

## Recht voor ontwerpen en bouwen

Bruggeman, E.M.; Hobma, F.A.M.; Triches, S.

**Publication date**

2023

**Document Version**

Final published version

**Citation (APA)**

Bruggeman, E. M., Hobma, F. A. M., & Triches, S. (2023). *Recht voor ontwerpen en bouwen*. Delft University of Technology, Faculteit Bouwkunde.

**Important note**

To cite this publication, please use the final published version (if applicable). Please check the document version above.

**Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download, forward or distribute the text or part of it, without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license such as Creative Commons.

**Takedown policy**

Please contact us and provide details if you believe this document breaches copyrights. We will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Recht voor ontwerpen en bouwen

E.M. Bruggeman

F.A.M. Hobma

S. Triches

*Delft, augustus 2023*

## Voorwoord

Dit leerboek geeft op inleidend niveau een overzicht van het recht voor ontwerpen en bouwen. Dit vakgebied wordt meestal 'bouwrecht' genoemd. Maar omdat het boek primair is geschreven voor studenten bouwkunde, waarbij het ontwerpen van gebouwen en gebieden centraal staat, is voor de titel 'recht voor ontwerpen en bouwen' gekozen. Er is in dit boek dan ook bijzondere aandacht voor de ontwerpende kant van het bouwproces. Ook studerenden in andere bouw-gerelateerde disciplines kunnen het boek gebruiken om een beeld te krijgen van de juridische zijde van het ontwerp- en bouwproces.

Anders dan gebruikelijk bij juridische boeken is niet gekozen voor een beschrijving vanuit de wet of vanuit juridische leerstukken. Het vertrekpunt bestaat daarentegen uit de 'benodigdheden' die vereist zijn voor elk bouwproject. Dat zijn: opdrachten, grond, kapitaal, ontwerp, bouwcapaciteit en goedkeuringen. Elke benodigdheid wordt met een juridische blik behandeld. Het besprokene sluit, zo is de verwachting, beter aan bij de primaire discipline van de lezer. Daarbij is, gezien het inleidende karakter, niet naar volledigheid gestreefd.

In *Recht voor ontwerpen en bouwen* worden de onderwerpen gecombineerd vanuit zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke hoek besproken. Met andere woorden, er is geen opdeling in privaatrechtelijke hoofdstukken en publiekrechtelijke hoofdstukken. Centraal staan de genoemde 'benodigdheden' – niet de rechtsgebieden. Voor de doelgroep is het ook niet relevant of iets juridisch gezien privaatrechtelijk of publiekrechtelijk van aard is.

Bij het schrijven van dit boek is voor een deel gebruik gemaakt van een eerder boek dat voor het onderwijs aan o.a. de TU Delft is gebruikt: *Recht voor ingenieurs* (K. Festen-Hoff en F.A.M. Hobma, red., VSSD, Delft, 2011). Dat boek is, mede in verband met de inwerkingtreding van de Omgevingswet, verouderd. Niettemin konden sommige algemene stukken, al dan niet na bewerking, worden gebruikt voor deze uitgave. *Recht voor ontwerpen en bouwen* kent evenwel een geheel andere opzet. Tevens is op een aantal plaatsen in dit boek gebruik gemaakt van tekst die (in een andere taal en in uitgebreidere vorm) is geschreven voor het boek *An instrumental approach to planning and development law in the Netherlands* (F.A.M. Hobma en P. Jong, IBR, Den Haag, 2022).

Prof. mr. dr. E.M. Bruggeman, hoogleraar Privaatrechtelijke Bouwrecht, TU Delft  
Mr. dr. F.A.M. Hobma, universitair hoofddocent Omgevingsrecht, TU Delft  
Mr. S. Triches, wetenschappelijk medewerker (privaatrecht), Instituut voor Bouwrecht

## Inhoud

Voorwoord .....	2
1 Het bouwproces als samenstel van benodigdheden .....	7
1.1 Beschrijving van het bouwproces .....	7
1.2 De benodigdheden .....	7
1.3 Benodigdheden, functies, rollen en actoren.....	10
1.4 Dit boek: benodigdheden en recht voor ontwerpen en bouwen .....	12
2 Benodigheid: grond .....	14
2.1 Grond als benodigheid .....	14
2.2 Juridische eigenschappen van grond .....	15
2.2.1 Grond als onroerende zaak.....	15
2.2.2 Grond als registergoed.....	17
2.3 Verkrijging van grond .....	17
2.3.1 Rechtsopvolging.....	18
2.3.2 Overdracht van grond .....	18
2.4 Grond als zakelijk vermogensrecht.....	20
2.4.1 Recht van eigendom .....	21
2.4.2 Recht van erfdiensbaarheid .....	25
2.4.3 Recht van opstal.....	28
2.4.4 Recht van erfpacht .....	28
2.4.5 Recht van hypotheek .....	31
2.5 Grondverwerving door de opdrachtgever .....	32
2.5.1 Grondverwerving van een private partij .....	32
2.5.2 Grondverwerving van een publieke partij.....	33
2.6 Grondverwerving door de gemeente .....	34
2.7 Grondverkoop door de gemeente .....	36
2.7.1 Gelijke kansen voor kopers.....	37
2.7.2 Aanbesteden .....	38
2.7.3 Publiek-private samenwerking .....	40
2.7.4 Voorwaarden bij gemeentelijke grondverkoop.....	41
2.7.5 Kostenverhaal .....	43
3 Tussenhoofdstuk: verbintenissen.....	46
3.1 Ontwerp en advies als benodigheid .....	46
3.2 Inleiding verbintenissen.....	46
3.3 Overeenkomsten .....	48

3.3.1	De overeenkomst: wederkerig en eenzijdig, benoemd en onbenoemd.....	48
3.3.2	Beginsel van contractsvrijheid.....	49
3.3.3	Het sluiten van een overeenkomst.....	50
3.3.4	De inhoud van overeenkomsten .....	60
3.3.5	Nakoming van overeenkomsten.....	64
3.3.6	Overeenkomst en derden.....	66
3.3.7	Enkele benoemde overeenkomsten.....	66
3.4	Onrechtmatige daad.....	73
3.4.1	Onrechtmatige daad algemeen.....	73
3.4.2	Wettelijke aansprakelijkheid voor andere personen en zaken.....	76
3.5	Onderwerpen, van belang voor de overeenkomst en onrechtmatige daad.....	78
3.5.1	Wanprestatie (toerekenbare tekortkoming) en/of onrechtmatige daad.....	78
3.5.2	Wettelijke regels inzake schadevergoeding.....	78
4	Benodigheid: ontwerp en advies .....	81
4.1	Ontwerp en advies als benodigheid.....	81
4.2	Inleiding.....	81
4.3	Algemene voorwaarden in de bouw.....	82
4.4	Precontractuele fase .....	82
4.5	De aanbesteding .....	84
4.5.1	Wanneer moeten de regels van het aanbestedingsrecht worden gevolgd?.....	84
4.5.2	Bronnen van aanbestedingsrecht .....	85
4.5.3	Enkele kernbegrippen voor een goed begrip van aanbestedingsprocedures .....	88
4.5.4	Procedures .....	89
4.6	De overeenkomst met de adviseur .....	90
4.6.1	Algemeen .....	90
4.6.2	Hoofdpijnen van de DNR 2011.....	91
4.7	De IE-rechten van de adviseur.....	93
4.8	Het auteursrecht van de architect .....	94
4.8.1	Het rechtskarakter en het ontstaan van het auteursrecht.....	94
4.8.2	Inhoud van het auteursrecht .....	95
4.8.3	De rechthebbende van het auteursrecht en handhaving ervan.....	97
5	Benodigheid: bouwcapaciteit .....	99
5.1	Bouwcapaciteit als benodigheid.....	99
5.2	Aanneming van werk.....	99
5.3	Contracteren met behulp van het traditionele model .....	100
5.3.1	Hoofdpijnen van de UAV 2012 .....	100

5.4	Contracteren met behulp van een geïntegreerd model .....	106
5.4.1	Hoofdpijnen van de UAV-GC 2005 .....	106
5.4.2	DBFMO-overeenkomsten .....	111
5.5	Andere contractvormen .....	111
5.5.1	Bouwteam .....	112
5.5.2	Nevenaanneming, onderaanneming en ketensamenwerking.....	114
5.5.3	Allianties .....	115
6	Benodigheid: Goedkeuring.....	117
6.1	Het verschijnsel 'goedkeuring' .....	117
6.1.1	Goedkeuring door de overheid.....	117
6.1.2	Goedkeuring in de vorm van een vergunning .....	117
6.1.3	Het principe van een vergunning .....	118
6.1.4	Waar haalt de overheid het recht vandaan om een vergunning te eisen? .....	119
6.1.5	Toetsing.....	119
6.1.6	Aanleveren van gegevens.....	120
6.1.7	Vergunningvrij .....	121
6.2	Een bouwproject bestaat uit 'activiteiten' .....	122
6.2.1	Een vergunning voor verschillende 'activiteiten' .....	122
6.2.2	Vooroverleg .....	123
6.3	Hoe lang duurt behandeling van een vergunningaanvraag? .....	123
6.3.1	De reguliere voorbereidingsprocedure.....	124
6.3.2	De uitgebreide voorbereidingsprocedure .....	124
6.4	De omgevingsvergunning voor een bouwactiviteit.....	126
6.4.1	Vergunningplicht.....	126
6.4.2	Beoordelingsregels.....	126
6.4.3	Technische voorschriften i.r.t. de verschillende functies van bouwwerken .....	128
6.4.4	Nieuwbouw, verbouw, bestaand .....	129
6.4.5	Notificatie in plaats van vergunning .....	130
6.5	De omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit.....	132
6.5.1	Vergunningplicht.....	133
6.5.2	Omgevingsplan .....	133
6.5.3	Beoordelingsregels omgevingsvergunning .....	135
6.6	Invloed van de omgeving: participatie en rechtsbescherming .....	140
6.6.1	Het gebouw en zijn omgeving .....	140
6.6.2	Participatie en rechtsbescherming bij het omgevingsplan .....	141
6.6.3	Participatie en rechtsbescherming bij de omgevingsvergunning.....	142

6.6.4	Waaraan toetst de rechter het overheidsbesluit? .....	145
-------	---	-----

# 1 Het bouwproces als samenstel van behoeften

## 1.1 Beschrijving van het bouwproces

Er zijn veel invalshoeken vanuit waar het ontwerp- en bouwproces van gebouwen kan worden beschreven. Het kan bijvoorbeeld worden beschreven vanuit een participant, zoals de ontwerper. Centraal staan dan de activiteiten van de ontwerper waaronder het maken van een structuurontwerp, voorontwerp, definitief ontwerp, technisch ontwerp en directievoering. Vaak ook wordt het ontwerp- en bouwproces beschreven aan de hand van de bouwprojectfasen. We onderscheiden dan de initiatiefase, definitiefase, ontwerpfasen, realisatiefase en beheer. En zo zijn er nog andere invalshoeken mogelijk. Voor een bespreking van het 'recht voor ontwerpen en bouwen' is het echter vruchtbaarder om een andere invalshoek te hanteren. Dat is de invalshoek van de *behoeften*. Daarmee wordt bedoeld: de bijdragen die noodzakelijkerwijs geleverd en met elkaar gecombineerd dienen te worden om tot de realisering van een bouwwerk te kunnen komen.

Een beschrijving van het bouwproces aan de hand van behoeften is eerder gemaakt door Burie (J.B. Burie, De structuur van het bouwproces. In: J.B. Burie e.a. (red.), *Handboek Bouwen en Wonen*, Van Loghum Slaterus, 1978, blz. 281-319). De focus van Burie lag daarbij op het interorganisationele karakter van het bouwproces. Dat wil zeggen: het grote aantal organisaties dat is betrokken bij de totstandkoming van een gebouw en – in het verlengde daarvan – de wijze waarop via een coalitievormingsproces de behoeften bij elkaar worden gebracht. Hij besprak niet de juridische zijde van het ontwerp- en bouwproces. 'Recht voor ontwerpen en bouwen' behandelt juist wel de juridische kant en wel aan de hand van de behoeften die door Burie zijn benoemd. Voordat in volgende hoofdstukken op de juridische aspecten van de verschillende behoeften wordt ingegaan, beschrijft dit hoofdstuk uit welke behoeften het ontwerp- en bouwproces bestaat. Het zal blijken dat naast 'behoeften' ook 'functies', 'rollen' en 'participanten' in het ontwerp- en bouwproces onderkend worden. Daarmee is dit hoofdstuk in belangrijke mate gebaseerd op het genoemde werk van Burie.

## 1.2 De behoeften

Deze paragraaf geeft een aantal definities. Om te beginnen wordt de definitie van 'behoeften' herhaald.

*Behoeften* zijn de bijdragen die noodzakelijkerwijs geleverd en met elkaar gecombineerd dienen te worden om tot de realisering van een bouwwerk te kunnen komen. Behoeften zijn daarmee conditioneel. Er worden zes behoeften onderscheiden:

- opdrachten,
- grond,
- kapitaal,



- ontwerp,
- bouwcapaciteit en
- goedkeuringen.

Alle benodigdheden moeten bij elkaar gebracht worden om tot realisering van een bouwwerk te komen. Ontbreekt er ook maar één, dan komt er geen gebouw tot stand. De benodigdheden worden in deze paragraaf geïntroduceerd.

### *Opdrachten*

Wordt er geen opdracht gegeven, dan start het bouwproces niet. Opdrachten worden gegeven door *opdrachtgevers*. Iemand, een particulier of een organisatie, moet een nieuw bouwwerk (of verbouw van een bestaande bouwwerk) willen. Anders gaat het ontwerp- en bouwproces niet 'lopen'. Er kunnen geheel verschillende opdrachtgevers zijn, zoals: particulieren, collectieven van particulieren (collectief particulier opdrachtgeverschap), woningcorporaties, projectontwikkelaars, ontwikkelende beleggers, overheidsorganisaties en ondernemers voor hun eigen bedrijfshuisvesting.

Opdrachtgeven manifesteert zich in het geven van een *opdracht*. Ook hier treffen we een verscheidenheid. De opdracht kan bijvoorbeeld inhouden dat de opdrachtgever aan de ontwerper een opdracht geeft voor een ontwerp. Nadat het ontwerp gereed is, selecteert de opdrachtgever, eventueel met advies van de ontwerper, een aannemer die het gebouw realiseert. Een opdracht kan evenwel anders zijn. De opdrachtgever kan een opdracht geven aan één partij die zowel het ontwerp als de uitvoering voor rekening neemt. En zelfs kan de wederpartij van de opdrachtgever ook het kapitaal leveren voor de bouw van het bouwwerk. Ook andere opdrachten zijn mogelijk. Hier begeben we ons al direct op het terrein van het bouwrecht (het recht van ontwerpen en bouwen). De opdrachtgever sluit immers *overeenkomsten* met andere partijen. Genoemd zijn de overeenkomst tot het maken van een ontwerp en het realiseren daarvan. De overeenkomst is een juridisch kerninstrument en zal dan ook uitgebreid worden besproken.

### *Grond*

Een gebouw kan alleen worden gebouwd als er grond is om het bouwwerk op neer te zetten. Zonder grond geen gebouw. De opdrachtgever zal daarom beschikkingsmacht over grond moeten hebben. Anders kan, bijvoorbeeld, de aannemer geen toegang krijgen tot het beoogde bouwterrein. Juridisch gezien zijn er verschillende wijzen waarop beschikking tot grond kan worden verkregen. Verkrijging in eigendom en erfpacht zijn de belangrijkste.

Grond kan worden gekocht of gepacht van een private partij of van de overheid. Als de overheid (doorgaans gemeente) grond verkoopt, wordt de koper (die de functie van opdrachtgever voor een gebouw vervult) geconfronteerd met allerlei voorschriften die verbonden zijn aan de koop- of pachtovereenkomst. De koper/opdrachtgever zal veelal moeten betalen voor allerlei publieke infrastructurele voorzieningen die nodig zijn voor het te bouwen bouwwerk. En ook, als de

opdrachtgever woningen wil bouwen, kan hij worden verplicht tot het bouwen van een aandeel betaalbare woonruimte. Ook bij de benodigdheid 'grond' zijn er dus diverse juridische elementen.

### *Kapitaal*

Ontwerpen en bouwen vereisen kosten geld. De kennis en vaardigheden van diverse partijen moet worden aangewend. Daarnaast moeten bouwmaterialen worden aangeschaft. Ook de grond moet worden gekocht of gepacht. Veel opdrachtgevers, zowel particuliere als professionele, zullen geld moeten lenen. Daarmee komen financiers, zoals banken in beeld. Als er wel een wil is om te bouwen, maar geen geld, dan kan het ontwerp- en bouwproces niet aanvangen.

### *Ontwerp*

Voor het bouwen zijn ontwerpen nodig. Zowel in architectonische, bouwtechnische als stedenbouwkundige zin. Zonder ontwerpen kan er wel een wil zijn om te bouwen, evenals het benodigde kapitaal, maar kan deze wil niet worden gematerialiseerd. Daarmee is ook het ontwerp een noodzakelijk vereiste in het bouwproces en dus een benodigdheid.

Het ontwerp zal meestal door de opdrachtgever worden verkregen op basis van een overeenkomst met de ontwerper. De overeenkomst zal vele aspecten bevatten die de relatie tussen opdrachtgever en ontwerper bepalen. Zoals: voor welke taken precies wordt de ontwerper ingeschakeld? In hoeverre mag de ontwerper optreden als gemachtigde van de opdrachtgever? Hoe wordt het honorarium berekend? In hoeverre is een programma van eisen geschikt voor het maken van een ontwerp?

Juridisch gezien is een ontwerp een 'advies' van de ontwerper als 'adviseur'. Er zijn veelal ook andere adviseurs in het bouwproces dan een ontwerper, zoals bouwmanagers en bouwkostenadviseurs. Onder de benodigdheid 'ontwerp' vallen daarom niet alleen architectonische, bouwtechnische en stedenbouwkundige ontwerpen, maar ook de adviezen van andere adviseurs. Dat zijn bijvoorbeeld kostencalculaties, begrotingen en bouworganisatorische adviezen.

### *Bouwcapaciteit*

Dit betreft het onderdeel van het ontwerp- en bouwproces waarin het gebouw daadwerkelijk wordt 'geproduceerd' op de verworven grond, met de verkregen goedkeuring, aan de hand van een vervaardigd ontwerp. Ook dit is een benodigdheid, want als alle andere benodigdheden er zijn, maar er is geen bouwcapaciteit van aannemers beschikbaar, dan nog kan er geen gebouw komen.

Hier spelen overeenkomsten een belangrijke rol. De opdrachtgever zal met een of meer aannemers een overeenkomst sluiten. Daarbij kunnen zich allerlei bijzonderheden voordoen. Bijvoorbeeld: er kunnen kosten- en tijdsovertredingen optreden. Of de kwaliteit van het gebouw kan achterblijven op wat de opdrachtgever en architect verwachten. Deze gebeurtenissen hebben duidelijk juridische consequenties.

### *Goedkeuringen*

In het ontwerp- en bouwproces speelt de overheid altijd een rol met vergunningverlening. Immers, voor een bouwwerk moet – uitzonderingen daargelaten – een omgevingsvergunning worden verkregen van de gemeentelijke overheid. Daartoe wordt het ontwerp getoetst aan de technische en ruimtelijke regels. Zonder goedkeuring in de vorm van een vergunning kan niet worden gebouwd. Ook al zijn alle benodigdheden aanwezig, maar niet de vergunning, dan kan de bouw niet plaatsvinden. Dit is bij uitstek een juridisch onderwerp.

## 1.3 Benodigdheden, functies, rollen en actoren

In de voorgaande paragraaf zijn min of meer vanzelfsprekend de benodigdheden al in verband gebracht met een aantal andere begrippen die voor een beschrijving van het ontwerp- en bouwproces. Het zijn de begrippen 'functies', 'rollen' en 'actoren'. In deze paragraaf worden die begrippen beschreven en worden ze systematischer in verband gebracht met de benodigdheden. De definities zijn afkomstig van Burie (1978).

*Benodigdheden* zijn al eerder gedefinieerd als de bijdragen die noodzakelijkerwijs geleverd en met elkaar gecombineerd dienen te worden om tot de realisering van een bouwwerk te kunnen komen.

Onder een *functie* verstaan we: het ter beschikking stellen van een benodigdheid. Dat duiden we aan door middel van een werkwoord. Zo hoort bij de benodigdheid 'bouwcapaciteit' de functie 'bouwen'.

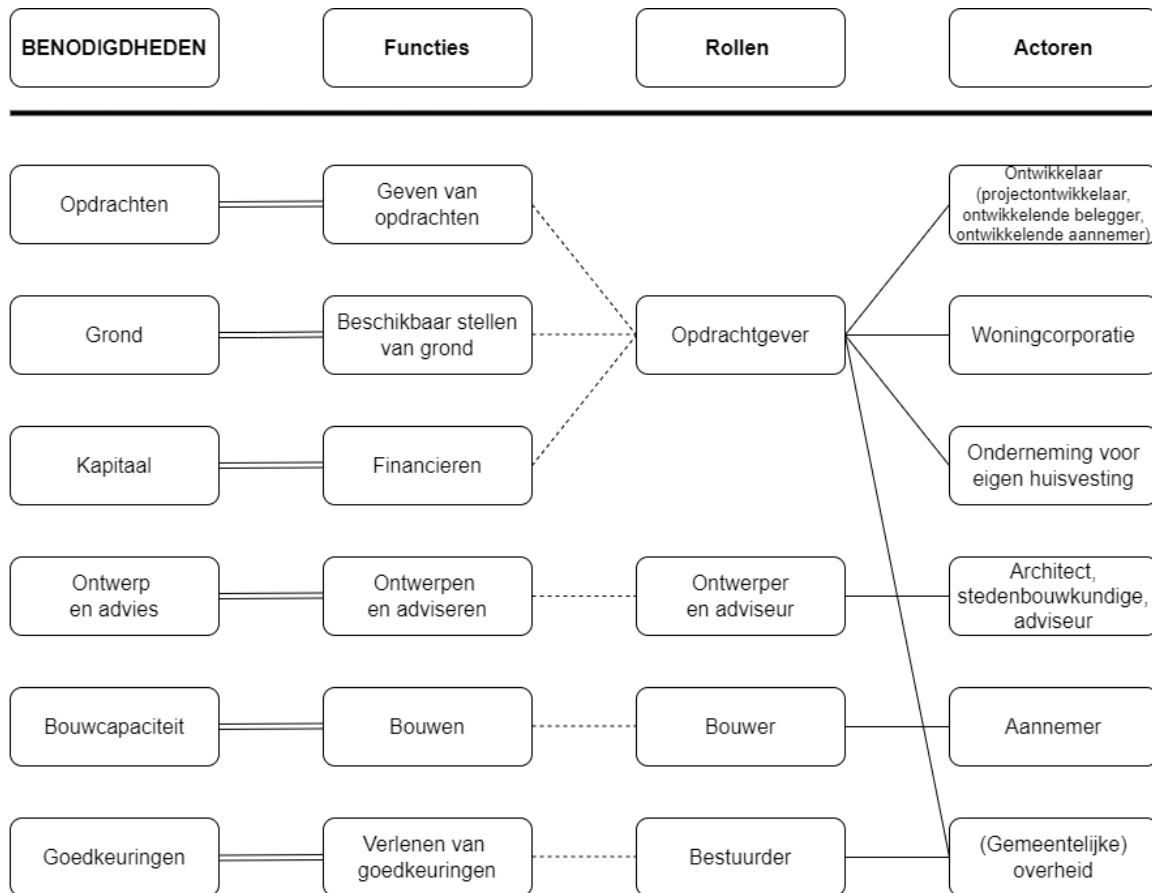
*Rollen* in het ontwerp- en bouwproces zijn: gehelen van onderling samenhangende normen en verwachtingen die gekoesterd worden jegens organisaties of personen die een positie innemen in de sociale structuur waarbinnen het bouwproces zich afspeelt. Zo hoort de rol van 'bestuurder' bij de benodigdheid 'goedkeuringen'.

*Actoren* zijn organisaties of personen die ter verwezenlijking van hun doeleinden een positie innemen in de sociale structuur waarbinnen het bouwproces zich afspeelt. Zo zijn architect of stedenbouwkundige actoren die in verband staan met de benodigdheid 'ontwerpen'.

Interessant is dat een *actor* meerdere *rollen* kan vervullen. Bijvoorbeeld: een gemeente vervult de rol van bestuurder, maar kan ook de rol van opdrachtgever vervullen. Er is dus niet per sé een één op één verhouding tussen de vier eenheden (benodigdheden, functies, rollen en actoren). Dat blijkt ook uit het gegeven dat een *rol* door meerdere *actoren* kan worden vervuld. Een voorbeeld is de rol van opdrachtgever. Die kan door verschillende actoren worden vervuld zoals een woningcorporatie of een projectontwikkelaar.

De volgende figuur (die met kleine wijzigingen van Burie [1978] is overgenomen) geeft een totaaloverzicht van benodigdheden, functies, rollen en actoren en hoe ze in verband met elkaar staan.

We kunnen het een model (= schematische weergave van de werkelijkheid) van het bouwproces noemen.



===== de benodigdheid die bij het uitoefenen van een functie ter beschikking gesteld zal worden

----- de verwachtingen die bestaan ten aanzien van de functies die de vervuller van een bepaalde rol moet uitoefenen

———— de rollen die door een actor vervuld kunnen worden

Met dit model is geen volledigheid beoogd. Het gaat hier slechts om het verkrijgen van analytisch inzicht in de relaties tussen de vier eenheden (benodigdheden, functies, rollen en actoren). De particulier is bijvoorbeeld niet als actor in de figuur opgenomen, omdat deze in het bouwproces slechts een bescheiden rol vervult. Particulieren zijn wel grote afnemers van bouwwerken (als ze woningen kopen), maar afname van bouwwerken is geen benodigdheid in het ontwerp- en bouwproces. Ook zonder dat ze verkocht worden kunnen woningen worden gerealiseerd. Dat dit bedrijfseconomisch onverstandig is, valt buiten het bouwproces op zich. Overigens kunnen particulieren als opdrachtgever optreden, maar dat is in Nederland slechts een zeer gering percentage van de opdrachten.

Dit tekstboek gebruikt het model om juridische aspecten van het ontwerp- en bouwproces te beschrijven. Het kan echter ook andere door andere disciplines worden gebruikt. Burie (1978) gebruikte het om het coalitievormingsproces (het bijeenbrengen van de zes benodigdheden) te beschrijven. Zijn

invalshoek was dan ook sociologisch en niet juridisch. Het model kan ook vanuit publiek management worden benut. Dit kan worden geïllustreerd met het voorbeeld van het woningtekort. Er is becijferd dat in Nederland in de komende jaren een miljoen woningen moet worden gebouwd. Er is consensus dat de woningen in een te traag tempo worden gerealiseerd. Het model van Burie kan hiervoor een verklaring bieden. Het blijkt moeilijk een aantal benodigdheden te verkrijgen. Goedkeuringen kunnen slechts moeizaam worden verleend in verband met de stikstofproblematiek. Bouwcapaciteit kan eveneens moeizaam worden verkregen door gebrek aan werknemers en gebrek aan bouwmaterialen. Tegelijkertijd is er door de lage rentestand wel kapitaal beschikbaar als benodigdheid. Maar, zoals beschreven, dienen *alle* benodigdheden er zijn voor de realisatie van bouwwerken.

#### 1.4 Dit boek: benodigdheden en recht voor ontwerpen en bouwen

Zoals uit dit hoofdstuk blijkt, zijn benodigdheden essentieel voor het bouwproces. Doel van 'Recht voor ontwerpen en bouwen' is om de *juridische* kennis van de benodigdheden te vergroten. Bij de verkenning van de benodigdheden in paragraaf 2 werden ter inleiding al enkele bouwrechtelijke facetten genoemd.

Juridische aspecten van de benodigdheid 'kapitaal' worden in dit tekstboek niet behandeld. De andere vijf benodigdheden wel: opdrachten, grond, ontwerp, bouwcapaciteit en goedkeuringen.

Zouden we ons alleen tot de benodigdheid 'ontwerp en advies' beperken, dan zouden we slechts een beperkt deel van het bouwproces in beeld krijgen, terwijl die andere benodigdheden wel relevant zijn voor het ontwerp. Immers, het ontwerp is niet alleen relevant omdat de ontwerper een overeenkomst sluit met de opdrachtgever. Het ontwerp moet namelijk ook worden goedgekeurd, waarmee de benodigdheid 'goedkeuringen' relevant wordt voor de ontwerper. En het ontwerp moet bijvoorbeeld wel uitvoerbaar zijn door de aannemer. Daarmee wordt de benodigdheid 'bouwcapaciteit' relevant voor de ontwerper. Ook moet het ontwerp rekening houden met juridische verplichtingen die aan de grond verbonden kunnen zijn, zoals een erfdienstbaarheid (bijvoorbeeld een recht van overpad). Hiermee is ook de benodigdheid 'grond' van betekenis voor ontwerpers. Kortom, voor ontwerpers doen ook de andere benodigdheden juridisch ter zake.

De benodigdheid 'opdrachten' beschouwen we in dit boek als het geven (door de opdrachtgever) van een opdracht tot het vervaardigen van een ontwerp aan een ontwerper. En met het geven (door de opdrachtgever) van een opdracht tot het vervaardigen van het ontwerp aan een aannemer. De benodigdheid 'opdrachten' wordt daarom in dit boek deels behandeld in combinatie met de benodigdheid 'ontwerpen' en voor het andere deel in combinatie met 'bouwcapaciteit'.

De benodigdheden 'ontwerp en advies' en 'bouwcapaciteit' staan in de sleutel van de overeenkomst die de opdrachtgever sluit met de ontwerper (en andere adviseurs) respectievelijk de aannemer. Aan een behandeling van deze specifieke overeenkomsten gaat een tussenhoofdstuk vooraf dat de algemene juridische aspecten van 'verbintenissen' bespreekt.

Daarmee bevat dit boek de volgende hoofdstukken:

1. Het bouwproces als samenstel van behoeften,
2. Behoeft: grond,
3. Tussenhoofdstuk: verbintenissen.
4. Behoeft: ontwerp en advies,
5. Behoeft: bouwcapaciteit,
6. Behoeft: goedkeuringen.

Het recht van ontwerpen en bouwen is tamelijk complex. Om de inhoud gemakkelijker te kunnen begrijpen, is de tekst opgebouwd in een hoofdtekst en verdiepende tekst. De hoofdtekst is op de normale wijze weergegeven. De inspringende tekstblokken met **grijze achtergrond** bevatten juridische verdiepingen. Met een asterisk \* is aangegeven op welk begrip of onderwerp de verdiepende tekst betrekking heeft. Ook voorbeelden zijn met een grijze achtergrond aangeduid. Door deze ordening van de tekst is het naar verwachting relatief eenvoudig de hoofdlijn te zien in het geheel.

## 2 Benodigdheid: grond

### 2.1 Grond als benodigdheid

'Grond' is een benodigdheid in het bouwproces. De opdrachtgever moet beschikking hebben over grond, anders kan het ontwerp niet worden gerealiseerd. Als de opdrachtgever nog geen beschikking heeft over grond, moet hij of zij die alsnog verkrijgen. Dat kan door grond te kopen of te pachten. De grond kan gekocht worden van een particulier of private organisatie, bijvoorbeeld een agrariër, of een bedrijf dat zijn huidige terrein verlaat om zich elders te vestigen. De grond kan ook worden gekocht van de overheid; dat is bijna altijd de gemeente. De gemeente zal doorgaans allerlei voorwaarden verbinden aan de koopovereenkomst. Bijvoorbeeld dat in overeenstemming met een beeldkwaliteitsplan moet worden gebouwd. Met deze voorwaarden moet de koper en zijn of haar architect rekening houden. Anders wordt gehandeld in strijd met de overeenkomst en dat kan juridische gevolgen hebben. Behalve grond kopen, kan de opdrachtgever ook de beschikking krijgen over grond op basis van stedelijke erfpacht. De opdrachtgever wordt dan geen eigenaar van de grond, maar krijgt wel een langdurig gebruiksrecht.

Kortom, grond is een randvoorwaarde voor de realisatie van een ontwerp. In elk bouwproces is grond een benodigdheid. Grond tot ontwikkeling brengen, kan alleen door degene die beschikkingsmacht heeft over de grond. Grond is daarmee ook een goed waarover soms strijd wordt gevoerd door verschillende partijen die een gebied willen ontwikkelen. Er is (dan ook) veel geld mee gemoeid. Bij een woning kan de grondprijs oplopen tot wel de helft van de vrij op naam-prijs (dat is de prijs voor vastgoed, inclusief bijvoorbeeld overdrachtsbelasting of btw, notariskosten en makelaarskosten). Dit hoofdstuk bespreekt verschillende juridische aspecten die aan grond zijn gebonden. Begonnen wordt met een aantal algemene elementen die te maken hebben met het verschijnsel 'eigendom' van grond\*. Zoals al aangeduid, is eigendom een van de wijzen – in feite de belangrijkste – waarop beschikking over grond kan worden verkregen. Daarna wordt in het bijzonder ingegaan op grondverwerving en grondverkoop (aan opdrachtgevers en hun architect) door de gemeentelijke overheid.

'Grond' is in de geschiedenis van grote sociale, economische en juridische betekenis. Ter illustratie volgen hier enkele alinea's uit het artikel 'Grondeigendom in ons cultuurpatroon' door Ineke Teijmant (*Sociologische Gids*, vol. 35, nr. 5, 1988, blz. 302-319).

'In de feodale samenleving draaide alles om grondeigendom. Politieke en economische macht waren een directe afgeleide van de omvang van iemands grondbezit en de feodale heer was per definitie grootgrondbezitter. De buitenlandse literatuur en de buitenlandse geschiedenis geven prachtige voorbeelden van de centraliteit van het grootgrondbezit. Elias bij voorbeeld beschrijft hoe de Franse hofsamenleving aan grond en gebouwen gebonden is. Hun bestaan werd bepaald door het in stand houden van have en goed. Wanneer het grondbezit niet meer voldoende opleverde voor een luxueus en naar buiten gerichte levensstijl, viel de familie in ongenade en was ze geen aantrekkelijke partij meer als potentiële leverancier van huwelijkskandidaten (N. Elias, *Die höfische Gesellschaft*. Luchterhand, Darmstadt und Neuwied 1969, Auflage 1977: 85).'

'Ook de Germaanse hoeve vervulde de dubbelfunctie van economische eenheid en basis voor politieke macht. Alleen eigenaren van een 'volle hoeve' (grond en opstallen) hadden een stem in de volksvergadering.'

'Zelfs de Kieswet van 1850 ruimde nog plaats in voor grondeigenaren. Het stemrecht was voorbehouden aan diegenen die de hoogste belasting betaalden en grondbelasting vormde naast personele belasting en patentrecht een onderdeel van de directe belastingen. Op deze manier kreeg 2,7% van de bevolking, dat wil zeggen 10,7% van de volwassen mannen stemrecht voor de Tweede Kamer en de Provinciale Staten.'

'Bij de overgang van een overwegend agrarische naar een industriële samenleving krijgt grond een andere betekenis. Grond is niet meer het belangrijkste bestaansmiddel en grondeigendom niet meer de belangrijkste bestaanszekerheid. Arbeid en kapitaal worden steeds belangrijker productiemiddelen en grond krijgt steeds meer de functie van ondergrond van gebouwen en infrastructurele voorzieningen. Die functieverandering geldt met name de gronden in en rondom de steden. Door de verstedelijking als gevolg van de industrialisatie ontstaat er een enorme vraag naar deze gronden en komen de oude grondeigenaren, geheel buiten hun eigen toedoen, in een uiterst comfortabele positie. Er ontstaat een levendige grondhandel.'

## 2.2 Juridische eigenschappen van grond

### 2.2.1 Grond als onroerende zaak

'Grond' is volgens de wet een *onroerende zaak*. Het verschil tussen roerende en onroerende zaken is van betekenis voor de wijze van overdracht van een zaak. Overdracht houdt (kort gezegd) in hoe een zaak van eigenaar wisselt. Voor onroerende zaken gelden 'zware' eisen voor overdracht. Dat is ook wel te begrijpen gezien het kapitaalintensieve karakter van onroerende zaken.

Art. 3:3 lid 1 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) definieert wat *onroerende zaken* zijn. Roerende zaken zijn alle zaken die niet onroerend zijn, aldus lid 2 van art.3:33 BW. In art. 3:3 lid 1 BW is opgenomen dat onroerend zijn:

- a. de grond,
- b. de nog niet gewonnen delfstoffen,
- c. de met de grond verenigde beplantingen,
- d. de gebouwen en werken die *duurzaam* met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken.

Onroerende zaken zijn dus bijvoorbeeld de grond zelf, maar ook de stoffen die nog in de grond zitten, en bomen en planten verbonden aan die grond. Met gebouwen (hierboven opgenomen onder d) wordt bedoeld op onder andere huizen, fabrieken, kantoren, bomen en struiken. Bij 'werken' (zie eveneens hiervoor onder d) moet men denken aan bijvoorbeeld viaducten, bruggen, opslagtanks, spoorweg-overgangsbomen, lantaarnpalen en straatklinkers die deel uitmaken van de straat.

Zoals gezegd zijn roerende zaken, de zaken die niet onroerend zijn (art. 3:3 lid 2 BW). Een kozijn is in beginsel een roerende zaak. Wanneer een kozijn echter in een huis wordt gezet, wordt het door vereniging met een onroerende zaak onroerend. Omgekeerd wordt het oude kozijn bij verwijdering weer roerend.



Het gaat dan om de beoordeling van twee elementen: vereniging en duurzaamheid.

De zogenaamde verkeersopvattingen zijn relevant voor de beoordeling van het eerste element, dus de vraag of sprake is van *vereniging* van een onroerende zaak met een roerende. . De Hoge Raad heeft bepaald (onder andere in HR Rijdende Havenkranen II, ECLI:NL:HR:2020:BO3644) dat bijvoorbeeld mobiele kranen indirect via rails feitelijk in voortdurende verbindend met de grond staan. Daarmee was sprake van vereniging met de grond.

Voor het beantwoorden van de vraag of ook sprake is van het tweede element, namelijk duurzaamheid van die vereniging, moet dit naar zogenaamde objectieve maatstaven worden beoordeeld. Daarbij kunnen verschillende gezichtspunten een rol spelen. Zo gaat het erom of het object, naar aard en inrichting, bestemd is om duurzaam te plaatse te blijven (HR 13 juni 1975, NJ 1975/509 (Amercentrale). Of dit het geval is hangt mede af van de bedoeling van de bouwer voor zover deze naar buiten toe kenbaar is. Of het technisch mogelijk is het bouwwerk te verplaatsen is daarbij niet van belang (HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0813).

De Hoge Raad geeft in het Portacabin arrest (ECLI:NL:HR:1997:ZC2478) enkele beoordelingsmaatstaven voor de beantwoording van de vraag of sprake is van duurzame verbinding:

1. Is het gebouw naar aard en inrichting bestemd om duurzaam ter plaatse te blijven?
2. Is het de bedoeling van de bouwer (of degene die in wiens opdracht het bouwwerk is aangebracht) voor zover deze naar buiten kenbaar is om het gebouw duurzaam ter plaatse te blijven?
3. Is de bestemming van een gebouw of werk om duurzaam ter plaatse te blijven daar buiten toe kenbaar?
4. De verkeersopvattingen zijn niet toepasselijk voor de vraag of een zaak roerende of onroerend is. Zij zijn dat wel wanneer er onzekerheid is over de vraag of een object duurzaam met de grond verenigd is.

Zoals gezegd kent ons recht geen andere onroerende zaken dan de hiervoor, in art. 3:3 BW, opgesomde zaken. Maar ook *bestanddelen*\* van een onroerende zaak – dat wil zeggen onzelfstandige onderdelen daarvan – zijn onroerend. Dat brengt ons bij de vraag wat bestanddelen zijn.

In art. 3:4 lid 1 BW is opgenomen dat al hetgeen volgens verkeersopvatting onderdeel van een zaak uitmaakt, bestanddeel is van die zaak. In art. 3:4 lid 2 BW is opgenomen dat een zaak die met een hoofdzaak zodanig verbonden wordt dat zij daarvan niet kan worden afgescheiden zonder dat beschadiging van betekenis wordt toegebracht aan een der zaken, bestanddeel van de hoofdzaak wordt.

**Bestanddelen zijn derhalve onzelfstandige zaaksdelen die opgaan in de (hoofd)zaak waarvan zij deel uitmaken.**

Om te bepalen of sprake is van een bestanddeel dat opgaat in de hoofdzaak (we spreken hier van het zogenaamde eenheidsbeginsel), wordt eerst getoetst aan het hierboven weergegeven zogenaamde maatschappelijk criterium van art. 3:4 lid 1 BW, en indien daaraan niet is voldaan, naar het fysieke criterium van art. 3:4 lid 2 BW.

Zaken kunnen dus uit één (hoofd)bestanddeel bestaan (bijvoorbeeld een stuk platina, een beker of een euro). Het komt echter vaak voor dat een hoofdzaak bestaat uit meer dan één onderdeel. Denk aan een kantoor, dat bestaat uit het casco, kozijnen, deuren, liften, trappen, ramen, etc. Bestanddelen zijn zelf geen zelfstandige zaken. Zij horen bij de hoofdzaak en delen daarvan het juridische lot. Een voorheen zelfstandige zaak (zoals een deur) wordt door vereniging met de hoofdzaak dus onroerend. Eigendom van het bestanddeel gaat dan ook op in de eigendom van de hoofdzaak.

### 2.2.2 Grond als registergoed

Naast het onderscheid tussen roerende en onroerende zaken is het onderscheid tussen register- en niet-registergoederen van belang voor de levering van het desbetreffende goed en welk zekerheid kan worden gevestigd op dat goed (denk aan pand of hypotheek).

Voor de overdracht of vestiging van bijvoorbeeld een hypotheekrecht op een *registergoed* is namelijk inschrijving in een 'openbaar register' noodzakelijk (dit is geregeld in art. 3:10 BW). In art. 3:10 is opgenomen dat registergoederen die goederen zijn "voor welke overdracht of vestiging inschrijving in de daartoe bestemde openbare registers noodzakelijk is." De volgende goederen zijn registergoederen:

- a. onroerende zaken,
- b. te boek gestelde schepen en luchtvaartuigen,
- c. aandelen in en beperkte rechten op een registergoed (wat dit zijn wordt later besproken),
- d. appartementsrechten.

Dus niet alleen onroerende zaken zijn registergoederen. Ook schepen en vliegtuigen, die roerend zijn, horen tot deze categorie.

De 'openbare registers' worden beheerd door de Dienst van het Kadaster. Bij het Kadaster wordt, grof geschetst, boekhouding gevoerd van alle percelen grond die er in Nederland zijn. Daartoe is iedere gemeente in een aantal secties verdeeld die vervolgens in nummers zijn onderverdeeld, zogenaamde kadastrale percelen. Een voorbeeld van een kadastrale aanduiding is een perceel aan de Hoofdstraat 12 te Hoorn, kadastraal bekend Gemeente Hoorn, Sectie G, nummer 6454, groot: 250 m<sup>2</sup>.

In sommige landen bestaat niet zoiets als het Kadaster en is het een hele opgave om uit te vinden wie eigenlijk eigenaar is van een stuk grond. Dat bevordert het bouwproces – en in bredere zin de economie – uiteraard niet.

## 2.3 Verrijging van grond

### 2.3.1 Rechtsopvolging

Met het verkrijgen van grond wordt bedoeld hoe je als persoon of organisatie grond in eigendom kunt krijgen, waardoor je over die grond kunt beschikken. Dit kan op twee manieren: via rechtsopvolging onder algemene titel of rechtsopvolging onder bijzondere titel. Dit is geregeld in art. 3:80 lid 1 BW.

Rechtsopvolging onder algemene titel (zie art. 3:80 lid 2 BW) vindt onder andere plaats bij erfopvolging. Rechtsopvolging onder bijzondere titel (zie art. 3:80 lid 3 BW) vindt onder meer plaats bij eigendomsoverdracht van een zaak op grond van een overeenkomst, bijvoorbeeld een koop- of ruilovereenkomst, en bij bijvoorbeeld Onteigening.

In het bouwproces krijgt, in het overgrote deel van de gevallen, de opdrachtgever de eigendom over de grond via rechtsopvolging onder bijzondere titel, en wel via eigendomsoverdracht. Deze overdracht vindt plaats op grond van een koopovereenkomst, waarmee de opdrachtgever de beschikking krijgt over de grond waarop het werk kan worden gerealiseerd.

### 2.3.2 Overdracht van grond

'Overdracht' betekent het overdragen van een recht aan een andere persoon of organisatie. Het recht van eigendom is overdraagbaar, maar dat is niet het enige recht dat overdraagbaar is. Ook andere rechten zijn overdraagbaar, zoals het recht van erfpacht.

De wet (art. 3:84 lid 1 BW) stelt voor een geldige overdracht drie eisen:

- 1) een levering
- 2) krachtens een geldige titel
- 3) verricht door iemand die beschikkingsbevoegd is over het goed te beschikken.

De onder 1) genoemde levering ziet op de handelingen die partijen moeten verrichten zoals de wet deze eist. De geldige titel (genoemd onder 2) vloeit gewoonlijke voort uit een overeenkomst die partijen sluiten, denk aan een koopovereenkomst. Of iemand beschikkingsbevoegd is (genoemd onder 3), hangt af van de vraag of diegene de bevoegdheid heeft tot onder andere overdracht van het goed.

Voor de overdracht van registergoederen geldt een belangrijke eis als het gaat om de levering van genoemd onder 1. Deze eis is relevant als bijvoorbeeld een gemeente grond verkoopt aan een partij die de grond nodig heeft voor de realisatie van een ontwerp. Niet alleen moet sprake zijn een goederenrechtelijke overeenkomst, maar ook dat de voor het goed te verrichten formaliteiten ten behoeven van de leveringshandelingen worden verricht. Voor registergoederen zijn die verplichte leveringshandelingen neergelegd in art. 3:89 BW, voor een groot aantal andere goederen of rechten in de daaropvolgende artikelen.

Ten aanzien van registergoederen geldt dat wordt een *registergoed* overgedragen op grond van een overeenkomst die tot eigendomsoverdracht verplicht (bijvoorbeeld koop, ruil), dan is voor de eigendomsoverdracht een notariële akte tot levering, ofwel transportakte, nodig. De akte moet in de daartoe bestemde openbare registers worden ingeschreven (meestal zal de notaris hiervoor zorg

dragen). Pas na inschrijving in de registers is de eigendomsoverdracht tot stand gekomen. Koop (door het enkele sluiten van de overeenkomst daartoe) van een stuk grond (en ook een woning of ander gebouw) leidt dus nog automatisch niet tot eigendomsoverdracht. Voor eigendomsoverdracht is dus ook nog inschrijving van de notariële akte in de registers nodig. Er zit tussen de koop en de notariële akte overigens meestal ook de nodige tijd, soms een aantal maanden. Die tijd kan de koper benutten om het bedrag dat hij moet betalen aan de verkoper bijeen te krijgen. Vaak gebeurt dat door middel van vestiging van een recht van hypotheek op de onroerende zaak.

De eis van een notariële akte verklaart de betrokkenheid van notarissen bij de verkoop van grond, maar ook van woningen. Beide zijn immers registergoed. Bij niet-registergoederen, zoals bij de koop van een fiets, geldt deze eis uiteraard niet. Dat de eis bij overdracht van grond wel geldt, illustreert het belang van grond in onze samenleving, maar ook het grote belang van duidelijkheid met betrekking rond de eigendomsverhoudingen met betrekking tot die grond.

Een deel van de taken van de notaris rond de eigendomsoverdracht, heeft betrekking op onderzoek. Hij onderzoekt onder meer:

- de persoonlijke omstandigheden van de verkoper: verkeert deze in staat van faillissement of staat hij onder curatele?
- of er geen hypotheek meer rust op de grond van de verkoper: de grond moet immers vrij van hypotheek worden geleverd door de verkoper. Anders zou de koper een stuk grond krijgen, waarop een bank – die de hypotheek heeft verstrekt aan de verkoper – nog rechten heeft.
- of er eventuele belemmeringen vanwege de overheid op de grond rusten, zoals het *voorkeursrecht*. Het voorkeursrecht\* geeft de bevoegdheid om bij voorgenomen verkoop van een zaak van de eigenaar van die zaak te eisen dat diegene de zaak eerst aanbiedt voor verkoop aan de gerechtigde tot het voorkeursrecht. Zo kan ten aanzien van een stuk grond ten gunste van de overheid (bijvoorbeeld de gemeente) een voorkeursrecht zijn opgenomen. Dit houdt in dat een verkoper de grond eerst *aan de overheid* moet aanbieden ter verkoop. Op die manier kan de overheid – zoals gezegd, meestal de gemeente – er voor zorgen dat alle grond in een bepaald gebied in handen van de overheid komt.
- of er *erfdienstbaarheden* op de grond rusten. Als dat zo is, heeft een andere partij bijvoorbeeld het recht van overpad op de grond. Dat is een erfdienstbaarheid. Er zijn ook andere erfdienstbaarheden die verderop in dit hoofdstuk worden besproken.

#### Voorkeursrecht

Nieuwe ontwikkelingen, zoals een woonwijk, hebben grond nodig om te kunnen worden gerealiseerd. Vaak is de grond eigendom van private partijen, zoals boeren. De landeigenaren (boeren) kunnen hun grond verkopen aan grondhandelaren. De grondhandelaren kunnen op hun beurt de grond onderverdelen en de nieuwe stukken grond verkopen aan andere handelaren. Deze kooplieden kunnen weer doorverkopen aan andere investeerders. Deze investeerders willen uiteindelijk de grond verkopen aan projectontwikkelaars. Een dergelijk scenario is niet onwaarschijnlijk indien de geplande ontwikkeling (zoals een woonwijk) een

goede kans heeft om winstgevend te zijn. Deze regeling kan echter negatieve gevolgen hebben. Als de grond opgesplitst is en eigendom is van veel verschillende grondeigenaren (handelaars), kan het moeilijk zijn percelen bijeen te brengen voor een grote voorziening zoals een winkelcentrum, waarvoor grond van meerdere eigenaren nodig is. Dit kan leiden tot langdurige onderhandelingen met grondeigenaren, die weten dat hun stuk grond nodig is voor bijvoorbeeld een winkelcentrum of een woonwijk. Het negatieve gevolg is dat het versnipperde grondbezit de realisatie van nieuwe ontwikkelingen kan belemmeren. Bovendien zal elke verkooptransactie waarschijnlijk leiden tot hogere prijzen voor de grond. Er kan zelfs sprake zijn van speculatie: kooplieden die grond kopen met als enig doel deze later voor een hogere prijs aan een andere partij te verkopen. Het negatieve gevolg is dat dit zal leiden tot prijsstijgingen van grond. Uiteindelijk zal dit leiden tot hogere prijzen van het eindproduct, in het gegeven voorbeeld: hogere huizenprijzen voor woningzoekenden. De projectontwikkelaars moeten immers genoeg verdienen om de kosten van de door hen gekochte grond terug te betalen.

Het voorkeursrecht is bedoeld om de negatieve gevolgen van grondtransacties voor nieuwe ontwikkelingen tegen te gaan. Het beoogt versnipperd grondbezit en speculatie te voorkomen. De kern is dat *als* een eigenaar grond en gebouwen wil verkopen, deze dat niet op de vrije markt mag doen, maar de onroerende zaken eerst ter verkoop aan de gemeente moet aanbieden. Dat wil niet zeggen dat er dan ook automatisch een overeenkomst tussen de verkoper en gemeente tot stand komt. De verkoper kan, na aanbieding aan de gemeente, afzien van verkoop. Het argument daarvoor zal meestal zijn dat de verkoper en gemeente het niet eens kunnen worden over de prijs. Overigens kan de verkoper de rechtbank om een oordeel vragen over de financiële waarde van de onroerende zaken (art. 9.16 Omgevingswet). Als de verkoper dat een aantrekkelijk bedrag vindt en daarvoor wil verkopen, moet de gemeente die prijs betalen. De verkoper kan evenwel, na de rechterlijke prijsbepaling, ook afzien van verkoop aan de gemeente. Hij mag dan niet alsnog verkopen aan een derde en blijft dus eigenaar. In dat geval kan de gemeente overigens overgaan tot onteigening (als aan de voor onteigening geldende voorwaarden is voldaan.)

Het voorkeursrecht is geregeld in hoofdstuk 9 van de Omgevingswet. Het wordt gevestigd door een besluit van een bestuursorgaan.

Het zal duidelijk zijn dat de hier genoemde punten allemaal van groot belang zijn voor de koper. Ook om die reden geldt voor registergoederen de plicht van een notariële akte bij overdracht. Dat betekent dat er ook *transactiekosten* zijn bij registergoederen als de verkoop van grond. De notaris zal immers zijn werkzaamheden in rekening brengen.

## 2.4 Grond als zakelijk vermogensrecht

Hierboven is reeds aangegeven dat grond een onroerende *zaak* is. Op zaken, zoals grond, rusten *zakelijke rechten*. De zakelijke rechten zijn het eigendomsrecht en een aantal zogenoemde *beperkt zakelijke rechten*. De beperkte rechten staan in Boek 3 en 5 BW limitatief beschreven. De hier beschreven lijst is limitatief oftewel: andere beperkte rechten dan die daar staan, zijn er niet (zie ook art. 3:81 lid 1 BW).

De volgende beperkte rechten op zaken zijn mogelijk: vruchtgebruik, pand, hypotheek, erfdiensbaarheid, erfpacht, opstal en appartementsrecht.

We bespreken in deze paragraaf naast eigendom (par. 2.4.1) de volgende beperkt zakelijke rechten: erfdiensbaarheden (par. 2.4.2), opstal (par. 2.4.3), erfpacht (par. 2.4.4) en hypotheek (par. 2.4.5). Dat zijn namelijk in de praktijk van ontwerpen en bouwen de belangrijkste. We bespreken als eerste het *eigendomsrecht*, omdat dit het meest omvattende recht is dat men op een zaak – in ons geval grond –

kan hebben. De eigenaar heeft alle bevoegdheden die men met betrekking tot een zaak kan hebben. Dat zijn er oneindig veel, bijvoorbeeld het genot, het feitelijk gebruik, het 'oogsten' van de opbrengst, het beheren van en beschikken over de zaak. Een eigenaar kan bepaalde groepen bevoegdheden uit zijn eigendomsrecht afsplitsen en die aan een ander rechtssubject overdragen. Degenen aan wie die bevoegdheden zijn overgedragen, hebben dan een *beperkt zakelijk recht* met betrekking tot die zaak. In de wet is beschreven welke eigendomsbevoegdheden bij een bepaald beperkt zakelijk recht horen. Zo krijgt degene met een recht van overpad (een bepaalde vorm van erfdiensbaarheid) het recht om een deel van de grond van iemand anders te gebruiken om zijn eigen grond te bereiken.

#### 2.4.1 Recht van eigendom

*Eigendom* is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben (art. 5.1 lid 1 BW)\*.

Een eigenaar zal normaliter zijn eigendom *beheren*, zoals het door (rechts)handelingen (laten) onderhouden en rendabel maken, en het verzekeren tegen bepaalde schaden. Rendabel maken kan men bijvoorbeeld doen door de zaak zelf te gebruiken of door deze te verhuren. Ook is de eigenaar in beginsel bevoegd over de zaak te *beschikken*: denk aan verkoop en eigendomsoverdracht waardoor de desbetreffende zaak uit zijn vermogen verdwijnt (en waartegenover de koopsom in zijn vermogen valt). Een andere manier van beschikken, is het belasten (oftewel bezwaren) van een registerzaak met een recht van hypotheek.

