indirecte planschade (ca. 54-67%) en is het percentage directe planschade-uitspraken ten opzichte van voorgaande jaren omvangrijker (ca. 28-41%). De 'verstoringe' data afkomstig van de Bergen-jurisprudentie - 31 uitspraken die gaan over directe planschade - zijn in deze cijfermatige uiteenzetting (en in figuur 2) niet meegenomen.

### Afname indirecte planschadezaken en toename directe planschadezaken

De afname van het aantal uitspraken over indirecte planschade impliceert dat er de laatste jaren minder behoefte is aan geschilbeslechting in dergelijke zaken. Dat zou kunnen betekenen dat men in de praktijk steeds beter uit de voeten kan met het planschaderecht op grond van de Wro, mede dankzij de jurisprudentie van de Afdeling. Uit de eerder genoemde enquête onder decentrale overheden blijkt bijvoorbeeld dat de complexiteit inzake het normaal maatschappelijk risico de belangrijkste reden was voor het starten van een procedure bij de bestuursrechter.<sup>26</sup> De jurisprudentie over dit onderwerp, inclusief de overzichtsuitspraak uit 2021<sup>27</sup>, kan hebben bijgedragen aan de afname van het aantal indirecte planschade-uitspraken de laatste jaren.<sup>28</sup> Niettemin neemt het aantal directe planschade-zaken toe, hetgeen impliceert dat over directe planschade nog de nodige onduidelijkheden bestaan. Een scan van deze uitspraken vanaf 2018 leert dat dergelijke planschadezaken met name gaan over een beweerdelijk onjuiste planvergelijking en/of schadetaxatie. Ook komen beroepsgronden over

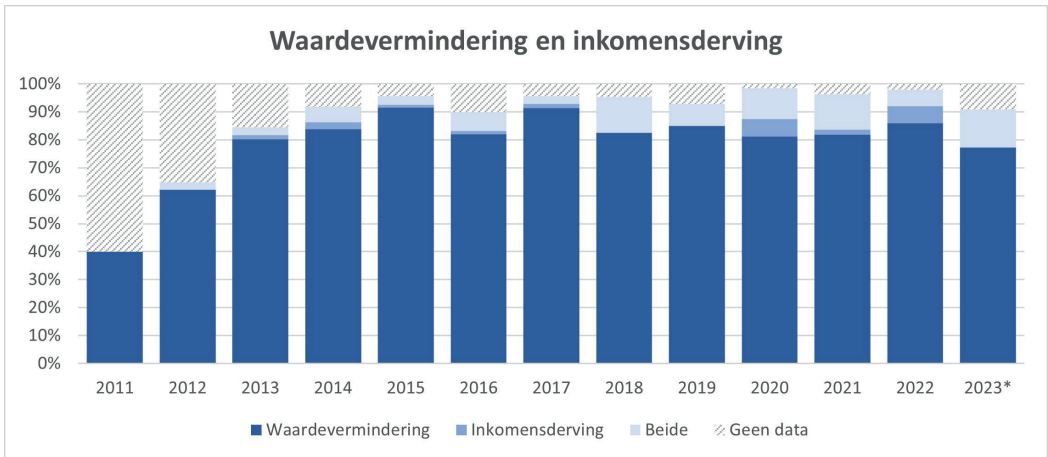
<sup>24</sup> B.P.M. van Ravels, 'Vergoeding van planschade omstreeks 2005', *Gst.* 2006/70, p. 262.

<sup>25</sup> Vermoedelijk gaat het merendeel van deze uitspraken over indirecte planschade. Dit kon echter niet met zekerheid uit de uitspraken zelf of uit andere bronnen worden opgemaakt.

<sup>26</sup> Memo Resultaten enquête nadeelcompensatie 2017, p. 5.

<sup>27</sup> ABRvS 3 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2402.

<sup>28</sup> Zie over deze jurisprudentie o.m. M.E. Stuiver, 'Het normaal maatschappelijk risico bij planschade: Een overzicht sinds ABRvS 5 september 2012 (Heiloo)', *TBR* 2022/126.



Figuur 3: Verhouding planschade-uitspraken die gaan over de waardevermindering van een onroerende zaak en inkomensderving. Voor 2023 tot en met 1 juli.

risicoaanvaarding relatief vaak voor.<sup>29</sup> Meer duidelijkheid daarover, bijvoorbeeld door middel van een overzichtsuitspraak, zou wellicht zinvol kunnen zijn.

### Zaken over zowel indirecte als directe planschade

Tot slot volgt uit de data dat een beperkt aantal uitspraken - circa 1 à 2 per jaar - ziet op zowel indirecte als directe planschade. In die gevallen gaat het vaak om een bestemmingsplan voor een groter gebied die tot gevolg heeft dat de bouw- en/of gebruiksmogelijkheden van het eigen perceel afnemen en die van naburige percelen toenemen.<sup>30</sup> In die zin ontstaat er dus zowel directe als indirecte planschade. Ook komt het voor dat er in één procedure tegen meerdere, al dan niet samenhangende, planologische besluiten wordt geprocedeerd die afzonderlijk tot directe en indirecte planschade leiden.<sup>31</sup> In dergelijke uitspraken worden beide typen schade afzonderlijk beoordeeld. Het merendeel van de uitspraken heeft overigens enkel betrekking op de waardevermindering van een onroerende zaak.<sup>32</sup>

### 3.3 Waardevermindering onroerende zaak en inkomensderving

In de dataset is ook gedifferentieerd naar schadepost. Op grond van art. 6.1 lid 1 Wro komen slechts twee schadeposten voor een tegemoetko-

ming in aanmerking: de waardevermindering van een onroerende zaak en inkomensderving. Bij de waardevermindering van een onroerende zaak kan het bijvoorbeeld gaan om een woningeigenaar die te maken krijgt met een vermindering van uitzicht, zonlichttoetreding en privacy als gevolg van woningbouw op een nabijgelegen perceel.<sup>33</sup> Deze schade wordt begroot door te bezien welke prijs een redelijk denkend en handelend koper voor de onroerende zaak zou hebben geboden onmiddellijk voor en na het tijdstip waarop het nieuwe planologisch regime in werking is getreden. Daarbij zijn de maximale planologische mogelijkheden maatgevend; de feitelijke situatie doet in beginsel niet ter zake.<sup>34</sup> Bij inkomensderving kan gedacht worden aan een exploitant van een tankstation die minder omzet genereert, omdat de aanleg van een nieuwe weg tot minder passanten, en dus minder klandizie, leidt.<sup>35</sup> Ook voor deze schadepost moet een vergelijking worden gemaakt tussen de maximale mogelijkheden onder beide planologische regimes.<sup>36</sup> Bij het begroten van inkomensschade kunnen feitelijke aspecten wel van belang zijn, zoals de daadwerkelijk gemiste inkomsten en de periode waarin het feitelijke gebruik nog op oude voet kon worden voortgezet. In dat kader wordt onder meer aansluiting gezocht bij de waarderingmethoden uit het onteigeningsrecht.<sup>37</sup> In de literatuur is meermaals gesteld dat de meeste planschadezaken betrekking hebben op de waardevermindering van een onroerende

<sup>29</sup> Van de 124 directe planschade-uitspraken vanaf 2018 gaan er ten minste 70 over de planvergelijking en/of de schadetaxatie en 40 over risicoaanvaarding. De Bergen-jurisprudentie is in dit kader buiten beschouwing gelaten.

<sup>30</sup> Zie bijv. ABRvS 9 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2153, ABRvS 7 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3597, ABRvS 15 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:79 en ABRvS 2 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:629.

<sup>31</sup> Zie bijv. ABRvS 2 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1323 en ABRvS 22 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2116.

<sup>32</sup> De enige uitzonderingen betreffen ABRvS 2 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2099 en ABRvS 8 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:956. In beide gevallen slagen de beroepsgronden over inkomensderving echter niet.

<sup>33</sup> Zie bijv. ABRvS 28 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2502.

<sup>34</sup> ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582, ro. 4.6.

<sup>35</sup> Zie bijv. ABRvS 7 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3602.

<sup>36</sup> Vgl. ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2553, ro. 25.

<sup>37</sup> Huijts 2020, p. 232-236; Van der Lee 2022, p. 68. Zie over de schadebegroting in het onteigeningsrecht o.m. E. van der Schans & A.C.M.M. van Heesbeen, *Onteigening: Het spel en de knikers*, Amsterdam: Reed Business 2011, p. 85 e.v.

zaak.<sup>38</sup> Ook deze claims missen echter een onderbouwing, hetgeen een van de redenen is geweest om de schadeposten in de dataset op te nemen.

### Totaal aantal zaken per jaar

Uit de dataset komen wat betreft de schadeposten de volgende cijfers. In totaal gaan 745 van de 894 planschade-uitspraken over de waardevermindering van een onroerende zaak (ca. 83%) en 15 over inkomensderving (ca. 2%). In 62 uitspraken spelen beide schadeposten een rol (ca. 7%). Uit de resterende 72 uitspraken kan niet duidelijk worden afgeleid om welke schadepost(en) het gaat.<sup>39</sup> Ook wat betreft de schadeposten blijkt de premisse juist: het overgrote deel van de Afdelingsuitspraken over het planschaderecht op grond van de Wro heeft betrekking op de waardevermindering van een onroerende zaak. In figuur 3 is de verdeling per jaar weergegeven.

Uit de grafiek in figuur 3 volgt dat het aantal planschade-uitspraken dat betrekking heeft op de waardevermindering van een onroerende zaak relatief gezien vrij stabiel blijft. Behoudens 2011 en 2012 - de jaren waarin de meeste data ontbreken - gaat bijna elk jaar minimaal 80% van de uitspraken over de waardevermindering van een onroerende zaak. De 'verstorende' Bergen-jurisprudentie doet daaraan niets af. Het geringe aantal uitspraken over inkomensderving is naar alle waarschijnlijkheid te wijten aan het feit dat deze schadepost zich met name voordoet bij de feitelijke uitvoering van infrastructurale maatregelen, zoals het onderhoud en de reconstructie van wegen, en schade door dergelijke werkzaamheden buiten de context van het planschaderecht valt.<sup>40</sup>

### Ontbrekende gegevens

Wat verder aan de grafiek opvalt, is het hoge percentage ontbrekende data in met name de jaren 2011 tot en met 2013. Voor die jaren kon uit lang niet alle planschade-uitspraken worden opgemaakt om welke schadepost(en) het ging. Dit valt met name te wijten aan een vrij summiere toelichting van de feiten.<sup>41</sup> De jurisprudentie van de jaren daarna is wat betreft het feitenrelaas een stuk concreter, waardoor het in meer gevallen duidelijk is om welke schadepost(en) de planschadezaak draait. Deze ontwikkeling is te prijzen, aangezien

het de rechtspraktijk sneller inzicht geeft in de relevantie van een bepaalde uitspraak. Toch worden er in de afgelopen jaren nog steeds uitspraken gedaan waaruit niet eenduidig kan worden afgeleid om welke schadepost(en) het gaat. Dit betreffen met name uitspraken over directe planschade.<sup>42</sup>

### Zaken over inkomensderving

Uit bestudering van de 15 planschade-uitspraken die enkel zien op inkomensderving blijkt dat die zaken met name gaan over ondernemers die stellen dat hun klandizie is afgenomen of hun exploitatiemogelijkheden geheel of gedeeltelijk zijn vervallen.<sup>43</sup> Een afname aan klandizie kan bijvoorbeeld komen door een minder goede bereikbaarheid, een minder aantrekkelijke ligging of een toename van soortgelijke exploitatiemogelijkheden in de omgeving.<sup>44</sup> Ook kunnen ondernemers op een andere wijze in hun bedrijfsvoering zijn geschaad. Zo stelde de eigenaar van een vakantiepark schade te lijden door het planologisch toestaan van permanente bewoning op het park, waardoor de verhuur en vraag naar aanverwante diensten daalde, en betoogde een exploitant van een melkveebedrijf niet meer veilig met zijn praam over een kanaal te kunnen na verruiming ervan.<sup>45</sup>

Aan deze uitspraken valt op dat het oorzakelijk verband tussen de schade en het planologisch besluit relatief vaak ontbreekt. Zo blijkt er in een tweetal gevallen geen *condicio sine qua non*-verband te zijn, omdat de schade zich reeds onder het oude planologische regime had kunnen voordoen.<sup>46</sup> Daarnaast zijn er een aantal zaken waarin er geen *rechtstreeks* oorzakelijk verband wordt vastgesteld. De schade blijkt dan niet direct te wijten te zijn aan het planologische besluit, maar veeleer aan een daaruit voortvloeiende ondernemersbeslissing, feitelijke (onrechtmatige) handeling van een derde of (niet ruimtelijk relevante) concurrentietoename. Dergelijke schade staat in een te ver verwijderd verband van het planologisch besluit om daar nog aan te kunnen worden toegerekend.<sup>47</sup> Het ontbreken van een oorzakelijk verband betekent dat een verzoek om tegemoetkoming in de planschade moet worden afgewezen.

<sup>42</sup> Van de 15 onduidelijke uitspraken in de periode 2018-2023 hebben er 11 betrekking op directe planschade.

<sup>43</sup> Zie over het vervallen van exploitatiemogelijkheden bijv. ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2462.

<sup>44</sup> Zie bijv. ABRvS 22 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2121, ABRvS 7 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3602 en ABRvS 30 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1727.

<sup>45</sup> Zie ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4714 en ABRvS 15 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1933.

<sup>46</sup> Zie bijv. ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4714, ro. 8-8.3, ABRvS 5 9-9.2 en ABRvS 15 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1669, ro. 32.1.

<sup>47</sup> Zie bijv. ABRvS 30 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1727, ro. 5-5.2, ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4714, ro. 8-8.3, ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2462, ro. 5-5.5 en ABRvS 12 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1933, ro. 13.3.

<sup>38</sup> Zie o.m. I.P.A. van Heijst, *Planschade en nadeelcompensatie (2e druk)*, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2017, p. 78, Van Etteken-oven e.a., *O&A* 2018/23, p. 78 en Van der Lee 2022, p. 70.

<sup>39</sup> Vermoedelijk gaat het merendeel van deze uitspraken over de waardevermindering van een onroerende zaak, bijvoorbeeld omdat het gaat om een woningeigenaar die schade lijdt. Dit kan echter niet met zekerheid uit de uitspraken zelf of uit andere bronnen worden opgemaakt.

<sup>40</sup> Vgl. ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582, ro. 3.1.

<sup>41</sup> Zie bijv. ABRvS 2 november, ECLI:NL:RVS:2011:BU3111 en ABRvS 7 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV8070.

## Zaken over beide schadeposten

Zoals uit de grafiek in figuur 3 blijkt, doet de Afdeling elk jaar een aantal uitspraken waarin beide schadeposten - zowel de waardevermindering van een onroerende zaak als inkomensderving -aan de orde zijn. Het betreffen in totaal 62 planschade-uitspraken in 46 unieke zaken.<sup>48</sup> Uit bestudering van deze zaken blijkt dat de planschadeverzoeken betrekking hebben op ondernemingen in allerlei sectoren, waaronder horeca, detailhandel, industrie, recreatie en land- en tuinbouw. Ook gaat het om meer specifieke, al dan niet aan huis gebonden, ondernemingen, zoals autogarages, tankstations, bedrijfspanden, dierenfokkerijen en een muziekstudio.

In het overgrote deel van de zaken wordt er - uiteindelijk - slechts een tegemoetkoming in de planschade toegekend voor één van de twee schadeposten. In die gevallen is er bijvoorbeeld geen sprake van (duurzaam) planologisch nadeel, ontbreekt het oorzakelijk verband of bestaat het beweerdelijk nadeel slechts uit gemist voordeel uit op de peildatum nog niet aangevangen bedrijfsvoering.<sup>49</sup> Dergelijke gemiste inkomsten komen niet voor een tegemoetkoming in aanmerking, aangezien deze als het ware al verdisconteerd zijn in de waardevermindering van de onroerende zaak.<sup>50</sup> Ook kan het zijn dat beide schadeposten zich weliswaar voordoen, maar slechts voor één van beide compensatie wordt toegekend. Dit speelt met name bij zaken over zogeheten 'exploitatiegebonden vastgoed': onroerende zaken waarvan de waarde primair wordt bepaald door de inkomsten die ermee kunnen worden gegenereerd. In die gevallen is mogelijk dat de ene schadepost volledig in de andere wordt verdisconteerd, omdat beide schadeposten voortkomen uit dezelfde bron (zoals een vermindering van omzet).<sup>51</sup>

In slechts enkele zaken is er voor beide schadeposten afzonderlijk compensatie toegekend.<sup>52</sup> In een planschadezaak die speelde in de gemeente Zeist had het college een tegemoetkoming toegekend, omdat de woning van de benadeelde minder waard was geworden door het planologisch mogelijk maken van een nabijgelegen ontsluitingsweg. Voorts was de Afdeling van oordeel dat aan de benadeelde ook een tegemoetkoming wegens inkomensderving

toekwam, omdat de muziekstudio in de kelder van de woning onbruikbaar was geworden als gevolg van geluid- en trillinghinder afkomstig van voertuigen over de weg.<sup>53</sup> In een andere zaak, die zich voordeed in de gemeente Duiven, was er weliswaar sprake van exploitatiegebonden vastgoed, maar werd de waardevermindering van de onroerende zaak niet verdisconteerd in de geleden inkomensschade. Het ging namelijk om twee verschillende benadeelden: de eigenaar van het pand leed schade in de vorm van waardevermindering en de exploitant van de onderneming derfde inkomsten.<sup>54</sup> Verdiscontering van de schade zou in dat geval geen recht doen aan de economische werkelijkheid.<sup>55</sup> In nog een andere zaak werd aan een benadeelde in de gemeente Maasdriel, naast een tegemoetkoming wegens waardevermindering ten gevolge van het vervallen van gebruiksmogelijkheden, ook een tegemoetkoming wegens inkomensschade toegekend. Daaronder vielen de kosten voor het doen van onderzoek of gewenste bedrijfsactiviteiten onder het nieuwe planologische regime mogelijk waren.<sup>56</sup> Deze uitspraken illustreren dat het afzonderlijk compenseren van beide schadeposten in bepaalde gevallen mogelijk is.

## 3.4 Varia

Tijdens het analyseren van de dataset kwamen nog enkele andere vermeldenswaardige gegevens naar voren. Zo bleek inkomensderving vaker voor te komen bij uitspraken over directe planschade dan bij uitspraken over indirecte planschade. Ook viel op dat niet alleen het gemeentebestuur planschadeverzoeken afhandelt en dat er in sommige gevallen vrij forse planschadebedragen zijn toegekend. Op deze onderwerpen wordt in onderhavige paragraaf ingegaan.

### Waardevermindering en inkomensderving bij directe en indirecte planschade

De dataset bestaat uit in totaal 894 planschade-uitspraken. Van de 637 uitspraken die betrekking hebben op indirecte planschade gaat het merendeel - 560 uitspraken - over de waardevermindering van een onroerende zaak (ca. 88%). Slechts in 9 uitspraken (ca. 1,5%) staat enkel inkomensderving centraal.<sup>57</sup> Bij directe planschade is laatstgenoemd percentage twee keer zo hoog. Daarbij gaan 162 van de 220 uitspraken (ca. 74%) over de waardevermindering van een onroerende zaak en 6 (ca.

<sup>48</sup> Een aantal uitspraken heeft betrekking op hetzelfde planschadegeschied. Zie bijv. ABRvS 12 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:993 en ABRvS 14 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1523.

<sup>49</sup> Zie bijv. ABRvS 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1621, ABRvS 4 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4067, ABRvS 17 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1417 en ABRvS 2 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2099.

<sup>50</sup> Van der Lee 2022, p. 68.

<sup>51</sup> Zie bijv. ABRvS 11 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1032, ABRvS 12 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1889 en ABRvS 7 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2382. Zie hierover o.m. A.C.M.M. van Heesbeen, 'Verdisconteerde schade', in: T.W. Franssen e.a. (red.), *Op het grensvlak (Van Ravels-bundel)*, Den Haag: IBR 2014, p. 63-67.

<sup>52</sup> Vgl. ook ABRvS 18 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2451 en ABRvS 26 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2688.

<sup>53</sup> ABRvS 17 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:402.

<sup>54</sup> ABRvS 14 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1523. Zie ook de daaraan voorafgegangene tussenuitspraken.

<sup>55</sup> Vgl. ABRvS 7 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2382, ro. 12-12.2, waarin de schade in een soortgelijke situatie wel werd verdisconteerd.

<sup>56</sup> ABRvS 9 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3774.

<sup>57</sup> Bij de resterende 68 uitspraken gaat het om beide schadeposten of ontbreken de data.

3%) over inkomensderving.<sup>58</sup> Dat betekent dat de schadepost inkomensderving bijna twee keer vaker voorkomt bij uitspraken over directe planschade dan bij uitspraken over indirecte planschade.<sup>59</sup> Indien de ‘verstoring’ Bergen-jurisprudentie niet wordt meegerekend, komt inkomensderving zelfs drie keer vaker voor.<sup>60</sup> Een verklaring voor dit verschil kan niet direct worden gegeven. Wel blijkt dat het gemeentebestuur in de meeste directe planschadegevallen geen tegemoetkoming wegens inkomensderving toekent (en dat besluit bij de Afdeling in rechte standhoudt).<sup>61</sup>

### Bevoegde gezagen op provinciaal- en rijksniveau

Verder blijkt dat naast het college van burgemeester en wethouders ook bestuursorganen van de provincies en het Rijk planschadeverzoeken afhandelen. De wettelijke grondslag hiervoor is art. 6.6 Wro, op grond waarvan het college van gedeputeerde staten en de minister in de plaats treden van het college van burgemeester en wethouders, indien de schade het gevolg is van een door hen genomen besluit (zoals een inpassingsplan). Uit de dataset volgen 19 uitspraken waarin het college van gedeputeerde staten als bevoegd gezag optreedt. Dit betreffen met name zaken waarin er is verzocht om een tegemoetkoming in de planschade wegens de inwerkingtreding van een provinciaal inpassingsplan dat voorziet in de aanleg van een provinciale weg, zoals de Gelderse rondweg om Voorst (N345), de Buitenring Parkstad Limburg en de Westfrisiaweg in Noord-Holland.<sup>62</sup> Daarnaast gaat er één uitspraak over een provinciaal inpassingsplan voor de aanleg van een windpark<sup>63</sup> en hebben er twee betrekking op de vaststelling van een provinciale verordening.<sup>64</sup> Verder bevat de dataset 12 uitspraken waarin een minister als bevoegd gezag optreedt. In die gevallen gaat het om planschade door rijksinpassingsplannen die voorzien in de aanleg van een hoogspanningsverbinding en de ontpoldering van de Noordwaard.<sup>65</sup>

### Toegekende planschadebedragen

Tot slot is de hoogte van de toegekende planschadebedragen nog vermeldenswaardig. Uit de in

2017 gehouden enquête volgt dat gemeenten bedragen variërend van € 386,- tot € 90.000,- hebben toegekend.<sup>66</sup> Daarbij is echter geen onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte planschade. Blijkens de voor dit artikel beschouwde jurisprudentie, lijken deze bedragen het beste te passen bij gevallen van indirecte planschade: uit een scan van die uitspraken volgt dat in nog geen tien gevallen een hoger bedrag dan € 90.000,- is toegekend. Het hoogste bedrag betrof € 298.000,-.<sup>67</sup> Bij directe planschade kunnen de uitgekeerde bedragen echter beduidend hoger liggen. In dat kader zijn onder meer tegemoetkomingen toegekend van meer dan € 2.400.000,-, ruim € 3.750.000,- en bijna € 4.500.000,-.<sup>68</sup> De verklaring hiervoor ligt besloten in het fundamentele verschil tussen directe en indirecte planschade. Bij directe planschade is er sprake van een beperking van de bouw- en gebruiksmogelijkheden en wordt het vrijelijk gebruik van eigendom dus verder ingeperkt. Bij indirecte planschade is van een dergelijke eigendomsbeperking geen sprake, maar leidt de planologische wijziging slechts tot een aantasting van het genot dat aan het eigendom wordt beleefd of het inkomen dat daaraan wordt ontleend.<sup>69</sup> Dat rechtvaardigt een lagere tegemoetkoming in de planschade.

## 4. Doorkijk naar Omgevingswet

In de voorgaande paragraaf zijn verschillende aspecten van het planschaderecht op grond van de Wro aan de orde gekomen. Het planschadestelsel zal met de inwerkingtreding van de Omgevingswet per 1 januari 2024 overgaan in een nadeelcompensatiestelsel. In deze paragraaf worden enkele van de hiervoor besproken aspecten uit het planschaderecht kort beschouwd in het licht van de Omgevingswet (Ow), waaronder het verschil tussen indirecte en directe schade (par. 4.1) en de voor compensatie in aanmerking komende schadeposten (par. 4.2). Daarnaast wordt ingegaan op het overgangsrecht (par. 4.3).

### 4.1 Indirecte en directe schade

Wat betreft de verdeling tussen indirecte en directe schadezaken is er geen reden om aan te nemen dat dit ingrijpend zal wijzigen. Er zullen zich immers nog steeds schadeveroorzakende ontwikkelingen nabij en op het eigen perceel kunnen voordoen. Daarbij komt dat afdeling 15.1 Ow een aantal nieuwe regels voor het nadeelcompensatierecht

<sup>58</sup> Bij de resterende 52 uitspraken gaat het om beide schadeposten of ontbreken de data.

<sup>59</sup> De kans ligt op respectievelijk 1 op 37 en 1 op 71.

<sup>60</sup> In dat geval gaat 70% over de waardevermindering van een onroerende zaak en ca. 4,5% over inkomensderving.

<sup>61</sup> Zie bijv. ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:426, ABRvS 12 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1933 en ABRvS 4 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2629.

<sup>62</sup> Zie bijv. ABRvS 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1864, ABRvS 29 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:281 en ABRvS 29 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2178.

<sup>63</sup> Zie ABRvS 8 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:949.

<sup>64</sup> Zie ABRvS 28 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:719 en ABRvS 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1439.

<sup>65</sup> Zie bijv. ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1752 en ABRvS 6 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:343.

<sup>66</sup> Memo Resultaten enquête nadeelcompensatie 2017, p. 2-3.

<sup>67</sup> Zie ABRvS 24 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2315.

<sup>68</sup> Zie ABRvS 26 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1992, ABRvS 17 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:554, en ABRvS 3 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3192. Zie daarover ook: B.P.M. van Ravels, ‘Opinions chic over schadevergoeding en bestuursrecht’, VR 2021/91, p. 213.

<sup>69</sup> G.M. van den Broek, *Planschadevergoeding: Het recht op planschadevergoeding bij wijziging van het planologische regime* (diss. UU), Deventer: Kluwer 2002, p. 36-39.

introduceert, die zeer waarschijnlijk een uitleg van de bestuursrechter gaan vergen. Zo is goed voorstelbaar dat de nieuwe wijze van schadevaststelling bij indirecte schade, waarbij het schademoment wordt verlegd naar het moment van vergunningverlening of het feitelijk starten van een activiteit en wordt aangesloten bij de feitelijke in plaats van planologische situatie<sup>70</sup>, tot de nodige vragen gaat leiden.<sup>71</sup> Ook is aannemelijk dat over directe schade verschillende vragen zullen rijzen, aangezien de Omgevingswet daarover vrijwel geen regels bevat.<sup>72</sup>

Voorts is opvallend dat de schadevaststellingsmethodiek alleen voor indirecte schade wijzigt. Bij directe schade blijft de huidige praktijk, waarbij de maximale juridische mogelijkheden onder het oude en nieuwe regime met elkaar worden vergeleken, leidend. Dit is op zichzelf verklaarbaar, aangezien directe schade zich onmiddellijk voordoet na wijziging van het juridische regime, zonder dat daarbij de feitelijke situatie hoeft te veranderen.<sup>73</sup> Dat er twee verschillende methoden worden gehanteerd vormt evenwel een aandachtspunt voor zaken waarbij de omvang van zowel indirecte als directe schade moet worden vastgesteld. Overigens zal deze problematiek zich waarschijnlijk niet vaak voordoen, gelet op het geringe aantal planschade-uitspraken waarin beide typen schade aan de orde zijn (zie par. 3.2).

## 4.2 Schadeposten

Wat betreft de verhouding tussen de beide schadeposten - de waardevermindering van een onroerende zaak en inkomensderving - is een verschuiving wel mogelijk. Anders dan in het planschaderecht, kan schade die ontstaat tijdens de feitelijke uitvoering van een activiteit namelijk wel worden toegerekend aan het schadeveroorzakende besluit.<sup>74</sup> Derhalve hoeft bij dergelijke schade, die veelal bestaat uit inkomensderving, niet meer te worden uitgeweken naar een andere nadeelcompensatieregeling. Dit maakt aannemelijk dat de schadepost inkomensderving onder de Omgevingswet in meer zaken aan de orde zal zijn (al dan niet in combinatie met de waardevermindering van een onroerende zaak).

**70** Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 23-25 en 229. Zie over deze wijziging o.m. B.S. ten Kate, 'Planschade onder de Omgevingswet: Kanttekeningen bij Afdeling 15.1 Omgevingswet', *TBR* 2020/152, p. 1012-1013.

**71** Zie voor een aantal van deze vragen: A.G.A. Nijmeijer, 'Invoeringswet Omgevingswet: gefragmenteerde nadeelcompensatie omgevingsplan', *TBR* 2017/18, p. 78-80 en B.P.M. van Ravels & M.K.G. Tjepkema, 'Vragen over de regeling van nadeelcompensatie in de Omgevingswet (I)', *O&A* 2022/2, p. 7-9.

**72** Een uitzondering daarop vormt art. 15.6 Ow over passieve risicoaanvaarding.

**73** Zie daarover o.m. D.G.J. Sanderink, 'Schadevaststelling bij nadeelcompensatie onder de Omgevingswet: een deels nieuwe peildatum en vergelijkingsmaatstaf', *O&A* 2017/62, p. 139.

**74** Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 20 en 227.

Voorts is van belang dat de Omgevingswet - anders dan de Wro - niet voorschrijft welke schadeposten voor compensatie in aanmerking kunnen komen. De schadeposten zijn niet meer wettelijk gelimiteerd tot de waardevermindering van een onroerende zaak en inkomensderving. Wel bepaalt art. 15.2 Ow dat immateriële schade is uitgesloten van nadeelcompensatie. Voor zover schade niet kwalificeert als immateriële schade - 'schade die zich voordoet in de gevoelswereld van de benadeelde'<sup>75</sup> - kan de schade dus voor compensatie in aanmerking komen. Dat geldt in ieder geval voor de waardevermindering van een onroerende zaak en inkomensderving, maar mogelijk ook voor andere schadeposten, zoals de tijdelijke derving van woongenot. Volgens de Afdeling is gederfd woongenot namelijk het gemis van een immaterieel voordeel dat kwalificeert als vermogensschade.<sup>76</sup> Een tijdelijke derving van woongenot kan derhalve als materiële schade worden aangemerkt en voor nadeelcompensatie in aanmerking komen.<sup>77</sup> De potentiële verruiming van schadeposten onder de Omgevingswet maakt het des te belangrijker om in de jurisprudentie duidelijk te omschrijven om welke schadepost(en) het in een concreet geval gaat. Dat wordt nu nog niet altijd gedaan, getuige de ontbrekende data bij 72 planschade-uitspraken (zie par. 3.3).

## 4.3 Overgangsrecht

Tot slot verdient het overgangsrecht nog een bespreking. Het overgangsrecht van de WRO naar de Wro was enigszins gecompliceerd. Het hield in de kern in dat het schadevergoedingsrecht op grond van art. 49 WRO van toepassing bleef op aanvragen die voor 1 juli 2008 waren ingediend, echter kon voor schade door sommige besluiten nog tot 1 september 2010 een planschadeverzoek op basis van het oude recht worden ingediend. Bovendien vond het in art. 6.2 lid 2 Wro neergelegde forfait van twee procent voor het normaal maatschappelijk risico pas vanaf 1 september 2010 toepassing, indien het schadeveroorzakende besluit nog voor inwerkingtreding van de Wro van kracht was geworden.<sup>78</sup>

Het overgangsrecht van de Wro naar de Omgevingswet is anders vormgegeven. Volgens de memorie van toelichting bepaalt het moment waarop de schadeveroorzakende overheidshandeling wordt verricht welke wet van toepassing is.<sup>79</sup> Het gaat

**75** S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1 (5e druk)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020/42.

**76** Zie ABRvS 15 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1056, ro. 57 en ABRvS 23 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:871, ro. 20.

**77** Vgl. ABRvS 26 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2051. In deze zaak werd aan een benadeelde nadeelcompensatie toegekend vanwege een zeer ernstige derving van woongenot door tijdelijke werkzaamheden.

**78** P.J.J. van Buuren e.a., *Van WRO naar Wro*, Den Haag: IBR 2008, p. 200-202.

**79** Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 490.

dus niet om het moment waarop een verzoek om planschade of nadeelcompensatie is ingediend. De hoofdregel is dat het planschaderecht nog vijf jaar van toepassing is op alle planologische besluiten die voortvloeiend aan de inwerkingtreding van de Omgevingswet op 1 januari 2024 zijn genomen.<sup>80</sup> Dat betekent dat er in ieder geval nog tot 1 januari 2029 planschadeverzoeken op grond van de Wro kunnen worden ingediend (voor zover de schade het gevolg is van een planologisch besluit op grond van het oude recht). Bovendien begint in sommige gevallen de termijn van vijf jaar pas later. Indien de voorbereidingsprocedure van een schadeveroorzakend besluit lange tijd in beslag kan nemen, en deze procedure is gestart voor inwerkingtreding van de Omgevingswet, vangt de termijn van vijf jaar pas aan op het moment waarop het besluit wordt genomen. Dat geldt onder meer voor bestemmingsplannen.<sup>81</sup> In die gevallen kan dus nog om een tegemoetkoming in de planschade worden verzocht tot een bepaalde datum na 1 januari 2029. Deze overgangstermijnen hebben tot gevolg dat het planschaderecht op grond van de Wro nog vele jaren relevant blijft.

## 5. Afsluiting

In onderhavig artikel zijn enkele aspecten uit vijftien jaar planschadejurisprudentie onder de Wro uiteengezet. Blijkens planschade-uitspraken van de Afdeling in de periode van 1 juli 2008 tot en met 1 juli 2023 kunnen veelvuldig in de literatuur gedane aannames worden bevestigd: het merendeel van de planschadezaken - althans: de planschadezaken die de Afdeling afhandelt - gaat over indirecte planschade en ziet op de waardevermindering van een onroerende zaak. Ten aanzien van de verhouding tussen indirecte en directe planschade valt op dat er de afgelopen jaren steeds meer uitspraken betrekking hebben op directe planschade en daarin met name de planvergelijking, schadetaxatie en risicoaanvaarding onderwerp van het geding zijn. Wat betreft de schadeposten - de waardevermindering van een onroerende zaak en inkomensderving - blijkt dat zaken over inkomensderving, voor zover deze zich al aandienen, vaak stranden op het causaliteitsvereiste. In zaken waarin beide schadeposten aan de orde zijn, wordt, om uiteenlopende redenen,

in de meeste gevallen slechts voor hoogstens één van de twee een tegemoetkoming toegekend. Ook werd duidelijk dat inkomensderving bijna twee keer vaker voorkomt bij uitspraken die gaan over directe planschade dan over indirecte planschade.

Voorts zijn in dit artikel enkele aspecten uit het planschaderecht nog in het licht van de Omgevingswet beschouwd. In dat kader worden enige verschuivingen verwacht, met name omdat feitelijke uitvoeringsschade kan worden toegerekend aan de in art. 15.1 lid 1 Ow genoemde schadeoorzaken en de Omgevingswet niet limitatief voorschrijft welke schadeposten voor nadeelcompensatie in aanmerking kunnen komen. Voorts valt op dat voor indirecte en directe schade een andere wijze van schadevaststelling moet worden gehanteerd, hetgeen een aandachtspunt vormt bij zaken waarin beide typen schade zich voordoen. Ook is het vrij ruime overgangsrecht van afdeling 6.1 Wro naar afdeling 15.1 Ow kort beschreven. Op basis daarvan kan nog geruime tijd planschadejurisprudentie worden verwacht.

Een vraag die nog resteert is wanneer de eerste nadeelcompensatie-uitspraak van de Afdeling op grond van de Omgevingswet kan worden verwacht. Gelet op het feit dat de eerste planschade-uitspraak dateert van circa drie jaar na inwerkingtreding van de Wro<sup>82</sup> en gezien de hoge werkdruk bij de Raad van State<sup>83</sup>, ligt jurisprudentie binnen drie jaar na inwerkingtreding van de Omgevingswet niet direct voor de hand. Daarbij komt dat het merendeel van de in art. 15.1 lid 1 Ow genoemde schadeoorzaken, zoals het omgevingsplan, enige voorbereidingstijd vergt.<sup>84</sup> Een mogelijkheid is dat de tot burgers gerichte uitvoeringsbesluiten van de Omgevingswet - het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal) en het Besluit bouwwerken leefomgeving (Bbl) - voor de eerste nadeelcompensatiejurisprudentie gaan zorgen, aangezien de daarin opgenomen regels theoretisch gezien vanaf 1 januari 2024 tot schade kunnen leiden.<sup>85</sup> De tijd zal echter leren wanneer, en naar aanleiding waarvan, de eerste claims zich aandienen en het nadeelcompensatierecht onder de Omgevingswet bij de bestuursrechter vorm gaat krijgen. ●

<sup>82</sup> Zie par. 3.1.

<sup>83</sup> Raad van State, *Jaarverslag 2022*, Den Haag: RvS 2023, p. 20.

<sup>84</sup> Daarbij zij opgemerkt dat de regels in het van rechtswege ontstane omgevingsplan en omgevingsvergunningen die op basis daarvan zijn verleend niet kwalificeren als schadeoorzaak in de zin van afd. 15.1 Ow. Zie daarover: V.M.Y. van 't Lam & A.G.A. Nijmeijer, 'Milieubelastende activiteiten, omgevingsplan en nadeelcompensatie. Een nieuwe dimensie', *M en R* 2019/118, p. 745-747.

<sup>85</sup> Zie over het Bal en Bbl als schadeoorzaak o.m. J.W. van Zundert, 'Omgevingswet, van planschade naar nadeelcompensatie', *Gst.* 2021/86, p. 511-512.

<sup>80</sup> Art. 4.17 lid 1 t/m 4.20 lid 1 Invoeringswet Ow.

<sup>81</sup> Art. 4.17 lid 2 t/m 4.20 lid 2 Invoeringswet Ow; *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 490.



# Kroniek van het Europese Aanbestedingsrecht

– Mr. I.A.F. Hendriksen, mr. L.A. Kersten en mr. D.C. Orobio de Castro<sup>1</sup>

**D**eze kroniek verschijnt jaarlijks en vat een aantal in het oog springende uitspraken samen die door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof) zijn gewezen op het gebied van het aanbestedingsrecht in de tweede helft van 2022 en de eerste helft van 2023. Kronieken van voorgaande jaren verschenen eveneens in dit tijdschrift.<sup>2</sup>

De in deze kroniek behandelde arresten beslaan uiteenlopende aanbestedingsrechtelijke thema's, waaronder:

- Facultatieve uitsluitingsgronden
- Vervalsing van de mededinging
- Ernstige beroepsfout
- Mogelijke omkoping aan bestedingscomité
- Abnormaal lage inschrijving
- Vertrouwelijke informatie
- Bewijsmiddelen
- Motiveringsplicht
- Weigering door gekozen inschrijver om raamovereenkomst te tekenen
- Beroep op draagkracht andere entiteiten om te voldoen aan criteria
- Samenwerkende aanbestedende diensten

De arresten worden hierna in chronologische volgorde behandeld.

## 1. HvJ EU 7 juli 2022, C-213/21 en C-214/21 (Italy Emergenza)

### Non-profitorganisaties en -verenigingen. Art. 10 onder h) richtlijn 2014/24/EU

In 2020 hielden een plaatselijke en een provinciale gezondheidsdienst uit Italië separaat van elkaar een aanbestedingsprocedure voor de gunning van medisch spoed- en noodvervoer uitsluitend aan vrijwilligersorganisaties. Italy Emergenza - een sociale coöperatie - mocht niet deelnemen aan de aanbestedingsprocedures en meende dat de aanbestedingen in strijd waren met art. 10 onder h) richtlijn 2014/24/EU. Dit artikel sluit de overheidsopdrachten voor diensten die onder de daar genoemde CPV-codes vallen en die worden verricht door 'non-profitorganisaties en -verenigingen' uit van de werkingssfeer van de richtlijn.

De verwijzende rechter wenste te vernemen of een nationale regeling op grond waarvan diensten van medische spoed- en noodvervoer bij overeenkomst met voorrang uitsluitend kunnen worden gegund aan vrijwilligersorganisaties en niet aan sociale coöperaties die aan hun leden *ristorno's* (premierestituties) kunnen uitkeren, in strijd is met voornoemd artikel.

Het Hof bepaalt dat de richtlijn geen definitie geeft van het begrip 'non-profitorganisaties en verenigingen'. Volgens het Hof strekt dit begrip zich uit tot organisaties en verenigingen waarvan het doel bestaat in het vervullen van sociale opdrachten, die geen commerciële werkzaamheden verrichten en die eventuele winst herinvesteren om het doel van de betrokken organisatie of vereniging te verwezenlijken.<sup>3</sup> Organisaties en verenigingen die de mogelijkheid hebben om winsten (of *ristorno's*) uit te keren aan hun leden, vallen niet onder het begrip van art. 10 onder h) richtlijn 2014/24/EU.

<sup>1</sup> Iris Hendriksen, Lorraine Kersten en David Orobio de Castro zijn advocaten bij Stibbe N.V. te Amsterdam. Met dank aan kantoorgenoten Niluvar Rahimi, Sophie Beaumont, David van Gelderen, Adem Duldar en Roos Snell.

<sup>2</sup> Zie voor de meest recente kronieken: E. Verweij e.a., 'Kroniek van het Europese Aanbestedingsrecht', *TBR* 2022/94; I.A.F. Hendriksen e.a., 'Kroniek van het Europese Aanbestedingsrecht', *TBR* 2021/107; I.A.F. Hendriksen en E. Verweij, 'Kroniek van het Europese Aanbestedingsrecht', *TBR* 2020/131; E. Verweij e.a., 'Kroniek van het Europese Aanbestedingsrecht', *TBR* 2019/124; E. Verweij e.a., 'Kroniek van het Europese Aanbestedingsrecht', *TBR* 2018/154.

<sup>3</sup> HvJ EU 21 maart 2019, C465/17 (*Falck Rettungsdienste en Falck*), punt 59.

## 2. HvJ EU 14 juli 2022, C-436/20 (ASADE)

### Overheidsopdracht voor sociale diensten. Art. 76 en 77 richtlijn 2014/24/EU

In Spanje was een regeling van toepassing die aanbestedende diensten de mogelijkheid bood akkoorden te sluiten met private non-profitorganisaties (niet alleen vrijwilligersorganisaties) om bepaalde sociale diensten aan personen te verlenen tegen vergoeding van kosten, zonder het houden van een aanbestedingsprocedure. De Spaanse vereniging van thuiszorginstellingen, ASADE, deed een beroep tot nietigverklaring van deze regeling. De verwijzende rechter wenste te vernemen of de Spaanse regeling verenigbaar is met art. 76 en 77 richtlijn 2014/24/EU.

Het Hof stelt voorop dat richtlijn 2014/24/EU slechts van toepassing is indien voornoemde akkoorden voor externe sociale dienstverlening worden gekwalificeerd als overheidsopdrachten voor diensten. Het Hof overweegt dat diensten die tegen vergoeding worden verricht, economische activiteiten vormen.<sup>4</sup> Het wezenlijke kenmerk van deze vergoeding is dat het een economische tegenprestatie moet betreffen, zonder dat zij door de ontvanger van de dienst moet worden betaald.<sup>5</sup> Het feit dat een overeenkomst is gesloten met een entiteit zonder winstoogmerk sluit niet uit dat deze entiteit een economische activiteit uitoefent.<sup>6</sup>

Volgens vaste rechtspraak van het Hof vormen de activiteiten van organen die een socialezekerheidsstelsel beheren in beginsel geen economische activiteiten, indien zij op het solidariteitsbeginsel zijn gebaseerd en deze activiteiten aan overheidstoezicht zijn onderworpen.<sup>7</sup> Dit geldt noodzakelijkerwijs niet voor specifieke sociale prestaties die door particuliere marktdeelnemers worden verleend en waarvan de kosten worden gedragen door de staat of sociale zekerheidsorganen.<sup>8</sup> Volgens het Hof veronderstelt het bezwarende karakter van een overheidsopdracht dat iedere partij zich verbindt tot het leveren van een prestatie in ruil voor een tegenprestatie. Deze tegenprestatie kan bestaan in de vergoeding van de kosten die zijn gemaakt om

de dienst te verrichten.<sup>9</sup> Het Hof concludeert dat richtlijn 2014/24/EU van toepassing is op (delen van) voornoemde akkoorden voor externe sociale dienstverlening.

Op grond van de Spaanse regeling wordt deelname aan overheidsopdrachten voor externe sociale dienstverlening voorbehouden aan private non-profitorganisaties, zonder te eisen dat zij aan alle voorwaarden van art. 77 richtlijn 2014/24/EU voldoen. Dit betekent volgens het Hof niet noodzakelijkerwijs dat deze regeling in strijd is met art. 74 tot en met 77 richtlijn 2014/24/EU. Art. 77 richtlijn 2014/24/EU bevat niet uitputtend de gevallen waarin overheidsopdrachten voor bijlage XIV-diensten kunnen worden voorbehouden aan bepaalde categorieën marktdeelnemers. De lidstaten hebben op grond van art. 76 richtlijn 2014/24/EU een ruime beoordelingsmarge om de dienstverrichters voor diensten zoals opgenomen in bijlage XIV bij de richtlijn te organiseren op de wijze die het hun het meest geschikt voorkomt. Volgens het Hof verzetten de art. 76 en 77 richtlijn 2014/24/EU zich niet tegen een nationale regeling die enkel aan private non-profitorganisaties de mogelijkheid biedt akkoorden te sluiten voor het verlenen van sociale hulpverlening tegen vergoeding van de gemaakte kosten, ook al voldoen deze organisaties niet aan de vereisten uit art. 77 richtlijn 2014/24/EU. Het wettelijke en contractuele kader waarbinnen deze organisaties werken, moeten echter daadwerkelijk bijdragen tot het sociale doel en tot het nastreven van solidariteit en kostenefficiëntie. Daarnaast moet het transparantiebeginsel uit art. 75 richtlijn 2014/24/EU worden nageleefd, aldus het Hof.

Volgens het Hof is een vereiste in een nationale regeling op grond waarvan inschrijvers vanaf het moment van hun inschrijving gevestigd moeten zijn op het grondgebied waar de sociale diensten als bedoeld in bijlage XIV bij de richtlijn zullen worden verricht, onevenredig aan de verwezenlijking van het doel de nabijheid en toegankelijkheid van de sociale diensten te waarborgen.<sup>10</sup>

## 3. HvJ EU 14 juli 2022, C-274/21 en C-275/21 (EPIC Financial Consulting)

### Raamovereenkomst. Art. 33 richtlijn 2014/24/EU. Art. 1 richtlijn 89/665

Eindef 2020 sloten de Republiek Oostenrijk en de federale inkoopmaatschappij 21 raamovereenkomsten voor de aankoop van COVID-19 anti-geentests. Daarnaast besloot deze aanbestedende dienst een onderhandse aanbestedingsprocedure te gebruiken om een miljoen aanvullende antigeen-

<sup>4</sup> HvJ EU 29 april 2010, C-160/08 (*Commissie/Duitsland*), punten 73-74; HvJ EU 23 februari 2016, C-179/14 (*Commissie/Hongarije*), punt 154.

<sup>5</sup> HvJ EU 23 februari 2016, C-179/14 (*Commissie/Hongarije*), punten 153-155.

<sup>6</sup> HvJ EU 19 juni 2014, C-574/12 (*Centro Hospitalar de Setúbal en SUCB*), punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak; HvJ EU 28 januari 2016 C-50/14 (*Casta e.a.*), punt 52.

<sup>7</sup> HvJ EU 11 juni 2020, C-262/18 P (*Commissie en Slowaakse Republiek/Dovera zdravotná poisťovňa*), punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

<sup>8</sup> HvJ EG 29 november 2007, C-119/06 (*Commissie/Italië*), punten 36-41; HvJ EG 12 september 2000, C-180/98-C-184/98 (*Pavlov e.a.*), punt 118.

<sup>9</sup> HvJ EU 10 september 2020, C-367/19 (*Taks-Fin-Lex*), punten 25-26 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

<sup>10</sup> HvJ EG 27 oktober 2005, C-234-03 (*Contse e.a.*), punt 43.

tests te bestellen. Volgens EPIC was dit niet transparant en in strijd met het aanbestedingsrecht. De verwijzende rechter legde aan het Hof een tiental prejudiciële vragen voor. Enkele relevante prejudiciële vragen worden hierna behandeld.

Het Hof oordeelt dat een aanbestedende dienst zich voor het gunnen van een nieuwe opdracht op grond van art. 33 richtlijn 2014/24/EU niet meer kan baseren op een raamovereenkomst waarvan de maximale hoeveelheid en/of waarde van de daarin bepaalde leveringen reeds is bereikt, tenzij de gunning van die opdracht de raamovereenkomst niet wezenlijk wijzigt (zoals bepaald in art. 72 lid 1 onder e) richtlijn 2014/24/EU).<sup>11</sup>

Daarnaast ligt de vraag voor of art. 1 lid 1 richtlijn 89/665 zich verzet tegen een nationale regeling die een justitiabele verplicht om in zijn verzoek in kort geding aan te geven tegen welke aanbestedingsprocedure hij opkomt, ook als die procedure niet voorafgaand is aangekondigd. Het Hof beantwoordt deze vraag bevestigend. Het Hof overweegt dat een justitiabele niet kan vaststellen om wat voor soort aanbestedingsprocedure het gaat en hoeveel voor beroep vatbare besluiten er zijn, indien de aanbestedende dienst de aankondiging van de opdracht of gegunde opdracht niet heeft gepubliceerd. Daarmee maakt de nationale regeling inbreuk op de nuttige werking richtlijn 89/665, die beoogt te waarborgen dat tegen onrechtmatige besluiten van aanbestedende diensten op doeltreffende wijze en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld.<sup>12</sup>

#### 4. HvJ EU 1 augustus 2022, C-332/20 (Roma Multiservizi en Rekeep)

**Inhouse-entiteit. Gemengde overeenkomst. Art. 12 en 58 richtlijn 2014/24/EU. Art. 17 en 38 richtlijn 2014/23/EU**

Op 4 september 2018 schreef de stad Rome een aanbesteding uit. Het doel daarvan was een partner aan te wijzen, waarmee een vennootschap met gemengd kapitaal zou worden opgericht voor het beheer van geïntegreerde schooldiensten. De stad Rome moest 51% van de aandelen in die vennootschap verwerven, en de private partner 49%. De partner zou het volledige operationele risico dragen.

