December 2020 – nr. 6

Kroniek zonneparken
Emile Euverman, Sophie Groeneveld, Keesjan Meijering en Sanne Schipper

Zorginstellingen verdienen een sterkere, wettelijke positie bij de aankoop van corporatievastgoed
Alex Lijkwan

Gebouwgebonden financiering
Rob van Houts

De Omgevingswet en energietransitie – twee werelden die samen (moeten) komen in een integrale benadering
Willem Bosma

Te huur: duurzame apparatuur Goederenrechtelijke, verbintenisrechtelijke en huurrechtelijke kansen en obstakels
Karen Hilwerda en Anne Bos

Inhoudsopgave 2020

Verschijnt 6 × per jaar

Vastgoedrecht

Tijdschrift voor Vastgoedrecht informeert over ontwikkelingen, achtergronden en actualiteit. Het tijdschrift verschijnt 6 × per jaar.

Redactie
drs. D.J. (Dieks) Boswinkel (PwC)
mr. R. (Richard) Dohmen (BPD Ontwikkeling BV)
dr. ir. D.A. (Daniëlle) Groetelaers (TU Delft, Faculteit Bouwkunde, OTB)
mr. J.A.W. (Jeroen) Huijben (Raad van State)
prof. mr. O.J.D.M.L. (Oswald) Jansen (Resolución Den Haag/Maastricht University)
mr. C.T.M. (Coen) van Rooyen (NVB)
mr. A. (Arjen) de Snoo (DLA Piper)
prof. mr. G.A. (Gerrit) van der Veen (AKD/Universiteit Groningen)
mr. J.E. (Josien) van der Werff, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties/Gerechtshof Amsterdam
mr. J.J.H. (John) Wijnmaalen MRICS (Dirkzwager)

Vaste medewerkers
mr. K. (Kaoutar) Azghay (Adriaanse van der Weel Advocaten)
mr. L.C. (Leendert) van den Berg (Severijn Hulshof Advocaten)
mr. E.M. (Edith) Dutmer (Nysingh)
mr. M.S. (Marc) Houweling (Van der Feltz advocaten)
A.H. (André) van Huffelen (NautaDutilh)
mr. L. (Lieke) Knoups (DNB)
prof. dr. W.K. (Willem) Korthals Altes (TU Delft)
mr. J.S.J. (Jelle) Kuijer (AKD)
mr. E.A. (Eelkje) van de Kuilen (AKD)
mr. O. (Ottilie) Laan (Blumstone Advocaten)
mr. R. (Robbert) Middelburg (Dentons Boekel)
mr. J. (Jakelijn) Nelen (Houthoff)
mr. R.M. (Robert) Rijpstra MRICS (Dirkzwager)
mr. L. (Luc) Rijzewijk (TBI Holdings B.V.)
mr. D.J. (Denise) Sauer (Dirkzwager)
mr. R. (Roel) Sillevis Smitt (AT Osborne)
mr. B.T. (Brim) Tonino (Van der Feltz advocaten)
mr. C.J.M. (Caroline) Weebers-Vrenken MRE (Weebers Vastgoed Advocaten N.V.)
mr. R.J.A. (René) van Wijk (BAM Bouw & Vastgoed BV)
drs. H.E. (Hans) Woldendorp
dr. H.W. (Herman) de Wolff (TU Delft)
dr. J.W. (Co) van Zundert (v.h. Universiteit Twente)

Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van artikelen impliceert toestemming voor openbaarmaking en verveelvoudiging t.b.v. de elektronische ontsluiting van het tijdschrift.

De redactie benadrukt dat de inhoud van de gepubliceerde artikelen niet noodzakelijkerwijs de mening van de redactie vertegenwoordigt.

Redactiesecretariaat
mr. S. (Sanne) Bakker
tel. 06-45790443
e-mail: redactievgr@gmail.com
Postadres: Uitgeverij Paris
Postbus 4083
7200 BB Zutphen

Uitgever
Antoine Paris
Uitgeverij Paris, Postbus 4083, 7200 BB Zutphen
tel. 0575-514299; fax 0575-514509
e-mail: info@uitgeverijparis.nl; www.uitgeverijparis.nl

Abonnementenadministratie
tel. 088-1102051
e-mail: info@uitgeverijparis.nl
voor postadres zie Uitgever

Abonnementsprijs 2020
€ 259 exclusief btw per jaar, inclusief opbergband. Studenten 50% korting. Losse nummers: € 46,50. Voor abonnees in het buitenland geldt een toeslag van € 39,50 i.v.m. verzendkosten.
Voor online-abonnement zie www.uitgeverijparis.nl.

Beëindiging abonnement
Abonnementen kunnen tot 1 maand voor het einde van de abonnementsperiode worden opgezegd. Informatie over de abonnementsperiode vindt u op de factuur.

Omslagontwerp en basislay-out
Bert Arts bNO

Alle rechten voorbehouden
Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen).
Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Disclaimer
Aan de totstandkoming van deze uitgave is de uiterste zorg besteed. De auteur(s), redactie en uitgever aanvaarden geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden noch voor de gevolgen hiervan.

Advertentie-exploitatie
Voor adverteren in de juridische media van Uitgeverij Paris kunt u contact opnemen met Uitgeverij Paris.

Aanbevolen citeerwijze
VGR 2020, afl. … (afleveringsnummer), p. …

ISSN 1573-2363

Inhoud

Artikelen

Kroniek zonneparken / 189
Emile Euverman, Sophie Groeneveld, Keesjan Meijering en Sanne Schipper

Zorginstellingen verdienen een sterkere, wettelijke positie bij de aankoop van corporatievastgoed / 198
Alex Lijkwan

Gebouwgebonden financiering / 203
Rob van Houts

De Omgevingswet en energietransitie – twee werelden die samen (moeten) komen in een integrale benadering / 209
Willem Bosma

Te huur: duurzame apparatuurGoederenrechtelijke, verbintenisrechtelijke en huurrechtelijke kansen en obstakels Goederenrechtelijke, verbintenisrechtelijke en huurrechtelijke kansen en obstakels / 213
Karen Hilwerda en Anne Bos

Inhoudsopgave 2020 / 238

Rubrieken

AANBESTEDINGSRECHT / 220

DUURZAAMHEID / 222

HUURRECHT / 224

MILIEU / 227

NOTARIEEL RECHT / 230

SAMENWERKINGSVORMEN / 232

VVE / 235

Abonnementsprijs 2021

Met ingang van 2021 zal de abonnementsprijs voor VGR € 272 excl. btw bedragen.

mvw
media voor vak
& wetenschap

*Emile Euverman, Sophie Groeneveld, Keesjan Meijering en Sanne Schipper**

Kroniek zonneparken

In het Klimaatakkoord is afgesproken om in 2030 ten minste 35 TWh aan hernieuwbare energie op land op te wekken.[1] In de concepten voor de Regionale Energie Strategieën wordt een groot deel van deze opgave ingevuld door het opwekken van zonne-energie en (grondgebonden) zonneparken leveren daar een aanzienlijke bijdrage aan.[2]
Zonneparken zijn echter geen 'rustig bezit'; de maatschappelijke weerstand ertegen neemt toe, er wordt veel over/tegen zonneparken geprocedeerd en zonneparken in het buitengebied staan op de laatste trede van de 'zonneladder'.[3] Met alleen gebouwgebonden zonnepanelen ('zon op dak') kan echter niet aan de energieambitie uit het Klimaatakkoord worden voldaan. Er zullen dus nog zonneparken bij moeten.
Deze kroniek bevat een selectie van de meest relevante gerechtelijke uitspraken over zonneparken op het gebied van het omgevingsrecht, de Elektriciteitswet 1998 (E-wet) en SDE-subsidies in de periode 1 juni 2019 tot en met 7 oktober 2020.

1. Omgevingsrecht

Omdat zonneparken vaak in het buitengebied op agrarische gronden zijn voorzien is veelal wijziging van het bestemmingsplan of toestemming om daarvan af te mogen wijken nodig. Aangezien de aanleg (of uitbreiding) van een zonnepark een project is als bedoeld in art. 1.1 lid 1 sub a Crisis- en herstelwet[4] (Chw), is daarnaast de Chw op deze besluitvorming van toepassing.
Geschillen rondom ruimtelijke besluitvorming over zonneparken hebben in deze kroniekperiode geleid tot relevante uitspraken over de aspecten 'aanvaardbaar woon- en leefklimaat', 'belanghebbendheid', 'm.e.r.-beoordeling', 'participatie', 'stikstof' en 'bodemkwaliteit en biodiversiteit'. Deze bespreken wij hieronder.

1.1. Aanvaardbaar woon- en leefklimaat

Onderdeel van een goede ruimtelijke ordening is een aanvaardbaar woon- en leefklimaat. Onaanvaardbare aantasting van het woon- en leefklimaat van omwonenden door hinder is niet toegestaan. Voor zonneparken gelden echter geen normen voor acceptabele hinder, het Activiteitenbesluit milieubeheer is namelijk niet van toepassing op zonneparken. Dit moet dus per geval worden beoordeeld.
Bij zonneparken gaat het regelmatig om geluidshinder van transformatoren. Mede gezien het feit dat het geluid hiervan gering is, zij zelden hoorbaar zijn op meer dan enkele meters afstand en de gestelde overlast in ieder geval niet in de avond- en nachturen zal optreden (als geen elektriciteit wordt gewonnen), mag in beginsel worden volstaan met een beoordeling of aan de richtafstanden uit de VNG-brochure wordt voldaan.[5] Op grond daarvan geldt voor transformatoren (in woonwijken) een richtafstand van 30 meter. Wel zal goed gekeken moeten worden naar de vraag of de aanwezigheid van het zonnepark leidt tot een wezenlijke verandering van andere geluidsbronnen. Denk aan eventuele toename van geluidshinder van een nabijgelegen weg als gevolg van de bouw van een zonnepark.[6]
Een tweede punt dat met enige regelmaat terugkomt is lichthinder door lichtschittering. Dit wordt vaak opgelost door de panelen te voorzien van antireflectieglas of deze – richting woningen – af te schermen met beplanting. Als zulke maatregelen noodzakelijk zijn om de hinder acceptabel te laten zijn, moet het nemen daarvan wel als voorschrift aan de vergunning worden verbonden c.q. als

* Mr. E.P. Euverman, mr. S.E.A. Groeneveld, mr. K. Meijering en mr. S.M. Schipper zijn allen advocaat bij AKD.

1. Klimaatakkoord, p. 158.
2. Een overzicht van deze concept, die op 1 oktober 2020 zijn aangeboden aan het Nationaal Programma Regionale Energiestrategie, is terug te vinden op de website van het Nationaal Programma Regionale Energie Strategie: regionale-energiestrategie.nl/bibliotheek.
3. Zie bijv. de Nationale Omgevingsvisie (p. 87) d.d. 11 september 2020 (denationaleomgevingsvisie.nl/).
4. Het gaat immers om een productie-installatie ten behoeve van de productie van hernieuwbare elektriciteit met behulp van zonne-energie als bedoeld in art. 1.1 bij Bijlage 1 Chw (waar in art. 1.1 lid 1 sub a Chw naar wordt verwezen); zie ook: Rb. Zeeland-West-Brabant 7 mei 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:2129, r.o. 4.1 en Rb. Gelderland 6 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:692, r.o. 2.
5. Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 27 mei 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1962; ABRvS 8 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1473, r.o. 3 en Rb. Noord-Nederland 23 juli 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:3824, r.o. 6.5.
6. Zie bijv. Rb. Oost-Brabant 24 september 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5445, r.o. 10.3-10.4 en Rb. Gelderland 11 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2622, r.o. 3.4.

voorwaardelijke verplichting in het bestemmingsplan worden opgenomen.[7]

1.2. Belanghebbendheid

Niet-direct omwonenden lopen regelmatig aan tegen de 'belanghebbendheids-eis' uit art. 1:2 Awb.[8] Bij de beoordeling op dit punt geldt het bestendige uitgangspunt dat iemand die rechtstreeks feitelijke gevolgen ondervindt van een activiteit die een besluit toestaat, in beginsel belanghebbende is.[9]

Het criterium 'gevolgen van enige betekenis' dient als correctie op dit uitgangspunt.[10] Voor de invulling daarvan kijkt de rechter naar de ruimtelijke uitstraling die het zonnepark voor het woon-, leef- en werkklimaat van de omwonende zal hebben. Daarbij wordt acht geslagen op de factoren afstand tot, zicht op, planologische uitstraling van en milieugevolgen van het zonnepark, waarbij die factoren zo nodig in onderlinge samenhang worden bezien. Ook aard, intensiteit en frequentie van de feitelijke gevolgen kunnen van belang zijn.

Meer concreet kijkt de bestuursrechter naar de aard en omvang van het zonnepark en de gevolgen daarvan voor de omwonende. Omdat zij vaak alleen visuele gevolgen ondervinden, is de mate waarin het zonnepark het uitzicht beïnvloedt vaak bepalend. Daarbij is het aan de omwonende om aannemelijk te maken dat hij gevolgen van enige betekenis op het woon- of leefklimaat ondervindt.[11]

In een uitspraak van 26 juni 2019 overweegt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) dat het bij een afstand van 450 meter tussen een woning en een zonnepark in beginsel niet aannemelijk is dat gevolgen van enige betekenis zullen worden ondervonden.[12] In deze uitspraak was, in afwijking van dat uitgangspunt, echter wel sprake van gevolgen van enige betekenis. De omvang van het project (35 ha) en het open karakter van het landschap maakten volgens de Afdeling dat de gevolgen voor het uitzicht in dat specifieke geval van enige betekenis waren. Ook oordeelt de Afdeling dat bij de vraag naar de belanghebbendheid geen doorslaggevende betekenis toegekend mag worden aan de landschappelijke inpassing (bijvoorbeeld: 'u ondervindt geen gevolgen van enige betekenis, want de landschappelijke inpassing onttrekt het zonnepark aan uw zicht'), als deze inpassing deel uitmaakt van het vergunde project en appellant zich (juist) tegen deze inpassing verzet.[13]

De uitspraak illustreert dat de aspecten afstand en zicht weliswaar vaak samenhangen, maar niet altijd tot hetzelfde resultaat leiden. Ook als iemand op één kilometer afstand van een toekomstig zonnepark woont, kan diegene mogelijk belanghebbende zijn vanwege de invloed van het zonnepark op het uitzicht.[14] Andersom geldt dat iemand die op een afstand van minder dan 150 meter woont, maar geen zicht zal hebben op een zonnepark, veelal geen gevolgen van enige betekenis zal ondervinden.[15] Dat laatste is echter weer anders als het zonnepark – bijvoorbeeld door licht- of geluidshinder – zorgt voor een zodanige ruimtelijke uitstraling dat de gevolgen van het zonnepark alsnog van enige betekenis zijn op het woon- en leefklimaat.

Duidelijk is dus dat ook bij het belanghebbende-begrip bij zonneparken het aloude adagium geldt: of je belanghebbende bent, hangt af van de specifieke omstandigheden van het geval. Wel zijn daarbij met name het zicht op het zonnepark, in combinatie met de locatie en omvang daarvan, relevant.

1.3. M.e.r.-beoordelingsplicht

Niet bij ieder zonneparkproject is het noodzakelijk om te toetsen of sprake kan zijn van mogelijke belangrijke nadelige milieugevolgen. Dit is alleen het geval als een bouwplan voor een zonnepark onder een van de activiteiten van onderdeel D van de bijlage bij het Besluit milieueffectenrapportage valt. In die situatie dient ten minste eerst een vormvrije m.e.r.-beoordeling te worden uitgevoerd, voordat een bestemmingsplanwijziging mag plaatsvinden, of een omgevingsvergunning met toepassing van de uitgebreide voorbereidingsprocedure mag worden verleend. Er kan dan vanwege art. 5 lid 6 van bijlage II bij het Bor bovendien geen tijdelijke omgevingsvergunning voor een periode van maximaal tien jaar worden verleend met toepassing van de kruimelgevallenregeling (art. 4 sub 9 en 11 van bijlage II bij het Bor).

Om die reden is meermaals betoogd dat een zonnepark valt onder een 'landinrichtingsproject' (categorie D9), 'stedelijk ontwikkelingsproject' (categorie D11.2) of 'industriële installatie' (categorie D22.1).[16] In de regel is dit echter niet het geval, zo blijkt uit een uitspraak van de

7. Rb. Oost-Brabant 24 september 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5445, r.o. 9.1-9.2.
8. ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2205, r.o. 7; ABRvS 26 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1981; Rb. Gelderland 6 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:692; Rb. Overijssel 6 december 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:4609; Rb. Noord-Nederland 12 juli 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:3031; Rb. Noord-Nederland 14 april 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:1650; Rb. Midden-Nederland 27 mei 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1962, r.o. 5-12; Rb. Overijssel 3 september 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:2902, r.o. 8-9.4.
9. ABRvS 7 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2376, r.o. 6.1.
10. Zie ook: J.A. Mohuddy & R. Bassie, '"Gevolgen van enige betekenis" in 2020: een overzicht van de laatste twee jaren', *BR* 2020/23.
11. ABRvS 26 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:20165, r.o. 2.2; ABRvS 23 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2017:2271, r.o. 3.2; zie ook: D.H. Tolsma. 'De belanghebbende: koerswijzigingen belicht', *JBplus* 2017, afl. 1, p. 27-40.
12. ABRvS 26 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1981, r.o. 7.2.
13. ABRvS 26 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1981, r.o. 7.3; Rb. Overijssel 3 september 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:2902, r.o. 8-9.4.
14. Rb. Noord-Nederland 14 april 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:1650, r.o. 2.4.
15. ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2205, r.o. 7; Rb. Noord-Nederland 12 juli 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:3031, r.o. 9; Rb. Midden-Nederland 27 mei 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1962, r.o. 5-11.
16. Rb. Overijssel 19 september 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:3422, r.o. 4.1-4.11, *BR* 2019/6, m.nt. H.J. Breeman en V.V. Jacobs; Rb. Noord-Nederland 21 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:1061, r.o. 6.1.

Afdeling van 14 augustus 2019.[17] Naar het oordeel van de Afdeling is een zonnepark geen 'industriële installatie', omdat voor de werking van een zonnepark geen brandstof nodig is. Over het betreffende zonnepark – van 4,3 ha – overweegt de Afdeling nog dat dit per saldo geen aanzienlijke negatieve gevolgen voor het milieu met zich brengt en (dus) ook geen 'stedelijk ontwikkelingsproject' is. Bovendien is de functiewijziging voor het zonnepark volgens de Afdeling onvoldoende substantieel om te spreken van een 'landinrichtingsproject'. In een uitspraak van 10 september 2019 komt de rechtbank Noord-Nederland om vergelijkbare redenen tot het oordeel dat een zonnepark van 15 ha niet m.e.r.-beoordelingsplichtig is.[18]

Het is niet uit te sluiten dat een omvangrijker zonnepark leidt tot een zodanige functiewijziging dat sprake is van een landinrichtingsproject in de zin van categorie 9, onderdeel D, van de bijlage bij het Besluit milieueffectenrapportage. In algemene zin zal een zonnepark echter niet m.e.r.-beoordelingsplichtig zijn, gelet op voornoemde uitspraak van de Afdeling van 14 augustus 2019.

1.4. Participatie en draagvlak

Tot het najaar van 2019 was de Afdeling onverbiddelijk; draagvlak is *geen* vereiste in het kader van een goede ruimtelijke ordening. Het ontbreken daarvan staat op zichzelf dus ook niet in de weg aan het verlenen van planologische medewerking aan bijvoorbeeld een zonnepark.[19]

Deze harde lijn heeft de Afdeling in uitspraken van 23 oktober 2019 en 18 december 2019[20] genuanceerd. Weliswaar is het ontbreken van draagvlak op zichzelf nog steeds geen argument om planologische medewerking te (kunnen) weigeren, maar er is wel een haakje gegeven om aan participatieverplichtingen te toetsen. Uit deze uitspraken volgt dat in gemeentelijk of provinciaal beleid verplichtingen kunnen worden opgenomen voor initiatiefnemers om bepaalde inspanningen te verrichten (*niet* om bepaalde resultaten te behalen) die zijn gericht op het informeren van omwonenden en het verwerven of vergroten van maatschappelijk draagvlak voor de ontwikkeling.[21] Als een initiatiefnemer niet voldoende inspanningen pleegt, kan dit betekenen dat geen medewerking aan het initiatief wordt verleend. Het is en blijft echter wel aan het bestuursorgaan om een afweging te maken in het kader van een goede ruimtelijke ordening, waarbij ook het belang van een duurzame energievoorziening en het belang van omwonenden betrokken moet worden. Het ontbreken van draagvlak bij omwonenden is daarbij niet zonder meer het meest zwaarwegend.[22]

1.5. Provinciale regelgeving (landschappelijke inpassing, tijdelijkheid en zonneladder)

Provinciale regelgeving speelt bij zonneparken een belangrijke rol. Gemeentebesturen mogen immers alleen toestemming verlenen voor zonneparkprojecten die voldoen aan de provinciale instructieregels.[23] Veel provincies kennen specifieke instructieregels voor zonneparken.[24] Deze zien er vaak op dat aan de gegeven toestemming voorschriften worden verbonden ter borging van tijdelijkheid en landschappelijke inpassing en dat wordt voldaan aan de zonneladder.

Voor wat betreft het aspect tijdelijkheid vereist provinciale regelgeving veelal dat een zonnepark voor maximaal 25 jaar mag worden toegestaan, waarbij in de te geven toestemming moet worden geborgd dat na die termijn (i) het zonnepark wordt ontmanteld en (ii) het projectgebied in de oorspronkelijke staat wordt hersteld. Als dit niet gebeurt, kan het bevoegd gezag handhavend optreden. De dag waarop de termijn van 25 jaar gaat lopen, kan daarbij worden gekoppeld aan ingebruikname van het zonnepark ('start exploitatie').[25] Daarmee kan al snel een aantal jaar worden 'gewonnen' ten opzichte van de situatie waarin die termijn begint te lopen na inwerkingtreding of onherroepelijkheid van de gegeven toestemming.

Voor landschappelijke inpassing is een uitspraak van de Afdeling van 4 december 2019 van belang.[26] Onderdeel van het zonneparkproject dat hier centraal stond, was een landschappelijke inpassing. De kaders voor deze inpassing waren onderdeel van de omgevingsvergunning, maar deze moesten nog worden uitgewerkt in een beheer- en beplantingsplan. Dit zou pas *na* het verlenen van de omgevingsvergunning in een privaatrechtelijke overeenkomst gebeuren. Daarmee maakte het geen deel uit van de omgevingsvergunning, waarmee het voor derden niet mogelijk was om bij het college van burgemeester en wethouders (B&W) om bestuursrechtelijke handhaving te verzoeken als zou worden afgezien van het vaststellen van een beheer- en beplantingsplan of als dit (wel) wordt vastgesteld, maar daarvan zou worden afgeweken. De plannen waarin de inhoud en instandhouding van de

17. ABRvS 14 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2770, r.o. 3-3.6, *BR* 2019/86, m.nt. S.M. Schipper en E.P. Euverman.
18. Rb. Noord Nederland 10 september 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:3853, r.o. 9.2.
19. Zie bijv. ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1702, r.o. 8.
20. ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3580 en ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4209.
21. Zie bijv. Rb. Overijssel 3 september 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:2902, r.o. 16-17.3 en Rb. Oost-Brabant 1 juli 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:3330, r.o. 32-38.
22. Zie bijv. ABRvS 29 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:301 en ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:958, *BR* 2020/53, m.nt. K. Meijering en S.M. Schipper.
23. De provinciale instructieregels hebben doorgaans niet te gelden voor een omgevingsvergunning met toepassing van de kruimelgevallenregeling.
24. Zie art. 3.41 Interim omgevingsverordening (Geconsolideerde versie 1 maart 2020) (Noord-Brabant), art. 2.9 Provinciale Omgevingsverordening 2018 (Zeeland), art. 32a Provinciale Ruimtelijke Verordening (Geconsolideerde versie 3 september 2019) (Noord-Holland), art. 3.12 Provinciale Ruimtelijke Verordening, geconsolideerd (incl. herijking 2016, correctie 2017 en 2e partiële herziening 2018) (Utrecht), art. 2.23 Geconsolideerde Omgevingsverordening Flevoland (Flevoland), art. 2.1.8 Geconsolideerde Verordening vanaf 2017 (Overijssel), art. 2.24 Provinciale Omgevingsverordening Drenthe 2014 (Drenthe), art. 9.4 Verordening Romte Fryslân 2014 (Friesland) en art. 2.42 van de Geconsolideerde Omgevingsverordening februari 2019 (Groningen).
25. ABRvS 22 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1769, r.o. 71 e.v.
26. ABRvS 4 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4061, r.o. 3-3.1.

landschappelijke inpassing zijn beschreven, moeten dus deel uitmaken van het toestemmingsbesluit voor een zonnepark en met voorschriften zijn verzekerd. Er kan *niet* volstaan worden met het vastleggen van afspraken daartoe in een overeenkomst met de initiatiefnemer.

Verder zijn instructieregels van veel provincies erop gericht dat zonneparken in het buitengebied alleen zijn toegestaan als de zonneladder is doorlopen.[27] Aangetoond moet worden dat de capaciteit voor het opwekken van duurzame energie in bestaand stedelijk gebied, op bestaande bouwpercelen (en rekening houdend met de ontwikkelingsmogelijkheden van windenergie) onvoldoende is. Als dat het geval is, bestaat er behoefte om zonneparken in het buitengebied toe te staan. In deze kroniekperiode was de toepassing van de zonneladder in verschillende uitspraken onderwerp van geschil.[28] Daarbij kwam de bestuursrechter steeds tot het oordeel dat er behoefte was aan het betrokken zonneparkproject om te kunnen voldoen aan de doelstellingen voor het opwekken van duurzame energie.[29]

1.6. Stikstof

Door de inzet van mobiele werktuigen en verkeersbewegingen gaat de aanleg van zonneparken vaak gepaard met stikstofuitstoot.[30] Eventuele negatieve effecten van het neerdalen van die uitstoot op Natura 2000-gebieden (*stikstofdepositie*) moeten met AERIUS worden berekend.[31] Als daaruit volgt dat de relevante stikstofdepositie geen toename van 0,00 mol/ha/jaar bedraagt, waarbij gesaldeerd mag worden met legale bestaande activiteiten, is op voorhand uitgesloten dat het zonneparkproject significante gevolgen op Natura 2000-gebieden zal hebben.[32] Een toestemming ex art. 2.7 Wet natuurbescherming is dan niet nodig.
Levert de AERIUS-berekening een hogere stikstofdepositietoename op, dan is een aanvullende ecologische motivering nodig.[33] Nader ecologisch onderzoek kan uitwijzen dat significante gevolgen – ondanks de toename van de stikstofdepositie – zijn uitgesloten.[34] Is dat niet haalbaar, dan is een toestemming op basis van de Wet natuurbescherming vereist. In dat geval moeten de effecten van het project in een 'passende beoordeling' nauwkeurig worden bestudeerd. Positieve effecten van eventuele mitigerende maatregelen, zoals extern salderen, mogen daarbij worden betrokken. Als zekerheid wordt verkregen dat het project de natuurlijke kenmerken van Natura 2000-gebieden niet zal aantasten, kan de toestemming worden verleend.

