

TIJDSCHRIFT VOOR BOUWRECHT

TBR

Het Afzinkkelder-arrest: een stap op de weg naar de veroorzaker betaalt – Deel I. Beschouwingen over 'pech' en 'alterum non laedere' in het algemeen en in het bouwrecht

— Em. prof. mr. M.A.B. Chao-Duivis

Nieuwe ronde, nieuwe kansen voor onoverdraagbaarheidsbedingen in bouwcontracten. De inwerkingtreding van de Wet opheffing verpandingsverboden

— Mr. L. Orvini

Open normen in het omgevingsplan. Een onderzoek naar de juridische aanvaardbaarheid en het gebruik van bouw-, aanleg- en gebruiksregels met open normen in het omgevingsplan

— Dr. mr. J. van der Velde

Nature-based solutions en wisselpolders: klimaatadaptatie, waterveiligheid en natuurherstel in de Zuidwestelijke Delta. Deel I – de Unierechtelijke dimensie

— Mr. M.G. van Esterik

12

DECEMBER 2025

IBR/VBR/VBR-A studiebijeenkomsten



Naast het reguliere onderwijs kunt u bij het IBR ook terecht voor online cursussen. Ga naar onze website voor het actuele aanbod:
www.ibr.nl/online

Online Studiemiddag Warmtetransitie in de gebouwde omgeving

Datum: 7 januari 2026

Het grote IBR Wkb congres: twee jaar ervaringen, waar staan we nu?

Datum: 16 januari 2026

Locatie: Utrecht

Online lunch seminar: Actualiteiten omgevingsplannen

Datum: 19 januari 2026

Studiemiddag Crash Course UAV-GC 2025

Datum: 21 januari 2026

Locatie: Utrecht

Studieochtend Crash Course DG2025

Datum: 21 januari 2026

Locatie: Utrecht

Studiedag bouwteam DG 2025 en UAV-GC 2025

Datum: 21 januari 2026

Locatie: Utrecht

Online studiemiddag Versnellen bezwaar- en beroepsprocedures bij woningbouw

Datum: 27 januari 2026

Online studiemiddag Juridische instrumenten voor de doorwerking van nationale en provinciale regels

Datum: 29 januari 2026

Verdiepende Studiemiddag Bouwen onder de Omgevingswet

Datum: 3 februari 2026

Plaats: Utrecht

Online Actualiteitscollege Kabels en leidingen: grondroeringen en aansprakelijkheid

Datum: 4 februari 2026

Studiemiddag (Bijna) alles over de UAV

Datum: 5 februari 2026

Locatie: Utrecht

Online lunch seminar: FIDIC Contracten – van fundament tot claims en geschillen

Datum: 11 februari 2026

Modulaire basiscursus Gebiedsontwikkeling; alle relevante aspecten van het publiek- en privaatrecht (I t/m IV)

Datum: 3 maart 2026

Locatie: Utrecht

VBR-A/IBR Cursus Privaatrechtelijk bouwrecht 2026

Datum: 4 maart 2026

Locatie: Utrecht

Studiemiddag Bouwen en stikstof: wat kan er nog wel?

Datum: 5 maart 2026

Locatie: Utrecht

Studiemiddag: De koop en aanneming van nieuwbouwwoningen

Datum: 19 maart 2026

Locatie: Utrecht

Actualiteiten Appartementsrecht: optoppen, verduurzaming en meer

Datum: 7 april 2026

Locatie: Utrecht

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

Artikelen

137 *Em. prof. mr. M.A.B. Chao-Duivis*. Het Afzinkkel-der-arrest: een stap op de weg naar de veroorzaker betaalt – Deel I. Beschouwingen over 'pech' en 'alterum non laedere' in het algemeen en in het bouwrecht / p. 1056

138 *Mr. L. Orvini*. Nieuwe ronde, nieuwe kansen voor onoverdraagbaarheidsbedingen in bouwcontracten. De inwerkingtreding van de Wet opheffing verpandingsverboden / p. 1071

Onderzoek

139 *Dr. mr. J. van der Velde*. Open normen in het omgevingsplan. Een onderzoek naar de juridische aanvaardbaarheid en het gebruik van bouw-, aanleg- en gebruiksregels met open normen in het omgevingsplan / p. 1082

Wetenschap

140 *Mr. M.G. van Esterik*. Nature-based solutions en wisselpolders: klimaatadaptatie, waterveiligheid en natuurherstel in de Zuidwestelijke Delta. Deel I – de Unierechtelijke dimensie / p. 1092

Jurisprudentie

I. Ruimtelijk orderingsrecht

141 Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 4 september 2024, No. 202302442/1/R2, ECLI:NL:RVS:2024:3590 (Bestemmingsplan appartementen Breda) (m.gastnt. L.J. Wildeboer) / p. 1108

142 Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 25 juni 2025, No. 202304069/1/R1, ECLI:NL:RVS:2025:2848 (Paraplubestemmingsplan darkstores Amsterdam) (m.gastnt. D.C.E. de Haas en S.A. de Graaff) / p. 1113

143 Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 13 augustus 2025, No. 202306747/1/R3, ECLI:NL:RVS:2025:3859 (Vergunningvrije bouw- en gebruiksmogelijkheden op grond van het omgevingsplan en de aspecten geluid, geur en trillingen: een liaison dangereuse) (m.nt. A. Franken van Bloemendaal en H. Koolen) / p. 1122

II. Wabo c.a.

144 Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 5 februari 2025, No. 202205172/1/R3, ECLI:NL:RVS:2025:412 (Strijd met Didam-regels geen gevolgen voor omgevingsvergunning) (m.nt. J. Wieland) / p. 1128

III. Bestuursrechtelijke schadevergoeding

145 Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 6 augustus 2025, No. 202305028/1/A2, ECLI:NL:RVS:2025:3690 (Overzichtsuitspraak planschade II) (m.nt. F.A. Linssen en C.C. Corsten) / p. 1131

IV. Grondbeleid

146 Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 1 oktober 2025, No. 25/906, 25/1781 en 25/1782, ECLI:NL:RBZWB:2025:6581 (Bekrachtiging onteigeningsbeschikking Moerdijk) (m.nt. J.A.M.A. Sluysmans) / p. 1152

V. Aanneming van werk

147 Hoge Raad, 12 juli 2024, 23/00974, ECLI:NL:HR:2024:1073 (Artikel 7:755 BW: toepassing van de tenzij-bepaling) (m.gastnt. J.N.E. Weyne en L.S.L. van Pelt) / p. 1163

Wetgeving / p. 1170

Literatuur / p. 1171

Het Afzinkkelder-arrest: een stap op de weg naar de veroorzaker betaalt – Deel I

Beschouwingen over ‘pech’ en ‘alterum non laedere’ in het algemeen en in het bouwrecht

– Em. prof. mr. M.A.B. Chao-Duivis¹

1. Inleiding

Het Afzinkkelder-arrest is in verschillende tijdschriften ten principale aan de orde geweest. In TBR is de uitspraak wel opgenomen en voorzien van een annotatie, maar tot een bespreking van de principiële punten is het nog niet gekomen.² In deze bijdrage wordt op een aantal van die punten ingegaan.

Alvorens op het arrest en de te bespreken punten in te gaan, licht ik de opzet van dit artikel, dat in drie afleveringen wordt gepubliceerd, toe. In het eerste deel gaat het om het dogmatische probleem dat in het arrest aan de orde is betreffende het onderscheid in de onrechtmatigheidscategorieën van inbreuk op een recht enerzijds en de zorgvuldigheidsnorm anderzijds. Daartoe wordt kort ingegaan op het gemene recht en uitgebreider op hoe met de verschillende aspecten van de dogmatiek in de bouwrechtelijke literatuur is omgegaan. In het tweede deel gaat het om het arrest zelf. Dat deel begint met de bespreking van delen van de conclusie van de advocaat-generaal, die illustratief zijn

voor de heersende leer. Vervolgens wordt ingegaan op hoe de kernoverwegingen van de Hoge Raad ontvangen zijn en wat ik er zelf van vind. Het derde deel is gewijd aan de gevolgen voor de praktijk van de uitspraak. In die aflevering wordt ingegaan op de vier omstandigheden die de Hoge Raad noemt in verband met het niet zonder meer hoeven aanvaarden door de gelaedeerde van een risico op schade dat zich heeft verwezenlijkt. Voorts wordt ingegaan op de ‘eigen schuld’ van de eigenaar van een belendend pand in verband met de toestand waarin dat pand zich bevindt, het verschil in vorderingen (verbod en/of schadevergoeding) en de aansprakelijkheid van de opdrachtgever naast die van de bouwer.

Ter inleiding van het eerste deel merk ik het volgende op. Om te beginnen neem ik de vrijheid te veronderstellen, dat het arrest brede bekendheid geniet onder de lezers van TBR. Ik volsta daarom met een korte beschrijving van de casus en het oordeel van de Hoge Raad (par. 2). Dit wordt gevolgd door eveneens een korte weergave van het dogmatische kader (par. 3). Uit de verschillende commentaren, waartoe het arrest aanleiding heeft gegeven, blijkt dat het concreet te omschrijven probleem van het veroorzaken van schade bij derden door iemand die zijn best deed geen schade te veroorzaken in de juridische literatuur een beladen onderwerp is. Het leek mij daarom passend om, zo vroeg mogelijk in het totale betoog, mijn standpunt in het kort kenbaar te maken (par. 4). In par. 5 volgt een weergave van de bouwrechtelijke literatuur betreffende de onderhavige juridisch problematiek zoals die in de pre-Afzinkkelder-arrestperiode in de bouwrechtelijke literatuur aan de orde is geweest. De reden om dat te doen, is ingegeven door het feit dat die literatuur zo goed als nergens in de vele publicaties

¹ Monika Chao-Duivis was als directeur verbonden aan het IBR en aan de TU Delft als hoogleraar bouwrecht. De auteur spreekt haar dank uit aan B.W.M. Nieskens-Isphording en E.M. Bruggeman voor hun commentaar op de eerdere versie van dit artikel. De ondertitel verwijst naar opmerkingen van de advocaat-generaal op verschillende plaatsen in de conclusie, dat pech bestaat; S. Delen en F.J.M. Tielemans werpen in een kort artikel aangetroffen op het internet de vraag op: ‘Is pech weg?’, welke vraag de Hoge Raad, aldus de auteurs bevestigend heeft beantwoord. <www.justionadvocaten.nl/actuele-inzichten/een-nieuwe-aansprakelijkheid-in-het-leven-geroepen/>, laatstelijk geraadpleegd op 23 november 2025. De Latijnse uitdrukking betekent: de ander geen kwaad doen, zie nader par. 9.

² TBR 2024/147, m.nt. L. Muller. In BR is het arrest niet opgenomen. Wel komt het arrest aan de orde in de noot bij Rb. Limburg 11 september 2024, ECLI:NL:RBLIM:2024:7183, BR 2025/21, m.nt. Th.D. van der Sanden.

over het arrest aan de orde is geweest.³ Dat is niet alleen verbazingwekkend vanwege de concrete casus, maar ook omdat er in die literatuur uitvoerig gemotiveerde standpunten naar voren zijn gebracht die een bijdrage aan de discussie hadden kunnen leveren. De advocaat-generaal is wel op een enkele publicatie ingegaan, maar daar is het eigenlijk dus bij gebleven. De discussie omtrent de dogmatische materie is nog niet beëindigd en de bouwrechtelijke literatuur is gezien die discussie nog steeds actueel.

2. Het arrest

De annotator van de NJ-publicatie van het arrest vat de kwestie die ten grondslag aan het arrest van de Hoge Raad als volgt samen.⁴

Aannemer Multi legt een afzinkkelder aan. Als gevolg van een complicatie verzakt een buurpand. De eigenaar en huurders van dat pand stellen Multi aansprakelijk voor de schade. Op voorhand was duidelijk dat de aanleg risicovol was, maar er waren

voldoende maatregelen ter voorkoming van schade getroffen en de werkzaamheden werden zorgvuldig uitgevoerd. De centrale vraag is of desondanks aansprakelijkheid kan worden aangenomen.

Wat het cassatiemiddel betreft, draait het om onderdeel 1 en 2. De Hoge Raad (r.o. 3.1.1.) volgt de advocaat-generaal betreffende het eerste middel en oordeelt dat dit niet slaagt. Het middel hield in, dat het Hof ten onrechte had geoordeeld, dat een gedraging niet reeds onrechtmatig is vanwege het enkele feit dat er zaaksbeschadiging is. Het tweede onderdeel hield in, dat het Hof heeft miskend, dat de aannemer bij de uitvoering dient te voorkomen dat aan eigendommen van derden schade ontstaat en dat ook indien zorgvuldig is gehandeld de aannemer aansprakelijk is voor de schade. Daar gaat de Hoge Raad wel in mee (r.o. 3.2.1/3.2.2).

De cassatiemiddelen betreffen daarmee de omschrijvingen van welk handelen een onrechtmatige daad constitueert, zoals opgenomen in art. 6:162 lid 1 en lid 2 BW. Daarover gaat de volgende paragraaf. Ten overvloede: het gaat in deze uiteenzetting alleen om de vraag naar de onrechtmatigheidscategorie en niet om de vraag of ook aan de vereisten van de toerekenbaarheid en causaal verband tussen daad en schade is voldaan.⁵

3. Inbreuk op een recht en de maatschappelijke betamelijkheid: de heersende leer in een notendop

3.1 De heersende leer

In art. 6:162 lid 2 BW worden drie categorieën van onrechtmatigheid genoemd: 1) inbreuk op een recht, 2) doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht en 3) doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander met uitzondering van een rechtvaardigingsgrond. De casus van het Afzinkkelder-arrest betreft de eerste en de derde categorie van onrechtmatigheid. Het dogmatische probleem dat in de relevante rechtsoverwegingen naar voren komt, betreft de invulling van het begrip 'inbreuk op een recht': is de inbreuk gegeven met de enkele inbreuk of is het nodig dat naast die inbreuk ook nog sprake is van een handelen in strijd met wat in het maatschappelijk verkeer betaamt. Het dogmatische debat wordt voorts gecompliceerd door wat onder er onder inbreuk te verstaan is. Voorts komt de betekenis van maatschappelijke betamelijkheid (de zorgvuldighedsnorm) aan de orde.

Aan de hand van Asser-Sieburgh wordt kort op de betekenis van de inbreukcriterium ingegaan

³ In de volgende publicaties (in het algemeen wel voorzien van uitgebreide verwijzingen) wordt in het geheel niet naar publicaties verschenen in het bouwrecht domein verwezen: K.J.O. Jansen, 'Het enigma van de Afzinkkelder: subjectieve rechten als bron van aansprakelijkheid', *NTBR* 2024/6; A. Kolder, 'Het Afzinkkelder-arrest en personenschade?', *AV&S* 2024/19; J.N. Potharst, 'Risicoaansprakelijkheid of 'aanmerkelijk risico' aansprakelijkheid', *NTBR* 2024/11; C.E. Drion, 'Wanneer is een rechtsinbreuk onrechtmatig?', *NJB* 2024/308; J.N. Potharst, 'Afzinkkelder-arrest- een jaar later', *Vast* 2025/P-001; E.F. Verheul, 'Het Afzinkkelder-arrest in burennrechtelijk perspectief', *NTBR* 2024/16; F.M. Aarts en K.W. Cazemier, 'Zorgvuldig bouwen en toch onrechtmatig handelen. Een nieuwe risicoaansprakelijkheid?', *ORP* 2024/130; HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:17, *NJ* 2025/203, m.nt. J.L. Smeehuijzen; HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:17, *JOR* 2024/130, m.nt. Chr.H. van Dijk en T.W. Nelissen; HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:17, *JA* 204/45, m.nt. J. Verstoep; HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:17, *JIN* 2024/29, m.nt. P.J.B. van Deuren en D. Britsemmer; HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:17, *AA* 2024/535, m.nt. A.G. Castermans en C.W. Dempser; HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:17, *JIN* 2024/30, m.nt. F.J. Berkelder; Asser/Van Gulijk 7-VI 2025/79. De enige auteur die wel een bouwrechtelijke bron noemt, is A.Ch.H. Franken, 'Schadevergoeding bij rechtmatig handelen via art. 6:162 BW', *AV&S* 2024/7, die op p. 33/34 F.J. van Velsen noemt, de indruk wekkend dat dat het enige is wat over dit onderwerp in de bouwrechtelijke literatuur is gezegd. Wat betreft de bouwrechtelijke literatuur verschenen na het arrest is in de eerste plaats te wijzen op de enige uitzondering, als ik het goed zie, waar voorafgaande literatuur wel genoemd wordt, zijnde L. Rijzewijk in zijn annotatie bij HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:17, *VGR* 2024/12, p. 40, verwijzend naar het artikel van de hand van ondergetekende, 'De rechtspositie van omwonenden van een bouwperceel' in *TBR* 2009/215. In de andere te noemen publicaties die n.a.v. het arrest verschenen zijn, wordt niet naar bouwrechtelijke literatuur verwezen: De noot van L.H. Muller bij HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:17, *TBR* 2024/147; L. Rijzewijk en J.M. Henriquez, 'Het Afzinkkelder-arrest; de balans één jaar dato', *VGR* 2025/1; Rb. Rotterdam 5 juni 2024, ECLI:NL:RBRot:2024:5358, *TBR* 2025/88, m.nt. J.S.O. den Houting; Rb. Limburg 11 september 2024, ECLI:NL:RBLim:2024:7183, *BR* 2025/21, m.nt. Th.D. van der Sanden. Ten overvloede zij vermeld, dat in F.M. van Cassel-van Zeeland, 'Hinder, zaaksbeschadiging & schade, productaansprakelijk' in: *Bouwrecht in kort bestek* (10e geheel herziene druk), 's-Gravenhage: Instituut voor Bouwrecht 2024, Hoofdstuk 15, p. 295-319, betreffende de thans aan de orde zijnde problematiek uitsluitend gebruik is gemaakt van algemeen civielrechtelijke bronnen.

⁴ Smeehuijzen 2025, p. 4070.

⁵ Opmerking verdient wel, dat de scheidslijn tussen de eis van onrechtmatigheid en die van toerekening soms nauwelijks gemaakt wordt.

en op de verhouding daarvan tot de zorgvuldigheidsnorm van de derde categorie van onrechtmatigheid.⁶

Bij de categorie inbreuk op een recht wordt met *Recht* bedoeld op de subjectieve rechten, waarvan de belangrijkste zijn de persoonlijkheidsrechten en de vermogensrechten.⁷ Bij de vermogensrechten gaat het, met het oog op de onderhavige casus, om rechten op goederen (waaronder het eigendomsrecht en de beperkte rechten) en andere absolute rechten.⁸ Wat betreft de *inbreuk* op de subjectieve rechten worden in de heersende leer twee groepen 'inbreukhandelingen' onderscheiden.⁹ De eerste groep handelingen betreft handelingen waartoe de rechthebbende met uitsluiting van anderen bevoegd is, of die hem belemmeren in de uitoefening van zijn recht of in het genot van het voorwerp van zijn recht. Het gaat dan om het beschikken over of het stelen van een zaak, het versperren van een terrein enzovoort. De tweede groep betreft handelingen die de fysieke aantasting van het voorwerp van het recht veroorzaken, bijv. zaaksbeschadiging of het toebrengen van letsel tot gevolg hebben. Bij de eerste groep van gevallen heeft het begrip 'inbreuk' betrekking op de onrechtmatigheid van de handeling zelf, bij de tweede groep op het gevolg van een handeling.

Het inbreukcriterium dient in beginsel gereserveerd te worden voor de eerste groep handelingen, waarbij de Asser-Sieburgh, t.a.p., leert, dat een gedraging onrechtmatig is wegens inbreuk op een recht indien zij zelf, ongeacht haar gevolgen, het subjectieve recht aantast.¹⁰ Het begrip 'inbreuk' dient derhalve *niet te worden gebruikt voor de schadelijke gevolgen van handelen*, zoals letsel en zaakschade. Dergelijk handelen is wel onrechtmatig, maar daarvoor is nodig dat het *gedrag in strijd is met de wet of met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm* (cursivering auteur). Zou een gedraging reeds onrechtmatig zijn wegens rechtsinbreuk omdat zij letsel of zaakschade tot gevolg heeft, dan zet men de deur voor aansprakelijkheid te wijd open, zeker nu ook buiten schuld kan worden toegerekend, aldus

Sieburgh.^{11/12} Dit stelsel wordt in de Parlementaire Geschiedenis bij herhaling en terecht afgewezen, aldus de auteur. Is er sprake van dat de verweten gedraging (zelf) rechtsinbreuk oplevert, dan is daarmee de onrechtmatigheid (behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond) 'gegeven' en een nader onderzoek naar een eventuele overtreding van wettelijke of ongeschreven normen 'overbodig'.¹³ Dat onderzoek is dus wel nodig bij letsel en zaakschade, want daarbij gaat het wel om geschonden, subjectieve rechten, maar die gevallen worden niet 'erkend' als inbreuken in de zin van art. 6:162 lid 2 BW.

Het is dan ook van groot belang om in de gaten te houden dat in de heersende leer weliswaar wordt geleerd dat de enkele inbreuk op een recht in sommige gevallen wel voldoende is voor het bestaan van een onrechtmatige daad, maar dat voor de groep van de subjectieve rechten (letsel en zaakschade) dat niet voldoende is en dat voor die groep naast de inbreuk wordt verlangd dat een zorgvuldigheidsnorm geschonden is. In de woorden van Jansen: in de heersende leer worden zaaksbeschadiging en hinder niet tot de rechtsinbreuk, maar tot het terrein van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen gerekend.^{14/15}

3.2 Enkele oudere nog van belang zijnde uitspraken van de Hoge Raad

In aanvulling op deze korte uiteenzetting worden hier ook vier arresten van de Hoge Raad van langere en minder langere tijd geleden samengevat weergegeven. Zij spelen nog steeds een rol in de literatuur. Zij illustreren de ontwikkeling in de rechtspraak inzake de rol van de voorzienbaarheid van schade, het spanningsveld tussen de verschillende elementen om uit hoofde van een onrechtmatige daad aansprakelijk gehouden te kunnen worden (de onrechtmatigheid en de toerekenbaarheid) en de rol van het gedrag van de laedens. Zij laten ook zien hoe de rechtspraak verschillend wordt geïnterpreteerd in de literatuur. Dit komt ook eigenlijk allemaal terug bij het Afzinkelder-arrest, zo zal in Deel 2 van deze serie blijken.

⁶ Zie Asser/Sieburgh 6-IV 2023, m.n. par. 46.2 en par. 47.

⁷ Asser/Sieburgh 6-IV 2023/46.2.

⁸ Ibid. Inbreuk op de persoonlijke vermogensrechten (vorderingsrechten, relatieve rechten) zijn, zo wordt aldaar uiteengezet, levert meestal wanprestatie op, waarvan de gevolgen afzonderlijk in de wet zijn geregeld.

⁹ Asser/Sieburgh 6-IV 2023/47.

¹⁰ Zie voor een voorbeeld HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8483 (XS4all/Ab.Fab), NJ 2009/549, m.nt. P.B. Hugenholtz. Waar in r.o. 3.16 overwogen wordt, dat indien zonder daartoe gerechtigd te zijn gebruik wordt gemaakt van een goed waarop een ander een exclusief recht heeft, en hij daardoor inbreuk wordt gemaakt op dat recht, wordt onrechtmatig gehandeld tegenover die rechthebbende, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.

¹¹ Asser/Sieburgh 6-IV 2023/46.2; zie ook C.H. Sieburgh, 'Wat is rechtsinbreuk', *NJB* 1997, p. 631, sprekend van de behoefte aan inperking van het beroep op de inbreuk. Verwezen wordt naar Parl. Gesch. Boek 6, 1981, p. 606, 613 e.v., 619.

¹² Het gaat hier om heersende leer, aldus ook Jansen, *NTBR* 2024/6 p. 42, HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:17, *AA* 2024/535, m.nt. A.G. Castermans en C.W. Dempser, p. 539.

¹³ Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 614. Met de inbreuk is de onrechtmatigheid zonder meer ('eo ipso') gegeven.

¹⁴ K.J.O. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 4.3.1.2, verwijzend naar o.a. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/30a, 38, zie ook aant. 4.6.5.1; en Asser/Sieburgh 6-IV 2023/47, 49 e.v.

¹⁵ Zie in dit verband ook E. Tjong Tjin Tai, 'Rechtsinbreuk en trespass', *WPNR* 2025, nr. 7481, op p. 658 spreekt hij van een 'indirecte inbreuk' indien de aantasting van een recht slechts een gevolg is van de daad.



Het gaat om te beginnen om twee arresten uit de negentiende eeuw, waaruit afgeleid is dat het bij inbreuk op een zaak voldoende is voor de aansprakelijkheid van de bouwverderger dat er schade is en voorzienbaarheid de enige begrenzing is.¹⁶ In het eerste arrest, uit 1882, ging het om de aanleg van de spoorweg Arnhem-Nijmegen en waar bij de eigenaar van de belendende grond verzakkingsschade optrad. Het oordeel van de Hoge Raad bevat een ‘praktische’ overweging en een ‘abstracte’.¹⁷ De eerste overweging betreft het nemen van de nodige voorzorgsmaatregelen: bij de aanleg van een werk als in casu kan het niet nemen van die maatregelen zeer ernstige gevolgen hebben voor de eigenaars van aangrenzende percelen. Degene die het werk op zijn grond aanlegt, is aansprakelijk voor het gevaar waaraan elk verzuim van die maatregelen deze

eigenaars blootstelt. De aansprakelijkheid is niet afhankelijk van min of meer kostbare voorzorgsmaatregelen; ook is niet relevant of het gevaar met zekerheid of althans met grote waarschijnlijkheid te voorzien is. De aansprakelijkheid bestaat in alle gevallen, waarin schade als mogelijk kon worden voorzien en door het nemen van meerdere voorzorgsmaatregelen kon worden voorkomen. De tweede overweging bevat de ‘abstractere’ overweging, dat bij het gebruik maken van het eigendomsrecht dat van anderen behoort te worden geëerbiedigd. Wordt dat nagelaten, dan komen de schadelijke gevolgen daarvan krachtens art. 1402 BW (oud) voor rekening van de gebruiker van het eigendomsrecht. Het niet treffen van voorzorgsmaatregelen (hoe kostbaar dan ook) en de mogelijke voorzienbaarheid van schade ook al is die niet erg waarschijnlijk enerzijds en anderzijds het eigendomsrecht van de ander dat geëerbiedigd moet worden aan elkaar gekoppeld. Daarbij wordt niet duidelijk gemaakt wat de *verhouding* tussen deze twee is. In de conclusie was de advocaat-generaal impliciet duidelijker in dat opzicht, sprekend van het ontbreken van ‘culpa’ bij de Staat, omdat deze niets heeft verzuimd wat een ander wel zou gedaan hebben en culpa is nodig voor toewijzing van de vordering.

¹⁶ J.L. de Wijkerslooth, *De rechtspositie van de omwonenden van een bouwperceel* (Preadvies VBR), Deventer: Wolters Kluwer: 1972, p. 42/43, wijzend op E.M. Meijers, ‘De betekenis der elementen “Waarschijnlijkheid” en “Schuld” voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad’, *WPNR* nr. 3445; Asser/Scholten, *Zakenrecht*, Haarlem: Tjeenk Willink 1945, p. 125; en Asser/Beekhuis, *Zakenrecht Bijzonder deel* 1 1963, p. 29; op p. 43 merkt De Wijkerslooth op dat deze schrijvers terecht de consequente toepassing van deze rechtspraak vergaand noemden.

¹⁷ HR 21 juni 1882, W 4791.

In het arrest uit 1882, roepnaam Rijstpakhuis, ging het om een pakhuis dat van de vloer tot de nok was vol geladen met een miljoen kilo rijst zonder dat enige voorziening was getroffen aan dat gebouw. Daardoor ontstond samenpersing aan de grond met als gevolg zettingen en scheuren aan het 'volkomen gave huis' dat er naast lag.¹⁸ De Hoge Raad oordeelt dat er sprake is van een onrechtmatige daad en onderbouwt dat met het bepaalde in art. 625 BW (oud) over hinder: 'die bepaling is algemeen en daarom ook geldt van eens anders recht om zijn eigendom gaaf en onverlet te behouden en dat hieruit volgt, dat een ieder bij de uitoefening van zijn eigendomsrecht eener zaak, wanneer te voorzien is, dat daaruit voor een ander schade kan ontstaan, verplicht is de maatregelen of voorzorgen te nemen, waardoor die schade kan worden voorkomen'.

De zojuist genoemde rechtspraak wordt later in de literatuur als achterhaald beschouwd op grond van de volgende twee uitspraken, die de basis zijn gaan vormen van de opvatting dat er, naast de inbreuk op een recht, sprake moet zijn van schending van een zorgvuldigheidsnorm in het geval van letsel en zaakschade.¹⁹

In het arrest inzake de Rotterdamse kademuur speelde het volgende.²⁰ Door het gewicht van opgeslagen ijzer op een door Staatspoor verhuurd terrein, was een aangrenzende kademuur ontwricht. Deze muur was eigendom van de gemeente. Het Hof had de aansprakelijkheid afhankelijk gesteld van het antwoord op de vraag of Staatspoor zich had behoren te onthouden van het verhuren van het terrein gegeven de mogelijkheid van schade. Daarbij dienden alle omstandigheden in aanmerking genomen te worden. Een van de betreffende omstandigheden was de houding van de gemeente tijdens een bespreking van de vermoedelijke belasting-capaciteit, al wees niets op afstand van aanspraken door de gemeente.²¹ Op deze manier had het Hof de vraag naar de verwijtbaarheid juist behandeld.

In het arrest van 9 maart 1973 (Boerenleenbank), wordt geoordeeld, dat het Hof terecht heeft aangenomen dat de Boerenleenbank in strijd heeft gehandeld met de zorgvuldigheid die zij in acht behoorde te nemen en aansprakelijk is voor de door het heien

van de damwand veroorzaakte schade.²² Dat de schade niet opzettelijk is toegebracht, mocht buiten beschouwing blijven evenals de voorzienbaarheid van de schade, want de Boerenleenbank had zich ervan bewust moeten zijn geweest dat het heien de schade kon teweegbrengen. Ook werd geoordeeld dat zonder nader onderzoek er niet op mocht worden vertrouwd dat de fundering van het buurpand tegen het heien bestand was. Door zonder voorafgaand overleg of onderzoek tot het doen heien van de damwand over te gaan, heeft de Boerenleenbank gehandeld in strijd met de zorgvuldigheid die zij in acht behoorde te nemen en is zij voor de door het heien van de damwand veroorzaakte schade aansprakelijk.

4. Een beladen onderwerp

De hoeveelheid en de inhoud van de reacties op het Afzinkkelder-arrest laten zien dat de uitspraak om een beladen onderwerp draait. De meningen lopen dan ook uiteen niet alleen in de formele literatuur, maar ook op de sociale media (LinkedIn). De meningen bewegen zich tussen twee extremen: er is niets nieuws onder de zon en de uitspraak doet het aansprakelijkheidsrecht op zijn grondvesten trillen. De meningen zijn ingegeven door hoe tegen het leerstuk van de onrechtmatige daad wordt aangekeken.

Het is mijn intentie om de meningen die in dit artikel aan de orde komen zo objectief mogelijk weer te geven. Maar tegelijkertijd leek het me gezien de aard van de discussies ook niet fout om in stellingen zelf maar vast kleur te bekennen in dezen. De stellingen zullen in deze trilogie voorzien worden van een onderbouwing.

De stellingen betreffen de ontwikkeling van de grondslagen van het recht van de onrechtmatige daad en luiden als volgt:

1. de tweedeling in het begrip inbreuk op een subjectief recht (zie hierboven par. 3.1) is een onnodige en dogmatisch ongelukkige ontwikkeling geweest, die teruggedraaid kan (en dient te) worden zodat met de inbreuk de onrechtmatigheid gegeven is;
2. de ontwikkeling in het aansprakelijkheidsrecht, in de rechtspraak en in de literatuur, gaat van gedragsaansprakelijkheid in combinatie met een normschending naar aansprakelijkheid voor het veroorzaken van schade;
3. in het aansprakelijkheidsrecht dient centraal te staan dat de veroorzaker van schade daarvoor heeft te betalen;
4. alleen ingeval van bijzondere omstandigheden kan van dat uitgangspunt afgeweken worden,

¹⁸ HR 14 mei 1886, W 5288.

¹⁹ De Wijkerslooth 1972, p. 44.

²⁰ HR 27 januari 1939, ECLI:NL:HR:1939:39, NJ 1939, 874, m.nt. P. Scholten.

²¹ Annotator Scholten constateert dat de Hoge Raad vasthoudt aan de schuldleer en dat de beslissende vraag is of Staatspoor een verwijt treft. Hij werpt de vraag op, of Staatspoor vrij uitgaat, omdat zij niet onrechtmatig handelde of omdat zij geen schuld heeft. Scholten vindt het merkwaardig, dat de Hoge Raad deze terminologie vermijdt; terminologisch is het juist, zo sluit hij af, hier niet de schuld maar de onrechtmatigheid als criterium te nemen.

²² HR 9 maart 1973, ECLI:NL:PHR:1973:AC0760, NJ 1973, 464, BR 1973, p. 484, beide m.nt. P. Zonderland.

waarbij het aan de laedens is om de rechtvaardiging van die afwijking aan te tonen.

Wat betreft het arrest:

1. nog afgezien van de materieelrechtelijke aspecten: wat de Hoge Raad precies heeft bedoeld, is dermate onduidelijk dat dit een kwestie van uitleg is geworden met alle uiteenlopende interpretaties van dien; met vrijwel alle andere auteurs ben ook ik van mening dat het arrest een gemiste kans is om helderheid te verschaffen in een omstreden leerstuk;
2. de Hoge Raad geeft mijns inziens een nadere invulling aan de zorgvuldigheidsnorm; die norm bestaat uit verschillende onderdelen en het hangt ervan af in welke mate daaraan is voldaan, waarna het 'saldo' van deels wel en deels niet zorgvuldig optreden is te karakteriseren als onzorgvuldig in de zin van art. 6:162 BW of niet;
3. met deze 'werkwijze' blijft de Hoge Raad binnen het oude systeem, maar breidt hij de aansprakelijkheidsgrond wel uit; daarmee wordt weer een stap gezet richting een algemenere toepassing van het beginsel dat de veroorzaker betaalt; het gebied dat overblijft voor 'pech' zoals beschreven in de conclusie wordt daarmee juridisch verder irrelevant;
4. het blijven binnen het systeem was in casu ook op een andere wijze mogelijk geweest: door het veroorzaken van de schade zonder meer als inbreuk op een recht te kwalificeren;
5. ook was het mogelijk om - in het verlengde van het vorige punt - wat betreft de *toerekening* binnen het systeem te blijven, omdat in casu goed te beredeneren was dat het veroorzaken van schade volgens de verkeersopvattingen voor rekening van de laedens komt.

Wat betreft de meningen die in de literatuur naar voren zijn gebracht:

1. ten onrechte is gesteld dat het arrest het aansprakelijkheidsrecht op zijn grondvesten doet trillen;
2. het aansprakelijkheidsrecht is al sinds jaar en dag in beweging en daaraan wordt door de rechtspraak en de wetenschap aan bijgedragen;
3. de column die door Herber in het september 2025 nummer van dit tijdschrift is gepubliceerd, is mij uit het hart gegrepen.²³

5. Bouwen en derden in de bouwrechtelijke literatuur voorafgaand aan het Afzinkkelder-arrest

5.1 Inleiding

De casus die ten grondslag lag aan het Afzinkkelder-arrest is een typisch bouwrechtelijke. Het onderwerp van de positie van diegenen die last hebben van bouwwerkzaamheden is een aantal keren ten principale aan de orde geweest. In die publicaties blijkt dat de bouwrechtelijke juristen gediscussieerd hebben over de gemeenrechtelijke invalshoeken en over de implicaties daarvan voor de praktijk van opdracht geven, ontwerpen en uitvoeren.²⁴ De meeste aandacht gaat uit naar wat in de bouwrechtelijke literatuur over de maatschappelijke zorgvuldigheid en inbreuk op een recht is opgemerkt. Voor een deel gaat het om bijdragen van geruime tijd geleden. Deze zijn echter nog steeds van belang, want in de jongere literatuur komen de opvattingen uit die bijdragen steeds weer terug. De bespreking vindt plaats rond de verschillende thema's van het leerstuk: de positie van de benadeelde, de rechtsinbreuk, de zorgvuldigheidsnorm, risicoaansprakelijkheid, hinder en de positie van de veroorzaker.

5.2 De positie van de benadeelde

In de opvattingen over de positie van de benadeelde spelen twee aspecten een rol: 1) de benadeelde moet beperkt worden in de mogelijkheden om zich te kunnen verzetten tegen veranderingen van de toestand. 2) Aan de bescherming van de benadeelde wordt maar beperkt of niet toegekomen als hij eigen schuld heeft (zoals dit tegenwoordig wordt genoemd). Het zijn met name Van Praag, De Wijkerslooth en Zonderland die zich over dit onderwerp hebben uitgelaten.

De positie van de benadeelde wordt door Van Praag met weinig compassie bejegend.²⁵ De kern van zijn uiteenzettingen houdt in dat de buurman wiens pand in abnormale toestand (naar objectieve maatstaven in technische zin) verkeert, zelf de nodige maatregelen moet nemen, ten einde schade te voorkomen, en als dat niet kan, moet hij dulden, dat de schade wordt toegebracht (p. 160). Bij het nemen van maatregelen ter voorkoming van schade of hinder mag iedere eigenaar ervan uitgaan dat de omgeving in een normale conditie verkeert. Verder hoeft die niet te gaan, zelfs als hem het tegendeel bekend is. De ratio is dat hij het goed heeft gevonden om zijn pand in een buitengewoon kwetsbare

²⁴ Ik wijs er ten overvloede op dat publicaties van mijn hand hiertoe behoren.

²⁵ M.M. van Praag, *Bouwrecht*, Amsterdam: Scheltema & Holkema 1966. Zie Hoofdstuk 21, getiteld 'De eigenaar en zijn buurman'; dat hoofdstuk maakt onderdeel uit van het deel van het boek gewijd aan Bouwrecht van zakenrechtelijk karakter, p. 155 e.v.

²³ W.J.M. Herber, 'Het Afzinkkelder-arrest en de botsing met de dogmatiek', *TBR* 2025/107.

toestand te brengen en dus komt de schade voor zijn rekening (p. 161). Aan deze ratio ligt nog een algemener idee ten grondslag: het 'recht van preoccupatie'. Hiermee wordt bedoeld de bevoegdheid om het erf in de toestand te laten waarin het verkeert, omdat daarvan bij de oprichting geen hinder bestond (p. 157). De gedachte die hier weer achter zat was, dat hij die het laatst bouwt, schuld had, omdat hij wist aan welk gevaar hij zich ging bloot stellen en dat hij daarom maatregelen kon treffen om schade en hinder te voorkomen (p. 159).²⁶ Van Praag vindt dit recht dus niet acceptabel.²⁷

Het tweede preadvies dat door de VBR is uitgebracht, is gewijd aan de rechtspositie van omwonenden en van de hand van De Wijkerslooth.²⁸ Ook bij hem staat de bescherming van de (mogelijk) schadelijgende buur niet op de eerste plaats, maar het recht om verandering in een bestaande toestand te brengen. Dit leidt uiteindelijk tot de stelling dat als uit onderzoek naar voren komt dat schade aan belendende panden redelijkerwijs niet te verwachten is en toch optreedt, de bouwer niet aansprakelijk is (p. 70).

De Wijkerslooth bespreekt in dit verband onder de vraag of in plaats van het moeten treffen van voorzorgsmaatregelen de aannemer de schade mag laten ontstaan onder het aanbod van schadevergoeding. De preadviseur (p. 71) vindt het geen onredelijke gedachte dat een bouwer niet genoodzaakt mag worden onnodig extreem hoge kosten te maken of zelfs van zijn werk af te zien, ter wille van een herstelbare beschadiging aan het pand van een buur (p. 71). Voor hoe met die gedachte om te gaan, is niet bepalend wat de bouwer moet doen of laten, maar de belangenafweging die het eigendomsrecht beperkt.²⁹ De buurman maakt namelijk misbruik van zijn recht indien hij geen genoegem neemt met een redelijke schadevergoeding. Daarbij speelt ook de omvang van het nadeel dat de bouwer lijdt door de weigering – zowel op zichzelf beschouwd als in de verhouding tot het belang van de eigenaar. Dat nadeel kan zo groot zijn dat, alle omstandigheden in aanmerking genomen, de weigering naar redelijkheid niet kan worden gerechtvaardigd (p. 71).³⁰ Het accent van de belangenafweging ligt dan ook

bij de eigenaar van het buurpand. Het is een eigenaar in beginsel geoorloofd om zijn pand in elke gewenste staat te laten, maar het zou onjuist zijn om de bouwer onder alle omstandigheden met het risico daarvan te belasten. Letterlijk wordt opgemerkt (p. 72): 'Naar mijn mening zal men een aantal bevoegdheden (bedoeld wordt van het recht van eigendom) niet mogen uitoefenen op andermans kosten.'³¹

Wat hiervoor is weergegeven is illustratief voor de opvatting van De Wijkerslooth, waaraan niet afdoet, dat hij deze bespreking afsluit met de opmerking dat de bouwer er zich bij neer heeft te leggen dat een technische constructie betreft naar huidige maatstaven onverantwoord of primitief is (p. 73).

De benadeelde komt er bij Zonderland beter van af. Zijn vertrekpunt is de wijziging die door de bouwer in de bestaande toestand wordt aangebracht, wat volgens hem een essentieel punt is.³² Maar: het gaat hem te ver dat het niet-plegen van overleg door de laedens de mogelijke medeschuld of medeausaliteit van de gelaedeerde 'absorbeert'.³³ Dat zou gelijk zijn aan het stellen van een premie op het niet willen 'uit'-onderhandelen, ook als het eigen pand een gebrek heeft, dat bij gelijkblijvende situatie geen gevolgen zou hebben. Dat de bouwer aansprakelijk is als hij nagelaten heeft normale voorzorgsmaatregelen te nemen, is duidelijk aldus Zonderland. De kosten dienen door hem te worden gedragen.³⁴ De grondslag daarvoor dient niet de verhouding van de eigendomsrechten te zijn, maar een afweging op grond van het toenmalige art. 1401 BW (oud); nu 6:162 BW.³⁵

Wat betreft de opvattingen van Van Praag en De Wijkerslooth inzake eigen schuld bij de eigenaar van het buurpand valt op dat de verschillende aspecten die zij noemen, alle in het nadeel van de eigenaar van de buurman vallen. Dit terwijl er sprake is van onrechtmatigheid aan de zijde van de bouwende eigenaar. Het gaat om het voorafgaand aan een schadeveroorzakende gedraging niet getroffen hebben van maatregelen ter voorkoming van eventuele schade veroorzaakt door een ander; het bestaan van een verplichting tot handelen om te

²⁶ Van Praag, t.a.p., geeft voorbeelden van codificatie van dit beginsel in het, oude, plaatselijke burendrecht.

²⁷ Dit dogmatische punt van de tweestrijd tussen de waardering van bescherming van wat er is en wat leidend tot verandering daarvan zou moeten komen, komt terug in Deel II bij de bespreking van de heersende leer, zoals beschreven in de conclusie bij het Afzinkkelarrest.

²⁸ De Wijkerslooth 1972.

²⁹ De Wijkerslooth 1972, p. 71. Verwezen wordt naar HR 17 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5012, NJ 1971, 89, m.nt. Ph.A.N. Houwing.

³⁰ Naar aanleiding van een arrest van het Hof Amsterdam 29 juni 1933, NJ 1936, 158, wordt ook opgemerkt, dat wanneer uit enig feit blijkt, dat ten tijde van de bouw een reële andere mogelijkheid heeft bestaan, die de bouwactiviteit wel toelaat, en die zonder duidelijk motief wordt verworpen, de consequenties voor de huidige eigenaar (van het buurpand) zijn (p. 72).

³¹ Waarom deze opvatting niet ook richting de eigenaar van de grond of het pand waarop/waaraan bouwwerkzaamheden plaatsvinden zou opgaan, wordt niet benoemd.

³² Zie de noot bij het Boerenleenbankarrest, HR 9 maart 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC0760, BR 1973, p. 494 en P. Zonderland, *Cremers' Bouwrecht*, Arnhem: Gouda Quint/Brouwer en Zoon (losbl) F III, nr. 4, p. 6a.

³³ Zonderland, *Cremers' Bouwrecht*, Arnhem: Gouda Quint/Brouwer en Zoon (losbl) F III, nr. 4, p. 6a.

³⁴ Hij verwijst, BR 1973, p. 494, bij dit laatste naar eigen werk bij Cremers/Zonderland F III, nr. 6, naar de annotatie van P. Scholten bij HR 2 mei 1930, NJ 1930, p. 929, Asser/Beekhuis, *Zakenrecht Bijzonder deel I* 1963, p. 46 en Rb. Rotterdam, NJ 1959, nr. 423.

³⁵ Cremers/Zonderland, F III nr. 4, p. 4.

voorkomen dat eigendom niet in abnormale staat verkeert; het moeten dulden van wat in het huidige BW in art. 6:186 BW is opgenomen 'kennelijk zwaarwegende maatschappelijke belangen'.³⁶ De verplichtingen van de bouwende buur/eigenaar komen nauwelijks aan de orde en betreffen vooral de voorzienbaarheid, die vooral ter disculpatie moeten leiden voor aangebrachte schade. Wat ook opvalt, is dat het niet eens zozeer om burenen/eigenaren in het algemeen gaat, maar om de eigenaar die zijn pand in een 'abnormale toestand' heeft doen verkeeren.³⁷ Alsof dat geval representatief is voor eigenaren die last ondervinden van bouwen door burenen; zoals eerder opgemerkt: het gaat om een beladen onderwerp.

5.3 Inbreuk op een recht/zaaksbeschadiging

De dogmatische vraag die aan de orde komt in deze subparagraaf betreft de kwestie of de enkele inbreuk op een recht voldoende is om tot onrechtmatigheid te besluiten of dat daarbij nog de eis gesteld dient te worden van een handelen of nalaten in strijd met wat in het maatschappelijk verkeer betaamt. Het zijn Van Oven en De Wijkerslooth geweest die dat standpunt hebben ingenomen. Door ondergetekende en Van Velsen is een ander standpunt ingenomen, dat aan de orde komt in par. 5.5.

In juni 1969 gaat Van Oven in het Aansprakelijkheidsnummer van BR in op de buitencontractuele aansprakelijkheid tijdens de bouw.³⁸

Van Oven (p. 390) opent de paragraaf over zaaksbeschadiging met de stelling dat het vanzelfsprekend schijnt dat uit inhoud en karakter van het eigendomsrecht voortvloeit, dat materiële beschadiging van het eigendomsobject als onrechtmatig is aan te merken. De praktijk is daarmee niet in overeenstemming, want aan schadeplichtigheid wordt niet toegekomen wanneer de schade *niet voorzienbaar* is; niet iedere materiële zaaksbeschadiging leidt dus tot schadeplichtigheid.³⁹ Voorts wijst hij er op dat het mogelijk is dat voorzienbaarheid niet alleen op de onrechtmatigheid wordt betrokken, maar ook op het schuldbegrip (1969, p. 390).

In het eerste geval rijst de vraag of handelingen leidend tot voorzienbare materiële schade van andermans eigendom steeds onrechtmatig zijn. Enkele arresten van de Hoge Raad 'schijnen' voor die opvatting steun te bieden, maar dat is niet vol te houden, aldus Van Oven.⁴⁰ Verwijtbaarheid en voorzienbaarheid worden door de Hoge Raad in latere rechtspraak immers wel van belang geacht (p. 390).⁴¹ In de literatuur is gepoogd, zo stelt Van Oven, om de stelling, dat zaaksbeschadiging een inbreuk op het eigendomsrecht is en als zodanig onrechtmatig, te redden. Men heeft dit geprobeerd door de werkingssfeer te beperken tot bewuste of opzettelijke zaaksbeschadiging of rechtstreekse zaaksbeschadiging (daad en beschadiging zijn één geheel). Maar, zo constateert hij, deze poging is tevergeefs geweest (p. 390). Want ook in die gevallen is er nog de rechtvaardigingsgrond en bij de aanwezigheid daarvan bestaat er niet steeds onrechtmatigheid. Aangezien de rechtvaardigingsgrond ook ontleend kan worden aan ongeschreven recht, blijft er, zo concludeert Van Oven t.a.p., ook in die gedachtegang van een vast criterium weinig over.

De Wijkerslooth (p. 48) sluit zich aan bij degenen die een onderscheid maken in twee soorten rechtsaantastingen: 1) het verrichten van een handeling terwijl de bevoegdheid daartoe uitsluitend aan een ander is voorbehouden en 2) om het feitelijk belemmeren van een ander in de feitelijke uitoefening van de hem krachtens enig exclusief recht toekomende bevoegdheid, zonder dat die belemmering tevens een bevoegdheidsuitoefening impliceert.^{42/43}

Aan de aantastingen als letsel, zaaksbeschadiging en hinder (de tweede soort) ligt een ander principe ten grondslag dan aan de eerste soort, aldus De Wijkerslooth. Het zou namelijk 'wel erg navrant' zijn, aldus de preadviseur (p. 49), wanneer de grondslag moet worden gezocht in de overweging dat het toebrengen van letsel een bevoegdheid is die uitsluitend de rechthebbende toekomt.⁴⁴ Een beter voorbeeld vindt de preadviseur dat van Drion: wie een monument beschadigt, handelt onrechtmatig jegens de eigenaar, ook als het de eigenaar ver-

³⁶ Art. 6:168 lid 1 BW luidt: De rechter kan een vordering, strekkende tot verbod van een onrechtmatige gedraging, afwijzen op de grond dat deze gedraging op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoort te worden geduld. De benadeelde behoudt zijn recht op vergoeding van de schade overeenkomstig de onderhavige titel.

³⁷ Dit is ook Zonderland bij Cremers (Deel 3, F III, nr. 4, p. 4) niet ontgaan, wijzend op de vaak gehoorde bewering dat het belende perceel toch al bouwvallig zou zijn.

³⁸ A. van Oven, 'Aansprakelijkheid tijdens de bouw', BR 1969, p. 388 e.v.; de auteur was één van de preadviseurs van het NJV 1958 preadvies dat gewijd was aan het eigendomsrecht; de vraag die hem was voorgelegd luidde als volgt: Behoort de burgerlijke wet de rechten, voortvloeiende uit eigendom, te omschrijven of te beperken in verband met hinder, overlast of schade, en zo ja, op welke wijze?

³⁹ Hij spreekt t.a.p. van het 'drijfzand van de casuïstiek'.

⁴⁰ Hij noemt de in par. 3.2 opgenomen HR 14 mei 1886, W 5288 (Rijstpakhuys) en HR 21 juni 1882, W 4790 (aanleg van de spoorweg Arnhem-Nijmegen).

⁴¹ HR 27 januari 1939, NJ 1939, 874, m.nt. P. Scholten (Rotterdamse kademuur).

⁴² Verwijzend in noot 29 naar o.a. Asser/Beekhuis Zakenrecht Bijzonder Deel I 1963, p. 26.

⁴³ De Wijkerslooth (1972) geeft op p. 48 als voorbeelden van de eerste rechtsaantasting het verrichten van een handeling waarvoor aan een ander een octrooi is verleend of bouwen op andermans grond zonder toestemming van die ander.

⁴⁴ De 'navrantheid' van de opvatting, doet uiteraard niet af aan het feit dat hoe dan ook die bevoegdheid wel alleen bij de rechthebbende ligt. Het voorbeeld had dan ook beter achterwege gelaten kunnen worden.

boden is om het monument te beschadigen.⁴⁵ De voorbeelden onderbouwen de opstap naar de opvatting, gedeeld door de preadviseur, dat het bij de eerste soort om gedragingen gaat, die los van enig gevolg onrechtmatig zijn, en dat het bij de tweede soort gaat om handelen of nalaten op grond van de 'ongewenstheid' van het gevolg. Als iemand wordt tegengeworpen dat gezien het letsel, de zaakschade of hinder die als gevolg te verwachten zijn van zijn gedraging, had die zich van *die gedraging moeten onthouden* (cursivering auteur). Als zaaksbeschadiging een inbreuk zou zijn, dan zou er onrechtmatigheid moeten zijn zonder de overweging van 'kunnen voorzien en moeten voorkomen'. Maar dat is niet het geval en dus bevinden we ons, nog steeds volgens het preadvies (p. 50), op het terrein van de zorgvuldigheidsnorm.⁴⁶

Wat opvalt aan de uiteenzettingen over de rechtsinbreuk is niet zozeer dat naast de inbreuk verlangd wordt dat de zorgvuldigheidsnorm wordt geschonden, maar dat de houdbaarheid van het gemaakte onderscheid in de twee soorten van inbreuk niet ten principale wordt bestreden. Het wordt als een gegeven aanvaard, maar vooruitlopend op wat met name in Deel II zal worden betoogd: de wettekst maakt dit onderscheid niet. De afwezigheid van enige discussie van een onderscheid dat toch vergaande juridische gevolgen heeft, wekt verbazing op.

5.4 De zorgvuldigheidsnorm

De zorgvuldigheidsnorm die geschonden moet zijn, wil het in de rechtspraak tot een veroordeling komen wegens schade of letsel, heeft de instemming van De Wijkerslooth, zoals zojuist uiteengezet, en ook van Van Oven. Voor Zonderland is dit één methode, zijn voorkeur gaat uit naar een andere.

Van Oven (p. 391) besteedt afzonderlijk aandacht aan de zorgvuldigheidsnorm: die maatstaf vormt voor bouwschade en bouw hinder vrijwel over de hele linie het beslissende criterium. Aan de hand van een afweging van alle van belang zijnde factoren moet de rechter tot de conclusie komen of er wel of niet onrechtmatig is gehandeld, stelt hij. Deze werkwijze heeft zijn instemming en een bij-

komend voordeel is dat het terugdringen van het eigendomsrecht in dezen (lees: terugdringen van zaakschade als inbreuk van een recht, zo vat ik dit op) het voordeel heeft dat ook niet-eigenaars bescherming toekomt (p. 391). Dit komt mij voor als een gelegenheidsargument dat het onderscheid, dat bij de inbreuk op een recht bestaat, niet saveert.

De zorgvuldigheidsnorm, zoals door de Hoge Raad gehanteerd in het arrest Boerenleenbank heeft de instemming van Zonderland: de Hoge Raad heeft een beginsel geformuleerd waarmee men het 'wel heel moeilijk oneens kan zijn, namelijk dat de onzorgvuldigheid van de bouwende partij ligt in het nalaten van voorafgaand overleg of onderzoek met de ter plaatse aanwezige partij'.⁴⁷ Met dit standpunt, zo lees ik zijn betoog, verlaat Zonderland niet zijn, in par. 5.3 ten dele weergegeven, opvatting dat juist de verandering, die in een bestaande toestand teweeg wordt gebracht door de bouwverder het essentiële punt van de aansprakelijkheidsvraag is; zie daarvoor de volgende paragraaf.

5.5 Het belang van het veranderen van de status quo: op weg naar risicoaansprakelijkheid?

De opvattingen zoals tot nu weergegeven worden de manier waarop in de rechtspraak met de aansprakelijkheid van bouwers werd omgegaan. Er zijn ook alternatieve benaderingen in de literatuur bepleit.

5.5.1 Pleidooi richting risicoaansprakelijkheid

In de oude literatuur is het Zonderland geweest die pleitte voor een andere grondslag van de aansprakelijkheid in geval van schade aan anderen door bouwwerkzaamheden; althans hij pleitte voor een ruimere benutting van de eisen voor aansprakelijkheid uit hoofde van een onrechtmatige daad.⁴⁸ Daarbij is hij zich ervan bewust dat het veroorzaken van schade bij bouwen aan een derde 'licht' veroorzaakt kan worden.⁴⁹ Dat gegeven is voor hem dan ook geen reden om terughoudendheid te betrachten bij het begrip onrechtmatigheid, schuld en causaal verband. Dat blijkt onder andere uit het volgende. Het idee dat bouwen een handeling is, die op rechtmatige, maar ook op onrechtmatige wijze kan geschieden, spreekt hem niet aan.⁵⁰ Tegenover de stelling van Telders, stelt Zonderland t.a.p., zij het wat cryptisch, dat handelingen van deze aard die tot schade leiden in beginsel niet 'in een neutraal vlak' behoren te worden gesteld.

⁴⁵ Verwezen wordt naar het NJV preadvies van 1958, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1958, p. 11. Het eerste deel is door C.H. Telders geschreven; de titel luidde: 'Behoort de burgerlijke wet de rechten, voortvloeiende uit eigendom, te omschrijven of te beperking in verband met hinder, overlast of schade, en zo ja, op welke wijze?'.

⁴⁶ De Wijkerslooth (1972) geeft met het voorgaande echter geen andere grondslag aan voor de tweede soort rechtsaantastingen, maar omschrijft alleen dat er bij die soort een extra eis wordt gesteld, namelijk dat de laedens zich van die gedraging had moeten onthouden, wat dan bepaald wordt door de zorgvuldigheidsnorm. Maar het uitgangspunt bij beide soorten is hoe dan ook, dat de laedens zich van de handeling had moeten onthouden. Welk andere principe aan de tweede soort ten grondslag zou liggen, laat de preadviseur in het midden.

⁴⁷ BR 1973, p. 494.

⁴⁸ Zie het meest uitgebreid Cremers-Zonderland, F III, naast de reeds genoemde noten van zijn hand.

⁴⁹ Cremers-Zonderland, III, 1, p. 2.

⁵⁰ Zie de noot van Zonderland bij HR 9 maart 1973, NJ 1973, nr. 464. Het was C.H. Telders die in het NJV Preadvies 1958, p. 21, het bouwen aldus had beschreven.

Wanneer is er sprake van onrechtmatig handelen, aldus Zonderland? Daarvan is sprake wanneer de bouwer nalaat voorzorgsmaatregelen te treffen; voorts kan het scheppen van een toestand die gevaar oplevert op zichzelf onrechtmatig zijn, ook als de schade pas veel later ontstaat.⁵¹ Met instemming verwijst hij naar een arrest van de Hoge Raad uit 1929. Daarin veranderde een gemeente de richting van stromend water, waardoor na 20 jaar van het stromen van het water tegen een havenmuur van een belendend perceel door onderspoeling van de muur een verzakking aan het zich daarop bevindende pand ontstaat.⁵² Dat de eigenaar het gevaar kende, deed er niet toe. De Hoge Raad komt, aldus de auteur, met deze beslissing dicht bij de Franse gevaarzettingstheorie.⁵³ Hij lijkt daar iets op terug te nemen met de opmerking dat de zorgvuldigheid van de bouwer in beginsel niet groter hoeft te zijn dan met de ogenschijnlijke hechtheid overeenkomt. Maar dat doet vervolgens niet af aan wat hij daarna ook nog opmerkt: dat (on)voorzienbaarheid een begrip is waarmee de bouwer zich niet gemakkelijk aan aansprakelijkheid kan onttrekken.⁵⁴ Hetzelfde geldt voor het verweer dat de gelaedeerde wel eigen schuld aan de schade zal hebben. Dat wordt bij Cremers-Zonderland uitvoerig gepareerd met de ‘vaak vergeten’ stelling dat primair de partij die iets verandert aan een bestaande situatie voorzorgsmaatregelen moet nemen om ongewenste wijzigingen aan het belendende pand te voorkomen. Doet nieuwbouw de gebreken aan belendende panden ‘evalueren’ die op zichzelf ontstaan door de tand des tijds, dan moet van de nieuwbouw geëist worden dat alle denkbare voorzorgsmaatregelen genomen worden.⁵⁵

De schuld van de bouwer zelf wordt door Zonderland ook besproken. Ook dat betoog wordt gekenmerkt door de relativisering van de invulling daarvan: voorop staat dat zelfs een geringe mate van schuld de bouwer schadelijkt maakt, zo leert hij bij Cremers-Zonderland.⁵⁶ En weer komt daar het aspect van de verandering aan bod, waaraan wordt toegevoegd dat het maatschappelijk verkeer een zeer grote zorgvuldigheid jegens aangrenzende panden verlangt.⁵⁷ Dat een verzakking aan een pand dat ogenschijnlijk stevig is maar in werkelijkheid bouwvallig, is de bouwer niet euvel te duiden. Maar ook die opmerking doet niet af aan zijn zoeken naar een interpretatie van de eisen van de onrechtmatige daad, waarmee het voor de bou-

wer zonder of voor minder gevolgen blijven van het schadelijke bouwen zo veel mogelijk wordt beperkt.

Hetzelfde is te zien bij de bespreking van het causaal verband en het bewijs daarvan. Is een buurpand goed gebouwd en deugdelijk gefundeerd en treedt alsdan toch schade op door het bouwen ernaast, dan is daarmee het causaal verband tussen het bouwen en de schade gegeven. Althans de bouwer mag bewijzen dat de verzakking door van buiten (hem, zo voeg ik daar aan toe) komende oorzaken is veroorzaakt en niet door hem te verhinderen was.⁵⁸

Zonderland stelde zich de vraag in de NJ noot bij het Boerenleenbankarrest of het oordeel van de Hoge Raad, waar hij het uitdrukkelijk mee eens was, neerkomt op risicoaansprakelijkheid voor de bouwende partij. Hij zou die uitdrukking niet willen overnemen: Het gaat om een handeling, waarbij gevaar dreigt voor een van te voren bekende partij. Het gaat dus om een bouwende partij die zich niet elders vestigt maar ter plaats wil blijven onder verandering van de toestand. Dan kan men, aldus Zonderland, toch moeilijk volhouden, dat zij buiten schuld aansprakelijk wordt gesteld als er iets mis gaat.⁵⁹

Zonderland kan dan wel de uitdrukking van risicoaansprakelijkheid niet willen overnemen, maar het is evident dat zijn betoog daar de facto wel heel dichtbij is gekomen.

5.5.2 Pleidooi tegen risicoaansprakelijkheid

Dat Zonderland richting risicoaansprakelijkheid ging, is De Wijckerslooth niet ontgaan. Hij (p. 45) is het volstrekt oneens met Zonderland: de opvatting van de laatste kan niet anders betekenen dan dat de bouwer belast wordt met een verscherpte aansprakelijkheid. En dat terwijl de door Zonderland bestreden opvatting van Telders ‘volkomen gewettigd’ is, gezien de rechtspraak van de Hoge Raad. Ook vindt hij de opvatting van Zonderland ongewenst, want een duidelijk argument ontbreekt.⁶⁰

Kortom: De Wijckerslooth vindt het idee van wat hij beschrijft als aansprakelijkheid zonder schuld, risicoaansprakelijkheid, verwerpelijk (p. 42-45). Er zou daardoor voor de bouwer een strenger regime

⁵¹ Cremers/Zonderland, F III, nr. 4 p. 4.

⁵² HR 26 april 1912, W 12.005, aldus weergegeven in Cremers/Zonderland F III, nr. 4 p. 4.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Cremers/Zonderland, F III, nr. 6, p. 6d.

⁵⁵ Cremers/Zonderland, F III, nr. 4, p. 5. Zie in dit verband ook zijn instemming met HR 21 juni 1882, W 4790 (spoorweg Arnhem-Nijmegen), hierboven in par. 3.2 weergegeven.

⁵⁶ Cremers/Zonderland, F III, nr. 6, p. 6d.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Cremers/Zonderland, F III, nr. 4, p. 6.

⁵⁹ Zie ook Cremers/Zonderland, F III, nr. 4, p. 6a.

⁶⁰ Dat laatste kan niet volgehouden worden. Het argument staat immers letterlijk in de tekst van de noot: 1) essentieel is de verandering van een situatie door de bouwer, 2) daar komt dat hij weet van mogelijk gevaar voor een bekende partij en 3) hij kiest ervoor om ter plaatse te blijven. Het belang van het veranderen van de situatie door de bouwer voor Zonderland wordt zowel in de NJ als in de BR noot bij het Boerenleenbank essentieel genoemd. Het argument staat De Wijckerslooth (1972) niet aan, maar hij laat zelf na voor die ongewenstheid een argument aan te dragen.

gelden dan normaal. De consequentie van deze leer was een (te) vergaande aansprakelijkheid, waarvan de enige grens nog was voorzienbaarheid (p. 43). Maar daarmee loopt men aan tegen het feit dat er omstandigheden zijn die niet onder voorzienbaarheid gebracht kunnen worden en toch van invloed moeten zijn op de aansprakelijkheid. In 1939 heeft de Hoge Raad dan ook de scherpe kantjes van de voorzienbaarheid afgeslepen door te oordelen dat alle omstandigheden van het geval relevant zijn.⁶¹

Een andere auteur die zich afzette tegen het idee van risicoaansprakelijkheid is A.C. Otten in een artikel in BR uit 1985 en in zijn bijdragen aan verschillende drukken van *Bouwrecht in kort bestek*.⁶² Hij interpreteert de rechtspraak zo, dat risicoaansprakelijkheid wel nog steeds wordt aangenomen (p. 728/729). Het oude arrest uit 1886 houdt volgens hem nog steeds de hoofdregel in. Slechts speciale omstandigheden zoals de houding van de benadeelde of een zo kleine kans op schade dat daarmee geen rekening hoeft te worden gehouden, vormen een uitzondering op de regel, zodat de bouwverzekering zal gaan (p. 729).⁶³

In zijn bijdrage aan *Bouwrecht in kort bestek* stelt Otten dat in de literatuur en de rechtspraak aan de aansprakelijkheid van de bouwverzekering strenge normen worden gesteld (p. 342). De bouwverzekering, zo stelt hij t.a.p., geldt als degene die in de bestaande situatie verandering brengt en waar schade door onderzoek of het treffen van maatregelen voorkomen had kunnen worden, wordt hij aansprakelijk gesteld. Dat de auteur daar niet gelukkig mee is, blijkt uit de opmerking dat met het kostenaspect weinig rekening wordt gehouden, want zelfs als de mogelijkheid van schade zeer gering is, wordt de bouwverzekering verantwoordelijk gehouden, aldus het Rijstpakhuis-arrest uit 1886.⁶⁴ De laatst genoemde uitspraak is nog steeds illustratief.⁶⁵ Niettegenstaande het Kademuur-arrest uit 1939 en het feit dat de rechtspraak soms een mildere houding ten opzichte van de bouwverzekering aanneemt, doet niet af aan het feit, dat de voorzienbaarheid de boventoon blijft voeren. Kortom: de bouwverzekering moet zich van de uitzonderingen op de

oude rechtspraak geen te grote voorstelling maken.⁶⁶

5.5.3 Interventie van G.H.A. Schut bij de bespreking van het VBR Preadvies

Bij de bespreking van het VBR Preadvies was de Amsterdamse hoogleraar Schut de interveniënt voor het deel dat van de hand van De Wijckerslooth was.⁶⁷ Hij had gehoopt in het preadvies een bespreking aan te treffen, waarin de bouwverzekering buiten het rechtssysteem aan de hand van losse criteria zou zijn benaderd. Daaruit zou namelijk kunnen blijken in hoeverre, vanuit de bouw gezien, het systeem tekort schiet, bijvoorbeeld omdat de basis te smal is.

De benadering van Schut is dan ook een andere dan die hij vond in het preadvies. Bij bouwverzekering gaat het in wezen om een verdeling van risico's, die uit het bouwen ontstaan: moet de bouwverzekering de kans op schade bij de bouwverzekering nemen, zo vraagt Schut.⁶⁸ Nagegaan moet worden of een oplossing haar bevestiging in het recht vindt en past in het systeem. Desnoods (p. 70) moet het systeem passend gemaakt worden: het kan noodzakelijk zijn over de onrechtmatigheidsgrens heen te springen en aansprakelijkheid aan te nemen bij een in wezen *rechtmatige daad* (curs. in origineel).⁶⁹

Schut werpt hier feitelijk vragen en suggesties op die de indruk wekken dat hij wel voor zo'n ander systeem (uitmondend in aansprakelijkheid voor een rechtmatige daad) zou zijn. Maar of hij dat werkelijk is, spreekt hij niet uit. Hij volstaat met de vraag aan de preadviseur of, indien er sprake is van schadeverwekkende activiteiten die niet door een rechterlijk verbod getroffen kunnen worden, omdat ze in wezen legitiem zijn, dan toch aansprakelijkheid mag worden aangenomen waar de billijkheid dat gebiedt, of, als dat niet kan, zou het dan niet zo behoren te zijn.⁷⁰

Zou Schut inderdaad dit zelf van mening zijn, dat schadevergoeding bij rechtmatige daad aan de orde kan zijn, dan is dat een afwijking van wat hij

⁶¹ HR 27 januari 1939, NJ 1939, 874, m.nt. P. Scholten, zie hierboven par. 3. Het Boerenleenbankarrest uit 1974 bevestigt deze rechtspraak impliciet, aldus De Wijckerslooth (1972) t.a.p.

⁶² A.C. Otten, 'Aansprakelijkheid voor bronbemaling onder vigeur van de Grondwaterwet', BR 1985, p. 728 e.v.; *Bouwrecht in kort bestek* (derde druk), Deventer: Wolters Kluwer 1996, p. 341 e.v.

⁶³ Otten, BR 1985, p. 729; Otten 1996, p. 342/343.

⁶⁴ Otten, BR 1996, p. 342, noot 2.

⁶⁵ Ter onderbouwing, p. 343, wordt verwezen naar Hof 's-Hertogenbosch 23 juni 1964, ECLI:NL:HR:1991:AD1365, NJ 1965, 63. Hier wordt overwogen dat de een gedragslijn volgde die weliswaar vanuit het oogpunt der door haar te behartigen gemeentebelangen volkomen gerechtvaardigd en zelfs geboden kon zijn, maar dat daarom de Gemeente nog niet vrij uit ging nu die gedragslijn voorzienbaar en in ernstige mate appellant het slachtoffer daarvan zou doen worden.

⁶⁶ Ibid. De auteur neemt dan ook afstand van wat door De Wijckerslooth (1972) wordt betoogd.

⁶⁷ Schut, BR 1975, p. 69 e.v.

⁶⁸ Schut, BR 1975, p. 69.

⁶⁹ Instemmend citeert Schut, BR 1975, p. 69, uit de noot van Ph.A.N. Houwing, bij HR 19 december 1952, ECLI:NL:PHR:1952:AG1997 (Zevende Voorste Stroom arrest), NJ 1953, 642. 'Welk een bevrijding van ficties zou het geven, als openlijk aanvaard of verworpen werd, dat uit ongeschreven rechtsregels een verplichting tot schadevergoeding ook wegens rechtmatige daad kan voortvloeien.'

⁷⁰ De preadviseur, veronderstelt in zijn antwoord, dat Schut wel voor aansprakelijkheid bij een rechtmatige daad is en bestrijdt dat standpunt, BR 1975, p. 91.

eerder en later heeft betoogd.⁷¹ In zijn dissertatie en in de Studiepocket neemt hij immers uitgebreid het standpunt in dat het antwoord op de vraag, of er met een aantasting van een subjectief recht ook de onrechtmatigheid gegeven is, afhankelijk is van de vraag of een on- of geschreven norm is overtreden. Een uitdrukkelijke toetsing aan die norm is veelal niet nodig, omdat met de inbreuk voldoende duidelijk is dat de dader zich daar niet aan gehouden heeft. De laatste opmerking gaat bezijden de principiële vraag, zo merk ik op, want dat een norm-schending bewijsrechtelijk vaststaat, zegt niets over het punt waar het nu juist over gaat: is normschending vereist?⁷²

5.6 Het eigendomsrecht en hinder

In de literatuur is tot op de dag van vandaag ook omstreden of *hinder* als een inbreuk op een recht moet worden beschouwd of als een kwestie van het schenden van de zorgvuldigheidsnorm. Daarbij is wederom van belang hoe het begrip inbreuk op een recht in art. 6:162 BW opgevat moet worden. Is hinder een inbreuk op een subjectief recht of is hinder een handeling in strijd met wat in het maatschappelijk verkeer betaamt.⁷³ De meningen zijn ook hier verdeeld, aldus Asser-Sieburgh t.a.p.. Omwille van de lengte van dit artikel wordt aan dit aspect, dat wel genoemd dient te worden, slechts een enkel woord gewijd. Het punt van aandacht is de plaats van hinder in de onrechtmatigheidscategorieën.

In zijn hiervoor genoemde artikel in BR 1969 schetst Van Oven de ontwikkeling van dit leerstuk in het kader van schade door bouwactiviteiten.⁷⁴ Vóór 1914 kon de buurman zich niet op inbreuk op een zaak beroepen, want aangenomen werd dat hij slechts aangetast werd in zijn *belangen* (curs. ook in het origineel) en niet in zijn recht. Dat werd ‘gelukkig’ anders toen de Hoge Raad in 1914 oordeelde dat hinder een eigendomsinbreuk *kan* (curs. ook in het origineel) zijn.⁷⁵ De baanbrekende betekenis van dit arrest ging verloren, zo vervolgt de auteur, met het arrest Cohen/Lindenbaum.⁷⁶ Naast de rechtsinbreuk stond de categorie strijd met de maatschappelijk vereiste zorgvuldigheid als onrechtmatigheidsgrond. Sederdien gaat het bij hinder niet meer om art. 625, maar om art. 1401 BW (oud). De gehinderde eigenaar hoeft zich niet meer te verdiepen in de vraag hoever zijn eigen-

domsrecht strekt; hij kan volstaan met te betogen dat de hinder de grenzen van de maatschappelijke betamelijkheid te buiten gaan.⁷⁷

Overeem staat in een artikel over hinder in BR 1973 stil bij de constructie daarvan als inbreuk op een subjectief recht naar aanleiding van het arrest Vermeulen/Lekkerkerker (Vogelplaag).^{78/79} Hij is van mening dat hoewel het handhaven van de constructie van hinder als inbreuk op een subjectief recht onmiskenbare voordelen heeft (met name dat de benadeelde niet hoeft aan te tonen dat in strijd met de maatschappelijk zorgvuldigheid is gehandeld), de constructie niet van een ‘zekere starheid [is] vrij te pleiten’. Het is namelijk ‘enigszins gekunsteld de gehinderde te zien als een “gestoord” (aanhalingstekens ook in origineel) subjectief gerechtigde op (on)roerend goed, waar hinder zich vooral manifesteert als een aantasting van fysieke en psychische integriteit van individuen’. Dit nog afgezien van de vele dogmatische problemen van deze constructie.⁸⁰ Het moet er niet om gaan, zo vat ik zijn betoog samen, wat eigenaren moeten dulden, maar om de beperking van het eigendomsrecht als ‘droit inviolable et sacré’ door de eisen van milieuhygiëne.⁸¹

Zonderland laat zich inzake hinder niet onbetuigd. En staat er in zijn noot bij Vermeulen/Lekkerkerker uitvoerig bij stil.⁸² Hij maakt zich vooral zorgen om het kwalificeren van hinder als uitsluitend een vorm van maatschappelijk onzorgvuldig gedrag. Uitgaand van het ‘rustig genot’ vindt hij dat gevaarlijk, omdat voor gehinderden de onzorgvuldigheidsrubriek ‘moeilijker is dan die van de rechtsinbreuk. Hij ziet ‘daar geen enkele reden voor, want er is geen verschil ‘tussen iemand die een bloem uit mijn tuin plukt en een vliegtuig, dat ‘slechts’ het rustig buiten zitten onmogelijk maakt.⁸³ In zijn noot bij Stikke Trui merkt hij op dat de advocaat-generaal in de juiste richting gaat: hinder mag niet worden

⁷¹ Zie voor eerder zijn dissertatie: G.H.A. Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid* (diss. Amsterdam), W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1963, p. 145 o.a.; zie voor later: in *Onrechtmatige daad volgens BW en NBW*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 54 e.v.

⁷² Deze opmerking laat zien, hoe kunstmatig de hele discussie tussen het onderscheid van de daad en het gevolg is, zoals hieronder nog uitgebreider aan de orde komt.

⁷³ Asser/Sieburgh 6-IV 2023/49.

⁷⁴ Van Oven, BR 1969, p. 390.

⁷⁵ HR 30 januari 1914, W 9648 (Joosten/Krull).

⁷⁶ HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161.

⁷⁷ Van Oven, BR 1969, p. 390.

⁷⁸ R. Overeem, ‘Hinder: Enige recente ontwikkelingen’, BR 1973, p. 290 e.v.

⁷⁹ HR 10 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AC1311, NJ 1972, 278, m.nt. G.S. Scholten; BR 1972, p. 273, m.nt. P. Zonderland (Vermeulen/Lekkerkerker). De kern van dat arrest luidt: ‘dat de vraag of de hinder die iemand door de gedragingen van een ander in het genot van de eigendom van een onroerende zaak kan ondervinden, als inbreuk op zijn eigendomsrecht kan worden beschouwd, afhangt van de ernst van die hinder en de omstandigheden waaronder die plaatsvindt.’

⁸⁰ Die vele dogmatische problemen zijn sindsdien bij hinder veel minder een obstakel gebleken.

⁸¹ Overeem, BR 1973, p. 291.

⁸² Zonderland, BR 1972, p. 273-275.

⁸³ Zonderland, BR 1972, p. 275.

vastgeklonken aan een van de 'categorieën' onrechtmatige daden.^{84/85}

Afsluitend is te constateren dat dezelfde discussie speelt omtrent de bezwaren die in het leven zijn gekomen door de manier waarop met het begrip inbreuk op een recht wordt omgegaan: de extra eis van de zorgvuldigheid naast de inbreuk en het onderscheid in het begrip zelf.

5.7 De veroorzaker betaalt

De titel van het onderhavige artikel en van deze paragraaf verwijst naar een thema dat ik in verschillende publicaties in de loop van de jaren heb onderzocht.⁸⁶ Keer op keer was de boodschap: de veroorzaker van schade moet hiervoor opkomen, mits ook is voldaan aan de eisen van toerekening en causaal verband tussen daad en schade. Het enkele veroorzaken van schade is voldoende om van een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 BW, maar dan zonder de beperkingen die de genoemde categorieën met zich brengen.

De handelende persoon zet een beweging in gang met een gevolg voor een ander, die daarbuiten staat en het gevolg ondergaat. Is dat gevolg schade dan is er sprake van een inbreuk op het recht van de ander. Dat daarnaast ook eventueel sprake kan zijn van schending van een zorgvuldigheidsnorm in de zin van art. 6:162 BW is niet ter zake doende wat de kwalificatie van inbreuk op een recht betreft.⁸⁷

De onderscheiding tussen enerzijds de daad die onrechtmatig is wegens een inbreuk op een recht *ongeacht de gevolgen* en anderzijds de daad die eveneens een inbreuk op een recht heet, maar

waarvan de gevolgen er eerst toedoen indien óók de zorgvuldigheidsnorm geschonden is, is alleen ingegeven door het streven om te voorkomen dat het aansprakelijkheidsrecht te uitgebreid zou worden. Daarbij wordt veronachtzaamd dat het toebrengen van schade of letsel een bevoegdheid is die ten principale en exclusief aan de gerechtigde toekomt. Het recht om ex art. 6:162 BW gevrijwaard te zijn van een inbreuk op een subjectief recht betreft de juridische bevoegdheden die in actieve zin aan het zijn van rechthebbende zijn toegekend en de passieve bevoegdheid om gevrijwaard te zijn van inbreuken op dat recht door een daartoe niet bevoegde andere persoon (zaaksbeschadiging en letsel). Dat zaaksbeschadiging of letsel niet als een inbreuk op een recht worden gekwalificeerd, haalt uit het begrip inbreuk op een recht een deel dat er begripsmatig en volgens normaal-juridisch taalgebruik wel onder valt. Als de opvatting van de heersende leer, dat er dus twee soorten inbreuk op een recht zijn, de bedoeling was van de huidige regeling van de onrechtmatige daad, had op zijn minst zou verwacht mogen worden dat het begrippenapparaat passend gemaakt zou worden met het oog op het doel dat men met de regels wil bewerkstelligen. Dat is niet gebeurd, evenmin als dat gecodificeerd is met betrekking tot de tweede soort inbreuk verlangd wordt dat er ook sprake is van schending van de zorgvuldigheidsnorm.⁸⁸

Het gevolg van de kunstmatige scheiding is onderdeel van het idee dat er een scheiding dient te zijn tussen daad en gevolgen. Die scheiding onderbouwt mede het idee, dat de schade ligt waar die valt, daarmee wordt immers het aan de schade voorafgaande feit genegeerd. Dit is een ander aspect van het aansprakelijkheidsrecht dat ik mijn publicaties heb bestreden. Het veroorzaken van een gevolg bij een ander, gegeven het feit dat de ander daartoe géén toestemming heeft gegeven, maakt inbreuk op het recht van de ander. *En dat*, zo is mijn stelling, zou voldoende moeten zijn voor de eis, dat er sprake is van een daad die gekwalificeerd wordt als onrechtmatig (en wat één van de eisen is om te komen tot een veroordeling uit hoofde van art. 6:162 BW). De causaliteit van de daad en het gevolg daarvan maken dat de veroorzaker daarvoor heeft op te komen. Dat is in het algemeen niet de gelaedeerde en daarom hoort het uitgangspunt niet te zijn, dat de schade ligt waar die valt en dat ieder zijn eigen schade draagt. Het uitgangspunt behoort te zijn dat degene die de beslissende invloed had over het wel of niet intreden van schade dat gevolg ongedaan maakt al dan niet in natura of door (financiële) compensatie.⁸⁹ Alleen wanneer daarvoor

⁸⁴ HR 16 maart 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC5308, NJ 1975, p. 74, m.nt. B. Wachter; BR 1973, p. 462, m.nt. P. Zonderland.

⁸⁵ Dat is, aldus Zonderland (BR 1973, p. 475) zo vervolgt hij, kennelijk ook de mening van de Hoge Raad, die niet van plan is 'zich door de rubriceringsbacil van de wijs te laten brengen' en de eventuele hinder 'rustig onder de zorgvuldigheidsnorm' rangeert. In het cassatiemiddel was betoogd, dat het Hof had moeten vaststellen of er sprake was van een inbreuk op het eigendomsrecht. Dit was ingegeven door het feit dat het de zich in cassatie verwerende partijen hurende bewoners waren en dus niet de eigenaren.

⁸⁶ Het hierna volgende is op die publicaties gebaseerd: M.A.B. Chao-Duivis, 'Schadevergoeding bij dwaling: de veroorzaker betaalt', *RM Themis*, juni 1990, p. 243-262; M.A.B. Chao-Duivis, 'Informatie- en mededelingsplichten: een causaliteitsprobleem', BR 1991, p. 81-94; M.A.B. Chao-Duivis, *Dwaling bij de toestandkomming van de overeenkomst* (diss. KUB), Deventer: Wolters Kluwer 1996, m.n. Hoofdstuk 4 (De veroorzaker betaalt); M.A.B. Chao-Duivis, *Causaliteit als bron van verintenissen* (intreerede Technische Universiteit Delft), 2005; M.A.B. Chao-Duivis, 'De rechtspositie van omwonenden van een bouwperceel', TBR, 2009, p. 1079; M.A.B. Chao-Duivis, 'Zaaksbeschadiging/hinder' in: *Bouwrecht in kort bestek* (negende druk), 's-Gravenhage: Instituut voor Bouwrecht 2016, p. 233-235.