Er werd één inschrijving ingediend, door een samenwerkingsverband tussen Roma Multiservizi (90% eigenaar) en Rekeep (10% eigenaar). Roma Multiservizi was voor 51% in handen van AMA SpA, welke op haar beurt volledig in eigendom was

van de stad Rome. Door deze indirecte deelneming zou de stad Rome in de praktijk een deelneming van 73,5% hebben in de vennootschap waarvoor de aanbesteding was uitgeschreven. Daarmee werd de in de nationale wetgeving opgenomen grens van 70% overschreden, alsook de in de aanbesteding vastgestelde grens van 51%. De enige inschrijver werd uitgesloten van de aanbesteding. Rekeep en Roma Multiservizi vochten dit uitsluitingsbesluit aan tot aan de hoogste bestuursrechter - tevens de verwijzende rechter.

Het Hof stelt voorop dat de oprichting door een aanbestedende dienst en een private onderneming van een gezamenlijke onderneming niet binnen de werkingssfeer van de Europese aanbestedingsregelgeving valt. Wel moet worden voorkomen dat door de kapitaalverrichting in feite een overheidsopdracht of concessieovereenkomst wordt gegund aan een private partner.<sup>13</sup>

Het Hof merkt op dat het essentiële doel van de aanbestedingsprocedure niet zozeer het oprichten van een gemengde vennootschap is, maar om de partner van de stad Rome het volledige operationele risico van de opdracht te laten dragen. De op te richten vennootschap was enkel een medium waarmee de kwaliteit van de diensten volgens de stad het best zou worden verzekerd.

Het Hof wijst erop dat een samenwerkingsverband zoals bedoeld in art. 12 lid 4 richtlijn 2014/24/EU<sup>14</sup> niet tot gevolg mag hebben dat een particuliere onderneming in een bevoorrechte situatie wordt geplaatst ten opzichte van haar concurrenten.<sup>15</sup> Het Hof overweegt voorts dat op gemengde overheidsopdrachten de regels van toepassing zijn die gelden voor de gunning van het hoofdoorwerp van de betrokken opdracht, en het hoofdoorwerp wordt bepaald op basis van de geraamde waarde van de respectieve diensten. De aanbestedingsprocedure moet volgens het Hof geschikt zijn om de partner van de aanbestedende dienst te selecteren aan wie de operationele activiteiten worden toevertrouwd. De selectiecriteria voor de selectie van de partner mogen dus niet uitsluitend op de kapitaalbreng zijn gebaseerd, maar moeten de gegadigden in staat stellen hun technische geschiktheid en de economische en andere voordelen van hun offerte te bewijzen.<sup>16</sup>

Volgens het Hof moet de aanbestedende dienst bij de kwalitatieve selectie van de partner elke gegadigde waarvan hij directe of indirecte aandelen bezit, kunnen uitsluiten indien deze deelneming af-

<sup>11</sup> HvJ EU 17 juni 2021, C-23/20 (*Simonsen & Weel*), punten 68 en 70.

<sup>12</sup> HvJ EU 28 januari 2010, C-406/08 (*Uniplex (UK)*), punt 40; HvJ EU 12 maart 2015, C-538/13 (*eVigilo*), punten 39 en 40; en HvJ EU 6 oktober 2015, C-61/14 (*Orizzonte Salute*), punt 43.

<sup>13</sup> HvJ EU 22 december 2010, C-215-09 (*Mehiläinen and Terveystalo Healthcare*), punten 33 en 34.

<sup>14</sup> Vgl. art. 17 lid 1 en 4 richtlijn 2014/23/EU.

<sup>15</sup> HvJ EU 28 mei 2020, C-796/18 (*Informaticgesellschaft für Software-Entwicklung*), punt 76.

<sup>16</sup> HvJ EU 15 oktober 2019, C-196/08 (*Acoset*), punt 59 en 60.

breuk doet aan de verdeling van het kapitaal van de gemengde vennootschap, en daardoor twijfel rijst over de economische en financiële draagkracht van zijn vennoot.<sup>17</sup> Het Hof concludeert aldus dat een aanbestedende dienst een onderneming kan uitsluiten als hij een deelneming in een onderneming heeft die de maximumdeelneming zoals in de aanbestedingsdocumenten overschrijdt. Hiervoor is wel vereist dat die overschrijding ertoe leidt dat het economische risico voor de aanbestedende dienst toeneemt.

## 5. HvJ EU 15 september 2022, C-416/21 (J. Sch. Omnibusunternehmen en K. Reisen)

### Facultatieve uitsluitingsgronden. Vervalsing van de mededinging. Art. 57 richtlijn 2014/24/EU

In december 2019 schreef het Duitse district Aichach-Friedberg een openbare aanbestedingsprocedure uit voor openbare busvervoersdiensten. Begin 2020 dienden zowel J als K. Reisen (waarvan J de directeur en enig aandeelhouder is) een inschrijving in voor deze opdracht. Op 1 november 2019 was een insolventieprocedure geopend ten aanzien van de activa van J. In zijn inschrijving verklaarde J dat ten aanzien van zijn onderneming geen insolventieprocedure was aangevraagd of geopend. De inschrijvingen van J en K. Reisen werden uitgesloten wegens schending van de mededingingsregels omdat deze waren opgesteld door dezelfde persoon.

Naar aanleiding van prejudiciële vragen oordeelt het Hof dat art. 57 lid 4 eerste alinea onder d) richtlijn 2014/24/EU in algemene zin ziet op ‘met andere ondernemers [gesloten overeenkomsten] die gericht zijn op vervalsing van de mededinging’. Dit artikel biedt aanbestedende diensten de mogelijkheid de integriteit en betrouwbaarheid van elk van de ondernemers te beoordelen en in aanmerking te nemen, zodat zij onbetrouwbare inschrijvers kunnen uitsluiten van de procedure. Anders dan bij art. 101 VWEU, is niet vereist dat die overeenkomsten ‘tussen ondernemingen’ zijn gesloten en ‘de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden’. Volgens het Hof moet een overeenkomst in de zin van art. 101 VWEU worden geacht onder de facultatieve uitsluitingsgrond van art. 57 lid 4 eerste alinea onder d) richtlijn 2014/24/EU te vallen, maar de facultatieve uitsluitingsgrond is niet tot deze overeenkomsten beperkt.

Daarnaast oordeelt het Hof dat art. 57 lid 4 richtlijn 2014/24/EU de facultatieve uitsluitingsgronden limitatief opsomt.<sup>18</sup> Desalniettemin kan het beginstel van gelijke behandeling, zoals opgenomen in art. 36 lid 1 richtlijn 2014/24/EU, er vol-

gens het Hof aan in de weg staan dat de opdracht wordt gegund aan ondernemers die een economische eenheid vormen en hun inschrijvingen apart maar niet op zelfstandige basis of onafhankelijk van elkaar hebben ingediend.<sup>19</sup> Het evenredigheidsbeginsel vereist dat de aanbestedende dienst de feiten onderzoekt en beoordeelt om te bepalen of de verhouding tussen twee entiteiten de inhoud van hun inschrijvingen in dezelfde procedure concreet heeft beïnvloed. De vaststelling van een dergelijke invloed in welke vorm dan ook volstaat om die ondernemingen van de procedure uit te sluiten.<sup>20</sup>

## 6. HvJ EU 27 oktober 2022, C68/21 en C84/21 (Iveco Orecchia)

### Bewijsmiddelen. Richtlijn 2007/46/EG. Art. 60 en 62 richtlijn 2014/25/EU

In 2018 schreven twee Italiaanse overheidsopdrachten separate aanbestedingsprocedures uit voor de levering van originele Iveco-reserveonderdelen of daaraan gelijkwaardige reserveonderdelen voor autobussen. Iveco Orecchia nam aan deze aanbestedingsprocedures deel, en was in beide procedures als tweede gerangschikt. Zij stelde beroep in tegen de besluiten tot gunning van de opdrachten aan de winnende inschrijvers. In beide zaken betoogde Iveco Orecchia dat de winnende inschrijvers hadden moeten worden uitgesloten van de aanbestedingen, omdat hun inschrijving onvolledig was. In plaats van de vereiste certificaten van de aangeboden gelijkwaardige reserveonderdelen, hadden beide winnende inschrijvers verklaringen van de inschrijver zelf verstrekt. De verwijzende rechter wenste van het Hof te vernemen of een dergelijke alternatieve verklaring van de inschrijver volstaat.

Het Hof stelt voorop dat, hoewel de verwijzende rechter enkel verwijst naar richtlijn 2007/46/EG, ook de art. 60 en 62 richtlijn 2014/25/EU relevant zijn. Deze bepalingen hebben specifiek betrekking op het bewijsmateriaal dat van de inschrijvers in het kader van een aanbesteding kan of moet worden verlangd om aan te tonen dat hun inschrijvingen in overeenstemming zijn met de in die aanbesteding voorgeschreven technische specificaties.

Op grond van richtlijn 2007/46/EG verlenen lidstaten EG-typegoedkeuring aan een onderdeel dat in overeenstemming is met de gegevens van het informatiedossier en voldoet aan de technische voorschriften zoals opgenomen in bijlage IV bij de richtlijn. De fabrikant van een onderdeel dat is vervaardigd in overeenstemming met het goedkeur-

<sup>19</sup> Zie naar analogie HvJ EG 29 mei 2009, C-538/07 (*Assitur*), punt 21 en HvJ EU 8 februari 2018, C-144/17 (*Lloyd's of London*), punt, 30.

<sup>20</sup> HvJ EG 29 mei 2009, C-538/07 (*Assitur*), punt 32 en HvJ EU 8 februari 2018, C-144/17 (*Lloyd's of London*), punt, 38.

<sup>17</sup> Art. 58 lid 1 richtlijn 2014/24/EU en art. 38 richtlijn 2014/23/EU.

<sup>18</sup> HvJ EG 16 december 2008, C-213/07 (*Michaniki*), punt 43.

de type brengt vervolgens het vereiste EG-type-goedkeuringsmerk aan. Het Hof overweegt dat voor deze type onderdelen het goedkeuringsbewijs niet kan worden vervangen door een van de inschrijver afkomstige verklaring van gelijkwaardigheid. Het bepaalde in art. 60 en 62 richtlijn 2014/25/EU doet hieraan volgens het Hof niet af. Een aanbestedende dienst kan derhalve geen inschrijving aanvaarden waarin onderdelen worden voorgesteld die behoren tot een type onderdeel als bedoeld in bijlage IV bij richtlijn 2007/46/EG, wanneer die inschrijving niet vergezeld gaat van een certificaat waaruit blijkt dat dit type onderdeel is goedgekeurd en geen informatie verstrekt over het feitelijke bestaan van een dergelijke goedkeuring, voor zover die regelgevingen in een dergelijke goedkeuring voorzien.

Volgens het Hof moet een geschikt bewijsmiddel als bedoeld in art. 62 lid 2 richtlijn 2014/25/EU afkomstig zijn van een instantie die de gelijkwaardigheid kan waarborgen. Dit vereist dat die instantie de technische verantwoordelijkheid voor de betrokken onderdelen op zich neemt en over de nodige middelen beschikt om de kwaliteit van die onderdelen te garanderen. Het Hof overweegt dat een verklaring van gelijkwaardigheid van een onderdeel slechts als een geschikt bewijsmiddel kan worden beschouwd in onderhavige aanbestedingen, indien deze afkomstig is van de fabrikant van dit onderdeel. Het is aan de verwijzende rechter om vast te stellen of de inschrijvers in de aanbestedingsprocedure als fabrikant kunnen worden aangemerkt.

## 7. HvJ EU 10 november 2022, C-486/21 (SHARENGO)

### Onderscheid concessie voor diensten en overheidsopdracht voor levering. Drempelwaarde. Richtlijn 2014/23/EU

De Sloveense gemeente Ljubljana wenste in 2020 een concessie te gunnen voor de totstandbrenging en het beheer van een dienst voor het huren en delen van elektrische voertuigen. Vrijwel de volledige waarde van het project zou financieel worden gedragen door de ondernemer, waarbij de financiële bijdrage hoofdzakelijk zag op de aanschaf van elektrische voertuigen. Inschrijvers dienden een bepaalde registratie te hebben voor de uitoefening van een deel van het project, waaraan alle leden van een tijdelijk samenwerkingsverband van ondernemingen moesten voldoen. Sharengo meende dat dit vereiste de mededinging zou beperken en de samenwerking met in het buitenland gevestigde partners zou belemmeren.

De verwijzende rechter verzocht het Hof onder meer het onderscheid tussen de begrippen ‘concessie’ en ‘overheidsopdracht’ te verduidelijken. Een concessie voor diensten onderscheidt zich volgens het Hof van een overheidsopdracht doordat

de concessiehouder het recht krijgt de diensten te exploiteren die het voorwerp van de concessie zijn. De concessiehouder beschikt daarbij binnen de gesloten overeenkomst over een bepaalde economische vrijheid om de exploitatievoorwaarden van de toevertrouwde diensten te bepalen en neemt tegelijkertijd het operationeel risico op zich.<sup>21</sup> De inkomsten van de ondernemer vloeien hoofdzakelijk voort uit de vergoedingen die door de gebruikers van de dienst worden betaald. Indien de aanbestedende dienst daarentegen een overheidsopdracht voor leveringen organiseert, wil hij zelf voordeel halen uit de producten die hij heeft aangekocht, geleased of gehuurd.

Voor de vaststelling van de waarde van de concessie moet volgens het Hof worden gekeken naar de totale omzet die de concessiehouder behaalt tijdens de looptijd van het contract.<sup>22</sup> Daarbij wordt rekening gehouden met de vergoedingen die de gebruikers aan de concessiehouder zullen betalen, alsook de bijdragen van de aanbestedende dienst en de kosten die hij zal dragen. De aanbestedende dienst kan daarentegen ook kijken naar de investeringen en de kosten die de concessiehouder alleen of samen met de aanbestedende dienst moet dragen gedurende de looptijd van het contract, aldus het Hof.

Het Hof overweegt voorts dat een aanbestedende dienst op grond van art. 38 richtlijn 2014/13 mag voorschrijven dat de ondernemers in het handels- of beroepsregister zijn ingeschreven, mits een ondernemer zich erop kan beroepen te zijn ingeschreven in een soortgelijk register in een andere lidstaat. Volgens het Hof is het onevenredig te eisen dat alle leden van een tijdelijk samenwerkingsverband in staat zijn de in concessie gegeven beroepsactiviteit uit te oefenen.<sup>23</sup> Een aanbestedende dienst kan derhalve niet van elk van de leden van een tijdelijk samenwerkingsverband verlangen dat zij in het handels- of beroepsregister van een lidstaat zijn ingeschreven met het oog op de uitoefening van de activiteit van verhuur en lease van personenauto's en andere lichte auto's.

## 8. HvJ EU 10 november 2022, C-631/21 (Taxi Horn Tours)

### Uniform Europees Aanbestedingsdocument. Gemeenschappelijke onderneming

De Nederlandse gemeenten Weert en Nederweert schreven een aanbesteding uit voor het vervoer van basisschoolleerlingen. Taxi Horn Tours kwam

<sup>21</sup> HvJ EU 14 juli 2016, C-458/14 n C-67/15 (*Promoinpresa e.a.*), punt 46.

<sup>22</sup> Art. 8 richtlijn 2014/23/EG.

<sup>23</sup> Zie naar analogie HvJ EG 16 december 2008, C-213/07 (*Michaniki*), punt 48 en HvJ EU 7 september 2021, C-927/19 (*Klaipėdos regiono atlieku tvarkymo centras*), punt 155.

op tegen de voorlopige gunning van de opdracht aan Touringcars. Volgens Taxi Horn Tours was Touringcars een samenwerkingsverband van ondernemingen (een vennootschap onder firma), en hadden alle vennoten een eigen Uniform Europees Aanbestedingsdocument (hierna: UEA) moeten indienen. De verwijzende rechter stelde hierover diverse prejudiciële vragen aan het Hof.

Het Hof stelt voorop dat iedere ondernemer een UEA moet invullen. Indien een ondernemer een beroep doet op de draagkracht van andere entiteiten, moet ook elk van die entiteiten een afzonderlijke UEA invullen. In geval van een combinatie van ondernemingen moet eveneens voor elk van de ondernemers een afzonderlijke UEA worden ingediend.<sup>24</sup> Het Hof overweegt dat de begrippen 'ondernemer' en 'combinatie van ondernemers' in ruime zin dienen te worden opgevat. Een combinatie van ondernemers kan volgens het Hof zien op zowel een tijdelijk als permanent samenwerkingsverband.

Volgens het Hof is het UEA bedoeld om de aanbestedende dienst een nauwkeurig en getrouw beeld te geven van de situatie van elke gegadigde en inschrijver.<sup>25</sup> Een gemeenschappelijke onderneming zoals een vennootschap onder firma dient elke uitsluitingsgrond te vermelden die van toepassing is op elke gezamenlijke vennoot of elke persoon in dienst van een van haar gezamenlijke vennoten. Alleen als een gemeenschappelijke onderneming (zoals een vennootschap onder firma) aantoonbaar dat zij de betrokken opdracht met uitsluitend eigen personeel en materieel kan uitvoeren - dat wil zeggen met de middelen die haar gezamenlijke vennoten overeenkomstig de vennootschapsovereenkomst aan haar hebben overgedragen en waarover zij vrijelijk kan beschikken - wordt zij geacht individueel aan een aanbestedingsprocedure deel te nemen of een inschrijving in te dienen. In dat geval kan een gemeenschappelijke onderneming alleen haar eigen UEA bij de aanbestedende dienst indienen.

Indien een gemeenschappelijke onderneming daarentegen voor de uitvoering van de opdracht een beroep doet op de eigen middelen van bepaalde vennoten, dan doet zij daarmee een beroep op de draagkracht van andere entiteiten in de zin van art. 63 richtlijn 2014/24/EU. In dat geval dient zij niet alleen haar eigen UEA in te dienen, maar ook het UEA van elk van de vennoten op wiens draagkracht zij een beroep wil doen, aldus het Hof.

## 9. HvJ EU 17 november 2022, C-54/21 (ANTEA POLSKA e.a.)

### Vertrouwelijke informatie

In 2019 was in Polen een aanbesteding aangekondigd voor de uitwerking van plannen inzake milieubeheer van bepaalde stroomgebiedsdistricten. De inschrijvingen werden beoordeeld aan de hand van de prijs (40%), de opzet van de concepten (42%) en de beschrijving van de wijze van uitvoering van de opdracht (18%). Antea stelde beroep in tegen het gunningsbesluit aan CDM Smith. Volgens Antea had de aanbestedende dienst verzuimd bepaalde informatie over andere inschrijvingen openbaar te maken door een beroep te doen op de vertrouwelijkheid daarvan. Antea meende dat hierdoor haar recht op een doeltreffende voorziening in rechte werd ontzegd. De verwijzende rechter stelde hierover meerdere prejudiciële vragen.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof hebben de Unierechtelijke aanbestedingsregels hoofdzakelijk tot doel onvervalste mededinging te waarborgen. Om dat doel te bereiken, is het belangrijk dat de aanbestedende diensten geen informatie betreffende aanbestedingsprocedures openbaar maken waarvan de inhoud kan worden gebruikt om de mededinging te vervalsen.<sup>26</sup> Een afgewezen inschrijver moet daarentegen voldoende informatie hebben om het besluit van de aanbestedende dienst te kunnen verifiëren en daarmee zijn recht op een doeltreffende rechtsbescherming te kunnen uitoefenen.<sup>27</sup> In dat kader moet een aanbestedende dienst niet alleen zijn besluit motiveren om bepaalde gegevens als vertrouwelijk te behandelen, maar moet hij ook op neutrale wijze de essentie van de inhoud ervan mededelen aan de afgewezen inschrijver die erom verzoekt. Daarbij kan de aanbestedende dienst volgens het Hof bepaalde aspecten en technische kenmerken van een inschrijving samengevat mededelen, zodat de vertrouwelijke informatie niet kan worden achterhaald. Voorts kan de aanbestedende dienst de geselecteerde ondernemer verzoeken een niet-vertrouwelijke versie te verstrekken van de documenten waarin vertrouwelijke informatie is opgenomen.<sup>28</sup>

Het Hof overweegt dat de aanbestedende dienst moet beoordelen of de afgewezen inschrijver toegang mag krijgen tot de door andere inschrijvers verstrekte informatie. Daarbij dient de aanbestedende dienst te beoordelen of die informatie commerciële waarde heeft die bij openbaarmaking

<sup>24</sup> Zie de zeventiende tot en met de negentiende alinea van bijlage 1 bij uitvoeringsverordening 2016/7.

<sup>25</sup> HvJ EU 19 juni 2019, C41/18 (Meca), punt 29 en HvJ EU 3 juni 2021, C210/20 (Rad Service e.a.), punt 35.

<sup>26</sup> HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06 (Varec), punten 34-36; HvJ EU 7 september 2021, C-927/19 (Klaipėdos regiono atlieku tvarkymo centras), punt 115.

<sup>27</sup> HvJ EU 7 september 2021, C-927/19 (Klaipėdos regiono atlieku tvarkymo centras), punten 121-123.

<sup>28</sup> HvJ EU 7 september 2021, C-927/19 (Klaipėdos regiono atlieku tvarkymo centras), punten 122-125.

ervan de rechtmatige commerciële belangen of de eerlijke mededinging zou kunnen schaden. Bij gebrek aan commerciële waarde kan de openbaarmaking ook worden geweigerd wanneer openbaarmaking ervan de rechtshandhaving in de weg zou staan of in strijd is met het algemeen belang. Wanneer volledige toegang tot de informatie wordt geweigerd, moet de aanbestedende dienst de betreffende inschrijver toegang verlenen tot de wezenlijke inhoud ervan, zodat de inschrijver zijn recht op doeltreffende rechtsbescherming kan uitoefenen.

De nationale rechterlijke instantie moet nagaan of de informatie die de aanbestedende dienst heeft geweigerd aan een verzoeker te verstrekken, terecht als vertrouwelijk is beschouwd. De rechter moet daartoe overgaan tot een volledig onderzoek van alle relevante feiten en rechtsregels. Hij moet daarom noodzakelijkerwijs kunnen beschikken over de informatie, waaronder vertrouwelijke informatie, die vereist is om met volledige kennis van zaken uitspraak te kunnen doen.<sup>29</sup> Indien een aanbestedende dienst bepaalde informatie ten onrechte als vertrouwelijk heeft aangemerkt, dan hoeft dit er niet noodzakelijkerwijs toe te leiden dat die aanbestedende dienst een nieuw gunningsbesluit vaststelt, mits de rechter het weigeringsbesluit van de aanbestedende dienst op basis van nationaal procesrecht nietig kan verklaren en zelf een nieuw besluit moet kunnen nemen, aldus het Hof.<sup>30</sup>

Wat betreft de gunningscriteria overweegt het Hof dat de criteria 'opzet van de concepten' en 'beschrijving van de wijze van uitvoering' kunnen worden opgenomen voor de gunning van de opdracht, mits deze criteria vergezeld gaan van specificaties die de aanbestedende dienst in staat stellen de inschrijvingen concreet en objectief te beoordelen.

## 10. HvJ EU 8 december 2022, C-769/21 (BTA Baltic Insurance Company)

### Weigering door gekozen inschrijver om raamovereenkomst te tekenen. Richtlijn 2014/24/EU

Het ministerie van Justitie van Letland schreef als aanbestedende dienst een aanbesteding uit voor de gunning van een overheidsopdracht voor het verstrekken van een ziektekostenverzekering aan zijn werknemers. De aanbestedende dienst oordeelde dat de door Compensa ingediende inschrijving de economisch meest voordelige was. Compensa weigerde echter de overheidsopdracht te aanvaarden. Vervolgens gaf de aanbestedende dienst aan dat Baltic de volgende in aanmerking komende in-

schrijver was voor de gunning van de overheidsopdracht, waarbij de aanbestedende dienst Baltic verzocht om overlegging van een bevestiging en bewijs waaruit zou blijken dat Baltic en Compensa niet als dezelfde ondernemer konden worden beschouwd. Baltic antwoordde dat zij samen met Compensa als één enkele ondernemer moet worden beschouwd, maar dat zij haar inschrijving onafhankelijk van Compensa opstelde en niet met Compensa afstemde.

De aanbestedende dienst beëindigde daarop de aanbestedingsprocedure op grond van punt 23 en 24 van besluit nr. 107 van de ministerraad betreffende het verloop van aanbestedingsprocedures en prijsvragen, waaruit blijkt dat als de winnende inschrijver weigert de raamovereenkomst te tekenen, de aanbestedende dienst kan besluiten de opdracht te gunnen aan de volgende inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving dan wel de aanbestedingsprocedure te beëindigen zonder een inschrijving te selecteren. De aanbestedende dienst beoordeelt of de volgende inschrijver als dezelfde marktdeelnemer moet worden beschouwd als de aanvankelijk geselecteerde inschrijver, waarbij de volgende inschrijver om bevestiging en bewijs kan worden gevraagd. Indien de volgende inschrijver geacht moet worden dezelfde marktdeelnemer te zijn als de aanvankelijk geselecteerde inschrijver, besluit de aanbestedingscommissie de aanbestedingsprocedure te beëindigen zonder een inschrijving te selecteren.

De verwijzende rechter stelde de prejudiciële vraag of de algemene beginselen van Unierecht, waaronder met name de beginselen van gelijke behandeling en evenredigheid in de zin van art. 18 lid 1 richtlijn 2014/24, moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een dergelijke nationale regeling als hiervoor beschreven.

Het antwoord van het Hof op deze prejudiciële vraag is 'ja'. Het Hof overweegt daarbij dat de nationale regeling duidelijk tot doel heeft om elke mogelijke collusie tussen de deelnemers in dezelfde aanbestedingsprocedure na de indiening van hun inschrijvingen uit te sluiten en aldus te verzekeren dat een voldoende niveau van concurrentie blijft bestaan, teneinde de gelijke behandeling van de inschrijvers en de transparantie van de procedure te waarborgen. Overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel mag een dergelijke regeling volgens de rechtspraak van het Hof evenwel niet verder gaan dan noodzakelijk is voor het bereiken van het gestelde doel, omdat het in het belang van het Unierecht is om de grootst mogelijke deelneming van inschrijvers aan een aanbesteding te waarborgen. De naleving van het evenredigheidsbeginsel vereist dus dat de aanbestedende dienst de feiten onderzoekt en beoordeelt om te bepalen of de verhouding tussen twee entiteiten de respectieve inhoud van de

<sup>29</sup> HvJ EU 7 september 2021, C-927/19 (*Klaipėdos regiono atlieku tvarkymo centras*), punten 129 en 130.

<sup>30</sup> HvJ EU 7 september 2021, C-927/19 (*Klaipėdos regiono atlieku tvarkymo centras*), punt 136.

in het kader van dezelfde aanbestedingsprocedure ingediende inschrijvingen concreet heeft beïnvloed. De vaststelling van een dergelijke invloed in welke vorm ook volstaat om die ondernemingen van de procedure uit te sluiten. Het Hof heeft reeds vastgesteld dat ondernemingen in verschillende vormen en voor verschillende doelstellingen kunnen worden gegroepeerd zonder dat daarbij noodzakelijkerwijs is uitgesloten dat de afhankelijke ondernemingen over een bepaalde autonomie beschikken om hun handelsbeleid en hun economische activiteiten, met name op het gebied van deelneming aan openbare aanbestedingen, te bepalen.<sup>31</sup>

## 11. HvJ EU 22 december 2022, C-383/21 en C-384/21 (Sambre & Biesme)

### Samenwerkende aanbestedende diensten. Richtlijn 2014/24/EU

De coöperatieve vennootschap SLSP Sambre & Biesme (hierna: SLSP) en de gemeente Farcienne (België), tevens een belangrijke aandeelhouder van SLSP, besloten in 2015 hun krachten te bundelen voor de aanleg van een groene wijk in Farcienne. Daartoe had de gemeente Farcienne een overeenkomst gesloten met de coöperatieve vennootschap Igretec. Het kapitaal van Igretec was onderverdeeld in vijf categorieën aandelen. Hiervan werden de aandelen van categorie A toebedeeld aan gemeenten, waaronder de gemeente Farcienne. De aandelen van categorie C werden toebedeeld aan 'andere publiekrechtelijke aandeelhouders', waaronder één aan SLSP. Relevant is dat in de raad van bestuur van Igretec een lid van de gemeenteraad van Farcienne zat welke tevens een bestuurder is van SLSP.

In februari 2017 verklaarde toezichthouder SWL twee eerdere besluiten van de raad van bestuur van SLSP en de gemeente Farcienne nietig. Het betrof onder andere het besluit om de overheidsopdracht voor asbestinventarisatiediensten aan Igretec te gunnen en niet voor mededinging open te stellen. Volgens SLSP en de gemeente Farcienne bestond er tussen SLSP en Igretec een inhouse-verhouding, waardoor het volgen van een aanbestedingsprocedure niet noodzakelijk was. Ter onderbouwing van het nietig verklaren van het gunningsbesluit voerde toezichthouder SWL aan dat tussen SLSP en Igretec juist niet was voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van de inhouse-uitzondering. SLSP en de gemeente Farcienne stelde hiertegen beroep in.

De verwijzende rechter stelde het Hof vragen omtrent de uitleg van art. 12 lid 3 en 4 richtlijn 2014/24/EU.

Het Hof overweegt dat art. 12 lid 3 tweede alinea onder i) richtlijn 2014/24/EU één van de cumulatieve vereisten bevat om te kunnen voldoen aan het criterium van art. 12 lid 3 onder a van dezelfde richtlijn. Dat cumulatieve vereiste is dat de aanbestedende diensten gezamenlijk toezicht uitoefenen over een rechtspersoon (zoals op hun eigen diensten) en dat de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon, Igretec, zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten. Het Hof oordeelt dat niet aan dit vereiste is voldaan op grond van het enkele feit dat de vertegenwoordiger van gemeente Farcienne zowel bestuurder is van SLSP als zitting heeft in de raad van bestuur van Igretec. Daartoe overweegt het Hof dat de aandeelhouders van categorie C over geen enkele vertegenwoordiger in de raad van bestuur van Igretec beschikten. Daarnaast had het gemeenteraadslid van de gemeente Farcienne slechts zitting in de raad van bestuur van Igretec als vertegenwoordiger van de gemeente en dus niet (ook) als vertegenwoordiger van SLSP. Uit de uitlegging van de bepaling blijkt nu juist dat art. 12 lid 3 tweede alinea onder i) richtlijn 2014/24/EU vereist dat de aanbestedende diensten die gezamenlijk toezicht uitoefenen op een rechtspersoon, deelnemen in de besluitvormingsorganen van die rechtspersoon via een lid dat optreedt als vertegenwoordiger van de aanbestedende diensten zelf.

Ten aanzien van art. 12 lid 4 richtlijn 2014/24/EU merkt het Hof op dat gelet op de bewoordingen van deze bepaling en de overwegingen bij de richtlijn een doorslaggevende rol wordt toegekend aan het begrip 'samenwerking' in de daarin vervatte uitsluitingsregeling. Om onder deze uitsluitingsregeling te vallen, is vereist dat de samenwerking gericht is op het bereiken van doelstellingen die voor alle aanbestedende diensten gemeenschappelijk zijn.<sup>32</sup> Het Hof oordeelt dat hiervan geen sprake is wanneer één van de aanbestedende diensten met de vervulling van zijn taken uit hoofde van de betrokken overheidsopdracht niet de doelstellingen nastreeft die hij met de andere aanbestedende diensten deelt, maar enkel bijdraagt tot de verwezenlijking van doelstellingen die alleen deze andere aanbestedende dienst heeft. Aangezien de betrokken overheidsopdracht dan uitsluitend betrekking heeft op het verkrijgen van een dienst tegen betaling van een vergoeding, valt zij niet onder de uitsluiting van art. 12 lid 4 richtlijn 2014/24/EU.<sup>33</sup> Doet zich het voorgaande voor bij een overheidsopdracht waarbij aan een aanbestedende dienst taken van algemeen belang worden toevertrouwd die passen in het kader van samenwerking tussen andere aanbestedende diensten, dan is deze overheidsopdracht dus

<sup>31</sup> Zie naar analogie het arrest: HvJ EU 8 februari 2018, C144/17 (*Lloyd's of London*), punten 31-38.

<sup>32</sup> Concl. A-G Campos Sánchez-Bordona, 9 juni 2022 bij C383/21 en C384/21, punt 60.

<sup>33</sup> HvJ EU 4 juni 2020, C-429/19 (*Remondis*), punten 36-38.



niet uitgesloten van de werkingsfeer van richtlijn 2014/24/EU.

## 12. HvJ EU 19 januari 2023, C-292/21 (CNAE e.a.)

### Concessieovereenkomst. Richtlijn 2006/123/EG

De Spaanse nationale verkeersdienst schreef een aanbestedingsprocedure uit voor het beheer van bewustmakings- en bijscholingscursussen die bestuurders moeten volgen om verloren rijbewijspunten als gevolg van verkeersovertredingen terug te krijgen. De overeenkomst waarop de aanbestedingsprocedure betrekking had, was een concessieovereenkomst voor openbare diensten. Audica vocht de aanbestedingsprocedure aan, omdat het aanbesteden van bewustmakings- en bijscholingscursussen via concessieovereenkomsten voor openbare diensten in strijd zou zijn met de vrijheid van dienstverrichting. In dat kader stelde de verwijzende rechter de vraag of het gunnen van dergelijke cursussen via een concessieovereenkomst verenigbaar is met richtlijn 2006/123/EG en andere bepalingen of beginselen van het Unierecht.

Het Hof overweegt dat de bewustmakings- en bijscholingscursussen vallen binnen de materiële werkingsfeer van richtlijn 2006/123/EG. Vervolgens onderzoekt het Hof of de onderhavige cursussen vallen onder de uitzonderingsmogelijkheid van art. 2 lid 2 onder d richtlijn 2006/123/EG voor diensten op het gebied van vervoer. Volgens vaste rechtspraak van het Hof valt onder het begrip 'diensten op het gebied van vervoer' niet alleen de fysieke activiteit van het verplaatsen van personen of goederen door middel van een voertuig, vaartuig of luchtvaartuig, maar ook elke dienst die daaraan inherent verboden is.<sup>34</sup> Daarbij overweegt het Hof dat rekening moet worden gehouden met het hoofdbestanddeel van de betreffende dienst.<sup>35</sup> Het hoofdbestanddeel van de cursussen ziet op het aanleren van veilig en verantwoord rijden, zoals ook het geval is bij rijtscholen, en niet op vervoeren. Op basis hiervan oordeelt het Hof dat de onderhavige cursussen niet vallen binnen de reikwijdte van de uitzonderingsmogelijkheid van richtlijn 2006/123/EG.

Het Hof onderzoekt ook of een nationale regeling waarbij de onderhavige cursussen worden gegund via een openbare concessie, verenigbaar is met art. 15 richtlijn 2006/123/EG. Op basis van de nationale regeling is slechts één concessiehouder per geografische zone bevoegd om de onderhavige

cursussen aan te bieden. Daarmee vormt de nationale regeling een kwantitatieve en territoriale beperking in de zin van art. 15 lid 2 onder a richtlijn 2006/123/EG. Dit is slechts toegestaan indien dit niet-discriminerend, noodzakelijk en evenredig is.

Het Hof oordeelt dat art. 15 richtlijn 2006/123/EG zich verzet tegen de onderhavige nationale regeling, voor zover die regeling verder gaat dan noodzakelijk is om het nagestreefde doel van algemeen belang te bereiken, namelijk het verbeteren van de verkeersveiligheid. Zo is het niet uitgesloten dat dit doel ook kan worden bereikt door een stelstel van vergunningen in plaats van een openbare dienst-concessie.

## 13. HvJ EU 26 januari 2023, C-682/21 (HSC Baltic e.a.)

### Automatische opname van alle leden van combinatie op lijst onbetrouwbare leveranciers. Richtlijn 2014/24/EU

De Litouwse stad Vilnius organiseerde in 2016 een aanbesteding voor de bouw van een gezondheidscentrum. De opdracht werd aan een combinatie van ondernemers gegund, waarbij Active Construction Management de leidende partner was. Bij beschikking van 28 oktober 2019 werd een faillissementsprocedure tegen de leidende partner gestart.

De aanbestedende dienst beëindigde vervolgens de opdracht wegens wezenlijke niet-nakoming. De ondernemers waren hoofdelijk aansprakelijk voor een goede uitvoering van de opdracht. De (overige) ondernemers werden op een lijst van onbetrouwbare leveranciers op het centrale internetportaal voor overheidsopdrachten opgenomen. De combinatie verzette zich tegen dit besluit. Door deze opname konden zij (tijdelijk) niet deelnemen aan nieuwe openbare aanbestedingsprocedures. De verwijzende rechter stelde de vraag of de automatische opname van iedere ondernemer op de lijst met onbetrouwbare leveranciers in strijd is met art. 18 lid 1 en art. 57 lid 4 onder g) richtlijn 2014/24/EU.

Het Hof stelt voorop dat voor toepassing van de facultatieve uitsluitingsgrond de kenmerken zoals vastgelegd in art. 57 lid 4 onder g) richtlijn 2014/24/EU en het evenredigheidsbeginsel zoals vastgelegd in art. 18 richtlijn 2014/24/EU in acht moeten worden genomen. De toepassing van de facultatieve uitsluitingsgrond moet worden gebaseerd op het individuele gedrag van een ondernemer, ondanks de in casu hoofdelijke juridische aansprakelijkheid. Het Hof overweegt dat alvorens ondernemers op een lijst van onbetrouwbare leveranciers worden geplaatst, zij de mogelijkheid moeten krijgen om te bewijzen dat de tekortkomingen geen verband hielden met hun individuele gedrag.

<sup>34</sup> HvJ EU 20 december 2014, C-434/15 (*Asociación Profesional Elite Taxi*), punt 41; HvJ EU 15 oktober 2015, C-168/14 (*Grupo Itevelesa e.a.*), punt 46.

<sup>35</sup> HvJ EU 1 oktober 2015, C-340/14 en C-341/14 (*Trijber en Harmen*), punt 51.

Het Hof overweegt ook dat een individuele ondernemer alle mogelijke gegevens mag aanvoeren om te bewijzen dat het niet gerechtvaardigd is om hem op een lijst van onbetrouwbare leveranciers op te nemen. Naast gegevens met betrekking tot zijn eigen situatie, geldt dit ook voor gegevens met betrekking tot derden, zoals bijvoorbeeld de leidende partner van de combinatie. Het is de verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst en de rechter om te bepalen welk belang wordt toegekend aan de verschillende gegevens.

#### 14. HvJ EU 26 januari 2023, C-403/21 (NV Construct)

**Automatische toevoeging kwaliteitscriteria. Beroep op draagkracht andere entiteit om te voldoen aan vereisten van aanbestedende dienst. Richtlijn 2014/24/EU**

Op 6 april 2021 was het Roemeense bedrijf NV Construct als vierde gerangschikt in een aanbestedingsprocedure. Zij wendde zich vervolgens tot de verwijzende instantie met het verzoek om de drie voor haar geklasseerde inschrijvers te disqualificeren en hun inschrijvingen opnieuw te beoordelen. Zij betoogde dat de drie inschrijvers niet hebben voldaan aan eisen die op zichzelf niet zijn opgenomen in de aanbestedingsstukken, maar die voortvloeien uit bijzondere wetten. Deze wetten regelen bijzondere activiteiten die bij de uitvoering van de opdracht (mogelijkerwijs) zullen moeten worden verricht.

Met de eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het op grond van art. 58 richtlijn 2014/24/EU mogelijk is dat de aanbestedende dienst in de selectiecriteria verplichtingen opneemt met betrekking tot de aan te besteden werkzaamheden, welke voortvloeien uit bijzondere regelgeving.

Het Hof oordeelt dat deze mogelijkheid er is. Het Hof overweegt daarbij dat er een ruime beoordelingsmarge bestaat bij de vaststellingscriteria, zoals blijkt uit de woorden 'kunnen' uit art. 58 richtlijn 2014/24/EU. De aanbestedende dienst beschikt over een zekere vrijheid om de voorwaarden voor deelneming aan de gunningsprocedure vast te stellen. Meer in het bijzonder mag de aanbestedende dienst op grond van art. 58 lid 4 richtlijn 2014/24/EU vrijelijk de voorwaarden voor deelname beoordelen zodat de opdracht wordt uitgevoerd volgens de kwaliteitsnormen die hij passend acht. Op grond van de ruime beoordelingsmarge kan de aanbestedende dienst er ook voor kiezen dat het niet nodig is om deze verplichtingen in de selectiecriteria op te nemen.<sup>36</sup>

Met de tweede vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de in art. 18 lid 1 eerste alinea richtlijn 2014/24/EU opgenomen beginselen zich verzetten tegen het automatisch toevoegen van kwalificatiecriteria aan de aanbestedingsstukken, in het bijzonder criteria die voortvloeien uit bijzondere regelgeving die van toepassing zijn op de activiteiten in de te gunnen opdracht.

Het Hof oordeelt dat de beginselen uit art. 18 lid 1 eerste alinea richtlijn 2014/24/EU zich hiertegen verzetten. Het Hof overweegt daarbij dat als het mogelijk zou zijn dat kwalificatiecriteria automatisch aan de aanbestedingsstukken worden toegevoegd, dit de ruime beoordelingsbevoegdheid van de aanbestedende dienst om selectiecriteria vast te stellen zou worden uitgehouden.

Met de derde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of op grond van art. 63 lid 1 richtlijn 2014/24/EU een inschrijver uitgesloten kan worden van een aanbestedingsprocedure als deze niet een specifieke onderaannemer, op grond van een onderaannemingsovereenkomst, heeft aangewezen om taken uit te voeren welke niet zijn opgenomen in de aanbestedingsstukken maar voortvloeien uit bijzondere regelgeving.

Het Hof oordeelt dat richtlijn 2014/24/EU zich hiertegen verzet. Het Hof overweegt daarbij dat art. 63 lid 1 richtlijn 2014/24/EU ondernemers het recht geeft om gebruik te maken van andere entiteiten om te voldoen aan de selectiecriteria. Zij kunnen dit aantonen door een overeenkomst met de betreffende entiteiten te overleggen. Onderaanneming is slechts één van de manieren waarop een onderneming gebruik kan maken van de capaciteiten van een andere entiteit.

#### 15. HvJ EU 9 februari 2023, C-53/22 (Soumissionnaire définitivement exclu)

**Ernstige beroepsfout bestaande in mededingingsversturende overeenkomst. Niet-naleving gestelde minimumvereisten. Richtlijn 89/665**

In 2018 organiseerde de aanbestedende dienst CA een overheidsopdracht voor hulpdiensten via helikopter voor de regio's Lombardije en Ligurië. Uit het aanbestedingsbericht volgde dat inschrijvers moesten beschikken over een bijzondere certificering als bewijs van bekwaamheid. De vennootschap VZ beschikte niet over een dergelijke certificering en voldeed niet aan de voorwaarden om deel te nemen. VZ ging hiertegen in beroep. De hoogste bestuursrechter van Italië stelde VZ in het ongelijk bij arrest van 26 februari 2020.

De enige inschrijvers waren de vennootschappen BO, JF en RT. De mededelings- en marktautoriteit van Italië (AGCM) stelde op 13 februari

<sup>36</sup> HvJ EU 31 maart 2022, C-195/21 (*Smetna palata Republika Bulgaria*), punt 50; HvJ EU 7 september 2021, C-927/19 (*Klaip dos regiono atliek tvarkymo centras*), punten 88-89.

2019 vast dat deze vennootschappen in het verleden een ernstige inbreuk hadden gemaakt op art. 101 VWEU. De vennootschappen kregen daartoe sancties opgelegd. De vennootschappen hadden beroep ingesteld tegen deze sancties, hetgeen werd verworpen. Volgens de aanbestedende dienst was het besluit van de AGCM niet relevant voor haar beoordeling voor de opdracht. Op 2 maart 2023 gunde de aanbestedende dienst dan ook een deel van de opdracht aan BO en RT.

VZ confronteerde de aanbestedende dienst met deze sancties en verzocht om nietigverklaring van het besluit tot gunning. VZ was reeds definitief uitgesloten van deelname aan de opdracht. Op grond van Italiaanse rechtspraak zou dat betekenen dat VZ in beginsel geen belang heeft om de gunning van de opdracht aan te vechten. De verwijzende rechter vraagt het Hof - kort gezegd - in hoeverre art. 1 lid 3 richtlijn 89/665 zich ertegen verzet dat een inschrijver die definitief is uitgesloten niet kan opkomen tegen de weigering van de aanbestedende dienst om een besluit tot gunning nietig te verklaren.

Het Hof acht het relevant of een inschrijver vóór Hof na de vaststelling van het besluit tot gunning definitief is uitgesloten van deelname aan de procedure. In hoeverre het besluit tot uitsluiting definitief is, is bepalend voor de bevoegdheid om tegen een besluit tot gunning op te komen.<sup>37</sup> Dit betekent dat art. 1 lid 3 richtlijn 89/665 zich er niet tegen verzet dat een inschrijver wordt geweigerd een beroep tegen het besluit tot gunning in te stellen als die inschrijver niet voldeed aan de aan de gestelde voorwaarden én reeds definitief is uitgesloten van de procedure. Het feit dat de andere inschrijvers een inbreuk hebben gemaakt op de mededingingsregels maakt dat niet anders.

## 16. HvJ EU 20 april 2023, C-348/22 (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Commune de Ginosa))

### Concessies voor gebruik Italiaanse stranden. Rechtstreekse werking Dienstenrichtlijn. Vergunningen voor passende beperkte duur. Verbod op automatische verlenging van vergunningen

In dit arrest bepaalt het Hof van Justitie van de Europese Unie dat art. 12 lid 1 en 2 richtlijn 2006/123 (de Dienstenrichtlijn) rechtstreekse werking hebben. Op basis van deze regels is een lidstaat verplicht om middels een onpartijdige en transparante procedure een selectie te maken uit de gegadigden, en mag een lidstaat vergunningen voor bepaalde activiteiten niet automatisch verlengen.

Deze uitspraak is gedaan inzake een geschil tussen de Italiaanse mededingingsautoriteit, de AGCM, en de gemeente Ginosa. Op grond van nationale bepalingen had de gemeente Ginosa alle concessies voor gebruik van het openbaar zeegebied binnen deze gemeente automatisch verlengd. Volgens de AGCM moest de gemeente Ginosa de nationale bepalingen die voorzagen in automatische concessieverlening buiten toepassing laten wegens strijd met de Dienstenrichtlijn. De gemeente Ginosa kreeg daarom van de AGCM het advies om voor concessieverlenging eerst een aanbesteding te organiseren. Toen de gemeente Ginosa dit advies terzijde schoof, belandde het geschil via de bestuursrechter in Puglia bij het Hof.

Het Hof gaat in dit arrest verder in op art. 12 lid 1 en 2 Dienstenrichtlijn. Kortweg schrijven deze artikelen voor dat er in een lidstaat (i) een onpartijdige en transparante selectiemethode gevolgd dient te worden indien het aantal beschikbare vergunningen (concessies) beperkt is door schaarste in natuurlijke hulpbronnen of technische mogelijkheden, en (ii) dat vergunningen (of concessies) voor dergelijke activiteiten voor een passende beperkte duur worden verleend en niet automatisch worden verlengd.

Het Hof bepaalt allereerst dat art. 12 Dienstenrichtlijn ook van toepassing is op situaties die zich afspelen binnen één lidstaat; een 'grensoverschrijdend belang' is niet vereist. Vervolgens gaat het Hof in op de vraag hoe moet worden vastgesteld dat sprake is van 'schaarste in natuurlijke hulpbronnen' en een 'beperkt aantal beschikbare concessies' - voorwaarden voor de toepasselijkheid van art. 12 lid 1 en 2 Dienstenrichtlijn. De verwijzende rechter wilde weten of een en ander moest worden beoordeeld 'aan de hand van een abstracte en algemene benadering op nationale schaal of een casuïstische benadering op grond van een analyse van het kustgebied van de betrokken gemeente'. Het Hof acht beide benaderingen valide, mits sprake is van objectieve, niet-discriminerende, transparante en evenredige criteria.

Vervolgens gaat het Hof in op de rechtstreekse werking van art. 12 Dienstenrichtlijn. Volgens het Hof is het verbod uit art. 12 Dienstenrichtlijn onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig om rechtstreekse werking te hebben. In de artikelen wordt het lidstaten immers duidelijk verboden om bepaalde concessies automatisch te verlengen. Indien zich een dergelijk geval voordoet hebben lidstaten geen beoordelingsmarge. Dat lidstaten wel een zekere beoordelingsmarge hebben bij de beoordeling van 'schaarste in natuurlijke hulpbronnen' en 'beperkt aantal beschikbare concessies' doet niet af aan de rechtstreekse werking van de bepaling. Een zekere beoordelingsmarge sluit volgens het Hof niet uit dat er minimumrechten kunnen

<sup>37</sup> HvJ EU 21 december 2021, C-497/20 (Randstad Italia SpA), punten 73 en 74.

worden vastgesteld waarin hoe dan ook moet worden voorzien.

Het Hof concludeert dat nationale rechters en overheidsinstanties de met art. 12 lid 1 en 2 Dienstenrichtlijn strijdige bepalingen buiten toepassing moeten laten. Naast de nationale rechter hebben dus ook nationale (decentrale) bestuursorganen de verplichting om te controleren of sprake is van 'schaarste in natuurlijke hulpbronnen' en een 'beperkt aantal beschikbare concessies'. Als dat het geval is, moet het overheidsorgaan een aanbestedingsprocedure organiseren conform art. 12 Dienstenrichtlijn. Vergunningen dienen in dat geval voor een passende beperkte duur te worden verleend en mogen niet automatisch worden verlengd.