1.7. Bodemkwaliteit en biodiversiteit

Toestemming voor een zonnepark mag slechts worden verleend als het zonnepark niet leidt tot onevenredige aantasting van de biodiversiteit en bodemkwaliteit. Uit onderzoeken blijkt dat niet zonneklaar is of de realisatie van een zonnepark een positief of negatief effect heeft op de bodem, de biodiversiteit en het landschap.[35]
In een beroep tegen een zonneparkproject stelden eisers onder verwijzing naar een rapport van de WUR uit 2019 dat op voorhand duidelijk was dat het zonnepark een negatief effect op de biodiversiteit zou hebben. De rechtbank Oost-Brabant volgde dit betoog niet en oordeelde dat niet kon worden volstaan met verwijzing naar dit onderzoek.[36]

Dat de inpassing van het zonnepark een belangrijke rol speelt bij de beoordeling van de aspecten 'bodemkwaliteit' en 'biodiversiteit', kwam aan de orde in een uitspraak van de rechtbank Gelderland van 6 februari 2020.[37] De rechtbank constateerde dat het project voorzag in maatregelen die tot verbetering van de bodemkwaliteit en biodiversiteit ter plaatse leidden. Volgens de rechtbank heeft B&W zich daardoor op het standpunt kunnen stellen dat het zonnepark niet leidt tot een onevenredige aantasting van de biodiversiteit en bodemkwaliteit.[38]
Volledigheidshalve lijkt het ons goed om te benadrukken dat voor het aspect 'biodiversiteit' een ontheffing nodig kan zijn in het kader van hoofdstuk 3 van de Wet natuurbescherming (lees: het soortenbeschermingsrecht). Die toestemming haakt, evenals een Natura 2000-toestemming, aan bij een omgevingsvergunningaanvraag, tenzij er apart een ontheffing is aangevraagd bij gedeputeerde

27. Zie art. 3.41 lid 1 sub a Interim omgevingsverordening (Geconsolideerde versie 1 maart 2020) (Noord-Brabant), art. 2.9 lid 2 Provinciale Omgevingsverordening 2018 (Zeeland), art. 9.4.1 lid 2 Verordening Romte Fryslân 2014 (Friesland) en art. 2.42.1 lid 2 van de Geconsolideerde Omgevingsverordening februari 2019 (Groningen).
28. ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3591, r.o. 8-8.6; Rb. Noord-Nederland 14 april 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:1650, r.o 9.1-9.5; Rb. Overijssel (vzr.) 22 januari 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:237, r.o. 3.4.
29. Zie ook: Rb. Zeeland-West-Brabant 7 mei 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:2129, r.o. 11.2.
30. Gedurende de exploitatie van het zonnepark is het aantal verkeersbewegingen zodanig gering dat de 'gebruiksfase' bij zonneparkprojecten vaak niet wordt betrokken in de beoordeling van het aspect 'stikstof'.
31. AERIUS is een onlineapplicatie waarmee stikstofdepositieberekeningen kunnen worden uitgevoerd (aerius.nl/nl). Op grond van art. 2.1 lid 1 Regeling natuurbescherming moet deze applicatie – versie AERIUS Calculator 2020 – worden gebruikt bij een toestemming in het kader van art. 2.7 Wet natuurbescherming.
32. Dat is ook het geval als het zonnepark enkel leidt tot depositie op niet-stikstofgevoelige habitattypen. Zie ook: Rb. Midden-Nederland 27 mei 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1962, r.o. 34-37.
33. Deze mag niet gebaseerd zijn op het voormalige PAS; ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, en – in de context van een zonneparkproject – ook ABRvS 21 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2800, r.o. 35.1.
34. ABRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1110.
35. F.F. van der Zee e.a., *Zonneparken natuur en landbouw* (Rapport 2945), Wageningen: Wageningen Environmental Research 2019; R.H. Klaassen e.a., *Literatuurstudie en formulering richtlijnen voor een ecologische inrichting van zonneparken in de provincies Groningen en Noord-Holland: Eindrapportage*, University of Groningen 2018.
36. Rb. Oost-Brabant 1 juli 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:3330, r.o. 29.
37. Rb. Gelderland 6 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:692.
38. Rb. Gelderland 6 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:692, r.o. 7.3.

staten.[39] Bij een bestemmingsplanwijziging of een omgevingsvergunning ten behoeve van een zonnepark zal het bevoegd gezag moeten beoordelen of het soortenbeschermingsrecht aan de uitvoerbaarheid van het zonneparkproject in de weg staat.[40]

2. De E-wet

In delen van Nederland is sprake van capaciteitsproblemen en zogenoemde transportschaarste op het net, waardoor niet al het door producenten gewenste transport van elektriciteit door de netbeheerder kan worden uitgevoerd. Het realiseren van netverzwaringen kost tijd en netbeheerders kunnen niet altijd aan hun aansluit- en transportplicht voldoen. In deze kroniekperiode is een aantal interessante uitspraken gedaan over het begrip 'aansluiting', de aansluitplicht uit art. 23 E-wet en de transportplicht uit art. 24 E-wet. Deze bespreken wij hieronder.[41]

2.1. Aansluiting en WOZ-beschikking(en)

Op 2 juni 2020[42] ging het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) 'om' met betrekking tot het begrip 'aansluitplicht'. In art. 1 sub b E-wet is 'aansluiting' gedefinieerd als 'één of meer verbindingen tussen een net en een onroerende zaak als bedoeld in artikel 16, onderdelen a tot en met e, van de Wet waardering onroerende zaken ("Wet WOZ"), (…)'. Vanaf 2008 voert de ACM de beslissingspraktijk dat WOZ-beschikkingen bepalend zijn voor het afbakenen van de omvang van een WOZ-object.

Liander stelt zich hier echter op het standpunt dat de ACM ten onrechte van de WOZ-beschikking uit was gegaan, en niet van de feitelijke situatie. Feitelijk was namelijk sprake van één dak waarop zonnepanelen zouden komen voor (i) de eigenaar en (ii) een coöperatie, die daarvoor drie opstalrechten had gevestigd. B&W heeft drie afzonderlijke delen van het dak aangemerkt als drie aparte WOZ-objecten en de coöperatie aangemerkt als eigenaar en gebruiker van deze objecten. De coöperatie heeft Liander verzocht om elk afzonderlijk WOZ-object te voorzien van een kleinverbruikersaansluiting. Dit heeft Liander geweigerd, maar het heeft wel aangeboden om één grootverbruikersaansluiting te realiseren.

De ACM stelt dat Liander hierdoor in strijd met haar aansluitplicht van art. 23 E-wet handelt. De definitie uit art. 16 sub e Wet WOZ is helder en op grond van de WOZ-beschikking kan Liander eenvoudig vaststellen of sprake is van een WOZ-object en (dus) of er een aansluitplicht geldt, aldus de ACM. Liander stelt echter dat de drie opstalrechten en bijbehorende WOZ-beschikkingen alle drie op naam van de coöperatie staan en alleen zijn aangevraagd om de E-wet te omzeilen en zo drie kleine – goedkopere – aansluitingen te krijgen. Liander stelt dat de productie-installatie voor de opwekking van elektriciteit met behulp van zonnepanelen als één ondeelbare installatie heeft te gelden en dus slechts over één aansluiting kan beschikken.

Het CBb oordeelt – in lijn met de zeer lezenswaardige conclusie van A-G Wattel[43] – dat bij de vaststelling of sprake is van een aansluitplicht ex art. 23 lid 1 E-wet, niet in alle gevallen zonder meer moet worden aangesloten bij de objectafbakening uit een WOZ-beschikking[44] en wijkt daarmee af van de lijn die al sinds 13 april 2011[45] werd gehanteerd. Daarnaast oordeelt het CBb dat aan de WOZ-beschikking een weerlegbaar bewijsvermoeden kan worden ontleend voor de aansluitplicht, waarbij de partij die meent dat de WOZ-beschikking niet moet worden gevolgd (omdat die niet strookt met art. 16 Wet WOZ), de bewijslast draagt. Als er geen WOZ-beschikking is of een partij meent dat de objectafbakening die ten grondslag ligt aan de WOZ-beschikking onjuist is, moet het object worden afgebakend aan de hand van vier in de belastingjurisprudentie uitgekristalliseerde stappen: (i) welke onroerende zaken ex art. 3:3 BW kunnen worden geïdentificeerd, (ii) in hoeverre is de eigendom c.q. zakelijke gerechtigdheid van deze zaken verdeeld over verschillende personen, (iii) kunnen deze zaken worden opgesplitst in gedeelten die blijkens hun indeling bestemd zijn om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt en (iv) vormen de onroerende zaken of de zelfstandige gedeelten een samenstel?

In deze zaak voorziet het CBb zelf in de zaak door deze stappen te volgen en oordeelde het dat het bij de drie opstalrechten van de coöperatie ging om slechts één WOZ-object als bedoeld in art. 16 sub d Wet WOZ. Liander werd in het gelijk gesteld en hoefde op grond van art. 23 E-wet niet meer dan één aansluiting te realiseren.

2.2. Termijn aansluitplicht

De termijn van 18 weken die ex art. 23 lid 3 sub a E-wet voor netbeheerders geldt om een aansluiting tot 10 MVA te realiseren, is absoluut. Er is volgens het CBb geen ruimte om hiervan af te wijken.[46] De tenzij-clausule uit art. 23 lid 3 sub b E-wet – die ziet op een installatie voor de productie van duurzame elektriciteit en hoogrenderende warmtekrachtkoppeling – heeft bovendien geen betrekking op aansluitingen tot 10 MVA.[47]

2.3. Verhouding aansluit- en transportplicht

De rechtbank Oost-Brabant en het hof 's-Hertogenbosch hebben zich in drie *Pottendijk*-uitspraken (*Pottendijk I*,

39. Lees meer hierover: W. Zwier, 'Aanhaken onder de Wet Natuurbescherming', *Gst.* 2017/57.
40. Rb. Zeeland-West-Brabant 7 mei 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:2129, r.o. 13.2.
41. Ook over het 'opknippen' van zonneparken is een interessante uitspraak gedaan door het CBb, namelijk CBb 30 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:323. Omdat het doel daarvan relevant is voor subsidies, komen wij daarop hierna onder 'SDE' terug.
42. CBb 2 juni 2020, ECLI:NL:CBB:2020:364.
43. ECLI:NL:CBB:2019:658.
44. CBb 2 juni 2020, ECLI:NL:CBB:2020:364, r.o. 4.3.
45. CBb 13 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3485.
46. CBb 22 september 2020, ECLI:NL:CBB:2020:650, r.o. 5.2-5.2.2; CBb 22 september 2020, ECLI:NL:CBB:2020:649, r.o. 5.3-5.3.2.
47. CBb 22 september 2020, ECLI:NL:CBB:2020:650, r.o. 5.3-5.3.2; CBb 22 september 2020, ECLI:NL:CBB:2020:649, r.o. 5.4-5.4.2.

II en *III*[48]) gebogen over de reikwijdte van de aansluitplicht voor netbeheerders ex art. 16 en 23 E-wet in combinatie met de verplichting om transport uit te voeren dat voortvloeit uit art. 24 E-wet.
In *Pottendijk I* draait het om twee projecten die Energiepark Pottendijk B.V. (Pottendijk) wil realiseren: een windpark met een opgesteld vermogen van (max.) 50,4 MW en twee zonneakkers met een opgesteld vermogen van (max.) 8,02 MW en 32,987 MW. In kort geding vordert Pottendijk dat Enexis wordt veroordeeld tot het doen van een aanbod voor (i) een aansluiting van 60 MVA op het dichtstbijzijnde punt in het door Enexis beheerde elektriciteitsnet, zonder het opnemen van (contractuele) transportbeperkingen én (ii) 60 MW transportcapaciteit. Hoewel de vorderingen zijn toegewezen voldoet Enexis volgens Pottendijk niet aan het vonnis, waarna Pottendijk een executiegeschil aanhangig maakt (*Pottendijk II*). Ook in die procedure wordt Pottendijk in het gelijk gesteld. Enexis gaat echter met succes in hoger beroep tegen de eerste uitspraak (*Pottendijk III*).

In *Pottendijk I* staan twee vragen centraal: is Enexis (i) op basis van art. 23 E-wet verplicht om Pottendijk op haar elektriciteitsnet aan te sluiten en (ii) op basis van art. 24 E-wet verplicht om Pottendijk een aanbod te doen om het transport van elektriciteit over het door haar beheerde net uit te voeren. Enexis voert aan dat zij voldoet aan haar aansluitplicht uit art. 23 E-wet door een aansluiting aan te bieden zonder de daarbij gewenste transportcapaciteit. Pottendijk wil geen gebruik maken van dit aanbod. Een aansluiting zonder transportcapaciteit is immers niet goed te gebruiken, aldus Pottendijk. De voorzieningenrechter is het daarmee eens en overweegt dat de plicht van de netbeheerder om degene die daarom verzoekt aan te sluiten, onvoorwaardelijk is en bovendien niet afhankelijk gesteld kan worden van de vraag of er transportcapaciteit aanwezig is. Door een aansluiting aan te bieden onder de voorwaarde dat geen gebruik wordt gemaakt van transportcapaciteit op het netwerk (lees: u krijgt een aansluiting, maar mag deze niet gebruiken) voldoet Enexis niet aan de aansluitplicht uit art. 23 lid 1 E-wet. Hoewel deze samenhang tussen de aansluit- en transportplicht nog wordt bevestigd in *Pottendijk II*, zette het hof 's-Hertogenbosch daar een streep door in *Pottendijk III*. Het hof oordeelt namelijk dat de aansluitplicht van art. 23 lid 1 E-wet moet worden onderscheiden van de verplichting om een aanbod te doen voor transport ex art. 24 lid 1 E-wet. Met andere woorden: het aanbod om een aansluiting te realiseren staat los van het aanbod om transport van elektriciteit te verrichten. De voorzieningenrechter heeft naar het oordeel van het hof ten onrechte geoordeeld dat Enexis niet aan haar wettelijke aansluitplicht voldoet door bij die aansluiting niet de gevraagde transportcapaciteit aan te bieden.

2.4. Transportplicht en weigering

Op grond van art. 24 lid 1 E-wet moet de netbeheerder transport uitvoeren ten behoeve van degene die daarom verzoekt. Dit geldt echter niet als er redelijkerwijs geen capaciteit beschikbaar is voor het gevraagde transport (art. 24 lid 2 E-wet). De bewijslast op dat punt rust bij de netbeheerder; hij moet aantonen dat alle maatregelen die hij kan nemen om toch aan het verzoek te voldoen zijn uitgeput en er desondanks onvoldoende transportcapaciteit beschikbaar is. Van belang daarbij is dat de netbeheerder níét uit mag gaan van het contractuele gebruik, de som van reeds aan aangeslotenen vergeven transportrechten (ook wel: *contractuele congestie*). Hij moet uitgaan van het fysieke gebruik van het netwerk, oftewel het daadwerkelijke gebruik van die transportrechten.[49] Er moet dus sprake zijn van *fysieke congestie*.
De uitleg die Enexis in de zaak *Zehnder*[50] aan 'fysieke congestie' geeft is volgens de voorzieningenrechter van de rechtbank Oost-Brabant onjuist. Enexis stelt namelijk dat fysieke congestie hetzelfde is als contractuele congestie, namelijk 'al datgene wat op basis van meetwaarden en nabij te verwachten benutting op basis van contractwaarden dreigende transportschaarste gaat opleveren'. Enexis laat echter na te onderbouwen in hoeverre de contractwaarden ook echt benut gaan worden.[51] Dat 'contractuele congestie' onvoldoende is voor een beroep op art. 24 lid 2 E-wet, oordeelt ook het hof Arnhem-Leeuwarden in de *Schenkeveld*-uitspraak.[52]

Ook als sprake is van fysieke congestie, kan de netbeheerder niet altijd weigeren transportcapaciteit aan te bieden. Eerst zal hij moeten onderzoeken of congestiemanagement als bedoeld in § 9.2 Netcode elektriciteit (de Netcode) toegepast kan worden.[53] De netbeheerder moet op grond van art. 9.5 lid 1 Netcode eerst de vooraankondiging doen dat sprake kan zijn van structurele congestie en hij moet onderzoek doen naar de mogelijkheden van congestiemanagement. Als (a) het nettechnisch mogelijk is; (b) het bedrijfsvoeringstechnisch mogelijk is; (c) de periode van structurele congestie langer dan een jaar, maar korter dan vier jaar zal duren; en (d) er in het gebied voldoende potentiële deelnemers zijn voor congestiemanagement, moet de netbeheerder congestiemanagement toepassen (art. 9.5 lid 5 Netcode). Als congestiemanagement geen oplossing biedt, moet de netbeheerder dit binnen één week na het onderzoek op de eigen website en de website van de landelijk netbeheerder melden (art. 9.5 lid 6 Netcode).

In *Pottendijk III* gaat het hof 's-Hertogenbosch uitgebreid in op de transportplicht en de vraag wanneer een netbeheerder mag weigeren transport uit te voeren ex art. 24 lid 2 E-wet. Volgens het hof mag een netbeheerder – in deze zaak Enexis – dit weigeren als er redelijkerwijs geen fysieke capaciteit beschikbaar is op het net. Naar

48. Rb. Oost-Brabant 12 september 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5255 (Pottendijk I); Rb. Oost-Brabant 24 december 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:7602 (Pottendijk II) en Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2411 (Pottendijk III).
49. Rb. Oost-Brabant 12 september 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5255, r.o. 4.8 (*Pottendijk I*).
50. Rb. Oost-Brabant 30 januari 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:570, r.o. 4.5-4.6 (Zehnder).
51. Rb. Oost-Brabant 30 januari 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:570, r.o. 4.6 (*Zehnder*).
52. Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1663, r.o. 3.30 (*Schenkeveld*).
53. Zoals reeds is geoordeeld in CBb 17 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA1172.

het oordeel van het hof heeft Enexis aannemelijk gemaakt dat er geen transportcapaciteit is.[54] Enexis had hiertoe een prognose gemaakt van het daadwerkelijke beslag dat elektriciteitsproducenten in drie situaties op de transportcapaciteit zullen leggen: (i) de belasting van de huidige producenten en de producenten die bezig zijn met het realiseren van projecten en aan wie al een aanbod voor transport is gedaan, (ii) de belasting in het geval dat de productie van Pottendijk daarbij komt en (iii) de belasting indien niet alleen de productie van Pottendijk daarbij komt, maar tevens de productie van alle andere projecten waarvoor een aanvraag van transport is gedaan, maar waarvoor nog geen transport is aangeboden. Volgens deze berekeningen zou de totale elektriciteitsproductie in de verschillende scenario's hoger zijn dan de maximale transportcapaciteit. Enexis heeft naar het oordeel van het hof bovendien aannemelijk gemaakt dat congestiemanagement niet met succes kan worden toegepast en dat er in afwachting van de uitbreiding van de hoogspanningslijn geen andere maatregelen getroffen kunnen worden om transportcapaciteit te creëren.[55]

2.5. *Discriminatieverbod*

In art. 24 lid 3 E-wet staat een expliciet discriminatieverbod. In *Pottendijk I* stelt Enexis dat dit discriminatieverbod enkel geldt voor partijen die al beschikken over een aansluiting en niet voor partijen die – zoals Pottendijk – een aansluiting aanvragen. De voorzieningenrechter gaat hier niet in mee, omdat uit art. 24 lid 1 en 3 E-wet volgt dat de netbeheerder verplicht is aan degene die daar om verzoekt een aanbod tot transport van elektriciteit te doen en het discriminatieverbod geldt ten aanzien van degenen jegens wie een aansluitplicht geldt. Kortom, het discriminatieverbod uit art. 24 lid 3 E-wet geldt ook jegens degenen die nog niet over een aansluiting beschikken.[56] Daarbij geldt – zoals ook het hof Arnhem-Leeuwarden in *Schenkeveld*[57] oordeelde – dat het principe 'first come, first served' (lees: bij de verdeling van transportcapaciteit wordt voorrang gegeven aan aangeslotenen die reeds hebben gecontracteerd) in strijd is met het discriminatieverbod en dus niet mag worden toegepast door de netbeheerder.[58] Ook in *Pottendijk II* en *Zehnder* werd geoordeeld dat 'first come, first served' in strijd is met het discriminatieverbod. [59]

In *Pottendijk III* gaat het hof 's-Hertogenbosch dieper in op het discriminatieverbod en 'first come, first served'. Het hof overweegt dat pas sprake is van discriminatie als de netbeheerder aanvragers in vergelijkbare gevallen verschillend behandelt, zonder dat daarvoor een rechtvaardiging bestaat. De situatie van degene die voor het eerst een aanbod voor transport aanvraagt is daarbij niet vergelijkbaar met de situatie van degene aan wie al transport is aangeboden. De eerste moet er rekening mee houden dat een aanbod kan worden geweigerd, waar de tweede afspraken heeft over transport en daar ex art. 7.1 lid 2 Netcode op mag vertrouwen.[60] Verder oordeelt het hof dat het toekennen van aanspraken op volgorde van binnenkomst van de aanvragen *op zichzelf* niet tot de conclusie leidt dat sprake is van een verboden onderscheid.[61]

Het hof oordeelt verder dat, anders dan in de uitspraak van het CBb van 17 mei 2013[62] waar ook over 'first come, first served' is geoordeeld, bij Pottendijk geen sprake is van de vraag of reeds aangeslotenen met een transportcontract moeten meedoen met congestiemanagement door een deel van hun gecontracteerde vermogen aan transportcapaciteit beschikbaar te stellen (en waarbij dus geen onderscheid mag worden gemaakt tussen de aangeslotenen). Bij Pottendijk gaat het juist om de vraag of een toekomstige producent die transport verlangt daarvoor een aanbod moet krijgen, ook als de transportcapaciteit van het elektriciteitsnet niet is berekend op de vraag. Het hof is van oordeel dat Enexis onderscheid mag maken tussen aangeslotenen met een gecontracteerd transportvermogen en Pottendijk die niet beschikt over gecontracteerd transportvermogen, ook als Pottendijk eenmaal is aangesloten. Het verschil in positie tussen de aangeslotene met transportvermogen en Pottendijk rechtvaardigt in de gegeven omstandigheden – ook ter bescherming van de veiligheid en betrouwbaarheid van het net – dat Enexis weigert om een aanbod voor transport te doen, zolang er geen transportcapaciteit is. Pottendijk kan zich daarom niet beroepen op het discriminatieverbod en krijgt – voorlopig – niet de gewenste transportcapaciteit.[63]

3. SDE

Op grond van het Besluit stimulering duurzame energieproductie (Besluit SDE) kan de Minister van Economische Zaken en Klimaat (Minister) op aanvraag subsidie verstrekken aan – onder meer – producenten met een productie-installatie voor de productie van hernieuwbare elektriciteit uit zonlicht.

In deze kroniekperiode zijn relevante uitspraken gedaan over de aanvraag, de weigeringsgrond 'haalbaarheid', de subsidieverplichtingen 'in gebruik nemen' van een installatie en aansluiten op een grootverbruikersaansluiting, ontheffing voor vertragen, essentieel wijzigen of stopzetten van een project en de cumulatie van overheidssteun. Wij bespreken ze hieronder.

54. Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2411, r.o. 5.17-5.24 (*Pottendijk III*).
55. Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2411, r.o. 5.25-5.30 (*Pottendijk III*).
56. Rb. Oost-Brabant 12 september 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5255, r.o 4.4 (*Pottendijk I*), overigens werd in deze uitspraak verwezen naar de lijn in de rechtspraak van het CBb sinds CBb 17 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA1172.
57. Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1663 (Schenkeveld).
58. Rb. Oost-Brabant 12 september 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5255, r.o 4.5 en 4.6 (*Pottendijk I*).
59. Rb. Oost-Brabant 24 december 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:7602, r.o. 4.6 (*Pottendijk II*); Rb. Oost-Brabant 30 januari 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:570, r.o. 4.2-4.4 (*Zehnder*).
60. Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2411, r.o. 5.32-5.33 (*Pottendijk III*).
61. Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2411, r.o. 5.34 waarbij het hof onder meer verwijst naar de conclusie van A-G R.J.G.M. Widdershoven over schaarse vergunningen d.d. 25 mei 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:1421).
62. CBb van 17 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA1172.
63. Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2411, r.o. 5.39-40 (*Pottendijk III*).

3.1. *De aanvraag; aandachtspunten*

Het beschikbare bedrag aan SDE-subsidie wordt verdeeld op volgorde van binnenkomst van de aanvragen.[64] Aanvragers concurreren dus met elkaar om een beperkt budget, waarbij de datum waarop een volledige aanvraag is ontvangen beslissend is. Gelet hierop moet worden getoetst naar moment van aanvraag, en kan *geen* rekening worden gehouden met feiten en omstandigheden van na die aanvraag.[65] Daarnaast moet de aanvraag dus volledig zijn. De aanvraag moet bepaalde essentiële gegevens bevatten[66] en dient vergezeld te gaan van (1) een verklaring van de netbeheerder over de beschikbaarheid van transportcapaciteit[67] en (2) de vergunningen die noodzakelijk zijn voor de realisatie van de productie-installatie.[68] Ontbreekt een vergunning, of is de aanvraag op een ander punt incompleet, dan moet de minister de subsidie weigeren.[69]

Als bij de aanvraag geen toestemming van de eigenaar of gedoogplichtbeschikking op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht wordt overgelegd (wat vereist is als de producent geen eigenaar is van de locatie), moet de minister de aanvraag afwijzen. Dat het veel tijd kost om een gedoogplichtbeschikking te verkrijgen, komt voor risico van de aanvrager.[70] Ook als de aanvrager per ongeluk een fout maakt in de aanvraag – bijvoorbeeld door aan te vinken dat hij eigenaar is in plaats van huurder, en een verklaring van de eigenaar ontbreekt – komt dat voor rekening en risico van de aanvrager.[71] De minister mag uitgaan van de aanvraag. Als de aanvraag onvolledig is, maar onjuistheden bevat, dan hoeft de minister de aanvrager niet in de gelegenheid te stellen om de aanvraag aan te vullen.[72]

Tot slot is een aandachtspunt wie als producent is opgenomen in de aanvraag. In twee uitspraken heeft het CBb geoordeeld dat als een intermediair subsidie aanvraagt namens de producent, en vervolgens op eigen naam – en niet (mede) namens de producent – bestuursrechtelijke rechtsmiddelen aanwendt, het bezwaar en beroep niet-ontvankelijk moet worden verklaard.[73] In dat geval heeft de intermediair enkel een afgeleid belang dat uitsluitend voortvloeit uit een contractuele relatie tussen de intermediair en de producent.[74] Een beroep op vereenzelviging wordt ook niet snel aangenomen, en in principe mag dan ook van iedere juridische entiteit verwacht worden dat zij zelf bestuursrechtelijke rechtsmiddelen aanwendt.[75]

3.2. *Weigeringsgrond 'haalbaarheid'*

De minister kan de subsidieaanvraag ook afwijzen als hij het onaannemelijk acht dat de realisatie van de productie-installatie uitvoerbaar, technisch haalbaar, financieel haalbaar of economisch haalbaar is.[76] De termen 'uitvoerbaar' en 'financieel haalbaar' zijn volgens het CBb voldoende concreet en toetsbaar.[77] Met het overleggen van een haalbaarheidsstudie heeft een aanvrager de haalbaarheid daarnaast in beginsel voldoende aannemelijk gemaakt. Het ligt dan op de weg van de minister om twijfels over haalbaarheid met concrete gegevens te onderbouwen.[78]

3.3. *Subsidieverplichtingen 'in gebruik nemen' en grootverbruikersaansluiting*

Aan SDE-subsidies worden verplichtingen verbonden. Denk aan de verplichting voor de producent om de productie-installatie zo spoedig mogelijk na de subsidieverleningsbeschikking in gebruik te nemen.[79] Van 'in gebruik nemen' is sprake op het moment waarop de installatie gaat doen waarvoor deze bestemd is (namelijk het opwekken van duurzame energie).[80] Als de productie-installatie eerder in gebruik is genomen dan de datum waarop de SDE-subsidie is aangevraagd, moet de aanvraag ex art. 3 lid 3 Besluit SDE worden afgewezen.[81]

Ook kan aan de SDE-subsidie de verplichting tot aansluiting op – een Nederlands elektriciteitsnet via – een grootverbruikersaansluiting worden verbonden.[82] Als de producent er vervolgens voor kiest om niet op een grootverbruikers-, maar op twee kleinverbruikersaansluitingen aan te sluiten, mag de minister de bevoorschotting

64. Art. 2 lid 1 Regeling aanwijzing categorieën duurzame energieproductie voorjaar 2019 en de Regeling aanwijzing categorieën duurzame energieproductie voorjaar 2020.
65. CBb 19 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:126.
66. Art. 56 lid 4 Besluit SDE.
67. Art. 2d lid 3 Algemene uitvoeringsregeling stimulering duurzame energieproductie.
68. Art. 56 lid 6 Besluit SDE in samenhang met art. 2 lid 1 sub a Algemene uitvoeringsregeling stimulering duurzame energieproductie. Bij productie-installaties voor de productie van hernieuwbare energie door middel van zonne-energie hoeft de subsidieaanvraag niet vergezeld te gaan met de aanvraag van de vergunning krachtens de Wabo (indien het project op grond van die wet vergunningplichtig is).
69. Vgl. CBb 19 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:126.
70. CBb 15 oktober 2019, ECLI:NL:CBB:2019:501. Zie over de risico's van het (laat) aanvragen van een gedoogbeschikking ook Hof Amsterdam 11 augustus 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2252, r.o. 3.6.
71. CBb 10 december 2019, ECLI:NL:CBB:2019:672 en CBb 17 december 2019, ECLI:NL:CBB:2019:704.
72. CBb 10 december 2019, ECLI:NL:CBB:2019:672.
73. CBb 29 oktober 2019, ECLI:NL:CBB:2019:539 en CBb 21 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:205.
74. CBb 21 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:205.
75. CBb 29 oktober 2019, ECLI:NL:CBB:2019:539.
76. Art. 59 lid 1 sub c Besluit SDE.
77. CBb 3 december 2019, ECLI:NL:CBB:2019:655.
78. CBb 3 september 2019, ECLI:NL:CBB:2019:390.
79. Art. 61 lid 1 Besluit SDE. In art. 15 lid 2-4 Regeling aanwijzing categorieën duurzame energieproductie voorjaar 2019 zijn de uiterlijke termijnen voor ingebruikneming opgenomen.
80. CBb 5 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:96.
81. CBb 5 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:96.
82. Zie art. 8 lid 2 Besluit SDE in samenhang met art. 14 Regeling aanwijzing categorieën duurzame energieproductie.