⁸⁷ In de tiende volledig herziene druk van *Bouwrecht in Kort Bestek* (2024) wordt het onderwerp zaaksbeschadiging en hinder behandeld door F.M. van Cassel, die op p. 304 in noot 42 de kritiek die ik in *Bouwrecht in Kort Bestek* uitte begrijpelijk noemde en ook te onderschrijven achtte. De bespreking van het onderwerp van de auteur zelf is, zo wordt opgemerkt, minder opiniërend en beschrijvend.

⁸⁸ Ook uit de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Lindenbaum/Cohen, HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161, is die opvatting niet verwoord. Eerst in latere uitspraken, zie hierboven, is die opvatting in de rechtspraak opgenomen.

⁸⁹ Chao-Duivis 1996, p. 379.

een grond aanwezig is (door de laedens te stellen en te bewijzen) kan er reden zijn dat de schade blijft liggen waar die gevallen is.⁹⁰

De zorgvuldigheidsnorm die geschonden moet zijn eer het tot aansprakelijkheid kan komen in de heersende leer, wordt ingevuld door: voorzienbaarheid, het uitbrengen van een waarschuwing, de staat van de gebouwen getroffen door de bouwwerkzaamheden, het treffen van voorzorgsmaatregelen en de kosten daarmee gemoeid, de mogelijkheid van een alternatieve werkwijze en het onderzoek dat voorafgaand aan bouwwerkzaamheden verricht dient te worden.⁹¹ Die factoren zijn voor de kwalificatie van de schadeveroorzaking als onrechtmatig irrelevant, zo merkte ik t.a.p. op: hooguit maken de voorzienbaarheid van de schade en het onvoldoende treffen van maatregelen dat het verwijt van opzet in beeld kan komen.⁹²

Met het idee dat de veroorzaker betaalt, zoals ik dat hiervoor naar voren bracht, heb ik in het algemeen de handen niet op elkaar gekregen. Sterker nog: het ontlokte Hondius naar aanleiding van mijn Delftse intreerede de vraag of teruggegaan wordt naar een oud-testamenteisch oog om oog, tand om tand. Hij voegde daar wel aan toe, dat dit niet afdoet aan het feit, dat een uitvoeriger weerlegging verdiend is.⁹³ De advocaat-generaal verwijst randnr. 3.37 in de conclusie bij het Afzinkkelderarrest

wel naar publicaties van mijn hand, maar is ook afwijzend.⁹⁴

Bijval voor het idee dat de veroorzaker betaalt is in de bouwrechtelijke literatuur wel afkomstig van Van Velsen die in 2011 promoveerde met de dissertatie *Aansprakelijkheid bij leidingschades*.⁹⁵ In par. 1.2 gaat hij in op de onrechtmatigheidsgronden. De noodzakelijke samenhang van daad en gevolgen lijkt op zich onmiskenbaar, zo merkt hij op, want deze ligt besloten in de leer van de relatieve onrechtmatigheid zoals die sinds 1928 in de rechtspraak wordt erkend en is neergelegd in de art.6:162 lid 1 en 6:163.⁹⁶ De normschending kan niet geïsoleerd worden gezien van de eruit voortvloeiende gevolgen, althans dit leidt tot niets.⁹⁷

De tweedeling tussen gedragingen die zelf de inbreuk vormen en gedragingen die weliswaar (voorzienbaar) zaakschade tot gevolg hebben maar waarin nog een nadere normschending moet zijn gelegen om ze onrechtmatig te doen zijn, kwalificeert Van Velsen als onlogisch (p. 11). Hij spreekt in die context van resp. directe en indirecte rechtsinbreuk, waarbij hij niet inziet wat nog de toegevoegde waarde van de rechtsinbreuk als onrechtmatigheidsgrond zou zijn. Dit blijkt ook al uit de huidige doctrine want die abstraheert helemaal van de inbreuk en toetst uitsluitend aan wet of zorgvuldigheid (p. 15). Hij werpt de vraag op, t.a.p., of die beperkte opvatting van het inbreukcriterium wel houdbaar is, waarop hij antwoordt, dat dat niet in het licht van de samenhang van daad en gevolgen niet het geval is.

Van Velsen werkt vervolgens een voorbeeld dat overeenstemt met de casus van het Afzinkkelder-arrest. Het gaat om een huis dat verzakt door het heien op het buurperceel; de voor het heien verantwoordelijke heeft - mede om schade aan belendingen te voorkomen - uitgebreid, en feilloos uitgevoerd, onderzoek laten doen; de heimethode is volgens de laatste inzichten en de uitvoering is gedaan volgens de regelen der kunst. Is het nu aan-

⁹⁰ In mijn oratie heb ik de stelling (op p. 9 geformuleerd) verdedigd, dat het leerstuk van de onrechtmatige daad en het schadevergoedingsrecht in toenemende mate worden gekenmerkt door een verdere uitwerking van het veroorzakersprincipe. Leerstukken als eigen schuld, de toerekening naar redelijkheid, art. 6:89 BW waarmee afstand genomen is genomen van de alleenheerschappij van het voorzienbaarheidsvereiste en de uitbreiding van wat onrechtmatig handelen is, getuigen daarvan. Hoewel het causaliteitsbeginsel in al deze verbanden zelden of nooit wordt genoemd, speelt dat beginsel een steeds grotere rol van de vestiging van aansprakelijkheid en bij de omvang ervan. De historische ontwikkeling van deze uitbreiding heb ik daar uitvoerig uit de doeken gedaan. Ik haalde o.a. het artikel van K. Langelaar aan, In beginsel moet ieder de door hem geleden schade dragen (Asser/Hartkamp III), *Waarom eigenlijk?*, *NJB* 1997, die op p. 1587 (oratie p. 23): 'Het mist iedere grond. De gedachte is een misconceptie, voortgekomen uit het in de vorige eeuw tot stand gebrachte verstandshuwelijk tussen een economische theorie van slecht allood en een rechtsfilosofie die, misleid door de mystiek van de Rechtsidee een onwezenlijk schuldbegrip was gaan koesteren. Nu beide denkrichtingen als wel achterhaald beschouwd kunnen worden kan het oude beginsel daadwerkelijk overboord. Dat schept ruimte voor een natuurlijker, beter met de praktijk van de rechtsontwikkeling strokend beginsel dat een mens een hem overkomen schade in beginsel niet zelf behoort te dragen tenzij er goede redenen zijn voor het tegendeel.' Het aansprakelijkheidsrecht zou, volgens Langelaar, dan ook billijker worden met het uitgangspunt dat een laedens in beginsel gehouden is de aangerichte schade te vergoeden, tenzij er wettelijke of andere goede redenen zijn die dat blokkeren: 'Aantasting van belangen die de status van subjectief recht bezitten behooft op voorhand onrechtmatig te zijn.'

⁹¹ Chao-Duvis 2016, p. 239.

⁹² Maar tenzij dat immateriële schade teweeg zou brengen, is dat laatste civielrechtelijk niet van belang.

⁹³ E.H. Hondius, 'Kroniek Algemeen', *NTBR* 2006, p. 42.

⁹⁴ In randnr. 3.68 gaat de advocaat-generaal wel in op de miskenning van het recht van een ander doordat iemand iets doet waartoe de rechthebbende exclusief bevoegd is of waarmee de uitoefening van het recht onmogelijk wordt gemaakt, waarvoor de enkele aantasting van rechtsobject en/of een belang niet volstaat. Dat onderscheid doet er voor een slachtoffer vermoedelijk wel toe, aldus de advocaat-generaal. Voor zover hij kritiek heeft op de voorbeelden die ik in *Bouwrecht in kort bestek* (negende druk, 2016) gaf, omdat die niet goed waren om het onderscheid tussen de twee soorten zaakschade te illustreren, is die kritiek terecht. Mijn boodschap is evenwel duidelijk kenbaar uit hetgeen verder dat daarop volgt. Voor het slachtoffer geldt alleen dat er een inbreuk is gemaakt op zijn recht en dat hij daar schade van ondervindt. Dat er zorgvuldig of onzorgvuldig is gehandeld doet niet af aan het gevolg dat hij er voortaan niet af.

⁹⁵ F.J. van Velsen, *Aansprakelijkheid bij leidingschades* (diss. TU Delft), 's-Gravenhage: Instituut voor Bouwrecht 2011. Volledigheidshalve vermeld ik dat ik de promotor was.

⁹⁶ Van Velsen 2011, p. 13/14.

⁹⁷ Van Velsen 2011, p. 14.

vaardbaar dat er geen sprake zou zijn van onrechtmatigheid en de eigenaar van het buurpand zou dus de schade moeten dragen, terwijl zijn veroorzakingsbijdrage nihil was; is dat een aanvaardbare uitkomst (p. 15)? Zijn antwoord luidt ontkennend (p. 16). In de woorden van Mijnsen, door Van Velsen aangehaald: 'het is het schadelijke gevolg van de gedraging die haar onrechtmatig doet zijn' (ibid.).

De advocaat-generaal maakt ook met het betoog Van Velsen korte metten. De opvatting van Van Velsen berust er dat hij 'moeite heeft' met het gegeven dat pech bestaat en het principe dat in beginsel ieder zijn eigen schade draagt. Het is natuurlijk niet rechtvaardig voor de benadeelde (B in het besproken voorbeeld), maar pech is nu eenmaal niet rechtvaardig én niet uit te bannen (althans niet tegen een aanvaardbare prijs), aldus de conclusie rdnr. 3.70. Afgezien van het feit dat dat allemaal niet door Van Velsen (noch door mij) is betoogd, past het op deze manier 'herformuleren' van wat wel betoogd in de lijn van andere betogen waar het idee de zaaksinbreuk op zich zelf voldoende is om van onrechtmatigheid in de zin van art. 6:162 lid 2 BW te kunnen spreken onvoldoende wordt begrepen.⁹⁸ In de tweede plaats merkt de advocaat-generaal op, dat aangezien het argument van Velsen geënt is op wat schrijver dezes schreef, en dat is al als niet overtuigend van de hand gewezen, en

dat geldt dus ook voor Van Velsen (conclusie rdnr. 3.70-3.72).⁹⁹

5.8 Afsluitend

De bouwrechtelijke literatuur overziend, kan geconstateerd worden dat er twee kampen zijn te onderscheiden: enerzijds is daar de opvatting dat schade die bij bouwwerkzaamheden die optreedt, ondanks het feit dat ze zorgvuldig zijn uitgevoerd, slechts in beperkte mate voor rekening van de aannemer dient te komen en dus bij de benadeelde ligt en blijft liggen. Anderzijds is er het pleidooi dat de vraag voor wie de schade optredend bij bouwactiviteiten dient op te komen, beantwoord dient te worden aan de hand van de verandering in de status quo dan wel aan de hand van de veroorzaking van de schade. Of de werkzaamheden zorgvuldig zijn uitgevoerd en of bijvoorbeeld de schade voorzienbaar was, zijn factoren die, in die opvatting, niet aan de onrechtmatigheid van de daad in de weg staan. De schade blijft aldus in principe niet liggen waar die is gevallen. Dogmatisch gaat het om de tweedeling of zaakschade al dan niet in de geclausuleerde vorm gezien moet worden en om de vraag naar de loskoppeling van het gedrag en de gevolgen van het gedrag.

(Wordt vervolgd.) ●

⁹⁸ Zie in deze trant ook bijvoorbeeld de 'casus' van de postbode die de brievenbus van de eigenaar gebruikt om een brief te bezorgen wat daarmee, volgens de bedenker van het voorbeeld, in de leer dat de enkele zaaksinbreuk voldoende is voor de kwalificatie van onrechtmatig in de zin van art. 6:162 lid 2 BW. Dat de eigenaar van de brievenbus met het hebben van een brievenbus te kennen heeft gegeven toestemming te verlenen voor het gebruik van zijn eigendom voor het doel van postbezorging, wordt gemakshalve maar over het hoofd gezien. Het voorbeeld is opgenomen in de noot van C.J.H. Brunner bij HR 25 september 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4237, NJ 1981, nr. 315, m.nt. C.J.H. Brunner (*Breda/Nijs*) en wordt met instemming aangehaald door Schut 1990, p. 59.

⁹⁹ Hetzelfde overkomt P.C. van Es, wiens betoog (zie *De actio negatoria: een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publications 2005, p. 209), dat onder gebruik van een zaak o.a. valt het beschadigen ervan, waartoe hij zich baseert op wat in de MvA, Parl. Gesch. Boek 5, p. 69, inzake het huidige art. 5:1 BW, wordt afgedaan met de redenering, die in de kern is gebaseerd op de term 'gebruikmaken' en daarmee sterk conceptueel van aard is en (dus?) onvoldoende gewicht in de schaal legt. De implicaties van die redenering zijn in ieder geval ook niet goed te verenigen met latere rechtspraak van de Hoge Raad, waarin niet is aangenomen dat een zaaksbeschadiging een rechtsinbreuk oplevert.

Nieuwe ronde, nieuwe kansen voor onoverdraagbaarheidsbedingen in bouwcontracten

De inwerkingtreding van de Wet opheffing verpandingsverboden

– Mr. L. Orvini¹

1. Inleiding

Onoverdraagbaarheidsbedingen en cessieverboden staan in bijna alle bouwcontracten, vaak aan het einde tussen de (andere) *boilerplate*-bepalingen, en anders wel in de toepasselijke algemene (inkoop) voorwaarden. Deze bedingen staan zo vaak in deze overeenkomsten dat de wetgever specifiek de bouwsector noemt als praktijk waar de overdracht van vorderingen grootschalig, zo niet categorisch, wordt uitgesloten of verboden.² Ondanks dat dit staande praktijk is, besteden partijen bij het aangaan van de overeenkomst vaak geen aandacht aan het beding. Als zij dat al doen, redigeren zij de bepaling vaak zo dat dit beding niet optimaal functioneert. Een gemiste kans.

De op 1 juli 2025 in werking getreden Wet opheffing verpandingsverboden brengt een wezenlijke verandering in deze praktijk. Geldvorderingen die voortkomen uit de uitoefening van beroep of bedrijf mogen én kunnen niet meer onoverdraagbaar gemaakt worden. Sinds 1 oktober 2025 geldt dit ook voor bestaande overeenkomsten. Voor de bouwsector bestaat echter een belangrijke uitzondering, namelijk voor vorderingen die op de G-rekening betaald zullen worden. Reden temeer om vanaf nu effectief aandacht te besteden aan de (on)overdraagbaarheid van vorderingen bij het aangaan van bouwcontracten. En om bestaande overeenkomsten op dit punt te evalueren.

In dit artikel bespreek ik eerst in algemene zin de wijze waarop onoverdraagbaarheidsbedingen en cessieverboden in de praktijk functioneren (par. 2) en hoe de Wet opheffing verpandingsverboden daarop ingrijpt (par. 3). Vervolgens bespreek ik hoe deze bedingen tot nu toe in de bouwpraktijk zijn gebruikt, waaronder ook in de UAV en UAV-GC (par. 4). In par. 5 kom ik tot lessen voor de bouwpraktijk onder het nieuwe recht. Ik sluit af met een conclusie (par. 6).

2. De werking van onoverdraagbaarheidsbedingen en cessieverboden (tot 1 juli 2025)

Voordat kan worden begrepen hoe onoverdraagbaarheidsbedingen tot nu toe in bouwcontracten functioneren, is het nodig om stil te staan bij de werking van onoverdraagbaarheidsbedingen en cessieverboden zoals die tot 1 juli 2025 bestonden. In deze paragraaf wordt uiteengezet wat de wettelijke achtergrond is (par. 2.1), hoe dit is uitgewerkt in arresten van de Hoge Raad (par. 2.2) en hoe de formulering van het beding bepaalt of het goederenrechtelijke of verbintenisrechtelijke werking heeft (par. 2.3). Ik sluit af met de door partijen beoogde werking van het beding (par. 2.4).

2.1 Hoofddregel van overdraagbaarheid en uitzondering daarop

De hoofddregel is dat vorderingsrechten net als eigendom en beperkte rechten overdraagbaar zijn (art. 3:83 lid 1 BW). Enkel voor vorderingsrechten geldt de uitzondering dat de overdraagbaarheid door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar

¹ Lisa Orvini is advocaat bij Ploum te Rotterdam.

² MvT, *Kamerstukken II* 2019-2020, 35 482, nr. 3, p. 1.

kan worden uitgesloten (art. 3:83 lid 2 BW). Vooruitlopend op de bespreking van de Wet opheffing verpandingsverboden in paragraaf 3, merk ik alvast op dat art. 3:83 lid 1 en 2 BW niet wijzigen met de inwerkingtreding van de nieuwe wet. Deze principes gelden dus nog steeds.

Zolang vorderingsrechten overdraagbaar zijn, kunnen deze door de schuldeiser van die vorderingen worden ingezet om financiering te krijgen voor zijn of haar bedrijfsactiviteiten. Dit kan door verpanding van de vordering aan een financieringsinstelling of overdracht (cessie) van de vordering aan een factoringmaatschappij.³ Schuldenaren zitten er in de regel echter niet op te wachten dat zij geconfronteerd worden met andere schuldeisers die de vordering willen uitwinnen en in het verlengde daarvan het moeten veranderen van het betalingsadres. Het risico bestaat dat de schuldenaar de vordering aan de verkeerde persoon betaalt door een administratieve fout, door het over het hoofd zien van mededelingen van cessie of verpanding of door kwaadwillenden die frauduleuze mededelingen doen. Schuldenaren maken daarom dankbaar gebruik van de mogelijkheid die de wet hen in art. 3:83 lid 2 BW biedt om vorderingen onoverdraagbaar te maken.⁴

2.2 Inkleuring van art. 3:83 lid 2 BW door de Hoge Raad

De Hoge Raad heeft in het arrest *Oryx/Van Eesteren* uit 2003 bevestigd dat een partijbeding als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW ervoor zorgt dat de vordering niet kan worden overdragen en, krachtens de schakelbepaling van art. 3:98 BW, ook niet kan worden verpand. Een overdracht in strijd met zo'n beding levert niet slechts wanprestatie van de schuldeiser op, maar het beding zorgt voor ongedigheid van de overdracht. De beoogde verkrijger van de vordering wordt niet beschermd door derdenbeschermende bepalingen.⁵ Met andere woorden, het beding heeft *goederenrechtelijke werking*. Dergelijke bedingen met goederenrechtelijke werking worden aangeduid als *onoverdraagbaarheidsbedingen*.

De wettelijke mogelijkheid om vorderingen bij partijbeding goederenrechtelijk onoverdraagbaar te maken doet er niet aan af dat partijen ook de mogelijkheid hebben om de overdracht van vorderingen enkel verbintenisrechtelijk te verbieden. Dergelijke bedingen hebben *verbintenisrechtelijke*

werking, wat inhoudt dat de overdracht van de vordering wanprestatie tot gevolg heeft en niet de ongeldigheid van de overdracht. Deze bedingen worden aangeduid als *cessieverboden*.

De Hoge Raad heeft in het arrest *Coface/Intergamma* uit 2014 bepaald dat bedingen die zien op de overdraagbaarheid van vorderingen dienen te worden uitgelegd aan de hand van de geobjectiveerde Haviltex-maatstaf. De Hoge Raad voegt daaraan toe:⁶

'Als uitgangspunt bij de uitleg van bedingen die de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht uitsluiten, moet worden aangenomen dat zij uitsluitend verbintenisrechtelijke werking hebben, tenzij uit de - naar objectieve maatstaven uit te leggen - formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW is beoogd.'

Het arrest *Coface/Intergamma* maakt duidelijk dat het voor de werking van het beding bepalend is hoe het is geformuleerd. Een beding waarvan niet naar objectieve maatstaven blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking is beoogd, heeft immers slechts verbintenisrechtelijke werking.

2.3 De formulering van het beding bepaalt de werking

Aan de hand van het arrest *Coface/Intergamma* kan worden gedestilleerd hoe een beding moet zijn geformuleerd om goederenrechtelijke werking te hebben en met welke formulering het slechts verbintenisrechtelijke werking heeft. Concreet komt het erop neer dat het volgende onderscheid wordt gemaakt tussen verbintenisrechtelijke bewoordingen en goederenrechtelijke bewoordingen:⁷

- Verbintenisrechtelijk: '*het is verboden*', '*het is niet toegestaan*', '*de schuldeiser mag niet*', '*de schuldeiser zal niet*' of '*de schuldeiser is niet bevoegd*', met zo mogelijk de toevoeging '*op straffe van een boete*';
- Goederenrechtelijk: '*de schuldenaar kan niet*', '*de vorderingen kunnen niet worden overgedragen*' of '*de vorderingen zijn onoverdraagbaar*', eventueel met de toevoeging '*als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW*'.⁸

⁶ HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, JOR 2014/151 (*Coface/Intergamma*), r.o. 3.4.2.

⁷ Zie ook A. Steneker, 'Aan de slag met Coface/Intergamma', ORP 2014/6, par. 3; W.J.G. Smits & T. Hekman, 'Coface/Intergamma in de praktijk: schipperen tussen rechtszekerheid en financierbaarheid', FIP 2016/119.

⁸ Met Rongen ben ik van mening dat een expliciete verwijzing naar art. 3:83 lid 2 BW niet nodig is voor de goederenrechtelijke werking van een beding. Zekerheidshalve is het opnemen hiervan wel verstandig, omdat een rechter mogelijk anders ten onrechte tot het oordeel komt dat het beding slechts verbintenisrechtelijk werking heeft. Zie Hof Den Bosch 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4428, JOR 2018/47, m.nt. M.H.E. Rongen.

³ Een vordering kan alleen worden verpand als deze overdraagbaar is. Zie HR 1 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:984, JOR 2022/269 (*Rabobank/Ten Berge q.q.*), r.o. 4.3.3.

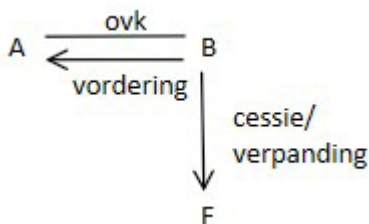
⁴ Zie voor deze problematiek ook F.E.J. Beekhoven van den Boezem & S. van Hengel, 'Wetsvoorstel opheffing verpandingsverboden aangenomen door de Tweede Kamer', Tvl 2024/29, par. 2.

⁵ HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0168, JOR 2003/52 (*Oryx/Van Eesteren*), r.o. 3.4.2.

De keuze voor bewoordingen uit de ene of de andere categorie bepaalt dus of het beding goederenrechtelijke werking of verbintenissenrechtelijke werking wordt toegekend. Aangezien de Hoge Raad het beding naar objectieve maatstaven uitlegt, is de partijbedoeling dus van ondergeschikt belang geworden. Zoals in paragraaf 4.1 wordt besproken is in de praktijk naar objectieve maatstaven echter niet altijd direct duidelijk welke werking een beding heeft, omdat regelmatig gebruik wordt gemaakt van een combinatie van verbintenissenrechtelijke en goederenrechtelijke bewoordingen.

2.4 Welke werking van het beding hebben partijen beoogd?

De uitkomst van *Coface/Intergamma* was verrassend. Want waarom zouden partijen beogen een beding slechts verbintenissenrechtelijke werking te geven als het ook goederenrechtelijke werking kan hebben? In het eerste geval kan de vordering, hoewel dat wanprestatie oplevert, nog steeds worden overgedragen, terwijl in het tweede geval zeker is dat de vordering niet wordt overgedragen. Om dit toe te lichten kunnen de schuldenaar (A), de schuldeiser (B) en de financier (F) worden onderscheiden, als volgt schematisch weergegeven:



De financier (F) heeft over het algemeen baat bij zo min mogelijk bedingen met goederenrechtelijke werking.⁹ F is echter geen contractspartij bij de overeenkomst tussen A en B, waardoor het belang van F niet bepalend zou moeten zijn voor de bedoeling die A en B met het beding hebben gehad. Het moge duidelijk zijn dat de schuldenaar (A) - in de regel de partij die het beding in de overeenkomst heeft opgenomen - juist wel de voorkeur geeft aan het goederenrechtelijke beding, want daarmee is A ervan verzekerd dat F de vordering van B niet kan overnemen. De bedoelingen c.q. belangen van A en F zijn dus tegenstrijdig.

Maar wat heeft de schuldeiser (B) beoogd bij het overeengekomen beding? Met Wibier ben ik van mening dat voor B een beding met goederen-

rechtelijke werking wenselijker is dan een beding met verbintenissenrechtelijke werking.¹⁰ De financier (F) zal in de financieringsvoorwaarden een verpanding van alle bestaande en toekomstige vorderingen hebben opgenomen. Indien A en B een cessieverbod zouden zijn overeengekomen, pleegt B met het accepteren van deze financieringsvoorwaarden automatisch wanprestatie tegenover A. Daarmee ontstaat een schadevergoedingsplicht van B jegens A. Wibier wil zelfs zo ver gaan dat daarmee voor A de bevoegdheid kan ontstaan de overeenkomst met B te ontbinden. Dit kan in de financieringsrelatie tussen B en F op grond van een zogenaamde *cross default*-bepaling ertoe leiden dat B ook tegenover F wanpresteert.¹¹ Mijns inziens heeft dus niet alleen schuldenaar A, maar ook schuldeiser B meer baat bij een goederenrechtelijk beding dan een verbintenissenrechtelijk beding. Op grond van voorgaande redenering kan zelfs worden betwijfeld of financiers er uiteindelijk wel echt baat bij hebben om bedingen verbintenissenrechtelijke werking toe te kennen. Een goederenrechtelijk onoverdraagbaarheidsbeding verdient daarom in algemene zin de voorkeur boven een verbintenissenrechtelijk cessieverbod. Dit is het eerste uitgangspunt waar ik in paragraaf 5 op terugkom.

3. De strekking van de Wet opheffing verpandingsverboden

Het in paragraaf 2 besproken arrest *Coface/Intergamma* maakte duidelijk dat het wenselijk was om de werking van onoverdraagbaarheidsbedingen en cessieverboden te heroverwegen. Dit werd toentertijd al langer in de literatuur bepleit.¹² Dit heeft uiteindelijk geleid tot de Wet opheffing verpandingsverboden, waarvan het conceptwetsvoorstel in 2018 in internetconsultatie is gegaan. Het uiteindelijke wetsvoorstel is in 2020 ingediend. In deze paragraaf bespreek ik de achtergrond en het doel van het wetsvoorstel (par. 3.1) en de twee nieuwe leden die door de wet aan art. 3:83 BW zijn toegevoegd (par. 3.2 en 3.3).

3.1 Achtergrond en doel van het wetsvoorstel

De wetgever acht de praktijk waarin de overdraagbaarheid van vorderingen op grote schaal werd uitgesloten onwenselijk, waarbij hij specifiek de bouwsector noemt.¹³ De kredietverlening aan

⁹ *Coface/Intergamma* is het resultaat van een proefprocedure, waarvan wordt aangenomen dat dit in het voordeel van de banken heeft uitgespeeld. Zie F.M.J. Verstijlen, 'Niet-overdrachts- en niet-verpandingsbedingen in de financieringspraktijk', *WPNR* 7134 (2017) en Stenekker, *ORP* 2014/6.

¹⁰ R.M. Wibier, 'De Hoge Raad op drift?', *WPNR* 7046 (2015), p. 52. Zie anders: F.M. van Cassel - van Zeeland, 'Cessieverbod in de bouw: de wanprestatie van de aannemer', *TBR* 2019/134. Van Cassel betoogt dat de schuldeiser baat heeft bij een verbintenissenrechtelijk beding om zo meer vrijheid te hebben (par. 8). Volgens Van Cassel heeft de schuldeiser zelden last van de wanprestatie die hij pleegt bij de cessie of verpanding van een vordering waarvoor een verbintenissenrechtelijk cessieverbod geldt (par. 16).

¹¹ Wibier, *WPNR* 7046 (2015), p. 52.

¹² Zie annotatie B.A. Schuijling, par. 10 in: HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, *JOR* 2014/151 (*Coface/Intergamma*).

¹³ MvT, *Kamerstukken II* 2019-2020, 35 482, nr. 3, p. 1.

het bedrijfsleven, in het bijzonder het MKB, zou hierdoor worden aangetast. Onoverdraagbare vorderingen kunnen immers niet worden ingezet als zekerheid voor kredieten. De wetgever beoogt met de wet *'te komen tot een navenante verruiming van het kredietpotentieel voor het bedrijfsleven, in het bijzonder voor het midden- en kleinbedrijf'*. De wetgever verwijst daarbij naar een schatting die uitgaat van een extra kredietruimte van 1 miljard euro voor het MKB.¹⁴

Naar aanleiding van de internetconsultatie in 2018 en het wetgevingstraject dat daarop volgde, is in de literatuur (en in reacties op de internetconsultaties) uitgebreid aandacht besteed aan de wenselijkheid en vormgeving van het wetsvoorstel, onder anderen door Wibier in het TBR.¹⁵ Ik benoem kort de voor de schuldenaar gesignaleerde bezwaren van toename van de administratieve last en het risico op betaling aan de verkeerde partij.¹⁶ De wetgever heeft hieraan tegemoet willen komen door de invoering van een schriftelijkheidsvereiste voor de mededelingen van cessie en verpanding.¹⁷ Aan de toegevoegde waarde daarvan wordt echter getwijfeld.¹⁸ Aangezien de wet inmiddels is ingevoerd, laat ik de discussie hier verder voor wat zij is.

3.2 De nieuwe uitzondering in lid 3

De belangrijkste wijzigingen van de op 1 juli 2025 in werking getreden Wet opheffing verpandingsverboden zijn het nieuwe lid 3 en 4 van art. 3:83 BW.¹⁹ Lid 3 maakt een fundamentele uitzondering op de mogelijkheid van lid 2 om de overdraagbaarheid van vorderingsrechten uit te sluiten. Lid 3 bepaalt:

'Uitsluiting van de overdraagbaarheid of verpandbaarheid is niet mogelijk als het een geldvordering op naam betreft die voortkomt uit de uitoefening van een beroep of bedrijf. Een beding tussen schuldeiser en schuldenaar dat ertoe strekt de overdraagbaarheid of verpandbaarheid van een dergelijke geldvordering geheel of gedeeltelijk uit te sluiten dan wel vervreemding of verpanding ervan tegen te gaan, is nietig.'

¹⁴ MvT, *Kamerstukken II* 2019-2020, 35 482, nr. 3, p. 1-2.

¹⁵ R.M. Wibier, 'Het onoverdraagbaarheidsbeding in de bouw', *TBR* 2022/122. Zie verder: Beekhoven van den Boezem & Van Hengel, *Tvl* 2024/29; R.M. Wibier, 'Wet inperking contractsvrijheid', *WPNR* 7410 (2023); W.H.B.K. Nieuwesteeg, 'Verdeel de nadelen van het opheffen van verpandingsverboden', *WPNR* 7347 (2021); M.H.E. Rongen, 'De Wet opheffing verpandingsverboden. Een kritische bespreking van de nieuwe regeling van art. 3:83 lid 3 en 4, 3:94 lid 5 en 3:239 lid 5 BW, alsmede van het overgangsrecht', *O&F* 2020/4.

¹⁶ Rongen beschouwt de administratieve kosten echter als kosten die horen tot de normale bedrijfsvoering en het risico op niet-bevrijdende betaling als een normaal bedrijfsrisico. Zie Rongen, *O&F* 2020/4.

¹⁷ MvT, *Kamerstukken II* 2019-2020, 35 482, nr. 3, p. 13-14.

¹⁸ De schriftelijke mededeling was al staande praktijk. Zie: Nieuwesteeg, *WPNR* 7347 (2021), par. 2, onder verwijzing naar het advies van het Adviescollege Toetsing Regeldruk. Zie ook: Beekhoven van den Boezem & Van Hengel, *Tvl* 2024/29, par. 4.

¹⁹ Het oude art. 3:83 lid 3 BW is doorgenummerd naar lid 5.

Bepalend is of het gaat om een geldvordering op naam die voortkomt uit de uitoefening van een beroep of bedrijf. Het gaat om zakelijke geldvorderingen op naam van ondernemingen die zijn ontstaan in het reguliere handelsverkeer.²⁰ Rongen neemt aan dat dit begrip ruim dient te worden opgevat, zodat ook geldvorderingen die *ten behoeve van of in verband met* de beroeps- of bedrijfsuitoefening zijn verkregen daaronder vallen. Als voorbeeld van vorderingen die ook onder de reikwijdte vallen noemt hij schadevergoedingsvorderingen uit wanprestatie of onrechtmatige daad en (wettelijke of contractuele) ongedaanmakingsvorderingen in verband met ontbinding, opzegging, vernietiging of nietigheid van de onderliggende overeenkomst.²¹ Met Rongen deel ik de mening dat een ruime reikwijdte de rechtszekerheid ten goede komt. Op deze manier vallen alle vorderingen die opdrachtgever en opdrachtnemer uit hoofde of in verband met een aannemingsovereenkomst op elkaar hebben onder het verbod. Dat schept duidelijkheid voor alle betrokken partijen.²²

Het nieuwe lid 3 bepaalt verder dat de sanctie is dat deze onoverdraagbaarheidsbedingen nietig zijn. Deze nietigheidssanctie is niet nodig voor bedingen met goederenrechtelijke werking, omdat uit de wet zelf al volgt dat overdracht van deze geldvorderingen niet uitgesloten kan worden.²³ De nietigheidssanctie is wel van belang voor verbintenisrechtelijke cessieverboden. Die zijn door deze bepaling nietig, hoewel de plaatsing van deze verbintenisrechtelijke nietigheidsbepaling in Boek 3 BW ongelukkig is.²⁴

3.3 De G-rekening in lid 4: een uitzondering op de uitzondering

Het nieuwe lid 4 geeft in de aanhef en sub a t/m d een viertal uitzonderingen op de in lid 3 opgenomen regel. De gevallen in sub a t/m c betreffen het betalings- en effectenverkeer en zijn daarmee weinig relevant voor de bouwpraktijk. Sub d is dat daarentegen wel. Lid 4 aanhef en sub d luiden:

'Het voorgaande lid is niet van toepassing op geldvorderingen:

(...)

d. die op grond van een overeenkomst als bedoeld in de artikelen 34, derde lid, 35, vijfde lid, of 35a, vierde lid, Invoeringswet 1990 zullen worden betaald op een bankrekening die wordt gehouden ten behoeve

²⁰ MvT, *Kamerstukken II* 2019-2020, 35 482, nr. 3, p. 3 en Nota n.a.v. het verslag, *Kamerstukken II* 2022-2023, 35 482, nr. 6, p. 5.

²¹ Rongen, *O&F* 2020/4, p. 35-36.

²² Ook Broere en Den Hollander delen deze visie. Zie M. Broere & R.J. den Hollander, 'Wet opheffing verpandingsverboden - wat is de strekking?', *MvO* 2025/5 & 6.

²³ Zie ook Beekhoven van den Boezem & Van Hengel, *Tvl* 2024/29, p. 241 en F.M.J. Verstijlen, 'De Wet opheffing verpandingsverboden', *WPNR* 7203 (2018), p. 577.

²⁴ Zie ook Beekhoven van den Boezem & Van Hengel, *Tvl* 2024/29, p. 241.

van de betaling van loonbelasting, omzetbelasting en sociale verzekeringspremies.²⁵

De uitzondering bepaalt kort gezegd dat de uitsluiting van lid 3 niet geldt voor vorderingen die op een G-rekening zullen worden betaald.²⁵ De wetgever geeft aan dat hoofdaannemers er belang bij hebben op de G-rekening van de onderaannemer te kunnen betalen, omdat zij zich hierdoor kunnen bevrijden uit hun ketenaansprakelijkheid. Ook de fiscus heeft hier belang bij, want zo kan het eenvoudiger loonbelastingen innen.²⁶ De wetgever heeft willen voorkomen dat betaling op de G-rekening met een onoverdraagbaarheidsbeding kan worden doorkruist. Door de in lid 4 opgenomen uitzondering op de uitzondering kan de overdraagbaarheid van geldvorderingen die op de G-rekening betaald zullen worden nog wél worden uitgesloten.

Een effectief onoverdraagbaarheidsbeding is voor de bouwpraktijk na invoering van de Wet opheffing verpandingsverboden dus nog steeds van belang. Alleen op die manier kunnen vorderingen die op de G-rekening betaald zullen worden onoverdraagbaar worden gemaakt. Dit wordt verder besproken in paragraaf 5.2.

4. Bedingen in de bouwpraktijk tot nu toe: een beperkt succes

Zoals ik signaleerde in de inleiding hebben onoverdraagbaarheidsbedingen in bouwcontracten tot op heden vaak niet optimaal gefunctioneerd. Deze paragraaf analyseert en onderbouwt waar dat aan ligt: eerst voor bedingen naar oud recht (par. 4.1), vervolgens voor een aantal bedingen waarin het nieuwe recht al is verwerkt (par. 4.2) en tot slot voor de UAV en UAV-GC, die afwijken van wat in de rest van de bouwpraktijk gebruikelijk is (par. 4.3).

4.1 Bedingen naar oud recht

Voor de inwerkingtreding van de Wet opheffing verpandingsverboden werd in bouwcontracten op grote schaal gebruik gemaakt van onoverdraagbaarheidsbedingen en cessieverboden.²⁷ Dat betekent echter niet dat dit doelmatig werd gedaan. Het arrest *Coface/Intergamma* uit 2014 heeft duidelijk gemaakt dat de bewoording van het beding bepaalt of sprake is van goederenrechtelijke of verbintenissenrechtelijke werking. Bewoordingen in termen van 'verboden' en 'niet mogen' duiden op verbintenissenrechtelijke werking en bewoordingen in termen van 'niet kunnen' duiden op goederenrechtelijke werking.²⁸ Een goederenrechtelijk onoverdraagbaar-

heidsbeding heeft de voorkeur boven een verbintenissenrechtelijk cessieverbod. Dit maakt de overdracht, in belang van de schuldenaar, per definitie onmogelijk. Ook voor de schuldeiser is de wanprestatie die voortvloeit uit een verbintenissenrechtelijk cessieverbod onwenselijk.²⁹ Op basis hiervan zou worden verwacht dat opstellers van bouwcontracten en algemene voorwaarden na 2014 massaal zijn gaan kiezen voor goederenrechtelijke bewoordingen om zo de goederenrechtelijke werking van het beding veilig te stellen. Dat is echter niet zo.

Wibier heeft in zijn artikel in het TBR van december 2022 een overzicht gegeven van de onoverdraagbaarheidsbedingen en cessieverboden in algemene (inkoop)voorwaarden van negen grote Nederlandse aannemers: BAM, VolkerWessels, Boskalis, Heijmans, Strukton, TBI, Dura Vermeer, Ballast Nedam en Van Wijnen.³⁰ Ik merk op dat het feit dat zij aannemers zijn, betekent dat zij in relatie tot hun opdrachtgevers zijn aan te merken als schuldeiser. In die relatie zullen zij geen onoverdraagbaarheidsbeding of cessieverbod willen overeenkomen. In relatie tot hun onderaannemers zijn zij aan te merken als schuldenaar en zijn zij dus wel gebaat bij zo'n beding. Als het goed is zouden de betreffende bedingen dus alleen in de inkoopvoorwaarden van de aannemers moeten staan en niet in hun verkoopvoorwaarden.

In vier van de negen door Wibier onderzochte bedingen uit de algemene voorwaarden zijn goederenrechtelijke bewoordingen gebruikt. Dat zijn de bedingen van Heijmans, TBI, Dura Vermeer en Ballast Nedam. Daarvan kan dus worden aangenomen dat zij goederenrechtelijke werking hebben. Eén van de negen bedingen, dat van Boskalis, is verbintenissenrechtelijk geformuleerd. Dit beding heeft dus slechts verbintenissenrechtelijke werking.

Daarmee blijft er nog een derde categorie over voor de overige vier van de negen algemene voorwaarden van VolkerWessels,³¹ BAM, Strukton en Van Wijnen. Dit is de categorie waarin een verbintenissenrechtelijk geformuleerd beding wordt gevolgd door de toevoeging dat dit beding goederenrechtelijke werking heeft, vaak met een expliciete verwijzing naar art. 3:83 lid 2 BW. Deze categorie noem ik in het vervolg voor het leesgemak het 'hybride' beding.

²⁹ Zie par. 2.4.

³⁰ Wibier, TBR 2022/122, p. 834-835.

³¹ Uit het artikel van Wibier blijkt niet om welke divisie van VolkerWessels het gaat en om welke versie van de algemene voorwaarden. Het betreffende beding is goederenrechtelijk geformuleerd, maar spreekt daarnaast ook over het verbintenissenrechtelijke 'mag niet'. Daarom wordt het toch in deze derde categorie geplaatst. De algemene inkoopvoorwaarden van VolkerWessels Bouw & Vastgoedontwikkeling B.V. uit november 2023 (geraadpleegd via <www.vwml.nl/nl/algemene-voorwaarden>) maken gebruik van een verbintenissenrechtelijk beding gevolgd door de toevoeging dat dit beding goederenrechtelijke werking heeft. Dat past ook in deze derde categorie.

²⁵ Zie par. 5.2 voor het doel en de achtergrond van de G-rekening.

²⁶ MvT, Kamerstukken II 2019-2020, 35 482, nr. 3, p. 12.

²⁷ Zie par. 1.

²⁸ Zie par. 2.3.

De vraag rijst of de enkele toevoeging dat het beding goederenrechtelijke werking heeft ervoor zorgt dat het hybride beding niet alleen verbintenisrechtelijke, maar ook goederenrechtelijke werking heeft. Dat is niet altijd direct duidelijk. Een voorbeeld hiervan is de procedure tussen Bouwcombinatie AZC Ter Apel V.O.F. en BAM.³² In de overeenkomst tussen de bouwcombinatie en BAM was een verbintenisrechtelijk geformuleerd cessieverbod opgenomen met de toevoeging: *‘Overdraagbaarheid van voornoemde vorderingen is uitgesloten als bedoeld in artikel 3:83 lid 2 BW’*. De rechtbank kwam in eerste aanleg tot het oordeel dat de formulering als verbod erop duidt dat het beding verbintenisrechtelijke en geen goederenrechtelijke werking heeft. In hoger beroep kwam het hof vanwege de hier geciteerde slotzin tot het oordeel dat het beding wel goederenrechtelijke werking had.³³

‘De tweede zin van het beding bevat niet slechts een verwijzing naar artikel 3:83 lid 2 BW, hetgeen al een sterke aanwijzing vormt dat goederenrechtelijke werking is beoogd, maar houdt een uitspraak in over de overdraagbaarheid van het vorderingsrecht als zodanig’.

Ook al heeft de procedure uiteindelijk in het voordeel van BAM uitgepakt, het moge duidelijk zijn dat het onwenselijk is en ook niet in belang van BAM om in twee instanties te moeten procederen om de goederenrechtelijke werking van het beding vast te stellen. Om tot die conclusie te komen heeft het hof meegewogen dat in de slotzin van het beding expliciet is opgenomen dat de overdraagbaarheid van de vorderingen is uitgesloten. Dat is een goederenrechtelijke formulering. Het is niet duidelijk of het hof tot hetzelfde oordeel was gekomen als in de slotzin enkel had gestaan dat dit beding goederenrechtelijke werking heeft als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW, zoals ook vaak in hybride bedingen is opgenomen. Mijns inziens blijft het verdedigbaar dat de enkele verwijzing naar de goederenrechtelijke werking van art. 3:83 lid 2 BW niet maakt dat een beding dat volledig is gericht op de *verplichtingen* van de schuldeiser ook daadwerkelijk goederenrechtelijke werking heeft. Voor goederenrechtelijke werking is vereist dat de onoverdraagbaarheid een *eigenschap* van de vordering is.

Omdat rechters veel waarde hechten aan een expliciete verwijzing naar art. 3:83 lid 2 BW,³⁴ komt een schuldenaar waarschijnlijk wel weg met een hybride beding. Wenselijk is dat echter niet. Tot de tijd dat partijen daarover een finale uitspraak hebben, verkeren zij in rechtsonzekerheid over de

werking van het beding. Serië signaleert de onzekerheid of goederenrechtelijke werking effectief aan een beding is toegekend dan ook als probleem waar men in de praktijk mee worstelt.³⁵ De hier besproken hybride bedingen zijn daar een duidelijk voorbeeld van. Om deze onzekerheid tegen te gaan valt een volledig goederenrechtelijk geformuleerd beding steeds te verkiezen boven een hybride beding waarin goederenrechtelijke werking wordt toegekend aan verbintenisrechtelijke bewoordingen. Dit is het tweede uitgangspunt waar ik in paragraaf 5 op terugkom.

4.2 Bedingen waarin het nieuwe recht is verwerkt

Het onderzoek van Wibier in het TBR van december 2022 is inmiddels drie jaar oud. Het is interessant om na te gaan of de onderzochte negen grote Nederlandse aannemers sindsdien hun algemene voorwaarden hebben aangepast op de inwerkingtreding van de Wet opheffing verpandingsverboden.

Heijmans, TBI, Dura Vermeer en Ballast Nedam hebben hun algemene inkoopvoorwaarden allen nog niet aangepast op de Wet opheffing verpandingsverboden. Zij hanteren allemaal nog dezelfde goederenrechtelijke onoverdraagbaarheidsbedingen.³⁶ Strukton heeft het beding in haar algemene voorwaarden in 2024 aangepast. Het beding is nog niet aangepast op de inwerkingtreding van de wet, maar de formulering is nu wel verbeterd naar een zuiver goederenrechtelijk onoverdraagbaarheidsbeding.³⁷

Boskalis had in 2022 als enige van de besproken aannemers een louter verbintenisrechtelijk cessieverbod. In de huidige algemene inkoopvoorwaarden van Boskalis die dateren van maart 2023 is helemaal geen cessieverbod of onoverdraagbaarheidsbeding meer opgenomen. Het is niet duidelijk of Boskalis toen al heeft willen voorsorteren op de inwerkingtreding van de wet. Wel staat in art. 12.3 van de voorwaarden dat opdrachtgever met de betaling van een gedeelte van de prijs op de G-rekening *‘jegens Opdrachtnemer voor deze bedragen geheel is gekweten’*. Dit lijkt de overdraagbaarheid van het deel van de vordering dat op de G-rekening betaald zal worden niet in te perken. Alleen *‘jegens Opdrachtnemer’* is betaling op de G-rekening bevrijdend. Naar objectieve maatstaven blijkt uit deze bepaling niet

³² Hof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3980. Zie ook Van Cassel, *TBR* 2019/134, par. 14.

³³ Hof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3980, r.o. 5.7 en 5.8.

³⁴ Smits & Hekman, *FIP* 2016/119.

³⁵ V.P.G. de Serië, ‘Belemmeringen bij gebruik van vorderingen voor de financiering van bedrijven’, *Ondernemingsrecht* 2015/2, par. 2.

³⁶ Dura Vermeer heeft haar algemene inkoopvoorwaarden in januari 2023 gewijzigd. Hierin staat nog hetzelfde beding als in de door Wibier besproken voorwaarden (geraadpleegd via: <www.duravermeer.nl/opdrachtnemers>).

³⁷ Algemene Inkoopvoorwaarden Strukton Groep N.V. april 2024 (geraadpleegd via: <strukton.nl/about-us/voor-leveranciers/>).

dat een dergelijke betaling ook jegens een eventuele cessionaris of pandhouder bevrijdend is.³⁸

Drie aannemers, VolkerWessels, BAM, Strukton en Van Wijnen, hebben hun algemene voorwaarden aangepast op de inwerkingtreding van de Wet opheffing verpandingsverboden. In de algemene voorwaarden van VolkerWessels staat:³⁹

‘Artikel 26 - Verbod van cessie en verpanding

1. Het is de Opdrachtnemer verboden om zijn uit de Overeenkomst voortvloeiende geldvorderingen die door de Opdrachtgever op de G-rekening van de Opdrachtnemer (moeten) worden gestort (G-gelden) aan een derde te cederen, te verpanden of onder welke titel dan ook in eigendom over te dragen. Ten aanzien van de geldvorderingen genoemd in de vorige zin is overdraagbaarheid uitgesloten als bedoeld in artikel 3:83 lid 2 Burgerlijk Wetboek, welke uitsluiting goederenrechtelijk effect heeft.’

In de algemene voorwaarden van BAM staat:⁴⁰

‘Artikel 24. Verbod van cessie / uitbesteding

1. Zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de Opdrachtgever is het de Opdrachtnemer verboden om vorderingen die de Opdrachtnemer op grond van een overeenkomst als bedoeld in de artikelen 34, derde lid, 35, vijfde lid, of 35a, vierde lid, Invorderingswet 1990 betaalt op een bankrekening die wordt gehouden ten behoeve van de betaling van loonbelasting, omzetbelasting en sociale verzekeringspremies te cederen, te verpanden of anderszins over te dragen.’

In de algemene voorwaarden van Van Wijnen staat:⁴¹

‘Artikel 17 Verbod overdracht en afstand rechten

17.1 Het is Opdrachtnemer niet toegestaan om uit de Overeenkomst voortvloeiende vorderingen op Van Wijnen die ten gunste van de G-rekening van Opdrachtnemer dienen te worden betaald - zoals bedoeld in artikel 3:83 lid 4 sub d BW - aan een derde te cederen, te verpanden of onder andere titel over te dragen.

17.2 Artikel 17.1 AV heeft goederenrechtelijke werking als bedoeld in artikel 3:83 lid 2 BW.’

Alle drie de aannemers hebben enkel beoogd de overdraagbaarheid van vorderingen die op de G-rekening betaald zullen worden uit te sluiten of

te beperken. Dit conform de uitzondering in art. 3:83 lid 4 aanhef en sub d BW. Daarmee accepteren zij dat alle andere vorderingen wel overdraagbaar zijn, ook in het hypothetische geval dat zij niet zijn aan te merken als geldvordering op naam die voortkomen uit de uitoefening van een beroep of bedrijf (art. 3:83 lid 3 BW).⁴²

VolkerWessels, BAM en Van Wijnen hadden in 2022 alle drie hybride geformuleerde bedingen.⁴³ VolkerWessels en Van Wijnen hebben op dat punt hun op de nieuwe wet aangepaste bedingen niet gewijzigd. Dit zijn nog steeds verbintenrechtelijk geformuleerde bedingen met een goederenrechtelijke toevoeging. Opvallender is het nieuwe beding van BAM. Dit is nu zuiver verbintenrechtelijk geformuleerd, zonder verwijzing naar goederenrechtelijk effect. Het beding is wat dat betreft een achteruitgang ten opzichte van het beding dat BAM in 2022 nog hanteerde. De onderaannemer van BAM kan de vorderingen die op de G-rekening betaald zullen worden dus nog steeds cederen, zij het dat de onderaannemer dan wanprestatie pleegt. Gelet op de in paragraaf 5.4 te bespreken vermoedelijke partiële nietigheid van het beding, was het waarschijnlijk effectiever geweest als BAM haar oude beding ongewijzigd had gelaten dan om het te vervangen voor dit niet-goederenrechtelijke cessieverbod.

4.3 De UAV en UAV-GC een vreemde eend in de bijt

De door de wetgever signaleerde praktijk dat vorderingsrechten op grootschalige, zo niet categorische, wijze worden uitgesloten⁴⁴ wordt niet gevolgd in de UAV en de UAV-GC. De UAV en UAV-GC verdienen daarom afzonderlijke bespreking in deze paragraaf.

De tekst in § 43 lid 1 UAV 2012 is sinds de UAV 1968 en de UAV 1989 ongewijzigd gebleven en luidt:

‘De aannemer zal het recht op het saldo, bedoeld in § 40, eerste lid, geheel of gedeeltelijk kunnen cederen of in pand geven.’

§ 37 van de UAV-GC 2025 luidt:⁴⁵

‘De Opdrachtnemer kan het recht op het saldo, bedoeld in § 3 lid 12 geheel of gedeeltelijk cederen of in pand geven.’

³⁸ Zie par. 2.2 voor de uitlegmaatstaf.

³⁹ VolkerWessels Infrastructuur (VolkerWessels Nederland B.V.). Het gaat om de Algemene Inkoopvoorwaarden VolkerWessels Infrastructuur Versie 2024 (geraadpleegd via: <www.vwinfra.nl/actueel/downloads>).

⁴⁰ Algemene inkoopvoorwaarden (AIV) Koninklijke BAM Groep N.V. versie 1 juli 2024 (geraadpleegd via: <www.bam.com/nl/ketenpartners/inkoopvoorwaarden>).

⁴¹ Algemene voorwaarden Van Wijnen Groep B.V. versie juli 2025 (geraadpleegd via: <www.vanwijnen.nl/algemene-voorwaarden>).

⁴² Zie par. 3.2 en par. 5.1.

⁴³ Zie de in par. 4.1 besproken derde categorie.

⁴⁴ MvT, *Kamerstukken II* 2019-2020, 35 482, nr. 3, p. 1.

⁴⁵ De tekst in § 37 UAV-GC 2005 is hetzelfde. Alleen werd in de UAV-GC 2005 voor het saldo verwezen naar § 3 lid 9. Inhoudelijk is dit geen wijziging.

De tekst van de UAV 1989 en 2012 is woordelijk overgenomen in de UAV-GC 2005 en 2025, zo wordt ook aangegeven in de Toelichtingen op de UAV-GC 2005 en 2025. De opstellers en herziemers van de UAV-GC 2005 en 2025 lijken daarmee weinig tot geen afzonderlijke aandacht aan deze bepaling te hebben besteed.

Anders dan alle in dit artikel besproken onoverdraagbaarheidsbedingen en cessieverboden, zijn deze bepalingen uit de UAV en UAV-GC niet negatief, maar positief geformuleerd. De aannemer wordt expliciet het recht op cessie en verpanding toegekend. Opvallend is echter wel dat dit recht wordt toegekend ten aanzien van het saldo, zijnde de aanneemsom verhoogd en/of verlaagd met de overige bedragen die aan of door de aannemer ter zake van de overeenkomst verschuldigd zijn.⁴⁶ Hoe verhoudt dit saldo zich tot de in art. 3:83 lid 1 BW bedoelde vorderingsrechten?

Men dient zich te realiseren dat § 43 lid 1 in 1968 is opgesteld onder het oud BW. Van Wijngaarden licht toe dat de UAV 1968 in § 43 lid 1 hebben getracht de positie van de *opdrachtgever* te verbeteren door te bepalen dat het saldo (en niet de aanneemsom) kan worden gecedeerd of in pand gegeven. Anders dan de voor de aannemer positief geformuleerde tekst van § 43 lid 1 UAV wellicht doet vermoeden, hebben de opstellers van de UAV hiermee dus ook (gedeeltelijk) willen tegemoetkomen aan de positie van de opdrachtgever. De reden hiervan is dat – zo ik van Van Wijngaarden begrijp – de opdrachtgever onder het oud BW tegenover de cessionaris, afhankelijk van de wijze van totstandkoming van de cessie, niet altijd de bevoegdheid had om bedragen die de aannemer aan opdrachtgever verschuldigd was (zoals de korting van § 42 UAV) te verrekenen met de vordering die de cessionaris op de opdrachtgever probeert te innen (zoals de aanneemsom).⁴⁷

Onder het huidig BW speelt dit euvel niet meer. Een schuldenaar kan alle verweermiddelen die hij of zij tegenover de schuldeiser heeft, ook inroepen tegenover een cessionaris of pandhouder, waaronder ook te verrekenen vorderingen. Na de invoering van het huidig BW in 1992 was § 43 lid 1 UAV dus niet meer nodig. Het was mijns inziens beter geweest als de bepaling toen geheel uit de UAV was verwijderd, om elke discussie over de vraag hoe deze bepaling zich verhoudt tot art. 3:83 BW te voorkomen.⁴⁸ Desalniettemin is § 43 lid 1 in

de UAV blijven staan. De bepaling is zelfs geïntroduceerd in § 37 UAV-GC 2005, terwijl de UAV-GC 2005 van latere datum is dan het huidige BW.

In de literatuur bestaat discussie over de vraag of de verwijzing naar het saldo in § 43 lid 1 UAV betekent dat tussentijdse termijnbetalingen niet voor cessie of verpanding vatbaar zijn dan wel dat zij niet kunnen worden geïnd door een cessionaris of pandhouder.⁴⁹ Mijns inziens hoefde daar onder het huidige BW geen onduidelijkheid over te bestaan. Naar objectieve maatstaven blijkt uit de positieve formulering van § 43 lid 1 UAV niet dat partijen de overdraagbaarheid van tussentijdse termijnbetalingen goederenrechtelijk hebben willen uitsluiten.⁵⁰ Dat sluit nog niet uit dat er wel een verbintenisrechtelijk gedeeltelijk cessieverbod is overeengekomen, maar ook dat zou ik op basis van deze positieve formulering en de door Van Wijngaarden geschetste achtergrond van de bepaling niet willen aannemen. De inwerkingtreding van de Wet opheffing verpandingsverboden beslecht deze discussie in elk geval. De overdraagbaarheid van termijnbetalingen kan op grond van art. 3:83 lid 3 BW niet meer worden uitgesloten of tegengegaan.

5. Lessen voor de bouwpraktijk onder de nieuwe wet

Op basis van de vorige paragrafen tekent zich een beeld af hoe partijen in hun aannemingsovereenkomsten kunnen omgaan met de overdraagbaarheid van vorderingen onder de Wet opheffing verpandingsverboden. Twee uitgangspunten heb ik hierin meegenomen: goederenrechtelijke onoverdraagbaarheidsbedingen zijn te verkiezen boven verbintenisrechtelijke cessieverboden (par. 2.4) en de rechtszekerheid vereist dat consequente bewoordingen worden gekozen in de bedingen (par. 4.1). In deze paragraaf maak ik concreet wat dit betekent voor overeenkomsten waarbij geen én wel vorderingen op de G-rekening zullen worden betaald (par. 5.1 en 5.2), alsook voor de UAV en UAV-GC (par. 5.3). In paragraaf 5.4 resteert nog één vraag ter bespreking: is het nodig om bestaande aannemingsovereenkomsten aan te passen op de nieuwe wet?

5.1 Nieuwe overeenkomsten zonder betaling op de G-rekening

Bij een aannemingsovereenkomst tussen een aannemer en een opdrachtgever, die niet kan worden aangemerkt als eigenbouwer,⁵¹ zullen geen vorderingen op de G-rekening worden betaald. De uitzondering van art. 3:83 lid 4 aanhef en sub d BW is net als de andere uitzonderingen in dat

⁴⁶ Het saldo als bedoeld in § 40 lid 1 UAV 1968 / 1989 / 2012, § 3 lid 9 UAV-GC 2005 en § 3 lid 12 UAV-GC 2025.

⁴⁷ M.A. van Wijngaarden, *Handleiding tot de U.A.V.*, Den Haag: IBR 1974, nr. 397-398.

⁴⁸ Van Cassel ziet dat anders. Volgens hem worden misverstanden voorkomen door de duidelijke vermelding dat de aannemer het recht heeft om geheel of gedeeltelijk tot cessie of verpanding over te gaan. Zie Van Cassel, *TBR* 2019/134, par. 14.

⁴⁹ M.A.B. Chao-Duivis, *Handboek UAV, heden en toekomst*, Den Haag: IBR 2025, p. 1404-1406.

⁵⁰ HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, *JOR* 2014/151 (*Coface/Intergamma*), r.o. 3.4.2. Zie par. 2.2.

⁵¹ Zie hierover meer in par. 5.2.

lid dan niet van toepassing. De regel van art. 3:83 lid 3 BW geldt onverkort. Alle geldvorderingen op naam die voortkomen uit de uitoefening van een beroep of bedrijf zijn overdraagbaar. Onverdraagbaarheidsbedingen en cessieverboden zijn nietig. Wat mij betreft is hier het beste om helemaal *geen* onoverdraagbaarheidsbeding of cessieverbod in de overeenkomst op te nemen.

Bedacht kan worden dat het theoretisch gezien mogelijk is dat een enkele vordering niet onder het verbod van art. 3:83 lid 3 BW valt. Moeten partijen daarvoor toch een onoverdraagbaarheidsbeding willen opnemen? Mijs inziens is het antwoord daarop nee. Zoals hiervoor besproken dient art. 3:83 lid 3 BW waarschijnlijk ruim te worden opgevat, waardoor alle vorderingen die opdrachtgever en opdrachtnemer uit hoofde of in verband met de aannemingsovereenkomst op elkaar hebben daaronder vallen. De rechtszekerheid is er niet bij gebaat dat partijen alsnog een onoverdraagbaarheidsbeding opnemen voor het hypothetische geval dat een enkele vordering niet onder art. 3:83 lid 3 BW valt. Het is belangrijker dat de schuldenaar weet aan wie hij of zij bevrijdend kan betalen (de oorspronkelijke schuldeiser enerzijds dan wel de cessionaris of pandhouder anderzijds) dan dat hij of zij die ene hypothetische vordering toch bevrijdend kan betalen op het betalingsadres van zijn oorspronkelijke schuldeiser. Dit is ook de lijn die terug valt te zien bij VolkerWessels, BAM en Van Wijnen, die hun algemene voorwaarden al hebben aangepast op de Wet opheffing verpandingsverboden. Naast de vorderingen die betaald zullen worden op de G-rekening hebben zij niet getracht de overdracht van andersoortige vorderingen uit te sluiten of te verbieden.⁵²

5.2 Nieuwe overeenkomsten met betaling op de G-rekening

Op een aantal typen aannemingsovereenkomsten zal de uitzondering van art. 3:83 lid 4 aanhef en sub d BW van toepassing zijn. Dit geldt voor overeenkomsten waarin is bepaald dat vorderingen (bijvoorbeeld een deel van de prijs) zullen worden betaald op een zogenoemde G-rekening. Daarvan zal sprake zijn bij twee categorieën aannemingsovereenkomsten: (i) (onder)aannemingsovereenkomsten tussen (hoofd)aannemers en onderaannemers en (ii) aannemingsovereenkomsten tussen opdrachtgevers die zijn aan te merken als eigenbouwer en hun aannemers. Ik licht dit toe en bespreek vervolgens hoe in dit type overeenkomsten met onoverdraagbaarheidsbedingen kan worden omgegaan.

De G-rekening is een speciale geblokkeerde rekening bij een bank, waarvan het saldo uitsluitend

kan worden gebruikt voor de betaling van loon- en omzetbelasting en sociale verzekeringspremies. De belastingdienst heeft een eerste pandrecht op de G-rekening. De achtergrond hiervan is dat aannemers van werk en inleners van personeel op grond van art. 35 van de Invorderingswet 1990 ('IW 1990') tegenover de fiscus hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de niet betaalde loonbelasting en sociale verzekeringspremies van hun onderaannemers en iedere daaropvolgende onderaannemer, inclusief eventuele inleners (ketenaansprakelijkheid).⁵³ Art. 35 lid 5 IW 1990 bepaalt dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van de aannemer wordt vermindert met het bedrag dat hij of zij op de G-rekening heeft gestort.⁵⁴ De betaling op de G-rekening zorgt er dus in de eerste plaats voor dat de fiscus de belasting en premies kan innen en in de tweede plaats dat de aannemer voor het op de G-rekening betaalde bedrag niet langer hoofdelijk aansprakelijk is. Betaling op de G-rekening zal dus aan de orde zijn in (onder)aannemingsovereenkomsten tussen (hoofd)aannemer en onderaannemer.

In art. 35 IW 1990 worden met een aannemer gelijkgesteld degenen die zonder opdracht van een ander in de normale uitoefening van hun bedrijf een werk van stoffelijke aard uitvoeren.⁵⁵ Zij worden aangeduid als zogenaamde 'eigenbouwer'. In de praktijk worden onder andere woningcorporaties vaak aangemerkt als eigenbouwer.⁵⁶ Voor eigenbouwers geldt de ketenaansprakelijkheid voor loonheffingen net als voor (hoofd)aannemers, waardoor deze opdrachtgevers ook in de aannemingsovereenkomst zullen willen opnemen dat zij het gedeelte van de prijs dat voor loonheffingen bestemd is op de G-rekening zullen betalen.

Het is (hoofd)aannemers en opdrachtgevers die worden aangemerkt als eigenbouwer in relatie tot hun (onder)aannemers aan te raden om gebruik te maken van de hen in art. 3:83 lid 4 aanhef en sub d BW geboden mogelijkheid om de overdracht van vorderingen die op de G-rekening betaald zullen worden uit te sluiten. Doen zij dit niet, dan kunnen zij in geval van (openbare) cessie of verpanding niet bevrijdend betalen op de G-rekening, waardoor zij het risico lopen dat de fiscus hen hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de loonheffing van hun onderaannemers.⁵⁷

⁵³ Hetzelfde geldt voor inleners (art. 34 IW 1990) en opdrachtgevers in de kledingindustrie (art. 35a IW 1990). Art. 3:83 lid 4 sub d BW verwijst hier ook naar.

⁵⁴ Zie ter achtergrond MvT Kamerstukken II 2007-2008, 31 301, nr. 3, p. 1-2.

⁵⁵ Art. 35 lid 3 sub b IW 1990.

⁵⁶ Zie de brochure van de Belastingdienst 'Aansprakelijkheid voor loonheffingen bij onderaanneming' (ongedateerd) (geraadpleegd via: <www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/themaoverstijgend/brochures_en_publicaties/aansprakelijkheid_voor_loonheffingen_bij_onderaaneming>).

⁵⁷ Zie ook par. 3.3.

⁵² Zie par. 4.2.

Het beding waarin zij deze uitsluiting opnemen kan het beste worden geformuleerd als goederenrechtelijk onoverdraagbaarheidsbeding.⁵⁸ Een cessieverbod voorkomt immers niet dat de cessie of verpanding plaatsvindt. De schuldenaar kan dan nog steeds niet bevrijdend betalen op de G-rekening, terwijl dat juist het doel van het beding zou moeten zijn.⁵⁹ Voor optimale rechtszekerheid kan het beding het beste zuiver goederenrechtelijk worden geformuleerd, zonder gebruik te maken van verbintenissenrechtelijke bewoordingen zoals in het hiervoor besproken 'hybride' beding.⁶⁰ Ik merk op dat dit niet is hoe de aannemers VolkerWessels, BAM en Van Wijnen hun algemene voorwaarden op dit moment op de Wet opheffing verpandingsverboden hebben aangepast.⁶¹

De overdracht van andere vorderingen dan de vorderingen die op de G-rekening betaald zullen worden kunnen het beste *niet* worden uitgesloten, om dezelfde redenen als besproken in paragraaf 5.1.

5.3 Aanpassing van de UAV en UAV-GC

Zoals ik in paragraaf 4.3 heb betoogd, konden § 43 lid 1 UAV en § 37 UAV-GC al voor invoering van de Wet opheffing verpandingsverboden uit de UAV worden verwijderd. De invoering van de Wet opheffing verpandingsverboden maakt dat niet anders. Door de in het wetgevingstraject gesignaleerde wenselijkheid om bevrijdend te kunnen betalen op de G-rekening rijst wel de vraag of het wenselijk is daar een voorziening voor op te nemen in de UAV en UAV-GC. Die mogelijkheid wordt in art. 3:83 lid 4 aanhef en sub d BW immers geboden.

De UAV en UAV-GC zijn primair geschreven voor de relatie opdrachtgever-opdrachtnemer, waardoor de in art. 35 IW 1990 opgenomen ketenaansprakelijkheid van aannemers voor de loonheffingen van hun onderaannemers in de regel niet van toepassing is op rechtsverhoudingen die zijn onderworpen aan de UAV en UAV-GC. Zoals hiervoor besproken worden sommige opdrachtgevers echter als eigenbouwer voor de ketenaansprakelijkheid van art. 35 IW 1990 gelijkgesteld met aannemers.⁶² De UAV en UAV-GC worden ook vaak toegepast in de relatie (hoofd)aannemer-onderaannemer, alleen al als gebruik wordt gemaakt van *back-to-back* onderaannemingsovereenkomsten. Op overeenkomsten die zijn onderworpen aan de UAV of UAV-GC zal dus regelmatig sprake zijn van betaling op een G-rekening. Mijs inziens zou het daarom goed zijn om in de UAV en UAV-GC op te nemen dat,

voor zover van toepassing, de overdraagbaarheid van vorderingen die op de G-rekening betaald zullen worden is uitgesloten. De mogelijkheid om dit op te nemen in de UAV-GC 2025 is gepasseerd, maar bij een herziening van de UAV 2012 kan dit wel worden meegenomen.

5.4 Wijziging van bestaande overeenkomsten?

Op grond van het overgangsrecht geldt de nietigheid als bedoeld in art. 3:83 lid 3 tweede zin BW voor bestaande bedingen vanaf 1 oktober 2025.⁶³ In alle bestaande overeenkomsten zijn onoverdraagbaarheidsbedingen en cessieverboden inmiddels dus nietig, net als in nieuwe overeenkomsten. Ongetwijfeld zullen de komende jaren nog veel overeenkomsten worden aangegaan waarin uit gewoonte (op basis van bestaande modellen) of onwetendheid algehele onoverdraagbaarheidsbedingen of cessieverboden zijn opgenomen of waarin wordt verwezen naar oudere algemene voorwaarden waarin zulke bedingen nog staan. Er zullen dus nog genoeg bestaande en nieuwe overeenkomsten van kracht zijn waarin nietige onoverdraagbaarheidsbedingen of cessieverboden staan. Welke gevolgen heeft dat en is het nodig de bestaande overeenkomsten daarvoor te wijzigen?

De gevolgen voor aannemingsovereenkomsten waarbij niet op de G-rekening betaald zal worden (de in par. 5.1 besproken categorie) zullen beperkt zijn. Het onoverdraagbaarheidsbeding of cessieverbod is nietig. Over deze nietigheid zal weinig onduidelijkheid hoeven bestaan. Aangenomen wordt dat de rest van de overeenkomst niet door de nietigheid van het beding wordt geraakt.⁶⁴ Het is daarom niet nodig om bestaande overeenkomsten te wijzigen enkel om het nietige beding daaruit te verwijderen.

Bij aannemingsovereenkomsten waarbij een gedeelte van de prijs wel op de G-rekening betaald zal worden (de in par. 5.2 besproken categorie) zal het onoverdraagbaarheidsbeding of cessieverbod ook nietig zijn. Maar wat zijn de gevolgen voor de vorderingen die op de G-rekening betaald zullen worden? Zijn deze voor overdracht vatbaar, omdat het onoverdraagbaarheidsbeding nietig is? Of werkt het onoverdraagbaarheidsbeding nog wel in zoverre dat het geldig heeft voor de vorderingen die op de G-rekening betaald zullen worden? Dit

⁶³ Art. 85a Overgangswet. Op 1 oktober 2025 zijn de cessies en verpandingen van *bij voorbaat* gecedeerde en verpande vorderingen - die eerder door onoverdraagbaarheidsbedingen in bestaande overeenkomsten werden tegengehouden - van rechtswege tot stand gekomen. De mededelingen van deze cessie of verpandingen kunnen al zijn gedaan vóór 1 oktober 2025, ook al waren de vorderingen op het moment van de mededeling nog niet overdraagbaar. Schuldenaren van bestaande overeenkomsten dienen dus rekening te houden met mededelingen die zijn gedaan vóór 1 oktober 2025. Zie Rongen, *O&F* 2020/4, p. 51 en 54.

⁶⁴ J. Pellegrom, 'Wet opheffing verpandingsverboden - Verruiming kredietmogelijkheden', *Bb* 2015/17, par. 4.

⁵⁸ Zie par. 2.3 voor de bewoordingen die daarbij horen.

⁵⁹ Zie met betrekking tot de wenselijkheid van het goederenrechtelijk beding ook par. 2.3.

⁶⁰ Zie par. 4.2.

⁶¹ Zie par. 4.3.

⁶² Zie par. 5.2.

is niet direct duidelijk. Rongen acht het goed verdedigbaar dat art. 3:83 lid 3 BW zo moet worden begrepen dat slechts sprake is van partiële nietigheid als bedoeld in art. 3:41 BW. Dat zou betekenen dat het onoverdraagbaarheidsbeding slechts nietig is voor zover het de in art. 3:83 lid 3 BW bedoelde vorderingen betreft en niet voor vorderingen die buiten deze reikwijdte vallen of daarvan zijn uitgezonderd.⁶⁵ Volgens Broere en Den Hollander laat de Wet opheffing verpandingsverboden ruimte voor partiële nietigheid, omdat het uitgangspunt volgens het Nederlandse recht is dat rechtshandelingen zoveel mogelijk in stand worden gehouden.⁶⁶ Ook volgens Pellegrum zal vaak sprake zijn van partiële nietigheid van het beding. Hij ziet een beperkt risico dat het gehele beding als nietig wordt aangemerkt. Zijn advies is om de overeenkomst aan te passen als de wens bestaat dat vorderingen die buiten de reikwijdte van de wet vallen nog wel onoverdraagbaar en onverpandbaar moeten zijn.⁶⁷

De tendens in de literatuur lijkt dus te zijn dat algemeen geformuleerde onoverdraagbaarheidsbedingen partieel nietig zijn, wat betekent dat de overdracht van vorderingen die op de G-rekening betaald zullen worden na de inwerkingtreding van de wet in zowel bestaande als nieuwe overeenkomsten nog steeds is uitgesloten. Daarop vertrouwend, hoeven bestaande overeenkomsten niet te worden gewijzigd. Geen van de auteurs is echter stellig in het aannemen van partiële nietigheid. Hiervoor heb ik gewezen op het belang van rechtszekerheid bij de toepassing van onoverdraagbaarheidsbedingen.⁶⁸ Gelet hierop is mijn advies om bestaande overeenkomsten te wijzigen, indien daarin is bepaald dat een deel van de prijs wordt betaald op de G-rekening. In dat geval kan het bestaande algemeen geformuleerde onoverdraagbaarheidsbeding of cessieverbod worden vervangen voor het specifieke onoverdraagbaarheidsbeding als bedoeld in paragraaf 5.2.

6. Conclusie

Tot de inwerkingtreding van de Wet opheffing verpandingsverboden op 1 juli 2025 konden contractspartijen de overdraagbaarheid van de vorderingen die zij op elkaar hadden vrijelijk uitsluiten of verbieden. De formulering van het beding bepaalt of sprake is van een uitsluiting met goede-

renrechtelijke werking of slechts van een verbintenisrechtelijk cessieverbod (par. 2.3). Daarbij zijn twee uitgangspunten van belang. Het eerste is dat goederenrechtelijke onoverdraagbaarheidsbedingen te verkiezen zijn boven verbintenisrechtelijke cessieverboden (par. 2.4). Het tweede is dat de rechtszekerheid consequente bewoordingen vereist. 'Hybride' bedingen waarin verbintenisrechtelijke met goederenrechtelijke bewoordingen worden gecombineerd vallen daar niet onder (par. 4.1).

Hoewel de bouwsector door de wetgever is benoemd als sector waarin bijna categorisch vorderingen worden uitgesloten, werd dit vaak niet effectief gedaan. Bedingen waren niet altijd goederenrechtelijk geformuleerd en vaak ook hybride, waardoor niet altijd direct duidelijk was of het beding goederenrechtelijke werking had (par. 4.1). De algemene voorwaarden die nu al zijn aangepast op de nieuwe wet geven hetzelfde beeld (par. 4.2). De UAV en UAV-GC daarentegen bevatten al sinds 1968 dezelfde *positief* geformuleerde cessie- en verpandingsbevoegdheid. De betekenis hiervan wordt niet duidelijk bevonden, maar heeft sinds de invoering van het huidige BW geen toegevoegde waarde meer (par. 4.3). De praktijk in de bouwsector tot nu toe kan daarom op zijn minst rommelig worden genoemd.

De invoering van de Wet opheffing verpandingsverboden brengt een wezenlijke verandering met zich mee. In een substantieel deel van de overeenkomsten hoeft geen onoverdraagbaarheidsbeding of cessieverbod meer te worden opgenomen (par. 5.1). Bestaande overeenkomsten hoeven daarvoor niet te worden aangepast (par. 5.4). Voor vorderingen die op de G-rekeningen betaald zullen worden kan de overdraagbaarheid nog steeds worden uitgesloten. Het advies is om dat in de overeenkomsten waarin dat aan de orde is ook daadwerkelijk te doen. Dit met inachtneming van de hiervoor beschreven uitgangspunten: goederenrechtelijk en consistent geformuleerd (par. 5.2). De rechtszekerheid is erbij gebaat om dat ook in bestaande overeenkomsten te verwerken (par. 5.4). Nieuwe ronde, nieuwe kansen: dit is hét moment voor de bouwsector om op een efficiënte en effectieve wijze gebruik te gaan maken van de uitzondering die de Wet opheffing verpandingsverboden hem biedt. ●

⁶⁵ Rongen, *O&F* 2020/4, p. 41.

⁶⁶ Broere & Den Hollander 2025, *MvO* 2025/5 & 6, par. 4.2.

⁶⁷ Pellegrum, *Bb* 2015/17, par. 4.

⁶⁸ Zie par. 4.1.

Open normen in het omgevingsplan

Een onderzoek naar de juridische aanvaardbaarheid en het gebruik van bouw-, aanleg- en gebruiksregels met open normen in het omgevingsplan

– Dr. mr. J. van der Velde¹

1. Inleiding

In dit artikel schets ik de hoofdlijnen van mijn proefschrift over het gebruik en de juridische grenzen van open normen in bouw-, aanleg- en gebruiksregels in het omgevingsplan.

Een omgevingsplan heeft een ruime reikwijdte en bevat regels over uiteenlopende activiteiten binnen de fysieke leefomgeving. Mijn onderzoek richt zich specifiek op regels voor het bouwen, aanleggen en gebruiken. Enerzijds heb ik voor deze regels gekozen omdat deze ook voorkwamen in het (Crisis- en herstelwet -)bestemmingsplan en ik dus een zinvolle vergelijking met regels van deze plannen kon maken en anderzijds omdat het bij deze regels gaat om voor de ruimtelijke inrichting van Nederland belangrijke regels.² Politieke en maatschappelijke opgaven als woningbouw, volkshuisvesting, klimaatadaptatie, energie, defensie en duurzaamheid vertalen zich immers altijd naar bouw- en gebruiksactiviteiten. Het onderzoek ziet daarbij op bouw-, aanleg- en gebruiksactiviteiten die de fysieke omgeving kunnen wijzigen en die belangen van derden kunnen raken. Het gaat hierbij doorgaans om de wat grotere en meer ingrijpende ruimtelijke activiteiten. Een derde afbakening van het onderzoek is dat ik de juridische aanvaardbaarheid van

regels met open normen in mijn onderzoek analyseer op basis van de beginselen van rechtszekerheid en evenredigheid. De reden hiervoor is dat deze beginselen bij de beoordeling van planregels door de bestuursrechter vaker voorkomen dan de overige rechtsbeginselen en dat deze beginselen veelal bepalend zijn voor de juridische aanvaardbaarheid. Zo speelt bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel bij het stellen van planregels veelal geen rol in de fysieke leefomgeving en hebben beginselen als vertrouwen, kenbaarheid, specialiteit en subsidiariteit niet of een minder rechtstreekse relatie met open normen.

De tekst van dit artikel is gebaseerd op mijn proefschrift. Voor een nadere toelichting op de tekst en op de aangehaalde jurisprudentie en literatuur verwijs ik graag naar het proefschrift. De hiernavolgende tekst is overwegend beschrijvend en informierend van aard.

In de paragrafen 2, 3 en 4 geef ik een beknopte toelichting op open normen, de beginselen van rechtszekerheid en evenredigheid en op beleidsregels. Deze onderwerpen vormen belangrijke bouwstenen voor mijn onderzoek. Vervolgens bespreek ik in de paragrafen 5, 6 en 7 de juridische aanvaardbaarheid van open normen in regels van het bestemmingsplan, het Chw-bestemmingsplan en het omgevingsplan. Wat besproken wordt in deze paragrafen vormt de kern van dit artikel en van mijn onderzoek. Aansluitend ga ik in paragraaf 8 in op het gebruik van open normen in een aantal door mij onderzochte omgevingsplannen en spreek ik in paragraaf 9 mijn verwachtingen uit over de toekomstige rol van open normen in bouw-, aanleg- en gebruiksregels van het omgevingsplan. Paragraaf 10 bevat tot slot enkele aanbevelingen voor

¹ Jur van der Velde is adviseur omgevingsrecht. Op 8 september heeft hij zijn proefschrift met als titel 'Open normen in het omgevingsplan' succesvol verdedigd aan de Rijksuniversiteit Groningen. Prof. mr. K.J. de Graaf en prof. dr. H.B Winter waren de promotores. De beoordelingscommissie bestond uit prof. dr. ir. A.G. Bregman, prof. mr. A.G.A. Nijmeijer en prof. mr. H.D. Tolsma.

² Onder een (Chw-)bestemmingsplan wordt zowel een bestemmingsplan op basis van de Wet ruimtelijke ordening als een bestemmingsplan op basis van deze wet in combinatie met het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet bedoeld. Zie voor een nadere toelichting de paragrafen 5 en 6.

BOUWRECHT MONOGRAFIEËN

Open normen in het omgevingsplan

Een onderzoek naar de juridische
aanvaardbaarheid en het gebruik van
bouw-, aanleg- en gebruiksregels met open
normen in het omgevingsplan

Mr. J. van der Velde

STICHTING INSTITUUT VOOR BOUWRECHT

de praktijk over de inzet van open normen in regels van een omgevingsplan.

2. Open normen

Omdat het begrip open norm niet eenduidig is gedefinieerd ga ik in het onderzoek eerst in op de vraag wat een open norm is. Een wezenlijk kenmerk van een open norm voor mij is dat deze niet direct bepaalt of een activiteit wel of niet is toegestaan maar om een nadere afweging van het bevoegd gezag vraagt. Er moet aan de hand van een concrete activiteit, een aanwezige situatie en van de relevante feiten invulling worden gegeven aan de betreffende open norm. Dit in tegenstelling tot een gesloten norm. Deze is concreet en direct toepasbaar. Zelf noem ik veelal het voorbeeld van een regel met een bouwhoogte. Een planregel met daarin een maximale bouwhoogte opgenomen is een planregel met een gesloten norm. Als in plaats van een maximale bouwhoogte in de regel gesproken wordt van een bouwhoogte die moet overeenstemmen met het straat- en bebouwingsbeeld dan is er sprake van een open norm. Er moet dan in een concrete situatie worden afgewogen of de gewenste bouwhoogte in overeenstemming is met de norm en daarmee met de regel.