De Verenigde Naties beschermen eigendom duidelijk in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (1948). Artikel 17 luidt:

1. Everyone has the right to own property alone as well in association with others.
2. No one shall be arbitrarily deprived of his property.

De bescherming van eigendom is ook vastgelegd in het Eerste Protocol (ook wel: EP) bij het Verdragbescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (ook wel: EVRM). Dit verdrag is van bijzonder belang voor de Europese ondertekenende staten. Het verdrag is in 1950 aangenomen door de Raad van Europa, een organisatie van (inmiddels) zevenenveertig Europese landen die de Europese eenheid, de mensenrechten, de democratie en de rechtsstaat bevordert. De Raad van Europa maakt overigens geen deel uit van de Europese Unie maar is een apart orgaan. Een gespecialiseerde rechterlijke instantie, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (ook wel: EHRM), waakt over de bescherming van de rechten die in het Verdrag zijn neergelegd. Het Hof is gevestigd in Straatsburg, Frankrijk. Artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Verdrag luidt als volgt:

*Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.*

Vervolgens wordt echter verklaard:

*The preceding provisions shall not, however, impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.*

Eigendomsrechten worden in het Verdrag dus beschouwd als een middel om het particuliere bezit en gebruik van eigendom te beschermen, maar ook als een recht dat kan worden beperkt in het algemeen belang. Dat laatste, een beperking van eigendomsrechten in het algemeen belang, vindt onder andere plaats door *omgevingsplannen*. Een omgevingsplan is een gemeentelijk stedenbouwkundig plan dat regels bevat voor een 'evenwichtige toedeling van

functies aan locaties' (art. 4.2 lid 1 Omgevingswet). Kort door de bocht: het omgevingsplan geeft aan wat waar mag worden gebouwd. Het omgevingsplan heeft betrekking op zowel grond in private eigendom als overheidsgrond. Omgevingsplannen vormen een belangrijke beperking van het eigendomsrecht op grond, gerechtvaardigd door het algemeen belang. Een eigenaar van grond krijgt namelijk in beginsel geen *omgevingsvergunning* als het beoogde bouwwerk in strijd is met het publieke omgevingsplan. In het hoofdstuk over benodigdheid 'goedkeuringen' wordt dieper ingegaan op het omgevingsplan.

Een eigenaar van grond\* heeft ook het *recht om grond te ontwikkelen*. De koppeling tussen grondeigendom en het recht om te ontwikkelen, is de reden waarom private partijen (d.w.z. particuliere projectontwikkelaars) vaak (onbebouwde) grond verwerven. Zij kopen grond om het recht te hebben op die grond te bouwen, de huizen daarop weer te verkopen en daarmee dus winst te maken. Zoals eerder in deze paragraaf is uiteengezet, bestaat het recht van de eigenaar om de grond te ontwikkelen echter alleen binnen de publiekrechtelijke beperkingen van het gemeentelijke omgevingsplan. In het Burgerlijk Wetboek zijn in art. 5:1 lid 2 ook de beperkingen neergelegd die een eigenaar van grond treffen. In dit tweede lid van art. 5:1BW is namelijk opgenomen dat een eigenaar met uitsluiting van een ieder vrij van zijn zaak gebruik mag maken, mits dit gebruik niet strijdt met rechten van anderen en de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen daarbij in acht worden genomen.

Eigendom van grond in handen van *particulieren en organisaties* is in het verleden sterk bekritiseerd. Het beroemdste werk in die zin is wel *Het Kapitaal* van Karl Marx (oorspronkelijke uitgave 1867). Hij beschreef uitgebreid de uitwassen van een concentratie van productiemiddelen (waaronder grond) bij een kleine groep in de maatschappij en de daaruit voortvloeiende scherpe sociale tegenstellingen tussen het proletariaat (de arbeidersklasse die geen toegang heeft tot kapitaal) en de bourgeoisie (de kapitalistische klasse met toegang tot kapitaal). De eerst genoemde noodzakelijke maatregel in het *Communistisch Manifest* (Karl Marx en Friedrich Engels, 1848) was dan ook: onteigening van grondeigendom, ofwel opheffing van privé-eigendom van grond. Heden ten dage is het met name de Franse econoom Thomas Piketty die wijst op de groeiende macht van grensoverschrijdend kapitaal, de concentratie ervan in handen van weinigen en de daaruit voortvloeiende economische instabiliteit en maatschappelijke ongelijkheid. Zijn belangrijkste werk tot op heden is *Kapitaal in de 21<sup>ste</sup> eeuw* (De Bezige Bij, 2014).

Zoals gezegd is het eigendomsrecht het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben. Een eigenaar kan zijn zaak terugvorderen van diegene die de zaak zonder recht onder zich houdt (art. 5:2 BW). Dit bijzondere terugvorderingsrecht van de eigenaar wordt de *revindicatie* genoemd. Bij onroerende zaken zal revindicatie gebeuren door ontruiming. Daarnaast kan de eigenaar ook juridische actie ondernemen wegens inbreuk op zijn (eigendoms)recht; zo'n inbreuk is namelijk een onrechtmatige daad (het verschijnsel onrechtmatige daad wordt in een later hoofdstuk besproken).

Een eigenaar mag in beginsel voor zichzelf van zijn recht gebruik maken zoals het hem goedgeeft. Maar hij mag, zoals gezegd, niet handelen in strijd met wettelijke voorschriften, zoals die van het omgevingsplan. Ook mag hij zijn eigendomsrecht niet misbruiken\*. Hieronder volgt een klassiek voorbeeld uit de praktijk over misbruik van eigendomsrecht met betrekking tot grond.

#### *Misbruik van eigendomsrecht*

Dit voorbeeld gaat over een uit de hand gelopen burenruzie. Twee burens, A en B hebben elk een groot stuk grond in eigendom. Nadat tussen beide ruzie is ontstaan, zet A een aantal hoge palen op zijn grond en daartussen spant hij een grote lap. Dat neemt een deel van het uitzicht van B weg. B stelt bij de rechter dat er sprake van misbruik van eigendomsrecht door A. De rechter is het daarmee eens, waarna A de lap moet verwijderen. Vervolgens bouwt A een grote watertoren op zijn grond. Ook die blokkeert een deel van het uitzicht van B. Weer start B een rechtszaak op grond van misbruik van eigendomsrecht en wint die uiteindelijk ook (nadat A en B tot aan de Hoge Raad hierover procederen; HR 2 april 1937, NJ1937/639 (Berg en Dalse Watertoren)). Hiermee werd duidelijk: iemand mag zijn eigendomsrecht niet uitoefenen als die uitoefening misbruik van het eigendomsrecht inhoudt. Tegenwoordig is het verbod op misbruik van recht ook opgenomen in de wet, in art. 3:13 BW.

### Onteigening

In overeenstemming met art. 1 EP EVRM is in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek eigendom tot 'het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben' (art. 5:1 BW) verklaart. Dit betekent, zoals we zagen, dat de eigenaar bijvoorbeeld het recht heeft zijn eigendom te verkopen, aan een ander te schenken, te ruilen of te verhuren. Binnen het goederenrecht geldt het eigendomsrecht als een zogenaamd absoluut recht: de eigenaar mag zijn recht tegenover iedereen invoeren. Binnen het onteigeningsrecht ligt dat echter anders. Eigendom wordt in ons land, en vele andere landen vanuit het onteigeningsrecht niet gezien als een absoluut recht, maar als een 'relatief' recht. Relatief betekent in dit verband dat de overheid het recht heeft om eigendom af te nemen ten behoeve van het algemeen belang. Het is in de Nederlandse samenleving algemeen aanvaard dat publieke belangen van doorslaggevend belang kunnen zijn en een reden zijn om de eigendom van onroerende zaken weg te nemen. De heersende opvatting over eigendomsrechten op grond en andere onroerende zaken is dan ook dat eigendom 'maatschappelijk gebonden' is.

*Onteigening* is de extreme vorm van beperking van eigendomsrechten. In feite betekent onteigening dat eigendom van de eigenaar wordt afgenomen. De redenering voor het gebruik van onteigening is als volgt. Soms is het reguleren van het gebruik van (particulier) eigendom in een bepaald gebied door middel van een gemeentelijk omgevingsplan niet voldoende om beleidsdoelen te bereiken. Een omgevingsplan kan immers nieuwe ontwikkelingen die in strijd zijn met het plan *tegengaan*, maar kan particuliere grondeigenaren niet dwingen ontwikkelingen (dat wil zeggen: functies) te *realiseren* die in overeenstemming zijn met het plan. Soms is daarom 'absolute' overheidssturing van grond nodig vanwege voorgenomen ontwikkelingen, zoals de aanleg van een nieuwe openbare snelweg. Absolute overheidscontrole betekent: eigendom hebben van de grond. Als absolute zeggenschap over de grond nodig is, kan de overheid de grond privaatrechtelijk aankopen. Een andere mogelijke manier om grond te kopen is het gebruik van het voorkeursrecht. Beide manieren om grond te kopen, zijn echter niet effectief indien de eigenaar niet bereid is zijn eigendom te verkopen omdat ze in essentie berusten op vrijwilligheid. Onder die omstandigheden is, onder bepaalde voorwaarden, onteigening mogelijk.

De Grondwet (hierna: Gw) bepaalt dat onteigening alleen mag plaatsvinden als het algemeen belang ermee gediend is en alleen na voorafgaande verzekering van schadeloosstelling, volgens bij de nationale wet gestelde regels (art. 14 Gw). Dit artikel beschermt de burger tegen onbeperkt



overheidshandelen. De wetgeving die de regels over onteigening bevat, is hoofdstuk 11 van de Omgevingswet.

### *Onteigening die zekerheid biedt*

Onteigening vindt niet alleen plaats voor publieke functies, zoals een verkeersweg, waterkering of defensieterrein. Het vindt ook plaats voor private functies, zoals een bedrijventerrein of woonwijk. De gemeente onteigent dan en verkoopt daarna de grond door aan de private partij die het bedrijventerrein of woonwijk ontwikkelt. Het hoeft dus niet zo te zijn dat als de overheid onteigent, ze ook zelf de functie moet realiseren. Dat kan worden gedaan door private partijen. Onteigening maakt het derhalve mogelijk om de grondeigendomsverhoudingen zo te wijzigen dat een stedenbouwkundig plan, indien dat in de vorm van een omgevingsplan door de gemeenteraad is vastgesteld, kan worden gerealiseerd. Onteigening kan zo zekerheid bieden aan de (private) ontwikkelaars van bijvoorbeeld een nieuw woongebied.

*Voorbeeld.* Stel dat een gebied in aanmerking komt voor (her)ontwikkeling en dat particuliere projectontwikkelaars belangstelling hebben voor die (her)ontwikkeling. De grondeigendom in het gebied is echter verdeeld over een aantal grondeigenaren, terwijl voor de uitvoering van de (her)ontwikkeling de gronden van al deze eigenaren nodig zijn. Stel ten slotte dat het onzeker is of de eigenaren bereid zijn hun eigendom te verkopen aan de projectontwikkelaars.

Onder deze omstandigheden is het denkbaar dat projectontwikkelaars aarzelen om afzonderlijke percelen te gaan verwerven. Het is immers onzeker of zij alle grond kunnen verwerven die nodig is voor de uitvoering van de regeling.

Gegeven deze situatie kunnen gemeenten – op voorhand – zekerheid creëren voor de projectontwikkelaars. Dat wil zeggen, als de grondeigenaren terughoudend zijn om hun eigendom aan de projectontwikkelaars te verkopen, zal de gemeente onteigening toepassen om de grond te verwerven om de (her)ontwikkeling mogelijk te maken. Nadat de gemeente de grond heeft verworven, kan zij deze aan de projectontwikkelaars verkopen. De gemeente zal de grond niet houden, omdat gemeenten zelf geen 'private' functies ontwikkelen, zoals huizen, kantoren of winkelcentra. (Onteigening is alleen toegestaan nadat onderhandelingen tussen de gemeente en de eigenaar niet hebben geleid tot een minnelijke schikking over de verkoop van de grond.) Het vooraf creëren van zekerheid voor ontwikkelaars kan de verwerving door ontwikkelaars van moeilijke plannen, zoals binnenstedelijke herontwikkelingen, bevorderen.

### *Schadeloosstelling*

De *rechtbank* bepaalt de financiële vergoeding voor degenen wiens grond en gebouwen worden onteigend. Het is dus niet de onteigenende overheid die de vergoeding bepaalt. Dat is een belangrijke waarborg voor een correcte vergoeding. De rechtbank laat zich adviseren door waarderingdeskundigen (meestal drie) die door de rechtbank worden benoemd. De deskundigen (taxateurs onroerend goed) beschikken over een grote financiële kennis, die de rechter meestal niet heeft. De rechtbanken kunnen kiezen uit een pool van deskundigen. Uitgangspunt voor de schadeloosstelling is de *marktwaarde* van de grond en gebouwen die worden onteigend – en dus niet de *gebruikswaarde* (art. 15.22 Omgevingswet). Bij woningbouwplannen is de marktwaarde veelal hoger dan de gebruikswaarde. Het volgende geval illustreert dat.

*Voorbeeld.* Een stuk grond wordt momenteel gebruikt voor landbouwdoeleinden, in overeenstemming met het oude omgevingsplan. Stel dat de gemeenteraad een nieuw omgevingsplan voor het gebied vaststelt. In het nieuwe omgevingsplan wordt de functie

gewijzigd van 'agrarisch' naar 'wonen'. Indien wordt onteigend ten behoeve van de ontwikkeling van de nieuwe woonwijk, zal de waarde als *bougrond* in beginsel worden vergoed aan de landbouwer. Deze waarde is hoger dan de waarde als *landbougrond*. In Nederland is het omgevingsplan dat de basis vormt voor de onteigening, dus het uitgangspunt voor de taxatie. In sommige andere landen wordt de gebruikswaarde (of een variant daarvan) vergoed.

#### 2.4.2 Recht van erfdienstbaarheid

Een *erfdienstbaarheid* is een last, waarmee een (bepaald, nader aangeduid gedeelte van een) onroerende zaak – het dienende erf – ten behoeve van een andere onroerende zaak – het heersende erf – is bezwaard (art. 5:70 lid 1 BW).

De last van het dienende erf mag inhouden: een plicht (voor de gebruikers) van het dienende erf om op, boven of onder het dienende erf iets te dulden of niet te doen ten gunste (van de gebruikers) van het heersende erf.

Bekende erfdienstbaarheden zijn onder andere het *recht van overpad* en het *recht van overbouw*.

Bij een recht van overpad heeft de eigenaar van het heersende erf bijvoorbeeld het recht om bij zijn achterdeur te komen door over het dienende erf te lopen van de andere eigenaar. Er rust dus een last (in de vorm van het recht van overpad) op het (dienende) erf.

Bij het recht van overbouw heeft de eigenaar van het heersende erf bijvoorbeeld het recht om een balkon uit te laten steken boven het erf van de eigenaar van het dienende erf.

Zo'n recht is een afhankelijk, beperkt zakelijk recht. *Afhankelijk*, omdat het zo verbonden is aan een ander recht (namelijk het recht van eigendom van het heersend erf) dat het niet zonder dat andere recht kan bestaan. *Beperkt zakelijk*, omdat het is afgeleid uit een meer omvattend recht, het recht van eigendom of van erfpacht, dat met dit beperkte recht is bezwaard.

Vaak wordt bij de vestiging van een erfdienstbaarheid éénmaal een bedrag aan de eigenaar van het dienende erf betaald, omdat dat (gedeelte van dat) erf door de last in exploitatiemogelijkheden en dus in waarde daalt. Het is ook mogelijk dat er bij de vestiging van het recht een bepaalde periodieke vergoeding wordt overeengekomen, bijvoorbeeld een jaarlijkse betaling.

Een recht van erfdienstbaarheid ontstaat meestal door *vestiging*, waarvoor – net zoals bij eigendomsoverdracht van een registergoed – aan een aantal vereisten moet zijn voldaan: een daartoe verplichtende overeenkomst (dat is dus de geldige titel) tussen beschikkingsbevoegde partijen en een levering door middel van inschrijving van een notariële akte in de openbare registers. Vaak wordt een erfdienstbaarheid gevestigd als grond wordt gesplitst in afzonderlijke percelen, bijvoorbeeld voor een nieuwbouwwijk. Maar ook later, bijvoorbeeld als een woonwijk reeds bestaat, kan een erfdienstbaarheid worden gevestigd. Dat vereist instemming van beide partijen. Veelal wordt daarvoor betaald door de eigenaar van het heersend erf aan de eigenaar van het dienend erf.

In de praktijk ontstaat een erfdienstbaarheid soms door *verjaring*: als iemand een stuk grond al tien jaar onafgebroken te goeder trouw in bezit heeft (bijvoorbeeld door medegebruik van een weg over het naburige erf), past het recht zich aan de bestaande situatie aan. Te goeder trouw

houdt hier in dat diegene die het stuk erf in bezit heeft gehad, zich als rechthebbende beschouwde en zich ook redelijkerwijs als zodanig mocht beschouwen (bijvoorbeeld omdat de eigenaar van het dienende erf jarenlang geen bezwaar maakte tegen het gebruik).

Hier een voorbeeld van (vestiging van) een erfdienstbaarheid:

*Voorbeeld.* Bouwbedrijf Jansen komt met Peters overeen dat ten gunste van het perceel van Jansen (het heersende erf) ten laste van een duidelijk aangeduide strook op het perceel van Peters ( het dienende erf) een recht van erfdienstbaarheid wordt gevestigd, zodat de openbare weg goed bereikbaar is vanaf Jansens perceel (een 'recht van overpad'). Zij sluiten hun overeenkomst op 1 juni. De notariële akte tot vestiging wordt op 8 juni bij de notaris ondertekend en die akte wordt op 10 juni in de openbare registers ingeschreven. Omdat het ene erf nu belast is met een verplichting ten gunste van het andere erf, mogen alle gebruikers van Jansens perceel (hijzelf maar ook latere huurders en mensen die in het bedrijf werken of het bezoeken) vanaf 10 juni via de strook op Peters' perceel naar Jansens perceel gaan. Anderzijds moeten Peters en gebruikers van zijn grond (huurders bijvoorbeeld) de uitoefening van het recht van erfdienstbaarheid respecteren.

De rechten en plichten, voortvloeiend uit dit beperkte zakelijk recht, gaan bij latere rechtsopvolging met het eigendomsrecht op de zaak mee. Het zakelijk recht heeft zogenoemd 'zaaksgevolg'. Dus ondanks verkoop en overdracht van het perceel grond (van het heersend erf door Jansen of het dienend erf door Peters) *blijft* het recht van erfdienstbaarheid zijn werking voor de verschillende gebruikers houden. Het is daarom voor een koper van een onroerende zaak van belang om na te gaan of deze zaak bezwaard is met een erfdienstbaarheid (of een ander beperkt zakelijk recht). De notaris die belast is met het opmaken van een akte van levering zal hier ook op letten.

#### *Mededelingsplicht en onderzoeksplicht*

De verkoper van de grond moet, voorafgaand aan het sluiten van de koopovereenkomst, geïnteresseerde kopers informeren over de aanwezigheid van een erfdienstbaarheid. Voor bepaalde risico's – dus niet voor alle - geldt namelijk een *mededelingsplicht* van de *verkoper*. Deze mededelingsplicht is impliciet opgenomen in het Burgerlijk Wetboek (art. 7:15 BW). In art. 7:15 lid 1 BW is namelijk opgenomen dat de verkoper verplicht is de verkochte zaak in eigendom over te dragen vrij van alle bijzondere lasten en beperkingen, met uitzondering van die welke de koper uitdrukkelijk heeft aanvaard.

Kort gezegd, houdt de mededelingsplicht in dat de verkoper de plicht heeft om belangrijke gegevens over de onroerende zaak en met betrekking tot zakelijke rechten van derden als erfdienstbaarheden, mee te delen aan de (potentiële) koper. Daaronder vallen zeker de privaatrechtelijke beperkingen zoals erfdienstbaarheden. Tegenover de mededelingsplicht van de verkoper ten aanzien van deze bijzondere lasten en beperkingen van de verkoper, staat geen onderzoeksplicht van de koper. De verplichtingen van de verkoper de eigendom onbezwaard over te dragen is zo fundamenteel dat geen uitzondering wordt gemaakt voor die lasten die de koper had kunnen kennen

Daar waar art. 7:15 BW ziet op beperkte rechten die kunnen rusten op onroerend goed, ziet art. 7:17 BW op andere beperkingen of eigenschappen die op een onroerende zaak kunnen rusten of daaraan kunnen kleven. Zo kan een onroerende zaak bijvoorbeeld bodemverontreiniging bevatten. Op grond

van art. 7:17 BW moet de verkoper aan de koper verkopen 'wat aan de overeenkomst beantwoordt' (zie lid 1 van art. 7:17 BW). Wat daaronder precies wordt verstaan wordt verder uiteen gezet in de leden 2-6 van art. 7:17 BW, maar komt er in het kort op neer dat de zaak de eigenschappen dient te bezitten die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. Het gaat bij art. 7:17 BW om de materiele eigenschappen van de zaak, terwijl art. 7:15 BW ziet op de juridische eigenschappen van de zaak.

Verzwijgt de verkoper relevante gegevens voor de koper, terwijl hij die wel had moeten mededelen, dan kan hij voor de daaruit ontstane schade later aansprakelijk worden gesteld op grond van art. 7:17 BW. Voor de aanwezigheid van bijvoorbeeld bodemverontreiniging kan een mededelingsplicht van de verkoper gelden. tegenover de mededelingsplicht van de verkoper, staat echter wel een *onderzoeksplicht* van de koper. Overigens gaat de mededelingsplicht van de verkoper vóór de onderzoeksplicht van de koper. De mededelingsplicht weegt dus zwaarder dan de onderzoeksplicht. Wat houdt de onderzoeksplicht in? De koper hoeft of mag alleen die eigenschappen van de onroerende zaak verwachten, die normaal zijn. Normaal is bijvoorbeeld dat een gebouw wind- en waterdicht is, afgesloten kan worden, enzovoorts. Normaal is ook dat een huis dat als woonhuis wordt gebruikt en verkocht, ook na verkoop als woonhuis gebruikt kan en mag worden. Als de koper twijfelt of de onroerende zaak geschikt is voor zijn gebruiksdoel, dan moet hij de verkoper bevragen of zelf onderzoek doen. Doet hij dat niet, terwijl hij dat wel had behoren te doen, dan wordt het lastig om schade te verhalen op de verkoper als later blijkt dat de onroerende zaak niet voldoet.

*Voorbeeld.* X koopt van Y een woonboerderij. Volgens de advertentie waarin de woonboerderij te koop wordt aangeboden, is de woning omgeven door een tuin en is de achtertuin gelegen op het westen. In de koopovereenkomst tussen X en Y wordt vermeld dat X de woonboerderij gaat gebruiken als woonhuis. Nadat X eigenaar is geworden, blijkt dat in de achtertuin op geringe diepte een laag asfalt ligt. Het asfalt is bedekt door een dunne laag grint en zand. Voordat de koopovereenkomst is gesloten, heeft Y niets medegedeeld over de asfaltlaag. Het asfalt was voor X niet zichtbaar. De rechter oordeelt dat door het asfalt een deel van de tuin niet kan worden gebruikt als siertuin. Een deel van de onroerende zaak heeft daarmee niet een eigenschap die normaal is, namelijk gebruik als siertuin. Y moet X bijna €40.000,- schadevergoeding betalen. (Uitspraak Gerechtshof Leeuwarden 23 maart 2004, ECLI:NL:GHLEE:2004:AO6247).

Als de koper de rol van opdrachtgever vervult in het bouwproces, dan is het voor zijn ontwerper belangrijk om rekening te houden met erfdienstbaarheden. Het kan dan immers zo zijn dat er beperkingen zijn voor het ontwerp. Een gebouw kan dan bijvoorbeeld niet worden gepositioneerd op een plaats waar een recht van overpad heerst.

Overigens hoeft een erfdienstbaarheid niet permanent een hindernis te zijn voor (de uitvoering van) een ontwerp. Er zijn namelijk verschillende manieren waarop een erfdienstbaarheid kan worden *beëindigd*. Hier worden er drie genoemd.

1. Overeenstemming. In overleg tussen de eigenaren van het heersend erf en het dienend erf kan een erfdienstbaarheid worden opgeheven. Het is waarschijnlijk dat de eigenaar van het dienend erf daarvoor een vergoeding betaalt aan de eigenaar van het heersend erf.

2. 'Vermenging'. Een erfdiensbaaheid eindigt als heersend en dienend erf in eigendom van één partij geraken. Met name voor projectontwikkelaars is dat een interessante wijze waarop de beperkende werking van een erfdiensbaaheid kan worden geëlimineerd.
3. Onteigening. Wat private partijen niet kunnen – maar de overheid wel – is onteigening. Een erfdiensbaaheid eindigt door onteigening tegen schadeloosstelling.

Uit dit overzicht blijkt dat deze manieren van beëindiging niet gemakkelijk zijn, omdat er altijd medewerking van een ander voor nodig is, maar wel tot de mogelijkheden behoren.

### 2.4.3 Recht van opstal

Het *recht van opstal* is een beperkt zakelijk recht om in, op of boven een onroerende zaak van een ander (de eigenaar) gebouwen, werken of beplantingen te verkrijgen (art. 5:101 BW).<sup>1</sup>

Door het vestigen van een recht van opstal wordt *natrekking* doorbroken. Natrekking houdt in dat de eigenaar van de grond ook is eigenaar van de daarmee verenigde beplantingen en de duurzaam met de grond verbonden gebouwen en werken. Stel bijvoorbeeld dat men een tunnel onder andermans grond wil aanleggen. Volgens de hoofdregel wordt de eigenaar van de grond door natrekking ook eigenaar van het deel van de tunnel dat onder zijn grond ligt (art. 5:20 lid 1 BW), tenzij het een gebouw of werk betreft dat bestanddeel is van andermans onroerende zaak. Er kan onduidelijkheid ontstaan of een ondergrondse tunnel al dan niet bestanddeel is van andermans onroerende zaak. Deze onduidelijke situatie is niet aantrekkelijk voor de eigenaar van een tunnel. Een mogelijkheid om twijfel te voorkomen, is het vestigen van een recht van opstal. Hier volgt een voorbeeld van het recht van opstal met betrekking tot een gebouw.

*Voorbeeld.* Van Houwelingen, eigenaar van een stuk grond, verleent Bult BV voor 50 jaar een recht van opstal om op zijn (dus: Van Houwelingens) grond een loods te bouwen en deze te gebruiken. Bult BV is gedurende die 50 jaar de eigenaar van de loods en kan deze gedurende deze periode (als de BV bijvoorbeeld ophoudt te bestaan) verkopen of verhuren. De natrekkingsregel – die inhoudt dat Van Houwelingen als eigenaar van de grond automatisch eigenaar wordt van alle gebouwen die op zijn grond worden gebouwd – is door de vestiging van het recht van opstal buiten werking gesteld.

### 2.4.4 Recht van erfpacht

*Erfpacht* is het beperkt zakelijk recht om een onroerende zaak van een ander gedurende (vaak) lange termijn te houden en te gebruiken (art. 5:85 lid 1 BW).

Partijen kunnen in de akte van vestiging de duur van de erfpacht bepalen. Een recht van erfpacht is mogelijk voor een (door partijen) bepaalde tijd, maar ook voor een onbepaalde tijd en zelfs eeuwigdurende erfpacht is mogelijk, maar meestal wordt het recht van erfpacht gevestigd voor een bepaalde tijd, bijvoorbeeld 50 of 75 jaar. In de akte van vestiging wordt veelal aan de erfpachter een periodieke betaling (canon), meestal per jaar, opgelegd. Ook is mogelijk, dat de eigenaar bij de

---

<sup>1</sup> Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/243.

vestiging een eenmalig bedrag met de (eerste) erfpachter overeenkomt, dit komt echter minder vaak voor.

Sommige gemeenten geven hun (bouw)grond in erfpacht uit – in plaats van verkoop in eigendom – in de hoop daardoor grondspeculaties\* te beteugelen.

Speculatie is het verschijnsel waarbij kopers van grond en gebouwen profiteren van de grote vraag en alleen kopen om met winst door te verkopen. De zo oplopende prijzen zorgen er voor dat woningzoekenden steeds meer moeten betalen voor woonruimte. Speculanten zijn niet van plan zelf gebruik te maken van de gekochte onroerende zaken of er zelf waarde aan toe te voegen, maar gokken enkel op waardeinstijging van de grond om er daarna zelf van te profiteren. Op zichzelf is speculatie niet verboden, maar de overheid heeft wel instrumenten om het te beteugelen als zij daartoe aanleiding ziet.

Uitgifte van grond in erfpacht beteugelt speculatie doordat de grond niet kan worden doorverkocht (grondeigendom blijft immers bij de gemeente) en gemeenten via de canon stijging van de grondwaarde controleren. Bij verkoop in eigendom is dat in beginsel niet mogelijk. Een koper kan immers de grond direct voor veel meer geld aan een ander verkopen.

Via bijzondere clausules wordt bovendien vaak het gebruik door de erfpachter en zijn rechtsopvolgers geregeld. Omdat dergelijke clausules voor opvolgende erfpachters van rechtswege bindend zijn, noemt men deze wel *kwalitatieve verplichtingen*. Deze verplichtingen worden door een erfpachter overgedragen aan een opvolgende erfpachter en zijn verbonden aan de 'kwaliteit' van de rechthebbende. In dit geval betreft het de kwaliteit van de gemeente als eigenaar van de grond. Met die clausules kan de gemeente bijvoorbeeld de vestiging van bedrijven in een woonwijk tegengaan of er juist voor zorgen dat de woningen worden overgedragen aan personen die economisch gebonden zijn aan de gemeente. Ook bevatten de erfpachtvoorwaarden doorgaans regels over parkeergelegenheid die de erfpachter (bijvoorbeeld de projectontwikkelaar) in acht moet nemen. Voor de ontwerper van gebouwen op de erfpachtgrond zijn dit allemaal voorwaarden waar rekening mee moet worden gehouden in het ontwerp.

Bij uitgifte in erfpacht door gemeenten wordt vaak overeengekomen dat, als na afloop van de oude erfpachtperiode een nieuwe wordt afgesproken, de stijging van de grondwaarde aan de gemeente ten goede komt. Dat betekent in de praktijk dat na afloop van de erfpachtperiode de canon sterk kan stijgen. Als de gemeente de grond had verkocht in plaats van uitgegeven in erfpacht, had de grondwaardestijging naar de verkopende eigenaar gegaan. Bij erfpacht gaat die echter naar de gemeente, ofwel de gemeenschap. Van oudsher zijn, mede om deze reden, gemeenten met een socialistisch stadsbestuur vaak voorstander van erfpacht. Een gemeente heeft, als die grond wil uitgeven voor bijvoorbeeld woningbouw, in principe immers een keuze: de grond *verkopen* (aan de projectontwikkelaar en woningcorporatie) of de grond uitgeven in *erfpacht* (aan projectontwikkelaar en woningcorporatie). Soms wordt bij gebiedsontwikkeling de grond voor een nieuwbouwwijk in erfpacht uitgegeven. Dat kan alleen als *de gemeente* de eigenaar van de grond is. Het is uiteraard niet altijd zo dat voor stadsuitbreiding de gemeente de grond levert. Ontwikkelaars en corporaties kunnen

evenzogoed van private partijen, bijvoorbeeld agrariërs of grondhandelaren, grond kopen voor hun nieuwbouwplannen.

Voor zover in de akte van vestiging niet anders is bepaald, heeft de erfpachter hetzelfde genot van de zaak als een eigenaar (art. 5:89 lid 1 BW). Bij erfpacht van grond heeft dus de erfpachter het gebruik van de grond en de eigenaar niet. Een erfpachter beheert de zaak meestal net zoals een eigenaar en is bevoegd tot bepaalde daden van beschikking (bijv. vestiging van een hypotheekrecht en overdracht van zijn erfpachtrecht).

Belangrijk is dat de erfpachter (in principe) zijn recht van erfpacht (een vermogensrecht, net zoals eigendom) kan verkopen en bij notariële akte kan overdragen, waarna inschrijving in de registers dient plaats te vinden. 'In principe', want in de akte van vestiging kan worden bepaald dat de erfpachter niet zonder toestemming\* van de eigenaar (bijvoorbeeld de gemeente) de erfpacht kan overdragen.

Als de eigenaar een gemeente is, kan deze het vereiste van toestemming (dat wil zeggen: toestemming van de gemeente dat de erfpachter het recht van erfpacht verkoopt aan een ander) gebruiken om de achtergrond te checken van de beoogde koper van het recht van erfpacht. De gemeente kan de verkoop bijvoorbeeld willen tegenhouden als de koper bekend is van criminele activiteiten.

De erfpachter kan dus niet de zaak (bijvoorbeeld de grond), maar wél zijn recht van erfpacht verkopen en overdragen. De erfpachter is slechts beschikkingsbevoegd voor eventuele overdracht van zijn recht van erfpacht, niet voor het recht van eigendom, want de grondeigendom berust bij de eigenaar van de grond. Een voorbeeld van de werking van het recht van erfpacht:

*Voorbeeld.* De Gemeente Groningen geeft aan Brouwer voor 75 jaren een bouwrijp perceel grond in erfpacht uit voor een jaarlijkse canon van € 5.000,-. Brouwer laat op dit perceel een luxe, vrijstaande villa bouwen. De vraag is wie eigenaar is van dat huis. Antwoord: de gemeente Groningen is eigenaar, want 'de grond trekt de eigendom van de opstallen na'. Brouwer heeft alleen maar een beperkt zakelijk recht (van erfpacht) dat hem een exclusieve bevoegdheid tot gebruik van grond en opstal gedurende de overeengekomen periode van 75 jaar verschaft.

Is het mogelijk dat Brouwer wel eigenaar van de villa wordt? Ja, als de grond niet alleen in erfpacht wordt uitgegeven, maar daarop ook een recht van opstal wordt gevestigd. Het opstalrecht doorbreekt immers wél de natrekkingsregel.

Vijf jaar later wil Brouwer verhuizen en biedt hij de grond met opstal te koop aan. Wilgenhof sluit met Brouwer een koopovereenkomst en de notariële akte wordt in de registers ingeschreven, waarna Wilgenhof dezelfde juridische positie heeft verkregen die Brouwer voordien ten opzichte van de gemeente innam. Hij is dus erfpachter (voor de resterende 70 jaren) en opstalhouder (als inderdaad het recht van opstal is gevestigd door Brouwer).

Als hij voor de aankoop geld nodig heeft van de bank, kan hij een recht van hypotheek vestigen op zijn recht van erfpacht. Hij kan geen recht van hypotheek vestigen op de grond, want daarvan is hij geen eigenaar. Dus: een erfpachtrecht kan worden verkocht en overgedragen en worden bezwaard met bijvoorbeeld een hypotheekrecht.

Stel nu dat alleen een recht van erfpacht is gevestigd en geen recht van opstal. Als een huis wordt gebouwd op de grond, wordt in zo'n geval de grondeigenaar ook eigenaar van de woning. Moet aan het eind van de erfpachtperiode dan een vergoeding voor het huis worden betaald door de erfverpachter aan de erfpachter? Antwoord: in principe wel. Art. 5:99 BW bepaalt, voor zover hier van belang:

1. Na het einde van de erfpacht heeft de voormalige erfpachter recht op vergoeding van de waarde van nog aanwezige gebouwen, werken en beplantingen, die door hemzelf of een rechtsvoorganger zijn aangebracht of van de eigenaar tegen vergoeding der waarde zijn overgenomen.

2. In de akte van vestiging kan worden bepaald, dat de erfpachter geen recht heeft op de in het eerste lid bedoelde vergoeding:

a. indien de in erfpacht gegeven grond een andere bestemming had dan die van woningbouw;

b. indien de erfpachter de gebouwen, werken en beplantingen niet zelf heeft bekostigd;

c. indien de erfpacht is geëindigd door opzegging door de erfpachter.

#### 2.4.5 Recht van hypotheek

*Hypotheek* is een afhankelijk, beperkt zakelijk zekerheidsrecht dat een schuldenaar (ook wel: hypotheekgever) ten behoeve van zijn schuldeiser (ook wel: hypotheeknemer of -houder) kan vestigen op een *registergoed* (o.a. onroerende zaken zoals grond; zie ook art. 3:337 BW).<sup>2</sup>

Zo kan een eigenaar van een registergoed (bijvoorbeeld grond) zijn recht van eigendom met een recht van hypotheek bezwaren. Een erfpachter van een perceel grond kan zijn recht van erfpacht (dus niet het recht van eigendom, want daarover kan hij niet beschikken) met hypotheekrecht bezwaren.

Het recht van hypotheek is een *afhankelijk* recht: het is verbonden aan een ander persoonlijk recht, namelijk het vorderingsrecht van de schuldeiser. Zo'n vorderingsrecht vloeit meestal voort uit een geldlening. Gaat het vorderingsrecht teniet, doordat de schuld wordt afgelost, dan vervalt ook het hypotheekrecht.

Verder is het een *zekerheidsrecht*: het strekt ertoe om zekerheid te verschaffen aan de schuldeiser dat de vordering die hij heeft op zijn schuldenaar wordt voldaan. Ontvangt hij geen (tijdige) betaling van de schuld, waarvoor het hypotheekrecht werd gevestigd, dan mag hij zich bij voorrang boven andere schuldeisers verhalen op het bedrag, dat het vermogensbestanddeel, waarop hem hypotheek is verleend, bij verkoop in het openbaar opbrengt. De hypotheekhouder heeft een recht van *parate executie*, dat wil zeggen dat hij tot openbare verkoop kan overgaan zonder dat hij een executoriale titel (meestal een vonnis van de rechter) nodig heeft. Bovendien is een hypotheekhouder bij een eventueel faillissement separatist; dat wil zeggen dat hij het verhypothekerde goed openbaar mag laten verkopen *buiten het faillissement* om, dus zonder rekening te houden met de curator en de andere schuldeisers. Door een zekerheidsrecht verkeert de schuldeiser ten opzichte van andere schuldeisers bij verhaal op zijn schuldenaar dus in een bevoorrechte of preferente positie.

*Voorbeeld.* Stel, Peters koopt een loods met bijbehorende grond voor € 750.000,- en moet een gedeelte van de koopsom met geleend geld financieren. Hij sluit een geldlening van € 500.000,- met een bank af en vestigt ten gunste van de bank een recht van hypotheek op zijn eigendom voor een bedrag van € 500.000,-. Als Peters op een gegeven moment de rente en aflossing aan de bank niet voldoet, kan de bank besluiten de loods met grond in het openbaar te laten verkopen. De opbrengst (tot € 500.000,-) gaat naar de bank.

<sup>2</sup> Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/243 e.v., voor de afhankelijkheid specifiek nr. 266.



Degene die hypotheek op een goed verleent (in het voorbeeld Peters) noemen we *hypotheekgever*, degene aan wie de hypotheek wordt verleend (de bank) *hypotheekhouder of -nemer*.

Hypotheekrecht is één van die rechten, die niet uitsluitend door een overeenkomst tot stand komen. De hypotheekakte moet ten overstaan van de notaris worden verleden en vervolgens worden ingeschreven in de openbare registers. Dat is wel begrijpelijk: als men een onroerende zaak koopt, dient men met zekerheid te kunnen vaststellen of deze zaak is belast met een hypotheek. Koopt men een bedrijfspand waarvan later blijkt dat het nog hypothecair belast is en wordt dat pand plotseling openbaar verkocht, omdat de vorige eigenaar zijn rente en aflossing niet betaalt, dan ontstaat voor de nieuwe eigenaar een uiterst vervelende situatie: hij moet het pand ontruimen en is zijn geld kwijt. De koper kan een dergelijke situatie voorkomen door de openbare registers te raadplegen (overigens is het de taak van de notaris om te zorgen dat het pand vrij van hypotheek in eigendom wordt overgedragen).

## 2.5 Grondverwerving door de opdrachtgever

Zoals meermalen in dit hoofdstuk is aangegeven, heeft de opdrachtgever grond nodig voor de verwezenlijking van het ontwerp. Hoe krijgt hij beschikking over grond? Er zijn twee manieren: kopen van een private partij of kopen (of pachten) van de overheid.

### 2.5.1 Grondverwerving van een private partij

Private partijen waarvan de opdrachtgever grond kan kopen, zijn bijvoorbeeld:

- a. *Bedrijven*. Soms zijn bedrijven gevestigd op grote percelen en verkopen ze (als bouwgrond) delen ervan die ze zelf niet (meer) gebruiken. Het kan ook zijn dat een bedrijf zijn activiteiten stopt en de grond verkoopt. Een andere variant is dat het bedrijf vertrekt van de huidige locatie en naar een andere plek gaat. Zo'n bedrijvenverplaatsing vindt soms vrijwillig plaats en soms op instigatie van een gemeente in het kader van gebiedsontwikkeling als die een bedrijventerrein wil transformeren naar een woongebied. Bedrijven worden dan regelmatig met subsidies geholpen om te verplaatsen.

*Voorbeeld.* Het College van B&W van Den Haag werken aan een plan om het aantal nieuw te bouwen woningen op de Binckhorst van 5000 te verhogen naar 12.500. Door het verdwijnen van de Haagse Asphalt Centrale (HAC), de betoncentrale en de zand- en grindhandel, gelegen aan de Zonweg, kunnen circa 2400 woningen gerealiseerd worden. De betoncentrale Dyckerhoff Basal aan de Binckhorstlaan zal als enige bedrijf in dit deel overblijven.

Voor de bouw van 7500 woningen extra knelt de huidige locatie van de Haagse Afvalcentrale (de milieustraat aan de Plutostraat). Hiervoor zal op termijn ook een nieuwe locatie worden gezocht.

In de Spoorboogzone (westkant van de Binckhorst) en in de Begraafplaatszone (nabij begraafplaats Sint Barbara) blijft met name ruimte voor bedrijvigheid. Rondom de Binckhaven wordt vooral creatieve industrie gehuisvest. De zones langs de Maanweg, Noordwest en de Trekvljet worden meer gericht op wonen. Onderin de gebouwen is ruimte voor voorzieningen en bedrijven.

Door de gebiedsontwikkeling is er sprake van bedrijfsverplaatsingen, zowel binnen de Binckhorst als daarbuiten: bedrijven die vertrekken. Er zullen onder andere bedrijfsverplaatsingen ontstaan rondom de Plutostraat (Kop van de Binckhorst), nabij de Maanweg, de Binckhaven en in de Trekvljetzone. De provincie stuurt er met het Woon-

werkakkoord Haaglanden op om voldoende bedrijfsruimte binnen Haaglanden te hebben voor vervuilende bedrijven.

- b. *Particulieren*. Soms hebben particulieren landgoederen of andere gronden waarvan ze een deel verkopen. Het kan ook gaan om particulieren met een kleiner perceel. Bijvoorbeeld particulieren die hun eigen huis (of gebouw met andere functie) met onderliggende grond verkopen, waarna het gebouw wordt gesloopt en zo de grond beschikbaar komt.
- c. *Grondhandelaren*. Dit zijn private partijen die als beroep hebben het verwerven van gronden, het eventueel splitsen in percelen en het (met winst) verkopen aan anderen.
- d. *Agrariërs en tuinders*. Zij kunnen een deel of al hun land verkopen.

Als een opdrachtgever één gebouw wil realiseren, kan grondverwerving redelijk gemakkelijk zijn. Als het echter gaat om meer gebouwen, kan grondverwerving een opgave zijn die jaren in beslag neemt. Neem bijvoorbeeld gebiedsontwikkeling waar een projectontwikkelaar vele hectaren nodig heeft voor de bouw van een woonwijk (inclusief bijbehorende voorzieningen en infrastructuur) van 500 woningen. Als daarvoor grond van meerdere eigenaren nodig is, kan het verwervingsproces lang duren. Een private opdrachtgever (dus een opdrachtgever die geen overheid is) heeft namelijk alleen de overeenkomst als juridisch instrument om eigenaar te worden van grond. Met elk van de eigenaren moet daarom het proces worden doorlopen dat eerder in dit hoofdstuk is beschreven: het sluiten van een overeenkomst, het opmaken van een notariële akte en inschrijving in de registers. Dergelijke grondverwerving berust op overeenkomsten en dus vrijwilligheid. Eerder is in dit hoofdstuk echter beschreven dat de overheid wel private opdrachtgevers te hulp kan schieten door onteigening (zie de sectie 'Onteigening die zekerheid biedt' in par. 2.4.1).

Los van de (privaatrechtelijke) eigendomsverwerving door de opdrachtgever staat de (publiekrechtelijke) toestemming om op de verworven grond te mogen bouwen. Deze zijn juridisch niet gekoppeld. Het kan dus voorkomen dat een opdrachtgever wel via koop van een perceel de beschikking heeft over grond, maar niet mag bouwen wat hij wil bouwen op grond van het gemeentelijke omgevingsplan. Dat plan wordt besproken in hoofdstuk 6 bij de benodigdheid 'goedkeuringen'. Uiteraard zal de opdrachtgever een redelijke mate van zekerheid over de gemeentelijke goedkeuring willen hebben alvorens grond te kopen. (Alhoewel het ook voorkomt dat partijen voor een relatief laag bedrag grond kopen met niet meer dan de *verwachting* dat de gemeente met een functie zal komen waardoor de grond meer waard wordt. Dit is speculatief handelen.)

### 2.5.2 Grondverwerving van een publieke partij

Publieke partijen waarvan de opdrachtgever grond kan kopen of pachten zijn bijvoorbeeld:

- a. *Bedrijvenschap*. Dat is een organisatie die door samenwerkende gemeenten is opgericht en een bedrijventerrein beheert. De gronden die ze uitgeven, dienen dan ook voor de vestiging

van bedrijven. Ze sturen daarbij op het soort bedrijf en met name de mate van milieuhinder van bedrijven die zich willen vestigen. Bedrijventerreinen kennen daarmee doorgaans een vorm van *milieuzonering*.

- b. *Rijksvastgoedbedrijf*. Het Rijksvastgoedbedrijf beheert de gebouwen en gronden van de Rijksoverheid en Defensie. Hieronder vallen ook gevangenissen, vliegvelden en paleizen. Met regelmaat verkoopt het Rijksvastgoedbedrijf gebouwen en/of gronden aan private partijen die daarna opdrachtgever zijn voor (ver)bouw of gebiedsontwikkeling van de verworven gebouwen en grond.

*Voorbeelden*. Voorbeeld van een gevangenis die is verkocht, is de Koepelgevangenis Haarlem. Daarin zijn nu een bioscoop gevestigd, alsmede horeca, kantoren en een universitaire campus. Voorbeeld van een vliegveld dat is verkocht, is vliegveld Valkenbrug. Hier vindt een gebiedsontwikkeling met duizenden woningen plaats. Voorbeeld van een verkocht paleis is Paleis Soestdijk. Dit is verkocht aan MeyerBergman Erfgoed Groep. Zij herontwikkelen het gebouw en landgoed naar een congreslocatie met horeca en woningbouw.

- c. *Gemeenten*. Gemeenten geven vaak grond uit in eigendom (verkoop) en erfpacht aan toekomstige opdrachtgevers van gebouwen. Van oudsher verwerven veel gemeenten grond om gebiedsontwikkeling mogelijk te maken. Ze voeren dan *actief grondbeleid*. Met andere woorden: ze kopen grond, om die later te verkopen aan partijen die functies willen realiseren die de gemeente in het omgevingsplan aan de gronden heeft gegeven of gaat geven. Het gaat hierbij niet om de situatie waarin de gemeente grond koopt voor een enkel gebouw, maar om grond waarop gebiedsontwikkeling gaat plaatsvinden. Gemeenten willen wel voorzien in de behoefte aan nieuwe woningen, maar bouwen zelf geen woningen. Dat wil zeggen: gemeenten fungeren niet als opdrachtgever voor woningbouw. Wel kunnen ze grond verkopen aan partijen die woningen willen realiseren. Dat zijn met name projectontwikkelaars en woningcorporaties. De volgende paragraaf gaat nader in op grondverwerving door gemeenten.

## 2.6 Grondverwerving door de gemeente

Uit de vorige paragraaf bleek dat gemeenten veelal grond verwerven om die te verkopen (of in erfpacht uit te geven) aan private partijen die de functies willen realiseren die het omgevingsplan aan het gebied geeft of gaat geven. In feite verwerft de gemeente dan grond waar *private* functies, zoals woningen of bedrijven, gerealiseerd gaan worden. De gemeente kan uiteraard ook grond verwerven waarop *publieke* functies worden gerealiseerd, zoals een gemeentepark, plein of infrastructuur.

Bijzonder is (in vergelijking tot grondverwerving door een private opdrachtgever, zie par. 2.5) dat de gemeente over meer juridische instrumenten beschikt om grond te verwerven dan een private partij. De private partij heeft, zoals omschreven in par. 2.5.1, alleen de overeenkomst als middel om grond te verwerven. De overheid heeft, behalve de overeenkomst, ook het voorkeursrecht (par. 2.3.2) en onteigening (par. 2.4.1) als instrument. Via onteigening verkrijgt de gemeente op onvrijwillige wijze

eigendom van grond en gebouwen. Op deze wijze kunnen stedenbouwkundige plannen (gebiedsontwikkeling) worden gerealiseerd tegen de wil van grondeigenaren. Dat kan alleen als minnelijke verwerving via onderhandelingen is mislukt, de nieuwe functie waarvoor wordt onteigend in het omgevingsplan staat en de eigenaar schadeloos wordt gesteld. Zoals eerder gemeld, kan onteigening als 'achtervang' dienen als projectontwikkelaars niet op vrijwillige basis eigenaar van de grond kunnen worden. De gemeente kan dan onteigenen en de grond doorverkopen aan de projectontwikkelaar. Dit is slechts een van de redenen waarom een gemeente grond zou willen verwerven. Hier volgt een overzicht van redenen.

### 1. Publieke functies

Bij publieke functies in een omgevingsplan, zoals weginfrastructuur, waterwegen en waterstaatswerken, is een private grondeigenaar 'van nature' niet in staat deze te realiseren. De gemeente zal dan proberen de grond in der minne te kopen. Mocht dat niet lukken, dan is eventueel gedwongen verwerving, via onteigening, mogelijk. De overheid zal zelf de publieke functies realiseren.

### 2. Voorwaarden in verkoopcontracten

Als eigenaar kan de gemeente de grond, die zij bouwrijp heeft gemaakt, met gebruik van voorwaarden verkopen. De voorwaarden maken deel uit van de (ver)koopovereenkomst. De koper is daarmee gebonden aan naleving van die voorwaarden. Niet daaraan voldoen, betekent in beginsel wanprestatie (toerekenbare tekortkoming) door de koper. Wanprestatie is geregeld in art. 6:74 BW.

Als zodanig kan de gemeente de *privaatrechtelijke* contractuele voorwaarden gebruiken voor *publieke* doeleinden. Een voorbeeld is een 'bouwplicht': de ontwikkelaar moet binnen 12 maanden na aankoop van de grond beginnen met de bouw. In de volgende paragraaf wordt nader ingegaan op de verschillende soorten verkoopvoorwaarden voor publieke doeleinden. De voorwaarden komen bovenop de publiekrechtelijke regulering van ontwikkelingen door middel van het omgevingsplan. De 'sturende macht' van de gemeente neemt dus toe door het stellen van voorwaarden bij de verkoop van grond. Als de gemeente geen 'actief grondbeleid' voert en dus geen grond verkoopt, kan zij uiteraard alleen haar publiekrechtelijke bevoegdheden (omgevingsplan) gebruiken om ontwikkelingen te reguleren.

### 3. Positief signaal

Als een gemeente grond koopt in een gebied, dat door haarzelf is aangewezen als gebied voor (her)ontwikkeling, dan kan dat fungeren als een positief signaal naar private partijen. Private partijen zijn de toekomstige ontwikkelaars en investeerders in dat gebied. De gemeente investeert immers *zelf* door de aankoop van grond – ook al zal de gemeente slechts tijdelijk grondeigenaar zijn omdat zij de grond later aan ontwikkelaars zal verkopen zodra deze bouwrijp is gemaakt. Toch kan dit vertrouwen wekken bij de ontwikkelaars en investeerders. De redenering van de gemeente zal zijn: als wij als overheid bereid zijn geld te steken in het gebied door grondaankopen, zullen ontwikkelaars eerder geneigd zijn ook te investeren dan wanneer de gemeente zich beperkt tot het vaststellen van het omgevingsplan.

#### 4. Vliegwiel

Nauw verbonden met het geven van een positief signaal is: het creëren van een vliegwiel voor nieuwe ontwikkeling. Een voorbeeld is dat de gemeente een (beeldbepalend) gebouw koopt, dat zijn oorspronkelijke functie heeft verloren, en vervolgens een nieuwe en aanlokkelijke functie aan het gebouw geeft. De bedoeling is dat het gebouw als vliegwiel fungeert voor de ontwikkeling van het gebied. Het moet investeringen van private partijen aantrekken. Het vliegwieleffect kan zelfs groter zijn als het gebouw een landmark of iconisch gebouw is (gezien de architectuur of voormalige functie).

*Voorbeeld.* De gemeente Purmerend heeft het gebouw van de voormalige ABN-AMRO bank gekocht in het centrum. Het dateert uit 1978. Het gebouw ligt aan het centrale horecaplein de Koemarkt in het centrum van Purmerend. De bank heeft het gebouw als kantoor benut. De gemeente wil er een sfeervolle 'huiskamer' van maken waar mensen elkaar kunnen ontmoeten en waar voldoende voorzieningen zijn voor jong en oud. De aankoop en het nieuwe gebruik past binnen het gemeentelijk programma Binnenstad, waarmee Purmerend werkt aan een sfeervol, gastvrij en levendig centrum met verschillende functies zoals: winkelen, horeca, overnachten, evenementen, cultuur, ondernemen en wonen.

#### 5. Geld genereren

Als een stuk onbebouwde grond in een omgevingsplan een profijtelijke functie krijgt, of als wordt verwacht dat het een winstgevende functie krijgt, zal het een waardesprong maken. Een voorbeeld is een functieverandering van 'agrarisch grondgebruik' naar 'woningen'. In dergelijke gevallen zal het verwerven van onbebouwde grond door de overheid en het vervolgens bouwrijp maken een aanzienlijke waardevermeerdering van de grond betekenen. De verkoop van deze grond door de gemeente kan tot winst leiden. De opbrengsten van de verkoop van grond kunnen bijvoorbeeld worden gebruikt om de kosten te dekken van onrendabele projecten elders in de gemeente.

#### 6. Stedelijke vernieuwing

Een gemeente kan besluiten in een bestaande wijk woningen van slechte kwaliteit op te kopen met het oog op de herstructurering van de wijk. In het kader van de stedelijke vernieuwing worden de woningen gesloopt en vervangen door nieuwe woningen. Een voorbeeld hiervan is te vinden in Rotterdam-Zuid. In dit deel van de stad wordt een groot stedelijk vernieuwingsproject uitgevoerd. Hier heeft de gemeente verschillende blokken met huizen van lage kwaliteit gekocht van individuele eigenaars of verhuurders. Nadat de gemeente eigenaar was geworden, heeft zij de huizen gesloopt. Vervolgens zal zij de grond verkopen aan woningbouwverenigingen die verantwoordelijk zullen zijn voor de bouw van nieuwe huurwoningen.

Merk op dat alle bovenstaande redenen impliceren dat de overheid *tijdelijk* grondeigenaar zal zijn, met uitzondering van de redenen 1 en 4.

## 2.7 Grondverkoop door de gemeente

In de vorige paragraaf zijn redenen voor gemeentelijke grondaankoop (inclusief gebouwen) genoemd. Ook is aangegeven dat in de meeste gevallen de gemeente slechts tijdelijk grondeigenaar is. De grond is dus aangekocht met het doel om te verkopen. Daarbij is al kort gewezen op voorwaarden die

gemeenten zullen hanteren bij de verkoop. De koper (ofwel: toekomstige opdrachtgever voor bouwwerken die op de gekochte grond zullen worden gerealiseerd) is contractueel gebonden aan die voorwaarden. De gemeente stelt de voorwaarden uit publiek belang. In deze paragraaf wordt nader ingegaan op de inhoud van dergelijke voorwaarden. Ze zijn immers een randvoorwaarde voor de ontwerper die door de opdrachtgever wordt ingeschakeld. Ook gaat deze paragraaf in op een aantal andere juridische vraagpunten rondom gemeentelijke grondverkoop.