(vooruitlopend op subsidiebeëindiging in verband met het niet voldoen aan de subsidieverplichtingen) stopzetten, aldus het CBb.[83]

3.4. Ontheffing voor vertragen, essentieel wijzigen of stopzetten van de SDE-subsidie

Een andere verplichting betreft het overeenkomstig de aanvraag realiseren en exploiteren van de productie-installatie.[84] Van die verplichting kan de minister alleen ontheffing verlenen voor het vertragen, essentieel wijzigen of stopzetten van de realisatie of exploitatie,[85] waarbij bovendien sprake moet zijn van een nieuwe omstandigheid die ten tijde van de aanvraag niet was te voorzien.[86] Een ontheffing wordt niet verleend voor zover dit zou inhouden dat de subsidieontvanger de productie-installatie later in gebruik neemt dan een jaar na de dag waarop de productie-installatie in gebruik dient te zijn genomen.[87] Als de productie-installatie niet tijdig wordt gerealiseerd en er ook niet tijdig een ontheffing wordt verleend, kan de subsidie worden ingetrokken.[88]

3.5. Cumulatie van overheidssteun

Op grond van art. 4 lid 1 Besluit SDE kan de minister reeds ontvangen of genoten overheidssteun, dan wel nog te ontvangen of te genieten overheidssteun, in mindering brengen op de SDE-subsidie als het totaal aan verleende overheidssteun meer bedraagt dan is toegestaan op grond van het staatssteunrecht. Als een producent meer subsidie ontvangt dan hij nodig heeft om het verschil tussen de kostprijs van de door hem geproduceerde hernieuwbare elektriciteit en de marktprijs van elektriciteit te compenseren, bijvoorbeeld omdat hij naast SDE-subsidie nog een andere subsidie ontvangt, kan namelijk sprake zijn van overstimulering.

Voor producenten is naar het oordeel van het CBb voorzienbaar dat overstimulering kan leiden tot verlaging van de verleende SDE-subsidie. De minister beoordeelt immers aan de hand van de 'Beleidsregels cumulatietoets steun in het kader van het Besluit SDE' (Beleidsregels) of in een concreet geval sprake is van overstimulering. De minister moet daarbij uitgaan van de concrete feiten en omstandigheden van het geval, waaronder het daadwerkelijk verleende basisbedrag.[89] Dat een bepaalde subsidie niet genoemd is in art. 11 van de Beleidsregels, betekent niet dat deze daarom niet meegenomen mocht worden, nu geen sprake is van een limitatieve lijst.[90]

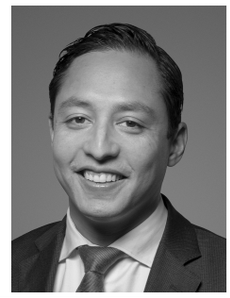
4. Afsluiting

Zoals in de inleiding al opgemerkt en uit deze kroniek ook wel blijkt, zijn zonneparken geen rustig bezit. De weerstand is groot en lijkt nog groter te worden, maar gelukkig zien wij in de praktijk dat de inspanningen op het gebied van participatie ook groter worden. Hopelijk bevat een volgende kroniek dus wat minder jurisprudentie/resultaten van geschillen over zonneparken. Gelet op de opgave voor hernieuwbare energie op land en de belangrijke rol die zonneparken hier nog altijd in spelen, verwachten wij echter dat wij nog wel een keer met een uitgebreide kroniek bij u terug zullen komen …

83. CBb 30 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:323.
84. Art. 62 lid 1 Besluit SDE.
85. Art. 62 lid 3 Besluit SDE.
86. CBb 17 december 2019, ECLI:NL:CBB:2019:704.
87. Art. 62 lid 3 laatste volzin Besluit SDE.
88. CBb 12 november 2019, ECLI:NL:CBB:2019:582. Grondslag voor intrekking is art. 4:48 lid 1 sub b Awb (intrekking van subsidieverlening voordat deze is vastgesteld, omdat de subsidieontvanger niet heeft voldaan aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen).
89. CBb 14 april 2020, ECLI:NL:CBB:2020:278 en CBb 9 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:146.
90. CBb 14 april 2020, ECLI:NL:CBB:2020:278.

*Alex Lijkwan**

Zorginstellingen verdienen een sterkere, wettelijke positie bij de aankoop van corporatievastgoed



Hurende zorginstellingen hebben een te zwakke wettelijke positie bij de aankoop van corporatievastgoed. Om het ongewenst weglekken van maatschappelijk bestemd vermogen te voorkomen is de verkoop van corporatievastgoed strikt gereguleerd. Een openbare aanbieding van het corporatievastgoed is – onder omstandigheden – vereist en sluit een onderhandse verkoop van het zorgvastgoed buiten concurrentie aan de hurende zorginstelling uit. Dit doet geen recht aan de gevestigde belangen van zorginstellingen die vaak al tientallen jaren het zorgvastgoed van de woningcorporatie huren.

1. Woningcorporaties en zorginstellingen: een innige (huur)relatie

Woningcorporaties verhuren een substantieel deel van hun vastgoedvoorraad aan zorginstellingen die intramurale zorg aanbieden.[1] Ruim 4% van alle corporatiewoningen betreft een zorgwoning.[2] Circa de helft van alle verplegingstehuizen is eigendom van een woningcorporatie. Zorginstellingen zijn van oudsher namelijk betrouwbare huurders voor woningcorporaties. Gebouwgebonden kapitaallasten werden op grond van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) en later de Wet langdurige zorg (Wlz) tot 2012 volledig vergoed op basis van nacalculatie. Zorginstellingen droegen derhalve geen risico wat betreft de bekostiging van de huisvesting. Voorts gold tot 2012 op grond van de AWBZ een contracteerplicht voor zorgkantoren ten aanzien van intramurale zorg. Daarmee was ook omzet bij de zorginstelling verzekerd. Deze omstandigheden hebben ertoe geleid dat in het verleden gesloten huurovereenkomsten tussen woningcorporaties en zorginstellingen doorgaans lange doorlooptijden hebben van wel 20 jaar of meer.

2. Aankoop van vastgoed door de zorginstelling: waarom?

De kapitaallastenvergoeding voor de zorginstelling gebaseerd op nacalculatie is per 2012 afgeschaft. Bekostiging van de kapitaallasten is thans afhankelijk van de omvang van de daadwerkelijk geleverde zorg door de zorginstelling en niet meer van de daadwerkelijke kapitaallasten. Dit betekent dus dat zorginstellingen sinds die tijd ook risicodragend zijn voor de huisvesting. De verwachting was daarom dat eigendom van vastgoed niet meer interessant zou zijn voor zorginstellingen. In de praktijk komt het echter nog veelvuldig nog voor dat zorginstellingen besluiten tot het aankopen van het zorgvastgoed dat zij van de woningcorporatie huren.

Door het verkrijgen van het eigendom krijgen zorginstellingen de volledige zeggenschap over het vastgoed. Bouwkundige aanpassingen en wijziging in de bestemming van het vastgoed kunnen zonder inmenging van de verhuurder worden doorgevoerd. Deze volledige beschikkingsbevoegdheid over het vastgoed is vandaag de dag nog steeds reden voor zorginstellingen om het corporatievastgoed te willen aankopen. Zeker als sprake is van een concrete en actuele opgave ligt voor de renovatie van het vastgoed die past in de zorgvisie van de zorginstelling. Voorts is het onder omstandigheden zeer wel mogelijk dat eigendom van het vastgoed op termijn lagere kapitaallasten met zich brengt voor de zorginstelling dan huren. Kort en goed wordt ook in het huidige tijdperk van (verdere) scheiding van wonen en zorg overgegaan tot aankoop van corporatievastgoed door zorginstellingen.

3. Juridisch kader verkoopregels corporatievastgoed

De verkoop van corporatievastgoed is geregeld in de Woningwet in samenhang met het Besluit toegelaten instellingen volkshuisvesting (Btiv) en de Regeling toegelaten instellingen volkshuisvesting (Rtiv). De regeling voor verkoop van corporatievastgoed komt – kort gezegd – neer op een systeem van voorafgaande ministeriële goedkeuring op een daartoe strekkend verzoek van de woningcorporatie. De achtergrond van dit goedkeuringsvereiste is de bescherming van het maatschappelijk bestemd vermogen van woningcorporaties. Op ambtelijk niveau is het toezicht op de woningcorporaties opgedragen aan de Autoriteit woningcorporaties die onder de minister ressorteert.[3]

3.1. Bestuursbesluiten onderworpen aan ministeriële goedkeuring

Artikel 27 lid 1 Woningwet wijst drie categorieën van besluiten van het corporatiebestuur aan, die zijn onderworpen aan ministeriële goedkeuring:

– het vervreemden van onroerende zaken en hun onroerende en infrastructurele aanhorigheden van de toegelaten instelling, het daarop vestigen van een recht van erfpacht, opstal of vruchtgebruik, en het overdragen van de economische eigendom daarvan;

* Mr. A.S.D. Lijkwan is advocaat bij AT Lawyers.

1. Met een zorginstelling wordt hier bedoeld een toegelaten instelling op grond van de Wet toelating zorginstellingen.
2. Bron: Corporatie in Perspectief (CiP) 2017.
3. Artikel 60 en 61 Woningwet.

– het vervreemden door de toegelaten instelling van aandelen in een dochtermaatschappij; en
– overdracht of overgang van de door de toegelaten instelling in stand gehouden onderneming dan wel een overwegend deel van die onderneming aan een derde.

Artikel 27 lid 4 Woningwet bevestigt dat het bestuursbesluit tot het vervreemden van onroerende zaken zonder ministeriële goedkeuring nietig is.[4]

3.2. Uitzonderingen op ministeriële goedkeuring
Getuige artikel 27 lid 1 Woningwet, kunnen bij amvb gevallen worden bepaald die zijn uitgezonderd van ministeriële goedkeuring. Deze uitzonderingsgevallen zijn neergelegd in artikel 24 Btiv. Deze uitzonderingsgevallen komen kort gezegd neer op:
– de vervreemding van een woongelegenheid aan een andere toegelaten instelling;
– de vervreemding van een woongelegenheid voor eigen gebruik;
– de vervreemding van een gebouw met een maatschappelijke gebruiksbestemming;
– het vestigen van beperkte rechten (erfpacht, opstal vruchtgebruik) op onroerend goed dat geen woongelegenheid is;
– het vestigen van beperkte rechten op een woongelegenheid ten behoeve van de plaatsing van telecom- en energievoorzieningen en reclame-uitingen (zie artikel 12a Rtiv).

3.3. Inhoudseisen aan verzoek tot goedkeuring minister
Artikel 27 lid 5 Woningwet bepaalt dat bij of krachtens amvb nadere voorschriften kunnen worden gegeven omtrent de bij het verzoek te verstrekken gegevens. De gegevens die bij het verzoek aan de minister moeten worden verstrekt zijn opgenomen in artikel 25 en 25a Btiv. Waar het gaat om de verkoop van gereguleerde woongelegenheden dient het verzoek aan de minister vergezeld te gaan van:
a. een uiteenzetting van het belang voor de volkshuisvesting;
b. de ontwerpkoopovereenkomst die de toegelaten instelling voornemens is met de beoogde verkrijger te sluiten;
c. een verklaring omtrent gedrag van de beoogde verkrijger;
d. de zienswijze van de gemeente en van de betrokken bewonersorganisatie;
e. een verklaring van de beoogde verkrijger dat hij zich als een sociale verhuurder zal gedragen;
f. de getaxeerde marktwaarde of de WOZ-waarde van het complex;
g. bescheiden waaruit blijkt dat die woongelegenheid, indien zij verhuurd is, allereerst gedurende ten minste vier weken te koop is aangeboden aan de huurder tegen een prijs van ten hoogste de marktwaarde vrij van huur en gebruik of de WOZ-waarde; en
h. bescheiden waaruit blijkt dat die woongelegenheid of dat complex vervolgens gedurende ten minste vier weken te koop is aangeboden aan toegelaten instellingen en in het openbaar, aan elke andere gegadigde in Nederland, waarbij bij interesse voorrang is gegeven aan andere toegelaten instellingen.

3.4. Inhoudelijk toetsingskader verzoek om goedkeuring
Op grond van artikel 27 lid 2 Woningwet kan de minister het besluit van het corporatiebestuur niet goedkeuren, indien het besluit de integriteitstoets ex artikel 3 Wet BIBOB niet kan doorstaan. Artikel 27 lid 5 Woningwet bepaalt dat bij of krachtens amvb nadere voorschriften kunnen worden gegeven omtrent de gronden waarop de minister de bestuursbesluiten kan goed- dan wel afkeuren. Deze nadere gronden zijn neergelegd in artikel 26 Btiv en zijn zowel negatief als positief geformuleerd.
Gelet op artikel 26 lid 1 Btiv, keurt de minister het bestuursbesluit tot vervreemding van gereguleerde woongelegenheden uitsluitend goed indien die woongelegenheid wordt vervreemd tegen een prijs van ten minste de getaxeerde marktwaarde of de WOZ-waarde en onder het beding dat die woongelegenheid ten minste zeven jaar na de eigendomsoverdracht als gevolg van die vervreemding voor verhuur bestemd blijft.
In artikel 26 lid 2 Btiv, zijn de gronden opgesomd waarop de minister het bestuursbesluit niet goedkeurt. Deze gronden zijn bondig gezegd als volgt:
– er is geen verklaring omtrent gedrag van de verkrijger overgelegd;
– ten aanzien van het te vervreemden vastgoed is een verzoek tot oprichting van een wooncoöperatie aanhangig;
– uitvoering van het bestuursbesluit is in strijd met het belang van de volkshuisvesting;
– uitvoering van het bestuursbesluit brengt de financiële continuïteit van de woningcorporatie in gevaar;
– het verzoek voldoet niet aan de indieningsvereisten.

3.5. Verkoopvolgorde en openbare aanbieding te verkopen corporatievastgoed
Gezien artikel 27 (lid 1 onder a) Woningwet is de verkoop van corporatievastgoed in beginsel onderworpen aan ministeriële goedkeuring. In het kader van het verzoek om goedkeuring moet de woningcorporatie aantonen dat het corporatievastgoed eerst is aangeboden aan de zittende huurder(s) en vervolgens aan andere woningcorporaties en elke andere gegadigde in Nederland (artikel 25 lid 3 onder d Btiv). Dit houdt in dat een openbare aanbieding van het vastgoed moet plaatsvinden. Dit laatste vereiste leidt ertoe dat het de woningcorporatie en de zorginstelling – ondanks hun jarenlange verbondenheid – niet vrij staat om het corporatievastgoed onderhands en dus buiten concurrentie te (ver)kopen. Op de (on)mogelijkheden voor de woningcorporatie en de zittende hurende zorginstelling om onderhands en dus buiten concurrentie het vastgoed te (ver)kopen, wordt hierna nader ingegaan.

4. Strikt genomen was deze wettelijke bepaling niet nodig. Artikel 2:14 BW bepaalt immers dat het besluit van een orgaan van een rechtspersoon in strijd met de wet nietig is, tenzij uit de wet iets anders voortvloeit.

4. Ministeriële goedkeuring verkoop corporatievastgoed en uitzonderingen

Zoals hiervoor al aangestipt zijn in artikel 24 Btiv een zevental uitzonderingsituaties opgesomd die, ondanks dat sprake is van verkoop van corporatievastgoed, geen toestemming van de minister vereisen.[5] Alsdan geldt evenmin de verplichting om het vastgoed in het openbaar aan te bieden. Een van de aangewezen uitzonderingssituaties betreft de verkoop van een woongelegenheid voor eigen gebruik.[6] Een hurende zorginstelling kan van deze uitzondering geen gebruik maken, omdat het Btiv het begrip 'eigen gebruik' definieert als gebruik door een natuurlijk persoon.[7] Gebruik van woongelegenheden door een zorginstelling valt per definitie dus niet onder eigen gebruik.

Voorts bepaalt artikel 24 Btiv dat de verkoop van een gebouw met een maatschappelijke gebruiksbestemming, aan degene die het direct voorafgaand aan de verkoop huurde, geen goedkeuring van de minister behoeft. Deze uitzondering is evenwel niet van toepassing op intramuraal zorgvastgoed. Het begrip 'maatschappelijke gebruiksbestemming' grijpt terug op artikel 45 lid 2 onder d Woningwet.[8] In voornoemd artikellid wordt als een van de taken op het gebied van de volkshuishuisvesting aangewezen 'het doen bouwen en verwerven van gebouwen die een maatschappelijke gebruiksbestemming hebben en hun onroerende en infrastructurele aanhorigheden (…)'. In bijlage 3 bij het Btiv worden gebouwen met een maatschappelijke gebruiksbestemming geconcretiseerd.[9] In voornoemde bijlage 3 worden onder gebouwen met maatschappelijke gebruiksbestemming onder andere verstaan:

- zorgsteunpunten die inpandig in een woonzorggebouw zijn gevestigd; en
- ruimten voor dagbesteding van gehandicapten of ouderen, incl. enige zorginfrastructuur, die inpandig in een woonzorggebouw zijn gelegen.

Het intramurale woon-zorgcomplex zelf wordt echter niet aangewezen als maatschappelijk vastgoed. De wetgever is zich hiervan ook bewust geweest, zo blijkt uit de toelichting bij het Btiv:

'Een woongebouw waarbij, soms voor een in de tijd afgebakende periode, zorg of begeleiding aan de orde is, wordt onder wonen geschaard en niet onder de noemer maatschappelijk vastgoed.'[10]

Een intramuraal zorgcomplex wordt dus voor de Woningwet en het Btiv niet aangemerkt als een gebouw met een maatschappelijke gebruiksbestemming. Verkoop van een intramuraal zorgcomplex behoeft dus goedkeuring van de minister met alle verkoopregels van dien.

5. Kan de zorginstelling als de huurder in de zin van het Btiv worden aangemerkt?

Zoals uiteengezet schrijft artikel 25 Btiv de inhoud voor die het verzoek om goedkeuring aan de minister moet bevatten bij de beoogde verkoop van corporatievastgoed aan een rechtspersoon (niet zijnde een andere woningcorporatie). De woningcorporatie moet bij het verzoek bescheiden overleggen waaruit blijkt dat die woongelegenheid of dat complex vervolgens gedurende ten minste vier weken te koop is aangeboden aan toegelaten instellingen en in het openbaar, aan elke andere gegadigde in Nederland, waarbij bij interesse voorrang is gegeven aan andere toegelaten instellingen.[11] Deze inhoudseis aan het verzoek om goedkeuring dwingt de woningcorporatie – ter bevordering van de vrije marktwerking – dus tot een openbare aanbieding van het complex, tenzij de woongelegenheid binnen een aanbiedingsperiode van vier weken onderhands wordt gekocht door de zittende huurder.[12]

De woningcorporatie kan derhalve een openbare aanbieding van het zorgvastgoed voorkomen indien de 'verhuurde woongelegenheid' binnen een exclusieve aanbiedingsperiode van vier weken door de huurder wordt aanvaard. Deze verkoopregel is niet toepasbaar op de verkoop van een intramuraal zorgcomplex aan de hurende zorginstelling. De hurende zorginstelling kan immers niet worden aangemerkt als de huurder van de woongelegenheid. De zorginstelling huurt immers geen woongelegenheid, maar het gehele complex (op basis van een huurovereenkomst overige bedrijfsruimte ex artikel 7:230a BW). Artikel 25 Btiv veronderstelt blijkens de gekozen bewoordingen ('het te koop aanbieden van de verhuurde woongelegenheid') dat sprake is van de verhuur van individuele woningen. Dat is bij de huurrelatie tussen de zorginstelling en de woningcorporatie niet het geval. Ook niet in de relatie tussen zorginstelling en feitelijk bewoner/cliënt. Omdat bij intramurale zorg aanspraak bestaat op verblijf in het kader van de (geïndiceerde) zorg, gaat de zorginstelling geen huurovereenkomsten aan met de bewoners/cliënten. Gelet op deze omstandigheden kan mijns inziens bezwaarlijk worden volgehouden dat de hurende zorginstelling moet worden aangemerkt als de huurder van de 'verhuurde woongelegenheid', zoals bedoeld in artikel 25 lid 3 onder d sub 1° Btiv. Het geeft ook geen pas om de bewoordingen 'verhuurde woongelegenheid' ruim uit te leggen als 'het verhuurde complex'. Het Btiv maakt immers een uitdrukkelijk onderscheid tussen een woongelegenheid enerzijds en een complex anderzijds, dat ingevolge artikel 1 Btiv wordt gedefinieerd als 'een verzameling van meer dan één in elkaars nabijheid gelegen woongelegenheden welke financieel, administratief, bouwkundig of anderszins een eenheid vormen'.

5. Artikel 24 Btiv.
6. Het begrip 'woongelegenheid' wordt in artikel 1 lid 1 Woningwet gedefinieerd als een woning met de daarbij behorende grond of het daarbij behorende deel van de grond.
7. Artikel 1 lid 1 Btiv.
8. Zie artikel 24 aanhef en onder e Btiv.
9. Artikel 49 in samenhang met bijlage 3 en 4 Btiv.
10. Zie *Stb*. 2015, 231, p. 110.
11. Deze onderdelen zijn in het Btiv neergelegd in artikel 25 lid 3 onder d sub 1° en 2°.
12. *Stb*. 2015, 231, p. 149.

Dat de hurende zorginstelling niet kan worden aangemerkt als de (koopgerechtigde) huurder van de woongelegenheid volgt ook uit de wetsgeschiedenis. De expliciete plicht om een verhuurde woongelegenheid eerst aan de zittende huurder te koop aan te bieden, zoals thans neergelegd in het Btiv, werd het eerst geïntroduceerd in de Circulaire 'beleidsregels bij verkoop van woongelegenheden door toegelaten instellingen (MG 2006-06)'.[13] Deze eis was ingegeven door het algemene rijksbeleid ter bevordering van het eigen woningbezit.[14] Met het eerst te koop aanbieden van het woon-zorgcomplex aan de zorginstelling wordt het eigen woningbezit echter niet bevordert. Dit betekent dat de hurende zorginstelling geen preferente positie heeft in de wettelijk voorgeschreven verkoopvolgorde van het zorgvastgoed. Dit is gelet op de jarenlange verbondenheid van de zorginstelling met het zorgvastgoed en de daardoor gevestigde belangen, naar mijn mening onwenselijk. Dit geldt temeer, nu ook na aankoop van het corporatievastgoed door de zorginstelling het vastgoed een maatschappelijke (DAEB-)functie blijft behouden. Dat is in lijn met de ratio van de regulering van de verkoop van corporatievastgoed, namelijk de bescherming van maatschappelijk bestemd vermogen.

6. De huidige toepassingspraktijk van de Autoriteit woningcorporaties

Zoals hiervoor aangegeven staan de verkoopregels van het Btiv het bij intramuraal zorgvastgoed niet toe dat het woon-zorgcomplex eerst exclusief aan de hurende zorginstelling wordt aangeboden. Toch blijkt uit de praktijk dat de Autoriteit woningcorporaties het toelaat dat de verkoop van een intramuraal woon-zorgcomplex eerst aan de zittende hurende zorginstelling wordt aangeboden zonder het eerst openbaar aan te bieden. Zo blijkt uit vragen die door de Autoriteit woningcorporaties worden beantwoord, zoals gepubliceerd op de website.[15]

Hoe redelijk en begrijpelijk dit standpunt van de Autoriteit woningcorporaties ook is, is dit naar mijn opvatting een contra-legem-toepassing van het Btiv. Het lijkt erop dat er sprake is van een 'gedoogconstructie' door de Autoriteit woningcorporaties. Bij brief van 3 februari 2020 heeft de Autoriteit woningcorporaties een zogenoemde HUF-toets (Handhaafbaarheids-, Uitvoerbaarheids- en Fraudebestendigheidstoets) uitgevoerd in het kader van het wetsvoorstel tot wijziging van de Woningwet.[16] In deze brief geeft de Autoriteit woningcorporaties zelf aan dat het Btiv aanpassing behoeft met het oog op de verkoopregels voor intramuraal vastgoed (pagina 6):

'Met betrekking tot intramuraal zorgvastgoed dat tot woongelegenheid wordt gerekend, verzoek ik u dit in het Btiv specifiek te definiëren en aan te geven dat dit een bijzondere categorie is. Een dergelijke begripsduiding creëert duidelijkheid. De Aw stelt voor dat voor dit vastgoedsegment geen aanbiedingsplicht komt voor zittende huurders (dan wel cliënten), maar wel een aanbiedingsplicht aan de exploitant.'

Deze opvatting van de Autoriteit woningcorporaties, dat er thans geen aanbiedingsplicht geldt ten aanzien van de zorgexploitant is juist, maar in strijd met haar eigen huidige toepassingspraktijk. Een en ander bevestigt de behoefte aan aangepaste wetgeving op dit punt ten gunste van de hurende zorginstelling.

7. Conclusie en oplossingsrichting voor sterkere positie zittende hurende zorginstelling

Zoals hiervoor aangegeven en uiteengezet heeft de hurende zorginstelling geen preferente positie bij de verkoop van het zorgvastgoed dat zij zelf huurt. Er is op basis van het Btiv namelijk geen ruimte om het intramurale woonzorgcomplex onderhands aan de hurende zorginstelling te koop aan te bieden. Dat staat op gespannen voet met de gevestigde belangen die de zorginstelling zeer wel kan hebben na wellicht een tientallen jaren durende huur van het intramurale zorgvastgoed. Deze bijzondere positie van de zorginstelling die al jarenlang is verbonden met het vastgoed is in de huidige verkoopsystematiek onvoldoende geborgd.

Eind 2019 heeft minister Ollongren in het kader van de evaluatie van de Woningwet een gewijzigde Btiv voorgesteld.[17] Blijkens de nota van toelichting bij het voorstel wordt de bijzondere positie van de hurende zorginstelling bij de verkoop van intramuraal zorgvastgoed weliswaar onderkend, maar niet in het Btiv met zoveel woorden verankerd. De minister wil afwijking van de verkoopregels c.q. verkoopvolgorde bij de verkoop van corporatievastgoed in zijn algemeenheid mogelijk maken door dit te gieten een discretionaire bevoegdheid van de minister. Dit houdt in dat het niet naleven van de verkoopregels reden *kan* zijn voor de minister om het voorgenomen verkoopbesluit van het corporatiebestuur niet goed te keuren. Via deze discretionaire bepaling zou de minister het *kunnen* toestaan dat een intramuraal woon-zorgcomplex onderhands wordt aangeboden aan de hurende zorginstelling. Dit leidt evenwel nog niet tot de wenselijke wettelijke verankering van de positie van hurende zorginstellingen.

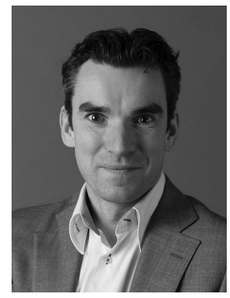
Een solidere oplossing zou kunnen zijn om de verkoopregels c.q. verkoopvolgorde aan te passen en zodoende in het Btiv uitdrukkelijk op te nemen dat het complex eerst te koop moet worden aangeboden aan de zorginstelling/exploitant. Een andere denkbare oplossingsrichting is de verkoop van intramuraal zorgvastgoed aan de zitten-

13. *Stcrt*. 2006, 139, p. 10. Zie i.h.b. paragraaf IV.
14. Maar ook ver voor 2006 staken de toenmalige bewindspersonen hun sterke voorkeur om corporatiewoningen in eerste instantie te verkopen aan zittende bewoners niet onder stoelen of banken. Zie onder meer de VROM-circulaire 'Toepassing toezicht (meldingsplichtige besluiten, nevenactiviteiten), verkoop van huurwoningen en invoering euro (sociale-huursector) (MG-2001-26)', met verwijzing naar eerder beleid eind jaren 90. *Stcrt*. 2001, 2018, p. 10.
15. ilent.nl/onderwerpen/actuele-informatie/vraag-aan-de-aw (vragen en antwoorden van 25 januari 2019).
16. ilent.nl/onderwerpen/publicaties-autoriteit-woningcorporaties/documenten/publicaties/2020/08/08/huf-toets-wetsvoorstel-wijziging-evaluatie-woningwet.
17. internetconsultatie.nl/evaluatie_btiv.

de hurende zorginstelling geheel uit te sluiten van ministeriële goedkeuring. Alsdan zijn de verkoopregels met de openbare aanbiedingsplicht evenmin van toepassing. Dit kan al eenvoudig worden bereikt door in bijlage 3 van het Btiv een intramuraal zorgcomplex expliciet aan te wijzen als een gebouw met een maatschappelijke gebruiksbestemming. Het is te hopen dat de minister met het oog op de aanstaande wijziging van de Woningwet en het Btiv deze handschoen oppakt en de hurende zorginstelling een expliciete wettelijke positie geeft in de wettelijke verkoopregels voor corporatievastgoed.

*Rob van Houts**

Gebouwgebonden financiering



De financiering van de verduurzaming van bestaande woningen met daarbij de transformatie naar gasloos verwarmde woningen zal voor een groot deel voor rekening komen van particuliere woningbezitters. Deze financieringsopgave is de aanleiding om te beoordelen of een wijze van gebouwgebonden financiering gefaciliteerd dient te worden door de wetgever door een aanpassing van de wet.