In de literatuur worden verschillende voordelen van open normen genoemd zoals deregulering, min-

der regeldruk, maatwerk, flexibiliteit en dat deze geschikt zijn voor complexe en communicatieve wetgeving. Open normen zijn veelal ontwikkeld en in regels opgenomen vanuit een bestuurlijke of politieke wens om beleidsdoelen te halen. Open normen kunnen voor betrokkenen echter ook nadelen hebben. Hierbij kan worden gedacht aan het verlies van rechtszekerheid, verschuiving van de wetgeverende naar de uitvoerende macht, onduidelijkheid van de regel, vermindering van rechtsgelijkheid en een lastige uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. Een overheid moet aan de hand van haar beleid, alle relevante belangen en feiten en het recht per regel een zorgvuldige afweging maken van de inzet van open normen. Zo ook een gemeenteraad, of bij delegatie een college van burgemeester en wethouders, bij de vaststelling van een wijziging van het (tijdelijke) omgevingsplan. Een open norm past daarbij vanuit het beleid voor de fysieke leefomgeving in de ene situatie wellicht beter dan in een andere. Dit kan per gebied, thema of per activiteit verschillen. Een open norm is geen automatisme maar een norm die vanuit het beleid een meerwaarde moet hebben. Zonder deze meerwaarde ligt doorgaans het gebruik van een gesloten norm meer voor de hand.

3. Beginselen van rechtszekerheid en evenredigheid

Hiervoor is al aangegeven dat mijn onderzoek naar de juridische aanvaardbaarheid van open normen in bouw-, aanleg- en gebruiksregels van het omgevingsplan zich richt op de beginselen van rechtszekerheid en evenredigheid.

Binnen het rechtszekerheidsbeginsel wordt onderscheid gemaakt tussen materiële en formele rechtszekerheid. Materiële rechtszekerheid ziet op de inhoud van een besluit, is er op gericht onzekerheden uit te sluiten, is een wapen tegen overheids-willekeur en levert een bijdrage aan de toeganke-lijkheid, de berekenbaarheid en betrouwbaarheid van het recht. Bij formele rechtszekerheid gaat het met name om een duidelijke begrenzing van een bestuursbevoegdheid en om ondubbelzinnigheid in de rechtspositie van een burger. Regels moeten duidelijk zijn geformuleerd en niet voor tweërlei uitleg vatbaar zijn. In het onderzoek hecht ik vanwege de belangen en rechten van initiatiefnemers en belanghebbenden grote waarde aan het beginsel van rechtszekerheid. Gemeenten dienen vanuit hun publieke verantwoordelijkheden, taken en rechtsstatelijk denken en handelen actief op zoek te gaan naar de rechtszekerheid van derden. Rechtszekerheid is geen 'bijproduct' maar de essentie van een regel.

Het in de Algemene wet bestuursrecht opgenomen evenredigheidsbeginsel houdt in dat de voor één of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doe-

len.³ Bij evenredigheid gaat het om een zorgvuldige afweging van alle betrokken belangen en om de noodzakelijkheid, geschiktheid en evenwichtigheid van een regel. Evenredigheid wordt niet direct bepaald aan de hand van de geslotenheid of openheid van een norm maar aan de hand van een op basis van een regel te maken belangenafweging. Om deze afweging zorgvuldig te kunnen maken dient het bevoegd gezag over alle relevante informatie en feiten te beschikken. De aan een besluit ten grondslag liggende motivering speelt bij de bestuursrechter een belangrijk rol bij het bepalen van de evenredigheid. Ook wat betreft evenredigheid ga ik er in het onderzoek vanuit dat gemeenten vanuit hun publieke taak op een zorgvuldige wijze inhoud aan dit beginsel geven.

Hoewel de soort norm in beginsel niet bepalend is voor de mate van evenredigheid, speelt dit beginsel bij open normen wel een rol. Denkbaar is immers dat een gemeente bij een open norm door de meerdere toegestane activiteiten meer en ander onderzoek moet doen en een bredere afweging moet maken dan bij een gesloten norm. De motivering kan dan ook meer uitgebreid en diepgaand zijn.

4. Beleidsregels

Door de afwegingen die een bestuursorgaan bij een open norm moet maken en door de ruimte die een open norm biedt ontstaat bij de toepassing daarvan vaak de behoefte om een dergelijke norm nader in te vullen en te concretiseren. Bij (Chw-)bestemmingsplannen en omgevingsplannen met regels met open normen wordt dan ook veel gewerkt met beleidsregels. Deze geven nadere invulling aan een planregel met een open norm. Beleidsregels zijn geen nieuw verschijnsel. Zij hebben zich binnen het bestuursrecht de afgelopen decennia ontwikkeld van interne dienstaanwijzingen, pseudowetgeving tot de beleidsregels zoals we die nu op vele beleidsterreinen tegenkomen. Beleidsregels vinden niet hun basis in de Omgevingswet maar in de Algemene wet bestuursrecht.⁴ Zij worden in deze wet gedefinieerd als bij een besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift over de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan.⁵ Beleidsregels zijn alleen mogelijk als er sprake is van een bestuursbevoegdheid, zoals bijvoorbeeld een bevoegdheid tot het verlenen van een omgevingsvergunning. Tegen een beleidsregel staat in tegenstelling tot de regels van een omgevingsplan geen beroep open.⁶ Beleidsregels zijn juridische regels en behoren tot het recht.

Zij maken echter geen onderdeel uit van de planregel waarop zij zijn gebaseerd maar kunnen worden gezien als een hulp bij de uitvoering van die regel. Voorbeelden van veel voorkomende beleidsregels bij omgevingsplannen zijn beleidsregels over parkeren, ruimtelijke kwaliteit, uiterlijk aanzien van bouwwerken, duurzaamheid en natuur inclusief bouwen.

Beleidsregels dienen onderscheiden te worden van programma's als bedoeld in de Omgevingswet.⁷ Programma's bevatten een uitwerking van het beleid van een omgevingsvisie of bevatten concrete uitvoeringsmaatregelen. Het beleid van een programma is niet automatisch een beleidsregel. Delen van een programma kunnen wel als zodanig door het college van burgemeester en wethouders worden aangewezen en vastgesteld. Dit geldt overigens ook voor een omgevingsvisie. Bij een beleidsregel is het wel van belang dat er een nauwe en directe relatie ligt tussen een planregel met een open norm en een programma of een omgevingsvisie. De beleidsregel ziet immers op de concretisering en de uitvoering van een planregel.

5. Juridische aanvaardbaarheid van open normen in een bestemmingsplan

5.1 Algemeen

Vanuit de gedachte dat het heden en de toekomst pas goed kunnen worden begrepen in het licht van de kennis en de ervaringen van het verleden, besteed ik in mijn onderzoek ook aandacht aan open normen in het (Chw-)bestemmingsplan. Deze historische en tevens ook juridische terugblik maakt het mogelijk om vergelijkingen te maken tussen de regels van het omgevingsplan en die van het (Chw-)bestemmingsplan. In deze paragraaf staat het bestemmingsplan centraal. In de paragraaf hierna het Chw-bestemmingsplan.

Het bestemmingsplan is in 1965 geïntroduceerd via de Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) en heeft mede door zijn juridisch bindende karakter een belangrijke rol gespeeld in de ruimtelijke inrichting van Nederland. Bouwplannen werden getoetst aan een bestemmingsplan en moest voor de uitvoering in overeenstemming zijn met het betreffende bestemmingsplan. Zolang er bestemmingsplannen zijn gemaakt zijn er discussies gevoerd over de wijze van bestemmen (globaal-gedetailleerd) en over het gebruik van open normen. Deze discussies werden met name gevoerd vanuit twee functies die het bestemmingsplan werden toegeschreven. Enerzijds werd het bestemmingsplan gezien als een instrument dat beleid of een programma kon bevatten en anderzijds als een juridisch document dat voldoende rechtszeker moest zijn. In 2006 heeft de wetge-

³ Art. 3:4 lid 2 Awb.

⁴ Titel 4.3 Awb.

⁵ Art. 1:3 lid 4 Awb.

⁶ Art. 8:2 onder c Awb.

⁷ Afd. 3.2 Ow.

ver er bij de fundamentele herziening van de WRO voor gekozen het bestemmingsplan vooral een juridisch uitvoeringsdocument te laten zijn. Beleid en juridische regels werden in de wet gescheiden. De structuurvisie bevatte het ruimtelijk beleid en het bestemmingsplan de juridische regels ter uitvoering van dit beleid. De discussies over het opnemen van beleid en open normen in regels van een bestemmingsplan waren hiermee echter niet verstomd. Deze bleven door nieuwe maatschappelijke, politieke en economische ontwikkelingen en door wisselende juridische inzichten over het bestemmingsplan, open normen en rechtszekerheid doorgaan.

5.2 Rechtszekerheid

De Kroon en de bestuursrechter waren van begin af aan van mening dat de regels van een bestemmingsplan duidelijk, concreet en objectief moesten zijn. Daarbij moesten de ruimtelijke gevolgen van de in een bestemmingsplan gegeven bouw-, aanleg- en gebruiksmogelijkheden met het oog op het limitatief en imperatief stelsel van het beoordelen van omgevingsvergunningen voor het bouwen bij de vaststelling zijn beoordeeld en in het kader van een goede ruimtelijke ordening aanvaardbaar zijn geacht. Nadere afwegingen na de vaststelling van een bestemmingsplan waren niet of nauwelijks mogelijk. Hierdoor werden gemeenten min of meer gedwongen gedetailleerde bestemmingsplannen te maken als gemeenten niet wilden werken met uit te werken bestemmingen.⁸ Veel ruimte voor open normen was er niet. Een veel gebruikte open norm in bouwregels had betrekking op het parkeren.⁹ Zo kon een omgevingsvergunning voor het bouwen alleen worden verleend als werd voorzien in 'volgende parkeergelegenheid'.

Uitzonderingen op de beperkte inzet van open normen waren de regels van de zogeheten dubbelbestemmingen.¹⁰ Ook regels voor de activiteiten aanleggen en gebruiken werden minder stringent aan rechtszekerheid getoetst en konden mede hierdoor vaker en eerder open normen bevatten. Dit had te maken met de aard van de activiteit, de gevolgen voor de omgeving, het herstelvermogen en het feit dat de te beschermen belangen veelal lastig gereguleerd konden worden door gesloten normen.

⁸ Art. 3.6 Wro.

⁹ De reden voor het veel opnemen van open parkeernormen vloeide voort uit de verplichting om vanaf 2014 stedenbouwkundige bepalingen uit de Bouwverordening op te nemen in het bestemmingsplan.

¹⁰ Een dubbelbestemming is een specifieke bestemming die aan een terrein wordt toegekend naast een gewone of enkelbestemming. Een dubbelbestemming geeft met het oog op bijzondere belangen als genoemd extra regels voor het bouwen op of het gebruiken van het terrein. Een aanvraag om een omgevingsvergunning moest aan regels van beide bestemmingen worden getoetst.

5.3 Evenredigheid

Uit een oogpunt van evenredigheid mochten de nadelige gevolgen van regels van een bestemmingsplan niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het plan te dienen doelen. Bij een toets aan evenredigheid zag de bestuursrechter sinds de Harderwijk-uitspraak (in daarvoor in aanmerking komende beroepszaken) naast een afweging van belangen in het kader van evenredigheid als bedoeld in de Algemene wet bestuursrecht ook naar de geschiktheid, noodzaak en evenwichtigheid van een regel.¹¹ Hierbij speelden de door de gemeenteraad gegeven motivering en de ten behoeve van het bestemmingsplan verrichte onderzoeken een belangrijke rol. Een gemeenteraad moest over alle relevante feiten en informatie beschikken om tot een evenredige afweging van een regel te kunnen komen. Vanwege de beleidsruimte van de gemeenteraad, het aan een bestemmingsplan ten grondslag liggende gemeentelijk beleid en de aanwezigheid van veelal meerdere en tegenstrijdige belangen was de toetsing van de bestuursrechter op evenredigheid in zijn algemeenheid niet intensief. Bestemmingsplannen die in overeenstemming waren met een goede ruimtelijke ordening voldeden doorgaans ook aan de eisen van evenredigheid.

6. Juridische aanvaardbaarheid van open normen in een Chw-bestemmingsplan

6.1 Algemeen

Het op de Crisis- en herstelwet gebaseerde Besluit Uitvoering Crisis- en herstelwet maakte het na 2014 voor gemeenten mogelijk om een bestemmingsplan met een ruimere reikwijdte (Chw-bestemmingsplan) te maken en om hierin met open normen te werken. Door de verbrede reikwijdte van Chw-bestemmingsplannen en het feit dat Chw-bestemmingsplannen als voorlopers van het omgevingsplan werden gezien bevatten Chw-bestemmingsplannen in verhouding tot bestemmingsplannen meer regels met open normen. Meerdere gemeenten hebben in het kader van een Chw-bestemmingsplan geëxperimenteerd met bouw- en gebruiksregels met open normen. De open normen zagen veelal op gebiedsontwikkelingen en hadden veelal betrekking op ruimtelijke kwaliteit en duurzaamheid. Ook hadden open normen tot doel de flexibiliteit van het Chw-bestemmingsplan te vergroten. De Chw-bestemmingsplannen hebben het gebruik van open normen in bouw- en gebruiksregels een duidelijke boost gegeven.

6.2 Rechtszekerheid

Het toenemende gebruik van open normen in het Chw-bestemmingsplan heeft ten opzichte van het bestemmingsplan tot een andere wijze van

¹¹ ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

beoordelen van de mate van rechtszekerheid door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) geleid. Het experimentele karakter van Chw-bestemmingsplannen, het vooruitlopen op het omgevingsplan, de politieke wens om meer flexibiliteit en de bedoelingen van de wetgever met het Chw-bestemmingsplan waren voor de Afdeling aanleidingen op zoek te gaan naar methoden aan de hand waarvan een voldoende mate van concreetheid en objectieve begrenzing en dus rechtszekerheid van de regels kon worden bepaald.¹² Rechtszekere planregels geven volgens de Afdeling voldoende inzicht in de toegestane activiteiten en ontwikkelingen, de voorwaarden waaronder deze konden plaatsvinden, de inrichting van de betreffende terreinen en de gevolgen van de activiteiten en ontwikkelingen voor belanghebbenden. Dit inzicht kon volgens de Afdeling worden bereikt door bijvoorbeeld: het opnemen van gesloten normen, statische verwijzingen naar beleidsregels, verwijzingen naar onderwerpen die in een beleidsregel moesten worden opgenomen, verwijzingen naar voor de toepassing van de open norm van belang zijnde beleidsdocumenten, het opnemen van regels over de uitvoering van de open normen, het opnemen van resultaten die met de open normen moeten worden bereikt of door het opnemen van onderzoeks- of adviesverplichtingen. Daarbij speelden in het algemeen de aanleiding voor het opnemen van open normen, de aard en omvang van de activiteiten, de gevolgen daarvan, het facet dat geregeld werd en de omvang van het werkingsgebied een belangrijke rol.¹³ Concreet toepasbare richtlijnen werden er niet gegeven, of een planregel in voldoende mate rechtszeker is werd uiteindelijk per geval door de Afdeling bepaald.

Het is goed op te merken dat de inhoud van beleidsregels waar in de planregels dynamisch naar werd verwezen bij de Afdeling niet mee woog bij het bepalen van de mate van rechtszekerheid. Het feit dat er beleidsregels konden worden gemaakt en de onderwerpen die volgens de planregels in de beleidsregels aan de orde konden komen wegen daarentegen wel mee bij het bepalen van de mate van rechtszekerheid.

Belangrijk verschil wat betreft de beoordeling van de mate van rechtszekerheid door de bestuursrechter tussen een Chw-bestemmingsplan en een bestemmingsplan, is dat een Chw-bestemmingsplan een nadere afweging van belangen in het kader van een omgevingsvergunning toestond. Dit betekende dat de gemeenteraad ten tijde van de

vaststelling voor de betreffende activiteit niet meer een volledige afweging van alle relevante belangen hoefde te maken. Een Chw-bestemmingsplan kon een (basis)regeling bevatten die in het kader van een besluit op een aanvraag om een omgevingsvergunning werd geconcretiseerd. In dit kader liet een Chw-bestemmingsplan het ook toe om eventuele onderzoeken naar omgevingsaspecten zoals geluid, bodem en archeologie door te schuiven naar het moment van de aanvraag om een omgevingsvergunning. De reden voor het toestaan van een afweging na de vaststelling van een Chw-bestemmingsplan was er met name in gelegen dat een belanghebbende tegen het besluit om wel of geen omgevingsvergunning te verlenen, in bezwaar of beroep kon gaan en zo bij het bevoegd gezag of bij de bestuursrechter zijn recht kon halen.

6.3 Kanttekening

Bij het beoordelen van de mate van rechtszekerheid van regels van een Chw-bestemmingsplan baseerde de Afdeling zijn uitspraken naast de bouw- en gebruiksmogelijkheden mede op de in de planregels opgenomen mogelijkheid om beleidsregels op te stellen, de in de beleidsregels op te nemen onderwerpen en op beleidsdocumenten waarin aangegeven werd op welke wijze ruimtelijke ontwikkelingen moesten worden vormgegeven en op welke wijze de open norm moest worden uitgevoerd. Hierbij stel ik in mijn onderzoek de vraag of het juist is de mate van rechtszekerheid van planregels hierop te baseren. De vraag stellen is die ook beantwoorden. De mogelijkheid om beleidsregels vast te stellen en de daarin te regelen onderwerpen zeggen naar mijn mening onvoldoende, in ieder geval te weinig om de rechtszekerheid mede te waarborgen. Het openzetten van de deur naar beleidsregels zou er ook toe kunnen leiden dat regels die eigenlijk in het Chw-bestemmingsplan thuishoren in beleidsregels zouden worden opgenomen. Gemeenten zouden hier mede voor kiezen omdat er tegen beleidsregels geen beroep open staat. Dit zou de rechtszekerheid niet bevorderen. Het ligt daarom niet voor de hand om de rechtszekerheid (mede) te baseren op beleidsregels, nu deze daarvoor een te beperkte grondslag lijken te bieden. Zeker als het gaat om zogeheten dynamische beleidsregels, dat wil zeggen beleidsregels die na de vaststelling van het Chw-bestemmingsplan door het bevoegd gezag kunnen worden gewijzigd.

Bij verwijzingen naar beleidsdocumenten in de regels van een Chw-bestemmingsplan ging het veelal om door de gemeenteraad vastgestelde documenten die niet op basis van hoofdstuk 3 van de Algemene wet bestuursrecht waren vastgesteld. De betreffende beleidsdocumenten werden veelal los van een Chw-bestemmingsplan gemaakt en hadden ten tijde van het opstellen geen directe koppeling met regels van een Chw-bestemmings-

¹² ABvS 24 november 202, ECLI:NL:RVS:2021:2649, ABvS 13 maart 2024, ECLI:NL:RVS:2024:1048, ABvS 5 juni 2024, ECLI:NL:RVS:2024:2232, ABvS 27 november 2024, ECLI:NL:RVS:2024:4871, ABvS 11 december 2024, ECLI:NL:RVS:2024:5127 en ABvS 28 mei mei 2025, ECLI:NL:RVS:2025:2457.

¹³ ABvS 27 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2388.

plan.¹⁴ Het is volgens mij dan ook niet logisch en gewenst dat dergelijke niet juridische documenten een belangrijke rol spelen in het beoordelen van de mate van rechtszekerheid van een regel met open norm van een Chw-bestemmingsplan. Het verwijzen naar beleidsdocumenten vertroebelen de aan de instrumenten van de Wet ruimtelijke ordening en Omgevingswet ten grondslag liggen scheiding tussen beleid en juridische regels en vergroten ook hier de kans dat regels die feitelijk in een Chw-bestemmingsplan thuishoorden te snel werden opgenomen in een niet juridisch document.

Bijkomend nadeel van zowel beleidsregels als beleidsdocumenten is ook dat beide de integraliteit en de raadpleegbaarheid van een Chw-bestemmingsplan negatief konden beïnvloeden. Beleidsregels of beleidsdocumenten bij Chw-bestemmingsplannen waren immers veelal sectoraal van aard en door hun opzet niet altijd even goed leesbaar en toepasbaar voor het beoordelen of een activiteit in overeenstemming was met de regel. De formele rechtszekerheid is in beginsel niet gediend met verwijzingen naar dergelijke documenten. De formele rechtszekerheid moet in beginsel in de regels zelf worden gezocht.

6.4 Evenredigheid

Wat betreft het evenredigheidsbeginsel leverden de regels van een Chw-bestemmingsplan in mijn beleving geen nieuwe inzichten op ten opzichte van die van het bestemmingsplan. Regels van een Chw-bestemmingsplan moesten ook geschikt, noodzakelijk, evenwichtig en evenredig zijn. Het voorhanden hebben van de juiste informatie, het maken van zorgvuldige afwegingen en het op een voldoende en zorgvuldige wijze motiveren van een vaststellingsbesluit waren hierbij essentieel. De brede reikwijdte van een Chw-bestemmingsplan en daarmee het grotere aantal open normen konden er wel toe leiden dat het aantal onderzoeken toenam en dat de motivatie meer uitgebreid moest zijn. De evenredigheid van de regels van een Chw-bestemmingsplan met verbrede reikwijdte was nauw verbonden aan het op basis van het in het BuChw verruimde criterium van een goede en veilige fysieke leefomgeving. Chw-bestemmingsplannen die met dit criterium in overeenstemming waren voldeden in beginsel ook aan het evenredigheidsbeginsel.

7. Juridische aanvaardbaarheid van open normen in een omgevingsplan

7.1 Algemeen

Het omgevingsplan is een gemeentelijk kerninstrument van de Omgevingswet en neemt door het

decentrale karakter van de wet een belangrijke positie in binnen de Omgevingswet. Het omgevingsplan heeft een brede reikwijdte en een integraal karakter en kan als gevolg daarvan (en het zijn van gemeentelijke verordening) een groot aantal activiteiten die plaatsvinden in de fysieke leefomgeving wijzigen, beïnvloeden of regelen. Zo ook de in het onderzoek centraal staande bouw-, aanleg- en gebruiksactiviteiten. De regels van een omgevingsplan moeten leiden tot een evenwichtige toedeling van functies aan locaties.¹⁵ Dit criterium is de opvolger van een goede ruimtelijke ordening van de Wet ruimtelijke ordening bij een bestemmingsplan. Een gemeenteraad, of bij delegatie het college van burgemeester en wethouders, heeft net als bij een (Chw-)bestemmingsplan beleidsruimte voor het opnemen van regels in een omgevingsplan. Dit geldt voor zowel de inhoud als de soort regel. Wel moeten gemeenten rekening houden met instructieregels van het Rijk en de provincie. Het omgevingsplan is een juridisch instrument en behoort op basis van de beleidscyclus van de Omgevingswet tot de uitvoering. Regels van een omgevingsplan moeten voldoen aan het recht en daarmee aan de vereisten van rechtszekerheid en evenredigheid. De wetgever ziet graag dat gemeenten flexibele omgevingsplannen maken. Dergelijke plannen bieden ruimte aan initiatieven en maken maatwerk mogelijk. Open normen spelen hierbij een belangrijke rol.

Het omgevingsplan kan voor de regeling van bouw-, aanleg- en gebruiksactiviteiten verschillende typen regels bevatten. Dit zijn: specifieke zorgplicht, algemene regel, vergunningplicht, beoordelingsregel, meldingsplicht, informatieplicht, verbod, gebod en bevoegdheidsregel voor het stellen van maatwerkvoorschriften. Daarnaast kunnen nog de afwijkingsregel en de regel met voorwaardelijke verplichtingen worden genoemd, dit zijn echter geen afzonderlijke regeltypen. Gemeenteraden, of colleges van burgemeester en wethouders, kunnen uit genoemde regeltypen kiezen om tot een set van regels te komen die leidt tot een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Alle regeltypen kunnen in beginsel regels met open normen bevatten. De Omgevingswet sluit open normen niet uit. Eventuele beperkingen voor het gebruik van open normen vloeien met name voort uit rechtsbeginselen, en dan meer concreet het rechtszekerheidsbeginsel.

7.2 Rechtszekerheid

Omgevingsplanregels over bouw-, aanleg- en gebruiksactiviteiten moeten in overeenstemming zijn met het recht en daarmee in voldoende mate rechtszeker zijn. De bestuursrechter zal de regels van een omgevingsplan daarop toetsen als het beroep daartoe aanleiding geeft. De verwachting is

¹⁴ Denk hierbij aan Gebiedsagenda's, Kavelpaspoorten, Beeldkwaliteitsplannen, Beleidsnota's parkeernormering, Beleidsnota's Natuurinclusief bouwen en Groenplannen.

¹⁵ Art. 4.2 lid 1 Ow.

dat de bestuursrechter in eerste instantie aansluiting zoekt bij relevante uitspraken over Chw-bestemmingsplannen omdat deze ook wat betreft open normen mede gegeven zijn met het oog op het omgevingsplan. Vanwege de doelen en uitgangspunten van de Omgevingswet, het feit dat het omgevingsplan een ander plan is dan een (Chw-) bestemmingsplan en het omgevingsplan meerdere activiteiten bevat waarover nog uitspraken in het kader van rechtszekerheid moeten worden gedaan, kunnen uitspraken over bouw-, aanleg- en gebruiksregels van omgevingsplannen wat betreft rechtszekerheid tot aanpassingen of verfijningen leiden. De tot op heden door de Afdeling gevolgde lijn is niet in beton gegoten. De uitspraken over Chw-bestemmingsplannen kunnen eerder als basis voor toekomstige uitspraken worden gezien.

In paragraaf 6.3 plaats ik enkele kanttekeningen bij de wijze waarop de Afdeling de mate van rechtszekerheid van regels van een Chw-bestemmingsplan heeft beoordeeld. In mijn optiek is het gewenst dat een planregel zelf meer centraal staat in de beoordeling en niet de hierin opgenomen verwijzingen naar beleidsregels en beleidsdocumenten. Een planregel moet in beginsel zelf, dus los van verwijzingen, voldoende zijn voor het beschermen van belangen en rechten van derden. Naast het opnemen van gesloten normen, van regels die de ruimte van open normen inkaderen en van regels die zien op een goede uitvoering van een open norm kan dit bijvoorbeeld worden bereikt door criteria in een planregel op te nemen die direct zien op de bescherming van belangen en rechten van belanghebbenden. Voorbeelden hiervan zijn een regel waarin wordt bepaald dat de voor de bestaande bedrijfsvoering benodigde milieuruimte wordt gerespecteerd en een regel die aangeeft dat een gebruik voor wonen niet eerder is toegestaan dan nadat de bedrijfsactiviteiten op het perceel zijn beëindigd.¹⁶ Regels die de mate van rechtszekerheid vergroten kunnen waarborgregels worden genoemd. Gevolg van dergelijke regels kan zijn dat een planregel dan zelf minder concreet inzicht hoeft te geven in de toegestane activiteiten en de gevolgen daarvan. Deze vermindering van inzicht in de activiteiten wordt dan gecompenseerd door het noemen en beschermen van de belangen en rechten van derden in de planregel. Dit is volgens mij ook feitelijk waar het bij rechtszekerheid om draait. Niet mogelijke activiteiten en de gevolgen daarvan staan daarin centraal maar de belangen en rechten van belanghebbenden en derden. Formele en materiële rechtszekerheid bepalen op deze wijze gezamenlijk de vereiste mate van rechtszekerheid. Daarbij moet in mijn beleving in de motivering of de toelichting van een omgevingsplan worden aangegeven waarom het vanuit het beleid voor de fysieke leefomgeving of een evenwichtige

toedeling van functies aan locaties noodzakelijk of wenselijk is met open normen te werken en welke waarborgen er wat betreft rechtszekerheid worden gesteld. Of zoals de Afdeling aangeeft wat de aanleiding voor het stellen van de open norm is.

Op basis van de vereiste mate van rechtszekerheid geef ik in mijn onderzoek aan dat niet alle in paragraaf 7.1 genoemde regeltypen open normen kunnen bevatten. Zo is het denk ik niet mogelijk om open normen op te nemen in een vergunningplicht en een meldingsplicht. Bij deze instrumenten moet het op voorhand voor eenieder duidelijk zijn aan welke verplichtingen moet worden voldaan. Voor het opnemen van open normen in deze plichten is overigens vanuit het gemeentelijk beleid of een evenwichtige toedeling van functies aan locaties waarschijnlijk ook geen aanleiding of noodzaak. Open normen kunnen wel voorkomen in een algemene regel, verbod, gebod en een bevoegdheidsregel voor het stellen van maatwerkvoorschriften. De aard van deze regels is echter zodanig dat open normen door het ontbreken van voldoende duidelijkheid of waarborgen al snel in strijd komen met het rechtszekerheidsbeginsel. Zo moet het bijvoorbeeld duidelijk zijn wanneer en waarvoor een gebod of verbod geldt, en wanneer het college bevoegd is voor het stellen van maatwerkvoorschriften. Open normen in deze regels zijn vanuit rechtszekerheid dan ook alleen juridisch aanvaardbaar als deze in combinatie met gesloten normen of andere (waarborg)regels tot een voldoende mate van concreetheit en objectieve begrenzing leiden of voldoende bescherming bieden aan belangen van derden. Een beoordelingsregel voor een omgevingsvergunning leent zich in principe het meest voor een toepassing van open normen. Ook dan is echter een samenspel van open en gesloten normen en eventuele waarborgregels een vereiste om tot een voldoende mate van rechtszekerheid te komen. De reden voor het eerder en vaker kunnen opnemen van open normen in beoordelingsregels is dat tegen een weigering of verlening van een omgevingsvergunning waarbij toepassing is gegeven aan een open norm bezwaar en beroep open staat. Derden kunnen zo nodig bij de bestuursrechter hun belangen veiligstellen. Een specifieke zorgplicht zal vanuit het karakter van een zorgplicht, de vangnetfunctie en de overige regels van een omgevingsplan ook open normen kunnen bevatten. Activiteiten die in het onderzoek centraal staan zullen echter niet snel aan alleen een specifieke zorgplicht worden getoetst. Gemeenteraden zullen voor activiteiten ook andere regels in het omgevingsplan opnemen.

Hetgeen hiervoor ten aanzien van de juridische mogelijkheden van open normen is gesteld kan naar mijn mening enigszins worden genuanceerd als er in het kader van een evenwichtige toedeling van functies aan locaties geen geschikte of passende gesloten normen voor de betreffende belangen

16 ABRvS 24 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2649 en ABRvS 23 april 2025, ECLI:NL:RVS:2025:1845.

en activiteiten te formuleren en toepasbaar zijn of dat een open norm essentieel is in het kader van het bereiken van concrete beleidsdoelstellingen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij bouwactiviteiten in gebieden met archeologische waarden en bij aanleg- en gebruiksactiviteiten. Het is dan wel van belang dat in de motivering, de artikelsgewijze toelichting of de algemene toelichting van het omgevingsplan duidelijk wordt aangegeven waarom een open norm vanuit het beleid noodzakelijk is. In die motivering moet worden betrokken met welke aspecten bij de uitvoering van een open norm rekening moet worden gehouden en tot welke resultaten de toepassing van een open norm moeten leiden. Een andere optie is dat in de regel zelf wordt aangegeven op welke wijze een open norm moet worden toegepast en tot welk resultaat dat moet leiden. Ook deze regel zal moeten worden toegelicht.

7.3 Evenredigheid

Met het oog op het beginsel van evenredigheid moeten bouw-, aanleg- en gebruiksregels van een omgevingsplan zorgvuldig worden gemotiveerd waarbij moet worden aangetoond dat de regels met het oog op de te dienen doelen geschikt, noodzakelijk en evenwichtig zijn en (daarmee) voldoen aan het evenredigheidsbeginsel van de Algemene wet bestuursrecht. Bijzondere situaties dienen hierbij voldoende aandacht te krijgen, zeker als deze situaties naar voren zijn gebracht tijdens de participatie of de zienswijzeprocedure. Evenredigheid vertaalt zich bij een omgevingsplan voor een groot gedeelte in het criterium van een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Het aanwezig zijn van een evenwichtige toedeling van functies aan locaties houdt in beginsel in dat een regel noodzakelijk en geschikt is. De gemeenteraad dient dan nog wel te bezien in hoeverre de regels evenwichtig zijn. Hier- van zal doorgaans sprake zijn. Voor een dergelijke afweging dient een gemeenteraad wel over alle relevante feiten en informatie te beschikken. Onderzoeken naar omgevingsaspecten en mogelijke gevolgen van activiteiten en participatie zijn in dit kader belangrijke onderdelen. Hierbij moet wel in beschouwing worden genomen dat de Omgevingswet het mogelijk maakt om vereiste onderzoeken te verschuiven naar het moment dat een activiteit wordt uitgevoerd of wordt aangevraagd. Wat betreft evenredigheid kan tenslotte nog worden opgemerkt dat het hebben en het uitvoeren van een consistent beleid dat als grondslag ligt aan een planregel een bijdrage levert aan de evenredigheid.

Terugkijkend op het onderzoek kan worden geconcludeerd dat het beginsel van evenredigheid in tegenstelling tot rechtszekerheid geen of in ieder geval een minder grote rol speelt bij het beoordelen van de juridische aanvaardbaarheid van open normen in een omgevingsplan. Net als bij rechtszekerheid is het wel van belang dat in de motivering of

de toelichting aandacht aan dit beginsel wordt besteed. De motivering op het aspect evenredigheid kan prima in het verlengde van de motivering van een evenwichtige toedeling van functies aan locaties worden meegenomen.

8. Open normen in regels van onderzochte omgevingsplannen

In het onderzoek heb ik ook gekeken naar de mate waarin gemeenten gebruik maken van open normen in regels van een omgevingsplan voor de activiteiten bouwen, aanleggen en gebruiken. Dit heb ik gedaan door een aantal in 2024 op het Omgevingsloket gepubliceerde (ontwerp) wijzigingsbesluiten van het tijdelijke deel van een omgevingsplan te onderzoeken. Hieruit blijkt dat open normen met name voorkomen in beoordelingsregels en specifieke zorgplichten en dat deze open normen vooral zijn opgenomen om de flexibiliteit van het omgevingsplan te vergroten, om gebiedsontwikkelingen mogelijk te maken en om bepaalde waarden of kwaliteiten te beschermen. De in de wijzigingsbesluiten opgenomen regels met open normen wijken veelal niet af van de regels met open normen in Chw-bestemmingsplannen. Van een trendbreuk ten opzichte van Chw-bestemmingsplannen lijkt dan ook geen sprake. Dit is te verklaren uit het feit dat gemeenten in het eerste jaar na inwerkingtreding van de Omgevingswet nog zoekende waren naar de vorm en opzet van de regels van een omgevingsplan en hierbij aansluiting zochten bij die van een Chw-bestemmingsplan. Het omgevingsplan is voor alle betrokkenen een nieuw instrument. Op dit moment is dat overigens nog niet veel anders. Zoals de Evaluatiecommissie Omgevingswet naar mijn mening terecht concludeert kan er met de Omgevingswet en het omgevingsplan worden gewerkt maar worden alle mogelijkheden nog niet benut.¹⁷

Opvallend is dat de gebruikte open normen wat betreft rechtszekerheid niet of nauwelijks inhoudelijk worden onderbouwd in de toelichtingen of de motiveringen van de onderzochte wijzigingsbesluiten. Het beginsel van rechtszekerheid speelt geen zichtbare rol bij de gemeentelijke overwegingen om met open normen te werken.

In het praktijkonderzoek is niet gekeken naar de evenredigheid van de onderzochte planregels. Bij evenredigheid gaat het om de inhoud van een regel en van een afweging van alle betrokken belangen. Dit valt buiten het bestek van mijn onderzoek. Het niet onderzoeken van de evenredigheid van de wijzigingsbesluiten heeft overigens geen gevolgen voor het kunnen beantwoorden van de onderzoeksvraag omdat de juridische randvoorwaarden wat betreft evenredigheid wel zijn onderzocht. Bovendien is er

¹⁷ Reflectierapport Omgevingswet: In werking, maar onderbenut, Evaluatiecommissie Omgevingswet 2024.

geen nauwe relatie tussen een open norm en het evenredigheidsbeginsel. Het evenredigheidsbeginsel is in tegenstelling tot het rechtszekerheidsbeginsel niet bepalend voor het wel of niet opnemen van open normen.

9. Verwachte veranderingen in de wijze van regelen van bouw-, aanleg- en gebruiksactiviteiten

Op basis van mijn onderzoek spreek ik de verwachting uit dat open normen niet tot een geheel andere wijze van het regelen van bouw-, aanleg- en gebruiksactiviteiten zullen leiden, zoals deze in mijn onderzoek centraal staan. De praktijk vanuit het Chw-bestemmingsplan wordt waarschijnlijk voortgezet en doorontwikkeld. De redenen voor beperkte veranderingen vloeien met name voort uit het beginsel van rechtszekerheid. Meerdere regeltypen lenen zich niet voor (een ruime toepassing van) open normen. Het regeltype waarbij een ruimere inzet wel mogelijk is, is de beoordelingsregel. Deze kwam echter ook al regelmatig voor in het Chw-bestemmingsplan, wat leidt tot de verwachting dat de verandering op dit punt niet groot is.

Wat betreft mogelijke veranderingen is het mij tijdens het onderzoek opgevallen dat open normen geen rol spelen in de politieke en maatschappelijke discussies over het versnellen van de woningbouw. Waar eerder open normen als een mogelijkheid werden gezien om de bouw en de economie te stimuleren is dat nu niet meer het geval. Een toename van het aantal open normen is op dit moment vanuit dit perspectief dan ook niet te verwachten.

10. Aanbevelingen

Ik doe aan het einde van mijn onderzoek enkele aanbevelingen die zijn gericht zijn op het op een (meer) juridisch verantwoorde manier opnemen van open normen in bouw-, aanleg- en gebruiksregels van een omgevingsplan. Eén van de eerste daarvan is dat in beginsel alleen van open normen gebruik moet worden gemaakt als daarvoor vanuit het beleid voor de fysieke leefomgeving redenen zijn. Als deze er niet zijn kan doorgaans met gesloten normen worden volstaan. Open normen enkel opnemen om medewerking te kunnen verlenen aan niet voorziene ruimtelijke activiteiten of om beleidsbeslissingen uit te stellen zijn naar mijn mening geen goede redenen. Een andere aanbeveling die ik doe is om de beginselen van rechtszekerheid en evenredigheid in een vroegtijdig stadium te betrekken bij het opstellen van een omgevingsplan. De juridische kwaliteit van de regels neemt hierdoor toe. Bovendien kunnen mogelijke teleurstellingen bij bestuurders of derden vanwege juridische beperkingen in de loop van het traject worden voorkomen. Zoals vermeld, is het opstellen van planregels met open normen vanwege de ruime reikwijdte,

de vele activiteiten en de juridische randvoorwaarden een complexe materie. Het zou dan volgens mij ook goed zijn als er landelijke voorbeelden van juridisch aanvaardbare planregels met open normen worden opgesteld en een reguliere opleiding wordt gestart voor het opstellen van regels van een omgevingsplan. Beide laatste aanbevelingen kunnen onzekerheid en onnodige juridische procedures voorkomen. Daarbij kan het helpen de juridische en praktische gevolgen van uitspraken van de bestuursrechter op een heldere manier tijdig en periodiek te delen. Kennis van en informatie over open normen en uitspraken van de bestuursrechter kunnen juridische risico's verkleinen en gemeenten houvast geven bij het opstellen van planregels.

Met het oog op de complexe keuzes en de juridische risico's van open normen kan een gemeente overwegen om in daarvoor in aanmerking komende gevallen in plaats van met open normen te werken met de bevoegdheid om de vaststelling van een wijziging van het omgevingsplan te delegeren aan het college van burgemeester en wethouders. Ook op deze wijze kan er relatief snel en efficiënt een voor een gebied of thema passende set van regels tot stand komen waarbij overwogen kan worden om het wijzigingsbesluit te coördineren met een omgevingsvergunning.¹⁸ Bijkomend voordeel is dat alle regels dan in het omgevingsplan zijn opgenomen en niet zijn verdeeld over het omgevingsplan en beleidsregels. Gemeenten die bestuurlijk of ambtelijk vinden dat zij nog niet toe zijn aan het werken met open normen kunnen dit in mijn beleving vanwege de juridische en uitvoeringstechnische aspecten beter nog niet doen. In een later stadium kunnen altijd regels met open normen in de regels van het omgevingsplan worden verwerkt. Een gemeente heeft nog tot 1 januari 2032 de tijd om tot het gemeente dekkende omgevingsplan te komen dat aan de Omgevingswet voldoet.¹⁹

De komende jaren zullen de voor- en nadelen en de juridische mogelijkheden van het opnemen van open normen in bouw-, aanleg- en gebruiksregels van het omgevingsplan ongetwijfeld worden bediscussieerd en besproken. Voor het voeren van de juiste discussies is het naar mijn mening belangrijk om te weten welke bestuurlijke, juridische en praktische gevolgen open normen daadwerkelijk in de praktijk van het omgevingsplan hebben. In het kader van de introductie van het Chw-bestemmingsplan en het omgevingsplan is geen onderzoek naar de effecten van open normen gedaan. Open normen zijn door de wetgever steeds vanuit het theoretisch kader benaderd en beargumenteerd.

¹⁸ Afd. 3.5 Awb.

¹⁹ Art. 22.6 Ow en art. 1 lid 1 Besluit van 10 juli 2023 van de Minister voor Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening (tijdstippen Omgevingswet)

Er kunnen derhalve meerdere acties worden uitgevoerd om tot een beleidsmatig en juridisch juiste inzet van open normen in bouw-, aanleg- en gebruiksregels van een omgevingsplan te komen. Open normen kunnen zeker een meerwaarde hebben voor een goede uitvoering van het gemeentelijk beleid voor de fysieke leefomgeving en voor het bereiken van een evenwichtige toedeling van

functies aan locaties. Essentieel daarbij is wel dat de planregels in voldoende mate rechtszeker zijn. Het beginsel van rechtszekerheid gaat in mijn beleving boven de bestuurlijke wens om met open normen te werken. Zeker als er alternatieve regelmogelijkheden zijn om bouw-, aanleg- en gebruiksactiviteiten te regelen. ●

Licentie verstrekt aan:
wijnensael@li.nl
Wijn en Stael Advocaten
IBR publicatie - 8-12-2025

Nature-based solutions en wisselpolders: klimaatadaptatie, waterveiligheid en natuurherstel in de Zuidwestelijke Delta

Deel I – de Unierechtelijke dimensie

– Mr. M.G. van Esterik¹

1. Introductie

De Nederlandse delta zit in een waterveiligheidstransitie. Het International Panel on Climate Change (IPCC) verwacht dat zonder aanvullende maatregelen de overstromingsrisico's in Europa exponentieel zullen toenemen.² Als gevolg van zeespiegelstijging, stormvloed en extreme regenval en bodemdaling moeten de dijken groter en sterker worden om de Nederlandse delta te blijven beschermen tegen de toenemende, ernstige gevolgen van overstromingen.³ Daarmee rijst ook de vraag of de huidige waterveiligheidsaanpak met het gebruik van technische oplossingen zoals pompen, waterkeringen en spuisluizen, houdbaar is en, zo niet, of het anders kan.⁴

Het Kennisprogramma Zeespiegelstijging onderscheidt drie denkrichtingen over hoe de Neder-

landse delta kan omgaan met zeespiegelstijging.⁵ *Beschermen* is gericht op continuïteit van het huidige waterbeheer met voornamelijk waterbouwkundige middelen, zoals dijkversterkingen, stormvloedkeringen en zandsuppleties.⁶ *Zeevaarts* is gericht op het beperken van maatregelen in en langs de riviermondingen door een tweede zeevaartse kustlijn en een kustmeer met een beheersbaar waterpeil voor de Zuidwestelijke Delta aan te leggen. De aanleg van het kustmeer heeft wel grote gevolgen voor de ecologie door het verdwijnen van de getijde- en golfwerking en de sterk wisselende zoutgehalten.⁷ Vanwege de Natura 2000-status van de Zuidwestelijke Delta is de verdere uitwerking van *Zeevaarts* momenteel dus hoogstwaarschijnlijk juridisch onmogelijk.⁸ *Zeevaarts* blijft in dit stuk dus verder buiten beschouwing. *Meebewegen* is gericht op het aanpassen van het landgebruik en de samenleving aan de gevolgen van zeespiegelstijging door middel van maatregelen die natuurlijke en dynamische processen benutten zoals drijvend bouwen, waterbergende bufferpolders en het natuurlijk meegroeien van de kust en de oevers.⁹ Nature-based solutions

¹ Mart van Esterik is promovendus aan de Universiteit Utrecht, in het bijzonder bij het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law. Hij doet onderzoek naar de rol van het recht bij de realisatie en instandhouding van nature-based solutions in de Nederlandse Delta, in het licht van klimaatmitigatie, klimaatadaptatie en natuurherstel. Dit artikel is onderdeel van een tweeluik over nature-based solutions en wisselpolders in de Zuidwestelijke Delta. Veel dank gaat uit naar zijn promotoren, prof. mr. E.H.P. (Edward) Brans en prof. mr. H.K. (Herman Kasper) Gilissen en aan zijn dagelijks begeleiders, A.M.E. (Aster) Veldkamp en L. (Liping) Dai, voor hun nuttige opmerkingen en commentaren bij het voltooien van dit artikel.

² International Panel on Climate Change, *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability Working Group II Contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Genève: IPCC 2022, p. 1827.

³ International Panel on Climate Change 2022, p. 1827.

⁴ Zie over huidige aanpak: W. van Doorn-Hoekveld en anderen, 'Adaptation to Climate Change Adaptation to Climate Change in Dutch Flood Risk Management: Innovative Approaches and Related Challenges,' *Utrecht Law Review* 2022/2, p. 51-69.

⁵ Het Kennisprogramma Zeespiegelstijging is een landelijk onderzoeksprogramma van het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat en de Deltacommissaris. Drie consortia van adviesbureaus, wetenschappers, overheden en maatschappelijke organisaties hebben meegewerkt aan de uitwerking van deze denkrichtingen. *Ruimte voor zeespiegelstijging*, bijlage bij: *Kamerstukken II 2023-24*, 36 410-J, nr. 9, p. 11 en p.17-32.

⁶ Binnen de oplossingsrichting *beschermen* wordt onderscheid gemaakt tussen *beschermen open en gesloten*. *Ruimte voor zeespiegelstijging*, bijlage bij: *Kamerstukken II 2023-24*, 36 410-J, nr. 9, p. 11 en p. 26-29.

⁷ *Ruimte voor zeespiegelstijging*, bijlage bij: *Kamerstukken II 2023-24*, 36 410-J, nr. 9, p. 33.

⁸ *Ruimte voor zeespiegelstijging*, bijlage bij: *Kamerstukken II 2023-24*, 36 410-J, nr. 9, p. 33.

⁹ *Ruimte voor zeespiegelstijging*, bijlage bij: *Kamerstukken II 2023-24*, 36 410-J, nr. 9, p. 21.

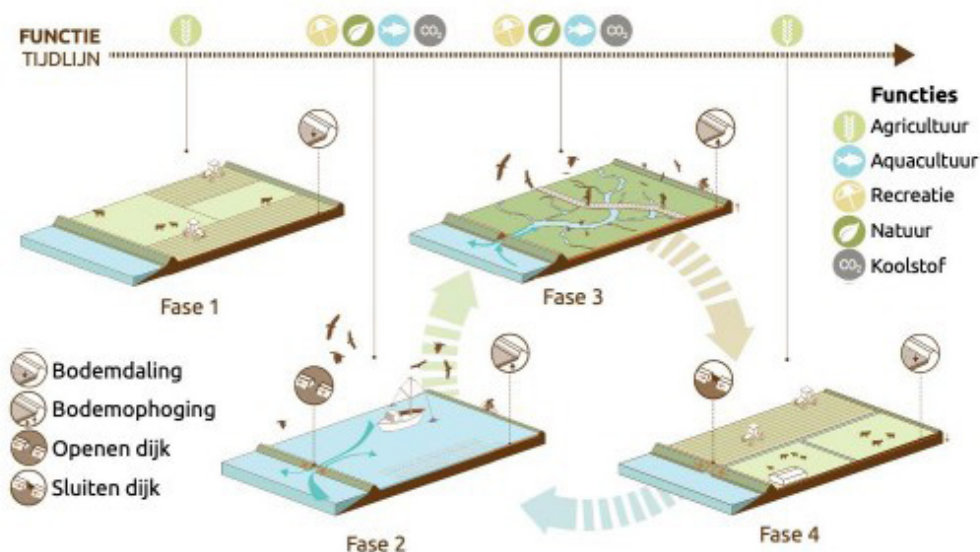


Fig. 1 - Bron: Van Belzen, Rienstra en Bouma 2021, p. 4.

spelen met name een rol binnen de oplossingsrichtingen *beschermen* en *meebewegen*.¹⁰

Het Kennisprogramma Zeespiegelstijging heeft in november 2025 een vierde oplossingsrichting geïntroduceerd: *Meegroeiën*. *Meegroeiën* is gericht op de grootschalige toepassing van nature-based solutions in het waterveiligheidsbeheer, zoals het verwijderen of aanpassen van dammen, buitendijkse begroeide voorlanden en waterkerende landschappen.¹¹ *Meegroeiën* toont aan dat de borging van de waterveiligheid samen kan gaan met het natuurherstel, met brede baten voor de economie en de maatschappij.¹² Langs de kust, de Zuidwestelijke Delta en het Waddengebied worden nature-based solutions gezien als een potentiële oplossing voor de waterveiligheidsopgave.¹³

Ook wordt in toenemende mate de beleidsambitie getoond om aan de slag te gaan met nature-based solutions in het waterveiligheidsbeheer. Zo stelt het 'Nationaal Biodiversiteit Strategie en Actieplan Nederland 2025-2030' dat nature-based solutions de voorkeursmaatregel worden binnen het waterbe-

heer.¹⁴ Ook het Deltaprogramma stelt dat waar mogelijk moet worden ingezet op nature-based solutions.¹⁵ Tenslotte worden in de Zuidwestelijke Delta politieke en ambtelijke discussies gevoerd over de wenselijkheid van de toepassing van nature-based solutions in het waterveiligheidsbeleid.¹⁶

Een concrete nature-based solution voor waterveiligheid in de Zuidwestelijke Delta is een zogenoemde 'wisselpolder'. Een wisselpolder bestaat uit twee dijken: een zeewaartse dijk, de bestaande primaire waterkering, en een landwaartse dijk, een bestaande oude (slaper)dijk of een nieuwe aan te leggen dijk.¹⁷ In de zeewaartse dijk wordt een opening aangebracht waardoor het tussen de beide dijken gelegen gebied (hierna: het tussengebied) met eb en vloed overstroomt en zich ontwikkelt tot een getijdegebied. Door de aanvoer van sediment stijgt het tussengebied op termijn mee met de zeespiegel. Over een periode van tientallen jaren ontwikkelt zich een schorrenlandschap. Het proces van

¹⁴ Nationaal Biodiversiteit Strategie en Actieplan 2025-2030. De Nederlandse inzet op de 23 actiedoelen van het Kunming-Montreal Global Biodiversity Framework, bijlage bij: Kamerstukken II 2024/25, 26 407, nr. 155, p. 54. Zie ook: Deltaprogramma 2025, bijlage bij: Kamerstukken II 2024/25, 36 600 A, nr. A, p. 33.

¹⁵ Deltaprogramma 2025, bijlage bij: Kamerstukken II 2024/25, 36 600 A, nr. A, p. 16.

¹⁶ 'Polders onder water zetten om het achterland te beschermen, het is een serieuze optie geworden', 5 november 2024, Algemeen Dagblad. 'Zeeland verzet zich tegen 'nieuwe Hedwiges', maar zet de deur wel open voor proef met wisselpolder', 25 oktober 2025, Algemeen Dagblad.

¹⁷ J. van Belzen, G.U. Rienstra en T.J. Bouma, *Dubbele dijken als robuuste waterkerende landschappen voor een welvarende Zuidwestelijke Delta*, Yerseke: Koninklijk Nederlands Instituut voor Onderzoek der Zee 2021, p. 24

¹⁰ Ruimte voor zeespiegelstijging, bijlage bij: Kamerstukken II 2023-24, 36 410-J, nr. 9, p. 19 en p. 29.

¹¹ Kennisprogramma Zeespiegelstijging, *Meegroeiën met zeespiegelstijging. Onderzoek naar nature-based strategieën om Nederland te beschermen tegen de effecten van zeespiegelstijging*, Den Haag: Ministerie van IenW 2025, p. 16-17.

¹² Kennisprogramma Zeespiegelstijging 2025, p. 33.

¹³ Ruimte voor zeespiegelstijging, bijlage bij: Kamerstukken II 2023-24, 36 410-J, nr. 9, p. 20. Kennisprogramma Zeespiegelstijging 2025, p. 18.

opslibbing duurt naar verwachting ongeveer dertig tot vijftig jaar.¹⁸ Wanneer het tussengebied zo ver is opgehoogd dat het nog maar zelden overstroomt kan de zeewaartse dijk eventueel weer worden gesloten. Het perceel kan dan weer in gebruik worden genomen door de oorspronkelijke perceeleigenaar of diens rechtsopvolger. Deze teruggave levert interessante juridische vragen die in dit eerste deel, maar ook in het tweede deel aan de orde komen.

Het gebruik van een wisselpolder heeft diverse voordelen op het gebied van waterveiligheid. Als gevolg van het opslibben van het tussengebied neemt de stabiliteit van de dijken toe en de faalkans af.¹⁹ Een dijkdoorbraak van een wisselpolder laat als gevolg van het opgeslibde tussengebied minder water door.²⁰ Hierdoor nemen de gevolgen van een overstroming af, is het herstel na de overstroming goedkoper en gemakkelijker en is er meer tijd voor evacuatie.²¹ Ondanks de hogere aanlegkosten is het gebruik van een wisselpolder volgens Van Belzen, Rienstra en Bouma op de lange termijn kosteneffectiever dan het ophogen van de dijken vanwege de lage onderhoudskosten.²² Ook levert een wisselpolder andere belangrijke ecosysteemdiensten, zoals het herstellen van de natuur, het opnemen van koolstof en het bieden van recreatiemogelijkheden.²³

Ondanks deze voordelen heeft het concept wisselpolders ook te maken met de nodige maatschappelijke weerstand. Dit is te verklaren door de tijdelijke verandering van het grondgebruik en de mogelijke aantasting van bestaande rechten. Dit maakt een wisselpolder een ingrijpende maatregel. Ook zien de tegenstanders wisselpolders als een vorm van onomkeerbare ontpoldering.²⁴ Zoals de casus 'Hedwigepolder' illustreert, ligt ontpoldering in Zeeland politiek gevoelig. Het is dus van belang om politiek-bestuurlijk en maatschappelijk draagvlak te vinden voor het concept wisselpolder, omdat dit helpt bij het legitimeren van de keuze voor een wisselpolder als waterveiligheidsmaatregel en het bijbehorende overheidsoptreden.

Dit artikel is onderdeel van een tweeluik over de rol van het recht bij de realisatie en duurzame instandhouding van wisselpolders in de Zuid-westelijke Delta. Ik ga in dit eerste deel in op de Unierechtelijke dimensie: welke verplichtingen en aanknopingspunten biedt het Europese waterveiligheidsrecht (paragraaf 2), het klimaatrecht (paragraaf 3) en het natuurherstelrecht (paragraaf 4) voor de toepassing van nature-based solutions zoals wisselpolders in het waterveiligheidsbeheer? In hoeverre verplicht het Unierecht hiertoe, of biedt het Unierecht aanknopingspunten en bevoegdheden voor de toepassing van nature-based solutions in het waterveiligheidsbeheer? En welke randvoorwaarden stelt het Unierecht aan de toepassing van een concrete wisselpolder? Ik eindig met een conclusie (paragraaf 5). In het tweede deel behandel ik het nationale recht: welke juridische kansen en belemmeringen doen zich voor bij de realisatie en instandhouding van wisselpolders en hoe kunnen deze worden benut dan wel weggelaten? Het tweede deel wordt op een later moment gepubliceerd in dit tijdschrift.

2. Richtlijn overstromingsrisico's: introductie

De Richtlijn overstromingsrisico's (Ror) is kaderstellend voor de beoordeling en het beheer van overstromingsrisico's. Deze richtlijn is volgens de preambule nodig omdat de Kaderrichtlijn Water wel bijdraagt aan het verminderen van de gevolgen van overstromingen, maar niet primair is gericht op de vermindering van het overstromingsrisico en geen rekening houdt met toekomstige veranderingen in het overstromingsrisico als gevolg van klimaatverandering.²⁵ De Richtlijn overstromingsrisico's is sterk verbonden met de Kaderrichtlijn Water door middel van twee afstemmingsbepalingen²⁶, maar richt zich op één sectoraal aspect van het waterbeheer: het overstromingsrisicobeheer.

De richtlijn gaat uit van een risicobenadering en beoogt de negatieve gevolgen van overstromingen te beperken.²⁷ Het overstromingsrisico wordt bepaald aan de hand van de kans dat zich een over-

¹⁸ Van Belzen, Rienstra en Bouma 2021, p. 27.

¹⁹ Z. Zhu en anderen, 'Historic storms and the hidden value of coastal wetlands for nature-based flood defence', *Nature Sustainability* 2020/3, p. 853-862, p. 858.

²⁰ Zhu 2020, p. 856.

²¹ Zhu 2020, p. 856. Van Belzen, Rienstra en Bouma 2021, p. 27.

²² Van Belzen, Rienstra en Bouma 2021, p. 39.

²³ J. van Belzen, T.J. Bouma en T. Ysebaert, *Blue Carbon in het Verdrongen Land van Zuid-Beveland*, Yerseke: Koninklijk Nederlands Instituut voor Onderzoek der Zee 2020; B.L. Gilby en anderen, 'Human Actions Alter Tidal Marsh Seascapes and the Provision of Ecosystem Services', *Estuaries and coasts* 2020/44, p. 1628-1636. Wereld Natuur Fonds en Stichting ARK Rewilding Nederland, *Kennisrapport Groeiland. Naar een natuurlijke kustbescherming met meer natuur*. Zeist: WNF 2024, p. 29-31.

²⁴ Zie bijvoorbeeld: Motie Babijn en Bos 19 september 2025, "Provinciale Staten van Zeeland zijn TEGEN ELKE VORM VAN ONTPOLDERING!" (inclusief 'Wisselpolders' dus).

²⁵ Preambule (4) Richtlijn 2007/60/EG.

²⁶ Artikel 3 en artikel 9 Richtlijn 2007/60/EG. Artikel 3 Ror stelt dat de lidstaten gebruik moeten maken van de in artikel 3 Krv neergelegde stroomgebiedsbeheerbenadering en de in het kader van die benadering aangewezen autoriteiten. Wel biedt de Ror de mogelijkheid om andere autoriteiten aan te wijzen. Artikel 9 Ror stelt dat de lidstaten passende maatregelen moeten nemen om de toepassing van de Ror en de Krv te coördineren en te zoeken naar mogelijkheden voor de verbetering van de efficiëntie en de informatie-uitwisseling en voor het verwezenlijken van gemeenschappelijke synergieën en voordelen. Het gaat hierbij in het bijzonder om de coördinatie van het opstellen van de overstromingsgevaar en -risicokaarten, de toetsing van de overstromingsrisicobeheerplannen en stroomgebiedsbeheerplannen en de participatieverplichtingen uit de Ror en de Krv. Zie ook: preambule (17) Richtlijn 2007/60/EG.

²⁷ Artikel 1 Richtlijn 2007/60/EG.

stroming voordoet in combinatie met de mogelijke negatieve gevolgen van een overstroming.²⁸ De risicobenadering is gekozen omdat overstromingen natuurverschijnselen zijn die niet kunnen worden voorkomen.²⁹ Wel kunnen menselijke activiteiten en klimaatverandering eraan bijdragen dat de gevolgen van overstromingen toenemen.³⁰

De lidstaten moeten op grond van de richtlijn het overstromingsrisico beoordelen en beheren aan de hand van vier stappen: het maken van een risicobeoordeling voor elk stroomgebiedsdistrict, het vaststellen van gebieden waar potentieel een significant overstromingsrisico bestaat of kan worden verwacht, het opstellen van overstromingsgevaarkaarten en -risicokaarten en het opstellen van een overstromingsrisicobeheerplan.³¹ De lidstaten zijn verplicht om de voorlopige overstromingsrisicobeoordeling, de overstromingsgevaarkaarten en -risicokaarten en de overstromingsrisicobeheerplannen om de zes jaar te toetsen en zo nodig bij te stellen.³² Uit de spaarzame rechtspraak van het Hof van Justitie over de Richtlijn overstromingsrisico's volgt dat het doorlopen van de vier stappen, de toetsing en de bijstelling van de overstromingsrisicobeheerplannen binnen de voorgeschreven termijnen moet worden gezien als een resultaatsverplichting.³³

2.1 Richtlijn overstromingsrisico's: het overstromingsrisicobeheerplan

In het overstromingsrisicobeheerplan moeten de lidstaten 'adequate doelstellingen' vaststellen voor het beheer van het overstromingsrisico.³⁴ Volgens de Richtlijn overstromingsrisico's moeten de lidstaten bij de vaststelling van de doelstellingen onder meer aandacht besteden aan het verminderen van de mogelijke negatieve gevolgen van overstromingen voor de gezondheid van de mens en het milieu en indien dit nodig wordt geacht aan de vermindering van de kans op overstromingen.³⁵ De Richtlijn overstromingsrisico's schrijft echter geen doelstellingen of maatregelen voor, omdat de soorten overstromingen en bijhorende overstromingsschade verschillen van land tot land en van regio tot regio.³⁶ De doelstellingen op het gebied van het overstromingsrisicobeheer moeten door de lidstaten zelf

worden vastgesteld en worden gebaseerd op lokale en regionale omstandigheden.³⁷

Het overstromingsrisicobeheerplan moet maatregelen bevatten om de doelstellingen te verwzenlijken.³⁸ In het overstromingsrisicobeheerplan moeten alle aspecten van het overstromingsrisicobeheer worden behandeld, met speciale aandacht voor de kenmerken van het betrokken stroomgebied en met een speciale nadruk op preventie, bescherming en paraatheid.³⁹

- Preventie is gericht op het voorkomen van schade door overstromingen door de bouw van huizen en industrieën in huidige en toekomstige overstromingsgevoelige gebieden te vermijden; door toekomstige ontwikkelingen aan te passen aan het overstromingsrisico en door passende praktijken in landgebruik, landbouw en bosbouw te bevorderen;
- Bescherming is gericht op het nemen van (niet-)structurele maatregelen om de kans op overstromingen en/of de gevolgen van overstromingen op een specifieke locatie te verminderen;
- Paraatheid is gericht op het informeren van de bevolking over overstromingsrisico's en wat te doen in het geval van een overstroming.⁴⁰

Uit onderzoek blijkt dat een combinatie van preventieve, beschermende en paraatheid verhogende maatregelen een samenleving meer veerkrachtig maakt.⁴¹ Een wisselpolder als nature-based solution is een beschermende maatregel die zowel bijdraagt aan kans- als gevolgbeperking, maar ook aan preventie. Dit omdat in het tussengebied in beginsel geen overstromingsgevoelige activiteiten zo-

³⁷ Preamble (10) Richtlijn 2007/60/EG. Er bestaan ook grote verschillen in de wijze van implementatie, zie: S.J. Priest, C. Suykens, H.F.M.W. van Rijswick, T. Schellenberger, S.B. Goytia, Z.W. Kundzewicz, W.J. van Doorn-Hoekveld, J.C. Beyers en S. Homewood, 'The European Union approach to flood risk management and improving societal resilience: lessons from the implementation of the Floods Directive in six European countries', *Ecology and Society* 2016/4.

³⁸ Artikel 7 lid 3 Richtlijn 2007/60/EG.

³⁹ Artikel 7 lid 3 Richtlijn 2007/60/EG. De Europese Commissie onderschrijft nog twee extra strategieën. Noodmaatregelen zoals het opstellen van calamiteitenplannen en herstelmaatregelen en het leren van eerdere ervaring door de normale situatie te herstellen en de maatschappelijke en economische gevolgen voor de getroffen bevolking te verzachten. COM(2004)472 final, p. 3. Uitgebreid: H.K. Gilissen, W. van Doorn-Hoekveld en T. Lavrijsen, 'Het Nederlandse overstromingsrisicobeheer van de toekomst: méér (dan) dijken bouwen?', in: C.W. Backes, E.H.P. Brans en H.K. Gilissen (reds.), 2030: *Het juridische instrumentarium voor mitigatie van klimaatverandering, energietransitie en adaptatie in Nederland*, Den Haag: VMR 2020, p. 365-384, p. 396.

⁴⁰ COM(2004)472 final, p. 3.

⁴¹ P.J.J. Driessen, D.L.T. Hegger, M.H.N. Bakker, H.F.M.W. van Rijswick & Z.W. Kundzewicz, 'Toward more resilient flood risk governance', *Ecology and Society* 2016, nr. 4, p. 53; D.L.T. Hegger, P.J.J. Driessen, M. Wiering, H.F.M.W. van Rijswick, Z.W. Kundzewicz, P. Matczak, A. Crabbé, G.T. Raadgever, M.H.N. Bakker, S.J. Priest, C. Larrue & K. Ek, 'Toward more flood resilience: Is a diversification of flood risk management strategies the way forward?', *Ecology and Society* 2016/4, p. 52.

²⁸ Artikel 2 lid 2 Richtlijn 2007/60/EG. Zie ook: Van Doorn-Hoekveld en anderen 2022.

²⁹ Preamble (2) Richtlijn 2007/60/EG.

³⁰ Preamble (2) Richtlijn 2007/60/EG.

³¹ Artikel 4 tot en met 7 Richtlijn 2007/60/EG.

³² Artikel 14 Richtlijn 2007/60/EG.

³³ HvJ EU 2 april 2020, Zaak C-384/19, ECLI:EU:C:2020:271 (Commissie t. Spanje); HvJ EU 6 februari 2025, Zaak C-281/24, ECLI:EU:2025:57 (Commissie t. Slowaakse Republiek).

³⁴ Artikel 7 lid 2 Richtlijn 2007/60/EG.

³⁵ Artikel 7 lid 2 Richtlijn 2007/60/EG.

³⁶ Preamble (10) Richtlijn 2007/60/EG. Zie ook: Van Doorn-Hoekveld, Gilissen, Groothuise en Van Rijswick 2022, p. 54.

als de bouw van huizen worden ondernomen. Het tussengebied vormt als het ware een natuurlijke buffer tussen het water en de maatschappij.

Bij de vaststelling van het overstromingsrisicobeheerplan moeten de lidstaten rekening houden met een aantal relevante aspecten. Deze aspecten zijn de kosten en baten van de maatregelen, de omvang van de overstroming en waterafvoerroutes en gebieden met het vermogen om overstromingswater vast te houden, zoals natuurlijke overstromingsgebieden, de milieudoelstellingen van de Kaderrichtlijn water, het bodem- en waterbeheer, de ruimtelijke ordening, het grondgebruik, het natuurbehoud, de scheepvaart en de haveninfrastructuur.⁴² De Richtlijn overstromingsrisico's stelt dus dat de lidstaten rekening moeten houden met het natuurbehoud in het overstromingsrisicobeheerplan, maar schrijft niet voor hoe dit moet gebeuren. Ook moet rekening worden gehouden met aspecten die mogelijk nadelig zijn voor het natuurbehoud zoals het (bestaande) grondgebruik, de scheepvaart en de haveninfrastructuur. Uit de richtlijn blijkt ook niet hoe deze aspecten tegen elkaar moeten worden afgewogen. Het betrekken van het natuurbehoud in het overstromingsrisicobeheer lijkt dus vooral een motiveringsverplichting te zijn. De lidstaten hebben ook de beleidsruimte om andere belangen te laten prevaleren boven het natuurbelang.

Het overstromingsrisicobeheerplan kan ook voorzien in de bevordering van duurzaam landgebruik, de verbetering van de wateropvangcapaciteit en de gecontroleerde overstroming van bepaalde gebieden wanneer zich hoogwater voordoet.⁴³ Het bevorderen van het duurzaam landgebruik moet vanwege het doel van de richtlijn primair bijdragen aan het beperken van het overstromingsrisico. Ook moet volgens de preambule in het overstromingsrisicobeheerplan waar mogelijk aandacht worden besteed aan het onderhoud en/of herstel van de uiterwaarden om rivieren meer ruimte te geven.⁴⁴ Hiermee lijkt de richtlijn natuurlijke en duurzame waterveiligheidsoplossingen aan te moedigen, maar omdat dit een 'kan'-bepaling is moet de juridische waarde niet worden overschat. Met deze formulering heeft de Uniewetgever dus bewust ruimte gelaten aan de lidstaten om eigen beleidskeuzes te maken in het overstromingsrisicobeheer.⁴⁵

2.2 Richtlijn overstromingsrisico: conclusie en aanbevelingen

De Richtlijn overstromingsrisico's is een richtlijn voor de beheersing van het overstromingsrisico

met hoofdzakelijk een procedurele en sectorale benadering.⁴⁶ De lidstaten hebben bij de vaststelling van de doelstellingen en de te nemen maatregelen beleidsruimte.⁴⁷ De Richtlijn overstromingsrisico's moedigt het gebruik van integrale en natuurlijke waterveiligheidsoplossingen aan en het overstromingsrisicobeheerplan biedt een kans voor de toepassing van nature-based solutions.⁴⁸ De richtlijn bevat echter geen expliciete materiele verplichting voor de toepassing van nature-based solutions.

Het is in de literatuur voorgesteld om een materiele verplichting in de Richtlijn overstromingsrisico's op te nemen om nature-based solutions te gebruiken in het overstromingsrisicobeheer.⁴⁹ Maar sluit dit wel aan bij de aard van het wetgevingsinstrument? Een richtlijn is slechts verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat waarbij de lidstaten de bevoegdheid wordt gelaten om vorm en middelen te kiezen.⁵⁰ De Richtlijn overstromingsrisico's is dus slechts bindend met betrekking tot het doel: de beoordeling en het beheer van overstromingsrisico's. Als de Uniewetgever nature-based solutions als voorkeursalternatief in het overstromingsrisicobeheer wil voorschrijven, dan moeten de doelstellingen van de Richtlijn overstromingsrisico's worden verbreed door expliciet te verwijzen naar nature-based solutions en de Unierechtelijke doelstellingen op het gebied van natuur en biodiversiteit.⁵¹ Als de doelstellingen van de richtlijn worden verbreed, dan kan ook een motiveringshiërarchie in de richtlijn worden opgenomen waarbij het natuurbelang expliciet een zwaarder gewicht krijgt toegekend ten opzichte van andere belangen.⁵² Toch blijft het dat een richtlijn geen specifieke maatregelen kan voorschrijven. Als de Uniewetgever een specifieke nature-based maatregel voor het overstromingsrisicobeheer wil voorschrijven, dan zou een Overstromingsrisicoverordening een geschikter instrument zijn. Een verordening is namelijk verbindend in al haar onderdelen.⁵³ Zonder wetswijziging kan de Commissie ook in een communicatie aangeven dat nature-based solutions in

⁴⁶ A.M. Keessen en H.M.F.W. van Rijswijk, 'Adaptation to Climate Change in European Water Law and Policy', *Utrecht Law Review* 2012/8, p. 45.

⁴⁷ Uit de Richtlijn overstromingsrisico's volgt bijvoorbeeld niet dat het stroomvoerend deel van een rivierbed onbebouwd moet blijven. ABRvS 29 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1250, AB 2023/220 m.nt. J.J.H. van Kempen.

⁴⁸ K. Bogdzevič, 'Floods and nature-based solutions. A call for a legal approach', *Current Opinion in Environmental Science & Health* 2023/36.

⁴⁹ E. Calliari en anderen, 'Building climate resilience through nature-based solutions in Europe: A review of enabling knowledge, finance and governance frameworks', *Climate Risk Management* 2022/37. Europese Milieugroep, *Nature-based solutions in Europe: Policy, knowledge and practice for climate change adaptation and disaster risk reduction*, Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie 2021, p. 41.

⁵⁰ Artikel 288 Verdrag betreffende Werking van de Europese Unie

⁵¹ Zie bijvoorbeeld: artikel 1 lid 1 Verordening 2024/1991.

⁵² Zie bijvoorbeeld: artikel 4 Richtlijn 2008/98/EG.

⁵³ Artikel 288 Verdrag betreffende Werking van de Europese Unie.

⁴² Artikel 7 lid 3 Richtlijn 2007/60/EG.

⁴³ Artikel 7 lid 3 Richtlijn 2007/60/EG.

⁴⁴ Preambule (14) Richtlijn 2007/60/EG.

⁴⁵ Zie ook: A. van den Brink en S. Prechal, *Methoden van omzetting van EU-recht in Nederland, Rapport aan de Raad van State*, Raad van State: Den Haag 2011, p. 28.

het overstromingsrisicobeheer de voorkeur hebben boven technische maatregelen.⁵⁴ Een communicatie kan echter geen eigen, nieuwe rechtsgevolgen in het leven roepen en is als zodanig niet juridisch bindend.⁵⁵ Wel kan een communicatie dienen als interpretatiemiddel en de lidstaten moeten op grond van het beginsel van loyale samenwerking rekening te houden met een aanbeveling of communicatie.⁵⁶ Ook kan de Commissie in een communicatie een voornemen tot wijziging van het juridisch kader aankondigen. Dit is bijvoorbeeld gedaan in de 'European Water Resilience Strategy' met de aankondiging van een wijziging van de Kaderrichtlijn Mariene Strategie en de 'EU Biodiversity Strategy for 2030' met de aankondiging van de Natuurherstelverordening.⁵⁷

3. Klimaatverordening: introductie

De Klimaatverordening stelt kaders om vooruitgang te boeken op het gebied van de mondiale klimaatadaptatiedoelstelling zoals neergelegd in de Overeenkomst van Parijs.⁵⁸ De lidstaten moeten zorgen voor een voortdurende vooruitgang bij het vergroten van het vermogen tot aanpassing aan, het versterken van de veerkracht en het verminderen van de kwetsbaarheid voor klimaatverandering.⁵⁹ Het versterken van de veerkracht ('resilience') tegen klimaatverandering kan worden gezien als het overkoepelende adaptatiedoel van de Klimaatverordening.⁶⁰

De Klimaatverordening gaat uit van een kwalitatieve klimaatadaptatieverplichting. De verordening bevat dus geen objectieve of kwantitatieve doelstellingen zoals een specifiek beschermingsniveau en stelt geen eisen aan klimaatadaptatie in specifieke sectoren.⁶¹ Hierdoor lijkt de verplichting weinig sturend. De lidstaten moeten wel zorgen voor een voortdurende vooruitgang bij het vergroten van de veerkracht, een nationale klimaatadaptatiestrategie maken en nature-based solutions bevorderen en klimaatadaptatie integreren in andere relevante beleidsterreinen.⁶² Dit heeft wel degelijk

gevolgen voor het overstromingsrisicobeheer van de lidstaten.

3.1 Klimaatverordening: het vooruitgangsgedebod

De Klimaatverordening bevat een zogenoemd vooruitgangsgedebod.⁶³ De lidstaten moeten zorgen voor een voortdurende vooruitgang bij het vergroten van de veerkracht tegen klimaatverandering.⁶⁴ Uit het vooruitgangsgedebod kan worden afgeleid dat de lidstaten geen maatregelen mogen nemen die de veerkracht tegen klimaatverandering verminderen.

Het onaangepast vasthouden aan het traditionele waterveiligheidsbeheer door middel van traditionele dijkversterkingen sluit om twee redenen niet goed aan bij het vooruitgangsgedebod. Ten eerste kan het leiden tot grotere klimaatrisico's omdat in een scenario van toenemende zeespiegelstijging en bodemdaling de gevolgen van overstromingen toenemen.⁶⁵ Ten tweede kunnen traditionele dijkversterkingen leiden tot een versterkte padafhankelijkheid.⁶⁶ Padafhankelijkheid is een situatie waarin de keuzes uit het verleden in een te sterke mate en ten onrechte de keuzes in de toekomst bepalen.⁶⁷ Een voorbeeld van een zichzelf versterkend pad is de aanleg van dijken om de veiligheid te garanderen, wat ook meer mensen en investeringen aantrekt die ook voor de toekomst bescherming verwachten.⁶⁸ Padafhankelijkheid beperkt volgens de IPCC de oplossingsruimte en kan leiden tot een 'lock-in'-situatie.⁶⁹ In een 'lock-in'-situatie is het overstappen naar een andere oplossingsrichting heel kostbaar, onmogelijk door onvoldoende tijd of onwenselijk vanwege de grote maatschappelijke impact.⁷⁰ Een 'lock-in'-situatie kan worden voorkomen door het gebruik van meer adaptieve en 'low-regret' maatregelen.⁷¹ Dit zijn maatregelen die in meerdere adaptatiepaden voorkomen en flexibel genoeg zijn om later te worden aangevuld met andere maatregelen.⁷² Voorbeelden van adaptatieve en 'low-regret' maatregelen zijn het creëren van ruimte voor water-

⁵⁴ Vergelijkbaar met COM(2021) 82 final.

⁵⁵ HvJ EG 16 juni 1993, zaak C-325/91, ECLI:EU:C:1993:245, punt 26 (Frankrijk/Commissie).

⁵⁶ Conc. A-G M. Bobek, zaak C-16/16 P, ECLI:EU:C:2017:959, punt 103-104. Artikel 4 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie.

⁵⁷ COM(2025) 280 final, p. 4; COM(2020) 380 final, p. 6.

⁵⁸ Artikel 1 Verordening (EG) 2021/1119.

⁵⁹ Artikel 5 lid 1 Verordening (EG) 2021/1119.

⁶⁰ A. Buser 2023, 'Towards a Climate Resilient European Union? Prospects and Limitations of a General EU Climate Adaptation Law', *Journal for European Environmental and Planning Law* 2023/2, p. 127-144, para 3.1.2.

⁶¹ Buser 2023, para 3.1.2.

⁶² Zie ook: H.K. Gilissen, A. Lippens en M. Vandekerckhove, 'Klimaatadaptatie in stedelijk gebied vergeleken', in: C. Suykens, H.F.M.W. van Rijswijk, B.J. de Leeuw & H.J.M. Havekes (red.), *Waterbeheer in de Lage Landen. Een rechtsvergelijking tussen Nederland en Vlaanderen*, Den Haag: Koninklijk Nederlands Waterschap 2024, p. 173-195, p. 175.

⁶³ Artikel 5 lid 1, lid 3 en lid 4 Verordening (EG) 2021/1119.

⁶³ Artikel 5 lid 1 Verordening 2021/1119. Gilissen, Lippens en Vandekerckhove 2024, p. 176.

⁶⁴ Artikel 5 lid 1 Verordening 2021/1119.

⁶⁵ International Panel on Climate Change, *Climate Change 2023: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Genève: IPCC, p. 79 en 106. International Panel on Climate Change 2022, p. 1830.

⁶⁶ International Panel on Climate Change 2022, p. 1830. Specifiek voor de Westerschelde: 'Wisselpolders in de Westerschelde tegen de gevolgen van overstromingen', www.h2owaternetwerk.nl.

⁶⁷ S. Hanger-Kopp en anderen, 'Defining and operationalizing path dependency for the development and monitoring of adaptation pathways', *Global Environmental Change* 2022/72.

⁶⁸ M. Haasnoot en F. Diermanse (red.), *Analyse van bouwstenen en adaptatiepaden voor aanpassen aan zeespiegelstijging in Nederland*, Delft: Deltares 2021, p. 48.

⁶⁹ International Panel on Climate Change 2022, p. 1830.

⁷⁰ Haasnoot en Diermanse 2021, p. 48.

⁷¹ International Panel on Climate Change 2022, p. 1830.

⁷² Haasnoot en Diermanse 2021, p. 48.

berging en het bieden van meer ruimte voor water, het herstel van het natuurlijk watersysteem en het voorkomen van bebouwing in overstromingsgevoelig gebied.⁷³

3.2 Klimaatverordening: een nationale adaptatiestrategie en nature-based solutions

De Klimaatverordening verplicht de lidstaten om een algemene klimaatadaptatiestrategie vast te stellen, uit te voeren en regelmatig bij te werken.⁷⁴ Dit betekent dat de zogenaamde beleidscyclus moet worden doorlopen. De Klimaatverordening geeft in tegenstelling tot de Richtlijn overstromingsrisico's geen termijnen voor het bijwerken van de klimaatadaptatiestrategie. De strategieën moeten worden gebaseerd op het beste beschikbare en meest recente wetenschappelijke bewijs met betrekking tot klimaatverandering.⁷⁵

In hun klimaatadaptatiestrategie moeten de lidstaten de toepassing van nature-based solutions bevorderen.⁷⁶ Dit kan worden gezien als een 'groen, tenzij'-principe.⁷⁷ Nature-based solutions zijn dus in beginsel de voorkeursmaatregel voor klimaatadaptatie. Als de lidstaten kiezen voor 'grijze' oplossingen dan zullen de lidstaten dit moeten motiveren. Het 'groen, tenzij'-principe biedt dus een duidelijk aanknopingspunt om nature-based solutions ook toe te passen in het waterveiligheidsbeheer.

Uiterlijk op 30 december 2023 en vervolgens om de vijf jaar beoordeelt de Commissie of de nationale adaptatiemaatregelen en adaptatiestrategieën stroken met het vooruitgangsebeleid.⁷⁸ De Commissie moet deze beoordeling baseren op de meest actuele wetenschappelijke, technische en sociaal-economische conclusies zoals de rapporten van de IPCC.⁷⁹ Indien de Commissie vindt dat de maatregelen van een lidstaat in onvoldoende mate stroken met het vooruitgangsebeleid, dan kan de Commissie op grond van de Klimaatverordening aanbevelingen doen.⁸⁰ In de recente EU-brede beoordeling stelt de Commissie dat nature-based solutions slechts in beperkte mate zijn opgenomen in de nationale klimaatadaptatiestrategieën.⁸¹ Dit terwijl de Commissie in een recente communicatie heeft aangegeven

dat nature-based solutions de voorkeursmaatregel voor klimaatadaptatie zijn.⁸²

3.3 Klimaatverordening: integratieverplichtingen

De lidstaten moeten er ook voor zorgen dat de beleidsmaatregelen met betrekking tot klimaatadaptatie coherent zijn, elkaar ondersteunen en navenoorden opleveren voor sectoraal beleid.⁸³ Zo moeten de lidstaten volgens de preambule de gemeenschappelijke baten van klimaatadaptatie met andere beleidsinstrumenten en wetgeving maximaliseren.⁸⁴ Daarnaast moeten de lidstaten streven naar een betere, coherent doorgevoerde integratie van klimaatadaptatie in alle beleidsterreinen, waaronder en waar passend relevante sociaaleconomische en ecologische beleidsmaatregelen.⁸⁵ Gelet op de formulering ('streven') moet dit worden gezien als een inspanningsverplichting.⁸⁶ De Klimaatverordening verplicht dus tot de integratie van klimaatadaptatie in andere beleidsterreinen om zo gemeenschappelijke baten te vinden, maar verduidelijkt dit, naast de verplichting om nature-based solutions te bevorderen, niet.