## 17. HvJ EU 11 mei 2023, C-101/22 (Commissie/Sopra Steria Benelux en Unisys Belgium)

### Abnormaal lage inschrijving. Motiveringsplicht

Dit arrest gaat over de motiveringsplicht van de aanbestedende dienst in het geval van (een vermoeden van) abnormaal lage inschrijvingen. Het arrest van het Hof vloeit voort uit een geschil tussen het consortium S2U - waarvan Sopra Steria Benelux deel uitmaakt - en de Europese Commissie. De consortia S2U en AHRS-IBM hadden in februari 2020 ingeschreven op een aanbesteding van de Europese Commissie voor de ontwikkeling, het onderhoud en ondersteuning van IT-platforms.

S2U ontving de mededeling van de Europese Commissie dat haar inschrijving was afgewezen omdat zij niet de economisch meest voordelige inschrijving had ingediend. Uit een door de Europese Commissie meegeesturd uittreksel bleek dat S2U had verloren met een score van 90,81. Een dag later kreeg S2U van de Commissie te horen dat AHRS-IBM met een score van 98,53 een beduidend betere offerte had ingediend. S2U twijfelde aan de door AHRS-IBM geboden prijs en schreef aan de Europese Commissie dat de prijs die die AHRS-IBM had geboden niet haalbaar was zonder risico op 'sociale dumping'. S2U verzocht de Commissie om te bevestigen dat de Commissie had onderzocht of de offerte van AHRS-IBM geen dergelijke risico's met zich meebracht. Nadat de Commissie op 20 juli 2020 aan S2U liet weten dat uit een gedetailleerde financiële analyse bleek dat de inschrijving van AHRS-IBM marktconform was, startte S2U een procedure om het besluit van de Commissie aan te vechten.

Dit arrest spitst zich toe op de klacht van S2U dat de Commissie ontoereikend had gemotiveerd waarom de inschrijving van AHRS-IBM niet abnormaal laag was. Evenals het Gerecht in eerste aanleg, oordeelt het Hof dat de aanbestedende

dienst in twee fasen dient te beoordelen of een inschrijving abnormaal laag is.

Volgens het Hof dient de aanbestedende dienst in eerste instantie 'prima facie' te beoordelen of een inschrijving abnormaal laag lijkt. De aanbestedende dienst bepaalt in deze fase alleen of de ingediende inschrijving aanwijzingen bevat dat deze abnormaal laag kan zijn. In geval een inschrijving inderdaad dergelijke aanwijzingen bevat, dient de aanbestedende dienst uitvoeriger onderzoek te verrichten - en breekt de 2<sup>e</sup> fase aan. Het Hof voegt hieraan toe dat dit geval zich met name voordoet wanneer 'de in een offerte voorgestelde prijs aanmerkelijk lager is dan de prijs van andere offerten of dan de gebruikelijke marktprijs'.

In de tweede fase moet de aanbestedende dienst de gekozen inschrijving in detail analyseren om zich ervan te vergewissen dat deze niet abnormaal laag is. De aanbestedende dienst moet hierbij de winnende inschrijver de mogelijkheid bieden om te betogen waarom zijn inschrijving niet abnormaal laag is. Indien de betrokken inschrijving abnormaal laag is, moet deze worden afgewezen. De aanbestedende dienst dient na te gaan en uiteen te zetten (i) of de inschrijving afbreuk doet aan het arbeidsrecht, het sociale zekerheidstelsel, de werkveiligheid en gezondheid van het land van uitvoering, en (ii) of de geboden prijs alle door de technische aspecten van die offerte veroorzaakte kosten omvat.

Indien een verliezende inschrijver op basis van goede argumenten vragen stelt aan de aanbestedende dienst over het mogelijk abnormaal lage karakter van de inschrijving, dient de aanbestedende dienst in beginsel de tweede fase te doorlopen. De aanbestedende dienst moet dan eerst de offerte in detail analyseren en vaststellen of deze abnormaal laag is. Vervolgens moet de aanbestedende dienst de afgewezen inschrijver informeren over de hoofdlijnen van deze analyse. Deze motiveringsplicht is van belang voor de afgewezen inschrijver. Volgens het Hof is het zonder deze informatie voor een afgewezen inschrijver onmogelijk om te beoordelen of het besluit van de aanbestedende dienst dat een inschrijving niet abnormaal laag is, gegrond is. Zonder behoorlijke motivering wordt de afgewezen inschrijver het recht ontnomen op een doeltreffende voorziening in rechte.<sup>38</sup>

Het Hof bepaalt in dit arrest dus dat de aanbestedende dienst een motiveringsplicht heeft om te waarborgen dat de afgewezen inschrijver haar positie in rechte kan bepalen. Afgewezen inschrijvers krijgen op basis van dit arrest door het Hof een krachtiger instrument aangereikt om het abnormaal lage karakter van concurrerende inschrijvingen te onderzoeken. Bij dit alles moet wel vermeld wor-

38 Art. 47 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

den dat de aanbesteding plaatsvond onder het 'Financieel Reglement' (EU, Euratom, 2018/1046) dat regels stelt aan bepaalde aanbestedingen door de Europese Commissie en bijzondere voorschriften bevat over de motiveringsplicht van de Commissie bij aanbestedingen (en in het bijzonder bij abnormaal lage inschrijvingen). De uitspraak kan desalniettemin ook zijn weerslag hebben op aanbestedingen onder het regime van de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

## 18. HvJ EU 8 juni 2023, C-545/21 (ANAS)

### Mogelijke omkoping aanbestedingscomité. Ernstige fout

Deze zaak gaat over corruptie binnen de Azienda Nazionale Autonoma Strade SpA (ANAS). De ANAS is een Italiaanse (semi-)overheidsonderneming belast met de aanleg en het onderhoud van wegen en valt onder toezicht van de minister van infrastructuur en mobiliteit. Door middel van een niet-openbare aanbestedingsprocedure heeft de ANAS in 2012 een opdracht gegund voor de 'uitvoering van werken'. De winnaar van de aanbesteding was een consortium waarvan Alendri SpA onderdeel uitmaakte.

In 2020 werd de minister van infrastructuur en mobiliteit bekend dat drie medewerkers van ANAS werden verdacht van omkoping door de bestuurder van Alendri SpA. Van deze drie medewerkers maakten er twee deel uit van het aanbestedingscomité van in totaal 5 personen dat in 2012 had besloten tot gunning aan het consortium. De minister besloot daarom om op 10 juli 2020 terugvordering te gelasten van de bedragen die voor het desbetreffende project aan ANAS waren (door) betaald.

De ANAS is het niet eens met dit besluit en wendt zich tot de Italiaanse bestuursrechter. De Italiaanse bestuursrechter oordeelt dat hij ondanks de verdenkingen niet tot de conclusie kan komen de Alendri SpA niet de behaalde score verdiende, of dat het aanbestedingscomité andere criteria heeft toegepast dan aangekondigd. Een strafrechtelijk onderzoek loopt nog. De enige onregelmatigheid die daarbij gedeeltelijk bewezen werd geacht, is dat de vertegenwoordiger van Alendri SpA had geprobeerd de aanbestedingsprocedure te beïnvloeden. De Italiaanse bestuursrechter stelt daarop ver-

schillende vragen aan het Hof. De meeste vragen betreffen de terugvordering van de aan ANAS ter beschikking gestelde financiering uit het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling. Een van de vragen ziet op de uitsluiting van een aanbestedingsprocedure.

De Italiaanse regeling die van toepassing is op de aanbesteding maakt het niet mogelijk om marktdeelnemers die pogen om het resultaat van de aanbesteding te beïnvloeden door leden van het aanbestedingscomité om te kopen, van die aanbesteding uit te sluiten. De Italiaanse bestuursrechter vraagt zich af of deze regeling zich wel verdraagt met richtlijn 2004/18/EG (aangebesteding klassieke sectoren).

Het Hof gaat in dit arrest in op het begrip 'ernstige fout' uit art. 45 lid 2 eerste alinea onder d) richtlijn 2004/18/EG. Dit artikel biedt de mogelijkheid om iedere marktdeelnemer die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan die is vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken, uit te sluiten van deelneming aan een overheidsopdracht. Dit begrip ziet doorgaans op gedrag van een marktdeelnemer dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst. Ook wanneer er nog geen sprake is van een in kracht van gewijsde gegaan vonnis over bijvoorbeeld omkoping of corruptie, kan worden vastgesteld dat sprake is van een ernstige fout.

Om een deelnemer aan een aanbestedingsprocedure daadwerkelijk uit te kunnen sluiten van de aanbestedingsprocedure, moet de fout - in dit geval de omkoping - noodzakelijkerwijs wel vóór het einde van de aanbestedingsprocedure worden vastgesteld. In het geval van ANAS kwam de corruptie door Alendri pas jaren na afronding van de aanbestedingsprocedure aan het licht. Dit heeft tot gevolg dat ANAS ten tijde van de aanbestedingsprocedure niet wist van de mogelijke omkoping en het consortium geen ernstige beroepsfout wegens de omkoping kon verwijten. Hierdoor kon ANAS het consortium vóór het einde van de aanbestedingsprocedure niet uitsluiten van de aanbestedingsprocedure. In dat licht vindt het Hof het niet opportuun om de vraag of de Italiaanse regeling zich verdraagt met richtlijn 2004/18/EG (verder) te beantwoorden. ●

# De (bijzondere) positie van onteigenings- en nadeelcompensatiedeskundigen

## Een juridisch dogmatisch onderzoek naar de inzet en rol van de deskundigen die door de rechter of het bevoegd gezag worden ingeschakeld wegens de schadebegroting

– Mr. dr. S. Schuite<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

In deze bijdrage behandel ik de hoofdlijnen van mijn proefschrift met als titel *'De (bijzondere) positie van onteigenings- en nadeelcompensatiedeskundigen'*. Het onderzoek bevindt zich op het terrein van het overheidsaansprakelijkheidsrecht, en meer in het bijzonder op het terrein van de aansprakelijkheid van de overheid wegens rechtmatig handelen.

De overheid kan - naast dat zij aansprakelijk kan zijn voor onrechtmatige handelingen - ook aansprakelijk zijn voor rechtmatige handelingen. Anders gezegd: zelfs al handelt de overheid in overeenstemming met wet en recht, dan toch kan zij gehouden zijn bepaalde nadelen van burgers te vergoeden. Voorbeelden van zulke handelingen zijn een onteigening, een (planologisch) besluit of een rechtmatige feitelijke handeling.

In het Nederlandse rechtsstelsel is er voor de begroting van de schade die intreedt na zo een rechtmatige overheidshandeling een grote rol weggelegd voor deskundigen. Deze 'schadedeskundigen' worden veelal verplicht ingeschakeld en adviseren de rechter of het bevoegd gezag niet alleen over de taxatie-technische aspecten van de zaak, maar ook over de juridische. Dat betekent dat het bestuursorgaan (in het kader van de besluitvorming) of de rechter

(in het kader van de geschilbeslechting) een advies ontvangt dat nagenoeg alle vragen beantwoordt die het bestuursorgaan of de rechter zelf ook moet beantwoorden. De invloed die van het deskundigenadvies uitgaat op de uitkomst van het juridische schadedebat is mede daardoor groot. Tegen deze achtergrond - de schadedeskundigen moeten zowel vakspecialistisch als juridisch écht wat kunnen en hun advies geldt als invloedrijk - wordt er vanuit de rechtsgeleerde literatuur al decennialang aandacht besteed aan de schadedeskundigen. Die aandacht richt zich op de meest uiteenlopende aspecten van hun rol en positie. Toch heeft die aandacht er niet toe geleid dat de rol en positie van de schadedeskundigen een uitgekristalliseerd leerstuk is geworden. Dat heeft ermee te maken dat de mijns inziens meest essentiële vragen tot nu toe altijd onbeantwoord zijn gebleven. Dit onderzoek heeft daar verandering in gebracht.

In deze bijdrage presenter en beantwoord ik de onderzoeksvragen op hoofdlijnen. Volledigheid heb ik daarbij niet nagestreefd. De geïnteresseerde lezer verwijs ik graag naar de handelseditie van het boek.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Sam Schuite is als assistant professor omgevingsrecht verbonden aan Maastricht University (UM). Op 30 augustus 2023 heeft hij zijn proefschrift, getiteld 'De (bijzondere) positie van onteigenings- en nadeelcompensatiedeskundigen', succesvol verdedigd.

<sup>2</sup> S. Schuite, *De (bijzondere) positie van onteigenings- en nadeelcompensatiedeskundigen. Een juridisch dogmatisch onderzoek naar de inzet en rol van de deskundigen die door de rechter of het bevoegd gezag worden ingeschakeld wegens de schadebegroting* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2023.



## 2. Een eerste fundamentele onderzoeksvraag: de veronderstelde bijzonderheid van de schadedeskundige

### 2.1 De achtergrond

Ik begon dit onderzoek met de signalering dat de positie van de deskundigen in het onteigenings- en nadeelcompensatierecht (hierna ook gezamenlijk aangeduid als 'schadedeskundigen') in belangrijke mate leek te verschillen van de positie van andere deskundigen die adviseren in juridische procedures. Die notie ontleende ik aan drie aspecten (in hoofdstuk 4 van het boek de 'kernaspecten' genoemd). In de eerste plaats is dat het veelal imperatieve karakter van de benoeming. In de meeste civiel- en bestuursrechtelijke rechtsgebieden is de inschakeling van deskundigen eerder uitzondering dan regel. In het onteigenings- en nadeelcompensatierecht is de inschakeling van deskundigen daarentegen wettelijk verplicht<sup>3</sup>, of toch in elk geval de hoofdregel.<sup>4</sup>

In de tweede plaats leken de inhoudelijke werkzaamheden van de schadedeskundigen te verschillen van die van andere deskundigen. Van de schadedeskundigen wordt immers niet alleen gevraagd om te adviseren over datgene dat zich aan de kennis van de rechter of van het bestuursorgaan onttrekt, maar ook om een oordeel te geven over de toepassing van regels van recht. In zoverre leek de doorgaans strikte scheiding tussen het werk van

de rechter (of van het bestuursorgaan) en het werk van de deskundigen te worden 'doorbroken'. Die scheiding is dikwijls aldus dat de taak van de deskundigen is beperkt tot het leveren van een stukje bijzondere expertise. De rechter (of het bestuursorgaan) is vervolgens verantwoordelijk voor de kwalificatie van die expertise in het licht van een juridische norm. De combinatie van het imperatieve karakter van de benoeming en de integrale adviestaak maakt - in de derde en laatste plaats - dat er een significante invloed uitgaat van het deskundigenadvies in onteigenings- en nadeelcompensatiezaken op de uitkomst van het juridisch schadedebat.<sup>5</sup>

### 2.2 De eerste onderzoeksvraag

Ook in de rechtsgeleerde literatuur is wel aandacht besteed aan de veronderstelde 'bijzonderheid' van de positie van de schadedeskundigen. In sommige gevallen bleef dat bij een enkele signalering.<sup>6</sup> In andere gevallen leidde de notie van de bijzondere positie tot een roep om een regelgevend kader

<sup>5</sup> In deze veronderstelling heb ik de rol van de 'kennisparadox' verdisconteerd. Voor algemene beschouwingen omtrent de kennisparadox zie bijvoorbeeld: G. de Groot & A.J. Akkermans, 'Schadevaststelling, bewijslastverdeling en deskundigenbericht', *NTBR* 2007/72 en G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008, p. 13-14.

<sup>6</sup> M.W. Scheltema & E.J. Storm, 'De rol van deskundigen in de onteigeningsprocedure', *NTBR* 2007/65; B.P.M. van Ravens, 'Deskundigenadviesing bij nadeelcompensatie en tegemoetkoming in planschade', *O&A* 2015/88.

<sup>3</sup> Bijvoorbeeld artikel 27 onteigeningswet.

<sup>4</sup> Bijvoorbeeld artikel 6.1 Wro jo. artikel 6.1.3.2 Bro.

voor die deskundigen.<sup>7</sup> En in nog andere gevallen werd die 'bijzondere' positie zelfs als te dominant en daarom als ongewenst ervaren.<sup>8</sup> De aanname dat de positie van de shadedeskundigen 'bijzonder' is, was evenwel nog nooit door rechtswetenschappelijk onderzoek aangetoond. De eerste onderzoeksvraag die ik in het boek daarom heb beantwoord is:

'Op welke wijze komt de veronderstelde bijzondere positie van de shadedeskundigen in het onteigenings- en nadeelcompensatierecht met het oog op de besluitvorming en geschilbeslechting tot uitdrukking en in hoeverre is deze positie daadwerkelijk bijzonder in vergelijking met de positie van andere deskundigen die adviseren in juridische procedures?'

### 2.3 De beantwoording

Om de eerste onderzoeksvraag te beantwoorden heb ik - na een algemene plaatsbepaling/terreinkeurverkenning in hoofdstuk 2 en een schets van de historische ontwikkeling van de shadedeskundigen in hoofdstuk 3 - de positie van de onteigenings- en nadeelcompensatiedeskundigen indicatief vergeleken met de positie van andere deskundigen in civiele zaken respectievelijk bestuurszaken. De vergelijking heeft plaatsgevonden met een referentiegroep, bestaande uit 'commune' deskundigen in civiele zaken en een aantal deskundigen in bestuursrechtelijke procedures. De vergelijking vond plaats op basis van de drie hierboven beschreven kernaspecten.

De - te beknopte - conclusie luidt dat de positie van onteigeningsdeskundigen daadwerkelijk afwijkend is van de positie van 'commune' deskundigen in civiele zaken. Anders dan de 'commune' civiele rechter, is de onteigeningsrechter steeds verplicht om deskundigen te benoemen. Ook is de onteigeningsrechter niet geheel vrij om te bepalen wie deze als deskundigen benoemt en benoemt deze - anders dan de 'commune' civiele rechter - altijd een jurist als voorzitter van een driehoofdige deskundigencommissie. Van 'commune' deskundigen wordt vervolgens niet gevraagd - en van onteigeningsdeskundigen juist wel - om de rechter inquisitoir en integraal te adviseren over de omvang van de schadeloosstelling. Dit wil zeggen: de deskundige dient zelfstandig op zoek gaan naar de schadeposten en te bezien of die schadeposten ook juridisch relevant zijn. Met betrekking tot het derde kernaspect is de situatie in het onteigeningsrecht niet zo bijzonder. Op basis van rechtspraakanalyses concludeer ik dat er geen (significant) verschil is tussen de mate waarin de onteigeningsrechter het deskundigenadvies volgt en de mate waarin de 'commune' civiele rechter dit doet.

vies volgt en de mate waarin de 'commune' civiele rechter dit doet.

De positie van nadeelcompensatiedeskundigen is minder afwijkend ten opzichte van de positie van andere deskundigen die een bestuursorgaan adviseren dan de positie van onteigeningsdeskundigen ten opzichte van 'commune' deskundigen in civiele zaken. De hoofdregel dat het bevoegd gezag in kwesties van nadeelcompensatie in beginsel voorafgaand aan het nemen van het besluit steeds deskundigen moet inschakelen, komt ook in andere bestuursrechtelijke deelgebieden voor. Wel kan als bijzonderheid worden bestempeld dat nadeelcompensatiedeskundigen vaak juristen zijn, althans over juridische kennis beschikken. Het gegeven dat nadeelcompensatieadviseurs het betrokken bestuursorgaan integraal en inquisitoir adviseren (kernaspect 2) is daadwerkelijk bijzonder te noemen. Mij zijn, buiten het nadeelcompensatierecht, althans geen bestuursrechtelijke deelgebieden bekend waar van de deskundige wordt gevraagd om (mede) het voortouw te nemen bij de beantwoording en toepassing van regels van recht en - mede aan de hand van taxatietechnische expertise - te adviseren over het te nemen besluit. Dat geldt evenmin voor het zelfstandig onderzoek moeten doen naar de relevante feiten en omstandigheden. Net als bij onteigeningsdeskundigen is het derde kernaspect dan weer minder bijzonder. Een vergelijking met drie andere deelgebieden toont geen (significant) verschil in de mate waarin het bestuursorgaan het advies aan zijn besluit ten grondslag legt.<sup>9</sup>

## 3. Een tweede fundamentele onderzoeksvraag: de aan de shadedeskundigen te stellen kwaliteitseisen

### 3.1 De achtergrond

Mijn tweede fundamentele vraag richtte zich op de aan de shadedeskundigen te stellen kwaliteitseisen. De reden dat ik mij tot de kwaliteitseisen heb gericht, is drieledig. Ten eerste werd ook ten aanzien van de kwaliteitseisen in de literatuur doorlopend duidelijkheid gevraagd.<sup>10</sup> Ten tweede ontstaat er in de praktijk verwarring doordat de relevante wet- en regelgeving grotendeels zwijgt over de kwalificaties waarover de shadedeskundigen moeten beschikken. Omdat deze kwalificaties vaak niet duidelijk zijn, komen discussies over de persoon van de deskundige ten overstaan van de rechter regelmatig voor. Een dergelijke discussie eindigt dan dikwijls ietwat onbevredigend, omdat

<sup>7</sup> J.A.M.A. Sluysmans, 'De positie van de deskundigen in het onteigeningsrecht', *TBR* 2008/5, p. 25-30.

<sup>8</sup> O.A.C. Verpaalen, 'Thorbecke en de dictatuur van de onteigeningsdeskundigen', *Advocatenblad* 1967; W. Wijting, *Een studie tot hervorming van het onteigeningsprocesrecht* (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 273-274.

<sup>9</sup> De betrokken deelgebieden waren welstandsadviezen, arbeidsongeschiktheidsadviezen en rijgeschiktheidsadviezen.

<sup>10</sup> Bijvoorbeeld: B.P.M. van Ravels, 'Twijfel zaaien en nadeelcompensatie oogsten. Over bewijswaardering en nadeelcompensatie', *AA* 2010/7-8, p. 543-551; B.P.M. van Ravels, 'Deskundigenadvisering bij nadeelcompensatie en tegemoetkoming in planschade', *O&A* 2015/88, p. 160-174.



noch procespartijen, noch de rechter over objectieve criteria beschikken om de deskundige en diens kwalificaties te toetsen. Ten derde is de onduidelijkheid omtrent de aan de shadedeskundigen te stellen kwaliteitseisen onwenselijk. Dat geldt ook los van de vraag of hun positie 'bijzonder' is. Vast staat immers dat de shadedeskundigen adviseren over de omvang van een schadevergoeding die aan de orde is door, grof gezegd, de ontneming of regulering van eigendom. Ik meen dat overheidshandelingen, ook al zijn die rechtmatig, die op enigerlei wijze interveniëren met het eigendomsrecht met de grootst mogelijke waarborgen omkleed moeten zijn. Dat geldt dan vanzelfsprekend ook voor inzicht in de kwaliteit van de deskundige die wordt ingeschakeld bij de schadebegroting. Daar komt nog bij dat de shadedeskundigen in hun advies mede datgene doen dat de rechter of het bestuursorgaan in het kader van de geschilbeslechting of besluitvorming ook moet doen. Namelijk het toepassen van regels van recht op de voorliggende feiten.

### 3.2 De tweede onderzoeksvraag

Tegen bovenstaande achtergrond - de shadedeskundigen moeten zowel vakspecialistisch als juridisch écht wat kunnen - was mijn tweede onderzoeksvraag:

'Welke kwaliteitseisen dienen er - mede in het licht van de eventuele bijzondere positie die zij bekleden - aan de shadedeskundigen te worden gesteld?'

### 3.3 De beantwoording

Ik heb deze vraag beantwoord aan de hand van de resultaten uit hoofdstuk 5. Ik ben dat hoofdstuk begonnen met een operationalisering van het containerbegrip 'kwaliteit' aan de hand van separate, toetsbare aspecten tot een concreet beoordelingskader. De aspecten heb ik gedestilleerd uit meerdere bronnen. Uiteindelijk heb ik aansluiting gezocht bij het Instituut Mijnbouwschade Groningen (IMG). Het IMG splitst de kwaliteit van de deskundige op in de onafhankelijkheid, de onpartijdigheid en de deskundigheid. Dat zijn tevens de kwaliteitseisen die aan de shadedeskundigen moeten worden gesteld. Die aspecten ogen wellicht ietwat algemeen, maar juist vanwege deze algemeenheid zijn zij toepasbaar op zowel de deskundigen in het nadeelcompensatie- als in het onteigeningsrecht. Bovendien krijgen de aspecten in het onteigeningsrecht een gedeeltelijk andere invulling dan in het nadeelcompensatierecht.

De vereiste onafhankelijkheid - het eerste kwaliteitsaspect - vloeit voor deskundigen in het nadeelcompensatierecht voort uit de relevante wet- en regelgeving. Dikwijls vereist die regelgeving dat de deskundige geen deel uitmaakt van of werkzaam is onder de verantwoordelijkheid van het betrokken

bestuursorgaan.<sup>11</sup> Voor onteigeningsdeskundigen is de onafhankelijkheidseis een voortvloeisel uit de onafhankelijkheid van de rechter (op grond van art. 6 EVRM).<sup>12</sup> Als tweede aspect van kwaliteit heb ik aangemerkt de onpartijdigheid van de deskundige. Anders dan het kwaliteitsaspect onafhankelijkheid, ziet het kwaliteitsaspect onpartijdigheid niet op een organisatorische positie ten opzichte van procespartijen, maar op een gedragshouding. Een gedragshouding die een persoonlijke en ongegronde bevoordeling van een der partijen verbiedt. Voor nadeelcompensatiedeskundigen vloeit de onpartijdigheidseis onder andere voort uit art. 2:4 lid 2 Awb. Voor onteigeningsdeskundigen is dat art. 198 lid 1 Rv. Het derde en laatste kwaliteitsaspect is de deskundigheid van de shadedeskundige. Gelet op de kennisparadox vereist ook een beoordeling van het kwaliteitsaspect deskundigheid - net als de hoofdmoot kwaliteit - een opsplitsing in separate onderdelen. Die elementen zijn achtereenvolgens: een toegankelijke en duidelijke communicatie, het lidmaatschap van een voor de beroepsgroep relevante vakvereniging, voldoende vakinhoudelijke en juridische kennis, het hebben van voldoende ervaring die zowel langs de onder- als langs de bovenkant is begrensd en, tenslotte, de verplichte nascholing via een systeem van permanente educatie.

## 4. Drie praktijkgerichte onderzoeksvragen: controle- en kwaliteitsborgingsmechanismen en de wijze waarop de civiele rechter en de bestuursrechter omgaan met de kwaliteit van de shadedeskundige

### 4.1 De achtergrond

Na de beantwoording van de twee fundamentele onderzoeksvragen, heb ik drie praktijkgerichte onderzoeksvragen beantwoord. Het opstellen en inzichtelijk maken van een kwaliteitskader voor de shadedeskundigen is in zoverre immers slechts juridisch-dogmatisch interessant. Het heeft nog geen praktische implicaties. Het is voor de rechtspraak minstens zo belangrijk dat de bij de procedure betrokken partijen kunnen controleren of de deskundige aan de gestelde kwaliteitseisen voldoet alsmede dat die kwaliteitseisen waar mogelijk worden gewaarborgd. Ook op het gebied van de kwaliteitscontrole en -borging signaleerde ik de laatste jaren ideeën en suggesties in de literatuur.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Bijvoorbeeld art. 6.1.1.1 onder c Bro jo. art. 3:5 lid 1 Awb.

<sup>12</sup> EHRM 18 maart 1997, ECLI:NL:XX:1997:AD4449, NJ 1998/278 (Mantovanelli/Frankrijk); EHRM 6 mei 1985, ECLI:NL:XX:1985:AB9401, NJ 1989/38 (Bönisch/Oostenrijk); EHRM 5 juli 2007, ECLI:NL:XX:2007:BB5086, NJ 2010/323 (Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland).

<sup>13</sup> B.J. van Ettekovén, 'De deskundige deskundige: over registers en de disclosure statement', O&A 2016/53, p. 82-92.

## 4.2 De onderzoeksvragen

Naar de wijze waarop deze kwaliteitscontrole en N-borging kan worden bewerkstelligd, was nog geen rechtswetenschappelijk onderzoek gedaan. De eerste praktijkgerichte onderzoeksvraag die ik daarom heb beantwoord, luidde:

‘Bestaan er mechanismen waarmee procesactoren de kwaliteit van de schadedeskundigen kunnen controleren en, indien dat het geval is, welke mechanismen zijn dat en op welke wijze kunnen die mechanismen bijdragen aan de controle en eventueel borging van de kwaliteitseisen?’

Deze vraag heb ik opgevolgd met een onderzoek naar de huidige stand van de controle- en kwaliteitsborgingsmechanismen in de Nederlandse onteigenings- en nadeelcompensatiepraktijk. Logischerwijs bestond ook daar nog een leemte in de literatuur. De vraag die hierbij hoorde, was:

‘In hoeverre wordt er in de huidige onteigenings- en nadeelcompensatiepraktijk gebruik gemaakt van de gesignaleerde controle- en kwaliteitsborgingsmechanismen en volstaan die mechanismen om de kwaliteitseisen adequaat te controleren en te waarborgen?’

Voor mijn derde en laatste praktijkgerichte onderzoeksvraag heb ik het terrein van de controle- en kwaliteitsborging verlaten en heb ik mij gericht op de wijze waarop de civiele rechter en de bestuursrechter omgaan met de kwaliteit van de schadedeskundige. De (nagenoeg) gelijklopende onderzoeksvraag was:

‘Op welke wijze gaat de civiele rechter en de bestuursrechter om met juridische bezwaren omtrent de kwaliteit van de schadedeskundige?’

## 4.3 De beantwoording

De eerste praktijkgerichte onderzoeksvraag heb ik beantwoord met de resultaten uit hoofdstuk 6. Ik ben in dit hoofdstuk tot de conclusie gekomen dat er inderdaad mechanismen bestaan waarmee procesactoren de kwaliteit van de schadedeskundigen kunnen controleren. Van die mechanismen heb ik mij gericht op het ‘disclosure statement’ en het deskundigenregister. Met behulp van een disclosure statement - een door de deskundige ingevulde verklaring over diens achtergrond en kwalificaties - kunnen procespartijen met name de zaakgerelateerde kwaliteitsaspecten onafhankelijkheid en onpartijdigheid controleren. In § 6.2.5 heb ik - op basis van literatuur en rechtspraak - een voorzet gedaan voor hoe zo een disclosure statement eruit zou kunnen zien. Voor algemene informatie omtrent het kwaliteitsaspect deskundigheid is het deskundigenregister het geschikte mechanisme. Anders dan bij het disclosure statement geeft de deskundige niet zelf, per geval, inzicht in diens kwaliteit, maar

wordt dat inzicht via een openbaar te raadplegen deskundigenregister geboden. Het register spant zich - door middel van het stellen van toelatingseisen, bijvoorbeeld op het gebied van opleiding en ervaring - in om te waarborgen dat de ingeschreven schadedeskundigen voldoende deskundige zijn om de rechter of het bevoegd gezag te adviseren. Zo beschouwd, vervult het deskundigenregister ook een waarborgfunctie. In § 6.3.4 schets ik de kenmerken waaraan een adequaat deskundigenregister kan worden herkend.

Nadat ik de denkbare controle- en kwaliteitsborgingsmechanismen heb geïnventariseerd, heb ik, zoals hierboven weergegeven, de vervolgvraag gesteld naar de stand van de controle- en kwaliteitsborgingsmechanismen in de Nederlandse onteigenings- en nadeelcompensatiepraktijk. Deze vraag heb ik - onder verwijzing naar hoofdstuk 7 - als volgt beantwoord. In de Nederlandse onteigenings- en nadeelcompensatiepraktijk wordt wisselend gebruik gemaakt van de gesignaleerde controle- en kwaliteitsborgingsmechanismen. Het deskundigenregister heeft, in ieder geval in het onteigeningsrecht, een vaste plaats ingenomen. Het meest in het oog springende register is het Landelijk Register van Gerechtelijke Deskundigen (LRGD). Dit register biedt een redelijk tot goede waarborg dat een daarin geregistreerde deskundige voldoende deskundig is om te adviseren in een juridische procedure. Het disclosure statement maakt noch in het onteigeningsrecht, noch in het nadeelcompensatierecht een vast onderdeel uit van de benoemingsprocedure van deskundigen. Van de vormen van disclosure die wél voorkomen (dat is dan in het nadeelcompensatierecht) kan nog niet worden gezegd dat die een adequaat inzicht in de vereiste onafhankelijkheid en onpartijdigheid bieden. Een voorbeeld hiervan is de Beleidsregel Nadeelcompensatie Infrastructuur en Waterstaat 2019; de ‘disclosure’ op basis van deze beleidsregel komt thans nog uitsluitend ten goede aan het bevoegd gezag, en niet óók aan de aanvrager om nadeelcompensatie.

Tot slot heb ik aan de hand van hoofdstuk 8 de laatste onderzoeksvraag beantwoord. De vraag naar de wijze waarop de civiele rechter en de bestuursrechter omgaan met juridische bezwaren omtrent de kwaliteit van de schadedeskundige heb ik geoperationaliseerd aan de hand van een aantal deelvragen. Het resultaat van die operationalisering is dat de bestuursrechter vaker wordt geconfronteerd met klachten omtrent de kwaliteit van de schadedeskundige dan de civiele rechter. Een belangrijke reden daarvoor is de aard van de bestuursrechtelijke nadeelcompensatieprocedure. De inschakeling van deskundigen valt, net als de overige feitenvergaring, onder de verantwoordelijkheid van het met de aanvraag om compensatie belaste bestuursorgaan - een van de ‘partijen’ in de procedure. Wanneer een benadeelde zich niet kan

vinden in het - met inachtneming van het advies genomen - compensatiebesluit, ligt het voor de hand dat de benadeelde alle mogelijke aanknopingspunten, waaronder de kwaliteit van de deskundige, aangrijpt om gemotiveerd twijfel te zaaien over het uitgebrachte advies. Klachten met betrekking tot de kwaliteitsaspecten onafhankelijkheid en deskundigheid hebben bij de Afdeling bestuursrechtspraak zeer weinig kans van slagen. Dat heeft in de eerste plaats te maken met het gegeven dat de Afdeling bestuursrechtspraak tal van adviesbureaus - zonder nadere motivering - aanmerkt als 'onafhankelijke' 'deskundigen' op het gebied van planschade en nadeelcompensatie.<sup>14</sup> Daarnaast houdt de Afdeling bestuursrechtspraak voor wat betreft de onafhankelijkheid vast aan de norm zoals die in de relevante planschade- en nadeelcompensatieregelgeving is neergelegd. Dat betekent dat een adviseur onafhankelijk is wanneer deze formeel geen deel uitmaakt van of werkzaam is onder de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan waaraan wordt geadviseerd. Appellanten brengen regelmatig de stelling naar voren dat het enkele gegeven dat de deskundige formeel onafhankelijk is - dus inderdaad niet werkzaam onder de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan - nog niet wil zeggen dat de adviseur ook daadwerkelijk, dus feitelijk, onafhankelijk is.<sup>15</sup> De Afdeling bestuursrechtspraak heeft een dergelijke stelling nog nooit gehonoreerd.

Klachten met betrekking tot de onpartijdigheid van de schadedeskundige zijn door de Afdeling bestuursrechtspraak - al is dat sporadisch - wel gehonoreerd.<sup>16</sup> De rechtspraak daaromtrent is weerbarstig en af en toe een ware breinbreker. Dat komt voornamelijk doordat de op papier strenge lijn omtrent de onpartijdigheid niet altijd lijkt te corresponderen met de daadwerkelijke toepassing daarvan. Uit de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak vloeit voort dat zij de grens trekt bij de enkele 'schijn van partijdigheid' van de deskundige. Dat is een strenge norm. Bestudering van de jurisprudentie leert evenwel dat de Afdeling bestuursrechtspraak die 'schijn' niet snel aanwezig acht. De schijn van partijdigheid werd in het recente verleden uitsluitend aanwezig geacht ten aanzien van advocaten(kantoren) die met een 'dubbele pet' opereerden. Overige vermengingen van onpartijdige en partijdige adviesrollen - vermengingen buiten de advocatuur dus - ziet de Afdeling bestuursrechtspraak (nog) niet als problematisch. De motivatie

en redenering daaromtrent vertoont soms trekken van kunst- en vliegwerk.

Als gezegd komen klachten met betrekking tot de kwaliteit van de schadedeskundige aanzienlijk minder vaak voor in het onteigeningsrecht. Anders dan de nadeelcompensatieprocedure is de schadeloosstellingsprocedure in het onteigeningsrecht minder vatbaar voor dergelijke klachten. Mij is geen jurisprudentie bekend waarin een gebrek aan het kwaliteitsaspect deskundigheid centraal stond bij de Hoge Raad. De geruststellende reden lijkt hier te zijn dat het in de praktijk ook daadwerkelijk goed zit met de deskundigheid van de onteigeningsdeskundigen. Als er bij de rechter klachten worden geuit over de kwaliteit van de onteigeningsdeskundige gaan die altijd over vermeende gebreken aan de onpartijdigheid. De dun gezaaide jurisprudentie daaromtrent laat zien dat de onpartijdigheidsnorm - in ieder geval op papier - verschilt van de onpartijdigheidsnorm van de Afdeling bestuursrechtspraak. Volgens de Hoge Raad is niet de enkele schijn van partijdigheid doorslaggevend, maar of de twijfels die door de schijn van partijdigheid worden gewekt, objectief gerechtvaardigd zijn. Of er sprake is van zo een objectieve schijn van partijdigheid heeft een hoog casuïstisch karakter. De onteigeningsrechter lijkt daarin - terecht - streng. Zo acht de Hoge Raad het ontoelaatbaar dat de onteigeningsdeskundige, of zelfs maar diens kantoor (in een onteigeningsproject of vergelijkbare kwestie) actief is geweest voor een van beide procespartijen.

## 5. Aanbevelingen

Na beantwoording van de onderzoeksvragen signaleerde ik dat er met name op het gebied van de kwaliteitscontrole en -borging verbeteringen mogelijk zijn. Ik stelde vast dat er op dit moment onvoldoende sprake is van een transparante benoemingsprocedure en evenmin van een systeem waarin alle procesactoren de kwaliteit van de schadedeskundige objectief kunnen controleren. Het onwenselijke gevolg hiervan is dat discussies met betrekking tot de (al dan niet gebrekkige) kwaliteit van de schadedeskundige dikwijls onbevredigend eindigen. Justitiabelen ontbreekt het aan objectieve en kenbare factoren die hun twijfel omtrent de kwaliteit van de schadedeskundige weg kunnen nemen, dan wel aan de hand waarvan zij hun twijfels ten overstaan van het bevoegd gezag of de rechter kunnen staven. Op gelijke wijze ontbreekt het de rechter en het bevoegd gezag aan diezelfde factoren om het oordeel omtrent de gerezen twijfels objectief en kenbaar te motiveren.

Ik heb mij voor wat betreft de aanbevelingen primair tot de wetgever gewend. Anticiperend op de aanstaande inwerkingtreding van de Omgevingswet en titel 4.5 Awb, heb ik mijn voorstellen gericht op het nieuwe stelsel. Ik heb in de eerste plaats een

<sup>14</sup> ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3441 (*Bergeijk*); ABRvS 6 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3305 (*Delft*); ABRvS 5 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:357 (*Lansingerland*).

<sup>15</sup> Zie voor een overzicht: K.J. de Graaf & A.T. Marseille, 'Over onafhankelijk en deskundig voorbereide overheidsbesluiten', in: H.B. Krans e.a. (red.), *De deskundige in het recht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 17-33.

<sup>16</sup> ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4570 (*Helmond I*); ABRvS 13 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1970 (*Raalte*).

wijziging van de redactie van titel 4.5 Awb voorgesteld, en wel door de introductie van een nieuw artikel - artikel 4:129a Awb. Dit artikel richt zich op het benoemingsproces van de nadeelcompensatiedeskundige. Het nieuwe artikel omvat een implementatie van de onderzoeksresultaten uit de hoofdstukken 2 t/m 8, neergelegd in acht artikelen. Het artikel schrijft voor dat de nadeelcompensatieadviseur steeds voldoet aan de eisen van onafhankelijkheid, onpartijdigheid en deskundigheid en dat het benoemd bestuursorgaan zich van die criteria vergewist. Het bestuursorgaan dient daarbij een aantal vragen ieder geval in de beoordeling te betrekken zoals de formele positie van de adviseur ten opzichte van het bestuursorgaan, de vraag of de adviseur is ingeschreven bij een deskundigenregister, de vraag of de adviseur betrokken is geweest bij de schadeoorzaak waarop de aanvraag betrekking heeft en de vraag of de adviseur in de vijf jaren voorafgaand aan de aanvraag advieswerkzaamheden voor het bestuursorgaan heeft verricht of voor de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort. Het nieuwe artikel schrijft verder voor dat het bestuursorgaan de aanvrager en belanghebbenden alvorens benoeming plaatsvindt, schriftelijk in kennis stelt van het voornemen onder overlegging van een disclosure statement. Tegen de voorgenomen benoeming kunnen belanghebbenden vervolgens gedurende een termijn bezwaren indienen, waarna het bestuursorgaan - met inachtneming van die bezwaren - beslist.

Ik heb ook een wijziging voorgesteld in de redactie van § 15.3.2 Omgevingswet. Die paragraaf handelt over de onteigeningsdeskundigen. Ik heb het bepaalde in artikel 15.39 Omgevingswet van wijzigingen voorzien. Zodoende behelst ook dit artikel

een implementatie van de onderzoeksresultaten. De uitwerking hiervan is evenwel anders dan bij de nadeelcompensatiedeskundigen. De belangrijkste implicaties van het nieuwe artikel zijn dat de rechtbankdeskundigen steeds dienen te zijn ingeschreven bij een (bij algemene maatregel van bestuur aangewezen) deskundigenregister en zodra de rechtbank een deskundige buiten het register benoemt, deze benoeming wordt toegelicht. Ook hier is het disclosure statement voortaan een vast onderdeel van de benoemingsprocedure, waarna een voorhangprocedure (met mogelijkheid van bezwaar) volgt.

Grof gezegd vloeien mijn overige aanbevelingen uit deze wetsartikelen voort. Zo doe ik de suggestie om het deskundigenregister LRGD wettelijk te legitimeren en van een publiekrechtelijk inkadering te voorzien. Indien de rechter of het bevoegd gezag - volgens de door mij voorgestelde wetsbepalingen - waarde moet hechten aan een registratie bij het LRGD, zou dat register liefst ook democratisch - in de zin van een legitimatie in een wet in formele zin - gerechtvaardigd zijn. Het ook operationele Register Deskundigen Onteigening en Bestuursrechtelijke Schadevergoeding (Register DOBS) kan dan 'opgaan' in het LRGD. Verder heb ik een fusie voorgesteld met het strafrechtregister NRGD (Nederlands Register Gerechtelijk Deskundigen). Ik sluit mijn aanbevelingen af met enige suggesties voor de civiele rechter en de bestuursrechter. De kern daarvan is dat de rechter - wanneer deze wordt geconfronteerd met een klacht ten aanzien van de kwaliteit van de deskundige - een klacht eventueel aan de hand van een deskundigenregister of disclosure statement, maar in ieder geval aan de hand van objectieve en kenbare factoren beoordeelt. ●

## Jurisprudentie – I. Ruimtelijk ordeningsrecht

### TBR 2023/102

**Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 3 mei 2023, No. 202107793/1/R3, ECLI:NL:RVS:2023:1688 (Bestemmingsplan Schieveste 2021)**

(Mr. J.J.W.P. van Gastel, mr. P.H.A. Knol en mr. J. Gundelach)

**Chw: art. 2.4; Besluit Chw: art. 7c; BW: art. 5:50 lid 1**

Bestemmingsplan verbrede reikwijdte. Alternatief plan. Schuin uitzicht. Burenrecht

**Met gastnoot H.P. Wiersema, Red.<sup>1</sup>**

#### Overwegingen Inleiding

**1.** Het plan is een zogenoemd ‘bestemmingsplan met verbrede reikwijdte’. Dit betekent dat de raad gebruik heeft gemaakt van extra mogelijkheden voor de inrichting van het bestemmingsplan op basis van artikel 2.4 van de Crisis- en herstelwet in verbinding met artikel 7c van het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet (hierna: BuChw). De raad wil hiermee anticiperen op de inwerking-treding van de Omgevingswet.

**2.** Tussen de A20 bij Schiedam en de spoorlijn Rotterdam - Delft, Den Haag en Hoek van Holland is het plangebied gelegen. Het plangebied ligt nu grotendeels braak. In het vorige bestemmingsplan ‘Schieveste’ van 2 februari 2012 hadden deze gronden grotendeels een gemengde bestemming. Het doel was om het plangebied te ontwikkelen tot een hoogwaardig stedelijk gebied met een aantrekkelijke mix van functies. Als gevolg van de economische crisis en de gewijzigde marktomstandigheden is het vorige plan niet uitvoerbaar gebleken. Met het bestemmingsplan ‘Schieveste 2021’ wil de raad ten minste 3.000 zelfstandige wooneenheden realiseren, die passen bij de gewenste verdichting rondom het station Schiedam Centrum. OCS, een consortium dat bestaat uit Van Omme & De Groot, Dura Vermeer, VolkerWessels Vastgoed en Synchroon, is de initiatiefnemer van het project.

**3.** DELTA en Roc kunnen zich niet met het bestemmingsplan verenigen en hebben daarom beroep ingesteld. De Afdeling zal onder 6 tot en met 11 het beroep van DELTA behandelen. Vervolgens zal de Afdeling onder 12 tot en met 27 het beroep van Roc behandelen. De Afdeling licht

eerst toe hoe zij de beroepen tegen het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan met verbrede reikwijdte beoordeelt.

#### Hoe beoordeelt de Afdeling het bestemmingsplan?

**4.** Bij de vaststelling van een bestemmingsplan moet de raad bestemmingen aanwijzen en regels geven die de raad uit het oogpunt van een goede ruimtelijke ordening nodig acht. De raad heeft daarbij beleidsruimte en moet de betrokken belangen afwegen. De Afdeling oordeelt niet zelf of het plan in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening. De Afdeling beoordeelt aan de hand van de beroepsgronden of het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan in overeenstemming is met het recht. Daarbij kan aan de orde komen of de nadelige gevolgen van het plan onevenredig zijn in verhouding tot de met het plan te dienen doelen.

**5.** Omdat in dit geval sprake is van een bestemmingsplan met verbrede reikwijdte, kunnen in het bestemmingsplan ook regels worden gesteld die strekken ten behoeve van het bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit en het doelmatig beheren, gebruiken en ontwikkelen van de fysieke leefomgeving ter vervulling van maatschappelijke functies. Dit volgt uit artikel 7c, eerste lid, onder a en b, van het BuChw, in aanvulling op artikel 3.1, eerste lid, van de Wet ruimtelijke ordening (hierna: Wro). De Afdeling zal daarom ook beoordelen of - voor zover dat aan de orde is - de raad zich op het standpunt heeft mogen stellen dat hij het plan in overeenstemming met de in artikel 7c, eerste lid, onder a en b, van het BuChw vermelde criteria heeft vastgesteld. (...)

#### Het beroep van Roc

**12.** Roc is een vastgoedbelegger en heeft het pand aan de Parallelweg 1 in eigendom. Dit pand betreft het DCMR-gebouw, waarvan de huurder DCMR Milieudienst Rijnmond is.

Aan het perceel aan de Parallelweg 1 zijn de bestemming ‘Woongebied’, de functieaanduidingen ‘specifieke vorm van kantoor - 2’ en ‘specifieke vorm van woongebied - toegestane functies’, de maatvoeringsaanduiding ‘maximum bouwhoogte: 50 m’ en de gebiedsaanduiding ‘wetgevingszone - wijzigingsgebied 2’ toegekend. (...)

#### Stedenbouwkundig plan

**17.** Roc betoogt dat de opzet van het stedenbouwkundig plan zoals dat is vastgelegd

<sup>1</sup> Harald Wiersema is advocaat bij Holla legal & tax in 's-Hertogenbosch.

in bijlage 3 bij de planregels, geen goede ruimtelijke ordening oplevert. Dit is volgens haar zo, omdat het twee nieuwe gebouwen tegenover het DCMR-gebouw mogelijk maakt met een hoogte van 33 m en 60 m. Daarnaast voorziet het plan in een gebouw van 90 m hoog aan de kopse kant tegen het DCMR-gebouw aan. Het DCMR-gebouw wordt zo ingesloten, weggedrukt en gemarginaliseerd. Het gebouw is nu goed zichtbaar vanuit zowel het station als vanaf de snelweg. Maar als gevolg van het plan wordt het DCMR-gebouw, gezien vanaf het station, aan het oog onttrokken. Roc acht dit onwenselijk, omdat de zichtbaarheid van het DCMR-gebouw vanaf het station een waardevolle kwaliteit van het gebouw is. Het stedenbouwkundig plan leidt volgens Roc tot onaantoonbare windhinder, schaduwhinder en verlies van uitzicht. Roc wijst erop dat uit het aan het plan ten grondslag liggende windonderzoek volgt dat onaantoonbare windhinder in de nabije omgeving van het DCMR-gebouw zal ontstaan. Roc heeft architectenbureau Mollink Soeters gevraagd een alternatief te ontwikkelen voor de inrichting van het gebied. Dat alternatief leidt tot een betere opzet, kwalitatief hoogwaardiger openbare ruimten en efficiënter ruimtegebruik, zonder dat dit ten koste gaat van het beoogde woonprogramma. Volgens Roc is er daarom sprake van een tenminste gelijkwaardig alternatief. Het alternatief leidt tot een betere inpassing van het DCMR-gebouw. De raad had onderzoek moeten doen naar het door Roc aangedragen alternatief, maar de raad heeft met het alternatief voor de stedenbouwkundige opzet niets gedaan.