1. Introductie

In het nationale Klimaatakkoord van 28 juni 2019 heeft het kabinet zijn visie gegeven op de 'duurzame transformatie' van de gebouwde sector. Het kabinet verwoordt zijn 'Visie 2050' als volgt:

'We staan aan de vooravond van een duurzame transformatie van de gebouwde omgeving, een aanpassing van onze ruim 7 miljoen huizen en 1 miljoen gebouwen, veelal matig geïsoleerd en vrijwel allemaal verwarmd door aardgas, tot goed geïsoleerde woningen en gebouwen, die we met duurzame warmte verwarmen en waarin we schone elektriciteit gebruiken of zelfs zelf opwekken.'[1]

Het kabinet stelt het doel om in 2030 1,5 miljoen bestaande woningen te verduurzamen. Het kabinet beseft dat deze verduurzaming van de Nederlandse woningvoorraad gepaard gaat met substantiële investeringen, die veelal door de woningeigenaar gedragen zullen moeten worden. Om de financiering van deze verduurzaming te kunnen faciliteren heeft het kabinet in het Klimaatakkoord het voornemen uitgesproken om gebouwgebonden financiering (ggf) mogelijk te maken door in het Burgerlijk Wetboek een bepaling op te nemen die kredietverstrekkers in staat stelt eigenaar-bewoners gebouwgebonden duurzaamheidsleningen aan te bieden.[2]

Vlak voor de afronding van deze bijdrage, op 28 september 2020, is er echter een Kamerbrief verschenen van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) over de stand van zaken met betrekking tot het Klimaatakkoord Gebouwde Omgeving. In deze brief informeert de minister de Tweede Kamer onder meer over het feit dat uit intensief overleg met kredietverstrekkers naar voren is gekomen, dat commerciële kredietverstrekkers naar verwachting niet in staat zullen zijn een ggf aan te bieden die voldoende aantrekkelijk is ten opzichte van bestaande financieringsopties. De minister is daarom tot de conclusie gekomen dat de verdere ontwikkeling en aanbieding van de ggf (vooralsnog) in het publieke domein moet plaatsvinden.[3] De minister lijkt dus nog steeds uit te gaan van een vorm van ggf, alleen dan in beginsel uitsluitend in het publieke domein. De minister gaat in de Kamerbrief van 28 september 2020 niet nader in op de vraag of het kabinet nog steeds voornemens is om het BW aan te passen om ggf mogelijk te maken. Een dergelijke aanpassing lijkt echter wel noodzakelijk indien er voor een vorm van kredietverstrekking wordt gekozen. In deze bijdrage zal ik kort ingaan op twee vormen van ggf, het erfpachtmodel en de kwalitatieve verplichting. Daarnaast ga ik ook nog in op de civielrechtelijke en toezichtrechtelijke complicaties in het kader van kredietverstrekking die relevant kunnen zijn in het kader van ggf.

2. Gebouwgebonden financiering

Bij een ggf is de financiering niet 'verbonden' aan de persoon van de leningnemer, maar aan het object dat wordt gefinancierd.[4] De gedachte is dat een dergelijke vorm van financiering de investering voor verduurzaming van een woning aantrekkelijker maakt. De financiering voor de verduurzamingsmaatregelen blijft dan namelijk aan het verduurzaamde gebouw verbonden en niet aan de persoon. Uitgangspunt bij een ggf is dat bij verkoop van het onroerend goed de verplichtingen onder de financiering overgaan op de nieuwe eigenaar. Denk bijvoorbeeld aan de rente- en aflossingsverplichtingen. Een ggf zou het aantrekkelijker moeten maken om te investeren in de verduurzaming van een woning omdat de (huidige) bewoner deze investering dan niet terug hoeft te verdienen in de periode dat hij de woning zelf bewoont. Idealiter is een ggf ook nog kostenneutraal, hetgeen inhoudt dat de kosten van de financiering gelijk zijn aan de besparing op de energierekening die wordt gerealiseerd met de verduurzamingsmaatregelen. De gedachte hierbij is dat

---

* Mr. R. van Houts is advocaat op de sectie Banking & Finance bij Dirkzwager Legal & Tax.

1. Klimaatakkoord, onderdeel C1.
2. Klimaatakkoord, onderdeel C1.5.
3. K.H. Ollongren, *Stand van zaken Klimaatakkoord Gebouwde Omgeving*, Kamerbrief 28 september 2020, geraadpleegd via rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/09/28/kamerbrief-over-stand-van-zaken-klimaatakkoord-gebouwde-omgeving.
4. Zie hiervoor ook het eindrapport 'Voorwaarden gebouwgebonden financiering verduurzaming via erfpachtmodellen' opgesteld in opdracht van Ministerie Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Het rapport is te raadplegen via rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2019/10/23/voorwaarden-gebouwgebonden-financiering-van-verduurzaming-via-erfpachtmodellen/Eindrapport-onderzoek-voorwaarden-ggf-via-erfpacht.pdf. Hierna zal ik kortheidshalve verwijzen naar Falkon Consultancy, Eindrapport.

verduurzaming voor particulieren hierdoor haalbaar en betaalbaar is.[5]

Tijdens het wetgevingstraject is door de minister echter geconstateerd dat het uitgangspunt van volledige automatische overgang van de financiering van eigenaar op eigenaar niet, of lastig te realiseren is. Dit volgt (aldus de minister) uit Europese en nationale wet- en regelgeving rond kredietverlening, de rechten van consumenten en de zorgplicht die kredietverstrekkers hebben. Vanuit commerciële kredietverstrekkers is daarbij kenbaar gemaakt dat de ggf resulteert in een complexer product met hogere ontwikkel- en operationele kosten, een hoger renterisico en een duurdere funding.[6] Het is dus niet waarschijnlijk dat er (snel) een ggf door een commerciële kredietverstrekker zal worden aangeboden. De minister wil echter laten onderzoeken of een ggf, aangeboden door publieke partijen, wel mogelijk is. De minister heeft daarom het Nationaal Warmtefonds gevraagd te bezien onder welke voorwaarden het fonds ggf kan ontwikkelen en aanbieden.

Een ggf kan op verschillende manieren worden gerealiseerd. In de literatuur is bijvoorbeeld de mogelijkheid van financiering via de baatbelasting voorgesteld.[7] In deze bijdrage wil ik echter stilstaan bij een ggf die gerealiseerd kan worden via een erfpachtconstructie of via een ggf naar analogie van de kwalitatieve verplichting ex artikel 6:252 BW. Deze laatste optie is voor het verschijnen van de Kamerbrief van 28 september 2020 door de sectortafel Gebouwde omgeving genoemd als relevante optie voor een ggf.[8]

3. Erfpachtmodel

In het erfpachtmodel is de financiering gebaseerd op de verkoop van de blote eigendom van de onroerende zaak (aan de financier) onder voorbehoud van een recht van erfpacht. De gedachte achter dit model is, dat de investeringen in de energiebesparende maatregelen en het gasvrij maken van de woning worden voldaan met de opbrengsten van de verkoop van de blote eigendom van de onroerende zaak. Via het recht van erfpacht behoudt/verkrijgt de (voormalige) woningeigenaar een goederenrechtelijk gebruiksrecht ter zake van de woning. De gedachte is dat de verkoper van de blote eigendom op termijn (30 à 40 jaar) deze blote eigendom weer terugkoopt. De canon dient als substitutie voor de rentebetalingen en kosten.

De erfpachter is aansprakelijk voor de betaling van de overeengekomen canontermijnen. Bij een overgang van de erfpacht wordt de opvolgend erfpachter dus aansprakelijk voor de canontermijnen en vervalt deze verplichting met betrekking tot de toekomstige canontermijnen voor de vervreemder. Op deze manier is de 'financiering' dus aan het object gebonden. Op grond van artikel 5:92 BW is de verkrijger, in het geval van overdracht van het erfpachtrecht, bovendien hoofdelijk aansprakelijk (met de vervreemder van het erfpachtrecht) voor de nakoming van de betaling van de canontermijnen, die opeisbaar zijn geworden in de vijf jaren voorafgaande aan het moment van de verkrijging van het erfpachtrecht. Op deze manier geeft het erfpachtmodel dus 'zekerheid' voor de financier (de grondeigenaar) ter zake van de nakoming van de betaling van de canontermijnen. De zekerheid voor de financier bestaat er mede in, dat deze de bevoegdheid heeft om de erfpacht op te zeggen indien de erfpachter in verzuim is de canontermijnen over twee achtereenvolgende jaren te betalen of indien de erfpachter in ernstige mate tekortschiet in de nakoming van zijn andere verplichtingen (artikel 5:87 BW). Bij het einde van de erfpacht verkrijgt de blooteigenaar de volle eigendom van de onroerende zaak. Daar staat tegenover dat de blooteigenaar verplicht is om de waarde die de erfpacht dan heeft aan de erfpachter te vergoeden onder aftrek van hetgeen hij uit hoofde van de erfpacht van de erfpachter te vorderen heeft. Dit is niet beoogd met een ggf via het erfpachtmodel. Het is namelijk de bedoeling dat de erfpachter ooit ook weer de blote eigendom verkrijgt en volledig eigenaar wordt. Beëindiging van het erfpachtrecht zal dus waarschijnlijk alleen relevant zijn in gevallen van insolventie. Het erfpachtmodel heeft dus als voordeel dat er al een wettelijke regeling is, die de hoofdlijnen van de rechtsverhouding tussen de erfpachter en de blooteigenaar (financier) regelt.

Het erfpachtmodel kent echter ook nadelen. Bij de verkoop en terugkoop van de eigendom is namelijk overdrachtsbelasting verschuldigd. Deze verplichting kan wellicht ondervangen worden met een nieuwe vrijstelling indien de wetgever het erfpachtmodel wenst te faciliteren. Vooralsnog maakt de overdrachtsbelasting het erfpachtmodel relatief duur. Daarnaast is van belang dat een verstrekker van een bestaande hypothecaire financiering ter zake van (de volle eigendom van) het onroerend goed, doorgaans dient in te stemmen met de verkoop van de blote eigendom. De verkrijger van de blote eigendom zal doorgaans ook verlangen dat de hypotheekhouder afstand doet van zijn hypotheekrecht ten aanzien van de blote eigendom. Zonder dat de hypotheekhouder afstand doet van zijn recht blijft de (ouder gerechtigde) hypotheekhouder namelijk bevoegd om de volle eigendom uit te winnen in het kader van zijn recht van parate executie (artikel 3:268 BW).[9]

5. Zie voor een nuancering van deze haalbaarheid en betaalbaarheid in het kader van gebouwgebonden financiering: F. Schilder & M. van der Staak, *Woonlastenneutraal koopwoningen verduurzamen: verkenning van de effecten van beleids- en financieringsinstrumenten*, Den Haag: Planbureau voor de Leefomgeving 2020.
6. Zie Kamerbrief 28 december 2020, p. 7.
7. Zia o.a. J. Schorel & I. Opstelten, O*bjectgebonden financiering van verdergaande energiebesparende maatregelen (bij grondgebonden woningen)*, Den Haag: Stroomversnelling 2018 en A.W. Schep, 'Gebouwgebonden financiering van energetische maatregelen voor woningen: naar een baatbelasting 2.0?', belastingblad 2018/96.
8. Zie: 'Bijdrage van de Sectortafel Gebouwde Omgeving aan het Voorstel voor hoofdlijnen van het Klimaatakkoord', te raadplegen via klimaatakkoord.nl/documenten/publicaties/2018/07/10/bijdrage-gebouwde-omgeving.
9. Door Van Loenhoud en Vonck is wel betoogd dat een rangregeling door de 'zittende' hypotheekhouder wel kan worden geëffectueerd door middel van een afstand (artikel 3:81 lid 1 sub c BW) of door een opzegging van het hypotheekrecht, voor zover er in de hypotheek-

Het is zeer onwaarschijnlijk dat bestaande hypotheekhouders zullen meewerken aan het opzeggen of het doen van afstand van het hypotheekrecht op de blote eigendom. Dat dit niet waarschijnlijk is, blijkt wel uit een inventarisatie door Fakton Consultancy naar de voorwaarden waaronder ggf via erfpachtmodellen verantwoord en acceptabel is. Deze inventarisatie is opgesteld in opdracht van het Ministerie van BZK. Uit het rapport van Fakton Consultancy kan worden opgemaakt dat de retailbanken (aanzienlijke) bezwaren hebben tegen ggf via een erfpachtconstructie.[10] De bezwaren van de banken tegen het erfpachtmodel zijn, onder andere, dat (i) de erfpacht de juridische zekerheidspositie en de financiële positie van de banken aantast, (ii) dat er sprake is van een ongelijk speelveld, omdat (a) aanbieders van ggf via erfpacht niet gebonden zijn aan toezicht door de AFM, (b) er mogelijk sprake is van fiscale ongelijkheid (wanneer de fiscale aftrek van de canon ruimer is dan de aftrek bij hypothecaire financiering), (c) er mogelijk een complexiteit in de afhandeling kan ontstaan (omdat er een veelheid aan ggf via erfpacht kan ontstaan) en (d) er mogelijk een ongelijk concurrentievoordeel ontstaat indien de ggf via erfpacht wordt aangeboden door publieke fondsen/partijen. Door de retailbanken is aangegeven dat zij ggf via het erfpachtmodel onvoldoende kansrijk vinden.[11]
Indien de bezwaren van de retailbanken niet kunnen worden weggenomen, zal een ggf via het erfpachtmodel als vorm van financiering van verduurzamingsmaatregelen maar voor een beperkte groep van woningeigenaren toegankelijk zijn. Het zal dan met name gaan om woningen die niet of slechts in beperkte mate bancair gefinancierd zijn (en belast met een recht van hypotheek). In dat kader zal er, voor de financiering van verduurzamingsmaatregelen door middel van een ggf, eerder gekeken worden naar de hierna te bespreken – nog via wetgeving te implementeren – mogelijkheid van ggf via de overdraagbaarheid van leningen.

4. Aanpassing Burgerlijk Wetboek ggf

Zoals hiervoor al is aangegeven, heeft/had de rijksoverheid zich (in beginsel) gecommitteerd om een bepaling voor het BW op te stellen zodat de overdraagbaarheid van financiering mogelijk wordt via ggf. Het was de intentie van het kabinet om deze aanpassing gereed te hebben voor 2022. Nu duidelijk is dat commerciële kredietverstrekkers ggf te complex achten, is het de vraag of de voorgenomen wijziging van het BW nog voor de hand ligt. In het kader van de inventarisatie die het Nationaal Warmtefonds gaat doen, om te beoordelen of ggf in de publieke sector mogelijk is, zal wellicht ook worden gekeken naar een aanpassing van het BW zoals eerder voorgenomen. Een invoeging van een bepaling naar analogie van de kwalitatieve verplichting is dan dus nog steeds een optie. Hierna zal ik kort ingaan op deze optie.

Zoals ik hiervoor al heb beschreven, is bij een ggf de financiering niet gebonden aan het subject (de geldnemer c.q. contractant) maar aan het object van de financiering (het onderpand c.q. de woning of het gebouw). Een lening kan natuurlijk al voor een groot gedeelte 'gebonden' zijn aan een gebouw. Denk bijvoorbeeld simpelweg aan een hypothecaire financiering. Het gebouw dient dan als onderpand voor de financiering en tevens (grotendeels) als basis voor de hoogte van de financiering. Een hypotheekrecht blijft, ondanks overdracht van het onderpand (bijvoorbeeld de woning), op dit goed rusten dankzij het principe van zaaksgevolg. Echter, bij een overdracht van de woning zullen de verbintenisrechtelijke rechten en verplichtingen blijven liggen bij de leningnemer en contractant van de hypotheekhouder. Dit is anders indien de rechtsverhouding ook wordt overgedragen via een contractovername (artikel 6:159 BW). Een contractovername vereist echter overeenstemming tussen de schuldenaar (leningnemer) en een derde en de medewerking van de wederpartij (de financier).

De overgang van een contractuele verhouding, ter zake van de financiering van verduurzamingsmaatregelen aan de opvolgend woningeigenaar, is thans dus al mogelijk op grond van de huidige tekst van het BW. Dit vereist in civielrechtelijke zin echter wel de medewerking van zowel de verkrijger van de woning als de financier.[12] Daarbij zal de financier ook zijn risico's ten aanzien van de nieuwe debiteur betrekken in zijn besluit om toestemming te geven voor een overname van de contractuele verhouding. Een complicerende factor in dat verband is nog de situatie, dat het niet onwaarschijnlijk is, dat de opvolgend woningeigenaar zijn (hypothecaire) financiering voor de aanschaf van de woning bij een andere financier kan onderbrengen. Ook deze financier zal iets moeten vinden van de financiering die moet worden overgenomen.
Een 'vrijwillige' overdracht van de financiering op de opvolgend woningeigenaar heeft, gelet op het voorgaande, dus nog de nodige voeten in de aarde en is niet heel waarschijnlijk. Een aanpassing van het BW is derhalve ook wenselijk om een ggf-systeem te introduceren, waarbij de verplichtingen ter zake van de financiering verbonden zijn aan het onderpand en van rechtswege overgaan op de nieuwe eigenaar bij een eventuele verkoop.

5. Kwalitatieve verplichting en bijkomstigheden

Het BW voorziet in artikel 6:252 in de mogelijkheid om bij overeenkomst (notariële akte) te bedingen dat de verplichting van een der partijen, om iets te dulden of niet te doen ten aanzien van een haar toebehorend registergoed, overgaat op degenen die het goed onder bijzondere titel zullen verkrijgen. Door middel van een kwalitatieve verplichting kunnen dus de verplichtingen om iets te dulden of niet te doen overgaan op een opvolgend eigenaar van het onroerend goed. Meerdere juridische auteurs

akte is voorzien in deze mogelijkheid van opzegging (artikel 3:81 lid 2 sub d BW). Zie dienaangaande: E.A. van Loenhoud & F.J. Vonck, 'Objectgebonden financiering', in: *Duurzaam wonen* (preadviezen KNB), Den Haag: Sdu 2019, p. 179 e.v.

10. Zie: Falkon Consultancy, Eindrapport, p. 43 en 44.
11. Falkon Consultancy, Eindrapport, p. 44.
12. In (financieel) toezichtrechtelijke zin vereist dit ook een (kredietwaardigheids)toetsing van de opvolgend woningeigenaar door de financier. Daarnaast zijn er ook nog informatie verplichtingen die relevant zijn in het kader van de kredietverstrekking.

hebben echter al onderbouwd betoogd dat het systeem, dat met een ggf beoogd is, niet past in het huidige systeem van de kwalitatieve verplichting.[13] Bij een kwalitatieve verplichting gaat het om een verplichting tot het dulden of een niet doen. Bij de ggf zou het echter gaan om de overgang van een contractuele verhouding waaronder ook onder andere aflossingen en rentebetalingen. Dit past dus niet binnen het huidige kader van de kwalitatieve verplichting.

Door Van Loenhoud en Vonck is in dit kader al aangegeven dat een aanpassing van het BW naar analogie van artikel 6:252 BW er in ieder geval in moet voorzien dat in het kader van een ggf een verplichting tot betaling van rente en aflossing onder de kwalitatieve verplichting wordt gebracht. Daarnaast mag deze verplichting tot betaling van rente en aflossing zich niet uitstrekken tot iemand die (enkel) een gebruiksrecht heeft ter zake van het onroerend goed.[14] Zowel Van Loenhoud en Vonck[15] als Streep[16] geven echter terecht aan dat het uitbreiden van artikel 6:252 BW met een verplichting tot een doen (betaling van rente en aflossing) niet toereikend zal zijn. Een ggf is namelijk een samenstel van over en weer geldende rechten en verplichtingen tussen de financier en geldnemer. Een aanpassing van het BW zal er dus in moeten voorzien dat de gehele contractpositie onder de ggf 'gedwongen' op de verkrijger van het onroerend goed, waarop de kwalitatiever verplichting rust, overgaat. Dit is dus ruimer dan enkel de verplichting tot betaling van rente en aflossing. Om te voorkomen dat deze verplichting te ver strekkend is en het onroerend goed hiermee 'te zwaar belast' wordt met de kwalitatiever verplichting, ligt het voor de hand om een recht op aflossing van de ggf op te nemen. De verkoper van het onroerend goed, maar waarschijnlijker de (beoogd) verkrijger, kan er dan voor kiezen om de ggf af te lossen waardoor deze ook niet langer op het onroerend goed drukt.
Naast de uitbreiding van artikel 6:252 BW, of een artikel naar analogie van deze bepaling, zal de wetgever ook moeten nadenken over de wijze waarop wordt omgegaan met eventuele betalingsachterstanden ter zake van de ggf ten tijde van de overdracht van het onroerend goed. Verder zal de wetgever moeten nadenken over de verhouding tussen een eventuele hypotheekhouder en de ggf-financier en de vraag of de vorderingen uit hoofde van een ggf wellicht bevoorrecht moeten zijn op een eventuele executieopbrengst ter zake van het onroerend goed. In dat kader is ook van belang, om na te denken of het te nemen verhaal enkel ziet op de achterstanden of ook op de overige (restant)vorderingen uit hoofde van de ggf en of het recht van de financier na executoriale verkoop door zuivering tenietgaat.

Vanuit het oogpunt van een (bestaande) hypothecaire financier van het onroerend goed, waarop de ggf komt te rusten, zal een zuivering in het kader van executie sterk de voorkeur hebben. Het is namelijk zeker niet ondenkbaar dat een ggf, die niet door zuivering tenietgaat, een sterk drukkend effect zal hebben op de executiewaarde van het onroerend goed. Het is immers zeer de vraag of de energiemaatregelen die met de ggf worden gefinancierd ook een op een een stijging van de (executie)waarde van het onroerend goed tot gevolg hebben. Sterker nog, er zijn sterke aanwijzingen dat dit voor het grootste deel van de maatregelen op dit moment, gelet op de kosten die gepaard gaan met de maatregelen, niet het geval is.[17] Als een ggf niet door zuivering tenietgaat na een executoriale verkoop dan zal een executiekoper rekening houden met de ggf in het kader van de waardering van het onroerend goed. Voor een hypothecair financier is dit dus een risico dat in het kader van de kredietverstrekking door deze financier meegenomen moet worden.

Het in civielrechtelijke zin aanpassen van het BW om een ggf als kwalitatieve verplichting mogelijk te maken is één ding. Een tweede is de vraag of een ggf in het kader van de (toezichtrechtelijke) wet- en regelgeving ter zake van krediet(overeenkomsten) valt in te passen in ons systeem. Zoals uit de Kamerbrief van 28 september 2020 lijkt dit, op grond van Europese en nationale wet- en regelgeving rond kredietverlening en de rechten van consumenten en de zorgplicht die kredietverstrekkers hebben, niet zonder meer het geval. Ik zal hierna kort ingaan op de ggf als krediet en de (mogelijke) toepasselijke wettelijke kaders die daarbij relevant zijn.

6. De ggf en de regels omtrent kredietverstrekking

De regels omtrent het verstrekken van krediet aan consumenten zijn grotendeels gebaseerd op Europese richtlijnen, in het bijzonder de Richtlijn Consumentenkrediet.[18] De regels ter zake van kredietverstrekking zijn in Nederland opgenomen in het Boek 7 BW (titels 2a-2d) en in de Wft en onderliggende regelgeving (o.a. het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen). Uit bepalingen ter zake van kredietverstrekking blijkt dat deze niet zijn opgesteld vanuit het perspectief van financiering die gebouwgebonden is, maar uitgaan van financieringen die gebonden zijn aan een persoon (de consument). Dit wil echter niet zeggen dat deze regels niet van toepassing zijn op een ggf. In de Richtlijn Consumentenkrediet is 'kredietovereenkomst' namelijk als volgt gedefinieerd: 'een overeenkomst waarbij een kredietgever aan een consument krediet verleent of toezegt in de vorm van uitstel van betaling, een lening of een andere, soortgelijke betalingsfaciliteit, (…).' In de Wft is 'krediet' onder andere als volgt gedefinieerd: 'het aan een consument ter beschik-

13. Zie onder meer N.C. Streep, 'Gebouwgebonden financiering en het Klimaatakkoord. Een verkenning naar de juridische inbedding van maatschappelijke ambitie', *TBR* 2019/150, p. 914-920; E.A. van Loenhoud & F.J. Vonck, 'Objectgebonden financiering', in: *Duurzaam wonen* (preadviezen KNB), Den Haag: Sdu 2019.
14. E.A. van Loenhoud & F.J. Vonck, 'Objectgebonden financiering', in: *Duurzaam wonen* (preadviezen KNB), Den Haag: Sdu 2019, p. 195.
15. Van Loenhoud & Vonck 2019, p. 195.
16. Streep 2019, p. 916.
17. Zie in dit verband o.a. F. Schilder & M. van der Staak, *Woonlastenneutraal koopwoningen verduurzamen: verkenning van de effecten van beleids- en financieringsinstrumenten*, Den Haag: Planbureau voor de Leefomgeving 2020.
18. Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad.

king stellen van een geldsom, ter zake waarvan de consument gehouden is een of meer betalingen te verrichten.'

Uitgaande van een model waarbij de ggf bestaat uit het beschikbaar stellen van een krediet dat op enig moment moet worden terugbetaald aan de financier, zal een dergelijke ggf al snel beantwoorden aan de hiervoor geciteerde definities. De ggf zal dan dus moeten worden beoordeeld als een overeenkomst van consumentenkrediet. Door deze kwalificatie (als consumentenkrediet) zal de financier in beginsel ook rekening moeten houden met een veelheid aan (dwingendrechtelijke) regels. Zo moet een kredietverstrekker in het kader van consumptief krediet (niet hypothecair) toetsen of een kredietnemer voldoende overhoudt om te kunnen voorzien in zijn levensonderhoud. In dat verband dient er getoetst te worden aan de geldende leennormen (artikel 4:34 Wft). Tevens dient te worden voldaan aan de relevante zorgplichten in het kader van kredietverstrekking. Daarnaast dient een consumptief kredietverstrekker op grond van artikel 7:60 BW tijdig de wettelijk voorgeschreven productinformatie te verstrekken aan de kredietnemer. De kredietnemer heeft vervolgens op grond van de wet een recht tot herroeping.
In het geval van een ggf stuit dit bij een (automatische) overgang van het krediet op de verkrijger van een onroerend goed op problemen. Het zal voor de kredietverstrekker lastig zijn om te kunnen voldoen aan de verplichting om de relevante informatie tijdig te verstrekken. De aard van een ggf sluit een beroep op herroeping, door de verkrijger van het onroerend goed en daarmee de overnemende kredietnemer, uit. Complicerende factor is echter dat de wetgeving omtrent consumptieve kredietverlening dwingendrechtelijk van aard is. De vraag is ook of aanpassing van consumptiefkredietregels voor de inpassing van ggf mogelijk is omdat deze wetgeving grotendeels gebaseerd is op Europese richtlijnen.

Daarnaast is ook onduidelijk of en op welke wijze de kredietverstrekker kan/moet voldoen aan de verplichte toetsingen in het kader van de zorgplichten die op hem rusten. Er doet zich dan ook een aantal vragen voor. Hoe wordt bijvoorbeeld omgegaan met een dergelijke krediettoets als de verplichtingen onder de leningen niet gebonden zijn aan de geldnemer, maar aan de woning? Hoe wordt daarnaast gewaakt voor overkreditering? Mogelijk dat deze problemen ondervangen zouden kunnen worden door vast te stellen dat de ggf kostenneutraal is en daarmee niet 'drukt' op het besteedbaar inkomen van de kredietnemer. Dit kan het geval zijn indien de besparing (op de energiekosten), die wordt gerealiseerd met de energiemaatregelen, gelijk is aan de kosten en aflossing die verbonden is met de ggf. Vooralsnog lijkt dit echter lastig of niet te realiseren indien er commerciële (rente)tarieven worden gehanteerd voor een ggf. Dit laatste aspect is wellicht wel een argument om de financiering door een niet-commerciële partij te laten verstrekken.

7. Kredietverstrekking door een publiek fonds

Een publiek fonds hoeft geen winstoogmerk te hebben en kan op ideële gronden krediet verstrekken. Hierdoor kan een ggf mogelijk tegen aanzienlijk lagere kosten (voor de kredietnemer) worden aangeboden. Daardoor is een ggf mogelijk wel kostenneutraal. Het is echter de vraag of een publiek fonds niet ook tegen bepaalde beperkingen in het kader van de kredietverstrekking aanloopt. De Richtlijn Consumentenkrediet heeft namelijk een ruim toepassingsbereik; in beginsel is de richtlijn van toepassing op alle kredieten die onder de definitie van 'kredietovereenkomsten' vallen. Er gelden echter wel uitzonderingen op dit toepassingsbereik. Het is echter de vraag of deze uitzonderingen bruikbaar zijn.
Indien het publiek fonds ervoor kiest om de ggf zonder kosten en rente aan te bieden dan kan het ten aanzien van de civielrechtelijke aspecten van de kredietovereenkomst (artikel 7:57 e.v. BW) gebruikmaken van de uitzondering uit artikel 7:58 lid 2 sub e BW.[19] De civielrechtelijke bepalingen ten aanzien van de informatieverstrekking en herroeping zijn dan niet van toepassing. De aanbieder van een krediet zonder rente of kosten blijft echter nog wel gebonden aan de voorwaarden uit de Wft. De wetgever heeft het namelijk wel van belang geacht dat een kredietnemer, ook in het geval van een krediet zonder kosten of rente, wordt beschermd door het normenkader uit de Wft en onderliggende regelgeving.[20] Onder andere de regels omtrent de kredietwaardigheidstoetsing van de kredietnemer zijn dus ook van toepassing op krediet dat zonder kosten of rente wordt aangeboden.