De verplichting tot integratie volgt mogelijk ook al uit het primaire Unierecht. De Klimaatverordening neemt namelijk ook het integratiebeginsel neergelegd in artikel 37 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en artikel 11 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie expliciet in acht.⁸⁷ Het integratiebeginsel stelt dat een hoog niveau van milieubescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu moeten worden geïntegreerd in het beleid van de Unie overeenkomstig het beginsel van duurzame ontwikkeling.⁸⁸ Het secundaire Unierecht moet volgens Jans en Vedder en Sjäfjell worden geïnterpreteerd in het licht van het primaire Unierecht, waaronder het integratiebeginsel.⁸⁹ Het integratiebeginsel lijkt echter geen directe juridische gevolgen te hebben voor de lidstaten. De overkoepelende doelstellingen van de verdragen kunnen namelijk geen verplichtingen voor de lidstaten en geen rechten voor particulieren laten ontstaan.⁹⁰

⁷³ M. Haasnoot en R. Biesbroek, 'Wat brengt het nieuwe IPCC rapport voor Europa?', *Water Governance* 2022/2, p. 9; International Panel on Climate Change 2022, p. 1832.

⁷⁴ Artikel 5 lid 4 Verordening (EU) 2021/1119.

⁷⁵ Preambule (31) Verordening (EU) 2021/1119.

⁷⁶ Artikel 5 lid 3 Verordening (EU) 2021/1119.

⁷⁷ Gilissen, Lippens en Vandekerckhove 2024.

⁷⁸ Artikel 7 lid 1 sub b Verordening (EU) 2021/1119.

⁷⁹ Preambule (37) Verordening (EU) 2021/1119.

⁸⁰ Artikel 7 lid 2 Verordening (EU) 2021/1119. Deze bevoegdheid bestaat naast de bevoegdheden op grond van het primaire Unierecht.

⁸¹ COM(2023) 796 final, para 3. Zie over Nederland: SWD(2023) 932 final, p. 221.

⁸² COM(2024) 91 final, para 4.

⁸³ Artikel 5 lid 3 Verordening (EU) 2021/1119.

⁸⁴ Preambule (31) Verordening (EU) 2021/1119.

⁸⁵ Artikel 5 lid 3 Verordening (EU) 2021/1119. Zie ook de grondslag van de Klimaatverordening: artikel 191 Verdrag betreffende Werking van de Europese Unie.

⁸⁶ Zie ook: Buser 2023, p. 137.

⁸⁷ Preambule (6) Verordening (EU) 2021/1119.

⁸⁸ Artikel 37 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

⁸⁹ J.H. Jans en H.H.B. Vedder, *European Environmental Law. Treaty Based Law*, Amsterdam: Europa Law Publishing 2023, p. 27. B. Sjäfjell, 'The Legal Significance of Article 11 TFEU for EU Institutions and Member States', in: B. Sjäfjell en A. Wiesbrock (red.), *The Greening of European Business under EU Law: Taking Article 11 TFEU Seriously*, Routledge: London 2015, p. 51-72, p. 66. J.H. Jans, 'Stop the Integration Principle?', *Fordham International Law Journal* 2011/5, p. 1533-1547, p. 1541.

⁹⁰ Jans en Vedder 2023, p. 28. Zie ook: HvJ EG 29 september 1987, ECLI:EU:C:1987:395, zaak 126/86, punt 10 en 11 (*Zaera*).

Toch kan volgens Jans en Vedder en Sjäffell worden beargumenteerd dat het integratiebeginsel direct van toepassing is op de lidstaten wanneer zij het Unierecht ten uitvoer brengen.⁹¹ Dit is onder meer het geval wanneer de lidstaten toepassing geven aan Unierechtelijke verplichtingen en bevoegdheden zoals de operationalisering van verordeningen en de omzetting van richtlijnen.⁹² De nationale maatregelen moeten tot doel hebben om de bepalingen van het Unierecht ten uitvoer te brengen of het Unierecht moet een bijzondere regeling hebben die van toepassing is of van invloed kan zijn op de nationale regeling.⁹³ Dit is het geval bij de uitvoering van het waterveiligheids- en klimaatadaptatiebeleid, omdat uitvoering wordt gegeven aan de Richtlijn overstromingsrisico's en Klimaatverordening.

Hoewel Jans opmerkt dat uit het integratiebeginsel niet volgt wat en in welke mate moet worden geïntegreerd⁹⁴, betekent dit volgens Sjäffell dat het Unierecht zoveel mogelijk moet worden toegepast in het licht van het integratiebeginsel.⁹⁵ Volgens Sjäffell zijn de lidstaten verplicht om het integratiebeginsel in acht te nemen, ook wanneer de Uniewetgever dit onvoldoende heeft gedaan.⁹⁶ Dit betekent dat het integratiebeginsel en de integratieverplichting en het 'groen, tenzij'-principe uit de Klimaatverordening kunnen worden gebruikt om de Richtlijn overstromingsrisico's 'zo groen mogelijk' uit te leggen.⁹⁷ Klimaatverandering is namelijk van invloed op de te maken keuzes in het overstromingsrisicobeheer.⁹⁸ Vanwege dit verband valt het overstromingsrisicobeheer als beleidsterrein binnen de reikwijdte van de integratieverplichting uit de Klimaatverordening. Dit betekent dat de Richtlijn overstromingsrisico moet worden geïnterpreteerd in het licht van de Klimaatverordening en het 'groen-tenzij'-principe. Zo kan de Klimaatverordening en het 'groen, tenzij'-principe worden gebruikt om de 'kleurloze' Richtlijn over-

stromingsrisico's 'groen in te kleuren'. Dit betekent dat ook binnen de Richtlijn overstromingsrisico's nature-based solutions de voorkeur hebben als klimaatadaptatiemaatregel binnen het overstromingsrisicobeheer.

3.4 Klimaatverordening: conclusie

De Klimaatverordening kent een algemene kwalitatieve verplichting en stelt geen eisen aan klimaatadaptatie in specifieke sectoren. Toch heeft de verordening wel gevolgen voor het overstromingsrisicobeheer. Op grond van het vooruitganggebod dienen de lidstaten zich te onthouden van maatregelen die kunnen leiden tot grotere klimaatrisico's. Het onaangepast vasthouden aan traditionele dijkversterkingen sluiten mogelijk op termijn niet goed aan bij het vooruitganggebod. Gelet op het 'groen, tenzij'-principe en de integratieverplichting verplicht de Klimaatverordening tot het gebruik van natuurlijke en integrale klimaatadaptatiemaatregelen. Bovendien moet de Richtlijn overstromingsrisico's, gelet op het integratiebeginsel uit artikel 11 VWEU en artikel 37 Handvest en de integratieverplichting uit de Klimaatverordening, zo groen mogelijk worden uitgelegd. Vanwege het 'groen, tenzij'-principe uit de Klimaatverordening lijken nature-based solutions dus ook binnen de Richtlijn overstromingsrisico's te moeten worden gezien als de voorkeursmaatregel voor het overstromingsrisicobeheer.

4. Natuurherstelverordening: introductie

De Natuurherstelverordening voorziet in regels voor het herstel van ecosystemen en het waarborgen van de veerkracht van de natuur op het grondgebied van de Unie, maar ook om de Unierechtelijke doelstellingen op het gebied van klimaat en bodemdegradatie te bereiken.⁹⁹ De doelstellingen van de Natuurherstelverordening erkennen dus de relatie tussen natuurherstel- en klimaat(adaptatie)maatregelen.

De Natuurherstelverordening bevat diverse verplichtingen die relevant zijn voor nature-based solutions en waterveiligheid.¹⁰⁰ Ik bespreek in deze paragraaf een specifieke herontwikkelingsverplichting, omdat deze het meest relevant is voor wisselpolders in de Zuidwestelijke Delta. Verder ga ik in op de integratieverplichtingen uit de Natuurherstelverordening, de vraag of een wisselpolder kan worden gekwalificeerd als een herstemaatregel en de randvoorwaarden voor het gebruik van wisselpolders.

⁹¹ Jans en Vedder 2023, p. 28. B. Sjäffell, 'The environmental integration principle. A necessary step towards policy coherence for sustainability', in: F. Ippolito, M.E. Bartoloni en M. Condrinanzi (reds.), *The EU and the Profileration of Integration Principles under the Lisbon Treaty*, London: Routledge: 2019, p. 105-122, p. 117-118. Zie ook: S. Peers en anderen (reds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford: Hart Publishing 2021, p. 1042-1043.

⁹² Uitgebreid: S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 139-140. Dit wordt ook wel de 'agent'-situatie genoemd.

⁹³ A contrario: HvJ EU 27 maart 2014, zaak C-265/13, ECLI:EU:C:2014:187, punt 32 (*Torralbo Marcos*); HvJ EG 13 juni 1996, zaak C-144/95, ECLI:EU:C:1996:235, punt 11-12 (*Maurin*) en HvJ EU 6 maart 2014, zaak C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126, punt 25-26 (*Siragusa*).

⁹⁴ Jans 2011, p. 1542.

⁹⁵ Sjäffell 2015, para 3.2. Zie over deze discussie ook: W.A. Janssen en E.E. Neele, 'De (in)effectiviteit van open en concrete aanbestedingsrechtelijke verplichtingen in de strijd tegen klimaatverandering', *TBR* 2021/16.

⁹⁶ Sjäffell 2015, para 3.2.

⁹⁷ Sjäffell 2015, para 4.5.2.

⁹⁸ Preambule (2) Richtlijn 2007/60/EG en H.K. Gilissen, *Adaptatie aan klimaatverandering in het Nederlandse waterbeheer*, Deventer: Kluwer 2013 (diss. Utrecht), p. 81-86.

⁹⁹ Artikel 1 lid 1 Verordening (EU) 2024/1991.

¹⁰⁰ Zie bijvoorbeeld: artikel 4 lid 1 en artikel 9 Verordening (EU) 2024/1991.

4.1 Natuurherstelverordening: integratie-verplichtingen

De Natuurherstelverordening integreert klimaatadaptatie en in enige mate het overstromingsrisicobeheer in de natuurherstelverplichtingen. Dit blijkt uit de doelen van de verordening, maar ook uit de verplichtingen over de voorbereiding en de inhoud van het nationale herstelplan en de keuzes voor de concrete locaties van de natuurherstelmaatregelen.

Ten eerste gaat de Natuurherstelverordening uit van een integrale planvormingsverplichting met het nationale herstelplan als centraal instrument.¹⁰¹ Bij de voorbereiding van het nationale herstelplan moeten de lidstaten de synergieën van de herstelmaatregelen met klimaatmitigatie- en adaptatie, bodemdegradatieneutraliteit en rampenpreventie in kaart brengen en op basis hiervan prioriteit geven aan de herstelmaatregelen.¹⁰² Ook moeten de lidstaten bij de voorbereiding van het nationale herstelplan rekening houden met de overstromingsrisicobeheerplannen uit de Richtlijn overstromingsrisico's.¹⁰³ Dit lijkt echter vooral een motiveringsverplichting te zijn. In het nationale herstelplan moeten de lidstaten een gedeelte opnemen over de potentie van de herstelmaatregelen voor klimaatadaptatie en over de synergieën van de herstelmaatregelen met de nationale adaptatiestrategie.¹⁰⁴

Ten tweede wordt de integratie van de klimaatdoelstellingen nagestreefd in de voorwaarden die gelden bij de keuzes voor de concrete locaties van de herstelmaatregelen. In het nationale herstelplan moeten de lidstaten indicatieve kaarten opnemen van de potentieel te herstellen gebieden.¹⁰⁵ Op deze kaarten moeten de lidstaten aangeven waar de herstelmaatregelen zullen worden genomen.¹⁰⁶ De herstelmaatregelen moeten strategisch worden gepland zodat zij zo doeltreffend mogelijk bijdragen aan het herstel van de natuur, maar moeten ook gericht zijn op klimaatmitigatie en -adaptatie en op de preventie en beheersing van de gevolgen van natuurrampen en bodemdegradatie.¹⁰⁷ Bij de vaststelling van de concrete locaties van de herstelmaatregelen moet dus niet alleen worden gekeken naar het ecologisch potentieel van de locatie, maar ook naar de potentiële bijdrage van de herstelmaatregel aan het bereiken van de klimaatdoelstellingen.

Een integrale maatregel zoals een wisselpolder waarbij een natuurherstelopgave wordt gecom-

bineerd met een klimaatadaptatie- en waterveiligheidsopgave lijkt dus een goed voorbeeld van een maatregel die de Natuurherstelverordening voorstaat.

4.2 Natuurherstelverordening: definitie herstel

De Natuurherstelverordening verplicht tot het nemen van herstelmaatregelen. Wil een wisselpolder worden meegenomen bij de uitvoering van de Natuurherstelverordening, dan moet deze maatregel wel voldoen aan de definitie van herstel. Herstel wordt gedefinieerd als:

‘het proces van het actief of passief ondersteunen van het herstel van een ecosysteem teneinde de structuur en functies ervan te verbeteren met als doel de biodiversiteit en de veerkracht van het ecosysteem in stand te houden of te verbeteren, door een habitatypeoppervlakte te verbeteren tot een goede toestand, door de gunstige referentieoppervlakte opnieuw te ontwikkelen (...)’.¹⁰⁸

Het begrip herstel lijkt een brede betekenis te hebben. Dit blijkt ook uit bijlage VII van de Natuurherstelverordening die voorbeelden van herstelmaatregelen bevat.¹⁰⁹ Voorbeelden van herstelmaatregelen zijn het wegnemen van barrières als dijken en dammen om rivierdynamiek te herstellen en het bevorderen van natuurlijke sedimentatieprocessen.¹¹⁰

Herstelmaatregelen zijn maatregelen die het proces van herstel van het ecosysteem actief of passief ondersteunen. Volgens de Commissie ziet herstel toe op het nemen van alle noodzakelijke maatregelen die nodig zijn om het herstel van een ecosysteem mogelijk te maken.¹¹¹ Herstelmaatregelen kunnen volgens de Commissie relatief snel worden uitgevoerd, maar het daadwerkelijke herstel van het ecosysteem kan meer tijd kosten.¹¹² De verplichting om herstelmaatregelen te nemen lijkt dus vooral toe te zien op het creëren van de noodzakelijke ecologische en hydrologische randvoorwaarden waardoor het natuurherstel op termijn kan optreden.

Ook lijkt het doel van de maatregelen van belang te zijn. De maatregelen moeten tot doel hebben om de biodiversiteit en de veerkracht van het ecosysteem in stand te houden of te verbeteren. Als lidstaten tijdelijke maatregelen uitvoeren waarvan op voorhand duidelijk is dat het herstel op termijn weer verloren gaat, is het de vraag of deze maatregelen wel aansluiten bij de doelen van de Natuurherstelverordening.

¹⁰¹ Hoofdstuk III Verordening (EU) 2024/1991.

¹⁰² Artikel 14 lid 9 Verordening (EU) 2024/1991.

¹⁰³ Artikel 14 lid 14 sub c Verordening (EU) 2024/1991.

¹⁰⁴ Artikel 15 lid 3 sub t Verordening (EU) 2024/1991. Uitvoeringsverordening (EU) 2025/912, p. 6.

¹⁰⁵ Artikel 15 lid 3 sub a Verordening (EU) 2024/1991.

¹⁰⁶ Uitgebreid: Uitvoeringsverordening (EU) 2025/912, p. 14.

¹⁰⁷ Preambule (65) Verordening (EU) 2024/1991.

¹⁰⁸ Artikel 3 lid 3 Verordening (EU) 2024/1991.

¹⁰⁹ Artikel 14 lid 16 Verordening (EU) 2024/1991.

¹¹⁰ Bijlage VII Verordening (EU) 2024/1991.

¹¹¹ SWD(2022) 167 final, p. 45.

¹¹² SWD(2022) 167 final, p. 45.

Gelet op de definities en de voorbeelden uit bijlage VII van de Natuurherstelverordening kan een wisselpolder worden gekwalificeerd als een herstelmaatregel. Als gevolg van het verleggen van de primaire waterkering kan het natuurlijk sedimentatieproces worden hersteld en kunnen in het tussengebied beschermende habitattypen zoals het habitatype 'Atlantische schorren' opnieuw worden gerealiseerd.¹¹³ De realisatie van een wisselpolder in de Westerschelde moet, om daadwerkelijk als herstelmaatregel te kwalificeren, ook voldoen aan de eisen zoals opgenomen in de materiele verplichtingen, in het bijzonder artikel 4.

4.3 Natuurherstelverordening: introductie artikel 4 Natuurherstelverordening

Artikel 4 Natuurherstelverordening verplicht tot het nemen van herstelmaatregelen om de bijlage I opgenomen habitattypen (hierna: de habitattypen) te herstellen of opnieuw te ontwikkelen en om de habitats van soorten te herstellen. De herstelmaatregelen kunnen zowel binnen als buiten bestaande Natura 2000-gebieden worden genomen.¹¹⁴ Ik ga hier in op de verplichting om habitattypen opnieuw te ontwikkelen buiten de begrenzing van een bestaand Natura 2000-gebied. Deze verplichting is namelijk het meest relevant voor wisselpolders, want op de meeste locaties waar een wisselpolder kan worden gerealiseerd komen nu (nog) geen beschermde habitattypen voor en liggen buiten de begrenzing van een bestaand Natura 2000-gebied.

Bijlage I Natuurherstelverordening bevat diverse habitattypen die voorkomen in de Zuidwestelijke Delta, zoals estuaria, slik- en zandplaten en Atlantische schorren.¹¹⁵ Deze bijlage bevat de beschermde habitattypen die in het tussengebied kunnen worden ontwikkeld. Bijlage I Natuurherstelverordening komt overeen met bijlage I van de Habitatrichtlijn en kan worden gezien als een directe operationalisering van de Habitatrichtlijn, omdat het termijnen stelt voor het nemen van de herstelmaatregelen die ontbreken in artikel 6 van de Habitatrichtlijn.¹¹⁶ Vanwege dit verband verwacht ik dat de jurisprudentie onder de Habitatrichtlijn relevant blijft voor de interpretatie van de Natuurherstelverordening. Uit eerdere uitspraken over de Habitatrichtlijn is namelijk te zien dat het Hof van Justitie aansluit bij de Vogelrichtlijn, maar ook bij andere Unierechte-

lijke milieुरichtlijnen, zoals de Mer-richtlijn.¹¹⁷ Dit wordt ook de systematische interpretatiemethode genoemd.¹¹⁸

4.3.1 Natuurherstelverordening: artikel 4 lid 4 Natuurherstelverordening

Artikel 4 lid 4 Natuurherstelverordening bepaalt dat de lidstaten herstelmaatregelen moeten nemen om de habitattypen opnieuw te ontwikkelen in gebieden waar deze habitattypen niet voorkomen om zo de gunstige referentieoppervlakte te realiseren. De gunstige referentieoppervlakte is de totale oppervlakte van een habitatype in een bepaalde biogeografische regio op nationaal niveau dat wordt beschouwd als het minimum om de levensvatbaarheid op de lange termijn van het habitatype in zijn natuurlijke verspreidingsgebied te waarborgen.¹¹⁹ De gunstige referentieoppervlakte bestaat uit het huidige oppervlakte van het habitatype en, wanneer het huidige oppervlakte onvoldoende is voor de levensvatbaarheid van het habitatype, het benodigde aanvullende oppervlakte om het habitatype opnieuw te ontwikkelen.¹²⁰ Artikel 4 lid 4 Natuurherstelverordening richt zich op dit aanvullende oppervlakte.

Bij de vaststelling van de gunstige referentieoppervlakte in het nationale herstelplan moeten de lidstaten rekening houden met historische verspreidingsgegevens en de verwachte veranderingen in milieuomstandigheden als gevolg van klimaatverandering.¹²¹ Volgens Lees en Pedersen lijkt de gunstige referentieoppervlakte de geschiedenis als uitgangspunt te nemen: het habitatype kwam vroeger in een specifiek gebied voor en moet ook daar worden hersteld.¹²² Deze benadering lijkt niet strikt, want bij de vaststelling van de gunstige referentieoppervlakte hoeft slechts rekening te worden

¹¹⁷ HvJ EG 11 juli 1996, zaak C-44/95, ECLI:EU:C:1996:297, punt 39-40 (*Regina v Secretary of State for the Environment*): HvJ EG 7 september 2004, zaak C-127/02, ECLI:EU:C:2004:60, punt 26 (*Kokkelvisserij*): HvJ EU 14 januari 2010, zaak C-226/08, ECLI:EU:C:2010:10, punt 38 (*Stadt Papenburg*): HvJ EU 7 november 2018, zaak C-293/17, ECLI:EU:C:2018:882, punt 60-66 (*Coöperatie Mobilisation for the Environment*): HvJ EU 29 juli 2019, zaak C-411/17, ECLI:EU:C:2019:622, punt 122-126 (*Inter-Environnement Wallonie en Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*).

¹¹⁸ HvJ EG 6 oktober 1982, zaak 283/81, ECLI:EU:C:1982:335, punt 20 (*Cilfit*). A-G Conclusie E. Sharpston, zaak C-226/08, ECLI:EU:C:2009:440, punt 39. Zie over interpretatiemethoden binnen het Unierecht: K.J. Defares, 'Van meelwormen, krekels, sprinkhanen en andere wijzen van uitlegging van Unierecht', *NtEr* 2021/1-2: J.J. van den Broek, 'Interpretatie van het Hof van Justitie in belastingzaken. Een kwantitatieve analyse', in: R. Baas, T. Havinga en M.T.A.B. Laemers en J.D.A. van Tonkelaar (reds.), *Rechtspleging en rechtsbescherming. Liber amicorum voor prof. dr. Leny E. de Groot-van Leeuwen*, Deventer: Kluwer 2015, p. 247-261, p. 252. S. Doroga en A. Mercescu, 'A Call to Impossibility: The Methodology of Interpretation at the European Court of Justice and the PSSP Ruling', *European Journal of Legal Studies*, 2021/13, p. 87-120, p. 103-104.

¹¹⁹ Artikel 3 onder 8 Verordening (EU) 2024/1991.

¹²⁰ Artikel 3 onder 8 Verordening (EU) 2024/1991.

¹²¹ Artikel 14 lid 2 onder a Verordening (EU) 2024/1991.

¹²² E. Lees en O.W. Pedersen, 'Restoring the Regulated: the EU's Nature Restoration Law', *Journal of Environmental Law* 2025/1, p. 75-96, p. 91.

¹¹³ Bijlage I Verordening (EU) 2024/1991.

¹¹⁴ Preambule (26) Verordening (EU) 2024/1991.

¹¹⁵ Bijlage I Groep 1: Wetlands (aan de kust en in het binnenland) Verordening (EU) 2024/1991. Zie voor het Natura 2000-beheerplan: 'Westerschelde & Saeftinghe'.

¹¹⁶ B.J. de Leeuw en Ch.W. Backes, 'The Non-Deterioration Obligation in the Nature Restoration Regulation – a Necessary and Proportionate Addition to the Habitats Directive or a Monstrosity with Disastrous Consequences for Society?', *JEEPL* 2024/1, p. 22-40. Zie ook: preambule (24-27) Verordening (EU) 2024/1991.

gehouden met historische verspreidingsgegevens en moet bovendien ook rekening worden gehouden met verwachte veranderingen in milieuomstandigheden door klimaatverandering.¹²³ De geschiedenis vormt dus slechts een hulpmiddel voor de vaststelling van de gunstige referentieoppervlakte.¹²⁴ Of de lidstaten habitattypen 'opnieuw' mogen realiseren op plekken waar een dergelijk habitatype voorheen nog niet voorkwam blijft nog wel een open vraag.¹²⁵ De impact assessment bij de Natuurherstelverordening stelt hierover dat het opnieuw realiseren met name, maar niet uitsluitend hoeft te gebeuren in gebieden waar de habitattypen verloren zijn gegaan.¹²⁶ Het lijkt dus wel aanvaardbaar om rekening te houden met veranderende landschappen als gevolg van klimaatverandering en andere antropogene en natuurlijke processen.¹²⁷ Het realiseren van schorren op een locatie waar deze vroeger niet voorkwamen lijkt dus wel juridisch aanvaardbaar, maar moet geleid op de definitie van gunstige referentieoppervlakte wel binnen het natuurlijke verspreidingsgebied van het habitatype gebeuren.¹²⁸

4.3.2 Natuurherstelverordening: deadlines en verbeteringsgebod

De herstelmaatregelen moeten uiterlijk in 2030 van toepassing zijn op gebieden die minstens 30 procent uitmaken van de extra benodigde oppervlakte om de totale gunstige referentieoppervlakte voor elke groep habitattypen te realiseren.¹²⁹ Deze herstelmaatregelen moeten uiterlijk in 2040 op 60 procent en in 2050 op 100 procent van het extra benodigde oppervlakte van toepassing zijn.¹³⁰ De Natuurherstelverordening biedt de mogelijkheid om voor 2050 een lager percentage tussen de 90 en 100 procent vast te stellen.¹³¹ Van belang is dat de Natuurherstelverordening geen termijn geeft voor het bereiken van een gunstige referentieoppervlakte, maar slechts termijnen stelt voor het nemen van herstelmaatregelen.¹³² De gunstige referentieoppervlakte mag dus ook na 2050 worden bereikt.

¹²³ Artikel 14 lid 2 sub a onder iii Verordening (EU) 2024/1991

¹²⁴ In tegenstelling tot wat critici tijdens het onderhandelingsproces beweerden: 'Start over with the Nature Restoration Law', www.epp-group.eu/newsroom/start-over-with-the-nature-restoration-law.

¹²⁵ Lees en Pedersen 2025, p. 91. B.J. de Leeuw, H. Schoukens en E.H.P. Brans, 'Natuurherstel, water en klimaat: een onafscheidelijk trio', in: C. Suykens, H.F.M.W. van Rijswijk, B.J. de Leeuw en H.J.M. Havekes (red.), *Waterbeheer in de Lage Landen. Een rechtsvergelijking tussen Nederland en Vlaanderen*, Den Haag: Koninklijk Nederlands Waterschap 2024, p. 239-264, p. 254.

¹²⁶ SWD/2022/167 final, para 4.2.

¹²⁷ Lees en Pedersen 2025, p. 92.

¹²⁸ Zie ook: Lees en Pedersen 2025, p. 92.

¹²⁹ Artikel 4 lid 4 Verordening (EU) 2024/1991. De Natuurherstelverordening biedt flexibiliteit om voor 2030 en 2040 de herstellopgave te verdelen over verschillende habitattypen binnen een groep habitattypen, omdat artikel 4 lid 4 Natuurherstelverordening kijkt per groep habitattypen. Voor 2050 bestaat deze flexibiliteit niet meer.

¹³⁰ Artikel 4 lid 4 Verordening (EU) 2024/1991.

¹³¹ Artikel 4 lid 5 Verordening (EU) 2024/1991.

¹³² Zie ook: De Leeuw en Backes 2024, p. 26.

De maatregelen moeten ook resultaat hebben. De lidstaten moeten verzekeren dat in de gebieden waarop de herstelmaatregelen van toepassing zijn, de kwaliteit van de habitattypen voortdurend verbetert totdat een goede toestand is bereikt.¹³³ Dit kan worden gezien als een verbeteringsgebod. Dit is interessant, want artikel 4 lid 4 Natuurherstelverordening stelt alleen eisen aan de kwantiteit van de opnieuw ontwikkelde habitattypen. De Leeuw en Backes merken terecht op dat er onduidelijkheid bestaat over de reikwijdte van het verbeteringsgebod: is iedere vorm van achteruitgang verboden of zijn tijdelijke en geringe verslechteringen toegestaan, zolang de habitattypen in hun geheel maar blijven verbeteren?¹³⁴ Omdat de twee hierna te bespreken verslechteringsverboden uitgaan van een 'significante' verslechtering als schadedrempel, lijkt deze tweede interpretatie wettssystematisch het beste aan te sluiten. Over het algemeen moeten de lidstaten een toename van de oppervlakte in goede toestand verkerende habitattypen verzekeren, totdat 90 procent in een goede toestand verkeert en elk habitatype van de betrokken lidstaat een gunstige referentieoppervlakte heeft bereikt.¹³⁵ Vanwege dit tweede, algemene verbeteringsgebod moet artikel 4 lid 4 Natuurherstelverordening worden gezien als een resultaatsverplichting.¹³⁶

4.3.3 Natuurherstelverordening: verslechteringsverboden

Artikel 4 Natuurherstelverordening kent twee verslechteringsverboden en het besproken verbeteringsgebod. Ik bespreek eerst het verslechteringsgebod voor gebieden waar nog geen herstelmaatregelen zijn getroffen. Het eerste verslechteringsgebod geldt sinds de inwerkingtreding van de verordening, maar is minder relevant voor wisselpolders. Nadat de herstelmaatregelen zijn genomen geldt het verbeteringsgebod totdat een goede toestand is bereikt. Wanneer een goede toestand is bereikt gaat het tweede verslechteringsgebod gelden. Schematisch kan dit worden weergegeven als afgebeeld in fig. 2.

Het eerste verslechteringsgebod geldt voor gebieden waar nog geen herstelmaatregelen zijn genomen. Voor deze gebieden moeten de lidstaten 'trachten' de nodige maatregelen te nemen ter voorkoming van een significante verslechtering van de gebieden waar de habitattypen voorkomen en in een goede toestand verkeren of nodig zijn om de vastgestelde hersteldoelen te halen.¹³⁷ Dit ver-

¹³³ Artikel 4 lid 11 Verordening (EU) 2024/1991.

¹³⁴ B.J. de Leeuw en Ch.W. Backes, 'Het verslechteringsgebod in de Natuurherstelverordening. Een noodzakelijke en proportionele aanvulling van de Habitatrictlijn of een draak met desastreuze gevolgen voor de maatschappij?', *NtEr* 2023/7-8, p. 142-150.

¹³⁵ Artikel 4 lid 17 Verordening (EU) 2024/1991.

¹³⁶ Zie ook: De Leeuw, Schoukens en Brans 2024, p. 248.

¹³⁷ Artikel 4 lid 12 Verordening (EU) 2024/1991.

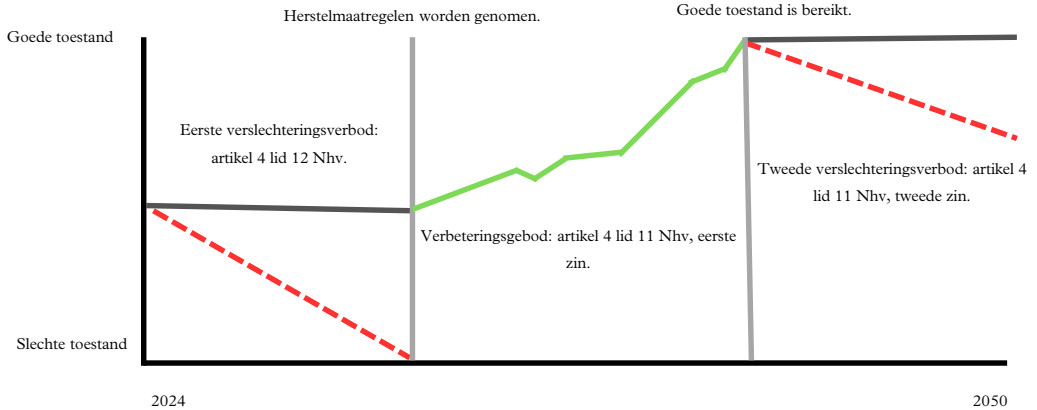


Fig. 2

slechtingsverbod is een duidelijke inspanningsverplichting.¹³⁸

Het tweede verslechteringsverbod geldt voor gebieden waar herstelmaatregelen zijn getroffen en een goede toestand is bereikt. Wanneer de goede toestand is bereikt, moeten de lidstaten maatregelen nemen om te verzekeren dat deze gebieden niet significant verslechteren.¹³⁹ Dit verslechteringsverbod geldt zowel binnen als buiten bestaande Natura 2000-gebieden. Binnen Natura 2000-gebieden is dit verslechteringsverbod vooral een herbevestiging van artikel 6 lid 2 Habitatrichtlijn.¹⁴⁰ Buiten Natura 2000-gebieden is dit verslechteringsverbod nodig voor het behoud van de resultaten van de herstelmaatregelen op de lange termijn.¹⁴¹ Er bestaat onduidelijkheid over de aard van de verplichting van dit verslechteringsverbod. Het kan aan de ene kant worden gezien als een resultaatsverplichting vanwege de te bespreken limitatief opgesomde uitzonderingsgronden.¹⁴² Dit sluit aan bij de aard van het verslechteringsverbod onder de Habitatrichtlijn.¹⁴³ Aan de andere kant stelt de preambule van de Natuurherstelverordening dat het niet realiseren van de resultaten niet betekent dat niet is voldaan aan de verplichting om maatregelen te treffen die geschikt zijn om die resultaten te bereiken.¹⁴⁴ De wetssystematiek lijkt dus te wijzen op een resul-

taatsverplichting, terwijl de preambule lijkt te wijzen op een inspanningsverplichting.

De Natuurherstelverordening kent enkele, limitatief opgesomde uitzonderingsgronden op het verbeteringsgebod en het tweede verslechteringsverbod.¹⁴⁵ Voor buiten Natura 2000 vallende gebieden, is slechts een uitzondering mogelijk voor verslechtering veroorzaakt door overmacht (*force majeure*)¹⁴⁶, onvermijdelijke habitattransformaties die rechtstreeks het gevolg zijn van klimaatverandering, een plan of project van groot openbaar belang waarvoor geen minder schadelijke alternatieven beschikbaar zijn, wat per geval moet worden bepaald, of door handelingen of nalatigheid van derde landen waarvoor de lidstaat niet verantwoordelijk is.¹⁴⁷ Daarnaast is er geen strijd met het verslechteringsverbod indien een gebied als gewenst resultaat van een herstelmaatregel wordt omgevormd van één habitattypen naar een ander habitattypen.¹⁴⁸

De Natuurherstelverordening biedt de mogelijkheid voor gebieden buiten Natura 2000 om de twee verslechteringsverboden op nationaal niveau toe te passen.¹⁴⁹ Dit heeft als gevolg dat lokale verslechteringen in beginsel zijn toegestaan, zolang het habitattypen op nationaal niveau niet significant verslechtert.¹⁵⁰ Wel moet de lidstaat uiterlijk op 19 februari 2025 de Commissie op de hoogte hebben gesteld van dit voornemen, moeten alternatieven

¹³⁸ Zie ook: preambule (37) Verordening (EU) 2024/1991. Uitgebreid: A. Cluquet en anderen, 'The negotiation process of the EU Nature Restoration Law Proposal: bringing nature back in Europe against the backdrop of political turmoil?', *Restoration Ecology* 2024/5.

¹³⁹ Artikel 4 lid 11 Verordening (EU) 2024/1991.

¹⁴⁰ De Leeuw en Backes 2023.

¹⁴¹ Preambule (37) Verordening (EU) 2024/1991.

¹⁴² De Leeuw, Schoukens en Brans 2024, p. 246.

¹⁴³ Zie over artikel 6 lid 2 Habitatrichtlijn: J. Verbeek en R. Uylenburg, 'Passende maatregelen. Artikel 6, tweede lid, Habitatrichtlijn nader beschouwd', in: Bart Jan van Ettehoven en anderen (red.), *Evenwichtig bestuursrecht. Voortbouwen op het wetenschappelijke werk van Ben Schueller*, Boom: Den Haag 2024, p. 179-196.

¹⁴⁴ Preambule (37) Verordening (EU) 2024/1991.

¹⁴⁵ Artikel 4 lid 14 Verordening (EU) 2024/1991.

¹⁴⁶ Het begrip overmacht is een algemeen beginsel van het Unierecht en dient volgens het Hof van Justitie te worden uitgelegd als abnormale en onvoorziene omstandigheden die zich hebben voorgedaan buiten het toedoen van degene (de lidstaat) die zich erop beroept, en waarvan de gevolgen, ondanks alle voorzorgsmaatregelen, niet konden worden vermeden. HvJ EU 25 januari 2017, zaak C-640/15, ECLI:EU:C:2017:39, punt 53 (Vilkas). COM(2024) 225 final.

¹⁴⁷ Artikel 4 lid 14 en 15 Verordening (EU) 2024/1991.

¹⁴⁸ Preambule (37) Verordening (EU) 2024/1991.

¹⁴⁹ Artikel 4 lid 13 Verordening (EU) 2024/1991.

¹⁵⁰ Preambule (37) Verordening (EU) 2024/1991.

ontbreken en moeten compenserende maatregelen worden genomen.¹⁵¹ Nederland heeft van deze mogelijkheid gebruik gemaakt.¹⁵²

4.4 Natuurherstelverordening: randvoorwaarden voor het gebruik van wisselpolders

Het realiseren van wisselpolders kan bijdragen aan de uitvoering van de Natuurherstelverordening in de Zuidwestelijke Delta. Binnen de wisselpolder kunnen beschermde habitattypen zoals 'Atlantische schorren' opnieuw worden ontwikkeld en kan een bijdrage worden geleverd aan het bereiken van de gunstige referentieoppervlakte.¹⁵³ Wel gelden er enkele juridische randvoorwaarden.

De meest relevante is het tweede verslechteringsverbod. Dit verslechteringsverbod leidt voor wisselpolders tot twee vragen: is het dynamische proces van opslibbing in het tussengebied toegestaan en is teruggave aan de plaatselijke landeigenaar mogelijk?

Ten eerste zal in het tussengebied van de wisselpolder een dynamisch proces plaatsvinden. Op termijn zal zich een schorrenlandschap ontwikkelen, maar in de tussentijd kan een ander beschermd habitatype ontstaan. Dit andere habitatype mag vanwege het verslechteringsverbod in beginsel niet verslechteren, terwijl het verdwijnen van dit habitatype onderdeel is van het dynamische proces binnen de wisselpolder. De Natuurherstelverordening biedt ruimte voor dit soort processen, want een gebied wordt als niet verslechterd beschouwd als een gebied als gewenst resultaat van een herstelmaatregel wordt omgevormd van één habitatype naar een ander habitatype.¹⁵⁴

Ten tweede, wanneer de wisselpolder wordt gesloten, wordt het land weer in gebruik genomen als landbouwgrond door de plaatselijke landeigenaar. Het gerealiseerde natuurherstel gaat dan weer verloren. Er zal waarschijnlijk sprake zijn van een significante verslechtering. Om teruggave mogelijk te maken moet een succesvol beroep worden gedaan op één van de uitzonderingsgronden van het verslechteringsverbod. Voor een wisselpolder is de enige relevante uitzonderingsgrond de in artikel 4 lid 14 sub c genoemde grond voor een project van groot openbaar belang.

Hoe moet deze uitzonderingsgrond worden beoordeeld? De Natuurherstelverordening bevat

namelijk geen expliciete habitattoets.¹⁵⁵ Dit betekent daarentegen niet dat voor projecten die leiden tot een verslechtering geen beoordeling benodigd is. Voor een succesvol beroep op deze uitzonderingsgrond moet worden beoordeeld of het plan of project van groot openbaar belang is en er mogen geen minder schadelijke alternatieven beschikbaar zijn.¹⁵⁶ Dit moet per geval worden bepaald.¹⁵⁷ Gelet op deze voorwaarden lijkt de Natuurherstelverordening een projecttoets per concreet geval voor te staan. Een projecttoets op individueel niveau sluit ook aan bij ander Unierecht.¹⁵⁸

Een geslaagd beroep op deze uitzonderingsgrond lijkt voor een individuele boer ingewikkeld te zijn. Uit de rechtspraak over het begrip 'project van groot openbaar belang' uit de Habitatrichtlijn blijkt dat de met het project behartigde belang zo groot moet zijn dat het kan worden afgewogen tegen het natuurbelang.¹⁵⁹ Werken met het oog op de vestiging of uitbreiding van een onderneming vervullen deze voorwaarden slechts in uitzonderlijke gevallen.¹⁶⁰ Een particulier project kan van groot openbaar belang zijn, maar dit dient te volgen uit de aard van het economische en sociale kader van het project.¹⁶¹ Volgens de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de *P4S*-zaak zal voor individuele boeren in de regel geen sprake zijn van een project van groot openbaar belang.¹⁶²

Omdat geen succesvol beroep op een uitzonderingsgrond mogelijk lijkt, is een tweede optie om het verslechteringsverbod op nationaal niveau toe te passen. Dit betekent dat verslechteringen op lokaal niveau zijn toegestaan, zolang op nationaal niveau maar geen significante verslechtering optreedt. Wel moeten alternatieven ontbreken en lokale verliezen worden gecompenseerd.¹⁶³ Dit kan door op een andere locatie compensatienatuur te realiseren. Deze compenserende maatregelen moeten wel ad-

¹⁵¹ Artikel 4 lid 13 juncto artikel 15 lid 3 punt g Verordening (EU) 2024/1991.

¹⁵² *Kamerstukken II* 2024/25, 33576, nr. 440.

¹⁵³ Bijlage I Verordening (EU) 2024/1991, in het bijzonder Habitatype 1330. Zie ook beheerplan Natura 2000-gebied 'Westerschelde & Saefinghe'.

¹⁵⁴ Preambule (37) Verordening (EU) 2024/1991.

¹⁵⁵ Zie ook: Berenschot, *Analyse verplichtingen Verordening Natuurherstel*, bijlage bij: *Kamerstukken II* 2023-24, 21501-08 nr. 935.

¹⁵⁶ Artikel 4 lid 14 onder c Verordening 2024/1991.

¹⁵⁷ Artikel 4 lid 14 onder c Verordening 2024/1991.

¹⁵⁸ Zie bijvoorbeeld artikel 6 lid 4 Habitatrichtlijn die een individuele toets vereist: HvJ EG 20 september 2007, zaak C-304/05, ECLI:EU:C:2007:532, punt 83 (*Commissie t. Italië*); HvJ EU 21 juli 2016, zaak C-387/15, ECLI:EU:C:2016:583, punt 60 (*Orleans*); HvJ EG 4 maart 2010, zaak C-241/08, ECLI:EU:C:2009:398, punt 72 (*Commissie t. Frankrijk*) en 2019/C 33/01, para. 5.2. Maar ook bij de Kaderrichtlijn Water die geen expliciete projecttoets bevat: HvJ EU 1 juli 2015, zaak C-461/13, ECLI:EU:C:2015:433, punt 47-50 (*Wezer*).

¹⁵⁹ HvJ EU 16 februari 2012, zaak C-182/10, ECLI:EU:C:2012:82, punt 75 (*Solvay*).

¹⁶⁰ HvJ EU 16 februari 2012, zaak C-182/10, ECLI:EU:C:2012:82, punt 76 (*Solvay*).

¹⁶¹ HvJ EU 16 februari 2012, zaak C-182/10, ECLI:EU:C:2012:82, punt 77 (*Solvay*).

¹⁶² Conclusie A-G J. Kokott, zaken C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:622, punt 161.

¹⁶³ Artikel 15 lid 3 punt g Verordening (EU) 2024/1991.

ditioneel zijn op de geplande herstelmaatregelen.¹⁶⁴ Dit betekent dat compenserende maatregelen die nodig zijn voor het verlies van herstelmaatregelen voor 2030, niet kunnen worden betrokken bij de herstelopgave voor 2040 of 2050.¹⁶⁵ De Natuurherstelverordening biedt dus wel enige flexibiliteit waardoor het onder voorwaarden mogelijk lijkt om lokale verliezen toe te staan. De wisselpolder zou dan eventueel kunnen worden gesloten en het land worden teruggegeven aan de plaatselijke landeigenaar of diens rechtsoptvolger. Maar het is de vraag of teruggave vanuit de systematiek van de Natuurherstelverordening wenselijk is. De oppervlakte van een specifiek habitattypen moet door de tijd toenemen, en niet gelijk blijven of zelfs tijdelijk afnemen.

Een derde optie is om het natuurherstel binnen het waterkerende landschap niet mee te nemen bij de uitvoering van de Natuurherstelverordening. Dit zou de moeilijkheden wat betreft teruggave wegnemen. Er is dan echter geen sprake van een integrale uitvoering van doelstellingen op het gebied van water, natuur en klimaat. Voor het bereiken van de doelstellingen van de Natuurherstelverordening zijn dan aparte maatregelen nodig. Het is de vraag of een wisselpolder vanwege het grote en langdurige ruimtebeslag dan een wenselijke optie zal zijn.

5. Conclusie

In dit artikel ben ik ingegaan op de vraag welke verplichtingen, bevoegdheden en aanknopingspunten het Europese waterveiligheidsrecht, klimaatrecht en natuurherstelrecht biedt om nature-based solutions zoals wisselpolders voor waterveiligheid toe te passen. In deze conclusie volgt een korte samenvatting en analyse per rechtshandeling.

Waterveiligheid: Richtlijn overstromingsrisico's

De Richtlijn overstromingsrisico's is een sectorale en procedurele richtlijn die uitgaat van een risicobenadering. De Richtlijn overstromingsrisico's schrijft geen specifieke doelstellingen of typen maatregelen voor de beheersing van overstromingsrisico's. Uit de Richtlijn overstromingsrisico's kan dus geen verplichting worden afgeleid om nature-based solutions in het overstromingsrisicobeheer toe te passen. De Richtlijn overstromingsrisico's bevat wel een formele motiveringsverplichting over hoe in het overstromingsrisicobeheerplan rekening wordt gehouden met bepaalde belangen, waaronder het natuurbehoud en natuurlijke overstromingsgebieden, maar ook de scheepvaart en de haveninfrastructuur. Het is onduidelijk hoe deze belangen tegen elkaar moeten worden afge-

wogen, want de richtlijn bevat geen prioritering. Ook kan het overstromingsrisicobeheerplan voorzien in de bevordering van duurzaam landgebruik. De Richtlijn overstromingsrisico's biedt dus wel aanknopingspunten om in het overstromingsrisicobeheerplan gebruik te maken van nature-based solutions, maar daartoe bestaat geen verplichting en de lidstaten hebben veel beleidsruimte. Maar de Richtlijn overstromingsrisico's sluit de toepassing van nature-based solutions ook zeker niet uit. Nature-based solutions moeten onder de Richtlijn overstromingsrisico's dus wel degelijk als kansrijk worden beschouwd.

In de literatuur is voorgesteld om in de Richtlijn overstromingsrisico een verplichting op te nemen om nature-based solutions toe te passen, maar dit sluit niet goed aan bij de aard van het wetgevingsinstrument. Een richtlijn is namelijk slechts verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat, terwijl de lidstaten vorm en middelen mogen kiezen.¹⁶⁶ De doelen van de Richtlijn overstromingsrisico's kunnen wel worden verbreed door te verwijzen naar nature-based solutions en de Unierechtelijke doelstellingen op het gebied van natuur en biodiversiteit. Ook zou een motiveringshiërarchie in de richtlijn kunnen worden opgenomen waarbij het natuurbelang een zwaarder gewicht krijgt toegekend ten opzichte van andere belangen zoals de haveninfrastructuur en de scheepvaart. Toch zou een Overstromingsrisicoverordening een geschikter instrument zijn, als de Uniewetgever specifieke maatregelen zou willen voorschrijven.¹⁶⁷ Het is echter de vraag of daartoe voldoende politieke bereidheid bestaat. Bovendien zullen nature-based solutions niet in alle gevallen mogelijk of haalbaar zijn. Zonder wetwijziging kan de Commissie ook in een communicatie aangeven dat nature-based solutions in het overstromingsrisicobeheer de voorkeur hebben boven technische maatregelen.¹⁶⁸ Een communicatie is echter niet juridisch bindend, maar het zou de lidstaten wel aansporen om nature-based solutions te overwegen in het overstromingsrisicobeheer. Bovendien kan de Commissie een communicatie gebruiken om een beleidsvoornemen tot wijziging van het juridisch kader aan te kondigen. Zo stelt de nieuwe Europese 'Water Resilience Strategy' dat nature-based solutions in het waterbeheer de prioriteit moeten krijgen, maar deze strategie heeft weinig expliciete aandacht voor nature-based solutions in het overstromingsrisicobeheer.¹⁶⁹ Wat mij betreft een gemiste kans.

¹⁶⁴ Artikel 15 lid 3 onder g sub ii Verordening (EU) 2024/1991. Zie onder Habitatrictlijn: 2019/C 33/01, para 5.4.1: ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 31.3 (PAS).

¹⁶⁵ Artikel 15 lid 3 sub g onder ii Verordening (EU) 2024/1991.

¹⁶⁶ Artikel 288 Verdrag betreffende Werking van de Europese Unie.

¹⁶⁷ Artikel 288 Verdrag betreffende Werking van de Europese Unie.

¹⁶⁸ Vergelijkbaar met COM(2021) 82 final.

¹⁶⁹ COM(2025) 280 final, p. 4.

Klimaat: Klimaatverordening

De Klimaatverordening stelt geen kwantitatieve eisen aan klimaatadaptatie in specifieke sectoren. Hierdoor lijkt de klimaatadaptatieverplichting weinig sturend. Toch sluit het vasthouden aan het huidige Nederlandse waterveiligheidsbeheer dat sterk leunt op technische maatregelen niet goed aan bij het verbeteringsgebod uit de Klimaatverordening. Dit omdat als gevolg van zeespiegelstijging en bodemdaling de gevolgen van overstromingen kunnen toenemen en het kan leiden tot een 'lock-in'-situatie. Daarnaast kunnen uit de Klimaatverordening twee aanknopingspunten worden afgeleid om integrale en natuurlijke waterveiligheidsoplossingen toe te passen. Het betreft ten eerste het 'groen, tenzij'-principe. De lidstaten moeten het gebruik van nature-based solutions in hun klimaatadaptatiestrategieën bevorderen. Nature-based solutions zijn dus expliciet aangemerkt als voorkeursmaatregel in het Europese klimaatadaptatierecht. Wanneer de lidstaten kiezen voor technische oplossingen, zullen zij dit moeten motiveren. Ten tweede moeten de lidstaten met hun klimaatadaptatiebeleid nevenvoordelen voor ander (milieu)beleid behalen en een coherent doorgevoerde integratie van klimaatadaptatie in alle relevante beleidsterreinen realiseren. Omdat klimaatverandering invloed zal hebben op de te maken keuzes in het waterveiligheidsbeleid, kan de Klimaatverordening en in het bijzonder het 'groen, tenzij'-principe doorklinken in de (toepassing van de) Richtlijn overstromingsrisico's en daar een 'groene invulling' aan geven. Van een duidelijke en afdwingbare verplichting lijkt geen sprake, maar het verdient wel aanbeveling hier meer juridisch onderzoek naar te doen en deze vanuit de Commissie nader toe te lichten.

Natuur: Natuurherstelverordening

De Natuurherstelverordening draagt bij aan het natuurherstel, maar ook aan het bereiken van de Unierechtelijke klimaatdoelstellingen. De relatie tussen natuurherstel en klimaat wordt in de doelen van de Natuurherstelverordening dus expliciet erkend. Ook bij het maken van het nationale herstelplan en de keuzes voor de concrete locaties van de herstelmaatregelen moeten de klimaat(adaptatie) doelstellingen en in enige mate het overstromingsrisicobeheer worden betrokken. Dit biedt kansen om natuurherstelopgaven te combineren met klimaatadaptatie- en waterveiligheidsopgaven. De natuurherstelopgave staat wel steeds centraal. Wel moedigt de verordening het 'meekoppelen' van andere opgaven sterk aan, maar deze zijn vanuit de Natuurherstelverordening niet leidend. Van een concrete verplichting om de waterveiligheidsopgave te realiseren door middel van nature-based solutions lijkt op grond van de Natuurherstelverordening dus niet te bestaan. Het bestaan van een natuurherstelopgave in een bepaald gebied kan lidstaten er wel toe dwingen om na te gaan welke andere opgaven

(waaronder de klimaatadaptatie- en waterveiligheidsopgave) kunnen worden meegenomen. De Natuurherstelverordening spoort de lidstaten met andere woorden aan om bij de totstandkoming en uitvoering van hun natuurherstelplan integraal en gebiedsgericht te denken.

De Natuurherstelverordening kent diverse verplichtingen met relevantie voor nature-based solutions en waterveiligheid. Voor een wisselpolder is de herontwikkelingsverplichting uit artikel 4 lid 4 Natuurherstelverordening het meest relevant. Het realiseren van een wisselpolder kan worden gekwalificeerd als een herstelmaatregel, want door het verleggen van de dijken wordt het natuurherstel actief ondersteund. In het tussengebied kunnen beschermde habitattypen zoals 'Atlantische schorren' opnieuw worden ontwikkeld. Wel gelden er voorwaarden wanneer een wisselpolder wordt meegenomen bij de uitvoering van de Natuurherstelverordening. Het betreft in het bijzonder het tweede verslechteringsverbod, dat inhoudt dat na het bereiken van een goede toestand geen significante verslechtering mag optreden. Dit verbod heeft gevolgen voor de mogelijkheden tot teruggave van een gebied en het verlies van natuurherstel aan de oorspronkelijke gebruiker zodat deze dat (veelal agrarische) gebruik weer kan hervatten. Er zal dan waarschijnlijk een significante verslechtering plaatsvinden, waardoor er sprake zal zijn van tijdelijk natuurherstel. De Natuurherstelverordening lijkt zonder een succesvol beroep op een uitzonderingsgrond geen tijdelijke maatregelen toe te staan. Het lijkt wel mogelijk om het verslechteringsverbod op nationaal niveau toe te passen, waardoor lokale verslechteringen zijn toegestaan, mits er elders compenserende maatregelen worden genomen die additioneel zijn op de bestaande herstelmaatregelen. Een andere optie is om teruggave los te laten, maar daarmee wordt een belangrijk kenmerk van het concept wisselpolder ondergraven, wat ten koste kan gaan van de maatschappelijke aanvaardbaarheid.

Afsluiting

Er bestaat binnen het Unierecht geen expliciete en concrete juridische verplichting waaruit volgt dat nature-based solutions of specifieke maatregelen zoals wisselpolders moeten worden toegepast binnen het waterveiligheidsbeheer. Op het eerste gezicht lijken het waterveiligheidsrecht, het klimaatadaptatierecht en het natuurherstelrecht zelfs losse, sectorale wetgevingskaders. Binnen het Unierecht wordt echter in toenemende mate gestuurd op de koppeling en integratie van deze sectoren. Wanneer deze kaders in samenhang worden bekeken, ontstaat wel degelijk een beeld dat uitnodigt tot integraal en nature-based waterbeheer en daartoe mogelijk ook op aanstuurt.

Het geheel aan opgaven vraagt dus om een integrale benadering.¹⁷⁰ Het kan beleidsmakers helpen om de besproken verplichtingen te zien als een nexus. Het nexus-denken richt zich op de onderlinge verbanden tussen sectoren en streeft naar een integrale wijze van beleidsvorming, uitvoering en beheer zodat synergieën tussen de sectoren kunnen worden benut.¹⁷¹ Meer juridisch en interdisciplinair onderzoek naar de waterveiligheid-klimaatadaptatie-natuurherstel nexus in de Zuidwestelijke Delta is aan te bevelen. Zo zou juridisch onderzoek naar andere Unierechtelijke en mensenrechtelijke verplichtingen met relevantie voor nature-based solu-

tions en waterveiligheid, zoals de Habitatrichtlijn, de Kaderrichtlijn water of het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, interessant kunnen zijn. Maar ook zou bestuurskundig onderzoek naar de legitimiteit van innovatieve waterveiligheidsmaatregelen zoals wisselpolders in het licht van zeespiegelstijging interessant zijn. In het volgende deel van dit tweeluik ga ik in op de nationaalrechtelijke dimensie: de juridische kansen en belemmeringen die spelen bij de realisatie en het beheer van wisselpolders in de Zuidwestelijke Delta. Waterveiligheid is in ieder geval meer dan dijken bouwen¹⁷²; het vraagt om integraal te denken én te doen! ●

Licentie verstrekt aan:
wijnstael@li.nl
Wijn en Stael Advocaten
IBR publicatie - 8-12-2025

¹⁷⁰ H.K. Gilissen, *Met recht naar klimaatbestendige en duurzame delta's (oratie Utrecht)*, Utrecht: Universiteit Utrecht 2025.

¹⁷¹ R.H. Estoque, 'Complexity and diversity of nexuses: A review of the nexus approach in the sustainability context', *Science of The Total Environment* 2023/854. N.A. Harvey, *Coordinating the Water, Energy and Food Nexus Through Law*, (diss. Utrecht), p. 27.

¹⁷² Zie ook: Gilissen, Van Doorn-Hoekveld en Lavrijsen 2020.

Jurisprudentie – I. Ruimtelijk ordeningsrecht

TBR 2025/141

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 4 september 2024, No. 202302442/1/R2, ECLI:NL:RVS:2024:3590 (Bestemmingsplan appartementen Breda)

(Mr. J. Hoekstra)

Wro: art. 3.1; Activiteitenbesluit: art. 2.17, art. 2.18

Piekgeluiden. Woningbouw. Binnenstedelijke transformatie. Akoestisch onderzoek

Met gastnoot L.J. Wildeboer, Red.¹

Inleiding

3. Het plan voorziet in de herontwikkeling van een bestaand kantoorgebouw tot een appartementengebouw in de binnenstad van Breda. Beoogd is om op de verdiepingen in totaal maximaal 33 woonappartementen te realiseren en om op de begane grond te voorzien in plintfuncties, zoals bijvoorbeeld detailhandel en dienstverlening. Het plan staat de toevoeging van een extra bouwlaag toe.

[appellant] is eigenaar van de woning aan de [locatie]. Dit perceel grenst aan de noordzijde van het plangebied. Hij kan zich niet verenigen met het plan, omdat hij vreest voor aantasting van het woon- en leefklimaat op zijn perceel. (...)

Bouwmogelijkheden

5. [appellant] betoogt dat de bouwmogelijkheden die het plan biedt in strijd zijn met een goede ruimtelijke ordening, omdat de bouwmogelijkheden het woon- en leefklimaat aantasten, in het bijzonder door de toegestane hoogte en woonfunctie. Hierbij wijst [appellant] op een verlies aan bezonning en privacy en een toename van hinder. In de nabije omgeving mag minder hoog worden gebouwd dan wat het voorliggende plan toestaat. Ook wijst [appellant] erop dat de inbreuk op het woon- en leefklimaat op zijn perceel door de toegekende woonfunctie de hele dag door plaatsvindt, terwijl dit bij de kantoorfunctie beperkt is. De woonfunctie leidt tot een toename aan autoverkeer op het parkeerterrein naast zijn woning.

5.1. De raad stelt dat de extra bouwmogelijkheden goed aansluiten bij de directe omgeving en acht een extra bouwhoogte van 4 m ten opzichte van het voorheen geldende plan aanvaardbaar. Het gaat om een binnenstedelijke inbreidingslocatie. Het transformeren van bestaande panden met een niet-woonfunctie en tevens het

optoppen van bestaande gebouwen is een van de oplossingen om de woningvoorraad te vergroten en hiermee de druk op de woningmarkt te verminderen. Hierbij verwijst de raad naar de gemeentelijke bouwopgave van 6000 extra woningen tot 2026. De toegestane extra bouwlaag heeft een setback, en de setback sluit aan op de karakteristiek en opbouw van de straatwand, waarin de bouwmassa boven de gootlijn ondergeschikt is en terug ligt achter de gevel.

De raad stelt verder dat geen sprake is van een onevenredige aantasting van de privacy. De afstand van het bouwvlak van het voorliggende plan tot het perceel van [appellant] bedraagt ongeveer 18 m en tot de woning van [appellant] ongeveer 25 m. Deze afstanden worden door de raad in een binnenstedelijke omgeving acceptabel geacht. De verkeersbewegingen vinden nu en in de toekomst voornamelijk plaats op dezelfde momenten, met dat verschil dat de bewegingen gespiegeld zijn (voor wat betreft komen en gaan) én dat bewoners ook in het weekend voor bewegingen zorgen. Het totale aantal verkeersbewegingen neemt volgens de raad af van 265 mvt/etmaal naar 194 mvt/etmaal.

5.2. De Afdeling overweegt dat niet is uitgesloten dat de realisering van het appartementengebouw zal leiden tot enige vermindering van de privacy bij het perceel van [appellant]. Naar het oordeel van de Afdeling heeft de raad zich echter op het standpunt mogen stellen dat dit niet leidt tot een onaantvaardbare aantasting van het woon- en leefklimaat aldaar. Hierbij betreft de Afdeling dat het gaat om een inbreidingslocatie in de binnenstad van Breda en dat de raad heeft aangegeven dat de afstand van het voorziene appartementengebouw tot het perceel van [appellant] en de gekozen bouwhoogte van het voorziene appartementengebouw (deels maximaal 14 meter en deels maximaal 18 meter) niet ongebruikelijk zijn in binnenstedelijk gebied in Breda. Verder heeft de raad toegelicht dat het totale aantal verkeersbewegingen juist afneemt door het vervallen van de kantoorfunctie.

Het betoog slaagt niet.

Parkeren

6. [appellant] betoogt dat de voor de herontwikkeling uitgevoerde parkeertoets ontoereikend is, ondanks dat de parkeertoets is aangepast. Volgens [appellant] heeft de raad het ten onrechte niet noodzakelijk geacht om het parkeren voor de plintfuncties mee te nemen in de parkeerbehoefte omdat hier geen planologische wijziging plaatsvindt. Omdat de kantoorfunctie is vervallen is er

¹ Luurt Wildeboer is advocaat omgevingsrecht bij Houthoff.

wel sprake van een planologische wijziging volgens [appellant]. Daarnaast is het parkeerbeleid gewijzigd na de vaststelling van het voorgaande plan, en moet de raad volgens [appellant] ook de plintfuncties aan het nu geldende beleid toetsen.

6.1. De raad stelt dat er feitelijk geen uitbreiding van functies plaatsvindt voor de begane grond, en dat volgens vaste jurisprudentie alleen de parkeerbehoefte voor de nieuwe functies (wonen op de verdiepingen) berekend hoeft te worden. Het parkeren voor de plintfuncties vindt na herontwikkeling plaats in de openbare ruimte, zoals in de bestaande situatie ook het geval is.

6.2. De Afdeling ziet geen aanleiding voor het oordeel dat de raad het parkeren in de plintfuncties mee had moeten nemen in de berekening van de parkeerbehoefte. De raad heeft toegelicht dat de in het plan toegestane functies voor de begane grond niet worden uitgebreid ten opzichte van het vorige bestemmingsplan. Verder heeft de raad uiteengezet dat het parkeren voor de plintfuncties in de bestaande situatie al plaatsvindt in de openbare ruimte en dat dat ook zo zal blijven gelden na de herontwikkeling. In de omgeving van het plangebied is al sprake van gereguleerd parkeren, juist ter voorkoming van parkeeroverlast.

Naar het oordeel van de Afdeling is de raad, gelet op het vorenstaande, voldoende ingegaan op de gestelde vrees voor parkeeroverlast vanwege de plintfuncties. De parkeerbehoefte voor de voorziene woningen is wel berekend en wordt opgelost op eigen terrein. De raad heeft voldoende toegelicht dat vanwege dit aspect geen sprake zal zijn van een onaanvaardbare aantasting van het woon- en leefklimaat bij het perceel van [appellant].

Het betoog slaagt niet.

Geluid

7. [appellant] betoogt dat de akoestische onderbouwing van het plan onvoldoende is. Hierbij wijst [appellant] op geluid van toekomstig verkeer en parkeren, en stemgeluid van toekomstige bewoners en bezoekers. Op het binnenterrein wordt namelijk in de aanleg van 20 parkeerplaatsen voorzien. Het 'carré' van bebouwing aan de achterzijde van de woning van [appellant] zorgt voor werkzaamheden en versterking van geluid, zeker door de extra bouwlaag. [appellant] voert aan dat in het akoestische onderzoek dat de raad alsnog heeft uit laten voeren verschillende geluidsaspecten niet of onjuist zijn beoordeeld. Hierbij verwijst [appellant] naar het rapport 'Beoordeling akoestisch onderzoek 'Marktveste te Breda, beoordeling parkeren en stemgeluid balkon' van Cauberg Huygen te Best' van Greten raadgevende Ingenieurs van 8 juli 2024 (hierna: geluidsrapport van Greten). Volgens [appellant] gaat het akoestisch onderzoek ten onrechte uit van gemengd gebied. Omdat het gaat om een binnenterrein, is volgens [appellant] sprake van een rustige woonwijk. Daarnaast wijst [appellant] op de opmerkingen van Greten over de verkeersgeneratie

en voertuigverdeling, warmte- of koudeopwekking installatiegeluid, geluid vanwege de nieuwe toegangspoort, werkelijk gebruik van de commerciële ruimten, laad- en losactiviteiten en het cumuleren van de geluidbelasting van relevante geluidbronnen die horen bij het nieuwe plan. Ook wijst [appellant] op het ontbreken van het berekenen en beoordelen van piekgeluid/maximaal toelaatbare geluiddrukkniveaus en van de indirecte geluidhinder vanwege de verkeersaantrekkende werking van en naar het nieuwe plan.

7.1. De raad stelt dat de akoestische onderbouwing voldoende is. Achter het bestaande pand waren al parkeerplaatsen aanwezig. Vanuit het bestaande pand waren ook al geluidseffecten van stemmen en verkeer/parkeren mogelijk. De raad is van mening dat het wijzigen van de gebruiksmogelijkheden op de verdiepingen en het toevoegen van een extra bouwlaag geen onaanvaardbare nadelige geluidseffecten van stemmen en verkeer/parkeren met zich meebrengen.

Ook heeft de raad akoestisch onderzoek laten doen. In het onderzoek is de geluidbelasting ten gevolge van het verkeer en parkeren en het stemgeluid vanaf balkons inzichtelijk gemaakt ter plaatse van de woning van [appellant]. De resultaten van het akoestisch onderzoek laten volgens de raad zien dat de geluidseffecten van het verkeer en parkeren en het stemgeluid op de toekomstige balkons op de woning van [appellant] aanvaardbaar kan worden geacht.

7.2. De raad heeft Cauberg Huygen opdracht gegeven om een geluidsonderzoek uit te voeren naar de geluidbelasting ter plaatse van de woning van [appellant]. De uitkomsten van dit onderzoek zijn vastgelegd in de notitie 'Marktveste te Breda; beoordeling parkeren en stemgeluid balkon' van 13 november 2023 van Cauberg Huygen (hierna: het akoestisch onderzoek). Het akoestisch onderzoek dateert van na de vaststelling van het bestreden besluit. Uit de gedingstukken blijkt niet dat de raad bij de vaststelling van het plan rekening heeft gehouden met de geluidsbelasting ter plaatse van de woning van [appellant]. Het bestreden besluit is in zoverre in strijd met artikel 3:2 van de Awb niet met de vereiste zorgvuldigheid voorbereid.

Het betoog slaagt.

7.3. De Afdeling ziet in dit geval aanleiding om te onderzoeken of de rechtsgevolgen van het bestreden besluit met toepassing van artikel 8:72, derde lid, van de Awb in stand kunnen worden gelaten. Hiervoor is van belang dat de raad alsnog onderzoek heeft laten doen naar de geluidsbelasting ter plaatse van de woning van [appellant].

Nadat [appellant] het geluidsrapport van Greten heeft overgelegd, heeft de raad in reactie hierop de memo 'Beoordeling Marktveste Breda' van 10 juli 2024 van Cauberg Huygen overgelegd (hierna: de geluidsmemo).

7.4. Wat het omgevingstype betreft overweegt de Afdeling als volgt. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, onder andere in de uitspraak van de Afdeling van 24 januari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:224, onder 4.3, vindt de beoordeling welk omgevingstype in de zin van de VNG-brochure van toepassing is niet plaats aan de hand van de specifieke situatie van een naastgelegen woonperceel, maar aan de hand van de beoordeling op een groter schaalniveau van de omgeving. De Afdeling stelt vast dat het plangebied is gelegen in het centrum van Breda, in de omgeving van het plangebied komen verschillende bestemmingen voor, onder meer voor wonen, kantoren, horeca, (ontsluitings-)wegen en water. De Afdeling is dan ook van oordeel dat in het akoestisch onderzoek terecht is uitgegaan van gemengd gebied.

Voor zover in het geluidsrapport van Greten is aangegeven dat meerdere woningen beoordeeld hadden moeten worden in plaats van alleen de geluidsniveaus bij de woning van [appellant], overweegt de Afdeling dat [appellant] gelet op het relativiteitsvereiste alleen op kan komen voor zijn eigen belang, en niet voor dat van bewoners van omliggende woningen.

De toegelaten invulling van de commerciële ruimte in de plint wijzigt niet. De raad heeft toegelicht dat ruimschoots aan de richtafstand van 10 m voor de plintfuncties wordt voldaan - de afstand tot het perceel van [appellant] bedraagt immers 16 m - en dat daarom kan worden gesteld dat naar verwachting aan de gestelde grenswaarde wordt voldaan. Hier hoefde naar het oordeel van de Afdeling in het geluidsrapport geen extra onderzoek naar gedaan te worden.

Wat de installatie voor warmte- of koudeopwekking betreft overweegt de Afdeling als volgt. De raad heeft toegelicht dat het gebouw wordt voorzien van een elektrisch warmte-/koudeopwekking-systeem en dat er technische maatregelen te treffen zijn om de geluiduitstraling naar de omgeving van de warmte-/koudeopwekking zo veel mogelijk te beperken. Dit komt aan de orde bij het opstellen van een bouwaanvraag. Er moet in het kader van de beoordeling van die bouwaanvraag worden aangetoond dat terzake aan de eisen van het Besluit bouwwerken leefomgeving wordt voldaan. Naar het oordeel van de Afdeling is voldoende aannemelijk gemaakt dat aan deze eisen kan worden voldaan en het geluidniveau op dit aspect zodanig beperkt kan worden dat er geen sprake is van strijd met een goede ruimtelijke ordening.

De Afdeling ziet geen aanleiding voor het oordeel dat de verkeersgeneratie in het geluidsrapport is onderschat, of dat mogelijke nadelige akoestische effecten die ontstaan door het versmallen van de toerit en de realisatie van de toegangspoort ten onrechte niet zijn meegenomen in het geluidsrapport. Op de zitting is toegelicht dat de cumulatie van geluid van het parkeren, de verkeersbewegingen

en het installatiegeluid zou uitkomen onder de 45 dB(A).

In wat [appellant] heeft aangevoerd ziet de Afdeling geen aanleiding voor het oordeel dat niet wordt voldaan aan de geluidswaarden voor het langtijdgemiddelde beoordelingsniveau.

In zoverre slaagt het betoog niet.

7.5. Wat het piekgeluid betreft overweegt de Afdeling als volgt. De raad heeft toegelicht dat naar piekgeluid door laad- en losactiviteiten geen onderzoek hoeft plaats te vinden, omdat de laad- en losactiviteiten in de dagperiode moeten plaatsvinden en dan zijn uitgesloten van toetsing. De raad heeft ook geen onderzoek uitgevoerd naar piekgeluid van parkeren (dichtslaande autodeuren), omdat dit in de huidige situatie ook plaatsvindt.

De Afdeling stelt vast dat op het binnenterrein na de herontwikkeling meer auto's kunnen parkeren. De raad hoort de gevolgen van de voorziene ontwikkeling inzichtelijk te maken en mee te nemen in zijn belangenafweging, ook als de betreffende piekgeluiden onder het voorgaande planologische regime ook voorkwamen. Daarnaast klopt het dat de maximale geluidsniveaus ten gevolge van laden en lossen overdag in het Activiteitenbesluit milieubeheer zijn uitgesloten van toetsing. Uit het oogpunt van een goede ruimtelijke ordening mogen deze gevolgen echter niet buiten beschouwing worden gelaten. Naar het oordeel van de Afdeling heeft de raad dus ten onrechte niet gemotiveerd dat het piekgeluid van parkeren en laden en lossen niet leidt tot een onaantvaardbare toename van het geluid bij de woning van [appellant].

Het betoog slaagt. (...)

Conclusie

9. Met het oog op een spoedige beslechting van het geschil zal de Afdeling de raad opdragen om binnen 16 weken na verzending van deze uitspraak met inachtneming van wat is overwogen onder 7.5 toereikend te motiveren dat het piekgeluid ten gevolge van de voorziene ontwikkeling bij de woning van [appellant] aanvaardbaar is en geen onevenredige aantasting van het woon- en leefklimaat aldaar vormt. (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

1. Er bestaat op dit moment in Nederland grote behoefte aan woningbouw. Om tegemoet te komen aan de toenemende woningnood streeft het Rijk naar de bouw van 100.000 nieuwe woningen per jaar. In de praktijk blijkt het vinden van geschikte locaties voor nieuwe woningen nog niet zo eenvoudig. Dergelijke projecten roepen bovendien veel weerstand op. Van bedrijven die vrezende voor beperkingen voor hun activiteiten en van omwonenden vanwege onder andere toenemende parkeerdruk en lawaai. Ook in (binnen)steden, waar men in het algemeen meer geluid of andere vormen van hinder zal moeten dulden. Zo ook in deze zaak waar het gaat om de transformatie van een kan-

toorgebouw naar appartementen, waarbij een verdieping wordt toegevoegd, het zogeheten 'optoppen'. Het komen tot een goede ruimtelijke ordening, of zoals nu een evenwichtige toedeling van functies aan locaties onder de Omgevingswet, onder andere wat betreft geluidhinder, is geen sinecure. Deze uitspraak bevestigt dat maar weer eens. De weerstand van omwonenden en de eisen die worden gesteld aan een goede ruimtelijke ordening verklaren mede het grote aantal juridische procedures. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State geeft vanwege het grote maatschappelijke belang sinds 2024 voorrang aan de behandeling van woningbouwzaken. Die aanpak blijkt succesvol en daarom heeft de Afdeling besloten daar in ieder geval mee door te gaan tot de zomer van 2026.²

2. De nieuwe werkwijze van de Afdeling is weliswaar een stap in de goede richting, maar ook bij de voorbereiding van de besluitvorming kan winst worden behaald. In deze noot bespreek ik een (tussen)uitspraak waarin het (geluid)onderzoek dat ten grondslag is gelegd aan de besluitvorming onvoldoende bleek en opnieuw moest worden gedaan. Dat kost (veel) tijd en had mogelijk voorkomen kunnen worden, hoewel dat achteraf altijd makkelijk is vast te stellen. In woningbouwzaken wordt bij de Afdeling regelmatig met succes aangevoerd dat onderzoek naar (geluid)hinder niet deugt. Bij de vaststelling van een bestemmingsplan of het verlenen van een omgevingsvergunning moest de gemeente in het kader van een goede ruimtelijke ordening beoordelen of sprake is van een goed woon- en leefklimaat. Daarvoor moesten onder andere alle relevante geluidbronnen worden onderzocht. Een veelvoorkomend probleem is dat niet alle geluidsaspecten zijn beoordeeld en de akoestische onderbouwing van een plan of omgevingsvergunning rammelt. Daarmee is onvoldoende aangetoond dat de geluidbelasting aanvaardbaar is en niet zal leiden tot aantasting van het woon- en leefklimaat en kan het besluit geen stand houden. Zo ook in dit geval.

3. De uitspraak heeft betrekking op het bestemmingsplan 'Binnenstad Marksingel 1' dat voorziet in de herontwikkeling van een bestaand kantoorgebouw tot appartementengebouw in de binnenstad van Breda. In de plint is detailhandel toegestaan en er wordt een extra bouwlaag toegevoegd. Onderdeel van de ontwikkeling is de aanleg van een aantal parkeerplaatsen op het binnenterrein van het gebouw. Appellant is eigenaar van een perceel dat direct grenst aan dat binnenterrein. Hij vreest voor een onaantvaardbare aantasting van het woon- en leefklimaat door (piek)geluid van parkeren en verkeer alsmede stemgeluid van toekomstige bewoners en bezoekers en het dichtslaan van autoportieren. Vooral in de nachtperiode zal dat leiden tot slaapverstoring. Deze beroepsgrond slaagt. Hieronder zal ik me beperken tot de beoordeling van het piekgeluid en wat daarbij fout is gegaan.

4. De gemeente had geen akoestisch onderzoek uitgevoerd, hoewel er in de bestaande situatie 13 parkeer-

plaatsen zijn en in de nieuwe situatie 23 parkeerplaatsen zijn toegestaan waardoor er meer auto's kunnen parkeren. Onderzoek was volgens de gemeente niet nodig omdat parkeren reeds was toegestaan en het stem- en parkeergeluid al was beoordeeld en geen onaantvaardbare nadelige effecten zou opleveren. Dit geldt volgens de gemeente ook voor het toevoegen van de extra woonlaag. Dit was (achteraf) een wel erg rooskleurige verwachting, gezien de functiewijziging naar wonen en de toename van het aantal parkeerplaatsen met als gevolg extra piekgeluiden in de nachtperiode. De gemeente heeft pas na vaststelling van het bestemmingsplan akoestisch onderzoek laten doen. Dat is onzorgvuldig. Reeds daarom slaagt het beroep en wordt het plan door de Afdeling vernietigd.

5. De Afdeling beoordeelt vervolgens of op basis van het achteraf uitgevoerde geluidonderzoek door de gemeente de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand kunnen worden gelaten. Indien dat onderzoek immers toereikend is, had de zaak alsnog finaal kunnen worden beslecht. Dat bleek echter niet het geval. De gemeente heeft namelijk ook in dat stadium geen onderzoek laten uitvoeren naar piekgeluid door laad- en losactiviteiten, omdat de laad- en losactiviteiten in de dagperiode plaatsvinden en dan - volgens het Activiteitenbesluit - zijn uitgesloten van toetsing. Daarnaast heeft de gemeente ook geen onderzoek laten doen naar piekgeluid van parkeren (dichtslaan de portieren), omdat dit in de huidige situatie ook al plaatsvindt. De Afdeling constateert dat het plan meer parkeerplaatsen toelaat dan eerder aanwezig waren. De gevolgen daarvan voor het geluid heeft de gemeente niet onderkend. Volgens vaste jurisprudentie hoort de gemeente de gevolgen van de voorziene ontwikkeling inzichtelijk te maken en mee te nemen in de belangenafweging. Ook in het geval parkeren eerder al mogelijk was, maar het aantal parkeerplaatsen wordt uitgebreid ten opzichte van de bestaande situatie waardoor er extra piekgeluiden kunnen optreden. Dat is hier niet gebeurd. Het plan kan daarom niet in stand blijven.

6. Daarnaast stelt de gemeente dat overdag niet hoeft te worden getoetst aan de geluidnormen van het Activiteitenbesluit en daarom piekgeluiden vanwege laden en lossen niet hoefden te worden onderzocht. Uit het oogpunt van een goede ruimtelijke ordening mogen de gevolgen van het geluid in de dagperiode echter niet buiten beschouwing worden gelaten. Dit had de gemeente dus wel moeten onderzoeken. Het Activiteitenbesluit bevat milieuregels voor bedrijven. In het kader van een goede ruimtelijke ordening moet de aanvaardbaarheid van piekgeluiden zelfstandig worden beoordeeld en mag voor wat betreft het aspect geluid niet zonder meer worden aangesloten bij de voorschriften in het Activiteitenbesluit. Dit is niet nieuw (zie o.a. ABR-vS 23 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1339, ro. 13.1-13.2). Juist vanwege het ontbreken van geluidnormen voor de dagperiode in het Activiteitenbesluit is er aanleiding om in het kader van de belangenafweging de aanvaardbaarheid van het geluid van activiteiten te beoordelen alvorens deze planologisch mogelijk te maken. De gemeente heeft met haar keuze om dit niet te doen een zeker risico genomen en had dit mogelijk kunnen voorkomen door dergelijke geluidhinder

² Persbericht Raad van State, 'Afdeling bestuursrechtspraak geeft ook komend jaar voorrang aan woningbouwzaken', raadvanstate.nl, 23 mei 2025.

op voorhand te onderzoeken of dit van de initiatiefnemer te verlangen. Mogelijk heeft de gemeente dit risico op voorhand minder groot ingeschat. Achteraf is het altijd makkelijk te constateren dat een besluit niet zorgvuldig is genomen. Maar in veel gevallen is er ook vaak de wens om tot snelle besluitvorming te komen, waarbij dit soort risico's al dan niet bewust wordt genomen. Feit is dat op basis van het uitgevoerde onderzoek niet vaststaat of er geen sprake is van een onaanvaardbare toename van het geluid. Dat betekent niet dat de herontwikkeling niet door kan gaan, maar wel dat er meer onderzoek is vereist om de aanvaardbaarheid van alle geluidaspecten van de nieuwe ontwikkeling te (kunnen) beoordelen. Het beroep van de appellant slaagt daarom. De Afdeling heeft de gemeente in deze tussenuitspraak in de gelegenheid gesteld om de gebreken te herstellen.

7. De gemeente heeft nieuw geluidonderzoek laten doen en het plan opnieuw vastgesteld met een verbeterde motivering. De Afdeling heeft dit (herstel)besluit in de einduitspraak op 2 juli 2025 (ECLI:NL:RVS:2025:2967) beoordeeld en grotendeels in stand gelaten. Bijna één jaar nadat de tussenuitspraak is gedaan.

8. De pijn in deze zaak is gelegen in het gebrekkige onderzoek naar het (piek)geluid/maximaal toelaatbare geluidniveau op het perceel van appellant. De gemeente heeft in het nieuwe akoestisch onderzoek alsnog onderzoek laten doen naar piekgeluiden. Hieruit blijkt dat er een toename kan optreden van piekgeluiden van verkeer en parkeren, laad- en losactiviteiten, waaronder het legen van afval- en oud papier-containers (rolcontainers), en het stemgeluid van toekomstige bewoners op de toekomstige balkons. Deze toename is voor de gemeente echter aanvaardbaar, omdat sprake is van een geringe overschrijding van de grenswaarden in het Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl), het gaat om een binnenstedelijke locatie, het piekgeluid gering en kortdurend van aard is, overschrijdingen niet of beperkt in de nachtperiode plaatsvinden en het niet gaat om hinderlijk piekgeluid, maar om een algemeen geaccepteerd geluid in de openbare ruimte.

9. De Afdeling gaat hierin mee. In de eerste plaats worden de piekgeluiden afkomstig van het dichtslaan van autoportieren beoordeeld. De motivering van de gemeente vindt de Afdeling aanvaardbaar. In de bestaande situatie vinden al piekgeluiden plaats van 80 dB(A), terwijl het piekniveau van het gebruik van de aan te leggen parkeerplaatsen ten hoogste 64 dB(A) zal bedragen, zo heeft de gemeente berekend. Dit piekniveau is - volgens het nieuwe geluidrapport - bovendien lager dan op grond van het Bkl is toegestaan. Daarmee is kennelijk uitgegaan van de meest recente normstelling voor de beoordeling of sprake is van een goede ruimtelijke ordening, hoewel in deze zaak nog het oude recht van toepassing is en niet de Omgevingswet en het op grond daarvan geldende Bkl. Ook heeft de gemeente in aanmerking mogen nemen dat de locatie in het centrum van Breda is gelegen en het dichtslaan van autoportieren, vanwege het veelvuldig voorkomen ervan, een algemeen geaccepteerd kortdurend type geluid betreft. Daarbij heeft de gemeente in aanmerking mogen nemen dat in het worstcasescenario

deze piekgeluiden gemiddeld per nacht twee keer vaker zullen optreden, hetgeen volgens de Afdeling acceptabel is. Voorts staat vast dat in de dag- en avondperiode de frequenties van het piekgeluid dalen, omdat het noodzakelijk is om vlak bij de gevel van appellant te fileparkeren. Daardoor kan men aan de zijde van de woning niet in en uit een geparkeerde auto stappen, waardoor het geluid van dichtslaan de portieren afscherming ondervindt van de aldaar tegen de gevel van de woning geparkeerde auto. Ten slotte overweegt de Afdeling dat in het akoestisch onderzoek een worstcasescenario is onderzocht en het berekende geluidniveau hierdoor hoogstwaarschijnlijk minder vaak zal voorkomen en bovendien lager zal zijn. Deze laatste overweging is wel opmerkelijk, omdat bij de beoordeling van een bestemmingsplan voorziet in een aanvaardbaar woon- en leefklimaat, oftewel voldoet aan de eis van een goede ruimtelijke ordening, in de regel wordt uitgegaan van een representatieve invulling van de maximale planologische mogelijkheden (zie bijv. ABRvS 6 september 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3404, ro. 2.4-2.5). Ook overigens gaat het om specifieke omstandigheden die de situatie in dit geval naar het oordeel van de Afdeling aanvaardbaar maken. Hieruit kan moeilijk een algemene regel worden afgeleid voor de beoordeling van (piek)geluid. In zoverre blijft sprake van een casuïstische benadering, hetgeen niet direct zal bijdragen aan het verminderen van het aantal juridische procedures en uiteindelijk versnelling van de woningbouw. Hoewel begrijpelijk is dit teleurstellend om te moeten constateren.