**17.1.** De raad heeft op de zitting toege-licht dat hij hoogbouw passend vindt op deze locatie en dat hoogbouw altijd al het uitgangspunt is geweest. Ook onder het vorige bestemmingsplan 'Schieveste 2012' was het de bedoeling om het gebied te verdichten. Verder heeft de raad het van belang geacht dat de asymmetrische hoogteaccenten maat en schaal in het gebied brengen en er voldoende aansluiting van de nieuwe bebouwing is op de bestaande bebouwing. Ook heeft de raad de hoogteaccenten in lijn geacht met de Hoogbouwvisie Schiedam. De raad heeft erkend dat de situatie voor Roc gaat veranderen als gevolg van het plan, maar heeft bij afweging van de betrokken belangen het belang bij het realiseren van woningen zwaarder laten wegen. Daarbij heeft de raad ook betrokken dat het gebied nu grotendeels bestaat uit braakliggend terrein.

De Afdeling is van oordeel dat de raad zich, gelet op de aan hem toekomende beleidsruimte en de door hem gemaakte afweging, op het standpunt heeft mogen stellen dat het stedenbouwkundig plan, zoals dat is opgenomen in bijlage 3 bij de planregels, op zichzelf in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening. Bijlage 20 bij de plantoelichting is het 'Windhinder stedenbouwkundig onderzoek' van DGMR Bouw B.V. van 24 oktober 2019. Daarin is vermeld dat ter plaatse van

de ingang tot het DCMR-gebouw het windklimaat matig tot slecht is. De raad heeft daarover toegelicht dat hij windhinder heeft meegewogen en acceptabel heeft bevonden. Dit heeft de raad zo gevonden, omdat ter plaatse geen sprake is van een locatie met verblijfsfuncties. Voor de activiteit 'doorlopen' is er een matig windklimaat. De Afdeling is van oordeel dat de raad zich, gelet op het voorgaande, op het standpunt heeft mogen stellen dat het bestemmingsplan geen onaantoonbaar windklimaat tot gevolg heeft. Daarbij is van belang dat, anders dan Roc op de zitting heeft gesteld, de Afdeling niet aannemelijk acht dat ter plaatse sprake is van een verblijfslocatie waar personen slenteren of langdurig zitten. Ook is daarbij van belang dat er geen wettelijke normen zijn voor windhinder. De raad heeft zich op het standpunt mogen stellen dat het bij windhinder gaat om een kwestie van verblijfscomfort in de openbare ruimte. Aan de raad komt beleidsruimte toe bij de beoordeling welke windhinder ruimtelijk aanvaardbaar kan worden geacht. De raad heeft het belang bij de realisatie van woningen binnen het plangebied zwaarder mogen laten wegen dan het belang om op alle locaties binnen het plangebied een optimaal windklimaat te behouden, ook wanneer dat geen verblijfslocatie betreft waar geslenterd of langdurig gezeten wordt.

Over bezonning heeft de raad op de zitting toegelicht dat er weliswaar voornamelijk in de ochtend schaduwwerking op het DCMR-gebouw zal zijn als gevolg van het plan, maar dat hij dit aanvaardbaar acht, omdat het DCMR-gebouw een kantoorpand is. De Afdeling kan de raad hierin volgen. Daarbij betreft de Afdeling dat de gevel op de kopse (zuid) kant van het DCMR-gebouw 'blind' is en dat, juist vanwege deze blinde gevel, al langer plannen bestaan om ter plaatse een hoog stedelijk gebied te realiseren. Gelet hierop heeft de raad het belang bij de realisatie van woningen zwaarder mogen laten wegen dan het belang van Roc bij bezonning. Ook heeft de raad het belang bij het realiseren van woningbouw zwaarder mogen laten wegen dan het belang van Roc bij het vrijhouden van de zichtlijn tussen het station en het DCMR-gebouw. Er is in zoverre dan ook geen aanleiding voor het oordeel dat de nadelige gevolgen van het plan onevenredig zijn in verhouding tot de met het plan te dienen doelen.

**17.2.** Over het door Roc aangedragen alternatieve stedenbouwkundige plan oordeelt de Afdeling als volgt. De raad moet bij de keuze van een bestemming een afweging maken van alle belangen die betrokken zijn bij de vaststelling van het plan. Daarbij heeft de raad beleidsruimte. De voor- en nadelen van alternatieven moeten in die afweging worden meegenomen.

De raad heeft hierover naar voren gebracht dat het bestemmingsplan niet in de weg staat aan de ontwikkeling van het door Roc aangedragen alternatieve plan. De raad heeft in de nota van zienswijzen toegelicht dat met het bestemmingsplan wordt

beoogd zo'n gewijzigde invulling, zoals het plan Mollink Soeters, mogelijk te maken op het moment dat dit leidt tot een voor alle betrokkenen betere invulling van het gebied. Zo'n invulling is volgens de raad echter pas mogelijk als de vereiste onderzoeken worden uitgevoerd, waarbij wordt aangetoond dat ook bij een dergelijke invulling wordt voldaan aan de wet- en regelgeving. OCS heeft zich op de zitting op het standpunt gesteld dat de vereiste onderzoeken al zijn uitgevoerd en dat daaruit blijkt dat het plan acceptabel is.

De Afdeling is van oordeel dat de raad de voor- en nadelen van het door Roc aangedragen alternatieve plan onvoldoende in de belangenafweging heeft betrokken. De raad heeft niet duidelijk gemaakt waarom het alternatieve plan niet acceptabel is. Daarentegen heeft de raad zich op het standpunt gesteld dat het alternatieve plan in beginsel acceptabel is, mits het voldoet aan de eisen die zijn opgenomen in artikel 4.3.1, onder d, van de planregels. Hiermee lijkt de raad niet uit te sluiten dat met het door Roc aangedragen alternatieve plan een gelijkwaardig resultaat kan worden bereikt dat voor Roc minder bezwarend is. Het besluit van 28 september 2021 is daarom onvoldoende gemotiveerd.

Het betoog slaagt. (...)

### **Uitvoerbaarheid**

**20.** Roc betoogt dat er sprake is van een evidente privaatrechtelijke belemmering die de verwezenlijking van het plan in de weg staat. Zij voert daartoe aan dat er gebouwen worden voorzien boven de toegang tot de parkeergarage en direct grenzend aan het DCMR-gebouw. Dit is in strijd met het burendrecht.

De situering van het gebouw dat is geprojecteerd op het vlak met de bouwaanduiding 'specifieke bouwaanduiding - afwijkende bouwhoogte', waar een gebouw met een bouwhoogte van 90 m is toegestaan, kan volgens Roc niet worden gerealiseerd. Het gebouw is namelijk geprojecteerd op gronden die in eigendom zijn van Roc. Daar bevindt zich ook de toegang tot de parkeergarage. Roc is niet bereid om de gronden te verkopen om het gebouw mogelijk te maken.

Roc wijst op artikel 5:50, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Hieruit volgt dat het niet geoorloofd is binnen 2 m van de grenslijn van het naburige erf vensters of andere muuropeningen, dan wel balkons of soortgelijke werken te hebben, voor zover deze op dit erf uitzicht geven, tenzij de eigenaar van dit erf daartoe toestemming heeft gegeven. Inkijk in het DCMR-gebouw is niet toegestaan. Ervan uitgaande dat een binnen dit vlak te realiseren woontoren van 90 m binnen 2 m ook ramen en/of balkons zal hebben aan de zijde die direct grenst aan de dwars as van het DCMR-gebouw, zal hier volgens Roc een met het burendrecht onverenigbare situatie ontstaan.

**20.1.** Volgens vaste rechtspraak is voor het oordeel van de bestuursrecht-

ter dat een privaatrechtelijke belemmering aan de vaststelling en de uitvoerbaarheid van een bestemmingsplan in de weg staat, alleen aanleiding, als deze een evident karakter heeft. Zie bijvoorbeeld de uitspraken van de Afdeling van 14 juli 2010. ECLI:NL:RVS:2010:BN1099, en 20 juni 2018. ECLI:NL:RVS:2018:2034. De burgerlijke rechter is namelijk de eerst aangewezen om de vraag te beantwoorden of een privaatrechtelijke belemmering in de weg staat aan de uitvoering van een activiteit.

Een privaatrechtelijke belemmering is pas evident, als zonder nader onderzoek kan worden vastgesteld dat een ontwikkeling is voorzien op grond die in eigendom aan een ander toebehoort en die ander daarin niet berust en niet hoeft te berusten (zie uitspraken van 17 oktober 2012. ECLI:NL:RVS:2012:BY0377, en 22 mei 2019. ECLI:NL:RVS:2019:1628).

**20.2.** Naar het oordeel van de Afdeling staat het feit dat Roc eigenaar is van het perceel waarop het gebouw met een hoogte van 90 m is voorzien, niet in de weg aan verwezenlijking van het bestemmingsplan. Daarbij kent de Afdeling betekenis toe aan de toelichting van de raad op de zitting dat hij verwacht minnelijke overeenstemming te bereiken over (het verleggen van) de toegang tot de ondergrondse parkeergarage en in het uiterste geval bereid is om over te gaan tot onteigening van de percelen van Roc om zo realisatie van het bestemmingsplan mogelijk te maken. Gelet hierop is er wat de ondergrondse parkeergarage betreft geen aanleiding voor het oordeel dat er een privaatrechtelijke belemmering is die aan de vaststelling en de uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan in de weg staat.

Over wat door Roc is aangevoerd over artikel 5:50 van het BW, overweegt de Afdeling als volgt. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in bijvoorbeeld de uitspraak van 2 november 2022. ECLI:NL:RVS:2022:3153, onder 5.3, kan uit de bewoordingen van artikel 5:50 van het BW worden afgeleid dat er een verschil bestaat tussen rechtstreeks uitzicht, rechthoekig gemeten vanaf de opening, en 'schuin uitzicht', dat wil zeggen zicht onder een bepaalde hoek. Uit de bewoordingen van artikel 5:50 van het BW kan naar het oordeel van de Afdeling niet zonder meer worden afgeleid dat onder het daarin verwoorde verbod ook het 'schuin uitzicht' moet worden begrepen. Vaststaat en niet in geschil is dat het DCMR-gebouw aan de zijde van de locatie waar het hoogteaccent van 90 m is voorzien, een blinde gevel heeft. Van inkijk is er daarom op die gevel geen sprake. Aan de zijkant van deze vleugel zitten weliswaar raamopeningen, maar die kunnen alleen worden gezien als er schuin vanuit het voorziene gebouw richting het DCMR-gebouw wordt gekeken. Rechtstreekse inkijk en zicht op de ruimten van het DCMR-gebouw zijn niet mogelijk vanwege de hoek waaronder gekeken wordt. Zoals hiervoor uiteengezet, valt 'schuin uitzicht' niet onder het verbod van artikel 5:50 van het BW. Gelet

hierop is er ook op dit punt geen aanleiding voor het oordeel dat een evidente privaatrechtelijke belemmering in de weg staat aan de uitvoering van het bestemmingsplan.

Het betoog slaagt niet.

### Conclusie

**25.** Gelet op wat hiervoor onder 16.1, 16.2, 17.2 en 22.1 is overwogen, is het beroep van Roc gegrond. In wat zij heeft aangevoerd, ziet de Afdeling aanleiding voor het oordeel dat het besluit wegens strijd met de artikelen 3:2 en 3:46 van de Awb moet worden vernietigd. Bij het nemen van een nieuw besluit hoeft geen toepassing te worden gegeven aan afdeling 3.4 van de Awb.

### De landelijke voorziening

**26.** Uit een oogpunt van rechtszekerheid en gelet op artikel 1.2.3 van het Bro, ziet de Afdeling aanleiding de raad op te dragen het hierna in de beslissing nader aangeduide onderdeel van deze uitspraak binnen vier weken na verzending van de uitspraak te verwerken in het elektronisch vastgestelde plan dat te raadplegen is op de landelijke voorziening, [www.ruimtelijkeplannen.nl](http://www.ruimtelijkeplannen.nl).

### Proceskosten

**27.** De raad moet de proceskosten van Roc vergoeden. (*Enz. enz. Red.*)

### NOOT

**1.** Deze uitspraak over het bestemmingsplan 'Schieveste 2021' bevat interessante overwegingen over de wijze waarop de gemeenteraad dient om te gaan met door derden aangevoerde alternatieve plannen voor een bestemmingsplan. De uitspraak is één van de weinige voorbeelden waarin zo een betoog voor een alternatief leidt tot vernietiging van een bestemmingsplan. Verder bevat de uitspraak ook een interessante overweging over de toepassing van artikel 5:50 BW en het leerstuk van het zogenaamde 'schuin/zijdelings uitzicht'. Voor beide thema's geldt echter dat kanttekeningen kunnen worden geplaatst bij de wijze waarop deze twee leerstukken in deze uitspraak worden toegepast door de Afdeling.

**2.** Het plangebied is gelegen tussen de A20 bij Schiedam en de spoorlijn Rotterdam - Delft, Den Haag en Hoek van Holland. Met het bestemmingsplan wil de raad ten minste 3.000 zelfstandige wooneenheden realiseren rondom het station Schiedam Centrum. Roc Vastgoed 2 BV ('Roc') is een vastgoedbelegger die in het plangebied een pand in eigendom heeft (met als huurder DCMR Milieudienst Rijnmond). Roc betoogt dat het stedenbouwkundig plan geen goede ruimtelijke ordening oplevert. De komst van twee nieuwe gebouwen tegenover het DCMR-gebouw met een hoogte van 33 meter en 60 meter, en de komst van een gebouw van 90 meter hoog aan de kopse kant tegen het DCMR-gebouw aan, zouden ertoe leiden dat het DCMR-gebouw wordt ingesloten, weggedrukt en gemarginaliseerd.

Als gevolg van het plan wordt het DCMR-gebouw, gezien vanaf het station, aan het oog onttrokken. Roc acht dit onwenselijk, omdat de zichtbaarheid van het DCMR-gebouw vanaf het station een waardevolle kwaliteit van het gebouw is.

**3.** Roc heeft een architectenbureau gevraagd een alternatief te ontwikkelen voor de inrichting van het gebied. Dat alternatief leidt volgens Roc tot een betere opzet, kwalitatief hoogwaardiger openbare ruimten en efficiënter ruimtegebruik, zonder dat dit ten koste gaat van het beoogde woonprogramma. Volgens Roc is er daarom sprake van een tenminste gelijkwaardig alternatief. Volgens Roc had de raad onderzoek moeten doen naar dit alternatief.

### Alternatieven

**4.** Hoe gaat de Afdeling hier en in andere bestemmingsplanzaken om met voorgestelde alternatieven? Vrij uniek in de onderhavige zaak is dat de Afdeling, kort gezegd, concludeert dat de raad met onvoldoende motivering het alternatief van de hand heeft gewezen. Dat komt niet vaak voor in bestemmingsplanzaken waar alternatieven worden aangedragen.

**5.** Hierna volgen voor de praktijk enkele uitgangspunten en handvatten uit de rechtspraak van de Afdeling in bestemmingsplanzaken waarin alternatieven een rol spelen. De raad dient bij de keuze van een bestemming een afweging te maken van alle belangen die betrokken zijn bij de vaststellingen van het plan. Daarbij heeft de raad beleidsruimte. De voor- en nadelen van alternatieven moeten in die afweging worden meegenomen.<sup>2</sup> Dit is de standaardoverweging van de Afdeling. De enkele omstandigheid dat ook een andere invulling denkbaar is, betekent op zichzelf niet dat de raad zonder meer voor die invulling moet kiezen.<sup>3</sup> Wanneer alternatieven zijn aangedragen door belanghebbenden, en de raad kiest daar niet voor, dan wordt wel van de raad verwacht dat hij deugdelijk motiveert waarom daarvoor niet is gekozen.<sup>4</sup> Bijvoorbeeld door toe te lichten dat de voorgestelde alternatieven minder geschikt zijn, omdat deze voorzien in minder of minder betaalbare woningen.<sup>5</sup> Of bijvoorbeeld door erop te wijzen dat het alternatief niet past binnen de kaders van de ontwikkelstrategie.<sup>6</sup> Ook wanneer het alternatieve plan niet voldoet aan de richtafstanden van de VNG-richtlijn kan dit worden opgeworpen als nadeel.<sup>7</sup> En regelmatig wordt ook door een raad opgeworpen dat het alternatief niet financieel haalbaar is.<sup>8</sup> De raad mag zich overi-

**2** ABRvS 9 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1588; ABRvS 8 december 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2754; ABRvS 12 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1026; ABRvS 6 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3759; ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2081; ABRvS 23 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3943; ABRvS 6 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2929; ABRvS 16 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP8714; ABRvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8680.

**3** ABRvS 12 juli 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2696.

**4** ABRvS 12 juli 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2696.

**5** ABRvS 12 juli 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2696.

**6** ABRvS 23 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3943.

**7** ABRvS 16 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP4753.

**8** ABRvS 15 december 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2820.



gens niet verlaten op de afweging over een alternatief als die enkel is verricht door de initiatiefnemer, en de raad hierover geen eigen mening heeft gevormd.<sup>9</sup> De wijze van motivering van een afwijzing is verder erg casuïstisch.

**6.** Er bestaat geen wettelijke (noch jurisprudentiële) verplichting het alternatieve plan apart aan de raad voor te leggen.<sup>10</sup> In het kader van transparantie is wel aan te bevelen het alternatieve plan bijvoorbeeld te publiceren op de gemeentelijke website, en de motivering ook mee te nemen in de nota van beantwoording zienswijzen.<sup>11</sup> Het is niet vereist dat de motivering ook wordt opgenomen in de toelichting op het bestemmingsplan.<sup>12</sup> Voor de motivering van de raad kan het onder omstandigheden volstaan dat deze (pas) op de zitting bij de Afdeling wordt gecommuniceerd.<sup>13</sup>

**7.** Van belanghebbenden wordt verwacht dat zij aanvankelijk maken dat het voorgestelde alternatief zodanige voordelen heeft dat de raad in redelijkheid niet aan dat alternatief voorbij heeft kunnen gaan.<sup>14</sup> Het door belanghebbenden communiceren van een alternatief plan op de dag waarop het bestemmingsplan wordt vastgesteld, is te laat.<sup>15</sup> Van de raad kan niet worden verlangd dat hij in overleg blijft treden met de indieners van een alternatief plan en hen de gelegenheid blijft bieden dit plan bij te stellen, wanneer da. alternatieve pla. geen aanmerkelijke voordelen biedt ten opzichte van het gemeentelijke plan en ook in financieel opzicht nog nadere uitwerking behoeft.<sup>16</sup> Er geldt geen verplichting voor de raad om omwonenden actief te betrekken bij de te maken afweging tussen de voor- en nadelen van een naar voren gebracht alternatief of deze over het alternatief te raadplegen.<sup>17</sup>

**8.** In bijna alle gevallen accepteert de Afdeling de motivering van een raad waarbij een alternatief van de hand wordt gewezen. Dat gaat dan meestal via varianten op de vaste overweging, dat 'de raad het voorgestelde alternatief in redelijkheid heeft kunnen afwijzen'<sup>18</sup> of 'geen aanleiding voor het oordeel dat er onvoldoende onderzoek naar alternatieven heeft plaatsgevonden'<sup>19</sup>. In de onderhavige uitspraak Schieveste 2021 betreft de Afdeling echter ook een ander criterium, namelijk de vraag of 'op voorhand duidelijk is dat door verwezenlijking van het alternatief een gelijkwaardig resultaat kan worden bereikt met aanmerkelijk minder bezwaren'.<sup>20</sup> Ik vraag mij af of deze laatste toevoeging nodig en juist is.

Hij sluit in ieder geval niet aan bij de vaste overwegingen in het gros van de bestemmingsplanzaken, zoals die hiervoor zijn aangehaald. Dit nadere criterium lijkt ontleend aan de jurisprudentie van de Afdeling over (omgevings)vergunningen en bouwplannen.<sup>21</sup> Slechts beperkt komt het voor dat de Afdeling beide criteria betreft in een uitspraak over een bestemmingsplan<sup>22</sup>, en in één concreet geval<sup>23</sup> corrigeert de Afdeling de raad (impliciet) wanneer in een bestemmingsplanzaak ook een beroep wordt gedaan op het criterium van het 'gelijkwaardige resultaat met aanmerkelijk minder bezwaren'.

In dit kader is nog wel interessant om te zien dat het sinds de Harderwijk-uitspraak<sup>24</sup>, waarin de Afdeling heeft uiteengezet hoe de bestuursrechter aan het evenredigheidsbeginsel moet toetsen, voorkomt dat een belanghebbende in een bestemmingsplanzaak een beroep doet op de nieuwe toetsing aan het evenredigheidsbeginsel waaronder aan het noodzakelijkheidsvereiste. Zo werd in een zaak over het bestemmingsplan 'Zuidas Kop Zuidas 2018, 1e herziening' door een bewonersvereniging betoogd dat de herziening van het moederplan niet noodzakelijk was om bepaalde doelen te bereiken, omdat er andere geschikte plekken op de Zuidas zouden zijn om die doelen te bereiken.<sup>25</sup> De Afdeling past daar de nieuwe evenredigheidstoets toe, en beoordeelt dus ook of het plan van de raad in die zaak noodzakelijk was en of het doel niet 'met minder belastende maatregelen kon worden bereikt'. In die uitspraak overweegt de Afdeling dat de noodzakelijkheid van de partiële herziening van het moederplan voldoende is gemotiveerd door de raad. Kegge werpt in zijn nota bij de uitspraak de terechtte vraag op of de drietrapsraket uit Harderwijk (geschiktheid, noodzakelijkheid, evenwichtigheid) wel in haar geheel toepasbaar is in bestemmingsplanzaken. De toetsen van geschiktheid en noodzakelijkheid in die zaak waren namelijk al beoordeeld in het kader van de toets van een goede ruimtelijke ordening. Die uitspraak is bovendien juist een goed voorbeeld van een uitspraak waarin de Afdeling een van haar standaardoverwegingen hanteert zoals hiervoor beschreven. 'Naar het oordeel van de Afdeling heeft de raad toereikend gemotiveerd waarom niet voor deze alternatieven is gekozen'.<sup>26</sup> Volgens Kegge is de strikte toepassing van de drietrapsstoets bij ruimtelijke besluiten ongelukkig en deze zich bij deze besluiten moeten beperken tot de derde stap, die niet reeds is verdisconteerd in de beoordeling of is voldaan aan een goede ruimtelijke ordening.<sup>27</sup> Uit de uitspraak 'Zuidas Kop Zuidas 2018, 1e herziening' blijkt mij in ieder geval dat ook wanneer de beroepsgrond 'strijd met het evenredigheidsbeginsel' wordt ingebracht tegen een bestemmingsplan, de Afdeling

**9** ABRvS 16 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:491.

**10** ABRvS 29 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1252.

**11** ABRvS 29 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1252; ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1413; ABRvS 12 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1026; ABRvS 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:933; ABRvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8680; ABRvS 8 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:954.

**12** ABRvS 12 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1026.

**13** ABRvS 6 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3734; ABRvS 20 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7414; ABRvS 20 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1265; ABRvS 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:606.

**14** ABRvS 8 december 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2754.

**15** ABRvS 5 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT6635.

**16** ABRvS 12 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1026.

**17** ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:814.

**18** ABRvS 20 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2347.

**19** ABRvS 10 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2485.

**20** Nr. 17.2 van deze uitspraak.

**21** Zie reeds ABRvS 9 oktober 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE8514 (onder verwijzing naar ABRvS 27 februari 1997, Gst. 1998, 7067/7); ABRvS 15 februari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AV1763; ABRvS 25 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB0407; ABRvS 5 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3945; ABRvS 13 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2782; ABRvS 18 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2800; ABRvS 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:877.

**22** Bivj. dus wel in de onderhavige uitspraak Schieveste 2021, maar ook in ABRvS 1 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1971, nr. 6.4.

**23** ABRvS 7 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3614, nr. 11.1-11.2.

**24** ABRvS 2 februari 2022, AB 2022/120 m.nt. M.R. van Zanten.

**25** ABRvS 7 december 2022, TBR 2023/20 m.nt. R. Kegge.

**26** ABRvS 7 december 2022, TBR 2023/20 m.nt. R. Kegge, nr. 11.2.

**27** ABRvS 7 december 2022, TBR 2023/20 m.nt. R. Kegge.

bij de ruimtelijke toetsing van alternatieven vasthoudt aan haar standaardoverwegingen en daarin *niet* betreft of op voorhand duidelijk is dat door verwezenlijking van het alternatief een gelijkwaardig resultaat kan worden bereikt met aanmerkelijk minder bezwaren.

**9.** Naast argumenten van eenduidigheid en rechtszekerheid, lijkt er ook een meer inhoudelijk argument om het criterium van het '*gelijkwaardige resultaat met aanmerkelijk minder bezwaren*' niet te hanteren bij bestemmingsplannen en alleen bij bouwplannen: dat criterium past beter bij het limitatief-imperatief stelsel, bij de activiteit bouwen, waar het logisch is dat (nog) hoge(re) drempels worden opgeworpen voor weigering van een aanvraag vanwege een door derden aangedragen alternatief voor het bouwplan.

**10.** In dit geval strandt het bestemmingsplan overigens omdat de raad min of meer erkent dat het alternatieve plan in beginsel acceptabel is. Deze vernietiging had naar mijn mening echter dus ook enkel gebaseerd kunnen worden op de overweging dat de raad het alternatief niet in redelijkheid heeft kunnen afwijzen, althans dat de raad onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar alternatieven en de belangen onvoldoende heeft afgewogen.

## Burenrecht

**11.** In planologische procedures wordt met enige regelmaat een beroep gedaan op het civielrechtelijke burenrecht. Een apart leerstuk daarin is in de loop der tijd ontwikkeld in het ruimtelijke ordeningsrecht, gebaseerd op artikel 5:50 lid 1 BW, wanneer belanghebbenden aanvoeren dat een beoogd plan een evidente privaatrechtelijke belemmering oplevert omdat sprake is van rechtstreeks uitzicht op het naburige erf van die belanghebbenden. Uit artikel 5:50 lid 1 BW volgt namelijk dat het niet geoorloofd is binnen 2 meter van de grenslijn van een naburige erf vensters of andere muuropeningen, dan wel balkons of soortgelijke werken te hebben, voor zover deze op dit erf uitzicht geven, tenzij de eigenaar van dit erf daartoe toestemming heeft gegeven. Deze beroepsgrond wordt door belanghebbenden dan opgeworpen in het kader van de uitvoerbaarheid van het plan, en de vraag of sprake is van evidente privaatrechtelijke belemmeringen.

**12.** Binnen dit leerstuk bestaat weer een reeks uitspraken over de specifieke situatie waarin niet zozeer sprake is van *rechtstreeks uitzicht* op een naburig erf (rechtshoekig gemeten vanaf een opening), maar van *schuin* of *zijdelings uitzicht*. Door belanghebbenden wordt dan aangevoerd dat een beoogd plan een evidente privaatrechtelijke belemmering oplevert, omdat sprake is van schuin uitzicht op het naburige erf van die belanghebbenden. Onder verwijzing naar civiele rechtspraak wordt dan bepleit dat ook schuin uitzicht valt onder de reikwijdte van artikel 5:50 lid 1 BW.

**13.** De Afdeling heeft in 2020 uitgemaakt, dat bij schuin uitzicht, anders dan rechtstreeks uitzicht, geen sprake is van een evidente privaatrechtelijke belemme-

ring.<sup>28</sup> De (hoogste) civiele rechter heeft volgens de Afdeling namelijk nog niet (definitief) uitgemaakt dat het verschil tussen rechtstreeks en zijdelings zicht geen rol speelt. Bij artikel 5:50 BW. Ik interpreteer dit simpel gezegd zo, dat de Hoge Raad ooit nog zou kunnen oordelen dat zijdelings uitzicht geen rol speelt bij artikel 5:50 BW, of dat zijdelings uitzicht afhankelijk van de omstandigheden van het geval een rol speelt bij artikel 5:50 BW.<sup>29</sup> Daarom is op dit moment nog geen sprake is van de 'evidentie' die de Afdeling eist wanneer privaatrechtelijke belemmeringen in dit soort planologische procedures worden ingebracht. Die evidentie is vooralsnog enkel voorbehouden aan de situatie van rechtstreeks uitzicht.

**14.** Gelet op het voorgaande valt de volgende conclusie van de Afdeling in de onderhavige uitspraak Schieveste 2021 niet goed te begrijpen: '*Zoals hiervoor uiteengezet, valt "schuin uitzicht" niet onder het verbod van artikel 5:50 van het BW. Gelet hierop is er ook op dit punt geen aanleiding voor het oordeel dat een evidente privaatrechtelijke belemmering in de weg staat aan de uitvoering van het bestemmingsplan.*'<sup>30</sup> Dit strookt volgens mij niet met de duidelijke uitspraak van de Afdeling uit 2020; de conclusie had moeten zijn dat het vooralsnog te onduidelijk is of schuin uitzicht valt onder het verbod van artikel 5:50 BW, en dat daarom geen aanleiding is voor het oordeel dat een evidente privaatrechtelijke belemmering in de weg staat aan de uitvoering van het bestemmingsplan.

**15.** De vernietiging van dit bestemmingsplan betekent 15. De vernietiging voor het behalen van de landelijke en regionale doelstellingen op woningbouw. De raad van de gemeente Schiedam ziet de kritiek van de Afdeling vooral als een mogelijkheid om bepaalde onvolkomenheden te herstellen: '*De gemeente is verheugd dat de Raad van State in zijn uitspraak aangeeft dat woningbouw op Schieveste door kan gaan.*'<sup>31</sup> Het glas is halfvol aan de Schie. Op 30 mei 2023 heeft de raad het bestemmingsplan gewijzigd vastgesteld.<sup>32</sup> Uit de motivering blijkt dat het bestemmingsplan is aangepast aan de door Roc aangedragen alternatieve invulling, zodat het gebouw aan de voorzijde van het DCMR-gebouw komt te vervallen en de maximale bouwhoogte van het gebouw op de kopse gevel wordt verlaagd naar 45 meter. Met deze aanpassingen zou volgens de raad sprake zijn van een aanvaardbaar alternatief dat minder bezwarend is voor het DCMR-gebouw. Voor zover bekend hebben Roc of anderen geen beroep ingesteld tegen het gewijzigde plan.

H.P. Wiersema

<sup>28</sup> ABRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1106, nr. 2-2.3.

<sup>29</sup> In de lagere rechtspraak wordt inmiddels algemeen aangenomen dat schuin/zijdelings uitzicht *niet* valt onder de reikwijdte van artikel 5:50 BW, in navolging van de zgn. 'Amsterdamse lijn' die is ingezet door het Hof Amsterdam in zijn arrest van 6 juli 2010 (ECLI:NL:GHAMS:2010:BN0268), r.o. 3. Zie recent bijv.: Hof Arnhem-Leeuwarden 13 juni 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:4942, r.o. 4.5 en Hof 's-Hertogenbosch 19 juni 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:2434, r.o. 3.6.4.

<sup>30</sup> Nr. 20.2 uitspraak Schieveste 2021.

<sup>31</sup> <schiedam24.nl/nl/nieuws/nieuws/vernietiging-plan-schieveste-biedt-kans-fouten-te-herstellen/23980>.

<sup>32</sup> <www.ruimtelijkeplannen.nl/documents/NL.IMRO.0606.BP0046-0003/vb\_NL.IMRO.0606.BP0046-0003.pdf>.

**TBR 2023/103****Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 2 augustus 2023, No. 202004284/1/RZ, ECLI:NL:RVS:2023:2834 (Bestemmingsplan Heeze-Leende)**

(Mr. A. ten Veen, mr. J. Hoekstra en mr. A.J.C. de Moor-van Vugt)

**Wro: art. 3.1; Dri: art. 15; Awb: bijlage 2 art. 2 onderdeel Wro onder a**

Beperking huisvesting seizoenarbeiders en arbeidsmigranten in planregels. Dwingende reden van algemeen belang in verband met goede ruimtelijke ordening. Geen strijd met noodzakelijkheidsbeginsel. Deel planregeling gaat verder dan nodig is om het beoogde doel te bereiken. Strijd met evenredigheidsbeginsel art. 15 lid 3 onder c DRL.

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

Bij besluit van 25 mei 2020 heeft de raad (van de gemeente Heeze-Leende, HdV) het bestemmingsplan 'Uitsluiten nieuwvestiging logies t.b.v. seizoensarbeiders en arbeidsmigranten' vastgesteld.

[appellant] heeft daartegen beroep ingesteld.  
(...)

**Overwegingen**

**1.** Het bestemmingsplan is een gedeeltelijke herziening van drie bestemmingsplannen: 'Providentia', 'Kom Leende-Leenderstrip 2015' en '1ste partiële herziening Kom Heeze 2015'. Het plan maakt onderscheid tussen het aanbieden van logies voor toeristen en het aanbieden van logies voor niet-toeristen, waarbij het arbeidsmigranten en seizoenarbeiders uitdrukkelijk uitsluit. Het aanbieden van logies voor niet-toeristen staat het bestemmingsplan niet langer toe.

**1.1.** [appellant] is eigenaar van een hotel in het plangebied. Hij kan zich niet met het plan verenigen, omdat volgens hem ten onrechte onderscheid wordt gemaakt tussen toeristen en arbeidsmigranten. Hij wil geen gasten uitsluiten. In deze uitspraak zal worden ingegaan op de vraag of het onderscheid dat het bestemmingsplan maakt in strijd is met de Dienstenrichtlijn en de Grondwet.

**Toetsingskader**

**2.** Bij de vaststelling van een bestemmingsplan moet de raad bestemmingen aanwijzen en regels geven die de raad uit het oogpunt van een goede ruimtelijke ordening nodig acht. De raad heeft daarbij beleidsruimte en moet de betrokken belangen afwegen. De Afdeling oordeelt niet zelf of het plan in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening. De Afdeling beoordeelt aan de hand van de beroepsgronden of het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan in overeenstemming is met het recht. Daarbij kan aan de

orde komen of de nadelige gevolgen van het plan onevenredig zijn in verhouding tot de met het plan te dienen doelen.

**2.1.** Voor zover de wettelijke bepalingen en de planregels niet in de uitspraak zijn geciteerd, is de relevante regelgeving opgenomen in de bijlage die deel uitmaakt van deze uitspraak.

**Beroep**

**3.** Appellant betoogt dat het bestemmingsplan waarin seizoenarbeiders en arbeidsmigranten zijn uitgesloten van logies bij bijvoorbeeld hotels en pensions, een ongerechtvaardigd onderscheid maakt, daarom discriminerend is en in strijd is met de Dienstenrichtlijn en de Grondwet. Het bestemmingsplan is namelijk in strijd met het discriminatieverbod en de raad heeft niet goed onderbouwd waarom dit onderscheid gerechtvaardigd is om een dwingende reden van algemeen belang en evenredig is.

**3.1.** Appellant heeft toegelicht dat de planregel waarin seizoenarbeiders en arbeidsmigranten zijn uitgesloten van logies bij bijvoorbeeld hotels en pensions een kwantitatieve of territoriale beperking is in de zin van artikel 15, tweede lid, aanhef en onder a, van de Dienstenrichtlijn. Deze beperking is niet gerechtvaardigd omdat niet is voldaan aan de vereisten uit artikel 15, derde lid, van de Dienstenrichtlijn. Zo is niet voldaan aan het discriminatieverbod, omdat de planregel met name personen van een andere nationaliteit raakt, en is de planregel niet gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang. De beperking is niet evenredig, omdat het voor Rutjes nauwelijks mogelijk wordt het hotel in overeenstemming met de planregels te exploiteren. Hij wordt door de beperking namelijk afhankelijk van wat hotelbezoekers hem vertellen over de reden van hun verblijf, terwijl hij wel verantwoordelijk kan worden gehouden als zij in strijd met het bestemmingsplan in zijn hotel verblijven. Ook is de beperking niet evenredig, omdat het ruimtelijke effect van niet-toeristisch gebruik door seizoenarbeiders en arbeidsmigranten op de omgeving niet hoeft te verschillen van toeristisch verblijf, als zij de kamers op eenzelfde manier gebruiken als toeristen. [appellant] concludeert dat het bestemmingsplan niet voldoet aan de vereisten die de Dienstenrichtlijn stelt.

**Dienstenrichtlijn**

**4.** De Dienstenrichtlijn is van toepassing op eisen die specifiek de toegang tot of de uitoefening van een dienstactiviteit regelen, of daarop specifiek van invloed zijn (overweging 9 van de preambule van de Dienstenrichtlijn). De Afdeling begrijpt dit zo, dat het daarbij in de eerste plaats kan gaan om eisen die uitdrukkelijk gericht zijn

tot dienstverrichters (zie het arrest van 30 januari 2018, Visser Vastgoed, ECLI:EU:C:2018:44, punt 124). Hieronder vallen onder meer administratieve formaliteiten, eisen en voorschriften die specifiek de toegang tot of de uitoefening van een dienstactiviteit of een bijzondere categorie diensten regelen (zie het arrest van 22 september 2020, Cali Apartments, ECLI:EU:2020:743, punt 41). In de tweede plaats kan het gaan om eisen die weliswaar gericht zijn tot iedereen, maar die gelet op hun effecten, specifiek van invloed zijn op de toegang tot de uitoefening van een dienstactiviteit (zie de uitspraak van de Afdeling van 9 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:35, Riksha, onder 5.6).

**4.1.** De richtlijn is niet van toepassing op eisen die op iedereen zonder onderscheid van toepassing zijn, dat wil zeggen zowel op dienstverrichters als op niet-dienstverrichters ('particulieren'). Omdat zulke eisen op dezelfde wijze in acht moeten worden genomen door dienstverrichters en personen die handelen als particulier, vormen zij geen beperking van de vrijheid van vestiging van dienstverrichters en het vrije verkeer van diensten tussen de lidstaten (zie het arrest van 30 januari 2018, Visser Vastgoed, ECLI:EU:C:2018:44, punt 123).

**4.2.** Ook een regeling in een bestemmingsplan kan als eis worden aangemerkt (zie het arrest Visser Vastgoed). Voor de vraag of zo'n regeling een eis is in de zin van de Dienstenrichtlijn, geldt hetzelfde toetsingskader als hierboven in overweging 4 weergegeven, namelijk of de bestreden planregeling specifiek de toegang tot of uitoefening van een dienstactiviteit regelt, of daarop specifiek van invloed is.

**4.3.** Dat betekent dus ook dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op planregelingen die dienstverrichters bij de uitvoering van hun economische activiteit in acht moeten nemen op dezelfde wijze als natuurlijke personen die als particulier handelen, dat moeten doen (zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Afdeling van 24 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:369, onder 32.3).

**4.4.** Als een planregeling is aan te merken als een eis in de zin van de Dienstenrichtlijn, betekent dit niet dat de planregeling alleen daarom al verboden is. Alleen de eisen genoemd in artikel 14 van de Dienstenrichtlijn zijn zonder meer verboden. Artikel 15, derde lid, van de Dienstenrichtlijn regelt dat de in het tweede lid genoemde eisen moet voldoen aan de vereisten van het discriminatieverbod, een dwingende reden van algemeen belang en evenredigheid. Een bestuursorgaan dat zo'n eis stelt, moet in dat geval een rechtvaardiging hiervoor geven.

**4.5.** Artikel 15 van de Dienstenrichtlijn is niet omgezet naar nationaal recht en de termijn voor omzetting is verstreken. Zoals het Hof in zijn arrest Visser Vastgoed heeft geoordeeld, heeft artikel 15 echter rechtstreekse werking voor

zover het de lidstaten in het eerste lid, tweede volzin, een onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige verplichting oplegt om hun wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen aan te passen om deze in overeenstemming te brengen met de in het derde lid ervan bedoelde voorwaarden. Dat betekent dat rechtstreeks aan die vereisten kan worden getoetst, voor zover dat nodig is in het licht van wat in beroep is aangevoerd.

### **Vereisten artikel 15, derde lid, van de Dienstenrichtlijn**

**5.** Eisen waarop de Dienstenrichtlijn van toepassing is en die direct of indirect discrimineren, zijn in strijd met artikel 15, derde lid, van de richtlijn en kunnen niet gerechtvaardigd worden. Dit betekent dat voor dienstverrichters geen direct of indirect onderscheid mag worden gemaakt naar nationaliteit, of voor vennootschappen, de plaats van hun statutaire zetel.

**5.1.** Eisen die aan dienstverrichters gesteld worden en die niet op voorhand verboden zijn, moeten in overeenstemming met artikel 15, derde lid, van de Dienstenrichtlijn gerechtvaardigd worden. Dit houdt in dat de eisen nodig zijn om een dwingende reden van algemeen belang. Verder moeten zij ten opzichte van dat belang evenredig zijn. Dat laatste houdt in dat de eisen geschikt moeten zijn om het nagestreefde doel te bereiken; zij gaan niet verder dan nodig is om dat doel te bereiken en dat doel kan niet met andere, minder beperkende maatregelen worden bereikt.

**5.2.** Een goede ruimtelijke ordening, waar toe een planregeling moet strekken, kan een dwingende reden van algemeen belang opleveren, die een eis in de zin van de Dienstenrichtlijn aan te merken planregeling kan rechtvaardigen. Voor die rechtvaardiging is vereist dat het bestuursorgaan de betrokken planregeling motiveert op zodanige wijze dat het aantoonbaar is dat de planregeling nodig is om het beoogde ruimtelijke doel te bereiken. Vervolgens moet het bestuursorgaan motiveren dat de planregeling geschikt is om dat ruimtelijk doel te bereiken, niet verder gaat dan nodig, en evenredig is. Bij dit laatste aspect moet worden afgewogen of de nadelige gevolgen ervan voor de dienstverrichter onevenredig zijn in verhouding met het door de eis te dienen doel. In de regel kan het bestuursorgaan daarvoor dezelfde onderbouwing geven die ook is vereist op grond van artikel 3.1 van de Wet ruimtelijke ordening en artikel 3:46 van de Algemene wet bestuursrecht.

**5.3.** Van belang is dat de Afdeling in staat moet zijn om op basis van deze onderbouwing te toetsen of de planregeling gerechtvaardigd is om een dwingende reden van algemeen belang en evenredig is (vergelijk het arrest van 18 september 2019, VIPA, EU:C:2019:751, punten 69 en 70). Daarvoor is alleen dan een cijfermatige onderbouwing vereist als de specifieke omstandigheden van het geval daar aanleiding toe geven. De

Afdeling leidt dit af uit het arrest van 8 september 2010, Stoß, EU:C:2010:504, punt 72, en het arrest van 24 maart 2011, Commissie t. Spanje, EU:C:2011:172, punt 83.

**5.4.** Dit betekent dat in een geval als het voorliggende plan, waarin in een planregel de eis wordt gesteld dat aanbieders van logies hun diensten alleen aanbieden aan toeristen, deze eis kan worden gerechtvaardigd door gemotiveerd te wijzen op bijvoorbeeld het beperken van overlast voor de directe omgeving en het voorkomen van gebruik van voorzieningen voor een functie waarvoor ze niet zijn bedoeld, namelijk niet voor huisvesting. Daarnaast kan een bestuursorgaan bijvoorbeeld ook wijzen op het belang van een goede kwaliteit van voorzieningen en van passende en geschikte huisvesting. De evenredigheid van de planregeling kan worden gemotiveerd door te wijzen op de geschiktheid van het instrument van de planregeling om de hiervoor genoemde tot een goede ruimtelijke ordening behorende doelen te bereiken en te onderbouwen dat de planregeling zoals die is geformuleerd niet verder gaat dan nodig om deze doelen te bereiken. Daarbij kan het bestuursorgaan wijzen op het ontbreken van geschikte alternatieven voor de planregeling.

#### **Toetsing in dit geval**

**6.** Partijen zijn het over de volgende twee punten eens, namelijk dat de Dienstenrichtlijn van toepassing is op de planregel waarin seizoenarbeiders en arbeidsmigranten zijn uitgesloten van logies bij bijvoorbeeld hotels en pensions, en dat deze planregel moet worden aangemerkt als een territoriale beperking als bedoeld in artikel 15, tweede lid, aanhef en onder a, van de Dienstenrichtlijn. In discussie is of de planregel voldoet aan de vereisten van artikel 15, derde lid, van de Dienstenrichtlijn.

**6.1.** Het bestemmingsplan wijzigt de begripsbepaling 'horeca' voor het bedrijfsmatig aanbieden van logies en voegt de begripsbepalingen 'arbeidsmigrant' en 'seizoensarbeider' toe. Door deze wijzigingen zijn op gronden met een horecabestemming alleen nog hotels of pensions toegestaan als deze gericht zijn op het toeristisch en veelal kortdurend verstrekken van nachtverblijf en logies. Het aanbieden van logies aan seizoenarbeiders of arbeidsmigranten wordt door het plan uitdrukkelijk uitgesloten. Het aanbieden van nachtverblijf of logies dat niet is gericht op toeristisch of kortdurend verblijf is daardoor in strijd met het bestemmingsplan.

#### **Motivering van de planregels**

**7.** De raad heeft zich op het standpunt gesteld dat de planregels niet in strijd zijn met artikel 15, derde lid van de Dienstenrichtlijn. Er is namelijk ten eerste voldaan aan het discriminatieverbod, omdat het bestemmingsplan alle personen waaraan anders dan toeristisch logies wordt aangeboden

uitsluit en niet alleen seizoenarbeiders en arbeidsmigranten.

**7.1.** Ten tweede zijn de planregels gelet op de recreatieve en toeristische doelstellingen van het gemeentelijk beleid gerechtvaardigd. De raad wil recreatie en toerisme in Heeze-Leende stimuleren. Het onttrekken van logiesfaciliteiten aan de toeristische markt is hiervoor nadelig. De raad heeft zich verder op het standpunt gesteld dat het niet wenselijk is dat huisvesting van seizoenarbeiders en arbeidsmigranten rechtstreeks is toegestaan, omdat de gemeente dan geen enkele voorwaarde aan het gebruik van panden of een exploitant kan stellen en er dan niet op kan toezien dat de voorzieningen voldoen aan maatschappelijke normen. Dat is wel mogelijk met een omgevingsvergunning in afwijking van het bestemmingsplan. Daarbij is de raad gebleken dat de ruimtelijke uitstraling van een pand waarin (ook) seizoenarbeiders of arbeidsmigranten zich kortdurend vestigen, anders is en dat omwonenden dat als negatief ervaren. Dit is met name zo als de logies zich in de dorpskern bevindt. Het plan is dus nodig ter bescherming van de diverse ruimtelijke orderingsbelangen en daarmee gerechtvaardigd.

**7.2.** Ten derde heeft de raad zich op het standpunt gesteld dat de planregels evenredig zijn, omdat het verlenen van bedrijfsmatige logies anders dan toeristische alleen wordt uitgesloten in de dorpskernen van de gemeente. Zij gaan daarom niet verder dan nodig is. In het bestemmingsplan 'Buitengebied Heeze-Leende 2017' bij de bestemming 'Agrarisch bedrijf' is namelijk een binnenplanse afwijkingsmogelijkheid opgenomen om onder voorwaarden bestaande bedrijfsgebouwen te gebruiken voor de huisvesting van seizoenarbeiders en arbeidsmigranten.

#### **Discriminatieverbod**

**8.** Appellant betoogt ten onrechte dat de planregels niet voldoen aan het discriminatieverbod uit artikel 15, derde lid, sub a, van de Dienstenrichtlijn. De raad heeft zich namelijk terecht op het standpunt gesteld dat in dit geval de planregels geen direct of indirect onderscheid maken in de zin van artikel 15, derde lid, aanhef en onder a, van de Dienstenrichtlijn. Zoals de Afdeling heeft overwogen in de uitspraak van 15 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1075, onder 8.2, ziet het discriminatieverbod in dat artikel op discriminatie van dienstverrichters. De planregels hebben geen discriminerende werking voor pension- of hoteleigenaren, zoals [appellant]. De planregels stellen immers geen eisen aan de nationaliteit of vestigingsplaats van pension- of hoteleigenaren. De planregels voldoen dus

aan het discriminatieverbod uit artikel 15, derde lid, sub a, van de Dienstenrichtlijn.

Het betoog slaagt niet.

### **Gerechvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang**

**9.** Appellant betoogt ten onrechte dat de planregels niet kunnen worden gerechtvaardigd omdat deze niet nodig zijn om een dwingende reden van algemeen belang. De raad heeft zich op het standpunt mogen stellen dat het stimuleren van de recreatie en het toerisme in de stads- en dorpskernen van Heeze-Leende en het bevorderen van een goed woon- en leefklimaat daar, strekken tot de bescherming van het stedelijk milieu. De planregels zijn daarmee gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang, zodat wordt voldaan aan artikel 15, derde lid, aanhef en onder b, van de Dienstenrichtlijn.

Het betoog slaagt niet.

### **Evenredigheid**

**10.** Appellant betoogt terecht dat de planregels niet kunnen worden gerechtvaardigd omdat deze niet evenredig zijn. De planregels zijn weliswaar gerechtvaardigd voor zover ze een onderscheid maken tussen toeristisch en niet-toeristisch verblijf, maar zijn niet gerechtvaardigd voor zover zij seizoenarbeiders en arbeidsmigranten nadrukkelijk uitsluiten. Hierover overweegt de Afdeling als volgt.

**10.1.** De planregels die de definitie van 'horeca' en 'horeca 3'-bedrijf wijzigen bestaan uit twee delen. Het eerste deel schrijft voor dat een bedrijf alleen toeristisch en veelal kortdurend logies mag aanbieden. Het tweede deel in de planregel schrijft voor dat een bedrijf deze logies niet mag aanbieden aan seizoenarbeiders of arbeidsmigranten.

**10.2.** Over het eerste deel heeft de raad zich op het standpunt mogen stellen dat het onderscheid tussen toeristisch en niet-toeristisch verblijf evenredig is. Dit onderscheid dient een goede ruimtelijke ordening en gaat ook niet verder dan nodig is om dat doel te bereiken. [appellant] heeft niet aangetoond dat de nadelige gevolgen van de eis voor hem als dienstverrichter onevenredig zijn in verhouding tot dit te dienen doel. Dat hij onder het plan alleen nog toeristisch verblijf mag aanbieden betekent niet dat het voor hem onmogelijk wordt om zijn hotel in overeenstemming met de planregels te exploiteren. In de meeste gevallen zal uit de omstandigheden duidelijk blijken dat verblijf van niet-toeristische aard is. In het bijzondere geval dat dit onderscheid volgens [appellant] niet duidelijk is en het college een handhavingprocedure start, zal in dat specifieke geval de evenredigheid van de bestuurlijke sanctie moeten worden beoordeeld. Dit betekent niet dat de raad in het bestemmingsplan geen onderscheid mag maken tussen toeristisch en niet-toeristisch verblijf.