Een mogelijk andere relevante uitzondering voor publieke fondsen is die van artikel 2 lid 2 sub l van de Richtlijn Consumentenkrediet. Deze uitzondering is overgenomen in de Nederlandse wetgeving in artikel 7:58 lid 2 sub e en artikel 1:20 BW. Op grond van deze uitzondering zijn de bepalingen omtrent krediet(overeenkomsten) niet van toepassing op 'kredietovereenkomsten betreffende leningen die krachtens een wettelijke bepaling met een doelstelling van algemeen belang aan een beperkt publiek worden toegekend tegen een lagere dan op de markt gebruikelijke rentevoet, dan wel rentevrij, of onder andere voorwaarden die voor de consument gunstiger zijn dan de op de markt gebruikelijke voorwaarden en tegen rentetarieven die niet hoger zijn dan de op de markt gebruikelijke.'
Bij deze uitzondering moet worden gedacht aan de door de Informatie Beheergroep verleende leningen aan studenten en van overheidswege geregelde schudhulpverlening.[21] De kredietverlening is in deze gevallen in een publiekrechtelijke regeling genormeerd. Deze kredieten moeten voor de consument per saldo voordeliger zijn (óf doordat geen of lagere rente dan gebruikelijk wordt gehanteerd óf door rentetarieven die niet hoger zijn dan die op de markt terwijl tegelijk gunstiger voorwaarden gelden dan op de markt gebruikelijk). Met een beperkt publiek wordt bedoeld dat deze kredieten niet zijn bestemd voor alle consumenten maar voor een specifieke groep (zoals in bovenstaande voorbeelden studenten of mensen die in

19. Dit is de Nederlandse implementatie van artikel 2 lid 2 sub f van de Richtlijn Consumentenkrediet.
20. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32339, nr. 3, p. 31.
21. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32339, nr. 3, p. 15.

aanmerking komen voor schuldhulpverlening).[22] Het gebruik van deze uitzondering vereist dus wel het opstellen van een specifieke wettelijke regeling of bepaling waarin de kaders van de kredietverstrekking nader worden uitgewerkt en dient zich uit te strekken tot een 'beperkt publiek'. Dit heeft dus nog wel wat voeten in de aarde en vereist een aanvullend wetgevingstraject (naast de aanpassing van het BW ter zake van de kwalitatieve verplichting).
Voor het overige zijn er (vooralsnog) geen bruikbare uitzonderingen of vrijstellingen op grond waarvan een publiek fonds zich zou kunnen onttrekken aan de (dwingendrechtelijke) civiele en toezichtrechtelijke regels omtrent kredietverstrekking.

8. Conclusie

Er zijn aanzienlijke investeringen noodzakelijk door (particuliere) woningbezitters om de Nederlandse woningvoorraad te verduurzamen en klaar te maken voor de gewenste fossielvrije energievoorziening. Om dit mogelijk te maken wordt er gekeken naar een vorm van gebouwgebonden financiering. De idee van een ggf is op het eerste gezicht aantrekkelijk en lijkt logisch. Nader beschouwd levert dit echter nog de nodige juridische haken en ogen op. Een ggf in de vorm van het erfpachtmodel stuit op aanzienlijke bezwaren vanuit de bancaire sector. Onder andere omdat dit een te grote 'inbreuk' is op de bestaande zekerheden van hypothecaire financiers. Inmiddels is ook duidelijk dat ggf als kwalitatieve verplichting in een 'commerciële vorm' op bezwaren stuit vanuit de markt. Een publieke vorm van ggf, waarbij lage kosten en rente worden gehanteerd voor leningnemers, is niet uitgesloten maar vereist nog wel de nodige aanpassingen aan de huidige wetgeving. Deze aanpassingen zullen recht moeten doen aan de huidige praktijk van hypothecaire financiering door geen inperking te vormen voor (bestaande) hypothecaire zekerheden. Daarnaast zal een dergelijke publieke vorm van een ggf ook moeten worden ingepast in het bestaande kader ten aanzien van kredietverstrekking. Of het bestaande kader van kredietverstrekking dient te worden aangepast ten behoeve van ggf, dit voor zover dit mogelijk is gelet op de Europese grondslag van een groot aantal relevante bepalingen.

22. A.L. Wissing, in: *GS Toezicht Financiële Markten*, art. 1:20 Wft, aant. 4.1.2.

*Willem Bosma**

De Omgevingswet en energietransitie – twee werelden die samen (moeten) komen in een integrale benadering

1. Inleiding

Medio 2019 is het Klimaatakkoord gepresenteerd, wat kan worden beschouwd als de Nederlandse uitwerking van de internationale klimaatafspraken van Parijs van december 2015. Het Klimaatakkoord is een samenwerking tussen het Rijk, de decentrale overheden, het bedrijfsleven en maatschappelijke organisaties. Gezamenlijk geven zij invulling aan de doelstelling om de uitstoot van CO_2-uitstoot aanzienlijk te reduceren: in 2030 met 49% ten opzichte van 1990 en een broeikasgasemissiereductie van 95% in 2050.[1] De beslissing om binnen afzienbare termijn de gaswinning uit de Groningse velden geheel uit te faseren maakt het des te urgenter om spoedig zo veel mogelijk over te stappen op duurzame energiebronnen. Dit streven om afscheid te nemen van fossiele brandstoffen en, in plaats daarvan, te voorzien in onze energiebehoefte door middel van duurzame energiebronnen, is wat in de praktijk wordt aangemerkt als de energietransitie. Concreet houdt dit in dat fossiele energiebronnen en bijbehorende technieken worden vervangen door innovatieve, hernieuwbare alternatieven, waarbij de innovaties gericht zijn op energiebesparing, efficiëntie en het opwekken van hernieuwbare energie.

In het kader van die duurzame ontwikkeling vindt het opwekken van elektriciteit plaats door middel van windkracht, zonlicht of stoom uit geothermie, alsmede de vergisting van biomassa, terwijl de warmtevraag voor een deel kan worden beantwoord aan de hand van restwarmte afkomstig van de industrie. Deze nieuwe technieken vergen nieuwe regelgeving en een andere infrastructuur, die ruimtelijk moet worden ingepast. Aldus heeft de energietransitie direct gevolgen voor de fysieke leefomgeving – en dus ook voor de dagelijkse vastgoedpraktijk – en komen het energiebeleid en het ruimtelijkeordeningsbeleid op deze wijze met elkaar in aanraking.

Dat gaat niet altijd van harte.[2] Een recent voorbeeld is het voornemen van de gemeente 's-Hertogenbosch om een betrekkelijk omvangrijk windmolenpark te realiseren in de Rosmalense en Nulandse Polder in de directe nabijheid van de Groote Wielen in Rosmalen, tegen welk voornemen een groot aantal – maar liefst 475(!) – bezwaren naar voren is gebracht.[3] Op deze locatie is bovendien ook woningbouw voorzien, terwijl het gebied voor een deel wordt gebruikt voor laagvliegoefeningen door defensie en er daarenboven (beschermde) flora en fauna aanwezig zijn.[4] Deze functies zijn vanzelfsprekend niet zonder meer allemaal met elkaar te verenigen.

Er zal dus een integrale afweging moeten komen om te kunnen beoordelen welk belang – de energietransitie, volkshuisvesting, defensie of soortenbescherming – moet prevaleren. Een verkokerde besluitvorming staat in de weg aan deze integrale benadering, terwijl de hiervoor aangehaalde Bossche casus laat zien dat een integrale aanpak weliswaar niet eenvoudig, maar toch noodzakelijk is. Als gevolg van een op 6 oktober 2020 unaniem aangenomen motie zal de mogelijkheid van eventuele toekomstige woningbouw in de Rosmalense Polder in ieder geval (moeten) worden betrokken bij de verdere besluitvorming.[5]

2. Duurzame ontwikkeling

De Omgevingswet moet een integrale benadering van besluitvorming met betrekking tot de fysieke leefomgeving bevorderen. Dit is een van de verbeterdoelen van de Omgevingswet.

In de preambule van de Omgevingswet, zoals die in het *Staatsblad* is gepubliceerd, is aangegeven dat het wenselijk is om samenhangende doelmatige en vereenvoudigde regels te stellen over het beschermen en benutten van de

---

* Mr. W.J. Bosma is advocaat bij Van der Feltz advocaten in Den Haag, feltz.nl.

1. Zie over het Klimaatakkoord verder ook: mr. J.J. Karens, 'Balanceren in de energietransitie. Het gemeenschappelijk kader voor energietransitie in de gebouwde omgeving', *TBR* 2019/148.
2. Zie ook: R. Uylenburg, 'Draagvlak, veranderingen en energietransitie', *M en R* 2019/63.
3. bd.nl/den-bosch-vught/tegenstanders-windmolenpark-rosmalen-zijn-het-zat-turbines-ver-van-bewoonde-wereld~a213ddc8/?referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F.
4. bd.nl/den-bosch-vught/nog-een-aanval-op-groot-windmolenpark-de-wethouder-is-lui-en-verdraait-de-feiten~a9b97ca2/.
5. omroepbrabant.nl/nieuws/3272906/windmolens-en-zonnepanelen-in-de-polder-gemeenteraad-van-den-bosch-gaat-akkoord.

fysieke leefomgeving, onder meer met het oog op een duurzame ontwikkeling.[6]
Het begrip 'duurzame ontwikkeling' is in de bijlage bij (art. 1.1 van) de Omgevingswet beschreven als 'ontwikkeling die voorziet in de behoeften van de huidige generatie zonder de mogelijkheden voor toekomstige generaties om in hun eigen behoeften te voorzien in gevaar te brengen'. Deze definitie is ontleend aan de definitie die eerder door de VN-commissie Brundlandt werd gehanteerd in het rapport 'Our Common Future' uit 1987.
In art. 1.3, waarin de doelstellingen van de Omgevingswet worden beschreven, is uitdrukkelijk vastgelegd dat deze wet, *met het oog op duurzame ontwikkeling*, de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu, gericht is op het in onderlinge samenhang:

a. bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit; en
b. doelmatig beheren, gebruiken en ontwikkelen van de fysieke leefomgeving ter vervulling van maatschappelijke behoeften.

Art. 2.1 bepaalt vervolgens dat bestuursorganen van een gemeente, provincie, het Rijk of een waterschap hun taken en bevoegdheden op grond van de wet uitoefenen met het oog op de doelen van deze wet, zoals dus ook de belangrijke doelen neergelegd in art. 1.3 Omgevingswet Art. 1.3 geeft ook richting aan de voor burgers en bedrijven opgenomen zorgplicht in art. 1.6 Omgevingswet, namelijk dat voldoende zorg voor een goede leefomgeving wordt gedragen. Met dit samenstel aan bepalingen wordt voor het gehele domein van de fysieke leefomgeving een duurzame ontwikkeling nagestreefd. Meer concreet houdt dit in dat vanaf de start van de besluitvorming die betrekking heeft op de fysieke leefomgeving, alle relevante belangen – ruimte, water, natuur, gezondheid en wonen – in de afwegingen worden betrokken.

3. De kerninstrumenten van de Omgevingswet en de energietransitie

3.1. Decentrale instrumenten

De hiervoor geschetste integrale aanpak van de Omgevingswet moet in de eerste plaats tot uitdrukking komen in de omgevingsvisie, een van de kerninstrumenten van de Omgevingswet, die op grond van art. 3.1 door de gemeenteraad, op gemeentelijk niveau, en door provinciale staten, op provinciaal niveau, moeten worden vastgesteld. De omgevingsvisie bevat, mede voor de uitoefening van de taken en bevoegdheden, bedoeld in art. 2.1 lid 1 Omgevingswet:

a. een beschrijving van de hoofdlijnen van de kwaliteit van de fysieke leefomgeving;
b. de hoofdlijnen van de voorgenomen ontwikkeling, het gebruik, het beheer, de bescherming en het behoud van het grondgebied;
c. de hoofdzaken van het voor de fysieke leefomgeving te voeren integrale beleid.

Aldus moet de omgevingsvisie worden beschouwd als een samenhangend, strategisch plan over de leefomgeving, waarin strategische hoofdkeuzen van beleid voor de fysieke leefomgeving voor de langere termijn staan verwoord. Daarbij geldt dat de omgevingsvisie zich niet op één sector of één aspect dient te concentreren, maar het volledige terrein van de fysieke leefomgeving integraal dient te beslaan. De energietransitie kan, als onderdeel van het belang van een duurzame ontwikkeling, daarbij worden betrokken.

Verder kan de omgevingsvisie een uitwerking bevatten van de Regionale Energie Strategie (RES). Hoewel een vastomlijnde definitie ontbreekt,[7] kan de RES enerzijds worden aangemerkt als een overzicht van lopende projecten, plannen en strategische keuzes voor de korte en de lange termijn en is de RES anderzijds te beschouwen als een vehikel om te komen tot regionaal gedragen keuzes voor onder meer de warmtetransitie in de gebouwde omgeving.[8] Deze regionale aanpak komt voort uit een afspraak die in 2016 is gemaakt tussen Rijk, provincies, Unie van Waterschappen en gemeenten – de zogenoemde 'Green Deal' – en is in feite een uitvloeisel van de ervaringen die daarvoor waren opgedaan bij grote projecten van nationaal belang, ten behoeve waarvan de besluitvorming op centraal niveau plaatsvond, en die op betrekkelijk grote weerstand stuitten.[9] Als gevolg hiervan was de gedachte geboren dat keuzes over het behalen van de energiedoelstellingen zo veel mogelijk op decentraal niveau zouden moeten worden gemaakt, om meer draagvlak voor die keuzes te creëren.[10]

Opmerking verdient overigens dat er niet – noch in de Omgevingswet, noch elders – een duidelijke (juridische) relatie is gelegd tussen de omgevingsvisie en de RES,[11] wat in belangrijke mate het gevolg zal zijn van het ontbreken van enige wettelijke basis van de RES. Dit betekent dat de RES niet van rechtswege als (onderdeel van) een omgevingsvisie is te beschouwen en dus ook niet rechtstreeks doorwerkt in het omgevingsrechtelijke spoor. Er zal een 'vertaling' van de RES naar de fysieke leefomgeving moeten plaatsvinden in een omgevingsvisie, onder meer voor wat betreft de locatiekeuze (van bijvoorbeeld een wind- of zonnepark). De RES kan aldus aan de basis staan van de integrale afweging die in de omgevingsvisie dient te worden gemaakt, waarbij punt van aandacht overigens is dat de RES die afweging al voor een belang-

6. Wet van 23 maart 2016, houdende regels over het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving (Omgevingswet), *Stb*. 2016, 156.
7. Vgl. S. Akerboom, 'Nieuw instrumentarium in de energietransitie: Regionale Energie Strategie en Warmtevisie', *TBR* 2019/31.
8. Zie o.a.: IPO, Unie van Waterschappen en VNG, Regionale Energie Strategie – Regionaal samenwerken voor realisatie van de Klimaatopgave, september 2018.
9. Zie noot 6.
10. Opmerkelijk in dat verband is overigens dat aan de RES geen (verplicht) participatietraject voorafgaat. Zie: S. Akerboom, 'Participatie en de energietransitie: juridisch instrumentarium in een veranderende context', *TO* 2019, afl. 3.
11. Kritisch daarover is W.P.M.T. Thijssen in zijn column 'Een vreemdeling in Jeruzalem: Omgevingswet versus Energietransitie', *PRO* 2020, afl. 6.

rijk deel kan hebben ingevuld.[12] De uitkomst van deze afweging kan vervolgens landen in (instructieregels in) een provinciale omgevingsverordening of in de door de gemeenten vast te stellen omgevingsplannen. Aan de keuzes die in een omgevingsplan worden gemaakt kan aldus, gezien het belang van duurzame ontwikkeling van de fysieke leefomgeving, het belang van verwezenlijking van de doelen van het energiebeleid van een gemeente ten grondslag worden gelegd.[13] Dit is een breuk met het bestaande recht, want het is thans, onder de vigeur van de Wet ruimtelijke ordening, niet mogelijk om dit belang ten grondslag te leggen aan een bestemmingsplan, omdat dit belang door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State niet ruimtelijk relevant wordt geacht.[14]

Naast de omgevingsvisies, zijn ook de (facultatief vast te stellen) programma's als bedoeld in art. 3.4 Omgevingswet relevant vanuit het oogpunt van de energietransitie. Een programma bevat, mede voor de uitoefening van de taken en bevoegdheden, bedoeld in het hiervoor al aangehaalde art. 2.1 lid 1 Omgevingswet voor een of meer onderdelen van de fysieke leefomgeving:

a. een uitwerking van het te voeren beleid voor de ontwikkeling, het gebruik, het beheer, de bescherming of het behoud daarvan;

b. maatregelen om aan een of meer omgevingswaarden te voldoen of een of meer andere doelstellingen voor de fysieke leefomgeving te bereiken.

Met een programma bindt de gemeente zich aan haar eigen doelen door maatregelen te stellen en bij te stellen, wanneer monitoring daar aanleiding voor geeft. Een programma kan aldus voorzien in een concrete uitwerking van een omgevingsvisie. Doelstellingen op het terrein van duurzame energie kunnen hierin als omgevingswaarden worden geformuleerd, terwijl in het programma de maatregelen kunnen worden opgesomd die nodig zijn om aan die omgevingswaarden te (kunnen) voldoen. Daarbij geldt overigens wel de beperking dat gemeenten daadwerkelijk ruimte moeten hebben om zelf omgevingswaarden vast te stellen (vgl. o.a. art. 2.11 lid 2 Omgevingswet). Voor bijvoorbeeld de emissie van CO_2, zal die ruimte er maar zeer beperkt zijn, omdat gemeenten geen regels zullen mogen stellen met betrekking tot bedrijven waarop het ETS van toepassing is.[15]

Hoe de vertaling van de energiedoelstellen onder meer voortvloeiend uit de RES, althans de energietransitie, naar het omgevingsrechtelijke spoor er precies uit zal (moeten) komen te zien, is nog niet geheel duidelijk. Een aantal gemeenten heeft het afgelopen jaar, in opdracht van het Ministerie van BZK, ervaring opgedaan met het vertalen van de eigen beleidsambities op het terrein van de energietransitie naar de instrumenten van de Omgevingswet, vooruitlopend op de inwerkingtreding van deze wet, volgens de laatste berichten per 1 januari 2022. De resultaten hiervan zijn neergelegd in het rapport 'Energietransitie versnellen met de Omgevingswet' d.d. 8 april 2020, dat onder aanvoering van TNO tot stand is gekomen.[16] Opmerking verdient dat in dit rapport wordt geconcludeerd 'dat de energietransitie en ruimtelijke ordening verschillende werelden zijn die gekoppeld moeten worden'. Daarbij wordt erop gewezen dat zowel de energietransitie als de Omgevingswet nieuw is, waardoor het 'een puzzel' is welke aspecten in welk instrument een plaats krijgen en hoe de afstemming tussen de energietransitie en de Omgevingswet plaatsvindt.

De tijd zal dus moeten uitwijzen hoe het bevoegd gezag hiermee concreet omgaat en wat de afbakening van de manoeuvreerruimte precies zal zijn.

3.2. Rijksinstrumenten

Hoewel aan de RES-aanpak het uitgangspunt ten grondslag ligt dat de energietransitie zo veel mogelijk op decentraal niveau wordt vormgegeven, voorziet de Omgevingswet ook in een instrumentarium op rijksniveau dat relevant is voor de energietransitie. Daarbij gaat het vooral om de energieprestatie-eisen voor gebouwen die in het Besluit bouwwerken leefomgeving (Bbl) zijn opgenomen.[17] Dit is een algemene maatregel van bestuur, die zijn grondslag vindt in art. 4.3 lid 1 Omgevingswet en kan worden beschouwd als de opvolger van het huidige Bouwbesluit 2012. De hierin opgenomen energieprestatieeisen beogen te voorzien in het zo veel mogelijk beperken van de energiebehoefte van de gebouwde omgeving. Ook dit is vanzelfsprekend van belang voor de vastgoedpraktijk.

Hoofdstuk 3 van het Bbl geeft regels die van toepassing zijn op bestaande bouw, terwijl hoofdstuk 4 betrekking heeft op nieuwbouw. Afdelingen 3.4 en 4.4 dragen elk de titel 'Duurzaamheid'. In deze afdelingen zijn de prestatie-eisen voor bestaande bouw respectievelijk nieuwbouw opgenomen, waarbij voor bestaande bouw geldt dat een bouwwerk *voldoende* energiezuinig moet zijn (art. 3.83 lid 1) en voor nieuwbouw is bepaald dat een bouwwerk energiezuinig is (art. 4.148). Wat deze begrippen concreet inhouden is, voor verschillende gebruiksfuncties, in genoemde afdelingen verder uitgewerkt.

Art. 3.7 lid 1 geeft de mogelijkheid om bij maatwerkvoorschrift af te wijken van de regels die in afdeling 3.4 met betrekking tot bestaande bouw zijn opgenomen, met uitzondering van bepalingen over meet- of rekenmethoden. Art. 3.7 lid 2 geeft een beperking voor de mogelijkheid om maatwerkvoorschriften als bedoeld in lid 1 op te leggen door te bepalen dat een zodanig maatwerkvoorschrift alleen kan inhouden het opleggen van een plicht tot het treffen van voorzieningen om de staat van een

12. Zie noot 11.
13. Zie ook: J.J. Karens, 'Experiment afbouw aardgaslevering met de Crisis- en herstelwet. De contouren van energietransitie in het omgevingsplan?', *TBR* 2020/47.
14. Vgl. ABRvS 6 november 2019, *TBR* 2020/22, m.nt. R. Kegge.
15. Zie: J.J. Karens & J.W.A. Lameijer, 'Energietransitie: milieurecht ontmoet energierecht, Verslag NeVER-bijeenkomst 18 juni 2019', *Tijdschrift voor Energierecht* 2019, afl. 5/6.
16. publications.tno.nl/publication/34636742/oA6Z2h/Bouma-2020-Energietransitie.pdf.
17. Zie hierover ook: A.R. Neerhof & N.P.M. Scholten, 'Op weg naar uniformering van bouwtechnische energieprestaties en een integrale benadering?', *TBR* 2019/152.

bouwwerk op een niveau te brengen dat hoger is dan het niveau van de regels voor bestaande bouw, maar niet hoger mag zijn dan het niveau van de regels in hoofdstuk 4 over nieuwbouw. Art. 3.7 lid 2 laatste volzin bepaalt dat een zodanig maatwerkvoorschrift alleen wordt gesteld als het treffen van die voorzieningen naar het oordeel van het bevoegd gezag noodzakelijk is. Dat zal uiteraard moeten worden gemotiveerd.
Art. 4.5 lid 1 bevat een met art. 3.7 lid 1 vergelijkbare bevoegdheid voor het stellen van maatwerkvoorschriften voor nieuwbouw, met dien verstande dat zodanig maatwerk voor nieuwbouw gezien art. 4.5 lid 2 alleen een versoepeling kan inhouden. Art. 4.150 voorziet daarentegen in de mogelijkheid om met betrekking tot bepaalde gebieden of specifieke categorieën gebruiksfuncties de energieprestatie-eisen voor nieuwbouw bij maatwerkregel aan te scherpen. Het verschil tussen een maatwerkvoorschrift en een maatwerkregel is dat de reikwijdte van het eerstbedoelde voorschrift beperkt is tot een bepaald object (een maatwerkvoorschrift heeft het karakter van een beschikking), terwijl een maatwerkregel een omvangrijkere strekking kent (het is een algemeen verbindend voorschrift). Maatwerkregels worden om die reden in het omgevingsplan opgenomen. Het Bbl voorziet aldus in een breuk met de bestaande praktijk, waarin het opnemen in een bestemmingsplan van duurzaamheidseisen voor bouwwerken, onder meer op het gebied van energiezuinigheid, niet mogelijk wordt geacht. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft namelijk herhaaldelijk geoordeeld dat het Bouwbesluit, waarin de eisen voor energiezuinigheid voor bouwwerken op dit moment nog zijn opgenomen, in zoverre een uitputtend karakter heeft.[18]

4. Tot slot

De energietransitie heeft ontegenzeggelijk gevolgen voor het ruimtebeslag in het landschap. Dit betekent dat keuzes moeten worden gemaakt: daar waar wind- en zonneparken worden gerealiseerd, kunnen geen andere functies, zoals woningbouw, meer worden gerealiseerd. Tegelijkertijd vergt de energietransitie dat bij de bouw van die andere functies, andere duurzame(re) keuzes (moeten) worden gemaakt, in het bijzonder voor wat betreft de energiebehoefte van gebouwen. Dit vergt een integrale(re) afweging en dus een andere benadering, die direct relevant is voor de vastgoedpraktijk. De Omgevingswet beoogt hierin te voorzien.

In de praktijk wordt dan ook veel van de Omgevingswet verwacht als het gaat om het bevorderen van de energietransitie. Dat is in zoverre opmerkelijk, omdat er in de Omgevingswet geen heldere relatie met de energietransitie wordt gelegd. Niet voor niets wordt in het hiervoor al aangehaalde rapport 'Energietransitie versnellen met de omgevingswet' opgemerkt dat de energietransitie en ruimtelijke ordening verschillende werelden zijn die gekoppeld moeten worden. De instrumenten van de Omgevingswet kunnen ter uitvoering hiervoor worden benut maar zijn zeker niet leidend, noch toereikend om de energietransitie volledig tot wasdom te kunnen brengen. Hoe de instrumenten van de Omgevingswet voor dit doel kunnen en zullen worden benut, zal moeten worden afgewacht, maar de kans is uiteraard aanzienlijk dat hierin het komende jaar, in aanloop naar de inwerkingtreding van de Omgevingswet, verdere stappen zullen worden gezet.

18. ABRvS 22 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1290 en ABRvS 10 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4628.

*Karen Hilwerda en Anne Bos**

Te huur: duurzame apparatuur

Goederenrechtelijke, verbintenisrechtelijke en huurrechtelijke kansen en obstakels

Met het oog op de energietransitie is het van belang de gebouwde omgeving te verduurzamen. Mede vanwege de kosten die de aanschaf van duurzame apparatuur met zich brengt, wordt verduurzamingsapparatuur door gebouweigenaren steeds vaker gehuurd in plaats van gekocht. In de praktijk wordt duidelijk dat ons Burgerlijk Wetboek en de daarin vervatte (oude) rechtsbeginselen zich niet goed laten verenigen met deze moderne ontwikkelingen. Relevante vragen zijn bijvoorbeeld: hoe verhoudt de verhuurconstructie zich tot de goederenrechtelijke figuren van bestanddeelvorming en natrekking? Is het vestigen van een opstalrecht mogelijk? En zijn er ook andere goederenrechtelijke, verbintenisrechtelijke of zelfs huurrechtelijke mogelijkheden die het eventuele eigendomsverlies van de verhuurder kunnen voorkomen?

1. Inleiding

Steeds meer bedrijven en particulieren kiezen voor verduurzaming van de energieopwekking via bijvoorbeeld zonnepanelen en warmtepompen.[1] Deze apparatuur kan gekocht worden, maar ook het huren ervan is een optie en dat wordt steeds gebruikelijker.

In deze bijdrage gaan we in op de verhouding tussen de verhuur van (duurzame) apparatuur en de goederenrechtelijke figuren van bestanddeelvorming en natrekking. We besteden daarbij aandacht aan de rechtsfiguren die (eventueel) eigendomsverlies kunnen voorkomen, namelijk het opstalrecht, het erfpachtrecht en de kwalitatieve verplichting. Daarnaast staan we stil bij de vraag of het huurrecht een oplossing zou kunnen bieden.

In deze bijdrage wordt de focus gelegd op de verhuur van apparatuur aan eigenaren van woningen. Wij gaan ervan uit dat de eigenaar van de woning tevens eigenaar is van de onderliggende grond. Vanwege de omvang van deze bijdrage worden de situaties waarbij er geen sprake is van grondeigendom (zoals woningen op erfpachtgrond, appartementsrechten (en dus ook VvE's) en gehuurde woningen) buiten beschouwing gelaten.

2. Verhuurmodel

De verhuur van duurzame apparatuur ziet er in veel gevallen als volgt uit. De eigenaar van de apparatuur en de eigenaar van de woning sluiten een huurovereenkomst, waarbij de eigenaar van de apparatuur verhuurder is en de eigenaar van de woning huurder. Eventueel kan de verhuurder ook (onderhouds)diensten leveren (*Energy as a Service*, kortweg EaaS). Vergelijk het met de aloude huur- en servicecontracten van cv-installateurs. Het is de bedoeling van partijen dat de eigendom van de apparatuur na de installatie bij de verhuurder blijft. Indien de huurder de apparatuur bij het einde van de huurovereenkomst niet koopt, zal de verhuurder de apparatuur weer uit de woning willen verwijderen. De vraag is echter of de verhuurder hiertoe gerechtigd is. Immers, indien er sprake is van natrekking of bestanddeelvorming wordt de huurder direct na de installatie eigenaar van de apparatuur.

3. Bestanddeelvorming

De eerste rechtsfiguur die een obstakel kan vormen bij de hiervoor beschreven verhuurconstructie is de bestanddeelvorming. Indien de apparatuur na installatie als bestanddeel van de woning kwalificeert, verliest de apparatuur haar zelfstandige (zakenrechtelijke) identiteit en wordt dan onderdeel van de woning. De apparatuur wordt als gevolg daarvan eigendom van de huurder (artikel 5:3 BW). Dat is (voor de verhuurder) een kostbaar gevolg. Reden om daar wat uitgebreider bij stil te staan.