10. Ten slotte wordt het legen van de afvalcontainers verplaatst van de binnenplaats naar de voorkant van het gebouw, waardoor piekgeluiden vanwege het legen van deze containers niet meer tot onaanvaardbare geluidhinder kunnen leiden. Dit zal wat betreft geluid ongetwijfeld leiden tot een aanzienlijke verbetering. Dit blijkt echter niet in het plan te zijn geborgd. Deze fout wordt door de Afdeling alsnog zelf hersteld. Het is jammer dat die oplossing niet eerder was voorzien. Dat had een twistpunt in deze juridische procedure kunnen voorkomen.

11. Steeds vaker hoor je de roep om woningbouw te versnellen. In verband met de schaarse ruimte voor nieuwe woningen zal steeds vaker worden gekeken naar locaties in en nabij (binnen)steden. De complexiteit van dergelijke (binnenstedelijke) locaties vergt veel onderzoek voor het deugdelijk onderbouwen dat daar woningbouw mogelijk is. Daarnaast betekent het bouwen op binnenstedelijke locaties een grote groep aan potentiële belanghebbenden. Het risico op bezwaar- en beroepsprocedures en tekortkomingen in de besluitvorming neemt daardoor toe. Dat vereist een zorgvuldige(r) voorbereiding en goed onderbouwde vergunningaanvragen. Daarmee kunnen de risico's op gebreken in de besluitvorming en mogelijke vernietiging van besluiten worden verkleind en vertraging in de realisering worden beperkt. Ook dat draagt bij aan de broodnodige versnelling van bouwprojecten. Daar ligt een uitdaging voor alle betrokken partijen.

L.J. Wildeboer

TBR 2025/142**Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 25 juni 2025, No. 202304069/1/R1, ECLI:NL:RVS:2025:2848 (Paraplubestemmingsplan darkstores Amsterdam)**

(Mr. D.A. Verburg, mr. G.O. van Veldhuizen en mr. N.H. van den Biggelaar)

Richtlijn 2006/123/EG (Dienstenrichtlijn): art. 9, art. 10, art. 15

Dienstenrichtlijn. Evenredigheid. Discriminatieverbod. Vergunningstelsel. Gebruiksverbod

Met gastnoot D.C.E. de Haas en S.A. de Graaff, Red.¹**Inleiding**

2. Met het parapluplan wordt de vestiging van zogenoemde darkstores in een groot gedeelte van Amsterdam planologisch niet meer rechtstreeks toegelaten, maar alleen via een omgevingsvergunning tot (binnenplanse) afwijking van het bestemmingsplan. Aanleiding daarvoor is de toename van flitsbezorging vanuit darkstores en daarmee samenhangende overlast voor bewoners en ondernemers door transportbewegingen van de koeriers, het laden en lossen, het parkeren van (brom)fietsen op straat en het rumoer van de flitsbezorgers. Flink is het oneens met de vaststelling van het plan. Zij heeft verschillende vestigingen in Amsterdam waar boodschappen en andere dagelijkse producten worden verkocht. Zij biedt (ook) flitsbezorging aan. (...)

Het beroep van Flink

4. Flink betoogt dat artikel 2.2 van het parapluplan (hierna: het gebruiksverbod) in strijd is met artikel 15, derde lid, van Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (hierna: de Dienstenrichtlijn).

5. Artikel 2.2 van het parapluplan luidt: 'Voor alle in het plan betrokken gronden geldt dat deze niet mogen worden gebruikt als darkstore.'

Een 'darkstore' is volgens de definitie in artikel 1.3 van het parapluplan: 'vorm van bedrijfsvoering die in hoofdzaak is gericht op de verkoop en bezorging binnen zeer korte termijn (flitsbezorging) van online aangeboden producten, overwegend dagelijkse goederen, vanuit een opslagruimte, al dan niet met uitstalling ten verkoop, al dan niet met een afhaaloket of afhaalbalie en die al dan niet toegankelijk is voor winkeland publiek.' (...)

7. Vaststaat dat het gebruiksverbod in artikel 2.2, van de planregels een eis is in de zin van artikel 4, onder 7, van de Dienstenrichtlijn en dat dit verbod is te beschouwen als een territoriale beperking in de zin van artikel 15, tweede lid, onder a, van de Dienstenrichtlijn.

8. Artikel 15, derde lid, van de Dienstenrichtlijn luidt:

'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 nagestreefte 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.'

9. De Afdeling zal hierna aan de hand van de beroepsgronden van Flink beoordelen of het parapluplan aan de voorwaarden van artikel 15, derde lid, van de Dienstenrichtlijn voldoet. De Afdeling gaat eerst in op het discriminatieverbod (onder 10 t/m 10.2). Vervolgens gaat de Afdeling in op de evenredigheid (onder 11 t/m 13.5). Tussen partijen is niet in geschil dat het parapluplan noodzakelijk is in de zin van artikel 15, derde lid, onder b, van de Dienstenrichtlijn. Op die voorwaarde gaat de Afdeling daarom niet in.

Discriminatieverbod

10. Flink betoogt dat de definitie van darkstore als opgenomen in artikel 1.3 van de planregels tot gevolg heeft dat indirect onderscheid wordt gemaakt naar nationaliteit dan wel statutaire zetel. Zij stelt dat de voorwaarde in artikel 1.3 dat de bedrijfsvoering 'in hoofdzaak' is gericht op flitsbezorging eerder kan worden vervuld door nationale retailers, die al langer op de Nederlandse markt actief zijn en zich vanuit traditionele retail hebben kunnen doorontwikkelen, dan door internationale nieuwkomers.

10.1. 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. Vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 2 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2834, onder 5. Tussen partijen is niet in geschil en ook de Afde-

¹ Dominique de Haas en Simon de Graaff werken als advocaten bij Wijn & Stael Advocaten N.V.

ling stelt vast dat met artikel 1.3 geen direct onderscheid wordt gemaakt.

10.2. De in artikel 1.3 van de planregels opgenomen definitie van een darkstore levert naar het oordeel van de Afdeling evenmin een vorm van indirecte discriminatie op naar nationaliteit of statutaire zetel. Het artikel heeft tot doel om te bepalen of bedrijfsvoering moet worden aangemerkt als darkstore of bijvoorbeeld als reguliere detailhandel, waarvoor een afzonderlijke bestemming is opgenomen. Daarvoor is de verhouding tussen de flitsbezorgactiviteiten en detailhandelsactiviteiten van belang. De raad heeft toegelicht dat de beoordeling of de bedrijfsvoering in hoofdzaak is gericht op flitsbezorging onder meer wordt bezien aan de hand van omzetcijfers, uitstraling en inrichting, presentatie, aantal transacties en personeelsbestand. Deze criteria ter invulling van artikel 1.3 van de planregels gelden op dezelfde manier voor alle dienstverrichters die een darkstore willen beginnen. Hierbij worden dienstverrichters uit andere lidstaten niet direct of indirect in een andere positie gebracht dan dienstverrichters uit Nederland (vergelijk het arrest van het Hof van Justitie van 23 februari 2016, ECLI:EU:C:2016:108 (Commissie tegen Hongarije), punt 85 tot en met 88). Hoogstens leidt artikel 1.3 van de planregels ertoe dat nieuwkomers ongeacht hun nationaliteit sneller moeten worden aangemerkt als darkstore.

De Afdeling ziet in wat Flink heeft aangevoerd geen aanknopingspunten voor het oordeel dat artikel 1.3 van de planregels er feitelijk toe leidt dat een niet-Nederlandse speler op de Nederlandse dagelijkse boodschappenmarkt eerder als 'darkstore' wordt aangemerkt dan een nationale aanbieder van dagelijkse boodschappen. Flink stelt in dat verband dat bestaande nationale supermarkten met een vaste klantenkring óók bezorgdiensten kunnen gaan aanbieden en dan in veel gevallen niet als darkstore worden aangemerkt, omdat zij niet aan het 'in hoofdzaak'-onderdeel uit de definitie van artikel 1.3 voldoen. Daarmee miskent Flink dat supermarkten in Amsterdam planologisch gereguleerd zijn met een specifieke detailhandelsbestemming. Of binnen die specifieke bestemming ook ondergeschikte (flits)bezorgdiensten kunnen worden verricht, ligt op zichzelf niet ter beoordeling voor in deze procedure over het paraplubestemmingsplan darkstores. De vraag of sprake is van een darkstore als bedoeld in artikel 1.3 van de planregels hangt af van de locatie waarop een nieuwkomer zijn dagelijkse boodschappendiensten wil aanbieden en van de beoogde bedrijfsvoering op die locatie. Als op de locatie geen detailhandelsbestemming geldt waarop een reguliere supermarkt is toegestaan, is voor iedere aanbieder ongeacht de nationaliteit of statutaire zetel de definitie van artikel 1.3 van de planregels bepalend. De door Flink genoemde omstandigheden, waaronder de uitstraling en presentatie van een buitenlandse nieuwkomer op de markt, het ontbreken van een vaste klantenbasis en de herkenning van deze

nieuwkomer vanwege (flits)bezorgactiviteiten, leiden naar het oordeel van de Afdeling niet tot de conclusie dat een nieuwe buitenlandse aanbieder eerder dan een nieuwe binnenlandse aanbieder wordt aangemerkt als een in beginsel niet toegestane darkstore. Gelet hierop heeft het gebruiksverbod geen discriminerende werking jegens bepaalde dienstverrichters op grond van hun nationaliteit of statutaire zetel.

De conclusie is dat artikel 1.3 er niet toe leidt dat dienstverrichters met een niet-Nederlandse nationaliteit of statutaire zetel uitsluitend of bij uitstek worden geraakt. In dat verband verwijst de Afdeling naar overweging 18.3 van haar uitspraak van 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4173.

Gelet op het voorgaande heeft de raad zich terecht op het standpunt gesteld dat in dit geval geen sprake is van een eis die een direct of indirect onderscheid maakt in de zin van artikel 15, derde lid, onder a, van de Dienstenrichtlijn.

Het betoog slaagt niet.

Evenredigheid

11. Flink betoogt dat met het in het parapluplan opgenomen gebruiksverbod het nagestreefde doel niet coherent en systematisch wordt nagestreefd. Volgens Flink heeft de raad niet inzichtelijk gemaakt, waarom flitsbezorging van maaltijden en flitsbezorging vanuit traditionele detailhandel zijn uitgezonderd van het gebruiksverbod.

Verder betoogt Flink dat de raad de geschiktheid van het gebruiksverbod niet op een deugdelijke wijze heeft onderbouwd. De raad heeft geen analyse met specifieke gegevens aan het parapluplan ten grondslag gelegd om de effectiviteit van het gebruiksverbod te onderbouwen.

Ten slotte betoogt Flink dat het gebruiksverbod verder gaat dan nodig is om het nagestreefde doel te bereiken. Volgens Flink had de raad ook kunnen kiezen voor minder verstreckende maatregelen, zoals het beperken van de exploitatietijden of eisen aan het uiterlijk van de vestigingen.

12. In het kader van de evenredigheid staat ter beoordeling of de raad heeft kunnen concluderen dat de regeling geschikt is en niet verder gaat dan nodig om de daarmee beoogde doelen te bereiken en of die doelen niet met andere, minder beperkende maatregelen kunnen worden bereikt. Vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 12 januari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:77, onder 5.4.

Geschied?

-Wordt het doel coherent en systematisch nagestreefd?

13. Zoals volgt uit de rechtspraak van het Hof (zie het arrest van 10 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:141 (Hartlauer Handelsgesellschaft mbH), en het arrest van 12 januari 2010, ECLI:EU:C:2010:4 (Domnica Petersen)) is voor het oordeel dat een eis geschikt is om het nage-

streefde doel te bereiken onder meer vereist dat het doel coherent en systematisch wordt nagestreefd. Bij het coherentievereiste gaat het erom of de raad zijn doelen op een samenhangende en systematische wijze nastreeft.

13.1. De Afdeling stelt vast dat het doel van de maatregel in dit geval is het nader kunnen reguleren van de vestigingslocatie van darkstores en het kunnen stellen van voorwaarden voor de vestiging daarvan met het oog op het borgen van een aangenaam woon- en leefklimaat en vestigingsklimaat. Verder stelt de Afdeling vast dat op grond van de definitie in artikel 1.3 van de planregels, zowel de bezorging van maaltijden als de bezorging vanuit reguliere detailhandel zijn uitgesloten van het gebruiksverbod.

De raad heeft toegelicht dat flitsbezorging vanuit darkstores een nieuwe vorm van bedrijfsvoering is die sinds 2020 in opkomst is. Uit onder meer klachten, handhavingsverzoeken en feitelijke waarnemingen is gebleken dat de vestiging van darkstores negatieve effecten kan hebben op de omgeving. Om de vestiging van darkstores te reguleren is het parapluplan opgesteld. Daarbij heeft de raad toegelicht dat de bedrijfsvoering van en de bezorging vanuit supermarkten of (afhaal)restaurants niet dezelfde ruimtelijke effecten heeft als de bedrijfsvoering van en bezorging vanuit darkstores. Daarbij gaat het onder meer om de transportbewegingen, het frequent laden en lossen, het parkeren van fietsen en bromfietsen in de openbare ruimte en de ruimtelijke uitstraling.

Voor bezorging van maaltijden en bezorging vanuit reguliere detailhandel is bij de vaststelling van het bestemmingsplan de planologische aanvaardbaarheid van de vestiging daarvan in een bepaald gebied al beoordeeld in het kader van de daarvoor geldende specifieke bestemmingen. Zoals de raad heeft toegelicht kunnen de ruimtelijke effecten daarvan ook niet zonder meer op een lijn worden gesteld met de ruimtelijke effecten van flitsbezorging vanuit darkstores. Het parapluplan maakt het mogelijk om ook voor flitsbezorging vanuit darkstores vooraf de planologische aanvaardbaarheid te kunnen beoordelen met het oog op het borgen van een aangenaam woon- en leefklimaat en vestigingsklimaat.

Gelet op het vorenstaande is de Afdeling van oordeel dat de raad inzichtelijk heeft gemaakt, waarom de bezorging van maaltijden en de bezorging vanuit reguliere detailhandel zijn uitgesloten van het gebruiksverbod. De Afdeling ziet in wat Flink heeft aangevoerd dan ook geen aanleiding voor het oordeel dat het doel niet coherent en systematisch wordt nagestreefd.

Het betoog slaagt niet.

-Effectiviteit

13.2. In de tussenuitspraak van 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2062, heeft de Afdeling uit de rechtspraak van het Hof

van Justitie afgeleid dat het onderzoek in het kader van artikel 15, derde lid, onder c, van de Dienstenrichtlijn moet geschieden aan de hand van een analyse met specifieke gegevens. Er moet sprake zijn van een analyse van de geschiktheid van de door het bestuursorgaan genomen maatregel en van specifieke gegevens ter onderbouwing van zijn betoog over de geschiktheid van de getroffen maatregel.

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

13.3. De Afdeling stelt vast dat het in het kader van de effectiviteit van de maatregel gaat over de vraag of het gebruiksverbod voor darkstores bijdraagt aan het borgen van een aangenaam woon- en leefklimaat en vestigingsklimaat in de stad.

De raad heeft toegelicht dat in de afgelopen jaren veel darkstores in binnenstedelijke (woon)buurten zijn geopend en dat is gebleken dat deze nieuwe vorm van bedrijfsvoering meer overlast met zich brengt dan de raad ruimtelijk aanvaardbaar acht in het gemengde stedelijke milieu van Amsterdam. In paragraaf 2.2 van de plantoelichting wordt nader beschreven, waarom de raad het uit ruimtelijk oogpunt wenselijk acht de vestiging van darkstores te reguleren. Daarbij gaat het onder meer om het beperken van verkeersoverlast en geluidsoverlast en de effecten van de ruimtelijke uitstraling van darkstores. In die toelichting staat ook dat is gebleken dat darkstores zich ook hebben gevestigd in smalle straten, waar weinig ruimte is voor het laden en lossen. Dit kan leiden tot onveilige verkeerssituaties. Daarnaast zijn ook darkstores dicht bij woningen gevestigd en treedt er veelvuldig geluidsoverlast op als gevolg van de bedrijfsvoering, waaronder inpandig geluid en (stem)geluid op straat. Daarbij worden de locaties intensief benut en hebben darkstores vaak ruime openingstijden, waardoor de geluidsoverlast over het algemeen vaak en lang optreedt. Verder acht de raad de vestiging van darkstores in winkel- en horecagebieden niet representatief en daarom niet wenselijk, gelet op de ruimtelijke uitstraling daarvan. Flink heeft niet betwist dat de vestiging van darkstores op bepaalde locaties in de stad onder meer verkeers- en geluidsoverlast kan veroorzaken. De Afdeling acht dit ook aanneemelijk. Gelet op het voorgaande heeft de raad naar het oordeel van de Afdeling voldoende gemotiveerd dat het gebruiksverbod strekt tot een goede ruimtelijke ordening. Het gebruiksverbod is daarmee geschikt in de zin van artikel 15, derde lid, aanhef en onder c, van de Dienstenrichtlijn.

Het betoog slaagt niet.

-Geen minder beperkende maatregelen?

13.4. In de hiervoor al genoemde tussen-uitspraak van 20 juni 2018 heeft de Afdeling uit de rechtspraak van het Hof afgeleid dat ook de toets of de maatregel niet verder gaat dan nodig is en of er geen andere, minder beperkende maatregelen beschikbaar zijn, moet gebeuren aan de hand van een analyse met specifieke gegevens. Zoals het Hof heeft overwogen in zijn arrest van 23 december 2015, EU:C:2015:845 (The Scotch Whisky Association en anderen), kan deze bewijslast echter niet zo zwaar zijn dat de bevoegde nationale autoriteiten, indien zij een nationale regeling tot invoering van een maatregel vaststellen, positief moeten aantonen dat het legitieme doel dat wordt nagestreefd, niet met andere denkbare maatregelen kan worden bereikt onder dezelfde omstandigheden.

13.5. Zoals al onder 13.1 is overwogen is het doel van de maatregel het reguleren van de vestiging van darkstores om een aangenaam woon- en leefklimaat en vestigingsklimaat te borgen. De raad heeft toegelicht dat door het opnemen van een algeheel gebruiksverbod vooraf een afweging kan plaatsvinden over de ruimtelijke aanvaardbaarheid van de vestiging van darkstores. De raad heeft in dat kader uiteengezet dat de door Flink genoemde maatregelen, zoals het beperken van de exploitatietijden of het stellen aan eisen aan het uiterlijk van de vestigingen weliswaar de invloed kunnen beperken, maar dat daarmee niet vooraf een ruimtelijke afweging kan plaatsvinden over de locaties waarop darkstores zich vestigen. In het parapluplan is naast het gebruiksverbod een binnenplanse afwijkmogelijkheid opgenomen, waardoor bij die afweging rekening kan worden gehouden met lokale omstandigheden en maatwerk geleverd kan worden. Omdat met de door Flink voorgestelde maatregelen niet hetzelfde resultaat kan worden bereikt als met het parapluplan zoals de raad dat heeft vastgesteld, heeft de raad naar het oordeel van de Afdeling voldoende gemotiveerd dat het doel niet met andere, minder beperkende maatregelen kan worden bereikt.

Het betoog slaagt niet.

Artikel 9 en 10 van de Dienstenrichtlijn

14. Flink betoogt dat de binnenplanse afwijkmogelijkheid die is opgenomen in artikel 2.4 van de planregels in strijd is met artikel 9, eerste lid van de Dienstenrichtlijn.

Flink betoogt verder dat dit artikel in strijd is met artikel 10, tweede lid, onder d, van de Dienstenrichtlijn. Volgens Flink zijn de daarin opgenomen criteria niet duidelijk en niet ondubbelzinnig. In artikel 2.4, onder c wordt verwezen naar de 'Beleidsregel Darkstores 2023'. Daarin staat -kortgezegd- dat een darkstore slechts in een aantal situaties en onder voorwaarden passend is in een gemengd gebied. Volgens Flink is niet duidelijk onder welke situaties en voorwaarden dat het geval is.

14.1. Artikel 2.4 van de planregels luidt: 'Het bevoegd gezag kan bij omgevingsvergunning afwijken van het verbod in artikel 2.2 voor de vestiging of uitbreiding van een darkstore indien dit niet leidt tot een onevenredige aantasting van:

- a) het woon- en leefklimaat;
- b) de gebruiksmogelijkheden van de openbare ruimte, en
- c) de gebruiksmogelijkheden van de aangrenzende gronden; waarbij de Beleidsregel darkstores 2023 in acht wordt genomen. Indien gedurende de planperiode de Beleidsregel darkstores 2023 wordt gewijzigd, wordt deze gewijzigde versie in acht genomen.'

14.2. Artikel 9, eerste lid, van de Dienstenrichtlijn, luidt:

'De lidstaten stellen de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit niet afhankelijk van een vergunningstelsel, tenzij aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- a. Het vergunningstelsel heeft geen discriminerende werking jegens de betrokken dienstverrichter;
- b. De behoefte aan een vergunningstelsel is gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang;
- c. Het nagestreefde doel kan niet door een minder beperkende maatregel worden bereikt, met name omdat een controle achteraf te laat zou komen om werkelijk doeltreffend te zijn.'

Artikel 10 van de Dienstenrichtlijn, voor zover van belang, luidt:

2. De in lid 1 bedoelde criteria zijn:

[...]

d. duidelijk en ondubbelzinnig; (...)

14.3. Daargelaten de vraag of artikel 2.4 van de planregels als vergunningstelsel als bedoeld in artikel 4, onder 6, van de Dienstenrichtlijn is aan te merken, ziet de Afdeling geen aanleiding voor het oordeel dat artikel 2.4 van de planregels in strijd is met artikelen 9 en 10 van de Dienstenrichtlijn.

Hiervoor heeft de Afdeling overwogen dat geen aanleiding bestaat voor het oordeel dat het gebruiksverbod in artikel 2.2, van de planregels in strijd is met artikel 15, derde lid van de Dienstenrichtlijn. Zoals tijdens de zitting is besproken, bestaat om die reden ook geen aanleiding voor het oordeel dat artikel 2.4 van de planregels in strijd is met artikel 9, eerste lid, van de Dienstenrichtlijn.

Over de stelling dat de voorwaarden die zijn opgenomen in artikel 2.4 niet duidelijk en niet ondubbelzinnig zijn overweegt de Afdeling het volgende. Artikel 10 van de Dienstenrichtlijn verzet zich in beginsel niet tegen vergunningscriteria bij de toepassing waarvan het bevoegd gezag beoordelingsruimte toekomt. Het college zal per geval moeten beoordelen of sprake is van een onevenredige aantasting van het woon- en leefklimaat, de gebruiksmogelijkheden van de openbare ruimte of de gebruiksmogelijkheden van de aangrenzende

gronden. Wel vereist artikel 10, tweede lid, van de Dienstenrichtlijn dat in zo'n geval vooraf duidelijk is wanneer aan die criteria wordt voldaan (zie punt 58 uit het arrest van het Hof van 8 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:288, Libert). Die specificatie kan zijn vastgelegd in de wettelijke regeling van het vergunningstelsel, maar dit kan ook plaatsvinden op bestuurlijk niveau, zoals in een beleidsregel of een ander beleidsstuk. De Afdeling verwijst als voorbeeld naar haar uitspraak van 1 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1560. In dit geval is de specificatie vastgelegd in de Beleidsregel darkstores 2023, waarin concretiserende regels zijn opgenomen. In de Beleidsregels darkstores 2023 is omschreven met welke criteria rekening wordt gehouden. Het gaat daarbij onder meer om milieuhinder, zoals geluid en licht, de verkeersaantrekkende werking, de verkeersveiligheid, het gebruik van de openbare ruimte, de parkeerdruk en de representativiteit. De voorwaarden zijn daarom voor een ieder duidelijk, dan wel kunnen dat zijn (vergelijk uitspraak van de Afdeling van 17 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2594).

Het betoog slaagt niet. (...)

Conclusie

16. Het beroep is ongegrond. (Enz., enz., Red.)

NOOT

1. Een van de meest moderne gemakken waar de mens van is voorzien, is het fenomeen flitsbezorging. Bij flitsbezorging worden producten vanuit opslagruimtes - zogenoemde darkstores - binnen zeer korte tijd aan consumenten geleverd. Om de belofte van snelle bezorging waar te maken, zijn de darkstores bij voorkeur dicht op de woonomgeving gevestigd. Dit leidt tot meldingen van overlast door de hoeveelheid fietsbewegingen, wachtende koeriers en de bevoorrading van deze stores. Zo eenvoudig en snel boodschappen met flitsbezorging thuis worden bezorgd, zo groot is dan ook de weerstand tegen de vestiging van de darkstores. Gemeenten voelen zich daarom genoodzaakt om tegen deze overlast op te treden. Dat doen zij in de eerste plaats door handhavend op te treden tegen bestaande darkstores wegens strijd met het bestemmingsplan.² In de tweede plaats wordt de vestiging van nieuwe darkstores in

het bestemmingsplan uitgesloten³, al dan niet voorafgegaan door een voorbereidingsbesluit.⁴

2. Zo ook in de gemeente Amsterdam, waar de gemeenteraad, in navolging van een voorbereidingsbesluit⁵, bij besluit van 10 mei 2023 het bestemmingsplan 'Paraplubestemmingsplan Darkstores' heeft vastgesteld. Dit bestemmingsplan voorziet in een verbod om gronden binnen een groot gedeelte van Amsterdam te gebruiken ten behoeve van darkstores.⁶ Wel is in het bestemmingsplan voor een beperkt aantal adressen een uitzondering op dit gebruiksverbod opgenomen en voorziet het bestemmingsplan in een binnenplanse afwijkmogelijkheid om de vestiging van een darkstore alsnog mogelijk te maken.

3. Flitsbezorger Flink B.V. (hierna: Flink) vreest voor gevolgen voor haar bedrijfsvoering. Zij voert aan dat het gebruiksverbod dat is opgenomen in art. 2.2 van de planregels⁷ in strijd is met het discriminatieverbod en het evenredigheidsbeginsel uit art. 15 lid 3 van de Dienstenrichtlijn (Drl). Ook voert Flink aan dat de binnenplanse afwijkmogelijkheid die is opgenomen in art. 2.4 van de planregels in strijd is met art. 9 lid 1 van de Drl en de daarin opgenomen criteria niet duidelijk en ondubbelzinnig zijn, waardoor ook sprake is van strijd met art. 10 lid 2 onder d van de Drl. Heelas voor Flink gaat de Afdeling hier niet in mee.

4. De uitspraak zelf bevat ten aanzien van de vermeende strijd met art. 15 van de Drl een opvallend uitgebreide bespreking van het discriminatieverbod (ro. 10-10.2) en een aantal interessante overwegingen over de evenredigheid (minder beperkende maatregelen) (ro. 13.1 en 13.4-13.5). Deze overwegingen zullen wij bespreken. De noodzakelijkheid blijft onbesproken, omdat tussen partijen niet in geschil is dat de eisen zijn gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang. Ook bespreken wij de vermeende strijd met art. 9 en 10 van de Drl (ro. 14) en biedt de uitspraak ruimte voor een doorkijkje naar de toepassing van de Drl op vergunningstelsels in omgevingsplannen.

3 Zie bijv. Gemeenteblad 5 juli 2023, nr. 285989 (Vlaardingen); Gemeenteblad 12 april 2023, nr. 186661 (Gouda); Gemeenteblad 15 maart 2023, nr. 106692 (Amersfoort); Gemeenteblad 27 juli 2023, nr. 325457 (Hilversum); Gemeenteblad 18 februari 2022, nr. 77342 (Utrecht); Gemeenteblad 4 februari 2022, nr. 51377 (Rotterdam); Gemeenteblad 27 januari 2022, nr. 38493 (Amsterdam).

4 Zie bijv. Gemeenteblad 27 januari 2022, nr. 38493 (Amsterdam); Gemeenteblad 7 februari 2023, nr. 52019 (Amstelveen); Gemeenteblad 17 februari 2022, nr. 74308 (Gouda).

5 Gemeenteblad 27 januari 2022, nr. 38493 (Amsterdam).

6 Een 'darkstore' is volgens de definitie in art. 1.3 van de planregels: 'een vorm van bedrijfsvoering die in hoofdzaak is gericht op de verkoop en bezorging binnen zeer korte termijn (flitsbezorging) van online aangeboden producten, overwegend dagelijkse goederen, vanuit een opslagruimte, al dan niet met uitstalling ten verkoop, al dan niet met een afhaaloket of afhaalbalie en die al dan niet toegankelijk is voor winkeland publiek'.

7 Art. 2.2 van de planregels luidt: 'voor alle in het plan betrokken gronden geldt dat deze niet mogen worden gebruikt als darkstore'.

2 Zie: Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 31 mei 2024, ECLI:NL:RBZWB:3532; Rb. Den Haag (vzr.) 6 april 2024, ECLI:NL:RBDHA:2022:3082; Rb. Amsterdam (vzr.) 2 augustus 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4974; Rb. Amsterdam (vzr.) 6 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5767; Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 15 september 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:5370; Rb. Amsterdam (vzr.) 20 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4159; Rb. Amsterdam (vzr.) 23 juni 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:3514; Rb. Amsterdam (vzr.) 26 april 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2255; Rb. Den Haag (vzr.) 25 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1471.

Artikel 15 lid 3 van de Dienstenrichtlijn*Discriminatieverbod*

5. Het discriminatieverbod uit art. 15 lid 3 onder a van de Drl wordt in procedures betrekkelijk weinig aangevoerd. In uitspraken in beroepsprocedures tegen besluiten tot vaststelling van een bestemmingsplan waar strijd met de Drl is bepleit en in dat kader de woorden 'discriminatie' of 'onderscheid' voorkomen, is (naast onderhavige uitspraak) vier keer aangevoerd dat het betreffende bestemmingsplan in strijd is met het discriminatieverbod. Dat wil zeggen: er is aangevoerd dat een planregel specifiek de toegang tot uitoefening van een dienstenactiviteit regelt, of daarop specifiek van toepassing is en dat deze direct of indirect onderscheid maakt naar nationaliteit of plaats van statutaire zetel (vgl. HvJEU 30 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:44, AB 2018/181, m.nt. A.G.A. Nijmeijer). In slechts één van deze vier gevallen slaagde dit betoog (ABRvS 1 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:419, TBR 2023/32, m.nt. H.J. de Vries).⁸ Wat opvalt is dat in geen van de andere drie gevallen zo uitgebreid door de Afdeling is ingegaan op de betogen als in onderhavige uitspraak (vgl. ABRvS 2 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2834, AB 2023/272, m.nt. A.G.A. Nijmeijer, TBR 2023/103, m.nt. H.J. de Vries; ABRvS 15 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1075, TBR 2020/83, m.nt. H.J. de Vries; ABRvS 11 oktober 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3780). Wij vermoeden dat dit komt doordat het betoog van Flink daadwerkelijk ziet op eventuele discriminatie van bepaalde dienstverleners en niet op discriminatie van potentiële klanten of gebruikers zoals in andere zaken werd aangevoerd.⁹

6. Flink betoogt namelijk dat de definitie van een darkstore zoals opgenomen in art. 1.3 van de planregels - 'een vorm van bedrijfsvoering die in hoofdzaak is gericht op de verkoop en bezorging binnen zeer korte termijn (flitsbezorging)' - tot gevolg heeft dat indirect onderscheid wordt gemaakt tussen gevestigde nationale retailers en internationale nieuwkomers op de retailmarkt. Dit indirecte onderscheid heeft te maken met de manier waarop de nationale retail zich organisch zou hebben ontwikkeld tot flitsbezorging. Uit de uitspraak kan niet worden opgemaakt wat Flink beoogde met dit betoog. In ro. 10 lijkt het erop dat Flink stelt dat internationale nieuwkomers bevoordeeld worden, omdat nationale retailers eerder 'in hoofdzaak' aan flitsbezorging doen. Uit ro. 10.2 lijkt echter te volgen dat Flink stelt dat juist nationale retailers bevoordeeld worden, omdat zij nog hun bestaande niet-flitsbezorgdiensten exploiteren naast de nieuwe flitsbezorgdiensten, waardoor zij minder snel 'in hoofdzaak' flitsbezorger zijn.

7. Hoe dat ook zij, de Afdeling volgt het betoog van Flink niet (ro. 10.2). Volgens de Afdeling reguleert het bestemmingsplan de mogelijkheden om darkstores te exploiteren en gebeurt dit op gelijke voet voor zowel nationale retailers als internationale nieuwkomers. De vraag of sprake is van een 'darkstore' als bedoeld in het onderhavige bestemmingsplan, wordt beantwoord aan de hand van, primair, de voorgenomen bedrijfsvoering op die locatie. Daarvoor is de verhouding tussen de flitsbezorgactiviteiten en de detailhandelsactiviteiten van belang. De raad heeft gemotiveerd hoe zij omgaat met de vraag wanneer een bedrijfsvoering 'in hoofdzaak' is gericht op flitsbezorging. Die motivering is redelijk concreet: er wordt gekeken naar omzetcijfers, uitstraling en inrichting, presentatie, aantal transacties en personeelsbestand. De Afdeling ziet in het door Flink aangevoerde geen aanknopingspunten om te oordelen dat hiermee internationale nieuwkomers anders worden behandeld dan gevestigde retailers. Dat is interessant, omdat Flink een duidelijk verband ziet tussen de kwalificatie als darkstore waarop het gebruiksverbod van toepassing is en de typische bedrijfsvoering van internationale nieuwkomers in de flitsbezorgmarkt, die zich onderscheidt van gevestigde nationale retailers.

8. Opvallend is dat uit de uitspraak niet blijkt wat het standpunt van de raad over het door Flink gestelde verband is. Bovendien is niet duidelijk waarom de Afdeling Flink hierin niet volgt. De enige manier waarop Flink haar discriminatiebetoog nog sterker had kunnen onderbouwen was door het overleggen van een (cijfermatige) analyse waaruit volgt dat de planregel indirect dienstverleners van andere nationaliteiten/met statutaire zetels in andere lidstaten benadeelt. Daarmee zou een onderbouwing van een beroep op indirecte discriminatie aansluiten op de eisen die de Afdeling en het Hof van Justitie van de Europese Unie stellen aan de motivering van de raad ten aanzien van de geschiktheid van de beperkende planregel. In dat kader vergen de Afdeling en het Hof namelijk van de raad dat hij de geschiktheid van een maatregel onderbouwt aan de hand van een analyse met specifieke gegevens en niet slechts verwijst naar algemene ervaringsregels zoals Flink in deze procedure lijkt te hebben gedaan ten aanzien van haar beroep op indirecte discriminatie (vgl. ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2062, AB 2018/246, m.nt. A.G.A. Nijmeijer, TBR 2018/125, m.nt. J.C. van Oosten; HvJEU 23 december 2015, ECLI:EU:C:2015:845). Voor een appellant is dit een zeer hoge drempel (o.a. vanwege de daarmee gepaard gaande kosten) en het is de vraag of dit in overeenstemming is met wat van een appellant kan worden verwacht in het kader van een bestuursrechtelijke procedure. Dit geldt temeer bij een procedure waarin een beroep wordt gedaan op de Drl op grond waarvan het de taak van de lidstaat is om te controleren en motiveren dat de eisen daarmee in overeenstemming zijn en dus niet de taak van een appellant (vgl. ABRvS 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:621; ABRvS 24 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:641).

⁸ In deze uitspraak oordeelde de Afdeling dat sprake is van indirecte discriminatie omdat in de plantoelichting is opgenomen dat de mogelijkheid om internationale werknemers te huisvesten op bepaalde gronden juridisch-planologisch wordt uitgesloten.

⁹ Vgl. ABRvS 2 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2834, AB 2023/272, m.nt. A.G.A. Nijmeijer; TBR 2023/103, m.nt. H.J. de Vries; ABRvS 15 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1075, TBR 2020/83, m.nt. H.J. de Vries.

Evenredigheid

9. In het kader van de evenredigheid stelt Flink onder meer dat het doel van het gebruiksverbod ook kan worden bereikt met minder beperkende maatregelen (ro. 11 en 13.4). De raad had volgens Flink namelijk ook de exploitatietijden van darkstores kunnen beperken en/of eisen kunnen stellen aan het uiterlijk van de vestigingen. Wij zien hier wel brood in, omdat deze voorgestelde, minder beperkende maatregelen (in ieder geval gedeeltelijk) de ruimtelijke bezwaren kunnen ondervangen die de raad aan het gebruiksverbod ten grondslag heeft gelegd. In de plantoelichting staat namelijk dat darkstores (1) zorgen voor verkeers- en geluidsoverlast door een grote verkeersaantrekkende en -genererende werking en door in pandig geluid en geluid op straat en (2) niet representatief en daarom onwenselijk zijn in een winkel- en horecagebied. Zeker in een hoogstedelijke omgeving is het niet ongebruikelijk dat de verkeers- en geluidsoverlast van bedrijfsactiviteiten genoegzaam beperkt worden geacht als de exploitatietijden van het bedrijf worden beperkt (zie bijv. ABRvS 16 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1934; ABRvS 29 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1832).

10. Het valt ons op dat de Afdeling dit betoog van Flink met betrekkelijk weinig woorden afdoet (ro. 13.5). Dit komt doordat Flink en de raad/de Afdeling een ander antwoord hebben op de vraag wat het 'doel' is dat met het gebruiksverbod wordt nagestreefd. Is het doel (1) het inlassen van een nader afwegingsmoment op grond waarvan een ruimtelijke afweging plaatsvindt over de locaties waar darkstores zich kunnen vestigen om te bezien of een concrete darkstore vestiging in overeenstemming is met de goede ruimtelijke ordening? Of is dit (2) het beperken van de ruimtelijke effecten van darkstores door te verzekeren dat sprake is van een goede ruimtelijke ordening binnen het plangebied? Volgens de Afdeling gaat het hier om het eerste. De Afdeling stelt namelijk aan de hand van een nadere toelichting van de raad vast dat het doel van het gebruiksverbod het reguleren van de vestiging van darkstores is om zo een aangenaam woon- en leefklimaat en vestigingsklimaat te borgen (ro. 13.1). In de plantoelichting zijn echter ook aanknopingspunten te vinden voor het tweede omschreven doel; zowel het beperken van de ruimtelijke effecten als het inlassen van een nader afwegingsmoment worden in de plantoelichting genoemd. De door Flink voorgestelde maatregelen bieden geen soelaas voor het hierboven genoemde eerste doel; het beperken van de exploitatietijden of het stellen van voorwaarden aan het uiterlijk van de darkstores zorgt niet voor een nader afwegingsmoment op grond waarvan een ruimtelijke afweging plaatsvindt. De voorgestelde maatregelen zouden echter in het kader van het voorkomen van onaantoonbare ruimtelijke overlast - zoals hiervoor al opgemerkt - wel mogelijkheden bieden om de bezwaren te ondervangen. Wij vragen ons dan ook af of de Afdeling zonder de nadere toelichting van de raad tot dezelfde conclusie ten aanzien van het doel van het gebruiksverbod zou zijn gekomen. En in het verlengde daarvan of het betoog van Flink dan niet had kunnen/moeten slagen (zeker zonder nadere motivering van de raad over waarom de voorgestelde minder beperkende maatregelen niet zouden werken) of in

ieder geval aanleiding had moeten zijn voor een nadere motivering van de raad op dit punt.

Artikelen 9 en 10 van de Dienstenrichtlijn

11. Flink betoogt dat de binnenplanse afwijkingsbevoegdheid uit art. 2.4 van de planregels een vergunningstelsel is als bedoeld in art. 4 lid 6 van de Drl¹⁰ en niet voldoet aan art. 9 lid 1 en 10 lid 2 onder d van de Drl (ro. 14). Dit onder meer omdat de beoordelingsregels bij de afwijkingsbevoegdheid niet duidelijk en ondubbelzinnig zouden zijn.

12. Omdat alleen wordt toegekomen aan de beoordeling of de afwijkingsbevoegdheid voldoet aan art. 9 en 10 van de Drl als de afwijkingsbevoegdheid kwalificeert als vergunningstelsel als bedoeld in art. 4 onder 6 van de Drl, had het voor de hand gelegen als de Afdeling met de beantwoording van deze vraag was begonnen. De Afdeling ontwijkt echter de toepassing van het begrip 'vergunningstelsel' in deze procedure en een oordeel blijft uit (ro. 14.3).¹¹

13. Al jaren geleden heeft de Afdeling geoordeeld dat een bestemmingsplan geen vergunningstelsel is als bedoeld in de Drl: een bestemmingsplan kan dienstverrichters namelijk wel de mogelijkheid bieden om dienstenactiviteiten uit te oefenen, maar zij biedt die mogelijkheid niet krachtens een formeel besluit dat is verkregen in het kader van stappen die de dienstverrichter had moeten nemen (ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75; AB 2016/173, m.nt. E. Steyger, TBR 2016/40, m.nt. H.J. de Vries; HvJEU 30 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:44, AB 2018/181, m.nt. A.G.A. Nijmeijer).¹² In die procedure ging het echter om de vraag of een planregel die gebruiksmogelijkheden ontnam kwalificeerde als 'vergunningstelsel' en niet over de vraag of een binnenplanse afwijkingsbevoegdheid als een vergunningstelsel kan worden aangemerkt. Deze laatste vraag is - voor zover wij weten - tot op dit moment nog niet door de Afdeling beantwoord.¹³ Niet in het kader van 'normale' bestemmingsplannen, maar ook niet in het kader van een bestemmingsplan met verbrede reikwijdte als bedoeld in art. 2.4 van de Crisis- en herstelwet en art. 7c van het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet.

¹⁰ Art. 4 lid 6 Drl luidt: "vergunningstelsel": elke procedure die voor een dienstverrichter of afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging van een formele of stilzwijgende beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit".

¹¹ Dit is overigens niet de eerste keer dat de Afdeling nadrukkelijk over deze vraag heen stapt. Zie: ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1028.

¹² A-G Szpunar noemt in zijn conclusie van 18 mei 2017 (ECLI:EU:C:2017:397) de volgende kenmerken van een vergunningstelsel: (1) de dienstverrichter moet bij een autoriteit een besluit aanvragen, (2) hij ontvangt een tot hem gericht besluit van concrete strekking en (3) dat besluit en het voldoen daaraan is een voorwaarde voor de dienstverrichter om met zijn activiteit te kunnen beginnen.

¹³ Voor de goede orde: er is wel veel rechtspraak over de vraag of een bestemmingsplan of een omgevingsvergunning *schaarse rechten* toebeden (zie voor een goed overzicht: A.G.A. Nijmeijer & C.J. Wolsink, 'De ordening van schaarse ruimte', NTB 2021/310) en over de vraag of brancheringsregels verboden of verdachte eisen zijn als bedoeld in art. 14 en 15 Drl.

14. Staatsraad advocaat-generaal Widdershoven heeft zich hier in het verleden wel over uitgelaten (ABRvS 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847).¹⁴ Hij betwijfelt of een omgevingsvergunning voor het afwijken van het bestemmingsplan geen vergunning is als bedoeld in de Drl, omdat: 1. bij verlening van een omgevingsvergunning voor het afwijken niet wordt beoordeeld of een dienstverrichter op een bepaalde plek een dienst kan exploiteren, maar of een bepaald gebruik van gronden op een bepaalde plek uit oogpunt van een goede ruimtelijke ordening aanvaardbaar is, waarbij niet van belang is wie dat gebruik zal uitoefenen;¹⁵ 2. de omgevingsvergunning geldt voor eenieder die het project waarvoor deze is verleend uitvoert¹⁶ en is dus niet persoonsgebonden, en; 3. de omgevingsvergunning ook door een ander dan de (aspirant-)dienstverrichter kan worden aangevraagd (zoals een eigenaar van de locatie).

15. Aan de hand van deze redenering had de Afdeling in het onderhavige geval ook kunnen oordelen dat de afwijkingsbevoegdheid niet kwalificeert als vergunningstelsel in zin van de Drl. Het object van normering bij de te verlenen afwijkingsomgevingsvergunning is namelijk de 'goede ruimtelijke ordening' en niet de activiteit waarvoor de vergunning verleend wordt (het mogen uitoefenen van een dienstenactiviteit op een bepaalde locatie).¹⁷

16. En dan terug naar de onderhavige uitspraak. De Afdeling oordeelt niet of de afwijkingsbevoegdheid kwalificeert als vergunningstelsel en redeneert één stap verder: nog daargelaten of sprake is van een vergunningstelsel, voldoet de afwijkingsbevoegdheid aan de voorwaarden uit de art. 9 en 10 van de Drl. In dit kader legt de Afdeling een verband met haar eerdere oordeel dat het gebruiksverbod niet in strijd is met art. 15 lid 3 van de Drl. Omdat het gebruiksverbod niet in strijd is met de Drl, is ook de afwijkingsbevoegdheid niet in strijd met de Drl. Blijkbaar is dit ook op de zitting besproken. Helaas is nagelaten om de op de zitting daarop losgelaten redenering ook in de uitspraak op te nemen. Volgens ons heeft de Afdeling in ieder geval niet eerder zo scherp het verband gelegd tussen art. 9 en 10 en art. 15 van de Drl.

Vergunningstelsel in omgevingsplannen?

17. Los van de vraag of de planregel in de onderhavige zaak als vergunningstelsel in de zin van de Drl kwalifi-

ceert, rees bij ons de vraag hoe dit zit onder de Omgevingswet (Ow): kan een vergunningplicht in een omgevingsplan kwalificeren als een vergunningstelsel als bedoeld in de Drl?¹⁸ Gelet op de verschillen tussen bestemmingsplannen en omgevingsplannen en de mogelijkheden die een omgevingsplan biedt voor het opnemen van een vergunningstelsel, zien wij aanknopingspunten om deze vraag bevestigend te beantwoorden. Hierbij achten wij met name de mogelijkheid om omgevingsvergunningen al in de planregels persoonsgebonden te maken en de verbrede reikwijdte van regels in het omgevingsplan relevant.

18. Met betrekking tot de persoonsgebondenheid geldt dat een omgevingsvergunning, net als onder de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo), geldt voor diegene die de activiteit waarop zij betrekking heeft uitvoert.¹⁹ In de praktijk betekent dit dat de omgevingsvergunning weliswaar aan de dienstverrichter-aanvrager wordt verstrekt en dat diens naam op het besluitdocument staat, maar ook voor diens opvolger geldt. Wij vragen ons af of dit betekent dat de vergunningplicht in het omgevingsplan geen vergunningstelsel meer kan zijn. Het feit dat de omgevingsvergunning na een overname geldt voor de nieuwe exploitant doet niet af aan de omstandigheid dat de vergunning oorspronkelijk is verleend aan en op verzoek van de oorspronkelijk dienstverrichter. Daar komt onder de Ow bij dat de gemeenteraad bij het vaststellen van vergunningplichten in omgevingsplannen een omgevingsvergunning persoonsgebonden kan maken.²⁰ Dit is ten opzichte van de Wabo nieuw en vinden wij een sterk argument om te stellen dat wordt voldaan aan het vereiste van persoonsgebondenheid.

19. Daarnaast geldt dat met de komst van de Ow de toets van 'een goede ruimtelijke ordening' - nu: 'een evenwichtige toedeling van functies aan locaties' - bij een omgevingsvergunning voor een (binnenplanse) omgevingsplanactiviteit is weggefallen.²¹ Bij de verlening van een dergelijke omgevingsvergunning wordt (slechts) getoetst aan

18 Vanzelfsprekend onderscheidt een omgevingsplan zich hierin niet van het bestemmingsplan met verbrede reikwijdte, maar de grondslag hiervoor (art. 7c lid 14 BuChw) is pas in werking getreden op 29 november 2018, na bovenstaand arrest en conclusies. Wij zijn bovendien niet bekend met uitspraken waarin de Afdeling wel in is gegaan op de vraag of een bestemmingsplan met verbrede reikwijdte dat bepaalt dat een omgevingsvergunning nodig is voor het verrichten van bepaalde (diensten)activiteiten kwalificeert als vergunningstelsel als bedoeld in de Drl.

19 Zie art. 5.37 lid 1 Ow en art. 2.25 Wabo.

20 Zie art. 5.37 lid 3 Ow en *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 62. Op grond van art. 2.25 lid 3 Wabo was een persoonsgebonden omgevingsvergunning ook al mogelijk voor inwerkingtreding van de Ow, namelijk in bij algemene maatregel van bestuur aangewezen gevallen. Dat verschilt van art. 5.37 lid 3 Ow, in die zin dat die bepaling het mogelijk maakt om in het vermeende vergunningstelsel zelf (het omgevingsplan) te bepalen dat de omgevingsvergunning persoonsgebonden is. Daarmee kan een dergelijke toepassing van art. 5.37 lid 3 Ow invloed hebben op de kwalificatie van de vergunningplicht als vergunningstelsel, waar art. 2.25 lid 3 Wabo de beslissing om de omgevingsvergunning persoonsgebonden te maken 'ad hoc' maakt. Overigens zijn wij alleen bekend met art. 5.18 Besluit omgevingsrecht als geval waar sprake is van een categorie van persoonsgebonden afwijkingsvergunning als bedoeld in art. 2.25 lid 3 Wabo.

21 Vgl. art. 2.12 lid 1 sub a onder 1 Wabo.

de beoordelingsregels die daarvoor zijn opgenomen in het omgevingsplan.²² Dit artikel vormt een limitatief-imperatief stelsel, waardoor er geen ruimte is voor een 'extra' toetsing aan de evenwichtige toedeling van functies aan locaties (Rb. Noord-Nederland (vzr.) 18 juli 2024, ECLI:NL:RBNNE:2024:2781).²³ Dit betekent dat de planregels in het omgevingsplan het enige toetsingskader vormen voor de omgevingsvergunning voor een (binnenplanse) omgevingsplanactiviteit. Regels in een omgevingsplan kunnen bovendien een bredere reikwijdte hebben en andere onderwerpen bestrijken dan regels uit het bestemmingsplan. De regels in een omgevingsplan zijn beperkt tot regels die gaan over de fysieke leefomgeving²⁴ en het omgevingsplan bevat voor het gehele grondgebied in ieder geval de regels die nodig zijn met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. De precieze betekenis hiervan is op dit moment nog niet in de rechtspraak uitgekristalliseerd. Zo zijn er verschillende manieren om te kijken naar art. 4.2 lid 1 van de Ow. Eén van die manieren is dat de regels in het omgevingsplan samen moeten verzekeren dat in het plangebied sprake is van een evenwichtige toedeling van functies aan locaties en dus niet dat elke regel individueel gericht moet zijn op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Een aanknopingspunt voor deze uitleg kan in de wetgeschiedenis worden gevonden, waarin staat: *'De mogelijkheid om in het omgevingsplan een vergunningsplicht in het leven te roepen voor activiteiten, is niet beperkt tot de regels die zijn gesteld met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties'*.²⁵ In de memorie van toelichting bij art. 4.2 lid 1 van de Ow staat verder dat de mogelijkheid om vergunningstel-

sels in het leven te roepen in omgevingsplannen ruimer van aard is dan de specifiek tot een evenwichtige toedeling van functies beperkte mogelijkheid om in strijd met het omgevingsplan (buitenplans) activiteiten toe te staan.²⁶ Op basis van deze uitleg van art. 4.2 lid 1 van de Ow sluiten wij niet uit dat een omgevingsplan een beoordelingsregel kan bevatten die de vraag of een dienstverrichter op een bepaalde plek een dienst kan exploiteren (mede) bepalend maakt voor de vraag of de omgevingsvergunning verleend kan worden.

20. Wij zijn benieuwd of dit voldoende zal zijn voor een nieuwe lijn in de rechtspraak. Wij kunnen ons voorstellen dat, als een nieuwe lijn al aan de orde zou zijn, dit wel beperkt wordt tot vrij specifieke gevallen zoals situaties waar (1) een vergunningsplicht voor specifiek een dienstactiviteit komt te gelden, (2) in de beoordelingsregels elementen zijn te vinden die maken dat de vraag of een dienstverrichter op een bepaalde plek een dienst kan exploiteren relevant is voor de vraag of de omgevingsvergunning verleend kan worden, (3) de omgevingsvergunning persoonsgebonden is gemaakt in de beoordelingsregels en (4) de omgevingsvergunning kan worden aangevraagd door de dienstverrichter. Zelfs in dat geval hebben wij overigens nog steeds onze bedenkingen. Het is wachten op een uitspraak van de Afdeling waarin zij wel een duidelijk oordeel geeft over de vraag of sprake is van een vergunningstelsel in de zin van art. 4 van de Drl.

D.C.E. de Haas en S.A. de Graaff

²² Zie art. 8.0a lid 1 Bkl. Een uitzondering geldt voor binnenplanse afwijkingsbevoegdheden die op grond van art. 22.280 van de bruidsschat (of een opvolgende soortgelijke bepaling) hebben te gelden als verbod om de activiteit zonder omgevingsvergunning te verrichten. Bij de beoordeling of omgevingsvergunningen voor deze (binnenplanse) omgevingsplanactiviteiten verleend worden, wordt op grond van art. 22.281 van de bruidsschat getoetst aan een 'evenwichtige toedeling van functies aan locaties' (ABRvS 13 november 2024, ECLI:NL:RVS:2024:4624, AB 2025/36, m.nt. A.G.A. Nijmeijer, TBR 2025/19, m.nt. M.W. Holtkamp). Over deze omgevingsvergunningen hebben wij het hier niet.

²³ Zie ook Stb. 2020, 400, p. 843. Overigens staat wat ons betreft vast dat onder een evenwichtige toedeling van functies aan locaties ook het al dan wel nog mogen uitoefenen van een dienst kan vallen. Om die reden heeft de regering in art. 5.1a Bkl een instructieregel opgenomen die borgt dat het omgevingsplan in overeenstemming is met art. 14 lid 5 Drl.

²⁴ Zie art. 2.4 Ow en art. 4.2 lid 1 Ow.

²⁵ Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 62. Zie daarnaast ook Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 58-60 en Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 139 en 463.

²⁶ Zie Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 63.

TBR 2025/143

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 13 augustus 2025, No. 202306747/1/R3, ECLI:NL:RVS:2025:3859 (Vergunningvrije bouw- en gebruiksmogelijkheden op grond van het omgevingsplan en de aspecten geluid, geur en trillingen: een liaison dangereuse)

(Mr. B.P.M. van Ravels)

Bijlage II Bor: art. 2, art. 3; Bruidsschat: art. 22.36; Bkl: art. 5.55, art. 5.79, art. 5.90

Omgevingswet. Omgevingsplan. Vergunningvrij bouwen en gebruiken. Vergunningvrije bijbehorende bouwwerken. Vergunningvrije mantelzorg. Instructieregels Besluit kwaliteit leefomgeving

Met noot A. Franken van Bloemendaal en H. Koolen, Red.

Inleiding

2. In het plan krijgen de twee bedrijfswoningen op de percelen Parallelweg-Noord 14 en 16 in Nieuwerkerk aan den IJssel elk een reguliere woonbestemming die een gebruik als burgerwoning mogelijk maakt. Onder het voorheen geldende bestemmingsplan 'Zuidplas West' waren de woningen als bedrijfswoning binnen de bestemming 'Agrarisch - Glastuinbouw' bestemd. [appellante] en anderen zijn gevestigd of wonend aan de [locatie] in Nieuwerkerk aan den IJssel en komen op tegen de wijziging van de bestemming, omdat zij vrezen voor een aantasting van hun bedrijfsvoering en een beperking van hun uitbreidingsmogelijkheden. (...)

Beperking bedrijfsvoering, woon- en leefklimaat

7. [appellante] en anderen betogen dat zij door het plan in hun bedrijfsvoering en uitbreidingsmogelijkheden worden beperkt, omdat bij de voorziene burgerwoningen geen aanvaardbaar woon- en leefklimaat kan worden gewaarborgd. De burgerwoningen liggen in de directe nabijheid van hun bedrijfsverzamelgebouw op de [locatie], waar dagelijks voertuigen af en aan rijden en tijdens de bedrijfsvoering veel geluid wordt geproduceerd. De raad heeft ten onrechte geen onderzoek gedaan naar de vraag of bij de burgerwoningen sprake is van een aanvaardbaar woon- en leefklimaat. Daarnaast stellen zij dat de raad de gevolgen van mogelijk strengere eisen, met name ten aanzien van geluidsnormen, voor hun bedrijfsvoering onvoldoende heeft meegewogen.

Zij voeren verder aan dat niet wordt voldaan aan de richtafstanden uit de publicatie 'Bedrijven en milieuzonering' van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten uit 2009 (hierna: de VNG-brochure). In het bedrijfsverzamelgebouw op de [locatie] zijn verschillende bedrijven uit milieucategorie 2 gevestigd, zodat een afstand van in ieder geval 30 m tot

de burgerwoningen moet worden aangehouden. De burgerwoningen liggen echter op kortere afstand. (...)

7.7. De Afdeling stelt vast dat de raad bij het beantwoorden van de vraag of aan de richtafstanden uit de VNG-brochure wordt voldaan, geen rekening heeft gehouden met de vergunningvrije bouw- en gebruiksmogelijkheden op de percelen Parallelweg-Noord 14 en 16. De mogelijkheid bestaat om op grond van art. 2 aanhef en onder 3 van bijlage II van het Besluit omgevingsrecht (Bor) onder bepaalde voorwaarden een bijbehorend bouwwerk te bouwen, zonder dat daarvoor een omgevingsvergunning voor activiteiten als bedoeld in art. 2.1 lid 1 onder a of c van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) is vereist. Deze bouwwerken kunnen dan op grond van art. 2 aanhef en onder 22 worden gebruikt voor de huisvesting in verband met mantelzorg. Dit betekent dat de uiterste situering van de gevel van een mantelzorgwoning, of uitbreidingen van de bestaande woningen, op zowel het perceel Parallelweg-Noord 14 als het perceel Parallelweg-Noord 16 direct grenzend aan het bedrijfsperceel kunnen worden gerealiseerd. Ten aanzien van beide percelen wordt daarom niet voldaan aan de richtafstand van 10 m. Daarmee is niet uitgesloten dat de bedrijfsvoering van [appellante] en anderen wordt beperkt.

De inwerkingtreding van de Ow en de daarbij behorende regelgeving maakt deze conclusie niet anders. Ook op grond van art. 22.36 aanhef en onder a van de regels van het omgevingsplan van de gemeente Zuidplas bestaat de mogelijkheid om onder voorwaarden vergunningvrij een bijbehorend bouwwerk in achtererfgebied te bouwen. Ook kan vergunningvrij een bestaand bouwwerk voor huisvesting in verband met mantelzorg worden gebruikt.

Omdat niet is onderzocht en niet draagkrachtig is gemotiveerd dat ter plaatse van de percelen Parallelweg-Noord 14 en 16 een aanvaardbaar woon- en leefklimaat kan worden gegarandeerd zonder dat [appellante] en anderen worden beperkt in hun bedrijfsvoering, is het plan vastgesteld in strijd met art. 3:2 en 3:46 van de Awb.

Het betoog slaagt.

Bestuurlijke lus

8. Met het oog op een spoedige beslechting van het geschil ziet de Afdeling aanleiding om op grond van art. 8:51d van de Awb de raad op te dragen om binnen 26 weken na verzending van deze tussenuitspraak, met in achtneming van wat hiervoor is overwogen, het onder 7.7 vastgestelde gebrek te herstellen.

De raad kan dit doen door alsnog toereikend te motiveren waarom het plan niet in strijd is met een goede ruimtelijke ordening, dan wel een gewijzigd

of een nieuw besluit te nemen. De raad moet de Afdeling en [appellante] en anderen de uitkomst mededelen en een eventueel gewijzigd of nieuw besluit zo spoedig mogelijk op de wettelijk voorgeschreven wijze bekendmaken en mededelen.

Terugkoppeling aan de wetgever

9. De Afdeling heeft onder 7.7 overwogen dat ook onder het stelsel van de Ow het niet wordt uitgesloten dat de bedrijfsvoering van [appellante] en anderen wordt beperkt door de mogelijkheid van het vergunningvrij bouwen van bijbehorende bouwwerken en het vergunningvrij gebruiken van bestaande bouwwerken voor huisvesting in verband met mantelzorg.

De Afdeling onderkent dat de wetgever er van uit gaat dat die beperking onder het stelsel van de Ow er niet meer is, voor zover het gaat om een vergunningvrij bouwwerk waarop geluid, geur en/of trillingen worden veroorzaakt door een op grond van het omgevingsplan of een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit toegelaten activiteit. Dit heeft de wetgever beoogd te regelen in de art. 5.55, 5.79 en 5.90 van het Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl).

De Afdeling leidt dit standpunt van de wetgever af uit de nota van toelichting bij het Bkl (Stb. 2018, 292, blz. 708). In de toelichting staat:

‘Bij het toelaten van een (wijziging van een) activiteit wordt alleen gekeken naar het geluid door die activiteit op geluidgevoelige gebouwen die toegelaten zijn op grond van een omgevingsplan of een omgevingsvergunning voor een afwijkactiviteit. (...). Ook betekent dit, dat een geluidgevoelig gebouw dat vergunningvrij gebouwd is, zoals een mantelzorgwoning, niet onder het toepassingsbereik van paragraaf 5.1.4.2 valt. Immers, deze geluidgevoelige gebouwen zijn niet toegelaten bij omgevingsplan of een omgevingsvergunning voor een afwijkactiviteit. Dit is een voortzetting van de regeling uit de Wet milieubeheer op grond waarvan de planologische status bepalend is voor de bescherming tegen geluid. Het feitelijke gebruik van een gebouw is daarbij niet van belang. Andersom geldt hetzelfde: bij het toelaten van een (wijziging van een) geluidgevoelig gebouw wordt alleen gekeken naar het geluid op dat gebouw door die activiteit die is toegelaten op grond van een omgevingsplan of een omgevingsvergunning voor een afwijkactiviteit.’

Op bladzijden 728 en 734 van de toelichting staan vergelijkbare passages over trillingen en geur.

Omdat volgens deze passages in de toelichting de instructieregels voor geluid, trillingen en geur niet zien op de bescherming van vergunningvrije bouwwerken, zou daaruit kunnen worden afgeleid dat het niet noodzakelijk is dat de raad alsnog toereikend motiveert waarom het bestemmingsplan niet in strijd is met een goede ruimtelijke ordening of dat het niet nodig is een gewijzigd of een nieuw besluit te nemen. Het bestemmingsplan ‘Verzamel-

plan Zuidplas 2023’ maakt immers deel uit van het tijdelijk deel van het omgevingsplan van de gemeente Zuidplas.

9.1. De Afdeling is van oordeel dat de art. 5.55, 5.79 en 5.90 van het Bkl niet regelen wat de wetgever heeft beoogd te regelen. De instructieregels over geluid zijn - kort gezegd - van toepassing op het toelaten van een activiteit, anders dan het wonen, die geluid veroorzaakt op een geluidgevoelig gebouw dat is toegelaten op grond van een omgevingsplan. De instructieregels zijn ook van toepassing op het toelaten van een geluidgevoelig gebouw waarop geluid wordt veroorzaakt door een toegelaten activiteit, anders dan het wonen. Voor trillingen en geur gelden soortgelijke instructieregels. In het vervolg van de overweging wordt vanwege de leesbaarheid alleen ingegaan op de instructieregels over ‘geluid’, maar voor de instructieregels over trillingen en geur geldt hetzelfde.

De mogelijkheid om vergunningvrij een bijbehorend bouwwerk te bouwen, in stand te houden en te gebruiken en het gebruiken van een bestaand bouwwerk voor huisvesting in verband met mantelzorg is geregeld in art. 22.36 van de bruidsschat. De bruidsschat maakt deel uit van het tijdelijke deel van het omgevingsplan, tenzij gemeenten dat artikel hebben verwijderd uit de bruidsschat en een andere regeling hebben opgenomen in het omgevingsplan. In de gemeente Zuidplas maakt art. 22.36 deel uit van het tijdelijk deel van het omgevingsplan, wat betekent dat - onder voorwaarden - het bouwen, in stand houden en gebruiken van een bijbehorend bouwwerk en het gebruiken van een bestaand bouwwerk voor huisvesting in verband met mantelzorg op grond van het omgevingsplan is toegelaten. Omdat in art. 22.36 van de regels van het omgevingsplan van de gemeente Zuidplas een vergunningvrij geluidgevoelig gebouw is toegelaten zijn de instructieregels, anders dan waarvan de wetgever uitgaat, nog steeds van toepassing.

Ook de wetgever heeft in het latere wetgevingsproces onderkend dat het omgevingsplan vergunningvrije bouwwerken toelaat. Dat volgt uit het overgangsrecht van hoofdstuk 12 van het Bkl. Daarin heeft de wetgever juist een bepaling opgenomen inhoudende dat toegelaten vergunningvrije bouwwerken worden uitgezonderd van de toepassing van instructieregels. In art. 12.8 van het Bkl is namelijk bepaald dat bij de toepassing van de instructieregels over geluid vanwege wegen, spoorwegen en industrieterreinen een geluidgevoelig gebouw niet in aanmerking wordt genomen als het gaat om een bijbehorend bouwwerk dat is toegelaten op grond van art. 22.36 aanhef en onder a, 1° of 2°, van het tijdelijk deel van het omgevingsplan of een bouwwerk waarin huisvesting in verband met mantelzorg is toegelaten op grond van art. 22.36 aanhef en onder c van het omgevingsplan. Hoofdstuk 12 van het Bkl is toegevoegd met het Aanvullingsbesluit geluid Ow.

Als de wetgever de voornoemde beperking wil

opheffen, dan ligt het voor de hand een soortgelijke bepaling op te nemen als staat in art. 12.8 van het Bkl. (...)

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

draagt de raad van de gemeente Zuidplas op:

- om binnen 26 weken na verzending van deze tussenuitspraak het onder 7.7 omschreven gebrek in het besluit van de gemeente Zuidplas van 5 september 2023 tot vaststelling van het bestemmingsplan 'Verzamelplan Zuidplas 2023' te herstellen, dan wel een gewijzigd of nieuw besluit te nemen (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

Samenvatting uitspraak

1. De raad van de gemeente Zuidplas (hierna: de raad) heeft op 5 september 2023 het bestemmingsplan 'Verzamelplan Zuidplas 2023' (hierna: het bestemmingsplan) vastgesteld. In het bestemmingsplan hebben twee bedrijfswoningen een reguliere woonbestemming gekregen die het gebruik als burgerwoning mogelijk maakt.

2. Enkele appellanten stellen beroep in tegen het vaststellingsbesluit, omdat zij vrezen voor de aantasting van hun bedrijfsvoering en een beperking van hun uitbreidingsmogelijkheden. Volgens de appellanten is er bij de voorziene burgerwoningen geen aanvaardbaar woon- en leefklimaat geborgd, omdat de burgerwoningen vlak bij hun bedrijf liggen, waar dagelijks voertuigen af en aan rijden en tijdens de bedrijfsvoering veel geluid wordt geproduceerd.

3. Omdat het ontwerp van het bestemmingsplan voortgaand aan 1 januari 2024 in ontwerp ter inzage is gelegd, is op grond van art. 4.6 lid 3 van de Invoeringswet Omgevingswet op het beroep het oude recht van toepassing tot het bestemmingsplan onherroepelijk is.

4. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) stelt vast dat uit de plan-toelichting blijkt dat de raad bij het maken van de ruimtelijke afweging omtrent het woon-, leef- en bedrijfsklimaat aansluiting heeft willen zoeken bij de VNG-brochure. Het is vaste rechtspraak dat als aan de daarin opgenomen richtafstanden wordt voldaan, er in beginsel van uit kan worden gegaan dat sprake is van een aanvaardbaar woon- en leefklimaat.

5. Vervolgens oordeelt de Afdeling dat de raad bij het beantwoorden van de vraag of aan de richtafstanden uit de VNG-brochure wordt voldaan ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de vergunningvrije bouw- en gebruiksmogelijkheden op de nieuwe woonpercelen, zoals bijbehorende bouwwerken en mantelzorgwoningen. Uitgaande van die vergunningvrije bouw- en gebruiksmogelijkheden wordt niet aan de toepasselijke richtafstanden uit de VNG-brochure voldaan en is niet uitgesloten dat de bedrijfsvoering van appellanten wordt beperkt.

6. De Afdeling oordeelt dat (de inwerkingtreding van) de Omgevingswet deze conclusie niet anders maakt. Immers, ook op grond van het omgevingsplan van de gemeente Zuidplas (in dit geval art. 22.36 aanhef en onder a van de planregels) is het mogelijk om onder voorwaarden vergunningvrij een bijbehorend bouwwerk in het achtererfgebied te bouwen of vergunningvrij een bestaand bouwwerk voor huisvesting in verband met mantelzorg te gebruiken.

7. Omdat niet is onderzocht en niet draagkrachtig is gemotiveerd dat ter plaatse van de nieuw bestemde burgerwoningen een aanvaardbaar woon- en leefklimaat kan worden gegarandeerd zonder dat appellanten worden beperkt in hun bedrijfsvoering, is het bestemmingsplan vastgesteld in strijd met art. 3:2 en 3:46 Awb en past de Afdeling een zogenoemde 'bestuurlijke lus' (ex art. 8:51d Awb) toe. De raad wordt opgedragen om binnen 26 weken het geconstateerde gebrek te herstellen door alsnog toereikend te motiveren waarom het plan niet in strijd is met een goede ruimtelijke ordening, dan wel een gewijzigd of een nieuw besluit te nemen.

8. Na het inhoudelijke oordeel van de Afdeling, heeft zij - ten overvloede - een terugkoppeling aan de wetgever in de uitspraak opgenomen (zie ro. 9 e.v.).

9. In deze terugkoppeling verwijst zij naar haar inhoudelijke oordeel dat ook onder het stelsel van de Omgevingswet niet wordt uitgesloten dat de bedrijfsvoering van appellanten wordt beperkt door de vergunningvrij bouw- en gebruiksmogelijkheden die op grond van het omgevingsplan bestaan.

10. De Afdeling onderkent daarbij dat de wetgever ervan uitgaat dat bovenstaande beperking (lees: de beperking van de bedrijfsvoering door de vergunningvrije bouw- en gebruiksmogelijkheden bij het toelaten van - een wijziging van - een activiteit) onder het stelsel van de Omgevingswet niet langer aanwezig is, voor zover het gaat om een vergunningvrij bouwwerk waarop geluid, geur en/of trillingen worden veroorzaakt door een op grond van het omgevingsplan of een buitenplanse omgevingsplanactiviteit toegelaten activiteit. Dit heeft de wetgever beoogd te regelen in het Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl, zie art. 5.55, 5.79 en 5.90 Bkl). De Afdeling leidt dit standpunt van de wetgever af uit de nota van toelichting bij het Bkl, waarin het volgende staat: 'Bij het toelaten van een (wijziging van een) activiteit wordt alleen gekeken naar het geluid door die activiteit op geluidgevoelige gebouwen die toegelaten zijn op grond van een omgevingsplan of een omgevingsvergunning voor een afwijkactiviteit. (...) Ook betekent dit, dat een geluidgevoelig gebouw dat vergunningvrij gebouwd is, zoals een mantelzorgwoning, niet onder het toepassingsbereik van paragraaf 5.1.4.2 [de instructieregels voor geluid, toevoeging auteurs] valt. Immers, deze geluidgevoelige gebouwen zijn niet toegelaten bij omgevingsplan of een omgevingsvergunning voor een afwijkactiviteit. Dit is een voortzetting van de regeling uit de Wet milieubeheer op grond waarvan de planologische status bepalend is voor de bescherming tegen geluid. Het feitelijke gebruik van een gebouw is daarbij niet van belang.'

Andersom geldt hetzelfde: bij het toelaten van een (wijziging van een) geluidgevoelig gebouw wordt alleen gekeken naar het geluid op dat gebouw door die activiteit die is toegelaten op grond van een omgevingsplan of een omgevingsvergunning voor een afwijktiviteit.¹

11. Nu bovenstaande passages erop duiden dat de instructieregels voor geluid, trillingen en geur niet zien op de bescherming van vergunningvrije bouwwerken, zou daar volgens de Afdeling uit kunnen worden afgeleid dat het niet noodzakelijk is dat de raad alsnog toereikend motiveert waarom het bestemmingsplan niet in strijd is met een goede ruimtelijke ordening of dat het niet nodig is een gewijzigd of een nieuw besluit te nemen. Het bestemmingsplan maakt immers deel uit van het tijdelijk deel van het omgevingsplan.

12. De Afdeling is echter van oordeel dat art. 5.55 (geluid), 5.79 (trillingen) en 5.90 (geur) van het Bkl niet regelen wat de wetgever heeft beoogd te regelen. Zij licht dit als volgt toe.

13. De instructieregels over geluid, trillingen en geur zijn - kort gezegd - van toepassing op het toelaten van: (i) een activiteit, anders dan het wonen, die geluid (of trillingen en/of geur) veroorzaakt op een geluid(-, geur- en/of trilling)gevoelig gebouw, of (ii) een geluid(-, geur- en/of trilling)gevoelig gebouw waarop geluid (of trillingen en/of geur) wordt veroorzaakt door een activiteit, anders dan het wonen, die op een locatie is toegelaten, dat is toegelaten op grond van een omgevingsplan of een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit (hierna: BOPA-omgevingsvergunning).

14. Vervolgens constateert de Afdeling dat de mogelijkheid om vergunningvrij (i) een bijbehorend bouwwerk te bouwen, in stand te houden en te gebruiken en (ii) een bestaand bouwwerk te gebruiken voor huisvesting in verband met mantelzorg is geregeld in art. 22.36 van de bruidsschat. De bruidsschat maakt deel uit van het tijdelijke deel van het omgevingsplan, tenzij gemeenten dat artikel hebben verwijderd uit de bruidsschat en een andere regeling hebben opgenomen in het omgevingsplan. In de gemeente Zuidplas maakt art. 22.36 deel uit van het tijdelijk deel van het omgevingsplan (de gemeente heeft dit artikel niet uit de bruidsschat verwijderd). Dit betekent dat - onder voorwaarden - het bouwen, in stand houden en gebruiken van een bijbehorend bouwwerk en het gebruiken van een bestaand bouwwerk voor huisvesting in verband met mantelzorg op grond van het omgevingsplan is toegelaten. Omdat in art. 22.36 van het omgevingsplan een vergunningvrij geluidgevoelig gebouw is toegelaten, zijn de instructieregels uit het Bkl omtrent geluid, trillingen en geur, anders dan waarvan de wetgever uitgaat, nog steeds van toepassing, aldus de Afdeling.

15. Tot slot stelt de Afdeling vast dat ook de wetgever in het latere wetgevingsproces heeft onderkend dat de bruidsschat (lees: het tijdelijk deel van het omgevingsplan) vergunningvrije bouwwerken toelaat. Dat volgt uit het overgangsrecht van hoofdstuk 12 van het Bkl. Daarin heeft de wetgever juist een bepaling opgenomen inhoudende dat toegelaten vergunningvrije bouwwerken worden uitgezonderd van de toepassing van instructieregels. In art. 12.8 van het Bkl is namelijk bepaald dat bij de toepassing van de instructieregels over geluid door wegen, spoorwegen en industrieterreinen een geluidgevoelig gebouw niet in aanmerking wordt genomen als het gaat om een bijbehorend bouwwerk dat is toegelaten op grond van art. 22.36 aanhef en onder a onder 1° of 2° van het tijdelijk deel van het omgevingsplan of een bouwwerk waarin huisvesting in verband met mantelzorg is toegelaten op grond van art. 22.36 aanhef en onder c van het omgevingsplan.

16. Als de wetgever voornoemde beperking wil opheffen, dan ligt het volgens de Afdeling voor de hand een soortgelijke bepaling op te nemen als staat in art. 12.8 van het Bkl.

Analyse uitspraak

Doorkijk naar de Omgevingswet

17. Als gezegd geeft de Afdeling in deze uitspraak, waar op het oude recht van toepassing is, een doorkijk naar de gevolgen van de vergunningvrije bouw- en gebruiksmogelijkheden onder de Omgevingswet voor de bedrijfsvoering van appellanten. Dit komt omdat bestemmingsplannen die na 1 januari 2024 zijn vastgesteld en in werking getreden tezamen met de bruidsschat (met regels over vergunningvrij bouwen en gebruiken) onderdeel uitmaken van het gemeentelijk omgevingsplan (waarop de Omgevingswet van toepassing is). Zie hiervoor bijvoorbeeld de uitspraak van de Afdeling van 27 maart 2024 (ECLI:NL:RVS:2024:1174, ro. 19): 'Een bestemmingsplan dat in werking is getreden, maakt per 1 januari 2024 deel uit van het omgevingsplan. Als het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan niet door de voorzieningenrechter van de Afdeling is geschorst naar aanleiding van een binnen de beroepstermijn ingediend verzoek om voorlopige voorziening, dan betekent dat dat het bestemmingsplan in werking is getreden. Alleen schorsing van het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan kan ervoor zorgen dat een plan niet in werking treedt. Doordat het bestemmingsplan in werking is getreden, geldt dat plan vanaf 1 januari 2024 als deel van het omgevingsplan. Dat volgt uit art. 4.6 lid 1 van de Iw Ow. Dit artikel vereist niet dat alleen onherroepelijke plannen deel uitmaken van het tijdelijk deel van het omgevingsplan. Steun voor deze opvatting vindt de Afdeling in de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling (Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 3, blz. 460). Daarin staat: 'Als geen voorlopige voorziening wordt aangevraagd of toegewezen zal een bestemmingsplan dat op het moment van in werking treden van de Omgevingswet nog niet is vastgesteld, maar waarvan al wel het ontwerp ter inzage ligt of heeft gelegen, na vaststelling, bekendmaking en het verstrijken van de beroepstermijn in zijn geheel deel gaan uitmaken van het

¹ Stb. 2018, 292, p. 708 (inzake geluid, op p. 728 en 734 staan vergelijkbare passages over trillingen en geur).

omgevingsplan, ook als tegen (onderdelen van) dat plan beroep is ingesteld. Alleen voor de behandeling van het beroep (inclusief een eventuele toepassing van de bestuurlijke lus) blijft het oude recht van toepassing*.

18. Ook in rechtsoverweging 9 van onderhavige uitspraak is opgenomen dat het voorliggende bestemmingsplan 'Verzamelpas Zuidplas 2023' deel uitmaakt van het tijdelijk deel van het omgevingsplan. Gelet hierop zijn de regels van de Omgevingswet en in het bijzonder de instructieregels uit het Bkl van belang bij de beoordeling van het voorliggende bestemmingsplan.

Gevolgen van de onderhavige uitspraak

19. Onderhavige uitspraak is wat ons betreft interessant om te annoteren, omdat de in het Bkl opgenomen instructieregels voor geluid (art. 5.55 Bkl), trillingen (art. 5.79 Bkl) en geur (art. 5.90 Bkl) zowel van toepassing zijn op omgevingsplannen als BOPA-omgevingsvergunningen.

20. De uitspraak heeft dus direct invloed op alle lopende (nog niet onherroepelijke) en toekomstige projecten waarbij het omgevingsplan wordt gewijzigd of middels een BOPA-omgevingsvergunning van het omgevingsplan wordt afgeweken en die zien op het toelaten van: (i) een activiteit, anders dan het wonen, die geluid, trillingen en/of geur veroorzaakt op een gevoelig gebouw (bijvoorbeeld een nieuwe fabriek nabij bestaande woningen), of (ii) een gevoelig gebouw waarop geluid, trillingen en/of geur wordt veroorzaakt door een activiteit, anders dan het wonen, die op een locatie is toegelaten (bijvoorbeeld nieuwe woningen nabij een bestaande fabriek).

21. Bij al deze projecten zal in ieder geval wat betreft de aspecten geluid en geur² rekening moeten worden gehouden met de vergunningvrije bouw- en gebruiksmogelijkheden die op grond van het toepasselijke omgevingsplan bestaan, tot de *nationale* wetgeving (lees: het Bkl) is gewijzigd of de *lokale* wetgeving is aangepast in de zin dat het tijdelijk deel van het omgevingsplan naar een definitief omgevingsplan is omgezet (met mogelijk lokale regels over vergunningvrije gebouwen).

² Art. 3.21 lid 1 onder a Bkl bepaalt dat een geluidgevoelig gebouw een (gedeelte van een) gebouw is met een woonfunctie en nevengebruiksfuncties daarvan. Vervolgens bepaalt art. 3.21 lid 3 Bkl dat daaronder ook wordt verstaan een geluidgevoelig gebouw dat nog niet aanwezig is, maar op grond van het omgevingsplan mag worden gebouwd. Een bijbehorend bouwwerk dat op grond van het omgevingsplan (bruidsschat) mag worden gebouwd, kwalificeert dus als een geluidgevoelig gebouw als bedoeld in het Bkl. Art. 5.91 Bkl bevat een vergelijkbare definitie voor geurgevoelige gebouwen. Een vergelijkbare bepaling voor trillinggevoelige gebouwen hebben wij in de huidige versie van het Bkl (geldend van 20 september 2025) niet aangetroffen, zodat bij de toetsing aan dat milieuaspect uitluitend rekening hoeft te worden gehouden met gerealiseerde (bestaande) trillinggevoelige gebouwen.

Voorgenomen aanpassing door de wetgever

22. De Afdeling heeft in onderhavige uitspraak overwogen dat voornoemde beperking zou kunnen worden opgeheven door in het Bkl een soortgelijke bepaling op te nemen als staat in art. 12.8 Bkl.

23. De vraag ligt voor of de wetgever inmiddels aan deze oproep van de Afdeling heeft voldaan. Wij denken van niet, althans niet volledig (in ieder geval niet voor de instructieregels uit het Bkl inzake de aspecten geluid en geur).

24. In dat kader is relevant dat vanaf 17 april 2025 tot en met 1 mei 2025 het Besluit versterking regie volkshuisvesting ter consultatie is voorgelegd.³ Dit besluit voorziet onder meer in een wijziging van het Besluit bouwen werken leefomgeving (Bbl), waardoor het bouwen en gebruiken van mantelzorgwoningen landelijk vergunningvrij zal worden (middels toevoeging van par. 2.3.4 'vergunningvrije gevallen omgevingsplanactiviteiten met betrekking tot huisvesting').⁴ Dit betekent dat mantelzorgwoningen niet langer op grond van de bruidsschat vergunningvrij hoeven te worden gebouwd c.q. gebruikt, omdat dit dan op landelijk niveau (via het Bbl) mogelijk is.