**10.3.** [appellant] betoogt daarnaast ten onrechte dat de ruimtelijke effecten van toeristisch verblijf en niet-toeristisch verblijf op de omgeving hetzelfde zijn. Zo worden bij het aanbieden van verblijf aan niet-toeristen de betrokken kamers anders gebruikt dan in geval het toeristen betreft, en zijn dan ook andere voorzieningen in de omgeving nodig.

**10.4.** Het tweede deel van de planregel gaat wel verder dan nodig is om het beoogde doel te bereiken. Los van de omstandigheid dat een (indirect) discriminerende bepaling op zichzelf nooit evenredig kan zijn, kan de bescherming van de diverse ruimtelijke orderingsbelangen ook worden bereikt zonder onderscheid te maken tussen enerzijds seizoenarbeiders en arbeidsmigranten en anderzijds andere personen die logies voor niet-toeristisch of kortdurend verblijf ook willen afnemen. De raad gaat daarmee verder dan nodig is om toeristisch van niet-toeristisch verblijf te onderscheiden.

**10.5.** Dit betekent dat het bestemmingsplan niet voldoet aan het vereiste van evenredigheid als bedoeld in artikel 15, derde lid, onder c, van de Dienstenrichtlijn, voor zover de artikelen 3.1, 4.1 en 5.1 van de planregels seizoenarbeiders en arbeidsmigranten uitdrukkelijk uitsluiten van logies.

Het betoog slaagt.

### **Grondwet**

**11.** Het is niet nodig om het betoog van [appellant] over strijd met de Grondwet uitvoerig te bespreken. Uit 10.4 en 10.5 volgt immers dat het uitdrukkelijk uitsluiten van seizoenarbeiders en arbeidsmigranten geen stand houdt. Het in de planregels gemaakte onderscheid tussen toeristisch en niet-toeristisch verblijf is niet in strijd met artikel 1 van de Grondwet, omdat het bestemmingsplan alle personen uitsluit van niet-toeristisch verblijf.

### **Conclusie**

**12.** Het beroep is gegrond. Het besluit van 25 mei 2020 wordt vernietigd, omdat het in strijd is met artikel 15, derde lid, aanhef en onder c, van de Dienstenrichtlijn, voor zover in artikel 3.1, artikel 4.1 en artikel 5.1 van de planregels seizoenarbeiders en arbeidsmigranten uitdrukkelijk worden uitgesloten. (*Enz. enz. Red.*)

### **NOOT**

#### **Algemeen**

**1.** In de aan de orde zijnde uitspraak *Heeze-Leende* wordt een planregeling (gedeeltelijk) vernietigd wegens strijd met het evenredigheidsbeginsel uit art. 15 lid 3 onder c van

de Dienstenrichtlijn (DRL).<sup>1</sup> Het betreft het deel van de planregeling dat voorschrijft dat een bedrijf geen logies mag bieden aan seizoenarbeiders of arbeidsmigranten omdat de regeling verder gaat dan nodig is om het beoogde doel te bereiken, één van de criteria uit het evenredigheidsbeginsel. Bij mijn weten is er in het omgevingsrecht nog niet eerder een planregel door de ABRvS op deze grond vernietigd maar het kan natuurlijk zijn dat ik iets gemist heb. Eerder dit jaar heb ik de uitspraak *Bergen* van de ABRvS besproken waarin een planregel aan de orde was die een beperking inhield van de huisvestingsmogelijkheden voor arbeidsmigranten. Het ging in dat geval om een parapluperzieningsplan waarbij het bieden van logies en verblijf van arbeidsmigranten in horecabedrijven categorie 5 op gronden met de bestemming 'Horeca' en 'Gemengd' werd uitgesloten. Deze herziening had betrekking op acht locaties langs de provinciale weg N271. De raad had zich op het standpunt geteld dat de DRL niet van toepassing was omdat de planregel zich niet alleen tot dienstverrichters<sup>2</sup> zou richten. In dat geval zou op basis van overweging 9 van de preambule van de DRL<sup>3</sup> deze richt-

lijn niet van toepassing zijn. Het standpunt van de raad werd door de ABRvS verworpen omdat kort gezegd de planregel specifiek gericht was op horecabedrijven. Om die reden betrof het een eis<sup>4</sup> die naar zijn aard niet op dezelfde wijze geldt voor dienstverrichters (voor hen geldt de bepaling wel) en natuurlijke personen (voor hen geldt de bepaling niet). In aantekening 7 van mijn annotatie bij de uitspraak *Bergen* heb ik gewezen op een uitspraak van 28 november 2019, waarin de rechtbank Midden Nederland oordeelde dat een afstandsregel uit het kamerverhuurbeleid van de gemeente Lelystad generieke werking heeft, waardoor zowel dienstverrichters als personen die als particulier handelen worden geraakt en dat om die reden de DRL niet op de regel van toepassing is.<sup>5</sup> Het gaat dus altijd om de vraag wie normadressaat is van een planregel die een beperking inhoudt van gebruiksmogelijkheden van gronden en bouwwerken waardoor ook dienstverrichters geraakt worden. Als deze planregel zich ook richt tot andere gebruikers in het plangebied dan dienstverrichters is de DRL niet van toepassing.

**2.** In de uitspraak *Heeze-Leende* overweegt de ABRvS in r.o. 5 dat eisen waarop de DRL van toepassing is en die direct of indirect discrimineren, in strijd zijn met art. 15 lid 3 van deze richtlijn en niet gerechtvaardigd kunnen worden. Vervolgens wordt in r.o. 10.4 opgemerkt dat een (indirect) discriminerende bepaling nooit evenredig kan zijn. Omdat in de uitspraak *Bergen* ook het onderscheid tussen indirecte en directe discriminatie aan de orde kwam, citeer ik wat ik daarover heb gezegd in aantekening 8 van mijn noot bij die uitspraak: "In r.o. 7.5 overweegt de ABRvS onder meer: *'Gelet op de omstandigheid dat in de plantoelichting is opgenomen dat de mogelijkheid om internationale werknemers te huisvesten op de gronden die bestemd zijn voor 'Horeca' en 'Gemengd' met dit paraplubestemmingsplan juridisch-plano-logisch wordt uitgesloten, kan de Afdeling het niet anders begrijpen dan dat er sprake is van indirecte discriminatie. Reeds omdat de raad heeft nagelaten om deze indirect discriminerende behandeling gemotiveerd te rechtvaardigen, ziet de Afdeling geen aanleiding voor een verdere bespreking van het betoog met betrekking tot de Dienstenrichtlijn.'*" De ABRvS spreekt hier over indirecte discriminatie. Deze vorm van discriminatie wordt ook wel verkapte discriminatie genoemd. Formeel gezien wordt bij indirecte discriminatie geen onderscheid gemaakt op grond van nationaliteit, maar is een bepaalde voorwaarde voor buitenlandse werknemers moeilijker te vervullen dan voor binnenlandse werknemers. Bij directe discriminatie gaat het om gevallen van formele of openlijke discriminatie op grond van nationaliteit, die dan het onderscheidend criterium is in de regels.<sup>6</sup> De planregel in art. 4.1 van het parapluplan laat een goed voorbeeld zien van indirecte discriminatie, nu hierin geen onderscheid

**1** Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PB 2006, L 376/36, 27 december 2006). Art. 15 DRL heeft betrekking op eisen die in onder meer planregels aan dienstverrichters kunnen worden gesteld. Dat geldt voor zowel de huidige bestemmingsplanregels als de toekomstige omgevingsplanregels. Deze bepaling luidt:

'1. De lidstaten onderzoeken of in hun rechtsstelsel de in lid 2 bedoelde eisen worden gesteld en zien erop toe dat eventueel bestaande eisen verenigbaar zijn met de in lid 3 bedoelde voorwaarden. De lidstaten passen hun wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen aan om de eisen met die voorwaarden in overeenstemming te brengen.

2. De lidstaten onderzoeken of de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit in hun rechtsstelsel afhankelijk wordt gesteld van de volgende niet-discriminerende eisen:

a) kwantitatieve of territoriale beperkingen, met name in de vorm van beperkingen op basis van de bevolkingsomvang of een geografische minimumafstand tussen de dienstverrichters;

[...].

3. De lidstaten controleren of de in lid 2 bedoelde eisen aan de volgende voorwaarden voldoen:

a) discriminatieverbod: de eisen maken geen direct of indirect onderscheid naar nationaliteit of, voor vennootschappen, de plaats van hun statutaire zetel;

b) noodzakelijkheid: de eisen zijn gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang;

c) evenredigheid: de eisen moeten geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken; zij gaan niet verder dan nodig is om dat doel te bereiken en dat doel kan niet met andere, minder beperkende maatregelen worden bereikt.

[...].

**2** In art. 4 onder 2 DRL wordt onder dienstverrichter verstaan: 'iedere natuurlijke persoon die onderdaan is van een lidstaat of iedere rechtspersoon in de zin van artikel 48 van het Verdrag, die in een lidstaat is gevestigd en een dienst aanbiedt of verricht'. Art. 4 onder 1 DRL verstaat onder dienst: 'elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, zoals bedoeld in artikel 50 van het Verdrag'.

**3** Overweging 9 van de preambule luidt: 'Deze richtlijn is alleen van toepassing op eisen met betrekking tot de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit. Deze richtlijn is derhalve niet van toepassing op eisen zoals verkeersregels, regels betreffende de ontwikkeling of het gebruik van land, voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw, en evenmin op administratieve sancties wegens het niet naleven van dergelijke voorschriften die de dienstenactiviteit niet specifiek regelen of daarop specifiek van invloed zijn, maar die de dienstverrichters bij de uitvoering van hun economische activiteit in acht dienen te nemen op dezelfde wijze als natuurlijke personen die als particulier handelen'.

**4** Ik heb er in noot 1 op gewezen dat art. 15 DRL betrekking heeft op eisen die in onder meer planregels aan dienstverrichters kunnen worden gesteld.

**5** Rb. Midden Nederland 28 november 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5635 (*Kamerverhuurbeleid Lelystad*). Deze uitspraak is vermeld in aantekening 6 van mijn noot bij ABRvS 22 januari 2020 ECLI:NL:RVS:2020:217, *TBR* 2020/23 (*Bestemmingsplan Enschede*).

**6** Zie voor het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie het Expertise Centrum Europees Recht, <ecer.minbuza.nl/ecer/dossiers/werknemers/discriminatieverbod>.

wordt gemaakt naar nationaliteit van degenen die door deze regel getroffen worden. Uit de plantoelichting bij dit plan blijkt echter expliciet dat de planregel gericht is op het beperken van huisvestingsmogelijkheden van arbeidsmigranten (internationale werknemers) in de gemeente Bergen.”

**3.** Het raadsbesluit tot vaststelling van het bestemmingsplan werd vernietigd wegens strijd met het motiveringsbeginsel uit art. 3:46 Awb. Ik heb er in aantekening 10 van mijn annotatie op gewezen dat wanneer de raad ervoor zou kiezen om een reparatiebesluit te nemen, de planregeling getoetst moet worden aan het noodzakelijkheids- en evenredigheidsbeginsel uit art. 15 lid 3 onder b en c DRL<sup>7</sup> en evenmin verboden eisen mag bevatten als bedoeld in art. 14 lid 1 DRL.<sup>8</sup> Waar de ABRvS in de uitspraak *Bergen* niet aan toetsing van de bestreden planregel aan de DRL toekwam, is dat anders in de uitspraak *Heeze-Leende* van 2 augustus jl.

### Het beroep Heeze-Leende

**4.** Het door de raad van Heeze-Leende op 25 mei 2020 vastgestelde bestemmingsplan ‘Uitsluiten nieuwvestiging logies t.b.v. seizoenarbeiders en arbeidsmigranten’ houdt een gedeeltelijke herziening in van drie bestemmingsplannen. In het plan wordt onderscheid gemaakt tussen het aanbieden van logies voor toeristen en het aanbieden van logies voor niet-toeristen waarbij arbeidsmigranten en seizoenarbeiders uitdrukkelijk worden uitgesloten. Het aanbieden van logies voor niet-toeristen wordt in het bestemmingsplan niet langer toegestaan. De eigenaar van een in het plangebied gelegen hotel stelt in beroep dat ten onrechte onderscheid wordt gemaakt tussen toeristen en arbeidsmigranten omdat hij geen gasten wil uitsluiten. Betoogd wordt dat: (a) het bestemmingsplan door de uitsluiting van seizoenarbeiders en arbeidsmigranten een ongerechtvaardigd onderscheid maakt en om die reden discriminerend is en in strijd met de DRL en de Grondwet, (b) de raad niet goed heeft onderbouwd waarom het onderscheid tussen toeristen en niet-toeristen gerechtvaardigd is om een dwin-

gende reden van algemeen belang<sup>9</sup> en evenredig<sup>10</sup> is, (c) er sprake is van een kwantitatieve of territoriale beperking in de zin van art. 15 lid 2 aanhef en onder a van de DRL<sup>11</sup>, (d) de beperking niet gerechtvaardigd is omdat niet is voldaan aan de vereisten uit art. 15 lid 3 DRL<sup>12</sup>, (e) de beperking niet evenredig is omdat het appellatant nauwelijks mogelijk wordt gemaakt het hotel te exploiteren in overeenstemming met de planregels, (f) de beperking evenmin evenredig is omdat het ruimtelijk effect van niet-toeristisch gebruik door seizoenarbeiders en arbeidsmigranten op de omgeving niet hoeft te verschillen van toeristisch verblijf wanneer zij de kamers op dezelfde wijze gebruiken als toeristen.

### Standpunt ABRvS

**5.** In r.o. 4 en 5 gaat de ABRvS in meer algemene zin in op de DRL en de eisen waarop deze richtlijn van toepassing is. Zo wordt overwogen dat eisen waarop de DRL van toepassing is en die direct of indirect discrimineren, in strijd zijn met art. 15 lid 3 van de richtlijn<sup>13</sup> en niet gerechtvaardigd kunnen worden. Dat betekent dat voor dienstverrichters geen direct of indirect onderscheid mag worden gemaakt naar nationaliteit, of voor vennootschappen, de plaats van hun statutaire zetel. Voorts moeten eisen die aan dienstverrichters worden gesteld en die niet op voorhand verboden zijn, in overeenstemming met art. 15 lid 3 DRL worden gerechtvaardigd. Dat betekent dat de eisen nodig zijn om een dwingende reden van algemeen belang en dat zij ten opzichte van dat belang evenredig moeten zijn. Dat houdt in dat de eisen geschikt moeten zijn om het nagestreefde doel te bereiken; zij gaan niet verder dan nodig is om dat doel te bereiken en dat doel kan niet met andere, minder beperkende maatregelen worden bereikt.

**6.** In r.o. 5.2 wordt overwogen dat een goede ruimtelijke ordening, waartoe een planregeling moet strekken, een dwingende reden van algemeen belang kan opleveren die een planregeling die kwalificeert als een eis in de zin van de DRL, kan rechtvaardigen. Voor die rechtvaardiging is vereist dat het bestuursorgaan de betrokken planregeling op zodanige wijze motiveert dat het aantoont dat de planregeling nodig is om het beoogde ruimtelijke doel te bereiken. Vervolgens moet het bestuursorgaan motiveren dat: (a) de

<sup>9</sup> Art. 4 DRL omschrijft het begrip ‘dwingende redenen van algemeen belang’ als volgt:

‘Voor toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

[...];

‘dwingende redenen van algemeen belang’: redenen die als zodanig zijn erkend in de rechtspraak van het Hof van Justitie; waaronder de volgende gronden: openbare orde, openbare veiligheid, staatsveiligheid, volksgezondheid, handhaving van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel, bescherming van consumenten, afnemers van diensten en werknemers, eerlijkheid van handelstransacties, fraudebestrijding, bescherming van het milieu en het stedelijk milieu, diergezondheid, intellectuele eigendom, behoud van het nationaal historisch en artistiek erfgoed en doelstellingen van het sociaal beleid en het cultuurbeleid;

[...];

<sup>10</sup> Art. 15 lid 3 onder c, zie noot 1.

<sup>11</sup> Zie noot 1.

<sup>12</sup> Zie noot 1.

<sup>13</sup> Zie noot 1.

<sup>7</sup> Zie noot 1.

<sup>8</sup> Art. 14 lid 1 DRL luidt:

‘De lidstaten stellen de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit op hun grondgebied niet afhankelijk van de volgende eisen: 1) discriminerende eisen die direct of indirect verband houden met de nationaliteit of, voor ondernemingen, met de plaats van de statutaire zetel, waaronder met name:

a) nationaliteitseisen voor de dienstverrichter, zijn personeel, de aandeelhouders of de leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de dienstverrichter;

b) de eis dat de dienstverrichter, zijn personeel, de aandeelhouders of de leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan hun verblijfplaats hebben op hun grondgebied.’



planregeling geschikt is om dat ruimtelijk doel te bereiken, (b) niet verder gaat dan nodig, en (c) evenredig is. Bij evenredigheid moet worden afgewogen of de nadelige gevolgen ervan voor de dienstverrichter onevenredig zijn in verhouding met het door de eis te dienen doel. De ABRvS merkt hierbij op dat in de regel het bestuursorgaan daarvoor dezelfde onderbouwing kan geven die ook is vereist op grond van art. 3:1 Wro en art. 3:46 Awb. Daarbij wordt aangetekend dat de ABRvS in staat moet zijn om op basis van deze onderbouwing te toetsen of de planregeling gerechtvaardigd is om een dwingende reden van algemeen belang en of zij evenredig is.<sup>14</sup> Een cijfermatige onderbouwing is alleen vereist wanneer de specifieke omstandigheden van het geval daar aanleiding toe geven.<sup>15</sup> Voor het concrete geval betekent een en ander dat wanneer in een planregel de eis wordt gesteld dat aanbieders van logies hun diensten alleen aanbieden aan toeristen, deze eis kan worden gerechtvaardigd door gemotiveerd te wijzen op bijv. het beperken van overlast voor de directe omgeving en het voorkomen van gebruik van voorzieningen voor een functie waarvoor deze niet bedoeld zijn, namelijk niet voor huisvesting. Daarnaast kan een bestuursorgaan ook wijzen op het belang van een goede kwaliteit van voorzieningen en van passende en geschikte huisvesting. De evenredigheid van de planregeling kan worden gemotiveerd door te wijzen op de geschiktheid van het instrument van de planregeling om de hiervoor genoemde tot een goede ruimtelijke ordening behorende doelen te bereiken en te onderbouwen dat de planregeling zoals die geformuleerd is, niet verder gaat dan nodig om deze doelen te bereiken. Daarbij kan het bestuursorgaan wijzen op het ontbreken van geschikte alternatieven voor de planregeling.

### Toetsing aan het concrete geval

**7.** Hiervoor is het meer algemene toetsingskader van de DRL geschetst. In r.o. 6 geeft de ABRvS aan dat de bestreden planregeling moet worden aangemerkt als een territoriale beperking als bedoeld in art. 15 lid 2 aanhef en onder a DRL en dat de discussie gaat over de vraag of deze regeling voldoet aan de vereisten van art. 15 lid 3 DRL.<sup>16</sup> In r.o. 6.1 wordt overwogen dat: (a) het bestemmingsplan de begripsbepaling 'horeca' voor het bedrijfsmatig aanbieden van logies wijzigt en de begripsbepalingen 'arbeidsmigrant' en 'seizoenarbeider' toevoegt, (b) door deze wijzigingen op gronden met een horecabestemming alleen nog hotels of pensions zijn toegestaan wanneer deze gericht zijn op het toeristisch en kortdurend verstrekken van nachtverblijf en logies, (c) het aanbieden van logies aan seizoenarbeiders of arbeidsmigranten door het plan uitdrukkelijk wordt uitgesloten, (d) het aanbieden van nachtverblijf of logies dat niet is gericht op toeristisch of kortdurend verblijf daardoor in strijd is met het bestemmingsplan.

### Noodzakelijkheidsbeginsel, dwingende reden van algemeen belang

**8.** In r.o. 8 oordeelt de ABRvS dat de raad zich op het standpunt heeft mogen stellen dat het stimuleren van recreatie en toerisme in de stads- en dorpskernen van Heeze-Leende en het stimuleren van recreatie en toerisme strekken tot bescherming van het stedelijk milieu. Daarmee is de planregeling gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang zodat zij voldoet aan het noodzakelijkheidsbeginsel uit art. 15 lid 3 aanhef en onder b DRL.

### Evenredigheidsbeginsel

**9.** De planregeling kan de toets der kritiek echter niet volledig doorstaan wegens strijd met het evenredigheidsbeginsel uit art. 15 lid 3 onder c DRL.<sup>17</sup> Het gaat daarbij om het deel van de regeling dat voorschrijft dat een bedrijf geen logies mag aanbieden aan seizoenarbeiders of arbeidsmigranten. In r.o. 10 oordeelt de ABRvS dat de planregeling weliswaar gerechtvaardigd is voor zover zij een onderscheid maakt tussen toeristisch en niet-toeristisch verblijf, maar niet gerechtvaardigd is voor zover zij seizoenarbeiders en arbeidsmigranten nadrukkelijk uitsluit. Het onderscheid toeristisch en niet-toeristisch wordt evenredig geacht omdat het een goede ruimtelijke ordening dient en ook niet verder gaat dan nodig is om het doel van een goede ruimtelijke ordening te bereiken. Appellant heeft naar het oordeel van de ABRvS ook niet aangetoond dat de nadelige gevolgen van het onderscheid - een eis in de zin van art. 15 lid 2 DRL - voor hem als dienstverrichter onevenredig zijn in verhouding tot het te dienen doel. Het standpunt van appellant, dat de ruimtelijke effecten van toeristisch verblijf en niet-toeristisch verblijf op de omgeving hetzelfde zijn, wordt van de hand gewezen. Geoordeeld wordt dat bij het aanbieden van verblijf aan niet-toeristen de betrokken kamers anders worden gebruikt dan wanneer het om toeristen gaat en dat er dan ook andere voorzieningen in de omgeving nodig zijn. Op dit standpunt valt weinig af te dingen. Overigens overweegt de ABRvS ook dat het feit dat appellant onder het bestemmingsplan alleen nog toeristisch verblijf mag aanbieden, niet betekent dat het voor hem onmogelijk wordt om zijn hotel in overeenstemming met de planregels te exploiteren. In de meeste gevallen zal volgens ABRvS uit de omstandigheden duidelijk blijken dat verblijf van niet-toeristische aard is. Wanneer in een bijzonder geval het onderscheid tussen toeristisch en niet-toeristisch verblijf volgens appellant niet duidelijk zou zijn en B en W in die situatie een handhavingprocedure starten, zal de evenredigheid van de bestuurlijke sanctie moeten worden beoordeeld. Het lijkt mij niet een situatie die zich snel zal voordoen.

**10.** In r.o. 10.4 oordeelt de ABRvS dat het deel van de planregeling dat voorschrijft dat een bedrijf geen logies mag aanbieden aan seizoenarbeiders of arbeidsmigranten, verder gaat dan nodig is om het beoogde doel te bereiken. Dat is één van de criteria uit het evenredigheidsbeginsel. Omdat de regeling niet aan dit criterium voldoet

<sup>14</sup> Daarbij wordt verwezen naar het arrest van het Hof van Justitie van 18 september 2019, VIPA, EU:C:2019:751, punten 69 en 70.

<sup>15</sup> Dat wordt afgeleid uit de arresten van het Hof van Justitie van 8 september 2010, StoB, EU:C:2010:504, punt 72 en van 24 maart 2011, Commissie t. Spanje, EU:C:2011:172, punt 83.

<sup>16</sup> Zie noot 1 voor art. 15 DRL.

<sup>17</sup> Zie noot 1.

hoefde zij niet verder getoetst te worden aan de overige twee criteria, namelijk het geschiktheids criterium (is de regeling geschikt om het nagestreefde doel te bereiken) en het criterium dat het doel niet met andere, mindere beperkende middelen kan worden bereikt. De ABRvS overweegt dat de bescherming van diverse ruimtelijke orderingsbelangen ook kan worden bereikt zonder onderscheid te maken tussen enerzijds seizoenarbeiders en arbeidsmigranten en anderzijds andere personen die logies voor niet-toeristisch of kortdurend verblijf willen afnemen. Daarmee gaat de raad naar het oordeel van de ABRvS verder dan nodig is om toeristisch van niet-toeristisch verblijf te onderscheiden. Ik onderschrijf dat standpunt omdat de verdere uitsplitsing van niet-toeristisch verblijf in verblijf voor seizoenarbeiders en arbeidsmigranten uit een oogpunt van goede ruimtelijke ordening niet relevant is. Bij het huisvesten van seizoenarbeiders en arbeidsmigranten kan er immers per definitie geen sprake zijn van toeristisch verblijf. Het gaat dan ook om een richtinggevende uitspraak die goede handvatten bevat voor gemeenten die ook overwegen om een planregeling op te stellen in verband met de huisvesting van seizoenarbeiders en arbeidsmigranten. Beperk de regeling tot het

onderscheid tussen toeristisch en niet-toeristisch verblijf, meer is niet nodig en ook niet mogelijk, zoals de uitspraak *Heeze-Leende* laat zien.

### Art. 1 Grondwet

**11.** In r.o. 11 oordeelt de ABRvS dat het in de planregels gemaakte onderscheid tussen toeristisch en niet-toeristisch verblijf niet in strijd is met art. 1 Grondwet<sup>18</sup> omdat de planregeling alle personen uitsluit van niet-toeristisch verblijf. Van discriminatie is geen sprake omdat object van regeling uitsluitend het gebruik van gronden en bouwwerken voor bepaalde doeleinden is met het oog op een goede ruimtelijke ordening. Na inwerkingtreding van de Omgevingswet (Ow) op 1 januari 2024 is dat de fysieke leefomgeving. De uitspraken *Bergen* en *Heeze-Leende* boeten na die datum dan ook niet aan betekenis voor het omgevingsrecht in. Op het standpunt van de ABRvS valt niets af te dingen omdat de planregeling generiek werkt en iedereen uitsluit van niet-toeristisch verblijf. Dat is nu onder de Wro het geval en dat is straks onder de Ow niet anders.

H.J. de Vries

<sup>18</sup> Artikel 1 Grondwet luidt: 'Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, handicap, seksuele gerichtheid of op welke grond dan ook, is niet toegestaan'.

## Jurisprudentie – II. Milieurecht

### TBR 2023/104

**Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 7 juni 2023, No. 202204254/1/R1, ECLI:NL:RVS:2023:2221 (Zorgplicht bodemverontreiniging Perkpolder)**

(Mr. A. ten Veen, mr. G.T.M. Jurgens en mr. C.H. Bangma)

**Wbb: art. 13; Bbk: art. 7**

Bodembescherming, zorgplicht.

**Met gastnoot J.J. Akkerman en F. Kelder, Red.<sup>1</sup>**

#### Overwegingen Inleiding

1. In het kader van het project ‘Natuurcompensatie Perkpolder’ heeft Van Oord Nederland B.V. in opdracht van de Staat nieuwe primaire waterkeringen in de Perkpolder aangelegd, zodat 75 ha nieuwe natuur buitendijks kon worden gerealiseerd. Deze werkzaamheden hebben in de periode 2014-2015 plaatsgevonden. Daarbij heeft Van Oord Nederland B.V. in de kern van de nieuwe zeedijken 275.000 m<sup>3</sup> TGG toegepast, als alternatief voor zand.

2. Het college heeft het verzoek van [appellant sub 2] en anderen om handhavend op te treden tegen de toepassing van TGG bij de aanleg van de nieuwe zeedijken in de Perkpolder in de periode 2014-2015, gedeeltelijk toegewezen. Het college heeft aan het primaire besluit van 25 november 2021 ten grondslag gelegd dat de zorgplicht, zoals die is neergelegd in artikel 13 van de Wet bodembescherming (hierna: Wbb) en artikel 7 van het Besluit bodemkwaliteit (hierna: Bbk), bij de toepassing van TGG is geschonden. Het college heeft hierin aanleiding gevonden om de Staat en de staatssecretaris een last onder dwangsom op te leggen.

Volgens de last dienen de Staat en de staatssecretaris vóór 1 juli 2022 bij het college en het college van gedeputeerde staten van Zeeland een plan van aanpak in te dienen met concrete maatregelen om de verontreiniging van de bodem en de directe gevolgen daarvan als gevolg van de toepassing van de TGG in de zeedijken te beperken en zoveel mogelijk ongedaan te maken en de nadelige gevolgen voor het oppervlaktewaterlichaam binnendijks zoveel mogelijk te beperken. Het bedrag van de

dwangsom is daarbij bepaald op een bedrag van € 5.000.000,00 ineens.

3. Bij besluit van 14 juni 2022 heeft het college het bezwaar van de staatssecretaris niet-ontvankelijk verklaard en het bezwaar van de Staat en van [appellant sub 2] en anderen ongegrond verklaard, met verbetering van de motivering ten aanzien van de hoogte van de dwangsom.

4. Tegen dat besluit hebben de Staat en anderen en [appellant sub 2] en anderen beroep ingesteld. Die beroepen liggen in deze procedure voor.

Stichting Schone Polder heeft volgens haar statuten tot doel het herstel, het behoud en de bescherming van de westelijke Perkpolder. Zij is derde-belanghebbende in deze procedure en pleit voor handhaving van de last onder dwangsom. Zij wenst dat het beroep van de Staat en anderen en van [appellant sub 2] en anderen ongegrond wordt verklaard.

#### Wettelijk kader

5. De relevante wettelijke bepalingen zijn opgenomen in de bijlage bij deze uitspraak. Deze bijlage maakt deel uit van de uitspraak.

#### Behandeling van de beroepen Formele aspecten

6. Het college stelt zich op het standpunt dat de nadere reactie die [appellant sub 2] en anderen na afloop van de zitting op 19 januari 2023 aan de Afdeling hebben gestuurd, zich niet beperkt tot een reactie op basis van informatie die zij hebben verkregen uit hun Wob-verzoek. Hierbij wijzen zij op het rapport ‘Bijzondere parameters in grond’ van februari 2006 van TNO (hierna: het TNO-rapport), de nota van toelichting bij het Bbk, het rapport ‘Analyse TGG Perkpolder’ van 27 mei 2016 van Deltares (hierna: het Deltares-rapport), e-mails van Rijkswaterstaat, waaronder de e-mail over het document ‘065 TAG’ en de conclusie van antwoord in de civielrechtelijke procedure die door [appellant sub 2] en anderen is aangespannen tegen de Staat. De nadere reactie kan daarom volgens het college niet in de voorliggende procedure betrokken worden.

6.1. De Afdeling stelt voorop dat slechts 6.1. stukken die ten tijde van de zitting op 19 januari 2023 nog niet bekend waren bij [appellant sub 2] en anderen en die zij op basis van hun Wob-verzoek toegestuurd hebben gekregen, in de voorliggende procedure betrokken kunnen

<sup>1</sup> Jet Akkerman en Felix Kelder zijn advocaat bij Houthoff te Amsterdam.

worden. Stukken zoals het TNO-rapport en het Deltares-rapport hadden naar het oordeel van de Afdeling al voorafgaand aan het Wob-verzoek bekend kunnen zijn bij [appellant sub 2] en anderen en hadden daarom al eerder in het beroepschrift betrokken kunnen worden. De nota van toelichting bij het Bbk is bovendien een bestaand openbaar stuk dat al bekend was of al bekend had kunnen zijn. Daarnaast is de conclusie van antwoord van de Staat niet bekend geworden bij [appellant sub 2] en anderen op basis van hun Wob-verzoek. De Afdeling zal daarom hierna alleen de e-mails van Rijkswaterstaat betrekken bij haar oordeel.

### Ontvankelijkheid bezwaar staatssecretaris

**7.** De Staat en anderen betogen dat het bezwaar van de staatssecretaris ten onrechte niet-ontvankelijk is verklaard.

**7.1.** De Afdeling stelt vast dat het besluit van 25 november 2021 is gericht aan de Staat der Nederlanden, ter attentie van de staatssecretaris. Verder stelt de Afdeling vast dat in de aanhef van het besluit 'Geachte staatssecretaris' staat. Daarnaast staat in de last: 'Op grond van het bovenstaande besluiten wij om u de last op te leggen om vóór 1 juli 2022 bij ons en het college van GS van Zeeland een plan van aanpak in te dienen.' Anders dan het college in het besluit op bezwaar heeft gesteld, kan hieruit naar het oordeel van de Afdeling niet worden opgemaakt dat het besluit niet gericht was aan de staatssecretaris, maar enkel aan de Staat.

Gelet op het voorgaande heeft het college het bezwaar van de staatssecretaris ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard. Omdat inmiddels duidelijk is dat beoogd is de last op te leggen aan de Staat, zal de Afdeling hierna de Staat aanduiden als degene aan wie de last is gericht.

Het betoog slaagt.

### Overtreding artikelen 63 en 35 Bbk

**8.** Appellant sub 2 en anderen betogen dat de zeedijken in strijd met artikel 63, in samenhang gelezen met artikel 35, van het Bbk zijn aangelegd, omdat de toegepaste grond niet voldoet aan de industrieklasse. Om die reden wordt volgens hen niet toegekomen aan de overtreding van de bepalingen in de artikelen 13 Wbb en 7 Bbk.

**8.1.** Appellant sub 2 en anderen hebben zich na het besluit op bezwaar van 14 juni 2022 op de artikelen 35 en 63 van het Bbk beroepen. De Afdeling overweegt dat de reikwijdte van een handhavingsverzoek na het primaire besluit niet meer kan worden uitgebreid (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 19 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3012, onder 9). De inhoud van het verzoek is bepalend voor de omvang van het geding. Het handhavingsverzoek van 8 juli 2021 had enkel en expliciet betrekking op handhaving wegens schending van de artikelen 13 Wbb en 7 Bbk.

[appellant sub 2] en anderen hebben dan ook niet verzocht om handhavend op te treden wegens overtreding van artikel 63 en artikel 35 van het Bbk. In het primaire besluit is daarover ook geen beslissing genomen. Gelet hierop komt geen betekenis toe aan wat [appellant sub 2] en anderen over artikel 63 en artikel 35 van het Bbk in beroep hebben gesteld.

Het betoog slaagt niet.

**9.** De Afdeling zal hierna beoordelen of sprake is van een overtreding van de artikelen 13 Wbb en 7 Bbk.

### Is er sprake van een overtreding?

**10.** De Staat en anderen voeren aan dat het college niet bevoegd was handhavend op te treden, omdat volgens hen geen sprake was van een overtreding van de artikelen 13 Wbb en 7 Bbk. Zij stellen voldoende invulling te hebben gegeven aan de in die artikelen vervatte zorgplichten. Verder stellen de Staat en anderen dat zij ten tijde van de toepassing van de TGG in de zeedijken niet wisten en redelijkerwijs niet hadden kunnen vermoeden dat toepassing van TGG tot verontreiniging zou kunnen leiden.

De Staat en anderen voeren verder aan dat de last onder dwangsom in ieder geval ten onrechte betrekking heeft op de Koppeldijk. Uit alle tot op heden uitgevoerde onderzoeken volgt volgens hen dat de in de Koppeldijk toegepaste TGG geen nieuwe verontreiniging veroorzaakt en/of verspreidingsrisico's met zich brengt. Het college is daarbij volgens de Staat en anderen voorbij gegaan aan het feit dat de Koppeldijk 7 jaar geleden is aangelegd en volgens hen is er inmiddels bewijs van de effecten van TGG op het omliggende milieu. Ook heeft het college de omstandigheid dat de TGG in de Koppeldijk ruim 4 m boven het grondwaterniveau ligt volgens de Staat en anderen ten onrechte niet in de besluitvorming betrokken. Daarnaast zal de monitoring in en bij de Koppeldijk op grond van het plan van aanpak doorgaan, aldus de Staat en anderen.

**10.1.** Het college stelt zich in het besluit op bezwaar van 14 juni 2022 op het standpunt dat het enkele feit dat de TGG onder productcertificaat is geleverd, geen dwingend bewijs oplevert dat degene die de grond toepaste niet wist of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door de toepassing van de TGG de bodem en het oppervlaktewaterlichaam verontreinigd konden worden. Het sluit niet uit dat uit ander bewijs die wetenschap of dat vermoeden wel kan volgen. De Staat had volgens het college op zijn minst redelijkerwijs kunnen vermoeden dat de TGG die werd toegepast teerhoudend asfaltgranulaat (hierna: TAG) kon bevatten. De Staat had volgens het college ook kunnen weten dat er twijfels bestaan over de geschiktheid van het bestaande normenkader voor het beoordelen van de verontreinigingen in TAG. In het besluit is in dit verband verwezen naar

het document 'HWBP Kansenscan kennis en innovatie 2015', waarin wordt opgemerkt dat er nog te veel risico's zijn om TGG als dijkmateriaal toe te passen. De stelling van de Staat en anderen dat de passage niet ziet op de milieuhygiënische risico's maar uitsluitend op civieltechnische risico's, klopt volgens het college niet, omdat in de samenvatting van het document wordt gesproken over 'risico's [...] ten aanzien van de functionaliteit en het gedrag van TGG'. Dat duidt er volgens het college op dat het niet uitsluitend over civieltechnische, maar ook over milieuhygiënische risico's gaat. Uit de in het bestreden besluit genoemde rapporten blijkt verder dat zich verontreiniging van het grondwater en oppervlaktewater heeft voorgedaan, zodat volgens het college de zorgplichten van artikel 13 Wbb en artikel 7 Bbk gelden.

Op de zitting heeft het college het standpunt ingenomen dat de Staat redelijkerwijs niet had kunnen vermoeden dat toepassing van TGG kon leiden tot bodemverontreiniging. Maar ook als de Staat voorafgaand aan de toepassing niet wist of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat toepassing tot verontreiniging kon leiden, gelden deze zorgplichten volgens het college. Hierbij wijst het college op de uitspraak van de Afdeling van 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1167.

Het college stelt zich verder op het standpunt dat het toepassen van TGG in de Koppeldijk niet los kan worden gezien van het toepassen van TGG bij de aanleg van de overige dijken in de Perkpolder. De aanleg en ophoging van de dijken in de Perkpolder is volgens het college één project waarvoor één opdracht is verstrekt aan de aannemer. Volgens het college staat vast dat de TGG die is toegepast in de kern van de dijken, waaronder de Koppeldijk, verontreinigingen bevat die zich door uitloging kunnen verspreiden naar de bodem en het oppervlaktewater. Die verontreinigingen hebben zich volgens het college ook voorgedaan. Hoewel die verontreiniging nog niet in de nabijheid van de Koppeldijk heeft plaatsgevonden, laat dat volgens het college onverlet dat de zorgplichten van artikel 13 Wbb en artikel 7 Bbk ook van toepassing zijn op de situatie bij de Koppeldijk.

**10.2.** Over het betoeg van de Staat en anderen dat artikel 13 van de Wbb niet is overtreden, overweegt de Afdeling als volgt.

**10.3.** Artikel 13 van de Wbb ziet alleen op verontreiniging die het gevolg is van een handeling als bedoeld in de artikelen 6 tot en met 11 van de Wbb. De Staat kan dus alleen artikel 13 van de Wbb hebben overtreden als het aanleggen van een dijk ook onder één van de handelingen valt als genoemd in de artikelen 6 tot en met 11 van de Wbb. De Afdeling stelt vast en tussen partijen is ook niet in geschil dat het aanleggen van de nieuwe zeedijken met TGG een handeling is als bedoeld in de artikelen 6 tot en met 11 van de Wbb en dus een handeling waarop artikel 13 van de Wbb betrekking heeft.

**10.4.** Artikel 13 Wbb bepaalt dat ieder die op of in de bodem handelingen verricht als bedoeld in de artikelen 6 tot en met 11 en die weet of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door de handelingen de bodem kan worden verontreinigd of aangetast, verplicht is alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd om die verontreiniging of aantasting te voorkomen, dan wel indien die verontreiniging of aantasting zich voordoet, de verontreiniging of de aantasting en de directe gevolgen daarvan te beperken en zoveel mogelijk ongedaan te maken. De normadressaat van alle verplichtingen die artikel 13 Wbb bevat is degene die de aangeduide handelingen verricht én die weet of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door die handelingen de bodem kan worden verontreinigd of aangetast. Degene die de desbetreffende handelingen verricht moet dus ten tijde van het verrichten daarvan de wetenschap of het redelijke vermoeden van - de mogelijkheid van - bodemverontreiniging of -aantasting hebben. Artikel 13 Wbb bevat voor deze normadressaat twee soorten verplichtingen, namelijk 1) het nemen van maatregelen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd om die verontreiniging of aantasting te voorkomen en 2) het beperken van de verontreiniging of de aantasting en de directe gevolgen daarvan en deze zoveel mogelijk ongedaan maken indien die verontreiniging of aantasting zich voordoet. Artikel 13 Wbb kan dus, zoals de Afdeling in haar uitspraak van 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1167, heeft overwogen, ook worden overtreden als er, wanneer de verontreiniging zich eenmaal voordoet, niet alle maatregelen worden genomen die redelijkerwijs kunnen worden gevergd om de verontreiniging en de directe gevolgen daarvan te beperken en zoveel mogelijk ongedaan te maken. Maar die verplichting geldt alleen voor degene die normadressaat is van artikel 13 Wbb. Dat betekent dat voor beantwoording van de vraag of artikel 13 Wbb is overtreden, van belang is of de Staat ten tijde van het toepassen van de TGG wist of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door die toepassing verontreiniging kon ontstaan. Die vraag zal de Afdeling hierna beantwoorden.

**10.5.** De Afdeling stelt vast dat de Staat in 2014 is begonnen met de aanleg van de dijken. Op de zitting is onweersproken gesteld dat de laatste TGG eind 2014 is toegepast. In 2016 ontstond het vermoeden van verontreiniging. Dat is voor Rijkswaterstaat aanleiding geweest om een aantal onderzoeken te laten uitvoeren. Allereerst heeft Rijkswaterstaat opdracht gegeven aan Deltares om onderzoek te doen naar de toepassing van TGG in de zeedijken. In het Deltares-rapport wordt geadviseerd om TGG en TAG niet toe te passen in waterkeringen. Verder adviseert Deltares om het grondwater en het oppervlaktewater te monitoren om inzicht te krijgen in de uitloging en de verspreiding ervan. Dat rapport is voor Rijkswaterstaat aanleiding geweest om een vervolgonder-

zoek te laten doen door Deltares naar de effecten van de aanwezigheid van TGG in de dijken. Verder heeft Rijkswaterstaat aan het RIVM opdracht verleend om onderzoek te doen naar de risico's van de aanwezigheid van de TGG voor de gezondheid van de mens. Dit heeft geresulteerd in het rapport 'Risicobeoordeling van het gebruik van thermisch gereinigde grond in Perkpolder (Zeeland)' van 12 juni 2018. Hierin wordt onder meer geconcludeerd dat gezondheidsrisico's als gevolg van blootstelling aan de TGG tijdens en na de werkzaamheden kunnen worden uitgesloten. In opdracht van Rijkswaterstaat heeft Deltares onderzoek gedaan naar de effecten van de aanwezigheid van de TGG voor de bodem en het oppervlaktewater. Hiervoor is het rapport 'Onderzoek naar effecten aanwezigheid van TGG in dijken van de Perkpolder' van Deltares van 19 april 2019 opgesteld. Volgens Deltares is het niet te verwachten dat stoffen afkomstig uit de in de zeedijk Perkpolder toegepaste TGG in het zoete grondwater in het landbouwgebied terecht komen. Er zijn bovendien geen acute milieuhygiënische risico's door Deltares geconstateerd. Verder is in 2020 in opdracht van Rijkswaterstaat een meerjarig monitoringsprogramma gestart waarin de waterbodem van de kwelsloot, het grondwater in de directe omgeving van de dijk, de grasbekleding en het oppervlaktewater periodiek worden gemonitord door Deltares. Op 27 januari 2021 heeft Deltares in de jaarrapportage 2020 verslag gedaan van de bevindingen op basis van de analyse van de monsters die in 2020 zijn genomen. Geconcludeerd is dat de TGG geschikt is als ophoogmateriaal voor de dijk en de sterkte niet negatief wordt beïnvloed. De aanwezigheid van TGG in de dijk leidt wel tot uitloging van (verontreinigende) stoffen naar het grondwater direct onder de dijk en naar de kwelsloot direct achter de dijk. De geconstateerde uitloging is beperkt en daarom niet of nauwelijks van invloed op de waterkwaliteit in de kwelsloot.

Om 'voor te sorteren' op vervolgstappen die eventueel nodig zijn in verband met de aanwezigheid van TGG heeft Rijkswaterstaat aan RoyalHaskoningDHV opdracht gegeven een zogenoemd milieurendementsonderzoek uit te voeren naar mogelijk te treffen maatregelen. Dat heeft geresulteerd in het rapport 'Milieurendementsonderzoek TGG Perkpolder, conceptueel model verontreinigingssituatie' van RoyalHaskoningDHV van 27 juli 2021. Vervolgens heeft het RIVM in 2021 het rapport 'Verkenning voor aanvullend onderzoek naar de toepassing van TGG in Perkpolder (Zeeland)' opgesteld. Het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat heeft het RIVM gevraagd om de normen en de onderzoeksmethode voor TGG te evalueren. Dat heeft geresulteerd in het rapport 'Toepassing van thermisch gereinigde grond. Een evaluatie en opties voor een toepassingskader' van het RIVM van 2021. Op 3 mei 2022 is tot slot de jaarrapportage 2021 van Deltares gepubliceerd.

**10.6.** De Afdeling is van oordeel dat de Staat in beginsel niet wist of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat de bodem door het aanleggen van de zeedijken met TGG kon worden verontreinigd. Daarbij is van belang dat voor de TGG een certificaat is afgegeven (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1167, onder 8.2.4). Het is aan het college om aan te tonen dat de Staat desondanks wist of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door die toepassing verontreiniging kon optreden. De Afdeling stelt vast dat de Staat ten tijde van de toepassing met TGG niet wist of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat de bodem door die toepassing kan worden verontreinigd of aangetast. De enkele verwijzing van het college in het besluit van 25 november 2021 naar het document 'HWBP Kansenscan kennis en innovatie 2015', waarin wordt opgemerkt dat er nog te veel risico's zijn om TGG als dijkmateriaal toe te passen, is hiervoor niet voldoende. Dit document is immers pas na de toepassing gepubliceerd en ook is niet gebleken dat de Staat voorafgaand aan de publicatie van dit document kennis hiervan droeg. De Afdeling volgt ook niet het betoog van [appellant sub 2] en anderen dat uit de e-mail van Rijkswaterstaat van 28 juli 2014 over het document '065 TAG' volgt dat de Staat ten tijde van de toepassing wist of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat verontreiniging kon ontstaan. In het bedoelde document staat: 'Helpdesk Water 4 augustus 2014: wat is de ervaring met de toepassing van thermisch gereinigde grond als materiaal voor opbouw dijk kern/binnenberm? Het oorspronkelijke materiaal bestaat uit een mengsel van verontreinigde grond en teerhoudend asfaltgranulaat.' Hierbij betreft de Afdeling de toelichting van de Staat dat het bijmengen van TAG bij de productie van TGG sinds 2008 op grond van het 'SIKB Protocol 7510' is toegestaan.

Op de zitting heeft het college het standpunt ingenomen dat bij nader inzien de Staat redelijkerwijs niet had kunnen vermoeden dat toepassing van TGG kon leiden tot bodemverontreiniging. Daaraan heeft het college echter niet de conclusie verbonden dat de Staat dan niet als overtreder van artikel 13 Wbb zou kunnen worden aangemerkt. Maar uit wat onder 10.4 is overwogen volgt dat als de Staat niet wist of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door de aanleg van de zeedijken met TGG verontreiniging kon optreden, dan niet kan worden geoordeeld dat de Staat artikel 13 Wbb heeft overtreden (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 19 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3012, onder 10.4). Daarom kan niet aan de Staat wegens overtreding van die bepaling de last worden opgelegd om een plan van aanpak in te dienen zoals het college heeft gedaan.

Gelet op het voorgaande heeft het college ten onrechte geconcludeerd dat de Staat artikel 13 van de Wbb heeft overtreden. De betogen slagen in zo-

verre. De Afdeling zal hierna beoordelen of de Staat artikel 7 van het Bbk heeft overtreden.

**10.7.** Ook voor beantwoording van de vraag of artikel 7 van het Bbk is overtreden, is van belang of de Staat wist of redelijkerwijs had kunnen weten dat door haar handelen of nalaten nadelige gevolgen voor een oppervlaktewaterlichaam ontstaan of kunnen ontstaan. Onder verwijzing naar wat de Afdeling hiervoor onder 10.6 heeft overwogen, kon de Staat niet weten en had zij ook niet redelijkerwijs kunnen weten dat door haar handelen of nalaten nadelige gevolgen voor een oppervlaktewaterlichaam ontstaan of kunnen ontstaan. De Staat was dan ook niet verplicht om die gevolgen te voorkomen of beperken.

**10.8.** Gelet op het voorgaande heeft het college ten onrechte geconcludeerd dat de Staat artikel 7 van het Bbk heeft overtreden. Omdat de Staat de artikelen 13 Wbb en 7 Bbk niet heeft overtreden, was het college niet bevoegd om handhaving op te treden. De Afdeling komt daarom niet toe aan de vraag of het college in redelijkheid handhavend kon optreden. De Afdeling komt gelet op het voorgaande ook niet toe aan de vraag of de last onder dwangsom ook betrekking kon hebben op de Koppeldijk.

De betogen slagen ook in zoverre.

### Conclusie

**11.** De beroepen van [appellant sub 2] en anderen en van de Staat en anderen zijn gegrond. Het besluit op bezwaar van 14 juni 2022 moet worden vernietigd wegens strijd met artikel 7:11, eerste lid, van de Awb en artikel 5:32, eerste lid, van de Awb. Gelet hierop hoeft niet meer te worden ingegaan op de andere gronden die in beroep zijn aangevoerd.

**12.** De Afdeling ziet ook aanleiding om zelf in de zaak te voorzien door het besluit van 25 november 2021 tot oplegging van de last onder dwangsom te herroepen en het verzoek om handhaving af te wijzen en daarbij te bepalen dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit van 14 juni 2022.