3.1. Artikel 3:4 BW

De toets om vast te stellen of de apparatuur bestanddeel is van de woning is tweeledig (zie artikel 3:4 BW). Getoetst moet worden of (i) de apparatuur naar verkeersopvatting bestanddeel van de woning is (lid 1), en/of (ii) de apparatuur van de woning kan worden afgescheiden zonder aan een van beide zaken schade aan te brengen (lid 2). Wordt aan een of beide criteria voldaan, dan kwalificeert de apparatuur als bestanddeel. Het bestanddeelbegrip dient volgens de Hoge Raad restrictief te worden opgevat.[2]

3.2. Afscheiden zonder schade van betekenis (lid 2)

De toets uit artikel 3:4 lid 2 BW zal in veel gevallen eenvoudig zijn. Tegenwoordig wordt duurzame apparatuur vaak zo gemaakt en ingericht dat die over het algemeen zonder veel moeite en beschadiging kan worden verwijderd van of uit de woning. Dit is veelal ook het geval bij warmtepompen en niet-geïntegreerde zonnepanelen. In veel gevallen zal de apparatuur op basis van dit criterium daarom niet kwalificeren als bestanddeel.

* Mr. K. Hilwerda en mr. A.M. Bos zijn advocaat bij HVG Law in Amsterdam.

1. In deze bijdrage zal steeds op deze twee voorbeelden worden teruggegrepen, maar er is nog veel andere apparatuur denkbaar zoals boilers, laadpalen, radiatoren, et cetera.
2. HR 26 maart 1936, *NJ* 1936/757.

Dat is waarschijnlijk anders bij *Building Integrated PhotoVoltaics* (BIPV), oftewel gebouw-geïntegreerde zonne-energie: zonnepanelen die in daken, gevels of glas geïntegreerd zijn en niet zonder schade van betekenis kunnen worden afgescheiden van de woning.

3.3. De verkeersopvatting (lid 1)

De vraag of duurzame apparatuur volgens de verkeersopvatting kwalificeert als bestanddeel van de woning, kan lastiger te beantwoorden zijn. Het is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval en is aldus zeer casuïstisch. Daarnaast is de verkeersopvatting aan verandering onderhevig. In de parlementaire geschiedenis is aangegeven dat het criterium verkeersopvatting zou moeten meebewegen met maatschappelijke ontwikkelingen en dat zich in de praktijk een verkeersopvatting kan vormen op basis waarvan bepaalde objecten niet als bestanddeel kwalificeren, terwijl dit eerder wel zo was.[3]

Om de praktijk een handje te helpen bij het beoordelen van de verkeersopvatting heeft de Hoge Raad in het *Depex/curatoren Bergel*-arrest twee aanwijzingen gegeven:[4]

1. het bestanddeel en de hoofdzaak zijn constructief op elkaar afgestemd;
2. de hoofdzaak is zonder het bestanddeel als onvoltooid te beschouwen.

Toegepast op de voorbeelden van de warmtepompen en de klassieke zonnepanelen leidt dit tot de volgende conclusie. Een zonnepaneel en/of warmtepomp en de woning waar deze in of op wordt geplaatst, zullen in het overgrote deel van de gevallen niet constructief op elkaar afgestemd zijn. In de meeste gevallen kan een zonnepaneel of warmtepomp na verwijdering uit de ene woning, zonder problemen worden geïnstalleerd in of op een andere woning.

De volgende vraag is of een woning zonder zonnepanelen of warmtepomp als onvoltooid te beschouwen is. Deze vraag is al lastiger te beantwoorden en om de vraag goed te kunnen beantwoorden zullen vervolgvragen gesteld moeten worden. Zo zal men zich moeten afvragen wat voor woning het betreft (bijvoorbeeld een NOM-woning of niet[5]) en of een warmtepomp de cv-ketel vervangt. Immers, als een woning géén cv-ketel heeft, maar enkel een warmtepomp dan is de warmtepomp de enige warmtebron in de woning. Wordt de warmtepomp verwijderd, dan kan de woning niet meer verwarmd worden. Het is wat ons betreft veilig om te stellen dat een woning die niet verwarmd kan worden naar de Nederlandse verkeersopvatting onvoltooid is. Denk ook aan de situatie dat er in steeds meer nieuwbouw geen gasaansluiting meer aanwezig is. Een gebouw zal zonder warmtepomp eerder onvoltooid zijn als er geen alternatief of alternatieve infrastructuur (zoals gas) aanwezig is. Vanwege de strengere duurzaamheidseisen die het Bouwbesluit stelt aan nieuwbouwwoningen, is het mogelijk dat er snel(ler) een verkeersopvatting zal ontstaan waarin een woning zonder warmtepomp onvoltooid wordt geacht.

De vraag of een object een bestanddeel is van een andere zaak (de hoofdzaak) is dus steeds een feitelijke toets en vereist maatwerk, omdat het antwoord van tal van factoren afhankelijk is en alle omstandigheden van het individuele geval moeten worden meegewogen. Men dient zich ervan bewust te zijn dat hetzelfde apparaat in het ene gebouw wel en in het andere niet als bestanddeel kan worden gekwalificeerd.

3.4. Gevolgen

Het gevolg van de kwalificatie van een apparaat als bestanddeel van de woning, is dat het zijn zelfstandigheid verliest. Het is geen individuele zaak meer, maar een bestanddeel van de woning. Artikel 5:3 BW bepaalt dat – voor zover de wet niet anders bepaalt – de eigenaar van een zaak eigenaar is van al haar bestanddelen. Concreet betekent dit dat de eigenaar van de woning vanwege de bestanddeelvorming tevens eigenaar van de apparatuur wordt. De verhuurder van de apparatuur is in dat geval dus zijn eigendom verloren.

Tussen de verhuurder en huurder van de apparatuur is dan nog altijd een huurovereenkomst van kracht.[6] De woningeigenaar huurt in dat geval dus apparatuur waarvan hij zelf eigenaar is. Dit vormt echter geen probleem voor het huurrecht. Huurrechtelijk geldt dat een verhuurder geen eigenaar behoeft te zijn van hetgeen hij verhuurt. De huurovereenkomst loopt dus gewoon door. De huurder is daarmee wel ongerechtvaardigd verrijkt (artikel 6:212 BW). Dat komt goed als de huurder de apparatuur aan het einde van de huurovereenkomst weer ter beschikking stelt aan de verhuurder (de teruggaveplicht in artikel 7:224 BW). Daarmee draagt de huurder de eigendom weer (terug) over aan de verhuurder (artikel 3:84 BW). Als de huurder dat niet doet, kan de verhuurder schadevergoeding vorderen. Daar kleven wel twee nadelen aan. Ten eerste moet worden vastgesteld wat de waarde van de apparatuur op dat moment is. Dat kan uiteraard discussies met de huurder opleveren. Ten tweede heeft de verhuurder in geval van faillissement van de huurder slechts een concurrente vordering.

---

3. Artikel 3.1.1.3 Ontwerp Meijers. Zie: Ontwerp Meijers, *Parl. Gesch. Boek 3*, 72.
4. HR 15 november 1991, *NJ* 1993/316.
5. Bij deze woningen voorzien de zonnepanelen in (een belangrijk deel van) de energiebehoefte. Zonnepanelen zijn bij deze categorie woningen dan ook wezenlijk voor het functioneren van de woningen. Dit maakt dat de (niet-geïntegreerde) zonnepanelen bij deze categorie woningen wel kwalificeren als bestanddeel van de woning, zie ook het arrest van het Hof Amsterdam 26 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2113. Overigens oordeelde het hof ook dat deze zonnepanelen niet van de woning konden worden afgescheiden zonder beschadiging toe te brengen aan de woning.
6. Men zou het standpunt kunnen innemen dat de huurovereenkomst door vermenging (artikel 6:161 BW) teniet zou gaan. Dit standpunt komen wij in literatuur en jurisprudentie niet tegen. Gezien het *service*-element is het ook goed verdedigbaar dat de schuldeiser en de schuldenaar zich niet in één persoon hebben verenigd. De huurovereenkomst met (onderhouds)*service* zal onder omstandigheden bovendien eerder als een gemengde overeenkomst (artikel 6:215 BW) worden gekwalificeerd, die alleen al om die reden niet teniet zal gaan als gevolg van natrekking.

4. Verticale natrekking

Ook als de apparatuur niet als bestanddeel van de woning kwalificeert, zal de verhuurder zijn eigendom alsnog verliezen indien er sprake is van natrekking in de zin van artikel 5:20 BW.[7]

4.1. Artikel 5:20 lid 1 sub e BW

Artikel 5:20 lid 1 sub e BW bepaalt dat de eigendom van de grond, voor zover de wet niet anders bepaalt, gebouwen en werken omvat die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen en werken, voor zover ze geen bestanddeel zijn van eens anders onroerende zaak. Op grond van dit artikel moet aldus getoetst worden of de apparatuur (direct of indirect) duurzaam is verenigd met de grond, oftewel of de apparatuur onroerend is (zie artikel 3:3 BW). Kwalificeert de apparatuur als onroerend, dan is de eigenaar van de grond op grond van artikel 5:20 lid 1 sub e BW tevens eigenaar van de apparatuur.

4.2. Portacabin-arrest

De Hoge Raad heeft in het *Portacabin*-arrest bepaald hoe er getoetst kan worden aan het criterium van de duurzame verbondenheid voor de bepaling of een zaak onroerend is. Uit het *Portacabin*-arrest volgt dat bij twijfel over de vraag of een zaak direct of indirect duurzaam is verbonden met de grond, getoetst moet worden of de zaak naar aard en inrichting bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven.[8] Bij de beantwoording van deze vraag moet worden gelet op de bedoeling van de bouwer van die zaak voor zover deze bedoeling naar buiten toe kenbaar is. Het is daarbij niet relevant of het technisch mogelijk is om de zaak te verplaatsen.

Ook voor deze toets geldt dat die niet altijd even makkelijk zal zijn. Over een woning kan makkelijk gezegd worden dat deze duurzaam is verenigd met de grond (directe vereniging). Zonnepanelen zijn niet direct verenigd met de grond, maar mogelijk wel indirect via de woning waarop ze geïnstalleerd zijn. Onzes inziens is de stelling dat zonnepanelen en warmtepompen bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven goed verdedigbaar en juist. Immers, een willekeurig langslopende derde zal de indruk hebben dat het de bedoeling is geweest om deze apparatuur duurzaam in of op de woning te laten en niet om die daar slechts tijdelijk in of op te bevestigen. Dat zal overigens niet slechts de indruk zijn van derden, maar ook de daadwerkelijke bedoeling van de woningeigenaar. De interne wil van de woningeigenaar is echter niet relevant voor de *Portacabin*-toets.

4.3. Gevolgen

Het gevolg van de kwalificatie als onroerende zaak is dat de grondeigenaar op grond van artikel 5:20 lid 1 sub e BW eigenaar is geworden van de apparatuur en de verhuurder zijn eigendom aldus is verloren. In paragraaf 3.3 is reeds uiteengezet welke consequenties het eigendomsverlies heeft voor de huurovereenkomst. De natrekking heeft echter niet alleen juridische maar ook fiscale gevolgen, aangezien voor de overdrachtsbelasting wordt aangesloten bij het civiele recht.[9] Er wordt in de literatuur dan ook wel gepleit voor een betere bescherming van de eigenaar van de (oorspronkelijk) roerende zaak, waarbij dan meestal de nadruk ligt op de verkoper aan wie de koopprijs nog niet is (af)betaald. Dat was ooit ook een voorstel van de wetgever en was een van de redenen om terughoudend om te gaan met bestanddeelvorming.[10] Maar niet alleen de bestanddeelvorming vormt een bedreiging voor verhuurders van duurzame apparatuur, ook de verticale natrekking vormt een bedreiging.

5. Opstalrecht

Het vestigen van een opstalrecht is tot op heden de meest gebruikte rechtsfiguur voor het voorkomen van eigendomsverlies. De vraag is echter of het opstalrecht in iedere situatie gebruikt kan worden. Artikel 5:101 BW vermeldt dat het recht van opstal een zakelijk recht is om in, op of boven een onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of te verkrijgen. Vereist is dus dat de apparatuur kwalificeert als 'werk' in de zin van dit artikel.

In de praktijk bestaat er onzekerheid over wat dit begrip precies inhoudt en wat er wel en niet onder 'werk' valt. Het wordt niet besproken in de parlementaire geschiedenis en het is in de jurisprudentie enkel aan bod gekomen in het kader van de risicoaansprakelijkheid van artikel 6:174 BW.[11] In de literatuur verschilt men van mening over de vraag of een oordeel in het kader van artikel 6:174 BW ook toegepast kan worden op (artikel 5:20 BW uit)

7. Zie ook HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0813 (*WKK*). In dit arrest werd duidelijk dat objecten die niet als bestanddeel van een andere zaak kwalificeren, alsnog via de indirecte vereniging in de zin van artikel 5:20 lid 1 sub e BW kunnen worden nagetrokken en daardoor eigendom worden van de grondeigenaar. Daarmee is de deur – vrij eenvoudig – geopend voor een zeer brede toepassing van verticale natrekking.
8. HR 31 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2478.
9. Voor een recent fiscaal overzichtsartikel verwijzen wij naar T.M. Berkhout & R.N.G. van der Paardt, 'Zonnepanelen en zonneparken plaatsen bij bedrijven: enkele fiscale aspecten', *BR* 2020/46.
10. E.F. Verheul zoekt daarbij onder andere in zijn artikel 'Eigendomsvoorbehoud, bestanddeelvorming en natrekking', *WPNR* 2015, afl. 7053 en zijn latere dissertatie *Eigendomsvoorbehoud* (diss. Groningen; Rechtswetenschappelijke publicaties), Deventer: Wolters Kluwer 2018, 7.6 aansluiting bij een door Meijers voorgesteld artikel, dat hij als uitzondering op artikel 5:20 lid 1 BW zou willen opnemen, inhoudende de mogelijkheid om verticale natrekking te voorkomen door een akte in de openbare registers in te schrijven, waarin de eigendom wordt voorbehouden totdat de koopprijs is voldaan.
11. Zie HR 17 december 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BN6236, r.o. 4.3.2, waarin de Hoge Raad oordeelt dat een (bouw)werk in de zin van artikel 6:174 lid 4 BW naar zijn aard niet louter langs natuurlijke weg tot stand kan komen, maar dat daarvoor menselijk ingrijpen is vereist dat heeft bijgedragen aan de (duurzame) bestemming of functie van dat werk. De mate waarin of de wijze waarop dit menselijk ingrijpen daaraan moet hebben bijgedragen, kan niet bij voorbaat worden bepaald en is mede afhankelijk van het soort van werk en de bestemming of functie ervan, aldus de Hoge Raad.

het goederenrecht.[12] Het is dus nog niet duidelijk wat er precies wordt verstaan onder een 'werk' in de zin van artikel 5:20 BW. Wel is duidelijk dat er in de praktijk veelvuldig gebruik wordt gemaakt van opstalrechten voor (onder andere) duurzame apparatuur.

Maar dit is niet de enige onzekerheid met betrekking tot het opstalrecht. Een andere relevante vraag is of het mogelijk is om een opstalrecht te vestigen voor de afscheiding van een bestanddeel. De wet gaat namelijk uit van een eenheid van de hoofdzaak en het bestanddeel (het eenheidsbeginsel van artikel 5:3 BW). Ook ten aanzien hiervan verschillen auteurs van mening. Zo zijn er auteurs die betogen dat het opstalrecht zich alleen leent om de natrekking van artikel 5:20 lid 1 sub e BW te voorkomen of doorbreken, en niet tevens om bestanddeelvorming te voorkomen of doorbreken en andere auteurs die menen dat het opstalrecht ook gebruikt kan worden om de eigendom van een bestanddeel af te scheiden van de hoofdzaak.[13] Onder andere Bartels (deel uitmakende van deze laatste groep auteurs) ziet het door hem ingenomen standpunt ondersteund in het arrest *Chemours/Stedin* van 8 januari 2018.[14]

Duidelijk is dus dat het onzeker is of het opstalrecht in iedere situatie gevestigd kan worden. Dat is een eerste nadeel van het opstalrecht. Een ander nadeel is dat een opstalrecht enkel gevestigd kan worden door middel van een notariële akte en de inschrijving daarvan in de openbare registers. Dat is noodzakelijk om derdenwerking en daarmee rechtszekerheid te verkrijgen, maar dat kost tegelijk tijd en geld en kan daarom in praktijk een belangrijk bezwaar vormen bij het op grote schaal verhuren van duurzame apparatuur. Daarnaast bestaan er praktische bezwaren voor de verhuurders. Denk bijvoorbeeld aan het feit dat de verhuurder voor iedere woningeigenaar die iets wil huren (en dat kunnen (vele) duizenden klanten zijn) langs de notaris zal moeten, dat sommige huurders niet mee willen werken aan het vestigen van een opstalrecht waardoor de verhuurder mogelijk een klant verliest, dat sommige huurders steeds nieuwe aanvullende apparatuur wensen te huren waardoor partijen weer opnieuw langs de notaris moeten, dat sommige hypotheekhouders niet mee willen werken aan rangwisseling, et cetera. Dit alles kan reden zijn om uit te wijken naar een andere rechtsfiguur.

6. Erfpachtrecht

Een alternatief voor het vestigen van een opstalrecht is het vestigen van een erfpachtrecht. Een erfpachtrecht resulteert niet – zoals dat bij het opstalrecht wel het geval is – in een splitsing van de eigendom. De opstalgerechtigde verkrijgt uit hoofde van het opstalrecht een eigendomsrecht op de opstal. De erfpachtgerechtigde verkrijgt uit hoofde van het erfpachtrecht een gebruiksrecht om de onroerende zaak van een ander te gebruiken als ware hij eigenaar (zie artikel 5:85 lid 1 BW). Het eigendomsverlies wordt dus in eerste instantie niet voorkomen. Dat hoeft echter geen probleem te zijn. Het erfpachtrecht kan als volgt gebruikt worden.

De huurder (dus de eigenaar van de woning) vestigt een erfpachtrecht op zijn grond. Dit geeft de verhuurder het recht om de onroerende zaak van de huurder te gebruiken (artikel 5:85 lid 1 BW). Het genot wordt beperkt tot het stukje grond of het gedeelte van de woning waar de apparatuur wordt geplaatst.[15] De verhuurder is dan bevoegd om op die bepaalde locatie zijn apparatuur aan te brengen. Op basis van artikel 5:89 lid 3 BW kan de verhuurder de onverplicht aangebrachte apparatuur te allen tijde wegnemen. De verhuurder/erfpachter heeft dus een wegneemrecht. Het zal echter vaak gaan om verplicht aangebrachte apparatuur. De verhuurder is dit immers verplicht op basis van de met de woningeigenaar gesloten overeenkomst. Blijkens de eerste zin van artikel 5:89 lid 3 BW kan hier echter in de vestigingsakte van af worden geweken. Er kan dus overeengekomen worden dat artikel 5:89 lid 3 BW ook geldt voor verplicht aangebrachte apparatuur. In de erfpachtvoorwaarden kan het wegneemrecht van de verhuurder eventueel worden ingeperkt. Er kan bijvoorbeeld worden afgesproken dat de verhuurder de apparatuur uitsluitend weghaalt wanneer er sprake is van bijvoorbeeld wanbetaling, faillissement, schuldsanering, einde van de huurovereenkomst, et cetera.

Het voordeel van het gebruik van een erfpachtrecht is dat er over de mogelijkheid van het vestigen van een erfpachtrecht ten behoeve van een bestanddeel op dit moment geen discussie bestaat. Het erfpachtrecht wordt gevestigd op het gehele perceel en wordt in de erfpachtvoorwaarden ingeperkt tot een bepaald gedeelte. Omdat een erfpachtrecht geen scheiding aanbrengt in de eigendom is deze constructie niet in strijd met het eenheidsbeginsel. Het nadeel van het erfpachtrecht is dat ook een erfpachtrecht wordt gevestigd door middel van een notariële akte en de inschrijving daarvan in de openbare registers. De bezwaren hiertegen zijn benoemd in paragraaf 5.

7. Kwalitatieve verplichting

Partijen kunnen in de huurovereenkomst een kwalitatieve verplichting overeenkomen die inhoudt dat de huurder (als eigenaar van de woning) moet dulden dat de verhuurder de apparatuur mag verwijderen bij het einde van de huurovereenkomst of bij andere in de huurovereenkomst genoemde situaties (artikel 6:252 lid 1 BW). Ook ten

12. Zie hierover ook A-G P.J. Wattel in zijn concl. bij HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AD3578, punt 3.12 (*Kabel*).
13. Zie in algemene zin F.J. Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:101 BW, aant. 1.9 en in het bijzonder onder meer H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden) Deventer: Kluwer 1997, p. 213, E.C.M. Wolfert, 'Bestanddeel of zaak? Over het onderscheid en de samenhang tussen de artikelen 3:4 en 5:20 BW (II, slot)', *WPNR* 2003, afl. 6525, p. 284-285 en F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 61-62, die zeggen dat het opstalrecht niet gebruikt kan worden om bestanddeelvorming te voorkomen en S.E. Bartels in *JOR* 2018/114 en P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (Onderneming & Recht, nr. 94), Deventer: Wolters Kluwer 2016 die zeggen dat het – onder omstandigheden – wel kan.
14. HR 8 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:12, r.o. 3.5.4.
15. Zie hierover ook P.J. van der Plank & D. de Jong, 'Instrumenteel gebruik van het recht van erfpacht in het kader van circulair bouwen', *WPNR* 2019, afl. 7224, p. 64-70.

aanzien van de kwalitatieve verplichting bestaat geen onzekerheid over het gebruik ervan ten behoeve van duurzame apparatuur. De kwalitatieve verplichting kent bovendien niet de totstandkomingseis van de notariële akte plus inschrijving. Maar, zonder notariële akte en inschrijving heeft de verplichting geen derdenwerking (artikel 6:252 lid 2 BW). Indien de woningeigenaar zijn woning verkoopt, is de nieuwe eigenaar dus niet gebonden aan de (niet ingeschreven, niet kwalitatieve) verplichting.
Ook bij de kwalitatieve verplichting is in geval van faillissement van de huurder een curator verplicht een (ingeschreven) kwalitatieve verplichting tot een dulden na te komen. Dit maakt de (ingeschreven) kwalitatieve verplichting faillissementsproof.[16, 17]

8. Kans voor het huurrecht?

Uit het voorgaande volgt dat de het opstalrecht, erfpachtrecht en de kwalitatieve verplichting goede opties kunnen zijn om de eigendom van de verhuurder veilig te stellen. De vraag is of er ook een voor de verhuurder veilige manier is om zijn apparatuur te verhuren (dus zonder dat hij zijn eigendom verliest en) zonder dat hij met de (wellicht onwelwillende) huurder een opstalrecht, erfpachtrecht of kwalitatieve verplichting hoeft te vestigen. Mogelijk biedt het huurrecht kansen.

8.1. Wegbreekrecht van de huurder

Het huurrecht kent voor de huurder een wegbreekrecht. Artikel 7:216 BW bepaalt – kort gezegd – dat de huurder het recht heeft om door hem aangebrachte veranderingen en toevoegingen ongedaan te maken, mits hij het gehuurde in de oorspronkelijke toestand terugbrengt. De achtergrond van dit artikel is dat men het onrechtvaardig achtte dat een huurder waarde toevoegt aan de onroerende zaak van de verhuurder en de verhuurder dit zomaar over kon nemen bij het einde van de huur. De verhuurder zou in dat geval (ongerechtvaardigd) verrijkt worden en de huurder moet dan via de weg van artikel 6:212 BW proberen een vergoeding voor zijn toevoegingen te krijgen. De nadelen hiervan zijn reeds in paragraaf 3.4 benoemd. Om die reden heeft de wetgever de huurder de mogelijkheid gegeven om door hem aangebrachte toevoegingen weer weg te nemen. Doet de huurder dit niet, dan kan hij onder omstandigheden een vergoeding vorderen voor zijn toevoegingen. Dit kan blijkens artikel 7:216 lid 3 BW enkel voor zover artikel 6:212 BW dit toelaat.

8.2. Wegbreekrecht vs. natrekking

In de afgelopen jaren is de vraag vaak aan de rechter voorgelegd of het wegbreekrecht – mits dit niet is weggecontracteerd in de huurovereenkomst – standhoudt indien er sprake is van natrekking. Uit de jurisprudentie volgt dat het wegbreekrecht de huurder inderdaad de bevoegdheid geeft om de natrekking ongedaan te maken.[18] Ook in faillissement geldt dat een curator het wegbreekrecht van de huurder dient te respecteren.[19] Dit wegbreekrecht blijft ook bestaan indien hetgeen door de huurder is aangebracht bestanddeel is geworden van de hoofdzaak en het aangebrachte daarmee zijn zelfstandigheid heeft verloren.[20] De enkele eis is dat de huurder het gehuurde weer in oorspronkelijke toestand terug kan brengen.

8.3. Wegbreekrecht van de verhuurder

Voor een verhuurder is een dergelijk wegbreekrecht niet in de wet opgenomen. Dat is vanuit historisch oogpunt goed verklaarbaar. Immers, ten tijde van de totstandkoming van de wetgeving over het wegbreekrecht voor de huurder en tot voor kort werd het met name nodig geacht dat de huurder wordt beschermd. Bovendien zal er wellicht nog geen voorbeeld denkbaar zijn geweest waarin de verhuurder met het verhuurde waarde toevoegt aan de eigendom van de huurder. In de huidige economie waarin duurzaamheid en circulariteit een steeds belangrijkere rol spelen, is dat anders. Dit maakt dat er vandaag de dag mogelijk wél behoefte is aan een wegbreekrecht voor verhuurders.

Dat er geen wegbreekrecht is voor verhuurders zorgt voor stagnatie in de verduurzaming van de gebouwde omgeving. Verhuurders van duurzame apparatuur kunnen terughoudend zijn bij de verhuur van apparatuur, uit angst hun (kostbare) eigendom te verliezen. Zoals gezegd is het vestigen van een opstal- of erfpachtrecht of een kwalitatieve verplichting vaak niet wenselijk omdat deze route tijd en geld kost en daarbij bezwaarlijk is, omdat de verhuurder voor ieder verhuurd object langs de notaris moet. Deze gang naar de notaris kan er ook voor zorgen dat een huurder afziet van de huur van de duurzame apparatuur, terwijl het met het oog op de klimaatdoelen nu juist zo belangrijk is dat de gebouwde omgeving (snel) verduurzaamd wordt. Een oplossing is dus nodig, en het liefst nu.
De situatie van de huurder die de wetgever voor ogen stond bij het ontwerp van het wegbreekrecht is gelijk aan de situatie waarin de verhuurders van duurzame apparatuur zich nu bevinden. Immers, in dit 'omgekeerde' geval voegt de verhuurder waarde toe aan het eigendom van de huurder, zonder hier iets voor terug te krijgen. In dat geval wordt de huurder (ongerechtvaardigd) verrijkt ten koste van de verhuurder. Zou de verhuurder dan niet ook een (wegneem)recht van soortgelijke strekking moeten

16. N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, annotatie bij Hoge Raad 11 juli 2014, *JOR* 2015/175 (*Berzona*); T.T. van Zanten, 'Geen Nebula, maar Berzona: de curator heeft toch geen recht op wanprestatie!', *TvI* 2014/36 en HR 23 maart 2018, *NJ* 2018/290 (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*).
17. Overigens is de curator ook verplicht de kwalitatieve verplichting na te komen (en dus te dulden dat de verhuurder zijn apparatuur weghaalt) indien deze niet is ingeschreven in de openbare registers. De curator mag ten aanzien van deze overeenkomst namelijk niet actief wanpresteren. Indien de curator de woning verkoopt voordat de verhuurder zijn spullen heeft verwijderd, vervalt de niet ingeschreven kwalitatieve verplichting wel en is de verhuurder zijn eigendom verloren.
18. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 14 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1289, r.o. 5.3 en Rb. Noord-Holland 25 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11663.
19. Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Holland 25 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11663; Rb. Noord-Holland 20 december 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:11385.
20. Zie bijvoorbeeld Rb. Zeeland-West-Brabant 22 mei 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:CA1252.

toekomen? De wet kent tot op heden geen zelfde of soortgelijk recht voor de verhuurder, althans dat is niet met zoveel woorden in de wet opgenomen. Toch biedt het huurrecht kansen.

Een eerste mogelijkheid is het omdraaien van de rollen in de huurovereenkomst. De woningeigenaar verhuurt een deel van zijn woning (bijvoorbeeld een deel van zijn dak) aan de verhuurder van de apparatuur. De verhuurder van de apparatuur wordt huurder van het stukje dak. De eigenaar van de apparatuur is in dat geval (als huurder van het dak) bevoegd om apparatuur op het gehuurde te plaatsen.[21] Wanneer de huurovereenkomst eindigt, heeft de eigenaar van de apparatuur op basis van artikel 7:216 BW een (faillissementsproof) wegbreekrecht. Om te kunnen kwalificeren als huur is het wel verplicht dat de eigenaar van de apparatuur zich verbindt tot een tegenprestatie (zie artikel 7:201 BW). Dit hoeft echter niet per se een geldelijke tegenprestatie te zijn. Zo is het ook mogelijk om het leveren van service- of onderhoudsdiensten als tegenprestatie overeen te komen.