25. Echter, de instructieregels uit art. 5.55 (geluid) en 5.90 (geur) Bkl zijn na de voorgenomen wijziging van het Bbl nog steeds van toepassing op een geluid- of geurgevoelig gebouw dat is toegelaten op grond van een omgevingsplan. Hierbij is van belang dat op grond van de regels van de bruidsschat (zolang het omgevingsplan door de gemeente nog niet is omgezet naar een definitief omgevingsplan) ook andere vergunningvrije geluid- en geurgevoelige gebouwen dan mantelzorgwoningen kunnen worden opgericht c.q. gebruikt.

26. Zo voorziet art. 22.36 van de bruidsschat bijvoorbeeld in het vergunningvrij realiseren van bijbehorende bouwwerken (zoals een serre, werkplaats, atelier, bijkeuken, hobbyruimte of, afhankelijk van de regels van het omgevingsplan, kantoor aan huis) binnen en buiten de

³ Te raadplegen via: <www.internetconsultatie.nl/besluitregievolkshuisvesting2/b1>.

⁴ Tevens is op 1 oktober 2025 de Vangnetregeling Omgevingswet gewijzigd in werking getreden (Stcrt. 2025, nr. 32257). In de toelichting op deze regeling wordt naar onderhavige uitspraak verwezen. Omdat de wijziging van de Vangnetregeling echter ziet op een wijziging van de bruidsschat, en niet op een wijziging van de instructieregels in het Bkl, laten we deze regeling verder buiten beschouwing. De Afdeling heeft immers voorgesteld het Bkl aan te passen en met de wijziging van de bruidsschat wordt het door de Afdeling gesignaleerde probleem niet opgelost. Dit komt omdat de instructieregels uit het Bkl nog steeds onverkort van toepassing zijn op ingevolge het omgevingsplan te realiseren vergunningvrije gebouwen.

4-meter grens gemeten vanaf de achtergevel van het oorspronkelijk hoofdgebouw. Ook deze bijbehorende bouwwerken kunnen onder omstandigheden worden aangemerkt als geluid- en geurgevoelige gebouwen als bedoeld in art. 5.55 en 5.90 Bkl.⁵ Gelet hierop moet bij een wijziging van het omgevingsplan en bij verlening van een BOPA-omgevingsvergunning met deze potentiële vergunningvrije bijbehorende bouwwerken rekening worden gehouden.

27. De wetgever heeft blijkens de nota van toelichting bij het Bkl echter beoogd om (potentiële) vergunning-

vrije gevoelige gebouwen niet te betrekken in de toets aan de aspecten geluid, geur en/of trillingen. Daarmee heeft de wetgever niet alleen de vergunningvrije gevoelige gebouwen op grond van de landelijke lijst (zie art. 2.29 Bbl) op het oog, maar ook de op grond van het tijdelijk deel van het omgevingsplan - lees: bruidsschat - toegestane vergunningvrije gevoelige gebouwen. Met de voorgenenomene wijziging van het Bbl is de door de Afdeling gesignaleerde beperking dus nog niet geheel opgeheven. Wij zijn zeer benieuwd naar het vervolg op dit punt.

A. Franken van Bloemendaal en H. Koolen

⁵ Een geluid-, geur- respectievelijk trillinggevoelig gebouw is '(een gedeelte van) een gebouw met een woonfunctie en nevengebruiksfuncties daarvan' (zie art. 3.21, 5.80 en 5.91 Bkl). Onder een 'nevengebruiksfunctie' wordt verstaan een gebruiksfunctie die ten dienste staat van een andere gebruiksfunctie (zie bijlage I bij art. 1.1 Bkl en bijlage I bij art. 1.1 Bbl). In de nota van toelichting bij het Bkl is opgenomen dat voor nevengebruiksfuncties van een woonfunctie kan gedacht worden aan een garage of kantoor aan huis (Stb. 2018, 292, p. 707). Of sprake is van een nevengebruiksfunctie is afhankelijk van het geval, maar het is niet uitgesloten dat vergunningvrij een bijbehorend bouwwerk op een terrein wordt gerealiseerd ten behoeve van een werkplaats, atelier, bijkeuken, hobbyruimte of - afhankelijk van de regels van het omgevingsplan - kantoor aan huis. Een nevengebruiksfunctie kan in hetzelfde gebouw liggen, maar dat is geen noodzakelijke voorwaarde (zie: <iplo.nl/thema/bouw/gebruiksfuncties-bouwwerken/nevengebruiksfuncties-bouwwerk/>). Ook uit de nota van toelichting bij het Bbl blijkt dat een buitenberging bij een woning als een nevengebruiksfunctie kan kwalificeren (Stb. 2018, 291, p. 518). Gelet hierop kan dus ook bij een los van het hoofdgebouw gerealiseerd vergunningvrij bijbehorend bouwwerk sprake zijn van een nevengebruiksfunctie behorende bij de woonfunctie, waarop de relevante instructieregels uit het Bkl van toepassing zijn.

Licentie verstrekt aan:
wijnstael@li.nl
Wijn en Stael Advocaten
IBR publicatie - 8-12-2025

Jurisprudentie – II. Wabo c.a.

TBR 2025/144

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 5 februari 2025, No. 202205172/1/R3, ECLI:NL:RVS:2025:412 (Strijd met Didam-regels geen gevolgen voor omgevingsvergunning)

(Mr. J.H. van Breda)

Wabo: art. 2.1 lid 1, art. 2.10 lid 1; Awb: art. 2:4

Didam-arrest. Omgevingsvergunning. Gelijkheidsbeginsel. Beginsel van gelijke kansen. Schaarre rechten

Met noot J. Wieland, Red.

Inleiding

2. [vergunninghouder] heeft op het perceel [locatie 1] in Workum een bedrijfspand ten behoeve van een dierenartsenpraktijk gebouwd. Het realiseren van een dierenartsenpraktijk is in strijd met het bestemmingsplan 'Workum Bedrijventerrein Horsa en Burevaart', dat aan de gronden van het perceel de bestemming 'Bedrijfsdoeleinden' met de klasseaanduiding 'I' en de functieaanduiding 'uitsluitend watersportgebonden bedrijven toegestaan' toekent. Het college heeft echter gebruik gemaakt van een binnenplanse afwijkingsbevoegdheid en de omgevingsvergunning verleend. [appellante], eigenaar van twee bedrijfverzamergebouwen op [locatie 2] en [locatie 3], kan zich niet verenigen met het besluit om de omgevingsvergunning te verlenen en heeft daarom beroep ingesteld tegen dit besluit. Daarnaast heeft [appellante] een verzoek tot handhaving ingediend omdat de bouw van de dierenartsenpraktijk volgens haar gestopt moest worden. Het college heeft besloten om dit verzoek af te wijzen. Ook tegen dit besluit heeft [appellante] beroep ingesteld.

De rechtbank heeft beide beroepen ongegrond verklaard. [appellante] kan zich hier niet mee verenigen en heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank. (...)

Strijd met het Didam-arrest

10. [appellante] betoogt dat de gemeente bij de verkoop van het perceel [locatie 1] in strijd met het Didam-arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, heeft gehandeld. Hiertoe voert [appellante] aan dat de gemeente [vergunninghouder] bevoordeeld heeft, omdat [vergunninghouder] het perceel van de gemeente gekocht heeft, zonder dat gemeente andere potentiële kopers, zoals [appellante], hiertoe de mogelijkheid heeft geboden. Volgens [appellante] is dit in strijd met het gelijkheidsbeginsel, het fair

play-beginsel en het verbod op vooringenomenheid van artikel 2:4 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb).

10.1. In het arrest van 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, heeft de Hoge Raad overwogen dat uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeit dat 'een overheidslichaam dat het voornemen heeft een aan hem toebehorende onroerende zaak te verkopen, ruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar deze onroerende zaak indien er meerdere gegadigden zijn voor de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak of redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn. In dat geval zal het overheidslichaam met inachtneming van de hem toekomende beleidsruimte criteria moeten opstellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd. Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn. Het gelijkheidsbeginsel brengt ook mee dat het overheidslichaam, teneinde de gelijke kansen te realiseren, een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria. Het overheidslichaam moet hierover tijdig voorafgaand aan de selectieprocedure duidelijkheid scheppen door informatie over deze aspecten bekend te maken op zodanige wijze dat (potentiële) gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.'

10.2. De Afdeling stelt voorop dat de verkoop van het perceel door de gemeente in deze procedure bij de bestuursrechter niet ter beoordeling staat. Eventuele gebreken in de wijze van verkoop, of in de criteria die bij verkoop van het perceel worden gehanteerd, leiden in dit geval niet tot het oordeel dat het college in strijd met het gelijkheidsbeginsel heeft gehandeld door de omgevingsvergunning voor de dierenartsenpraktijk te verlenen. Daartoe overweegt de Afdeling dat een omgevingsvergunning een zaaksgebonden karakter heeft en daarmee overdraagbaar is. Hierdoor hoeft degene die het vergunde plan uiteindelijk uitvoert niet degene te zijn aan wie het college de omgevingsvergunning oorspronkelijk heeft verleend.

Bovendien is de enkele omstandigheid dat de gemeente als grondeigenaar een optie tot koop aan [vergunninghouder] heeft aangeboden naar het oordeel van de Afdeling onvoldoende voor de conclusie dat het college bij de verlening van de omgevingsvergunning in strijd met het fair play-beginsel of het verbod op vooringenomenheid van artikel 2:4 van de Awb heeft gehandeld.

Het betoog slaagt niet. (...)

Conclusie

13. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak moet worden bevestigd. (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

1. Deze uitspraak is interessant omdat de Afdeling daar in duidelijk maakt dat een eventuele schending van het gelijkheidsbeginsel (het beginsel van gelijke kansen uit het Didam-arrest) bij de verkoop van grond - in beginsel - geen invloed heeft op de rechtmatigheid van een verleende omgevingsvergunning voor bouwen op diezelfde grond. Als het beginsel van gelijke kansen wordt geschonden bij de verkoop van grond, dan moet dat bij de civiele rechter aan de orde worden gesteld en kan dat niet aan de orde komen in een procedure bij de bestuursrechter over de omgevingsvergunning.

2. De zaak gaat over de verlening van een omgevingsvergunning voor het bouwen van een bedrijfspand ten behoeve van een dierenartsenpraktijk. Vergunninghouder had daartoe eerst een perceel grond in Workum gekocht van de gemeente Súdwest-Fryslân. Na verlening van de vergunning is vergunninghouder begonnen met bouwen. Appellante is eigenaar van twee bedrijfsverzamelgebouwen in de buurt van de dierenartsenpraktijk en kan zich niet verenigen met de komst van de dierenartsenpraktijk. Volgens haar maakt dit haar eigen bedrijfsunits namelijk minder interessant voor kandidaat-huursdiers. Appellante komt daarom op tegen de verleende vergunning en verzoekt tevens om handhavend op te treden tegen de bouw van de dierenartsenpraktijk. In hoger beroep betoogt appellante dat de gemeente bij de verkoop van het perceel aan vergunninghouder in strijd met het Didam-arrest heeft gehandeld door andere potentiële kopers, zoals zichzelf, geen kans te bieden om het perceel kopen. Volgens appellante is dit in strijd met het gelijkheidsbeginsel, het fair play-beginsel en het verbod van vooringenomenheid van art. 2:4 Awb. Appellante is het dus niet alleen niet eens met de vergunningverlening voor de dierenartsenpraktijk, maar ook niet met de verkoop van het perceel aan vergunninghouder, omdat zij geen eerlijke kans zou hebben gekregen daar ook voor in aanmerking te komen. Er is dus niet alleen sprake van een bestuursrechtelijk conflict, maar ook van een privaatrechtelijk conflict. De vraag in deze bestuursrechtelijke procedure is in hoeverre (de uitkomst van) het privaatrechtelijke conflict van invloed is op (de uitkomst van) het bestuursrechtelijke conflict.

3. In het Didam-arrest van 26 november 2021 (ECLI:NL:HR:2021:1778, *TBR* 2022/17, m.nt. A.G. Bregman) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeit dat een overheidslichaam dat het voornemen heeft een aan hem toebehorende onroerende zaak te verkopen, daarbij ruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar die onroerende zaak. Althans, als er meerdere gegadigden zijn voor de desbetreffende onroerende zaak of redelijkerwijs te verwachten is dat dit

het geval zal zijn. Inmiddels - op 6 november 2025 - zijn er op rechtspraak.nl ruim 200 uitspraken gepubliceerd waarin een beroep op het Didam-arrest aan de orde is. Daarvan hebben ruim 60 zaken het label 'bestuursrecht'. Dat is opmerkelijk, omdat het Didam-arrest gaat over de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij de aanwending van een bevoegdheid die krachtens het *burgerlijk recht* aan een overheidslichaam toekomt. Toch wordt vooral op het terrein van het ruimtelijk bestuursrecht regelmatig een beroep gedaan op het Didam-arrest om een bestemmingsplan (er is bij mijn weten nog geen rechtspraak in relatie tot een omgevingsplan) of een bouwplan van tafel te krijgen. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen indirecte en directe beroepen op het Didam-arrest.

4. In verreweg de meeste bestuursrechtelijke uitspraken gaat het om indirecte beroepen op het Didam-arrest. Betoogd wordt dat sprake is van een met het Didam-arrest strijdige transactie en dat dit een beletsel vormt voor de financieel-economische uitvoerbaarheid van een plan. Het beroep op het Didam-arrest wordt dan in de sleutel van de (financiële) uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan geplaatst. Deze indirecte beroepen op het Didam-arrest slagen tot op heden nooit. De bestuursrechter overweegt dat, daargelaten of uit hetgeen is aangevoerd kan worden geconcludeerd dat niet aan de vereisten uit het Didam-arrest is voldaan, de eventuele gevolgen van dit arrest voor de overeenkomst - die bij de bestuursrechter niet ter beoordeling voorligt - niet op voorhand betekenen dat het plan niet uitvoerbaar is. Een bestemmingsplan regelt immers niet door welke gegadigde het moet worden uitgevoerd. Zie bijv. ABRvS 20 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1157, *AB* 2022/356, m.nt. J. Wieland en ABRvS 26 juni 2024, ECLI:NL:RVS:2024:2609.

5. Soms wordt een directer beroep op het Didam-arrest gedaan. Het beroep op het Didam-arrest wordt dan niet in de sleutel van de uitvoerbaarheid van een (bouw) plan geplaatst, maar aangevoerd wordt dat een omgevingsvergunning voor bouwen in strijd met het Didam-arrest is verleend. Een dergelijk betoog was bijvoorbeeld aan de orde in ABRvS 15 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1679. Aangevoerd werd dat de omgevingsvergunning in strijd met het Didam-arrest was verleend, omdat het college niet tijdig voorafgaand aan de verkoop van de gronden van het plangebied de verkoop op zodanige wijze bekendgemaakt zou hebben dat eenieder daarvan kennis kon nemen, terwijl er meerdere partijen zouden zijn die serieuze belangstelling hadden voor de locatie. De Afdeling oordeelde in die zaak dat strijd met het Didam-arrest geen weigeringsgrond oplevert op grond waarvan een omgevingsvergunning geweigerd moet worden. Het in art. 2.10 lid 1 Wabo neergelegde limitatief-imperatief stelsel bracht volgens de Afdeling mee dat bij het ontbreken van een weigeringsgrond de omgevingsvergunning voor bouwen, zoals aangevraagd, moet worden verleend.

6. Terug naar de hier afgedrukte uitspraak. Ook hier wordt een beroep op het Didam-arrest gedaan, maar dan om te betogen dat bij de vergunningverlening het gelijkheidsbeginsel is geschonden. Daartoe voert appellante

aan dat de gemeente bij de verkoop van het perceel aan vergunninghouder in strijd met het Didam-arrest heeft gehandeld door geen mededingingsruimte te bieden. Bij de Afdeling ligt dan ook de vraag voor of (1) de gemeente bij de verkoop van het perceel in strijd met het gelijkheidsbeginsel heeft gehandeld en, zo ja, (2) of dat betekent dat ook bij de verlening van de omgevingsvergunning in strijd met het gelijkheidsbeginsel is gehandeld. De Afdeling stelt voorop dat de verkoop van het perceel door de gemeente in deze procedure bij de bestuursrechter niet ter beoordeling staat. Dat oordeel lijkt mij juist. De rechtmatigheid van *privaatrechtelijk* handelen van partijen bij de verkoop van het perceel staat immers niet ter beoordeling in de *bestuursrechtelijke* procedure tegen de vergunning. Dat betekent ook dat de Afdeling niet kan beoordelen of bij die verkoop in strijd is gehandeld met het gelijkheidsbeginsel. In beginsel wordt dan niet meer toegekomen aan beantwoording van de tweede vraag. In beginsel, omdat dit anders kan zijn als strijd met het Didam-arrest voor de bestuursrechter een gegeven is, bijvoorbeeld omdat de burgerlijke rechter reeds heeft geoordeeld dat bij de verkoop van het perceel in strijd met het Didam-arrest is gehandeld, of als anderszins evident is dat in strijd met het Didam-arrest is gehandeld. Dit laatste is bijvoorbeeld het geval als vaststaat dat er meerdere gegadigden zijn, maar het bestuursorgaan geen mededingingsruimte heeft geboden en geen selectiecriteria heeft gehanteerd, of die criteria heeft toegeschreven naar een bepaalde partij.

7. Hoewel uit de hier afgedrukte uitspraak niet blijkt dat evident in strijd met het Didam-arrest is gehandeld, gaat de Afdeling toch in op de tweede vraag. De Afdeling oordeelt dat *als* sprake is van gebreken in de wijze van verkoop, of in de criteria die bij verkoop worden gehanteerd, dat *in dit geval* niet kan leiden tot het oordeel dat het college in strijd met het gelijkheidsbeginsel heeft gehandeld door de omgevingsvergunning voor de dierenartsenpraktijk te verlenen. Schending van het gelijkheidsbeginsel bij de verkoop van het perceel betekent met andere woorden niet (automatisch) dat bij de verlening van de omgevingsvergunning eveneens in strijd met het gelijkheidsbeginsel is gehandeld. Daartoe overweegt de Afdeling dat een omgevingsvergunning een zaaksgebonden karakter heeft en daarmee overdraagbaar is. Hierdoor hoeft degene die het vergunde plan uiteindelijk uitvoert niet degene te zijn aan wie het college de omgevingsvergunning oorspronkelijk heeft verleend. Dit oordeel moet mijns inziens worden gelezen in het licht van de vaste rechtspraak van de bestuursrechter dat omgevingsvergunningen (voor bouwen) in beginsel niet schaars zijn (vgl. ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4198, TBR 2019/36, m.nt. A. de Snoo (*Windpark Zeewolde*) en ABRvS 29 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:283). Dit betekent dat de verplichting om mededingingsruimte te bieden, zoals we die kennen uit de rechtspraak van de bestuursrechter over de verdeling van schaarse publieke rechten (zie bijv. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*) en ABRvS 23 juli 2025, ECLI:NL:RVS:2025:3399, Gst. 2025/n.n.b., m.nt. J. Korzelijs & J. Wieland) en inmid-

dels ook uit de rechtspraak van de burgerlijke rechter over het verkopen of anderszins uitgeven van overheidsvastgoed (HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 en HR 15 november 2024, ECLI:NL:HR:2024:1661, TBR 2025/9, m.nt. A.G. Bregman), daarop niet van toepassing is. Het feit dat het perceel schaars is, maakt niet dat ook een omgevingsvergunning voor bouwactiviteiten op dat perceel schaars is. Immers, alleen degene die over het perceel kan beschikken kan een omgevingsvergunning aanvragen. Er kunnen dus niet meer gegadigden zijn voor die vergunning. Dit komt tot uitdrukking in de overweging in de hier afgedrukte uitspraak dat een omgevingsvergunning een zaaksgebonden karakter heeft. Het oordeel over de rechtmatigheid van de verkoop van een perceel aan een persoon vertaalt zich dientengevolge niet door naar het oordeel over de rechtmatigheid van de aan diezelfde persoon voor hetzelfde perceel verleende omgevingsvergunning om de enkele reden dat die vergunning het perceel en niet de persoon volgt. Ook in zoverre lijkt het oordeel van de Afdeling mij juist.

8. Tot slot rijst de vraag wat de Afdeling heeft bedoeld met de woorden 'in dit geval'. Deze woorden suggereren dat er situaties denkbaar zijn waarin een schending van het Didam-arrest (gelijkheidsbeginsel) bij de verkoop van een perceel *wel* leidt tot het oordeel dat het college *ook* in strijd met het gelijkheidsbeginsel heeft gehandeld bij de vergunningverlening. Heeft de Afdeling hier de situatie voor ogen gehad waarbij een uitzondering op de hoofdregel dat omgevingsvergunningen niet schaars zijn, aan de orde is? Een dergelijke uitzondering is volgens de conclusie van A-G Widdershoven van 6 juni 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:1847, punten 4.25-4.27 (*Windpark Zeewolde*)) aan de orde (1) als in het omgevingsplan het aantal voor een bepaalde activiteit te verlenen vergunningen beperkt is tot een maximum (plafond), of (2) als een ander wettelijk voorschrift een beperking van het aantal vergunningen bevat en er een voldoende sterke koppeling bestaat tussen beide wettelijke voorschriften, waardoor de eisen die gelden voor de verdeling van schaarse vergunningen (waaronder het bieden van gelijke kansen) ook moeten gelden voor de verlening van de omgevingsvergunning.¹ Toch begrijp ik de uitspraak dan niet helemaal. Als inderdaad sprake is van een situatie waarin de omgevingsvergunning schaars is en bij de verlening daarvan dus gelijke kansen moeten worden geboden, dan betekent schending van het gelijkheidsbeginsel bij de verkoop van het perceel waarvoor vervolgens die vergunning wordt verleend toch niet, althans niet zonder meer, dat ook bij verlening van de vergunning het gelijkheidsbeginsel is geschonden? Wellicht heeft de Afdeling dus een 'ander geval' voor ogen gehad met het opnemen van de woorden 'in dit geval'. Wat daar verder ook van zij, deze uitspraak maakt in elk geval wel duidelijk dat eventuele strijd met het gelijkheidsbeginsel bij de verkoop van grond - in beginsel - geen gevolgen heeft voor de daaropvolgende vergunningverlening voor bouwactiviteiten op dezelfde grond.

J. Wieland

¹ Zie ook C.J. Wolswinkel, 'Schaarse rechten in het omgevingsrecht? Een tegengconclusie voor de rechtsontwikkeling', TO 2018-3, p. 115-116.

Jurisprudentie – III. Bestuursrechtelijke schadevergoeding

TBR 2025/145

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 6 augustus 2025, No. 202305028/1/A2, ECLI:NL:RVS:2025:3690 (Overzichtsuitspraak planschade II)

(Mr. E.J. Daalder, mr. C.H.M. van Altena en mr. B.P.M. van Ravens)

Wro: art. 6.1

Overzichtsuitspraak. Planschade. Nadeelcompensatie. Schadeoorzaak. Causaal verband. Normaal maatschappelijk risico. Risicoaanvaarding

Met noot F.A. Linssen en C.C. Corsten, Red.

Overwegingen

1. Bij uitspraak van 28 september 2016 (ECLI: NL:RVS:2016:2582) heeft de Afdeling aanleiding gezien om, gelet op de in de rechtspraak levende behoefte daaraan, een overzicht op hoofdlijnen te geven van haar rechtspraak over tegemoetkoming in planschade, als bedoeld in afdeling 6.1 van de Wet ruimtelijke ordening (hierna: de Wro).

2. Op 1 januari 2024 is de Wro ingetrokken en is de Omgevingswet in werking getreden. Op grond van het overgangsrecht van de artikelen 4.17 tot en met 4.20 van de Invoeringswet Omgevingsrecht ligt het in de lijn der verwachtingen dat het oude planschaderecht de komende jaren van groot belang zal blijven voor de rechtspraak van het omgevingsrechtelijk nadeelcompensatierecht. Daarom ziet de Afdeling, mede gelet op het tijdsverloop sinds de uitspraak van 28 september 2016, aanleiding het in die uitspraak gegeven overzicht van haar rechtspraak te actualiseren. Het hierna te geven overzicht pretendeert geen volledigheid, maar bevat een selectie van in eerdere uitspraken neergelegde oordelen over kwesties die zich in de praktijk van het planschaderecht veelvuldig voordoen. (...)

4. De beoordeling van een aanvraag om tegemoetkoming in planschade als bedoeld in artikel 6.1, eerste lid, van de Wro komt, kort samengevat, op het volgende neer.

Indien een bestuursorgaan bevoegd is een besluit te nemen over een aanvraag om tegemoetkoming in planschade (zie verder onder 7) en is voldaan aan de vereisten voor het in behandeling nemen van deze aanvraag, wordt nagegaan of de gestelde schadeoorzaak een oorzaak is als bedoeld in artikel 6.1, tweede lid, van de Wro (zie verder onder 8 en 9).

Zo ja, dan wordt vervolgens beoordeeld of de aanvrager als gevolg daarvan in vergelijking met het voorafgaande planologische regime in een nadeliger planologische positie is komen te verkeren (zie verder onder 10 tot en met 38), of hij ten gevolge daarvan schade lijdt of zal lijden (zie verder onder 39 tot en met 60) en of aanleiding bestaat voor het toekennen van een tegemoetkoming in deze schade. In dat laatste kader wordt onder meer onderzocht of en zo ja in hoeverre de aanvrager het risico op de schade heeft aanvaard (zie verder onder 65 tot en met 88), of en zo ja in hoeverre de schade binnen het normale maatschappelijke risico blijft (zie verder onder 89 tot en met 110) en of en zo ja in hoeverre de tegemoetkoming anderszins is verzekerd (zie verder onder 112 tot en met 122).

5. Indien een tegemoetkoming wordt toegerekend, vergoedt het bestuursorgaan tevens de redelijkerwijs gemaakte kosten van rechtsbijstand en andere deskundige bijstand (zie verder onder 123 tot en met 133), alsmede de wettelijke rente, te rekenen met ingang van de datum van ontvangst van de aanvraag (zie verder onder 134 tot en met 136).

6. Tot slot wordt aandacht besteed aan procedurele aspecten, zoals advisering door deskundigen, bewijs, toetsing door de bestuursrechter en definitieve beslechting van het geschil (zie verder onder 137 tot en met 160).

Bevoegdheid bestuursorgaan

7. Voor het antwoord op de vraag welk bestuursorgaan bevoegd is een besluit te nemen over een aanvraag om tegemoetkoming in planschade, is van belang welke planologische maatregel in die aanvraag is aangeduid als oorzaak van die schade. Indien dat bijvoorbeeld een bepaling van een provinciale verordening als bedoeld in artikel 4.1, derde lid, van de Wro is, is het college van gedeputeerde staten van de desbetreffende provincie bevoegd (uitspraak van 21 februari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:719). Indien dat een bepaling van een bestemmingsplan is, is het college van burgemeester en wethouders van de desbetreffende gemeente bevoegd (uitspraak van 11 december 2024, ECLI:NL:RVS:2024:5104).

Limitatieve opsomming schadeoorzaken

8. Voor tegemoetkoming in schade op grond van artikel 6.1, eerste lid, van de Wro buiten de in artikel 6.1, tweede lid, van de Wro limitatief

opgesomde gevallen, is geen plaats (uitspraak van 23 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1682).

In artikel 6.1, tweede lid, van de Wro is bijvoorbeeld artikel 2 van bijlage II van het Besluit omgevingsrecht niet genoemd. De daarin bedoelde mogelijkheid om vergunningsvrij te bouwen, is een gevolg van de destijds gemaakte keuze van de wetgever en kan niet aan het nieuwe bestemmingsplan worden toegerekend. Dit betekent dat de mogelijkheid om vergunningsvrij te bouwen niet bij de planologische vergelijking mag worden betrokken (uitspraak van 15 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:10177).

9. Uit artikel 6.1, tweede lid, van de Wro volgt dat de planschaderegeling per definitie niet van toepassing is op de gevolgen van beweerdelijk onrechtmatig handelen of nalaten. Hetzelfde geldt voor privaatrechtelijke transacties en afspraken tussen de gemeente en derden, bijvoorbeeld over de verkoop of het gebruik van die gronden en gebouwen (uitspraak van 23 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:550).

Planologische vergelijking

10. Voor de beoordeling van een aanvraag om een tegemoetkoming in planschade wordt onderzocht of de aanvrager als gevolg van de wijziging van het planologische regime, die door de aanvrager als oorzaak van de schade is gesteld, in een nadeliger positie is komen te verkeren en ten gevolge daarvan schade lijdt of zal lijden. Hiertoe wordt voor de desbetreffende gronden een vergelijking gemaakt tussen deze wijziging en het onmiddellijk daaraan voorafgaande planologische regime. Daarbij is niet de feitelijke situatie van belang, maar wat op grond van het oude en nieuwe planologische regime is toegestaan, ongeacht of, en zo ja in hoeverre, deze planologische mogelijkheden zijn benut.

11. Slechts indien en voor zover realisering van de planologische mogelijkheden met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid is uitgesloten, kan aanleiding bestaan om van dit uitgangspunt af te wijken (uitspraak van 29 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV7254).

12. In de rechtspraak wordt een onderscheid gemaakt tussen gevallen van directe planschade, dat wil zeggen: planschade als gevolg van een planologische ontwikkeling op de gronden van de aanvrager om een tegemoetkoming in planschade, en gevallen van indirecte planschade, dat wil zeggen: planschade als gevolg van een planologische ontwikkeling op gronden van derden.

Indirecte planschade

13. Bij de beoordeling van een aanvraag om tegemoetkoming in indirecte planschade wordt uitgegaan van de voor de aanvrager meest ongunstige invulling van de planologische moge-

lijkheden van de gronden van derden (uitspraak van 22 januari 2025, ECLI:NL:RVS:2025:208).

De meest ongunstige invulling van de planologische mogelijkheden kan voor de ene schadefactor, bijvoorbeeld voor de aantasting van privacy, een andere invulling zijn dan voor een andere schadefactor, bijvoorbeeld aantasting van het uitzicht (uitspraak van 3 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:112).

Voor iedere relevante schadefactor wordt dezelfde invulling aan het in de vergelijking te betrekken planologische regime gegeven. Indien bijvoorbeeld voor het oude planologische regime bij de ene schadefactor van een bouwhoogte van geluidschermen van 15 m wordt uitgegaan, mag in het oude planologische regime bij een andere schadefactor niet van een andere bouwhoogte van geluidschermen worden uitgegaan, maar moet diezelfde bouwhoogte ook voor die andere schadefactor aangehouden worden. Voor het nieuwe planologische regime mag van een andere bouwhoogte uitgegaan worden dan bij het oude planologische regime. Indien voor de ene schadefactor van een bouwhoogte van geluidschermen van bijvoorbeeld 6 m wordt uitgegaan, mag ook hier voor een andere schadefactor niet van een andere bouwhoogte van geluidschermen worden uitgegaan, maar moet diezelfde bouwhoogte ook voor die andere schadefactor worden aangehouden (uitspraak van 17 juli 2024, ECLI:NL:RVS:2024:2904).

14. Wanneer de door de aanvrager gestelde indirecte planschade is te herleiden tot een wijziging van de gebruiksmogelijkheden, wordt in de planvergelijking, in het kader van de meest ongunstige invulling van het oude en nieuwe planologische regime op de peildatum, een reële prognose gemaakt van het gebruik van de desbetreffende gronden met de daaruit voortvloeiende redelijkerwijs te verwachten nadelen voor de aanvrager. Dit onderzoek moet uitwijzen of die wijziging van dien aard is, dat het nieuwe planologische regime een nadeliger positie van de aanvrager, met daaruit voortvloeiende schade in de vorm van waardevermindering van zijn onroerende zaak, tot gevolg heeft gehad (uitspraken van 24 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3480, en 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1292). In de rechtspraak is geaccepteerd dat bij geluidoverlast in relatie tot planschade wordt uitgegaan van gemiddelden (uitspraken van 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4193, en 29 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1242).

Directe planschade

15. Bij het bepalen van de omvang van directe planschade moet een vergelijking worden gemaakt tussen de invulling van het oude planologische regime waaraan de onroerende zaak de hoogste waarde ontleent en de invulling waaraan de onroerende zaak onder het nieuwe planologische regime de hoogste waarde ontleent.

vergelijking per planologische maatregel

16. Indien wordt gesteld dat opeenvolgende planologische maatregelen schade hebben veroorzaakt, moet per planologische maatregel een vergelijking worden gemaakt tussen het planologische regime zoals dat gold onmiddellijk vóór en na de planologische maatregel, waarvan gesteld wordt dat deze planschade heeft veroorzaakt (uitspraak van 20 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3126).

betekenis overgangsrecht

17. De hoofdregel is dat het bij een bestemmingsplan behorend overgangsrecht bij de beantwoording van de vraag of het nieuwe regime een planologische verslechtering voor de aanvrager oplevert buiten beschouwing wordt gelaten. Dit geldt ongeacht of verzocht wordt om een tegemoetkoming in indirecte of directe planschade. Onder omstandigheden kan er reden zijn een uitzondering op deze hoofdregel te maken, op grond van de aard en de omvang van het overgangsrecht.

18. Hetzelfde geldt, in beginsel, voor de schadetaxatie, omdat deze plaatsvindt op basis van de planvergelijking. Het overgangsrecht speelt echter wel een rol in de schadetaxatie wanneer dit overgangsrecht direct betrekking of invloed heeft op de schade in de vorm van een inkomensderving (uitspraken van 9 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1213, 18 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:793, en 25 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:856).

19. De achterliggende gedachte van de hoofdregel is dat het bij een bestemmingsplan behorende overgangsrecht van een andere orde is dan de overige planregels. Dit overgangsrecht strekt tot bescherming van een op grond van het oude planologische regime bestaande situatie die afwijkt van de nieuwe bestemmingsregeling voor de desbetreffende gronden. Dat die situatie niet past binnen de nieuwe bestemmingsregeling, betekent dat wordt beoogd om aan deze situatie een einde te maken binnen de planperiode. Die situatie mag dan voorlopig blijven bestaan. De bescherming van een overgangsregeling reikt echter minder ver dan de mogelijkheden die een positieve bestemming geeft (uitspraken van 20 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ4970, en 27 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3980).

flexibiliteitsbepalingen in bestemmingsplannen
- wijzigingsbevoegdheid

20. Een in een bestemmingsplan opgenomen, niet gebruikte wijzigingsbevoegdheid moet bij de maximale invulling van dat bestemmingsplan buiten beschouwing worden gelaten (uitspraak van 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3441).

21. Indien aan de aanvraag ten grondslag is gelegd dat planschade wordt geleden ten gevolge van een krachtens artikel 6.1, tweede lid, aanhef en onder b, van de Wro vastgestelde wijziging, moet het daaruit voortvloeiende planologische regime vergeleken worden met het bestemmingsplan, waarin de wijzigingsbevoegdheid is opgenomen, zonder dat die bevoegdheid bij de planvergelijking wordt betrokken (uitspraak van 11 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA2670).

- ontheffingsmogelijkheid

22. Een in een bestemmingsplan opgenomen ontheffingsmogelijkheid moet bij de invulling van dat bestemmingsplan buiten beschouwing worden gelaten (uitspraak van 1 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3316).

- afwijkingsmogelijkheid

23. Hetzelfde geldt voor een in een bestemmingsplan opgenomen mogelijkheid om bij omgevingsvergunning af te wijken van regels van het bestemmingsplan (uitspraak van 22 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2114). Hoewel de onder 22 en 23 bedoelde rechtspraak betrekking heeft op een aanvraag om een tegemoetkoming in planschade door een planologische wijziging op de gronden van derden, is er geen aanleiding om daarover anders te oordelen in het geval waarin de gestelde schade door een planologische wijziging op de gronden van de desbetreffende aanvrager is veroorzaakt (uitspraken van 22 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2114, en 14 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2333).

- uit te werken bestemming

24. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van het zesde lid van artikel 6.1 van de Wro valt af te leiden dat de wetgever heeft beoogd dat een uit te werken bestemming niet in de vergelijking tussen het oude en het nieuwe planologische regime mag worden betrokken en geen grond is voor tegemoetkoming in planschade, zolang geen uitwerkingsplan is vastgesteld en in werking getreden (uitspraak van 24 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3485).

25. Een bepaling als bedoeld in artikel 3.6, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wro, dat wil zeggen een planregel die burgemeester en wethouders verplicht het plan uit te werken, is in artikel 6.1, tweede lid, aanhef en onder a, van de Wro uitdrukkelijk niet aangemerkt als een oorzaak als bedoeld in het eerste lid van artikel 6.1 van de Wro.

26. Omdat artikel 6.1, tweede lid, van de Wro een limitatieve opsomming bevat van oorzaken waarvoor artikel 6.1, eerste lid, van de Wro voorziet in tegemoetkoming van de daardoor veroorzaakte schade, komt schade veroorzaakt door

een in een planregel opgenomen uitwerkingsplicht niet voor tegemoetkoming in aanmerking. Dat laat onverlet dat na de inwerkingtreding van een bestemmingsplan, met daarin een uitwerkingsplicht, aannemelijk is dat de uit te werken bestemming vroeg of laat zal worden uitgewerkt. Als gevolg van de uitwerkingsplicht is immers het vaststellen van een uitwerkingsplan niet slechts een toekomstige onzekere gebeurtenis. Dit heeft in de rechtspraktijk de vraag opgeroepen of en zo ja in hoeverre in de planvergelijking rekening mag worden gehouden met een uit te werken bestemming en welke betekenis daarbij toekomt aan de regel dat een vergelijking wordt gemaakt tussen de planologische maatregel, waarvan is gesteld dat deze planschade heeft veroorzaakt, en het onmiddellijk daaraan voorafgaande planologische regime.

27. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 6.1, zesde lid, van de Wro (Kamerstukken II, 2011-2012, 33 135, nr. 3) valt af te leiden dat de wetgever, ook met de regeling van art. 6.1, tweede lid, aanhef en onder a, van de Wro, slechts oog heeft gehad voor de uitgewerkte bestemming als onderdeel van het nieuwe planologische regime. Uit de memorie van toelichting valt verder af te leiden dat de wetgever het buiten beschouwing laten van een uit te werken bestemming niet als zelfstandig doel ziet, maar als middel om te bewerkstelligen dat geen tegemoetkoming wordt verstrekt voor planschade die de aanvrager niet in die omvang zal lijden, indien de uitwerking van de uit te werken bestemming minder ongunstig uitvalt dan bij het benutten van de maximale mogelijkheden van de uit te werken bestemming. De wetgever heeft derhalve beoogd dat slechts voor werkelijke planschade en niet voor theoretische planschade een tegemoetkoming wordt toegekend.

28. Omdat een uitwerkingsplan een oorzaak van planschade is, als bedoeld in artikel 6.1, tweede lid, aanhef en onder b, van de Wro, wordt bij een vergelijking tussen een bestemmingsplan met een uit te werken bestemming en een uitwerkingsplan niet van de maximale mogelijkheden van de uitwerkingsregels van dat bestemmingsplan uitgegaan. Indien van de maximale mogelijkheden van die uitwerkingsregels wordt uitgegaan, zou dat tot de ongewenste situatie leiden dat een uitwerkingsplan nimmer tot een planologische verslechterung kan leiden, omdat dat uitwerkingsplan als oorzaak van planschade dan wegvalt tegen de maximale invulling van het bestemmingsplan met de uit te werken bestemming (uitspraak van 7 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY2475).

29. In het geval dat een bestemmingsplan met een uit te werken bestemming door een uitwerkingsplan wordt gevolgd, wordt een uitzondering gemaakt op de regel dat een vergelijking wordt gemaakt tussen de planologische maatregel,

waarvan is gesteld dat deze planschade heeft veroorzaakt, en het onmiddellijk daaraan voorafgaande planologische regime (uitspraak van 8 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:326). Indien een uitwerkingsplan is vastgesteld en onherroepelijk is geworden, kan degene die stelt dat hij schade lijdt of zal lijden als gevolg van het uitwerkingsplan een aanvraag om tegemoetkoming in planschade indienen. In het kader van de beoordeling van die aanvraag wordt in beginsel een vergelijking gemaakt tussen de maximale mogelijkheden van het uitwerkingsplan en de maximale mogelijkheden van de aan de uit te werken bestemming voorafgaande bestemming. De uit te werken bestemming wordt dan niet als het oude planologische regime in de vergelijking betrokken.

30. In het geval dat een bestemmingsplan met een uit te werken bestemming voor nabij de onroerende zaak van de aanvrager gelegen gronden niet wordt gevolgd door een uitwerkingsplan, maar door een andere planologische maatregel die voor de aanvrager nadeliger is dan het planologische regime vóór de inwerkingtreding van het bestemmingsplan met de uit te werken bestemming, wordt - om een onredelijke uitkomst te voorkomen - eveneens afgeweken van de hoofdregel dat een vergelijking wordt gemaakt tussen de planologische maatregel, waarvan is gesteld dat deze planschade heeft veroorzaakt, en het onmiddellijk daaraan voorafgaande planologische regime. Het bestuursorgaan moet, in afwijking van de hoofdregel, de uit te werken bestemming buiten beschouwing laten en een vergelijking maken tussen de voor de aanvrager meest ongunstige invulling van de mogelijkheden van de daaraan voorafgaande bestemming en de mogelijkheden van de andere planologische maatregel (uitspraak van 26 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2030).

31. In het geval dat de aanvrager de eigendom van een onroerende zaak heeft verworven na de inwerkingtreding van een bestemmingsplan dat voor deze onroerende zaak een uit te werken bestemming bevat die een positieve invloed heeft op de waarde daarvan, en dit bestemmingsplan wordt gevolgd door een uitwerkingsplan, moet het bestuursorgaan - conform de onder 30 bedoelde hoofdregel - een vergelijking maken tussen de redelijke verwachting van de invulling van de uit te werken bestemming en de maximale mogelijkheden van het uitwerkingsplan. Dat is niet in strijd met de bedoeling van de wetgever. In deze situatie bestaat immers niet het risico dat een tegemoetkoming voor theoretische planschade wordt verstrekt. Indien uit de vergelijking zou blijken dat de maximale mogelijkheden van het uitwerkingsplan voor de aanvrager groter zijn dan de redelijke verwachting van de invulling van de uit te werken bestemming, is de aanvrager niet in een nadeliger planologische positie komen te verkeren en heeft hij geen plan-

schade geleden. Indien de maximale mogelijkheden van het uitwerkingsplan voor de aanvrager kleiner zouden zijn, is hij in een nadeliger planologische positie komen te verkeren (uitspraak van 8 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:326).

32. Ook in het geval waarin de aanvrager de eigendom van een onroerende zaak heeft verworven na de inwerkingtreding van een bestemmingsplan dat voor deze onroerende zaak een uit te werken bestemming bevat die een positieve invloed heeft op de waarde daarvan, en dit bestemmingsplan niet wordt gevolgd door een uitwerkingsplan, maar door een andere planologische maatregel die voor de aanvrager nadeliger is dan de uit te werken bestemming, verzet de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 6.1, zesde lid, van de Wro zich niet tegen het betrekken van de uit te werken bestemming, als onderdeel van het oude planologische regime, in de vergelijking met het nieuwe planologische regime (uitspraak van 8 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:326).

33. Voor het antwoord op de vraag of artikel 6.1, zesde lid, van de Wro van toepassing is, is bepalend of de aanvraag al dan niet dateert van vóór de inwerkingtreding op 25 april 2013 van artikel 6.1, zesde lid, van de Wro. Bij de beoordeling van aanvragen die dateren vanaf 25 april 2013 mag de uit te werken bestemming niet in de planvergelijking worden betrokken (uitspraak van 9 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:593). Voor de wijze van planvergelijking bij de beoordeling van aanvragen die dateren van vóór 25 april 2013, wordt verwezen naar de uitspraak van 17 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:3387.

verbod behoudens omgevingsvergunning voor aanleggen of slopen

34. Een aanvraag om tegemoetkoming in schade die het gestelde gevolg is van een bepaling als bedoeld in artikel 3.3 van de Wro, komt op grond van artikel 6.1, zesde lid, van de Wro pas voor toewijzing in aanmerking, nadat een besluit is genomen over een aanvraag om een omgevingsvergunning die als gevolg van zo'n bepaling vereist is voor realisering van een bepaald project en dit besluit vervolgens onherroepelijk is geworden en ook aan de overige vereisten voor toewijzing daarvan is voldaan. Dit betekent dat in beginsel geen grondslag bestaat voor toekenning van een tegemoetkoming in planschade voordat een nader besluit, als in de vorige zin vermeld, is genomen en onherroepelijk is geworden. Dit kan bijvoorbeeld anders zijn als van een aanvrager niet gevergd kan worden om een aanvraag om een omgevingsvergunning in te dienen en de beslissing daarop af te wachten (uitspraken van 16 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3302, en 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1166).

Nadeliger planologische situatie enkel ruimtelijke gevolgen

35. Bij de beoordeling of sprake is van een nadeliger situatie ten gevolge van een planologische wijziging, zijn slechts ruimtelijke gevolgen relevant (uitspraak van 10 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3337). Toegenomen concurrentie kan onder omstandigheden weliswaar worden aangemerkt als een gevolg van een planologische verandering, maar dit is geen ruimtelijk relevant gevolg daarvan (uitspraak van 10 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3337).

enkel objectief te verwachten gevolgen

36. Alleen de ten tijde van de inwerkingtreding van de desbetreffende planologische maatregel objectief te verwachten gevolgen van het nieuwe planologische regime zijn van belang. Subjectieve elementen spelen daarbij geen rol. In de planologische vergelijking wordt slechts rekening gehouden met zorgen over gezondheidsrisico's als gevolg van een planologische maatregel, indien voor die zorgen aanwijzingen zijn te vinden in wetenschappelijke informatie die op de peildatum beschikbaar was (uitspraak van 29 mei 2024, ECLI:NL:RVS:2024:2224).

overlast

37. Voor de beantwoording van de vraag of het nieuwe planologische regime overlast tot gevolg heeft, is slechts de overlast die inherent is aan het planologisch mogelijk gemaakte gebruik van belang (uitspraak van 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:214). Uitgegaan moet worden van het gebruik van het gebouw of de gronden door de doelgroep waarop het nieuwe planologische regime betrekking heeft (uitspraak van 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1251).

38. Artikel 6.1 van de Wro biedt geen grondslag voor tegemoetkoming in schade die het gevolg is van het mogelijk niet naleven van gebruikers van geldende wettelijke voorschriften of mogelijke uitwassen van hun gedrag (uitspraak van 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1251).

Causaal verband geen tegemoetkoming in geval van planologische schaduw schade

39. Afdeling 6.1 van de Wro biedt uitsluitend grondslag voor tegemoetkoming in schade ten gevolge van een planologische maatregel nadat die maatregel rechtskracht heeft gekregen. De schade die is geleden voordat de schade toebrengende planologische verandering rechtskracht heeft gekregen, komt dan ook op grond van die bepaling niet voor tegemoetkoming in aanmerking (uitspraak van 10 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX0751).

rechtstreeks oorzakelijk verband

40. Voor het toekennen van een tegemoetkoming in planschade is een rechtstreeks oorzakelijk verband tussen die schade en het nieuwe planologische regime vereist (uitspraken van 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2462, en 1 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:397).

Daarvoor is een noodzakelijke voorwaarde (condicio sine qua non) dat de schade niet zou zijn ontstaan zonder de nieuwe planologische maatregel. Daarnaast moet de schade in zodanig verband staan met die maatregel, dat deze schade het betrokken bestuursorgaan, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, de strekking van het schadeveroorzakende handelen en de mate van verwijdering tussen de schade en de gestelde schadeoorzaak, als een gevolg daarvan kan worden toegerekend en daarom voor tegemoetkoming in aanmerking komt. Daarbij is van belang dat het bij tegemoetkoming in planschade gaat om aansprakelijkheid op grond van (uiteindelijk) het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten en dat de voor tegemoetkoming in aanmerking komende schade als zuivere vermogensschade kan worden gekwalificeerd, terwijl het schadeveroorzakende handelen kan worden aangemerkt als rechtmatig handelen van een bestuursorgaan, welk handelen met het oog op de behartiging van het algemeen belang is vericht (uitspraak van 26 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2025).

41. Bepalingen van een nieuwe planologische maatregel waarbij bestaand illegaal gebruik positief wordt bestemd, vormen in beginsel geen basis voor het toekennen van een tegemoetkoming in planschade. De schade wordt in dat geval niet geacht voort te vloeien uit bepalingen van de nieuwe planologische maatregel, maar uit het eerdere illegale gebruik. Dit beginsel lijdt slechts uitzondering als de aanvrager de bezwaren tegen de illegale situatie in voldoende mate heeft geuit jegens het bevoegd gezag (uitspraken van 27 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4845, en 7 november 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB7332).

geen tegemoetkoming bij schade als gevolg van feitelijke uitvoering

42. Tijdelijke hinder als gevolg van werkzaamheden ter uitvoering van een bestemmingsplan is niet het rechtstreekse gevolg van een planologische wijziging, maar van feitelijke werkzaamheden ter uitvoering van de planologische mogelijkheden die het bestemmingsplan bood. De daaruit voortvloeiende schade kan daarom niet als planschade voor een tegemoetkoming in aanmerking komen (uitspraak van 15 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3736).

toetsing door de bestuursrechter

43. De bestuursrechter moet het antwoord op de vraag of een oorzakelijk verband

bestaat tussen de planologische verandering en de gestelde schade zonder terughoudendheid toetsen. Voor het geven van een antwoord op deze vraag, is geen specialistische kennis of ervaring vereist, waarover slechts een deskundige beschikt (uitspraak van 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2462).

Schade

44. Afdeling 6.1 van de Wro biedt slechts grondslag voor een tegemoetkoming in schade in de vorm van inkomensderving of een vermindering van de waarde van een onroerende zaak.

45. Een waardebepaling kan pas aan de orde komen nadat is vastgesteld dat een bestemmingsplan of een andere in artikel 6.1, tweede lid, van de Wro genoemde planologische maatregel daadwerkelijk tot een verslechtering heeft geleid ten opzichte van de mogelijkheden onder het daarvoor vigerende regime (uitspraak van 8 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ1727).

46. Een begroting van de waardevermindering is niet nodig, indien de schade veroorzakende planologische ontwikkeling geheel voorzienbaar is, of de conclusie dat per saldo geen schade wordt geleden ook zonder die begroting voldoende inzichtelijk en overtuigend is (uitspraak van 3 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4335).

peildatum schade

47. In het planschaderecht geldt, om redenen die zijn ontleend aan de bijzondere wettelijke regeling van het planschaderecht in de Wro, een vaste peildatum voor de begroting voor het vaststellen van de waardevermindering van een onroerende zaak (vermogensschade) en voor de vaststelling van inkomensderving. Dit is het moment van de inwerkingtreding van de gestelde schadeveroorzakende planologische maatregel.

48. De Wro biedt geen aanknopingspunten voor de veronderstelling dat dit anders zou zijn voor schade in de vorm van inkomensderving dan voor schade in de vorm van waardevermindering van een onroerende zaak en dat alleen sprake kan zijn van inkomensderving in geval van een feitelijke wijziging van de situatie. Een dergelijke lezing is ook niet te verenigen met artikel 6.1, eerste lid, van de Wro, op basis waarvan niet alleen geleden, maar ook nog te lijden schade voor tegemoetkoming in aanmerking komt, noch met het vierde lid van deze bepaling, waarin is neergelegd dat een aanvraag om een tegemoetkoming in schade binnen vijf jaar na het onherroepelijk worden van de gestelde schadeoorzaak moet zijn ingediend. Bovendien past een dergelijke lezing niet bij het in de rechtspraak van de Afdeling geformuleerde uitgangspunt dat bij de berekening van de omvang van de inkomensschade mag worden betrokken dat een onderneming na de inwerkingtreding van

de schadeveroorzakende planologische maatregel nog geruime tijd op dezelfde wijze geëxploiteerd kon worden en daarmee eenzelfde inkomen gegenereerd kon worden als voorafgaand aan de inwerkingtreding van die maatregel (uitspraak van 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2553).

49. Vanaf de datum waarop een planologisch besluit in werking is getreden, kan planschade in de vorm van inkomensderving worden geleden. Bij het bepalen van de hoogte van de schade, bestaande uit inkomensderving, is van belang of, en zo ja hoe lang, de onderneming na de peildatum nog kon worden voortgezet met dezelfde inkomsten als voor de inwerkingtreding van het nieuwe planologische besluit (uitspraken van 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2553, 7 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3602, en 13 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4608).

onroerende zaak

50. In de Wro is geen definitie gegeven van een onroerende zaak, als bedoeld in artikel 6.1, eerste lid, van die wet. Voor de uitleg van dat begrip wordt verwezen naar artikel 3:3, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek en in aansluiting daarop naar de rechtspraak van de Hoge Raad (uitspraak van 14 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:32).

planologische wijziging zonder duurzaam karakter

51. De waardevermindering van een onroerende zaak moet voortvloeien uit een oorzaak met een duurzaam karakter om voor een tegemoetkoming in aanmerking te kunnen komen (uitspraak van 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1621).

52. Ingevolge artikel 6.1, tweede lid, aanhef en onder e, van de Wro is een bepaling van een provinciale verordening als bedoeld in artikel 4.1, derde lid, een oorzaak van planschade. Dat, zoals in artikel 4.1, tweede lid, is bepaald, in beginsel binnen een jaar na de inwerkingtreding van die verordening een bestemmingsplan wordt vastgesteld, betekent niet dat in die verordening opgenomen planologische beperkingen van tijdelijke aard zijn. Een aanvrager kan dan ook als gevolg van die beperkingen permanente schade lijden in de vorm van waardevermindering van een onroerende zaak. De planschade wordt in dat geval aan de verordening toegerekend (uitspraak van 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1439). De schade ontstaat op het moment van de inwerkingtreding van de verordening en wordt niet weggenomen door de inwerkingtreding van een bestemmingsplan. Dat bestemmingsplan wordt ingevolge artikel 4.1, tweede lid, immers vastgesteld met inachtneming van de verordening. In zoverre is dan ook sprake van een schadeoorzaak met een duurzaam karakter. Indien dat bestemmingsplan voor het desbetreffende perceel in overeenstemming is met de verordening,

kan de inwerkingtreding van dat bestemmingsplan in beginsel niet tot aanvullende planschade leiden (uitspraak van 21 februari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:719).

geobjectiveerde bepaling waardevermindering

53. Bij de bepaling van de waardevermindering is maatgevend welke prijs een redelijk denkend en handelend koper voor de onroerende zaak zou hebben geboden onmiddellijk voor de inwerkingtreding van het nieuwe planologische regime en op het tijdstip direct daarna, uitgaande van de planologische mogelijkheden onder het oude en nieuwe regime (uitspraken van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1439, en 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1337).

54. Artikel 6.1 van de Wro dwingt niet tot het hanteren van de ene dan wel de andere taxatiemethode (uitspraak van 20 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4775). Welke methode in een concreet geval wordt gebruikt, staat ter beoordeling van de onafhankelijke taxateur. Indien en voor zover toepassing van de ter beschikking staande methoden naar diens deskundig oordeel niet mogelijk is of op zichzelf niet tot een juiste waardering leidt, zal de taxateur diens taxatie (mede) mogen baseren op zijn kennis, ervaring en intuïtie.

55. Wanneer het betoog ziet op een aspect van de inhoud van het taxatierapport dat gebaseerd is op specifieke deskundigheid van een taxateur, kan de juistheid van (dat aspect van) het taxatierapport in beginsel slechts met vrucht worden bestreden met een onderbouwd tegenrapport van een onafhankelijke taxateur, waaruit blijkt dat het taxatierapport onjuist is. Voorbeelden van betoegen die zien op een aspect van de inhoud van het taxatierapport dat gebaseerd is op specifieke deskundigheid van een taxateur, zijn betoegen die er toe strekken dat in aanmerking genomen vergelijkingstransacties niet representatief zijn, dat andere vergelijkingstransacties ten onrechte buiten beschouwing zijn gelaten of dat ten onrechte al dan niet is gecorrigeerd vanwege gewijzigde economische omstandigheden. Ter onderbouwing van een betoog dat een taxatierapport onjuist is, is het niet voldoende dat het tegenrapport uitsluitend een andere zelfstandige taxatie stelt tegenover de taxatie die is vervat in het aan het besluit van het bestuursorgaan ten grondslag gelegde taxatierapport. Uit een in een tegenrapport vervatte zelfstandige taxatie blijkt nog niet waarom de in het taxatierapport vervatte taxatie onjuist is. Wanneer de taxateur die het taxatierapport heeft opgesteld en de taxateur die het tegenrapport heeft opgesteld verschillende uitgangspunten hanteren en daarom tot verschillende conclusies over de waarde van het te taxeren object zijn gekomen, is de vraag niet of de in het taxatierapport gehanteerde uitgangspunten verdedigbaar zijn, maar of in het tegenrapport aannemelijk is ge-

maakt dat de in het taxatierapport gehanteerde uitgangspunten dat niet zijn. Ook onvoldoende is een - niet met een tegenrapport onderbouwd - betoog van de betrokkene of diens gemachtigde dat ziet op een aspect van de inhoud van het taxatierapport dat gebaseerd is op specifieke deskundigheid van een taxateur. De betrokkene zelf, of diens gemachtigde in zijn hoedanigheid van gemachtigde, kunnen immers niet als onafhankelijke taxateur worden aangemerkt (uitspraak van 2 oktober 2024, ECLI:NL:RVS:2024:3940).

betekenis WOZ-waarde

56. In de regel komt bij een planschadetaxatie geen betekenis toe aan de in het kader van de Wet waardering onroerende zaken (hierna: WOZ) vastgestelde waarde van een onroerende zaak, omdat die waarde op basis van de feitelijke situatie wordt vastgesteld, terwijl bij een planschadetaxatie bij indirecte planschade (waardevermindering door een planologische verandering op de gronden van derden) de voor de aanvrager meest ongunstige invulling van de planologische mogelijkheden van het plangebied als uitgangspunt wordt genomen. Dat neemt niet weg dat de WOZ-waarde bij uitzondering van belang kan zijn voor een planschadetaxatie. Dat is bijvoorbeeld het geval als aannemelijk wordt gemaakt dat bij het vaststellen van de WOZ-waarde rekening is gehouden met de voor de aanvrager meest ongunstige invulling van de planologische mogelijkheden van het plangebied. Uit de motivering van een beschikking van de heffingsambtenaar kan blijken dat die situatie zich voordoet (uitspraak van 20 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4775).

57. Van het bestuursorgaan kan worden verlangd dat het zijn besluit van een nadere motivering voorziet in geval een aanzienlijk verschil tussen de WOZ-waarde en de taxatie in het kader van planschade bestaat (uitspraak van 16 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM7718).

toetsing door de bestuursrechter

58. Bij de waardering van onroerende zaken spelen niet alleen de taxatiemethode, maar ook de kennis en ervaring van de deskundige een rol. De bestuursrechter beoordeelt of het bestuursorgaan de taxatie redelijkerwijs aan zijn besluit ten grondslag heeft mogen leggen. Verder moet de besluitvorming voldoen aan de eisen die het recht aan de zorgvuldigheid en de motivering stelt en moet de rechter toetsen of de besluitvorming aan die eisen voldoet. Zie verder onder 146 tot en met 154.

inkomensderving

- niet aangevangen bedrijfsvoering

59. Gemist voordeel uit op de peildatum niet aangevangen bedrijfsvoering komt in beginsel niet voor tegemoetkoming op de voet van

afdeling 6.1 van de Wro in aanmerking (uitspraak van 5 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3968).

Wanneer het enkel gaat om plannen van de aanvrager voor een bepaalde bedrijfsvoering die door de planologische maatregel zijn verhinderd, is geen sprake van een aangevangen bedrijfsvoering (uitspraak van 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1621).

Het ligt op de weg van de aanvrager om met uit objectieve bronnen afkomstige stukken of anderszins aannemelijk te maken dat hij op de peildatum ter plaatse de betreffende onderneming exploiteerde om er voordeel uit te trekken (uitspraken van 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:521, en 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1621).

Van dit uitgangspunt wordt afgeweken in gevallen waarin de aanvrager op de peildatum onomkeerbare investeringen heeft gedaan (uitspraak van 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1621), of waarin bijzondere omstandigheden daartoe nopen (uitspraak van 9 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1238).

- belastingschade

60. Indien belastingschade rechtstreeks het gevolg is van de nieuwe planologische maatregel, kan aanleiding bestaan om daarvoor een tegemoetkoming toe te kennen (vergelijk de uitspraak van 3 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL1791). Bij de vaststelling van de op grond van artikel 6.1 van de Wro voor tegemoetkoming in aanmerking komende schade in de vorm van inkomensderving wordt ook met fiscale voor- en nadelen rekening gehouden. Daarbij moeten deze voor- en nadelen in onderling verband worden bezien en in rekening worden gebracht. Hieruit volgt dat belastingschade niet zozeer een afzonderlijke schadesoort is, maar een bij de vaststelling van de volgens artikel 6.1 van de Wro voor tegemoetkoming in aanmerking komende schade in de vorm van inkomensderving in aanmerking te nemen nadeel (uitspraak van 3 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:207).

Verrekening voordelen

61. Verrekening van planologische voor- en nadelen kan alleen plaatsvinden, indien die voor- en nadelen voor een bepaald perceel door hetzelfde planologische regime worden veroorzaakt (uitspraak van 26 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:51).

62. Onder omstandigheden kan worden geoordeeld dat twee verschillende planologische maatregelen zo nauw met elkaar verweven zijn, dat de voordelen veroorzaakt door de ene maatregel mogen worden betrokken bij de beoordeling van de door het andere besluit veroorzaakte schade (uitspraak van 24 december 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AO0820).

Vergoedbaarheid van planschade uitgangspunt

63. Ingevolge artikel 6.1, eerste lid, van de Wro komt slechts schade die redelijkerwijs niet voor rekening van de aanvrager behoort te blijven en voor zover de tegemoetkoming niet voldoende anderszins is verzekerd voor tegemoetkoming in aanmerking.

ongedaan maken van na verwerving van een onroerende zaak genoten planologisch voordeel

64. Bij het bepalen van de tegemoetkoming in planschade wordt in beginsel geen rekening gehouden met een voor de aanvrager, in vergelijking met het ten tijde van de verkrijging van de onroerende zaak geldende planologische regime, voordelige, na de datum van verwerving daarvan door de aanvrager in werking getreden, wijziging van het planologisch regime, die ongedaan wordt gemaakt door het beweerdelijk schade veroorzakende besluit. Dit geldt zowel voor directe planschade (uitspraak van 16 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3295), als voor indirecte planschade (uitspraak van 22 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:713).

Risicoaanvaarding

65. Bij de beoordeling van een aanvraag om tegemoetkoming in planschade wordt op grond van artikel 6.3 van de Wro ook de voorzienbaarheid van de schadeoorzaak betrokken. De schadeoorzaak is voorzienbaar als voor de aanvrager aanleiding bestond om rekening te houden met de kans dat de planologische situatie ter plaatse zou gaan veranderen in een voor hem ongunstige zin. Als de schadeoorzaak voorzienbaar was, kan het bestuursorgaan mogelijk risicoaanvaarding aan de aanvrager tegenwerpen. Dat betekent dat de schade voor zijn rekening blijft. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen actieve en passieve risicoaanvaarding.

Van actieve risicoaanvaarding kan sprake zijn als de aanvrager een investeringsbeslissing heeft genomen, bijvoorbeeld door een onroerende zaak te kopen, terwijl de schadeoorzaak voor een redelijk denkend en handelend koper ten tijde van deze investeringsbeslissing voorzienbaar was. Van passieve risicoaanvaarding kan sprake zijn als de aanvrager, als eigenaar van een onroerende zaak, geen poging heeft ondernomen om de bestaande planologische mogelijkheden van deze onroerende zaak te benutten, terwijl voorzienbaar was dat deze mogelijkheden zouden kunnen vervallen.

66. Met voorzienbaarheid wordt in beginsel bedoeld op objectieve voorzienbaarheid, dat wil zeggen: voorzienbaarheid op basis van een concreet beleidsvoornemen dat openbaar is gemaakt. Niet vereist is dat het bewustzijn van het risico ook daadwerkelijk bij de aanvrager aanwezig was. Indien geen sprake is van een openbaar ge-

maakt concreet beleidsvoornemen, dan is in beginsel geen sprake van voorzienbaarheid. Dat neemt niet weg dat specifieke persoonlijke omstandigheden, waardoor de aanvrager feitelijk op de hoogte was van de komende planologische ontwikkeling en dus sprake was van subjectieve voorzienbaarheid, in voorkomende gevallen een rol kunnen spelen (uitspraak van 24 juli 2024, ECLI:NL:RVS:2024:3023).

67. Wanneer het bestuursorgaan zich beroept op voorzienbaarheid van de schadeoorzaak, moet het aannemelijk maken vanaf welk moment de schadeoorzaak voorzienbaar was (uitspraak van 27 september 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY8930).

68. De bestuursrechter moet het antwoord op de vraag of de planologische verandering voorzienbaar was, zonder terughoudendheid toetsen. Voor het geven van een antwoord op deze vraag, is geen specialistische kennis of ervaring vereist, waarover slechts een deskundige beschikt (uitspraak van 15 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3715).

Actieve risicoaanvaarding

69. De voorzienbaarheid wordt vastgesteld op het moment van de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak, en dus niet op het moment van levering (uitspraak van 18 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1179).

70. Het is, in geval van een beroep door het bestuursorgaan op actieve risicoaanvaarding, aan de aanvrager om aannemelijk te maken dat hij zich vóór het moment waarop de schadeoorzaak voorzienbaar werd definitief tot aankoop van de betreffende onroerende zaak had verplicht (uitspraak van 6 februari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC3624).

71. De omstandigheid dat een koopovereenkomst niet is geregistreerd, betekent niet dat de aanvrager zich daarop niet kan beroepen. Registratie van een overeenkomst is immers geen vereiste voor de geldigheid daarvan (uitspraak van 18 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1179).

bronnen van voorzienbaarheid

72. Bij de beantwoording van de vraag of een planologische wijziging voorzienbaar was, wordt rekening gehouden met een concreet beleidsvoornemen dat openbaar is gemaakt. Voor voorzienbaarheid is niet vereist dat een dergelijk beleidsvoornemen een formele status heeft (uitspraak van 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:757).

73. Bij afwezigheid van een openbaar gemaakt concreet beleidsvoornemen kunnen in voorkomende gevallen specifieke persoon-

lijke omstandigheden, waardoor de koper feitelijk op de hoogte was van de komende planologische ontwikkeling en dus sprake was van subjectieve voorzienbaarheid, een rol spelen (uitspraak van 24 juli 2024, ECLI:NL:RVS:2024:3023).

74. Bij de beantwoording van de vraag of een planologische wijziging voorzienbaar was, kan ook betekenis toekomen aan ten tijde van de investeringsbeslissing bestaande, (nog) niet gebruikte flexibiliteitsbepalingen (uitspraken van 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3596 en 16 maart 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT0521).

openbaarmaking

75. Om op grond van een concreet beleidsvoornemen voorzienbaarheid te kunnen aannemen, moet een redelijk denkend en handelend koper uit de openbaarmaking daarvan kunnen begrijpen op welk gebied dat beleidsvoornemen betrekking heeft, wat de zakelijke inhoud ervan is, en dat hij van de inhoud ervan kan kennisnemen (uitspraak van 15 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3715).

vergelijking ruimtelijke gevolgen

76. Met het oog op de beoordeling van de voorzienbaarheid moet het bestuursorgaan een vergelijking maken tussen de ruimtelijke gevolgen van het planologische regime waarvan gesteld wordt dat het planschade heeft veroorzaakt en de ruimtelijke gevolgen van de voor de aanvrager meest ongunstige uitwerking van de in het beleidsvoornemen bedoelde ontwikkelingsmogelijkheden (uitspraak van 30 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:4047).

77. Bij het bepalen van de voorzienbaarheid van de schade komt geen betekenis toe aan de grootte van de ten tijde van de beslissing tot investering bestaande kans dat de schade niet zou ontstaan (uitspraak van 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1049).

78. Voor het antwoord op de vraag of een planologische verandering buiten het eigen perceel voor de aanvrager voorzienbaar was, is alleen de planologische situatie ten tijde van de aankoop van het eigen perceel van belang (uitspraak van 21 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU8882).

niet vereist dat verwezenlijking volledig en onherroepelijk vaststaat en in detail is uitgewerkt

79. Voor het aannemen van voorzienbaarheid is niet vereist dat verwezenlijking van de schadeveroorzakende overheidsmaatregel volledig en onherroepelijk vaststaat, dat deze maatregel in detail is uitgewerkt of dat de omvang van de nadelige gevolgen met nauwkeurigheid kan worden bepaald. Beslissend is of op het moment van inves-

tering de mogelijkheid van de schadeveroorzakende overheidsmaatregel zodanig kenbaar was, dat hiermee bij de beslissing tot investering rekening kon worden gehouden (uitspraak van 11 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:763).

uitzondering: rechtsopvolging onder algemene titel of daarmee gelijk te stellen gevallen

80. Actieve risicoaanvaarding mag niet worden tegengeworpen bij rechtsopvolging onder algemene titel of daarmee gelijk te stellen wijzen van verkrijging (uitspraak van 10 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX9702).

Passieve risicoaanvaarding

zichtbaarheid voortekenen nadelige planologische wijziging

81. Voor de beantwoording van de vraag of de aanvrager het risico dat de onder het oude planologische regime bestaande bouw- of gebruiksmogelijkheden op diens perceel zouden vervallen passief heeft aanvaard, is van belang of de voortekenen van de nadelige planologische wijziging al enige tijd zichtbaar waren (uitspraak van 28 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:923).

82. Voor de bevestigende beantwoording van die vraag is voldoende dat, gezien vanuit de positie van een redelijk denkende en handelende eigenaar, aanleiding bestond rekening te houden met de kans dat de planologische situatie ter plaatse zou gaan veranderen in een voor hem ongunstige zin. Daarbij moet rekening worden gehouden met een concreet beleidsvoornemen dat openbaar is gemaakt. Voor voorzienbaarheid is niet vereist dat een dergelijk beleidsvoornemen een formele status heeft (uitspraak van 28 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:923).

openbaarmaking

83. Verder moet de wijze van openbaarmaking van een concreet beleidsvoornemen, wil deze relevant zijn voor het aannemen van voorzienbaarheid, voldoen aan het vereiste dat verwacht mag worden dat een redelijk denkende en handelende eigenaar van die wijze van openbaarmaking zou kennisnemen. Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn als de publicatie van het concrete beleidsvoornemen heeft plaatsgevonden in een door het bestuursorgaan elektronisch uitgegeven publicatieblad en deze publicatiewijze ten tijde van belang voor beleidsvoornemens ook gebruikelijk was. Als algemeen uitgangspunt kan niet worden aanvaard dat van een redelijk denkende en handelende eigenaar verwacht mag worden dat hij de algemene website van het bestuursorgaan regelmatig raadpleegt vanwege de enkele mogelijkheid dat daarop voor hem relevante informatie wordt gepubliceerd (uitspraak van 12 februari 2025, ECLI:NL:RVS:2025:552).

concrete poging tot realisering van vervallen mogelijkheden

84. Indien wordt geoordeeld dat de nadelige planologische wijziging voorzienbaar was, moet vervolgens de vraag beantwoord worden of onder het oude planologische regime een concrete poging tot realisering van de bestaande bouw- en gebruiksmogelijkheden is ondernomen (uitspraak van 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:811). Het risico op verwezenlijking van planologisch nadeel wordt geacht passief te zijn aanvaard als er voorzienbaarheid is en geen concrete poging is gedaan tot realisering van de bouw- en gebruiksmogelijkheden die onder het nieuwe planologische regime zijn komen te vervallen, terwijl dit van een redelijk denkende en handelende eigenaar, vanaf de peildatum voor voorzienbaarheid, kon worden verlangd (uitspraak van 12 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2567).

85. In geval van vervallen bouw mogelijkheden bestaat een concrete poging in vorenbedoelde zin in het indienen van een bouwplan dat zodanig is uitgewerkt, dat het zich laat beoordelen op passendheid binnen het bestemmingsplan en dat in beginsel past binnen de bestaande mogelijkheden van het bestemmingsplan (uitspraak van 12 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2567).

86. Indien de vervallen bouw mogelijkheden ruimer waren dan de mogelijkheden die in het ingediende bouwplan zijn benut, wordt het vervallen van de ruimere bouw mogelijkheden geacht passief te zijn aanvaard (uitspraak van 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4184).

87. Het is, in geval van een beroep door het bestuursorgaan op passieve risicoaanvaarding, aan de aanvrager om aannemelijk te maken dat hij op de peildatum de bij de inwerkingtreding van het nieuwe bestemmingsplan vervallen planologische mogelijkheden van het perceel had benut dan wel een concrete poging daartoe had gedaan, indien het bestuursorgaan gemotiveerd heeft aangevoerd dat dit niet het geval is geweest (uitspraak van 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4598).

88. Van een redelijk denkende en handelende eigenaar kan niet worden verwacht een bouwplan op te stellen en in te dienen, wetende dat een besluit op een aanvraag om bouwvergunning moet worden aangehouden en dat er een grote kans bestaat op voortzetting van de voorbereidingsbescherming (uitspraak van 2 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK5083).

Normaal maatschappelijke risico drempel van 2 procent

89. De drempel van 2 procent van artikel 6.2, tweede lid, van de Wro is een minimum forfait, dat geldt voor alle gevallen waarin

is verzocht om tegemoetkoming in planschade ten gevolge van een wijziging van het planologische regime van percelen van een derde (de zogenoemde indirecte planschade) in de vorm van waardevermindering of inkomensderving, ongeacht de vraag of de schadeveroorzakende planologische maatregel als een normale maatschappelijke ontwikkeling kan worden aangemerkt (uitspraak van 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2071).

90. Artikel 6.2, tweede lid, van de Wro is een dwingendrechtelijke bepaling. Een bestuursorgaan heeft niet de vrijheid om het minimum forfait niet toe te passen (uitspraak van 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9537).

91. Er is geen grond voor het oordeel dat de toepassing van artikel 6.2, tweede lid, van de Wro in het algemeen in strijd is met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (uitspraak van 12 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2858).

motivering normaal maatschappelijk risico

92. Artikel 6.2, eerste lid, van de Wro heeft zelfstandige betekenis. Niet mag worden volstaan met een beoordeling of bijzondere omstandigheden zijn gebleken op grond waarvan een groter deel dan 2 procent van de waarde van de onroerende zaak als bedoeld in artikel 6.2, tweede lid, aanhef en onder b, van de Wro voor rekening van de aanvrager blijft (uitspraak van 5 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX6492).

93. Het bestuursorgaan moet de beantwoording van de vraag of de schade binnen het normale maatschappelijke risico valt naar behoren motiveren. Het is in beginsel met het oog op de uniformiteit en de voorspelbaarheid van de eventuele tegemoetkoming in schade aanvaardbaar dat het bestuursorgaan ten aanzien van het normale maatschappelijke risico of normale ondernemersrisico werkt met een vaste drempel. Dat komt de rechtszekerheid ten goede, aangezien de vraag of schade buiten het normale maatschappelijke risico of normale ondernemersrisico valt daarmee eenvoudig kan worden beantwoord. Het bestuursorgaan zal, als daartoe op grond van de door de benadeelde verschaft gegevens aanleiding bestaat, moeten beoordelen of deze drempel ook onverkort toepassing kan vinden in de omstandigheden van het geval (uitspraak van 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2071).

94. Naarmate een bestuursorgaan een hogere drempel of korting hanteert, geldt dat er zwaardere eisen aan de motivering worden gesteld (uitspraak van 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2071).

artikel 6.2, eerste lid: toetsingsmaatstaf

95. De vraag of schade als gevolg van een planologische ontwikkeling als bedoeld in artikel 6.2, eerste lid, van de Wro tot het normale maatschappelijke risico behoort, moet worden beantwoord met inachtneming van alle van belang zijnde omstandigheden van het geval (uitspraak van 29 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV7254).

vaststellen drempel

96. Voor het antwoord op de vraag of schade binnen het normale maatschappelijke risico valt, is onder meer van belang of de desbetreffende planologische ontwikkeling als een normale maatschappelijke ontwikkeling kan worden beschouwd, waarmee de aanvrager rekening had kunnen houden in die zin dat die ontwikkeling in de lijn der verwachtingen lag, ook al bestond geen concreet zicht op de omvang waarin, de plaats waar en het moment waarop deze ontwikkeling zich zou voordoen (uitspraak van 29 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV7254).

97. De omstandigheid dat een bepaalde planologische ontwikkeling een normale maatschappelijke ontwikkeling is, betekent op zichzelf nog niet dat deze planologische ontwikkeling in de lijn der verwachtingen lag (uitspraak van 29 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3851). Of sprake is van een normale maatschappelijke ontwikkeling, wordt namelijk los van de omstandigheden van het geval beoordeeld. Of de ontwikkeling in de lijn der verwachtingen lag, wordt wel beoordeeld met inachtneming van de omstandigheden van het geval.

98. Bij de beantwoording van de vraag of de ontwikkeling in de lijn der verwachtingen lag, komt in ieder geval betekenis toe aan de mate waarin de ontwikkeling naar haar aard en omvang binnen de ruimtelijke structuur van de omgeving en het gedurende een reeks van jaren gevoerde ruimtelijke beleid past (uitspraak van 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:986).

99. Bij de beantwoording van de vraag wat de ruimtelijke structuur van de omgeving in een concreet geval inhoudt, geldt als uitgangspunt dat deze bepaald wordt door het planologische regime dat, onmiddellijk vóór de inwerking-treding van de schadeveroorzakende planologische maatregel, gold voor de directe omgeving van het plangebied van de beweerdelijk schadeveroorzakende planologische maatregel (uitspraak van 26 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2032). Aan de feitelijke inrichting van het plangebied of de directe omgeving daarvan, onmiddellijk vóór de inwerkingtreding van de schadeveroorzakende planologische maatregel, komt dus in beginsel geen betekenis toe. Verder is de nieuwe ruimtelijke structuur, die is ontstaan onder het regime van de beweerdelijk schadeveroorzakende maatregel, niet

van belang (uitspraak van 2 oktober 2024, ECLI:NL:RVS:2024:3945).

100. De Afdeling heeft voor het bepalen van de hoogte van de drempel de volgende handvatten gegeven. Indien de ontwikkeling naar haar aard en omvang binnen de ruimtelijke structuur van de omgeving en het gedurende een reeks van jaren gevoerde ruimtelijke beleid past, mag het bestuursorgaan een drempel van 5 procent van de waarde van de onroerende zaak toepassen. Indien aan één van beide indicatoren maar voor een deel wordt voldaan, is het hanteren van een drempel van 4 procent in beginsel aangewezen. Indien aan één van beide indicatoren in zijn geheel niet wordt voldaan of indien aan beide indicatoren deels wordt voldaan, is het hanteren van een drempel van 3 procent in beginsel aangewezen. Indien slechts aan één van beide indicatoren voor een deel wordt voldaan, of indien aan beide indicatoren in het geheel niet wordt voldaan, is in beginsel het toepassen van het minimumforfait van 2 procent, zoals bedoeld in artikel 6.2, tweede lid, aanhef en onder b, van de Wro, aangewezen (uitspraak van 3 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2402).

andere omstandigheden

101. Omstandigheden die verder van belang kunnen zijn, zijn de afstand van de locatie waar de ontwikkeling heeft plaatsgevonden tot de onroerende zaak van de aanvrager en de aard en de omvang van het door de ontwikkeling veroorzaakte nadeel. De afstand is alleen relevant bij het beantwoorden van de vraag of de ontwikkeling naar haar aard en omvang binnen de ruimtelijke structuur van de omgeving past en/of past binnen het gedurende een reeks van jaren gevoerde ruimtelijke beleid. Aan die afstand komt geen zelfstandige betekenis toe, omdat de omvang van de waardevermindering van onroerende zaken wordt bepaald door de afstand van de onroerende zaak tot de locatie waar de ontwikkeling heeft plaatsgevonden, zodat het ervoor wordt gehouden dat die afstand al in de waardevermindering van de onroerende zaak is verdisconteerd (uitspraak van 8 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2620).

102. De bijzondere omstandigheid dat het om een zeer ingrijpende planologische ontwikkeling gaat die tot een uitzonderlijk hoge schade heeft geleid in verhouding tot de waarde van de onroerende zaak, kan, onder omstandigheden, leiden tot een verlaging van de drempel van het normale maatschappelijke risico (uitspraak van 22 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:214). Bij indirecte planschade kan de drempel niet lager zijn dan het minimumforfait van 2 procent.

normale maatschappelijke risico in mindering per planologische maatregel

103. Wanneer verzocht is om tegemoetkoming in schade die het gevolg is van verscheidene planologische besluiten, moet in beginsel voor iedere planologische maatregel een vergelijking worden gemaakt met het daarvoor heersende planologische regime en moet in beginsel op elk schadebedrag, dat volgt uit die vergelijkingen, het normale maatschappelijke risico in mindering worden gebracht (uitspraak van 20 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3126).

104. Op deze regel wordt een uitzondering gemaakt ingeval de elkaar opvolgende planologische maatregelen zo nauw met elkaar verweven zijn, dat de voor- en nadelen die uit de maatregelen voortvloeien moeten worden geacht voort te vloeien uit één en dezelfde maatregel (uitspraak van 18 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:855).

normale maatschappelijke risico en risicoaanvaarding

105. Het normale maatschappelijke risico en risicoaanvaarding zijn zelfstandige criteria voor de beoordeling van de vergoedbaarheid van schade. Indien een planologische ontwikkeling geheel voorzienbaar is, hoeft de omvang van de schade niet te worden bepaald en hoeft de vraag of de eventuele schade tot het normale maatschappelijke risico behoort, niet beantwoord te worden (uitspraak van 8 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2109).

106. Voor het antwoord op de vraag of, en zo ja, in hoeverre de schade binnen het normale maatschappelijke risico valt, is - anders dan bij de beoordeling of risicoaanvaarding kan worden tegengeworpen - de situatie ten tijde van de aankoop van de onroerende zaak niet van belang (uitspraak van 2 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1381).

107. De omstandigheid dat de schade ten tijde van de aankoop niet voorzienbaar was, laat onverlet dat de planologische ontwikkeling in de lijn der verwachtingen kan liggen en dat de schade binnen het normale maatschappelijke risico valt (uitspraak van 28 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:875).

108. Wanneer de planologische ontwikkeling gedeeltelijk voorzienbaar was, wordt bij de beantwoording van de vraag of de schade geheel of gedeeltelijk binnen het normale maatschappelijke risico valt, uitgegaan van het schadebedrag dat resteert na aftrek van dat deel van de schade dat voorzienbaar was ten tijde van de aankoop (uitspraak van 8 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2109).

toetsing door de bestuursrechter

109. De vaststelling van de omvang van het normale maatschappelijke risico is in de eerste plaats aan het bestuursorgaan, dat daarbij beoordelingsruimte toekomt (uitspraak van 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4668).