### 2.7.1 Gelijke kansen voor kopers

Mag een gemeente één-op-één grond verkopen aan een bepaalde partij? Bijvoorbeeld omdat ze in het verleden goede ervaringen heeft opgedaan met die partij, zoals een bepaalde projectontwikkelaar voor woningbouw? Of moet een gemeente – net als de supermarkt die een pak melk verkoopt – aan iedereen de kans geven om de grond te kopen? Het antwoord is: nee, een gemeente mag niet zomaar één-op-één grond verkopen. Zelfs als de één-op-één koper een marktconform bedrag wil betalen, dan nog moet de gemeente een vorm van competitie organiseren\* die anderen in de gelegenheid stelt om te kopen. Het verschil met melk is dat er wel veel pakken melk in het winkelschap staan, maar dat er maar één perceel grond wordt verkocht en meerdere partijen interesse kunnen hebben in dat stuk grond. De regels van het aanbestedingsrecht zorgen ervoor dat potentieel geïnteresseerden in die grond, gelijke kansen hebben om die grond te verwerven. De gemeente moet dan van tevoren *criteria* kenbaar maken. Aan de hand van de criteria moet de gemeente kunnen bepalen wie van de geïnteresseerde potentiële kopers in aanmerking komt om de grond te kopen (en daarna verder te ontwikkelen). De criteria kunnen bijvoorbeeld inhouden dat een koper ervaring moet hebben met het realiseren van de functie die in het omgevingsplan aan de grond is of wordt toegekend. Zo kan van gegadigden voor grond die is bedoeld voor woningbouw worden verlangd dat ze ervaring hebben met het ontwikkelen van woningen. Op die manier kan worden voorkomen dat ongeschikte partijen de grond verwerven. Door het vooraf openbaar maken van de criteria en door alle potentiële gegadigden te informeren over het beschikbaar komen van de grond, wordt ook gerealiseerd dat een eerlijke prijs wordt betaald voor die grond en dat derhalve overheidsgelden goed worden besteed.

De verplichting voor de gemeente om een competitie te organiseren tussen potentiële gegadigden bij grondverkoop is door de Hoge Raad uitgesproken in het zogenaamde Didam-arrest (ECLI:NL:HR:2021:1778). Uit dat arrest hier enkele overwegingen.

‘Uit het gelijkheidsbeginsel – dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen – vloeit voort 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 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.

De hiervoor bedoelde mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure hoeft niet te worden geboden indien bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop. In dat geval dient het overheidslichaam zijn voornemen tot verkoop tijdig voorafgaand aan de verkoop op zodanige wijze bekend te maken dat een ieder daarvan kennis kan nemen, waarbij het dient te motiveren waarom naar zijn oordeel op grond van de hiervoor bedoelde criteria bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt.'

De uitspraak van de Hoge Raad laat de mogelijkheid open dat er geen competitie hoeft te worden georganiseerd als er maar één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als de grond is bedoeld voor sociale woningbouw en er een prestatieafspraken is tussen de gemeente en de in die gemeente actieve woningcorporatie, op grond waarvan de corporatie de inspanningsverplichting heeft om sociale woningen te bouwen (Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2022:3350). Als de gemeente van mening is dat maar één partij in aanmerking komt voor de aankoop, moet zij dit wel openbaar maken, én haar mening motiveren.

De verplichting om een competitie te organiseren met behulp van een aanbestedingsprocedure, geldt alleen voor de overheid. Een private partij die een stuk grond wil verkopen hoeft dat niet te doen (maar mag het uiteraard wel doen.)

Meer over de regels van het aanbestedingsrecht in hoofdstuk 4.

### 2.7.2 Aanbesteden

Een veel toegepaste manier om competitie tussen gegadigden voor grond te bereiken, is aanbesteden, ookwel *tendering* genoemd. Het organiseren van een aanbesteding is een uitnodiging, van de gemeente naar private partijen, om een bieding te doen op een perceel grond en eventuele bouwwerken (die getransformeerd moeten worden). De gemeente, als grondeigenaar, organiseert zo een competitie tussen ontwikkelaars. Die moeten immers, voor realisatie van hun bouwplannen, de beschikking krijgen over de benodigde 'grond'.

De aanbestedingsdocumenten, die de gemeente maakt, omschrijven waar de te realiseren opdracht uit bestaat en aan welke eisen de potentiële inschrijver (een private partij die het werk gaat realiseren) moet en zijn inschrijving moeten voldoen. Veelal bestaat de omschrijving, bij de verkoop van grond voor gebiedsontwikkeling, uit twee componenten:

1. De grondprijs. Wat de grondprijs betreft, zal de gemeente doorgaans een minimumbedrag noemen. Dat is het minimum waarvoor de gemeente de grond wil verkopen of verpachten. Hoe hoger het bod van de ontwikkelaar, hoe meer kans dat aan die ontwikkelaar de grond wordt uitgegeven.
2. Het ontwerp. Wat het ontwerp betreft zal de gemeente een minimum programma van eisen geven waaraan het ontwerp moet voldoen. Het kan gaan om een ontwerp voor een enkel gebouw of voor een gebied. Het minimum programma van eisen geeft bijvoorbeeld het aantal of percentage betaalbare woningen aan en de minimum eisen wat betreft circulariteit. De

ontwikkelaars maken vervolgens een initieel-ontwerp dat daaraan voldoet. Hoe meer betaalbare woningen of hoe meer circulair het ontwerp, hoe meer kans dat ze de aanbesteding (tender) winnen.

Uit de bovenstaande blijkt dat bij een aanbesteding private partijen met elkaar concurreren. De concurrentie is niet alleen op geld (wie wil het meeste betalen aan de gemeente voor de grond), maar ook op 'plankwaliteit', dat wil zeggen welk ontwerp het meest boven de minimumeisen van de gemeente uitkomt. Gunningscriteria bevatten voor elk gevraagd element een relatief gewicht. Zo wordt de bieding (grondprijs + ontwerp) van de ontwikkelaars gewaardeerd op alle elementen. De partij die het beste scoort, is de winnaar van de aanbesteding. Deze wint het recht om de grond van de gemeente te kopen (of een erfpachtovereenkomst aan te gaan) en voor die grond een ontwerp uit te werken.

*Voorbeeld.* De gemeente Amsterdam zoekt voor een kavel in het gebied Buiksloterham een partij voor het ontwikkelen, financieren en realiseren van een gemengd programma van maximaal 48.820 m<sup>2</sup> bruto vloeroppervlakte dat bestaat uit vrije sectorkoopwoningen, middeldure huurwoningen, sociale huurwoningen, productieve bedrijfsruimte en overig niet-wonen. De opgave is om een project op te zetten dat vooruitstrevend is op het gebied van duurzaamheid, circulariteit en de combinatie van wonen met productieve bedrijvigheid. De hoge ambities van Buiksloterham komen terug in het selectie criterium circulariteit en duurzaamheid dat 50% van de score bepaalt. Aanvullende ambitie is het percentage hernieuwbaar en hergebruikt materiaal dat de winnende inschrijver in deze ontwikkeling gaat toepassen.

De nu volgende tabel bevat de criteria (en hun weging) die de gemeente gebruikt om de winnaar te bepalen.

<b>Gunningscriteria</b>	<b>Maximum te behalen score per criterium, per inschrijver</b>
<b>Circulariteit en duurzaamheid</b>  <i>Circulair bouwen (max. 25 punten)</i> <i>Energiekwaliteit (max. 15 punten)</i> <i>Biodiversiteit en klimaatadaptatie (max. 10 punten)</i>	<b>50 punten</b>
<b>Programmatische en ruimtelijke kwaliteit</b>  1. <i>Vertaling van de visie in synergie en context (max. 8 punten)</i> 2. <i>Routing en gebruik op gebouw- en buitenruimteniveau (max. 6 punten)</i> 3. <i>Kwaliteit van de woningen (max. 6 punten)</i> 4. <i>Kwaliteit van de productieve bedrijfsruimte (max. 8 punten)</i> 5. <i>Kwaliteit van de plinten (max. 8 punten)</i> 6. <i>Betrokkenheid van toekomstige bewoners en direct omwonenden (max. 4 punten)</i>	<b>40 punten</b>
<b>Geboden optievergoeding</b> (dit is een eenmalig bedrag dat de ontwikkelaar aan de gemeente betaalt)	<b>10 punten</b>
<b>Totaal te behalen maximale score</b>	<b>100 punten</b>



*Voordeel.* Als een gemeente grond heeft, kan ze optimaal gebruik maken van het concurrentiemechanisme om zo de door haar gewenste ruimtelijke ontwikkelingen te stimuleren. Als de gemeente geen grond heeft, kan ze dat niet. Ontwikkelaars kopen dan geen grond van de gemeente, maar van andere partijen (zoals hierboven in par. 2.5.1 aangegeven). Als de ontwikkelaar in zo'n geval eigenaar is geworden van de grond, zal hij een ontwerp indienen bij de gemeente om een omgevingsvergunning te verkrijgen. Dat ontwerp zal worden getoetst aan technische voorschriften en ruimtelijke voorschriften. Maar er is dan geen concurrentie tussen ontwikkelaars die idealiter leidt tot een ontwerp dat – juist door de concurrentie – van hoge kwaliteit is en dat voldoet aan de maatschappelijke eisen die de gemeente zou kunnen stellen bij door haarzelf in uitgifte aangeboden grond. Met andere woorden, waar bij een aanbesteding voor gebiedsontwikkeling in beginsel door het concurrentieprincipe 'het beste' ontwerp wordt gerealiseerd, ontbreekt de 'concurrentieprikkel' bij buiten een aanbesteding om gerealiseerd privaat initiatief. Uit dit alles blijkt dat een aanbesteding niet alleen een concurrentie is op prijs, maar ook op ontwerp- en ruimtelijke kwaliteit. Daarmee zijn aanbestedingen ook voor ontwerpers relevant.

*Nadeel.* Aanbesteden heeft niet alleen voordelen. Er is ook een nadeel en wel voor de deelnemende private partijen. Zij moeten – soms zeer uitgebreide – ontwerpen maken om mee te kunnen dingen. Een aanbestedingsdocument van de gemeente kan tientallen pagina's beslaan met eisen waaraan de inschrijvingen (biedingen) van de private partijen moeten voldoen. Het maken van een inschrijving kost dan ook veel tijd en daarmee geld. Er kan echter uiteindelijk maar één winnaar zijn. De niet-winnende partijen hebben veel kosten gemaakt, maar krijgen doorgaans slechts een (klein) deel daarvan vergoed. Soms proberen gemeenten hier wat aan te doen door een voorselectie te organiseren. Een groot aantal inschrijvers maakt dan een eerste ontwerp. Daarvan worden er dan drie geselecteerd en toegelaten tot de eindronde. Die drie moeten dan een volledige uitwerking indienen. Zo hoeft niet elke private partij hoge kosten te maken.

### 2.7.3 Publiek-private samenwerking

In de vorige paragrafen is ervan uitgegaan dat de gemeente grond verkoopt (of in erfpacht uitgeeft) aan een partij die als opdrachtgever van ontwerpen gaat functioneren. Er is ook een andere variant denkbaar. Daarin werken (een of meer) ontwikkelaar(s) en gemeenten nauw samen bij gebiedsontwikkeling. Beide partijen, gemeente en projectontwikkelaars, zijn in deze variant eigenaar van delen van het gebied dat moet worden ontwikkeld of getransformeerd. Beide hebben dus grond en gebouwen in eigendom. In plaats van dat de gemeente grond (met eventueel gebouwen daarop) verkoopt aan de ontwikkelaar(s), kunnen de partijen ervoor kiezen om hun grondeigendom (en gebouwen) samen te voegen in de handen van één (nieuw op te richten) eigenaar. Die eigenaar is een bedrijf met als juridische vorm een besloten vennootschap of een andere juridische entiteit. Het op te richten bedrijf wordt in de praktijk een 'grondexploitatie maatschappij' (GEM) genoemd. De oorspronkelijke eigenaren – dat zijn de gemeente en de projectontwikkelaars – krijgen aandelen in het nieuw opgerichte bedrijf en wijzen ook de directeur aan. De gemeente en ontwikkelaars zijn derhalve

geen eigenaren meer van de grond – dat is nu het bedrijf. In ruil daarvoor krijgen ze aandelen. Het op deze manier samenwerken, wordt publiek-private samenwerking in de vorm van een *joint venture* genoemd. De *joint venture* bij gebiedsontwikkeling is overigens een term die men niet in een wetboek zal aantreffen; het is geen wettelijk geregelde samenwerkingsvorm. Voor de juridische vormgeving van een *joint venture* bestaan verschillende mogelijkheden. Zo kunnen partijen er voor kiezen de samenwerking bij overeenkomst vast te leggen, maar kan het ook zijn partijen een rechtspersoon oprichten om de samenwerking te formaliseren, bijvoorbeeld in de vorm bijvoorbeeld een vennootschap onder firma (vof), commanditaire vennootschap (cv) of besloten vennootschap (bv). Er zijn ook andere vormen van publiek-private samenwerking die niet worden genoemd in dit hoofdstuk, omdat de benodigdheid ‘grond’ daarin een minder prominente plaats heeft.

Het *joint-venture* model is vooral geschikt als publieke en private partijen bereid zijn de risico's en kansen van de ontwikkeling te delen als het gaat om een lange termijn-ontwikkeling van een gebied. (Financiële) risico's die te groot zijn voor één publieke of private partij kunnen worden gespreid in een juridische entiteit, waardoor een grootschalige ontwikkeling kan worden gerealiseerd. Andere overwegingen om voor dit model te kiezen, zijn van fiscale en civielrechtelijke aard, want het *joint-venture* model biedt mogelijkheden om fiscale voordelen te realiseren en aansprakelijkheden voor de betrokken partijen te beperken. Een *joint venture* kan worden gezien als een schakel tussen het publieke en het private domein. In een *joint venture* worden de gezamenlijke publieke (gemeente) en private (projectontwikkelaar) ambities voor het gebied verankerd. Gemeente en ontwikkelaar(s) werken samen de ontwerpen voor het gebied uit. Het bedrijf (de grondexploitatie maatschappij) ‘produceert’ in feite bouwrijpe kavels. Die worden uitgegeven (verkocht of in erfpacht) aan partijen die de daadwerkelijke gebouwen realiseren. De kopers zijn gebonden aan ruimtelijke en kwalitatieve voorwaarden die het bedrijf stelt bij verkoop.

Publiek-private *joint ventures* zijn vooral geschikt voor grote gebiedsontwikkelingen. Voor kleinere gebiedsontwikkelingen zijn ze minder geschikt omdat er ook kosten zijn verbonden aan het oprichten van een nieuw bedrijf.

#### 2.7.4 Voorwaarden bij gemeentelijke grondverkoop

Als de gemeente grond verwerft voor *openbare* functies, zoals wegen of parken, blijft zij eigenaar van de grond. Heeft de grond echter een *private* functie, zoals woningbouw of industrie, dan zal de gemeente overgaan tot gronduitgifte. Vaak zijn de partijen aan wie de grond zal worden toegewezen: projectontwikkelaars, woningbouwverenigingen en particulieren. Er zijn twee vormen van gronduitgifte: verkoop en erfpacht. Op beide vormen is in dit hoofdstuk ingegaan. Aangezien de overheid eigenaar is van de grond, kan zij aan de verkoop of erfpacht van de grond voorwaarden verbinden waaraan de koper of erfpachter zich moet houden. Deze voorwaarden staan in deze paragraaf centraal. Deze voorwaarden – die zeer uitgebreid kunnen zijn – zijn gebruikelijk. De voorwaarden zijn een voorbeeld van het gebruik van privaatrecht door de overheid. Voorwaarden maken deel uit van een *privaatrechtelijke* koopovereenkomst of erfpachtovereenkomst. Het stelt de overheid in staat om via het

privaatrecht het gebruik van de grond en het gebouw dat erop zal worden gebouwd, te controleren. Dit komt bovenop de *publiekrechtelijke* regelgeving voor de grond en de gebouwen, zoals via het omgevingsplan. De reden voor privaatrechtelijke controle is dat (a) sommige kwesties niet via publiekrecht, maar wel via privaatrecht kunnen worden gereguleerd en (b) het soms efficiënter is voor de overheid om een kwestie via privaatrecht te reguleren dan via publiekrecht. Hier volgen veelgebruikte voorwaarden bij grondverkoop door gemeenten.

#### 1. Bouwplicht

De verkoopovereenkomst kan voor de koper de verplichting inhouden om binnen een bepaald aantal maanden een aanvraag voor een omgevingsvergunning voor het bouwproject in te dienen. Dit geeft de gemeente een zekere mate van garantie dat de grond zal worden bebouwd. Daarmee wordt voorkomen dat de koper van grond – om wat voor reden dan ook – niet overgaat tot het daadwerkelijk fungeren als opdrachtgever voor ontwerpen en bouwcapaciteit. Al eerder in dit hoofdstuk is gewezen op het bestaan van grondhandelaren. Die willen grond kopen zonder de intentie om zelf te gaan bouwen, maar met het oogmerk om met winst de grond te verkopen aan een (wel) ontwikkelende partij. Door een bouwplicht als voorwaarde bij verkoop van grond wordt het grondhandelaren lastiger gemaakt om grond te kopen.

#### 2. Betaalbare woningbouw

In een grondverkoopovereenkomst wordt vaak een voorwaarde opgenomen met betrekking tot het percentage of het aantal betaalbare woningen. Dat zijn sociale woningen (tot ongeveer €808 in 2023) en woningen met middenhuur (tussen ongeveer €808 en €1026 in 2023). De koper zal erop moeten toezien dat de betaalbare woningen worden gerealiseerd. Om aan deze verplichting te voldoen, zal de kopende ontwikkelaar gewoonlijk een overeenkomst sluiten met een woningbouwvereniging en de sociale woningen aan hen overdragen. Vervolgens zal de woningbouwvereniging die woningen beheren. De middelhuur-woningen kan de ontwikkelaar aan een belegger verkopen.

#### 3. Parkeerplaatsen

Vaak bevat de overeenkomst de verplichting voor de koper om (op zijn kosten) een bepaald aantal parkeerplaatsen op het te kopen terrein te realiseren. Dat houdt voor de gemeente in dat die niet in publieke ruimte de parkeerbehoefte op hoeft te vangen.

#### 4. Beeldkwaliteitsplan

Weer een andere mogelijke voorwaarde is dat de koper zich moet houden aan het beeldkwaliteitsplan dat de gemeente voor het gebied heeft gemaakt.

#### 5. Anti-speculatiemaatregelen

Bij de verkoop van grond kunnen door de gemeente voorwaarden worden gesteld om speculatie met huizen in de hand te houden. De voorwaarden maken deel uit van de verkoopovereenkomst tussen de gemeente en de projectontwikkelaar. De projectontwikkelaar zal, nadat hij de grond van de gemeente heeft gekocht, een aannemer opdracht geven de huizen te bouwen. Wanneer de huizen worden

verkocht aan de kopers van de huizen, zal de projectontwikkelaar de anti-speculatieregels – op grond van de overeenkomst tussen gemeente en projectontwikkelaar – afdwingen aan de koper. De voorwaarden dienen te voorkomen dat de prijzen van de huizen worden opgedreven. Dit kan op twee manieren gebeuren.

Ten eerste: een *zelfbewoningsplicht*. Dit houdt in dat alleen de eigenaar het huis mag bewonen. Verhuur is niet toegestaan. Dit geldt ook voor een tweede eigenaar, aan wie het huis door de eerste eigenaar wordt verkocht. Een zelfbewoningsplicht voorkomt 'buy to let'. Dat is wanneer een belegger huizen koopt om ze te verhuren. In dat geval worden woningen aan de koopvoorraad onttrokken en omgezet in (dure) huurvoorraad. De gemeente kan dit voorkomen door een zelfbewoningsplicht in te stellen.

Ten tweede: een *verkoopverbod*. Dit houdt in dat woningen (tot een bepaalde waarde) binnen een bepaalde termijn niet verkocht mogen worden. Er is een variant op het verkoopverbod mogelijk. Dit houdt in dat als de eigenaar binnen een bepaalde termijn, bijvoorbeeld 5 jaar, het huis verkoopt, een deel van de winst moet worden afgedragen aan de gemeente.

Zoals gezegd, gelden de anti-speculatievoorwaarden niet alleen voor de ontwikkelaar die de grond koopt, maar ook voor de personen die het huis uiteindelijk van de ontwikkelaar kopen. En ook voor de volgende eigenaars van het huis. Dit wordt bereikt als een eeuwigdurend beding (*kettingbeding*) deel uitmaakt van de koopovereenkomst. Zonder kettingbeding zouden de anti-speculatieregels eindigen als de eerste koper het huis zou verkopen.

Veel van de genoemde voorwaarden zijn relevant voor het ontwerp van het te realiseren gebouw of gebied. Het zijn in feite randvoorwaarden waar het ontwerp rekening mee moet houden.

### 2.7.5 Kostenverhaal

Voor de ontwikkeling van een gebied zal een gemeente allerlei kosten moeten maken. Het gaat bijvoorbeeld om de (personeels)kosten voor het opstellen van gemeentelijke plannen voor het gebied (zoals een omgevingsplan), de kosten voor bodemonderzoek, milieuonderzoek en archeologisch onderzoek. Ook moeten allerlei publieke voorzieningen in het gebied worden gerealiseerd. Bijvoorbeeld: de aanleg van nutsvoorzieningen in het gebied, riolering, wegen, openbare parkeerplaatsen, pleinen, trottoirs, fietspaden, waterpartijen, groenvoorzieningen, openbare verlichting, straatmeubilair en speeltoestellen.

De Omgevingswet heeft als uitgangspunt dat de gemeente deze kosten moet verhalen op degene die er baat bij heeft (art. 13.11 Ow). Dit noemen we: *gemeentelijk kostenverhaal*. Het idee achter kostenverhaal is dat de ontwikkelaar bij de ontwikkeling van functies (zoals woningen, kantoren of winkels) profiteert van de activiteiten en openbare voorzieningen van de gemeente. De gemeentelijke kosten\* worden dan ook – binnen bepaalde grenzen – op de ontwikkelaar verhaald. Het is dan ook een

misverstand dat de aanlegkosten van de genoemde voorzieningen (geheel) worden betaald uit de gemeentelijke belastingopbrengsten. Anderzijds worden de beheerkosten van de voorzieningen, na realisatie, wel betaald door de gemeente.

De kosten die de gemeente verhaalt, zijn niet zelden in de orde van grootte van €10.000 per woning. Uiteraard zal de ontwikkelaar die kosten doorbereken in het vastgoedproduct dat hij realiseert – in dit voorbeeld in de verkoopprijs van de woningen.

Hoe precies worden de genoemde kosten verhaald op de ontwikkelaar? Deze vraag is eenvoudig te beantwoorden als de gemeente grond verkoopt – wat het onderwerp van par. 2.7 is. De kosten worden namelijk verwerkt in de verkoopprijs van de grond aan de ontwikkelaar. Met andere woorden: via de overeenkomst van grondverkoop worden de kosten verhaald.

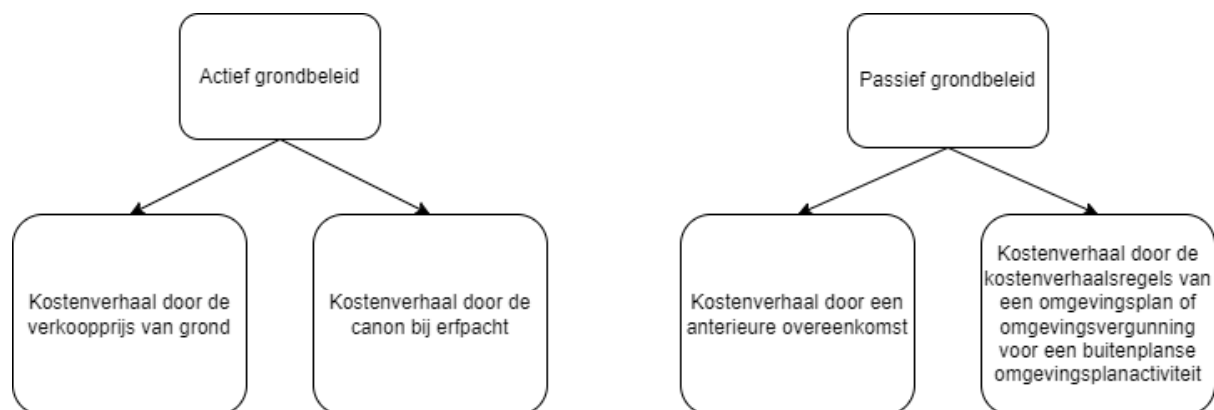
Ook als de grond niet wordt verkocht, maar wordt uitgegeven in erfpacht, is de vraag eenvoudig te beantwoorden. De gemeentelijke kosten worden dan namelijk verhaald doordat ze deel uitmaken van de *canon* die de erfpachter (periodiek) aan de gemeente betaalt.

Als de gemeente niet de grond verkoopt, omdat de ontwikkelaar op eigen grond het gebouw (of de gebouwen) realiseert, zijn de twee bovengenoemde wijzen van kostenverhaal niet van toepassing. Toch worden ook dan de gemeentelijke kosten verhaald. Ook dat kan op twee manieren.

De eerste manier is via een overeenkomst tussen gemeente en ontwikkelaar. De overeenkomst ziet specifiek op de betalingsverplichting van de ontwikkelaar naar de gemeente. Zo'n overeenkomst wordt in de praktijk een *anterieure overeenkomst* genoemd. De overeenkomst kan worden gesloten als de gemeente en ontwikkelaars het eens zijn over het bedrag dat de ontwikkelaar zal betalen. Het woord 'anterieur' verwijst naar het moment waarop de overeenkomst wordt gesloten. Dat is *voordat* de gemeente het project van de ontwikkelaar juridisch mogelijk maakt door het op te nemen in een omgevingsplan dan wel een omgevingsvergunning verleent voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit. (De omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit wordt behandeld in hoofdstuk 6. Hier is het genoeg om te weten dat met een dergelijke vergunning een bouwproject kan worden gerealiseerd ook al is het in strijd met het geldende omgevingsplan.)

Het tot stand komen van een overeenkomst hangt af van wilsovereenstemming tussen partijen. (Hoofdstuk 3 gaat daar nader op in.) Als er geen wilsovereenstemming is, bijvoorbeeld omdat de ontwikkelaar het door de gemeente genoemde bedrag te hoog vindt, is er geen overeenkomst mogelijk. Toch kan ook dan de gemeente de kosten verhalen. Dat geschiedt dan op basis van *kostenverhaalsregels* in het omgevingsplan (of via de omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit). De kostenverhaalsregels verdelen de kosten die de gemeente heeft gemaakt over de verschillende eigenaren van grond in het gebied dat wordt ontwikkeld of getransformeerd. Hoe die verdeling precies verloopt, is een gecompliceerde zaak waar in het verband van dit hoofdstuk niet op wordt ingegaan.

Al met al zijn er dus vier manieren van kostenverhaal. De volgende figuur drukt dit uit waarbij een onderscheid is gemaakt tussen twee vormen van gemeentelijk grondbeleid: actief en passief. Zoals eerder in dit hoofdstuk reeds genoemd, is *actief grondbeleid* het beleid waarin de gemeente grond koopt om die later te verkopen aan partijen die functies willen realiseren die de gemeente in het omgevingsplan aan de gronden heeft gegeven of gaat geven. De belangrijkste redenen daarvoor zijn in paragraaf 2.7.4 genoemd. Bij *passief grondbeleid* verwerft, kort gezegd, de gemeente geen grond, maar beperkt zich tot het opstellen van een omgevingsplan waaraan de ontwikkeling moet voldoen.



## 3 Tussenhoofdstuk: verbintenissen

### 3.1 Ontwerp en advies als benodigdheid

Voor de benodigdheid 'ontwerp' zal de ontwerper met de opdrachtgever een *overeenkomst* sluiten. De overeenkomst zal onder meer bepalen welke werkzaamheden de ontwerper dient te verrichten, wat de eisen zijn voor het ontwerp, wanneer het ontwerp gereed moet zijn en dergelijke. Voor de benodigdheid 'bouwcapaciteit' zal een opdrachtgever een overeenkomst met de aannemer sluiten. Naast deze twee soorten overeenkomsten, zijn er vele andere overeenkomsten die een rol spelen in het ontwerp- en bouwproces.

Voordat op de details van de overeenkomst tussen ontwerper (en andere adviseurs) en opdrachtgever kan worden ingegaan, moet eerst een aantal algemene aspecten van het verschijnsel 'verbintenissen' worden behandeld. Dat gebeurt in dit hoofdstuk. De relatie tussen 'overeenkomst' en 'verbintenis' is als volgt: we zeggen dat *door* het sluiten van een overeenkomst een verbintenis tussen partijen ontstaat. Verbintenissen kunnen namelijk ook nog op andere wijze ontstaan, bijvoorbeeld uit onrechtmatige daad. De volgende drie algemene onderwerpen worden in dit hoofdstuk eerst besproken:

- (1) hoe komen overeenkomsten eigenlijk tot stand – is bijvoorbeeld altijd een schriftelijke overeenkomst vereist?;
- (2) wat is een onrechtmatige daad?;
- (3) wat is wanprestatie?

Deze onderwerpen zijn voor *elke* verbintenis van belang, of het nu een verbintenis is die is ontstaan door een overeenkomst tussen ontwerper en opdrachtgever, of een geheel andere overeenkomst als bijvoorbeeld tussen autoverkoper en koper. De laatste twee onderwerpen (onrechtmatige daad en wanprestatie) hebben te maken met de situatie dat er een conflict ontstaat tussen ontwerper en opdrachtgever of tussen aannemer en opdrachtgever. We kunnen immers niet onze ogen sluiten voor het feit dat dergelijke conflicten met regelmaat ontstaan. Om ze te voorkomen, is kennis van de juridische kant van verbintenissen van belang.

De paragrafen 3.2 (inleiding verbintenissen), 3.3 (overeenkomsten), 3.4 (onrechtmatige daad) en 3.5 (onderwerpen, van belang voor de overeenkomst en onrechtmatige daad) behandelen de algemene aspecten van verbintenissen. Na deze basis kan in hoofdstuk 4 de specifieke overeenkomst tussen ontwerper (en andere adviseurs) en opdrachtgever worden besproken en in hoofdstuk 5 die tussen aannemer en opdrachtgever.

### 3.2 Inleiding verbintenissen

Het *verbintenissenrecht* heeft betrekking op rechtsverhoudingen van vermogensrechtelijke aard van natuurlijke en rechtspersonen tot andere rechtssubjecten. Het verbintenissenrecht regelt de gevolgen van het ontstaan van verbintenissen.

Een verbintenis is een rechtsverhouding krachtens welke de ene partij (schuldenaar of debiteur) een prestatie verschuldigd is aan de andere partij (schuldeiser of crediteur). Het gaat hierbij om een afdwingbare plicht, in tegenstelling tot bijvoorbeeld een morele plicht. De plicht kan bestaan uit een plicht tot een doen, een nalaten, een geven of een dulden.

Volgens het Nederlandse recht kunnen verbintenissen enkel uit de wet ontstaan. Dat kan direct uit de wet volgen maar ook indirect.

In het eerste geval volgt de verbintenis rechtsreeks uit de wet als gevolg van een feitelijk handelen van één der partijen, bijvoorbeeld door het verrichten van een onrechtmatige daad. Van een onrechtmatige daad is sprake als bijvoorbeeld door schuld van X de auto van Y beschadigd raakt. Uit de wet volgt dan dat op X de verbintenis rust om aan Y de schade te vergoeden.

Een verbintenis volgt indirect uit de wet als de verbintenis voortvloeit uit een tussen partijen gesloten overeenkomst. Een overeenkomst tussen twee partijen houdt vaak voor elk één verbintenis in, bij een koopovereenkomst betekent dit voor de ene partij de verbintenis of verplichting tot levering van het gekochte en voor de ander de verplichting tot betaling ervan.

Het Nederlands recht kent geen andere verbintenissen, dan degene die ontstaan op bij wet voorziene wijze.

De voornaamste bronnen waaruit verbintenissen ontstaan, zijn de *overeenkomst* en de *wet*.

Eerst bespreken we het een en ander over de wet als directe bron van verbintenissen. Soms bestaat er een rechtstreekse wettelijke bepaling terzake, bijvoorbeeld in het geval van een onrechtmatige daad (daarover hieronder meer). Maar dikwijls ontbreekt zo'n rechtstreeks wetsartikel. Dan kan een verbintenis ontstaan uit overeenkomst en volgt zij indirect uit de wet. Een voorbeeld hiervan is het aangaan van een huurovereenkomst; de overeenkomst is dan de basis voor het ontstaan van de verbintenissen en voor de nalevingsplichten. Een ander voorbeeld: door het sluiten van een arbeidsovereenkomst wordt de werkgever door de wet onder andere verplicht loon te betalen; de werknemer is wettelijk onder meer gehouden redelijke instructies van de werkgever op te volgen.

*Let op, het begrip verbintenis betekent dus niet hetzelfde als overeenkomst.* Een overeenkomst is één van de mogelijke bronnen van verbintenissen.

Verbintenissen scheppen *relatieve (persoonlijke of vorderings)rechten*: deze hebben geen werking tegenover iedereen, maar gelden in beginsel alleen tegenover diegene met wie een verbintenis tot stand is gekomen en van wie men een prestatie mag eisen.

*Voorbeeld.* Als ik bijvoorbeeld bij Machinefabriek Prins BV een nieuwe drillboor bestel die mij niet op de afgesproken datum wordt geleverd doordat Motor NV niet tijdig aan de machinefabriek aflevert, kan ik niet van Motor NV eisen, dat zij mij die drillboor levert. Motor NV heeft met de overeenkomst tussen de BV en mij niets te maken. Motor NV is bij de overeenkomst geen partij, zij is 'derde'. Het enige wat ik als koper heb, is mijn subjectief recht op levering tegenover verkoopster, Prins BV. Dit subjectief recht van mij is een relatief recht (ook wel: persoonlijk of vorderingsrecht) jegens die BV.



## 3.3 Overeenkomsten

### 3.3.1 De overeenkomst: wederkerig en eenzijdig, benoemd en onbenoemd

Een centraal onderdeel van het verbintenissenrecht is de (verbintenisscheppende of obligatoire) overeenkomst ook wel het contract genoemd. Een *overeenkomst* is een meerzijdige rechtshandeling waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere partijen een verbintenis aangaan.

Anders geformuleerd: de overeenkomst is een afspraak tussen twee of meer partijen waarbij voor minstens één partij een rechtens afdwingbare verbintenis wordt gecreëerd. Het moet dus gaan om rechtens afdwingbare verbintenissen: een afspraak om naar de bioscoop te gaan, is geen overeenkomst, omdat geen der partijen de bedoeling heeft ten opzichte van elkaar een juridisch afdwingbare verplichting aan te gaan. Deze afspraak ligt 'buiten het recht'.

In de praktijk, met name in de zakenwereld, komt het ook wel voor dat partijen iets afspreken met het uitdrukkelijk beding, dat er geen juridische afdwingbaarheid zal zijn. Men spreekt dan wel van een *gentlemen's agreement*. Zo'n afspraak is juridisch niet veel waard, zodra één van de partijen ophoudt zich als gentleman te gedragen. Ook de vaak (o.a. door de overheid) gebruikte convenanten zijn niet altijd juridisch afdwingbaar.

Dat is anders bij afspraken waarbij wel sprake is van rechtens afdwingbare verbintenissen.

Naar Nederlands recht hoeft een contract of overeenkomst in beginsel *niet op schrift* gesteld te zijn; een overeenkomst kan geldig mondeling worden gesloten; dit geldt zelfs voor een overeenkomst waarmee veel geld gemoeid is. In een enkel geval wordt echter voor het aangaan van een overeenkomst een geschrift of akte *door de wet geëist*. Bijvoorbeeld bij de koop van een woonhuis door een natuurlijk persoon, bij verschillende bedingen uit de arbeidsovereenkomst (zoals het concurrentiebeding) en bij huurkoop, om de economisch zwakkere partij te beschermen. Soms neemt de wet zelfs geen genoegen met een tussen partijen opgemaakt geschrift, dus een overeenkomst of contract, ook wel in juridische termen een onderhandse akte genoemd. Het kan zijn dat de eis wordt gesteld van een *notariële (of authentieke) akte*; dit laatste is bijvoorbeeld het geval bij schenking.

Ook als geen schriftelijkheidseis in de wet is opgenomen voor bepaalde verbintenisscheppende handelingen, is het bij belangrijke overeenkomsten wel verstandig deze op schrift te stellen. Zo'n overeenkomst kan bijvoorbeeld bij geschillen tot bewijs dienen. Het kan tevens helpen om voor beide partijen duidelijk te maken wat nu precies is afgesproken, zodat conflicten daarover in een vroeg stadium kunnen worden voorkomen. Tot slot 'voelen' sommige mensen zich pas gebonden, als een afspraak op schrift staat. Let op: in veel andere rechtsstelsels is voor gevallen waarin dat hier niet het geval is, wel een geschrift vereist.

Degenen die een overeenkomst sluiten, kunnen daarin een bijzondere voorwaarde opnemen die slaat op een onzekere toekomstige gebeurtenis, waarvan het intreden van de verbintenissen afhankelijk is gesteld. Dit is een zogenaamde opschortende voorwaarde. Of een voorwaarde die slaat op een onzekere toekomstige gebeurtenis, waarvan het eindigen van de verbintenissen afhankelijk is gesteld, een zogenaamde ontbindende voorwaarde.

*Voorbeeld van opschortende voorwaarde:* Werknemer Jansen komt met zijn werkgever overeen dat hij een eindejaarsvergoeding van € 1000,- zal krijgen, als deze een gunstig jaarresultaat boekt. De uitkering van de eindejaarsvergoeding is dus afhankelijk van het behalen van een gunstig jaarresultaat.

*Voorbeeld van ontbindende voorwaarde:* Houszaagbedrijf Zaagmans komt met bouwbedrijf Construction BV overeen dat deze zijn loods zal uitbreiden, tenzij de gemeente een omgevingsvergunning weigert. De overeenkomst wordt dus ontbonden als er geen omgevingsvergunning wordt verstrekt door de gemeente.

Meestal is het zo zoals ook al opgemerkt, dat partijen over en weer elkaars debiteur en crediteur zijn, oftewel, dat er sprake is van meer verbintenissen binnen een rechtsverhouding. Denk bijvoorbeeld aan de koopovereenkomst: daaruit vloeit voor de koper de verbintenis tot betaling van de koopsom voort en voor de verkoper de verbintenis tot het in eigendom overdragen van de verkochte zaak. Andere voorbeelden zijn de aannemingsovereenkomst en het arbeidscontract. Als uit een overeenkomst tussen partijen wederzijds verplichtingen voortvloeien, spreekt men van een *wederkerige overeenkomst*. Uit een *eenzijdige overeenkomst* ontstaat slechts één verbintenis. Een voorbeeld daarvan is de schenkingsovereenkomst: alleen degene die schenkt, heeft een verplichting, namelijk om het geschonkene over te dragen.

### 3.3.2 Beginsel van contractsvrijheid

Het Nederlands recht kent het beginsel van de contractsvrijheid. Deze vrijheid kent drie aspecten, namelijk dat:

1. het partijen vrijstaat om wel of niet een overeenkomst aan te gaan;
2. zij vrij zijn in de keuze van degene met wie zij een overeenkomst sluiten;
3. zij zelf in principe de inhoud van de overeenkomst kunnen bepalen.

Uitgesloten van het beginsel van contractsvrijheid zijn overeenkomsten in strijd met de wet, de goede zeden of de openbare orde; die zijn nietig. Een voorbeeld hiervan is bijvoorbeeld een overeenkomst tussen twee bureaus om de overbuurman te vermoorden. Deze is nietig, omdat zij in strijd is met het recht.

Maar voor het overgrote deel kent het verbintenissenrecht een zogenaamd *open systeem*: rechtssubjecten kunnen elke door hen gewenste overeenkomst aangaan en daardoor verbintenissen in het leven roepen, ook als de wet die niet noemt. Zo kan een meisje bijvoorbeeld met een moeder overeenkomen, dat zij tegen betaling op een avond zal babysitten en kan een student Bouwkunde een stage gaan lopen bij een onderneming. In de wet zal men tevergeefs naar de 'babysit-' of de 'stageovereenkomst' zoeken. Toch zijn op deze overeenkomsten de algemene regels betreffende overeenkomsten van toepassing; het zijn zogenaamde *onbenoemde overeenkomsten*. Daarnaast kent

het recht een groot aantal *benoemde* overeenkomsten. Dit zijn overeenkomsten die de wetgever van een naam heeft voorzien en waarvan de inhoud ervan in de wet is uitgewerkt, zoals de koop-, de huur- en de aannemingsovereenkomst.

### 3.3.3 Het sluiten van een overeenkomst

#### *Aanbod en aanvaarding*

Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod van de ene partij en de aanvaarding daarvan door de andere partij (art. 6:217 lid 1 BW).

In het Burgerlijk Wetboek wordt geen definitie gegeven van wat een aanbod is. Uit art. 14 lid 1 Weens Koopverdrag valt de volgende definitie van aanbod op te maken: “een voorstel tot het sluiten van een overeenkomst, gericht tot één of meer bepaalde personen vormt een aanbod, indien het voldoende bepaald is en daaruit blijkt van de wil van de aanbieder om in geval van aanvaarding gebonden te zijn.”

Let op, er wordt juridisch gezien een onderscheid gemaakt tussen het doen van een aanbod, en het doen van een uitnodiging om in onderhandeling te treden. Het zogenaamd aanvaarden van een dergelijke uitnodiging leidt niet tot het totstandkomen van een overeenkomst. Een uitnodiging tot onderhandelen onderscheidt zich van een aanbod doordat de eerste (nog) niet de essentiële elementen bevat die de verbintenis voldoende bepaalbaar maken. Een aanbod dat zich leent voor aanvaarding bevat is wel voldoende bepaalbaar. De eis van voldoende bepaalbaarheid is opgenomen in art. 6:227 BW.

Zowel het aanbod als de aanvaarding zijn *eenzijdige rechtshandelingen*. Wanneer deze beide rechtshandelingen met elkaar corresponderen, smelten zij samen tot het resultaat dat partijen wensen: de *overeenkomst*, een *meerzijdige rechtshandeling* (zie art. 6:213 BW).

We bespreken hier kort enkele bepalingen inzake aanbod en aanvaarding uit de wet, omdat zij voor de praktijk belangrijk zijn. Overigens zijn de hiernavolgende bepalingen van *regelend recht* (art. 6:217 lid 2 BW). Dat betekent bijvoorbeeld dat – hoewel er iets in de wet staat –bijvoorbeeld de aanbieder een andere geldingsduur aan zijn aanbod kan verbinden of dat partijen een ander moment van tot stand komen van de overeenkomst kunnen afspreken dan in de wet staat. Hier liggen voor de praktijk dus ruime mogelijkheden om zelf invulling te geven aan haar handelen.

Een *aanbod* is in principe *herroepelijk*, maar er zijn omstandigheden waaronder dat niet (meer) het geval is. Over de mogelijkheid tot herroeping zegt art. 6:219 BW:

1. *Een aanbod kan worden herroepen, tenzij het een termijn voor de aanvaarding inhoudt of de onherroepelijkheid ervan op andere wijze uit het aanbod volgt.*
2. *De herroeping kan slechts geschieden, zolang het aanbod niet is aanvaard en evenmin een mededeling, houdende de aanvaarding is verzonden. Bevat het aanbod de mededeling, dat*

*het vrijblijvend wordt gedaan, dan kan de herroeping nog onverwijld na de aanvaarding geschieden.*

Wanneer een aanbod moet worden *aanvaard* om een overeenkomst tot stand te laten komen geeft art. 6:221 BW antwoord:

- 1. Een mondeling aanbod vervalt, wanneer het niet onmiddellijk wordt aanvaard, een schriftelijk aanbod, wanneer het niet binnen redelijke tijd wordt aanvaard.*
- 2. Een aanbod vervalt, doordat het wordt verworpen.*

Tussen het aanbod van de ene partij en de aanvaarding door de andere partij kan wel enige tijd verstrijken. In die tijd kan de wil van de aanbieder gaan afwijken van zijn verklaring (aanbod). Als hij echter zijn aanbod voor een bepaalde periode onherroepelijk heeft verklaard, kan hij het aanbod niet meer intrekken, ook al is het nog niet aanvaard. De Hoge Raad heeft in een geval waarin deze vraag speelde namelijk geoordeeld dat degene, die zijn aanbod onherroepelijk maakt, daarmee zichzelf de bevoegdheid ontnemt om alsnog te voorkomen, dat door aanvaarding van het aanbod binnen de gestelde termijn de overeenkomst tot stand komt.

Het ging in dit geval om prof. Lindeboom die in 1964 zijn kliniek te koop had aangeboden aan de gemeente Amsterdam, onder voorwaarde dat koop en overdracht zouden plaatsvinden tussen 15 november en 15 december 1964. In augustus verzocht Lindeboom aan de gemeente om hem vóór 7 september uitsluitel te geven. De gemeenteraad besloot echter pas in oktober de kliniek te kopen en de gemeente Amsterdam aanvaardde het aanbod van Lindeboom officieel in november, dus binnen de oorspronkelijk gestelde termijn. Lindeboom stelde vervolgens dat geen overeenkomst tot stand is gekomen, omdat hij zijn aanbod had ingetrokken. Daar was de Hoge Raad het dus niet mee eens, hij oordeelde dat nu het aanbod door Lindeboom zelf onherroepelijk was gemaakt, aanvaarding ervan door de gemeente nog kon plaatsvinden (HR 19 december 1969, NJ 1970/154 (Prof. Lindenboom/Gemeente Amsterdam)).

Mogelijk is dat te late aanvaarding van het aanbod toch het tot stand komen van de overeenkomst teweeg brengt, want art. 6:223 BW zegt:

- 1. De aanbieder kan een te late aanvaarding toch als tijdig gedaan laten gelden, mits hij dit onverwijld aan de wederpartij mededeelt.*
- 2. Indien de aanvaarding te laat plaatsvindt, maar de aanbieder begrijpt of behoort te begrijpen dat dit voor de wederpartij niet duidelijk was, geldt de aanvaarding als tijdig gedaan, tenzij hij onverwijld aan de wederpartij mededeelt dat hij het aanbod als vervallen beschouwt.*

*Een aanvaarding die van het aanbod afwijkt, geldt als een nieuw aanbod en als een verwerping van het oorspronkelijke. Als echter de aanvaarding alleen op ondergeschikte punten van het aanbod afwijkt, dan komt de overeenkomst overeenkomstig de aanvaarding tot stand. Wil de aanbieder dat niet, dan*

moet hij onmiddellijk bezwaar maken tegen de verschillen (art. 6:225 leden 1 en 2 BW). Een aanbod van de een kan dus een tegenaanbod uitlokken bij de aspirant-wederpartij aan wie dat aanbod was gedaan.

In de praktijk doen varianten van het volgende geval zich nogal eens voor: Aalbers biedt in een krantenadvertentie een huis te koop aan voor € 250.000,00. Vervolgens belt Buisman Aalbers op of hij benadert hem schriftelijk met de mededeling, dat hij -Buisman- het huis voor die prijs wenst te kopen. Geldt de advertentie van Aalbers dan als een juridisch aanbod, met andere woorden komt door de aanvaarding een overeenkomst tot stand? Daarover zei de Hoge Raad (10 april 1981, NJ 1981/532):

*Vooropgesteld moet worden, dat een advertentie waarin een individueel bepaalde zaak voor een bepaalde prijs te koop wordt aangeboden, zich in beginsel niet ertoe leent door eventuele gegadigden anders te worden opgevat dan als uitnodiging om in onderhandeling te treden, waarbij niet alleen de prijs en eventuele verdere voorwaarden van de koop, maar ook de persoon van de gegadigde van belang kunnen zijn.*

Deze regel (dat een advertentie een uitnodiging om in onderhandeling te treden is) geldt niet alleen voor advertenties voor huizen. Deze geldt ook voor het adverteren van andere individueel bepaalde zaken, bijvoorbeeld een prijskaartje op een tweedehands-automarkt. De regel geldt echter niet voor massagoederen zoals bijvoorbeeld een wasmachine in een winkel; dan is immers geen sprake van een individueel bepaalde zaak.

### *Precontractuele verhoudingen*

De hiervoor geschetste situatie rond aanbod en aanvaarding doet vermoeden dat het tot stand komen van overeenkomsten een enigszins eenvoudig proces is. Voor de eenvoudiger, dagelijkse transacties zoals het doen van boodschappen of het kopen van fiets zal dit veelal ook het geval zijn. De werkelijkheid is echter dat partijen veelal, zeker bij complexere overeenkomsten, gedurende langere tijd met elkaar in onderhandeling treden. Dit is bijvoorbeeld het geval als een gemeente onderhandelt over aankoop van woonhuizen en bedrijfspanden in stadssaneringsgebieden of als er onderhandeld wordt over het sluiten van een overeenkomst voor het bouwen van een kantoorpand. Zulke onderhandelingen kunnen geruime tijd in beslag nemen en zij vereisen vaak advisering door experts.

In 1958 oordeelde de Hoge Raad (HR 15 november 1958, NJ 1958/67) dat partijen die in onderhandeling treden met betrekking tot het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een *bijzondere, door regels van redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding*, waarin zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.

Een voorbeeld van onderhandelingen waarin deze regels van redelijkheid en billijkheid spelen, was het arrest van de van Hoge Raad in het geschil Plas/Valburg. In het geschil tussen Plas en Valburg diende aannemer Plas op verzoek van de gemeente een offerte in voor de bouw van een zwembad. Voor die offerte won hij op eigen kosten, maar eveneens op verzoek van de gemeente diverse adviezen in.

Uiteindelijk werd de bouw echter gegund aan een andere aannemer, wiens plan goedkoper was van dat van Plas. Plas vorderde bij de rechter onder andere de gemaakte voorbereidingskosten en gedeerde winst. Welke gevolgen de regels van redelijkheid en billijkheid voor partijen hebben, en bijvoorbeeld of de ene partij de andere partij schadevergoeding verschuldigd is, is afhankelijk van het stadium waarin de onderhandelingen zich bevinden. Er kan sprake zijn van een situatie waarin de onderhandelingen zich inmiddels zodanig hebben ontwikkeld, dat het afbreken daarvan door een der partijen als onbillijk moet worden aangemerkt. De afbrekende partij is dan verplicht tot het betalen van schadevergoeding. In de rechtspraak (zie HR 18 juni 1982, *NJ* 1983/723 (Plas/Valburg)) blijken (samengevat) de volgende fasen bij onderhandelingen te kunnen worden onderscheiden: fase 1: contractsvrijheid, fase 2: recht op schadevergoeding (geheel of gedeeltelijk), fase 3: recht op schadevergoeding inclusief vergoeding van gedeerde winst.

- eerste fase: de onderhandelende partijen zijn in dit prille stadium nog gerechtigd de onderhandelingen af te breken op ieder moment en zonder bepaalde door de ander gemaakte kosten voor hun rekening te nemen;
- tweede fase: de onderhandelingen hebben zich in deze fase zodanig ontwikkeld dat weliswaar nog van de beoogde overeenkomst kan worden afgezien, maar de terugtrekkende partij zich niet kan terugtrekken zonder bepaalde kosten bij haar wederpartij te vergoeden;
- derde fase: de onderhandelingen hebben hier een zodanige eindfase bereikt dat de wederpartij mocht vertrouwen op totstandkoming van een overeenkomst. Worden alsnog onderhandelingen verbroken, dan is er onder omstandigheden niet alleen een verplichting tot vergoeding van bepaalde kosten, gemaakt door de teleurgestelde wederpartij. Soms moet ook gedeerde winst worden vergoed. Ook kan van de partij die de onderhandelingen afbreekt, worden gevorderd dat hij dooronderhandelt.

De hoofdregel is dus dat naarmate onderhandelingen vorderen, neemt de vrijblijvendheid ervan af. De hier beschreven situatie rond bouwondernemer Plas en de Gemeente Valburg speelde zich af in 1982. Daarna is door de Hoge Raad nog een aantal andere arresten gewezen waarin de in Plas/Valburg opgenomen regels enigszins zijn genuanceerd. In die arresten is het in Plas/Valburg veronderstelde concept van verschillende stadia tijdens de onderhandelingsfase verlaten en is (de meer realistische) benadering gehanteerd dat een onderhandelingsfase (veelal) niet lineair verloopt van de ene fase naar de volgende, maar juist fluctueert en verloopt met pieken en dalen. Het moment van afbreken van de onderhandelingen is bepalend en de contractsvrijheid van partijen speelt een belangrijke rol.

Voor het ontstaan van aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen hanteert de Hoge Raad twee grondslagen, te weten (i) het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand zullen komen van een overeenkomst en (ii) de andere omstandigheden van het geval (zie o.a. HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988/1071 (*VSH/Shell*)). Voor een geslaagd beroep op aansprakelijkheid wegens het afbreken van onderhandelingen moet steeds aan één van deze twee grondslagen zijn voldaan én moet het

afbreken van de onderhandelingen daarbovenop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.

De eerste grondslag speelt in de meeste gevallen de grootste rol. In ABB/Staat (HR 4 oktober 1996, NJ 1997/65) oordeelde de Hoge Raad dat voor het succesvol vestigen aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandeling bij het hanteren van de eerste grondslag geldt dat dit gerechtvaardigd vertrouwen moet bestaan op het moment van het afbreken van de onderhandelingen. Ook moet het totstandkomingsvertrouwen zijn veroorzaakt door toedoen van de afbrekende partij (zie ook HR 14 juni 1996, NJ 1997/481 (De Ruitersrij/MBO)).

In het arrest CBB/JPO (van 12 augustus 2005, NJ 2005/467 (CBB/JPO)) oordeelt de Hoge Raad dat de contractsvrijheid van partijen voorop staat en dat dat hen het recht geeft de onderhandelingen in de totstandkomingsfase af te breken. Uit het arrest volgt een strenge en tot terughoudendheid nopenende maatstaf, waaraan een rechter toetst of er een schadevergoedingsplicht geldt bij afgebroken onderhandelingen. Zo overwoog de HR *'dat als maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen heeft te gelden dat ieder van de onderhandelende partijen – die verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen – vrij is de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn'*. De Hoge Raad benadrukt dat een rechter niet te snel mag aannemen dat aan de maatstaf (voor de vraag of er een schadevergoedingsplicht is) is voldaan. Ook overweegt de HR dat de rechter bij het hanteren van de maatstaf een strenge motiveringsplicht heeft.

#### *Vereisten voor het tot stand komen van een geldige overeenkomst*

Als het aanbod en de aanvaarding (beide eenzijdige rechtshandelingen) met elkaar overeenstemmen, komt in principe de overeenkomst tot stand. Omdat voor het tot stand komen van een overeenkomst minstens twee partijen nodig zijn, is de overeenkomst een meerzijdige rechtshandeling.

Net als voor de rechtshandelingen aanbod en aanvaarding, gelden voor het tot stand komen van een geldige overeenkomst in de eerste plaats de eisen van een met elkaar overeenstemmende wil en verklaring en van handelingsbekwaamheid. Daarnaast gelden voor de overeenkomst nog enkele speciale regels. Voor een goed begrip sommen we hieronder alle vereisten voor het tot stand komen van een geldige overeenkomst op.