**13.** Het voorgaande betekent dat de last onder dwangsom niet langer geldt en dat het handhavingsverzoek definitief is afgewezen. De handhavingsprocedure is met deze uitspraak beëindigd. (*Enz., enz., Red.*)

### NOOT

**1.** Deze uitspraak is relevant voor de uitleg van de uit artikel 13 Wet bodembescherming (Wbb) voortvloeiende zogenaamde repressieve zorgplicht. Kortgezegd houdt deze repressieve zorgplicht in dat een ieder ertoe verplicht is om elke verontreiniging van de bodem en de directe gevolgen daarvan (achteraf) te beperken en zoveel mogelijk onge-

daan te maken (zie bijv. ook ABRvS 19 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2944, *M en R* 2023/27, m.nt. A.G.A. Nijmeijer, ABRvS 19 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1527 en ABRvS 23 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3224). Een centrale vraag bij de toepassing van de repressieve zorgplicht is of degene die de verontreiniging van de bodem heeft veroorzaakt de wetenschap moet hebben gehad dat zijn handelingen tot deze verontreiniging kon leiden. De toepassing van de repressieve zorgplicht werd eerder, met de uitspraak van 29 april 2020 (ECLI:NL:RVS:2020:1167), ruim door de Afdeling uitgelegd, waarbij zij oordeelde dat van bovengenoemde wetenschap geen sprake hoeft te zijn om de repressieve zorgplicht te schenden. In deze uitspraak lijkt de Afdeling weer van deze ruime uitleg af lijkt te stappen, welk verschil in uitleg wij in deze annotatie zullen duiden. Ook blikken wij kort vooruit op de zorgplicht voor bodem onder de Omgevingswet.

**2.** In het kader van het project 'Natuurcompensatie Perkpolder' worden in de periode 2014-2015 in opdracht van de Staat nieuwe primaire waterkeringen - zeedijken - aangelegd. Als alternatief voor zand wordt daarbij in de kern van de zeedijken 275.000 m<sup>3</sup> thermisch gereinigde grond (TGG) toegepast. Deze TGG is onder productcertificaat afgegeven en voor het laatst eind 2014 toegepast.

**3.** In 2016 ontstaat het vermoeden dat het toepassen van TGG in dijken kan leiden tot verontreiniging van grond(water). Dit vermoeden leidt ertoe dat vanaf 2016, onder andere in opdracht van Rijkswaterstaat en het RIVM, verschillende onderzoeken worden uitgevoerd. Op grond van deze onderzoeken wordt vervolgens geadviseerd om TGG niet langer in zeedijken toe te passen. Daarnaast wordt geconcludeerd dat de aanwezigheid van TGG leidt tot uitloging van verontreinigde stoffen naar het grondwater direct onder de zeedijk en naar de kwelsloot direct achter de dijk.

**4.** Op verzoek van een aantal inwoners besluit het college van B&W van de gemeente Hulst in 2021 om handhavend op te treden tegen de toepassing van TGG in de zeedijken in de Perkpolder en een last onder dwangsom op te leggen aan de Staat. Deze last verplicht de Staat onder meer om een plan van aanpak in dienen bij het college van B&W en Gedeputeerde Staten van Zeeland met concrete maatregelen om de verontreiniging van de bodem door de toepassing van TGG en de directe gevolgen daarvan zoveel mogelijk ongedaan te maken en daarnaast de nadelige gevolgen voor het oppervlaktewater zoveel mogelijk te beperken. Aan deze last legt het college ten grondslag dat de Staat artikel 13 Wbb heeft geschonden vanwege het toepassen van TGG in de zeedijken. Hoewel de Staat namelijk al verschillende onderzoeken had laten uitvoeren (en daarmee wetenschap van had gekregen dat de TGG leidde tot verontreiniging), had zij geen maatregelen genomen om ontstane verontreiniging te verwijderen dan wel te beperken. In zoverre zou de Staat in strijd met de repressieve zorgplicht hebben gehandeld, aldus het college.

**5.** De Staat verweert zich hiertegen met de stelling dat zij ten tijde van de toepassing van TGG in de zeedijken

niet wist en ook redelijkerwijs niet had kunnen vermoeden dat de toepassing van TGG tot verontreiniging zou kunnen leiden, waarbij zij onder andere verwijst naar het verkregen productcertificaat. Omdat de Staat deze kennis of dit vermoeden niet had ten tijde van het toepassen van TGG kan zij artikel 13 Wbb niet geschonden hebben, zo luidt dus het argument.

**6.** Uit deze blijkt dat het college van B&W uiteindelijk in deze stelling van de Staat is meegegaan en tijdens de zitting heeft erkend dat de Staat redelijkerwijs niet heeft kunnen vermoeden dat de toepassing van TGG zou kunnen leiden tot bodemverontreiniging. Volgens het college is voor het handelen in strijd met de repressieve zorgplicht uit artikel 13 Wbb echter niet vereist dat de Staat een dergelijk vermoeden had ten tijde van de toepassing daarvan, waarbij het college verwijst naar een eerdere uitspraak van de Afdeling van 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1167.

**7.** Ook de uitspraak van 29 april 2020 draait om de toepassing van TGG. In deze zaak legt het college van B&W van Bunschoten aan het waterschap Vallei en Veluwe een last onder dwangsom op om de verontreiniging die was ontstaan door het gebruik van TGG voor het verbreden en verstevigen van een bepaalde dijk in Bunschoten, ongedaan te maken. Niet in geschil is dat sprake was van verontreiniging. Tevens staat volgens de Afdeling vast dat het waterschap op het moment dat dat begon met het verbreden en verstevigen van de dijk met TGG niet wist of redelijkerwijs kon vermoeden dat de bodem daardoor kon worden verontreinigd, omdat voor de TGG een productcertificaat was afgegeven. Dit leidt er volgens de Afdeling toe dat het waterschap de preventieve zorgplicht - inhoudend dat een ieder die handelingen verricht zoals bedoeld in de artikelen 6-11 en die weet of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door die handelingen de bodem kan worden verontreinigd of aangetast, verplicht is alle maatregelen te nemen om verontreiniging te voorkomen - niet kan hebben overtreden. Het feit dat het waterschap geen wetenschap had (kunnen hebben) van de bodemverontreiniging die het toepassen van TGG kan veroorzaken, is volgens de Afdeling echter irrelevant voor de beantwoording van de vraag of het waterschap de repressieve zorgplicht uit artikel 13 Wbb heeft geschonden. 'Dit artikel kan namelijk ook worden overtreden als er, wanneer de verontreiniging zich eenmaal voordoet, niet alle maatregelen worden genomen die redelijkerwijs kunnen worden gevergd om de verontreiniging en de directe gevolgen daarvan te beperken en zoveel mogelijk ongedaan te maken'. Aangezien het waterschap ook nadat het vermoeden was ontstaan dat de toepassing van TGG tot bodemverontreiniging zou (kunnen) leiden geen maatregelen had getroffen om de verontreiniging te verwijderen dan wel zo veel mogelijk te beperken, oordeelt de Afdeling in deze zaak dat het waterschap in strijd met artikel 13 Wbb heeft gehandeld (r.o. 8.2.4).

**8.** De uitspraak van 29 april 2020 lijkt te suggereren dat de repressieve zorgplicht uit artikel 13 Wbb telkens wordt geschonden als er vervuiling van de bodem is ontstaan door het verrichten van handelingen zoals bedoeld

in de artikelen 6 t/m 11 Wbb en degene die deze verontreiniging heeft veroorzaakt geen maatregelen heeft getroffen om deze verontreiniging te verhelpen of te beperken, ongeacht of degene die de verontreiniging van de bodem heeft veroorzaakt de wetenschap moet hebben gehad dat zijn handelingen tot deze verontreiniging kon leiden. In deze uitspraak kon daarom een uitbreiding van de wettelijke aansprakelijkheid op grond van artikel 13 Wbb worden gelezen (zie ook annotatie F.C.S. Warendorf, *Men R* 2020/51).

**9.** Met bovenstaande in het achterhoofd had het college van B&W van de gemeente Hulst de gerechtvaardigde verwachting dat de Afdeling ook in deze zaak zou oordelen dat de repressieve zorgplicht uit artikel 13 Wbb inderdaad door de Staat is geschonden. Ook in deze zaak stond namelijk niet ter discussie dat (i) sprake was van verontreiniging van de bodem en (ii) de Staat had nagelaten om maatregelen te treffen om de verontreiniging te verwijderen of te beperken. In dit geval beslist de Afdeling echter - overigens zonder nadrukkelijk afstand te nemen van de uitspraak van 29 april 2020 - anders. Volgens de Afdeling is de normadressaat van beide uit artikel 13 Wbb voortvloeiende zorgplichten namelijk 'degene die de aangeduide handelingen verricht én die weet of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door die handelingen de bodem kan worden verontreinigd of aangetast. Dat betekent dat voor de beantwoording van de vraag of artikel 13 Wbb is overtreden, van belang is of de Staat ten tijde van het toepassen van de TGG wist of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door die toepassing verontreiniging kon ontstaan'. Aangezien voor de TGG een productcertificaat was afgegeven, had het college volgens de Afdeling moeten aantonen dat de Staat desondanks wist of kon vermoeden dat de toepassing van TGG tot verontreiniging zou leiden. Zowel uit deze uitspraak als uit de uitspraak van 29 april 2020 blijkt daarom tevens dat een initiatiefnemer in beginsel op een afgegeven productcertificaat mag vertrouwen. Het is vervolgens aan de partij die stelt dat artikel 13 Wbb is geschonden om te bewijzen dat de initiatiefnemer ondanks het afgegeven certificaat toch wist of had kunnen weten dat diens handelingen tot bodemverontreiniging konden leiden. Het college heeft dit echter niet heeft bewezen en bovendien ter zitting het standpunt heeft ingenomen dat de Staat niet redelijkerwijs kon vermoeden dat het toepassen van TGG tot verontreiniging van de bodem zou leiden. De Afdeling komt daardoor tot het oordeel dat de Staat de repressieve zorgplicht uit artikel 13 Wbb niet heeft geschonden.

**10.** Met bovenstaande uitspraak maakt de Afdeling duidelijk dat voor het schenden van beide uit artikel 13 Wbb voortvloeiende zorgplichten vereist is dat de veroorzaker ook daadwerkelijk kennis had of redelijkerwijs had moeten hebben van het feit dat diens handelingen tot bodemverontreiniging zouden kunnen leiden. Hoewel dit door de Afdeling niet zo wordt benoemd, komt zij hiermee in feite terug op de in de uitspraak van 29 april 2020 gekozen lijn voor de repressieve zorgplicht en het belang van wetenschap in dit verband. Deze correctie is ons inziens enerzijds terecht, omdat de tekst van artikel 13 Wbb zelf noch de parlementaire geschiedenis (*Kamerstukken II* 1989/90, 21556, nr. 3)



een aanleiding vormt om de wettelijke aansprakelijkheid op te rekken en initiatiefnemers in beginsel op afgegeven productcertificaten zouden moeten kunnen vertrouwen. Tegelijkertijd zou betoogd kunnen worden dat een initiatiefnemer - zeker wanneer het een bestuursorgaan betreft - ook een zekere verantwoordelijkheid heeft om maatregelen te treffen zodat de verontreiniging in ieder geval zo veel mogelijk beperkt wordt.

**11.** Wij merken nog op dat de hierboven beschreven correctie van de Afdeling onverlet laat dat het bevoegd gezag - door het leveren van (tegen)bewijs - kan aantonen dat degene die de bodemvervuiling heeft veroorzaakt wel degelijk de wetenschap had dat zijn handelingen hiertoe zouden leiden. Het enkele gegeven dat een initiatiefnemer beschikt over bijvoorbeeld een productcertificaat vrijwaart hem daarom niet van elke aansprakelijkheid op grond van artikel 13 Wbb. Aangezien het college van B&W van Hulst in deze zaak echter nauwelijks had onderbouwd waarom de Staat wel degelijk over deze wetenschap beschikte, biedt deze uitspraak geen verdere aanknopingspunten voor het beantwoorden van de vraag wanneer overtuigend tegenbewijs is geleverd.

**12.** Ook onder de Omgevingswet blijft de bovengenoemde correctie van de Afdeling relevant. Allereerst blijft op grond van het overgangsrecht artikel 13 Wbb namelijk van toepassing op alle verontreinigingen of aantas-

tingen van de bodem die op of na 1 januari 1987 en voor de inwerkingtreding van de Omgevingswet zijn veroorzaakt. In hoeverre daarnaast de jurisprudentie met betrekking tot artikel 13 Wbb voor gevallen van verontreiniging die zijn veroorzaakt na 1 januari 2024 relevant blijft, is op dit moment nog onduidelijk. Hoewel de wetgever heeft beoogd artikel 13 Wbb beleidsneutraal om te zetten en het beschermingsniveau gelijkwaardig te houden (*Kamerstukken II 2017/18, 34864, nr. 3, p. 67*), zal de dubbele zorgplicht uit dit artikel worden verdeeld over meerdere instrumenten: de algemene zorgplicht uit de Omgevingswet (artikelen 1.6 en 1.7 Omgevingswet), de specifieke zorgplichten (bijvoorbeeld artikel 2.11 Besluit activiteiten leefomgeving en artikel 2.6 Besluit bouwwerken leefomgeving) en de mogelijke zorgplicht(en) uit het omgevingsplan. Wij verwachten dat ook voor gevallen na 1 januari 2024 het oordeel van de Afdeling uit deze uitspraak relevant blijft, omdat de Afdeling hierin duidelijk heeft gesteld dat de zorgplicht met betrekking tot de bodem alleen geschonden kan worden als de initiatiefnemer over de kennis of het vermoeden beschikt dat diens handelingen bodemverontreiniging kan veroorzaken. Wij zien geen directe aanleiding waarom dit onder de Omgevingswet anders zou zijn, mede gezien het feit dat zowel de algemene als de specifieke zorgplichten zich richten tot degene die weet of redelijkerwijs kan vermoeden - en dus de wetenschap heeft - dat diens activiteit tot nadelige gevolgen kan leiden.

J.J. Akkerman en F. Kelder

## Jurisprudentie – III. Aanneming van werk

### TBR 2023/105

**Raad van Arbitrage voor de Bouw, 10 februari 2023, No. 72.277, (Onderscheid aanneming van bouwwerken en aanneming van werk)**

(Mr. dr. P.S. Bakker, ing. J.J. van den Engel en ir. J.W.G.M. Kraak MSC)

**BW: art. 7:761 lid 2; Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (Titel 7.12 BW): art. 7:754 lid 2, art. 7:757a, art. 7:758 lid 4**

Aanneming van werk. Appel. Gebrek. Herstel. Nakoming. Overeenkomst. Schadevergoeding. Tekortkoming. Verjaring

**Met noot H.P.C.W Strang, Red.<sup>1</sup>**

#### DE GRONDEN VAN DE BESLISSING de bevoegdheid en de ontvankelijkheid

5. De bevoegdheid van appellarbiters tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast.

6. De memorie van grieven is binnen drie maanden na de datum van het beroepen vonnis binnengekomen bij het secretariaat van de RvA, zodat aannemster in zoverre ontvankelijk is in haar appel.

#### het geschil in eerste aanleg

7. In 2007 hebben partijen een aannemingsovereenkomst gesloten op grond waarvan aannemster toen onder meer asbestsaneringswerkzaamheden heeft laten verrichten. In 2020 heeft opdrachtgeefster aannemster laten weten dat zij asbesthoudend materiaal heeft aangetroffen. Nadat aannemster niet bereid bleek - op haar kosten - nieuwe saneringsmaatregelen te (doen) treffen, heeft opdrachtgeefster in eerste aanleg de kosten van het moeten uitvoeren daarvan gevorderd, alsmede bijkomende kosten. De betreffende werkzaamheden zijn inmiddels uitgevoerd.

8. Het dictum in eerste aanleg luidt:

Arbiter, rechtdoende naar de regelen des rechts: VEROORDEELT aannemster aan opdrachtgeefster te betalen € 57.410,00 (zevenvijftigduizend vierhonderdtien euro), te vermeerderen met de wettelijke rente hierover met ingang van de vijftiende dag na de datum van dit vonnis;

VEROORDEELT aannemster aan opdrachtgeefster te betalen € 1.349,10 (duizend driehonderdnegenenveertig euro en tien cent) ter zake de buitengerechtelijke incassokosten; VEROORDEELT aannemster ter verrekening van de proceskosten aan opdrachtgeefster te betalen € 10.842,00 (tienduizend achthonderdtweeënveertig euro), te voldoen binnen veertien dagen na de datum van dit vonnis, bij gebreke waarvan voormeld bedrag wordt vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de vijftiende dag na de datum van dit vonnis tot de dag van volledige betaling; VEROORDEELT aannemster, onder de voorwaarde dat zij niet binnen veertien dagen na aanschrijving door opdrachtgeefster volledig aan dit vonnis voldoet, in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op:

- € 157,00 (honderdzevenenvijftig euro) aan salaris advocaat, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na aanschrijving,  
- te vermeerderen, indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 82,00 (tweeëntachtig euro) aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van het vonnis, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na betekening;  
VERKLAART dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;  
WIJST het meer of anders gevorderde AF<sup>2</sup>.

#### het geschil in appel

9. Aannemster formuleert tien grieven tegen het vonnis in eerste aanleg en verzoekt de RvA bij arbitraal vonnis in hoger beroep, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, het vonnis gewezen op 21 december 2021 onder zaaknummer 37.162, te vernietigen en opnieuw rechtdoende:

I. de vorderingen van opdrachtgeefster alsnog af te wijzen;  
II. opdrachtgeefster te veroordelen tot terugbetaling van al hetgeen aannemster op grond van het vonnis aan opdrachtgeefster heeft betaald, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag der betaling door aannemster tot de dag der terugbetaling door opdrachtgeefster;  
III. opdrachtgeefster te veroordelen om binnen vijf kalenderdagen na het door de RvA te wijzen vonnis de ten laste van aannemster gelegde executoriale beslagen op te heffen en opgeheven te houden, op straffe van een dwangsom van € 2.000,00 voor

<sup>1</sup> Hugo Strang is partner bij Straatman Koster advocaten. Hij is gespecialiseerd in het bouw- en aanbestedingsrecht.

iedere dag of dagdeel dat opdrachtgeefster met de naleving van dit gebod in gebreke blijft;

IV. opdrachtgeefster te veroordelen in de kosten van beide instanties, te vermeerderen met de nakosten, een en ander te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van het vonnis in hoger beroep en - voor het geval voldoening van de (na)kosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt - te vermeerderen met de wettelijke rente over de (na)kosten te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening.

**10.** Zij heeft ter zitting de vordering onder II ingetrokken.

**11.** Opdrachtgeefster voert gemotiveerd verweer en concludeert om bij vonnis in hoger beroep, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, aanneemster niet ontvankelijk te verklaren in haar vorderingen en/of haar grieven ongegrond te verklaren en het vonnis van 21 december 2021 te bekrachtigen.

**12.** Bij pleidooi heeft zij de in eerste aanleg gevorderde schadevergoeding van € 57.410,00 verminderd tot € 48.710,00 exclusief btw.

#### **de feiten**

**13.** Tegen de in eerste aanleg vastgestelde feiten hebben partijen niet gegriefd of anderszins bezwaren geuit, zodat die feiten ook in hoger beroep het uitgangspunt voor de beoordeling zijn.

**14.** Voor zover relevant zullen deze feiten hierna worden vermeld, alsook nieuwe in hoger beroep gebleken feiten.

#### **de beoordeling van het geschil de kern van het geschil**

**15.** De kern van het geschil betreft de vraag of met voldoende mate van waarschijnlijkheid kan worden vastgesteld dat het asbesthoudende materiaal dat in 2020 ter plaatse is aangetroffen, is te herleiden tot een toerekenbaar tekortschieten van aanneemster in de nakoming van haar contractuele verplichtingen in 2007.

#### **de aanwezigheid van asbest**

**16.** De overeenkomst tussen partijen hield in dat aanneemster zorg zou dragen voor het (laten) verwijderen en afvoeren van de aanwezige asbesthoudende gevel-/dakbeplatingen en de aanwezige asbestbesmette materialen (systeemplafond) in diverse fases, inclusief het verzorgen van de benodigde visuele inspecties door een sterlaboratorium na elke fase en het maken van een asbestinventarisatierapport (dat al voor het sluiten van de overeenkomst tussen partijen was opgesteld door C; hierna: C). Aansluitend moest aanneem-

ster onder meer dak- en gevelbeplating leveren en monteren.

**17.** De overeenkomst zag op werkzaamheden in/aan twee loodsen. De bovenzijde van de systeemplafonds, die zich uitsluitend in loods 1 bevonden, is volgens de asbestinventarisatie asbestverdacht, althans boven de werkplaats aldaar. Het (laten) verwijderen van die plafonds boven het kantoor en de kantine in loods 1 behoorde niet tot het aangenomen werk; wel het plafond boven de werkplaats. De asbestsanering is uitgevoerd door asbestsaneerder D (hierna: D) en de overeengekomen visuele inspecties zijn na iedere fase uitgevoerd door E (hierna: E). Dat zijn vijf inspecties geweest door drie verschillende inspecteurs, die ieder tot de conclusie kwamen dat de geïnspecteerde ruimte of oppervlakte vrij was van visueel waarneembare asbestverdachte materialen.

**18.** In 2018 heeft opdrachtgeefster onder meer de overige systeemplafonds verwijderd, dan wel laten verwijderen. Er is toen ook, in containment, asbesthoudende kit verwijderd bij de ruiten van een scheidingswand tussen het kantoor en kantinegedeelte en de werkplaats in loods 1.

**19.** In 2020 wilde opdrachtgeefster zonnepanelen (laten) monteren en daartoe moesten de stalen spanten van het dak worden verstevigd. Daarbij is asbestverdacht materiaal aangetroffen, volgens opdrachtgeefster op spanten en gordingen in beide loodsen.

**20.** Opdrachtgeefster heeft een asbestinventarisatie laten verrichten door F (geautoriseerd op 24 april 2020; hierna: F), die twee materiaalmonsters heeft genomen (M1 en M2) en laten onderzoeken en 15 kleefmonsters, waarvan één asbest bevatte. Opdrachtgeefster houdt aanneemster niet aansprakelijk voor dat kleefmonster (K12) (memorie van eis randnummer 26). Datzelfde geldt voor de door F geconstateerde bron 2 (M2 -asbesthoudend boardmateriaal). Bron 1 (M1) betreft restanten asbesthoudend golfplaat op een spant in loods 2. Hoewel opdrachtgeefster stelt dat dat asbest overal op de dakconstructie in beide loodsen is aangetroffen, wordt dat door aanneemster betwist en blijkt dat naar het oordeel van appellarbiters ook niet overtuigend uit de overgelegde rapportages en foto's. De pijlen op de foto's hebben betrekking op één spant met aanpalende gordingen. Dat het meer spanten betreft, valt uit de foto's niet goed op te maken. Het is op die plek dat het monster is genomen. Het is mogelijk dat daarmee ook andere onderdelen van de dakconstructie als asbestverdacht mogen of moeten worden aangemerkt, maar dat daar asbesthoudend materiaal aanwezig was, is niet aangetoond.

**21.** Het asbest dat wel is aangetoond, bevindt zich in loods 2, tegen de uiterste wand, gezien vanuit de kantine in loods 1.

**22.** Nadat D geconfronteerd werd met de inventarisatie van F, heeft zij zelf ten behoeve van aanneemster een inventarisatie laten verrichten door G (geautoriseerd op 16 april 2021; hierna: G). G heeft met een hoogwerker de spanten, liggers, flenzen en liggers van de bovenloopkranen opnieuw gecontroleerd maar nergens visueel waarneembare restanten aangetroffen, wel stukjes vuil, kit of steenachtig materiaal. Het monsteropnamepunt M1 heeft zij niet gevonden. Zij heeft ter plaatse van K12 nog twee kleefmonsters genomen, die asbestvrij bleken. Zij concludeert dan ook dat er geen sprake is van verontreiniging en dat de loodsen veilig en zonder persoonlijke beschermingsmiddelen betreden kunnen worden. De aanwezigheid van asbesthoudend plaatmateriaal (bron 2; M2) op de etage van de loods wordt wel door haar bevestigd.

**23.** Daarop heeft opdrachtgeefster nogmaals een inventarisatie laten verrichten door H (hierna: H) (die op 9 juni 2021 rapporteert en) die twee bronnen heeft geïnventariseerd: bron 1, bestaande uit asbesthoudende stukjes golfplaat in de stalen dakconstructie van de loodsen en bron 2, bestaande uit asbesthoudend plaatmateriaal in het magazijn op de eerste verdieping. Zij heeft met betrekking tot bron 1 vier materiaalmonsters genomen - waarvan niet duidelijk is waar precies - waarvan er drie amfibool bevatten. Zij adviseert het materiaal op korte termijn te laten saneren en tot die tijd geen werkzaamheden uit te voeren bij de dakconstructie zonder gebruikmaking van persoonlijke beschermingsmiddelen. Haar 18 kleefmonsters bleken asbestvrij.

**24.** Mede omdat aanneemster niet betwist dat er sprake is van asbesthoudende stukjes golfplaat op in elk geval één spant en aanpalende gordingen, zullen appellarbiters de inventarisatie van G - die ter plaatse in het geheel geen asbest heeft aangetroffen - bij de beoordeling buiten beschouwing laten.

**25.** Hoewel H vier monsters heeft genomen valt niet vast te stellen dat die monsters op andere plekken zijn genomen dan op dat ene spant dat al door F als asbestbesmet is aangewezen. Maar ook bij besmetting van één spant is asbestsanering aangewezen.

**26.** Bron 2 (M2) van F is dezelfde als bron 2 van H en speelt in deze procedure geen rol. asbest te herleiden tot de werkzaamheden van aanneemster?

**27.** Opdrachtgeefster stelt onder meer dat het tot de opdracht van aanneemster behoorde om de loodsen geheel asbestvrij op te leveren. Daarin volgen appellarbiters opdrachtgeefster niet. Aanneemster behoeft immers onder meer het systeemplafond van het kantoor en de kantine, met daarop mogelijk - dat is niet geïnventariseerd - asbestvervuiling, niet te verwijderen.

**28.** Daar waar D wel asbest heeft verwijderd, heeft deze daarna de spanten en gordingen schoongemaakt, aldus aanneemster ter zitting; dat is onderdeel van een goede en deugdelijke asbestsanering. De kleefmonsters waren alle negatief, met uitzondering van één waarvoor opdrachtgeefster aanneemster niet verantwoordelijk houdt. Aanneemster betoogt dat heel wel mogelijk is dat het in 2020 op het spant aangetroffen asbest afkomstig is van werkzaamheden die na 2007 door of op verzoek van opdrachtgeefster zijn uitgevoerd.

**29.** Opdrachtgeefster geeft daarentegen aan dat de werkzaamheden na 2007 geen golfplaatstukjes op het spant in loods 2 kunnen hebben veroorzaakt, zodat die stukjes in 2007 achtergebleven moeten zijn. Dat betekent dat aanneemster toen is tekortgeschoten.

**30.** Appellarbiters stellen voorop dat het totale oppervlakte van beide loodsen circa 1600 m2 bedraagt. Inventarisatie van asbest van dat totale oppervlakte zal daarom bestaan uit het inspecteren van delen van de loods en het extrapoleren van de uitkomsten daarvan. Een centimeter voor centimeter inspectie van alle spanten en gordingen is immers zo goed als onmogelijk. Datzelfde geldt mogelijk bij de vrijgave van het werk door E in 2007. Niet kan worden uitgesloten dat de asbesthoudende restanten op één spant met aanpalende gordingen door alle betrokkenen eenvoudigweg zijn gemist: door D bij het schoonmaken en door E bij het vervolgens uitvoeren van de inspecties. De suggestie van aanneemster dat zij bij het aanbrengen van de dakplaten zicht had op de spanten en de restanten dan toch zeker zou hebben zien liggen, wijzen appellarbiters om die reden eveneens van de hand. Ook aanneemster kan immers wat golfplaatrestanten op één spant over het hoofd hebben gezien.

**31.** Appellarbiters zijn voorts van oordeel dat de werkzaamheden in 2018 de in 2020 aangetroffen vervuiling redelijkerwijs niet kunnen hebben veroorzaakt. Bij het verwijderen van de systeemplafonds van het kantoor en de kantine in loods 1 - aan de kant van de loods die het meest verwijderd is van loods 2 waar de vervuiling in 2020 is aangetroffen - bevonden zich tussen beide locaties twee wanden. Eén van die wanden, met glasplaten, is aansluitend in containment gesaneerd in verband met asbesthoudende kit. Appellarbiters

achten het bijzonder onaannemelijk dat brokjes golfplaat vanaf de keuken en de kantine door twee wanden heen bovenop een spant terecht komen van loods 2 en bovendien op een hoogte, gelijk aan of hoger dan de verwijderde plafonds. De brokjes zouden in dat geval immers 'naar boven' moeten zijn gevallen, zoals opdrachtgeefster ook aanvoert. De gesaneerde kit bevat geen stukjes golfplaat zodat die sanering de vervuiling van het desbetreffende spant evenmin kan hebben veroorzaakt.

**32.** Dat het asbesthoudende monster M2 (asbesthoudend boardmateriaal) op een entresol de vervuiling (restjes asbesthoudend golfplaat) kan hebben veroorzaakt, wordt door aannemster niet gesteld en is naar het oordeel van appellarbiters evenmin aannemelijk.

**33.** Appellarbiters komen daarom tot de conclusie dat ondanks het aanzienlijke tijdsverloop tussen de werkzaamheden van aannemster en het aantreffen van stukjes golfplaat op het spant in loods 2, de aanwezigheid van die stukjes golfplaat causaal aan de uitvoering van die werkzaamheden is te relateren. Een andere mogelijke oorzaak voor die aanwezigheid is immers niet aan te wijzen. Dat betekent dat het ervoor moet worden gehouden dat aannemster destijds is tekortgeschoten in de nakoming van haar contractuele verplichtingen.

**34.** Dat de recent aangetroffen en bemonsterde stukjes asbest niet steeds exact dezelfde samenstelling hadden als de in 2007 door C bemonsterde asbestplaten doet daar niet aan af, omdat heel wel mogelijk is dat in de verwijderde dakplaten variatie voorkwam in typen en hoeveelheden asbest. Dat H inmiddels heeft verklaard dat niet met zekerheid kan worden vastgesteld dat de door haar aangetroffen asbest afkomstig is van de werkzaamheden van aannemster doet aan de conclusie van appellarbiters evenmin af, nu een andere mogelijke oorzaak immers niet voorhanden is.

**35.** Daarmee faalt grief 1 die zich richt tegen de vaststelling dat genoegzaam is komen vast te staan dat de asbestrestanten afkomstig zijn van door aannemster verwijderde golfplaten.

**36.** Grief 2 mist feitelijke grondslag: in eerste aanleg is niet geoordeeld dat aannemster op grond van de overeenkomst verplicht was al het in de loodsen aanwezige asbest te verwijderen.

**37.** Ook grief 3 faalt. Uit het feit dat er op één spant stukjes golfplaat zijn aangetroffen die met voldoende mate van waarschijnlijkheid zijn te herleiden tot de uitvoering van de werkzaamheden van (de onderaannemer van) aannemster volgt de aansprakelijkheid van aannemster wegens een toerekenbare tekortkoming. Dat zij stelt te goeder trouw te zijn afgegaan en te hebben mogen afgaan

op de inspecties en vrijgave door E maakt dat niet anders. Het op deugdelijke wijze (laten) verwijderen behoorde immers tot de eigen contractuele verplichtingen van aannemster. Dat de kantonrechter in 2020 in een geval waarin aan een aannemer een asbestsanering was opgedragen anders heeft geoordeeld (rechtbank Midden-Nederland 29 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3192) verandert het oordeel van appellarbiters niet. De tekortkoming staat vast en dat die niet aan aannemster valt toe te rekenen is appellarbiters niet gebleken.

**38.** Appellarbiters merken daarbij terzijde op dat E - anders dan D - niet als hulpperson in de zin van artikel 6:76 BW van aannemster kan worden aangemerkt. Het systeem van asbestsanering brengt mee dat degene die de sanering uitvoert (aannemster), niet zelf mag inspecteren, net zomin als degene die de inspecties verricht (E) de sanering ter hand mag nemen. Er zijn in beginsel steeds drie (gecertificeerde) bedrijven bij de sanering betrokken. Een eventuele nalatigheid van E komt dan ook niet voor rekening van aannemster maar een nalatigheid van D wel.

#### verjaring?

**39.** Aannemster beroept zich voorts op de verjaringstermijn van tien jaar in artikel 7:761 lid 2 BW, ofwel omdat in het geheel geen sprake is van de aanneming van een bouwwerk door aannemster, ofwel omdat de saneringswerkzaamheden los moeten worden gezien van de overige werkzaamheden van aannemster en daarom evenmin als aanneming van een bouwwerk kunnen gelden. De twintigjarige verjaringstermijn is daarom in dit geval niet van toepassing en de tienjarige verjaringstermijn was ten tijde van het instellen van de vordering bij de RvA inmiddels verstreken, aldus aannemster.

**40.** Appellarbiters beschouwen de overeengekomen verbouwingswerkzaamheden - sloop en herbouw van een deel van de loodsen - als één geheel. Ook bij verbouw is naar het oordeel van appellarbiters sprake van aanneming van een bouwwerk dat bestemd is om langere tijd mee te gaan en waarbij eventuele gebreken zich eerst later kunnen openbaren. De voorafgaande sanering maakt in de overeenkomst tussen partijen onlosmakelijk onderdeel uit van de sloop en is daarmee onderdeel van het aangenomen bouwwerk.

**41.** Daarmee falen de grieven 4 en 5. Met de arbiter in eerste aanleg stellen appellarbiters vast dat, ervan uitgaande dat oplevering van het werk in 2007 heeft plaatsgevonden, de verjaringstermijn van twintig jaar ten tijde van het indienen van de memorie van eis op 22 januari 2021 nog niet was verstreken. Gevolgen aangetroffen asbest toch voor rekening opdrachtgeefster?

**42.** Aanneemster beroept zich in haar grief 6 op artikel 7:758 lid 3 BW: opdrachtgeefster had de op het spant achtergebleven brokjes asbest bij oplevering moeten constateren zodat er geen sprake is van een verborgen gebrek en aanneemster voor dat bij oplevering zichtbare gebrek niet aansprakelijk is.

**43.** Zoals hiervoor al is overwogen, is het heel goed denkbaar dat - ook bij een min of meer zorgvuldige controle - de (incidentele) brokjes asbest over het hoofd zijn gezien. Indachtig het hiervoor genoemde wettelijke systeem van asbestsanering, dat meebrengt dat er drie verschillende bedrijven bij betrokken zijn, te weten degene die het asbest inventariseert, degene die dat saneert en degene die dat achteraf controleert, behoefde opdrachtgeefster niet zelf nogmaals een controle uit te voeren, ook niet als ervan uit wordt gegaan dat er nog hoogwerkers aanwezig waren, zoals aanneemster stelt. Opdrachtgeefster mocht erop vertrouwen dat daar waar asbest verwijderd moest worden, dat ook was gebeurd. Daarmee vormen de brokjes asbest dus een verborgen gebrek.

**44.** Dat de uitvoerder van opdrachtgeefster gedurende de uitvoering van de werkzaamheden regelmatig 'mee naar boven is gegaan', maakt het voorgaande niet anders.

**45.** Mede om die reden faalt ook grief 7. Opdrachtgeefster mocht erop vertrouwen dat daar waar overeengekomen, het asbest was verwijderd en niet is komen vast te staan dat zij de aanwezigheid van dat asbest eerder dan in 2020 heeft geconstateerd of heeft moeten constateren. Appellarbiters volgen aanneemster daarom niet in haar stelling dat opdrachtgeefster haar klachtplicht van artikel 6:89 BW heeft geschonden.

#### conclusie en omvang schadevergoeding.

**46.** In overweging 25 van het vonnis in eerste aanleg concludeert arbiter dat aanneemster toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar uit de aannemingsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen en gehouden is de daardoor door opdrachtgeefster geleden schade te vergoeden.

**47.** Uit het voorgaande volgt dat de door aanneemster tegen die conclusie gerichte grief 8 tevergeefs is voorgedragen.

**48.** Grief 9 richt zich tegen de omvang van de in eerste aanleg toegekende schadevergoeding.

**49.** In dit hoger beroep beperkt opdrachtgeefster haar vordering achteraf tot een bedrag van € 48.710,00 exclusief btw. Dat bedrag is als volgt opgebouwd (waarbij de productienum-

mers verwijzen naar de producties van opdrachtgeefster):

- € 2.550,00 (factuur F - productie 9);
- € 2.985,00 (factuur H - productie 9);
- € 10.300,00 (factuur I - productie 29);
- € 375,00 (factuur F - productie 9);
- € 15.000,00 (factuur I - productie 25);
- € 17.500,00 (factuur I - productie 31).

**50.** Ten aanzien van de inventarisatie door F voert aanneemster aan dat dat 'sowiekosten' betreffen: ook als er bij de oplevering van het bouwwerk in 2007 asbest was aangetroffen had een nieuwe inventarisatie moeten worden uitgevoerd. Appellarbiters gaan daar niet in mee. De aangetroffen asbest waar het in deze procedure over gaat had er immers niet mogen zijn en een nieuwe inspectie was dan niet nodig geweest. Nu is geconstateerd dat er nog wel asbest aanwezig was, was de daarop volgende inspectie nodig om schade en aansprakelijkheid vast te stellen (artikel 6:96 lid 2 onder b BW), zoals in eerste aanleg ook is overwogen. Dat noopte, als gevolg van de tekortkoming van aanneemster, tot een volledige inventarisatie.

**51.** Aanneemster voert hetzelfde, hiervoor verworpen argument aan tegen de kosten van H. Daarnaast stelt zij dat die tweede inspectie/inventarisatie overbodig was omdat de inspectie door F tot drie jaar na de inspectie geldig bleef. Datzelfde kan ook beweerd worden ten opzichte van de (tweede) inventarisatie door G, die vaststelde dat er ter plaatse van de spanten geen asbest is aangetroffen. In dat licht is de (derde) inspectie door H dan ook een redelijke maatregel. Daarmee komt dus een bedrag van (€ 2.550,00 + € 2.985,00 =) € 5.535,00 voor vergoeding in aanmerking.

**52.** F ging in haar inventarisatie uit van risicoklasse 2, zowel voor bron 1 als bron 2. Na een validatiemeting (productie 22 van aanneemster) is die klasse voor bron 1 - de asbest in het onderhavige geschil - bijgesteld naar risicoklasse 1, wat betekent dat de sanering niet door een gecertificeerd bedrijf hoeft te worden verricht. Dat kan door eenieder gebeuren door middel van de 'hot-spotmethode' of 'hand-picking'. Niettemin heeft opdrachtgeefster ervoor gekozen om de sanering uit te laten voeren door het gecertificeerde bedrijf I.

**53.** I heeft de werkzaamheden ten behoeve van de validatie gefactureerd voor een bedrag van € 10.300,00. Dat die kosten - toen er nog sprake was van risicoklasse 2 - correct zijn, is door aanneemster niet betwist. De kosten van de aanpassing van het rapport van F (€ 375,00) worden niet betwist zodat aanneemster ter zake € 10.675,00 is verschuldigd.

**54.** De werkzaamheden die I voor het overige heeft gefactureerd voor respectievelijk

€ 15.000,00 en € 17.500,00 hadden, zoals hiervoor is overwogen, ook door een niet gecertificeerd of gespecialiseerd bedrijf kunnen worden uitgevoerd. Dat zou goedkoper zijn geweest maar blijft arbeidsintensief. Dat het voor enkele duizenden euro's had gekund, zoals aannemster stelt, is dan ook niet aannemelijk. Appellarbiters schatten de daarmee gemoeid gaande kosten daarom op de helft van wat I heeft gefactureerd, oftewel op € 16.250,00.

**55.** Daarmee is aannemster in totaal (€ 5.535,00 + € 10.675,00 + € 16.250,00 =) € 32.460,00 aan opdrachtgeefster verschuldigd. In zoverre slaagt grief 9.

**56.** In eerste aanleg is geoordeeld dat over het verschuldigde wettelijke rente moet worden vergoed met ingang van de vijftiende dag na de datum van het vonnis, ofwel met ingang van 5 januari 2022. Daartegen is niet gegriefd.

**57.** Wat aannemster te bewijzen heeft aangeboden zou, indien bewezen, niet tot een ander oordeel leiden. de vordering van aannemster tot opheffing van de executoriale beslagen

**58.** Op 8 maart 2022 heeft de gerechtsdeurwaarder op verzoek van opdrachtgeefster een exploit van executoriaal derdenbeslag onder de bank aan aannemster (over)betekend. Uit dat exploit blijkt dat ook het vonnis in eerste aanleg is betekend.

**59.** Uit het voorgaande volgt dat aannemster ook na haar hoger beroep een bedrag aan opdrachtgeefster is verschuldigd, zij het circa € 25.000,00 minder dan waartoe zij in eerste aanleg is veroordeeld. Appellarbiters zullen opdrachtgeefster daarom veroordelen tot het (doen) opheffen van het derdenbeslag tot een beloop van € 25.000,00, zoals gevorderd binnen vijf werkdagen na de datum van dit vonnis.

**60.** Voor het overige wordt aan het (doen) opheffen van het beslag de voorwaarde verbonden dat aannemster aan opdrachtgeefster heeft voldaan wat zij op basis van het onderhavige vonnis is verschuldigd, binnen vijf werkdagen na die voldoening.

**61.** Appellarbiters zullen aan beide veroordelingen een dwangsom verbinden van € 1.000,00 voor iedere dag of dagdeel dat opdrachtgeefster daarmee in gebreke blijft, met een maximum van respectievelijk € 25.000,00 en € 45.000,00.

#### tot slot

**62.** Appellarbiters zullen het vonnis in eerste aanleg gedeeltelijk vernietigen voor wat betreft de hoogte van het toegekende bedrag aan

schadevergoeding, alsmede de hoogte van het toegekende bedrag aan buitengerechtelijke incassokosten en proceskosten (waarover hierna meer) en (het dictum van) dit vonnis voor het overige bekrachtigen. (*Enz., enz., Red.*)

## NOOT

### Inleiding

**1.** Deze uitspraak heeft betrekking op het onderscheid dat in art. 7:761 lid 2 BW wordt gemaakt tussen de verjaringstermijn van 20 jaar voor aanneming van bouwwerken en de verjaringstermijn van 10 jaar voor overige gevallen van aanneming van werk. De reden voor dit onderscheid is dat bouwwerken in het algemeen belang bestemd zijn een lange tijd mee te gaan en dat gebreken zich bij bouwwerken veelal pas later openbaren dan bij andere gevallen van aanneming van werk.<sup>2</sup> Dit onderscheid in art. 7:761 lid 2 BW heeft op zichzelf beperkte praktische relevantie, omdat voor aanneming van bouwwerken doorgaans kortere contractuele vervaltermijnen gelden dan de wettelijke verjaringstermijn van twintig jaar.<sup>3</sup> Er bestaat dan ook weinig jurisprudentie over het onderscheid tussen de wettelijke tienjaars- en twintigjaarstermijn.<sup>4</sup>

**2.** Er bestaat niettemin een actuele aanleiding om deze uitspraak nader te beschouwen. Het onderscheid tussen aanneming van bouwwerken en overige gevallen van aanneming van werk komt namelijk terug in diverse aanpassingen die met de op 1 januari 2024 voorziene inwerkingtreding van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (Wkb) zullen worden doorgevoerd in Titel 7.12 BW:

- Art. 7:754 lid 2 BW bevat nadere voorschriften ten aanzien van de op de aannemer rustende waarschuwingsplicht die alleen gelden bij aanneming van een bouwwerk.

- Art. 7:757a BW kent bevat voorschriften ten aanzien van het door de aannemer te verstrekken opleverdossier die alleen gelden in geval van aanneming van een bouwwerk.

- Art. 7:758 lid 4 BW bevat een van lid 3 afwijkende regeling van de aansprakelijkheid na oplevering die uitsluitend geldt bij aanneming van bouwwerken.

**3.** Deze nieuwe BW-bepalingen hebben betrekking op belangrijke leerstukken als de waarschuwingsplicht en de aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering en zijn bovendien deels van dwingend recht. Het ligt derhalve in de lijn der verwachting dat na inwerkingtreding van de Wkb de afbakening tussen aanneming van bouwwerken en overige gevallen van aanneming van werk veel relevanter zal zijn.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> MvT, Kamerstukken II 1992/93, 23 095, p. 34.

<sup>3</sup> Zie bijv. par. 12 UAV 2012 en par. 28 UAV-GC 2005.

<sup>4</sup> Zie voor een overzicht van deze beperkte rechtspraak Strang, GS *Bijzondere Overeenkomsten*, art. 7:761 BW, aant. 4.

<sup>5</sup> Zie Bruggeman & Strang, 'Afbakeningsvragen in Titel 7.12 BW', *TBR* 2018/134, par. 1. Jansen ziet deze afbakeningsvraag ook als een belangrijke kwestie voor de rechtspraak na inwerkingtreding van de Wkb, zie C.E.C. Jansen, 'Wijziging van titel 7.12 BW vanwege de inwerkingtreding van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen', *MvV* 2023, p. 169-171. Van Gulijk vermoedt dat de praktische gevolgen van de onduidelijkheid over deze afbakeningsvraag na inwerkingtreding van de Wkb mogelijk mee zullen vallen, zie Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/8.

Reden genoeg dus om in deze noot te bezien of de onderhavige uitspraak aanknopingspunten biedt voor hoe die afbakening onder de Wkb zou kunnen of moeten plaatsvinden. Ik zal hiertoe eerst de afbakeningsproblematiek in de context plaatsen van de parlementaire geschiedenis van de Wkb en de over dit onderwerp verschenen literatuur.

## De parlementaire geschiedenis van de Wkb

**4.** Omdat het onderscheid tussen het begrip aanneming van werk en aanneming van bouwwerken niet expliciet is toegelicht in de Memorie van Toelichting zijn er vanuit de Kamer vragen gesteld over dit onderscheid. In reactie hierop heeft de minister als volgt geantwoord:

'Het begrip «aanneming van werk» uit Titel 12 van Boek 7 BW is beperkt tot het tot stand brengen en opleveren van zaken met een stoffelijk karakter. Daaronder vallen eveneens afbouwwerkzaamheden zoals stukadoorwerk, schilderwerk, voegwerk, verbouw en renovatie en het bouwen van dakkapellen. [...] De terminologie «een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren» in artikel 7:750 BW is breed en ziet niet alleen op het oprichten, wijzigen of verbouwen van een bouwwerk maar ook op het verrichten van een werk van andere aard, zoals de reparatie van een auto of het stomen van kleding. De terminologie heeft wat betreft de aanneming van bouwwerken dezelfde betekenis als de betekenis die in de Woningwet wordt gegeven aan het bouwen van een bouwwerk (zie artikel 1 van de Woningwet).'

**5.** Volgens de publiekrechtelijke invulling van het door de minister genoemde begrip 'bouwen van een bouwwerk' moet sprake zijn van een constructie (een driedimensionaal samengesteld maaksel), van enige omvang, met een plaatsgebonden karakter en met de grond verbonden.<sup>6</sup> Bepaalde infrastructurale werken zoals wegen en terreinverhardingen vallen bijvoorbeeld niet onder deze definitie.

**6.** Toepassing van deze publiekrechtelijke definitie in het kader van de BW-wijzigingen van de Wkb zou er dus toe leiden dat op het vlak van onder meer de aansprakelijkheid na oplevering en de waarschuwingplicht andere regimes gaan gelden voor bijvoorbeeld eenzijdig gebouwen en anderzijds wegen. Dat zou een principiële afwijking zijn van de al decennia geldende en gehanteerde regelstelsels, zoals de UAV (vanaf 1968), de UAV-GC (vanaf 2000) en Titel 7.12 BW (vanaf 2003). Die regelstelsels maken ter zake van de genoemde leerstukken geen onderscheid ten aanzien van bijvoorbeeld eenzijdig gebouwen en anderzijds wegen. Voor de introductie van een dergelijk onderscheid in (deels dwingendrechtelijke bepalingen in) Titel 7.12 BW wordt in de

parlementaire geschiedenis van de Wkb geen inhoudelijke rechtvaardiging gegeven.

## Opvattingen over de afbakening van aanneming van bouwwerken

**7.** Bruggeman en ikzelf hebben betoogd dat het ongelukkig is de toepassing van BW-bepalingen afhankelijk te maken van de zeer casuïstische publiekrechtelijke jurisprudentie over het begrip bouwwerken en dat dit ertoe leidt dat afbakeningsproblemen in Titel 7.12 BW worden opgelost aan de hand van publiekrechtelijke begrippen die privaatrechtelijke precisie missen.<sup>7</sup> De hiervoor in randnummer 4 geciteerde passage is bovendien niet consistent met andere passages in de parlementaire geschiedenis, waarin ervan wordt uitgegaan dat werken die niet onder de publiekrechtelijke definitie van een bouwwerk vallen wel onder de werking van de BW-wijzigingen van de Wkb vallen.<sup>8</sup> Voorts hebben wij gesteld dat verbouwingen in beginsel onder het begrip 'aanneming van bouwwerken' kunnen vallen, ongeacht of een op het publiekrecht geënte uitleg of een eigen privaatrechtelijke uitleg van dit begrip wordt toegepast.<sup>9</sup>

**8.** Bouwend Nederland is een andere mening toegedaan en stelt met een beroep op de hiervoor in randnummer 4 geciteerde passage dat het begrip aanneming van bouwwerken moet worden uitgelegd conform de publiekrechtelijke invulling van het begrip bouwwerk.<sup>10</sup> De publiekrechtelijke uitleg van dit begrip voldoet volgens Bouwend Nederland en een andere uitleg zou voor verwarring zorgen.

**9.** De argumentatie van Bouwend Nederland kan mij niet overtuigen. Het publiekrechtelijke domein kent een geheel ander begrippenkader dan het privaatrechtelijke domein en de uitleg van een begrip is in een publiekrechtelijke context anders dan in een privaatrechtelijke context. Het is dus niet noodzakelijk of wenselijk specifiek ten aanzien van het begrip bouwwerk een volstrekt eenduidige uitleg te hanteren. Bovendien geldt in zijn algemeenheid dat de wetgever niet door uitingen in de parlementaire geschiedenis een bepaalde uitleg van de wet kan afdwingen.<sup>11</sup> Een uiting in de parlementaire geschiedenis is dus niet zonder meer van doorslaggevende betekenis, maar heeft een betekenis die afhankelijk is van de overtuigingskracht ervan.<sup>12</sup> Zoals

<sup>7</sup> Bruggeman & Strang, 'Afbakeningsvragen in Titel 7.12 BW', *TBR* 2018/134.