Dit lijkt een (op papier) mooie constructie, maar in de praktijk zullen veel woningeigenaren er weinig voor voelen om een deel van hun woning te gaan verhuren voor de aanschaf van duurzame apparatuur. Bovendien zal in veel hypotheekvoorwaarden een goedkeuringsrecht zijn opgenomen voor de hypotheekhouder bij voorgenomen verhuur. Een andere oplossing is dus gewenst.
Men is hard op zoek naar die oplossing. Zo wordt er onderzoek gedaan naar bijvoorbeeld het aanpassen van de natrekkingsregels en het uitbreiden van het opstalrecht. Op beide oplossingen is kritiek geuit. Wat de oplossingen gemeen hebben is dat het tijd vergt om het in te voeren, terwijl een oplossing nu nodig is. Daar komt bij dat toekomstige wetgeving (waarschijnlijk) geen invloed heeft op alle huurovereenkomsten die in het verleden zijn aangegaan en waar geen beperkt recht of kwalitatieve verplichting is gevestigd. Die verhuurders zijn hun eigendom al kwijt.

8.4. Opleveringsverplichting van de huurder

Zoals gezegd ontbreekt een wettelijk wegbreekrecht of een recht van gelijke strekking voor de verhuurder. Wellicht kan artikel 7:224 lid 1 BW uitkomst bieden. Dat artikel bepaalt dat de huurder verplicht is het gehuurde bij het einde van de huur weer ter beschikking van de verhuurder te stellen. In andere woorden, wanneer de verhuurder zonnepanelen op het dak van de huurder heeft geïnstalleerd en de huurovereenkomst met betrekking tot die zonnepanelen eindigt om welke reden dan ook, dan is de huurder gehouden het gehuurde – de zonnepanelen – weer ter beschikking te stellen aan de verhuurder. Uit deze verplichting van de huurder volgt dus een recht van de verhuurder om na het einde van de huurovereenkomst weer de beschikking te krijgen over hetgeen hij verhuurd heeft. Uit paragraaf 8.2 volgt dat in de rechtspraak meermaals is bevestigd dat het wegbreekrecht van de huurder de natrekking ongedaan maakt. Oftewel, het huurrecht 'wint' het in dat geval van het goederenrecht. Waarom zou dit anders zijn in geval van een beroep van de verhuurder op artikel 7:224 lid 1 BW? Ook in dat geval zou het huurrecht het dan moeten winnen van de natrekking. En ook hier zou de curator bij faillissement van de huurder verplicht moeten zijn om het recht van verhuurder om te beschikken over het gehuurde te respecteren en dus de – in principe in eigendom aan de failliete huurder toebehorende – duurzame apparatuur aan verhuurder terug te geven, althans te dulden dat de verhuurder zijn apparatuur weg komt nemen.
In artikel 7:224 lid 1 BW zou dus een soort wegbreekrecht van de verhuurder gelezen kunnen worden, zij het dat dit artikel de verhuurder niet de bevoegdheid geeft om het door hem aangebrachte zelf te verwijderen. Strikt genomen is het aan de huurder om de verhuurder weer de beschikking te geven over het gehuurde. In ieder geval is het gevolg dat – al dan niet na een gang naar de rechter – de verhuurder zijn eigendom terugkrijgt.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 9 juni 2006 geoordeeld dat de teruggaveverplichting van artikel 7:224 BW een verplichting van de huurder betreft en dat de curator die verplichting in faillissement van de huurder niet heeft.[22] Het is echter – vanuit vastgoedrechtelijk perspectief – wenselijk dat het recht van de verhuurder om op grond van artikel 7:224 lid 1 BW zijn apparatuur terug te vorderen wel standhoudt in faillissement. Het is wat ons betreft moeilijk verdedigbaar dat een huurder die waarde toevoegt aan de eigendom van een verhuurder wel een faillissementsbestendig wegbreekrecht heeft, maar de verhuurder die waarde toevoegt aan de eigendom van de huurder niet. Waarschijnlijk heeft deze omgekeerde situatie de wetgever bij de parlementaire behandeling niet voor ogen gestaan. Wel is duidelijk dat het de wetgever voor ogen stond om het eigendomsrecht te beschermen van personen die waarde toevoegen aan iets wat door hen wordt gehuurd.

In deze tijd waarin verduurzaming een belangrijke plaats inneemt, is het van belang om artikel 7:224 lid 1 BW zo uit te leggen en (wetshistorisch en/of teleologisch) te interpreteren dat ook de verhuurder een wegbreekrecht heeft, of op zijn minst een faillissementsbestendige aanspraak op de teruggave van de apparatuur heeft. Mocht dit niet mogelijk blijken, dan is het wellicht niet eens nodig om de aloude rechtsbeginselen van bestanddeelvorming en natrekking aan te passen of het opstalrecht op te rekken zoals in de literatuur wel wordt geopperd. Zou er (om te beginnen) volstaan kunnen worden met het toevoegen van een wegbreekrecht van de verhuurder of een soortgelijk recht? Uiteraard bestaat hier het bezwaar van de rechtsonzekerheid, omdat er geen inschrijving in de openbare registers plaatsvindt, maar dat gebeurt ook niet bij de veranderingen en toevoegingen van de huurder die hij weg kan breken op grond van artikel 7:216 BW. Bovendien is de verhuurder (maar ook de huurder) van duurzame apparatuur erbij gebaat om geen notariële akte te hoeven (laten) opstellen en inschrijven. Of dit (mede

21. Eventueel met toestemming van de woningeigenaar indien er sprake is van een wijziging van de inrichting of gedaante van het gehuurde (zie artikel 7:215 BW).
22. HR 9 juni 2006, *NJ* 2007/21.

met het oog op het belang van verduurzaming) belangrijker is dan het dienen van de rechtszekerheid is een tweede vraag.

9. Conclusie

Bij de verhuur van duurzame apparatuur zal de verhuurder de eigendom van zijn apparatuur na de installatie in of op een woning zeer waarschijnlijk verliezen vanwege bestanddeelvorming of verticale natrekking. Er is een aantal rechtsfiguren die de eigendom van de verhuurder veilig kunnen stellen, zoals het vestigen van een opstal- of erfpachtrecht of een kwalitatieve verplichting. Elk rechtsfiguur kent zijn nadelen. De drie opties hebben gemeen dat een (mogelijke) huurder terughoudend kan zijn met het huren van duurzame apparatuur als dat betekent dat hij verplicht bij de notaris (beperkte) rechten moet laten vastleggen in een notariële akte. Het is goed denkbaar dat een huurder zonder kennis ten aanzien van deze onderwerpen afziet van de huur, omdat hij de eventuele gevolgen niet kan overzien. Dit komt het bedrijfsmodel van verhuurders en daarmee de verduurzamingsslag in Nederland niet ten goede.

Er wordt onderzoek gedaan naar oplossingen. Deze oplossingen kosten echter veel tijd, omdat dit in veel gevallen zal moeten leiden tot een aanpassing van de wet. Die tijd is er niet. Althans, het is wenselijk dat er nu een oplossing komt.
Wij hebben onderzocht of het huurrecht een oplossing kan bieden. Het huurrecht kent voor de huurder een faillissementsbestendig wegbreekrecht indien de huurder iets toevoegt aan het gehuurde (dus: aan de eigendom van de verhuurder). Omgekeerd bestaat een dergelijk (faillissementsbestendig) wegbreekrecht niet voor de verhuurder. Een wetshistorische en/of teleologische interpretatie van het huurrecht zou het mogelijk kunnen maken om de verhuurder een soortgelijk recht toe te kennen. Hoewel er nog wel wat vragen te bedenken zijn, zoals de vraag hoe dit recht zich verhoudt tot andere huur- en verbintenisrechtelijke bepalingen, zou deze route tot een praktische oplossing kunnen leiden. In deze bijdrage is geen ruimte om bij alle (huur- en verbintenisrechtelijke) vragen stil te staan. Wat ons betreft staat in ieder geval vast dat dit nader onderzoek verdient.

Aanbestedingsrecht

Ruben Chee
Severijn Hulshof

Aanbestedende dienst valt door de mand: 6 jaar na aanbesteding schadeplichtig

Rechtbank Midden-Nederland heeft onlangs een interessant vonnis (d.d. 10 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3919) gewezen waarin een aanbestedende dienst via een WOB-verzoek door de mand viel. De aanbestedende dienst bleek te hebben gegund aan de opdrachtnemer, een vennootschap in oprichting die zelf niet beschikte over de vereiste referenties en bij inschrijving geen beroep had gedaan op een derde voor de vereiste referenties. Toch gunde de aanbestedende dienst aan deze partij en verzekerde de opvolgend inschrijver tijdens de aanbesteding dat dit geverifieerd en akkoord bevonden was. Vijf jaar later bleek die informatie – na een WOB-verzoek – onjuist en bleek dat pas na inschrijving een beroep gedaan was op referenties van de moedermaatschappij.
De opvolgend inschrijver startte zes jaar na aanbesteding een bodemprocedure en de rechtbank stelde vast dat de gemeente schadeplichtig is (nader op te maken bij staat). In dit artikel focus ik mij op de interessante juridische aanloop naar die schadeplichtigheid, waarbij de rechtbank principiële uitgangspunten neemt ten aanzien van het *Grossmann*-arrest[1] en het causaal verband en de schade. Deze uitgangspunten zal ik ook in breder perspectief plaatsen aan de hand van eerdere rechtspraak.

Onrechtmatige gunning

In onderhavige zaak stelde de rechtbank allereerst vast dat sprake was van onrechtmatig handelen door de onrechtmatige gunning aan de opdrachtnemer. Een paar jaar na de aanbesteding wist eiseres (de opvolgend inschrijver) via een WOB-verzoek belangrijke informatie boven tafel te krijgen. Uit een advies van een advocaat van de gemeente – dat kennelijk niet als bedrijfsvertrouwelijk was aangemerkt – bleek dat de vermoedens van de nummer twee tijdens de aanbesteding klopten. De gegunde opdrachtnemer beschikte op het moment van inschrijven niet over de vereiste referenties en had geen beroep gedaan op een derde om te kunnen voldoen. Dat heeft hij pas achteraf – na inschrijving – gedaan.
Eiseres diende korte tijd na ontvangst van de informatie conform het WOB-verzoek en voorafgaand aan onderhavige procedure een klacht in bij de Commissie van Aanbestedingsexperts, die oordeelde dat daarmee ten onrechte gegund was aan de opdrachtnemer en dat het inschrijvingsgebrek conform vaste rechtspraak niet voor herstel vatbaar was.[2]
In het vonnis neemt rechtbank Midden-Nederland het advies van de Commissie over. De onrechtmatige gedraging staat aldus vast.

Grossmann-verweer slaagt niet

De gemeente verweert zich met de stelling dat eiseres onvoldoende proactief gehandeld heeft door pas zo laat in rechte te klagen over de onrechtmatige gunning. Daarmee zou de nummer twee haar rechten hebben verwerkt op grond van de Grossmann-doctrine.[3] Daar maakt de rechtbank korte metten mee, omdat er een schadevergoeding gevorderd wordt in plaats van een andere gunningsbeslissing, vergelijk rechtsoverweging 3.22:

‘Vooropgesteld wordt dat in deze zaak niet de zogenoemde Grossmann-doctrine van toepassing is, die het bijzondere belang van rechtszekerheid beschermt als een ondernemer een gunningsbeslissing aanvecht en een andersluidende gunningsbeslissing probeert te bewerkstelligen. [eiseres] vordert schadevergoeding, zodat dit bijzondere belang van rechtszekerheid niet speelt.’

Dit is in lijn met eerdere rechtspraak over de Grossmann-doctrine bij schadevergoedingszaken in het aanbestedingsrecht. Een rechtsverwerkingsverweer kan alleen opgaan ten aanzien van gebreken die de klager al vóór aanmelding c.q. inschrijving kenbaar waren of hadden moeten zijn. En dat was in onderhavige zaak niet het geval, de aanbestedende dienst had na verificatie namelijk gesteld dat de inschrijving van de winnaar gewoon voldeed. In de rechtspraak wordt in dergelijke gevallen aangenomen dat het mogelijk is om ruimschoots na definitieve gunning een schadevordering in te stellen voor een onrechtmatige gunning.[4]

Er is evenwel ook jurisprudentie voorhanden waarin over de band van rechtsverwerking wel wordt geoordeeld dat onvoldoende proactief gehandeld is door in een laat stadium pas een schadevordering in te stellen, vergelijk bijvoorbeeld Rb. Overijssel 10 april 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1240. Daarin oordeelde de rechtbank[5] dat eiseres in die kwestie door niet in te schrijven op de aanbesteding en geen vragen te stellen het gerechtvaardigd vertrouwen wekte dat zij nadien en zeker niet vijf jaar later een schadevordering zou instellen. Een dergelijk trage aanpak verhoudt zich volgens de rechtbank niet met de nu eenmaal vereiste rechtszekerheid binnen het aanbestedingsrecht. Met Heijnsbroek[6] ben ik van mening dat rechtbank Overijssel rechtsverwerking in die kwestie te ruimhartig toepaste, omdat eiseres in die kwestie uit nieuwsberichten van ver na aanbesteding pas kon opmaken dat de gegunde optie aan de opdrachtnemer onrechtmatig was. In dat kader oordeelt rechtbank Midden-Nederland in onderhavige zaak dat eiseres wel degelijk voldoende proactief handelde, omdat nieuwe informatie naar boven kwam via het WOB-verzoek, daarna meteen een klacht is ingediend bij de Commissie en na het advies voortvarend is gehandeld door het aanhangig maken van onderhavige bodemprocedure. Dat deze procedure vijf à zes jaar na de gunning wordt gevoerd, is daarmee te verklaren volgens de rechtbank en

komt niet voor rekening en risico van eiseres. Aan het eigen-schuld-verweer dat onvoldoende proactief gehandeld is door eiseres en een deel van de schade voor haar rekening zou moeten komen, gaat de rechtbank gelet daarop voorbij.

Schade en causaal verband

Nu de gunningsbeslissing onrechtmatig is jegens eiseres en zij de als tweede gerangschikte inschrijver was, neemt de rechtbank als uitgangspunt dat de opdracht aan eiseres zou zijn gegund. Het bestaan van schade en een causaal verband tussen de gunningsbeslissing en die schade – die bestaat uit winstderving – is in beginsel gegeven.[7] Aldus wordt aansprakelijkheid in principe aangenomen, tenzij de aanbestedende dienst aan de hand van feitelijke en concrete gegevens kan aantonen dat dat anders is. De rechtbank stelt dat dat slechts bij uitzondering kan worden aangenomen.

Dit uitgangspunt lijkt logisch, maar de praktijk wijst uit dat rechtbanken gevoelig zijn voor het argument van aanbesteders dat het causaal verband ontbreekt omdat zij toch niet zouden zijn overgegaan tot gunning aan de opvolgend inschrijver. Vrij recentelijk oordeelde de voorzieningenrechter van rechtbank Den Haag[8] bijvoorbeeld dat de aanbestedende dienst voldoende aannemelijk maakte dat de opdracht niet aan de nummer twee zou zijn gegund. De aanbestedende dienst en het hoogheemraadschap voerden tijdens de aanbesteding overleg over de diverse scenario's voor het geval de inschrijvers niet aan de gestelde eisen zouden voldoen. Het hoogheemraadschap betoogde dat het in dat geval de opdracht niet via een dergelijke aanbestedingsprocedure in de markt zou zetten, maar als opdracht onder een lopende overeenkomst zou plaatsen. Daar nam de rechtbank genoegen mee, waardoor het causaal verband ontbrak.

In onderhavige zaak voerde de Gemeente Utrecht aan dat als de opdracht niet aan A zou zijn gegund, zij de aanbesteding zou hebben ingetrokken en van gunning zou hebben afgezien vanwege een te lage afdracht. De rechtbank vindt het onvoldoende aannemelijk dat de gemeente de aanbesteding op deze grond zou hebben ingetrokken en zou hebben afgezien van deze opdracht. Eiseres is ondanks de relatief lage afdracht volgens de toepasselijke gunningscriteria als tweede gerangschikt. Met toepassing van de gewogen gunningcriteria stond de lagere afdracht er dus niet aan in de weg dat eiseres hoog uitkwam. Het betoog van de Gemeente Utrecht dat de afdracht zeer belangrijk was, kan aan het gegeven dat eiseres als tweede werd gerangschikt dus niets afdoen, aldus de rechtbank.

Evenmin is aannemelijk dat de gemeente tot intrekking en heraanbesteding zou zijn overgaan, zoals zij subsidiair betoogt. De gemeente heeft in dat kader aangevoerd dat zij er ook voor zou hebben kunnen kiezen om de opdracht aan te besteden in meerdere percelen en de opdracht dus wezenlijk te wijzigen. De rechtbank maakt daar korte metten mee en noemt dit in haar vonnis een gelegenheidsargument. De rechtbank acht het niet aannemelijk dat de gemeente de opdracht zou hebben opgesplitst, gelet op het door haar gestelde belang bij een zo hoog mogelijke afdracht.

Tot besluit

Deze uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland laat zien dat een onrechtmatige gunning zes jaar na dato nog als een boemerang terug kan komen in het gezicht van de aanbestedende dienst. De rechtbank neemt tot uitgangspunt dat aansprakelijkheid voor schade aan de opvolgend inschrijver bij de onrechtmatige gunning in principe vaststaat en dat de aanbestedende dienst zich daar slechts bij uitzondering tegen kan verweren. Dit wijkt af van eerdere rechtspraak waarin aanbestedende diensten in dergelijke situaties er vaak toch nog gemakkelijk van afkomen met een verklaring dat zij de aanbesteding zouden hebben ingetrokken en opnieuw zou aanbesteden. Daar nam deze rechtbank in dit geval geen genoegen mee.

---

1. HvJ EU 12 februari 2004, C-230/02 (*Grossmann*). Daarin heeft het Hof bepaald dat van een inschrijver mag worden verwacht dat hij bezwaren tegen een aanbestedingsprocedure zo spoedig mogelijk kenbaar maakt aan de aanbestedende dienst, en wel op een moment waarop de aanbestedende dienst daar nog actie op kan ondernemen. Een inschrijver is te laat als hij pas na de uitkomst van de aanbesteding klaagt over de aanbestedingsprocedure (rechtsverwerking).
2. Commissie van Aanbestedingsexperts, advies 465 van 27 september 2018.
3. HvJ EU 12 februari 2004, C-230/02 (*Grossmann*).
4. Rb. Gelderland 11 januari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1135, r.o. 4.2; Rb. Gelderland 18 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7721, r.o. 4.6; Rb. Amsterdam 14 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9752, r.o. 4.3.
5. Zie r.o. 4.10 en 4.11.
6. P. Heijnsbroek, 'Rechtsverwerking (te) ruimhartig toegepast', *JAAN* 2019/4.
7. Vergelijk in dezelfde zin: Rb. Noord-Nederland 7 november 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:5503, r.o. 4.9.
8. Rb. Den Haag 15 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4916.

Duurzaamheid

Eelkje van de Kuilen
AKD

Duurzaamheid: hoe staat het ervoor in de corporatiesector?

Corporaties worden gezien als de startmotor voor de verduurzaming van de gebouwde omgeving in Nederland. In een eerdere bijdrage[1] lichtte ik toe dat het zetten van stappen in de verduurzamingsopgave door corporaties nog niet zo eenvoudig is. Corporaties hebben te maken met beperkingen qua financiën en regelgeving. Het afgelopen jaar is er het nodige gebeurd. Net voor het zomerreces van 2020 verscheen het rapport *Opgaven en middelen corporatiesector*,[2] een onderzoek van drie ministeries en Aedes. De conclusies uit dit rapport zijn helder: met de huidige financiële mogelijkheden kan er tot 2035 € 30 miljard aan maatschappelijke opgaven niet opgepakt worden. Een paar dagen later werd het wetsvoorstel tot wijziging van de Woningwet bij de Tweede Kamer ingediend. Met een aantal wijzigingen wil de minister de mogelijkheden voor corporaties om te verduurzamen verruimen. Maar bieden deze wijzigingen nu voldoende soelaas? Worden de beperkingen nu echt opgeheven? In deze bijdrage licht ik dit verder toe.

Rapport Opgaven en middelen corporatiesector

Allereerst aandacht voor het deze zomer verschenen rapport over de opgaven en de middelen in de corporatiesector. Dit rapport volgde op de in november 2018 door de Tweede Kamer aangenomen motie-Ronnes c.s.[3] In deze motie gaven Ronnes c.s. aan dat corporaties een belangrijk deel van de opgave voor uitbreiding van de woningvoorraad en verduurzaming van de (bestaande) woningvoorraad moeten gaan oppakken, maar dat de totale financiële slagkracht van de corporatiesector daarvoor wel in balans moet zijn met de maatschappelijke opgaven. Ronnes c.s. verzochten de regering om te onderzoeken hoe, gegeven de financiële positie van corporaties en hun maatschappelijke opgaven, op de korte en lange termijn bereikt kan worden dat de maatschappelijke opgaven voor de uitbreiding van de woningvoorraad en de verduurzaming (en nog een aantal andere aspecten qua maatschappelijke opgaven) in voldoende mate worden opgepakt.
Naar aanleiding van deze motie hebben het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, het Ministerie van Financiën, het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat en Aedes gezamenlijk een onderzoek verricht. Daarbij zijn het huidig beleid, wetten en regels als uitgangspunt gehanteerd. Uit het onderzoek blijkt dat als corporaties tot de grenzen van hun financiële mogelijkheden en die van het stelsel gaan, er tot en met 2035 voor circa € 30 miljard aan maatschappelijke opgaven (een kwart van de totale opgave) niet gerealiseerd worden. Onderdeel van die maatschappelijke opgave is de verduurzaming. In het onderzoek rekent men met een verduurzaming van 100 000 corporatiewoningen in de eerste jaren, oplopend tot in totaal 450 000 bestaande woningen in 2030. Daarbij houdt men ook rekening met een huurverhoging conform het Sociaal Huurakkoord.[4] De huurverhogingen zijn echter onvoldoende om de hogere onderhoudskosten voor de installaties te dekken. Een cv-ketel is qua onderhoud namelijk veel goedkoper dan een warmtepomp. De kosten van de verduurzaming worden eenvoudigweg niet door de corporatie terugverdiend.
Ook op andere vlakken ligt er een opgave. Denk bijvoorbeeld aan de benodigde nieuwbouw voor het tekort aan sociale woningbouw. Helder is dat corporaties niet aan die maatschappelijke opgaven kunnen voldoen. Een oplossing is uiteraard om de verduurzamingsambitie te verlagen of om de noodzakelijke nieuwbouw maar deels te realiseren. In het onderzoek is ook gekeken naar andere oplossingen. Het volgende schema geeft dat helder weer:

	Maatvoering voor corporaties	Effect op tekort (€)	Bron
Verlagen tarief verhuurderheffing	Halvering	-21 mld	Rijksbegroting
ATAD1 earningsstrippingsmaatregel	€ 3 mln	-0,4 mld	Rijksbegroting
Investeringssubsidies	€ 250 mln p/j	-3 mld	Rijksbegroting
Boveninflatoire huursomverhoging	+0,5%	-20 mld	Huurprijs
Hogere huurgrenzen bij duurzame nieuwbouw	nvt	-5 mld	Huurprijs
Lage middenhuur bij DAEB	€ 42.000	+2,5 mld	Huurprijs
Verkleinen corporatiedoelgroep	€ 35.000	-10 mld	Overige woningmarkt
Regionale verminderingen verhuurderheffing	€ 250 mln p/j		
Met tariefsverhoging		-0,4 mld	Herverdeling
Zonder tariefsverhoging		-3,8 mld	Rijksbegroting

Deze tabel bevat geen limitatieve opsomming, maar is vooral ook bedoeld ter inspiratie. Het is nu aan de politiek om het verder op te pakken. De minister heeft bij de publicatie van het rapport erkend dat er sprake is van een structurele disbalans tussen opgaven en middelen, die structurele oplossingen vergt.[5] Dit najaar werkt zij een aantal oplossingsrichtingen uit. Daarbij geeft ze aan dat de oplossingen op hoofdlijnen zijn in te delen in een lastenverlichting voor corporaties, het verhogen van hun (huur)inkomsten of het aanpassen van de maatschappelijke opgaven waarvoor zij aan de lat staan. Terecht merkt ze daarbij op dat elke oplossingsrichting een prijs heeft, de huurders moeten bijvoorbeeld meer betalen of het Rijk ontvangt minder inkomsten. Het is mooi dat het tekort aan middelen wat men al jaren ziet in de corporatiesector erkend wordt door dit rapport. Daadwerkelijke stappen zullen er echter op korte termijn niet gezet worden. De minister geeft nu al aan dat het aan een volgend kabinet is om een structurele oplossing te treffen. Kortom, de financiële problematiek wordt op korte termijn niet voldoende aangepakt.

Evaluatie Woningwet

Het rapport over de opgaven en middelen zal vermoedelijk doorwerken in de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel tot wijziging van de Woningwet.[6] De Woningwet is per 1 juli 2015 fors herzien. Daarbij werd aangegeven dat de herziene maatregelen na drie jaar geëvalueerd moesten worden. Die evaluatie heeft de nodige tijd in beslag genomen. Pas in februari 2019 kwam de minister met het verslag. Naar aanleiding van de evaluatie is de minister van plan om de Woningwet weer te wijzigen, zij het dat deze wijzigingen niet zo ingrijpend zijn.
Verduurzaming staat ook op de agenda bij deze wijzigingen. In de memorie van toelichting geeft de wetgever aan dat corporaties, gezien hun positie op de woningmarkt, een belangrijke rol spelen in die verduurzaming. Daarbij wordt (terecht) opgemerkt dat het niet wenselijk is dat de Woningwet corporaties onnodig belemmert in de verduurzaming van het eigen bezit.[7] De regering acht het wenselijk dat corporaties voor de verduurzaming op of aan het eigen bezit dezelfde investeringen kunnen doen als andere vastgoedeigenaren. Gezien dit uitgangspunt wil de regering de definitie van een voorziening in die zin wijzigen, dat onder een voorziening moet worden begrepen een bouwkundige of bouwtechnische maatregel aan een gebouw of op de daarbij behorende grond die strekt tot:[8]

a. verbetering van de indeling, het woongerief, het gebruiksgemak of de energetische prestatie van het gebouw, waaronder begrepen de daarbij noodzakelijke opheffing van technische gebreken, of tot bouwkundige splitsing of samenvoeging;
b. opwekking van hernieuwbare energie.

Energieopwekking op of aan het eigen vastgoed, zoals zonnepanelen gaan daarmee tot het werkdomein van toegelaten instellingen behoren. De corporatie kan de opgewekte energie direct terugleveren aan het net en op gewenste wijze verrekenen met bewoners of opbrengsten inzetten voor andere activiteiten op het gebied van de volkshuisvesting.[9] Het is niet meer vereist dat de opgewekte stroom eerst aan de bewoners wordt geleverd. Dit is een welkome verlichting van de regelgeving.

Zoals ik in mijn vorige bijdrage ook opmerkte is verduurzaming van bezit van een corporatie lastig wanneer er sprake is van gespikkeld of gemengd bezit. Denk bijvoorbeeld aan een rij woningen of een appartementencomplex waarbij maar een deel in eigendom is van de corporatie. De regering ziet dit probleem ook en merkt in de memorie van toelichting op dat het in deze gevallen belangrijk is dat corporaties particuliere eigenaren kunnen ontzorgen en mee kunnen nemen in de voorgenomen verduurzaming van het bezit van de corporatie, zodat de verduurzaming niet belemmerd wordt. De regering wil het corporaties gaan toestaan om de overheadkosten te dragen. Overhead wordt straks gedefinieerd als indirecte werkzaamheden of voorbereidings- en begeleidingskosten die onvermijdelijk zijn voor het verlenen van diensten aan bewoners van woongelegenheden.[10] Onder overheadkosten vallen onder meer de gemeenschappelijke vergunningaanvraag, het technisch ontwerp of (andere) projectkosten.[11] Concreet betekent dit dat corporaties niet alleen voor hun eigen bezit maar ook voor het bezit van particuliere eigenaren in bijvoorbeeld hetzelfde complex een verduurzamingsinvestering kunnen regelen. De corporaties mogen die overheadkosten dragen. Het is echter niet de bedoeling dat corporaties ook de kosten van de investeringen voor het particuliere bezit gaan dragen of die werkzaamheden voor de particulieren gaan uitvoeren. Dat is niet toegestaan. Uitgangspunt blijft dat de particuliere eigenaren moeten betalen voor hun deel van de investeringen. Een corporatie mag die kosten niet op zich nemen of aan de particuliere eigenaren een financiering verstrekken. De regering wil niet dat de corporatie risico's en verantwoordelijkheden van andere vastgoedeigenaren op zich neemt om onnodig verlies van maatschappelijk vermogen te voorkomen. Dit geldt ook wanneer het voor de corporatie goedkoper is als het gehele complex wordt verduurzaamd in plaats van alleen hun bezit. De regering gaat er eenvoudigweg van uit dat de particuliere eigenaren de investeringen wel zelf kunnen bekostigen en dat het grootste struikelblok het regelwerk is. Vaak is dat echter niet het geval. Bij gespikkeld/gemengd bezit is er vaak sprake geweest van uitponding; de corporatie heeft een woning verkocht aan de zittende huurder of een andere particulier. Dit zijn niet de meest kapitaalkrachtige eigenaren. Zij kunnen de kostbare investeringen vaak niet dragen. Zolang er voor dit probleem geen goede oplossing wordt gevonden, blijven de corporaties tegen het probleem aanlopen dat zij de verduurzamingsinvestering bij dit soort bezit niet op kunnen pakken.