Voor de totstandkoming van een (*verbintenisscheppende of obligatoire*) overeenkomst zijn vereist:

- a) *Geldige rechtshandelingen van alle betrokken partijen, die met elkaar overeenstemmen.* Ieders eenzijdige geldige rechtshandeling van aanbod en aanvaarding in de aanloop tot de overeenkomst is één van de schakels, die uiteindelijk ertoe leiden dat de geldige meerzijdige rechtshandeling die de overeenkomst is, tot stand komt;

- b) *Handelingsbekwaamheid van de betrokken partijen;*
- c) *Bepaalbaarheid van de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen;* dit geldt alleen voor de overeenkomst en niet reeds voor de rechtshandeling;
- d) *Geen strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden.*

**Ad a.** Er kunnen bij het tot stand komen van de overeenkomst problemen rijzen in verband met de *geldigheid van de vereiste rechtshandeling(en)*, doordat wil en verklaring niet overeenstemmen. Het *vertrouwensbeginsel* (art. 3:35 BW) vergt dat in zo'n geval wordt nagegaan of de wederpartij er in redelijkheid op mocht vertrouwen dat degene die iets verklaarde ook werkelijk wilde wat hij verklaarde. Mocht de wederpartij daar inderdaad op vertrouwen, dan kan de ander zich er niet op beroepen dat zijn wil en verklaring niet overeenstemden.

**Ad b.** Handelingsbekwaamheid (toegepast op de overeenkomst) heeft tot gevolg dat een door een handelingsonbekwame gesloten overeenkomst niet van rechtswege nietig is (= zij bestaat in juridische zin helemaal niet), maar vernietigbaar (=zij bestaat in principe, maar zij kan worden tenietgedaan). De handelingsonbekwame of zijn wettelijke vertegenwoordiger kan met succes een beroep op vernietiging van de overeenkomst doen. De wederpartij kan daarop geen beroep doen.

*Voorbeeld.* Een huiseigenaar sluit een huurovereenkomst met een minderjarige student. De student is vanwege zijn minderjarigheid handelingsonbekwaam (art. 1:234 BW). Als de huisbaas daar achteraf spijt van krijgt, kan hij de huurovereenkomst niet vernietigen door een beroep te doen op de handelingsonbekwaamheid van die student. Alleen de handelingsonbekwame zelf (of zijn wettelijke vertegenwoordiger) komt dat beroep toe.

Bij gevallen van mogelijke vernietiging van een overeenkomst wegens handelingsonbekwaamheid geeft de wet de wederpartij wel de mogelijkheid een termijn te stellen waarbinnen de onbekwame of zijn vertegenwoordiger zich moet uitlaten over vernietiging of bevestiging.

**Ad c.** Bepaalbaarheid der verbintenissen (art. 6:227 BW). Verbintenissen, die in een overeenkomst worden aangegaan, moeten voldoende bepaalbaar (dus niet: bepaald) zijn.

Aan de eisen de voldoende bepaalbaarheid van een verbintenis mogen niet te strenge eisen worden gesteld. Voldoende is wanneer de vaststelling van de inhoud van de verbintenis naar van te voren vaststaande criteria kan geschieden. Het is niet in strijd met dit artikel dat bepaling van een verbintenis uit de overeenkomst aan één der partijen wordt overgelaten of door een derde zal geschieden. Ook dan is de verbintenis immers bepaalbaar.

Onvoldoende is een afspraak in de zin van: samen 'iets' te zullen gaan regelen, terwijl onduidelijk blijft wat de afspraak of opdracht inhoudt of waar die op ziet.

**Ad d.** Geen strijd met wet, openbare orde of goede zeden. Ook deze regel is al besproken bij de rechtshandeling. Zo is een overeenkomst bijvoorbeeld nietig vanwege strijd met de wet als die ziet op verkoop van besmet vee.



*Voorbeeld.* Enige betonwarenfabrikanten spreken af dat zij slechts aan bepaalde groot-handelaren zullen leveren. Een uitgesloten groothandelaar kan zich in een proces op art. 101 EU-verdrag beroepen en op die manier zorgen dat de rechter verklaart dat de overeenkomst nietig is.

### *Wilsgebreken bij (totstandkoming van) overeenkomsten*

De zogenaamde wilsgebreken zijn: bedrog, bedreiging en misbruik van omstandigheden. Het gaat dan om gevallen, waarin een rechtssubject onder invloed van een onzuivere wilsvorming een rechtshandeling verricht. Dat kan bijvoorbeeld gebeuren wanneer iemand een aanbod doet aan een wederpartij of een aanbod aanvaardt. Er is dan géén sprake van een discrepantie tussen eigenlijke wil en geuite verklaring, maar de wil is gebrekkig tot stand gekomen. Wilsgebreken maken een rechtshandeling niet nietig, maar *vernietigbaar*. Wanneer degene die een dergelijk aanbod of aanvaarding verrichtte, die rechtshandeling vernietigt wegens een wilsgebrek, dan heeft dat niet alleen gevolgen voor het aanbod of de aanvaarding. Die vernietiging heeft ook gevolgen voor de overeenkomst die tot stand kwam op grond van dat aanbod en die aanvaarding. Eén van de rechtshandelingen wordt daar immers onderuit getrokken.

In het kader van het tot stand komen van de overeenkomst kan zich een vierde wilsgebrek voordoen, dat van de *dwaling*. Als een overeenkomst tot stand komt als gevolg een onjuiste voorstelling van zaken, is sprake van dwaling.

*Voorbeeld.* een aannemer heeft vele euro's betaald voor een partij tweedehands tegels, omdat hij meende dat het 17<sup>e</sup>-eeuwse tegels waren. Hij betreurt de betaling van de koopsom als hij later merkt dat de tegels in feite replica's uit de 20<sup>e</sup> eeuw zijn. De aannemer zal proberen via een beroep op dwaling de zaak terug te draaien. In juridische terminologie: de overeenkomst wegens dwaling te vernietigen.

Een overeenkomst is niet onder alle omstandigheden vernietigbaar wegens dwaling. Een overeenkomst is alleen vernietigbaar wegens dwaling, als voldaan is aan de volgende vereisten (art. 6:228 BW):

1. Bij de dwalende contractspartner moet sprake zijn van dwaling, dat wil zeggen dat hij geen juiste voorstelling had van die onderdelen of aspecten die voor hem essentieel waren voor het sluiten van de overeenkomst.
2. Die dwaling moet rechtstreeks in verband staan met het sluiten van de overeenkomst: zonder de dwaling was de overeenkomst niet (of niet met deze inhoud) gesloten.
3. De wederpartij wist of behoorde te weten dat de eigenschappen essentieel waren voor het sluiten van de overeenkomst.

Is aan bovenstaande eisen voldaan, dan kan de dwalende de overeenkomst vernietigen in één van de in de wet (in art. 6:228 BW) genoemde dwalingsgevallen:

- a. de dwaling is te wijten aan een inlichting van de wederpartij;
- b. de wederpartij had, gelet op hetgeen zij inzake de dwaling wist of behoorde te weten, haar dwalende wederpartij behoren in te lichten of;
- c. de wederpartij is bij het sluiten van de overeenkomst van dezelfde onjuiste veronderstelling uitgegaan als de dwalende.

Is aan de eisen 1 tot en met 3 voldaan, dan kan de dwalende de overeenkomst in principe vernietigen. In principe, want het is mogelijk dat de overeenkomst in stand blijft, maar dat de gevolgen van de dwaling worden getemperd. De wederpartij kan bijvoorbeeld een wijzigingsvoorstel doen aan de dwalende, waardoor zijn nadeel wordt opgeheven of de rechter wijzigt op verzoek van één van de partijen de rechtsgevolgen (bijvoorbeeld: correctie van een koopsom), zie art 6:230 BW.

Let op: de dwaling mag niet uitsluitend een toekomstverwachting betreffen. Stel: iemand koopt een café in de verwachting dat zijn omzet sterk in positieve zin zal worden beïnvloed door een markt die daar zal komen krachtens een gemeentelijk raadsbesluit. Als dat besluit later wordt gewijzigd waardoor de markt elders komt en de omzetprognose minder optimistisch wordt, is sprake van een toekomstige omstandigheid. Deze omstandigheid is geen rechtvaardiging voor een beroep op dwaling.

#### *Algemene voorwaarden*

In de praktijk komt het veelvuldig voor dat één der partijen zogenaamde algemene voorwaarden gebruikt bij door haar af te sluiten overeenkomsten. *Algemene voorwaarden* zijn één of meer schriftelijke bedingen die zijn opgesteld om in een aantal overeenkomsten – als onderdeel daarvan – te worden opgenomen (art. 6:231 BW) In verzamelingen van algemene voorwaarden worden (voor ieder contract waarop zij van toepassing worden) verbintenissenrechtelijke onderwerpen (van regelend recht) nader tussen de contracterende partijen vastgelegd.

**Voorbeeld.** De Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken 2012 (UAV 2012) voor aannemingsovereenkomsten in de bouw of de Algemene Voorwaarden van Aanneming van werk 2023 (AVA 2023).

Degene die algemene voorwaarden in een overeenkomst gebruikt, heet gebruiker. Degene die door ondertekening van een overeenkomst of op een andere manier de gelding van algemene voorwaarden heeft aanvaard, heet wederpartij (art. 6:231 sub b en c BW).

In algemene voorwaarden zijn tal van zaken opgenomen die steeds opnieuw bij vergelijkbare opdrachten geregeld of afgesproken moeten worden. Zo zijn er in opgenomen regelingen over prijzen, uitvoering en afwijkingen, uitvoeringsduur, werkzaamheden door de opdrachtgever of door derden, oplevering en keuring, overgang van het risico en de eigendom, regeling van de overmacht, garanties en reclames, aansprakelijkheid etc. Ook staan in vrijwel alle algemene voorwaarden zogenaamde *exoneratieclausules*. Dat zijn bepalingen die de aansprakelijkheid (zoals die in de wettelijke regels van regelend recht staan) uitsluiten of in omvang beperken.

Omdat de gebruiker van de algemene voorwaarde bij het opstellen van zijn algemene voorwaarden de regels van regeland recht op een voor hem gunstige manier zal invullen, moet de wederpartij goed opletten of hij wel aan deze algemene voorwaarden gebonden wil zijn. Wil hij dat niet en wil hij bijvoorbeeld dat zijn eigen algemene voorwaarden van toepassing zijn, dan zal hij die van de ander uitdrukkelijk van de hand moeten wijzen (art. 6:225 lid 3 BW).

Als iemand een overeenkomst heeft ondertekend, waarin wordt verwezen naar algemene voorwaarden van de gebruiker, is hij in principe aan die algemene voorwaarden gehouden. Hij is er zelfs aan gebonden, als de gebruiker wist of behoorde te weten dat zijn wederpartij ze niet kende (zie art. 6:232 BW).

Algemene voorwaarden kunnen (heel) nadelig zijn voor de wederpartij van diegene die ze hanteert. Vandaar dat de wet veel nadere (dwingende) regels geeft inzake de geldigheid van in algemene voorwaarden opgenomen bedingen. Een beding uit algemene voorwaarden kan voor vernietiging door de wederpartij vatbaar zijn (oftewel: is *vernietigbaar*), indien het voor haar onredelijk bezwarend is of indien de gebruiker van de algemene voorwaarden haar geen redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen (art. 6:233 BW).

Hoe kan die gebruiker voldoen aan zijn plicht om zijn wederpartij in de gelegenheid te stellen van de door hem – gebruiker – toe te passen algemene voorwaarden kennis te nemen? Dat kan de gebruiker doen door (zie art. 6:234 lid 1 BW):

- hetzij de algemene voorwaarden voorafgaand aan of bij het sluiten van de overeenkomst aan haar wederpartij ter hand te stellen;
- hetzij, indien dat eerste redelijkerwijze niet mogelijk is, voorafgaande aan de totstandkoming van de overeenkomst aan de wederpartij bekend te maken dat de voorwaarden bij hem, gebruiker, ter inzage liggen of zijn gedeponerd bij een door hem opgegeven Kamer van Koophandel of een griffie van een rechtbank en dat zij op verzoek zullen worden toegezonden.

Let ook op het tijdstip waarop de gebruiker zich van die plicht moet kwijten: voorafgaand aan of bij het sluiten van de overeenkomst en niet pas achter op de orderbevestiging of bij de rekening!

Een beding uit algemene voorwaarden is zoals reeds opgemerkt ook vatbaar voor vernietiging door de wederpartij, indien het voor haar *onredelijk bezwarend* is. Let wel, indien één bepaling uit algemene voorwaarden wordt vernietigd, dan bewerkstelligt die vernietiging niet dat de gehele set aan algemene voorwaarden wordt vernietigd. Of een beding vernietigbaar is, hangt veelal van de omstandigheden van het geval af en in principe rust *op de wederpartij van de gebruiker de last om te bewijzen* dat en waarom een dergelijk beding voor haar onredelijk bezwarend is (art. 6:233 BW).

De wet gaat nog verder in haar bescherming tegen onredelijke bepalingen in algemene voorwaarden als het gaat om consumenten, en wel met de zogenaamde zwarte en grijze lijst (art. 6:236 en 237 BW). Een consument in de zin van deze artikelen is een natuurlijk persoon, *die in het kader van de overeenkomst niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf*. Voor overeenkomsten met consumenten bestaan enige bepalingen, die de wet als onredelijk bezwarend aanmerkt zonder dat daartegen tegenbewijs van de gebruiker mogelijk is. Een zodanig beding is dus in beginsel wel geldig, doch kan door de wederpartij van de gebruiker op eenvoudige wijze worden vernietigd. Dat kan eenvoudig, omdat hij niet meer hoeft te bewijzen dat het beding onredelijk bezwarend is. Die wettelijke catalogus (art. 6:236 BW) noemt men de *zwarte lijst*. Wij geven enkele voorbeelden van bedingen die genoemd zijn op de zwarte lijst:

- een beding dat de wederpartij van de gebruiker geheel en onvoorwaardelijk het recht ontnemt de door de gebruiker toegezegde prestatie op te eisen;
- een beding dat de aan de wederpartij toekomende bevoegdheid tot ontbinding van een overeenkomst wegens een (wel of niet toerekenbare) tekortkoming van de gebruiker uitsluit of beperkt;
- een beding dat een wettelijke verjaringstermijn of vervaltermijn waarbinnen de wederpartij enig recht moet geldend maken, verkort tot een verjarings- onderscheidenlijk vervaltermijn van minder dan één jaar.

Op de *grijze lijst* (art. 6:237 BW) staan algemene voorwaarden of bedingen in algemene voorwaarden waarvan op voorhand wordt vermoed, dat zij onredelijk bezwarend zijn (en dus door de wederpartij kunnen worden vernietigd). De *gebruiker* kan echter (proberen te) bewijzen dat ze toch wel redelijk zijn gelet op de concrete situatie. Anders geformuleerd: dat zij wellicht bezwarend maar niet *onredelijk* bezwarend voor de tegenpartij zijn. Ook deze lijst ziet dus op overeenkomsten, waarbij een consument partij is. Enkele voorbeelden van bedingen op de grijze lijst:

- een beding dat de gebruiker een, gelet op de omstandigheden van het geval, ongebruikelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn geeft om op een aanbod of een andere verklaring van de wederpartij te reageren;
- een beding dat de gebruiker de bevoegdheid verschaft een prestatie te verschaffen, die wezenlijk van de toegezegde prestatie afwijkt, tenzij de wederpartij bevoegd is in dat geval de overeenkomst te ontbinden;
- een beding dat de gebruiker een ongebruikelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn voor de nakoming van een verbintenis uit de overeenkomst geeft;
- een beding dat de gebruiker geheel of ten dele bevrijdt van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding.

Een professionele wederpartij is vrijwel altijd aan de algemene voorwaarden gebonden. De zwarte en grijze lijst gelden niet voor hem. Dus kan hij een beding alleen vernietigen, als hij kan bewijzen dat het onredelijk bezwarend is of dat hem geen redelijke mogelijkheid geboden is kennis te nemen van de algemene voorwaarden (art. 6:233). Dit verdient wel enige nuancering, aan de grijze en zwarte lijst kan

evenwel een zekere zogenaamde reflexwerking worden toegekend via de open norm van art. 6:233 onder a BW. Via deze open norm kan de rechter bij een beroep op die open norm inspiratie ontleen aan het feit dat een beding voor transacties met consumenten op de zwarte of grijze lijst is geplaatst. Die reflexwerking zal met name aanwezig worden geacht in die gevallen de inhoud van de overeenkomst en op het verschil in marktpositie en deskundigheid tussen gebruiker en wederpartij, vergelijkbaar zijn met consumententransacties. De wetgever heeft het formele toepassingsgebied van art. 6:236-6:238 BW beperkt gehouden, omdat art. 6:233 onder a BW het mogelijk maakt materieel gelijk geaarde gevallen op dezelfde wijze te behandelen.

### 3.3.4 De inhoud van overeenkomsten

#### *Uitleg van overeenkomsten*

In de praktijk komt het herhaaldelijk voor dat partijen bij het uitvoeren van de overeenkomst ontdekken dat de inhoud van de overeenkomst niet helemaal duidelijk is. Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen zal een dergelijke discrepantie tussen de wilsverklaringen leiden tot de conclusie dat er geen overeenkomst tot stand gekomen is.

Veeleer wordt echter in de eerste plaats de oplossing gezocht in de uitleg van de inhoud van de overeenkomst. Het zogenaamde leerstuk van de uitleg is door de Hoge Raad in een aantal, inmiddels zeer bekende, arresten uiteen gezet.

De Hoge Raad zegt over de te geven uitleg aan overeenkomsten in het algemeen dat wat partij zijn overeengekomen afhangt van wat partijen hebben verklaard en wat ze uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen, hebben afgeleid.

In het Haviltex-arrest (13 maart 1981, NJ 1981/635) ging de Hoge Raad in op de vraag of partijen bij de uitleg van hun overeenkomsten kunnen volstaan met een zogenaamde zuiver taalkundige uitleg. De Hoge Raad beantwoordde die vraag ontkennend en zei daarover:

*De vraag, hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van de vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.*

De inhoud van deze overeenkomst werd dus volgens de Hoge Raad niet alleen bepaald door de tekst van de overeenkomst, maar ook op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Bij deze uitleg dient de rechter rekening te houden met alle omstandigheden van het geval waaronder bijvoorbeeld ook de vraag hoeveel juridische kennis partijen bezitten.

Na het beroemde Haviltex-arrest wees de Hoge Raad meer arresten over de uitleg van overeenkomsten. Uit die arresten is de zogenaamde CAO-norm voortgekomen, die het leerstuk van de uitleg nader nuanceert. De zogenaamde CAO-norm, is door de Hoge Raad ontwikkeld naar aanleiding van de uitleg van CAO-afspraken. Deze uitleg-regels wijken af van de zogenaamde Haviltex-maatstaf. De CAO-norm houdt in dat de bewoordingen van een bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis is voor de uitleg. Anders dus dan bij de Haviltex-maatstaf. De Hoge Raad hanteert juist de CAO-norm voor (o.a.) de uitleg CAO-overeenkomsten, omdat dit soort overeenkomsten naar hun aard bestemd zijn de rechtspositie van derden te beïnvloeden, zonder dat die derden invloed hebben gehad op de inhoud of de formulering van die overeenkomst en zonder dat de onderliggende partijbedoeling voor die derden kenbaar is. Voor deze derden zijn dus juist de bewoordingen van de tekst vrijwel het enige dat ze hebben om uitleg aan die tekst te geven. De CAO-norm is niet alleen van toepassing op CAO-afspraken die derden binden die niet bij de onderhandelingen over die bepalingen aan tafel hebben gezeten, maar ook andere overeenkomsten die van eenzelfde aard zijn en waar partijen ook gebonden worden aan bepalingen waarover zij niet zelf hebben onderhandeld, bijvoorbeeld sets van door de sector uit onderhandelde algemene voorwaarden (denk aan de UAV 2012).

In het arrest DSM/Fox oordeelt de Hoge Raad dat er geen tegenstelling bestaat tussen de Haviltex- en de CAO-norm, maar dat hier sprake is van een vloeiende overgang tussen beiden. Zo geldt ook bij de toepassing van de Haviltex-maatstaf dat de argumenten voor een uitleg van een geschrift naar objectieve maatstaven aan gewicht winnen, indien de (teksten in de) overeenkomst naar haar aard meer is bestemd de rechtspositie van derden te beïnvloeden, derden die de bedoeling van die bij de onderhandeling betrokken partijen niet kunnen kennen, terwijl het geschrift ertoe strekt de rechtspositie van die derden op uniforme wijze te regelen. Anderzijds leidt de cao-norm niet tot een zuiver taalkundige uitleg, maar naar een uitleg naar meer objectieve maatstaven waarin de taalkundige betekenis meer gewicht toekomt of kan toekomen.

#### *Contractuele redelijkheid en billijkheid*

Ook de contractuele *redelijkheid en billijkheid* kunnen mede de rechtsgevolgen bepalen die uit een overeenkomst voortvloeien. De contractpartners zijn tegenover elkaar verplicht om te handelen zoals redelijke en fatsoenlijke mensen plegen te doen. Dit staat aldus in art. 6:248 BW:

1. Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.
2. Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Normen van redelijkheid en billijkheid hebben dus niet alleen de in lid 1 verwoorde, aanvullende werking, maar ook een beperkende werking (zie lid 2). Bij overeenkomsten komt het telkens aan op de betekenis die de betrokken contracterende partijen over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten ontleen en op hetgeen zij in dit verband van elkaar mogen verwachten.

Een voorbeeld van de in lid 1 bedoelde *aanvullende werking* is het volgende (Rechtbank 's-Gravenhage 30 januari 1974, NJ 1974/318):

*Voorbeeld.* Een koper en een verkoper deden sinds jaar en dag zaken met elkaar. Steeds op basis van de algemene voorwaarden van de verkoper. Plotseling veranderde de verkoper deze voorwaarden en verwees daarnaar met kleine lettertjes in orderbevestigingen en facturen. Meer deed de verkoper niet: hij deelde de koper de verandering niet mee. Toen de verkoper tegen de koper een beroep deed op de nieuwe voorwaarden, stelde de rechter de verkoper in het ongelijk: de redelijkheid en billijkheid bracht voor hem een mededelingsplicht mee tegenover zijn vaste (contractuele) relatie.

Lange tijd is een betwist punt geweest of de redelijkheid en billijkheid ook een *beperkende* (derogerende) *werking* ten aanzien van de overeenkomst konden hebben. De beperkende werking houdt in dat een tussen schuldeiser en schuldenaar geldende regel blijft in een concreet geval buiten toepassing blijft indien die toepassing een resultaat zou opleveren dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is. De redelijkheid en billijkheid kan dus in de weg staan aan toepassing van een partijafpraak, of aan regelend recht en zelfs aan dwingende wetsbepalingen.

Een rechtsfiguur die dicht tegen de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid aanligt, is de *rechtsverwerking* (Art. 6:89 BW). Daarvan is sprake, als een contractspartij door eigen gedragingen (handelen of nalaten) een haar toekomstend recht verspeelt. Iemand heeft bijvoorbeeld een opslagloods laten bouwen en ontdekt twee weken na ingebruikname een constructiefout. Hij lost dit provisorisch op spreekt pas twee jaar later de aannemer aan op dit gebrek in de prestatie. Het verstrijken van de tijd tussen ontdekking en aanspreken en het zelf provisorisch een oplossing zoeken zonder onverwijld de aannemer te benaderen leiden er toe dat degene die de opdracht tot het bouwen van de loods heeft gegeven, zijn rechten ten aanzien van herstel of schadevergoeding heeft gewerkt door te lang te wachten met klagen over het gebrek. .

### Onvoorziene omstandigheden

Redelijkheid en billijkheid spelen in de eerste plaats een rol ten aanzien van de vraag hoe de betrokken partijen (de verbintenissen uit) hun overeenkomst moeten uitvoeren. Maar stel nu eens dat een onvoorziene wijziging in omstandigheden het voor een van de partijen heel bezwaarlijk maakt haar verbintenis uit de overeenkomst in haar oorspronkelijke (overeengekomen) vorm uit te (blijven) voeren – speelt de redelijkheid en billijkheid dan ook een rol?

De *hoofdregel is en blijft*: hetgeen is overeengekomen, blijft partijen binden en moet door hen worden nagekomen.

Art. 6:258 BW geeft de rechter de mogelijkheid om op verzoek van een contractspartij een overeenkomst geheel of gedeeltelijk te wijzigen of zelfs te ontbinden, als er sprake is van onvoorziene omstandigheden.

Onvoorziene omstandigheden zijn die omstandigheden die partijen niet hebben en kunnen voorzien bij het sluiten van een overeenkomst. Deze omstandigheden moeten zijn ingetreden na het sluiten van de overeenkomst en van wezenlijke invloed zijn op een prestatie of prestaties uit de overeenkomst. Wat voorzienbaar was en wat niet hangt steeds af van het geval.

Deze omstandigheden moeten voorts van dien aard zijn dat ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst door de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag worden verwacht.

Rechters zijn zeer terughoudend met het aannemen van onvoorziene omstandigheden. In beginsel moet een overeenkomst worden nageleefd ook al is dit (zeer) nadelig voor een contractspartij. In de rechtspraak zijn o.a. de volgende uitzonderingsgevallen vastgesteld:

- als er sprake is van een ernstige verstoring in het evenwicht tussen de contractuele verplichtingen van partijen;
- als het nut van het contract verloren is gegaan omdat het doel van partijen onbereikbaar is geworden;
- als nakoming extreem nadelig is geworden voor één van partijen.

Zoals in het begin al gezegd, gaat het hier niet om nakoming van de tussen partijen van kracht zijnde verbintenissen, maar om inhoudelijke bijstelling (of zelfs om beëindiging van de overeenkomst) wegens daarop inwerkende onvoorziene omstandigheden.

Art. 6:258 BW maakt natuurlijk niet dat partijen bij onvoorziene omstandigheden hun probleem aan de rechter *moeten* voorleggen. Uiteraard kunnen ze eerst proberen in gezamenlijk overleg een oplossing te vinden.



### 3.3.5 Nakoming van overeenkomsten

Voorop staat uiteraard, dat ieder van de bij een overeenkomst betrokken partijen op juiste wijze uitvoering geeft aan de (tijdige en juiste) nakoming van zijn/haar verbintenis. Blijft een contractuele prestatie in de vorm waarin deze behoort te worden nagekomen uit, dan is sprake van een *tekortkoming*. De volgende vraag is dan wanneer een debiteur daarvoor wel en wanneer niet aansprakelijk is. Oftewel: wanneer moet de debiteur de schade vergoeden die voortvloeit uit de tekortkoming?

Het BW regelt de nakoming (ook wel: voldoening, betaling) niet bij de overeenkomst, maar bij de verbintenis. Het gaat hier derhalve om een verbintenis (tot het betalen van schadevergoeding) voortvloeiend uit de wet. Uit art. 6:74 BW volgt dat iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis de schuldenaar verplicht de schade die de schuldeiser daardoor leidt, te vergoeden, tenzij deze tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend.

Er is sprake van *toerekenbare tekortkoming* (we spreken ook wel van *wanprestatie*), indien men niet, niet tijdig of slechts gedeeltelijk aan een -opeisbare- verbintenis uit een wederkerige overeenkomst voldoet en die tekortkoming in juridische zin kan worden toegerekend.

Ingevolge art. 6:75 BW kan een tekortkoming niet aan de schuldenaar worden toegerekend inzien zij niet te wijten is aan zijn schuld, noch krachtens de wet, rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. We spreken dan van *overmacht*.

Welke mogelijkheden biedt de wet aan de schuldeiser tegenover zijn wanpresterende schuldenaar, aan wie de tekortkoming moet worden toegerekend? Daarover zegt art. 6:74 lid 1 BW:

*Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan toegerekend.*

Wat kan een crediteur nu van zijn wanpresterende debiteur eisen, als er bijvoorbeeld een koopovereenkomst is? Globaal bestaan de volgende mogelijkheden, afhankelijk van de vraag of nakoming nog wel of niet meer mogelijk is:

- a. als de prestatie reeds blijvend onmogelijk is geworden (dat specifieke gebouw is volledig uitgebrand en niet te herstellen) het recht op *vervangende schadevergoeding*.
- b. als de prestatie nog wel mogelijk is:
  - het recht op *nakoming* van de toegezegde prestatie, bijv. het (persoonlijk) recht op eigendomsoverdracht van de verkochte graafmachine.
  - het recht tot *opschorting van de eigen prestatie* (bijv. het uitstellen van de betaling van de koopsom van de graafmachine);
  - het recht op een zekere vorm van schadevergoeding, namelijk *vertragingsschade*.

- soms ook het recht tot *omzetting van de verbintenis in vervangende schadevergoeding*, hoewel de nakoming van de prestatie door de schuldenaar nog wel mogelijk is.

In al deze gevallen zal de schuldeiser zijn eigen verbintenis(sen) uit de overeenkomst jegens de schuldenaar moeten nakomen! Dit is alleen anders wanneer de schuldeiser *de overeenkomst ontbindt*. Daardoor wordt hij bevrijd van de nakoming van zijn eigen verplichtingen. Dan blijft het recht op schadevergoeding overigens bestaan.

*Ontbinding van de overeenkomst* kan de schuldeiser ook eisen, indien de nakoming van de verplichtingen door zijn schuldenaar uitblijft als gevolg van overmacht, dus een niet-toerekenbare tekortkoming. Immers, ook dan wordt die schuldeiser door de ontbinding van de overeenkomst van zijn eigen verbintenis(sen) uit die overeenkomst bevrijd.

#### *Opschortingsrechten*

In de vorige paragraaf zagen we al dat partijen bij een wederkerige overeenkomst, waarin zij wederzijds verplichtingen hebben, zich voor de vraag geplaatst kunnen zien of zij nog door moeten gaan met het nakomen van hun eigen verplichtingen. Indien de ene partij zijn deel van de overeenkomst niet nakomt, kan de andere partij haar deel van de overeenkomst, de tegenprestatie, opschorten. In art. 6:262 BW is opgenomen dat als een der partijen haar verbintenis niet nakomt, de wederpartij bevoegd is de nakoming van haar daartegenover staande verplichtingen op te schorten.

Het is wel zo, aldus het tweede lid van art. 6:262 BW, dat in geval van gedeeltelijke of niet behoorlijke nakoming opschorting slechts is toegelaten, voor zover de tekortkoming haar rechtvaardigt. De opschorting van een betalingsverplichting moet derhalve wel in verhouding staan tot de omvang van de niet-nakoming. Als bijvoorbeeld een aannemer een schuur oplevert waaraan bij oplevering nog enkele kleine gebreken kleven, rechtvaardigt de omvang van die gebreken niet de opschorting van de betaling van de gehele aanneemsom. In dat geval is opschorting van een gedeelte van de betaling van de aanneemsom slechts op zijn plaats.

#### *Retentierecht*

Een retentierecht is een speciale vorm van de hierboven beschreven opschortingsrechten. *Retentierecht* is de bevoegdheid die in de bij de wet aangegeven gevallen aan een schuldeiser toekomt, om de nakoming van een verplichting tot afgifte van een zaak aan zijn schuldenaar op te schorten, totdat de vordering door de schuldenaar wordt voldaan.

**Voorbeeld.** Loman BV heeft een trailer ter reparatie gegeven bij Begenkamp BV. Afsproken is dat Loman BV de rekening direct na de reparatie zal betalen. Loman BV wil de gerepareerde trailer ophalen, maar kan niet betalen. Begenkamp BV heeft dan de bevoegdheid de trailer onder zich te houden en dus niet mee te geven, totdat de reparatieprijs volledig is betaald.

Een retentierecht kan zo een stevig pressiemiddel zijn om een debiteur tot nakoming van zijn verbintenis aan te sporen. Het recht is ook van groot belang in geval van faillissement van de schuldenaar. Ook dan kan de crediteur dit recht uitoefenen. Hij kan dan weliswaar tot afgifte worden

gedwongen, maar hij is dan bevoorrecht bij de verdeling van de opbrengst van de te verkopen zaak voor het bedrag dat hij nog tegoed had. Hij heeft dus een bijzonder privilege.

### 3.3.6 Overeenkomst en derden

Tussen wie gelden de rechtsgevolgen, voortvloeiende uit een verbintenisscheppende overeenkomst? De hoofdregel is dat die alleen tussen contractspartijen gelden. Maar rechtverkrijgenden onder algemene titel treden van rechtswege in de rechten en verplichtingen van hun rechtsvoorgangers (dus degene die een ander opvolgen in hun rechten en als het ware in de schoenen van de vorige rechthebbende treden). De rechtsgevolgen van een overeenkomst gelden in principe dus ook voor hen (art. 6:249 BW). Dit is anders als uit de overeenkomst of de wet iets anders voortvloeit of als de contracterende partijen bij het sluiten van hun overeenkomst hebben bepaald dat deze alleen (strikt) tussen hen geldt en niet qua rechtsgevolgen zal overgaan op hun rechtsopvolgers onder algemene titel.

### 3.3.7 Enkele benoemde overeenkomsten

In de vorige paragrafen zijn de algemene regels voor overeenkomsten besproken. In par 3.3 hebben we gezien dat er benoemde en onbenoemde overeenkomsten zijn. Benoemde overeenkomsten zijn in de wet (nader) geregeld en uitgewerkt. Een groot aantal van deze benoemde overeenkomsten staat in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Hier volgen enige voorbeelden van benoemde overeenkomsten die voor het proces van ontwerpen en bouwen van belang kunnen zijn.

#### *De koopovereenkomst*

Bij een *koopovereenkomst* verbindt de één zich een zaak te geven en de ander om daarvoor een prijs in geld te betalen (art. 7:1 BW). Het gaat hier om een wederkerige overeenkomst: de plicht van de verkoper is het om de verkochte zaak met toebehoren in eigendom over te dragen aan de koper; de plicht van de koper is het betalen van de prijs in geld. Dus: beide partijen nemen een verbintenis op zich, waar een vordering op de wederpartij tegenover staat. Het kan voorkomen dat partijen een koop sluiten zonder een prijs te bepalen. In dat geval is de koper een redelijke prijs verschuldigd (art. 7:4). Art. 7:26 lid 2 BW zegt dat betaling van de koopprijs moet geschieden ten tijde en ter plaatse van de aflevering. In principe geldt dus dat partijen gelijk moeten oversteken, maar er kunnen bepalingen in de koopovereenkomst worden opgenomen waardoor dit anders ligt. Zo kan ten voordele van de koper worden afgeweken van art. 7:26 lid 2 BW: partijen kunnen overeenkomen dat de verkoper moet presteren (oftewel: leveren) vóórdat de koper presteert (oftewel: betaalt).

*Voorbeeld.* Olferts BV kan 1000 ton fijnzand aan BV Afman verkopen op 12 mei en haar dat zand op die datum in eigendom overdragen. Beide partijen kunnen in het kader van deze overeenkomst tevens hebben afgesproken, dat de koopsom pas op 1 juli van dat jaar aan de verkoper moet worden voldaan. Ook bij onroerende zaken en registergoederen bestaat de mogelijkheid om levering en betaling op een verschillend tijdstip te laten plaatsvinden.

Indien als tegenprestatie geen prijs in geld maar een andere zaak wordt geleverd, is geen sprake van een koop-, maar van een *ruilovereenkomst*.

Wat mag de koper verwachten van de verkoper, wat betreft de hoedanigheden van de zaak die de verkoper levert? Art. 7:17 BW geeft daarop (onder andere) het volgende antwoord:

1. De afgeleverde zaak moet aan de overeenkomst beantwoorden.
2. Een zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst indien zij [...] niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien.
3. Een andere zaak dan is overeengekomen, of een zaak van een andere soort, beantwoordt evenmin aan de overeenkomst. Hetzelfde geldt indien het afgeleverde in getal, maat of gewicht van het overeengekomene afwijkt.

De wet bevat veel bijzondere bepalingen ter bescherming van consumenten. Art. 7:5 lid 1 BW, voor zover hier van belang voor het definiëren van het begrip 'consumentenkoop', luidt:

*In deze titel wordt verstaan onder [...] consumentenkoop: de koop met betrekking tot een roerende zaak die wordt gesloten door een verkoper die handelt in het kader van zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit en een koper, natuurlijk persoon, die handelt voor doeleinden buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit;.*

Voor alle duidelijkheid: art. 7:5 BW definieert consumentenkoop als koop met betrekking tot een *roerende zaak*. De speciale regels voor consumentenkoop in Titel 7.1 (Bijzondere overeenkomsten, Koop en Ruil) gelden dus niet voor gevallen, waarin consumenten een onroerende zaak kopen. Bij consumentenkoop van roerende zaken geeft de wetgever de koper sterke bescherming door voor te schrijven dat van wetsafdelingen 7.1.1-7.1.7 in het BW niet ten nadele (dus wel ten voordele) van de consument-koper kan worden afgeweken (zie art. 7:6 lid 1 BW).

Wat betreft de koop van *onroerende zaken* wordt een natuurlijk persoon, niet handelend in de uitoefening van beroep of bedrijf (een consument dus), alleen beschermd bij de koop van een woning (art. 7:2 BW zegt dat afwijking van art. 7:2 lid 1-3 BW ten nadele van de koper niet is toegestaan, behoudens bij een standaardregeling als bedoeld in art. 6:214 BW). Een dergelijke koop moet schriftelijk worden aangegaan en de koper heeft drie dagen de mogelijkheid om de koop te ontbinden. Verder zegt de wet (art. 7:26 BW lid 3, regelen recht) het volgende:

*Is voor de eigendomsoverdracht een notariële akte vereist, gevolgd door inschrijving daarvan in de daartoe bestemde openbare registers, dan moet het verschuldigde ten tijde van de ondertekening van de akte tenminste uit de macht van de koper zijn gebracht en behoeft het pas na de inschrijving in de macht van de verkoper te worden gebracht.*

Dit betekent dat bij transacties inzake onroerende zaken – tenzij de koper en verkoper anders hebben afgesproken – op het tijdstip van ondertekening van de leveringsakte bij de notaris de koopsom door de koper nog niet behoeft te zijn voldaan noch op dat tijdstip moet worden voldaan. Maar de koopprijs moet zich inmiddels wel ‘buiten de macht’ van de koper bevinden. Meestal is de koopsom inmiddels gestort op een bankrekening van die notaris ten tijde van het opmaken van de leveringsakte. Gebruikelijk is dat de notaris zorgt voor het voldoen van de koopsom aan de verkoper en dat de koopsom de dag na het verlijden van de leveringsakte vervolgens aan de verkoper overgemaakt.

### *De huurovereenkomst*

Een huurovereenkomst verplicht een verhuurder om een zaak (roerend of onroerend) in gebruik te geven aan de huurder. De huurder moet op zijn beurt tegenover de verhuurder een tegenprestatie verrichten (art. 7:201 lid 1 BW). De ‘oer-regeling’ van de overeenkomst van huur en verhuur staat in art. 7:201 tot en met 7:231 BW. Deze bepalingen zijn grotendeels van regelend recht: partijen zijn vrij, in onderling overleg en na onderling goedvinden, van vele daar genoemde bepalingen af te wijken.

In de loop der tijd heeft het huurrecht tal van veranderingen en uitbreidingen ondergaan. In deze (latere) specifieke wetgeving wordt meermaals van de contractsvrijheid afgeweken door het gebruik van dwingendrechtelijke bepalingen. Er wordt vooral afgeweken ten gunste van een specifieke groep huurders: die van woonruimte. Dit houdt verband met de grote maatschappelijke betekenis van het huurrecht.

Heel belangrijk voor een huurder is art. 7:226 lid 1 BW, dat luidt:

*Overdracht van de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft en vestiging of overdracht van een zelfstandig recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstal op de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft, door de verhuurder, doen de rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst, die daarna opeisbaar worden, overgaan op de verkrijger.*

Afwijken van dit artikel is niet toegestaan bij gebouwde onroerende zaak, woonwagens en standplaatsen. Deze wetsbepaling wordt in de praktijk vaak aangeduid als: ‘koop breekt geen huur’, maar juridisch gezien is de werking van het artikel ruimer. Ook iemand die een beperkt zakelijk recht (van vruchtgebruik, opstal, erfpacht) op de onroerende zaak krijgt, moet de rechten van de huurder respecteren. Op grond van deze regel geldt dat *bij eigendomsoverdracht* van de verhuurde zaak de

verkrijger (een koper) van rechtswege – als verhuurder – in de plaats treedt van de voormalige verhuurder/verkoper.

De huurovereenkomst blijft bestaan, ondanks de verandering in de persoon van de eigenaar. Daarom spreekt men bij huur wel van een *kwalitatieve overeenkomst*: de overeenkomst heeft een werking vergelijkbaar met die van een (beperkt) zakelijk recht, waarbij immers ook de rechten en verplichtingen de zaak volgen. De nieuwe eigenaar volgt de vorige op in de 'kwaliteit' van verhuurder.

*Voorbeeld.* Nel verkoopt en draagt een woonhuis met erf, dat zij aan Karin verhuurt, over aan Tineke. Op grond van art. 7:226 BW wordt Tineke van rechtswege verhuurder van Karin. Of: een erfpachter verhuurt zijn woonhuis en verkoopt dat recht van erfpacht twee jaar later aan een ander. De nieuwe erfpachter wordt van rechtswege verhuurder.

Van een 'gewone' huurovereenkomst moet worden onderscheiden de pachtovereenkomst. Het verschil is dat bij de pachtovereenkomst de verhuurder (of eigenlijk: de verpachter) een specifiek soort gebruik verstrekt: dat van een onroerende zaak voor de bedrijfsmatige uitoefening van de landbouw (art. 7:311 BW). Huur (en pacht) is één van de wijzen waarop bijvoorbeeld een onroerend goed-eigenaar het gebruik van zijn zaak aan een ander kan verschaffen. Huur- en pachtovereenkomsten verplichten níet tot overdracht van eigendom of vestiging van een beperkt zakelijk recht (in tegenstelling tot bijvoorbeeld een koopovereenkomst, zie hierboven in deze paragraaf over de koopovereenkomst).

#### *De aannemingsovereenkomst*

Aanneming van werk is geregeld in Titel 12 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (ook wel: Titel 7.12 BW). Onder *aanneming van werk* wordt verstaan de overeenkomst waarbinnen de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren, tegen een door de opdrachtgever (ook wel: aanbesteder) te betalen prijs in geld (art. 7:750 BW).

Bij de aannemingsovereenkomst denkt men vaak in de eerste plaats aan de bouwsector, maar aanneming van werk komt in heel veel andere sectoren voor. Dat zijn sectoren waar ook werk van stoffelijke aard wordt verricht, denk aan de kleermaker of de fietsenmaker, of het laten bouwen van een schip of locomotief maar ook aan allerlei reparatie- of onderhoudswerk aan machines, apparaten en andere stoffelijke zaken.

De hier besproken wettelijke regeling geldt voor aanneming in de bouw, maar veelal worden rechtsverhoudingen in de bouw nauwelijks beheerst door de regels opgenomen in dit deel van het BW. Partijen maken hier zelf namelijk bij overeenkomst zeer gedetailleerde afspraken over, bijvoorbeeld ook met behulp van algemene voorwaarden. Algemene voorwaarden worden immers in de bouw zeer veel gehanteerd (zie ook par. 4.3) Naast algemene voorwaarden (zoals de UAV en de UAV-GC) worden vaak ook bijzondere, vaak technische, voorwaarden aan de overeenkomst toegevoegd. Dat gebeurt in het *bestek*.

In de algemene voorwaarden worden, zoals ook eerder uiteengezet, bepaalde onderlinge rechten en verplichtingen van aannemer en opdrachtgever tijdens en na de werkzaamheden uitvoerig geregeld.

De wettelijke regels in het BW zijn grotendeels aanvullend recht. Veelal zal de rechtsverhouding tussen partijen dus niet beheerst worden door de regels uit het BW, maar door de contractuele afspraken die partijen hebben gemaakt. Dit is anders als het gaat om aanneming van werk waarbij de opdrachtgever een consument is. In dat geval is afdeling 2 van Titel 7.12 BW van toepassing, en die afdeling is wel van dwingend recht.

De overeenkomst met een aannemer komt tot stand op dezelfde wijze als iedere andere overeenkomst: door aanbod en aanvaarding. In de fase voorafgaand aan de totstandkoming spelen dezelfde beginselen van redelijkheid en billijkheid een rol als bij andere overeenkomsten.

Is de overeenkomst met de aannemer tot stand gekomen, dan hoeft de aannemer het werk *niet persoonlijk* te verrichten. Hij kan dit door werknemers of door een onderaannemer laten doen. Hij is bevoegd het werk onder zijn leiding door anderen te laten uitvoeren en ten aanzien van onderdelen de leiding aan anderen over te laten (dit worden in het BW hulppersonen genoemd. In de praktijk zijn dit vaak onderaannemers). Wel blijft de aannemer aansprakelijk voor deugdelijke nakoming van hetgeen hij in de overeenkomst heeft toegezegd, aldus art. 7:751 BW.

Aannemer en opdrachtgever kunnen de *aanneemsom* bij het sluiten van de overeenkomst vastleggen. Doen zij dat niet of is slechts een richtprijs vastgelegd, dan is de opdrachtgever een redelijke prijs verschuldigd, aldus art. 7:752 BW. Is een richtprijs overeengekomen, dan mag de aannemer deze niet met meer dan 10% overschrijden, tenzij de aannemer tijdig heeft gewaarschuwd dat een hogere overschrijding dan 10% waarschijnlijk is. Zo wordt de opdrachtgever de gelegenheid gegeven het werk (alsnog) te beperken of te vereenvoudigen. Dit geldt zowel voor projecten mét, als voor projecten zónder vastgelegde tijdsduur.

Afdeling 1 van Titel 7.12 BW bevat nog een aantal belangrijke verplichtingen voor zowel opdrachtgever als opdrachtnemer. Zo is de aannemer (ingevolge art. 7:754 BW) verplicht om bij het aangaan van de overeenkomst en tijdens de uitvoering ervan, de opdrachtgever te waarschuwen voor onjuistheden in de opdracht voor zover hij deze kende of redelijkerwijs behoorde te kennen. Dat geldt ook voor gebreken en ongeschiktheid van zaken afkomstig van de opdrachtgever, de materialen waarmee zal worden gewerkt en fouten in of gebreken aan door de opdrachtgever verstrekte plannen, tekeningen, berekeningen, bestekken of uitvoeringsvoorschriften.

Na de voltooiing van het werk wordt het werk opgeleverd. De aannemer meldt de opdrachtgever dat het werk gereed is om te worden opgeleverd en de opdrachtgever moet het werk dan binnen een redelijke termijn geheel of onder voorbehoud goedkeuren of het werk onder aanwijzing van de gebreken weigeren. Reageert de opdrachtgever niet op de melding tot oplevering van de aannemer, dan wordt

de opdrachtgever geacht het werk stilzwijgend te hebben aanvaard. Na aanvaarding wordt het werk als opgeleverd beschouwd. Na oplevering is het werk voor risico van de opdrachtgever, aldus art. 7:758 leden 1 en 2 BW.

Met ingang van 1 januari 2024 wordt de Wet Kwaliteitsborging voor het bouwen (ook wel: Wkb) ingevoerd en wordt aan art. 7:758 BW een nieuw vierde lid toegevoegd. Als gevolg daarvan geldt voor de aanneming van bouwwerken niet meer het 'oude' lid 3 van datzelfde artikel.

Dat lid 3 luidt als volgt:

*'De aannemer is ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.'*

Met dit lid 3 wordt ten gunste van de aannemer afgeweken van de algemene regel van art. 6:74 lid 1 BW dat de gevolgen regelt van het niet-nakomen van een verbintenis. Op grond van art. 6:74 lid 1 BW verplicht iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij die tekortkoming niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend. Lid 3 van art. 7:758 BW (oud) wijkt daarvan af nu hierin is opgenomen dat de aannemer is ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever ten tijde van de oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken. De ratio van deze afwijking op de algemene regel van art. 6:74 lid 1 BW, is dat de aannemer na de oplevering een gerechtvaardigd vertrouwen mag hebben dat de opdrachtgever, kort samengevat, de zichtbare gebreken heeft aanvaard en dat de opdrachtgever ervan afziet zijn recht op herstel uit te oefenen.

Bij invoering van de Wkb wordt zoals gezegd een vierde lid toegevoegd aan art. 7:758 BW en verandert de situatie. Lid 4 luidt als volgt:

*'In afwijking van het derde lid, is bij aanneming van bouwwerken de aannemer aansprakelijk voor gebreken die bij de oplevering van het werk niet zijn ontdekt, tenzij deze gebreken niet aan de aannemer zijn toe te rekenen. Van dit lid kan niet ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken, voor zover de opdrachtgever een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. In andere gevallen kan van dit lid alleen ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken, indien dit uitdrukkelijk in de overeenkomst is opgenomen.'*

De kern van de nieuwe bepaling is dat bij aanneming van bouwwerken de aannemer aansprakelijk is voor gebreken die bij de oplevering van het bouwwerk niet zijn ontdekt, tenzij deze gebreken niet aan de aannemer zijn toe te rekenen.

Ten opzichte van lid 3 van art. 7:758 BW bevat lid 4 een aantal wijzigingen. De belangrijkste wijziging is het veranderde uitgangspunt (namelijk van *ontslag van aansprakelijkheid* naar *aansprakelijkheid*). De gedachte achter deze wijziging is het bewerkstelligen van een evenwichtiger



verantwoordelijkheidsverdeling tussen de aannemer en de opdrachtgever. Door de wijziging van dit uitgangspunt wordt meer aangesloten bij art. 6:74 BW dan onder lid 3 het geval was.

Naast het wijzigen van het uitgangspunt, wijzigen ook een aantal andere zaken waarvan de belangrijkste is wijziging van een relatieve naar een feitelijke invulling van het begrip 'verborgen gebrek'. Kortweg is de vraag of een gebrek verborgen was niet meer afhankelijk van wat deze opdrachtgever (met zijn kennis en ervaring) redelijkerwijs had moeten ontdekken (het oude lid 3), maar is nu verborgen wat feitelijk niet is ontdekt bij oplevering.

Voorts bevat Titel 7.12 BW nog bepalingen over o.a. kostenverhogende omstandigheden (art. 7:753 BW), de waarschuwingsplicht bij de noodzaak tot prijsverhoging bij meerwerk (art. 7:755 BW), de ontbinding voor oplevering (art. 7:756 BW), het tenietgaan van het werk (art. 7:757 BW), het herstel van gebreken na oplevering (art. 7:759 BW) de inschakeling van hulppersonen (art. 7:760 BW) en verjaring (7:761 BW) opzegging (art.7:764 BW).

Zoals reeds opgemerkt bevat Afdeling 2 van Titel 7.12 BW speciale dwingendrechtelijke regels voor de bouw van een woning in opdracht van een natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Het gaat hier dus om de bouw van nieuwbouwwoningen voor consumenten. Hierin is o.a. opgenomen dat dit soort overeenkomsten verplicht schriftelijk moeten worden aangegaan (7:766 BW).

#### *De overeenkomst van opdracht*

Bij de *overeenkomst van opdracht* gaat het, om een opdrachtnemer, die zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt buiten dienstbetrekking werkzaamheden te verrichten, die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken (zie art. 7:400 lid 1 BW).

'Buiten dienstbetrekking' betekent: het is geen arbeidsovereenkomst, want dan werkt men 'in dienstbetrekking'. Met 'geen werk van stoffelijke aard' wordt de opdrachtovereenkomst onderscheiden van de aannemingsovereenkomst.

In de ontwerp- en bouwfase wordt veelvuldig gebruik gemaakt van de vigeur van de overeenkomst van opdracht. Zo worden overeenkomsten met architecten, stedenbouwkundige bureaus, raadgevend ingenieurs en allerlei andere adviseurs in het ontwerp- en bouwproces geschaard onder de overeenkomst van opdracht.

De wet laat partijen veel ruimte om de opdrachtovereenkomst inhoudelijk zelf in te vullen; veel bepalingen zijn van regeland recht. Een algemene verplichting voor de opdrachtnemer is het inacht nemen van zorg zoals een goed opdrachtnemer betaamt. Hoofdstuk 4 gaat verder in op de overeenkomst met een architect.

### *De arbeidsovereenkomst*

Bij de aannemings- en opdrachtovereenkomst verricht een opdrachtnemer werk voor een ander. De opdrachtnemer werkt voor eigen rekening en risico. Het meeste werk wordt echter door werknemers verricht op grond van een arbeidsovereenkomst. Voor de arbeidsovereenkomst geldt een groot aantal wettelijke bepalingen die veelal van dwingend recht zijn. De wetgever heeft gekozen voor dwingend recht, omdat de positie van werkgever en werknemer niet gelijk is: doorgaans is de werknemer meer afhankelijk van de werkgever dan andersom. Door de werkgever allerlei verplichtingen op te leggen, wordt de positie van de werknemer versterkt en wordt hij beschermd tegen zijn werkgever. Art. 7:610 BW definieert de arbeidsovereenkomst als volgt:

*'De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten'.*

Bij het bepalen of sprake is van een arbeidsovereenkomst of iemand de bescherming van het arbeidsrecht geniet, komt het aan op vier elementen: 1) arbeid (lichamelijk of geestelijk) die men persoonlijk moet verrichten 2) en wel gedurende zekere tijd, 3) loon en 4) ondergeschiktheid. Een aannemer en iemand die een overeenkomst van opdracht sluiten, kunnen het werk in principe door iemand anders laten doen. Maar voor een werknemer bestaat deze mogelijkheid niet, tenzij de werkgever hem daarvoor toestemming geeft.

## 3.4 Onrechtmatige daad

### 3.4.1 Onrechtmatige daad algemeen

Zoals gezegd zijn de voornaamste bronnen van verbintenissen de overeenkomst en de wet. De belangrijkste bron van verbintenissen die rechtstreeks uit de wet voortvloeit, is de onrechtmatige daad (geregeld in Titel 3 van Boek 6 BW). Het wetsartikel over de onrechtmatige daad is het meest toegepaste artikel uit het Nederlandse privaatrecht. Art. 6:162 BW definieert wat een onrechtmatige daad is. Dit artikel luidt:

- 1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.*
- 2. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.*
- 3. Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak, welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.*

De verbintenis die uit een onrechtmatige daad voortvloeit, is dus: de vermogensrechtelijke band tussen twee rechtssubjecten krachtens welke de schadelijdende partij recht heeft op vergoeding van zijn schade, die de schadetoebrengende partij moet voldoen. Bijvoorbeeld: een automobilist die een fietser aanrijdt, moet de schade van de fietser (bijvoorbeeld fietsreparatie, ziekenhuisrekening, gederfd inkomen en smartengeld) betalen. Een drukker die een collega oneerlijke concurrentie aandoet, zal diens schade moeten vergoeden. Ook de overheid kan een onrechtmatige daad plegen: een gemeente onderhoudt bijvoorbeeld een onder haar beheer vallend wegdek zo slecht dat schade voor een automobilist ontstaat.

Let op: met *daad* wordt niet alleen een *handelen*, maar ook een *nalaten* bedoeld (zie ook art. 6:162 lid 2 BW).

Het duurde even voordat het artikel inzake de onrechtmatige daad de belangrijke rol ging spelen in ons recht, die het thans speelt. In 1919 oordeelde de Hoge Raad in een sindsdien voor de toepassing van de onrechtmatige daad baan doorbrekend arrest. Het ging in dit geval om oneerlijke concurrentie (HR 31 januari 1919, *NJ* 1919/161 (Lindenbaum/Cohen)):

Drukker Cohen kocht de bediende van zijn concurrent Lindenbaum om opdat deze hem alles zou vertellen wat er ten kantore van Lindenbaum omging (gedane offertes, namen van klanten die bestellingen deden en prijsopgaven vroegen). De HR overwoog dat deze handelswijze van Cohen een onrechtmatige daad was en stelde in het algemeen vast dat onder onrechtmatige daad ook is te verstaan (maar dan vertaald in moderner Nederlands): *een handelen of nalaten dat indruist tegen de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed.*

Sindsdien is vele malen in de rechtspraak bevestigd dat het artikel over de onrechtmatige daad ook naar ongeschreven rechtsregels verwijst (ongeschreven maatschappelijke betamelijkheidsnormen). Deze jurisprudentieregel is thans wettelijk vastgelegd in art. 6:162 lid 2 BW (onrechtmatig is een doen of nalaten in strijd met 'hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt').