<sup>8</sup> Bruggeman & Strang 2018, par. 3.2, ook Jansen 2023, p. 170 noemt hier een voorbeeld van.

<sup>9</sup> Bruggeman & Strang 2018, par. 5.2.

<sup>10</sup> A. Duijverman, P. Vermeij & R.M. Uittenbogaard-de Keyser, 'Het begrip 'bouwwerk' volgens de Wet kwaliteitsborging', *BR* 2022/10.

Uit de bewoordingen van dit artikel blijkt dat de auteurs daarmee het standpunt van Bouwend Nederland weergeven.

<sup>11</sup> Zie Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 1009-1010 (MvA Inv): 'De wetgever kan principieel niet de uitleg van zijn eigen produkten afdwingen, ook niet door middel van uitingen die tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel of een later wetsvoorstel zijn gedaan.'

<sup>12</sup> W. Snijders, 'Parlementaire geschiedenis: zin en onzin', *WPNR* 2008/6744, p. 849.

<sup>6</sup> Dit volgt uit de in de Modelbouwerordening van VNG gegeven definitie die blijkt van de literatuur en jurisprudentie moet worden toegepast, zie bijv. P.M.J. de Haan, De preventieve en de repressieve toetsing aan bouwtechnische voorschriften in het publieke bouwrecht, Den Haag: IBR 2017, p. 44, die verwijst naar o.a. ABRvS 12 september 2012, ECLI: NL:RVS:2012:BX7117. In de Omgevingswet (Bijlage A) is een zelfde definitie opgenomen, met de toevoeging dat ook de van de constructie deel uitmakende bouwwerkgebonden installaties bij het bouwwerk horen (en met de toevoeging dat schepen bestemd en gebruikt voor de vaart geen bouwwerk zijn).



toegelicht onder randnummer 7 van deze noot<sup>13</sup> mist de in de parlementaire geschiedenis gemaakte verwijzing naar de publiekrechtelijke invulling van het begrip bouwwerk mijns inziens in dit geval overtuigingskracht.

**10.** Waar het volgens Jansen om gaat is dat de wetgever in de publiekrechtelijke regelgeving een onderscheid heeft aangebracht ter zake van het begrip 'bouwwerk' in het licht van de specifieke doelstellingen van die regelgeving. Wanneer het begrip 'bouwwerk' vervolgens in een ander juridisch (in dit geval privaatrechtelijk) kader wordt geplaatst, moet opnieuw aansluiting worden gezocht bij de doelstellingen en belangen van dat andere kader.<sup>14</sup> In dit geval is de aan de BW-wijzigingen in de Wkb ten grondslag liggende doelstelling de verbetering van de privaatrechtelijke positie van de opdrachtgever. Gelet op die doelstelling kan het noodzakelijk zijn uit te gaan van een andere en ruimere definiëring van het begrip 'bouwwerk' dan de wetgever nodig heeft gevonden voor de eveneens beoogde vernieuwing van het publiekrechtelijk stelsel van kwaliteitsborging.<sup>15</sup>

**11.** De vraag of verbouwingen onder het begrip 'aanneming van bouwwerken vallen' beantwoordt ook Jansen bevestigend, omdat uit niets blijkt dat de wetgever het toepassingsbereik van het begrip 'aanneming van bouwwerken in vergelijking met dat van 'aanneming van werk' heeft willen beperken tot het vervaardigen van nieuwe zaken.<sup>16</sup>

**12.** Tot slot vermeld ik hier nog dat in de door CROW ter visie gelede toelichting op de conceptversie van de UAV-GC 2020 in het kader van art. 7:758 lid 4 BW wordt opgemerkt dat 'het door middel van Ontwerp- en Uitvoeringswerkzaamheden realiseren van een Werk' - hetgeen in de praktijk ook vaak infrastructurele werken zoals wegen betreft - in de regel zal kwalificeren als aanneming van bouwwerken. De opstellers van de conceptversie van de UAV-GC 2020 lijken derhalve uit te gaan van een andere dan de door de minister genoemde publiekrechtelijke uitleg van het begrip 'aanneming van bouwwerken'.

### Welke aanknopingspunten biedt deze uitspraak voor de afbakening van aanneming van bouwwerken?

**13.** De uitspraak biedt een drietal aanknopingspunten, die ik ontleen aan rechtsoverwegingen 39-40.

**14.** In de eerste plaats lijkt voor de privaatrechtelijke invulling van het begrip bouwwerken in art. 7:761 BW de invulling van dit begrip in de publiekrechtelijke regelgeving niet van belang. Er wordt in ieder geval niet impliciet of expliciet door arbiters naar publiekrechtelijke regelgeving

verwezen. Dit wil niet automatisch zeggen dat ook in de toekomstige rechtspraak over art. 7:754 lid 2, art. 7:757a of art. 7:758 lid 4 BW voor de invulling van het begrip bouwwerk de publiekrechtelijke regelgeving niet van belang zal zijn. Maar de uitspraak laat in ieder geval zien dat de rechtspraak in staat is zonder verwijzingen naar publiekrecht het begrip 'aanneming van een bouwwerk' in te vullen. Vanuit wets-systematisch oogpunt verdient het wat mij betreft niet de schoonheidsprijs als in de ene bepaling van Titel 7.12 BW het begrip 'aanneming van bouwwerken' een eigen privaatrechtelijke invulling krijgt en in andere bepalingen van Titel 7.12 BW het begrip 'aanneming van bouwwerken' een andere op het publiekrecht geënte invulling zou krijgen. Het ligt daarom voor de hand dat de invulling van het begrip 'aanneming van een bouwwerk' in art. 7:761 BW op eenzelfde manier zal worden gaan uitgelegd als in de artikelen art. 7:754 lid 2, art. 7:757a en art. 7:758 lid 4 BW.

**15.** In de tweede plaats is relevant dat arbiters niet het specifieke onderdeel van het werk waarover wordt geklaagd beschouwen, maar ten aanzien van de overeenkomst (die in dit geval bestaat uit sloop en herbouw) als geheel beoordelen of sprake is van aanneming van een bouwwerk.<sup>17</sup> Er lijkt mij veel te zeggen voor deze benaderingswijze en zo verschillende regimes binnen één overeenkomst te vermijden. Het voor de rechtspraak minder praktische gevolg is echter wel dat een bepaalde werkzaamheid binnen de context van de ene overeenkomst onder de categorie 'aanneming van een bouwwerk' kan vallen en binnen de context van een andere overeenkomst een overig geval van aanneming van werk kan zijn.

**16.** Overigens overwegen arbiters in dit geval expliciet dat de werkzaamheid waarover geklaagd wordt (in dit geval de sanering) een onlosmakelijk onderdeel vormt van de sloop en daardoor onderdeel is van het aangenomen bouwwerk. Op grond van deze overweging lijkt het in uitzonderingsgevallen<sup>18</sup> mogelijk een bepaalde werkzaamheid separaat (en dus mogelijk in afwijking) van de overige onderdelen van de overeenkomst privaatrechtelijk te kwalificeren als aanneming van bouwwerk of als overig geval van aanneming van werk.

**17.** In de derde plaats bevestigt de uitspraak dat verbouwingen in beginsel inderdaad onder het begrip 'aanneming van bouwwerken' vallen. Arbiters beschouwen immers de overeengekomen werkzaamheden als verbouwingswerkzaamheden en dit staat er niet aan in de weg de werkzaamheden te kwalificeren als aanneming van een bouwwerk. Dit oordeel wordt gemotiveerd aan de hand van de in de parlementaire geschiedenis van art. 7:761 lid 2 BW genoemde ratio van de twintigjaarstermijn. Arbiters overwegen dat ook bij verbouw sprake is van aanneming van een bouwwerk dat bestemd is om langere tijd mee te gaan en waarbij eventuele gebreken zich eerst later kunnen openbaren. Deze specifiek op art. 7:761 lid 2 BW toegesneden motivering laat op zich ruimte om in het kader van de

<sup>13</sup> En zoals nader onderbouwd in Actualiteiten Bouwrecht 27 oktober 2017, H.P.C.W. Strang, Het begrip 'aanneming van bouwwerken' in (voorgenomen wijzigingen van) Titel 7.12 BW en Bruggeman & Strang 2018.

<sup>14</sup> Jansen 2023, p. 170.

<sup>15</sup> Jansen 2023, p. 171.

<sup>16</sup> Jansen 2023, p. 171.

<sup>17</sup> Zie r.o. 40 van het vonnis.

<sup>18</sup> Namelijk als de werkzaamheid geen onlosmakelijk onderdeel van de overeenkomst is.

BW-wijzigingen van de Wkb tot een ander oordeel te komen ten aanzien van verbouwing. Hiertoe bestaat echter geen aanleiding, zoals hiervoor toegelicht in randnummer 7 en 10 van deze noot.

**Tot slot**

**18.** De onderhavige uitspraak biedt de rechtspraak enige eerste handvatten voor de beantwoording

van de rechtsvraag hoe in een privaatrechtelijke context het begrip 'aanneming van bouwwerken' moet worden afgebakend van de overige gevallen van aanneming van werk. Daarmee is naar verwachting het laatste woord nog niet gezegd over deze rechtsvraag. Het is wachten op jurisprudentie over de BW-wijzigingen van de Wkb om de afbakening het begrip 'aanneming van bouwwerken' om te zien hoe deze afbakening verder verfijnd zal worden.

H.P.C.W. Strang

## Jurisprudentie – IV. Aanbestedingsrecht

### TBR 2023/106

**Hof van Justitie EU, 26 januari 2023, C-682/21, ECLI:EU:C:2023:48 (Rechtsgevolgen van de zwarte lijst)**

(C. Lycourgos, L.S. Rossi, J.C. Bonichot, S. Rodin en O. Spineanu-Matei)

**Richtlijn 89/665/EEG: art. 1; Richtlijn 2014/24: art. 18, art. 57, art. 90, art. 91**

Aanbesteding. Beëindiging opdracht. Combinatie. Evenredigheidsbeginsel. Facultatieve uitsluitingsgrond. Prejudiciële verwijzing. Rechtsbescherming. Unierecht. Zwarte lijst

**Met gastnoot J.H.J. Bax, Red.<sup>1</sup>**

(...)

#### Hoofdgeding en prejudiciële vragen

**14** Op 7 december 2016 heeft de stad Vilnius een overheidsopdracht ter waarde van 21 793 166,72 EUR exclusief belasting over de toegevoegde waarde aangekondigd voor de bouw van een polyvalent gezondheidscentrum (hierna: ‘litigieuze opdracht’).

**15** In een samenwerkingsovereenkomst tussen Active Construction Management, HSC Baltic, Mitnija, Montuotojas en ‘Axis Power’ UAB van 30 januari 2017 werd Active Construction Management met het oog op de deelname aan de aanbestedingsprocedure en de uitvoering van de werkzaamheden in geval van gunning van de opdracht aangewezen als de leidende partner van deze combinatie van ondernemers. Er werd tevens overeengekomen dat de respectievelijke aandelen in waarde van de bijdragen aan de samenwerking als volgt zouden zijn: Active Construction Management 65%, HSC Baltic 15%, Axis Power 10%, Mitnija 5% en Montuotojas 5%.

**16** Op 5 juni 2017 heeft de stad Vilnius de litigieuze opdracht aan deze combinatie gegund. De termijn voor het uitvoeren van de werkzaamheden werd vastgelegd op 18 maanden, zodat de opdracht uiterlijk op 5 december 2018 uitgevoerd moest zijn.

**17** Aangezien de werkzaamheden niet binnen die termijn waren voltooid, is de einddatum verschoven naar 28 mei 2020. Tijdens deze verlenging van de termijn zijn de werkzaamheden niet gevorderd volgens het geplande tijdschema.

**18** Bij beschikking van 28 oktober 2019 van de Vilnius apygardos teismas (regionale rechter Vilnius, Litouwen) werd op verzoek van de manager van Active Construction Management een faillissementsprocedure jegens deze vennootschap gestart. Op 6 december 2019 werden HSC Baltic, Mitnija, Montuotojas en Axis Power alsook de stad Vilnius door de curator in kennis gesteld van deze faillissementsprocedure en van het feit dat de leidende partner de litigieuze opdracht niet verder zou uitvoeren.

**19** Op 22 januari 2020 heeft de stad Vilnius HSC Baltic, Mitnija, Montuotojas en Axis Power ervan in kennis gesteld dat zij de opdracht beëindigde wegens wezenlijke niet-nakoming die erin bestond dat de bouwplaats onbewaakt was achtergelaten, er geen nieuwe waarborg was verstrekt, het tijdschema van de werkzaamheden niet was nageleefd en er geen verzekering burgerlijke aansprakelijkheid was afgesloten.

**20** Deze vennootschappen hebben bij de Vilnius apygardos teismas beroep ingesteld teneinde te doen vaststellen dat de beëindiging van de litigieuze opdracht door de stad Vilnius en het besluit om hen op te nemen op de lijst van onbetrouwbare leveranciers op het centrale internetportaal voor overheidsopdrachten onrechtmatig waren.

**21** Bij vonnis van 27 augustus 2020 heeft deze rechter dat beroep verworpen en vastgesteld dat de stad Vilnius de leidende partner en de andere leden van de combinatie terecht op de problemen bij de uitvoering van de werkzaamheden had gewezen. Aangezien deze vennootschappen hoofdelijk aansprakelijk waren voor de goede uitvoering van de litigieuze opdracht en deze was beëindigd, beschikte de aanbestedende dienst niet over enige beoordelingsbevoegdheid die hem de mogelijkheid bood om niet alle leden van de combinatie op de lijst van onbetrouwbare leveranciers op te nemen. Deze opneming belette deze vennootschappen niet om zich te rehabiliteren en aldus deel te nemen aan andere openbare aanbestedingsprocedures.

<sup>1</sup> Joris Bax is advocaat bij Brackmann Aanbestedingsspecialist in Rotterdam. Hij is gespecialiseerd in het aanbestedingsrecht en het civiele bouwrecht.

**22** HSC Baltic, Mitnija, Montuotojas en Axis Power hebben tegen dat vonnis hoger beroep ingesteld bij de Lietuvos apeliacinis teismas (rechter in tweede aanleg, Litouwen). Bij arrest van 21 januari 2021 heeft deze zich aangesloten bij de redenering van de rechter in eerste aanleg en het hoger beroep verworpen.

**23** Op 22 januari 2021 heeft de Viešųjų pirkimų tarnyba (aanbestedingsautoriteit, Litouwen) op initiatief van de stad Vilnius de leden van de combinatie op de lijst van onbetrouwbare leveranciers opgenomen.

**24** HSC Baltic, Mitnija en Montuotojas hebben tegen het arrest van de Lietuvos apeliacinis teismas van 21 januari 2021 cassatieberoep ingesteld bij de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Litouwen), de verwijzende rechter.

**25** Op 15 maart 2021 hebben HSC Baltic, Mitnija en Montuotojas de verwijzende rechter verzocht om bij wege van voorlopige maatregel te bevelen dat hun namen zouden worden verwijderd van de lijst van onbetrouwbare leveranciers. Bij beschikking van 31 maart 2021 heeft deze rechter dat verzoek ingewilligd.

**26** Bij arrest van 11 november 2021 heeft deze rechter gedeeltelijk uitspraak gedaan over het cassatieberoep en de middelen van HSC Baltic, Mitnija en Montuotojas, ontleend aan het feit dat de beëindiging van de litigieuze opdracht onrechtmatig was, verworpen.

**27** Teneinde uitspraak te doen over de opneming van deze vennootschappen op de lijst van onbetrouwbare leveranciers acht de verwijzende rechter bepaalde verduidelijkingen omtrent de draagwijdte van het Unierecht noodzakelijk.

**28** Dienaangaande wijst de verwijzende rechter er om te beginnen op dat richtlijn 2014/24 door de Litouwse wetgever tardief in nationaal recht is omgezet, namelijk met ingang van 1 juli 2017, dus na het verstrijken van de termijn voor omzetting van deze richtlijn op 18 april 2016. Niettemin is hij van oordeel dat die richtlijn in het hoofdgeding van toepassing zou kunnen zijn.

**29** De verwijzende rechter vraagt zich af of de automatische opneming op een lijst van onbetrouwbare leveranciers van iedere ondernemer die juridisch gezien verantwoordelijk is voor de niet-nakoming die tot de beëindiging van een overheidsopdracht heeft geleid, verenigbaar is met het vereiste van een individuele beoordeling bij het toepassen van de uitsluitingsgronden waarin richtlijn 2014/24 voorziet.

**30** Hij wijst erop dat gelet op de draagwijdte van de woorden 'door de aanbestedende diensten genomen besluiten' in artikel 1 van richtlijn 89/665, de opneming van een ondernemer op een lijst van onbetrouwbare leveranciers een handeling kan zijn waartegen beroep kan worden ingesteld. Het Litouwse recht biedt echter niet de mogelijkheid om deze opneming aan te vechten omdat deze wordt geacht louter een rechtsgevolg van de beëindiging van de opdracht te zijn. In casu is bij de Vilniaus apygardos teismas weliswaar zowel deze beëindiging als de opneming op de lijst aangevochten, maar aangezien deze opneming heeft plaatsgevonden nadat het arrest van de Lietuvos apeliacinis teismas definitief was geworden, hebben de rechters in eerste en tweede aanleg geen uitspraak kunnen doen over het onderdeel van het beroep dat betrekking had op deze opneming.

**31** In die omstandigheden heeft de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

- 1) Dienen artikel 18, lid 1, en artikel 57, lid 4, onder g), en lid 6, van richtlijn 2014/24 en artikel 1, lid 1, vierde alinea, en lid 3, van richtlijn 89/665 (tezamen of afzonderlijk, maar niet beperkt tot deze artikelen), aldus te worden uitgelegd dat een besluit van een aanbestedende dienst om de desbetreffende ondernemer op de lijst van onbetrouwbare leveranciers op te nemen en hem hierdoor voor een bepaalde periode de mogelijkheid te ontnemen om deel te nemen aan aanbestedingsprocedures, met als argument dat er sprake is van wezenlijke niet-nakoming van een met de aanbestedende dienst gesloten overeenkomst, een juridisch aan te vechten maatregel is?
- 2) Zo ja, moeten de eerder aangehaalde Unierechtelijke bepalingen (tezamen of afzonderlijk, maar niet beperkt tot deze bepalingen) aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen nationale wettelijke bepalingen en een praktijk voor de toepassing ervan, waarbij: (a) de aanbestedende dienst bij het beëindigen van een overheidsopdracht op grond van wezenlijke niet-nakoming, geen formeel (afzonderlijk) besluit neemt met betrekking tot opneming van ondernemers op de lijst van onbetrouwbare leveranciers; (b) een ondernemer vooraf niet in kennis wordt gesteld van een aanstaande opneming op de lijst van onbetrouwbare leveranciers en bijgevolg niet in staat is om relevante toelichtingen te geven, om zodoende de opneming op doeltreffende wijze aan te vechten; (c) de aanbestedende dienst geen onderzoek verricht naar de omstandigheden van de gebrekkige uitvoering van een opdracht, zodat in geval de overheidsopdracht wegens wezenlijke niet-nakoming rechtmatig wordt beëindigd, de ondernemer die juridisch gezien daarvoor verantwoordelijk is, automatisch wordt opgenomen op de lijst van onbetrouwbare leveranciers?

3) Indien de eerste twee vragen bevestigend worden beantwoord, moeten de eerder aangehaalde Unierechtelijke bepalingen (tezamen of afzonderlijk, maar niet beperkt tot deze bepalingen) aldus worden uitgelegd dat samenwerkingspartners (entiteiten die een gezamenlijke leverancier vormen) die de op grond van wezenlijke niet-nakoming rechtmatig beëindigde overheidsopdracht hebben uitgevoerd, hun betrouwbaarheid mogen aantonen en zodoende worden uitgesloten van de lijst van onbetrouwbare leveranciers op basis van, onder andere, de omvang van hun deel (waarde) van de uitgevoerde opdracht, de insolventie van de leidende partner, handelingen van die partner en de betrokkenheid van de aanbestedende dienst bij de niet-uitvoering van de opdracht?

### Beantwoording van de prejudiciële vragen Opmerkingen vooraf

**32** De tweede en de derde vraag, die vóór de eerste vraag dienen te worden onderzocht, betreffen de wijze waarop ondernemers na de beëindiging van een overheidsopdracht die aan hen was gegund, op een lijst van onbetrouwbare leveranciers worden opgenomen teneinde hen uit te sluiten van deelname aan openbare aanbestedingsprocedures.

**33** De beëindiging van de litigieuze opdracht door de stad Vilnius heeft ertoe geleid dat verzoeksters in het hoofdgeding tijdelijk niet konden deelnemen aan andere aanbestedingsprocedures. Na deze beëindiging, die hun op 22 januari 2020 is meegedeeld, zijn zij op 22 januari 2021 op een lijst van onbetrouwbare leveranciers opgenomen. Bijgevolg dienen de tweede en de derde vraag te worden onderzocht in het licht van richtlijn 2014/24, die op die data van kracht was, zonder dat hoeft te worden onderzocht of deze richtlijn van kracht was in de periode tussen 18 april 2016, de datum waarop de termijn voor omzetting ervan is verstreken, en 1 juni 2017, de datum waarop deze in Litouwen werd omgezet in nationaal recht.

### Tweede vraag

**34** Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 18, lid 1, en artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24 aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regelgeving of praktijk die inhoudt dat wanneer de aanbestedende dienst een aan een combinatie van ondernemers gegunde overheidsopdracht beëindigt wegens aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen die tot niet-uitvoering van een wezenlijk voorschrift in het kader van deze opdracht hebben geleid, alle leden van deze combinatie automatisch op een lijst van onbetrouwbare leveranciers worden opgenomen waardoor zij, in beginsel, tijdelijk niet kunnen deelnemen aan nieuwe openbare aanbestedingsprocedures.

**35** Dienaangaande dient eerst te worden opgemerkt dat artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24 de mogelijkheid biedt om elke ondernemer die blijf heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens een eerdere overheidsopdracht, uit te sluiten van deelname aan openbare aanbestedingsprocedures, met name wanneer die tekortkomingen hebben geleid tot beëindiging van die opdracht.

**36** Zoals blijkt uit overweging 101 van deze richtlijn zijn de zin en het doel van deze facultatieve uitsluitingsgrond ondernemers uit te sluiten wier betrouwbaarheid door wangedrag of nalatigheid ernstig is aangetast.

**37** Wanneer een lidstaat in zijn nationale regelgeving de toepassingsvoorwaarden van deze facultatieve uitsluitingsgrond vastlegt moet hij de wezenlijke kenmerken daarvan zoals vastgelegd in artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24 in acht nemen (zie in die zin arrest van 19 juni 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punt 33).

**38** Voorts moet die facultatieve uitsluitingsgrond worden toegepast overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel, een algemeen beginsel van Unierecht dat inzake openbare aanbestedingen in herinnering wordt gebracht in artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24. Bij het hanteren van de in artikel 57 van deze richtlijn bedoelde facultatieve uitsluitingsgronden, moet aan dit beginsel bijzondere aandacht worden geschonken (zie in die zin arrest van 30 januari 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punten 45 en 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

**39** In dat opzicht moet de uitsluiting ten eerste tijdelijk zijn. Uit overweging 101 van richtlijn 2014/24 blijkt namelijk dat de nationale wetgeving waarin de toepassingsvoorwaarden van artikel 57, lid 4, onder g), van deze richtlijn worden vastgelegd, moet voorzien in een maximale duur van de uitsluiting. In artikel 57, lid 7, van deze richtlijn wordt gepreciseerd dat de duur van deze uitsluiting niet langer mag zijn dan drie jaar wanneer deze niet bij onherroepelijk vonnis is vastgesteld.

**40** Ten tweede moet de betrokken ondernemer - behoudens wanneer hij bij onherroepelijk vonnis volledig is uitgesloten van deelname aan openbare aanbestedingsprocedures - tijdens deze periode van uitsluiting toegelaten worden om deel te nemen aan een dergelijke procedure indien hij overeenkomstig artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24 bewijst dat de maatregelen die hij heeft genomen, voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Op die manier worden ondernemers aangemoedigd om herstelmaatregelen te nemen.

men (zie in die zin arrest van 19 juni 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punt 40).

**41** Ten derde vereist het evenredigheidsbeginsel dat het gedrag van de betrokken ondernemer op basis van alle relevante gegevens concreet en individueel wordt beoordeeld (arrest van 3 juni 2021, Rad Service e.a., C-210/20, EU:C:2021:445, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

**42** In de onderhavige zaak blijkt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing dat de beëindiging van een overheidsopdracht wegens aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen van de inschrijver bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift, er overeenkomstig de toepasselijke nationale regelgeving toe leidt dat alle ondernemers die juridisch gezien verantwoordelijk waren voor de goede uitvoering van die opdracht, worden opgenomen op een lijst die bedoeld is om de aanbestedende diensten de mogelijkheid te bieden kennis te nemen van de namen van ondernemers die omwille van het feit dat ze een overheidsopdracht niet of gebrekkig hebben uitgevoerd, als onbetrouwbare leveranciers worden beschouwd. De opname op deze lijst leidt tot volledige uitsluiting van deelname aan aanbestedingsprocedures gedurende drie jaar, tenzij de betrokken ondernemer bewijst dat hij gepaste herstelmaatregelen heeft genomen.

**43** Blijkens de uiteenzetting van de verwijzende rechter worden in de praktijk alle ondernemers die juridisch gezien verantwoordelijk waren voor de uitvoering van de betreffende opdracht, zonder een formeel besluit daartoe automatisch op deze lijst opgenomen zodra bij een rechterlijke beslissing wordt bevestigd dat de betreffende opdracht rechtmatig is beëindigd.

**44** Wat betreft de vraag of een dergelijke regelgeving of praktijk de wezenlijke kenmerken van de in artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24 genoemde facultatieve uitsluitingsgrond en het in artikel 18, lid 1, van deze richtlijn bedoelde evenredigheidsbeginsel in acht neemt, moet worden opgemerkt dat deze bepalingen zich er niet tegen verzetten dat de namen van ondernemers die in het kader van een eerdere overheidsopdracht blijken gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift, tijdelijk worden geregistreerd op een informatieportaal dat bestemd is om het beheer van openbare aanbestedingsprocedures te vergemakkelijken.

**45** Zoals uiteengezet in de punten 35 en 36 van het onderhavige arrest is deze facultatieve uitsluitingsgrond bedoeld om het mogelijk te maken de toegang tot openbare aanbestedingen voor dergelijke ondernemers te beperken door middel van een principieel verbod van deelname daar-

aan. In casu voorziet artikel 46 van de wet inzake overheidsopdrachten in een dergelijk verbod. De in artikel 91 van deze wet bedoelde opname van de betrokken ondernemers op een elektronische lijst die voor de aanbestedende diensten en andere inzake overheidsopdrachten bevoegde instanties toegankelijk is, lijkt - onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter - tot doel te hebben het toepassen van deze beperking te vergemakkelijken.

**46** Teneinde de wezenlijke kenmerken van de in artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24 genoemde facultatieve uitsluitingsgrond en het evenredigheidsbeginsel in acht te nemen, moet een dergelijke regeling niettemin zo zijn opgesteld dat alle relevante gegevens die een ondernemer die lid is van een combinatie waaraan een beëindigde opdracht was gegund, aandraagt om te bewijzen dat het gelet op zijn individuele gedrag niet gerechtvaardigd zou zijn om hem op de lijst van onbetrouwbare leveranciers op te nemen, concreet moeten worden beoordeeld vooraleer hij op deze lijst wordt opgenomen.

**47** Bijgevolg kan niet worden aanvaard dat een dergelijke ondernemer in geval die opdracht wegens aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering ervan wordt beëindigd, automatisch als onbetrouwbaar wordt aangemerkt en tijdelijk wordt uitgesloten zonder dat zijn gedrag vooraf concreet en individueel is beoordeeld in het licht van alle relevante gegevens.

**48** Het staat een lidstaat weliswaar vrij om bij het vastleggen van de voorwaarden voor toepassing van de in artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24 bedoelde facultatieve uitsluitingsgrond, te voorzien in een vermoeden dat iedere ondernemer die juridisch gezien verantwoordelijk is voor de goede uitvoering van een overheidsopdracht, tijdens de uitvoering daarvan heeft bijgedragen tot het ontstaan of het voortbestaan van de aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen die hebben geleid tot de beëindiging van die opdracht. Wanneer die opdracht echter is gegund aan een combinatie van ondernemers, wier individueel aandeel in die tekortkomingen en in de eventuele inspanningen om deze te verhelpen niet noodzakelijkerwijs identiek is, moet een dergelijk vermoeden - wil het geen afbreuk doen aan de wezenlijke kenmerken van deze facultatieve uitsluitingsgrond noch aan het in artikel 18, lid 1, van deze richtlijn bedoelde evenredigheidsbeginsel - weerlegbaar zijn.

**49** Los van de hoofdelijke juridische aansprakelijkheid van de leden van een dergelijke combinatie moet de toepassing van de in artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24 bedoelde facultatieve uitsluitingsgrond immers gegrond zijn op het foutieve of nalatige karakter van dat individuele gedrag.

**50** In een situatie zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is moeten alle leden van de combinatie die juridisch gezien verantwoordelijk zijn voor de goede uitvoering van een overheidsopdracht, vooreer ze op de lijst van onbetrouwbare leveranciers worden opgenomen en daardoor tijdelijk worden uitgesloten van deelname aan openbare aanbestedingsprocedures, dan ook de mogelijkheid krijgen om te bewijzen dat de tekortkomingen die tot de beëindiging van die opdracht hebben geleid, geen verband hielden met hun individuele gedrag. Wanneer na een concrete en individuele beoordeling van het gedrag van de betrokken ondernemer in het licht van alle relevante gegevens blijkt dat hij de vastgestelde tekortkomingen niet heeft veroorzaakt en dat redelijkerwijs niet meer van hem kon worden geëist dan hij gedaan heeft om die tekortkomingen te verhelpen, staat richtlijn 2014/24 eraan in de weg dat hij wordt opgenomen op de lijst van onbetrouwbare leveranciers (zie naar analogie arrest van 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punten 157 en 158).

**51** Aan deze uitlegging wordt niet afgedaan door de mogelijkheid voor de betrokken ondernemer om niet van deelname aan openbare aanbestedingsprocedures te worden uitgesloten als hij overeenkomstig artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24 bewijst dat hij herstelmaatregelen heeft genomen zoals die welke illustratief zijn vermeld in overweging 102 van deze richtlijn. Wanneer het individuele gedrag van een dergelijke ondernemer niets te maken heeft met de tekortkomingen die tot de beëindiging van de opdracht hebben geleid, kan van hem immers niet worden geëist dat hij aantoonde dat hij herstelmaatregelen heeft genomen.

**52** Gelet op alle voorgaande overwegingen dient op de tweede vraag te worden geantwoord dat artikel 18, lid 1, en artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24 aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regelgeving of praktijk die inhoudt dat wanneer de aanbestedende dienst een aan een combinatie van ondernemers gegunde overheidsopdracht beëindigt wegens aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen die tot niet-uitvoering van een wezenlijk voorschrift in het kader van deze opdracht hebben geleid, alle leden van deze combinatie automatisch op een lijst van onbetrouwbare leveranciers worden opgenomen waardoor zij, in beginsel, tijdelijk niet kunnen deelnemen aan nieuwe openbare aanbestedingsprocedures.

### Derde vraag

**53** Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 18, lid 1, en artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24 aldus moeten worden uitgelegd dat een ondernemer die lid is van een combinatie waaraan

een overheidsopdracht is gegund, in geval van beëindiging van deze opdracht wegens niet-naleving van een wezenlijk voorschrift, zowel gegevens met betrekking tot zijn eigen situatie als gegevens met betrekking tot de situatie van derden zoals bijvoorbeeld de leidende partner van deze combinatie, mag aanvoeren om te bewijzen dat het niet gerechtvaardigd is om hem op een lijst van onbetrouwbare leveranciers op te nemen.

**54** Zoals in punt 50 van het onderhavige arrest is opgemerkt, moeten alle leden van de combinatie waaraan de opdracht is gegund in geval van beëindiging van de opdracht wegens aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen, de mogelijkheid krijgen om te bewijzen dat deze tekortkomingen geen verband hielden met hun individuele gedrag tijdens de uitvoering van deze opdracht, vooreer ze op de lijst van onbetrouwbare leveranciers worden opgenomen en daardoor tijdelijk worden uitgesloten van deelname aan openbare aanbestedingsprocedures.

**55** De betrokken ondernemer moet de mogelijkheid krijgen om alle door hem relevant geachte gegevens aan te voeren teneinde te bewijzen dat zijn individuele gedrag niet de oorzaak van voornoemde tekortkomingen was en dat redelijkerwijs ook niet meer van hem kon worden geëist dan hij gedaan heeft om deze te verhelpen.

**56** De bewoordingen van artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24 maken immers niet duidelijk in welke omstandigheden een lid van een combinatie van ondernemers moet worden geacht geen aandeel te hebben in de tekortkomingen die tot de beëindiging van de opdracht hebben geleid. Bijgevolg biedt deze bepaling elk lid van een combinatie waaraan een opdracht is gegund, de mogelijkheid alle mogelijke gegevens met betrekking tot zijn situatie of die van een derde aan te voeren die kunnen aantonen dat deze uitsluitingsgrond niet op hem kan worden toegepast.

**57** Het is de verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst van de opdracht die werd beëindigd en, in voorkomend geval, van de rechter bij wie beroep is ingesteld, om in het kader van de concrete en individuele beoordeling die ingevolge het in artikel 18, lid 1, van deze richtlijn aangehaalde evenredigheidsbeginsel aan de orde is, te bepalen welk belang moet worden toegekend aan de verschillende gegevens die worden aangevoerd.

**58** Gelet op een en ander dient op de derde vraag te worden geantwoord dat artikel 18, lid 1, en artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24 aldus moeten worden uitgelegd dat een ondernemer die lid is van een combinatie waaraan een overheidsopdracht is gegund, in geval van beëindiging van deze opdracht wegens niet-naleving

van een wezenlijk voorschrift - teneinde te bewijzen dat het niet gerechtvaardigd is om hem op een lijst van onbetrouwbare leveranciers op te nemen - alle mogelijke gegevens mag aanvoeren, ook gegevens met betrekking tot derden zoals bijvoorbeeld de leidende partner van deze combinatie, die kunnen aantonen dat hij de tekortkomingen die tot de beëindiging van die opdracht hebben geleid niet heeft veroorzaakt en dat redelijkerwijs niet meer van hem kon worden geëist dan hij heeft gedaan om die tekortkomingen te verhelpen.

### Erste vraag

**59** Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665 aldus moet worden uitgelegd dat een lidstaat die bij het vastleggen van de voorwaarden voor toepassing van de in artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24 bedoelde facultatieve uitsluitingsgrond bepaalt dat ondernemers aan wie een overheidsopdracht is gegund in geval van beëindiging van deze opdracht wegens niet-naleving van een wezenlijk voorschrift op een lijst van onbetrouwbare leveranciers worden opgenomen, waardoor zij, in beginsel, tijdelijk niet kunnen deelnemen aan nieuwe openbare aanbestedingsprocedures, het recht moet waarborgen om beroep in te stellen tegen de opnemings op deze lijst van onbetrouwbare leveranciers.

**60** Luidens artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 moeten de lidstaten de nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld op grond van het feit dat door die besluiten het Unierecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat Unierecht is omgezet, geschonden zijn. Volgens artikel 1, lid 3, van deze richtlijn moeten deze beroepsprocedures op zijn minst toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad.

**61** Met deze bepalingen beoogt richtlijn 89/665 op het gebied van overheidsopdrachten die onder het Unierecht vallen, de volledige eerbiediging te waarborgen van het in artikel 47, eerste en tweede alinea, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie neergelegde recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op toegang tot een onpartijdig gerecht (arrest van 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punt 128 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

**62** Te dien einde moet de zinsnede 'door de aanbestedende diensten genomen besluiten' in artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 ruim worden uitgelegd. Ieder besluit van een aanbestedende

dienst dat onder de uit het recht van de Unie voortvloeiende regels inzake overheidsopdrachten valt en dat tegen die regels kan indruisen, moet aan het in deze richtlijn bedoelde rechterlijk toezicht kunnen worden onderworpen. Deze zinsnede verwijst dus algemeen naar besluiten van een aanbestedende dienst zonder onderscheid tussen die besluiten op grond van de inhoud of het moment van vaststelling ervan, en voorziet evenmin in beperkingen ter zake van de aard en inhoud van de erin bedoelde besluiten (zie in die zin arrest van 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punt 105).

**63** De bewoordingen 'eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht voor leveringen of voor de uitvoering van werken en die door een beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd' in artikel 1, lid 3, van deze richtlijn, moeten eveneens ruim worden uitgelegd in die zin dat de bepalingen van die richtlijn van toepassing zijn op alle personen die door een besluit van een aanbestedende dienst geraakt worden in hun belang bij de gunning van een dergelijke opdracht.

**64** Wanneer de leden van een combinatie van ondernemers zoals in het onderhavige geval ten gevolge van de beëindiging van de hun gegunde opdracht door of op initiatief van de aanbestedende dienst op een lijst van onbetrouwbare leveranciers worden opgenomen waardoor zij, in beginsel, tijdelijk niet kunnen deelnemen aan nieuwe openbare aanbestedingsprocedures, dan vormt deze opnemings - die raakt aan het belang van al deze ondernemers bij de gunning van overheidsopdrachten die onder het Unierecht vallen - een besluit van een aanbestedende dienst in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665. Zoals blijkt uit de behandeling van de tweede en de derde vraag dient dat besluit de wezenlijke kenmerken van de in artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24 genoemde facultatieve uitsluitingsgrond in acht te nemen en in overeenstemming te zijn met het in artikel 18, lid 1, van deze richtlijn bedoelde evenredigheidsbeginsel. In geval van een vermeende schending van deze bepalingen of enige andere Unierechtelijke regel moet de beweerdelijk benadeelde persoon overeenkomstig artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665 over een doeltreffende voorziening in rechte beschikken.

**65** De mogelijkheid om beroep in te stellen tegen het besluit tot beëindiging van de overheidsopdracht waardoor zij op de lijst van onbetrouwbare leveranciers worden opgenomen, vormt voor de leden van de combinatie waaraan de opdracht is gegund echter geen doeltreffende voorziening in rechte tegen het besluit om hen op deze lijst op te nemen en hen aldus, in beginsel, uit te sluiten van deelname aan toekomstige openbare aanbestede-



dingsprocedures. Zoals blijkt uit het onderzoek van de tweede vraag kan de rechtmatigheid volgens het Unierecht van deze beëindiging enerzijds en van deze opnemings- en uitsluitingsprocedures anderzijds immers afhangen van verschillende elementen.

**66** Wanneer de beëindigde opdracht was gegund aan een combinatie van ondernemers moeten alle leden van deze combinatie dan ook beroep kunnen instellen tegen hun opnemings- en uitsluitingsprocedures op de lijst van onbetrouwbare leveranciers waardoor zij, in beginsel, worden uitgesloten van deelname aan toekomstige openbare aanbestedingsprocedures.

**67** Gelet op het voorgaande dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665 aldus moet worden uitgelegd dat een lidstaat die bij het vastleggen van de voorwaarden voor toepassing van de in artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24 bedoelde facultatieve uitsluitingsgrond bepaalt dat de leden van een combinatie van ondernemers waaraan een overheidsopdracht is gegund, in geval van beëindiging van deze opdracht wegens niet-naleving van een wezenlijk voorschrift op een lijst van onbetrouwbare leveranciers worden opgenomen waardoor zij, in beginsel, tijdelijk niet mogen deelnemen aan nieuwe openbare aanbestedingsprocedures, het recht van deze ondernemers moet waarborgen om op doeltreffende wijze beroep in te stellen tegen hun opnemings- en uitsluitingsprocedures.

#### Kosten

**68** Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

#### Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

1) Artikel 18, lid 1, en artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regelgeving of praktijk die inhoudt dat wanneer de aanbestedende dienst een aan een combinatie van ondernemers gegunde overheidsopdracht beëindigt wegens aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen die tot niet-uitvoering van een wezenlijk voorschrift in het kader van deze opdracht hebben geleid, alle leden van deze combinatie automatisch op een lijst van onbetrouwbare leveranciers worden opgenomen waardoor zij, in beginsel, tijdelijk niet kunnen deelnemen aan nieuwe openbare aanbestedingsprocedures.

2) Artikel 18, lid 1, en artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24 moeten aldus worden uitgelegd dat een ondernemer die lid is van een combinatie waaraan een overheidsopdracht is gegund, in geval van beëindiging van deze opdracht wegens niet-naleving van een wezenlijk voorschrift - teneinde te bewijzen dat het niet gerechtvaardigd is om hem op een lijst van onbetrouwbare leveranciers op te nemen - alle mogelijke gegevens mag aanvoeren, ook gegevens met betrekking tot derden zoals bijvoorbeeld de leidende partner van deze combinatie, die kunnen aantonen dat hij de tekortkomingen die tot de beëindiging van die opdracht hebben geleid niet heeft veroorzaakt en dat redelijkerwijs niet meer van hem kon worden geëist dan hij heeft gedaan om die tekortkomingen te verhelpen.

3) Artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014, moet aldus worden uitgelegd dat een lidstaat die bij het vastleggen van de voorwaarden voor toepassing van de in artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24 bedoelde facultatieve uitsluitingsgrond bepaalt dat de leden van een combinatie van ondernemers waaraan een overheidsopdracht is gegund, in geval van beëindiging van deze opdracht wegens niet-naleving van een wezenlijk voorschrift op een lijst van onbetrouwbare leveranciers worden opgenomen waardoor zij, in beginsel, tijdelijk niet mogen deelnemen aan nieuwe openbare aanbestedingsprocedures, het recht van deze ondernemers moet waarborgen om op doeltreffende wijze beroep in te stellen tegen hun opnemings- en uitsluitingsprocedures. (*Enz., enz., Red.*)

#### NOOT

##### Inleiding

**1.** Het lijkt de droom van aanbesteders: het hanteren van een zwarte lijst met daarop ondernemingen die bij iedere aanbesteding sowieso buiten de deur kunnen worden gehouden. In een recent arrest heeft het Hof van Justitie EU (HvJEU) handvatten geformuleerd om zo'n zwarte lijst te hanteren.<sup>2</sup>

**2.** Het HvJEU oordeelt over een nationale zwarte lijst in Litouwen, ingesteld door nationaal recht, samengevat het volgende:

- een zwarte lijst is toegestaan;
- een besluit om een onderneming op een zwarte lijst te zetten, is een besluit waartegen rechtsbescherming moet

<sup>2</sup> HvJEU 26 januari 2023, C-682/21, ECLI:EU:C:2023:48 (*Baltic*).

openstaan, de belanghebbenden bij zo'n besluit moeten die mogelijkheid dan ook hebben;

- de plaatsing op een zwarte lijst, mag niet leiden tot automatische uitsluiting. Aanbesteders die op zo'n lijst terugvalen moeten steeds toetsen of uitsluiting (nog steeds) proportioneel is. Als de fout door één combinant is gemaakt, moet bovendien het individuele gedrag van de afzonderlijke combinanten worden getoetst aan de uitsluitingsgrond.

**3.** De werkelijkheid is dat een zwarte lijst binnen deze kaders niet makkelijk te hanteren zal zijn. Met name vanwege de rechtsbescherming die ondernemers moet worden geboden. In deze noot ga ik op voornoemde punten in en licht toe wat die kunnen betekenen voor de praktijk.

**4.** Daarnaast valt uit het arrest af te leiden, en met name voor bouwbedrijven bij grote werken is dat van belang, dat een tekortkoming bij een overeenkomst die combinatie is aangegaan, niet steeds tot uitsluiting mag leiden van alle afzonderlijke combinanten. In het bijzonder niet als de tekortkoming is begaan door een individuele combinant en die persoonlijke gedraging niet aan de andere combinanten kan worden toegerekend.

### Achtergrond van het arrest De feitelijke achtergrond en het geding in feitelijke instanties

**5.** De Stad Vilnius gunde de bouw van een gezondheidscentrum aan een combinatie van vijf aannemers. Zij maakten in een samenwerkingsovereenkomst afspraken over de invulling van de combinatie.

**6.** Gedurende de werkzaamheden, die niet volgens de planning zijn uitgevoerd, failliede de (leidende) combinant Active.

**7.** De overeenkomst is in januari 2020 door Vilnius ontbonden wegens meerdere tekortkomingen. Onder andere vanwege het niet-tijdig uitvoeren van de werkzaamheden en het onbewaakt achterlaten van de bouwplaats. Vanwege de ontbinding is Vilnius voornemens de resterende combinanten op te nemen op een lijst met onbetrouwbare aannemers.

**8.** De resterende combinanten startten een gerechtelijke procedure tegen zowel de ontbinding van de overeenkomst, als het voornemen van Vilnius om hen op te nemen op de nationale zwarte lijst. Deze zwarte lijst is het resultaat van een nationale regeling van Litouwen. In eerste aanleg is hun bezwaar verworpen, omdat de combinanten naar het oordeel van de rechter hoofdelijk aansprakelijk waren voor het gehele werk. Vilnius had naar diens oordeel geen mogelijkheid om niet alle combinanten op de zwarte lijst op te nemen. Wat voor hen overigens de mogelijkheid onverlet laat om zelfreinigende maatregelen te nemen en naar aanleiding daarvan alsnog in te schrijven op aanbestedingen.

**9.** Het hoger beroep van de combinanten is verworpen, waarna de combinanten in januari 2021 op de zwarte lijst zijn gezet.

**10.** In cassatie hebben de combinanten bezwaar gemaakt tegen het opnemen op de zwarte lijst en tegen het oordeel in hoger beroep. De cassatierechter heeft daarop de volgende (samengevatte) prejudiciële vragen aan het HvJEU gesteld:

- Moet een ondernemer de mogelijkheid hebben om een besluit om die ondernemer op een zwarte lijst te zetten juridisch aan te vechten?

- Moet een ondernemer automatisch, zonder voorafgaande toets door de aanbesteder en zonder wederhoor van de ondernemer te betrachten, op een zwarte lijst worden gezet bij het ontbinden van een overeenkomst wegens toerekenbare tekortkomingen van de ondernemer?

- Als de tekortkomingen die leiden tot ontbindingen zijn toe te rekenen aan combinanten, moeten dan alle combinanten daarom op de zwarte lijst worden geplaatst, of hebben zij ieder afzonderlijk het recht om hun betrouwbaarheid aan te tonen?

### Beantwoording van de tweede vraag

**11.** Het HvJEU gaat eerst in op de tweede vraag. Uitgangspunt voor het HvJEU is dat de facultatieve uitsluitingsgrond, in Nederland opgenomen in art. 2.87, lid 1, onder g Aanbestedingswet 2012 (Aw), een aanbesteder het recht geeft om iedere ondernemer uit te sluiten die voldoet aan de criteria van deze uitsluitingsgrond.

**12.** De richtlijn verzet zich volgens het HvJEU er in het algemeen niet tegen dat de namen van ondernemers op wie deze uitsluitingsgrond van toepassing is, tijdelijk worden opgenomen op een (openbare) zwarte lijst om aanbestedingsprocedures te vergemakkelijken.

**13.** Voor het feitelijke geschil is relevant dat in de praktijk alle ondernemers die juridisch verantwoordelijk waren voor de uitvoering van een opdracht, zonder formeel besluit automatisch op een zwarte lijst worden gezet als bij (een van) hen sprake is van een tekortkoming die leidt tot een beëindiging van de overeenkomst.

**14.** Het HvJEU is echter van oordeel dat een aanbesteder steeds alle gegevens die een ondernemer aandraagt, concreet moet beoordelen om vast te stellen of diens individuele gedrag het opnemen van de ondernemer op de zwarte lijst rechtvaardigt. Dat geldt ook voor de gegevens die een ondernemer aandraagt om te bewijzen dat het niet gerechtvaardigd zou zijn om hem op de lijst op te nemen. Niet de juridische aansprakelijkheid bij een overeenkomst, maar het individuele feitelijke gedrag van een ondernemer is dus bepalend voor de toets aan de uitsluitingsgrond.

**15.** Het automatisch als onbetrouwbaar kwalificeren en zodoende tijdelijk uitsluiten van ondernemer alleen omdat die op een zwarte lijst staat, kan naar het oordeel van

het HvJEU niet worden aanvaard. Weliswaar mag het opnemen van een ondernemer op een zwarte lijst voorzien in een vermoeden dat een ondernemer moet worden uitgesloten, maar dat vermoeden moet steeds weerlegbaar zijn. Met name als de opdracht is gegund aan een combinatie en de individuele inspanningen van de afzonderlijke combinanten niet identiek zijn. Uitsluiting moet immers gebaseerd zijn op het gedrag van ondernemers en niet op de juridische aansprakelijkheid van combinanten.

**16.** Voordat ondernemers op een zwarte lijst worden gezet, moeten ondernemers dus de gelegenheid krijgen om aan te tonen dat de hun individuele gedrag niet tot uitsluiting kunnen leiden. Voor combinanten betekent dit dat de afzonderlijke combinanten de mogelijkheid moeten hebben om aan te tonen dat hun individuele gedragen geen verband hielden met eventuele tekortkomingen die leidden tot de beëindiging van de overeenkomst.

### Beantwoording van de derde vraag

**17.** Uit de beantwoording van de tweede vraag volgt al dat combinanten, voordat zij op een zwarte lijst worden opgenomen vanwege een tekortkoming van een andere combinant die leidde tot een voortijdige beëindiging van een overeenkomst, het recht hebben om aan te tonen dat hun eigen individuele, feitelijke gedrag(ingen) geen verband daarmee hield(en).

**18.** In antwoord op de derde vraag, overweegt het HvJEU dat zij daarvoor gebruik kunnen maken van alle, naar hun mening, relevante gegevens. Ook gegevens die betrekking hebben op het gedrag van andere combinanten.

### Beantwoording van de eerste vraag

**19.** Ten slotte gaat het HvJEU in op de eerste vraag: is het opnemen van een onderneming op een zwarte lijst een besluit waartegen een ondernemer onder toepassing van de rechtsbeschermingsrichtlijn juridisch bezwaar tegen moet kunnen instellen?