110. Het bestuursorgaan moet deze vaststelling naar behoren motiveren. Indien de beroepsgronden daartoe aanleiding geven, toetst de rechter deze motivering en kan hij, indien de gegeven motivering niet volstaat, in het kader van de definitieve beslechting van het geschil op grond van artikel 8:41a van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) de omvang van het normale maatschappelijke risico zelf vaststellen door in een concreet geval zelf te bepalen welke drempel of korting redelijk is, met inachtneming van het bepaalde in het tweede lid van artikel 6.2 van de Wro (uitspraak van 21 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2502).

Schadebeperking

111. De plicht om de schade te beperken als bedoeld in artikel 6.3, aanhef en onder b, van de Wro gaat niet zo ver, dat de benadeelde zijn keuze uitsluitend moet laten bepalen door wat het minst nadelig is voor het bestuursorgaan (uitspraak van 3 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4413). Mede daarom kan niet zonder meer worden aangenomen dat van een aanvrager redelijkerwijs gevergd kan worden dat hij afziet van verkoop en overdracht van een onroerende zaak, omdat daardoor compensatie in natura van planschade die de aanvrager ten aanzien van deze onroerende zaak heeft geleden onmogelijk zou worden gemaakt (uitspraak van 17 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:554).

Tegemoetkoming anderszins verzekerd

112. Planschade komt ingevolge artikel 6.1, eerste lid, van de Wro slechts voor tegemoetkoming in aanmerking, voor zover de tegemoetkoming niet voldoende anderszins is verzekerd.

rekening houden met alle relevante feiten en omstandigheden

113. Bij de beantwoording van de vraag of de tegemoetkoming in schade voldoende anderszins is verzekerd, moet rekening worden gehouden met alle relevante feiten en omstandigheden (uitspraak van 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:182). Voldoende voor de conclusie dat op andere wijze in tegemoetkoming in de geleden planschade is voorzien, is dat deze conclusie op grond van objectieve gegevens gerechtvaardigd is (uitspraak van 19 juli 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY4221).

compensatie door derden

114. Tegemoetkoming in planschade kan in voorkomende gevallen ook door een van een derde ontvangen vergoeding voldoende verzekerd worden geacht (uitspraak van 15 maart 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AV5061).

compensatie in natura

115. Tegemoetkoming in planschade kan in voorkomende gevallen bestaan uit compensatie in natura, in welk geval schadevergoeding in geld achterwege kan blijven, omdat tegemoetkoming in de schade anderszins is verzekerd (uitspraak van 1 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ9072). De voorkeur van degene die schade lijdt voor een bepaalde wijze van compenseren is daarbij niet doorslaggevend (uitspraak van 9 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3767). Het bestuursorgaan mag bij het tegemoetkomen in de schade uitgaan van de wijze van compenseren die de laagste kosten met zich brengt (uitspraak van 9 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3767).

116. Het is niet noodzakelijk dat de schade al ten tijde van het ontstaan daarvan in natura is gecompenseerd. Het gaat er om of ten tijde van de beslissing op de aanvraag om tegemoetkoming in planschade die tegemoetkoming voldoende anderszins is verzekerd (uitspraak van 5 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:305).

117. Bij compensatie in natura is voorafgaande vaststelling van de schade in geld niet noodzakelijk (uitspraak van 18 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1866).

- compensatie in natura bij directe planschade

118. Compensatie in natura kan bij planschade in de vorm van waardevermindering ten gevolge van een wijziging van het planologische regime van de onroerende zaak van de aanvrager onder meer bestaan uit een herstel van de door een wijziging van het planologische regime weggevalen bouw- of gebruiksmogelijkheid. In dat geval kan tegemoetkoming in geld achterwege blijven, omdat de (tegemoetkoming in) schade anderszins is verzekerd (uitspraak van 27 april 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT4747).

- compensatie in natura bij indirecte planschade

119. Het wegnemen van schade kan bij indirecte planschade onder meer bestaan uit herstel van de door een wijziging van het planologische regime verruimde bouw- of gebruiksmogelijkheden van gronden van derden, of door het alsnog verbinden van beperkende bouw- of gebruiksvoorschriften aan het nieuwe planologische regime (uitspraak van 1 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ9072).

- geen afhankelijkheid van toekomstige onzekere gebeurtenis

120. Tegemoetkoming in schade door compensatie in natura is niet voldoende anderszins verzekerd, wanneer deze afhankelijk is van een toekomstige, onzekere gebeurtenis (uitspraak van 5 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:305).

121. Wanneer het, gelet op de planologische procedures die moeten worden gevoerd ten behoeve van het planologische regime dat voorziet in compensatie in natura, niet geheel zeker is of dit planologische regime in werking zal treden, betekent dit niet zonder meer dat compensatie in natura zinledig is, indien het bestuursorgaan een zodanige toezegging heeft gedaan dat de onzekerheid over de planologische procedures voldoende is ondervangen (uitspraak van 9 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3767).

122. Daarbij komt in voorkomende gevallen betekenis toe aan de omstandigheid of met deze toezegging met voldoende zekerheid vaststaat dat, mocht blijken dat compensatie in natura niet tot stand kan worden gebracht, de hoogte van het alsnog uit te betalen bedrag na inwinning van advies bij een ter zake kundige, onafhankelijke planschadeadviseur, zal worden vastgesteld en dat dit bedrag zal worden vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van de ontvangst van de aanvraag. Voorts komt in voorkomende gevallen ook betekenis toe aan de omstandigheid of de compenserende voorziening, gedurende een voldoende lange periode, ook wordt geboden aan rechtsopvolgers onder algemene en bijzondere titel (uitspraak van 18 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1863).

Kosten van rechtsbijstand en andere deskundige bijstand

123. Indien het bestuursorgaan een tegemoetkoming als bedoeld in artikel 6.1 van de Wro toekent, vergoedt het op grond van artikel 6.5, aanhef en onder a, van de Wro daarbij tevens de redelijkerwijs gemaakte kosten van rechtsbijstand en andere deskundige bijstand.

geen plicht ambtshalve te vergoeden

124. Het bestuursorgaan is niet gehouden om de in verband met de behandeling van de aanvraag opgekomen kosten ambtshalve te vergoeden (uitspraak van 12 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:450).

geen vergoeding als geen tegemoetkoming wordt toegekend

125. Wanneer geen tegemoetkoming wordt toegekend, komen de in verband met de behandeling van de aanvraag opgekomen kosten niet voor vergoeding in aanmerking (uitspraak van 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:529).

geen vergoeding kosten verband houdend met indiening aanvraag

126. In de regel komen de kosten die de aanvrager met betrekking tot de indiening van de aanvraag heeft gemaakt niet voor vergoeding in aanmerking, omdat de aanvrager kan weten dat het bestuursorgaan gehouden is advies te vragen aan een onafhankelijke deskundige en het in de hiervoor vermelde zin niet redelijk is, zonder dat advies af te wachten, een eigen adviseur in te schakelen (uitspraak van 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4690).

dubbele redelijkheidstoets bij kosten vanaf (concept)advies

127. Kosten die de aanvrager heeft gemaakt vanaf het moment dat de door het bestuursorgaan ingeschakelde deskundige een conceptadvies dan wel advies over de aanvraag aan het bestuursorgaan heeft uitgebracht tot het moment dat het bestuursorgaan op de aanvraag een besluit heeft genomen waartegen rechtsmiddelen kunnen worden ingesteld, kunnen voor vergoeding in aanmerking komen, indien het inroepen van bijstand redelijk was en de daarmee gemoeide kosten redelijk zijn (uitspraak van 12 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:450).

maatstaf redelijkheid inroepen deskundige

128. Voor het antwoord op de vraag of het inroepen van niet-juridische deskundige bijstand redelijk was, kan in het algemeen als maatstaf worden gehanteerd of de aanvrager, gezien de feiten en omstandigheden zoals die bestonden ten tijde van de inroeping, ervan mocht uitgaan dat de deskundige een relevante bijdrage zou leveren aan een voor hem gunstige beantwoording door het bestuursorgaan van een voor de beslissing op de aanvraag mogelijk relevante vraag (uitspraak van 12 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5895). Voor een vergoeding van deze kosten is geen plaats, indien het ingebrachte rapport weliswaar afkomstig is van een persoon of instantie die als deskundig is aan te merken ter zake van de specifieke vragen die in de procedure aan de orde zijn, maar het door die deskundige uitgebrachte rapport op geen van die specifieke vragen betrekking heeft (uitspraak van 9 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5293).

129. Niet van belang is of het commentaar van de door de aanvrager ingeschakelde deskundige heeft geleid tot aanpassing van het advies van de door het bestuursorgaan ingeschakelde deskundige (uitspraak van 12 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:450).

rechtsbijstand en andere deskundige bijstand

130. Kosten van rechtsbijstand kunnen niet worden aangemerkt als deskundigenkosten (uitspraak van 26 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:599).

131. Een deskundige wordt, in tegenstelling tot een gemachtigde, in beginsel geacht onpartijdig te adviseren. De kosten voor de gemachtigde van de aanvrager kunnen daarom niet als deskundigenkosten worden vergoed voor zover deze het optreden als deskundige betreffen (uitspraak van 8 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2148).

omvang kosten

132. De tarieven van het Besluit proceskosten bestuursrecht zijn niet van toepassing op de bepaling van de omvang van de voor vergoeding in aanmerking komende kosten als bedoeld in artikel 6.5, aanhef en onder a, van de Wro (uitspraak van 12 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:450). Bepalend voor de redelijkheid van de omvang van de kosten als bedoeld in artikel 6.5, aanhef en onder a, van de Wro, is of deze in verhouding tot de verrichte werkzaamheden staan en redelijk zijn (uitspraak van 12 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:450).

133. Onder omstandigheden, onder meer wanneer de aanvrager de kosten niet inzichtelijk heeft gemaakt, wordt aanvaard dat bij de tarieven van het Besluit proceskosten bestuursrecht aansluiting wordt gezocht (uitspraak van 26 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4272).

Wettelijke rente

134. Indien het bestuursorgaan een tegemoetkoming als bedoeld in artikel 6.1 van de Wro toekent, vergoedt het daarbij tevens de wettelijke rente, te rekenen met ingang van de datum van ontvangst van de aanvraag. In geval de aanvraag is ingediend voordat het schadeveroorzakende besluit onherroepelijk is geworden, geldt de datum van onherroepelijk worden als begindatum (uitspraak van 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9562).

135. Voor de berekening van de hoogte van de wettelijke rente wordt aansluiting gezocht bij de regeling van de gewone wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 van het Burgerlijk Wetboek en niet bij de artikelen 6:119a en 6:119b van het Burgerlijk Wetboek, betreffende de wettelijke rente die voortvloeit uit een handelsovereenkomst. Van een handelsovereenkomst als bedoeld in de artikelen 6:119a en 6:119b van het Burgerlijk Wetboek is alleen sprake bij een overeenkomst naar burgerlijk recht. Met de toekenning op aanvraag van een tegemoetkoming in de planshade wordt een publiekrechtelijk rechtsgevolg in het leven geroepen. Dit rechtsgevolg houdt in dat het bestuursorgaan verplicht is die vergoeding aan de aanvrager uit te keren. Die uitkering vloeit niet voort uit een handelsovereenkomst naar burgerlijk recht, maar uit een publiekrechtelijke rechtsbetrekking (uitspraak van 13 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:777).

136. Het bestuursorgaan is niet gehouden tot het betalen van wettelijke rente over het eventueel, op grond van artikel 6.4, vierde lid, van de Wro, terug te storten drempelbedrag. De verplichting tot terugbetaling van het drempelbedrag ontstaat immers pas indien de aanvraag om vergoeding van planschade geheel of gedeeltelijk is toegewezen, zodat voor een rentevergoeding wegens vertraging in de betaling geen grond is (uitspraak van 19 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1057).

Procedurele aspecten belanghebbende

137. Indien een verzoeker gemotiveerd stelt dat hij zelf schade als bedoeld in artikel 6.1, eerste lid, van de Wro lijdt of zal lijden en dat hij zelf aanspraak maakt op tegemoetkoming hierin, is die stelling in beginsel voldoende voor het oordeel dat die verzoeker belanghebbende als bedoeld in artikel 1:3, derde lid, van de Awb is. Of deze verzoeker zich terecht op het standpunt stelt dat hij zelf als gevolg van de inwerkingtreding van het nieuwe bestemmingsplan schade lijdt of zal lijden, is een kwestie die wordt betrokken bij de inhoudelijke beoordeling van de aanvraag (uitspraak van 28 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3968).

138. Uit de tekst en geschiedenis van de totstandkoming van artikel 6.4a, tweede lid, van de Wro valt niet af te leiden dat de verzoeker die een overeenkomst als bedoeld in het eerste lid heeft gesloten, slechts belanghebbende in de zin van deze bepaling is bij een besluit tot toekening van een tegemoetkoming in planschade. Dat een bestuursorgaan niet heeft besloten tot het toekennen van een tegemoetkoming in planschade, maar bijvoorbeeld slechts heeft bepaald dat een besluit tot het niet in behandeling nemen van een aanvraag wordt herroepen en een aanvraag alsnog in behandeling wordt genomen, betekent dus niet dat een verzoeker als bedoeld in artikel 6.4a, tweede lid, van de Wro geen belanghebbende bij zo'n besluit is (uitspraak van 28 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3968).

beslissing eerst na onherroepelijk worden schade- oorzaak

139. Op een aanvraag om tegemoetkoming in planschade kan eerst inhoudelijk worden beslist na de datum van onherroepelijk worden van het schadeveroorzakende besluit. Een dergelijke aanvraag moet dus na laatstgenoemde datum worden ingediend. Het bestuursorgaan kan een voordien ingediende aanvraag aanhouden, dan wel - als voortijdig gedaan - afwijzen. Een dergelijke afwijzende beslissing staat niet in de weg aan toepassing van artikel 6.1 van de Wro nadat het gestelde schadeveroorzakende besluit onherroepelijk

is geworden (uitspraak van 15 januari 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF2905).

140. Indien het besluit dat de door de aanvrager gestelde schade heeft veroorzaakt, door de bestuursrechter is vernietigd, mag het bestuursorgaan alleen al daarom de aanvraag om tegemoetkoming in planschade afwijzen (uitspraak van 3 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2225).

verjaring

141. In artikel 6.1, vierde lid, van de Wro is bepaald dat een aanvraag voor een tegemoetkoming in schade ten gevolge van een oorzaak als bedoeld in het tweede lid, onder a, b, c, e, f of g, moet worden ingediend binnen vijf jaar na het moment waarop die oorzaak onherroepelijk is geworden.

142. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling (Kamerstukken II, 2002-2003, 28 916, nr. 3, p. 65) blijkt dat de wetgever bij het stellen van deze termijn aansluiting heeft gezocht bij artikel 3:310 van het Burgerlijk Wetboek. Ingevolge het eerste lid van dat artikel verjaart een rechtsvordering tot vergoeding van schade of tot betaling van een bedongen boete door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade of de opeisbaarheid van de boete als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt of de boete opeisbaar is geworden.

143. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad (onder meer het arrest van 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635) over artikel 3:310 van het Burgerlijk Wetboek blijkt dat een beroep op verjaring in uitzonderlijke gevallen onaanvaardbaar kan zijn. In lijn daarmee kan ook een beroep op de vijfjaarstermijn van artikel 6.1, vierde lid, van de Wro in uitzonderlijke gevallen onaanvaardbaar zijn en zal deze termijn daarom niet aan de aanvrager mogen worden tegengeworpen (uitspraak van 22 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:714).

144. De dag na het onherroepelijk worden van het schadeveroorzakende besluit is de eerste dag van de vijfjaarstermijn.

145. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 6.1, vierde lid, van de Wro valt niet af te leiden dat in die bepaling een andere termijn dan in artikel 3:310 van het Burgerlijk Wetboek beoogd is (uitspraak van 18 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:792). Verder is in artikel 4:131 van de Awb - de opvolger van artikel 6.1,

vierde lid, van de Wro - eveneens bepaald dat de termijn pas begint te lopen op de volgende dag.

aanwijzing adviseur

146. Uit artikel 6.1.3.2 van het Besluit ruimtelijke ordening (hierna: het Bro) volgt dat het bestuursorgaan in planschadezaken in beginsel verplicht is een adviseur aan te wijzen die een advies uitbrengt over de op de aanvraag om tegemoetkoming in planschade te nemen beslissing. In andere nadeelcompensatiezaken kan deze verplichting volgen uit artikel 3:2 van de Awb, bijvoorbeeld in zaken waarin beantwoording nodig is van een of meer vragen, waarvoor specialistische kennis of ervaring is vereist waarover alleen een deskundige beschikt.

Daarbij rust op het bestuursorgaan een vergewisplicht over de kwaliteiten van de aangewezen adviseur, te weten diens onafhankelijkheid, onpartijdigheid en deskundigheid. Deze vergewisplicht is voor de wettelijk adviseur neergelegd in artikel 3:9 van de Awb en volgt voor andere adviseurs uit artikel 3:2 van de Awb.

Verder volgt uit artikel 6.1.3.3, tweede lid, aanhef en onder d, van het Bro dat het bestuursorgaan zich in planschadezaken, voorafgaand aan de aanwijzing van een adviseur, ervan moet vergewissen of deze voldoet aan de aan een adviseur te stellen kwaliteitseisen. Voor andere nadeelcompensatiezaken kan deze verplichting besloten liggen in artikel 3:2 van de Awb, voor zover daarin een vraag aan de orde is voor de beantwoording waarvan specialistische kennis of ervaring is vereist, waarover slechts een deskundige beschikt (vergelijk uitspraak van 12 juni 2024, ECLI:NL:RVS:2024:2405).

- onafhankelijkheid adviseur

147. Een persoon of commissie is, mede gelet op wat is bepaald in artikel 6.1.1.1, aanhef en onder c, van het Bro en in artikel 3:5 van de Awb, onafhankelijk wanneer die geen deel uitmaakt van of werkzaam is onder verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan waaraan wordt geadviseerd.

- onpartijdigheid adviseur

148. Wanneer de schijn is gewekt dat de door het bestuursorgaan benoemde adviseur niet onpartijdig is, mag het bestuursorgaan het advies van deze adviseur niet aan zijn besluitvorming ten grondslag leggen.

149. De schijn van partijdigheid kan worden gewekt door een deskundige die in het ene geval door een bestuursorgaan wordt ingeschakeld om een onafhankelijk advies uit te brengen, terwijl deze deskundige of anderen die van hetzelfde samenwerkingsverband deel uitmaken, gelijktijdig of betrekkelijk kort voorafgaande aan de verlening van de opdracht tot advisering als deskundige, in een of meer andere gevallen hetzelfde

bestuursorgaan, de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort of andere organen die deel uitmaken van dezelfde rechtspersoon, als advocaat of gemachtigde heeft, respectievelijk hebben bijgestaan of geadviseerd.

150. Indien een bestuursorgaan zich, ter onderbouwing van een besluit over een aanvraag om een tegemoetkoming in planschade, beroept op een advies van een onafhankelijke deskundige, ligt het op de weg van dit bestuursorgaan zich te vergewissen van de onpartijdigheid van de geraadpleegde deskundige. Een aanvrager mag er in beginsel op vertrouwen dat een bestuursorgaan hieraan voldoet. Hierbij is van belang dat een bestuursorgaan beter in staat is dan een aanvrager om na te gaan of de (beoogde) adviseur en/of zijn kantoorgenoten het bestuursorgaan, de rechtspersoon waarvan het bestuursorgaan deel uitmaakt en/of een ander bestuursorgaan dat deel uitmaakt van dezelfde rechtspersoon in het nabije verleden hebben geadviseerd en/of bijgestaan in juridische procedures (uitspraak van 13 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1970).

- deskundigheid taxateur

151. Voor de wijze waarop een bestuursorgaan zich kan vergewissen van de deskundigheid van een te benoemen taxateur van onroerende zaken in planschadezaken en in andere nadeelcompensatiezaken, is het volgende van belang (uitspraak 24 juli 2024, ECLI:NL:RVS:2016:1970).

Een bestuursorgaan mag in beginsel op voorhand uitgaan van de deskundigheid van een taxateur die in de juiste hoedanigheid volwaardig lid is van een relevante beroepsorganisatie. Een relevante beroepsorganisatie is: een organisatie met leden die beroepsmatig taxaties uitvoeren, ook in planschadezaken, voor het lidmaatschap eisen stelt aan opleiding en ervaring op het gebied van taxeren, vereist dat haar leden aantoonbaar hun taxatiekennis en -ervaring op peil houden en die voorziet in tuchtrecht voor haar leden. Een taxateur is in de juiste hoedanigheid lid van een relevante beroepsorganisatie als uit het lidmaatschap volgt dat die taxateur beschikt over de kennis, kunde en ervaring die nodig is om de onroerende zaak in de voorliggende planschadezaak te taxeren.

Het is mogelijk dat een taxateur die niet of niet in de juiste hoedanigheid lid is van een relevante beroepsorganisatie wel beschikt over de kennis, kunde en ervaring die nodig is om onroerende zaken in een voorliggende planschadezaak te taxeren. Zo kan een taxateur lid zijn van een relevante beroepsorganisatie, maar niet in de juiste hoedanigheid. Of een taxateur is weliswaar in de juiste hoedanigheid volwaardig lid van een beroepsorganisatie, maar deze organisatie voldoet niet aan alle voorwaarden om als relevant te worden aangemerkt. Als een bestuursorgaan het voornemen heeft

om in een concrete planschadezaak een dergelijke taxateur te benoemen, dan ligt het in de rede dat het de te benoemen taxateur verzoekt een (eventueel aanvullende) deskundigheidsverklaring over te leggen. In een deskundigheidsverklaring motiveert een taxateur, voor zover het zijn deskundigheid betreft, waarom hij objectief bezien en controleerbaar kan worden aangemerkt als deskundige ter zake van het taxeren van een object als in de betreffende zaak aan de orde, door informatie te verstrekken over zijn eventuele lidmaatschappen van (relevante) beroepsorganisaties, in welke hoedanigheid hij daarvan lid is, (daaruit blijken) relevante opleiding, gevolgde permanente educatie en ervaring met het taxeren van onroerende zaken in planschadezaken. Een deskundigheidsverklaring kan deel uitmaken van een verklaring van een adviseur (in dit geval: een taxateur) die informatie bevat op grond waarvan het bestuursorgaan zich kan vergewissen van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de adviseur in de betreffende zaak. Vergelijk de uitspraak van 24 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:374.

Als een taxateur in de juiste hoedanigheid lid is van een relevante beroepsorganisatie, vermeldt het bestuursorgaan in de kennisgeving over de voorgenomen benoeming aan partijen, als bedoeld in artikel 6.1.3.3, tweede lid, onder d, van het Bro, het lidmaatschap van die relevante beroepsorganisatie en die hoedanigheid van de taxateur. In het andere geval voegt het bestuursorgaan de deskundigheidsverklaring van de te benoemen taxateur bij deze kennisgeving. Partijen hebben dan de mogelijkheid om zich voorafgaand aan het uitbrengen van een advies uit te laten over onder meer de deskundigheid van een aan te wijzen taxateur. Hierdoor kunnen procedures hierover worden voorkomen, dan wel kan al in een vroegtijdig stadium van de procedure duidelijkheid worden verkregen over de vraag of, en zo ja, waarom op dit punt is voldaan aan de vergewisplicht.

- bestuursorgaan mag op advies van deskundige afgaan

152. Het bestuursorgaan mag op het advies van een deskundige afgaan, nadat het is nagegaan of dit advies op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen, de redenering daarin begrijpelijk is en de getrokken conclusies daarop aansluiten. Deze verplichting is neergelegd in artikel 3:9 van de Awb voor de wettelijk adviseur en volgt uit artikel 3:2 van de Awb voor andere adviseurs. Indien een partij concrete aanknopingspunten voor twijfel aan de zorgvuldigheid van de totstandkoming van het advies, de begrijpelijkheid van de in het advies gevolgde redenering of het aansluiten van de conclusies daarop naar voren heeft gebracht, mag het bestuursorgaan niet zonder nadere motivering op het advies afgaan. Zo nodig vraagt het bestuursorgaan de adviseur een reactie op wat over het advies is aangevoerd (uitspraak van 16 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3302).

- zorgvuldigheid advisering

153. Het is van belang dat de deskundige zich in zijn advies rekenschap geeft van de verschillende factoren die hij bij zijn beoordeling heeft betrokken, zodat kan worden nagegaan of er geen factoren zijn die hij ten onrechte buiten beschouwing heeft gelaten. Het begroten van planologisch nadeel is echter geen exacte wetenschap. Net als bij het taxeren van onroerende zaken, spelen ook bij de begroting van planschade kennis, ervaring en intuïtie van de deskundige een rol. Van een deskundige kan daarom niet worden verlangd dat hij elke schadefactor op geld waardeert en de bedragen die de verschillende factoren zouden vertegenwoordigen bij elkaar optelt of van elkaar aftrekt (uitspraak van 26 januari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:251).

154. Een concreet aanknopingspunt voor een advies kan bijvoorbeeld worden aangenomen wanneer de waardedaling van een onroerende zaak ten gevolge van een planologische wijziging op basis van louter percentages is bepaald. Dergelijke percentages kunnen in beginsel slechts worden gebruikt ter controle van een waardebeoordeling die op basis van taxatie is bepaald (uitspraak van 24 december 2024, ECLI:NL:RVS:2024:5412). Als zonder goede reden bij een taxatie wordt afgezien van zowel een binnen- als buitenopname, is geen sprake van een zorgvuldige werkwijze (uitspraken van 1 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1436, en 24 december 2024, ECLI:NL:RVS:2024:5412).

bewijslast

155. Op de aanvrager rust in beginsel de bewijslast, indien hij een op een advies van een onafhankelijke en onpartijdige deskundige gebaseerd oordeel van het bestuursorgaan omtrent het bestaan van schade als bedoeld in artikel 6.1 van de Wro (uitspraak van 14 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV8773), omtrent de omvang van deze schade, of omtrent het oorzakelijk verband tussen de gestelde schadeveroorzakende planologische wijziging en de gestelde schade (uitspraak van 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1621), bestrijdt.

156. In beginsel draagt het bestuursorgaan de bewijslast van de feiten op grond waarvan geoordeeld wordt dat de schade redelijkerwijs, geheel of gedeeltelijk, voor rekening van de aanvrager behoort te blijven, of op grond waarvan geoordeeld wordt dat de tegemoetkoming voldoende anderszins verzekerd is.

geen grondentrichter

157. In beginsel kan een belanghebbende een grond voor het eerst in hoger beroep aanvoeren. Dat die belanghebbende die grond redelijkerwijs al bij de rechtbank naar voren had

kunnen brengen, is, op zichzelf, voor de Afdeling geen reden om die grond buiten beschouwing te laten. De zogenoemde grondentrichter wordt dus niet tussen beroep en hoger beroep gehanteerd. Dat neemt niet weg dat er wel enige beperkingen gelden voor het aanvoeren van nieuwe gronden in hoger beroep. Zo zullen gronden die uitdrukkelijk zijn prijsgegeven, buiten beschouwing worden gelaten, indien zij in hoger beroep (opnieuw) worden aangevoerd. Verder kan op een gegeven instemming met een door de rechter in eerste aanleg gekozen werkwijze in hoger beroep niet worden teruggekomen (uitspraak van 9 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:693).

inschakeling deskundige door rechter

158. Op grond van artikel 8:47 van de Awb kan de bestuursrechter een deskundige benoemen voor het instellen van een onderzoek. Dat kan hij bijvoorbeeld doen wanneer, op basis van de door een partij aangevoerde concrete aanknopingspunten voor twijfel, gegronde twijfel bestaat over de juistheid van het advies dat het bestuursorgaan aan zijn besluit ten grondslag heeft gelegd. De bestuursrechter mag in beginsel afgaan op de inhoud van het verslag van een deskundige als bedoeld in artikel 8:47 van de Awb. Dat is slechts anders indien dat verslag onvoldoende zorgvuldig tot stand is gekomen of anderszins zodanige gebreken bevat, dat het niet aan de oordeelsvorming ten grondslag mag worden gelegd (uitspraak van 22 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2287).

definitieve beslechting van het geschil

159. Ingeval een besluit wordt vernietigd, moet de bestuursrechter de mogelijkheden van definitieve beslechting van het geschil onderzoeken, waarbij onder meer aan de orde is of er aanleiding is om met toepassing van artikel 8:72, derde lid, aanhef en onder a, van de Awb de rechtsgevolgen van het besluit in stand te laten dan wel met toepassing van artikel 8:72, derde lid, aanhef en onder b, van de Awb zelf in de zaak te voorzien. Daarvoor is niet vereist dat nog slechts één beslissing mogelijk is.

160. Zelf in de zaak voorzien is evenwel niet mogelijk, indien dat de rechter noopt tot het geven van een oordeel over een gelegenheid waarover partijen zich in de procedure niet of onvoldoende hebben uitgelaten en daartoe ook geen aanleiding bestond (uitspraken van 9 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP3670, en 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1621). (*Enz., Red.*)

NOOT

1. Deze overzichtsuitspraak biedt een actualisatie van de eerste planschade-overzichtsuitspraak van de Af-

deling van 28 september 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2582, *TBR* 2016/173, m.nt. F.A. Linssen & F.A. Mulder). Hoewel in de Omgevingswet afscheid is genomen van de term 'planschade' en het bijbehorende stelsel behoorlijk op de schop is gegaan, blijft de oude planschaderechtspraak relevant. Dat geldt niet alleen vanwege het overgangsrecht, maar ook vanwege de vereisten die van overeenkomstige toepassing zijn op nadeelcompensatie onder de Omgevingswet en de Awb.

2. Sinds de vorige overzichtsuitspraak is bijna negen jaar verstreken. De rechtspraak over planschade is zich sindsdien blijven ontwikkelen, zo illustreert de onderhavige uitspraak.

3. De volgende thema's komen in de overzichtsuitspraak van 6 augustus 2025 aan bod:

- Bevoegdheid bestuursorgaan (rechtsoverweging 7);
- Limitatieve opsomming schadeoorzaken (rechtsoverweging 8 en 9);
- Planologische vergelijking (rechtsoverweging 10 t/m 38);
- Causaal verband (rechtsoverweging 39 t/m 43);
- Schade (rechtsoverweging 44 t/m 60);
- Verrekening voordelen (rechtsoverweging 61 en 62);
- Vergoedbaarheid van planschade (rechtsoverweging 63 en 64);
- Risicoaanvaarding (rechtsoverweging 65 t/m 88);
- Normaal maatschappelijke risico (rechtsoverweging 89 t/m 110);
- Schadebeperking (rechtsoverweging 111);
- Tegemoetkoming anderszins verzekerd (rechtsoverweging 112 t/m 120);
- Kosten van rechtsbijstand en andere deskundige bijstand (rechtsoverweging 123 t/m 133);
- Wettelijke rente (rechtsoverweging 134 t/m 136);
- Procedurele aspecten zoals advisering door deskundigen, bewijs, toetsing door de bestuursrechter en definitieve beslechting van het geschil (rechtsoverweging 137 t/m 160).

4. Wij lichten enkele onderwerpen eruit die opvallen ten opzichte van de vorige overzichtsuitspraak. Waar nodig gaan wij ook in op de vraag hoe die onderwerpen zich verhouden tot het nadeelcompensatiestelsel onder de Omgevingswet.

Planologische vergelijking

5. Ten opzichte van de vorige overzichtsuitspraak staat de Afdeling in deze uitspraak uitgebreider stil bij de planologische vergelijking. De Afdeling bespreekt in hoeverre flexibiliteitsbepalingen in bestemmingsplannen (wijzigingsbevoegdheden, afwijkingsmogelijkheden en ontheffingsmogelijkheden) moeten worden betrokken in de planvergelijking. De hoofdregel is dat flexibiliteitsbepalingen bij de planvergelijking buiten beschouwing worden gelaten. Op die hoofdregel bestaan enkele uitzonderingen, namelijk bij uit te werken bestemmingen (uitwerkingsplannen) en bij sloop- en aanlegvergunningplichten in bestemmingsplannen. De Afdeling bespreekt in de overzichtsuitspraak uitvoerig wanneer deze uitzonderingen al dan niet aan de orde zijn.

6. Wij brengen in herinnering dat onder de Omgevingswet bij indirecte schade afscheid is genomen van de planologische vergelijking. Bij indirecte schade wordt voortaan de schade beoordeeld aan de hand van een feitelijke vergelijking. Het planologische besluit wordt ook niet langer aangemerkt als de schadeoorzaak, maar de verlening van de daarop gebaseerde omgevingsvergunning of, als geen omgevingsvergunning is vereist, de start van de activiteit. De peildatum voor het vaststellen van de schade is dan ook niet langer de datum van inwerkingtreding van het planologische besluit, maar de datum van kennisgeving van de verleende omgevingsvergunning door het bevoegd gezag of het tijdstip waarop met de activiteit is begonnen (zie art. 15.1, 15.3 en 15.4 Omgevingswet). Bij directe schade blijft het systeem grotendeels vergelijkbaar met het stelsel onder de Wro.

7. De Afdeling overweegt verder dat in de planologische vergelijking enkel rekening wordt gehouden met objectief te verwachten gevolgen. Als door het nieuwe planologische regime zorgen over gezondheidsrisico's ontstaan, dan wordt daar alleen rekening mee gehouden als daarvoor aanwijzingen zijn te vinden in wetenschappelijke informatie die op de peildatum beschikbaar was. De Afdeling verwijst daarbij naar haar uitspraak van 29 mei 2024, ECLI:NL:RVS:2024:224. In die uitspraak volgde de Afdeling het advies van de StAB dat er onvoldoende wetenschappelijk bewijs beschikbaar was voor een directe relatie tussen gezondheidsrisico's en het geluid van windturbines. Deze discussie kwam aan de orde in het kader van de vaststelling van de waardevermindering. De Afdeling overwoog dat bij de schade-taxatie niet de subjectieve beleving van appellant van (de gevolgen van) de planologische ontwikkeling bepalend is, maar het antwoord op de vraag of, gezien vanuit de positie van een redelijk denkend en handelend koper, de waarde van de woning is gedaald als gevolg van de in de planvergelijking vastgestelde planologische nadelen van de windturbines in het plangebied. Wij verwachten dat deze rechtspraak onder de Omgevingswet van toepassing blijft, zij het dat de planologische vergelijking enkel nog bij directe schade wordt gehandhaafd.

Causaal verband

8. De Afdeling besteedt ook meer aandacht aan het vereiste van causaal verband dan in haar vorige overzichtsuitspraak. In het planschade- en nadeelcompensatierecht wordt voor de beoordeling van het causaal verband aangesloten bij het civiele recht. Bekend is dat voor het toekennen van een tegemoetkoming in planschade allereerst een rechtstreeks oorzakelijk verband is vereist tussen de schade en het nieuwe planologische regime. Een noodzakelijke voorwaarde is dat de schade niet zou zijn ontstaan zonder de nieuwe planologische maatregel (het *condicio sine qua non*-verband).

9. Daarnaast moet de schade in zodanig verband staan met die maatregel, dat deze schade het betrokken bestuursorgaan, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, de strekking van het schadever-

oorzakende handelen en de mate van verwijdering tussen de schade en de gestelde schadeoorzaak, als een gevolg daarvan kan worden toegerekend en daarom voor tegemoetkoming in aanmerking komt. Daarbij is van belang dat het bij tegemoetkoming in planschade gaat om aansprakelijkheid op grond van (uiteindelijk) het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten. De voor tegemoetkoming in aanmerking komende schade kwalificeert doorgaans als zuivere vermogensschade, terwijl het schadeveroorzakende handelen kan worden aangemerkt als rechtmatig handelen van een bestuursorgaan, welk handelen met het oog op de behartiging van het algemeen belang is verricht. Dat betekent dat er relatief sneller geoordeeld zal worden dat de schade niet in zodanig verband staat met het besluit of het handelen van het bestuursorgaan, dat deze schade als een gevolg daarvan aan het bestuursorgaan kan worden toegerekend. De Afdeling verwijst naar haar uitspraak over tankstation De Lucht van 26 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2025. In die uitspraak oordeelde de Afdeling dat de inkomensschade die het tankstation leed door de opzegging van de exploitatieovereenkomst door Shell wel het gevolg was van het Tracébesluit (het *csqn*-verband), maar dat die schade niet aan de minister kon worden toegerekend omdat deze in een te ver verwijderd verband stond met dat Tracébesluit. Daarbij speelden de aard van de aansprakelijkheid (rechtmatig overheids-handelen), de strekking van het schadeveroorzakende handelen (het nemen van een Tracébesluit) en de aard van de schade (zuivere vermogensschade) een rol.

10. Wij verwachten dat de rechtspraak over het causaal verband onder de Omgevingswet onverkort relevant zal blijven.

Schade

11. Ook op het aspect schade gaat de Afdeling uitgebreid in. De Afdeling overweegt dat op grond van de Wro een vaste peildatum geldt voor de begroting van waardevermindering van een onroerende zaak en voor de vaststelling van inkomensderving. Dit is het moment van de inwerkingtreding van de gestelde schadeveroorzakende planologische maatregel. Bij het bepalen van de hoogte van inkomensschade is van belang of, en zo ja hoe lang, de onderneming na de peildatum nog kon worden voortgezet met dezelfde inkomsten als vóór de inwerkingtreding van het nieuwe planologische besluit.

12. Verder overweegt de Afdeling dat geen rekening wordt gehouden met tijdelijk voordeel dat is verkregen na de datum van verwerving en door het beweerdelijk schadeveroorzakend besluit ongedaan wordt gemaakt. Dit geldt zowel bij directe als indirecte schade.

13. Zoals toegelicht, gelden op grond van de Omgevingswet andere schadeoorzaken en is de peildatum bij indirecte schade afhankelijk van de concrete schadeoorzaak. Voor de gevallen van indirecte schade verschuift de peildatum naar achteren, namelijk naar de datum van kennisgeving van de omgevingsvergunning of start van de activiteit, in plaats van de datum van inwerkingtreding van

het planologische besluit. Het ligt voor de hand dat in die gevallen het voortgezet gebruik na de peildatum korter zal zijn dan het geval zou zijn geweest onder het Wro-stelsel. Dit geldt zeker wanneer de peildatum de start van de activiteit betreft.

Risicoaanvaarding

14. Bij het onderwerp risicoaanvaarding verwijst de Afdeling vooral naar oudere rechtspraak. Een nieuwe toevoeging ten opzichte van de vorige overzichtsuitspraak is het leerstuk van de 'subjectieve voorzienbaarheid'. Met voorzienbaarheid wordt in beginsel bedoeld op objectieve voorzienbaarheid, dat wil zeggen: voorzienbaarheid op basis van een concreet beleidsvoornemen dat openbaar is gemaakt. Niet vereist is dat het bewustzijn van het risico ook daadwerkelijk bij de aanvrager aanwezig was. Indien geen sprake is van een openbaar gemaakt concreet beleidsvoornemen, dan is in beginsel geen sprake van voorzienbaarheid. Echter kunnen specifieke persoonlijke omstandigheden, waardoor de aanvrager feitelijk op de hoogte was van de komende planologische ontwikkeling, leiden tot de conclusie dat er sprake is van 'subjectieve voorzienbaarheid'. Als sprake is van subjectieve voorzienbaarheid, kan het oordeel zijn dat (een deel van) de schade voor eigen rekening moet blijven.

15. Het leerstuk van de risicoaanvaarding blijft onder de Omgevingswet onverkort relevant. De basis voor dit leerstuk betreft art. 4:126 lid 2 onder a Awb. In de Omgevingswet zijn daaraan specifieke bepalingen toegevoegd voor actieve risicoaanvaarding (art. 15.5 Omgevingswet) en passieve risicoaanvaarding (art. 15.6 Omgevingswet). Zie daarover meer in onze annotatie bij ABRvS 21 mei 2025, ECLI:NL:RVS:2025:2318 in TBR 2025/110.

Normaal maatschappelijk risico

16. Vanzelfsprekend kan het leerstuk van het normaal maatschappelijk risico niet ontbreken in de uitspraak. Logischerwijs heeft de Afdeling onder andere verwezen naar haar uitspraak over de handvatten voor het bepalen van de hoogte van de drempel voor het normaal maatschappelijk risico bij indirecte schade van 3 november 2021 (ECLI:NL:RVS:2021:2402, TBR 2021/144, m.nt. F.A. Mulder & C.C. Corsten).

17. Ook interessant is de toevoeging van de Afdeling dat een zeer ingrijpende planologische ontwikkeling die tot een uitzonderlijk hoge schade heeft geleid in verhouding tot de waarde van de onroerende zaak, onder omstandigheden kan leiden tot een verlaging van de drempel van het normale maatschappelijke risico (ABRvS 22 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:214). De Afdeling benadrukt dat bij indirecte planschade de drempel niet lager kan zijn dan het wettelijk minimumforfait van twee procent.

18. Wij merken op dat het wettelijk minimumforfait voor indirecte schade van twee procent uit de Wro in de Omgevingswet is vervangen door een vast forfait van vier procent (art. 15.7 lid 1 Omgevingswet). Voor de gevallen

van indirecte schade waarop het nieuwe recht van toepassing is, zullen de handvatten van de Afdeling dus niet meer nodig zijn.

19. Voor directe schade geldt het vaste wettelijke forfait van vier procent uit de Omgevingswet niet en gelden evenmin de door de Afdeling ontwikkelde handvatten. Het valt ons op dat de Afdeling in de overzichtsuitspraak niet specifiek ingaat op rechtspraak over de hoogte van de drempel voor directe schade. Hopelijk ziet de Afdeling in de toekomst aanleiding om daarover nog meer duidelijkheid te verschaffen. Wij kunnen ons voorstellen dat daaraan in de praktijk ook behoefte bestaat.

Procedurale aspecten

20. Tot slot gaat de Afdeling uitgebreid in op procedurele aspecten, zoals de deskundigheid, onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de door het bestuursorgaan ingeschakelde planschadeadviseur en -taxateur. Daarbij rust op het bestuursorgaan een vergewisplicht ten aanzien van de kwaliteiten van de aangewezen adviseur en/of taxateur, diens onafhankelijkheid, onpartijdigheid en deskundigheid. Ook onderwerpen zoals de bewijslast en het ontbreken van een grondentrichter tussen beroep en hoger beroep passeren de revue.

21. Materieel brengt de Omgevingswet geen veranderingen in deze procedurele onderwerpen. Wel signaleren wij dat een bestuursorgaan in planschadezaken op grond van art. 6.1.3.2 Besluit ruimtelijke ordening in beginsel verplicht is om een adviseur aan te wijzen die advies uitbrengt over het te nemen besluit over de tegemoetkoming in planschade. In andere nadeelcompensatiezaken kan deze verplichting volgen uit art. 3:2 Awb, bijvoorbeeld in zaken waarin specialistische kennis of ervaring is vereist waarover alleen een deskundige beschikt. De Awb en Omgevingswet bevatten geen wettelijke bepaling die de aanwijzing van een adviseur verplicht, ook niet in omgevingsrechtelijke nadeelcompensatiezaken. Onder het nieuwe recht heeft een bestuursorgaan voor de 'klassieke planschadegevallen' dus de mogelijkheid om zelf te beoordelen of de aanwijzing van een adviseur, gelet op de zorgvuldige voorbereiding van het besluit, nodig is.

Conclusie

22. De overzichtsuitspraak is van grote waarde voor iedereen die zich bezighoudt met planschade. Het betreft een actualisatie van de vorige planschade-overzichtsuitspraak van 28 september 2016. In de bijna negen jaren die sindsdien zijn verstreken, heeft de Afdeling weer genoeg rechtspraak gegenereerd om de rechtspraktijk over voor te lichten. De uitspraak draagt bij aan de rechtszekerheid en harmonisatie van het planschaderecht. Gelet op het ruime overgangsrecht, zal het oude planschaderecht de komende jaren nog van groot belang blijven. Bovendien zal de uitspraak ook onder het nieuwe nadeelcompensatierecht op onderdelen als belangrijke leidraad blijven dienen.

F.A. Linssen en C.C. Corsten

Jurisprudentie – IV. Grondbeleid

TBR 2025/146

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 1 oktober 2025, No. 25/906, 25/1781 en 25/1782, ECLI:NL:RBZWB:2025:6581 (Bekrachtiging onteigeningsbeschikking Moerdijk)

(Mr. R.P. Broeders, mr. T. Peters en mr. A.G.J.M. de Weert)

Onteigening. Tweede uitspraak over bekrachtiging onteigeningsbeschikking. Omgevingswet. Belanghebbende. Pachtrecht. Doortrekken lijn Gilze en Rijen

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

Inleiding

Het college van de gemeente Moerdijk (het college) heeft de rechtbank op 11 februari 2025 - namens de raad - verzocht om een onteigeningsbeschikking van 30 januari 2025 te bekrachtigen. Belanghebbenden hebben bedenkingen ingediend tegen die onteigeningsbeschikking. (...)

Het verzoek tot bekrachtiging

De raad is voornemens om de Randweg [plaats] te realiseren ten zuiden van [plaats], tussen de [straat 1] en de [straat 2] in [plaats]. Daar is volgens de raad voor vereist dat vier percelen worden aangekocht:

1. [perceel 1] gedeeltelijk (5.879 m²) (hierna: perceel 1). Dit perceel is in eigendom van belanghebbende 1. Dit is een agrarisch perceel, dat wordt gebruikt voor akkerbouw. Het perceel wordt ingericht als weg met aan weerszijden water (sloot).

2. [perceel 2] gedeeltelijk (588 m²) (hierna: perceel 2). Dit perceel is in eigendom van [naam 5].¹ Dit is een agrarisch perceel, dat wordt gebruikt voor akkerbouw. Het perceel wordt ingericht als weg met aan weerszijden water (sloot).

3. [perceel 3] in zijn geheel (9.411 m²) (hierna: perceel 3). Dit perceel is in eigendom van de Staat (Rijksvastgoedbedrijf) uit Den Haag. [naam 5] is pachter van dit perceel. Dit is een agrarisch perceel, dat wordt gebruikt als grasland. Het perceel wordt ingericht als weg met aan weerszijden water (sloot).

4. [perceel 4] in zijn geheel (13.074 m²) (hierna: perceel 4). Dit perceel is in eigendom van de Staat (Rijksvastgoedbedrijf) uit Den Haag. Belanghebbende 2 is pachter van dit perceel. Dit is een agrarisch perceel, dat wordt gebruikt als grasland. Het

perceel wordt ingericht als weg met aan weerszijden water (sloot).

De raad heeft op 30 januari 2025 een onteigeningsbeschikking vastgesteld en heeft deze op 12 februari 2025 ter inzage gelegd. De raad heeft besloten om:

i. De onroerende zaken die zijn vermeld op de lijst van juni 2024 die behoort bij het besluit tot bekrachtiging ter onteigening aan te wijzen op naam van de gemeente Moerdijk;

ii. De rechtbank Zeeland-West-Brabant, locatie Breda te verzoeken om dit besluit te bekrachtigen;

iii. Het college van burgemeester en wethouders te belasten met de indiening van dit verzoek tot bekrachtiging bij de rechtbank en wel zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen zes weken na de kennisgeving van de terinzagelegging van de onteigeningsbeschikking;

iv. Het college van burgemeester en wethouders op te dragen al datgene te doen (besluiten te nemen dan wel handelingen te verrichten) dat bijdraagt aan de bekrachtiging van het onteigeningsbesluit, waaronder in ieder geval moet worden verstaan het indienen van een verweerschrift;

v. Het college van burgemeester en wethouders op te dragen om bij het wegvallen van de grondslag of de noodzaak van onteigening, de bekrachtigingsprocedure voor de betreffende onroerende zaken te beëindigen;

vi. Het college van burgemeester en wethouders te belasten met de indiening van het verzoek aan de rechtbank tot vaststelling van de schadeloosstelling ten gevolge van de onteigening en de verdere afwikkeling van dat verzoek;

vii. Het college van burgemeester en wethouders te belasten met indiening van het verzoek aan een notaris tot het verlijden van de onteigeningsakte en de verdere afwikkeling van dit verzoek.

Het college heeft de rechtbank op 11 februari 2025 - namens de raad en op grond van art. 16.93, eerste lid, van de Omgevingswet (Ow) - verzocht om de onteigeningsbeschikking te bekrachtigen. Belanghebbenden hebben bedenkingen ingediend tegen die onteigeningsbeschikking.

Planologische grondslag

Vanaf 1 januari 2024 geldt één omgevingsplan voor de gehele gemeente Moerdijk.² Op dit moment bestaat het omgevingsplan onder andere uit 'een tijdelijk deel'.³ Dat tijdelijk deel wordt onder

¹ Er is een opstalrecht nutsvoorzieningen op een ander gedeelte van het perceel ten behoeve van Enexis uit 's-Hertogenbosch. Dat opstalrecht is voor de onteigening niet relevant, omdat het geen betrekking heeft op het deel van het perceel dat is betrokken in de onteigeningsbeschikking.

² Art. 4.2 Ow.

³ Art. 22.1 Ow.

andere gevormd door de kaarten en regels uit het bestemmingsplan dat vóór 1 januari 2024 op de percelen van toepassing was: het bestemmingsplan 'Randweg [plaats]', dat is vastgesteld op 3 november 2022. Uit dat bestemmingsplan blijkt dat de functies verkeer en water zijn toegekend aan de percelen. Aan perceel 4 is daarnaast ook de functie groen toegekend.

Tegen de vaststelling van het bestemmingsplan is beroep ingesteld bij de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling).

De uitspraak

1. De rechtbank doet uitspraak op grondslag van het verzoekschrift, de basistoets, de bedenkingen die tegen de onteigeningsbeschikking zijn ingebracht, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting.⁴

2. De rechtbank zal de onteigeningsbeschikking gedeeltelijk bekrachtigen, namelijk voor zover deze betrekking heeft op het onteigenen van perceel 1 ([perceel 1]) en het pachtrecht op perceel 4 ([perceel 4]). De rechtbank wijst het verzoek om bekrachtiging van de onteigeningsbeschikking af, voor zover deze betrekking heeft op perceel 2 ([perceel 2]), perceel 3 ([perceel 3]) en het eigendomsrecht op perceel 4 ([perceel 4]). De rechtbank licht hierna toe hoe zij tot deze uitspraak komt.

3. Toetsingskader

3.1 Onteigening is het instrument waarmee de overheid eigendomsrechten op onroerende zaken kan ontnemen, waardoor de onroerende zaak tot het eigendom van de onteigenaar gaat horen.⁵ In art. 11.5 van de Ow staan de drie voorwaarden voor onteigening. Uit die bepaling blijkt dat een onteigeningsbeschikking alleen kan worden gegeven in het belang van het ontwikkelen, gebruiken of beheren van de fysieke leefomgeving (onteigeningsbelang) en als de onteigening noodzakelijk en urgent is.

Ambtshalve basistoets

3.2 In art. 16.107 van de Ow is de hiermee samenhangende ambtshalve basistoets van de rechtbank opgenomen. Het gaat om een ambtshalve toetsing, die ook wordt uitgevoerd als de ingebrachte bedenkingen daar geen aanleiding toe geven en ook wanneer er geen bedenkingen zijn ingebracht. Deze basistoets, die vier aspecten omvat, vormt de inhoudelijke waarborg dat niemand onteigend zal worden zonder dat een rechter zich heeft uitgesproken over de onteigening.⁶ Ongeacht of tegen de onteigeningsbeschikking bedenkingen zijn ingebracht, wijst de rechtbank het verzoek in

ieder geval af als de onteigeningsbeschikking niet volgens de wettelijke vormvoorschriften is voorbereid, het onteigeningsbelang ontbreekt, de noodzaak ontbreekt of de urgentie ontbreekt. Voor alle onderdelen vindt een intensieve toetsing plaats door de rechtbank.⁷ Het eerste onderdeel van de basistoets betreft de voorbereiding van de onteigeningsbeschikking. De rechter toetst of deze voorbereiding volgens de wettelijke vormvoorschriften van de Ow en de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is verlopen. Het gaat om de voorgeschreven eisen aan de terinzagelegging en kennisgeving van de ontwerpbeschikking die als minimale waarborgen voor de rechthebbenden moeten worden beschouwd en waarvan strikte naleving noodzakelijk is. De andere drie onderdelen van de basistoets betreffen de criteria van een onteigeningsbelang, de noodzaak en de urgentie. Aan deze criteria moet worden voldaan op het moment waarop het bevoegd gezag de beschikking geeft en moet ook worden voldaan op het moment waarop de bestuursrechter de bekrachtiging uitspreekt. De rechtbank toetst dus ex nunc of aan die criteria is voldaan. Als aan een of meer van deze drie criteria niet wordt voldaan, dan wijst de rechter het verzoek tot bekrachtiging af.⁸

Bedenkingen

3.3 Het uitgangspunt is dat de bekrachtigingsprocedure bij de rechtbank ook de rechtsbeschermingsfunctie van de behandeling van een beroep in eerste aanleg vervult. Gelet daarop wordt aan belanghebbenden (in de zin van art. 1:2 van de Awb) de gelegenheid geboden hun argumenten tegen de onteigeningsbeschikking aan de rechter voor te leggen in de vorm van een bedenking. Die heeft dus een vergelijkbare functie als een beroepsschrift in een reguliere beroepsprocedure. Deze door de belanghebbenden ingediende bedenkingen kunnen de bestuursrechter aanleiding geven om aanvullend op de basistoets een meer casus-specifieke toetsing van de rechtmatigheid van de onteigeningsbeschikking voor een bepaalde rechtshabende te verrichten. Er geldt geen getrappt stelsel voor het indienen van bedenkingen, wat betekent dat ook een bedenking kan worden ingediend als geen zienswijze is ingediend.⁹ Dat zulke bedenkingen bij de inhoudelijke behandeling worden betrokken, betekent niet dat de bestuursrechter deze bedenkingen ook gegrond moet achten en zich van bekrachtiging van de onteigeningsbeschikking zou

⁷ De rechtbank wijst op het (aangenomen) amendement van kamerlid Bisschop tot wijziging van het voorgestelde art. 16:107 Ow, *Kamerstukken II 2019/2020*, 35 133, nr. 32. Het voorstel had als doel te bewerkstelligen dat er geen twijfel over de door de rechter aan te leggen toets zal bestaan, namelijk een volle intensieve toetsing. Zie ook A. de Snoo, 'Commentaar op art. 16:107 Ow', in: Ch.W. Backes e.a. (red.), *T&C Omgevingswet*, Deventer: Kluwer 2024.

⁸ *Kamerstukken II 2018/2019*, 35 133, nr. 3, p. 114 en 117.

⁹ Dit komt in de voorgestelde regeling tot uiting doordat art. 6:13 Awb niet is opgenomen in de opsomming van artikelen die van overeenkomstige toepassing worden verklaard.

⁴ Art. 16.106 lid 1 Ow.

⁵ *Kamerstukken II 2018/2019*, 35 133, nr. 3, p. 10.

⁶ *Kamerstukken II 2018/2019*, 35 133, nr. 3, p. 114.

moeten onthouden. De bestuursrechter heeft de ruimte en de verantwoordelijkheid om een passende toetsingsmaatstaf en toetsingsmoment te kiezen. Daarbij kan de rechter, afhankelijk van de rechtsgrond waarop een bedenking steunt, gewicht toekennen aan de opstelling van de belanghebbende in het minnelijk overleg en de openbare voorbereidingsprocedure.¹⁰

4. Ontvankelijkheid bekrachtigingsverzoek en bedenkingen

4.1 De rechtbank acht het bekrachtigingsverzoek ontvankelijk, omdat het tijdig¹¹ is ingediend en voldoet aan de indieningsvereisten uit art. 16.93 van de Ow. De rechtbank acht de bedenking van belanghebbende 2 ontvankelijk, omdat het tijdig¹² is ingediend. Belanghebbende 2 is pachter van perceel 4 en kan daarom worden aangemerkt als belanghebbende bij de onteigeningsbeschikking.¹³

4.2 De rechtbank acht de tijdig ingediende bedenking van belanghebbenden 1 ontvankelijk, voor zover de bedenking is ingediend door [persoon 1]. Hij is eigenaar van perceel 1 en kan daarom worden aangemerkt als belanghebbende bij de onteigeningsbeschikking. De rechtbank is van oordeel dat de bedenking niet-ontvankelijk is, voor zover deze is ingediend door [persoon 2]. Zij heeft als (toekomstige) bedrijfsopvolger niet één van de in art. 16.97 eerste lid, van de Ow genoemde hoedanigheden. Daarnaast is niet gebleken dat haar belang op andere wijze rechtstreeks bij de onteigeningsbeschikking is betrokken. [persoon 1] wordt daarom hierna aangeduid als 'belanghebbende 1'.

5. Wettelijke vormvoorschriften

5.1 Met de wettelijke vormvoorschriften wordt bedoeld de voorschriften die zien op de procedure van totstandkoming van de onteigeningsbeschikking en de wijze waarop deze beschikking moet worden gegeven en vastgelegd.¹⁴ In art. 16.33b van de Ow staat dat afdeling 3.4 van de Awb - de uniforme openbare voorbereidingsprocedure - van toepassing is op de voorbereiding van een onteigeningsbeschikking.

5.2 Als onderdeel van die procedure was de raad verplicht om een ontwerponteigeningsbeschikking - met de daarop betrekking hebbende stukken die redelijkerwijs nodig zijn voor een beoordeling van het ontwerp - ter inzage te leggen.¹⁵ Uit art. 7.6 van het Omgevingsbesluit (Ob) volgt welke stukken in ieder geval samen met het ontwerp ter inzage moeten worden gelegd. De

terinzagelegging van de ontwerponteigeningsbeschikking vindt plaats binnen de gemeente of gemeenten waarin de onroerende zaak ligt. De kosten van de terinzagelegging en de kennisgeving komen voor rekening van de onteigenaar.¹⁶ Voorafgaand aan de terinzagelegging geeft de raad kennis van het ontwerp.¹⁷ De stukken worden ter inzage gelegd voor de duur van zes weken, met ingang van de dag waarop het ontwerp ter inzage is gelegd en daarvan kennis is gegeven.¹⁸ Belanghebbenden kunnen bij het bestuursorgaan naar keuze schriftelijk of mondeling hun zienswijze over het ontwerp naar voren brengen binnen die termijn.¹⁹

5.3 Uit de Awb volgt verder dat de onteigeningsbeschikking ook ter inzage wordt gelegd gedurende de beroepstermijn, samen met alle stukken die redelijkerwijs nodig zijn voor een beoordeling van het besluit. Van die terinzagelegging wordt kennisgegeven op dezelfde wijze als van de ontwerponteigeningsbeschikking. Daarnaast wordt een exemplaar van het besluit toegestuurd aan degene die over het ontwerp van het besluit zienswijzen naar voren hebben gebracht.²⁰ Art. 16.33d, tweede lid, van de Ow voegt daaraan toe dat de raad bij de bekendmaking en de kennisgeving van de onteigeningsbeschikking vermeldt welke rechtbank de raad zal verzoeken de onteigeningsbeschikking te bekrachtigen. Verder dient erbij te worden vermeld dat belanghebbenden binnen zes weken na de dag waarop de beschikking ter inzage is gelegd, bij die rechtbank schriftelijk bedenkingen kunnen inbrengen tegen de beschikking en dat de beschikking in werking treedt met ingang van de dag na die waarop de uitspraak waarbij zij is bekrachtigd, op de voorgeschreven wijze is bekendgemaakt.

5.4 Ter zitting heeft belanghebbende 1 aangevoerd dat hij niet in de gelegenheid is geweest om in de zienswijzefase te reageren op het logboek en bijlagen, terwijl nu blijkt dat er strijdigheden zitten tussen wat in het logboek staat en wat in de bijlagen staat.

5.5 Belanghebbende 2 heeft in zijn bedenking aangevoerd dat de onteigeningsbeschikking niet volgens de wettelijke vormvoorschriften is voorbereid. Volgens belanghebbende heeft de raad samen met de ontwerponteigeningsbeschikking niet alle op de onteigeningsbeschikking betrekking hebbende stukken ter inzage gelegd, die redelijkerwijs nodig zijn voor een beoordeling van de ontwerponteigeningsbeschikking. Volgens belanghebbende hadden gegevens en bescheiden over het minnelijk overleg (logboek en bewijsstukken) ter inzage moeten worden gelegd op grond van art. 3:11 van de Awb en art. 7.6 van het Ob

¹⁰ Kamerstukken II 2018/2019, 35 133, nr. 3, p. 114-115 en art. 16.97 Ow.

¹¹ Art. 16.96 lid 1 en 2 Ow.

¹² Art. 16.98 lid 1 Ow.

¹³ Art. 16.97 lid 1 sub j Ow.

¹⁴ A. de Snoo, 'Commentaar op art. 16.107 Ow', in: Ch.W. Backes e.a. (red.), *T&C Omgevingswet*, Deventer: Kluwer 2024.

¹⁵ Art. 3:11 lid 1 Awb.

¹⁶ Art. 16.33d lid 1 Ow.

¹⁷ Art. 3:12 lid 1 Awb.

¹⁸ Art. 3:11 lid 3 en art. 3:16 lid 1 en 2 Awb.

¹⁹ Art. 3:15 Awb.

²⁰ Art. 3:44 lid 1 Awb.

of had de raad belanghebbende moeten wijzen op de mogelijkheid tot inzage in deze stukken. Belanghebbende is door deze handelswijze niet in de gelegenheid geweest om zich uit te laten over de zijdens de gemeente beweerdelijke onderbouwing van het gevoerd minnelijk overleg. Het is volgens belanghebbende ook onduidelijk of de raad het logboek en de bewijsstukken beschikbaar heeft gehad bij de totstandkoming van de besluitvorming. Onder de Onteigeningswet werd strijd met art. 3:11 van de Awb voorkomen, door de mogelijkheid tot het per e-mail opvragen van zowel het algemeen als persoonlijk dossier. In het persoonlijke dossier zaten de aanbiedingsbrieven, eventuele andere bewijsstukken en het logboek.

5.6 De rechtbank stelt aan de hand van de door de raad overgelegde stukken vast dat de raad de ontwerponteigeningsbeschikking samen met de volgende stukken ter inzage heeft gelegd van 17 juli 2024 tot en met 28 augustus 2024: het voorstel van het college van 9 juli 2024, de raadsinformatiebrief, de lijst van de te onteigenen onroerende zaken, een grondtekening, een projecttekening, een zakelijke beschrijving van het onteigeningsplan en een inrichtingstekening. Op 17 juli 2024 is van die terinzagelegging kennisgegeven in het gemeenteblad.²¹ In die kennisgeving stond vermeld dat de mogelijkheid bestond om een zienswijze naar voren te brengen binnen diezelfde termijn. De rechtbank stelt verder aan de hand van de door de raad overgelegde stukken vast dat de raad de onteigeningsbeschikking samen met de volgende stukken ter inzage heeft gelegd van 12 februari 2025 tot en met 26 maart 2025: het voorstel van het college van 9 juli 2024, de raadsinformatiebrief, de lijst van de te onteigenen onroerende zaken, een grondtekening, een projecttekening, een zakelijke beschrijving van het onteigeningsplan, een inrichtingstekening en een zienswijzennota. Op 12 februari 2025 is van die terinzagelegging kennisgegeven in het gemeenteblad.²² Daaruit blijkt dat ook is voldaan aan de eisen uit art. 16.33d, tweede lid, van de Ow.

5.7 Naar het oordeel van de rechtbank heeft de raad - in strijd met art. 3:11 van de Awb en art. 7.6 van het Ob - verzuimd om samen met de (ontwerp)onteigeningsbeschikking alle stukken ter inzage te leggen, die redelijkerwijs nodig zijn voor een beoordeling van het (ontwerp) besluit. Naar het oordeel van de rechtbank is voor de beoordeling van de noodzaak van de onteigening redelijkerwijs vereist dat kennis wordt genomen van de inhoud van het logboek (en relevante bijlagen) over het minnelijk overleg. Uit art. 11.7, eerste lid, van de Ow blijkt namelijk dat geen sprake is van de voor onteigening vereiste noodzakelijkheid, wanneer de raad geen redelijke poging heeft ondernomen om de onroerende zaak in minnelijkheid te verwerven. Of daaraan is voldaan moet wor-

den vastgesteld door middel van het logboek (en relevante bijlagen). Gelet daarop diende voor een belanghebbende gedurende de terinzageleggingen een mogelijkheid te bestaan om inzicht te krijgen in het logboek (en relevante bijlagen) dat betrekking had op het minnelijk overleg dat is gevoerd met diezelfde belanghebbende. Naar het oordeel van de rechtbank kon van de raad redelijkerwijs niet worden verwacht dat hij alle logboeken voor eenieder ter inzage zou leggen, omdat daar persoonsgegevens en financiële gegevens in zijn opgenomen van betrokkenen. Van de raad kon redelijkerwijs wel worden verwacht dat de raad belanghebbenden op enigerlei wijze zou hebben gewezen op de mogelijkheid om een kopie van het logboek (en bijlagen) dat specifiek betrekking had op die belanghebbende, op te vragen. De raad had in de kennisgeving van de terinzagelegging bijvoorbeeld kunnen wijzen op de mogelijkheid om een persoonlijk dossier op te vragen bij de raad.

5.8 De rechtbank ziet aanleiding om dit gebrek in de totstandkoming van de onteigeningsbeschikking te passeren met toepassing van art. 6:22 van de Awb.²³ De raad heeft immers in beroep alsnog de logboeken (en bijlagen) overgelegd. De rechtbank is niet gebleken dat belanghebbenden 1 en 2 zijn benadeeld door de te late terbeschikkingstelling van het logboek (en bijlagen). Zij hebben immers in deze procedure de gelegenheid gehad om kennis te nemen van de logboeken (en bijlagen) en om daarop te reageren. Zij hebben hun gronden naar aanleiding daarvan kunnen aanvullen. Verder is niet aannemelijk dat anderen dan belanghebbenden 1 en 2 door het niet ter inzage gelegd zijn van het logboek met bijlagen zijn benadeeld, omdat het logboek (en bijlagen) betrekking heeft op het minnelijk overleg dat specifiek met belanghebbenden heeft plaatsgevonden.

5.9 De raad heeft op 25 januari 2025 besloten om op de logboeken geheimhouding op te leggen als bedoeld in art. 87 van de Gemeentewet. Gelet daarop acht de rechtbank aannemelijk dat de raad bij het vaststellen van de onteigeningsbeschikking beschikte over het logboek en alle bijlagen.

6. Onteigeningsbelang

6.1 Art. 14 van de Grondwet bepaalt dat onteigening alleen kan plaatsvinden in het algemeen belang. Art. 11.5, onder a, van de Ow kleurt die grondwettelijke norm nader in. Een onteigeningsbeschikking kan op grond van die bepaling alleen worden gegeven als de aan te wijzen onroerende zaken nodig zijn voor het belang van het ontwikkelen, gebruiken of beheren van de fysieke leefomgeving. Er dient dus sprake te zijn van een onteigeningsbelang. Het onteigeningsbelang wordt in de regeling verbonden aan de toedeling van

²¹ Gemeenteblad 2024, nr. 311641.

²² Gemeenteblad 2025, nr. 54743.

²³ Die bepaling is van overeenkomstige toepassing op grond van art. 16.113 lid 1 Ow.

functies aan locaties in samenhang met een aantal instrumenten in de Ow. De verbinding bestaat uit de eis dat de verwezenlijking van de beoogde vorm van ontwikkeling, gebruik of beheer van de fysieke leefomgeving waarvoor onteigening nodig is, mogelijk moet zijn gemaakt in een van die wettelijke instrumenten, onder uitsluiting van de bestaande vorm van ontwikkeling, gebruik of beheer.

6.2 Van een onteigeningsbelang is onder andere sprake als de beoogde vorm van ontwikkeling, gebruik of beheer van de fysieke leefomgeving onder uitsluiting van de bestaande vorm van ontwikkeling, gebruik of beheer, mogelijk is gemaakt in een vastgesteld omgevingsplan.²⁴ Het omgevingsplan bevat voor het gehele grondgebied de regels die nodig zijn met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Uit het samenstel van de op een locatie geldende regels kan worden afgeleid welke functie(s) een locatie vervult. Deze in het omgevingsplan aan locaties toegedeelde functies kunnen aan het onteigeningsbelang ten grondslag worden gelegd. De functie is het gebruiksdoel dat, of de status (in de betekenis van bijzondere eigenschap) die een onderdeel van de fysieke leefomgeving op een bepaalde locatie heeft.²⁵ Vormt het omgevingsplan de basis van de onteigening, dan geldt in beginsel de eis dat de beoogde vorm van ontwikkeling, gebruik of beheer is toegelaten 'onder uitsluiting van de bestaande vorm'.

6.3 Naar het oordeel van de rechtbank is sprake van een onteigeningsbelang. De beoogde vorm van ontwikkeling en gebruik van de fysieke leefomgeving is mogelijk gemaakt in het omgevingsplan. In het omgevingsplan is aan de percelen de functies verkeer, water en groen toegekend. De gebruiksdoelen van de percelen sluiten aan bij de ontwikkeling, namelijk het aanleggen van een randweg. Omdat wordt onteigend op basis van een bestemmingsplan dat na de inwerkingtreding van de Omgevingswet van rechtswege²⁶ onderdeel is geworden van het omgevingsplan, geldt niet de eis dat de beoogde vorm van ontwikkeling, gebruik of beheer is toegelaten 'onder uitsluiting van de bestaande vorm'.²⁷

7. Noodzaak

7.1 Een onteigeningsbeschikking kan op grond van art. 11.5, onder b, van de Ow alleen worden gegeven wanneer de onteigening noodzakelijk is. In art. 11.7 van de Ow wordt nader uitgewerkt in welke gevallen geen sprake is van de voor onteigening vereiste noodzaak. Dat is in ieder geval wanneer de onteigenaar geen redelijke poging heeft ondernomen om de onroerende zaak in minnelijkheid te verwerven dan wel om overeenstem-

ming te bereiken over het vervallen van zakelijke of persoonlijke rechten op die onroerende zaak. Zo wordt het ultimatum remedium-karakter van het onteigeningsinstrument gewaarborgd. Daarbij moet het minnelijk overleg een reëel en serieus overleg inhouden, waarbij wordt geprobeerd tot overeenstemming te komen.²⁸ Wat onder een redelijke poging moet worden verstaan, hangt volgens de memorie van toelichting onder andere af van de omstandigheden van het geval. Afhankelijk van de situatie kunnen de onderhandelingen ook betrekking hebben op de verwerving van een groter geheel dan de benodigde gronden, het toestaan van voortgezet gebruik, een aanbod van ruilgronden, de vestiging van een gebruiksrecht of de aanleg van bijkomende voorzieningen. Omdat de eigenaar in het stelsel van de onteigening niet verplicht kan worden om een schadeloosstelling anders dan in geld te aanvaarden²⁹, moet in ieder geval een aanbod in geld worden gedaan dat betrekking heeft op de onroerende zaak zoals deze bij de beschikking zal worden aangewezen.³⁰ De noodzaak tot onteigening ontbreekt op grond van het eerste lid ook als aannemelijk is dat op afzienbare termijn alsnog overeenstemming kan worden bereikt over de minnelijke verwerving / het vervallen van zakelijke of persoonlijke rechten en dat die overeenstemming zal leiden tot een spoedige levering van de onroerende zaak dan wel vervallen van die rechten.

Noodzaak perceel 2 ([perceel 2]) en perceel 3 ([perceel 3])

7.2 De rechtbank stelt vast dat geen noodzaak (meer) bestaat om (een deel van) perceel 2 ([perceel 2]) en perceel 3 ([perceel 3]) te onteigenen, omdat uit de stukken blijkt en ter zitting door de raad is bevestigd dat overeenstemming is bereikt met de eigenaren van die percelen over de minnelijke verwerving van het perceel en gerechtigde over het vervallen van een pachtrecht. Uit de stukken blijkt dat de eigenaar van perceel 2 ([naam 5]) met de raad is overeengekomen dat het perceel minnelijk door de gemeente zal worden verworven. Uit de stukken blijkt daarnaast dat de eigenaar van perceel 3 (de Staat (Rijksvastgoedbedrijf)) met de raad overeenstemming heeft bereikt over het minnelijk verwerven van het perceel door de gemeente. Daarnaast heeft de raad overeenstemming bereikt met de gerechtigde ([naam 5]) over het vervallen van het pachtrecht op perceel 3.

Nu de raad bij de mededeling dat overeenstemming is bereikt het verzoek tot bekrachtiging van de onteigening van deze percelen niet heeft ingetrokken, zal de rechtbank, gelet op het ontbreken van de noodzaak, het verzoek om bekrachtiging van de onteigeningsbeschikking afwijzen, voor zover het

²⁴ Kamerstukken II 2018/2019, 35 133, nr. 3, p. 104; art. 11.6 sub a Ow.

²⁵ Kamerstukken II 2018/2019, 35 133, nr. 3, p. 105-106.

²⁶ Op grond van art. 22.1 sub a en b Ow.

²⁷ Art. 4.4a Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet.

²⁸ HR 8 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD2955, NJ 1999/24.

²⁹ HR 22 maart 1989, NJ 1990/251 (Vierboom/Winschoten); HR 27 oktober 2006, NJ 2008/3 (Nieuwe Werklust Kleiwarenfabriek/Staat).

³⁰ Kamerstukken II 2018/2019, 35 133, nr. 3, p. 109-110.

betrekking heeft op de onteigening van deze percelen.³¹

Noodzaak perceel 1 ([perceel 1])

7.3 Belanghebbende 1 is eigenaar van perceel 1. Belanghebbende 1 heeft aangevoerd dat onteigening van perceel 1 niet noodzakelijk is, omdat de raad geen redelijke poging heeft gedaan om het perceel in minnelijkheid te verwerven. Vanaf de eerste gesprekken heeft belanghebbende 1 nadrukkelijk aangegeven dat het voor het agrarisch bedrijf van belanghebbende essentieel is om vervangende grond te verkrijgen. Hierop moet het bedrijf gewassen telen voor het voer van de koeien. Uit de toelichting bij de wijziging van de Ow blijkt dat de onderhandelingen bij een redelijke poging om tot overeenstemming te komen ook betrekking kunnen hebben op een aanbod van ruilgronden. Op 22 maart 2023 heeft de gemeente een perceel middels een grondruil aangeboden, maar de daarbij gehanteerde uitgangspunten maakten het voorstel voor belanghebbende 1 niet acceptabel. Dat bod was twee maanden later al van tafel. Belanghebbende heeft verschillende tegenvoorstellen gedaan om vervangende grond te verwerven, door te verwijzen naar de gronden van het Rijksvastgoedbedrijf, naar percelen die op Funda werden aangeboden en naar het naastgelegen aangrenzende perceel grond dat eigendom is van de gemeente Moerdijk. Op 4 augustus 2023 heeft belanghebbende een aanbod in geld ontvangen voor de verwerving van de gronden. Dit aanbod is op 19 maart 2024 herhaald. Op 10 april 2024 heeft belanghebbende in reactie daarop verwezen naar de mogelijkheden om vervangende grond aan te bieden. Volgens belanghebbende is daarna niet gebleken van enige beweging van de zijde van de raad. Met de reacties van belanghebbende 1 op de biedingen is niets gedaan en die hebben ook niet tot verdere onderhandelingen geleid.

7.4 Naar het oordeel van de rechtbank is onteigening van perceel 1 noodzakelijk, omdat de raad een redelijke poging heeft gedaan om het perceel in minnelijkheid te verwerven. De rechtbank is van oordeel dat uit het door de raad overgelegde logboek blijkt dat voorafgaand aan het vaststellen van de onteigeningsbeschikking een reël en serieus overleg heeft plaatsgevonden, waarin is geprobeerd om tot overeenstemming te komen over kavelruil dan wel een bedrag in geld. De Ow verplicht de onteigenende partij niet tot schadeloosstelling in de vorm van compensatiegrond of een andere oplossingen. Uitgangspunt is dat de Ow een volledige schadeloosstelling in geld waarborgt. Desondanks kunnen vragen om compensatiegrond of andere oplossingen aan de orde komen in het kader van de toetsing van het gevoerde minnelijk overleg over de verwerving van de benodigde gronden. Indien een belanghebbende in het min-

nelijk overleg immers duidelijk maakt de voorkeur te geven aan vervangende grond of een andere oplossing, moet de raad nagaan of hieraan tegemoet gekomen kan worden.³² Naar het oordeel van de rechtbank blijkt uit het logboek dat de raad in voldoende mate heeft onderzocht of tegemoet kon worden gekomen aan de wens van belanghebbende 1 voor kavelruil. In een brief van 22 maart 2023 heeft de raad aan belanghebbende 1 een aanbod gedaan tot kavelruil met een perceel in Willemstad met een termijn van vier weken om op dit aanbod te reageren. Op 12 april 2023 heeft de gemeenteraad belanghebbende 1 opnieuw gevraagd om te reageren op het aanbod. In een e-mailbericht van 10 mei 2023 is namens de raad aan belanghebbende medegedeeld dat het aanbod per 2 juni 2023 komt te vervallen, indien geen inhoudelijke reactie volgt. Omdat belanghebbende 1 binnen die periode niet heeft gereageerd op het aanbod tot kavelruil, kon de raad redelijkerwijs overgaan tot een aanbod in geld. De raad heeft twee keer (op 4 augustus 2023 en op 19 maart 2024) een aanbod in geld gedaan. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de gemeente op 19 maart 2024 niet een kennelijk zodanig onredelijk bod gedaan, dat het niet kan worden gezien als poging tot minnelijke verwerving. Uit de brief waarin dit schriftelijk bod is gedaan volgt op welke wijze het bedrag is berekend. De gemeente heeft dit bod redelijkerwijs niet specifiek kunnen berekenen. Belanghebbende 1 heeft vastgehouden aan de wens tot kavelruil en heeft niet inhoudelijk gereageerd op de aanbiedingen in geld. Gelet op die omstandigheden is de rechtbank van oordeel dat de raad een redelijke poging heeft gedaan om het perceel minnelijk te verwerven.

Noodzaak perceel 4 ([perceel 4])

7.5 De Staat (Rijksvastgoedbedrijf) is eigenaar van perceel 4. Belanghebbende 2 heeft een pachtrecht op het perceel.

7.6 Uit de door de raad overgelegde stukken blijkt dat met de Staat (Rijksvastgoedbedrijf) overeenstemming is bereikt over minnelijke verwerving van het perceel. Gelet daarop bestaat geen noodzaak voor het onteigenen van het eigendomsrecht van perceel 4. De rechtbank zal het verzoek om bekrachtiging van de onteigeningsbeschikking afwijzen, voor zover het ziet op het eigendomsrecht van perceel 4.

7.7 Belanghebbende 2 heeft aangevoerd dat onteigening van het pachtrecht ten aanzien van perceel 4 niet noodzakelijk is, omdat de raad geen redelijke poging heeft gedaan om het perceel in minnelijkheid te verwerven. Volgens belanghebbende 2 heeft de raad nog niet kunnen beoordelen of bij belanghebbende 2 redelijkerwijs bereidheid bestaat om minnelijk tot een vergelijk te komen. Belanghebbende 2 heeft verzocht om

³¹ Art. 16:107 Ow.

³² Art. 15:17 en 15:18 Ow; *Stcrt.* 2024, nr. 34038.

een dam om het [perceel 5] met landbouwkundige voertuigen te kunnen blijven bereiken. Dit perceel wordt afgesneden door de nieuwe randweg. Er is niet voorzien in toegang naar [perceel 5]. In een e-mailbericht van 21 november 2024 is een overgang als optie aangegeven. Die overgang komt niet terug op de tekeningen bij de onteigeningsbeschikking. Voor de realisatie van die overgang zal ook extra grondbeslag nodig zijn en die extra vierkante meters zijn niet in de onteigeningsbeschikking opgenomen. Nu niet duidelijk is hoe de toegang tot het perceel wordt ingericht en geen duidelijkheid is verschaft over de watergangen en de gevolgen, kan ook geen redelijk voorstel zijn gedaan. In een brief van 20 februari 2024 heeft belanghebbende 2 de schadeposten (zoals deze zijn begroot door [naam 4]) op een rij gezet: financieringsschade vanwege aankoop vervangende grond, schade vanwege nadeligere exploitatie, omrijsschade, bijkomende kosten, deskundigenkosten en belastingschade). De raad is niet bereid om omrijsschade te vergoeden. Daarnaast heeft belanghebbende 2 meermaals een concreet redelijk voorstel gedaan om overeenstemming te bereiken. Die voorstellen zijn afgewezen zonder motivering per schadepost.

7.8 Zoals de rechtbank onder 7.5 heeft overwogen verplicht de Ow de onteigenende partij niet tot schadeloosstelling in de vorm van compensatiegrond of een andere oplossingen. Naar het oordeel van de rechtbank blijkt uit het logboek dat de raad in voldoende mate heeft onderzocht of tegemoet kon worden gekomen aan de wens van belanghebbende 2 om een toegang tot [perceel 5]. Uit meerdere stukken blijkt dat hierover is gecommuniceerd tussen partijen en dat de raad een voorstel heeft gedaan voor een ontsluiting van het [perceel 5] die kan worden gerealiseerd binnen de bestemmingen verkeer en water waarvoor wordt onteigend. Ook nadat bleek dat partijen het niet eens zijn geworden over een ontsluiting, kon de raad redelijkerwijs overgaan tot een aanbod in geld. De raad heeft drie keer (op 7 maart 2023, op 11 januari 2024 en op 21 maart 2024) een aanbod in geld gedaan. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de gemeente op 21 maart 2024 niet een kenmerkend zodanig onredelijk bod gedaan, dat het niet kan worden gezien als poging tot minnelijke verwerving. Het is - zoals de raad in het verweerschrift schrijft - aan de civiele rechter om te oordelen over de verschillende schadeposten die wel of niet zijn meegenomen in de aangeboden schadeloosstelling. In het kader van de bestuursrechtelijke onteigeningsprocedure wordt de vraag of alle schadecomponenten in de schadeloosstelling zijn opgenomen, niet beoordeeld.³³

8. Urgentie

8.1 Een onteigeningsbeschikking kan op grond van art. 11.5, onder c, van de Ow alleen worden gegeven als de onteigening urgent is. Gemotiveerd moet worden dat binnen drie jaar vanaf het moment waarop de eigendom door de onteigenaar wordt verkregen een begin moet worden gemaakt met de uitvoering van de beoogde vorm van ontwikkeling, gebruik of beheer van de fysieke leefomgeving waarvoor onteigening nodig is. Onteigenaars kunnen dit aannemelijk maken aan de hand van concrete, op uitvoering gerichte projectplannen en plannings. Het urgentiecriteria waarborgt dat eigenaren niet onnodig vroeg worden gestoord in hun eigendomsrecht. Als startmoment van de driejaarstermijn geldt het moment waarop de onteigenaar de eigendom heeft verkregen. Met het inschrijven van een door een notaris verleden onteigeningsakte in de openbare registers verkrijgt de raad de eigendom vrij van alle lasten en rechten die met betrekking tot de zaak bestaan. Vanaf dat moment kan de onteigenaar daadwerkelijk aan de slag met de verwezenlijking van het onteigeningsbelang. Het is reëel om voor de urgentietermijn bij dat moment aan te sluiten.³⁴

8.2 Naar het oordeel van de rechtbank is de onteigening urgent, omdat de raad gemotiveerd heeft toegelicht dat uiterlijk drie jaar na het verkrijgen van de eigendom wordt begonnen met de verwezenlijking van de functies waarvoor wordt onteigend. Uit de zakelijke beschrijving blijkt dat de raad ervanuit gaat dat zij de percelen uiterlijk medio 2027 in eigendom zullen verkrijgen. Vervolgens worden medio 2027 voorbereidende werkzaamheden (bijvoorbeeld archeologisch onderzoek) verricht en zal uiterlijk begin 2028 worden gestart met de aanleg van de rondweg.