Voor *aansprakelijkheid* uit onrechtmatige daad *wegens eigen gedraging* eist de wet dat aan een vijftal elementen is voldaan. Deze staan alle in art. 6:162 en 163 BW. Het gaat om de volgende criteria:

- a. een onrechtmatige daad
- b. toerekenbaarheid aan de dader
- c. schade
- d. causaal verband tussen onrechtmatige daad en schade
- e. relativiteit van de onrechtmatige daad

**Ad a.** *een onrechtmatige daad* (art. 6:162 lid 2 BW). Deze kan gelegen zijn in 1) een inbreuk op een recht (bijvoorbeeld op een recht van eigendom door iemands ramen in te slaan, een huurrecht, recht

op privacy, een koopoptie), 2) een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht (bijvoorbeeld mededingingsbepalingen uit het Europees recht) of 3) hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Een onrechtmatige gedraging kan haar onrechtmatig karakter verliezen, indien de dader de aanwezigheid van een *rechtvaardigingsgrond* aannemelijk maakt. Denk aan een handeling in een noodtoestand of bij noodweer: de ramen worden ingeslagen om een kind uit een brandend huis te redden of om snel een hamer te kunnen pakken om een aanvaller knockout te slaan.

**Ad b.** *toerekenbaarheid van de onrechtmatige daad aan de dader* (art. 6:162 lid 3 BW). Daaronder vallen niet alleen opzet en schuld (schuld in de zin van verwijtbaarheid), maar ook een oorzaak die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvatting voor rekening van de dader komt.

Een *voorbeeld* van aansprakelijkheid door toerekening wegens schuld (verwijtbaarheid) is het volgende: Een verhuizer takelt met een oude, slecht onderhouden kraan een piano omhoog. De kraan begeeft het en de neerstortende piano verplettert een auto. De verhuizer treft het verwijt dat hij degene was die met deze kraan werkte en dus is hij aansprakelijk voor de schade aan de auto. Voorbeeld van toerekening wegens verkeersopvattingen: een onervaren arts maakt bij een operatie een fout, die een ervaren arts niet gemaakt zou hebben. De arts in kwestie zal de schade van de patiënt moeten vergoeden ondanks het ontbreken van schuld.

**Ad c.** Schade. Om te kunnen procederen op basis van onrechtmatige daad is voldoende dat er sprake is van *enige* schade. Er zijn vele vormen van schade en in sommige gevallen is het zelfs al genoeg dat er schade dreigt te ontstaan. Ook als er een reële dreiging van een onrechtmatige daad bestaat, kan een potentieel slachtoffer het artikel over de onrechtmatige daad preventief inroepen en kan hij kan krachtens art. 6:162 BW een *verbod* van de dreigende onrechtmatige daad vorderen.

**Ad d.** Met het *causaal verband* tussen schade en onrechtmatige daad bedoelen we dat er tussen onrechtmatige daad en geleden schade een *conditio sine qua non*-verband bestaat. Dit houdt in dat er geen *causaal verband* is, wanneer zonder de onrechtmatige daad de schade er ook niet zou zijn geweest.

**Ad e.** *Relativiteit van de onrechtmatige daad* is geregeld in art. 6:163 BW. Ontbreekt de zogenaamde relativiteit, dan is iemand niet aansprakelijk wegens onrechtmatige daad. Relativiteit houdt in dat, aldus art. 1:163 geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Dit betekent dat de schadelijder geen beroep op (schadevergoeding op grond van) art. 6:162 BW heeft als de geschonden norm niet strekte tot bescherming van zijn belang.

Een *voorbeeld*: een automobilist, die door een andere auto is aangereden en zelf geen schuld had, is niet toch voor de aanrijding aansprakelijk als hij zonder kentekenbewijs reed. De norm dat men niet zonder kentekenbewijs mag rijden, is niet geschreven om automobilisten tegen aanrijdingen te beschermen, maar om een ordelijke administratie te bevorderen en mogelijke fraude met auto's tegen te gaan.

Dan nog enkele opmerkingen, die los staat van de hiervoor besproken elementen van de onrechtmatige daad. De *schadevergoeding* die de schadelijder kan vorderen, is niet alleen een geldsom voor de materiële schade, hij kan ook vergoeding van immateriële schade vragen. Maar ook herstel in de vorige toestand of een vordering tot concrete leniging van het geleden nadeel, zodat die het nadeel zo effectief mogelijk wegneemt, zijn mogelijk. De rechter kan behalve financiële vergoedingen, een gebod of verbod, de plicht tot het plaatsen van een rectificatie of tot herstel in de oude toestand of tot het brengen in de toestand die zonder de onrechtmatige daad was ingetreden, toewijzen. Een voorbeeld van dit laatste:

*Voorbeeld.* Koppens koopt een huis van Lems. Een derde, Mast, die bij het ondertekenen van de akte aanwezig was, haalt voordat het huis Koppens in eigendom wordt overgedragen, de verkoper Lems over het pand voor een hogere prijs aan hem te verkopen en snel – door het tekenen van een notariële akte gevolgd door inschrijving in de registers – in eigendom over te dragen. Nu pleegt Mast jegens Koppens een onrechtmatige daad en Koppens kan van hem bij de rechter vorderen, dat hij hem het huis voor de door Lems met hem overeengekomen koopsom levert.

### 3.4.2 Wettelijke aansprakelijkheid voor andere personen en zaken

Behalve voor eigen onrechtmatige gedragingen kan een rechtssubject krachtens de wet ook aansprakelijk zijn voor onrechtmatige gedragingen van andere personen tot wie hij in een bepaalde rechtsverhouding staat of voor zaken die hij gebruikt of die hij in de handel brengt. Dit wordt ook wel aangeduid als *kwalitatieve aansprakelijkheid*: het rechtssubject is aansprakelijk, omdat hij in een bepaalde rechtsverhouding tot een persoon of zaak staat, een bepaalde 'pet' (kwaliteit) op heeft, bijvoorbeeld die van ouder, werkgever of producent van een zaak. Per verschillende soort kwalitatieve aansprakelijkheid, kunnen feiten of omstandigheden spelen die het rechtssubject van aansprakelijkheid bevrijden. Bij sommige kwalitatieve aansprakelijkheden kan dat echter niet. Dan spreken we van een risicoaansprakelijkheid.

Hieronder bespreken we eerst een aantal voorbeelden van kwalitatieve aansprakelijkheid voor *personen*:

1. Een ouder of voogd van een kind kan voor handelingen van dat kind aansprakelijk zijn (art. 6:169 BW).
2. Voor werkgevers geldt een risicoaansprakelijkheid voor fouten van hun ondergeschikten (art. 6:170 BW). Een vrachtwagenchauffeur rijdt bijvoorbeeld een tuinmuur omver. Als voorwaarde voor deze kwalitatieve aansprakelijkheid geldt dat de ondergeschikte wegens een door hem begane onrechtmatige gedraging jegens de derde persoonlijk aansprakelijk is uit hoofde van art. 6:162 BW. De derde die de schade leed, heeft dus twee mogelijke vorderingen: hij kan

schadevergoeding krijgen a) van de ondergeschikte op grond van art. 6:162 of b) van de werkgever krachtens art. 6:170 BW.

3. Voor opdrachtgevers geldt een risicoaansprakelijkheid voor fouten die een *niet-ondergeschikte* opdrachtnemer jegens een derde begaat tijdens werkzaamheden, die hij in opdracht verricht *ter uitvoering van het bedrijf van de opdrachtgever* (art. 6:171 BW). Denk bijvoorbeeld aan een aannemer: indien zijn niet-ondergeschikte onderaannemer een onrechtmatige daad begaat, dan is deze zelf jegens de schadelijder krachtens art. 6:162 BW aansprakelijk wegens een door hem begane fout (= toerekenbare onrechtmatige gedraging). Tegelijkertijd is ook de aannemer aansprakelijk uit hoofde van art. 6:171 BW.

Er zijn ook kwalitatieve aansprakelijkheden voor zaken. Een aantal voorbeeld daarvan is de risicoaansprakelijkheid voor de bezitter van een opstal (art. 6:174 BW). Art. 6:174 BW geeft derden een duidelijk adres tot wie zij zich om schadevergoeding kunnen wenden: de bezitter – vaak de eigenaar – van het gebouw.

*Voorbeeld.* Allard is op 1 juni 2010 eigenaar geworden van een in 1938 gebouwd huis en op 2 juni 2010 stort door een gebrek van het gebouw een takelinstallatie neer waardoor de cabine van een daaronder geparkeerde vrachtauto wordt verpletterd. Allard is dan als eigenaar van het gebouw voor die schade aan de vrachtauto aansprakelijk.

Ook zijn er enkele kwalitatieve milieu-aansprakelijkheden. Zo kan iemand die een gevaarlijke stof gebruikt of onder zich heeft in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, aansprakelijk zijn als het bijzondere gevaar dat die stof kan opleveren, zich verwezenlijkt (art. 6:175 BW). Ook kan iemand die een stortplaats exploiteert aansprakelijk zijn voor de schade die voor of na sluiting van de stortplaats ontstaat als gevolg van verontreiniging van lucht, water of bodem met de daar gestorte stoffen (art. 6:176 BW) of iemand die een mijnbouwwerk exploiteert aansprakelijkheid voor schade die ontstaat onder andere bij uitstroming van delfstoffen (art. 6:177 BW).

Een bijzondere vorm van kwalitatieve aansprakelijkheid voor zaken is die van de producent voor gebrekkige producten (art. 6:185 - 193 BW). De producent is aansprakelijk voor schade aan personen en aan zaken ten gevolge van een voorval *dóór een gebrek in het product*. Dit noemen we daarom *gevolgschade* (bijvoorbeeld letselschade door een ontploffend televisietoestel of een verkeerd werkend medicijn). Een product is *gebrekkig* indien het niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen.

De vormen en de omvang van de schade die producten kunnen aanrichten, zijn zeer omvangrijk. De vormen en de omvang van de schade die krachtens deze artikelen op de producent verhaald kunnen worden, zijn echter beperkt (art. 6:190 BW). De producent is alleen aansprakelijk voor:

- schade door dood of lichamelijk letsel;

- schade toegebracht aan een andere (roerende of onroerende) zaak, die gewoonlijk (objectief beschouwd) voor gebruik of verbruik *in de privésfeer* is bestemd *en* door de benadeelde (subjectief beoordeeld) ook hoofdzakelijk in de privésfeer is gebruikt of verbruikt, met toepassing van een franchise (ondergrens) van € 500.

De productenaansprakelijkheid is niet een risico-aansprakelijkheid. Art. 6:185 BW beschrijft namelijk een aantal situaties, waarin de producent niet aansprakelijk is. De producent moet dan bewijzen dat een dergelijke situatie zich voordeed, bijvoorbeeld dat hij deze partij van zijn product niet in het verkeer heeft gebracht.

## 3.5 Onderwerpen, van belang voor de overeenkomst en onrechtmatige daad

### 3.5.1 Wanprestatie (toerekenbare tekortkoming) en/of onrechtmatige daad

Soms is het onduidelijk, of men een rechtsvordering voor schadevergoeding moet baseren op wanprestatie of op onrechtmatige daad. Er zijn veel situaties denkbaar, waarin een schadelijder zowel de schadeveroorzaker kan aanspreken op wanprestatie als op onrechtmatige daad. Dit heet samenloop van rechtsvorderingen. Volgens de HR (9 december 1955, *NJ* 1956, 157 en 6 april 1990, *NJ* 1991, 689) kan een vordering tegelijk op wanprestatie en op onrechtmatige daad worden gebaseerd, als de wanprestatie op zichzelf en onafhankelijk van de contractuele verbintenis een onrechtmatige daad oplevert.

### 3.5.2 Wettelijke regels inzake schadevergoeding

Boek 10, Titel 1, afdeling 10 BW bevat regels inzake de inhoud en de omvang van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding. Als we eenmaal hebben vastgesteld dat er een schadevergoedingsverbintenis voortvloeit uit *overeenkomst (wanprestatie) of onrechtmatige daad*, kunnen we hier in de eerste plaats vinden welke schade voor vergoeding in aanmerking komt, maar ook hoe de schade wordt berekend en hoe zij wordt vergoed.

*Welke schade wordt vergoed?* In beginsel moeten *vermogensschaden* als geleden verlies en gederfde winst vergoed worden. De vermogensschaden dienen zo concreet mogelijk te worden vastgesteld, dat wil zeggen dat de daadwerkelijk geleden schade moet worden berekend. In sommige gevallen (bijvoorbeeld verlies of beschadiging van zaken) mag de schade op abstracte wijze worden bepaald: men baseert zich dan op het verlies, dat gewoonlijk onder dergelijke omstandigheden wordt geleden (art. 6:97 BW).

*Immateriële schade\** of smartengeld komt voor vergoeding in aanmerking voor zover de wet dat bepaalt.

Immateriële schade is de schade die de benadeelde buiten zijn vermogen lijdt (bijvoorbeeld lichamelijk letsel, ontsiering, pijn, verdriet, aantasting van eer of goede naam of inbreuk op de persoonlijke levenssfeer).

De rechter stelt de vergoeding voor immateriële schade, zoals juristen dat noemen, naar billijkheid vast. Dat wil zeggen dat hij zich bij het schatten van de hoogte van de schadevergoeding bijvoorbeeld oriënteert op de patronen die in de rechtspraak zijn terug te vinden. De schadevergoeding wordt meestal voldaan in de vorm van geld, maar is ook in andere vormen mogelijk. Denk bijvoorbeeld aan een vorm waardoor de benadeelde feitelijk in de toestand gebracht wordt, waarin hij verkeerd zou hebben, als het schadeveroorzakende voorval niet zou hebben plaatsgevonden.

### *Causaal verband tussen schade en het veroorzakende feit*

Een belangrijk maar bijzonder moeilijk punt vormt het juridisch oorzakelijk (of: causaal) verband tussen de schade en het veroorzakende feit. Immers, een schade kan voortvloeien uit een feit, dat (slechts) de laatste schakel vormt van een keten van aaneensluitende gebeurtenissen. Het is de vraag welke van die reeks aan gebeurtenissen voor de aansprakelijkheid wel en welke niet mogen worden meegeteld. Hoe de vraag inzake het causaal verband moet worden aangepakt, staat sinds 1992, bij invoering van ons nieuwe Burgerlijk Wetboek, in art. 6:98 BW:

*Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade, die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.*

De voor 1992 ontwikkelde theorieën maken duidelijk dat de vraag wanneer er voldoende causaal verband is tussen gebeurtenis en schade om schadevergoeding te rechtvaardigen, heel verschillend beantwoord kan worden. Daarom laten we de belangrijkste theorieën kort de revue passeren.

- *De leer van het conditio sine qua non-criterium.* Iedere gebeurtenis in de schakel van gebeurtenissen is op zich oorzaak van de schade. Hiervoor past men een gedachtenexperiment toe: zou de schade ook zijn ingetreden, zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis?
- *De leer van de adequate veroorzaking.* Bij deze theorie speelt de vraag of de schade naar ervaringsregels het redelijkerwijze te verwachten gevolg was van de schadeveroorzakende gebeurtenis. Op deze theorie kwam in de jaren zestig kritiek, omdat haar criteria te weinig onderscheidend vermogen zouden bezitten. Na ongeveer 1970 is deze theorie in deze vorm dan ook verlaten.
- *De leer van de toerekening naar redelijkheid.* Deze theorie is ontstaan als vervanging van de leer van de adequate veroorzaking. Deze theorie eist dat tussen gebeurtenis en schade een zodanig verband aanwezig moet zijn, dat die schade naar redelijkheid als gevolg van die gebeurtenis aan de aansprakelijke persoon kan worden toegerekend. Het gaat niet alleen om



de voorzienbaarheid, maar ook andere omstandigheden van het geval. Denk aan de aard van de gebeurtenis en de als gevolg daarvan geschonden norm (aanrijding, instorting van een gebouw), de aard van de schade (materiële of immateriële schade) en van de aansprakelijkheid (toerekening bij schuld- of risicoaansprakelijkheid). Voor verschillende schadeveroorzakende gevallen wordt dus geen algemeen causaliteitscriterium aanvaardbaar geacht.

De keuze voor de ene dan wel de andere leer kan variëren met de omstandigheden. Ook kunnen de verschillende leren worden gecombineerd: wanneer de leer van het *conditio sine qua non*-criterium niet leidt tot het aannemen van een causaal verband, komt de rechter daar soms alsnog toe wanneer die kijkt naar de leer van de toerekening naar redelijkheid.

## 4 Benodigdheid: ontwerp en advies

### 4.1 Ontwerp en advies als benodigdheid

Het ontwerp is een benodigdheid in het bouwproces. De opdrachtgever heeft immers een ontwerp nodig om zijn bouwvoornemen te realiseren. Heeft hij wel kapitaal en grond, maar geen ontwerp, dan komt het bouwproces niet verder. 'Ontwerp' kan betrekking hebben op zowel het architectonische, bouwtechnische en stedenbouwkundige ontwerp.

De opdrachtgever zal doorgaans ook gebruik maken van adviseurs. Dit kunnen adviseurs zijn op het gebied van het ontwerp, maar ook op veel andere terreinen zijn adviseurs betrokken bij het ontwerp- en bouwproces. Bij grotere bouwwerken zien we ook betrokkenheid van bouwkostendeskundigen, bouwmanagementbureaus, installatie-adviseurs en vele anderen die een taak hebben voorafgaand aan de daadwerkelijke bouw. Juridisch gezien kunnen de ontwerpers 'adviseur' van de opdrachtgever zijn, net als de andere genoemden.

Opdrachtgevers kunnen in dit geval zowel gemeenten als projectontwikkelaars zijn, alsook aannemers die met behulp van een geïntegreerde overeenkomst een ontwerp verzorgen voor hun opdrachtgever, en daarvoor een overeenkomst sluiten met een architect, een constructeur, of een andersoortige adviseur.

Al deze partijen sluiten, elk voor zich, een *overeenkomst* (ofwel: contract) met hun opdrachtgever. Die overeenkomst beschrijft welke werkzaamheden ze verrichten, hoe hun honorarium wordt berekend, voor welke fouten zij aansprakelijk zijn etc. Dit hoofdstuk bespreekt de overeenkomst tussen de opdrachtgever en zijn adviseurs.

Voordat de specifieke overeenkomst tussen opdrachtgever en adviseur wordt behandeld, gaat dit hoofdstuk in op een aantal algemene thema's in het bouwrecht. Die zijn relevant voor zowel de overeenkomst tussen opdrachtgever en adviseur, als tussen opdrachtgever en aannemer. Het zijn de thema's: algemene voorwaarden in de bouw, de precontractuele fase en aanbesteding. Daarna volgt de overeenkomst opdrachtgever – adviseur. Het hoofdstuk sluit af met een paragraaf over de auteursrechten van de architect. Die zijn vooral relevant bij een verbouwoontwerp van een gebouw dat eerder door een andere architect is ontworpen. Hier doen zich soms problemen voor tussen de architect van het oorspronkelijke en het verbouwoontwerp.

### 4.2 Inleiding

Het privaatrechtelijk bouwrecht omvat het recht van de precontractuele en contractuele fase (het overeenkomstenrecht) en het onrechtmatige daadsrecht voor zover dit een rol speelt in bouwsituaties (bouwen dient breed opgevat te worden: van initiatiefase tot financiering, ontwerp, realisatie, beheer en sloop). In dit hoofdstuk wordt het onrechtmatige daadsrecht buiten beschouwing gelaten (het kwam wel kort in het vorige hoofdstuk aan bod). Aan de orde komen wel het recht dat de precontractuele fase

beheerst, het aanbestedingsrecht en de contractuele fase. Begonnen wordt met een paragraaf waarin ingegaan wordt op het belang van algemene voorwaarden voor het privaatrechtelijke bouwrecht.

### 4.3 Algemene voorwaarden in de bouw

Het privaatrechtelijk bouwrecht wordt in vergaande mate beheerst door algemene voorwaarden, zie hiervoor in het algemeen § 3.3.3. Er is vrijwel geen ander rechtsgebied waar algemene voorwaarden zo'n grote rol spelen als in het bouwrecht. De reden hiervoor is ten dele gelegen in de traditioneel vrij summiere regeling in het Burgerlijk Wetboek van het recht van aanneming van werk en de overeenkomst van opdracht (het recht dat van toepassing is tussen architecten en raadgevend ingenieurs enerzijds en opdrachtgevers anderzijds).

De algemene voorwaarden die de afgelopen decennia op deze terreinen zijn ontwikkeld, zijn vervolgens weer aanleiding geweest voor de wetgever om de Titel aanneming van werk in het Burgerlijk Wetboek (Titel 7.12 van Boek 7), bij invoering in 2003 zeer beknopt te houden.

Voor de bouw en de ontwerpfase zijn vele soorten sets van algemene voorwaarden beschikbaar. De wijze waarop deze sets tot stand zijn gekomen verschilt; een aantal zijn in zogenaamd breed of paritair overleg tot stand gekomen, een aantal zijn eenzijdig afkomstig van brancheverenigingen en een aantal zijn op initiatief van een aantal, maar niet alle, belanghebbenden op een bepaald terrein, tot stand gekomen. Steeds meer algemene voorwaarden zijn niet in breed overleg tot stand zijn gekomen. Als gevolg hiervan dreigt de inhoud van voorwaarden eenzijdiger te worden, veelal in het voordeel van degene die ze opstelt. Tot slot is het recht van algemene voorwaarden ook steeds in beweging, nu de meeste algemene voorwaarden met regelmaat inhoudelijk worden herzien om ze zo actueel te houden, te laten voldoen aan nieuwe wet- en regelgeving, en nieuwe wensen van partijen te kunnen verwerken. Zo worden op dit moment zowel de UAV 2012, de UAV-GC 2005 als de DNR 2011 herzien. Het is dus zo dat de inhoud van de algemene voorwaarden regelmatig verandert en het van belang is de juiste set van algemene voorwaarden bij de hand te hebben.

### 4.4 Precontractuele fase

Aan de totstandkoming van een overeenkomst betreffende de uitvoering van een werk of het maken van een ontwerp of advies gaat in het algemeen enige tijd vooraf waarin partijen met elkaar overleggen om tot invulling van de overeenkomst te komen. Dit is de precontractuele fase.

In par. 3.3.3 is reeds besproken wat de gevolgen zijn of kunnen zijn als partijen tijdens de precontractuele fase afscheid van elkaar nemen. In deze paragraaf komen nog twee andere onderwerpen aan bod, allereerst het gevaar dat de potentiële opdrachtgever in de precontractuele fase verkregen informatie doorspeelt aan een andere potentiële wederpartij. Ten tweede de tijdens de precontractuele fase geldende waarschuwingplicht.

Allereerst het doorspelen van informatie: in deze fase loopt de aanbieder partij het risico dat de opdrachtgever gaat 'leuren'. Met 'leuren' wordt bedoeld dat een opdrachtgever bij verschillende gegadigden een verzoek tot een aanbieding doet. De informatie die de opdrachtgever verkrijgt van de ene gegadigde speelt hij vervolgens door aan een andere gegadigde. Die andere gegadigde krijgt daardoor de kans krijgt om met gebruikmaking van de ideeën van de ander een lagere prijs te bieden. Hierdoor krijgt de eerste gegadigde geen eerlijke kans. Het staat een opdrachtgever vrij onderzoek te doen, maar het doorspelen van informatie van de ene gegadigde aan de andere is niet te rechtvaardigen.

Het tweede aspect dat een rol speelt tijdens de precontractuele fase is de precontractuele waarschuwingsplicht. Het is zeer gebruikelijk dat een aannemer in de fase voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst van de opdrachtgever informatie ontvangt over zijn eisen en wensen met betrekking tot de (potentieel) uit te voeren opdracht. Die eisen en wensen worden veelal in de vorm van een programma van eisen, een voorlopig ontwerp (of zelfs een al verder uitgewerkt ontwerp) of een bestek, aan de potentiële opdrachtnemer aangeboden. De potentiële opdrachtnemer baseert zich bij het maken van zijn offerte op die, door de opdrachtgever ter beschikking gestelde informatie.

In het Burgerlijk Wetboek is in art. 7:754 lid 1 BW opgenomen wat een (potentiële) opdrachtnemer moet doen indien hij in de precontractuele fase in van de opdrachtgever ontvangen informatie een fout ontdekt. In dit artikel is opgenomen dat de aannemer, bij het aangaan (en bij het uitvoeren) van de overeenkomst verplicht is de opdrachtgever te waarschuwen voor onjuistheden in de opdracht voor zover hij deze kende of redelijkerwijs behoorde te kennen. Deze waarschuwingsplicht betreft ook andere zaken dan het ontwerp afkomstig zijn van de opdrachtgever, bijvoorbeeld de grond, plannen, tekeningen, bestekken etc.

De waarschuwingsplicht is een secundaire verplichting van de aannemer. Zijn primaire verplichting is het opgedragen werk te bouwen.

De opdrachtgever is echter verantwoordelijk voor de ontwerptekeningen die hij aan de aannemer overhandigt en waar de aannemer zijn werkzaamheden op baseert. Art. 7:754 BW bevat die waarschuwingsplicht van de aannemer voor fouten van de opdrachtgever op dit gebied en geldt zowel voor de contractuele als de precontractuele fase.

De verplichting tot waarschuwen bestaat voor zover het gaat om onjuistheden in de opdracht die de aannemer *kende of redelijkerwijs behoorde te kennen*. De beantwoording van de vraag of een aannemer het gebrek behoorde te kennen is samengevat, afhankelijk van de deskundigheid of expertise van de aannemer en de zichtbaarheid of kenbaarheid (mate van evidentie) van het gebrek of de fout.

Met ingang van 1 januari 2024 wordt aan art. 7:758 BW toegevoegd (in een nieuw tweede lid) dat, samengevat, de waarschuwing van de aannemer schriftelijk en uitdrukkelijk moet geschieden.

Voordat de waarschuwingsplicht in Titel 7.12 was opgenomen werd deze ook al aanwezig geacht in de precontractuele fase en wel op basis van het al eerder genoemde arrest Baris/Riezenkamp.

## 4.5 De aanbesteding

In veel gevallen waarin een gebied moet worden ontwikkeld of een bouwwerk moet worden ontworpen en neergezet, is sprake van publieke opdrachtgevers, zoals gemeenten of provincies. Onder bepaalde omstandigheden zijn publieke opdrachtgevers niet vrij zomaar met iedereen een overeenkomst aan te gaan, maar zullen zij zich moeten houden aan de regels van het aanbestedingsrecht. Private partijen daarentegen mogen in principe met eenieder overeenkomsten sluiten zonder de regels van het aanbestedingsrecht te volgen.

Onder aanbesteding wordt verstaan de inkoop ten behoeve van het plaatsen van een opdracht of het sluiten van een raamovereenkomst (dat is een overeenkomst die als doel heeft om binnen die raamovereenkomst toekomstige opdrachten te plaatsen), nadat één of meer ondernemingen de gelegenheid krijgen aanbiedingen in te dienen.

In deze paragraaf wordt ingegaan op de vraag wanneer de regels van het aanbestedingsrecht moeten worden gevolgd (par. 4.5.1), op de bronnen van aanbestedingsrecht (par. 4.5.2) en op enkele belangrijke aanbestedingsprocedures (par. 4.5.4). Voor een beter begrip van die aanbestedingsprocedures komen eerst enkele kernbegrippen van die procedures aan bod (par. 4.5.3).

### 4.5.1 Wanneer moeten de regels van het aanbestedingsrecht worden gevolgd?

We bespreken hier kort de belangrijkste vragen die bepalen of het aanbestedingsrecht van toepassing is.

Allereerst is er de vraag of de betreffende opdrachtgever een aanbestedende dienst is. Als aanbestedende dienst worden aangemerkt *'de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen'* (zie art. 1.1 Aanbestedingswet 2012, hierna: Aw 2012).

Ook is relevant te weten wat er wordt aanbesteed, oftewel, wat het voorwerp van de opdracht is: het aanbestedingsrecht is van toepassing op overheidsopdrachten, raamovereenkomsten en concessieopdrachten (begrippen die op hun beurt ook zijn gedefinieerd in de art. 1.1 Aw 2012).

Ten slotte is een belangrijke vraag of de geraamde waarde van de aanbestede opdracht hoger is dan het toepasselijke drempelbedrag. Opdrachten die boven de drempelwaarden uitkomen, moeten Europees worden aanbesteed. Opdrachten die daaronder blijven, mogen nationaal worden aanbesteed.

Er gelden verschillende drempelbedragen voor verschillende soorten opdrachten. Zo zijn er onder andere verschillende bedragen voor 'Werken', 'Leveringen en diensten'. Werken zijn bouwkundige en civieltechnische werken, ertoe bestemd een economische of technische functie te vervullen. Leveringen zijn o.a. aankoop en huur van producten, en Diensten zijn alle inkopen die niet vallen onder Werken of

Leveringen. De Europese Commissie stelt deze drempelbedragen iedere twee jaar vast in verordeningen.

#### 4.5.2 Bronnen van aanbestedingsrecht

De regels van het aanbestedingsrecht zijn neergelegd in verschillende bronnen. Zo zijn er internationale verdragen, Europese richtlijnen, is er nationale wetgeving en is er nationale (lagere) regelgeving.

##### *Internationale verdragen*

De Overeenkomst inzake overheidsopdrachten (Agreement on Government Procurement, hierna: GPA) is in 1 januari 1996 van kracht geworden binnen de EU. De GPA is een verdrag tussen verschillende landen binnen de Wereldhandelsorganisatie (hierna: WHO) waar onder andere de EU en haar lidstaten als één partij tot zijn toegetreden. Het doel van de GPA is een multilateraal kader te creëren van evenwichtige rechten en plichten met betrekking tot overheidscontracten. Dit doel houdt verband met de liberalisering en uitbreiding van de wereldhandel. Onderdeel van de GPA is onder andere dat aanbestedende diensten ondernemers uit deelnemende GPA-landen in beginsel op gelijke voet moeten laten deelnemen aan aanbestedingen.

##### *Europese richtlijnen*

De grondslag voor het Europese aanbestedingsrecht ligt in het Verdrag betreffende de Europese Unie, waarin de vrijheden van goederen en diensten en het recht van vestiging zijn opgenomen. Voor het aanbestedingsrecht zijn enkele Europese richtlijnen essentieel. Die richtlijnen bevatten concrete regels die Europese lidstaten in nationale wetgeving moeten implementeren. In Nederland vond deze implementatie plaats in de Aanbestedingswet 2012 (waarover de volgende sub-paragraaf gaat).

De voor het aanbestedingsrecht relevante richtlijnen zijn de volgende:

- Richtlijn 2014/24/EU betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten
- Richtlijn 2014/25/EU betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten
- Richtlijn 2014/23/EU betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten
- Richtlijn 2009/81/EG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied
- Richtlijn 2019/1161/EU betreffende de bevordering van schone en energiezuinige wegvoertuigen.

##### *Het nationale aanbestedingsrecht*

De Europese richtlijnen zijn geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012 (hierna ook: Aw 2012). De Aanbestedingswet 2012 bevat daarnaast ook een nationaal kader voor aanbestedingen.

De Aw 2012 bestaat uit vijf delen:

- Deel 1 bevat algemene bepalingen met betrekking tot *alle* opdrachten, ook opdrachten die niet de toepasselijke drempelwaarden passeren. Hierin is onder andere een afdeling opgenomen over de beginselen van aanbestedingsrecht.
- Deel 2 ziet op overheidsopdrachten en prijsvragen voor overheidsopdrachten en omvat (samen met titels 2a en 3) de implementatie van Richtlijn 2014/24/EU.
- Deel 2a ziet op concessieopdrachten en omvat implementatie van Richtlijn 2014/23/EU.
- Deel 3 ziet op speciale-sectoropdrachten en prijsvragen voor speciale-sectoropdrachten en omvat implementatie van Richtlijn 2014/25/EU
- Deel 4 bevat overige, resterende bepalingen.

In het Aanbestedingsbesluit zijn de regels uit de Aw 2012 gedetailleerder uitgewerkt. Onderdeel van het Aanbestedingsbesluit zijn het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (hierna: ARW 2016), de Gids Proportionaliteit (hierna: GP) en het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (hierna: UEA).

Het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (hierna: ARW 2016) beschrijft de procedures voor het aanbesteden van opdrachten voor werken in meer detail dan de Aanbestedingswet. Aanbestedende diensten zijn verplicht het ARW 2016 toe te passen voor overheidsopdrachten voor werken onder de Europese drempelwaarden. Het staat aanbestedende diensten vrij om het ARW 2016 te gebruiken voor opdrachten voor werken met een waarde boven de relevante Europese drempelwaarde, en voor leveringen en diensten. Toepassing van het ARW 2016 moet gebeuren volgens het principe 'pas toe of leg uit': in principe dient een aanbestedende dienst deze regels toe te passen, maar wanneer de aanbestedende dienst afwijkt van het ARW 2016, moet zij die keuze uitleggen in de aanbestedingsstukken.

De Gids Proportionaliteit geeft voorschriften voor een redelijke toepassing van het proportionaliteitsbeginsel (over dat beginsel hierna meer). Met de voorschriften van de Gids Proportionaliteit wordt verzekerd dat aanbestedende diensten eisen en voorwaarden stellen bij een aanbesteding, die in redelijke verhouding staan tot de aard en omvang van de aan te besteden opdracht. De voorschriften zijn in Nederland verplicht voor Europese aanbestedingen, nationale procedures en private opdrachten. Aanbestedende diensten moeten de voorschriften in de Gids proportionaliteit naleven of zullen – bij afwijking daarvan – afwijking moeten motiveren in de aanbestedingsstukken.

Een laatste bron van aanbestedingsrecht is Europese en nationale jurisprudentie, en niet-bindende adviezen van adviserende organen. De voor het aanbestedingsrecht relevante uitspraken zijn van hoofdzakelijk drie instanties afkomstig:

- Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU). Het HvJEU wijst arresten over de uitleg van Europese richtlijnen en de beginselen van aanbestedingsrecht (die hierna aan bod komen).

- Nationale rechtbanken, hoven en de Hoge Raad. Naar aanleiding van hier aangedragen procedures laten rechtbank en hoven zich uit over regels van aanbestedingsrecht, met name regels volgend uit de aanbestedingsrechtelijke beginselen en de Aw 2012.
- De Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: CvAE). De CvAE geeft niet-bindende adviezen in geschillen bij aanbestedingen.

### *Beginselen van aanbestedingsrecht*

In het aanbestedingsrecht spelen de zogenaamde beginselen van aanbestedingsrecht een belangrijke rol. De beginselen van aanbestedingsrecht zijn neergelegd in art. 18 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU en Hoofdstuk 1.2 van de Aanbestedingswet. Deze beginselen komen vaak aan bod in aanbestedingsrechtelijke rechtspraak en vormen vaak de basis voor concretere regels, neergelegd in de Aanbestedingswet 2012. Zij moeten in elke fase van iedere aanbestedingsprocedure worden gevolgd. Ook maakt het niet uit welk soort type overeenkomst wordt aangegaan.

Hieronder volgen de belangrijkste beginselen:

- Het *beginsel van gelijke behandeling*, ook wel *gelijkheidsbeginsel*, en *beginsel van non-discriminatie*: Gegadigden moeten gelijk worden behandeld, zodat een gezonde en daadwerkelijke mededinging wordt bevorderd waarin alle gegadigden dezelfde kansen krijgen. Dit speelt bijvoorbeeld bij de uiterste datum en tijd die een aanbestedende dienst stelt voor het indienen van inschrijvingen. Wanneer één inschrijver een minuut te laat is, kan deze niet alsnog worden toegelaten. Dat zou een bevoordeling geven van deze inschrijver ten opzichte van de andere inschrijvers.
- Het *transparantiebeginsel* verplicht de aanbestedende dienst (kort gezegd) ertoe alle relevante voorwaarden en modaliteiten van de aanbestedingsprocedure te formuleren op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Het beginsel is een afgeleide van het beginsel van gelijke behandeling. Het transparantiebeginsel maakt bijvoorbeeld dat een aanbestedende dienst vooraf de criteria kenbaar moet maken voor het beoordelen van de inschrijvingen, evenals het relatieve gewicht van de criteria onderling. Bovendien moet (in het licht van de transparantie van de aanbesteding) achteraf de score van iedere inschrijver worden gecommuniceerd en moet deze worden onderbouwd.
- Het *proportionaliteitsbeginsel*. De eisen die de aanbesteder stelt in de aanbesteding en de keuzes die de aanbestedende dienst maakt, moeten proportioneel zijn tot de aard en omvang van de opdracht die wordt aanbesteed. Zo mag een aanbestedende dienst geen buitenproportionele eisen stellen aan het opgeven van referentiewerken, bijvoorbeeld door referentiewerken te verlangen die weinig of niets te maken hebben met de aan te besteden opdracht.
- Het *beginsel van mededinging*. Dit beginsel kan worden gezien als hoofddoelstelling van het Europees aanbestedingsrecht, dat naar voren komt uit de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, proportionaliteit en transparantie. De aanbesteder mag niet een opdracht ontwerpen met het oogmerk de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. Zo mogen aanbestedende diensten geen criteria stellen voor een opdracht die inschrijvers onnodig uitsluiten; de kring aan potentiële inschrijvers moet juist zo groot mogelijk zijn, ten behoeve van de mededinging.



- Het *vertrouwensbeginsel* houdt in dat gerechtvaardigde verwachtingen beschermd moeten worden. Het vertrouwensbeginsel wordt regelmatig afgewogen tegen het gelijkheidsbeginsel. Zo kan het zijn dat een inschrijver pas in een laat stadium van de aanbesteding wordt uitgesloten, omdat die niet aan de criteria blijkt te voldoen, wat strijdig is met gewekte (en eventueel gerechtvaardigde) verwachtingen. Tegelijkertijd kan het gelijkheidsbeginsel echter zwaarder wegen, waardoor die inschrijver toch wordt uitgesloten. De overige inschrijvers zouden namelijk worden benadeeld, wanneer de criteria van de aanbesteding onjuist worden toegepast.

#### 4.5.3 Enkele kernbegrippen voor een goed begrip van aanbestedingsprocedures

In de hierna besproken procedures komen enkele kernbegrippen van het aanbestedingsrecht aan de orde. Voor een goed begrip hiervan en de in par. 4.5.6 besproken procedures, worden deze kernbegrippen in deze paragraaf toegelicht.

In de kern bestaat elke aanbesteding uit de volgende fases:

- De *aankondiging van de opdracht*: een aanbestedende dienst moet de aankondiging van een aanbesteding bekend maken via TenderNed (een elektronisch systeem voor aanbestedingen), wanneer het gaat om opdrachten van boven de Europese drempelbedragen en bij het bekendmaken van nationale opdrachten.
- *Aanmelding en selectie*: de gegadigden dienen een verzoek in om deel te nemen aan de aanbesteding, waarna de meest geschikte gegadigden worden geselecteerd om hun inschrijving op de aanbesteding in te dienen. In sommige procedures vinden selectie en gunning in één ronde plaats. Dan volgt na aanmelding meteen de zogenaamde inschrijving, en vindt selectie van de potentiële opdrachtnemer en beoordeling van de aanbiedingen, in één keer plaats. De verschillende procedures worden hierna in par. 4.5.4 beschreven.
- Bij de *selectie* zijn de volgende criteria van belang:
  - o *Uitsluitingsgronden*: deze gronden betreffen de persoonlijke omstandigheden van de gegadigde. Zij kunnen uitsluiting van de gegadigde van deelneming aan aanbestedingen rechtvaardigen.
  - o *Geschiktheidseisen* (ook wel *minimumeisen*): deze betreffen het niveau van de bekwaamheden van de gegadigde die de aanbestedende dienst eist voor toelating tot de aanbestedingsprocedure.
  - o *Selectiecriteria*: het doel van deze criteria is het aantal deelnemers te verminderen dat poogt deel te nemen aan onder andere een niet-openbare procedure of procedure met onderhandeling.
- Het *indienen van een inschrijving* door de potentiële gegadigden: de inschrijving bestaat uit de aanbieding, een soort offerte van de desbetreffende gegadigden. Daarbij horen ook bepaalde stukken waarnaar de aanbestedende dienst vraagt.
- *Gunning*: de aanbestedende dienst beziet of de ingediende inschrijvingen voldoen aan de gestelde eisen en welke van die inschrijvingen de beste is aan de hand van de gestelde criteria. Vervolgens wordt de gunningsbeslissing genomen. Bij de gunning zijn de gunningscriteria relevant:

deze criteria vormen (samen met specificaties van de criteria) het beoordelingssysteem voor de inschrijvingen.

- *Sluiten overeenkomst.* De overeenkomst kan pas worden gesloten, nadat een opschortende termijn is verlopen. In die periode kunnen partijen bezwaar maken tegen de gunningsbeslissing.

#### 4.5.4 Procedures

In deze paragraaf worden de meest gebruikte procedures besproken. Het is aanbestedende diensten niet toegestaan om zelf een procedure te verzinnen. Deze zijn beschreven in het ARW 2016. Hierbij komen enkele kernbegrippen aan bod, die na bespreking van de procedures aan bod komen.

##### *Openbare procedure*

Bij de openbare procedure hoeft de aanbesteder slechts de opdracht aan te kondigen die hij wil verlenen. Iedere geïnteresseerde ondernemer kan vervolgens inschrijven. Daarna wordt de inschrijving in één keer beoordeeld: de inschrijvers worden beoordeeld aan de hand van uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen en de inschrijvingen worden beoordeeld aan de hand van gunningscriteria. Vervolgens deelt de aanbestedende dienst de gunningsbeslissing mee aan de inschrijvers.

##### *Niet-openbare procedure*

Ook de niet-openbare procedure wordt algemeen bekend gemaakt. Daarna kan iedere ondernemer zich aanmelden als gegadigde. Hierna volgen echter twee fasen: in de eerste fase selecteert de aanbestedende dienst een beperkt aantal gegadigden aan de hand van uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en eventueel selectiecriteria. In de tweede fase nodigt de aanbesteder die gegadigden uit (die hij selecteert) om in te schrijven. Verder verloopt de niet-openbare procedure hetzelfde als de openbare procedure. Deze procedure past goed bij een opdracht waarbij een groot aantal potentiële opdrachtnemers voorhanden is.

##### *Concurrentiegerichte dialoog*

Deze procedure is in het leven geroepen voor aanbestedingen waarbij geen eenvoudige of standaard oplossingen voorhanden zijn, maar waar de aanbestedende dienst op zoek is naar nieuwe of innovatieve oplossingen of aanpassing van reeds beschikbare oplossingen nodig heeft. De procedure is ook toepasbaar indien een aanbestedende dienst eerst de (niet-)openbare procedures heeft gevolgd en daarin uitsluitend onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen zijn ingediend.

De eerste stap is een algemene bekendmaking. Gegadigden worden geselecteerd aan de hand van uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria. De geselecteerde gegadigden worden vervolgens uitgenodigd tot de dialoog. Het Beschrijvend Document bepaalt de wijze waarop de dialoog gevoerd gaat worden en beschrijft de te behalen resultaten, maar niet de mogelijke oplossingen. De dialoog met de verschillende (potentiële) gegadigden is vertrouwelijk. Na de dialoog volgt pas de uitnodiging tot inschrijving. Na inschrijving worden de inschrijvingen beoordeeld aan de hand van de gunningscriteria.

### *Mededingingsprocedure met onderhandeling*

Ook deze procedure wordt algemeen bekend gemaakt. Tot en met de inschrijving verloopt deze hetzelfde als niet-openbare procedure. Na ontvangst van de inschrijving, kan de aanbesteder met de inschrijvers onderhandelen over de eerste en daaropvolgende inschrijvingen. Onderhandeling is alleen niet mogelijk bij de definitieve inschrijving. Voor de informatie die de aanbesteder krijgt, geldt vertrouwelijkheid. Er mag worden onderhandeld over de inhoud van de inschrijving, maar niet over de minimumeisen en de gunningscriteria. Na sluiting van de onderhandeling, nodigt de aanbesteder de deelnemers uit tot het indienen van hun definitieve inschrijving.

## 4.6 De overeenkomst met de adviseur

### 4.6.1 Algemeen

In par. 3.3.7 werd de overeenkomst van opdracht al kort beschreven. De rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en zijn adviseur (dit kan een architect zijn, een raadgevend adviseur, een constructeur, een stedenbouwkundig ontwerper, etc.) wordt gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht. Nu evenals bij aanneming van werk op die rechtsverhouding veelal uitgebreide sets aan algemene voorwaarden van toepassing worden verklaard, heeft de wettelijke regeling in een concrete rechtsverhouding vaak weinig betekenis. Die wordt immers beheerst door de overeenkomst zelf en de daarin van toepassing verklaarde algemene voorwaarden.

Tot enkele jaren geleden waren er voor de architect en de raadgevend ingenieur aparte sets van algemene voorwaarden beschikbaar. Het waren respectievelijk de Standaardvoorwaarden Rechtsverhouding opdrachtgever-architect (de laatste versie is die uit 1997; hierna: SR 1997), en de Regeling van de Verhouding tussen Opdrachtgever en Adviserend Ingenieursbureau (de laatste versie is uit 2001; hierna: RVOI 2001).

In 2005 zag echter een nieuwe set aan algemene voorwaarden het licht, een set die toepasbaar is op de rechtsverhouding tussen opdrachtgever en de zgn. adviseur. Die adviseur kan een architect zijn, maar ook een constructeur, tuinarchitect of andersoortige adviseur in het ontwerpproces. De set draagt de naam De Nieuwe Regeling (hierna, voor de versie uit 2011: DNR 2011). Het samenvoegen van de twee beschikbare sets aan algemene voorwaarden lag enigszins voor de hand, nu het voor opdrachtgevers makkelijker is om met één set van voorwaarden te werken dan met twee, en zij bovendien al met beide beroepsgroepen aan tafel zitten. Doordat de verschillende adviseurs in de ontwerpfase moeten samenwerken, lag het ontwikkelen van een gezamenlijke set van algemene voorwaarden ook voor de hand. De taken tussen de verschillende adviseurs konden zo beter worden afgestemd door een gezamenlijk en in samenhang met de DNR 2011 te gebruiken standaard taakbeschrijving (hierna: STB). Met het ontwikkelen van de DNR in combinatie met de STB is een coherent en praktisch zeer bruikbaar geheel ontstaan.

#### 4.6.2 Hoofdpijnen van de DNR 2011

De DNR 2011 bestaat uit twee delen: de Model Basisovereenkomst, een modelovereenkomst waarin partijen gezamenlijk vastleggen wat van belang is voor de concrete opdracht die zij sluiten, en de set aan algemene voorwaarden die daarop van toepassing. Deze set noemen we vaak DNR 2011.

In deze paragraaf worden een aantal kenmerken van de DNR kort besproken. Zoals in elke set aan algemene voorwaarden zijn ook in de DNR 2011 een aantal verplichtingen voor zowel de opdrachtgever als opdrachtnemer opgenomen. De belangrijkste verplichtingen van de opdrachtgever is neergelegd in art. 12 lid DNR 2011. De belangrijkste verplichtingen voor de adviseur staan in art. 11 DNR 2011.

In art. 12 DNR 2011 is opgenomen dat de opdrachtgever zich jegens de adviseur als een goed en zorgvuldig opdrachtgever gedraagt. De opdrachtgever is gehouden om alle gegevens van een adviseur vertrouwelijk te houden (lid 1 van art. 12 DNR 2011). De opdrachtgever is verantwoordelijk voor zowel de tijdige verstrekking, als de juistheid van de door of namens hem aan de adviseur verstrekte inlichtingen, gegevens en beslissingen die nodig zijn om de opdracht naar behoren te vervullen (lid 2 van art. 12 DNR 2011). Hij is verplicht de documenten die de adviseur vervaardigt, tijdig te beoordelen (lid 3 van art. 12 DNR 2011) en binnen bekwame tijd te waarschuwen, indien hij in de adviezen van de adviseur tekortkomingen daadwerkelijk opmerkt, of zich er van bewust geweest moet zijn (lid 4 van art. 12 DNR 2011). Wat is opgenomen in de leden 2 en 3 van art. 12 DNR 2011 worden ook wel de medewerkingsplichten van de opdrachtgever genoemd. Daarnaast is de opdrachtgever uiteraard verplicht tijdig aan zijn betalingsverplichting te voldoen (lid 9 van art. 12 DNR 2011).

Als gezegd bevat art. 11 DNR 2011 de belangrijkste algemene verplichtingen van de adviseur. In lid 1a van art. 11 DNR is opgenomen dat allereerst de adviseur verplicht is zich bij het aanvaarden van een opdracht er van te vergewissen dat hij over de voor de juiste vervulling daarvan noodzakelijke kennis en kunde te (kunnen) beschikken. Hij is bevoegd om, voor zover hij niet zelf over de benodigde kennis en kunde beschikt, hierin te voorzien door de inschakeling van derden (aldus een uitspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, RvA 16 januari 2012, nr. 32.480).

Daarna volgt in lid 2 de belangrijkste algemene plicht van de adviseur, waarin is opgenomen:

*‘De adviseur is gehouden de opdracht goed en zorgvuldig uit te voeren, de opdrachtgever onafhankelijk in een vertrouwenspositie terzijde te staan en zijn diensten naar beste weten en kunnen te verrichten. De adviseur dient alles te vermijden wat de onafhankelijkheid van zijn advies kan schaden.’*

Uit deze bepaling volgt zowel de vertrouwenspositie die de adviseur inneemt ten opzichte van zijn opdrachtgever, alsook zijn onafhankelijkheid. Die brengt een extra zorgvuldigheidsverplichting van de adviseur met zich ten opzichte van de opdrachtgever. De adviseur dient daarbij onafhankelijk zijn advies

te kunnen verstrekken. Hij mag dan ook niet gehinderd worden in zijn werk door tegenstrijdig belang of andersoortige belangenverstrengeling. Die belangenverstrengeling kan zich bijvoorbeeld voordoen met betrekking tot in het ontwerp voor te schrijven, toe te passen materialen of voor de uitvoering in te schakelen partijen.

Over de verplichting om de opdracht goed en zorgvuldig en naar beste kunnen en wetenschap uit te voeren en wat daaronder wordt verstaan, is veel jurisprudentie verschenen. Daarbij wordt, in grote lijnen, steeds gekeken welke verplichtingen de adviseur op zich heeft genomen en of die een inspannings- dan wel een resultaatsverplichting inhouden en of de adviseur dat resultaat heeft bereikt, dan wel zich voldoende heeft ingespannen om dat resultaat te bereiken.

De verplichting houdt tevens in dat de adviseur wordt geacht te beschikken over zogenaamde 'state of the art'-kennis op zijn vakgebied. Dit betekent dat de adviseur zowel op de hoogte dient te zijn van de toepasselijke erkende normen en grondslagen, maar ook van belangrijke ontwikkelingen en vernieuwende inzichten, die ten tijde van de uitvoering van de advieswerkzaamheden in brede kring bekend zijn (aldus het Arbitrae Instituut voor de Bouwkunst, AIBk 18 oktober 1976, BR 1977, 288 en AIBk 31 maart 1980, BR 1980, 728). Met name bij de toepassing van nieuwe materialen en technieken (bv in het kader klimaatneutraal of CO<sub>2</sub>-neutraal bouwen) dient de adviseur zich er dus van te vergewissen van de juistheid van de hieraan toegeschreven kwaliteit en toepassingsmogelijkheden.

Een belangrijke andere plicht van de adviseur is neergelegd in art. 12 lid 5 DNR 2011 en betreft zijn verplichting de opdrachtgever goed te informeren over o.a. de voortgang van de opdracht, de veranderingen van wettelijke regelgeving, voor zover relevant voor de uitvoering van de opdracht, veranderingen omtrent de financiële aspecten van de opdracht, de financiële gevolgen van een wijziging van de opdracht, bijvoorbeeld indien op verzoek van de opdrachtgever het programma van eisen wordt bijgesteld.

Van groot belang voor het adviseursrecht is traditioneel de beperking van de aansprakelijkheid van de adviseur, indien de adviseur ingevolge art. 13 DNR 2011 jegens de opdrachtgever aansprakelijk is voor zijn toerekenbare tekortkoming. Het criterium neergelegd in art. 12 lid 2 DNR 2011 om de opdracht goed en zorgvuldig uit te voeren, vormt het criterium om te bepalen of sprake is van een tekortkoming in de uitvoering van de opdracht (de definitie van een 'toerekenbare tekortkoming' is opgenomen in art. 1 DNR 2011).

Indien de adviseur aansprakelijk is op basis van bovengenoemde artikelen, is zijn aansprakelijkheid echter in de DNR 2011 beperkt. Allereerst ziet die beperking op bepaalde soorten schade, en ten tweede is de hoogte beperkt.

De beperking van de soort schade is neergelegd in art. 14 DNR 2011, hierin is neergelegd dat de adviseur enkel aansprakelijk is voor directe schade. In art. 14 is niet gedefinieerd wat directe schade is, wel wat dit *niet* is:

*Tot de directe schade behoren in geen geval: bedrijfsschade, productieverlies, omzet- en/of winstderving, waardevermindering van producten evenmin als de kosten die met de uitvoering van het object gemoeid zouden zijn als de opdracht van de aanvang af goed zou zijn uitgevoerd.*

Daarnaast is, zoals gezegd, de omvang of de hoogte van de schadevergoeding ook beperkt: namelijk tot de hoogte van de advieskosten met een maximum. Hoe hoog dat maximum is, moeten partijen samen vooraf vaststellen. De keuze bestaat uit een maximum van € 1.000.000 of tot een bedrag gelijk aan driemaal de advieskosten met een maximum van € 2.500.000 (zie art. 15 lid 1 DNR 2011). Indien partijen geen keus bepaalden betreffende de omvang van de door de adviseur te vergoeden schade, is deze per opdracht beperkt tot een bedrag gelijk aan de advieskosten met een maximum van € 1.000.000 (art. 15 lid 2 DNR 2011)

Tot slot is in de DNR 2011 een uitgebreide regeling opgenomen met betrekking tot het voortijdig beëindigen van de opdracht. Ook het auteurs- en octrooirecht van de adviseur is geregeld in de DNR 2011.

#### 4.7 De IE-rechten van de adviseur

Intellectuele eigendomsrechten (hierna: IE-rechten) spelen traditioneel een belangrijke rol in het ontwerp- en bouwproces.

Het intellectueel eigendomsrecht is de verzamelnaam voor de bescherming van rechten op voortbrengselen van de menselijke geest dan wel bescherming van intellectuele creaties. De wetgever heeft verschillende onderwerpen willen beschermen met het IE-recht: o.a. het doen van uitvindingen, het leveren van een creatieve inspanning, of het doen van substantiële investeringen in bepaalde ontwikkelingen, concepten, uitvindingen of merken.

In het verleden werd onder deze term alleen het zogenaamde auteursrecht verstaan, en werden het octrooirecht, merkenrecht, handelsnaamrecht, kwekersrecht en tekeningen- en modellenrecht tot het 'industriële eigendomsrecht' gerekend. Maar sinds de oprichting van de Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom (WIPO) is de term in gebruik als overkoepelende term voor alle hier genoemde rechten.

Het recht kent en grote hoeveelheid IE-rechten. Voor de bouw zijn ze echter niet allemaal even belangrijk. Voor de gebouwde omgeving zijn met name van belang het auteursrecht (van de architect), het modellenrecht en het octrooirecht.