**20.** De rechtsbeschermingsrichtlijn is naar het HvJEU overweegt van toepassing op 'door de aanbestedende diensten genomen besluiten' (art. 1, lid 1 Richtlijn 89/665). Dit toepassingsgebied moet volgens het HvJEU ruim worden uitgelegd. Het gaat volgens het HvJEU om ieder besluit dat aanbesteders nemen in het kader van het aanbestedingsrecht en dat - in de optiek van de belanghebbende - tegen het aanbestedingsrecht in kan druisen. Daarnaast kwalificeren alle personen die door zo'n besluit geraakt kunnen worden, als belanghebbende in de zin van de rechtsbeschermingsrichtlijn.

**21.** Het besluit om combinanten op een zwarte lijst te plaatsen naar aanleiding van een tussentijds beëindigde overeenkomst is dus een besluit waartegen rechtsbescherming onder de rechtsbeschermingsrichtlijn openstaat. Bovendien worden alle afzonderlijke combinanten erdoor geraakt, dus is afzonderlijke combinant een

belanghebbende bij zo'n besluit en kunnen zij ieder afzonderlijk daartegen beroep instellen.

**22.** Zodoende moet een ondernemer voordat hij (definitief) op een zwarte lijst worden gezet, in de gelegenheid worden gesteld om tegen dat besluit rechtsmaatregelen in te stellen.

### Commentaar

**23.** Het arrest inzake Baltic is voor de praktijk in zoverre van belang dat het:

1. inzicht geeft in de mogelijkheid om combinanten uit te sluiten,
2. inzichtelijk maakt onder welke voorwaarden gebruik kan worden gemaakt van een lijst met ondernemers op wie een uitsluitingsgrond van toepassing is, en
3. hoe een aanbesteder om kan gaan met zo'n zwarte lijst. Op deze drie onderwerpen ga ik hierna afzonderlijk in.

**24.** Opmerking verdient dat het arrest gaat om een zwarte lijst die is ingesteld bij een nationale regeling. Hoewel dit het arrest meer gewicht geeft, valt mijns inziens niet in te zien waarom de overwegingen van het HvJEU niet gelijkelijk gelden voor lijsten die door individuele of gezamenlijke aanbesteders worden ingesteld.

### Uitsluiting van een combinatie - uitsluitingsgrond bij een of alle combinanten?

**25.** Een eerste relevante vraag is of op alle combinanten een uitsluitingsgrond van toepassing is, als een overeenkomst tussentijds wordt beëindigd wegens het gedrag van slechts één van hen. Mogen alle combinanten dus worden uitgesloten, als de onderliggende gedragingen zijn begaan door slechts één van hen?

**26.** Hoewel het HvJEU die vraag niet uitdrukkelijk beantwoordt, lijkt hij deze vraag in beginsel bevestigend te beantwoorden. Niet voor niets overweegt het HvJEU in reactie op de tweede en de derde vraag dat de individuele combinanten steeds het recht hebben om, naar aanleiding van een besluit om alle combinanten op een zwarte lijst te zetten en een eventuele uitsluiting daaropvolgend, aan te tonen dat hun individuele gedrag niet heeft bijgedragen aan de redenen die leidden tot de uitsluiting.

**27.** Een dergelijk verweer is alleen nodig als in beginsel alle combinanten op een zwarte lijst worden gezet, althans worden uitgesloten, wanneer een overeenkomst die in combinatie is aangenomen tussentijds wordt beëindigd. Mijns inziens is dat ook geen gekke gedachte. De overeenkomst wordt immers door de combinanten gezamenlijk naar de aanbestedende dienst aangegaan. Zij zijn dan ook gezamenlijk, opnieuw in de ogen van de aanbesteder, daarvoor verantwoordelijk.

**28.** Bij het tussentijds beëindigen van de overeenkomst en de eventueel daaropvolgende uitsluiting van combinanten, hoeft een aanbesteder in beginsel dus

geen onderscheid te maken tussen de combinanten en hun individuele gedrag. Desondanks moet – zo oordeelt het HvJEU ook – vanwege het evenredigheidsbeginsel de afweging of de ondernemer bij een concrete aanbesteding wel wordt uitgesloten, worden gemaakt op basis van concrete gegevens en het individuele gedrag van de combinanten.

**29.** Mijns inziens betekent dit het volgende:

1. Een tussentijdse beëindiging van een overeenkomst die door een combinatie is gesloten, raakt ten aanzien van een uitsluiting in beginsel alle combinanten, mits daarbij alle concrete gegevens die gaan om de afzonderlijke combinanten worden meegewogen en de beslissing wordt gebaseerd op het individuele gedrag van de afzonderlijke combinanten.

2. Combinanten mogen bij toekomstige aanbestedingen, aanbestedingen na de tussentijdse beëindiging dus, in beginsel worden uitgesloten op basis van de uitsluitingsgrond inzake past performance vanwege die tussentijds beëindiging. Ook als een combinant dan niet in (dezelfde) combinatie inschrijft en ook als het gedrag van dat leidde tot de tussentijdse beëindiging en dus de oorzaak voor de uitsluiting is, niet aan de betreffende combinant is toe te rekenen.

3. Een aanbesteder moet echter – voorafgaande aan het besluit tot uitsluiting – op basis van het individuele gedrag van de combinant en alle relevante omstandigheden toetsen of de betreffende combinant al dan niet heeft bijgedragen aan de omstandigheden ten gevolge waarvan de overeenkomst tussentijds is beëindigd om ze uitsluiting te voorkomen.

**30.** Hoewel het HvJEU overweegt dat de (hoofdelijke) aansprakelijkheid van combinanten op zichzelf niet bepalend mag zijn voor de uitsluiting, waarvoor gezien de achtergrond van de uitsluitingsgronden genoeg te zeggen is, meen ik dat hoofdelijke aansprakelijkheid wel meebrengt dat alle combinanten in beginsel in gelijke mate verantwoordelijk zijn voor een tussentijds beëindigde overeenkomst. Niet alleen contractueel, maar mijns inziens ook wat uitsluitingsgronden betreft.

**31.** Dat kan betekenen dat als een onderneming, die betrokken was bij een in een (andere) combinatie aangenomen overeenkomst die tussentijds werd beëindigd, inschrijft in een nieuwe combinatie, de uitsluiting van ook die nieuwe combinatie kan veroorzaken. Opnieuw behoudens tegenbewijs waarbij die combinant dan de gelegenheid moet krijgen om te onderbouwen dat zijn individuele gedrag niet debet was aan de beëindiging.

**32.** Dat laat onverlet dat een aanbesteder steeds een afweging moet maken of het individuele gedrag van de afzonderlijke combinanten uitsluiting bij een concrete aanbesteding rechtvaardigt. Met name als het gedrag dat leidde tot de tussentijdse beëindiging, het gedrag was van een andere combinant.

## Het besluit tot plaatsing op de zwarte lijst en rechtsbescherming daaromtrent

**33.** De volgende vraag is vervolgens in hoeverre een besluit tot plaatsing van ondernemers op een zwarte lijst, een besluit is waarvoor rechtsbescherming moet worden geboden.

**34.** Het HvJEU neemt het standpunt in dat een dergelijk besluit een 'appellabel besluit' is onder de toepassing van de rechtsbeschermingsrichtlijn. De rechtsbeschermingsrichtlijn moet naar het oordeel van het HvJEU ruim worden uitgelegd. Dat heeft de consequentie dat niet alleen besluiten tot het (niet) gunnen van overheidsopdrachten onder het toepassingsbereik van de rechtsbeschermingsrichtlijn vallen, maar ook besluiten die daarmee samenhangen. Het besluit om een onderneming op een zwarte lijst te plaatsen die (andere) aanbesteders kunnen gebruiken om ondernemers uit te sluiten, heeft een indirect effect op de gunning van overheidsopdrachten, maar welde gelijk gevolgen voor de gunning.

**35.** Wat is de consequentie voor de aanbestedingspraktijk van dit onderdeel van het arrest? In de eerste plaats vloeit uit het arrest voort dat een zwarte lijst met zogenaamde 'onbetrouwbare' ondernemers in aanbestedingsrechtelijke zin is toegestaan. Zo'n lijst moet wel met zekere waarborgen zijn omkleed. Vanuit aanbestedingsrechtelijke perspectief zouden dat naar mijn mening de volgende moeten zijn:

- Een ondernemer kan alleen op de zwarte lijst komen na een definitieve uitsluiting bij een aanbesteding op basis van een van de dwingende of facultatieve uitsluitingsgronden. Dat veronderstelt dat er een aanbesteding moet zijn geweest waarbij de ondernemer definitief is uitgesloten.

- De lijst is duidelijk over de redenen waarom de ondernemer op de lijst staat. Die redenen moeten objectief en duidelijk zijn beschreven. Alle aanbesteders die de lijst raadplegen en wensen toe te passen moeten de redenen op dezelfde manier kunnen uitleggen. Dat betekent dat op de lijst niet alleen is vermeld welke tekortkoming(en) de onderneming beging bij wat voor soort overeenkomst, maar ook dat de sancties vanwege die tekortkoming zijn vermeld. In de uitsluitingsgrond is immers cumulatief vermeld dat uitsluiting alleen mogelijk is als er ook een sanctie is toegepast.

- De lijst moet ondubbelzinnig en objectief zijn over de start van de terugkijktermijn.

- Een ondernemer moet na het einde van de terugkijktermijn van de lijst worden gehaald, bij voorkeur automatisch. Omdat de plaatsing van een ondernemer verstrekkende gevolgen heeft voor de ondernemer, moet die plaatsing niet langer duren dan aanbestedingsrechtelijk nodig en mogelijk. Dus niet langer dan de terugkijktermijn.

**36.** Een ondernemer moet verder de mogelijkheid hebben om in rechte bezwaar te maken tegen de plaatsing op de lijst. De plaatsing erop is immers, in de woorden van het HvJEU, een appellabel besluit onder de rechtsbeschermingsrichtlijn. Dat heeft de consequentie dat de ondernemer die op een zwarte lijst wordt geplaatst,

steeds de mogelijkheid moet hebben om daartegen in rechte bezwaar te maken. Dat maakt een zwarte lijst beduidend minder praktisch. Een aanbesteder kan immers - logischerwijs - een ondernemer niet op de lijst plaatsen zonder dat de ondernemer eerst gelegenheid heeft gehad daartegen te procederen. De lijst is daardoor niet steeds actueel.

**37.** Uiteraard vereist het opzetten en handhaven van een zwarte lijst de nodige rechtsbescherming. Juist omdat de gevolgen voor een ondernemer groot zijn. Hoewel in het arrest de aanbesteder die de ondernemer uitsloot (wegens een tussentijdse beëindiging van een eerdere overeenkomst) de ondernemer op de lijst plaatst en dus de geadresseerde op de zwarte lijst, is een andere systematiek goed denkbaar. Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming moet echter voor ondernemers steeds duidelijk zijn jegens wie zij, in het kader van de zwarte lijst, rechtsmaatregelen kunnen nemen. Met name als de lijst door meerdere aanbesteders wordt gebruikt en er daarop geen centraal toezicht is.

**38.** De plaatsing op de zwarte lijst vereist daarom noodzakelijkerwijs steeds een beslissing waarvan de ondernemer op wie de beslissing betrekking heeft uitdrukkelijk in kennis wordt gesteld. Hoewel het geen gunningsbeslissing betreft, is goed denkbaar dat een dergelijke beslissing met dezelfde waarborgen (analoog aan art. 2.130 Aw) wordt omkleed. Dat vereist een transparante en niet voor meerdere uitleg vatbare motivering van de redenen tot plaatsing op de zwarte lijst en een proportionele termijn waarbinnen de ondernemer tegen de beslissing bezwaar kan maken. Aansluiten bij de in de praktijk veel gebruikte termijn van twintig kalenderdagen is mijns inziens het meest logisch.

**39.** De overwegingen van het HvJEU zijn vanuit het belang van rechtsbescherming voor ondernemers niet alleen logisch en wenselijk, maar maken een zwarte lijst voor aanbesteders mogelijk minder praktisch. Ik verwacht dat dit dan ook de belangrijkste reden zal zijn waarom een dergelijk systeem moeilijk van de grond zal komen. Daarentegen gebruikt de Europese Commissie al geruime tijd het systeem EDES. Deze lijst werkt in de praktijk goed, maar maakt rechtsbescherming voor ondernemers mogelijk. Aanbesteders zouden hieraan ideeën kunnen ontleen.

**40.** Vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming, zou op de zwarte lijst ook het standpunt van de ondernemer moeten worden opgenomen. Als die zelfreinigende maatregelen nam, dan is het zorgvuldig om die ook op de lijst op te nemen. Dit allemaal om een eenzijdig beeld vanuit de lijst te voorkomen en het gebruik ervan bij concrete aanbestedingen te vergemakkelijken (zie ook hierna).

**41.** De NVvA schreef in diens preadvies over de past performance uitsluitingsgrond overigens dat het gebruik van een zwarte lijst, ook als bovengenoemde zaken daarin zijn doorgevoerd, niet de voorkeur verdient. Na vermelding van het bovenstaande omdat (1) onduidelijk is wie de lijst moet maken, (2) hoe men kennis heeft van de

lijst en (3) omdat het mogelijk leidt tot ongelijkheden tussen binnen- en buitenlandse ondernemingen.<sup>3</sup> Mijns inziens zijn de eerste twee punten uiteindelijk aan de markt. Degene die de lijst maakt, ongeacht wie, moet ervoor zorgen dat die voldoende bekendheid krijgt en gedragen wordt door de betrokkenen. Het derde punt is inderdaad een punt van zorg. Van binnenlandse ondernemingen is eerder bekend of die tekortkomingen begingen die in beginsel tot uitsluitel moeten leiden. Mijns inziens is dat ook zonder zwarte lijst overigens zo. Aannemende dat alle ondernemers hun UEA eerlijk invullen, lost dit zich bij een concrete aanbesteding echter op, doordat alle ondernemers op wie de uitsluitingsgrond van toepassing is, ongeacht of ze op een lijst staan of niet en ongeacht of ze binnen- of buitenlandse zijn, daarin moeten vermelden of de uitsluitingsgrond van toepassing is en, zo ja, waarom ze in hun ogen niet uitgesloten mogen worden. Van een verstoring in het level playing field door de lijst, is dan geen sprake meer.

### Gebruik van de zwarte lijst bij concrete aanbestedingen

**42.** Ten slotte heeft het arrest gevolgen voor het gebruik van een zwarte lijst bij opvolgende aanbestedingen. Die bespreek ik in dit laatste deel van de noot.

**43.** In de aan het geannoteerde arrest onderliggende feiten leek als uitgangspunt te gelden dat een ondernemer, zolang die op de zwarte lijst staat, automatisch, dus zonder wederhoor, kan worden uitgesloten, van toekomstige aanbestedingen. Daar is het HvJEU logischerwijs kritisch op.

**44.** Het HvJEU overweegt, in lijn met zijn rechtspraak over andere aanbestedingsrechtelijke onderwerpen<sup>4</sup>, dat een automatische uitsluiting in strijd is met de aanbestedingsrichtlijnen. Een aanbesteder moet steeds een eigen en concrete afweging maken of uitsluiting van een concrete aanbesteding aan de orde moet zijn. Daarbij moet de aanbesteder uiteraard wederhoor toepassen. In het licht van de aanbestedingsrichtlijn, in het bijzonder art. 57 lid 4, sub g Richtlijn 2014/24/EU (art. 2.86a, art. 2.87a en art. 2.88 Aw) betekent dat, dat een aanbesteder onderzoekt of uitsluiting in een concreet geval al dan niet proportioneel is en of er geen zelfreinigende maatregelen zijn genomen door de ondernemer ten gevolge waarvan van uitsluiting kan/moet worden afgezien.

**45.** Als de uitsluiting het gevolg is van gedragingen gepleegd in of een door een combinatie van ondernemers, dan moeten de individuele combinanten volgens het HvJEU de mogelijkheid hebben om bij een concrete aanbesteding aan te voeren dat hun eigen gedragingen niet hebben bijgedragen aan de (omstandigheden die leiden tot de) uitsluiting. De individuele gedraging van de combinatie is dus steeds de basis voor een beslissing tot (niet-)uitsluiten, ook als de omstandigheden die tot de tussentijdse

<sup>3</sup> Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht, Preadvies Past Performance, p. 15 - 16.

<sup>4</sup> Bijvoorbeeld: HvJEG 3 maart 2005, C-21/03 (*Fabricom*).

beëindiging van de overeenkomst leidden zich voordeden in een combinatie van ondernemers waarbij iedere afzonderlijke ondernemer hoofdelijk aansprakelijk is voor de gehele overeenkomst.

**46.** Naar rechtspraak van het HvJEU moet de aanbesteder aan ondernemers de mogelijkheid bieden te onderbouwen waarom van uitsluiting moet worden afgezien. Het HvJEU laat in het midden wanneer dit gebeurt, maar het lijkt een voorwaarde te zijn voordat de uitsluiting kan worden geëffectueerd.<sup>5</sup>

**47.** In de Nederlandse praktijk moet die onderbouwing, wil een ondernemer daarvan gebruikmaken, in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) worden opgenomen. In deel III daarvan moeten ondernemers verklaren of een of meer van de gehanteerde uitsluitingsgronden van toepassing is.

**48.** Met dit arrest staat vast dat, zelfs al staat een ondernemer op een zwarte lijst, een ondernemer niet automatisch mag worden uitgesloten. De aanbesteder moet in een concreet geval steeds beoordelen of uitsluiting disproportioneel is en of er zelfreinigende maatregelen zijn genomen ten gevolge waarvan uitsluiting niet nodig is.

**49.** Hoewel dit de praktische waarde van een zwarte lijst lijkt te verminderen, is dat mijns inziens niet zo. Het is immers al staande praktijk dat een aanbesteder deze beoordeling moet maken.<sup>6</sup> Ook nu al moet een aanbesteder die beoordeling maken en de aanbesteder moet ook nu al een uitdrukkelijke afweging maken tussen enerzijds de redenen om een ondernemer uit te sluiten en anderzijds de redenen om dat niet te doen. Daaraan verandert een zogenaamde zwarte lijst dus niets.

**50.** Relevant is wel of de omstandigheden die bij die beoordeling een rol spelen, niet ook bij de vermelding op de zwarte lijst zouden moeten worden vermeld. Mijns inziens zou dat de voorkeur verdienen. In het kader van rechtsbescherming (hoor en wederhoor) zijn dan alle relevante omstandigheden daadwerkelijk op die zwarte lijst opgenomen. Van ondernemers wordt daarin een actieve houding verwacht. Het is immers in het belang van de ondernemer dat de feiten over de relevante gedragingen en de zelfreinigende maatregelen volledig en duidelijk zijn opgenomen. Bij EDES, de door de Europese Commissie gehanteerde zwarte lijst, is dit bijvoorbeeld al zo.

**51.** Als hierover op de lijst geen informatie is opgenomen, laat dat mijns inziens onverlet dat de aanbesteder hier zelfstandig onderzoek naar moet doen. De wetgever heeft die verplichting in de artikelen 2.86a, 2.87a en 2.88 Aw immers bij de aanbesteder gelegd.

**52.** Dan resteert in dit kader de vraag wanneer ondernemers informatie die aanbesteders moeten

gebruiken voor de afweging of definitief tot uitsluiting wordt overgegaan, moeten aanleveren. In het eerder aangehaalde arrest inzake *Delta* overweegt het HvJEU dat het moment waarop die informatie wordt aangeleverd aan de aanbesteder is. In beginsel kan de aanbesteder dus op ieder moment gelegenheid geven om deze informatie aan te bieden.

**53.** Daar staat tegenover dat in het UEA ruimte en gelegenheid is voor ondernemers om toe te lichten, als zij verklaren dat een uitsluitingsgrond van toepassing is, waarom zij toch niet uitgesloten moeten worden. Als van die gelegenheid geen gebruik wordt gemaakt en de aanbesteder laat die informatie alsnog aanleveren na het verstrijken van de inschrijvingstermijn, dan komt dat strikt genomen neer op onderhandelen met een ondernemer. Aangezien het hier geen informatie betreft die objectief vast te stellen is of bestaat buiten de invloedssfeer van de ondernemer, is een dergelijke handelswijze mijns inziens in strijd met het gelijkheidsbeginsel (art. 1.8 Aw).<sup>7</sup>

**54.** Een ondernemer kan natuurlijk in een latere aanbesteding die informatie alsnog aanleveren. Dan is er immers geen sprake van een nieuwe kans, maar een andere opdracht.

**55.** Het is, zo lees ik het geannoteerde arrest, steeds aan de ondernemer om de informatie waarop de aanbesteder zich moet baseren aan te leveren. Dat kan alle informatie zijn die de ondernemer relevant vindt. Dus ook informatie over het handelen of nalaten van een andere combinant bij de tussentijds beëindigde overeenkomst.

## Conclusie

**56.** Het HvJEU verduidelijkt met zijn arrest de toepassing van de past performance uitsluitingsgrond op een combinatie van inschrijvers. Als een overeenkomst die in combinatie wordt aangenomen, tussentijds wordt beëindigd, dan mogen alle afzonderlijke combinanten daardoor in beginsel worden uitgesloten. Elk afzonderlijk lid van de combinatie moet wel de gelegenheid krijgen om aan te tonen dat de uitsluitingsgrond niet op hem van toepassing is, omdat de reden tot uitsluiting geen verband hield met zijn individuele gedrag.

**57.** Hoewel het geannoteerde arrest ziet op een zwarte lijst die is ingesteld bij een nationale regeling, zijn de overweging van het HvJEU gelijkelijk van toepassing op lijsten die zijn ingesteld door (samenwerkende) aanbesteders. Het HvJEU stelt vast dat toepassing van een zwarte lijst toelaatbaar is. Wel moet die toepassing met de nodige rechtsbescherming gepaard gaan. Een ondernemer die op de lijst geplaatst gaat worden, moet de gelegenheid krijgen tegen dat besluit bezwaar te maken. Tevens mogen aanbesteders een ondernemer die op de lijst staat, niet automatisch uitsluiten alleen omdat de ondernemer op de lijst staat. De ondernemer moet voorafgaande aan de uitsluiting (opnieuw)

<sup>5</sup> HvJ EU 3 oktober 2019, C-267/18 (*Delta*).

<sup>6</sup> Vزر. Rb. Den Haag 19 augustus 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9680.

<sup>7</sup> HvJEU 10 oktober 2013, C-336/12 (*Manova*).

gelegenheid krijgen om aan te tonen dat er redenen zijn dat er niet hoeft worden uitgesloten.

**58.** Hoewel dit een zwarte lijst om praktische redenen moeilijker toepasbaar lijkt te maken, is dit arrest voor de praktijk van groot belang. Het moet ondernemers tegenwicht geven aan voor hen verstrekende besluiten. Een zwarte lijst van een afzonderlijke aanbesteder heeft mijns inziens echter weinig waarde. Zo'n lijst zou idealiter door meerdere aanbesteders gezamenlijk moeten worden beheerd, waarbij ook duidelijke en vooral openbare proce-

durevoorschriften gelden, waaronder een mogelijkheid tot rechtsbescherming. In dat geval zou de praktische waarde van een zwarte lijst aanzienlijk toenemen.

**59.** Er is overigens een zwarte lijst die al lange tijd goed functioneert en waaruit blijkt dat voornoemde bedenkingen alleen kunstmatige drempels zijn. De EU hanteert het 'Early Detection en Exclusion System'. Aanbesteders zouden daaraan een voorbeeld kunnen nemen als zij een eigen zwarte lijst-systeem willen opzetten.

J.H.J. Bax

# Wetgeving

## Omgevingswet

Wet van 17 mei 2023 tot wijziging van de Aanvullingswet bodem Omgevingswet om een omissie in het overgangsrecht te herstellen (*Stb.* 2023, 268).

*Besluit* van 10 juli 2023 tot vaststelling van een aantal tijdstippen waarvan in de Omgevingswet en daarmee verband houdende wet- en regelgeving is aangegeven dat deze bij koninklijk besluit worden bepaald en tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van artikel 2.8, onderdeel B, van de Invoeringswet Omgevingswet (*Stb.* 2023, 267).

## Permanente bewoning recreatiewoningen

*Brief* van de minister van Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening aan de Tweede Kamer d.d. 14 juli 2023 betreffende de mogelijkheden om tijdelijk, vooruitlopend op de inwerkingtreding van de Omgevingswet, de handhaving van een verbod op permanente bewoning van recreatiewoningen stop te zetten (*Kamerstukken II* 2022/23, 32 847, nr. 1074).

## Wet kwaliteitsborging voor het bouwen

*Brief* van de minister van Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening aan de Eerste Kamer d.d. 17 juli 2023 betreffende het de beantwoording van een motie om de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (Wkb) op te schorten tot de in de motie genoemde problemen zijn opgelost. Het Eerste Ka-

merlid Crone (GroenLinks-PvdA) heeft de motie ingediend. (*Kamerstukken I* 2022/23, 34 453, AO).

## Grondbeleid

*Brief* van de ministers van Financiën en voor Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening aan de Tweede Kamer d.d. 13 juli 2023 betreffende de huidige situatie ten aanzien van speculatieve handel in landbouwgrond en de vervolgstappen die zij zullen nemen (*Kamerstukken II* 2022/23, 27 581, nr. 54).

## Bouwregelgeving

*Besluit* van 10 juli 2023 tot wijziging van het Besluit bouwwerken leefomgeving in verband met de actualisatie van de energiebesparingsplicht voor utiliteitsgebouwen en enkele andere wijzigingen (*Stb.* 2023, 267).

## Klimaatwet

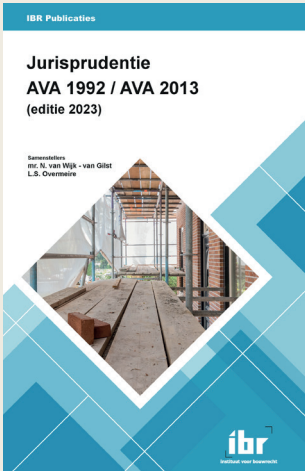
Wet van 10 juli 2023 tot wijziging van de Klimaatwet (implementatie Europese klimaatwet) (*Stb.* 2023, 272).

## Verduurzaming gebouwde omgeving

*Brief* van de minister van Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening aan de Tweede Kamer d.d. 14 juli 2023 betreffende een aantal onderzoeken en beleidsontwikkelingen rond verduurzaming van de gebouwde omgeving (*Kamerstukken II* 2022/23, 32 847 en 32 813, nr. 1076).



# Literatuuroverzicht



## Jurisprudentie AVA 1992/ AVA 2013 (editie 2023)

Met enige regelmaat staan de AVA centraal in procedures bij de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen alsmede bij de civiele rechter. Deze uitspraken worden door medewerkers van het Instituut voor Bouwrecht verzameld, samengevat en per kwartaal gepubliceerd op Actualiteiten Bouwrecht (onderdeel van het online kennisportaal IBR Tracker). Vanuit de praktijk ontvingen wij uit meerdere hoeken verzoeken om deze kronieken ook aan het papier toe te vertrouwen. De Jurisprudentie AVA 1992 / 2013 (editie 2023) met daarin opgenomen de AVA-jurisprudentie uit de jaren 2017-2022 is nu opgenomen in een bundel samengesteld door *N. van Wijk – van Gilst* en *L.S. Overmeire*.

(Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2023, ISBN: 978-94-6315-089-7)

## The FIDIC Red Book Contract: An International Clause-by-Clause Commentary

This book authored by the pre-eminent legal expert on FIDIC (International Federation of Consulting Engineers) *Christopher Seppälä* with the assistance of *Dimitar Kondev*, contracts is an essential resource for all parties called on to work with a FIDIC contract. Conditions of Contract for Construction – popularly known as the Red Book – published by FIDIC is the most commonly used standard form of international construction contract. This unique book furnishes an in-depth commentary on the 2022 reprint of the 2017 FIDIC Red Book. The commentary, for every one of the Red Book's 168 Sub-Clauses; discusses all changes from the 1999 edition; analyses the meaning and significance of the Sub-Clause and lists related Sub-Clauses; describes related international arbitration awards, national court decisions and legal principles; and, where appropriate, proposes modifications to improve the Sub-Clause. (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, ISBN: 9789403520605)

## Zorgplichten in het bestuursrecht (Preadviezen VAR)

De preadviezen van de VAR (Vereniging voor Bestuursrecht) zijn dit jaar geschreven door *Maurits Ippel & Michiel Scheltema* (De rechtsstatelijke zorgplicht), *Arre Zuurmond, Mariëtte Lokin & Trude Mulder* (De informatiele zorgplicht van de overheid), *Anna Collignon* (Zorgplichten in het omgevingsrecht) en *Rogier Stijnen* (Zorgplichten bij financiële dienstverlening, bij

bestrijding van witwassen, bij marktregulering en bij het waarborgen van de volksgezondheid). (Den Haag: Boom Juridisch 2023, ISBN: 978-94-6212-815-6)



## Praktijkboek Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (Wkb)

In dit Praktijkboek Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (Wkb) worden, na een beknopte inleiding waarin de historie en structuur van de Wkb worden beschreven en enkele sleutelbegrippen worden aangeduid, ingegaan op de belangrijkste wetswijzigingen en op de effecten voor het bevoegd gezag, opdrachtgevers, directievoerders, aannemers en onderaannemers. Daarbij komen de verhoudingen tussen de kwaliteitsborger en de aannemer en tussen de kwaliteitsborger en de onderaannemer ook aanbod. Aansluitend wordt aan de hand van de fasen in het bouwproces (ontwerpfase, bouwfase, gereedmelding, oplevering en nazorg) de toepassing van de Wkb beschreven. Bij die nazorg ligt het accent op de betekenis van de gewijzigde aansprakelijkheids-

verdeling na oplevering. Auteurs zijn: *A.G. Bregman, H.C.M. van Egmond, J.R. Hoogendoorn* en *S. Triches*.

(Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2023, ISBN: ISBN 978-94-6315-088-0)

## Contractenrecht- Verbintenissenrecht deel 1 (zesde druk)

De 6e druk van dit boek verschijnt geruime tijd na de vorige druk van 2004 en dat vraagt om sterke actualisering van wetgeving, jurisprudentie en doctrine over Contractenrecht. *J.M. van Dummé* heeft na zijn emeritaat als hoogleraar Privaatrecht EUR aan de ontwikkelingen op dit gebied met talloze publicaties bijgedragen, die in deze herdruk zijn verwerkt. Dat is het geval op terreinen als: uitleg van overeenkomsten, onvoorziene omstandigheden, dwaling, ingebrekestelling en verzuim, contractsbedingen (garantie-, ouderdoms- en boetebeding), causaliteit, schade en bewijs.

(Zutphen: Uitgeverij Paris 2023, ISBN: 9789462513167)

## Onteigeningsrecht

Het onteigeningsrecht staat de voorbije jaren meer dan ooit in de belangstelling. In de monografie *Onteigeningsrecht*, onder redactie van *J.A.M.A. Sluysmans* en *W.J.E. van der Werf*, wordt beschreven hoe het onteigeningsrecht functioneert onder de nieuwe Omgevingswet. Het rechtsgebied komt in volle omvang aan de orde, steeds gezien vanuit het perspectief van de Omgevingswet. Zo krijgt de lezer inzicht in de (nieuwe) bekrachtigingsprocedure en de gerechtelijke procedure tot vaststelling van de schadeloosstelling. Ook aan het schadeloosstellingsrecht wordt ruimschoots aandacht besteed. Na een korte algemene inleiding, volgt de titel qua structuur de stappen van een daadwerkelijke onteigeningsprocedure. Tenslotte wordt stilgestaan bij diverse losstaande maar gerelateerde onderwerpen: de rente, de kosten

van bijstand en de mogelijkheid tot terugvordering.

(Deventer: Wolters Kluwer 2023, ISBN: 978 901 315 9394)

## Nog meer opvallende en poëtische casussen uit de bestuursrechtelijke jurisprudentie

In de rechtspraak komen soms dermate ongewone, absurdistische of poëtische casussen voorbij dat deze bijna ontsproten zouden kunnen zijn aan de verbeelding van romanciers. In de Gemeentestem van augustus 2022 is een artikel verschenen over 30 bijzondere casussen uit de omgevingsrechtelijke jurisprudentie. Deze zomer is het tijd voor een vervolg met wederom een bloemlezing uit de collectie van ongewone casussen van *Y. Schönfeld*.

(Gst. 2023/46)

## Parkeerplanologie

Het parkeren van auto's is in bestemmingsplannen met enige regelmaat een struikelblok. Het blijkt nogal eens te ontbreken aan een zorgvuldige telling, een afweging van belangen en een goed onderbouwde keuze in het parkeerbeleid voor een plangebied. Uit de literatuur en de jurisprudentie blijkt dat zich interessante ontwikkelingen voordoen in de planologische omgang met parkeernormen, die bovendien onderhevig zijn aan veranderingen de beleidsopvattingen aldus *J.W. van Zundert* in deze bijdrage.

(BR 2023/50)

## Wkb en BW: wat, kwaliteits- borging en beter werken?

*Nu dan toch eindelijk?!*

In dit artikel staan *A. ter Mors, H. Plas, M.A. Grevén & P.F. Lammers* stil bij de privaatrechtelijke aspecten uit de Wkb. Zij bespreken de uit de Wkb voortvloeiende wijzigingen in titel 7.12 BW. Tot slot besteden zij aandacht aan de inwerkingtreding en het overgangsrecht.

(BR 2023/51)

## Aan welke eisen dienen bindende adviezen van de Geschillencommissie te voldoen, en hoe dienen deze adviezen te worden getoetst?

Het is niet duidelijk aan welke eisen een bindend advies van de Geschillencommissie dient te voldoen teneinde vernietigbaarheid op grond van artikel 7:904 BW te vermijden. Hoewel de Geschillencommissie op grond van artikel 11 Richtlijn 2013/11 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen ('Richtlijn ADR') conform dwingend consumentenrecht dient te beslissen, is niet duidelijk of dit ook ambtshalve dient te gebeuren. Wellicht biedt de herziening van de Richtlijn ADR een gelegenheid om meer duidelijkheid te scheppen over de eisen waaraan bindend adviezen moeten voldoen, en de maatstaven voor toetsing van deze adviezen, aldus *E.A.G. van Schagen*

(Tvc 2023/3, p. 113-121)

## Daar zit een luchtje aan

*Over de civielrechtelijke kwalificatie van stikstofdeponteruimte in vergelijking met die van fosfaatrechten*

Extern salderen is sinds de PAS-uitspraak voor boeren een van de weinige mogelijkheden om een Wet natuurbescherming-vergunning te verkrijgen. In dit artikel gaat *D.P. Steentjes* in op het systeem van extern salderen en de civielrechtelijke kwalificatie van de stikstofdeponteruimte. Daarbij wordt een vergelijking gemaakt met fosfaatrechten. Bekeken wordt of er redenen zijn stikstofdeponteruimte civielrechtelijk op dezelfde manier vorm te geven.

(AA20230321)

## Maatschappelijke norm- vorming en de ongeschreven zorgvuldighedsnorm: Een gezichtspuntencatalogus

Deze bijdrage van *C.O. Hoekstra* bevat een gezichtspunten-

catalogus die handvatten biedt bij de beoordeling van eventuele juridische doorwerking van maatschappelijke normvorming in de ongeschreven zorgvuldigheidnorm.

(WPNR 2023, afl. 7419)

### **De uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan. Een vergelijking met het omgevingsplan**

Het Besluit ruimtelijke ordening (hierna: Bro) bevat een verplichting om in de toelichting van een bestemmingsplan inzicht te geven over de uitvoerbaarheid van dat plan. Inzicht over de uitvoerbaarheid geeft antwoord op de vraag of datgene wat het bestemmingsplan beoogt, daadwerkelijk kan worden uitgevoerd. Artikel 3.1.6 Bro keert in het stelsel van de Omgevingswet niet terug. De regering verkondigt het standpunt dat het omgevingsplan kan worden beschouwd als een 'gewoon' algemeen verbindend voorschrift waardoor kan worden volstaan met werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name het evenredigheidsbeginsel. De vraag is dan hoe het zit met de uitvoerbaarheid van functies in het omgevingsplan. Dit standpunt van de regering roept vragen op die *C.W.M. van Alphen* bespreekt in deze bijdrage.

(Gst. 2023/30)

### **Terhandstelling en vernietiging van algemene voorwaarden.**

*Bespreking van Hoge Raad 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1599*

Een geschonden informatieplicht geeft de wederpartij in beginsel het recht om de algemene voorwaarden te vernietigen, op grond van art. 6:233 onder b BW. In bepaalde gevallen vervalt deze vernietigingsbevoegdheid, namelijk als de wederpartij bekend is of geacht kan worden bekend te zijn met de algemene voorwaarden. Deze bekendheidsuitzondering vloeit voort uit het arrest Geurtzen/Kampstaal en kan gezien worden als een correctie op de eerste volzin van art. 6:234 lid 1 BW. De Hoge Raad heeft in het arrest De Eendracht/Doens de werking van de bekendheidsuitzondering uitgebreid door te bepalen dat hiervan ook sprake kan zijn indien de wederpartij bekend is met de algemene voorwaarden, zonder een toedoen van de gebruiker. Kennis van een arbitragebeding werd aan een directeur toegerekend, omdat het beding enkele jaren eerder was behandeld tijdens een professionele cursus die de directeur had gevolgd. De gebruiker van de branchevoorwaarden had deze nooit ter hand gesteld, desondanks kwam de directeur geen beroep toe op de vernietigingsgrond van art. 6:233 onder b BW. De vraag die het onderhavige arrest oproept is wat het temporele bereik is van de veronderstelde

bekendheid. Zou de uitkomst in dit arrest hetzelfde zijn geweest als de cursus tien jaar eerder was gevolgd? Deze vraag bespreekt *M.D.H. Nelemans* in deze bijdrage.

(NTHR 2023-3, p. 85)

### **Leiden alle wegen naar Straatsburg?**

*Arbitrage en EVRM*

In dit artikel worden de contouren geschetst van de verhouding tussen arbitrage en het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Daarbij wordt alleen een aantal hoofdlijnen geschetst en wordt voorbijgegaan aan andere in Nederland geldende mensenrechtenverdragen of andere relevante grondwettelijke of EU-regelingen of aan instrumenten ter bescherming van grondrechten in andere werelddelen. Geconcludeerd wordt dat, niettegenstaande de relevantie van het EVRM, de meeste arbitragerechtelijke vragen op grond van procesrechtelijk arbitragerecht (Rv) of door partijen overeengekomen regels van arbitrageprocesrecht opgelost kunnen worden en dat het EVRM daarbij hoogstens argumenten ten overvloede of reflexwerking toekomt en slechts in een beperkt aantal gevallen wel bijzonder relevant is. De vraag of alle wegen naar Straatsburg leiden, dient dan ook genuanceerd beantwoord te worden, aldus *F.J.M. de Ly*.

(TVA 2023/25)

# Praktijkboek Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (Wkb)

- prof. dr. ir. A.G. Bregman, ir. H.C.M. van Egmond,  
mr. J.R. Hoogendoorn & mr. S. Triches



De complexiteit van de bouwtechnische bouwplantoetsing vraagt om gespecialiseerde kennis. De Wkb beoogt de positie van de bouwconsument én de bouwkwaliiteit te verbeteren door het toezicht op het bouwproces efficiënter in te richten door daarbij voor veel typen bouwwerken private kwaliteitsborgers te betrekken. De rol van de gemeente bij de bewaking van de kwaliteit van nieuwbouw wijzigt van die van het toetsen aan ook de technische bouwregelgeving naar het toetsen van de juiste betrokkenheid van de private kwaliteitsborger.

Naast de introductie van de private kwaliteitsborger en daarmee wijziging van de gemeentelijk rol bij het bouwproces, bevat de Wkb ook een versterkte prikkel voor aannemers om voldoende bouwkwaliiteit te leveren. Die verbetering van de positie van de bouwconsument bestaat onder andere in een verzwaring van de aansprakelijkheid na oplevering voor aannemers.

In dit Praktijkboek Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (Wkb) worden, na een beknopte inleiding waarin de historie en structuur van de Wkb wor-

den beschreven en enkele sleutelbegrippen worden aangeduid, ingegaan op de belangrijkste wetswijzigingen en op de effecten voor het bevoegd gezag, opdrachtgevers, directievoerders, aannemers en onderaannemers. Daarbij komen de verhoudingen tussen de kwaliteitsborger en de aannemer en tussen de kwaliteitsborger en de onderaannemer ook aanbod. Aansluitend wordt aan de hand van de fasen in het bouwproces (ontwerpfase, bouwfase, gereedmelding, oplevering en nazorg) de toepassing van de Wkb beschreven. Bij die nazorg ligt het accent op de betekenis van de gewijzigde aansprakelijkheidsverdeling na oplevering.

In de bijlagen zijn de tekst van de Wkb en van relevante onderdelen van de uitvoeringsregelgeving opgenomen.

**LEGAL**INTELLIGENCE

Beter zoeken. Zeker weten.

**IBR** Tracker

## Auteurs:

A.G. Bregman, H.C.M. van Egmond,  
J.R. Hoogendoorn & S. Triches  
ISBN 978-94-6315-088-0  
208 pagina's

## Bestellen:

Prijs: € 39,50  
[www.ibr.nl/publicaties](http://www.ibr.nl/publicaties)  
[publicaties@ibr.nl](mailto:publicaties@ibr.nl)

**ibr**  
instituut voor bouwrecht

# Procederen bij de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen (2e herziene druk)

- Redactie: mr. L.C. van den Berg, mr. J.M. Henriquez, mr. M.D. Kostेरink, mr. F. Ronner, mr. C.F. van Spanje-Klaveren & mr. S.J.H. Rutten



De Raad van Arbitrage in bouwgeschillen dankt zijn bekendheid aan zijn bouwrechtelijk inhoudelijke jurisprudentie. Die jurisprudentie komt tot stand op basis van procesrechtelijke regels, zoals die te vinden zijn in onder meer de wet en het Arbitragereglement van de Raad.

In deze tweede druk zijn wederom relevante overwegingen van processuele aard uit de jurisprudentie van de Raad opgenomen. Hoe gaan arbiters van de Raad om met bewijs, wat zijn de gevolgen van een akte niet-dienen, hoe zit het met eisvermeerderingen, nieuwe producties vooraf aan de zitting, de parkeerrol, kostenveroordeling, kosten van deskundigen, provisionele vorderingen en het grievensstelsel in hoger beroep? Op dit soort vragen is in deze uitgave een antwoord te vinden.

Tot slot zijn de bij de Raad toepasselijke (huis) regels van procesrecht opgenomen.

Deze uitgave is bedoeld voor diegenen die regelmatig procederen bij de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen.

Van dit boek is ook een online versie beschikbaar op [www.ibrtracker.nl](http://www.ibrtracker.nl) en via Legal Intelligence (LI Library). Voor meer informatie, zie [www.ibr.nl/publicaties](http://www.ibr.nl/publicaties).

**LEGAL INTELLIGENCE**

Beter zoeken. Zeker weten.

**IBR Tracker**

## Auteurs:

L.C. van den Berg, J.M. Henriquez  
c.s.  
ISBN 978-94-6315-085-9  
344 pagina's

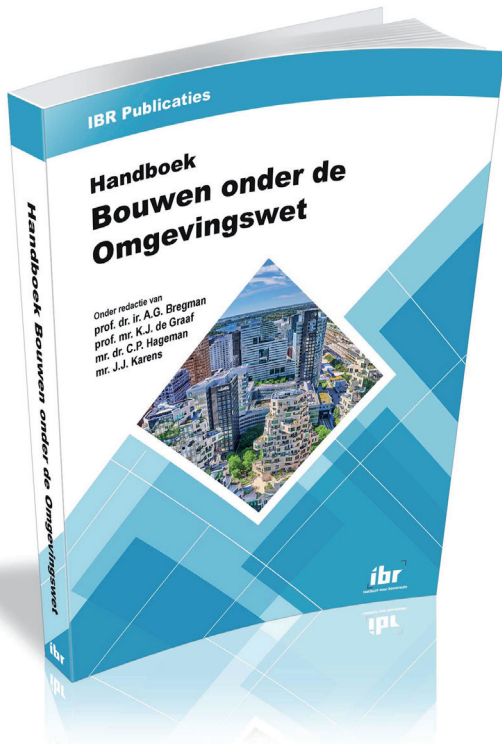
## Bestellen:

Prijs: € 34,95  
[www.ibr.nl/publicaties](http://www.ibr.nl/publicaties)  
[publicaties@ibr.nl](mailto:publicaties@ibr.nl)

**ibr**  
instituut voor bouwrecht

# Handboek Bouwen onder de Omgevingswet

- Redactie: prof. dr. ir. A.G. Bregman, prof. mr. K.J. de Graaf, mr. dr. C.P. Hageman & mr. J.J. Karens



De Omgevingswet vormt een enorme stimulans van het denken over de fysieke leefomgeving, en zorgt voor integratie van verschillende omgevingsrechtelijke domeinen zoals ruimte, milieu, water en grondbeleid. De inwerkingtreding van de Omgevingswet zal de komende jaren de aandacht vragen van beoefenaars van het publiekrechtelijk bouwrecht. De nieuwe instrumenten van de wet maar ook het overgangsrecht zullen voor het eerst in de praktijk worden gebruikt en tot nieuwe, nog onvoorzienbare vragen leiden.

Dit handboek vormt een vertrekpunt voor de omgevingsrechtjurist bij beantwoording van deze vragen en beschrijft hoe de regelgeving voor het bouwen zal luiden na inwerkingtreding van de Omgevingswet. Het betreft daarbij het bouwen in ruime zin, waaronder de betekenis van regelgeving voor natuur, erfgoed, grondbeleid en milieukwaliteit. Daarbij is ook een tweede, omvangrijke stelselwijziging betrokken namelijk die van de private kwaliteitsborging op grond van de Wet kwaliteitsborging.

Eén en ander resulteert in een handboek waarin al het nieuwe recht en het bijbehorende overgangsrecht met betrekking tot het bouwen systematisch wordt behandeld en waarmee de lezer wegwijs wordt gemaakt in het nieuwe wettelijk stelsel in algemene zin en meer specifiek de wet- en regelgeving voor het bouwen. Kortom: een 'Handboek Bouwen onder de Omgevingswet'.

Dit boek is bedoeld voor een ieder die zich met het omgevingsrecht bezig houdt, zowel binnen het onderwijs als de (bouw)praktijk.

---

## Redactie:

prof. dr. ir. A.G. Bregman, prof. mr.  
K.J. de Graaf c.s.  
ISBN 978-94-6315-086-6  
447 pagina's

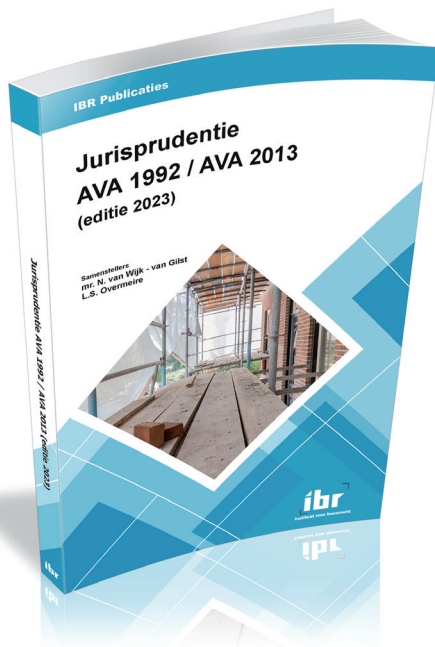
## Bestellen:

Prijs: € 58,50  
[www.ibr.nl/publicaties](http://www.ibr.nl/publicaties)  
[publicaties@ibr.nl](mailto:publicaties@ibr.nl)



# Jurisprudentie AVA 1992 / AVA 2013 (editie 2023)

- Samenstellers: mr. N. van Wijk - van Gilst & L.S. Overmeire



Bouwend Nederland (en daarvoor rechtsvoorganger AVBB) heeft al geruime tijd eigen algemene voorwaarden, genaamd: 'Algemene Voorwaarden van Aanneming van werk [jaartal]', afgekort AVA [jaartal]. Deze algemene voorwaarden worden gebruikt voor werken waarbij geen directievoerder wordt aangesteld. Dit betreft vooral kleinere b&u-werken, maar ze worden ook gebruikt in de infra.

Met enige regelmaat staan de AVA ook centraal in procedures bij de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen alsmede bij de civiele rechter. Deze uitspraken worden door medewerkers van het Instituut voor Bouwrecht verzameld, samengevat en per kwartaal gepubliceerd op Actualiteiten Bouwrecht (onderdeel van het online kennisportaal IBR Tracker). Vanuit de praktijk ontvingen wij uit meerdere hoeken verzoeken om deze kronieken ook aan het papier toe te vertrouwen.

De Jurisprudentie AVA 1992 / 2013 (editie 2023) met daarin opgenomen de AVA-jurisprudentie uit de jaren 2017-2022 is nu verkrijgbaar in onze webshop.

---

## Auteurs:

N. van Wijk - van Gilst  
ISBN 978-94-6315-089-7  
515 pagina's

## Bestellen:

Prijs: € 29,50  
[www.ibr.nl/publicaties](http://www.ibr.nl/publicaties)  
[publicaties@ibr.nl](mailto:publicaties@ibr.nl)





**IBR Congres**

**3 nov 23**

Jaarbeurs Utrecht

# Het grote IBR inwerkingtredingscongres Omgevingswet

## De transitie naar en in het nieuwe omgevingsrecht

m.m.v. o.a.: prof. dr. ir. (Arjan) A.G. Bregman, mr. M.J.O. (Merel) Copier, prof. mr. dr. M.A.M. (Marjolein) Dieperink, mr. J. (Jaap) Hoekstra, mr. dr. D. (Daan) Korsse, prof. mr. A.G.A. (Tonny) Nijmeijer, mr. N.A. (Nienke) van Renssen, mr. D.S.P. (Daniëlle) Roelands-Fransen, mr. drs. T.N. (Thomas) Sanders, prof. mr. J. (Jan) Struiksma, mr. J. (Jur) van der Velde

5

NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN

PO  
ADVOCATEN

[www.ibr.nl/OW](http://www.ibr.nl/OW)

**ibr**  
Instituut voor bouwrecht