8.3 Belanghebbende 1 heeft in zijn bedenking aangevoerd dat de urgentie om tot onteigening over te gaan ontbreekt. Volgens hem is het prematuur om tot onteigening over te gaan, omdat het bestemmingsplan nog niet onherroepelijk is vastgesteld. Wanneer de onteigeningsbeschikking wordt bekrachtigd, maar het bestemmingsplan nog niet onherroepelijk is vastgesteld volgt voor belanghebbende 1 een lange periode van grote rechtsonzekerheid. De Raad van State heeft de regering op 3 augustus 2018 geadviseerd om de rechtsbescherming tegen de onteigeningsbeschikking te laten aansluiten bij die tegen het omgevingsplan.

8.4 Naar het oordeel van de rechtbank kan hetgeen belanghebbende 1 heeft aangevoerd niet leiden tot het oordeel dat urgentie ontbreekt. Ter zitting heeft belanghebbende 1 aangegeven dat hij met dit argument niet heeft bedoeld aan te voeren dat geen sprake is van een onteigeningsbelang. De rechtbank stelt vast dat de wetgever het mogelijk heeft gemaakt om een onteigenings-

33 Stcrt. 2025, nr. 3654.

34 Art. 11.18 Ow; Kamerstukken II 2018/2019, 35 133, nr. 3, p. 111.

beschikking te baseren op een nog niet onherroepelijk omgevingsplan. In de memorie van toelichting³⁵ staat expliciet dat niet de voorwaarde wordt gesteld dat het omgevingsplan onherroepelijk is. Wanneer het bevoegd gezag zou moeten wachten tot het instrument onherroepelijk is geworden, voordat het de onteigeningsbeschikking zou kunnen geven, zou dat tot te grote vertraging leiden voor de verwezenlijking van de beoogde vorm van beheer, gebruik of ontwikkeling van de fysieke leefomgeving. Voor de uiteindelijke eigendomsovergang is uiteraard wel vereist dat het instrument onherroepelijk is geworden. Dat wordt gewaarborgd, doordat uit de Ow blijkt dat de daadwerkelijke onteigening niet kan plaatsvinden wanneer het omgevingsplan (voorheen bestemmingsplan) niet onherroepelijk is geworden. Uit art. 11.16, eerste lid, onder b, van de Ow vloeit voort dat de notaris de onteigeningsakte pas kan verlijden, op het moment dat het omgevingsplan (in dit geval het bestemmingsplan) onherroepelijk is geworden. Alleen met het inschrijven van een door een notaris verleden onteigeningsakte in de openbare registers verkrijgt de onteigenaar de eigendom vrij van alle lasten en rechten die met betrekking tot de zaak bestaan.

9. Conclusie

De rechtbank zal de onteigeningsbeschikking gedeeltelijk bekrachtigen, namelijk voor zover deze betrekking heeft op het onteigenen van perceel 1 ([perceel 1]) en het pachtrecht op perceel 4 ([perceel 4]). De rechtbank wijst het verzoek om bekrachtiging van de onteigeningsbeschikking af, voor zover deze betrekking heeft op perceel 2 ([perceel 2]), perceel 3 ([perceel 3]) en het eigendomsrecht op perceel 4 ([perceel 4]). De rechtbank licht hierna toe hoe zij tot deze uitspraak komt. (...)

11. Kosten belanghebbende

11.1 De uitspraak houdt op grond van art. 16.111 van de Ow in dat het bestuursorgaan wordt veroordeeld in de kosten die een belanghebbende die een bedenking tegen de onteigeningsbeschikking heeft ingebracht, in verband met de behandeling van het verzoek naar aard en omvang redelijkerwijs heeft moeten maken. Het Besluit proceskosten bestuursrecht is niet van toepassing. De belanghebbende die een bedenking heeft ingediend krijgt in alle gevallen de proceskosten van deelname aan de bekrachtigingsprocedure vergoed. De rechtbank wordt verplicht een proceskostenveroordeling ten gunste van de belanghebbende uit te spreken, zodat deze veroordeling niet afhankelijk is van het inhoudelijke rechterlijke oordeel op het verzoek tot bekrachtiging. Het moet gaan om kosten die de belanghebbende redelijkerwijs heeft moeten maken voor door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand. Het is aan de rechtbank om te beoordelen of de kosten rede-

lijkerwijs gemaakt zijn. Het woord 'redelijkerwijs' betekent hier een tweeledige redelijkheidstoets. Dit betekent dat beoordeeld dient te worden of de bijstand redelijkerwijs is ingeroepen en of de kosten daarvan redelijk zijn.³⁶

11.2 Het bestuursorgaan wordt daarnaast veroordeeld in de kosten die de belanghebbende die bedenkingen heeft ingediend, heeft gemaakt in de fase voor de vaststelling van de onteigeningsbeschikking. De uitspraak houdt daarom op grond van art. 16.112 van de Ow ook in dat het bestuursorgaan wordt veroordeeld in de kosten die de belanghebbende die een bedenking tegen de onteigeningsbeschikking heeft ingebracht, naar aard en omvang redelijkerwijs heeft moeten maken voor:

- door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand of andere deskundige bijstand voor het overleg over de minnelijke verwerving, bedoeld in art. 11.7, eerste lid, en
- door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand of andere deskundige bijstand in verband met het naar voren brengen van een zienswijze en de behandeling daarvan bij de voorbereiding van de onteigeningsbeschikking.

De kostenveroordeling wordt uitgesproken ongeacht of de onteigeningsbeschikking wordt bekrachtigd. Het gaat ook hier om de werkelijke kosten van (rechts)bijstand, voor zover deze redelijk zijn.³⁷

11.3 De rechtbank zal de raad veroordelen in de kosten die belanghebbende 1 heeft gemaakt. Dit is een bedrag van € 2.196,15. Belanghebbende 1 heeft een overzicht overgelegd van kosten die hij voor rechtsbijstand heeft gemaakt in de fase voorafgaand aan de vaststelling van de onteigeningsbeschikking en de kosten die hij heeft gemaakt in verband met de behandeling van het verzoek om bekrachtiging van de onteigeningsbeschikking. Uit de overzichten blijkt dat belanghebbende rechtsbijstand heeft ontvangen van [gemachtigde] (12,10 uren, een uurloon van € 150, en 21% BTW is: € 2.196,15). Het overzicht bevat de uitgevoerde werkzaamheden (10,10 uur) door deze persoon en het uurloon. Uit het overzicht staat ook dat de aanwezigheid op de zitting nog niet in de 10,10 uren is opgenomen. De zitting heeft afgerond twee uur geduurd. Naar het oordeel van de rechtbank blijkt uit het overzicht en de toelichting op zitting dat belanghebbende de bijstand redelijkerwijs heeft ingeroepen. De rechtbank acht de kosten ook redelijk.

11.4 De rechtbank zal de raad veroordelen in de kosten die belanghebbende 2

³⁶ Kamerstukken II 2018/2019, 35 133, nr. 3, p. 280-281; A. de Snoo, 'Commentaar op art. 16.111 Ow', in: Ch.W. Backes e.a. (red.), *T&C Omgevingswet*, Deventer: Kluwer 2024.

³⁷ Kamerstukken II 2018/2019, 35 133, nr. 3, p. 281; A. de Snoo, 'Commentaar op art. 16.112 Ow', in: Ch.W. Backes e.a. (red.), *T&C Omgevingswet*, Deventer: Kluwer 2024.

³⁵ Kamerstukken II 2018/2019, 35 133, nr. 3, p. 237.

heeft gemaakt. Dit is een bedrag van € 20.039,42. Belanghebbende 2 heeft overzichten overgelegd van kosten die hij voor rechtsbijstand heeft gemaakt in de fase voorafgaand aan de vaststelling van de onteigeningsbeschikking en de kosten die hij heeft gemaakt in verband met de behandeling van het verzoek om bekrachtiging van de onteigeningsbeschikking. Uit de overzichten blijkt dat belanghebbende rechtsbijstand heeft ontvangen van [naam 4] (40,08 uren, een uurloon van € 175 en 21% BTW is € 8.487,65) en zijn gemachtigde (mr. Wijnen) (57,18 uren en een uurloon van € 250,-, 6% kantoorkosten en 21% BTW is € 18.645,80). De overzichten bevatten de uitgevoerde werkzaamheden door deze personen en het uurloon. Ze bevatten ook de uren voor het bijwonen van de zitting. Naar het oordeel van de rechtbank blijkt uit die overzichten dat belanghebbende de bijstand redelijkerwijs heeft ingeroepen. De rechtbank acht de kosten ook redelijk.

De beslissing

De rechtbank:

- wijst het verzoek van de raad om bekrachtiging van de onteigeningsbeschikking toe, voor zover de onteigeningsbeschikking betrekking heeft op het onteigenen van perceel 1 ([perceel 1]) en het pachtrecht op perceel 4 ([perceel 4]);
- wijst het verzoek van de raad om bekrachtiging van de onteigeningsbeschikking af, voor zover de onteigeningsbeschikking betrekking heeft op het onteigenen van perceel 2 ([perceel 2]), perceel 3 ([perceel 3]) en het eigendomsrecht op perceel 4 ([perceel 4]) (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

Inleiding

1. De rechtbank Zeeland-West-Brabant kan niet alleen de eerste, maar ook de tweede bekrachtigingsuitspraak onder het 'nieuwe onteigeningsrecht' op haar conto schrijven. Die eerste uitspraak - in de zaak Gilze en Rijen - heeft uitgebreid aandacht gekregen in de literatuur, waarbij van diverse zijden (terecht) kritische kanttekeningen zijn geplaatst.³⁸ Ook deze tweede uitspraak kan een kritische toets (helaas) niet doorstaan, zoals ik hieronder nader zal toelichten.

2. Ik merk op dat - hetgeen niet zal verbazen - diverse onderdelen van de bekrachtigingsuitspraak Moerdijk vrijwel woordelijk overeenkomen met onderdelen uit de bekrachtigingsuitspraak Gilze en Rijen. Ik zal mijn kritiek op die onderdelen - die ik elders al uitgebreid heb toegelicht³⁹ - in deze bespreking niet herhalen en beperk mij tot die aspecten die 'nieuw' zijn ten opzichte van de eerste uitspraak.

³⁸ Rb. Zeeland-West-Brabant 20 mei 2025, ECLI:NL:RBZWB:2025:2931, TBR 2025/121, m.nt. M.T. Pranger & H.P. Wiersema, AB 2025/187, m.nt. S. Schuitema, JB 2025/125, m.nt. B.S. ten Kate, BR 2025/59, m.nt. H.X. Botter, O&A 2025/54, m.nt. J.A.M.A. Sluysmans.

³⁹ Namelijk in mijn noot in O&A 2025/54.

Belanghebbende

3. Art. 16.97 lid 1 Omgevingswet biedt 'belanghebbenden' de mogelijkheid om desgewenst bij de rechtbank bedenkingen in te dienen naar aanleiding van het verzoek van het bevoegd gezag tot bekrachtiging van een onteigeningsbeschikking. Het artikellid geeft vervolgens ook een opsomming van partijen die 'in ieder geval' als belanghebbenden hebben te gelden. Uiteraard worden hier de eigenaren genoemd, maar bijvoorbeeld ook erfpachters, opstallers, pachters en huurders. De woorden 'in ieder geval' duiden erop dat deze opsomming nadrukkelijk niet limitatief is. Ook een partij wiens hoedanigheid niet in art. 16.97 lid 1 Omgevingswet wordt genoemd, kan als belanghebbende kwalificeren.

4. In de kwestie Moerdijk zijn onder meer bedenkingen ingediend door een persoon die zich kennelijk heeft geafficheerd als (toekomstig) bedrijfsopvolger van de huidige eigenaar van de grond in kwestie. De rechtbank signaleert (terecht) dat dit niet een van de hoedanigheden is die in art. 16.97 lid 1 Omgevingswet worden genoemd. Daarnaast is - aldus de rechtbank - 'niet gebleken' dat haar belang op andere wijze rechtstreeks bij de onteigeningsbeschikking is betrokken, waarmee de rechtbank (terecht) de maatstaf van art. 1:2 Awb hanteert. De bedenking van deze toekomstige bedrijfsopvolger wordt niet ontvankelijk verklaard omdat zij dus niet kwalificeert als een belanghebbende bij de onteigeningsbeschikking.

Tussentijdse verwerving

5. De rechtbank - toetsend ex nunc - stelt vast dat ten aanzien van een aantal percelen dat in de onteigeningsbeschikking is opgenomen is gebleken dat de gemeente deze inmiddels minnelijk heeft verworven. Nu de gemeente kennelijk het verzoek tot bekrachtiging van de onteigening van deze percelen niet heeft ingetrokken, wijst de rechtbank het verzoek ten aanzien van deze percelen af omdat de noodzaak is komen te vervallen (zie ro. 7.2).

Afzonderlijke 'onteigening' van pachtrecht

6. Ten aanzien van een perceel - in de uitspraak aangeduid als perceel 4 - doet zich de situatie voor dat ook dit perceel lopende de bekrachtigingsprocedure alsnog minnelijk is verworven. Met de pachter van dit perceel is evenwel nog geen minnelijke overeenstemming bereikt. Tegen die achtergrond ziet de rechtbank aanleiding om bekrachtiging van de onteigeningsbeschikking af te wijzen voor zover deze betrekking heeft op het eigendomsrecht op perceel 4, maar te bekrachtigen voor zover deze betrekking heeft op het pachtrecht op perceel 4. Die beslissing is ongetwijfeld het meest opmerkelijke onderdeel van de bekrachtigingsuitspraak, want deze druist lijnrecht in tegen de systematiek en de bedoeling van de wet.

7. Om met dat laatste te beginnen: onteigening van afzonderlijke rechten - onder de Onteigeningswet in bepaalde gevallen mogelijk - is in de Omgevingswet nadrukkelijk

uitgesloten. De memorie van toelichting laat daarover geen enkel misverstand bestaan: *'In de voorgestelde regeling heeft de onteigening in alle gevallen betrekking op de onroerende zaak als geheel. Onder [de Onteigeningswet] bestaat nog de mogelijkheid om de beperkte rechten van opstal, erfpacht, vruchtgebruik, gebruik, bewoning en beklemming afzonderlijk te kunnen onteigenen in gevallen waarin de onroerende zaak al toebehoort aan de onteigenaar. Deze mogelijkheid komt in de voorgestelde regeling te vervallen.'*⁴⁰

8. De wijze waarop dergelijke rechten - maar ook andere rechten, zoals huur en pacht - via de onteigening komen te vervallen, is dus niet door die als zodanig te benoemen in de onteigeningsbeschikking, maar door de titelzuiverende werking van de eigendomsovergang. Ik verwijs opnieuw naar de heldere uiteenzetting in de memorie van toelichting: *'Door de onteigening verkrijgt de onteigenaar de volle eigendom van de onroerende zaak zonder dat daarop zakelijke of persoonlijke rechten rusten. Deze rechten die bij een normale eigendomsoverdracht niet verloren gaan, komen met de onteigening te vervallen. Gedacht kan worden aan de rechten van erfpacht en opstal, erfdiensbaarheden, huurovereenkomsten, pachtovereenkomsten en kwalitatieve verplichtingen. Het rechtsgevolg van het vervallen van alle lasten en rechten die met betrekking tot de onteigende zaak bestaan, wordt de titelzuiverende werking van onteigening genoemd.'*⁴¹

9. Tegen deze achtergrond is duidelijk dat de rechtbank hier tot een verkeerd oordeel is gekomen, een oordeel dat bovendien door noch de belanghebbende, noch het bestuursorgaan is uitgelokt of verdedigd. De aanpak van de rechtbank kan voor de gemeente zelfs tot een lastig vervolg leiden. De eigendomsovergang van perceel 4 zal moeten geschieden door het opmaken en verlijden van een onteigeningsakte door een notaris. Die notaris zal dan (waarschijnlijk) constateren dat ten aanzien van perceel 4 geen sprake is van een bekrachtigde onteigeningsbeschikking en dat voor een afzonderlijke - separate - 'onteyning' van een pachtrecht geen wettelijke grondslag bestaat. De gemeente kan natuurlijk proberen om via een hoger beroep te komen tot 'reparatie' van de bekrachtigingsuitspraak, maar zal dan waarschijnlijk wel worden geconfronteerd met een aanmerkelijke verlenging van de procedure.⁴²

Onderhandelingsverweer

10. Een van de belanghebbenden - de eigenaar van perceel 1 - meent dat de noodzaak voor onteigening ontbreekt vanwege een (in mijn woorden) gebrekkig minnelijk overleg. Art. 11.7 Omgevingswet vereist een adequaat - en voldoende serieus - minnelijk overleg. Als geen 'redelijke poging' is gedaan om tot minnelijke overeenstemming te

komen over verwerving dan zal de noodzaak ontbreken om gebruik te maken van het onteigeningsinstrument.

11. Op basis van een feitelijke beoordeling van het verloop van dat minnelijk overleg komt de rechtbank tot een naar mijn mening begrijpelijk oordeel dat in het onderhavige geval wel degelijk een redelijke poging is gedaan om het perceel 'in minnelijkheid' te verwerven (zie ro. 74). De rechtbank voegt daar vervolgens nog aan toe: *'Indien een belanghebbende in het minnelijk overleg (...) duidelijk maakt de voorkeur te geven aan vervangende grond of een andere oplossing, moet de raad nagaan of hieraan tegemoet gekomen kan worden.'*

12. Hoewel op zichzelf juist is dat een 'behoorlijk' minnelijk overleg vereist dat wordt nagegaan of aan redelijke wensen van een belanghebbende kan worden tegemoetgekomen, roept deze overweging van de rechtbank toch vragen op.

13. Dat is in de eerste plaats zo, omdat de rechtbank ter onderbouwing van dit citaat verwijst naar art. 15.17 en 15.18 Omgevingswet. Die bepalingen zien op het 'recht op schadeloosstelling' en de 'omvang van de schadeloosstelling', en zeggen werkelijk niets over de reikwijdte van de onderhandelingsverplichting. Verder verwijst de rechtbank nog naar een Koninklijk Besluit van 3 oktober 2024.⁴³ Daarin wordt (wel) door de Kroon overwogen dat in geval een belanghebbende in het minnelijk overleg duidelijk maakt de voorkeur te geven aan 'vervangende grond of een andere oplossing (...) de verzoeker [moet] nagaan of hieraan tegemoet gekomen kan worden'.

14. Wat de rechtbank echter verder miskent bij het zoeken van aansluiting bij de hiervoor geciteerde overweging van de Kroon, is dat er onder de huidige onteigeningsregelgeving een onderscheid bestaat tussen het bestuursorgaan de gemeenteraad als bevoegd gezag tot het nemen van de onteigeningsbeschikking en de publiekrechtelijke rechtspersoon de gemeente Moerdijk als onteigenaar. Het is in die verhouding niet de gemeenteraad die minnelijk overleg moet voeren (of moet nagaan in hoeverre aan wensen van de belanghebbende in dat minnelijk overleg tegemoet kan worden gekomen), maar de gemeente.⁴⁴ De raad zou idealiter juist zelf moeten toetsen of het minnelijk overleg naar behoren is verlopen.

Vergoeding van kosten

15. De rechtbank besteedt meer aandacht aan de vergoeding van kosten van bijstand voor de belanghebbenden dan in de uitspraak Gilze en Rijen het geval was. Helaas is ook in de zaak Moerdijk aard en omvang van die kosten - waarvan vergoeding is voorzien in art. 16.111 en 16.112 Omgevingswet - geen onderwerp van geschil geweest, zodat de oordeelsvorming daarover niet echt spannend is.

⁴⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35 133, nr. 3, p. 98.

⁴¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 133, nr. 3, p. 98.

⁴² In theorie is denkbaar dat een verzoek wordt gedaan tot aanpassing van de uitspraak vanwege een kennelijke fout die zich voor eenvoudig herstel leent. Ik vraag mij af of daarvan sprake is. Het gaat hier niet om een duidelijke vergissing of verschrijving, maar om een weloverwogen, maar verkeerd oordeel. Om een dergelijk oordeel te doen kantelen, lijkt hoger beroep mij de aangewezen weg.

⁴³ Stcrt. 2024, nr. 34038 (Onteyning PH5 Alkmaar-Amsterdam).

⁴⁴ Deze misvatting is ook terug te vinden in ro. 7.8. Herlezing van de bekrachtigingsuitspraak Gilze en Rijen leerde mij dat ook daar deze rollen door de rechtbank niet zijn onderscheiden.

De rechtbank hanteert terecht als maatstaf de (in de vermelde bepalingen geïncorporeerde) zogenoemde 'dubbele redelijkheidstoets': is het redelijk dat bijstand is betrokken en zijn de in dat verband daadwerkelijk gemaakte kosten ook redelijk? Beide vragen worden ten aanzien van de door belanghebbenden opgevoerde kosten door de rechtbank bevestigend beantwoord.

16. Een weeffout binnen het systeem van het nieuwe onteigeningsrecht lijkt mij overigens te zijn dat in geval er wel een geschil is over vergoeding van die kosten, een voortzetting van dat geschil in een beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak tot gevolg heeft dat de bekrachtigingsbeschikking voorlopig niet onherroepelijk wordt. Nu dat (aldus art. 11.16 Omgevingswet) wel een vereiste is voor het kunnen plaatsvinden van de beoogde eigendomsovergang plaatst een onwelgevallig oordeel van de rechtbank over de kostenvergoeding het bestuursorgaan (en - als afgeleide - de onteigenaar) voor een duivels dilemma: er moet

dan immers worden gekozen voor het slikken van een naar eigen inzicht onterechte of onredelijke kostenveroordeling of het zelf vertragen van het onteigeningsproces door het instellen van beroep. Ik vermoed overigens dat in de praktijk in de meeste gevallen voor het eerste zal worden gekozen. Een ander - minstens zo vervelend - 'bijeffect' van de huidige regeling van kostenvergoeding is dat een belanghebbende die wellicht geen enkele moeite (meer) heeft met de onteigening(sbeschikking) zelf, enkel vanwege een tegenvallend oordeel betreffende de door hem gemaakte kosten beroep instelt tegen de bekrachtigingsuitspraak, eveneens dan met aanmerkelijke vertraging in de eigendomsovergang tot gevolg. Ik heb mij in het verleden al meermaals kritisch uitgelaten over het nodeloos complexe systeem van kostenvergoeding in de Omgevingswet⁴⁵ en kan slechts hopen dat dit systeem binnen afzienbare tijd door de wetgever wordt heroverwogen.

J.A.M.A. Sluysmans

⁴⁵ Zie bijv. J.A.M.A. Sluysmans, 'Te goed van vertrouwen. De nieuwe onteigeningsregelgeving in de Omgevingswet', in: S. Hillegers e.a. (red.), *Vertrouwen in de Omgevingswet*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 218-219 en J.A.M.A. Sluysmans, 'Onteigening in de Omgevingswet', in: J.A.M.A. Sluysmans e.a., *Wetsvoorstel Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet* (VBR-advies, nr. 47), Den Haag: IBR 2019, p. 35-36.

Jurisprudentie – V. Aanneming van werk

TBR 2025/147

Hoge Raad, 12 juli 2024, 23/00974, ECLI:NL:HR:2024:1073
(Artikel 7:755 BW: toepassing van de tenzij-bepaling)

(Mr. M.J. Kroeze, mr. H.M. Wattendorff en mr. F.R. Salomons)

BW: art. 7:755

Meerwerk. Prijsverhoging. Tenzij-bepaling.
Waarschuwingplicht

Met gastnoot J.N.E. Weyne en L.S.L. van Pelt, Red.¹

2 Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) MW Techniek is actief in afvalwaterinzameling en -behandeling.

(ii) [verweerd]s exploiteren een landbouwbedrijf dat zich onder andere bezighoudt met het fokken van varkens.

(iii) MW Techniek heeft aan [verweerd]s een prijsopgave gedaan betreffende 'het aanbod met installatie van de Mestwater technologie BV volautomatische mest/waterafscheider MTS2102 type 9860' tegen een totaalprijs van € 669.000,- (exclusief btw).

(iv) In een brief heeft MW Techniek de opdracht bevestigd. Deze opdrachtbevestiging is door [verweerder 1] als opdrachtgever voor akkoord ondertekend.

(v) [verweerd]s hebben twee facturen van MW Techniek met een totaalbedrag van € 405.000,- (exclusief btw) betaald.

(vi) Vervolgens is tussen partijen een geschil ontstaan over de uitvoering van de overeenkomst.

(vii) MW Techniek heeft een factuur ('derde aanbesteding') met een bedrag van € 264.000,- (exclusief btw) aan [verweerd]s verstuurd. [verweerd]s hebben deze factuur niet betaald. Om uit de daaropvolgende impasse te geraken, hebben partijen met elkaar gesproken, waarna MW Techniek voor de (deel)leveringen en betalingen een stappenplan heeft voorgesteld. Omdat [verweerd]s daaraan geen medewerking wensten te verlenen, heeft MW Techniek op 13 januari 2020 een eindfactuur van € 37.300,- (exclusief btw) opgesteld, die onder

andere betrekking heeft op de kosten voor een door [verweerd]s] gewenste plc-kast. [verweerd]s] hebben deze eindfactuur ook niet betaald.

2.2. Voor zover in cassatie van belang vor- dert MW Techniek betaling van de openstaande facturen. De rechtbank² heeft de vordering van MW Techniek toegewezen. Het hof³ heeft het vonnis van de rechtbank gedeeltelijk vernietigd en de vordering van MW Techniek toegewezen, met uitzondering van het gedeelte van de vordering dat betrekking heeft op de in de eindfactuur van 13 januari 2020 begrepen kosten van de plc-kast. Daartoe heeft het hof, voor zover van belang, het volgende overwogen:

“Verschuldigdheid en opeisbaarheid van de factuur van 13 januari 2020?”

3.18 MW Techniek heeft in het kader van de buitengerechtigde ontbinding van de overeenkomst tussen partijen op 13 januari 2020 een afrekeningsfactuur opgemaakt, waarbij door haar nog niet afgerekend meerwerk in rekening is gebracht, maar waarin zij ook door haar retour genomen onderdelen van de installatie in mindering heeft gebracht. [verweerd]s] hebben ook bezwaar gemaakt tegen toewijzing door de rechtbank van de factuur van 13 januari 2020 van € 37.300,-. Zij stellen dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat (i) de post van € 4.000,- voor de huur van de heftruck en (ii) de post van € 127.700,- voor de plc-kast als meerwerk konden worden gefactureerd.

(...)

3.20. Met betrekking tot post (ii) betwisten [verweerd]s] dat partijen zijn overeengekomen dat de plc-kast als meerwerk zou worden uitgevoerd. Dat blijkt volgens hen uit het feit dat de plc-kast niet is opgenomen in de offerte van 26 april 2019 en ook niet in de offerte van 1 juli 2019 (...), terwijl op dat moment de wens van de plc-kast door [verweerd]s] was geuit en ook al duidelijk was dat de plc-kast door MW Techniek conform die wens zou worden uitgevoerd. [verweerd]s] mochten er daarom gerechtvaardigd op vertrouwen dat de plc-kast niet tot extra kosten zou leiden. Zij betwisten in juni 2019 te zijn geïnformeerd dat MW Techniek voor de plc-kast een meerwerkprijs van € 100.000,- verwachtte. De e-mail van [betrokkene 3] van [B] van 26 juni 2019, die volgens MW Techniek de meerkosten van één grote besturingskast (...) onderbouwt, hebben zij voorafgaand aan deze procedure

¹ Jeanile Weyne is werkzaam als advocaat en partner bij Pels Rijcken en gespecialiseerd in bouw- en aanbestedingsrecht. Noor van Pelt is werkzaam als advocaat bij Pels Rijcken en is tevens gespecialiseerd in bouw- en aanbestedingsrecht.

² Rb. Overijssel 12 mei 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:1943.

³ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 13 december 2022, ECLI:NL:G-HARL:2022:10726, hersteld bij arrest van 17 januari 2023.

nimmer ontvangen. Zou dat het geval zijn geweest, dan zouden zij onmiddellijk aan de bel hebben getrokken.

3.21. Het hof overweegt dat uit artikel 7:755 BW volgt dat een aannemer, in geval van door de opdrachtgever gewenste toevoegingen of veranderingen in het overeengekomen werk, slechts dan een verhoging van de prijs kan vorderen, wanneer hij de opdrachtgever tijdig heeft gewezen op de noodzaak van een daaruit voortvloeiende prijsverhoging, tenzij de opdrachtgever die noodzaak uit zichzelf had moeten begrijpen. Naar het oordeel van het hof is niet komen vast te staan dat MW Techniek aan haar waarschuwingplicht ten aanzien van de plc-kast heeft voldaan. Zo heeft zij weliswaar gesteld dat dit in diverse whatsapp-berichten tussen partijen is vastgelegd, maar zij heeft deze berichten niet in het geding gebracht. Evenmin heeft zij tijdens de mondelinge behandeling bevestigend geantwoord op de vraag of het e-mail bericht van [betrokkene 3] van 26 juni 2019 aan [verweerders] is doorgestuurd. Het deel van de factuur dat betrekking heeft op de plc-kast (te weten € 4.200,- en € 127.700,-/€ 28.000,-) kan dan ook niet worden toegewezen. Dat betekent dat [verweerders] in plaats van € 37.300,- verschuldigd te zijn, een bedrag van € 66.600,- van MW Techniek dient terug te krijgen. Dit bedrag dient in mindering te strekken op de factuur van € 264.000,- van 12 december 2019.”

3 Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1. Onderdeel 1.1 van het middel klaagt dat het hof in rov. 3.21 bij de toepassing van art. 7:755 BW ten onrechte niet heeft beoordeeld of [verweerders] uit zichzelf hadden moeten begrijpen dat het ombouwen van de plc-kast een prijsverhoging meebracht.

3.2. In geval van door de opdrachtgever gewenste toevoegingen of veranderingen in het overeengekomen werk kan de aannemer volgens art. 7:755 BW slechts dan een verhoging van de prijs vorderen, wanneer hij de opdrachtgever tijdig heeft gewezen op de noodzaak van een daaruit voortvloeiende prijsverhoging, tenzij de opdrachtgever die noodzaak uit zichzelf had moeten begrijpen. Het hof heeft geoordeeld dat MW Techniek geen verhoging van de prijs kon vorderen voor de door [verweerders] gewenste plc-kast, zonder dat het hof daarbij heeft beoordeeld of [verweerders] hadden moeten begrijpen dat met het ombouwen van de plc-kast een verhoging van de prijs was gemoeid. Tot die beoordeling was het hof wel gehouden, omdat de rechtbank in rov. 2.26 van zijn eindvonnis heeft overwogen dat [verweerders] hadden moeten begrijpen dat de bouw van één enkele plc-kast meerkosten met zich bracht, [verweerders] in hoger beroep tegen dat oordeel een grief hebben gericht en MW Techniek zich daartegen hebben verweerd met een betoog dat ertoe strekte dat [verweerders] de noodzaak van een prijsverhoging uit

zichzelf hadden moeten begrijpen. De hiervoor in 3.1 weergegeven klacht slaagt derhalve.

3.3. Onderdeel 2 klaagt dat het hof - bij zijn oordeel in rov. 3.21 dat MW Techniek niet tijdig heeft gewezen op de noodzaak van een prijsverhoging voor de door [verweerders] gewenste plc-kast - ten onrechte niet heeft gerepsondeerd op een schriftelijke onderbouwde essentiële stelling van MW Techniek. Ter onderbouwing van haar klacht voert MW Techniek aan dat zij heeft gesteld dat de ombouw naar één plc-kast aan de orde is geweest tijdens de schroefperstest van 5 juni 2019 op het bedrijf van [verweerders] in een gesprek tussen een werknemer van haar en [de zoon van verweerders], dat deze werknemer heeft gezegd dat het ombouwen van de plc-kast wel € 100.000,- kan kosten (exclusief aansluitingen) en dat [de zoon van verweerders] heeft gezegd dat het meerwerk en de meerkosten geen probleem zijn. MW Techniek heeft een verklaring van deze werknemer van MW Techniek overgelegd en aangeboden deze stelling te bewijzen door het horen van deze werknemer als getuige.

3.4. Deze klacht slaagt eveneens. De stukken van het geding laten geen andere conclusie toe dan dat MW Techniek hetgeen hiervoor in 3.3 is weergegeven, in hoger beroep heeft gesteld en heeft aangeboden te bewijzen. Het hof heeft geoordeeld dat niet vast is komen te staan dat MW Techniek aan haar waarschuwingplicht ten aanzien van de plc-kast heeft voldaan. In de motivering van dit oordeel gaat het hof ten onrechte niet in op de hiervoor in 3.3 weergegeven essentiële stelling van MW Techniek.

3.5. Onderdeel 3 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 3.21 dat het gedeelte van de factuur van 13 januari 2020 dat betrekking heeft op de plc-kast niet kan worden toegewezen, voor zover dat oordeel ziet op het bedrag van € 4.200,- voor montage-uren. Volgens het onderdeel is het hof met dit oordeel buiten de rechtsstrijd van partijen getreden, omdat [verweerders] geen grief hebben gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat tussen partijen niet in geschil is dat de montage-uren van € 4.200,-, die volgens de rechtbank verband houden met de door [verweerders] gewenste verhoging van de mestwaterunit, meerwerk opleveren dat voor vergoeding in aanmerking komt.

3.6. Ook deze klacht slaagt. De stukken van het geding laten geen andere uitleg toe dan dat [verweerders] geen grief hebben gericht tegen het oordeel van de rechtbank in rov. 2.19 van haar vonnis van 12 mei 2021 dat tussen partijen niet in geschil is dat de montage-uren van € 4.200,- verband houden met de door [verweerders] gewenste verhoging van de mestwaterunit en dat deze gewenste verhoging meerwerk oplevert dat voor vergoeding in aanmerking komt. Het stond het hof daarom niet vrij om te oordelen dat het bedrag van € 4.200,- niet kan worden toegewezen.

3.7. De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

4 Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

De klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO). (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

1. Op 12 juli 2024 heeft de Hoge Raad arrest gewezen over de toepassing van art. 7:755 BW, waarbij de Hoge Raad heeft bevestigd dat de 'tenzij-bepaling' een zelfstandige grond voor het recht op prijsverhoging in verband met meerwerk inhoudt.

2. Hierna zal eerst kort worden ingegaan op de relevante onderdelen van het procesverloop bij de rechtbank Overijssel, het Hof Arnhem-Leeuwarden en tot slot de Hoge Raad.⁴ Hoewel niet direct baanbrekend, is de rechtsregel uit dit arrest van praktisch belang, te meer omdat gelet op de feitelijke toets van art. 7:755 BW opdrachtgevers (en aannemers) steeds beducht moeten zijn op de gevolgen van discussies over al dan niet opgedragen meerwerk en de daarmee gemoeide prijsverhoging.

De feiten

3. Kort gezegd gaat het in deze procedure om een geschil tussen MW Techniek, een bedrijf actief in de branche Afvalwaterinzameling- en behandeling en een landbouwbedrijf dat zich onder andere bezighoudt met het fokken van varkens (hierna: 'de Opdrachtgever').

4. Voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst had MW Techniek een offerte uitgebracht. In de overeenkomst is - anders dan in de eerste offerte - uitdrukkelijk vermeld dat de opleverdatum in onderling overleg kon worden aangepast. Na 1 juli 2019 hebben partijen verder onderhandeld over technische wijzigingen en aanpassingen van de mestwaterunit. Na uitbrenging van de offerte, maar voor ondertekening van de overeenkomst heeft Opdrachtgever aangegeven dat hij een plc-kast wilde hebben, de prijs is hierbij ongewijzigd gebleven.

⁴ Zie ook: S. Wouda, Redactionele bijdrage: Extra kosten voor meerwerk: opdrachtgever had prijsverhoging zelf moeten begrijpen, Actualiteiten Bouwrecht 25 september 2024, < www.ibrtracker.nl/actualiteit/399950>, IBR 2024.

5. MW Techniek en de Opdrachtgever hebben medio augustus 2019 een (definitieve) overeenkomst gesloten waarbij MW Techniek een mestwaterunit zou leveren en installeren bij de Opdrachtgever uiterlijk op 1 oktober 2019. Voor deze werkzaamheden zou Opdrachtgever een vergoeding aan MW Techniek betalen van € 669.000,- excl. btw.

6. Uiteindelijk kon MW Techniek niet eerder dan eind september 2019 met de bouw van de unit starten omdat toen pas de eerste onderdelen werden geleverd. Uit WhatsAppberichten blijkt dat Opdrachtgever heeft ingestemd met levering van een deel van de onderdelen op 5 november 2019. Opdrachtgever heeft de twee facturen van 13 september 2019 en 11 november 2019 met een totaalbedrag van € 405.000,- excl. btw. betaald. Op 12 december 2019 heeft Opdrachtgever een derde factuur gestuurd met een bedrag van € 264.000,- excl. btw. Opdrachtgever heeft deze factuur niet betaald. Na gesprekken tussen MW Techniek en Opdrachtgever waarbij Opdrachtgever te kennen heeft gegeven niet te willen betalen, heeft MW Techniek een eindfactuur van € 37.300,- excl. btw. verstuurd die Opdrachtgever evenmin heeft betaald. Dit betrof een verrekenfactuur met een aantal meerwerkposten waaronder de plc-kast en posten die in mindering zijn gebracht voor niet gebruikte materialen. Op 3 februari 2020 heeft MW Techniek de overeenkomst partiel, alleen voor de toekomst, ontbonden vanwege het niet betalen van de openstaande facturen.

Rechtbank Overijssel⁵

7. Omdat Opdrachtgever niet tot betaling van de facturen overgaat, is MW Techniek een procedure gestart. Kernvraag in de procedure bij de rechtbank is welke partij als eerste in verzuim raakte. In dat kader is, naast de vraag of sprake is van een fatale leveringstermijn, in geschil of de door MW Techniek verzonden facturen verschuldigd en opeisbaar zijn óf dat MW Techniek een bedrag moet terugbetalen aan de Opdrachtgever omdat sprake is van non-conformiteit van de mestwaterunit en deze unit niet op 1 oktober 2019 is geleverd. MW Techniek vordert een verklaring voor recht dat de overeenkomst rechtsgeldig is ontbonden, dan wel (door de rechtbank) wordt ontbonden. De Opdrachtgever vordert in reconventie dat de buitengerechterlijke ontbindingsverklaring niet het daarmee beoogde rechtsgevolg heeft gehad en vordert op zijn beurt ook ontbinding van de overeenkomst.

8. De rechtbank oordeelt dat er geen sprake was van een fatale leveringstermijn waardoor de omstandigheid dat MW Techniek niet op 1 oktober 2019 de mestwaterunit heeft geleverd niet leidt tot wanprestatie tegenover de Opdrachtgever en MW Techniek daardoor ook niet van rechtswege in schuldeisersverzuim verkeert. Ook oordeelt de rechtbank dat de non-conformiteit niet is komen vast te staan.

9. De rechtbank oordeelt verder dat Opdrachtgever de derde factuur van € 264.000,- excl. btw. alsnog moet betalen. Ten aanzien van de eindfactuur van € 37.300,- excl.

⁵ Rb. Overijssel, 12 mei 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:1943.

btw oordeelt de rechtbank dat de post voor de plc-kast meerwerk betreft en dat MW Techniek voldaan heeft aan haar waarschuwplicht op grond van art. 7:755 BW, omdat zij expliciet heeft aangegeven dat zij € 100.000,- meerwerk verwachtte bij plaatsing van de plc-kast. Daarnaast had Opdrachtgever moeten begrijpen dat de bouw van één enkele plc-kast meerkosten met zich meebracht.

Hof Arnhem-Leeuwarden⁶

10. Opdrachtgever stelt vervolgens met zeven grieven hoger beroep in tegen het vonnis van de rechtbank. Opdrachtgever vordert in hoger beroep dat de vorderingen van MW Techniek alsnog worden afgewezen en dat de vorderingen van Opdrachtgever worden toegewezen. De eerste, tweede en derde grief richten zich tegen het oordeel van de rechtbank dat de datum van 1 oktober 2019 geen fatale leveringstermijn betreft, dat de derde factuur opeisbaar en verschuldigd was respectievelijk dat non-conformiteit van de mestwaterunit niet is komen vast te staan. Al deze grieven slagen niet.

11. En dan komt het Hof bij de vierde grief die zich richt tegen de hoogte van het toegewezen bedrag. Opdrachtgever stelt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat i) de huur van de heftruck en ii) de plc-kast als meerwerk zijn gefactureerd. Ten aanzien van het tweede punt betwist Opdrachtgever dat partijen overeengekomen zijn dat de plc-kast als meerwerk zou worden uitgevoerd, dat zij in juni 2019 geïnformeerd zouden zijn dat MW Techniek een meerwerkprijs van €100.000,- verwachtte en stelt zij dat zij gerechtvaardigd erop mocht vertrouwen dat de plc-kast niet tot extra kosten zou leiden. Het Hof gaat mee in het betoog van Opdrachtgever en oordeelt dat het niet is komen vast te staan dat MW Techniek aan haar waarschuwplicht heeft voldaan. Grief 4 slaagt gedeeltelijk.⁷ Meer specifiek oordeelt het Hof:

“Dat niet is vast komen te staan dat MW Techniek aan haar waarschuwplicht ten aanzien van de plc-kast heeft voldaan. Zo heeft zij weliswaar gesteld dat dit in diverse WhatsApp-berichten tussen partijen is vastgelegd, maar zij heeft deze berichten niet in het geding gebracht. Evenmin heeft zij tijdens de mondelinge behandeling bevestigend geantwoord op de vraag of het e-mail bericht van 26 juni 2019 aan appellanten is doorgestuurd. Het deel van de factuur dat betrekking heeft op de plc-kast kan dan ook niet worden toegewezen.”⁸

12. Het Hof komt vervolgens tot het oordeel dat MW Techniek niet aan de waarschuwplicht heeft voldaan als bedoeld in art. 7:755 BW. Het Hof concludeert op basis daarvan - en dus zonder te toetsen aan art. 7:755

BW - dat MW Techniek geen recht heeft op betaling van het meerwerk.

Hoge Raad

13. MW Techniek gaat in cassatie en stelt daarbij drie cassatiemiddelen in tegen het oordeel van het Hof. Het eerste middel klaagt dat het Hof ten onrechte niet heeft beoordeeld of Opdrachtgever uit zichzelf had moeten begrijpen dat het ombouwen van de plc-kast een prijsverhoging meebracht. Deze klacht slaagt. Onderdeel 2 klaagt dat het Hof bij zijn oordeel over de waarschuwplicht ten onrechte niet een schriftelijke onderbouwde essentiële stelling heeft meegewogen. Deze klacht slaagt eveneens. Onderdeel 3 is gericht tegen het oordeel van het Hof dat het gedeelte van de factuur met betrekking tot de montage-uren niet kan worden toegewezen. Deze klacht slaagt ook, omdat partijen tegen dit oordeel van de rechtbank geen grief hebben gericht. Het stond het Hof daarmee niet vrij om hierover te oordelen.

14. Kortom, ten aanzien van art. 7:755 BW oordeelt de Hoge Raad dat het Hof ten onrechte bij beoordeling van de toewijzing van het meerwerk niet heeft getoetst aan de ‘tenzij-bepaling’ van art. 7:755 BW.

Artikel 7:755 BW - hoe zat het ook alweer

15. Artikel 7:755 BW is vastgelegd in Boek 7 (aanneming van werk). Meerwerk bestaat kort gezegd uit ‘de gewenste toevoegingen of veranderingen in het overeengekomen werk’.⁹ Als sprake is van meerwerk, dan kan dat vervolgens weer tot allerlei vervolgvragen leiden, zoals de vraag wat de kosten zijn van dat meerwerk en op welke wijze opdrachtgever daartoe opdracht moet hebben gegeven. Relevant daarbij is steeds dat opdrachtgevers en aannemers in het geval van meerwerk hun eigen belangen hebben. Opdrachtgevers proberen het meerwerk en de kosten daarvan binnen de perken te houden en aannemers willen betaald worden voor het werk dat ze hebben uitgevoerd.¹⁰ De regeling van art. 7:755 BW is erop gericht beide belangen te beschermen.¹¹ Artikel 7:755 BW bepaalt namelijk het volgende: “In geval van door de opdrachtgever gewenste toevoegingen of veranderingen in het overeengekomen werk kan de aannemer slechts dan een verhoging van de prijs vorderen, wanneer hij de opdrachtgever tijdig heeft gewezen op de noodzaak van een daaruit voortvloeiende prijsverhoging, tenzij de opdrachtgever die noodzaak uit zichzelf had moeten begrijpen. Van deze bepaling kan niet ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken, behoudens bij een standaardregeling als bedoeld in art. 214 van Boek 6.”

16. Als de aannemer meent aanspraak te hebben op een prijsverhoging moet voldaan worden aan de verschillende elementen van art. 7:755 BW.

⁶ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 13 december 2022, ECLI:NL:GHRM:2022:10726.

⁷ Ook de vijfde grief met betrekking tot de verschuldigdheid van de btw en wettelijke rente slaagt niet en grief 6 en 7 hebben geen zelfstandige betekenis, waardoor die ook niet tot enig gevolg voor het vonnis van de rechtbank leiden.

⁸ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 13 december 2022, ECLI:NL:GHRM:2022:10726, r.o. 3.21.

⁹ Concl. A-G S.D. Lindenberg, 16 februari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:170, par. 4.6.

¹⁰ Zie ook par. 4.9 Conclusie AG.

¹¹ Zie ook Asser/Van den Berg 7-VI 2022/133.

17. Het eerste element komt neer op de vraag of sprake is van meerwerk. Deze vraag leidt op zichzelf al vaak genoeg tot geschillen. Partijen kunnen lang twisten over de vraag of de betreffende werkzaamheden onderdeel van de overeenkomst zijn of niet. Vervolgens, als al van meerwerk sprake is, moet de opdrachtgever de desbetreffende werkzaamheden hebben opgedragen als meerwerk. Ook dat kan tot de nodige discussies leiden.

18. In het arrest van de Hoge Raad gaat het echter om de twee laatste (alternatieve) elementen van art. 7:755 BW die kort gezegd toezien op de kennis van de opdrachtgever over prijsverhoging. De opdrachtgever moet voor de prijsverhoging worden gewaarschuwd of de noodzaak daarvan moeten begrijpen. Achtergrond daarvan is dat de opdrachtgever de kans moet hebben om van het meerwerk af te zien op het moment dat hij zich niet kan vinden in (de noodzaak van) een prijsverhoging. Tegelijkertijd is de aannemer ervan verzekerd dat hij wordt betaald op het moment dat het duidelijk is (of moet zijn) voor de opdrachtgever dat uit het gewenste meerwerk noodzakelijkerwijs een prijsverhoging volgt. Of een opdrachtgever de noodzaak van de prijsverhoging had moeten begrijpen is (mede) afhankelijk van de deskundigheid van de opdrachtgever.¹²

19. Het was een tijd onduidelijk welke kennis van de opdrachtgever vereist was over een prijsverhoging om tot de conclusie te komen dat een aannemer recht had op vergoeding van meerwerk. Er werd in dit verband ook wel gesproken van rechtsonzekerheid.¹³ Het ging daarbij met name om de vraag of de opdrachtgever niet alleen op de hoogte moest zijn van de mogelijkheid van een prijsverhoging maar ook van de omvang daarvan.

20. In 2022 is deze vraag aan de Hoge Raad voorgelegd.¹⁴ De A-G kwam toen tot de conclusie dat bij de toepassing van art. 7:755 BW ook de omvang van de prijsverhoging bij de opdrachtgever bekend moet zijn om het recht op vergoeding te creëren.¹⁵ Zijn redenen daartoe waren onder meer dat deze lijn was ingezet door een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden¹⁶ en de ratio van art. 7:755 BW die ter bescherming van de opdrachtgever de waarschuwingsplicht van de aannemer dwingendrechtelijk voorop plaatst. Dit houdt verband met dat de opdrachtgever in de gelegenheid moet worden gesteld te beslissen of

hij het meerwerk ondanks de hogere prijs aan de aannemer wil opdragen.¹⁷

21. De Hoge Raad heeft over dit vraagstuk vervolgens duidelijkheid geschapen in het arrest van 1 juli 2022 maar langs een andere route dan de A-G voor ogen had. De Hoge Raad oordeelde namelijk dat de opdrachtgever, zodra hij is gewezen op de prijsverhoging door de aannemer dan wel indien hij de prijsverhoging zelf had moeten begrijpen, zich met de aannemer moet verstaan over de omvang van de kosten zodat hij ook kan bepalen of hij het meerwerk daadwerkelijk wil laten uitvoeren. De Hoge Raad oordeelde dat uit de wetsgeschiedenis volgt dat het uitsluitend gaat om de noodzaak van de prijsverhoging en dat voor een beroep op de tenzij-formule niet noodzakelijk is dat de opdrachtgever ook een beeld heeft bij de hoogte van de aanvullende kosten.¹⁸

Toetsing aan art. 7:755 BW

22. Het onderhavige arrest van de Hoge Raad bevestigt op zichzelf de regel van art. 7:755 BW en de wijze waarop de Hoge Raad in 2022 over de toepassing daarvan oordeelde. Er zijn twee mogelijkheden die de rechter uitdrukkelijk moet beoordelen: heeft de aannemer tijdig gewaarschuwd voor de noodzaak van een prijsverhoging of had de opdrachtgever de prijsverhoging uit eigen beweging behoren te kennen. Kennis van de omvang van de daarmee gemoeide kosten is daarbij niet relevant.

23. De vraag die in dit arrest vervolgens voorlag was of het Hof in haar oordeel wel was ingegaan op de zogenoemde 'tenzij-bepaling'. De vraag was daarmee in beginsel vrij feitelijk: had het Hof art. 7:755 BW in zijn totaliteit toegepast of niet. De A-G bespreekt uitvoerig of dat is gebeurd. De A-G komt tot de conclusie dat het Hof niet uitdrukkelijk is ingegaan op de tenzij-bepaling. Hoewel het Hof in haar rechtsoverwegingen¹⁹ de inhoud van art. 7:755 BW weergeeft, het Hof vervolgens uitsluitend ingaat op de waarschuwingsplicht.²⁰ De A-G is van mening dat niet kan worden gezegd dat het Hof 'kennelijk' heeft getoetst of de tenzij-bepaling van toepassing is.

24. Vervolgens komt de Hoge Raad tot het oordeel dat het Hof heeft geoordeeld dat MW Techniek "geen verhoging van de prijs kon vorderen voor de door [verweerders] gewenste plc-kast, zonder dat het Hof daarbij heeft beoordeeld of [verweerders] hadden moeten begrijpen dat met het ombouwen van de plc-kast een verhoging van de prijs was gemoeid. Tot die beoordeling was het Hof wel gehouden, omdat de rechtbank in rov. 2.26 van zijn eindvonnis heeft overwogen dat [verweerders] hadden moeten

¹² Zie par. 4.11 conclusie AG.

¹³ L.H. Muller, De waarschuwingsplicht in geval van meerwerk bij aanneming van werk, maandblad vermogensrecht, 2022, afl. 10, p. 363-367; K. Roordink in nr. 38-40, TBR 2015/182; K. Roordink, in nr. 4, TBR 2021/90, S. Könemann, in nr. 11, TBR 2011/186; S. van Gulijk, 'Tendensen in de civiele rechtspraak van belang voor het bouwrecht', TBR 2015/141 en M.A.B. Chao-Duvis, Pleidooi voor een uitbreiding van de waarschuwingsplicht ex art. 7:755 BW en par. 36 lid 1a UAV 2012, TBR 2021/43.

¹⁴ HR 1 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:989.

¹⁵ Concl. A-G S.D. Lindenbergh, 11 januari 2022, ECLI:NL:PHR:2021:1254, par. 4.11.

¹⁶ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 24 januari 2012, ECLI:NL:GHEE:2012:BV6686.

¹⁷ Concl. A-G S.D. Lindenbergh, 11 januari 2022, ECLI:NL:PHR:2021:1254, par. 4.7 en zie ook J.M. Henriquez & A.L. Snelders, BR 2022/73 en S.A. Kruisinga, Over prijsverhoging, meerwerk en aanneming van werk, Bb 2022/70.

¹⁸ HR 1 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:989, r.o. 3.1.3.

¹⁹ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 13 december 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:10726, r.o. 3.21.

²⁰ Concl. A-G S.D. Lindenbergh, 16 februari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:170, par. 4.33.

begrijpen dat de bouw van één enkele plc-kast meerkosten met zich bracht, [verweerders] in hoger beroep tegen dat oordeel een grief hebben gericht en MW Techniek zich daartegen hebben verweerd met een betoog dat ertoe strekte dat [verweerders] de noodzaak van een prijsverhoging uit zichzelf hadden moeten begrijpen."

25. Kortom, het Hof is in het arrest wél ingegaan op de waarschuwingsplicht maar niet op de tenzij-regel en het Hof had dat wel moeten doen. Het is dus niet zo dat als niet is voldaan aan de waarschuwingsplicht, de aannemer geen beroep meer toekomt op art. 7:755 BW. De Hoge Raad vernietigt om die reden het arrest van het Hof. Ook vernietigt de Hoge Raad het arrest van het Hof omdat het Hof voorbij is gegaan aan de stelling van MW Techniek dat wél aan de waarschuwingsplicht is voldaan en zij daarvoor bewijs heeft geleverd, namelijk de verklaring van een werknemer van MW Techniek dat uitdrukkelijk met (de zoon van) de bestuurder van MW Techniek is besproken dat met de plc-kast extra kosten gemoeid zijn en dat de zoon heeft bevestigd dat het meerwerk moet worden uitgevoerd. De zaak wordt verwezen naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch. Of na verwijzing de betreffende verklaring van MW Techniek voldoende is om daarin een waarschuwing te lezen, komt neer op waardering van het bewijs dat door MW Techniek is geleverd.

26. Na dit arrest van de Hoge Raad zijn diverse uitspraken gewezen door rechtbanken en hoven en ook bij de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen. In deze uitspraken komen over het algemeen de voorwaarden van art. 7:755 BW aan bod en vindt een vrij feitelijke beoordeling plaats van die voorwaarden. In een deel van de uitspraken strandt het beroep op art. 7:755 BW bij de vraag of sprake is van (door de opdrachtgever gewenst) meerwerk.²¹ Verder zijn er de nodige uitspraken die ingaan op de feitelijke vraag of de aannemer heeft voldaan aan de waarschuwingsplicht of dat de opdrachtgever de noodzaak van een prijsverhoging had moeten begrijpen.²²

21 Rb. Rotterdam 1 oktober 2025, ECLI:NL:RBROT:2025:11843; Rb. Midden-Nederland, 6 augustus 2025, ECLI:NL:RBMNE:2025:5656; Rb. Noord-Nederland, 29 juli 2025, ECLI:NL:RBNNE:2025:3211; RvA, 22 juli 2025, nr. 37.962; Rb. Noord-Holland, 4 juni 2025, ECLI:NL:RBNHO:2025:6572; Rb. Rotterdam, 23 juli 2025, ECLI:NL:RBROT:2025:9339; Rb. Midden-Nederland, 9 juli 2025, ECLI:NL:RBMNE:2025:3324; Rb. Rotterdam, 16 april 2025, ECLI:NL:RBROT:2025:4698; Rb. Gelderland, 28 maart 2025, ECLI:NL:RBGEL:2025:2436; Rb. Den Haag, 4 februari 2025, ECLI:NL:RBDHA:2025:1466; Rechtbank Amsterdam, 11 december 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:8585; RvA 12 februari 2024, nr. 37.738.
22 Rb. Rotterdam, 18 juli 2025, ECLI:NL:RBROT:2025:9002; Rb. Rotterdam, 25 juni 2025, ECLI:NL:RBROT:2025:8691; Rb. Overijssel, 8 juli 2025, ECLI:NL:RBOVE:2025:4635; Rb. Oost-Brabant, 11 juni 2025, ECLI:NL:RBOBR:2025:3419; Rb. Noord-Holland, 4 juni 2025, ECLI:NL:RBNHO:2025:6336; Rb. Gelderland, 20 mei 2025, ECLI:NL:RBGEL:2025:3949; Gerechtshof Amsterdam, 13 mei 2025, ECLI:NL:GHSHE:2025:1257; Rb. Overijssel, 21 mei 2025, ECLI:NL:RVOVE:2025:3283; Rb. Noord-Holland, 26 februari 2025, ECLI:NL:RBNHO:2025:3073; Rb. Gelderland, 16 april 2025, ECLI:NL:RBGEL:2025:3160; Rb. Noord-Nederland, 5 maart 2025, ECLI:NL:RBMNE:2025:1201; Rb. Overijssel, 4 maart 2025, ECLI:NL:RBOVE:2025:1256; Rb. Overijssel, 19 februari 2025, ECLI:NL:RBOVE:2025:972; Gerechtshof Den Haag, 17 september 2024, ECLI:NL:LGHDHA:2024:1725 en Rb. Den Haag, 4 december 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:21512.

27. Ons viel nog op dat de rechtbank Amsterdam in één van zijn vonnissen de voorwaarden van art. 7:755 BW is langsgelopen en daarbij uitdrukkelijk het belang van de opdrachtgever om nog te kunnen afzien van het meerwerk betreft. De rechtbank oordeelde dat niet door de aannemer is aangetoond dat sprake is van een opgedragen meerwerk en evenmin dat voldaan is aan de waarschuwingsplicht. De aannemer had naar het oordeel van de rechtbank aan de waarschuwingsplicht niet voldaan omdat de melding van het meerwerk een dag vóór de oplevering plaatsvond. De rechtbank noemt hierbij overigens niet de 'tenzij'-regel, mogelijk omdat het beroep op art. 7:755 BW van de aannemer al strandde bij de vraag of sprake is van opgedragen meerwerk.²³

28. Een andere opvallende uitspraak werd gedaan door de rechtbank Overijssel in het kader van een bewijsopdracht aan partijen in verband met een beroep op art. 7:755 BW.²⁴ In het licht daarvan had de rechtbank uitdrukkelijk de hiervoor genoemde criteria van art. 7:755 BW opgesomd, maar introduceerde daarbij ook nog een aanvullende mogelijkheid op basis waarvan een recht op betaling voor de aannemer zou ontstaan. De rechtbank gaf als bewijsopdracht mee dat de aannemer moest ingaan op de situatie dat de opdrachtgever zelf had moeten begrijpen dat een prijsverhoging noodzakelijk was of dat er sprake is "van een andere situatie waarin een voorafgaande waarschuwing achterwege kon blijven".²⁵ Jammer genoeg komt dat verder niet tot uitwas nu de bewijsopdracht geheel niet wordt vervuld en de rechtbank dan ook tot de conclusie komt dat de verweerder niet in zijn bewijsopdracht is geslaagd. Overigens lijkt ons het toevoegen van een dergelijk aanvullend criterium niet juist, want art. 7:755 BW voorziet daar niet in.

29. Verder moet men beducht zijn op de rol van de directievoerder bij het bepalen of al dan niet aan de waarschuwingsplicht wordt voldaan of dat de opdrachtgever behoorde te begrijpen dat het meerwerk tot een prijsverhoging noodzaakt. De kennis van de directievoerder wordt in dit geval toegerekend aan de opdrachtgever.²⁶ Dat is overigens in andere bouwrechtelijke kwesties niet anders.²⁷

Afronding - en in de praktijk?

30. Aanneming van werk is meer dan alleen bouwprojecten, maar het is onmiskenbaar zo dat bijna geen bouwproject wordt uitgevoerd dat niet enige vorm van meerwerk kent.²⁸ Het is aan te bevelen dat opdrachtgevers en aannemers duidelijk met elkaar communiceren over de omvang van de oorspronkelijke opdracht zodat ook duidelijk is wanneer sprake is van meerwerk. Dat lijkt een open

23 Rb. Amsterdam, 19 februari 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:1093.

24 Rb. Overijssel, 21 mei 2025, ECLI:NL:RBOVE:2025:3283.

25 Rb. Overijssel, 21 mei 2025, ECLI:NL:RBOVE:2025:3283, r.o. 4.16.

26 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 17 december 2024, ECLI:NL:GHSHE:2024:4052 en RvA, 9 februari 2024, nr. 37.431.

27 Denk bijvoorbeeld aan het leerstuk verborgen gebreken in het kader van par. 12 UAV 2012.

28 M.A.B. Chao-Duivis, Pleidooi voor een uitbreiding van de waarschuwingsplicht ex art. 7:755 BW en par. 36 lid 1a UAV 2012, TBR 2021/43, p. 319.

deur, maar dat is natuurlijk niet altijd eenvoudig en duidelijk. Meerwerk is vaak genoeg aanleiding voor geschillen.

31. Ook moet worden benoemd dat partijen kunnen overeenkomen dat meerwerk niet mag worden uitgevoerd voordat het meerwerk schriftelijk is opgedragen en partijen een prijs zijn overeengekomen.²⁹ Een dergelijke regeling lijkt een goede oplossing om te voorkomen dat men later discussie krijgt over het meerwerk, maar de praktijk is weerbarstig. Als voorbeeld noem ik dat partijen zich tijdens de uitvoering van het werk niet altijd houden aan de in de overeenkomst gemaakte afspraken over het opdragen van meerwerk. Partijen vergeten daarbij soms dat een overeenkomst niet alleen uit de la moet worden gehaald bij conflicten. Een overeenkomst kan juist de juiste kaders bieden en duidelijkheid scheppen tijdens de uitvoering waardoor conflicten kunnen worden voorkomen. Afwijken van de overeenkomst kan dus juist tot conflicten leiden.³⁰

32. Daar staat tegenover dat de omvang van een project of de complexiteit daarvan ervoor kan zorgen dat niet altijd op voorhand duidelijk is dat sprake is van meerwerk of dat niet op voorhand duidelijk is welke kosten met het betreffende meerwerk zullen zijn gemoeid. Opdrachtgevers, maar ook aannemers, kunnen het zich bovendien niet altijd veroorloven om met elkaar te bespreken of sprake is van meerwerk en zo ja wat de kosten daarvan

moeten (of mogen) zijn. Soms vergt het project nu eenmaal dat partijen het werk uitvoeren en is vertraging geen optie. Opdrachtgevers proberen daar ook handen en voeten aan te geven door dan over te gaan tot aanwijzingen die ertoe strekken dat de aannemer het werk wel uitvoert in afwachting van verdere discussies over meerwerk en de kosten daarvan. Gelet op het arrest van de Hoge Raad betekent dat voor opdrachtgevers dat zij er rekening mee moeten houden dat als achteraf vast komt te staan dat sprake is van door opdrachtgever opgedragen meerwerk en zij of zijn gewaarschuwd voor de noodzakelijke prijsverhoging dan wel de daarmee gemoeide noodzakelijke prijsverhoging hadden moeten begrijpen, zij de rekening van het meerwerk moeten betalen, ook als de kosten daarvan (erg) hoog zijn. Het is dus raadzaam om (toch) zo spoedig mogelijk meerwerkdiscussies af te ronden zodat alle gevolgen daarvan duidelijk zijn. In dat verband benoem ik nog tot slot dat bijvoorbeeld op grond van par. 36 lid 3 UAV de aannemer bij een bepaalde omvang van het meerwerk in verhouding tot de aanneemsom, de mogelijkheid heeft om geen gehoor te geven aan verdere uitvoering van het meerwerk. Ook om die reden verdient aanbeveling om spoedig duidelijkheid te krijgen over de omvang van de prijsverhoging als gevolg van door opdrachtgever opgedragen meerwerk en het niet te laten bij de enkele constatering dat van meerwerk sprake is.

J.N.E. Weyne & L.S.L. van Pelt

²⁹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 17 december 2024, ECLI:NL:GHSHE:2024:4052; Rb. Amsterdam, 18 december 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:8342 en Rb. Den Haag, 10 juli 2025, ECLI:NL:RBDHA:2025:12218.

³⁰ Zie bijvoorbeeld: Rb. Amsterdam, 18 december 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:8342.

Wetgeving

Omgevingswet

Brief van de minister van Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening d.d. 31 oktober 2025 betreffende de voortgang van de uitvoering van de Omgevingswet in het derde kwartaal van 2025 (*Kamerstukken II 2025/26 33 118*, nr. 307).

Ruimtelijke Ordening

Brief van de minister van Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening d.d. 27 oktober 2025 betreffende de Voorhang Verzamelbesluit bouwwerken leefomgeving 2025 (*Kamerstukken II 2025/26 28 325*, nr. 299).

Grondbeleid

Brief van de minister van Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening d.d. 20 november 2025 betreffende de uitkomsten van het onderzoek voorkomen speculatieve grondhandel gericht op particulieren (*Kamerstukken II 2025/26 27 581*, nr. 55).

Woningmarkt

Brief van de minister van Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening d.d. 17 november 2025 betreffende de Voortgang Beter Benutten en Innovatieprogramma (IOP) (*Kamerstukken II 2025/26 32 847*, nr. 1390).

Brief van de minister van Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening d.d. 21 oktober 2025 betreffende de Aanbieding rapport ABF Woningmarktverkenning 2025-2040 (*Kamerstukken II 2025/26 28 325*, nr. 299).

Duurzaamheid

Brief van de minister van Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening d.d. 13 november 2025 betreffende de Stand van zaken VvE-Versnellingsagenda verduurzaming (*Kamerstukken II 2025/26 30 196*, nr. 855).

Literatuuroverzicht



Goederenrecht in de energietransitie (VBR preadvies, nr. 53)

De transitie naar een duurzame gebouwde omgeving is in volle gang. Hernieuwbare energie en broeikasgasvrije warmtevoorzieningen vinden op steeds grotere schaal hun weg. Het verder bevorderen van de energietransitie is hard nodig om de klimaatdoelen in zicht te houden. Technologie loopt bijna altijd voor op de wet. Antwoorden op nieuwe goederenrechtelijke vragen zullen dus moeten worden gevonden binnen het bestaande wettelijk kader. Dat wettelijk kader is daar echter niet altijd op voorzien. Dit preadvies, geschreven door *E.M. Groeneweg, L.M. de Hoog en B. Hoops*, behandelt onderwerpen waarop ontwikkelingen van de energietransitie dreigen te botsen met het - vaak als stringent gekarakteriseerde - goederenrecht (Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2025, ISBN: 978-94-6315-112-2)

Asser 7-VI Aanneming van werk - Bijzondere Overeenkomsten (vijfde druk)

Dit Asser-deel, auteur *S. van Gulijk*, geeft zowel een overzicht van de aannemingsovereenkomst in bilateraal verband tussen aannemer en opdrachtgever als een overzicht van de vele multilaterale samenwerkingsverbanden die bestaan voor de aanneming van werk. Deze 5e druk is in vele opzichten bijgewerkt met actuele vraagstukken, tekst delen, nieuwe wetgeving en (inter)nationale ontwikkelingen.

(Deventer: Wolters Kluwer 2025, ISBN: 9789013183689)

Consumentenkoop (Monografieën BW B65b)

De consumentenkoop is hoogstwaarschijnlijk de meest gesloten overeenkomst in Nederland. Deze titel, van de hand van *M.B.M. Loos*, bevat een beknopt maar diepgaand overzicht van het consumentenkooprecht met bijzondere aandacht voor levering van digitale inhoud.

(Deventer: Wolters Kluwer 2025, ISBN: 9789013184228)

Een nieuw stelsel van bouwtoezicht: wennen of weeffouten?

Deel 1: de onafhankelijkheid van het toezicht in de praktijk

Op 1 januari 2024 is de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (hierna: Wkb) in werking getreden. In dit artikel van *S. de Lint* worden de eerste bevindingen uit de praktijk gedeeld. In de periode oktober 2024-januari 2025 heeft de auteur zestien interviews afgenomen bij de verschillende partijen die een rol hebben in

het stelsel van kwaliteitsborging. De vraag die beantwoord wordt in dit artikel is in hoeverre het toezicht binnen het stelsel van kwaliteitsborging onafhankelijk is georganiseerd en in hoeverre het toezicht in de praktijk als onafhankelijk wordt beschouwd.

(BR 2025/66)

Kroniek Natuur- beschermingsrecht - Soortenbescherming (deel 1)

Dit betreft het eerste deel van de jaarlijkse kroniek Natuurbeschermingsrecht. In dit deel staat het soortenbeschermingsrecht centraal. In deze kroniek geschreven door *F. Onrust*, worden de ontwikkelingen van het afgelopen jaar voor wat betreft soortenbescherming, waaronder ook beheer en schadebestrijding, in de periode 16 september 2024 tot en met 8 augustus 2025 beschreven. Eerst komen kort de relevante wijzigingen in de wet- en regelgeving en beleid aan de orde, waarna een selectie uit de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en rechtbanken aan de hand van deelonderwerpen wordt besproken.

(BR 2025/67)

Milieudefensie tegen Shell in hoger beroep

Energietransitie te complex voor reductiebevel

Op 12 november 2024 vernietigde het Hof Den Haag het baanbrekende rechtbankvonnis waarin Shell werd verplicht haar CO₂-uitstoot drastisch te reduceren. De loop van het arrest volgend wordt besproken hoe het hof omgaat met complexe vragen over klimaatverantwoordelijkheid, mensenrechten, Europese

regelgeving en de maatschappelijke zorgplicht van ondernemingen als Shell. De vordering is uiteindelijk afgewezen omdat het hof weliswaar kon vaststellen dat er een maatschappelijke zorgplicht op Shell rust om klimaatverandering tegen te gaan maar dat het niet lukte aan die maatschappelijke zorgplicht concreet invulling te geven. En dat is precies de moeilijkheid in dit soort zaken, aldus Lodewijk Smeehuijzen.

(NJB 2025/2389)

GenAI aan rechten-faculteiten: uit voorzorg verbieden

Het gebruik van GenAI lijkt binnen de universitaire wereld onafwendbaar maar GenAI brengt fundamentele risico's met zich mee voor de vorming van juristen. Denk hierbij aan de negatieve impact op taalvaardigheid, kritisch denken, wetenschappelijke integriteit, en het zelfvertrouwen van studenten. Ook zijn er bredere maatschappelijke en democratische risico's. Is daarom niet de inzet van een voorzorgsbeginsel - in dubio contra machina - aangewezen? Het gebruik van GenAI wordt dan in beginsel verboden, tenzij een interfacultaire commissie het gebruik als aantoonbaar waardevol en verantwoord beoordeelt. Rechtenfaculteiten dragen een bijzondere verantwoordelijkheid in het opleiden van juristen als hoeders van de democratische rechtsstaat en deze taak is niet verenigbaar met een niet-kritische houding ten opzichte van GenAI, aldus J.P.G. van Laarhoven en E.Y. van Vugt.

(NJB 2025/2453)

ChatGPT is geen bron maar een methodologie, en daarmee basta

De misvatting dat ChatGPT een bron zou zijn, moet te vuur en te zwaard bestreden worden betoogt A.P. Engelfriet in deze bijdrage. Niet vanwege zorgen over gehallucineerde arresten of

bulkplagiaat, maar vanwege de fundamentele en simpele reden dat zij geen bron is. Bronnen plaatsen onderzoek. Bronnen legitimeren een betoog. Bronnen maken controle mogelijk. ChatGPT doet niets van dit alles. ChatGPT is een methodologisch instrument, niet meer en niet minder. Massaal maken juristen gebruik van ChatGPT, Claude, CoPilot en collega-diensten als zoekmachine, als tekstenmaker en als bronnenzifter. Maar vaak genoeg lopen mensen tegen de lamp: verzonnen arresten en literatuurverwijzingen zijn inherent aan de uitvoer van deze grote taalmodellen. Controleer uw bronnen! Minstens zo problematisch is echter het verwerken van stukken AI-uitvoer in eigen werk. Ook na controle van bronnen blijft de vraag: is dit wel eigen werk?

(NJB 2025/2454)

Minder leerdoelen en geen rubrics: Kritiek op de verBKO-isering van het juridisch onderwijs

In het juridisch academisch onderwijs spelen beoordelingsschema's (rubrics) en het concept van constructive alignment inmiddels een dominante rol. In dit artikel worden kritische vragen gesteld bij de invloed van die onderwijskundige modellen op dat onderwijs. Betoogd wordt door V.C. Geeraets dat deze instrumentele benadering het academisch karakter van het onderwijs ondermijnt. Een pleidooi dus voor een herwaardering van academische vrijheid, intellectuele nieuwsgierigheid en de vorming van kritisch denkende juristen.

(NJB 2025/2455)

Kroniek bestuursprocesrecht 2024-2025

Herijking van de balans tussen toegang en snelheid van procedures van besluitvorming en rechtsbescherming in het omgevingsrecht
In deze kroniek wordt aan de hand van een selectie van wetge-

ving en jurisprudentie een overzicht op hoofdlijnen gegeven van een aantal belangrijke ontwikkelingen in de procedures van besluitvorming en rechtsbescherming in het bestuursrecht van de afgelopen 1,5 jaar, toegespitst op het omgevingsrecht. De herijking van de balans tussen toegang en snelheid van bestuursrechtelijke procedures vormt een rode draad. Onder andere de komst van de Omgevingswet, het belang om zo snel mogelijk de grote maatschappelijke opgaven te realiseren (zoals woningbouw en de energietransitie) en de impact van het kinderopvang-toeslagenschandaal op het bestuursrecht zijn aanleiding van een aantal van de (voorgestelde) wijzigingen en ontwikkelingen in de jurisprudentie en wetgeving die in deze bijdrage door H.D. Tolsma behandeld worden.

(M en R 2025/107)

Het SAS-regime: (ver)licht bedoeld, zwaar toegepast

De Europese Commissie heeft nieuwe Europese aanbestedingsregels aangekondigd. Vooruitlopend op de definitieve voorstellen, geven dit jaar verschillende auteurs in een korte bijdrage in Tijdschrift Aanbestedingsrecht en staatssteun hun ideeën voor verbeteringen. In dit nummer S.B. Groenewold en G.E. van den Beuken over het SAS-regime.

(TA 2025/59)

Herziening van de aanbestedingsrichtlijnen binnen de nieuwe geopolitieke werkelijkheid

De Europese Commissie voert momenteel een evaluatie uit van de Europese aanbestedingsrichtlijnen (2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU). Een belangrijk onderdeel hiervan is de openbare raadpleging, waarop in totaal 733 reacties zijn ontvangen. Wat kan uit deze reacties worden afgeleid en is er al iets te zeggen over mogelijke aanpassingen van

de richtlijnen? *E. Verweij* behandelt deze vragen in deze bijdrage. (TA 2025/60)

Verplicht groen: hoe Nederland kan leren van de Franse aanbestedings-wetgeving

Het toenemende besef van het belang van duurzaamheid sijpelt merkbaar door in openbare aanbestedingen in Nederland. Volgens recente cijfers werd in 48,2% van de aanbestedingen een gunningscriterium gehanteerd dat ziet op duurzaamheid. Hoewel dit een positieve ontwikkeling lijkt, betekent dit ook dat in een aanzienlijk deel van de aanbestedingen duurzaamheid geen doorslaggevende rol speelt, aldus *L.S. van der Linde*. (TA 2025/62)

De faciliterende rol van de overheidsrechtsrechter bij samenstelling van het scheidsgerecht en voeging: tien jaar nieuw arbitrage-recht en rechtspraak

In dit artikel analyseren *O.J.W. Schotel* and *N.C. Slebos Perez* de Nederlandse rechtspraak in het tijdvak 1 januari 2015 tot en met 31 december 2024, waarbij de faciliterende rol van de overheidsrechter voorafgaand aan en tijdens de arbitrageprocedure aan bod komt. Daarbij richten zij zich op twee aspecten van die faciliterende rol. Ten eerste de rol van de rechter bij de samenstelling van het scheidsgerecht, waaronder benoeming, terugtrekken en ontslag en wraking. Ten tweede gaan zij in op de gepubli-

ceerde rechtspraak omtrent voeging van arbitrale procedures. (TVA 2025/48)

Themanummer MvV: 'Het vermogensrecht in 2050'

In dit themanummer van het Maandblad voor Vermogensrecht worden de uitdagingen en ontwikkelingen besproken die in de komende 25 jaar op het gebied van vermogensrecht plaats kunnen vinden. In het nummer zijn bijdragen opgenomen van: *J.J. Valk, L.F. Dröge, T.E. Booms, E.A.L. van Emden, J. Nijenhuis, A.W. Jongbloed, M. Witkamp, M.G. Bredenoord-Spoek, T.D.A. Kluiven, I.J.F. Wijnberg, N.B. Pannevis, A. de Hoogh, F.L. Stevens, C.J.M. van Doorn, F.M. Ruitenbeek-Bart* en *R. Rijnhout*. (MVV 2025/7-8)

Licentie verstrekt aan:
wijnstael@li.nl
Wijn en Stael Advocaten
IBR publicatie - 8-12-2025



IBR Congres
16 jan 26

La Vie - Utrecht

Het grote IBR Wkb congres: Twee jaar ervaringen, waar staan we nu?

m.m.v.

prof. mr. dr. E.M. (Evelien) Bruggeman, prof. dr. ir. A.G. (Arjan) Bregman, mr. J.M. (Jacob) Henriquez, mr. S. (Simone) Overbeeke, mr. Dr. H.P.C.W. (Hugo) Strang, mr. T.A.E. (Thomas) ten Berge, mr. E.M. (Emma) van Dam, H.E.G.D. (Bart) Dunsbergen, L. (Lars) Kiebert, ir. H.C.M. (Hajé) van Egmond, C.J. (Casper) van Busschbach en meer

Eindredactie

mr. R.W.M. Kluitenberg

Redactie

prof. dr. ir. A.G. Bregman
prof. mr. dr. E.M. Bruggeman
mr. C.A. Keppel
mr. drs. M. Stuiver
mr. S. Triches
mr. C.A.E. Wouda

Redactiesecretaris

Ellen Boomer

Annotaties

Annotaties worden verzorgd door een vaste groep van auteurs die actief is op verschillende deelgebieden. Voor meer informatie en de namen van de auteurs zie www.ibr.nl/tbr.

Redactieraad

prof. mr. C.E.C. Jansen (vz.)
prof. mr. dr. M.N. Boeve
mr. F. van Cassel - van Zeeland
mr. A.M.B. Chao
mr. J.J. Dammingh
mr. M.A.M. Dieperink
prof. mr. dr. S. van Gulijk
mr. W.A. Janssen
mr. drs. M.M. Kaajan
mr. dr. J.J. Karens
mr. dr. D. Korsse
prof. mr. P.H.L.M. Kuypers
mr. T. de Leeuwe
prof. dr. A.R. Neerhof
mr. M. Niessen
prof. mr. A.G.A. Nijmeijer

prof. mr. drs. C.M.D.S. Pavillon
prof. mr. dr. P.J. van der Plank
mr. ing. B. Rademaker
mr. N.A. van Renssen
prof. mr. H.F.M.W. van Rijswijk
mr. S.J.H. Rutten
prof. mr. J.A.M.A. Sluysmans
mr. dr. H.P.C.W. Strang
mr. J. Verbeek
prof. mr. F.J. Vonck
mr. A.G.J. van Wassenauer

Redactie-adres

Instituut voor Bouwrecht
Postbus 93077
2509 AB Den Haag
tel. 070-3245544
fax 070-3282074
redactie@ibr.nl,
www.ibrtracker.nl

Uitgever

Stichting Instituut voor Bouwrecht
Postbus 93077
2509 AB Den Haag
info@ibr.nl, www.ibr.nl

Abonnementenadministratie

tel. 070-3245544
klantenservice@ibr.nl

Abonnementsprijs 2026 (incl. btw)

folio: € 517,75 per jaar (inclusief opbergband)
online: € 517,75 per jaar
combinatie: € 776,63 per jaar
studenten: 50% korting
losse nummers: € 55,00
Voor abonnees in het buitenland geldt een toeslag i.v.m. verzendkosten

Actualiteiten Bouwrecht 2026 (incl. btw)

jaarabonnement: € 249,00
verschijnt wekelijks
redactie@ibr.nl
www.ibrtracker.nl

Aanbevolen citeerwijze

TBR 2025/<artikelnummer>, p. ...

Advertentie-exploitatie

Voor adverteren in dit medium kunt u contact opnemen met het Instituut voor Bouwrecht.
Tel. 070-3141502, info@ibr.nl

ISSN 1874-8724

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, in fotokopie of anderszins zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

Het uitvoeren van tekst- en datamining (TDM) op deze publicatie is niet toegestaan, tenzij dit gebeurt op een wijze die is toegestaan op grond van artikel 15n Auteurswet.



volledige vacature



raad
van
arbitrage
in bouwgeschillen

VACATURE

secretaris/jurist

full-time (32-36 uur per week)

salaris tussen € 4.024,11 en € 6.110,94
(s11 CAO Rijk) bij 36 uur

functieomschrijving:

- secretaris tijdens mondelinge behandelingen en raadkamers met adviserende stem;
- opstellen van concept-vonnissen;
- pro-actief adviseren over de beste manier om een geschil op te lossen of te beslechten;
- actief informeren van partijen en zorgen voor een overzichtelijk dossier;
- vertegenwoordigen van de RvA door het houden van onder meer spreekbeurten op bijeenkomsten en bijdragen te leveren voor plaatsing op social media.

wat wij vragen:

- een voltooide universitaire opleiding Nederlands recht, bij voorkeur met een privaatrechtelijke oriëntatie;
- bij voorkeur kennis van bouwrecht;
- redactionele vaardigheden;
- adviesvaardigheid;
- affiniteit met (vormen van) rechtspraak;
- ervaring in een vergelijkbare functie, bijvoorbeeld bij de rechterlijke macht, is een pré.

wat wij bieden:

- een afwisselende functie binnen een hecht team;
- mogelijkheden voor persoonlijke en professionele ontwikkeling;
- een marktconform salaris en goede secundaire arbeidsvoorwaarden;
- flexibele werktijden en de mogelijkheid om deels remote te werken;
- om te beginnen een contract voor een jaar met, afhankelijk van de prestaties in het eerste jaar, uitzicht op verlenging of een aanstelling voor onbepaalde tijd.

Ben je geïnteresseerd? Stuur dan je CV en motivatiebrief naar info@raadvanarbitrage.nl vóór 5 januari 2026. Bel voor meer informatie over de functie naar 030-2343222 en vraag naar Monique Niesen of Linda Korpershoek, of scan de QR-code.