Het *auteursrecht* regelt de rechten op 'werken van letterkunde, wetenschap of kunst'. Bescherming door middel van het auteursrecht heeft betrekking op creaties van zeer uiteenlopend karakter zoals

boeken, artikelen, liedteksten en muzikale composities, maar ook films, bouwwerken, plattegronden, industriële vormgeving en computerprogramma's. In par. 4.8 wordt dieper op dit onderwerp ingegaan. Het *modelrecht* betreft een uitsluitend recht ten aanzien van een nieuw uiterlijk van een voortbrengsel dat een gebruiksfunctie heeft. Denk bijvoorbeeld aan allerlei vernuftige onderdelen die in bouwwerken worden toegepast, bijvoorbeeld in het kader van modulair bouwen of (andere) nieuwe technische ontwikkelingen.

Het octrooirecht heeft betrekking op uitvindingen van technologische aard (zie art. 52 lid 1 EOV). De uitvinding kan een technisch product of proces zijn, of een verbetering daarvan. Voor de uitvinding kan octrooi (ook wel patent genoemd) worden aangevraagd. Een octrooi geeft de houder ervan een tijdelijk alleenrecht op de exploitatie van de uitvinding: een monopolypositie dus. De houder van het octrooi kan de uitvinding beschermen door anderen te beletten de uitvinding toe te passen (bron: IE-rechten in het Bouwrecht, Den Haag: IBR 2022, hoofdstuk 4).

Wetgeving in het IE-recht kent voor de verschillende onderdelen grotendeels dezelfde structuur. Geregeld wordt steeds: het voorwerp van het recht, wie rechthebbende is, wat de voorwaarden voor bescherming zijn, wat de omvang van het exclusieve recht is, en met welke maatregelen dit te handhaven is. Er zijn ook voorwerpen waarop het recht niet kan rusten en die dus uitgezonderd zijn van bescherming. Zo zijn bijvoorbeeld in het auteursrecht wetgeving uitgezonderd van bescherming, evenals rechtspraak (art. 11 Auteurswet).

## 4.8 Het auteursrecht van de architect

### 4.8.1 Het rechtskarakter en het ontstaan van het auteursrecht

Het auteursrecht is een zogenaamd uitsluitend recht: dat wil zeggen dat alleen de rechthebbende er gebruik van mag maken. Het is qua uitsluitend karakter vergelijkbaar met het eigendomsrecht, waarbij de eigenaar uitsluitend gerechtigd is gebruik te maken van zijn eigendom. Het verschil tussen het intellectuele eigendomsrecht op basis van het Auteursrecht en het 'gewone' eigendomsrecht is dat eigendom rust op een zaak (een voor menselijke beheersing vatbare stof) terwijl het auteursrecht op een geestelijke creatie rust.

Volgens art. 10 lid 1 Auteurswet (hierna: Aw) beschermt de wet 'ieder voortbrengsel op het gebied van letterkunde, wetenschap of kunst, op welke wijze of in welken vorm het ook tot uitdrukking zij gebracht'. In art. 10 Aw is een opsomming opgenomen van voortbrengselen van de geest waarop het auteursrecht kan rusten. Het artikel bevat een niet-limitatieve opsomming van werken. De opsomming is in de wet opgenomen om twijfel in bepaalde gevallen weg te nemen.

In art. 10 lid 1 sub 8 Aw worden ook 'bouwtekeningen' als auteursrechtelijk beschermde werken aangemerkt.

In het proces van ontwerpen en bouwen, in de breedste zin van het woord, kan het bij bescherming van werken onder het auteursrecht dus gaan om ontwerpen van bouwwerken en openbare ruimte, maar ook om kunstwerken die deel uitmaken van het gebouw of van de openbare ruimte.

Niet elk ontwerp of elke tekening wordt beschermd door het auteursrecht. Voor het ontstaan van het recht is 'een zekere mate van oorspronkelijkheid' van belang en dient de maker bij het maken creatieve keuzes te hebben gemaakt. De Hoge Raad oordeelde in 1991 dat een voortbrengsel een 'eigen, oorspronkelijk karakter' moest hebben en het 'persoonlijk stempel van de maker' moest dragen om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen (HR 4 januari 1991, *NJ* 1991/608 (*Van Dale/Romme*)). Deze formule werd de zogenaamde toets voor auteursrechtelijke bescherming. Of een werk de toets van bescherming kan volstaan, moet steeds van geval tot geval worden beoordeeld.

Het auteursrecht ontstaat van rechtswege, dat wil zeggen dat er geen bijzondere handelingen hoeven te worden verricht voor het vestigen of ontstaan van het recht. Het enkele creëren van een werk is voldoende. Ook op nog niet voltooide werken of ontwerpen kan auteursrecht rusten. Ook concepten, schetsen e.d. zijn dus beschermd, mits ze voldoen aan de aan een object van auteursrecht te stellen eisen. Dat is onder andere de eis dat het werk op enigerlei wijze geuit is en uiteraard dat voldaan is aan de oorspronkelijkheidseis.

Doordat auteursrechten relatief eenvoudig en zonder formele vereisten ontstaan, speelt de vraag of sprake is van bescherming door middel van auteursrechten vaak pas op het moment dat een (vermeende) inbreuk daarop wordt gemaakt of dreigt.

#### 4.8.2 Inhoud van het auteursrecht

Het auteursrecht biedt twee soorten bescherming aan de rechthebbende van dat auteursrecht: de exploitatierechten en de persoonlijkheidsrechten.

De uitsluitende rechten tot openbaar maken en verveelvoudigen worden tezamen vaak aangeduid als *exploitatierechten* (geregeld in art. 12 Aw). Openbaar maken is de overkoepelende term voor een groot aantal handelingen waardoor het werk voor het publiek toegankelijk wordt. Het is een ruim en open begrip en eronder valt ook het openbaar maken via het internet.

Behoudens enkele uitzonderingen is het recht op het openbaar maken een recht voorbehouden aan de auteur en is daarvoor derhalve zijn toestemming nodig. Een ontwerp (of dit nu al gerealiseerd is of niet) mag niet door anderen dan de architect worden gebruikt of gerealiseerd zonder zijn toestemmingen. Het nabouwen van een ontwerp of al gebouwd gebouw is verboden. Ook verboden is het zonder toestemming verspreiden van foto's van een beschermd werk als ansichtkaart.

Een belangrijke uitzondering op deze regel is dat in het kader van onderwijsdoeleinden wel auteursrechtelijk beschermde werken mogen worden gebruikt zonder toestemming of vergoeding



(aldus art. 16 Aw). In art. 16 Aw zijn een aantal voorwaarden opgenomen, o.a. moet het gaan om onderwijs uit naam van de overheid of een rechtspersoon zonder winstoogmerk.

De *persoonlijkheidsrechten* zijn de rechten die sterk aan de persoon van de auteur gebonden zijn, en dan ook zelfs na overdracht van het auteursrecht aan hem blijven toekomen. Een werk kan een zeer persoonlijke uiting zijn, en daarmee kan er een nauwe band bestaan tussen de auteur en zijn werk. Die band wordt met het toekennen van de persoonlijkheidsrechten geëerbiedigd.

De persoonlijkheidsrechten zijn geregeld in art. 25 Aw:

1. *De maker van een werk heeft, zelfs nadat hij zijn auteursrecht heeft overgedragen, de volgende rechten:*
  - a. *het recht zich te verzetten tegen openbaarmaking van het werk zonder vermelding van zijn naam of andere aanduiding als maker, tenzij het verzet zou zijn in strijd met de redelijkheid;*
  - b. *het recht zich te verzetten tegen de openbaarmaking van het werk onder een andere naam dan de zijne, alsmede tegen het aanbrengen van enige wijziging in de benaming van het werk of in de aanduiding van de maker, voor zover deze op of in het werk voorkomen, dan wel in verband daarmee zijn openbaar gemaakt;*
  - c. *het recht zich te verzetten tegen elke andere wijziging in het werk, tenzij deze wijziging van zodanige aard is, dat het verzet zou zijn in strijd met de redelijkheid;*
  - d. *het recht zich te verzetten tegen elke misvorming, verminking of andere aantasting van het werk, welke nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of de naam van de maker of aan zijn waarde in deze hoedanigheid.*
2. *De in het eerste lid genoemde rechten komen, na het overlijden van de maker tot aan het vervallen van het auteursrecht, toe aan de door de maker bij uiterste wilsbeschikking aangewezenen.*
3. *Van het recht, in het eerste lid, onder a genoemd kan afstand worden gedaan. Van de rechten onder b en c genoemd kan afstand worden gedaan voor zover het wijzigingen in het werk of in de benaming daarvan betreft.*
4. *Heeft de maker van het werk het auteursrecht overgedragen dan blijft hij bevoegd in het werk zodanige wijzigingen aan te brengen als hem naar de regels van het maatschappelijk verkeer te goeder trouw vrijstaan. Zolang het auteursrecht voortduurt komt gelijke bevoegdheid toe aan de door de maker bij uiterste wilsbeschikking aangewezenen, als redelijkerwijs aannemelijk is, dat ook de maker die wijzigingen zou hebben goedgekeurd.*

Op grond van deze artikelen kan de maker zich verzetten tegen:

- Sub c: 'wijziging in het werk zelf (tenzij dit als onredelijk wordt gezien), en;
- Sub d: 'misvorming, verminking of andere aantasting die nadeel toebrengt aan de naam of eer van de maker'.

In art. 25 lid 1 onder c en d Aw heeft de wetgever geprobeerd een evenwicht te vinden tussen deze belangen. In het artikel wordt de auteursrechthebbende het recht gegeven zich te verzetten tegen iedere wijziging in het werk, tenzij deze wijziging van zodanige aard is dat het verzet in strijd is met de redelijkheid. Dit houdt in dat de architect op grond van zijn persoonlijkheidsrechten met succes kan optreden tegen aangebrachte wijzigingen in (en aan) zijn werk. Zelfs als het eigen werk op zichzelf niet wordt gewijzigd, maar alleen de context waarin het werk wordt geplaatst, kan de maker al optreden. Een architect kan er belang bij hebben dat zijn ontwerp niet zo wordt aangetast, omdat dan gedacht zou kunnen worden dat hij een slechte architect is. Anderzijds kan een eigenaar van een woning of een projectontwikkelaar er belang bij hebben om een bestaand gebouw aan te passen aan nieuwe duurzaamheidseisen of aan praktische wensen van gebruikers. Er zijn wijzigingen die redelijk geacht moeten worden en waartegen de architect zich niet met succes zal kunnen verzetten.

Wie zich wil verzetten tegen een wijziging in een ontwerp kan dat ook doen op grond van art. 25 lid 1 sub d Aw. Er moet voor een succesvol beroep op deze bepaling aan twee voorwaarden zijn voldaan: er moet sprake zijn van een misvorming, verminking of andere aantasting van het werk en deze moet nadeel kunnen toebrengen aan de eer of goede naam van de maker of aan zijn waarde in deze hoedanigheid. Is aan deze voorwaarden voldaan, dan is de schending gegeven en komt er in beginsel geen redelijkheidstoets meer aan te pas, want die eis wordt immers niet gesteld in het artikel.

Wanneer een gebouw echter wordt gesloopt, valt dit niet onder misvorming, verminking of andere aantasting. In dat geval wordt het ontwerp zelf namelijk niet aangepast, maar verdwijnt het. In het beroemde arrest Jelles/Zwolle (HR 6 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN7830) verzette architect Jelles tegen de sloop van één van zijn ontwerpen. De Hoge Raad oordeelde echter dat sloop niet wordt aangemerkt als een 'andere aantasting' in de zin van art. 25 lid 1 onder d Aw, en de persoonlijkheidsrechten van de architect dus niet werd geschonden. De Hoge Raad oordeelde wel dat een eigenaar van een auteursrechtelijk beschermd gebouw, niet 'lichtzinnig' tot sloop mag overgaan. Doet hij dit wel dan kan dit misbruik van bevoegdheid in de zin van art. 3:13 lid 2 BW opleveren. Van de eigenaar kan derhalve verlangd worden dat hij gegronde redenen heeft om tot sloop over te gaan. Tegenover het belang van de eigenaar staat het belang van de architect, die in op dusdanige wijze in de beslissing van de eigenaar moet worden betrokken dat hij de gelegenheid krijgt zijn werk te documenteren (of dat de eigenaar dit voor hem doet), aldus de Hoge Raad in Jelles/Zwolle.

### 4.8.3 De rechthebbende van het auteursrecht en handhaving ervan

Ingevolge art. 1 Aw is de hoofdregel dat de maker van het werk of de creatie de rechthebbende is. Hij is ook degene die het auteursrecht kan handhaven. De rechthebbende kan in geval van inbreuk op zijn rechten schadevergoeding vorderen, maar ook een verbod op het uitvoeren van een ontwerp. Het auteursrecht bestaat niet eeuwig. In art. 37 lid 1 Aw is opgenomen dat het auteursrecht vervalt door verloop van 70 jaren, te rekenen vanaf de 1e januari van het jaar, volgend op het sterfjaar van de maker.

Soms is het de vraag wie de maker en dus de rechthebbende van het auteursrecht is. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij gezamenlijke ontwerpen van gebouwen, of in de zogenaamde co-creatie

van ontwerpen. In de Parlementaire Geschiedenis wordt daarover een voorbeeld gegeven van een schilderij, dat uit de zogenaamde school van Rubens komt: Rubens bedacht het onderwerp en heeft wat aanwijzingen gegeven, maar het echte schilderwerk wordt door zijn leerlingen uitgevoerd. In dat geval komt, aldus art 6 Aw, het auteursrecht aan Rubens toe. Is echter sprake van een daadwerkelijk gezamenlijk ontwerpen en meedenken en komt het gezamenlijk tot stand, dan kan de vraag van wie het auteursrecht is lastiger te beantwoorden zijn. Als het ontwerp het resultaat is van gemeenschappelijke arbeid, dan zijn de betrokkenen gezamenlijk gerechtigd.

Veel architectenontwerpen worden in dienstverband gemaakt. In de wet is in art. 7 geregeld aan wie dan het auteursrecht toekomt, namelijk aan de werkgever (indien aan alle voorwaarden van art. 7 Aw is voldaan). Van dit artikel kan overigens bij overeenkomst tussen werkgever en werknemer afgeweken worden, zodat het recht wel bij de bedenker van het ontwerp rust.

## 5 Benodigdheid: bouwcapaciteit

### 5.1 Bouwcapaciteit als benodigdheid

Zonder bouwcapaciteit kan het ontwerp niet worden gematerialiseerd (ofwel: gerealiseerd). Bouwcapaciteit wordt door een aannemer (als actor in het bouwproces) geleverd. Soms is het niet de bedoeling dat een ontwerp wordt gerealiseerd. Dan is het ontwerp bijvoorbeeld (niet meer of minder dan) een verkenning van mogelijkheden of wenselijkheden. Het is in zo'n geval ook geen probleem dat er geen uitvoering plaatsvindt. In andere gevallen is het echter wel degelijk de bedoeling dat het ontwerp, dat de opdrachtgever tegen betaling heeft laten vervaardigen, wordt uitgevoerd. In dat geval is bouwcapaciteit een benodigdheid.

De bouwcapaciteit wordt geleverd door een aannemer op basis van een overeenkomst met de opdrachtgever. Dit is althans de meest voorkomende bouworganisatievorm: het zogeheten traditionele model, ook wel de klassieke driehoek genoemd. Er zijn ook andere bouworganisatievormen met bijbehorende sets aan algemene voorwaarden, waarbij de aannemer een andere positie inneemt, bijvoorbeeld die van bouwer én ontwerper (de geïntegreerde bouworganisatievorm). Aan het einde van dit hoofdstuk worden enkele bouworganisatievormen genoemd.

Datgene wat in hoofdstuk 3 over verbintenissen is geschreven, is ook relevant voor de juridische relatie tussen opdrachtgever en aannemer. Ook al is de overeenkomst tussen opdrachtgever en aannemer bepalend bij de benodigdheid 'bouwcapaciteit', dat wil niet zeggen dat de ontwerpende architect niets met deze fase te maken heeft. Integendeel, het is immers zijn of haar ontwerp dat wordt gerealiseerd. Daarnaast kan een ontwerp onverhoopt een fout bevatten die tijdens de uitvoering blijkt. Dan kunnen daaraan juridische consequenties zijn verbonden. Deze en vele andere juridische thema's rond de uitvoering komen in dit hoofdstuk aan de orde.

In hoofdstuk wordt eerst kort besproken wat aanneming van werk is (par. 5.2), voordat toe wordt gekomen aan de algemene voorwaarden die in de bouwpraktijk veel meer worden gebruikt (par. 5.3-5.5). Eerst worden algemene voorwaarden besproken die worden gebruikt bij het zogenaamde traditionele model (par. 5.3), namelijk de UAV 2012 (par. 5.3.1). Daarna komen algemene voorwaarden aan bod die vorm geven aan het geïntegreerde model (par. 5.4). Zulke algemene voorwaarden zijn de UAV-GC 2005 (par. 5.4.1) en de algemene voorwaarden horend bij DBFMO-overeenkomsten (par. 5.4.2). Ten slotte volgt bespreking van enkele bijzondere bouworganisatievormen en hun algemene voorwaarden (par. 5.5): het bouwteam (par. 5.5.1), nevenaanneming, onderaanneming en ketensamenwerking (par. 5.5.2) en allianties (par. 5.5.3).

### 5.2 Aanneming van werk

Aanneming van werk is geregeld in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in Titel 12, de artikelen 750-769. Deze bepalingen worden echter in de praktijk nauwelijks (rechtstreeks) gebruikt of ingeroepen. Overeenkomsten die vallen onder de noemer aanneming van werk (het recht van toepassing op de

overeenkomst van de opdrachtgever met de aannemer, en uitgebreid besproken in hoofdstuk 3) wordt in het overgrote deel van de gevallen namelijk beheerst door algemene voorwaarden.

De belangrijkste algemene voorwaarden in de bouw zijn de Uniforme Administratieve Voorwaarden 2012 (UAV 2012), de Algemene Voorwaarden voor Aannemingen in het Bouwbedrijf 2013 (AVA 2013) en de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor Geïntegreerde Contracten 2005 (UAV-GC 2005). De AVA 2013, bedoeld voor kleinere werken en voor vormen van onderaanneming, blijven in deze paragraaf verder buiten beschouwing.

### 5.3 Contracteren met behulp van het traditionele model

Bij gebruik van het zogenaamde traditionele model contracteert een opdrachtgever eerst een ontwerper, oftewel adviseur, voor het maken van een ontwerp. Vervolgens contracteert de opdrachtgever een aannemer die het aan hem ter hand gestelde ontwerp uitvoert op basis van een aannemingsovereenkomst. De rechtsverhouding tussen deze drie partijen wordt het traditionele model genoemd, maar ook wel de 'klassieke driehoek'.

Wordt het traditionele model gehanteerd, dan contracteert de opdrachtgever ontwerper en aannemer apart, dus bilateraal. De rechtsverhouding tussen de ontwerper en de opdrachtgever wordt gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht – die tussen aannemer en opdrachtgever als een overeenkomst van aanneming van werk. Op de overeenkomst tussen ontwerper en opdrachtgever worden veelal de DNR 2011 van toepassing verklaard – op die tussen opdrachtgever en aannemer de UAV 2012.

#### 5.3.1 Hoofdpijnen van de UAV 2012

Als gezegd zijn de UAV 2012 een set van algemene voorwaarden die gebruikt kunnen worden voor de rechtsverhouding tussen opdrachtgever en aannemer, bij het hanteren van het traditionele model. Zij dateren oorspronkelijk van 1968, en zijn herzien in 1989 en in 2012.

De voorwaarden worden dan gekenmerkt door een hiërarchische verhouding. Zo moet de aannemer bijvoorbeeld aanwijzingen van de directie opvolgen, zie § 6 lid 2 UAV 2012. Ook wordt de aannemer uitgebreid gecontroleerd nu de vertegenwoordiger van de opdrachtgever (de directievoerder) de bouw op het gebied van kwaliteit en voortgang inspecteert. Het komt daarbij voor, maar dat verschilt van geval tot geval, dat die directievoerder elke dag op de bouwplaats aanwezig is (zie § 3 lid 6 UAV 2012). Daarmee is het traditionele model (en dus gebruik van de UAV 2012) aantrekkelijk voor een opdrachtgever die behoefte heeft aan betrokkenheid bij en invloed óp het werk. Daarentegen vraagt het gebruik van het traditionele model en de UAV 2012 ook het e.e.a. van de tijd en capaciteit van de opdrachtgever. Daarnaast brengt het uitoefenen van invloed verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor de opdrachtgever met zich.

### *Verplichtingen van de opdrachtgever*

De belangrijkste verplichtingen van de opdrachtgever zijn neergelegd in § 5 UAV 2012. Lid 1 van die paragraaf verplicht de opdrachtgever tijdig aan de aannemer allerlei zaken (zoals de grond, het ontwerp, tekeningen etc.) ter beschikking te stellen zodat deze zijn werk kan aanvangen en uitvoeren.

Eén van de belangrijkste verplichtingen van de opdrachtgever is neergelegd in § 5 lid 2 UAV 2012.

Hierin is de verantwoordelijkheid van de opdrachtgever neergelegd voor door hem voorgeschreven constructies en werkwijzen en door of namens hem gegeven orders en aanwijzingen. § 5 lid 2 UAV 2012 luidt:

*De opdrachtgever draagt de verantwoordelijkheid voor de door of namens hem voorgeschreven constructies en werkwijzen, daaronder begrepen de invloed die daarop door de bodemgesteldheid wordt uitgeoefend, alsmede voor de door of namens hem gegeven orders en aanwijzingen.*

Deze bepaling maakt de opdrachtgever verantwoordelijk voor het door hem aangeleverde ontwerp, voor door of namens hem genomen ontwerpbeslissingen en door of namens hem tijdens de bouw gegeven aanwijzingen.

De opdrachtgever is bovendien op grond van § 5 lid 3 UAV 2012 aansprakelijk voor door hem *ter beschikking gestelde* bouwstoffen en hulpmiddelen.

*Indien bouwstoffen of hulpmiddelen, die de opdrachtgever ter beschikking heeft gesteld, gebreken mochten hebben, is de opdrachtgever aansprakelijk voor de daardoor veroorzaakte schade.*

Daarnaast is hij aansprakelijk voor de zogenaamde functionele ongeschiktheid van door hem *voorgeschreven* bouwstoffen en bouwstoffen geleverd door hem of door een door hem voorgeschreven leverancier. Onder functionele ongeschiktheid van bouwstoffen wordt verstaan (zie § 5 lid 4 UAV 2012) het naar hun aard niet geschikt zijn voor het doel waarvoor zij blijkens het bestek zijn bestemd (zie wederom § 5 lid 4 UAV 2012). Hiermee wordt bedoeld dat de bouwstof sowieso niet geschikt was voor dit type werk of deze toepassing. Dat is anders indien een op zichzelf geschikte bouwstof ongeschikt is geraakt, bijvoorbeeld doordat deze verkeerd is gefabriceerd (denk aan betonplaten die in de fabriek op onjuiste wijze zijn uitgehard) of beschadigd zijn geraakt. In dat geval is sprake van een niet-functioneel gebrek en is de opdrachtgever niet verantwoordelijk.

De verantwoordelijkheden van de opdrachtgever zoals neergelegd in § 5 UAV 2012 zijn echter niet onbegrensd: de grens ligt bij de waarschuwingplicht van de aannemer (opgenomen in § 6 lid 14 UAV en hierna uitgebreider besproken onder 'Verplichtingen van de aannemer'). Op grond van die waarschuwingplicht dient de aannemer te waarschuwen voor klaarblijkelijk zodanige fouten of gebreken, dat bij het niet waarschuwen de aannemer in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou handelen door zonder waarschuwing tot uitvoering van het desbetreffende onderdeel van het werk over te gaan. Of sprake is van een klaarblijkelijk zodanige fout waarvoor gewaarschuwd moet worden of had moeten worden door de aannemer, is steeds afhankelijk van het geval.

Tot slot is de opdrachtgever uiteraard gehouden de aanneemsom (in de UAV aangeduid als aannemingssom) te betalen aan de aannemer (§ 5 lid 7 UAV 2012 ). De aanneemsom is het bedrag, waarvoor de aannemer zich heeft verbonden het werk tot stand te brengen, de omzetbelasting niet inbegrepen (§1 lid 1 UAV 2012). Dit is echter meestal niet het bedrag dat uiteindelijk wordt afgerekend. Meer- en minderwerp en kortingen kunnen het saldo nog verhogen of verlagen (§ 40 lid 1 UAV 2012).

Voor een volledig inzicht in de positie van de opdrachtgever onder de UAV 2012 is kennis van enkele bepalingen inzake de zogenaamde directie of directievoerder nodig. Dit is een vertegenwoordiger van de opdrachtgever. De rol van de directie is uitgebreid beschreven in § 3 UAV 2012. De directie oefent het toezicht uit op de uitvoering van het werk en op de naleving van de overeenkomst (§ 3 lid 6 UAV 2012) en voert de correspondentie en administratie. Daaronder vallen ook wekrapporten waarin de vordering van het werk is opgenomen (§ 27 UAV 2012). Zolang en voor zover de opdrachtgever niet schriftelijk aan de aannemer het tegendeel doet blijken, vertegenwoordigt de directie de opdrachtgever met betrekking tot het werk. In de gevallen echter, waar in de UAV uitdrukkelijk de opdrachtgever is genoemd, is alleen deze bevoegd (aldus § 3 lid 4 UAV 2012).

#### *Verplichtingen van de aannemer*

De belangrijkste verplichtingen van de aannemer staan in § 6 UAV 2012. Deze paragraaf bestaat uit 30 leden. We noemen enkele belangrijke verplichtingen, en maar heel kort.

De primaire verplichting van de aannemer is, logischerwijs, het werk uit te voeren. Hij is (kort gezegd) verplicht het werk uit te voeren 'naar de bepalingen van de overeenkomst'. Deze verplichting is neergelegd in § 6 lid 1 UAV 2012. Dit artikellid luidt:

*'De aannemer is verplicht het werk uit te voeren naar de bepalingen van de overeenkomst zonder aanspraak op verrekening, bijbetaling of schadevergoeding te kunnen doen gelden dan in de gevallen, waarin dat bepaaldelijk voorgeschreven of kennelijk bedoeld is.*

*Hij is verplicht al datgene te verrichten, wat naar de aard van de overeenkomst door de wet, de billijkheid of het gebruik wordt gevorderd of tot een behoorlijke aanwending der bouwstoffen behoort.'*

Wat deze verplichting precies inhoudt zal moeten blijken uit de concrete overeenkomst en het toepasselijke bestek. Het bestek dat hoort bij die overeenkomst zal uitgebreid beschrijven wat er moet gebeuren qua technische uitvoering. De UAV noemt in § 6 lid 1 UAV 2012 echter ook dat de aannemer al datgene moet verrichten '*wat naar de aard van de overeenkomst door de wet, de billijkheid of het gebruik wordt gevorderd [...]*'.

Daardoor moet de aannemer in sommige gevallen ook werkzaamheden verrichten of zorgen voor een kwaliteit van het werk die niet enkel uit de overeenkomst (en het bestek) blijkt. Het bestek kan namelijk niet alles omschrijven.

Daarbij moet hij het werk uitvoeren binnen de overeengekomen termijn en volgens de door de directie verstrekte en goedgekeurde tekeningen, en hij moet haar orders en aanwijzingen opvolgen (§ 6 lid 2 UAV 2012).

Daarnaast heeft de aannemer een reeks verplichtingen die samenhangen met de uitvoering van het werk. Zo dient hij in te staan voor de inzet van arbeid, bouwstoffen en materieel (§ 6 lid 3 UAV 2012) en te zorgen voor de tijdige verkrijging van de vergunningen, ontheffingen en beschikkingen die nodig zijn voor de uitvoering van het werk (§ 6 lid 10 en lid 11 UAV 2012).

De aannemer dient het werk zelf, onder zijn persoonlijke leiding, uit te voeren (§ 6 lid 25 UAV 2012) en gedurende de uitvoering op of in de nabijheid van de plaats waar het werk wordt uitgevoerd, aanwezig te zijn. Dit lijdt uitzondering in het geval de directie dit niet nodig acht óf de aannemer door een gevolmachtigde wordt vertegenwoordigd (§ 6 lid 19 UAV 2012). En, indien overeengekomen, stelt de aannemer een algemeen tijdschema en een werkplan op (§ 26 UAV 2012). De aannemer is verplicht gebreken en schade in de onderhoudstermijn te herstellen (§ 6 lid 7, § 9 lid 7, § 11 lid 2 UAV 2012). De aannemer is verplicht het werk tijdig op te leveren (§ 10 UAV 2012).

Zoals hiervoor ook genoemd, heeft de aannemer een waarschuwingsplicht. Deze verplichting wordt geschaard onder de secundaire verplichtingen van de aannemer en is een afgeleide van de hoofdverplichting het werk tot stand te brengen. De waarschuwingsplicht is opgenomen in § 6 lid 14 UAV 2012. Dit artikellid luidt als volgt:

*'Indien de constructies, werkwijzen, orders en aanwijzingen, bedoeld in § 5, tweede lid, dan wel de bouwstoffen of hulpmiddelen, bedoeld in § 5, derde lid, klaarblijkelijk zodanige fouten bevatten of gebreken vertonen, dat de aannemer in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou handelen door zonder de directie daarop te wijzen tot uitvoering van het desbetreffende onderdeel van het werk over te gaan, is hij voor de schadelijke gevolgen van zijn verzuim aansprakelijk. Het in dit lid bepaalde is van overeenkomstige toepassing op de in § 5, vierde lid, en deze paragraaf, zeventwintigste lid, bedoelde gevallen.'*

De waarschuwingsplicht van § 6 lid 14 UAV 2012 is een terugkerend thema in de jurisprudentie. Zoals hiervoor opgenomen, komt deze (kort gezegd) op het volgende neer:

- de aannemer is verplicht de directie te wijzen op fouten
- in onder andere constructies, bouwstoffen en hulpmiddelen,
- die klaarblijkelijk zodanige fouten bevatten,
- dat de aannemer in strijd met eisen van redelijkheid en billijkheid zou handelen, indien hij tot uitvoering van het desbetreffende onderdeel van het werk zou overgaan,
- zonder de directie daarop te wijzen.



De vraag of een fout of gebrek 'klaarblijkelijk' dusdanig is dat had moeten worden gewaarschuwd, hangt af van verschillende omstandigheden. Uit de jurisprudentie zijn twee hoofdregels te destilleren die in samenhang moeten worden toegepast:

- 1) hoe ernstiger de fout, des te eerder bestaat er voor de aannemer de plicht om te waarschuwen, en;
- 2) naarmate de aannemer deskundiger is, is de aannemer sneller tot waarschuwen gehouden.

Er zijn zoals gezegd twee factoren relevant om te bepalen of de aannemer in een specifiek geval een waarschuwingsplicht had. Dit is onder andere de deskundigheid van de aannemer. Dit is een subjectieve factor: een kleine aannemer zonder specialisatie wordt anders beoordeeld dan een bouwonderneming met een specifieke specialisatie. Een andere relevante factor is bijvoorbeeld of de aannemer zich heeft bij laten staan door een deskundige onderaannemer (aangezien de kennis van die onderaannemer aan de aannemer wordt toegerekend). Het beantwoorden van de vraag of de aannemer een waarschuwingsplicht heeft is, naast het vaststellen van zijn specifieke, subjectieve deskundigheid, ook afhankelijk van de aard en evidentie van de fout waarvoor had moeten worden gewaarschuwd.

Wanneer de (ontwerp)fout ernstiger is of zichtbaarder (evidenter), wordt eerder aangenomen dat de aannemer had moeten waarschuwen. De waarschuwingsplicht van de aannemer is overigens niet onbeperkt voor alle evidente fouten. Hij is, blijkens jurisprudentie, namelijk niet verplicht te waarschuwen indien de risico's van bijvoorbeeld de gekozen constructie zo evident aanwezig zijn of algemeen bekend zijn, dat er sprake is van een bewuste keuze van de opdrachtgever of zijn ontwerper voor dit (risicovolle) ontwerp of een risicovolle werkwijze.

Op deze plaats wordt in het kader van de waarschuwingsplicht ook nog kort stilgestaan bij door de opdrachtgever voorgeschreven bouwstoffen, zoals hiervoor ook beschreven in het kader van de verplichtingen van de opdrachtgever. Het voorschrijven van bouwstoffen door de opdrachtgever, en zijn aansprakelijkheid bij functionele ongeschiktheid daarvan, is neergelegd in § 5 lid 4 UAV 2012:

*'De opdrachtgever is aansprakelijk voor de functionele ongeschiktheid:*

*a. van door hem voorgeschreven bouwstoffen;*

*b. van bouwstoffen, die bij een door hem voorgeschreven leverancier moeten worden betrokken, tenzij de aannemer een keuzemogelijkheid had met betrekking tot deze bouwstoffen.*

*Onder de functionele ongeschiktheid van bouwstoffen wordt verstaan het naar hun aard niet geschikt zijn van deze bouwstoffen voor het doel waarvoor zij blijkens het bestek zijn bestemd.'*

In beginsel is de aannemer aansprakelijk voor bouwstoffen die hij zelf kiest te gebruiken. Daar ligt het idee van het traditionele model aan ten grondslag: de opdrachtgever zorgt voor het ontwerp, de aannemer voor de uitvoering. De aansprakelijkheid verandert echter wanneer de opdrachtgever bouwstoffen voorschrijft. Op die situatie ziet § 5 lid 4 UAV 2012: door bouwstoffen voor te schrijven,

ontneemt de opdrachtgever keuzevrijheid van de aannemer omtrent die bouwstoffen, waarmee opdrachtgever ook aansprakelijkheid naar zich toetrekt, ingeval die bouwstoffen functioneel ongeschikt blijken te zijn. Toch kan de aannemer aansprakelijk zijn voor de (functionele ongeschiktheid) van die bouwstoffen, wanneer hij verzuimt te voldoen aan zijn waarschuwingsplicht (van § 6 lid 14 UAV 2012).

Een vergelijkbaar principe, zij het iets genuanceerder, geldt voor §6 lid 27 UAV 2012, dat ziet op voorgeschreven onderaannemers en leveranciers:

*‘Indien door of namens de opdrachtgever het inschakelen van een bepaalde onderaannemer of leverancier is of wordt voorgeschreven, is de aannemer voor wat het presteren van die onderaannemer of leverancier betreft jegens de opdrachtgever tot niet meer gehouden dan tot datgene, waartoe de aannemer die onderaannemer of leverancier kan houden krachtens de voorwaarden door deze gehanteerd en zoals deze door de opdrachtgever zijn aanvaard of goedgekeurd.*

*Indien de voorgeschreven onderaannemer of leverancier niet, niet tijdig of niet deugdelijk presteert en de aannemer het redelijkerwijs nodige heeft gedaan om nakoming en/of schadevergoeding te verkrijgen, zal de opdrachtgever de voor de aannemer ontstane meerdere kosten aan hem vergoeden, voor zover deze hem niet zijn vergoed door de onderaannemer of leverancier. [...]*

Wederom: in principe is de opdrachtgever verantwoordelijk voor het ontwerp en de aannemer voor de uitvoering. Onder die uitvoeringsverplichting van de aannemer valt in beginsel ook het kiezen van onderaannemers. Wanneer de opdrachtgever echter die onderaannemers voorschrijft, wijzigt het aansprakelijkheidsregime: de opdrachtgever kan de aannemer niet meer aanspreken voor schade, die hij lijdt door ondeugdelijk handelen door de voorgeschreven onderaannemer. Die aansprakelijkheid van de opdrachtgever is echter wel beperkt. De opdrachtgever is namelijk enkel aan te spreken voor meerdere kosten veroorzaakt door een voorgeschreven onderaannemer of leverancier, indien de aannemer al het ‘redelijkerwijs nodige’ heeft gedaan om nakoming en/of schadevergoeding te verkrijgen van die voorgeschreven onderaannemer. De aannemer zal derhalve op het werk ook de onderaannemer moeten proberen te bewegen tot deugdelijke nakoming.

#### *Aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering*

De aansprakelijkheid van de aannemer is in de UAV 2012 geregeld in § 12. Dit artikel heeft de afgelopen decennia tot veel jurisprudentie en discussie geleid. Het is een artikel met een volgens sommige rechtsg geleerden onnodig ingewikkelde formulering. Met ingang van 1 januari 2024 wordt het BW gewijzigd als gevolg van inwerkingtreding van de Wet kwaliteitsborging voor het Bouwen. De wijziging van het BW bevat ook een wijziging van art. 7:758 BW, waaraan een nieuw lid 4 wordt toegevoegd over de aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering. Die wijziging heeft ook gevolgen voor de formulering van § 12 UAV 2012, nu lid 4 van art. 7:758 BW van (bijzonder) dwingend recht is. § 12 UAV 2012 gaat namelijk ook over de aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering.

Op dit moment weten we echter nog niet hoe het nieuwe § 12 UAV gaat luiden, daarom kunnen we die regeling op deze plaats nog niet beschrijven.

## 5.4 Contracteren met behulp van een geïntegreerd model

Naast het hiervoor beschreven traditionele bouworganisatiemodel, kennen we in Nederland al enige decennia een andere vorm van samenwerking tussen opdrachtgever en opdrachtnemer: het zogenaamd geïntegreerd bouworganisatiemodel. Bij het gebruik van een geïntegreerd model, of het geven van een geïntegreerde opdracht, neemt de opdrachtgever naast de uitvoering ook (een deel van) de ontwerpwerkzaamheden voor zijn rekening. In sommige gevallen neemt hij ook andere taken op zich, zoals onderhoud en exploitatie. Er zijn dus verschillende manieren waarop een geïntegreerde opdracht vorm kan worden gegeven.

In de praktijk, en in het buitenland, wordt bij geïntegreerde contracten ook wel gesproken van Design & Built (D&B), Design & Construct (D&C), Engineering & Construct (E&C) of turn-key contracten.

Het gaat hierbij om allerlei vormen en gradaties van geïntegreerde contracten. In dit boek bespreken we echter enkel twee veelvoorkomende vormen en sets aan algemene voorwaarden, namelijk de UAV-GC 2005 en de DBFMO overeenkomst.

### 5.4.1 Hoofdlijnen van de UAV-GC 2005

De UAV-GC 2005 zijn een set algemene voorwaarden voor het geïntegreerde model. In dit model legt de opdrachtgever niet alleen de uitvoering bij de opdrachtnemer, maar ook het ontwerp (en eventueel het meerjarig onderhoud van het gerealiseerde). Daarom wordt in de UAV-GC ook niet van aannemer gesproken, maar van opdrachtnemer: diegene is namelijk veel meer dan enkel aannemer, hij neemt ook ontwerpwerkzaamheden op zich. Hoewel de opdrachtgever één opdrachtnemer contracteert voor (kort door de bocht) zowel ontwerp als uitvoering, contracteert de opdrachtnemer op zijn beurt vaak andere partijen, die bijvoorbeeld (delen van) het ontwerp of (delen van) de uitvoering voor hem verzorgen. 'Geïntegreerd' brengt desalniettemin tot uitdrukking dat uitvoering én ontwerp in één hand zijn geïntegreerd, namelijk die van de opdrachtnemer.

#### *De Model Basisovereenkomst horend bij de UAV-GC*

De complete set aan afspraken die we scharen onder de term UAV-GC 2005 bestaat niet alleen uit een set van wat juristen noemen, algemene voorwaarden (de set die we aanduiden als de UAV-GC 2005) maar ook uit een zogenaamde Model Basisovereenkomst (hierna: MBO). Daarnaast is er een Toelichting op de MBO en de algemene voorwaarden (hierna: de Toelichting) beschikbaar. De Toelichting heeft geen juridische status en is slechts een hulpmiddel om de MBO en de algemene voorwaarden beter te begrijpen.

De MBO is een modelcontract waarin opdrachtgever en -nemer diverse project specifieke gegevens invullen en voor bepaalde opties kiezen. De algemene voorwaarden zijn toepasbaar op elke geïntegreerde overeenkomst, terwijl de MBO afspraken bevat over de werkzaamheden van de opdrachtnemer, de door de opdrachtgever aan te leveren informatie over het specifieke project en de eisen van de opdrachtgever, de opleverdatum en de betaaltermijnen etc. Om de afspraken tussen partijen (waar nodig) nog specifieker te kunnen regelen, horen bij een overeenkomst waarbij de UAV-GC en de MBO gebruikt worden ook project specifieke annexen waarin informatie is opgenomen en een vraagspecificatie.

In grote lijnen dienen partijen in te vullen dan wel aan te kruisen in de MBO: wie zij zijn (in de aanhef), wat de opdrachtgever voornemens is te realiseren (ook in de aanhef), welk werk opgedragen en aanvaard wordt (art. 2 lid 1), welke prijs betaald wordt (art. 2 lid 4), de datum waarop de opdrachtgever uiterlijk het werk kan aanvaarden (art. 2 lid 5), waaruit de vraagspecificatie bestaat (art. 5 lid 1), welke ontwerpwerkzaamheden worden opgedragen (art. 5 lid 2), wanneer de opdrachtnemer uiterlijk de verschillende vergunningen, beschikkingen etc. verkregen moet hebben (art. 6 lid 3), welke informatie en goederen de opdrachtgever ter beschikking stelt (art. 7), wie de coördinatie van werkzaamheden van nevenopdrachtnemers regelt (art. 8), de verrekening van wijziging van lonen etc. (art. 9), de betalingsregeling (art. 12) of er wel of geen stelposten zijn (art. 13), de boetebedragen en bonusbedragen (art. 14), de regeling van de zekerheidsstelling (art. 15), en of er wel of niet een Raad van Deskundigen in het leven wordt geroepen (art. 16).

#### *Verplichtingen van de opdrachtgever*

In de UAV-GC 2005 worden een aantal verplichtingen gelegd op de opdrachtgever. Komt hij deze niet na en is dit hem toe te rekenen, dan is hij aansprakelijk voor de schade die voortvloeit uit die niet-nakoming. Dit is gunstig voor de opdrachtnemer, omdat die ook afhankelijk is van de medewerking van de opdrachtgever. Mocht de opdrachtgever zich niet houden aan die verplichtingen, dan kan de opdrachtnemer (eventueel in een juridische procedure) de opdrachtgever daaraan houden.

Het gaat blijkens § 3 lid 1 UAV-GC 2005 onder andere om de verplichtingen van de opdrachtgever om te zorgen dat de opdrachtnemer zijn werkzaamheden zo goed mogelijk kan verrichten door hem te informeren over zijn wensen en de voor het werk benodigde zaken ter beschikking te stellen. Daartoe dient hij:

- informatie waarover hij beschikt aan de opdrachtnemer ter beschikking te stellen, voor zover dat nodig is voor de realisatie van het werk en eventueel het meerjarig onderhoud;
- het terrein en/of het water waar het werk en eventueel het meerjarig onderhoud moet worden gerealiseerd beschikbaar te maken aan de opdrachtnemer;
- alle goederen ter beschikking te stellen, zoals bepaald in de MBO.

Het is belangrijk te zien hoe deze verplichtingen van de opdrachtgever zich verhouden tot de waarschuwingsplicht van de opdrachtnemer. Die is opgenomen in § 4 lid 7 UAV-GC 2005 en wordt hierna besproken in het kader van de verplichtingen van de opdrachtnemer.

De belangrijkste verplichting van de opdrachtgever is zijn betalingsverplichting (van § 3 lid 9 UAV-GC 2005):

*‘De Opdrachtgever zal aan de Opdrachtnemer voldoen hetgeen hem volgens de Overeenkomst toekomt. Het ingevolge de Overeenkomst aan de Opdrachtnemer toekomende bedrag is het saldo, gevormd door de in de Basisovereenkomst vastgelegde prijs, verhoogd dan wel verlaagd met hetgeen overigens aan of door de Opdrachtnemer ter zake van de Overeenkomst verschuldigd is.’*

Dat het saldo de in de MBO vastgelegde prijs kan verlagen of verhogen, ligt bijvoorbeeld aan wijzigingen die plaatsvonden na het sluiten van de overeenkomst. Deze wijzigingen kunnen kostenverhogingen en -verlagingen tot gevolg hebben, wat het bedrag verandert dat de opdrachtnemer toekomt.

#### *Verplichtingen van de opdrachtnemer*

In § 4 UAV-GC 2005 worden de verplichtingen van de opdrachtnemer beschreven. Deze beschrijving van zijn verplichtingen is echter niet volledig. De opdrachtnemer heeft namelijk ook projectspecifieke verplichtingen, die blijken uit de relevante contractdocumenten (zoals de MBO en annexen) en overige paragrafen van de UAV-GC 2005. Hierna komen kort enkele van zijn verplichtingen aan bod.

§ 4 lid 1 UAV-GC 2005 bevat de verplichting om het werk te laten voldoen aan de uit de overeenkomst voortvloeiende eisen van de ontwerp- en uitvoeringswerkzaamheden. Daarin is opgenomen dat de opdrachtnemer verplicht is:

*‘de Ontwerp- en Uitvoeringswerkzaamheden zodanig te verrichten dat het Werk op de in de Basisovereenkomst vastgelegde datum van oplevering voldoet aan de uit de Overeenkomst voortvloeiende eisen. Voldoet het Werk niet aan die eisen, dan is er sprake van een gebrek.’*

De opdrachtnemer neemt bij een geïntegreerde opdracht onder de UAV-GC 2005 verschillende soorten werkzaamheden op zich. De opdrachtnemer ontwerpt namelijk, voert uit én kan daarnaast nog een verplichting op zich hebben genomen om meerjarig onderhoud te verzorgen.

Wanneer de opdrachtnemer niet ervoor zorgt dat het werk voldoet aan de eisen (zoals die voortvloeien uit de overeenkomst) is er sprake van een gebrek.

In § 4 lid 3 UAV-GC 2005 is uitgewerkt wat bedoeld wordt met de eisen, zoals genoemd in § 4 lid 1 UAV-GC 2005:

*'De in de leden 1 en 2 bedoelde eisen omvatten eisen die voortvloeien uit het normale gebruik waarvoor het Werk bestemd is, alsmede eisen die voortvloeien uit het bijzonder gebruik dat van het Werk zal worden gemaakt, doch uitsluitend voorzover de eisen die het bijzonder gebruik stelt in de Vraagspecificatie zijn vastgelegd.'*

Wat eisen zijn die voortvloeien uit het normale gebruik, kan worden opgenomen in de overeenkomst, maar ook impliciet daaruit worden afgeleid. Voor het impliciete afleiden, zal met name de bestemming van het werk belangrijk zijn. Als een opdrachtgever vraagt een parkeergarage te bouwen, zal het te ontwerpen en uit te voeren bouwwerk dus moeten voldoen aan de normale eisen die je aan een parkeergarage mag stellen. Die eisen hoeven niet (allemaal) geëxpliciteerd te worden in de overeenkomst. Bijzondere eisen moeten wel expliciet worden opgenomen. Geeft een opdrachtgever de opdracht een woonhuis te bouwen, maar expliciteert hij niet dat hij daarin een geluidsdichte oefenruimte wil om te kunnen drummen, dan mag de opdrachtgever niet verwachten dat het woonhuis wordt ontworpen en gebouwd met een dergelijke oefenruimte. Dit soort oefenruimtes maken namelijk geen deel uit van het normale gebruik van een woonhuis. Hij zal die eisen dus expliciet moeten opnemen in de overeenkomst.

Naast de primaire verplichting om te ontwerpen en bouwen volgens de eisen van de overeenkomst, heeft de opdrachtnemer ook bij gebruik van de UAV-GC 2005 een secundaire verplichting tot waarschuwen voor fouten en gebreken in informatie afkomstig van de opdrachtgever. Die verplichting is opgenomen in § 4 lid 7 UAV-GC 2005:

*'De Opdrachtnemer is verplicht de Opdrachtgever onverwijld schriftelijk te waarschuwen indien:*

*a) de Vraagspecificatie, of*

*b) de bij de Vraagspecificatie gevoegde annexen,*

*c) of de Basisovereenkomst, of*

*d) informatie die de Opdrachtgever aan de Opdrachtnemer ter beschikking stelt, of*

*e) het terrein en/of het water dat de Opdrachtnemer krachtens § 3 lid 1 sub b aan de Opdrachtnemer ter beschikking stelt, of*

*f) de goederen die de Opdrachtgever krachtens § 3 lid 1 sub c aan de Opdrachtnemer ter beschikking stelt [...]*

*klaarblijkelijk zodanige fouten bevatten of gebreken vertonen, dat hij in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou handelen als hij zonder waarschuwing bij het verrichten van Werkzaamheden daarop zou voortbouwen.'*

De opdrachtnemer moet bij gebruik van de UAV-GC 2005 de vraagspecificatie en de annexen waarin de eisen van de opdrachtgever en informatie over de opdracht zijn opgenomen uitgebreid bestuderen, omdat deze de basis vormen voor zijn ontwerp. Verzuimt de opdrachtnemer te waarschuwen wanneer hij wel de plicht daartoe had, dan *'is hij aansprakelijk voor de schadelijke gevolgen van zijn verzuim'* (§ 4 lid 8 UAV-GC 2005).

### *Aansprakelijkheid van de opdrachtnemer*

Zoals reeds opgemerkt neemt de opdrachtnemer verschillende soorten werkzaamheden op zich: hij voert niet alleen uit, maar ontwerpt ook. Ondanks dat de werkzaamheden verschillend zijn, is er maar één aansprakelijkheidsregime. De aansprakelijkheid van de opdrachtnemer vloeit onder andere voort uit de verplichtingen die zijn opgenomen in § 4 UAV-GC 2005. Relevant is daarnaast in hoeverre de opdrachtnemer zich aan de op hem rustende waarschuwingsplichten heeft gehouden.

De hoofdregel van de verantwoordelijkheid van de opdrachtnemer voor door hem verrichte werkzaamheden ligt in § 4 lid 9 UAV-GC 2005. De uitzondering op die hoofdregel is opgenomen in § 28 UAV-GC 2005. § 4 lid 9 UAV-GC 2005 luidt:

*‘Behoudens het bepaalde in § 28 is de Opdrachtnemer verantwoordelijk voor elk gebrek in het Werk dat niet krachtens de wet, de Overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen aan de Opdrachtgever kan worden toegerekend.’*

Belangrijk is dus de toerekenbaarheid van de gebreken in het werk: wanneer het gebrek niet toerekenbaar is aan de opdrachtgever, valt het onder de verantwoordelijkheid van de opdrachtnemer. Gebreken kunnen veroorzaakt worden door de opdrachtgever of door de opdrachtnemer. Maakt de opdrachtnemer een fout in zijn berekeningen, dan is die aan hem toerekenbaar. Toerekening aan de opdrachtgever kan bijvoorbeeld plaatsvinden als informatie, die de opdrachtgever ter beschikking stelde, fouten bevatte (§ 3 lid 2 UAV-GC 2005).

In § 28 UAV-GC 2005 wordt de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer *na oplevering* beperkt. Voor een goed begrip bespreken we op deze plaats alleen § 28 lid 1 UAV-GC 2005:

- 1. Na de feitelijke datum van oplevering is de Opdrachtnemer niet meer aansprakelijk voor gebreken in het Werk of in enig onderdeel daarvan, tenzij:*
  - (a) die gebreken te wijten zijn aan zijn schuld, of krachtens wet, rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komen, en bovendien;*
  - (b) de Opdrachtgever voorafgaande aan de oplevering die gebreken niet heeft opgemerkt, en bovendien;*
  - (c) de Opdrachtgever die gebreken op het tijdstip van de feitelijke datum van oplevering redelijkerwijs niet had moeten ontdekken.*

De aansprakelijkheid na de oplevering komt er dus op neer dat in beginsel na de oplevering de opdrachtnemer niet meer aansprakelijk is voor gebreken in het werk. De uitzondering op de hoofdregel (na oplevering geen aansprakelijkheid) doet zich alleen voor indien aan alle drie eisen is voldaan, zoals genoemd onder § 28 lid 1 onder a, b en c UAV-GC 2005. Deze eisen gelden cumulatief; aan alle eisen moet voldaan zijn.

§ 28 lid 1 onder a UAV-GC 2005 houdt in dat het een gebrek moet betreffen dat toerekenbaar is aan de opdrachtnemer. Uit § 28 lid 1 onder c UAV-GC 2005 volgt een normatief karakter (terwijl dat bij § 28 lid

1 onder b UAV-GC 2005 niet het geval is): het gaat om gebreken die de opdrachtgever had *behoren* te ontdekken op het tijdstip van de oplevering, niet zozeer om wat hij daadwerkelijk heeft gezien. Dit normatieve karakter volgt uit het woord redelijkerwijs.

Ook voor de UAV-GC geldt, net als bij de UAV, dat bij invoering van de Wet Kwaliteitsborging op 1 januari 2024 de, bepaling rond de aansprakelijkheid van de aannemer moet worden aangepast nu art. 7:758 lid 4 BW van kracht wordt en van dwingend recht wordt. Er is nog geen definitieve versie beschikbaar van de tekst van de nieuwe UAV-GC, en dus weten we nog niet hoe par. 28 van de nieuwe UAV-GC er uit zal gaan zien.

#### 5.4.2 DBFMO-overeenkomsten

DBFMO contracten zijn ook een vorm van geïntegreerd samenwerken. Bij DBFMO wordt de opdrachtnemer niet enkel gevraagd het ontwerp (D van design) en de uitvoering (B van build) op zich te nemen, maar ook om zorg te dragen voor de financiering (F) en het onderhoud (M van maintenance) en de exploitatie (waarvoor de O van 'operate' staat).

Bij deze contractvorm zijn meerdere partijen betrokken. Veelal gaat het om:

- de overheid (als opdrachtgever);
- de professionele geldverstrekkers als financier;
- de leveranciers van producten en diensten;
- de aandeelhouders van de onderneming waarin de feitelijke opdrachtgever is ondergebracht (een zogenaamde Special Purpose Vehicle – SPV –, ook wel Special Purpose Company – SPC – genaamd);
- de aannemer die belast is met de uitvoering van het werk en soms, doch niet altijd, ook belast is met het beheer na voltooiing, en;
- de afnemers of klanten.

De complexiteit van deze constructie maakt dat een DBFMO contract meer een financieringsmodel of exploitatiemodel is, dan een bouwcontract. Er is voor dit model een eerste soort standaardovereenkomst gepubliceerd door de Rijkswaterstaat.

#### 5.5 Andere contractvormen

In het bouwcontractenrecht zijn er nog een aantal vormen die op deze plaats genoemd moeten worden: het bouwteam, vormen van nevenaanneming en onderaanneming, en de allianties. Deze laatste vorm van samenwerken en contracteren wordt vooralsnog niet heel breed gebruikt, omdat zij vooral bestemd is voor grote werken met een bijzonder, vaak complex, karakter. In deze paragraaf wordt er dan ook maar zeer kort bij stilgestaan. Iets uitgebreider komen aan bod het bouwteam (par. 5.5.1), dat de afgelopen



decennia sterk aan populariteit heeft gewonnen, en de vormen nevenaanneming en onderaanneming (par. 5.5.2).

### 5.5.1 Bouwteam

Onder een bouwteam wordt verstaan een tijdelijke vorm van samenwerking tussen vertegenwoordigers van de bouwprocesfuncties initiatief nemen (de opdrachtgever), ontwerpen (de architect, de constructeur en andere adviseurs) en uitvoeren (de aannemer). De deelnemers vervullen daarbij in gecoördineerd verband de werkzaamheden die uit de eigen functie voortkomen en daarenboven, waar mogelijk, door het geven van advies medewerken aan de taakvervulling van collega-deelnemers.

Het bouwteam is een bijzondere vorm van samenwerking. Eigenlijk hoort hij, gezien de fase die de bouwteamovereenkomst beslaat, niet thuis in dit hoofdstuk, maar in het vorige hoofdstuk. De bouwteamovereenkomst, of de sets aan algemene voorwaarden die daarvoor beschikbaar zijn, beslaat namelijk de rechtsverhouding tussen aannemer en opdrachtgever in de *ontwerpfase*.

Toch wordt het bouwteam in dit hoofdstuk behandeld, omdat in de bouwteamovereenkomst besloten ligt dat de aannemer na de bouwteamfase ook de uitvoering ter hand mag nemen, en ontwerp- en uitvoeringsfase op die wijze met elkaar verbonden zijn.

Allereerst is van belang dat een bouwteam, zoals hiervoor reeds opgemerkt, bestaat uit vertegenwoordigers van de bouwprocesfuncties initiatief nemen (de opdrachtgever), ontwerpen (de architect, de constructeur en andere adviseurs) en uitvoeren (de aannemer). Deze actoren werken in de ontwerpfase samen aan het realiseren van een ontwerp. De bouwteamovereenkomst beslaat echt enkel de rechtsverhouding tussen opdrachtgever en aannemer in die fase. De andere adviseurs in het bouwteam worden bilateraal door de opdrachtgever gecontracteerd met behulp van (meestal) de DNR 2011. Dat de aannemer en de opdrachtgever contracteren met behulp van een andersoortige overeenkomst, namelijk de bouwteamovereenkomst, heeft er mee te maken dat de aannemer na deelname aan het bouwteam (in de ontwerpfase) als eerste de mogelijkheid krijgt een aannemingsovereenkomst af te sluiten voor de uitvoeringsfase. Die mogelijkheid, en dat recht voor de aannemer, is vastgelegd in de bouwteamovereenkomst. Na de bouwteamfase waarvoor aannemer en opdrachtgever de bouwteamovereenkomst gebruiken als contractueel kader, volgt dus nog de uitvoeringsfase, waarvoor apart een overeenkomst wordt gesloten. Op die overeenkomst kunnen de UAV 2012 van toepassing zijn of de UAV-GC 2005.

Op dit moment zijn voor de bouwteam-samenwerking tussen aannemer en opdrachtgever twee sets algemene voorwaarden beschikbaar die deze rechtsverhouding kunnen beheersen en waar partijen dus (vooraf) voor kunnen kiezen. De ene set is het zogenaamde KBNL 2021 model. Deze set algemene voorwaarden is opgesteld op initiatief van Bouwend Nederland en bouwt uitdrukkelijk voort op de oude VG1992 Model Bouwteamovereenkomst. De tweede beschikbare set algemene voorwaarden is het zogenaamde Duurzaam Gebouwd 2020 model (hierna: DG 2020), die volledig nieuw is qua opzet en

inhoud. In dit model ligt de nadruk, veel meer dan in het KBNL 2021 model, op samenwerking en communicatie tussen de verschillende bouwteam-adviseurs en de opdrachtgever.

Is sprake van een bouwteam, dan wordt de aannemer dus al in een vroeg stadium betrokken bij het ontwerp van het uit te voeren werk. Met behulp van een bouwteamovereenkomst worden de taken en verantwoordelijkheden van die aannemer in de ontwerpfase vastgelegd. De rol die een bouwteam-aannemer tijdens de ontwerppperiode vervult, is een adviserende. Hij denkt als deskundige op het gebied van de uitvoering mee over het ontwerp. Van oudsher dacht de aannemer voornamelijk mee over besparingen die konden worden gerealiseerd op het gebied van tijd en kosten. Als specialist op het gebied van de uitvoering weet hij immers als geen ander welke slimme ontwerpkeuzes tot tijds- of kostenbesparingen kunnen leiden. De afgelopen jaren wordt de aannemer echter ook gevraagd op veel meer en andere terreinen advies te geven. Waarover hij geacht wordt te adviseren, moet in de overeenkomst goed worden vastgelegd.

Van belang is voorts op te merken dat kenmerkend voor het werken in een bouwteam is dat partijen geen collectieve of gezamenlijke aansprakelijkheid op zich nemen voor in de ontwerpfase gemaakte verkeerde keuzes of fouten. De leden van het bouwteam werken in zogenaamd gecoördineerd verband samen en zijn ieder verantwoordelijk voor hun eigen terrein. Dit laat zich het beste zien in de bepalingen rond verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden in het VG Bouw Model en het KBNL 2021 Model. In art. 12 VG Bouw 1992 model en in art. 14 lid 5 KBNL 2021 model is opgenomen dat:

*'De verantwoordelijkheid voor adviezen en ontwerpen ligt bij degene op wiens specifieke terrein in het bouwteam die adviezen en ontwerpen betrekking hebben, mits diegene die adviezen en ontwerpen heeft aanvaard en tot de zijne gemaakt.'*

Het artikel is exemplarisch voor de wijze waarop verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden binnen een (gecoördineerd) bouwteam zijn verdeeld. Het komt erop neer dat alle deelnemers aan het bouwteam verantwoordelijkheid dragen voor het eigen terrein. Welke werkzaamheden precies tot dat eigen terrein behoren, wordt in de bouwteamovereenkomst vastgelegd. In beginsel verricht het bouwteamlid de werkzaamheden op zijn eigen terrein, maar anderen kunnen adviezen indienen met betrekking tot het terrein van een ander. Aanvaardt de 'terrein- verantwoordelijke' een advies en *maakt hij het tot het zijne*, dan vallen het advies en de gevolgen daarvan onder de verantwoordelijkheid (en aansprakelijkheid) van de 'terrein-verantwoordelijke'.

Het 'aanvaarden' en 'tot de zijne maken' van adviezen van anderen kan zowel stilzwijgend als uitdrukkelijk plaatsvinden. Uit het niet afwijzen van een advies of suggestie kan de 'terrein-verantwoordelijke' geacht worden dit idee te omarmen. Het op deze wijze verdelen van de verantwoordelijkheid binnen het bouwteam realiseert enerzijds een stimulans om vrij adviezen te spuien, en anderzijds een prikkel om die adviezen goed te controleren. Op deze wijze wordt steeds optimaal gebruik gemaakt van de expertises in het team.

Het belangrijkste motief van een opdrachtgever om voor het bouwteammodel te kiezen, is de verwachting dat in belangrijke mate op de uitvoeringskosten kan worden bespaard door in een vroeg stadium te beschikken over uitvoerings- en kostendeskundigheid van een aannemer. Voor de aannemer is het deelnemen aan het bouwteam aantrekkelijk, omdat de aannemer die wordt uitgenodigd om aan een bouwteam deel te nemen in het vooruitzicht wordt gesteld, dat hij na de voltooiing van het ontwerp als eerste en vooralsnog enige gegadigde een prijsaanbieding mag doen met betrekking tot de uitvoering van het ontwerp. Komen partijen niet tot prijsovereenstemming, dan kunnen zij (onder voorwaarden neergelegd in de beschikbare modellen voor de Bouwteamovereenkomst) uit elkaar gaan en kan de opdrachtgever een andere aannemer aannemen voor de uitvoering.

### 5.5.2 Nevenaanneming, onderaanneming en ketensamenwerking

Omdat steeds meer aannemers zich specialiseren, zijn bij het tot stand brengen van bouwwerken vrijwel steeds meerdere en steeds verschillende soorten aannemers betrokken. Als gevolg daarvan wordt in de bouw veel gebruik gemaakt van zogenaamde onder- en nevenaanneming.

#### *Onderaanneming*

Een opdrachtgever kan de uitvoering van een werk integraal aan één bepaalde aannemer opdragen. Die aannemer kan echter op zijn beurt één of meer onderdelen van dat werk in *onderaanneming* uitbesteden. De uitbestedende aannemer wordt dan de hoofdaannemer genoemd. De aannemer die de opdracht van die hoofdaannemer aanneemt, de onderaannemer. In dit geval bestaat er tussen de opdrachtgever van de hoofdaannemer en de door de hoofdaannemer bij het werk betrokken onderaannemer(s) geen overeenkomst.

Inhoudelijk bestaat tussen de overeenkomst tussen de hoofdaannemer en de opdrachtgever en de hoofdaannemer en de nevenaannemer een nauwe samenhang. Het is echter niet zo dat die overeenkomsten inhoudelijk ook overeen hoeven te komen. Zo kan de inhoud en omvang van de opdracht, de vraag wat de onderaannemer voor werk moet doen en tegen welke voorwaarden, sterk verschillen van die tussen de hoofdaannemer en de opdrachtgever.

Van belang is nog het volgende met betrekking tot de onderaanneming: hoewel de opdrachtgever (van de hoofdaannemer) niet in een contractuele verhouding staat tot de (door de hoofdaannemer gecontracteerde) onderaannemer, kan het zijn dat de opdrachtgever voor een gebrek in het werk dat is veroorzaakt door de onderaannemer rechtstreeks op de onderaannemer verhaal kan nemen. Dat is het geval wanneer het tekortschieten van de onderaannemer jegens de hoofdaannemer ook kan worden aangemerkt als een *onrechtmatige daad* jegens de opdrachtgever.

In het arrest *Wierts/Visseren* (HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496) oordeelt de Hoge Raad over de vraag of het toerekenbaar tekortschieten van de onderaannemer jegens de hoofdaannemer leidt tot aansprakelijkheid van die onderaannemer jegens de opdrachtgever. De Hoge Raad oordeelt:

*'De onderaannemer zal in het algemeen binnen bepaalde grenzen rekening hebben te houden met de belangen van de opdrachtgever en de opdrachtgever zal in het algemeen erop mogen vertrouwen dat de onderaannemer dat doet. [...]*

Over de vraag of een wanprestatie van de onderaannemer jegens de hoofdaannemer ook een onrechtmatige daad van de onderaannemer jegens de opdrachtgever oplevert, oordeelt de Hoge Raad dat steeds zal gekeken moeten worden naar de omstandigheden van het geval.

### *Nevenaanneming*

Als sprake is van nevenaanneming, hebben we te maken met een volkomen andere wijze van inrichten van de samenwerking en de rechtsverhouding, dan bij onderaanneming. Bij nevenaanneming splitst de opdrachtgever een werk in onderdelen op en draagt deze onderdelen als afzonderlijke opdrachten op aan verschillende aannemers. Bij het werk zijn dan twee of meer aannemers betrokken die, in principe van elkaar onafhankelijk, ieder een deel daarvan tot stand brengen.

Bij deze vorm van samenwerken bestaan derhalve nevensgeschikte, bilaterale rechtsverhoudingen tussen de opdrachtgever en ieder van de nevenaannemers. Deze bilaterale rechtsverhoudingen staan naast elkaar. Tussen de verschillende nevenaannemers onderling bestaat geen contractuele relatie.

In de praktijk zal echter wel sprake zijn van een feitelijke samenwerking tussen nevenaannemers, nu zij (veelal gelijktijdig of elkaar opvolgend) aan hetzelfde werk werken. Daarnaast rusten op de nevenaannemers zogenaamde, op de maatschappelijke betamelijkheid gebaseerde op zogenaamde diligentieplichten. Het gaat hier om bijzondere zorgplichten die de nevenaannemers jegens elkaar in acht nemen, naast hun contractuele verplichtingen tegenover de opdrachtgever.

### 5.5.3 Allianties

Zoals in de inleiding reeds opgemerkt wordt de alliantie in Nederland niet vaak toegepast. Toch verdient deze vorm van samenwerking een plaats in dit boek, nu het een bijzondere vorm van samenwerking is die in de bouwwereld op steeds grotere belangstelling kan rekenen, met name ook in het buitenland. Voordat (slechts) enkele hoofdkenmerken van de alliantie worden besproken, is van belang op te merken dat dé alliantie niet bestaat. Allianties zijn er in vele soorten en maten, kunnen op verschillende manieren juridisch worden vormgegeven, op verschillende manieren worden ingericht en afspraken binnen een alliantie kunnen van geval tot geval verschillen.

Wezenskenmerk van elke alliantie is dat tussen de deelnemende partijen een verregaande vorm van samenwerking wordt nagestreefd. Deze vorm van samenwerking onderscheidt zich van de anderen, doordat ook de opdrachtgever intensief betrokken is bij het ontwerp-/en of bouwproces en doordat partijen op voet van gelijkheid samenwerken. Die gelijkheid gaat dusdanig ver dat geen sprake is van

een hiërarchische verhouding tussen partijen. (Ook) de opdrachtgever staat dus *naast* de andere actoren en er niet boven. Daarnaast is een belangrijk kenmerk van allianties dat zowel het positieve resultaat, als het negatieve resultaat van de activiteiten die binnen de alliantie worden ontplooid, gedeeld worden door de deelnemers aan de alliantie. In het rechtsgeleerde handboek Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/279 wordt dan ook terecht opgemerkt dat '*het alliantiecontract [...] daardoor meer het karakter van een overeenkomst van vennootschap dan van een aannemingsovereenkomst [heeft]*'.

Het idee achter het op deze wijze inrichten van een samenwerking is dat door het creëren van parallelle of gezamenlijke belangen, een optimale samenwerking tot stand komt. De literatuur en praktijk rond allianties laten zien dat ook het formuleren van gezamenlijke projectdoelen, het gebruik van zogenaamde alliantiebeginselen als transparantie, het hanteren van een 'open boek' begroting, en het gebruik van beprijzingsmechanismen, kunnen bijdragen aan het optimaliseren van de samenwerking binnen een alliantie.

Zoals gezegd bestaan er allianties in verschillende soorten en maten. Zo zijn er allianties enkel gericht op het realiseren van een bepaald project (de project-alliantie), of op de realisatie van meerdere projecten (soms de strategische alliantie genoemd). Ook zijn er allianties die slechts zijn gericht op onderdelen, zoals op de ontwerpfase van een bepaald project (de ontwerp-alliantie) en allianties gericht op de uitvoering of op coördinatie. Daarnaast kunnen allianties op verschillende manieren juridisch worden vormgegeven. Zo kan er een speciale rechtsvorm voor worden gebruikt of kan een alliantie contractueel worden vormgegeven. Het voert te ver om op deze plaats uitgebreid in te gaan op juridische complexiteit van allianties, nu de alliantie-vorm niet heel regelmatig wordt gebruikt in Nederlandse bouwprojecten.

## 6 Benodigdheid: Goedkeuring

### 6.1 Het verschijnsel 'goedkeuring'

#### 6.1.1 Goedkeuring door de overheid

Een van de benodigdheden voor het bouwproces is *goedkeuring*. Zonder goedkeuring mag een bouwwerk niet worden gerealiseerd. Dat is wettelijk bepaald. Goedkeuring vindt plaats door de overheid. Dat er goedkeuring nodig is, voordat mag worden gebouwd, is een eeuwenoud principe\*.

Kocken heeft onderzoek gedaan naar het middeleeuwse bouwrecht (E.H.A. Kocken, Van bouwen, breken en branden in de lage landen: oorsprong en ontwikkeling van het middeleeuws stedelijk bouwrecht tussen ±1200 en ±1500; een terreinverkennd onderzoek, Kluwer, 2004). Daaruit blijkt dat destijds in Nederland reeds vele goedkeuringen (ook wel 'consent' of 'oirlof' genoemd) bestonden, die ten doel hadden ongewenste toestanden te voorkomen. Het toenmalige gemeentebestuur besliste of, waar en hoe er gebouwd werd. Zo waren er toestemmingen nodig voor het leggen van fundamenteën, voor het dekken en ontdekken van huizen (dit om te voorkomen dat bewoners hun vaak met subsidie aangebrachte tegelpannen gingen vervangen door goedkoper, brandbaar materiaal) en voor het aanbrengen van veranderingen zoals het maken van een uitbouw. Een andere vorm van preventieve beïnvloeding van het bouwen betrof de keuring van bouwmaterialen.

In feite is het goedkeuringsvereiste een van de belangrijkste instrumenten waarover de overheid beschikt. Uit het feit dat een goedkeuring nodig wordt geacht blijkt dat er – door de wetgever\* – niet op wordt vertrouwd dat zonder goedkeuring het ontwerp van het bouwwerk altijd voldoet aan de wettelijke eisen. Door de wettelijke eisen worden bepaalde algemene belangen gediend. Bijvoorbeeld dat gebouwen veilig moeten zijn, duurzaam, in overeenstemming zijn met eisen over het uiterlijk (welstand) en aan stedenbouwkundige voorwaarden voldoen.

De wetgever bestaat uit de regering (Koning en ministers) samen met de beide kamers van de Staten- (Eerste en Tweede Kamer). De leden van de Tweede Kamer worden direct gekozen. Die van de Eerste Kamer getrap; ze worden gekozen door de leden van de twaalf Provinciale Staten. De leden van Provinciale Staten worden door de burgers gekozen. Omdat voor een wetvoorstel aanneming door een meerderheid in Eerste en Tweede Kamer nodig is, wordt de wet 'democratisch gelegitimeerd' geacht. Ofwel: wetten drukken niet zozeer de wens uit van 'de overheid', maar van de samenleving als geheel.

#### 6.1.2 Goedkeuring in de vorm van een vergunning

De overheid die het besluit neemt over goedkeuring is voor bouwprojecten is bijna altijd de gemeente. Meer precies: het college van burgemeester en wethouders. Zij kunnen goedkeuren door middel van het verlenen van een *vergunning*. Voor bouwprojecten heet die vergunning: *omgevingsvergunning*. Het college van burgemeester en wethouders is dus (meestal) het bestuursorgaan\* dat besluit over een aangevraagde *omgevingsvergunning* (art. 5.8 en 5.12, tweede lid, Omgevingswet).

'Bestuursorgaan' is een wettelijke term, geregeld in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) (art. 1:1, lid 1). Bestuursorganen nemen *besluiten*. Een besluit is een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling (art. 1:3, lid 1, Awb). Het verlenen of weigeren van een omgevingsvergunning is een voorbeeld van een besluit.

Besluiten moeten aan een aantal wettelijk vastgelegde eisen voldoen. Ze moeten zorgvuldig worden voorbereid (art. 3:2 Awb). Dat wil zeggen dat het bestuursorgaan de relevante feiten en af te wegen belangen goed in beeld brengt alvorens een besluit te nemen. Dit is het zorgvuldigheidsbeginsel. Ook moet een besluit berusten op een deugdelijke motivering (art. 3:46 Awb). Dit heet het motiveringsbeginsel. Verder is van belang dat tegen een besluit in het algemeen rechtsbescherming open staat. Het besluit kan dus aan een onafhankelijke rechter ter beoordeling worden voorgelegd. Dat gebeurt bij omgevingsvergunningen in de praktijk met grote regelmaat.

Een bestuursorgaan dat verantwoordelijk is voor vergunningverlening, toezicht en handhaving wordt aangeduid met het begrip 'bevoegd gezag'. Voor besluiten over omgevingsvergunningen die betrekking hebben op bouwwerken is het college van burgemeester en wethouders doorgaans bevoegd gezag, maar voor andere besluiten kunnen organen van rijk, provincie of waterschap bevoegd gezag zijn.

Tot 2010 heette de goedkeuring voor een bouwwerk: *bouwvergunning*, maar die benaming is al geruime tijd niet meer correct. Omgevingsvergunning is de tegenwoordige term. Overigens is niet alleen voor bouwprojecten een omgevingsvergunning nodig, maar ook voor vele andere activiteiten, zoals het storten van stoffen in zee of het onttrekken van water (art. 5.1 Omgevingswet).

### 6.1.3 Het principe van een vergunning

Het principe van een vergunning is eenvoudig: een bepaald iets is verboden, tenzij het door het bestuur wordt toegestaan. Alhoewel het principe simpel is, zal uit dit hoofdstuk blijken dat de omgevingsvergunning voor een bouwproject toch met de nodige complexiteit is omgeven.

Kenmerkend is dat een vergunning voorafgaat aan de beoogde activiteit, in dit geval: bouwen. Dat geeft het bestuursorgaan de mogelijkheid om activiteiten niet toe te staan, of alleen nadat een ontwerp is aangepast. Een vergunning geeft dus de mogelijkheid van preventieve beïnvloeding door het bestuur, in tegenstelling tot repressieve beïnvloeding\* achteraf, dat wil zeggen na voltooiing van het gebouw.

Overigens is repressief ingrijpen door het bestuur ook mogelijk. Preventieve en repressieve beïnvloeding kunnen dus naast elkaar bestaan. Zo kan het bevoegd gezag een verleende omgevingsvergunning intrekken als in strijd met de regels is gehandeld (art. 18.10 Omgevingswet).

Voor bouwen bepaalt de wet dat het in beginsel verboden is te bouwen zonder goedkeuring. De wet gebruikt hiervoor de termen 'omgevingsplanactiviteit' en 'bouwactiviteit'. Artikel 5.1 Omgevingswet bepaalt, kort gezegd, dat het verboden is om zonder omgevingsvergunning een omgevingsplanactiviteit te verrichten of een bouwactiviteit te verrichten. Wat beide activiteiten inhouden worden verder in dit hoofdstuk toegelicht. Dit houdt een goedkeuringsvereiste voor bouwen in. Wat in feite wordt goedgekeurd is het bouwkundige ontwerp. Het bouwen zelf\* behoeft geen goedkeuring.

Bij bepaalde typen bouwwerken moet wel worden aangetoond dat daadwerkelijke bouwen heeft plaatsgevonden in overeenstemming met de voorschriften. Daarmee wordt bedoeld dat, zonder dat de overheid tijdens de bouw controleert, moet worden aangetoond dat er conform de voorschriften is gebouwd. Op deze 'private kwaliteitsborging' wordt later in dit hoofdstuk ingegaan. We kunnen het achteraf aantonen dat volgens de voorschriften is gebouwd niet

aanmerken als 'goedkeuring', want het principe van een vergunning juist is dat ze voorafgaat aan een bepaalde handeling.

#### 6.1.4 Waar haalt de overheid het recht vandaan om een vergunning te eisen?

Het is begrijpelijk dat participanten in het bouwproces zich afvragen waar de overheid eigenlijk het recht vandaan haalt om een vergunning te eisen. Het antwoord op die vraag is: de wet. Zoals eerder beschreven bepaalt de Omgevingswet dat voor een omgevingsplanactiviteit en een bouwactiviteit een omgevingsvergunning is vereist. Door deze wettelijke bepaling is voldaan aan het *legaliteitsbeginsel*. Dit belangrijke beginsel uit het recht vereist dat het bestuur alleen die bevoegdheden mag uitoefenen, die haar vooraf bij de wet zijn toegekend. De bevoegdheid van het bestuur om een vergunning te eisen voor een (bouw)activiteit moet dus berusten op een wettelijke grondslag. Dat doet het inderdaad\*.

Op grond van het legaliteitsbeginsel geven diverse wetten de overheid talloze bevoegdheden. Zo kan de overheid belasting heffen over gebouwen (denk aan de onroerende zaakbelasting), onteigenen (als grondeigendom de bouw van een project in de weg staat), gebouwen sluiten (als daarin drugs worden verhandeld) en nog veel meer. Zonder wettelijke grondslag zou de overheid deze bevoegdheden niet hebben.

Het legaliteitsbeginsel geeft *rechtszekerheid*. Alleen voor zover de wet aan bestuursorganen bevoegdheden geeft, mogen die worden uitgeoefend. De macht van de overheid wordt hierdoor beperkt. Of andersom gezegd: de vrijheid van burgers (bijvoorbeeld om te bouwen wat ze willen) kan alleen worden beperkt door de overheid indien en voor zover een wet dat aangeeft.

#### 6.1.5 Toetsing

Kenmerkend voor een vergunning is dat de aanvraag door het bestuursorgaan wordt beoordeeld aan de hand van bepaalde criteria, ofwel beoordelingsregels. Het eenvoudige principe is dat als de aanvraag (het ontwerp) in overeenstemming is met de criteria, de vergunning wordt verleend. Zo niet, dan volgt weigering.

Overigens worden aan verleende vergunningen meestal voorschriften verbonden. De vergunning wordt dan verleend, maar er moet aan een of meer voorschriften worden voldaan. Een voorbeeld is het voorschrift dat binnen een bepaalde termijn na verlening van de vergunning – vaak een half jaar – moet worden begonnen met de bouw. Anders kan de vergunning worden ingetrokken. Een ander voorschrift is dat bepaalde (ten tijde van de aanvraag nog niet benodigde) uitvoeringstekeningen en berekeningen uiterlijk een aantal weken voor aanvang van de werkzaamheden moet worden aangeleverd. Nog weer een ander voorschrift is dat een bepaalde heimethode (schroeven van palen) moet worden toegepast ter bescherming van archeologische waarden in de bodem.

De criteria zijn a priori vastgelegd in de wetgeving. Een voorbeeld zijn de technische voorschriften waaraan bouwwerken moeten voldoen. Die zijn opgenomen in het Besluit bouwwerken leefomgeving\*.



Het Besluit bouwwerken leefomgeving is in hoge mate te vergelijken met het vroegere Bouwbesluit.

Het Besluit bouwwerken leefomgeving is zelf geen wet, maar heeft de juridische status van 'algemene maatregel van bestuur'. Dat is een set van regels waarin bepalingen uit de wet worden uitgewerkt. Een voordeel hiervan is dat de wet zelf niet alle details hoeft te bevatten en daardoor overzichtelijk blijft. Een algemene maatregel van bestuur kan de bevoegdheden die in de wet aan een bestuursorgaan zijn toegekend, nader uitwerken. Zo bepaalt, kort gezegd, de Omgevingswet dat voor een omgevingsvergunning een ontwerp aan de (technische) voorschriften van het Besluit bouwwerken leefomgeving moet voldoen. Maar de Omgevingswet zelf bevat die technische eisen niet. Die staan in een aparte algemene maatregel van bestuur: het Besluit bouwwerken leefomgeving. De Omgevingswet kent behalve het Besluit bouwwerken leefomgeving nog drie andere algemene maatregelen van bestuur.

Het van tevoren vastleggen van beoordelingsregels voorkomt willekeur door het bestuur. Willekeurige bevoordeling of benadeling van een vergunningaanvrager wordt in beginsel voorkomen omdat de criteria vaststaan en het bestuur gehouden is om alleen die criteria te hanteren.

Een ontwerper kan, omdat de criteria kenbaar zijn, zelf voorafgaand aan de vergunningaanvraag, tot op zekere hoogte nagaan of het ontwerp voldoet aan de beoordelingsregels. Zo kan in het lokale omgevingsplan worden opgezocht wat de stedenbouwkundige eisen zijn waaraan het ontwerp moet voldoen (zoals een maximale hoogte). Ook kan worden nagegaan welke functie(s) op een bepaalde locatie zijn toegestaan volgens het omgevingsplan. Voorts kunnen regels over het uiterlijk van gebouwen (bijvoorbeeld de toegestane materialisatie) worden opgezocht. Hiermee kan tot op zekere hoogte worden voorkomen dat kansloze aanvragen voor omgevingsvergunning worden ingediend\*.

De zogeheten algemene voorwaarden voor de rechtsverhouding tussen opdrachtgever en architect (dat is de set van regels die architect en opdrachtgever van toepassing kunnen verklaren op hun overeenkomst) gaan in op het toetsen van het ontwerp door de architect aan de regelgeving. De algemene voorwaarden bepalen dat de architect rekening houdt met de voor de opdracht van belang zijnde publiek- en privaatrechtelijke regelgeving, waarvan het bestaan van algemene bekendheid onder adviseurs (waaronder architecten) mag worden verondersteld. Met andere woorden: het wordt van de architect verwacht dat deze het ontwerp tot op zekere hoogte toetst aan de beoordelingsregels voor omgevingsvergunningen. Doet deze dat niet, dan kan dat in relatie tot de opdrachtgever tot een juridisch geschil leiden.

### 6.1.6 Aanleveren van gegevens

Om te kunnen toetsen aan de beoordelingsregels (criteria) heeft het bevoegd gezag informatie nodig van de vergunningaanvrager. Alleen op die manier kan de aanvraag (bijv. het ontwerp van een bouwwerk) door het bestuur worden getoetst aan de beoordelingsregels. Voor sommige vergunningen zijn de aan te leveren gegevens eenvoudig. Dat is bijvoorbeeld het geval bij een parkeervergunning. Voor de omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit of een bouwactiviteit is dat anders. Daarvoor moeten veel tekeningen en berekeningen aangeleverd worden. Welke dat precies zijn, is bepaald in de Omgevingsregeling\*.

De Omgevingsregeling is een van de vele 'ministeriële regelingen' die ons land kent. Een ministeriële regeling (kortweg: regeling) is net als een wet en een algemene maatregel van bestuur een vorm van regelgeving. Net zoals een wet kan bepalen dat zekere voorschriften via

een algemene maatregel van bestuur nader worden bepaald, kan een algemene maatregel van bestuur bepalen dat zekere voorschriften door een regeling nader worden bepaald. Een minister stelt een regeling vast. Er is dus soort van hiërarchie van regelgeving: wet → algemene maatregel van bestuur → ministeriële regeling. Telkens worden regels verder uitgewerkt.

Wetten, algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen zijn alle 'algemeen verbindend voorschrift'. Dat betekent dat naleving ervan kan worden afgedwongen via sanctie. De opsomming van tekeningen en berekeningen in de Omgevingsregeling is dus niet iets van een aanbeveling of richtlijn, maar een vereiste.

Doorgaans zal de architect dat de aanvraag van een omgevingsvergunning doen (als gemachtigde van de opdrachtgever) en dus ook de gegevens aanleveren. Dat gebeurt niet hardcopy, maar digitaal via een onderdeel van het Digitaal Stelsel Omgevingswet\*.

Het Digitaal Stelsel Omgevingswet is een digitale omgeving met verschillende doeleinden. Eén daarvan is het mogelijk maken van het indienen van een aanvraag om een omgevingsvergunning. Het systeem 'vraagt' wat het bouwproject precies inhoudt. Bijvoorbeeld of er moet worden gesloopt, of het een beschermd monument is, of er balkons worden geplaatst, of het een nieuw bouwwerk is of dat het gaat om verbouwing van een bestaand gebouw, enzovoorts. Naar aanleiding van de antwoorden (door de architect) op die vragen genereert het systeem een overzicht van de tekeningen, berekeningen, foto's en andere informatie. Die moet vervolgens worden geüpload.

Om een indruk te geven volgt hier een aantal van de gegevens die volgens artikel 7.7 Omgevingsregeling moet worden aangeleverd bij de aanvraag van een omgevingsvergunning voor een bouwactiviteit. Dit is slechts een klein deel van de vereiste tekeningen en berekeningen.

Artikel 7.7 (bouwactiviteit: veiligheid)

1. Bij een aanvraag worden met het oog op het waarborgen van de veiligheid gegevens en bescheiden verstrekt over:

de belastingen en de belastingcombinaties voor sterkte en stabiliteit van de bouwconstructie en onderdelen daarvan;

de uiterste grenstoestand van de bouwconstructie en onderdelen daarvan;

de detaillering van trappen, hellingbanen en afscheidingen aan randen van vloeren, trappen of hellingbanen;

de beweegbare constructieonderdelen in de gevel;

de brandklasse en rookklasse van constructieonderdelen;

de brandcompartimentering en de kwaliteit van scheidingsconstructies;

de vluchtroutes, het verloop, de inrichting en de capaciteit hiervan, evenals de draairichting van de deuren waardoor een vluchtroute voert en de deuren grenzend aan de vluchtroute; en de inbraakwerendheid.

### 6.1.7 Vergunningvrij

Vaak gelden vergunningen voor een activiteit alleen boven een bepaalde drempel. Zo wordt er voor gezorgd dat voor kleine activiteiten geen vergunning nodig is. Dat bespaart zowel de initiatiefnemer als de overheid tijd, geld en energie. De activiteiten onder de drempel zijn dan 'vergunningvrij'. Een voorbeeld treffen we bij de evenementenvergunning. Voor kleine evenementen als een straatfeest is geen evenementenvergunning nodig. Straatfeesten zijn derhalve vergunningvrij. Voor bouwprojecten geldt iets soortgelijks. Zowel voor omgevingsplanactiviteiten als bouwactiviteiten geldt dat sommige vergunningvrij zijn.

Zo bepaalt het Besluit bouwwerken leefomgeving (art. 2.27) dat het aanbrengen van een dakkapel een omgevingvergunningvrij bouwactiviteit is.

## 6.2 Een bouwproject bestaat uit 'activiteiten'

### 6.2.1 Een vergunning voor verschillende 'activiteiten'

Voor een goed besef van de omgevingsvergunning moeten we ons eerst richten op het begrip 'activiteiten'. Een bouwproject bestaat, in de terminologie van de Omgevingswet, uit één of meer activiteiten. Er is een limitatieve lijst van alle mogelijke activiteiten (art. 5.1 Ow). Deze bevat onder meer:

- een bouwactiviteit,
- een omgevingsplanactiviteit,
- een rijksmonumentenactiviteit,
- een ontgrondingsactiviteit,
- een Natura 2000-activiteit,
- een milieubelastende activiteit,
- een flora- en fauna-activiteit.\*

De Bijlage bij artikel 1.1 van de Omgevingswet beschrijft wat er onder elk van deze activiteiten moet worden verstaan.

Voor elk van deze activiteiten is een omgevingsvergunning nodig, tenzij de activiteit vergunningvrij is (art. 5.1 Ow).

Belangrijk is dat elk van deze activiteiten eigen criteria heeft op basis waarvan het bestuursorgaan (doorgaans het college van b&w) besluit of de aangevraagde vergunning kan worden verleend. Elke activiteit heeft dus haar eigen beoordelingsregels. Er is dus niet iets als één centrale beoordelingsregel voor de omgevingsvergunning. Voor een omgevingsvergunning voor een bouwactiviteit gelden andere beoordelingsregels dan voor een omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit. We spreken weliswaar over *de* omgevingsvergunning, maar daarbij moeten we beseffen dat het nogal uitmaakt of we het hebben over een omgevingsvergunning voor een bouwactiviteit of een milieubelastende activiteit.

Het is vaak zo dat een bouwproject bestaat uit meerdere van de genoemde activiteiten\*.

*Voorbeeld.* Stel dat een opdrachtgever een nationaal beschermd monument wil verbouwen. In de terminologie van de Omgevingswet gaat dit om drie activiteiten: een omgevingsplanactiviteit, een rijksmonumentenactiviteit en een bouwactiviteit. Als het bouwkundig ontwerp voldoet aan de beoordelingsregels van elk van de drie activiteiten wordt één vergunning verleend voor drie activiteiten. Als het ontwerp niet voldoet aan de criteria voor één van de activiteiten, wordt voor die activiteit geen vergunning verleend en wel voor de andere twee activiteiten. De opdrachtgever kan echter niet met de verbouw van het monument starten zonder vergunning voor elk van de activiteiten. Hij of zij zal dus het ontwerp moeten aanpassen zodat het wel voldoet aan de beoordelingsregels voor de geweigerde activiteit. Daarna kan de aanvraag voor die activiteit opnieuw worden ingediend.

De aanvrager bepaalt zelf voor welke activiteiten hij of zij de omgevingsvergunning aanvraagt\*. Het is dus niet de gemeente die bepaalt voor welke activiteit een vergunning moet worden aangevraagd.

Er kunnen redenen zijn waarom er niet in één keer voor alle activiteiten een omgevingsvergunning wordt aangevraagd. Bijvoorbeeld: als een bouwproject in strijd is met het omgevingsplan, dan moet het college van B&W beoordelen of desalniettemin toch een omgevingsvergunning kan worden verleend. Als het college het besluit neemt dat het voor dit gebouw niet wil afwijken van het omgevingsplan, kan het project in beginsel niet doorgaan. Het kan heel zinvol zijn om het besluit van het college af te wachten voordat een gebouw bouwkundig wordt ontworpen. Immers, als het college besluit dat het niet wil afwijken van het omgevingsplan, heeft het maken van een gedetailleerd ontwerp geen zin. Pas als het college heeft ingestemd met afwijking van het omgevingsplan is het zinvol om het gebouwontwerp te maken en dan daarvoor een omgevingsvergunning voor een bouwactiviteit aan te vragen. *Fasere*n van de vergunningaanvraag kan dus nuttig zijn.

### 6.2.2 Vooroverleg

In de praktijk vindt vaak 'vooroverleg' plaats tussen de gemachtigde van de opdrachtgever (vaak de architect) en gemeentelijke ambtenaren. Het is een informele en informatieve fase die vooraf kan gaan aan de formele vergunningaanvraag. Vooroverleg is niet wettelijk geregeld en ook niet verplicht. Niettemin kan het heel zinvol zijn want er vindt een eerste juridische toets plaats van het bouwproject. Vragen die aan de orde kunnen komen zijn:

- welke activiteiten zijn met dit bouwproject aan de orde,
- is dit gebouw dat verbouwd moet worden een beschermd monument,
- is de activiteit die we willen uitvoeren vergunningvrij,
- wat bepaalt het omgevingsplan ter plaatse van het geplande bouwwerk,
- welke regels gelden er ter plaatse voor het uiterlijk van het bouwwerk,
- welke procedure (regulier of uitgebreid; later in dit hoofdstuk meer hierover) is van toepassing op de vergunning,
- als het project in strijd is met het omgevingsplan, hoe staat de gemeente dan tegenover afwijking van het omgevingsplan?

Soms vragen gemeenten een vergoeding voor het voeren van vooroverleg. Het kan het geld echter meer dan waard zijn, omdat het vooroverleg waardevolle informatie kan opleveren over (aanpassing van) het ontwerp, voordat de formele vergunningaanvraag wordt gedaan.

### 6.3 Hoe lang duurt behandeling van een vergunningaanvraag?

Het antwoord op deze vraag is relevant voor de planning van het bouwproject. Het is een vraag naar de duur van de gemeentelijke toets van het ontwerp aan de beoordelingsregels voor de activiteit(en) waarvoor vergunning is aangevraagd. Hoe lang duurt het voordat het college van burgemeester en wethouders een besluit nemen op de vergunningaanvraag? Het antwoord is afhankelijk van welke voorbereidingsprocedure op de vergunningaanvraag van toepassing is. Er zijn twee voorbereidingsprocedures mogelijk: de reguliere en de uitgebreide.

### 6.3.1 De reguliere voorbereidingsprocedure

De reguliere voorbereidingsprocedure is de standaardprocedure (art. 16.5.2 Ow). Na ontvangst van de aanvraag wordt door de gemeenteambtenaren gecontroleerd of de aanvraag in overeenstemming is met de beoordelingsregels voor de specifieke activiteiten waarvoor de vergunning is aangevraagd. Soms hebben burgemeester en wethouders advies nodig van een adviesorgaan, voordat zij een besluit kunnen nemen. Vaak is bijvoorbeeld een advies van de gemeentelijke adviescommissie die zich bezighoudt met het uiterlijk van gebouwen nodig. Ook heeft soms een ander orgaan (dan burgemeester en wethouders) de bevoegdheid om goedkeuring te geven of te onthouden (instemmingsbevoegdheid).

De wettelijke afhandelingstermijn is acht weken voor de reguliere procedure, die eenmaal met zes weken kan worden verlengd\*. Indien een ander orgaan (dan burgemeester en wethouders) instemmingsbevoegdheid heeft, is de afhandelingstermijn twaalf weken. Ook deze kan met zes weken worden verlengd.

In de praktijk kan de procedure (veel) langer duren dan 8+6 weken. Als de aanvrager niet alle vereiste tekeningen en berekeningen bij het doen van de aanvraag heeft ingediend, wordt de behandeltermijn stopgezet totdat de gegevens alsnog zijn aangeleverd.

Van grotere betekenis is dat de 8+6 weken-termijn een 'termijn van orde' is. Dat wil zeggen dat er geen zwaarwegend gevolg is al de gemeente de termijn overschrijdt. Wel kan bij overschrijding van de afhandelingstermijn, als de aanvrager daarvoor een procedure start, aan burgemeester en wethouders een boete worden opgelegd. Het boetebedrag wordt aan de aanvrager wordt toegekend. De boete is echter relatief laag is (€ 23 - € 45 per dag). Dit zal daarom waarschijnlijk niet veel uithalen – vooral vanwege het gegeven dat zelfs als burgemeester en wethouders worden beboet, de aanvrager nog steeds niet beschikt over de vergunning heeft die hij of zij nodig heeft.

### 6.3.2 De uitgebreide voorbereidingsprocedure

De uitgebreide voorbereidingsprocedure is de uitzondering op de regel dat de reguliere procedure van toepassing is op aanvragen om omgevingsvergunning (art. 16.5.3 Ow). De uitgebreide procedure is bedoeld voor situaties waarin meer tijd (dan 8 weken) nodig is om een besluit te nemen over de vergunningaanvraag. Het belangrijkste verschil tussen beide procedures is dat in het geval van de uitgebreide voorbereidingsprocedure een ontwerpbesluit wordt gepubliceerd. Het ontwerpbesluit ligt zes weken ter inzage. Het publiek kan een *zienswijze*\* geven op het ontwerpbesluit. De reguliere procedure kent geen ontwerpbesluit. Daar wordt in één keer het definitieve besluit genomen door het bestuur.

Een zienswijze zal doorgaans de vorm hebben van een bezwaarschrift tegen het ontwerpbesluit. Bijvoorbeeld: er is een positief ontwerpbesluit en een omwonende is het niet eens met (bepaalde aspecten van) het te bouwen gebouw. De zienswijze zal dan inhouden dat naar de mening van de omwonende, om een aantal redenen, het definitieve besluit negatief moet zijn.

De wettelijke afhandelingstermijn bij de uitgebreide procedure is veel langer dan de 8 weken van de reguliere: 26 weken, die eenmaal met zes weken kan worden verlengd. In de praktijk kan het (veel) langer duren. Net als bij de reguliere voorbereidingsprocedure staat er geen harde sanctie op overschrijding van de termijn, afgezien van de relatief geringe geldboete.

De wet noemt een aantal gevallen waarin de uitgebreide voorbereidingsprocedure voor vergunningen (in plaats van de reguliere) moet worden gevolgd. Belangrijke zijn:

- Ingrijpende veranderingen van rijksmonumenten, zoals gehele of gedeeltelijke sloop of herbouw in de oorspronkelijke staat;
- Als de aanvrager om toepassing van de uitgebreide voorbereidingsprocedure heeft gevraagd, of als de aanvrager instemt met het verzoek van burgemeester en wethouders om de uitgebreide voorbereidingsprocedure toe te passen (art. 11.65, lid 1, Ow);
- Als burgemeester en wethouders besluiten dat de uitgebreide voorbereidingsprocedure moet worden gevolgd bij een aanvraag om een 'omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit\*', omdat de activiteit:
- aanzienlijke gevolgen heeft of kan hebben voor de fysieke leefomgeving, en
- de verwachting is dat meerdere partijen tegen de activiteit zullen protesteren.

Een 'omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit' betekent dat de activiteit in strijd is met het geldende omgevingsplan (waarin in aangegeven welke functies op welke locaties toegestaan zijn) en de aanvrager een vergunning aanvraagt om af te wijken van het plan.

Hier is een voorbeeld van situatie waarin een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsactiviteit wordt aangevraagd en waarvoor burgemeester en wethouders kunnen besluiten dat de uitgebreide voorbereidingsprocedure moet worden gevolgd.

*Voorbeeld.* Stel dat de vergunningaanvraag gaat om het slopen van een klein leegstaand kantoorgebouw, dat aan het belangrijkste dorpsplein staat, en het vervangen door een groot gebouw met appartementen in de hogere prijsklasse, terwijl het project dus in strijd is met het vigerende omgevingsplan. Dit soort activiteiten zal de fysieke leefomgeving aanzienlijk veranderen en roept vaak aanzienlijke protesten van burgers op.

De uitgebreide procedure van 26 weken is niet altijd van toepassing bij de aanvraag van een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit. Normaliter geldt de 8 weken-procedure. Alleen na een besluit van het college van burgemeester en wethouders, omdat het een project is met aanzienlijk gevolgen en omdat protest kan worden verwacht, is de uitgebreide procedure van toepassing.

Voor een afwijking van een omgevingsplan, door middel van een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit, kan 'bindend advies' van de gemeenteraad nodig zijn. Gemeenteraden hebben de bevoegdheid om te bepalen voor welke vormen van afwijking van een omgevingsplan hun bindend advies nodig is. Burgemeester en wethouders zijn niet bevoegd om van het advies van de gemeenteraad af te wijken. De besluitvorming over de vergunningaanvraag verschuift dan in feite van het dagelijks bestuur van de gemeente (college van burgemeester en wethouders) naar de volksvertegenwoordiging op gemeentelijk niveau (de gemeenteraad). Het zal hierbij gaan om projecten die de gemeenteraad zo belangrijk vindt, dat zij daarover het besluit wil nemen.

## 6.4 De omgevingsvergunning voor een bouwactiviteit

Zoals eerder in dit hoofdstuk beschreven zijn twee 'activiteiten' van bijzonder belang bij het ontwerpen en bouwen. Dat zijn de *bouwactiviteit* en de *omgevingsplanactiviteit*. Deze paragraaf behandelt de bouwactiviteit en de volgende paragraaf de omgevingsplanactiviteit. Kort gezegd wordt een ontwerp in het kader van de bouwactiviteit getoetst op technische vereisten. Bij de omgevingsplanactiviteit wordt getoetst op stedenbouwkundige vereisten. Van de ontwerper wordt verwacht dat hij of zij weet heeft van de vereisten en hiermee rekening houdt bij het ontwerpen. Daarmee kan weliswaar geen volledige zekerheid worden verkregen dat het ontwerp de toetsing aan de vereisten doorstaat, maar wordt de haalbaarheid van het ontwerp wel bevorderd.

### 6.4.1 Vergunningplicht

Samengevat is het verboden een bouwactiviteit\* te verrichten zonder omgevingsvergunning (art. 5.1, lid 2, Ow).

Een 'bouwactiviteit' is: het bouwen van een bouwwerk (bijlage bij art. 1.1 Ow).  
'Bouwen' is: plaatsen, geheel of gedeeltelijk oprichten, vernieuwen, veranderen of vergroten (bijlage bij art. 1.1. Ow).

Een 'bouwwerk' is: constructie van enige omvang van hout, steen, metaal of ander materiaal, die op de plaats van bestemming hetzij direct of indirect met de grond verbonden is, hetzij direct of indirect steun vindt in of op de grond, bedoeld om ter plaatse te functioneren, met inbegrip van de daarvan deel uitmakende bouwwerkgebonden installaties anders dan een schip dat wordt gebruikt voor verblijf van personen en dat is bestemd en wordt gebruikt voor de vaart (bijlage bij art. 1.1. Ow).

### 6.4.2 Beoordelingsregels

Een aangevraagde vergunning wordt altijd getoetst aan beoordelingsregels. Andere woorden hiervoor zijn: criteria, of toetsingsgronden. Uit afdeling 8.3 van het Besluit kwaliteit leefomgeving\* blijkt dat voor een omgevingsvergunning voor een bouwactiviteit het ontwerp moet voldoen aan de technische voorschriften van het Besluit bouwwerken leefomgeving.

Het besluit kwaliteit leefomgeving is net als het Besluit bouwwerken leefomgeving, het Besluit activiteiten leefomgeving en het Omgevingsbesluit een algemene maatregel van bestuur op grond van de Omgevingswet.

Het Besluit bouwwerken leefomgeving is zeer omvangrijk. Het bevat talloze de technische voorschriften voor een ontwerp voor een gebouw en voor civieltechnische werken als tunnels en bruggen. De voorschriften zijn uiteraard gemaakt met het oog op bepaalde algemene belangen. Het Besluit bouwwerken leefomgeving geeft aan welke belangen dat zijn: veiligheid, gezondheid, duurzaamheid, bruikbaarheid en toegankelijkheid. Hier een greep uit de onderwerpen waarop het ontwerp wordt getoetst:

- draagkracht,

- stabiliteit,
- brandweerstand,
- brandcompartimenten,
- vluchtroutes bij brand,
- ventilatie,
- akoestische isolatie,
- energieprestatie (BENG: Bijna Energie Neutraal Gebouw),
- aandeel hernieuwbare energie,
- milieueigenschappen van gebruikte materialen (MPG: milieuprestatie gebouwen),
- hellingbanen,
- minimum hoeveelheid daglicht,
- minimum hoogte van verblijfsruimte,
- minimum oppervlakte van ruimtes,
- watervoorziening,
- tunnelveiligheid,
- bescherming tegen geluid van buiten het gebouw,
- bescherming tegen vocht,
- afvoer van rookgassen.

De voorschriften zijn nationale voorschriften die voor elke gemeente hetzelfde zijn. Een gemeente mag dus niet lagere of hogere eisen stellen aan bijvoorbeeld de energieprestatie van een gebouw.

Voorts is relevant dat de voorschriften van het Besluit bouwwerken leefomgeving als *minimum-kwaliteitsniveau* zijn geformuleerd. Ze geven uitdrukking aan het maatschappelijk aanvaardbare minimum. Het is voor de wetgever goed genoeg als op dit minimum-kwaliteitsniveau wordt gebouwd, maar het is heel goed mogelijk dat het programma van eisen een hoger kwaliteitsniveau bevat. Het niveau van eisen van het Besluit bouwwerken leefomgeving is *publiekrechtelijk\** bepaald. De eisen in een programma van eisen zijn *privaatrechtelijk* bepaald. Een correct programma van eisen is minimaal op niveau van de voorschriften van het Besluit bouwwerken leefomgeving.

*Publiekrecht* is dat deel van het rechtsstelsel dat de structuur van de staat en de verhouding tussen de staat en individuen (burgers, bedrijven) regelt. Dit omvat met name het staatsrecht recht en het bestuursrecht. De Omgevingswet is een voorbeeld van publiekrechtelijke wetgeving. In deze wet zijn de bevoegdheden van de overheid ten opzichte van burgers vastgelegd.

*Privaatrecht* is dat deel van het rechtssysteem dat betrekking heeft op relaties tussen individuen, zonder directe betrokkenheid van de staat. Dit omvat het overeenkomstenrecht (ook wel genoemd: contractenrecht), het eigendomsrecht en het familierecht. Een voorbeeld van privaatrecht op het gebied van ontwerpen is de overeenkomst tussen een architect en zijn of haar opdrachtgever.

De verschillen tussen publiekrecht en privaatrecht kunnen als volgt worden vereenvoudigd worden weergegeven: het publiekrecht richt zich op de staat zelf en op



vraagstukken die het algemene publiek raken. Het privaatrecht richt zich op kwesties die particulieren en bedrijven aangaan, zonder directe betrokkenheid van de staat.

Hiermee hangt samen dat in het publiekrecht de burgers worden geconfronteerd met een overheid die het algemeen belang behartigt, terwijl in het privaatrecht de partijen voor hun eigen individuele belangen opkomen. In het publiekrecht is er dus geen sprake van gelijkheid van partijen, terwijl in het privaatrecht partijen - in beginsel - gelijk zijn.

Overigens kunnen overheidsorganen, bijvoorbeeld gemeenten, kunnen gebruik maken van het privaatrecht. Bijvoorbeeld: een gemeente geeft opdracht aan een aannemer om een nieuw stadhuis te bouwen. In dit voorbeeld sluit de gemeente een overeenkomst. In dit geval handelt de gemeente net zoals een particulier dat zou doen: een overeenkomst sluiten met een aannemer. De overeenkomst tussen gemeente en aannemer valt dus onder het privaatrecht en niet onder het publiekrecht.

Wat de concrete beoordelingsregel betreft, artikel 8.3b van het Besluit kwaliteit leefomgeving maakt die duidelijk. Het bepaalt dat een omgevingsvergunning voor een bouwactiviteit wordt verleend als 'aannemelijk is' dat het ontwerp voldoet aan de voorschriften van het Besluit bouwwerken leefomgeving.

### 6.4.3 Technische voorschriften i.r.t. de verschillende functies van bouwwerken

De technische voorschriften verschillen naar gelang de 'functie' van het bouwwerk. Voor de ene functie is het minimumniveau van een bepaald voorschrift anders of hoger dan voor een andere functie. Het Besluit bouwwerken leefomgeving onderscheidt de volgende functies:

- woonfunctie,
- bijeenkomstfunctie
  - a. voor kinderopvang,
  - b. andere bijeenkomstfunctie,
- celfunctie,
- gezondheidszorgfunctie,
- industriefunctie,
- kantoorfunctie,
- logiesfunctie,
- onderwijsfunctie,
- sportfunctie,
- winkelfunctie,
- overige gebruiksfunctie
  - a. voor het stallen van motorvoertuigen,
  - b. andere overige gebruiksfuncties,
- bouwwerk geen gebouw zijnde
  - a. wegtunnel met een tunnallengte van meer dan 250 meter,
  - b. andere tunnel of tunnelvormig bouwwerk voor verkeer,
  - c. ander bouwwerk geen gebouw zijnde.

Het stellen van technische eisen aan ontwerpen voor gebouwen is, zoals in de eerste paragraaf van dit hoofdstuk beschreven, iets wat al eeuwenlang plaatsvindt. Er is sprake van dynamische regelgeving; in de loop der tijd zijn allerlei nieuwe eisen toegevoegd. Zo is een zeer omvangrijk pakket aan voorschriften ontstaan. Dat is ook dynamisch in die zin dat sommige voorschriften steeds strenger worden gemaakt. Zo zijn de energetische eisen aan gebouwen steeds strikter geworden. Elke paar jaar zijn de voorschriften aangepast, zodat ontwerpen aan steeds striktere eisen moeten voldoen. Hieruit blijkt dat de samenleving via de regels specifieke belangen, zoals duurzaamheid, wil bereiken. De vergunning is daartoe, in dit geval, het instrument. Zonder vergunning zou de samenleving afhankelijk zijn van vrijwilligheid (van opdrachtgevers en de door hen ingeschakelde ontwerpers) om aan steeds stringenter duurzameisen te voldoen. Dat draagt het risico in zich dat het belang, duurzaamheid in dit geval, niet (snel genoeg) wordt bereikt.

#### 6.4.4 Nieuwbouw, verbouw, bestaand

Zoals aangegeven bevat het Besluit bouwwerken leefomgeving de technische voorschriften waaraan bouwwerken moeten voldoen. Maar belangrijk is dat er aanzienlijke verschillen zijn wat betreft het aantal en het niveau van de voorschriften tussen nieuwbouw, verbouw en bestaande bouw. Dit blijkt uit afdeling 8.3 van het Besluit bouwwerken leefomgeving.

De categorie 'nieuwbouw' zijn gebouwen die echt nieuw worden gebouwd. Bij 'verbouw' gaat het om verandering van ooit eerder gebouwde gebouwen. Bij 'bestaand' gaat het om gebouwen die ooit zijn gebouwd en niet worden gebouwd. Het is wellicht verrassend, maar ook die laatste categorie moet aan bepaalde technische minimumeisen voldoen. Een voorbeeld is, kortgezegd, dat ze wind- en waterdicht moeten zijn.

*Voorbeeld.* Stel dat een bestaand gebouw aan het verkrotten is en de regen naar binnen waait. Het vereiste minimumniveau kan in zo'n geval niet worden gehandhaafd via een vergunning. Er wordt immers niet verbouwd en dus ook geen vergunning aangevraagd. Bij nieuwbouw of verbouw vindt handhaving van de voorschriften wel plaats via de vergunning. Maar bij bestaande bouw vindt handhaving plaats via een *handhavingsbesluit* dat het college van burgemeester en wethouders kan nemen. Dat zullen ze doen als de bestaande toestand in strijd is met het minimumniveau van de technische voorschriften.

Een handhavingsbesluit houdt in dat de overheid naar aanleiding van een geconstateerde (of zelf dreigende) overtreding van voorschriften een besluit neemt om de overtreding te beëindigen of voorkomen. Dat kan bijvoorbeeld door het opleggen van een last onder dwangsom. In genoemde voorbeeld kan een dwangsom inhouden dat de eigenaar wordt verplicht om binnen een aantal maanden de woning te (laten) repareren. Gebeurt dat niet, dan moet hij of zij een bepaald bedrag (eenmalig of per tijdseenheid) betalen.

Voor nieuwbouw gelden de meeste eisen en hebben ze de hoogste niveaus. Zo gelden de BENG-eisen (Bijna Energie Neutraal Gebouw) voor nieuwbouw, maar niet voor verbouw en ook niet voor bestaande bouwwerken. De reden is dat de wetgever het onverantwoord vindt om de hoge nieuwbouwniveaus ook van toepassing te laten zijn op gebouwen die worden verbouwd of reeds bestaan en niet worden verbouwd (de 'bestaande' bouwwerken). Dat zou technisch en financieel (voor de gebouweigenaren) onhaalbaar zijn. Het is ook moeilijk te verdedigen dat gebouwen die bijvoorbeeld in de 18<sup>e</sup> eeuw zijn gebouwd met een vergunning op grond van de toen geldende regels, opeens zouden moeten gaan

voldoen aan de energetische regels van nu. Samenvattend geldt dat de voorschriften voor nieuw te bouwen bouwwerken hoger zijn dan voor te verbouwen bouwwerken en dat die voor te verbouwen bouwwerken hoger zijn dan die voor bestaande bouwwerken.

#### 6.4.5 Notificatie in plaats van vergunning

Uit bovenstaande blijkt dat toetsing van het ontwerp aan de voorschriften van het Besluit bouwwerken leefomgeving in het kader van de omgevingsvergunning plaatsvindt door het college van burgemeester en wethouders. In de praktijk zijn dat gespecialiseerde ambtenaren of externe technische adviesbureaus die de toets in opdracht van het college van b&w verrichten en daarover rapporteren aan b&w, waarna die het besluit nemen. Er is echter een beweging naar 'privatisering' van de toets aan de technische voorschriften. Daarmee wordt bedoeld dat het ontwerp niet meer wordt getoetst door de overheid, maar door een private partij: de kwaliteitsborger. De verwachting is namelijk dat private partijen de toets efficiënter kunnen doen dan de overheid. De private partij (de kwaliteitsborger) verleent geen omgevingsvergunning, want dat is iets wat alleen een bestuursorgaan kan doen. In plaats daarvan doet de bouw-initiatiefnemer een *notificatie*. Die is gericht aan het college van burgemeester en wethouders.

Notificatie, in plaats van een omgevingsvergunning voor een bouwactiviteit, geldt op dit moment slechts voor enkele typen bouwwerken. Dat zijn de zogeheten gevolgklasse 1 bouwprojecten. Het gaat samengevat om:

- grondgebonden eengezinswoningen,
- woonboten,
- vakantiewoningen,
- bedrijfspanden van maximaal 2 bouwlagen,
- kleine fiets- en voetgangersbruggen met maximaal 20 meter overspanning,
- overige bouwwerken geen gebouw zijnde tot maximaal 20 meter hoog (masten, antennes, enz.),
- verbouw van de hierboven genoemde bouwwerken.

Notificatie is niet nodig als een activiteit vergunningvrij is. Als het gaat om een beschermd monument, dan wordt niet genotificeerd, maar is een omgevingsvergunning nodig.

Op dit moment is dus voor sommige bouwwerken een omgevingsvergunning voor de bouwactiviteit van de gemeente nodig en voor andere notificatie. Het is de bedoeling dat steeds meer bouwwerken verschuiven van vergunning naar notificatie.

Voor de duidelijkheid: de toets van het ontwerp aan stedenbouwkundige voorschriften, in het kader van de omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit, verschuift niet. Dat blijft een taak van het

college van burgemeester en wethouders. In feite verschuift door notificatie dus alleen de technische toetsing van het ontwerp.

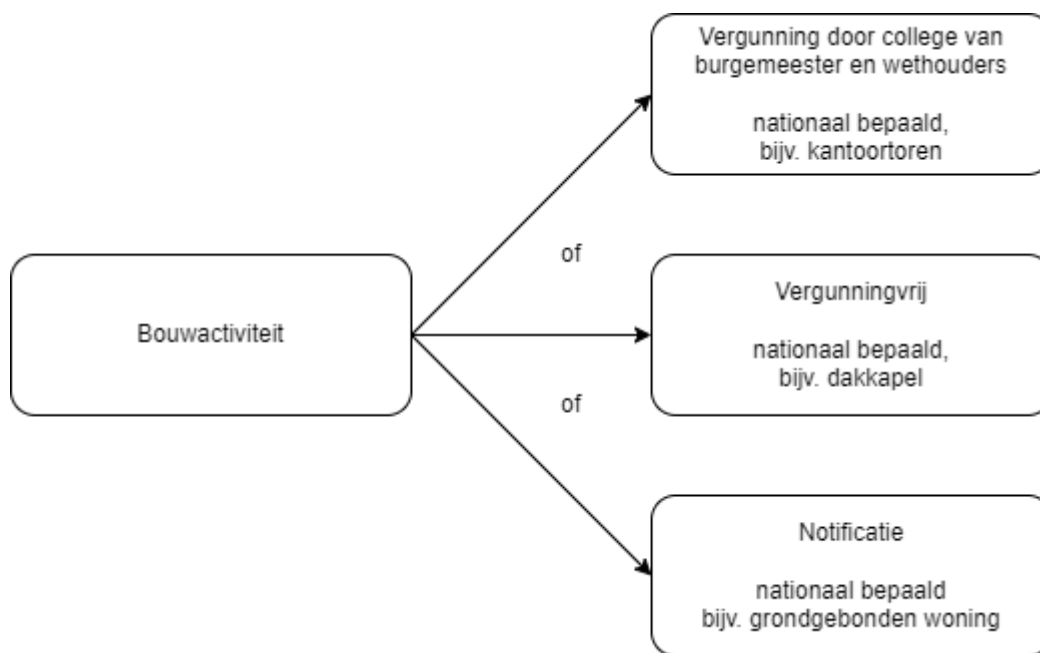
Voor een begrip van wat notificatie eigenlijk inhoudt, volgen hier de 10 verschillende stappen:

1. Vier weken voordat met de bouw wordt begonnen, moet de bouwinitiatiefnemer (opdrachtgever) een notificatie doen.
2. In de melding moet de bouwinitiatiefnemer aangeven wie de kwaliteitsborger is. De kwaliteitsborger mag geen andere relatie hebben met het project. Hij mag bijvoorbeeld niet financieel of organisatorisch betrokken zijn. Dit is om de kwaliteitsborger een onafhankelijke positie te geven. Er is een nationaal register van kwaliteitsborgers. Een kwaliteitsborger is een particuliere functie, wat betekent dat het geen ambtenaar is. De kwaliteitsborger wordt betaald door de initiatiefnemer van het bouwwerk. In de praktijk zal het vaak de aannemer – die de bouwopdracht heeft aangenomen – zijn die een kwaliteitsborger kiest.
3. Als onderdeel van de notificatie dient te worden aangegeven welk instrument voor kwaliteitsborging de kwaliteitsborger zal gebruiken. Dit is het instrument dat zal worden gebruikt om te toetsen of het ontwerp voldoet aan de voorschriften van Besluit bouwwerken leefomgeving.
4. Voorts moet, als onderdeel van de kennisgeving, een risicobeoordeling door de kwaliteitsborger worden ingeleverd.
5. Tevens dient een borgingsplan, opgesteld door de kwaliteitsborger, te worden overgelegd. Het borgingsplan bevat de maatregelen ter voorkoming of beperking van de risico's die bij de risicobeoordeling zijn vastgesteld. Hierin staan de controlemomenten van de kwaliteitsborger tijdens de bouw en de onderwerpen van de controle.
6. Tijdens de bouw moet de kwaliteitsborger controleren of er geen tekortkomingen zijn. Als hij gebreken constateert, meldt hij dat aan zijn opdrachtgever (de bouwinitiatiefnemer) en de aannemer. Daarop moeten de bouwinitiatiefnemer (dit kan een professionele ontwikkelaar zijn) en de aannemer ervoor zorgen dat de gebreken worden verholpen. Tijdens de bouw is er geen toezicht door gemeenteambtenaren.
7. Als de bouwwerkzaamheden zijn voltooid, maar voordat het bouwwerk in gebruik wordt genomen, moet door de bouwinitiatiefnemer een 'gereedmelding' worden gezonden aan burgemeester en wethouders. Zonder gereedmelding is het verboden het bouwwerk te gebruiken.
8. De gereedmelding houdt een 'dossier bevoegd gezag' in met alle gegevens, tekeningen en berekeningen van het bouwwerk. De gemeente kan deze gegevens gebruiken als het bouwwerk in de toekomst betrokken raakt bij een of andere calamiteit.
9. Ook bevat de gereedmelding een verklaring van de kwaliteitsborger dat er 'gerechtvaardigd vertrouwen' is dat het bouwwerk voldoet aan de voorschriften van het Besluit bouwwerken leefomgeving.
10. Twee weken nadat de gereedmelding is ingediend, kan het bouwwerk in gebruik worden genomen.

Notificatie heeft een belangrijk verschil ten opzichte van vergunningverlening door de gemeente. Bij vergunningverlening wordt *het ontwerp* getoetst aan de technische bouwvoorschriften. Vóór aanvang van de bouw drukt de vergunning uit dat het aannemelijk is dat het gebouw, als het ontwerp is uitgevoerd, voldoet aan de technische bouwvoorschriften. Bij notificatie verklaart de kwaliteitsborger dat er gerechtvaardigd vertrouwen\* is dat *het gerealiseerde bouwwerk* voldoet aan de voorschriften. In beginsel is dat een verbetering, omdat tussen ontwerp en realisatie van alles kan plaatsvinden, waardoor er uiteindelijk een beduidende afwijking is tussen beide.

Uit de woorden 'aannemelijk' bij toetsing door de overheid en 'gerechtvaardigd vertrouwen' bij toetsing door de kwaliteitsborger is af te leiden dat er geen 100% zekerheid bestaat dat het ontwerp respectievelijk bouwwerk voldoet aan alle voorschriften. De toetsing is dan ook niet volledig, want dat zou (te) veel tijd (en dus geld) kosten.

De volgende figuur geeft een overzicht van de drie mogelijke toetsingen voor een omgevingsvergunning voor een bouwactiviteit.



## 6.5 De omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit

De omgevingsvergunning voor een *bouwactiviteit* is een goedkeuring die betrekking heeft op de toets van het ontwerp aan technische bouwvoorschriften. De omgevingsvergunning voor een *omgevingsplanactiviteit* is een goedkeuring die betrekking heeft op de toets van het ontwerp aan stedenbouwkundige bouwvoorschriften. Zoals eerder aangegeven, kunnen beide goedkeuringen in één keer worden verzocht door de architect, of kunnen ze gesplitst worden gevraagd. Net als de toetsing aan technische bouwvoorschriften is toetsing aan stedenbouwkundige criteria niets nieuws. Het vindt

al eeuwenlang plaats, met dien verstande dat vroeger bijvoorbeeld natuurlijk niet een floor space index (fsi) werd gebruikt om ruimtelijke dichtheden aan te geven.

### 6.5.1 Vergunningplicht

Kortweg bepaalt de Omgevingswet dat het is verboden om een 'omgevingsplanactiviteit' te verrichten zonder omgevingsvergunning (art. 5.1, lid 1, onder a, Ow). Het is niet in één korte zin uit te leggen wat een omgevingsactiviteit is. Daarom wordt hier de definitie ervan gegeven uit de Omgevingswet (bijlage bij art. 1.1 Ow) en zullen de onderdelen van die definitie in dit hoofdstuk worden besproken.

Een omgevingsplanactiviteit is:

- a. een activiteit waarvoor in het omgevingsplan is bepaald dat het is verboden deze zonder omgevingsvergunning te verrichten en die niet in strijd is met het omgevingsplan,
- b. een activiteit waarvoor in het omgevingsplan is bepaald dat het is verboden deze zonder omgevingsvergunning te verrichten en die in strijd is met het omgevingsplan, of
- c. een andere activiteit die in strijd is met het omgevingsplan.

### 6.5.2 Omgevingsplan

Elke van de drie activiteiten die vallen onder een omgevingsplanactiviteit verwijst naar het omgevingsplan. Het is daarom goed om eerst dat plan hier kort te duiden.

#### *Van stedenbouwkundig ontwerp naar omgevingsplan*

In feite is een omgevingsplan de juridisch bindende vorm van een stedenbouwkundig ontwerp op gemeentelijke schaal. Een stedenbouwkundig ontwerp van een gemeentelijke dienst voor stedenbouw of van een adviesbureau heeft op zichzelf geen juridisch bindend effect. Dat wil zeggen: iemand die een perceel grond in eigendom heeft en daarop wil bouwen hoeft zich niet te houden aan een stedenbouwkundig ontwerp. Dat is anders, als het stedenbouwkundig ontwerp de status van omgevingsplan heeft gekregen. Dan pas is het omgevingsplan relevant om te bepalen of een omgevingsvergunning verleend kan worden.

Een stedenbouwkundig ontwerp krijgt de juridische status van omgevingsplan als het een in de Omgevingswet en Algemene wet bestuursrecht vastgelegde procedure volgt. Die procedure houdt onder meer in dat het plan door de gemeenteraad wordt vastgesteld. Het is daarmee niet meer 'slechts' een product gemaakt door stedenbouwkundigen, maar is door middel van vaststelling door de gekozen volksvertegenwoordiging op gemeentelijk niveau (de gemeenteraad) democratisch gelegitimeerd. Dan pas wordt het gerechtvaardigd geacht dat het stedenbouwkundig ontwerp (dat op dat moment de status van omgevingsplan heeft) kan dienen als grondslag om omgevingsvergunningen te weigeren\* (art. 5.1, lid 1, Ow).

Hierbij passen twee opmerkingen:

1. Strijd van een gebouwontwerp met het omgevingsplan is niet de enige grond om een omgevingsvergunning te weigeren. In dit hoofdstuk zijn ook andere redenen behandeld. Die hebben betrekking op de omgevingsvergunning voor een *bouwactiviteit*, terwijl het in deze paragraaf gaat om een *omgevingsplanactiviteit*.
2. Ook al is een gebouwontwerp in strijd met het omgevingsplan, dan kan (maar moet niet) toch nog een omgevingsvergunning worden verleend. Dat wordt elders in dit hoofdstuk beschreven.

Elke gemeente heeft een omgevingsplan (art. 2.4 Ow).

### *Een evenwichtige toedeling van functies aan locaties*

De kern van een omgevingsplan is: regels die nodig zijn met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties (art. 4.2 Ow).

### *Functies*

Voorbeelden van functies zijn: wonen, verkeer, kernwinkelgebied, centrumgebied, natuurgebied, kantoren. Vele andere functies zijn ook mogelijk. De regels van een omgevingsplan kunnen de ontwikkeling van een functie maken ontwikkeling mogelijk, zoals bij de functie 'wonen' die aan een onbebouwde locatie wordt toebedeeld. Maar de regels van een omgevingsplan kunnen ook de bedoeling hebben om ontwikkeling voorkomen, zoals bij de functie 'natuurgebied'.

Het toedelen van een functie aan een locatie betekent niet dat de grondeigenaar die functie ook moet realiseren. Een boer hoeft bijvoorbeeld niet onmiddellijk te stoppen met agrarische activiteiten als aan de grond de functie 'wonen' is toebedeeld. Het betekent wel dat als de boer een nieuwe stal wil bouwen, dat in strijd is met de functie wonen en dus zal een aangevraagde omgevingsvergunning op grond van de regels van het omgevingsplan in beginsel worden geweigerd.

### *Regels voor omgevingsplanactiviteiten*

Een omgevingsplan kent regels voor 'omgevingsplanactiviteiten'. Een voorbeeld van een omgevingsplanactiviteit is: bouwen. (Er zijn andere mogelijke omgevingsplanactiviteiten, maar die blijven in dit hoofdstuk buiten beschouwing.) De regels van de 'omgevingsplanactiviteit: bouwen' kan de gemeente zelf kiezen en hebben meestal betrekking op een of meer van de volgende zaken:

- a. de maximum of minimum hoogte of een bandbreedte van bouwwerken op een bepaalde locatie,
- b. dichtheden, variërend van een eenvoudige plot ratio (een maximum-percentages van het perceeloppervlak dat bebouwd mag worden) tot complexe ratio's zoals een floor space index,
- c. het uiterlijk van bouwwerken op de locatie, waaronder de kleurstelling en materialisatie,
- d. het gebruik van de bouwwerken, bijv. voor wonen of werken,
- e. regels over het aantal parkeerplaatsen op eigen terrein om in de parkeerbehoefte van het gebouw te voldoen,
- f. regels om te bepalen om het gebouw past binnen de bestaande stedelijke structuur.

Het omgevingsplan geeft het 'werkingsgebied' van de regels aan. Regels kunnen gelden voor de gehele gemeente, of een bepaald gebied, of zelfs een bepaald perceel.

### 6.5.3 Beoordelingsregels omgevingsvergunning

Nadat in de vorige paragraaf het omgevingsplan kort is besproken, keert deze paragraaf weer terug naar de omgevingsvergunning. In paragraaf 5.1 over de 'vergunningplicht' zijn drie categorieën omgevingsplanactiviteit genoemd: a, b, en c. Die worden hier nader toegelicht.

#### *categorie a-activiteit*

Een omgevingsvergunning is nodig voor een activiteit waarvoor in het omgevingsplan is bepaald dat het is verboden deze zonder omgevingsvergunning te verrichten en die niet in strijd is met het omgevingsplan.

Deze activiteit wordt een *binnenplanse omgevingsplanactiviteit* genoemd. Dit betekent dat een vergunning nodig is\* voor activiteiten die (a) passen binnen het bestemmingsplan, dus waarbij het beoogde bouwwerk past bij de functie die het bestemmingsplan aan een locatie heeft toegekend (bijv. grondgebonden woningen) en (b) de gemeente het ontwerp (bijv. van de grondgebonden woningen) wil toetsen aan stedenbouwkundige eisen die voor die locatie gelden.

De gemeente (meer precies: de gemeenteraad die het omgevingsplan vaststelt) bepaalt in het omgevingsplan voor welke omgevingsplanactiviteiten een vergunning nodig is. De gemeente *kan* opnemen dat een omgevingsvergunning nodig is voor de 'omgevingsplanactiviteit: bouwen'. Een omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk is dus niet 'automatisch' nodig, maar alleen als in het omgevingsplan is aangegeven dat een omgevingsvergunning nodig is voor de 'omgevingsplanactiviteit: bouwen'. Dit betekent ook dat elke gemeente vrij is om te bepalen voor welke activiteiten van het omgevingsplan een vergunning nodig is.

Er zijn dus verschillen tussen gemeenten mogelijk wat betreft de activiteiten waarvoor een vergunning nodig is. In de ene gemeente kan het nodig zijn om voor bepaalde bouwwerken een omgevingsvergunning voor de 'omgevingsplanactiviteit: bouwen' te hebben en in de andere gemeente voor hetzelfde bouwwerk niet. Twee zaken zijn belangrijk om in het oog te houden:

1. Ook al is er *geen* omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit nodig, dan nog moet bij het ontwerpen *wel* worden voldaan aan de voorschriften van het omgevingsplan. Met andere woorden: er moet wel worden voldaan aan de toegekende functie voor de locatie waar gaat worden gebouwd en aan eventuele maximum hoogtebepalingen en dichtheidseisen. Het betekent alleen dat de gemeente geen vergunning vereist. In het algemeen zal de gemeente afzien van het vergunningvereiste als direct duidelijk is uit het omgevingsplan waaraan een bouwwerk moet voldoen. Bijvoorbeeld: er zijn hele heldere hoogte-eisen waar geen onduidelijkheid over kan bestaan en de gemeente geen eigen afweging hoeft te maken via een vergunning.
2. Het gaat hier *niet* om de omgevingsvergunning voor een *bouwactiviteit*, maar om de omgevingsvergunning voor de *omgevingsplanactiviteit: bouwen*. Dat zijn wezenlijk andere dingen. Bij de eerste gaat het om de technische toets van het ontwerp, bij het twee om de stedenbouwkundige. Zoals eerder beschreven zijn dit twee aparte toetsen. Het kan dus zijn dat wel een omgevingsvergunning voor de bouwactiviteit nodig is, maar niet voor de omgevingsplanactiviteit: bouwen.



De *beoordelingsregels* (ofwel de criteria die bepalen of de omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit van de a-categorie kan worden verleend) staan in het omgevingsplan zelf. Naast dat het gebouwontwerp moet passen bij de functie die het omgevingsplan voor de locatie aangeeft, kunnen de regels van het omgevingsplan betrekking hebben op onder meer:

- a. de maximum of minimum hoogte of een bandbreedte van bouwwerken op een bepaalde locatie,
- b. dichtheden, variërend van een eenvoudige plot ratio (een maximum-percentages van het perceeloppervlak dat bebouwd mag worden) tot complexe ratio's zoals een floor space index,
- c. het uiterlijk van bouwwerken op de locatie, waaronder de kleurstelling en materialisatie,
- d. het gebruik van de bouwwerken, bijv. voor wonen of werken,
- e. regels over het aantal parkeerplaatsen op eigen terrein om in de parkeerbehoefte van het gebouw te voldoen,
- f. regels om te bepalen om het gebouw past binnen de bestaande stedelijke structuur.

(Het klopt dat deze regels ook al zijn genoemd in paragraaf 5.2 die over het omgevingsplan gaat. Het gaat immers om hetzelfde, maar de invalshoek verschilt. In paragraaf 5.2 was het omgevingsplan de invalshoek, in deze paragraaf is de omgevingsvergunning de invalshoek.)

Deze voorschriften zijn niet verplicht. Dat wil zeggen dat een gemeente ook kan afzien van bijvoorbeeld regels over het uiterlijk van bouwwerken en die overlaat aan de opdrachtgever en zijn of haar architect. Kortom, de gemeente kan bepalen hoever ze wil gaan in het geven van stedenbouwkundige regels voor locaties. In het ene gebied, bijvoorbeeld een historische binnenstad, kan een gemeente ook veel gedetailleerde regels stellen dan bijvoorbeeld in een woonwijk die een aantal jaren geleden is gebouwd.

Als het ontwerp in overeenstemming is met de beoordelingsregels van het omgevingsplan, dan *moet* de omgevingsvergunning voor de 'omgevingsplanactiviteit: bouwen' worden verleend\*.

Op de uitspraak dat een omgevingsvergunning voor de omgevingsplanactiviteit bouwen *moet* worden verleend als het ontwerp in overeenstemming is met de regels van het omgevingsplan voor de locatie, bestaan twee uitzonderingen:

- a. Een omgevingsvergunning hoeft niet te worden verleend als het sterke vermoeden bestaat dat met het bouwwerk crimineel voordeel wordt benut (witwassen). Dit is geregeld in de Wet Bibob (art. 3 Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur). Daarvoor is wel nodig dat de gemeente een aantal stappen zet, die overigens hier niet nader worden toegelicht omdat het buiten het onderwerp van dit hoofdstuk valt.
- b. Een omgevingsvergunning hoeft ook niet te worden verleend als het wel-verlenen ervan zou leiden tot (mogelijk) ernstige nadelige gevolgen voor de gezondheid (art. 5.32 Ow). Met andere woorden: ook al voldoet het ontwerp aan de stedenbouwkundige (of bouwtechnische) voorschriften, dan nog kan de vergunning worden geweigerd vanwege ernstige gezondheidsrisico's. Denk als voorbeeld aan een gebied waar Q-koorts heerst en het vanuit gezondheidsbelang onverantwoord zou zijn om vergunning te verlenen voor de bouw van een extra geitenstal in het gebied.

### *Categorie b-activiteit*

Een omgevingsvergunning is nodig voor een activiteit waarvoor in het omgevingsplan is bepaald dat het is verboden deze zonder omgevingsvergunning te verrichten en die in strijd is met het omgevingsplan.

Dit wordt een *buitenplanse omgevingsplanactiviteit* genoemd. Het betekent, kort door de bocht, dat alhoewel het bouwwerk in de beoogde vorm volgens het omgevingsplan niet zonder vergunning mag worden gerealiseerd, toch vergunning kan worden verleend voor de uitvoering ervan. Het volgende voorbeeld kan dit verduidelijken.

*Voorbeeld.* Een omgevingsplan geeft aan een bepaalde onbebouwde locatie in de binnenstad de functie 'woningen'. Voor de locatie bepaalt het omgevingsplan een floor space index (fsi) van maximaal 2.0. Een projectontwikkelaar is eigenaar van de grond en wil er inderdaad woningen bouwen, maar in een hogere dichtheid, namelijk met een floor space index van 3.0. Op die manier kunnen er meer woningen worden gebouwd, met gunstige financiële gevolgen voor de ontwikkelaar. Maar ook kan op die wijze beter worden tegemoetgekomen aan de woningnood in de gemeente.

In een degelijk geval mag de omgevingsvergunning niet simpelweg door burgemeester en wethouders worden geweigerd. De gemeente moet namelijk nagaan of de vergunning toch kan worden verleend met het oog op 'een evenwichtige toedeling van functies aan locaties'. Dat is dan ook de beoordelingsregel. Met andere woorden, burgemeester en wethouders moeten nagaan of de vergunning kan worden verleend met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties, dan wel het bouwproject niet leidt tot een evenwichtige toedeling van functies aan locaties en de vergunning moet worden geweigerd. Een bouwproject leidt bijvoorbeeld niet tot een evenwichtige toedeling van functies aan locaties als het in strijd is met gemeentelijke beleidsnota's. Als er, in het voorbeeld, recent een beleidsnota is aangenomen die aangeeft dat een fsi van 2.0 voor dat deel van de binnenstad essentieel is, ligt het voor de hand dat de buitenplanse omgevingsplanactiviteit wordt geweigerd.

### *Categorie c-activiteit*

Een omgevingsvergunning is, tenslotte, ook nodig voor 'een andere activiteit die in strijd is met het omgevingsplan'. Deze tamelijk cryptische omschrijving verdient uitleg.

De c-categorie wordt, net als de b-categorie, een *buitenplanse omgevingsplanactiviteit* genoemd. We onderscheiden dus een binnenplanse omgevingsplanactiviteit (categorie a) van een buitenplanse omgevingsplanactiviteit (categorieën b en c). Ook hier kan een voorbeeld verduidelijken wat er met de c-categorie wordt bedoeld.

*Voorbeeld.* Stel dat het omgevingsplan de functie 'winkelcentrum' heeft toebedeeld aan bepaalde onbebouwde locatie in de gemeente. Een ontwikkelaar is eigenaar van de grond en wil het winkelcentrum ontwikkelen. Hij wil de winkelunits verhuren aan ondernemers. Door de groei van online-winkelen blijkt echter dat er minder belangstelling is bij ondernemers om ter plaatse een winkel te beginnen dan aanvankelijk gedacht. De ontwikkelaar van het winkelcentrum wil daarom voor een deel van het gebied waaraan de functie 'winkelcentrum' is toebedeeld nu appartementen bouwen.

Het is duidelijk dat het bouwvoornemen van de ontwikkelaar in strijd is met het omgevingsplan. Maar de situatie is anders dan bij de b-categorie. Daar ging het om een situatie waarin de functie gelijk beleef. Maar hier gaat het om een andere functie. Toch kan ook hier een omgevingsvergunning worden verleend als burgemeester en wethouders tot de conclusie

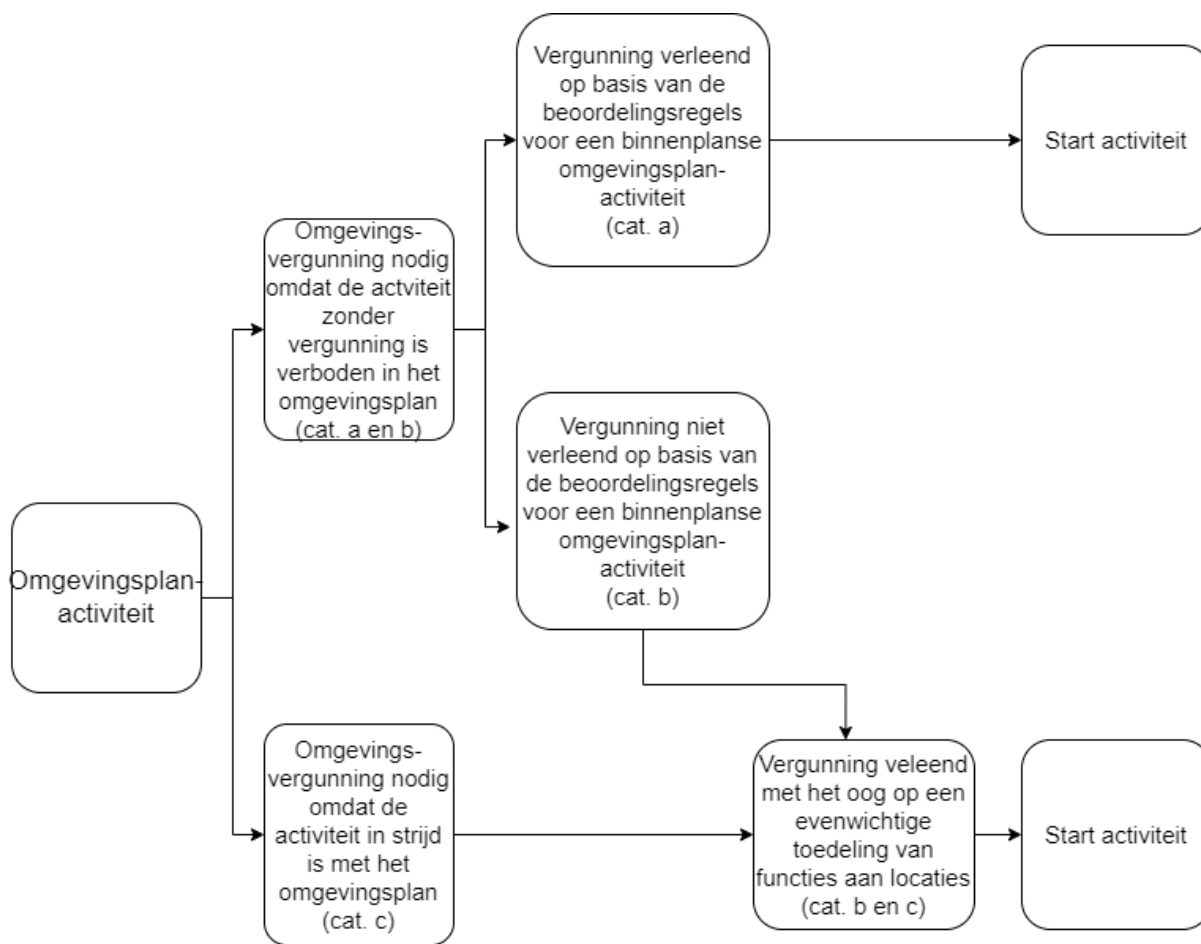
komen dat het project leidt tot ' een evenwichtige toedeling van functies aan locaties'. De 'evenwichtige toedeling van functies aan locaties' is daarmee in feite de beoordelingsregel. Omdat het, in het voorbeeld, om een functiewisseling gaat is het ook voorstelbaar dat b&w het besluit nemen dat appartementen ter plaatse *niet* leiden tot een evenwichtige toedeling van functies aan locaties.

Zoals beschreven neemt het college van *burgemeester en wethouders* het besluit over omgevingsvergunningverlening – ook bij buitenplanse omgevingsplanactiviteiten. Maar voor de c-categorie kan de *gemeenteraad* hebben besloten dat zij een bindend advies geven aan b&w. In paragraaf 3.2 is het verschijnsel 'bindend advies' reeds genoemd. In feite verschuift dan de bevoegdheid naar de gemeenteraad.

Het is ook goed voorstelbaar dat, aangezien de gemeenteraad bevoegd is om het omgevingsplan vast te stellen, waarin functies aan locaties worden toebedeeld, diezelfde gemeenteraad invloed wil hebben als er functies worden gewijzigd – wat in feite gebeurt bij de c-categorie. Hiervoor moet de gemeenteraad wel van tevoren een 'lijst' hebben gemaakt met situaties waarvan ze besluiten dat ze een bindend advies geven aan b&w. Op die lijst zou heel goed kunnen staan: de wisseling van functies naar woningen.

In paragraaf 2.2 is gewezen op het nut van 'vooroverleg'. Voor een ontwerper, die de opdracht krijgt voor een bouwwerk dat in strijd is met het omgevingsplan, is het nuttig om in vooroverleg te verkennen wat de kansen zijn van gemeentelijke medewerking met een buitenplanse omgevingsplanactiviteit. Die is in feite beslissend. Bij projecten die in *overeenstemming* zijn met het omgevingsplan ligt het anders. Daarbij hoeft immers 'slechts' te worden voldaan aan de regels van het omgevingsplan zelf, zoals over bouwhoogte en uiterlijk. Als daaraan wordt voldaan, is er geen verdere afhankelijkheid van de gemeente, omdat de vergunning dan verleend *moet* worden. Bij de buitenplanse omgevingsvergunning speelt echter een onzekerder factor, namelijk het beleid van de gemeente om medewerking te willen verlenen aan afwijking van het bestemmingsplan. Die medewerking *hoeft* de gemeente namelijk niet te geven.

Wat in deze paragraaf is beschreven, is in de volgende figuur grafisch samengevat.



Nu de omgevingsvergunning voor de bouwactiviteit en de omgevingsvergunning voor de omgevingsplanactiviteit zijn besproken, kunnen ze in de volgende figuur naast elkaar worden gezet.

Bouwproject		
Naam activiteit	bouwactiviteit	omgevingsplanactiviteit
Waar de beoordelingsregels staan	Besluit bouwwerken leefomgeving (nationaal)	omgevingsplan (lokaal)
Karakter van de beoordelingsregels	technisch	ruimtelijk

Inhoud van de beoordelingsregels	draagkracht stabiliteit brandweerstand energieprestatie daglicht en meer	hoogte dichtheid uiterlijk gebruik parkeren en meer
----------------------------------	---	--

## 6.6 Invloed van de omgeving: participatie en rechtsbescherming

### 6.6.1 Het gebouw en zijn omgeving

De effecten van een gebouw strekken zich verder uit dan het nut voor de opdrachtgever. Een gebouw staat altijd in een omgeving en vaak zal dat een reeds bebouwde omgeving zijn. Dat heeft als consequentie dat, behalve de eigenaar of gebruikers, ook anderen effecten kunnen ondervinden. Omwonenden kunnen bijvoorbeeld het gebouw zien als een aanwinst voor de omgeving. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als het gebouw in de plaats komt van een ontsierende lege plek in de stad, of als de bewoners zelf gebruikers zijn van het gebouw, of als het een architectonisch aantrekkelijk bouwwerk is. Het omgekeerde is evenwel ook mogelijk. Omwonenden kunnen het gebouw afwijzen omdat, bijvoorbeeld, het tot ongewenste verdichting leidt, of tot parkeeroverlast in de wijk, of ze het ontwerp niet vinden passen in de omgeving. Een gebouw verhoudt zich op een of andere wijze altijd tot de omgeving. Omdat het effect ervan verder strekt dan de kavel waarop is gebouwd en daarmee de belangen van anderen raakt, is het goed voorstelbaar dat de omgeving invloed wil uitoefenen. Dat is dan ook wettelijk vastgelegd.

Invloed bestaat uit participatie (*voordat* een bestuursorgaan een besluit neemt) en rechtsbescherming (*nadat* het bestuursorgaan een besluit heeft genomen). Invloed bestaat zowel op de schaal van de stedenbouwkundige planvorming (bij het omgevingsplan) als het individuele bouwproject (bij de omgevingsvergunning). In beide gevallen kan invloed worden uitgeoefend voordat daadwerkelijk wordt gebouwd. Met andere woorden, de besluiten om bouwen *mogelijk te maken* kunnen worden beïnvloed. Dat is ook logisch; invloed uitoefenen als een gebouw er eenmaal staat is niet efficiënt. De invloed concentreert zich op de *overheidsbesluitvorming* om een bouwwerk mogelijk te maken. Ook al is het gebouw van een private partij, de invloed richt zich op het overheidsbesluit (vaststelling omgevingsplan of verlening omgevingsvergunning) over het private bouwwerk.

Rechtsbescherming (beroep en hoger beroep) is niet alleen mogelijk ingeval een partij *tegen* het mogelijk maken van een bouwproject is. Als namelijk een omgevingsvergunning *niet* wordt verleend, kan de aanvrager van de vergunning (opdrachtgever of gemachtigde architect) beroep instellen tegen de weigering.

## 6.6.2 Participatie en rechtsbescherming bij het omgevingsplan

Uit dit hoofdstuk blijkt dat juridisch relevante besluitvorming over bouwwerken plaatsvindt op twee schalen: dat van het stedenbouwkundige plan (omgevingsplan) en dat van het individuele bouwproject (omgevingsvergunning). Participatie en rechtsbescherming vindt dan ook op elk van deze niveaus plaats. Als eerste wordt het planniveau behandeld.

### *Participatie*

*Participatie* betekent deelnemen aan de besluitvorming voordat het bestuursorgaan een besluit neemt. Het publiek heeft een wettelijk vastgelegd recht\* op participatie bij een omgevingsplan. Het recht op participatie bij een omgevingsplan is logisch omdat het belangrijke uitspraken bevat over de toekomst van de gemeente: wat mag waar worden gebouwd en in welke verschijningsvorm? Bij een omgevingsplan geldt dan ook voor de gemeente een 'motiveringsplicht vroegtijdige publieksparticipatie' (art. 10.2 Omgevingsbesluit). Dat houdt in dat bij de kennisgeving van het voornemen om een omgevingsplan vast te stellen – dus als de gemeente aangeeft dat ze een deel van het omgevingsplan gaat vernieuwen – moet aangeven hoe burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en bestuursorganen bij de voorbereiding *zullen worden* betrokken. Er moet bij de gemeente dus een plan zijn om het publiek te betrekken bij de ideeënvorming van het omgevingsplan\*.

Daarbij moet worden bedacht dat er weliswaar één omgevingsplan is voor de gehele gemeente, maar dat de gemeente kan besluiten om deel ervan te vernieuwen. Telkens kan ze verschillende delen vernieuwen. Bij elk van die 'deelvernieuwingen' bestaat het recht op participatie.

Het plan om het publiek te betrekken moet derhalve vooraf gereed zijn. Achteraf, dat wil zeggen als het omgevingsplan door de gemeenteraad wordt vastgesteld, moet de overheid aangeven *hoe* die participatie daadwerkelijk is ingevuld, wat daarvan de resultaten zijn en hoe daarbij invulling is gegeven aan het lokale participatiebeleid.

### *Rechtsbescherming*

Uit dit hoofdstuk blijkt dat de overheid via het instrument van de goedkeuring (vergunning) veel macht heeft. In een rechtsstaat, dus ook in Nederland, bestaat het beginsel dat macht gecontroleerd moet kunnen worden. Daarom is een stelsel van regels ontwikkeld dat een door overheidshandelen in zijn belangen getroffen burger de mogelijkheid geeft zijn zaak aan een *onafhankelijke rechter* voor te leggen. Dit heet (bestuursrechtelijke) *rechtsbescherming*. De algemene regels over bestuursrechtelijke rechtsbescherming zijn neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

Verschillende partijen kunnen hun visie op het omgevingsplan willen voorleggen aan de rechter. Het kunnen bijvoorbeeld zijn: individuele burgers die wonen in de omgeving van een voorgenomen bouwproject, een vereniging die opkomt voor de belangen van de natuur, of een ontwikkelaar die een project graag in het omgevingsplan opgenomen ziet. Elk van deze partijen zal haar eigen redenen hebben om te protesteren.

### *Ontwerp-omgevingsplan*

De eerste fase, na de participatie, waar een partij haar standpunt duidelijk kan maken is bij het ter inzage leggen door het bestuur van het ontwerp-omgevingsplan. Zodra een ontwerp van een fysiek plan ter inzage wordt gelegd, heeft iedereen het recht om *zienswijzen* naar voren te brengen. Vaak zullen de zienswijzen het karakter hebben van een bezwaarschrift, maar het is ook mogelijk dat een zienswijze de besluiten binnen het omgevingsplan ondersteunt. Er is een termijn van zes weken voor het indienen van zienswijzen. De gemeenteraad moet de zienswijzen meewegen, als hij beslist over de vaststelling van het plan. De gemeenteraad kan de zienswijzen dus niet zonder meer afwijzen.

### *Vastgesteld omgevingsplan*

Nadat een omgevingsplan door de gemeenteraad is vastgesteld, is het mogelijk om tegen dit besluit beroep in te stellen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Dit is vastgelegd in de Algemene wet bestuursrecht. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is een rechter die uitspraak doet in geschillen over besluiten van de overheid. De vaststelling door de gemeenteraad van een omgevingsplan is zo'n overheidsbesluit.

Tegen een uitspraak van de Afdeling is in Nederland geen verder beroep mogelijk; het is in ons land de hoogste en laatste instantie. Echter, burgers kunnen zich nog wel wenden tot het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg (Frankrijk). Dat kan als ze menen dat het overheidsbesluit een schending oplevert van hun rechten uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Uit rechtspraak blijkt dat de vaststelling van een omgevingsplan niet snel een schending van het verdrag zal opleveren. Vaststelling van een omgevingsplan ontnemt een particulier of organisatie immers niet van hun eigendom. Binnen de beperkingen van het omgevingsplan houden ze het beschikkingsrecht (ze kunnen bijvoorbeeld nog steeds kun eigendom verkopen). Voor zover een omgevingsplan beperkingen oplegt, kunnen die nodig zijn in het algemeen belang.

In de praktijk wordt veel gebruik gemaakt van de mogelijkheid om beroep in te stellen tegen omgevingsplannen. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft doorgaans ongeveer één tot twee jaar nodig om tot een uitspraak te komen. Gedurende deze periode worden de bij een ontwikkeling betrokken partijen, zoals projectontwikkelaars en de gemeente, geconfronteerd met onzekerheid. Financiële investeringen in het te ontwikkelen gebied kunnen door de onzekerheid worden uitgesteld. Dit kan leiden tot vertraging in de ontwikkeling van het gebied.

## 6.6.3 Participatie en rechtsbescherming bij de omgevingsvergunning

### *Participatie*

Participatie bestaat niet alleen op planniveau, maar ook op projectniveau, bij de omgevingsvergunning. Het verschil tussen participatie rond het omgevingsplan en de omgevingsvergunning is dat bij het omgevingsplan de participatie georganiseerd wordt door de gemeente. Het is immers de gemeente die het omgevingsplan gaat vaststellen. Bij de omgevingsvergunning wordt de participatie daarentegen georganiseerd door de aanvrager. Dat is de opdrachtgever of diens gemachtigde (bijv. de architect). Dat is ook logisch omdat de aanvrager van de vergunning niet de overheid is. Er zijn natuurlijk gevallen

waabij de overheid wel de aanvraag doet, zoals een gebouw voor een gemeentelijk cultuurhuis, en dan organiseert de overheid wel de participatie.

Er is wat participatie betreft een verschil tussen een omgevingsplanactiviteit die past binnen het omgevingsplan (binnenplanse omgevingsplanactiviteit) en een omgevingsplanactiviteit die in strijd is met het omgevingsplan (buitenplanse omgevingsplanactiviteit).

#### *Omgevingsplanactiviteit past binnen het omgevingsplan*

De aanvrager van de omgevingsvergunning moet gegevens aanleveren over participatie. Zo moet de aanvrager verplicht aangeven of er participatie is geweest. In principe *hoeft* de aanvrager dus geen participatie rondom het bouwplan te organiseren. En als er is wel geparticipeerd, dan moet de vergunningsaanvrager aangeven hoe dat is gebeurd en wat de resultaten ervan zijn middels een beschrijving (art. 7.4 Omgevingsregeling).

Als er geen participatie heeft plaatsgevonden, mag dat geen reden zijn voor het college van burgemeester en wethouders om de aanvraag buiten behandeling te laten. De aanvraag moet gewoon getoetst worden aan de beoordelingsregels van het omgevingsplan. Dat zijn doorgaans regels over bouwdimensies (zoals bouwhoogte of bebouwingspercentage), architectonische vormgeving (welstand) en parkeren.

Ook al is er, bij een binnenplanse omgevingsplanactiviteit, geen strikte plicht om participatie te organiseren, dan nog is het nuttig om het wel te doen. Dit vanuit de gedachte dat het goed is om de omgeving te informeren over een aanstaande omgevingsvergunningaanvraag, om bouwplannen eventueel aan te passen naar aanleiding van ontvangen reacties en om eventuele knelpunten te achterhalen die tot juridische weerstand kunnen leiden.

#### *Omgevingsplanactiviteit past niet binnen het omgevingsplan*

Een hardere participatieverplichting geldt voor activiteiten die in strijd zijn met het geldende omgevingsplan. Bij deze buitenplanse omgevingsplanactiviteiten kan de gemeenteraad participatie verplicht stellen voor een aanvraag voor een omgevingsvergunning (art. 16.55, lid 7, Ow). De participatieverplichting geldt niet voor alle buitenplanse omgevingsplanactiviteiten, maar alleen voor bepaalde activiteiten die de gemeenteraad heeft vastgelegd in een raadsbesluit. Deze vrijheid voor gemeenteraden zorgt dus voor verschillen tussen gemeenten. Een gemeente kan bijvoorbeeld participatie eisen bij bouwprojecten met een minimaal aantal woningen, bij een functiewijziging of in specifieke gebieden zoals in of nabij natuurgebieden (als deze projecten in strijd zijn met het geldende omgevingsplan).

Voldoet de initiatiefnemer niet aan de participatieverplichting, dan stellen burgemeester en wethouders hem in de gelegenheid om de aanvraag aan te vullen. Blijft de vergunningaanvrager daarmee achterwege, dan kunnen b&w de aanvraag buiten behandeling laten. Dit is een sanctie op het niet opvolgen van de participatieverplichting. Voldoet de vergunningaanvrager wel aan de participatieplicht,



dan nemen b&w de uitkomst daarvan mee als onderdeel van het besluit of de buitenplanse activiteit aanvaardbaar is (in termen van de Omgevingswet: of sprake is van een evenwichtige toedeling van functies aan locaties). Het ontbreken van steun vanuit de omgeving voor het project, hoeft daarbij niet doorslaggevend te zijn. Met andere woorden, ondanks het ontbreken van steun kunnen b&w alsnog besluiten omgevingsvergunning te verlenen voor de buitenplanse activiteit, omdat er andere redenen zijn die maken dat er toch sprake is van een evenwichtige toedeling van de aan de orde zijnde functie voor die bepaalde locatie. Ook geldt het omgekeerde: de aanwezigheid van steun vanuit de omgeving mag niet het enige argument zijn dat maakt dat er sprake is van een evenwichtige toedeling van de functie aan de locatie. Het bestuursorgaan moet immers ook rekening kunnen houden met andere andere omstandigheden dan het aanwezig zijn van draagvlak. Daaronder begrepen zijn de kosten van een project, de relevantie van natuur(aantasting) en de belangen van degenen die niet vertegenwoordigd waren in het participatietraject.

### *Rechtsbescherming*

Hier maken we een onderscheid tussen de situatie waarin de omgevingsvergunning wordt geweigerd en die waarin de omgevingsvergunning wordt verleend. In het eerste geval zal de opdrachtgever (of diens gemachtigde zoals een architect) rechtsbescherming kunnen zoeken. In het tweede geval kunnen partijen die tegen het bouwproject zijn een uitspraak van de rechter willen.

#### *Omgevingsvergunning geweigerd*

Burgemeester en wethouders kunnen tot de conclusie komen dat (het ontwerp van) het voorgestelde bouwwerk in strijd is met één of meer van de beoordelingsregels en dat daarom de vergunning wordt geweigerd. In zo'n geval kan de aanvrager gebruik maken van rechtsbescherming tegen weigering. De regels rond rechtsbescherming uit de Algemene wet bestuursrecht zijn in dit geval van toepassing en bieden mogelijkheden voor beroep en hoger beroep. Er zijn echter enkele verschillen tussen de rechtsbescherming bij de reguliere voorbereidingsprocedure en de uitgebreide voorbereidingsprocedure (die eerder in dit hoofdstuk zijn besproken).

Wanneer een omgevingsvergunning na het volgen van de *reguliere voorbereidingsprocedure* wordt geweigerd, kan de aanvrager allereerst bezwaar maken bij burgemeester en wethouders door het indienen van een *bezwaarschrift*. Dit moet gebeuren binnen zes weken nadat het besluit is genomen (dat is; de omgevingsvergunning is geweigerd). Als burgemeester en wethouders het bezwaarschrift ongegrond achten, kan de bezwaarmaker (nu 'appellant' genoemd) bij de rechtbank *beroep* instellen tegen het besluit. Dit moet binnen zes weken na het besluit van burgemeester en wethouders gebeuren door het indienen van een beroepschrift bij de rechtbank. Als de rechtbank het beroepschrift ongegrond verklaart, kan de appellant binnen zes weken *hoger beroep* instellen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Ook dit moet schriftelijk gebeuren.

Wanneer een omgevingsvergunning na het volgen van de *uitgebreide voorbereidingsprocedure* wordt geweigerd, hoeft er geen bezwaarschrift te worden ingediend. Direct na het besluit om de vergunning

te weigeren, kan de aanvrager in *beroep* gaan bij de rechtbank. Dit verschil tussen de reguliere en uitgebreide procedure wordt veroorzaakt doordat tijdens de uitgebreide voorbereidingsprocedure iedereen *zienswijzen* kan indienen bij burgemeester en wethouders over een ontwerpbesluit. Als de rechtbank het beroep ongegrond verklaart, kan de indiener van het beroepschrift binnen zes weken *hoger beroep* instellen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

#### *Omgevingsvergunning verleend*

Er is ook rechtsbescherming mogelijk indien de vergunning wordt verleend. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn bij klachten van omwonenden over bouwwerken die zij in strijd achten met de criteria betreffende het uiterlijk van het gebouw (en die zijn opgenomen in het plaatselijke omgevingsplan). Ook hier moet een onderscheid worden gemaakt tussen vergunningen die zijn verleend na het volgen van de reguliere voorbereidingsprocedure en de uitgebreide voorbereidingsprocedure.

Indien de vergunning is verleend na het volgen van de *reguliere voorbereidingsprocedure*, hebben belanghebbenden de mogelijkheid om in beroep tegen gaan tegen omgevingsvergunningsbesluiten. *Beroep* is mogelijk bij de rechtbank. Wijst die het beroep af, dan is *hoger beroep* mogelijk bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. De rechter zal moeten beoordelen wie als belanghebbende kan worden aangemerkt. Daarvoor gelden bepaalde criteria (waar in het kader van dit hoofdstuk niet nader op wordt ingegaan).

Indien de vergunning is verleend na het volgen van de *uitgebreide voorbereidingsprocedure*, is de kring van partijen die in beroep kunnen groter dan bij de reguliere procedure. Met andere woorden, zelfs als een partij niet als 'belanghebbende' kan worden aangemerkt, is het onder bepaalde omstandigheden toch mogelijk om in beroep en hoger beroep te gaan. We gaan hier niet in detail op in.

#### 6.6.4 Waaraan toetst de rechter het overheidsbesluit?

Een logische vraag is: als een rechter in een geschil over een omgevingsplan of omgevingsvergunning moet oordelen, wat zijn dan de criteria waaraan het overheidsbesluit wordt getoetst?

De rechter toetst of het besluit van het bestuursorgaan (het besluit van de gemeenteraad waarin het omgevingsplan is vastgesteld of het besluit van b&w om omgevingsvergunning te verlenen of te weigeren) in overeenstemming is met het geldende recht. Het gaat om een *rechtmatigheidstoetsing* van het overheidsbesluit. Een beoordeling van de rechtmatigheid houdt in dat het besluit wordt getoetst aan:

- a. de 'algemeen verbindende voorschriften'. Hieronder vallen wetten, algemene maatregelen van bestuur, Europees recht en internationale verdragen, en
- b. de zogenaamde ongeschreven 'algemene beginselen van behoorlijk bestuur'. Hieronder, zoals het 'gelijkheidsbeginsel', het beginsel dat gelijke gevallen door de overheid gelijk moeten worden behandeld.

Het besluit van het bestuursorgaan wordt hiermee getoetst op zijn *juridische* merites. De bestuursrechter is niet bevoegd om te beoordelen of het besluit van het bestuursorgaan de juiste *beleidsbeslissing* is. De rechter kan het gemeentelijke besluit dus niet toetsen op zijn politieke, economische of financiële kwaliteiten.

'Rechtmatigheid' houdt echter ook in dat een 'behoorlijke belangenafweging' moet hebben plaatsgevonden voordat het bestuursorgaan een besluit neemt. Dit volgt uit artikel 3.4, lid 1, Algemene wet bestuursrecht (Awb). Het bestuursorgaan moet de verschillende belangen dus zorgvuldig afwegen. Verder bepaalt artikel 3.4, lid 2, Awb dat de nadelige gevolgen van een bestuursbesluit voor een of meer partijen niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te bereiken doeleinden (evenredigheidsbeginsel). Deze wat cryptische omschrijving impliceert dat een rechtmatigheidstoetsing toch ook een toetsing van beleidsaspecten impliceert, zij het een zeer terughoudende toetsing.

### Alternatieven

Vaak hebben partijen die zich tegen een ontwikkeling keren een alternatief (plan of ontwerp) voor de besluiten die het bestuursorgaan wil nemen. Ze stellen bijvoorbeeld een lagere bebouwing voor of een andere ruimtelijke ordening van functies, of verdiepte ligging van een weg. Hoe moet een gemeente eigenlijk omgaan met alternatieven die worden aangedragen? Daar heeft de rechter zich over uitgesproken. De rechter heeft geoordeeld dat de gemeenteraad een afweging moet maken van alle belangen die met het besluit zijn gemoeid. Daarbij heeft de raad beoordelingsvrijheid. Wel moeten de voor- en nadelen van een aangedragen alternatief in de afweging door het bestuursorgaan worden betrokken. Dit betekent dat alternatieven niet zonder meer kunnen worden afgewezen. Ze moeten worden bestudeerd en er moet een onderbouwd standpunt over worden ingenomen door het bestuur.

Hier volgt een deel van een uitspraak van de rechter (Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State) over dit onderwerp (Raad van State 16 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:491).

'Verder betogen [appellant] en anderen dat het door de omwonenden voorgestelde alternatief om acht woningen in het zuidelijke bouwvlak te realiseren en hierbij af te zien van de twee woningen in het oostelijke bouwvlak niet inhoudelijk is besproken.

De raad moet bij de keuze van een bestemming een afweging maken van alle belangen die betrokken zijn bij de vaststelling van het plan. Daarbij heeft de raad beleidsruimte. De voor- en nadelen van alternatieven moeten in die afweging worden meegenomen.

Bij de bijeenkomsten van 7 januari 2020 en 17 februari 2020, waar een aantal omwonenden, vertegenwoordigers van de gemeente en een vertegenwoordiger van de projectontwikkelaar aanwezig waren, zijn verschillende alternatieven besproken. Blijkens het gespreksverslag van de bijeenkomst van 17 februari 2020 heeft de projectontwikkelaar van elk alternatief gemotiveerd aangegeven waarom deze alternatieven voor hem niet haalbaar zijn. Zo is het volgens de projectontwikkelaar financieel niet haalbaar om de bouwplannen te beperken tot de rij woningen aan de zuidelijke kant van het plangebied en om de gronden op Bergstraat 54 niet bij de ontwikkeling te betrekken.

Uit het door de raad gestelde kan de Afdeling echter niet opmaken of de raad ten aanzien van het door [appellant] en anderen voorgedragen alternatieven een eigen mening heeft gevormd. De enkele stelling dat deze alternatieven voor de initiatiefnemer niet aanvaardbaar zijn, is hiervoor onvoldoende. Ter zitting is verklaard dat de voorgestelde alternatieven ambtelijk zijn afgedaan en niet zijn voorgelegd aan de raad. Onder deze omstandigheden moet worden

geoordeeld dat de raad de door [appellant] en anderen aangedragen alternatieven ten onrechte buiten beschouwing heeft gelaten.'