Conclusie

In het afgelopen jaar is er het nodige gewijzigd, maar daadwerkelijke oplossingen voor corporaties om echt goed te gaan verduurzamen zijn er nog niet. Het financiële tekort is erkend, maar de oplossing is aan een volgend kabinet. De voorgenomen wijzigingen van de Woningwet zijn een stap in de goede richting, maar ook daar is nog het nodige te doen. Wellicht dat de Tweede Kamer de regering op dat punt kan aansporen. De parlementaire behandeling van het wetsvoorstel is nu gaande.

1. E.A. van de Kuilen, 'Corporaties als startmotor voor de verduurzaming: een reëel scenario?', *VGR* 2019, afl. 4, p. 88.
2. Te vinden via rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2020/07/03/bijlage-1-hoofdrapport-opgaven-en-middelen-woningcorporaties.
3. *Kamerstukken II* 2018/19, 35000-VII, nr. 52.
4. Het in december 2018 tussen Aedes en de Woonbond gesloten akkoord over onder meer de gematigde huurontwikkeling, te vinden via aedes.nl/artikelen/klant-en-wonen/huurbeleid/huurprijsbeleid/huurders-en-woningcorporaties-stemmen-in-met-nieuw-sociaal-huurakkoord.html. Een deel van dit akkoord is reeds vertaald in de Woningwet.
5. Brief aan de Tweede Kamer van minister Ollongren d.d. 5 juli 2020, rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/07/03/kamerbrief-over-bestedingsruimte-en-opgaven-voor-woningcorporaties.
6. *Kamerstukken II* 2019/20, 35517, nr. 2.
7. *Kamerstukken II* 2019/20, 35517, nr. 3, par. 3.4.2.
8. Art. 1 Woningwet (voorstel).
9. *Kamerstukken II* 2019/20, 35517, nr. 3, par. 3.4.2.
10. Art. 1 lid 1 sub a Woningwet (voorstel).
11. *Kamerstukken II* 2019/20, 35517, nr. 3, par. 3.4.2.

Huurrecht

Robert Rijpstra
Dirkzwager

Coen van Schaijk
Dirkzwager

Welke gevolgen heeft de Wet homologatie onderhands akkoord voor verhuurders?

Op 1 januari 2021 treedt de Wet homologatie onderhands akkoord (hierna: WHOA) in werking.[1] De WHOA biedt ondernemingen in financiële moeilijkheden de mogelijkheid om buiten faillissement een akkoord met hun crediteuren overeen te komen, dat bindend is voor crediteuren die niet (geheel) met dat akkoord hebben ingestemd. Daarmee wordt beoogd waarde te behouden die bij een vereffening in faillissement verloren zou gaan, het zogenaamde reorganisatiesurplus. Om de kans op een succesvolle reorganisatie te vergroten kent de WHOA ook een faciliteit om lopende (huur)overeenkomsten aan te passen of tussentijds op te zeggen. In dit artikel staan wij stil bij deze nieuwe regeling vanuit het perspectief van de verhuurder als schuldeiser.

Mondia Investments/ Curatoren V&D

Het probleem met het oude recht – en de toegevoegde waarde van de WHOA voor de vastgoedpraktijk – laat zich goed illustreren door een terugblik op het faillissement van V&D en de zaak *Mondia Investments/Curatoren V&D e.a.*[2] Voorafgaand aan het faillissement van V&D eind 2015 heeft IEF Capital, een van de verhuurders, een reddingsplan voorgesteld aan de overige verhuurders. Deze verhuurders hebben vrijwel collectief ingestemd met een tijdelijke huurverlaging in de hoop daarmee het faillissement af te wenden. Verhuurder Mondia verzette zich hiertegen en zag zich uiteindelijk genoodzaakt een incassoprocedure te starten toen V&D zonder akkoord besloot de tijdelijke huurkorting eenzijdig op te schorten. In de ogen van de overige verhuurders profiteert Mondia van het verminderde faillissementsrisico zonder daaraan bij te dragen. Mondia heeft echter het (toen) geldend recht aan haar zijde:

'Het staat een schuldeiser in beginsel vrij om een hem door de schuldenaar aangeboden buitengerechtelijk akkoord – indien dat inhoudt dat de schuldeiser slechts een (beperkt) deel van zijn vordering betaald krijgt en voor het restant afstand doet van zijn recht op voldoening – te weigeren. Dit kan uitzondering lijden indien de uitoefening van deze bevoegdheid wordt misbruikt (art. 3:13 BW), en de schuldeiser aldus naar redelijkheid aanvaarding van dit aanbod niet had kunnen weigeren. Bij de toewijzing van een vordering tot medewerking aan een buitengerechtelijk akkoord is terughoudendheid geboden; slechts onder zeer bijzondere omstandigheden kan plaats zijn voor een daartoe strekkend bevel aan de schuldeiser. Zodanig bevel rust dan op de grond dat de schuldeiser naar redelijkheid niet tot weigering van instemming met het akkoord heeft kunnen komen. (Zie HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7799, NJ 2006/230, m.nt. P.van Schilfgaarde).'

Uiteindelijk heeft een groot aantal verhuurders zich aan de zijde van V&D gevoegd in de procedure om voor de collectieve belangen op te komen. Het hof heeft daarna geoordeeld – hetgeen de Hoge Raad in stand heeft gelaten – dat het door Mondia gevoerde verweer in de gegeven omstandigheden misbruik van recht oplevert. Dit oordeel komt echter te laat: V&D is hangende het cassatieberoep gefailleerd. Het is niet duidelijk of een reorganisatie van V&D onder de WHOA wel kans van slagen had gehad. Wel zou daarmee waarschijnlijk de nodige onrust in het herstructureringsproces zijn voorkomen omdat Mondia zich in een vroegtijdig stadium zou hebben gerealiseerd dat een algehele (door)betaling van de huur niet haalbaar was.

De coronacrisis zal ontegenzeggelijk de behoefte aan een nieuwe herstructureringsregeling vergroten en ook verhuurders gaan hiermee te maken krijgen. De behoefte aan de nieuwe

regeling staat in de praktijk echter los van de coronacrisis. Wij wijzen bijvoorbeeld op het HEMA-concern dat al langere tijd gebukt gaat onder een te hoge schuldenlast. Hiervan werd lange tijd gedacht dat dit misschien de eerste grote WHOA-herstructurering zou inzetten. Het liep echter anders. HEMA is bij uiteindelijk uitgeweken naar de Britse rechter voor een beroep op de *scheme of arrangements*-procedure, waarop de WHOA onder meer is geïnspireerd. Het is opvallend en onwenselijk dat Nederlandse belangen nu afhankelijk zijn van buitenlands recht. Bij een eerdere invoering van de WHOA had HEMA ook van binnenlands recht gebruik kunnen maken.

WHOA

Doordat een schuldeisersakkoord onder de WHOA algemeen verbindend kan worden verklaard, (homologeren) beoogt de wetgever de kans op succesvolle herstructureringen te vergroten en faillissementen te voorkomen. De drempel voor toelating tot de WHOA is (nog) lager dan voor toelating in faillissement. Vereist wordt slechts dat het 'redelijkerwijs aannemelijk is dat schuldenaar met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan'. Dit akkoord kan worden voorbereid op initiatief van de schuldenaar, waartoe het bestuur zonder instemming van de aandeelhouders bevoegd is.[3] De voorbereiding van een voorstel kan ook worden afgedwongen door de schuldeisers, aandeelhouders of de ondernemingsraad, waarbij dan een onafhankelijke herstructureringsdeskundige wordt benoemd die – in plaats van het bestuur – toegang heeft tot de boeken.[4] Via de aanwijzing van een gerechtelijk deskundige kan de verhuurder het bestuur van een onwelwillende huurder in feite dwingen tot overleg of actie. De verhuurder moet er spiegelbeeldig echter ook rekening mee houden dat (het bestuur van) zijn huurder waarmee hij op goede voet staat, het uitblijven van een WHOA-procedure niet eenzijdig in zijn macht heeft als hij dat (nog) niet opportuun acht.

Bij het aanbieden van een (formeel) akkoord krijgen de schuldeisers beschikking over de (financiële) informatie die zij nodig hebben om zich een oordeel te vormen over het akkoord.[5] Voor wat betreft de inhoud van het voorstel heeft de wetgever veel vrijheid gelaten. Onder het voorschrift 'wijziging van rechten' is het – naast het kwijtschelden van schulden of uitstel van betaling – ook mogelijk een omzetting van schulden in aandelen aan te bieden.
Het is niet vereist dat alle schuldeisers van de onderneming bij het akkoord worden betrokken.[6] Dat is ook niet in iedere situatie bevorderlijk voor de herstructurering. Een veelgehoorde mogelijkheid is bijvoorbeeld dat de handelscrediteuren geheel buiten het akkoord worden gelaten om te voorkomen dat zij weglopen. Het zal in de praktijk per geval verschillen of het opportuun is de verhuurder bij het akkoord te betrekken. Dat ligt wat ons betreft met name voor de hand indien de onderneming gebukt gaat onder hoge huurlasten of indien er sprake is van een concern dat bepaalde verlieslijdende filialen wenst af te stoten. De WHOA kent namelijk een procedure waarmee ongunstige overeenkomsten kunnen worden opgebroken of opgezegd (waarover later meer).

Verwacht wordt dat het bestaan van de WHOA in veel gevallen een voldoende afschrikkende werking heeft om partijen tot een informeel akkoord te bewegen, waarin zij met een schuin oog rekening houden met de WHOA. Het aanbieden van een informeel akkoord heeft als voordeel dat er geen financiële gegevens hoeven te worden verstrekt en dat evenmin kosten gemaakt hoeven te worden om aan de formele vereisten te voldoen. Indien partijen (noodgedwongen) wel de formele route volgen, worden de schuldeisers onderverdeeld in afzonderlijke klassen, naargelang zij al dan niet een 'vergelijkbare positie' hebben.[7] Te denken valt dan aan een klasse hypotheekhouders, leveranciers, aandeelhouders en naar onze verwachting een afzonderlijke klasse voor de verhuurder(s). Per klasse zal over het voorstel worden gestemd met als doel dat twee derde van de schuldenlast zal voorstemmen. Het verkrijgen van een positieve uitslag in één klasse is voldoende om het akkoord ter homologatie aan te bieden aan de rechter.[8] Niettemin is het belangrijk dat deze meerderheid in zo veel mogelijk klassen wordt gehaald omdat hiermee wordt voorkomen dat de tegenstemmende schuldeisers in deze klassen een beroep kunnen doen op de aanvullende afwijzingsgronden.[9] Schuldeisers van klassen die in meerderheid voor het akkoord hebben gestemd, kunnen alleen een beroep doen op de algemene afwijzingsgronden. Dit betekent in feite dat de schuldeisers van een positief stemmende klasse slechts een zeer beperkte mogelijkheid hebben om zich tegen het akkoord te verzetten. De kans van slagen van het akkoord wordt daardoor dus vergroot.

Verdeling van de koek

Bij het formuleren van het akkoord moet in de eerste plaats rekening worden gehouden met de positie die de afzonderlijke schuldeisers zouden innemen in geval van faillissement. Indien de som van het akkoord niet de waarde van de faillissementsuitkeringen overtreft, heeft het aanbieden van een akkoord feitelijk niet zo veel zin.[10] Ten aanzien van de verhuurder zal in ieder geval rekening worden gehouden met de concurrente boedelvordering ter hoogte van drie maanden huur (ex artikel 39 Fw) en de borg of garantie die hij kan trekken. De posities van de individuele schuldeisers zijn gewaarborgd langs het vereiste dat de rechter van homologatie moet afzien indien het akkoord niet voldoet aan de algemene waarborgen[11] of indien een van de schuldeisers – ongeacht de klasse – summierlijk aantoont dat hij met het akkoord slechter af is dan in faillissement.[12] Dit betreft in feite dus de ondergrens. Een verhuurder die uit faillissement feitelijk geen enkele uitkering verwacht, kan de homologatie echter niet verhinderen op de grond dat hij het niet eens is met een algehele kwijtschelding van zijn vordering.[13] Daarnaast kan een schuldeiser in een klasse die negatief over het akkoord heeft gestemd de rechter verzoeken van homologatie af te zien indien de 'koek' (lees: het reorganisatiesurplus) oneerlijk wordt verdeeld, *tenzij* daarvoor een redelijke grond bestaat.[14] Dit is een zogenaamde aanvullende afwijzingsgrond. Dit betekent dat een schuldeiser voor zichzelf een gunstigere positie kan bedingen ten opzichte van andere schuldeisers, indien daarvoor een rechtvaardiging bestaat. Wij denken dan aan de verhuurder van bijvoorbeeld de Bijenkorf in Amsterdam, waarvan een

verplaatsing zou leiden tot een aanzienlijk verlies van goodwill.

Omdat de drempel voor toegang tot de WHOA lager is dan die van een faillissement, wordt het voor de verhuurder belangrijker dat hij bij aanvang van de huurovereenkomst voldoende zekerheid bedingt en – als het huurcontract dit toestaat – dat hij daarvan een aanvulling verlangt als de risico's toenemen. Wij wijzen verder nog op de mogelijkheden om de inrichting van aan- en verbouwingen aan het pand als onderpand te verzekeren.[15]

Wijziging en opzegging van de huurovereenkomst

De WHOA kent geen rechtstreekse verplichting voor schuldeisers om in te stemmen met een wijziging van de overeenkomst. Niettemin kan met de WHOA in de hand indirect wel worden bereikt dat de verhuurder een noodzaak voelt om concessies te doen. Wij doelen dan op de opzeggingsbevoegdheid van artikel 373 lid 1 Fw:

'Als de schuldenaar verkeert in een toestand als bedoeld in artikel 370, eerste lid, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, aan een wederpartij met wie de schuldenaar een overeenkomst heeft gesloten, een voorstel doen tot wijziging of beëindiging van die overeenkomst. Stemt de wederpartij niet in met het voorstel, dan kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de overeenkomst tussentijds doen opzeggen, mits een akkoord is aangeboden dat overeenkomstig artikel 384 door de rechtbank wordt gehomologeerd en de rechtbank daarbij toestemming geeft voor deze eenzijdige opzegging. De opzegging vindt in dat geval van rechtswege plaats op de dag waarop het akkoord door de rechtbank is gehomologeerd tegen een door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige gestelde termijn. Komt deze termijn de rechtbank niet redelijk voor, dan kan zij bij de verlening van de toestemming een langere termijn vaststellen, met dien verstande, dat een termijn van drie maanden vanaf de homologatie van het akkoord in elk geval voldoende is.'

De geldigheid van de opzegging is rechtstreeks gekoppeld aan de homologatie van het akkoord en de toestemming van de rechter. De opzegging vindt van rechtswege plaats op een door de rechter bepaalde termijn.[16] De verhuurder kan zich tegen de opzegging verzetten met het verweer dat van een toestand van onvermijdelijke insolventie helemaal geen sprake is.[17] Hij kan daarbij putten uit de informatie die hij bij de aanbieding van het akkoord heeft verkregen. Niettemin draagt hij daarvan wel de bewijslast, hetgeen met name een lastige positie zal zijn indien er sprake is van een (door het gerecht aangewezen) reorganisatiedeskundige die wel van oordeel is dat de onderneming onvermijdelijk insolvent zal raken.
De verhuurder heeft na opzegging recht op een schadeloosstelling die door het bestuur of de herstructureringsdeskundige bij het akkoord *kan* worden betrokken en zal dan dus hoogstens een beperkte uitkering inhouden.[18] Ten aanzien van deze schadevergoedingsvordering mag de verhuurder als reguliere schuldeiser meestemmen binnen de daarvoor aangewezen klasse. Betrekt de schuldenaar de schadevordering niet in het akkoord, dan heeft de wederpartij niet het recht om over het akkoord te stemmen. Hij kan zich dan niet tegen de homologatie van het akkoord verzetten.[19]

Het zal in de praktijk lastig zijn voor de verhuurder om zich vooraf tegen de mogelijkheid van een WHOA-opzegging te verzekeren. Deze opzeggingsmogelijkheid lijkt bedoeld te zijn als een rechtmatige beëindigingsgrond, waarvan de totstandkoming is gebaseerd op een door de wetgever gemaakte afweging van alle betrokken belangen. Weliswaar kent deze opzeggingsgrond een schadevergoedingsplicht, maar – blijkens de afzonderlijke grondslag daarvoor in lid 3 – is deze schadevergoeding niet het gevolg van een tekortkoming.[20] Dit juridisch-technisch onderscheid is van belang omdat dit impliceert dat de overwegingen uit het *Romania*-arrest[21] ook hier van toepassing zullen zijn. Dit zou betekenen dat de bank geen regres mag nemen op de huurder bij de uitkering van een bankgarantie voor leegstandschade, hetgeen op zijn beurt weer zal betekenen dat de bank die garantie niet zal afgeven. Concerngaranties zullen waarschijnlijk ook geen waterdicht comfort opleveren, nu de WHOA er juist in voorziet dat de schuldeisers van de gehele groep bij het akkoord worden betrokken, de vordering uit de concerngarantie daaronder dus inbegrepen.[22] Tot slot heeft de wetgever bepaald dat de voorbereiding van een akkoord geen grond oplevert voor opschorting en ontbinding. Artikel 373 lid 3 Fw luidt daartoe:

'Het voorbereiden en aanbieden van een akkoord als bedoeld artikel 370, eerste lid, en de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, alsmede gebeurtenissen en handelingen die daarmee of met de uitvoering van het akkoord rechtstreeks verband houden en daarvoor redelijkerwijs noodzakelijk zijn, zijn geen grond voor wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst.'

Dit is een opmerkelijke constatering van de wetgever, die er impliciet ook op duidt dat het door een rechter onredelijk en onredelijk bezwarend zal worden geacht om het *risico* van een WHOA-opzegging met contractuele kunstgrepen te verleggen naar de schuldenaar, de aandeelhouders of de andere schuldeisers.[23] Dergelijke 'trucs' kunnen in de rechtspraak rekenen op het verweer dat zij vernietigbaar zijn (artikel 3:40 juncto 6:233 BW) of buiten toepassing moeten blijven op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW).

Samengevat betekent het voorgaande dat een verhuurder door het bestuur of de herstructureringsdeskundige informeel voor het blok kan worden gezet om in te stemmen met gunstigere huurvoorwaarden, ook als de WHOA-procedure formeel nog niet is ingezet. Weliswaar kan de verhuurder zich hiertegen verzetten, maar hij moet dan rekening houden met een tussentijdse opzegging ten aanzien van afzonderlijke (verlieslijdende) filialen en een afboeking van een aanzienlijk deel van de schade die daaruit voor hem zal voortvloeien, terwijl hij die posities in een informeel akkoord

wel kan behouden. Ook hier geldt, dat een verhuurder meer concessies zal moeten doen naargelang zijn positie in faillissement minder sterk is.

Conclusie

Het succes en het toepassingsbereik van de WHOA is vooraf lastig in te schatten. Voor de verhuurder die actief betrokken is bij de exploitatie van zijn huurders, is de WHOA een kans om de overige schuldeisers van zijn huurder vroegtijdig aan de onderhandelingstafel te dwingen en de vruchtbare voortzetting van de huurrelatie te verzekeren. Daar staat tegenover dat de commerciële verhuurder er ook rekening mee moet houden dat andere partijen hem in de positie dwingen dat zijn faillissementspositie vroegtijdig wordt verzilverd. Indien een huurder een (coronagerelateerd) verzoek tot huurprijsverlaging of huuropschorting indient, dan kan het voor de verhuurder raadzaam zijn om dit verzoek aan te grijpen om de huurovereenkomst 'WHOA-bestendig' te maken en de bedongen zekerheden tegen het licht te houden.

1. Kamerbrief d.d. 27 oktober 2020 van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, kenmerk CE-AEP/20270015, p. 14.
2. HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485, *NJ* 2017/466, m.nt. F.M.J. Verstijlen.
3. Artikel 370 lid 1 en 5 Fw.
4. Artikel 370 en 371 Fw.
5. Artikel 375 Fw.
6. Zie de aanduiding 'een aantal van hen' in artikel 370 lid 1 Fw.
7. Artikel 374 Fw.
8. Het is overigens ook mogelijk dat het akkoord slechts aan één klasse wordt aangeboden.
9. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 15 (MvT).
10. Overigens kan de WHOA in de praktijk ook worden ingezet om een onderneming versneld buiten faillissement te liquideren en daarmee de kosten van een curator te besparen.
11. Artikel 384 lid 2 onder a-i Fw.
12. Vergelijk artikel 384 lid 3 Fw. Indien de 'faillissementsrechten' van een klasse in het voorstel slechts worden *gewijzigd*, is het voldoende dat de meerderheid van die klasse met het akkoord heeft ingestemd (artikel 383 lid 1 Fw).
13. Die verdeling voldoet immers aan titel 10 van Boek 3 BW.
14. Artikel 384 lid 4 onder a Fw.
15. C.F.N. van Schaijk, 'De aanspraken van de verhuurder op toevoegingen in en aan het gehuurde', *VGR* 2020, afl. 1, p. 1.
16. Artikel 371 lid 1 juncto artikel 384 lid 1 Fw.
17. Artikel 384 lid 5 Fw.
18. Artikel 373 lid 2 Fw.
19. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 46 (MvT).
20. Van een tekortkoming in de zin van artikel 6:71 BW.
21. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278, *NJ* 2017/142, m.nt. F.M.J. Verstijlen.
22. Artikel 372 lid 1 Fw.
23. Vergelijk ook de toelichting in *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 46 (MvT).

Milieu

Kaoutar Azghay
Adriaanse Van der Weel Advocaten

Geluid, lucht en ruimtelijke ordening

Inleiding

Het bevoegd gezag moet zorgen voor een aanvaardbaar woon- en leefklimaat. Dit gebeurt in het kader van een 'goede ruimtelijke ordening'. Op 16 september 2020 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) een tweetal uitspraken gedaan waarin geluidhinder en luchtkwaliteit binnen het toetsingskader van de goede ruimtelijke ordening centraal staan.[1] Een mooie aanleiding om in deze rubriek stil te staan bij dit onderwerp. Hierna wordt eerst aandacht besteed aan de vraag wat de goede ruimtelijke ordening nu is. Vervolgens worden beide uitspraken besproken. De relevantie van deze uitspraken voor de praktijk komt daarbij ook aan bod. Afgesloten wordt met een conclusie.

Goede ruimtelijke ordening

Het beginsel van een goede ruimtelijke ordening is van toepassing op alle ruimtelijke ontwikkelingen. Dit beginsel is terug te vinden in artikel 3.1 Wet ruimtelijke ordening (Wro) dat gaat over de inhoud van bestemmingsplannen. In bestemmingsplannen wordt door het bevoegd gezag vastgelegd wat waar mag worden gebouwd en welke activiteiten op de betreffende gronden plaats mogen vinden. Het uiteindelijke doel van het bestemmingsplan is om een goede ruimtelijke ordening te creëren. Dit vergt vele ruimtelijke afwegingen om uiteindelijk een aanvaardbaar woon- en leefklimaat tot stand te brengen. In een bestemmingsplanprocedure kan invloed uitgeoefend worden op de inhoud daarvan. Zo kunnen zienswijzen worden ingediend tegen het ontwerpbestemmingsplan, en kunnen belanghebbenden vervolgens beroep instellen indien hun bezwaren niet leiden tot een bestemmingsplan dat gewijzigd wordt vastgesteld ten opzichte van het ontwerp. Ruimtelijke aspecten als geluidhinder en luchtverontreiniging zijn geregeld struikelblokken in bestemmingsplanprocedures. De goede ruimtelijke ordening in relatie tot deze aspecten komt in de hierna te bespreken uitspraken aan bod.

Uitspraken

ECLI:NL:RVS:2020:2233

De gemeenteraad van Leudal had een bestemmingsplan vastgesteld waartegen appellante, exploitant van een helikopterhaven, opkwam. De reden was dat het plan onder meer voorzag in een woning en een recreatiebedrijf ten behoeve van de bestemming verblijfsrecreatie met bedrijfswoning. Appellante vreesde beperkt te worden in haar exploitatie binnen het plangebied dat op circa 100 meter afstand van het plangebied lag. Zij verwees naar de richtafstanden die uit de brochure 'Bedrijven en milieuzonering' van de Vereniging van Nederlandse

Gemeenten volgen en die door de raad waren gehanteerd bij de vaststelling van het bestemmingsplan. Volgens appellante werd niet voldaan aan de voorgeschreven afstanden voor geluid en externe veiligheid en meer concreet betoogde appellante dat de (reguliere) richtafstand voor geluid van 500 meter vanaf haar helikopterhaven niet in acht was genomen. Verder betoogde appellante dat ten onrechte geen akoestisch onderzoek was uitgevoerd, waarbij rekening is gehouden met bedrijfsactiviteiten die worden verricht op haar percelen en die geen betrekking hebben op de helikopterhaven. Hierdoor kon niet met zekerheid worden gezegd dat ter plaatse van het plangebied sprake is van een aanvaardbaar woon- en leefklimaat.

De gemeenteraad nam een ander standpunt in. Volgens de raad is er sprake van een gemengd gebied in de zin van de VNG-brochure waarvoor een richtafstand van 300 – en niet van 500 – meter geldt. Van dit uitgangspunt kon worden afgeweken, aldus de raad, onder verwijzing naar het akoestisch onderzoek dat is uitgevoerd in het kader van de vaststelling van de luchthavenregeling voor de helikopterhaven van appellante. Uit dit akoestisch onderzoek volgt dat geen sprake is van onaanvaardbare geluidhinder omdat de geluidscontour van 56 dB(A)Lden binnen het luchthavengebied valt. Nu het plangebied niet valt binnen de geluidscontour, achtte de raad een afstand van 100 meter tussen de helikopterhaven en het plangebied aanvaardbaar. Tot slot stelde de raad zich op het standpunt dat geen aanvullend akoestisch onderzoek nodig was naar andere bedrijvigheid van appellante, omdat recreatiewoningen geen geluidsgevoelige objecten zijn in de zin van de Wet geluidhinder.

De Afdeling volgt de raad voor een deel. Het klopt dat het om een gemengd gebied gaat vanwege de gevestigde bedrijven en dus kon de raad een richtafstand van 300 in plaats van 500 meter aanhouden. Het afwijken van die afstand van 300 meter heeft de raad echter niet goed gemotiveerd. Volgens de VNG-brochure kan er gemotiveerd afgeweken worden van die afstand. In dit geval bedraagt de feitelijke afstand tussen het plangebied en de helikopterhaven circa 100 meter. Het hanteren van een afstand van 100 meter heeft de raad gemotiveerd aan de hand van het voornoemde akoestisch onderzoek. Uit dit onderzoek volgt dat het plangebied buiten de geluidscontour van de helikopterhaven valt. Maar die vaststelling alleen is onvoldoende, aldus de Afdeling. Want het voldoen aan de geluidscontournorm uit de Wet luchtvaart op zichzelf, betekent niet automatisch dat sprake is van een aanvaardbaar woon- en leefklimaat. Uit het enkele feit dat de geluidbelasting ten gevolge van de helikoperhaven ter plaatse van de recreatiewoningen minder is dan 56 dB(A)Lden, volgt niet zonder meer dat sprake is van een aanvaardbaar woon- en leefklimaat in het kader van de goede ruimtelijke ordening, aldus de Afdeling. Uit de plantoelichting noch uit de gegeven toelichting door de raad ter zitting blijkt dat akoestisch onderzoek is verricht naar de hoogte van de geluidbelasting ten gevolge van industrielawaai anders dan die ten gevolge van de helikopterhaven. Dit had wel gemoeten. De raad heeft het geluid beoordeeld volgens de aanbevelingen van de VNG-brochure. Uit deze brochure volgt dat ook verblijfsrecreatie als een milieugevoelige functie wordt aangemerkt. Verder blijkt niet dat de raad onderzoek heeft verricht naar de cumulatie van geluidbronnen dan wel gemotiveerd heeft dat hiervan geen sprake is. Daarom heeft de raad naar het oordeel van de Afdeling niet toereikend gemotiveerd waarom in dit geval de afstand tussen de bij het plan voorziene verblijfsrecreatie en de omliggende bedrijven voldoende is om geluidhinder bij die verblijfsrecreatie tot een aanvaardbaar niveau te beperken. Volgens de Afdeling heeft de gemeenteraad dus niet toereikend gemotiveerd waarom in dit geval de afstand tussen de voorziene verblijfsrecreatie en de omliggende bedrijven voldoende is om geluidhinder bij die verblijfsrecreatie tot een aanvaardbaar niveau te beperken.
Nader onderzoek door de raad moet nu dus uitwijzen of een afstand van 100 meter past binnen een goede ruimtelijke ordening.

Relevantie uitspraak voor de praktijk

In het kader van planontwikkeling speelt de toets van de goede ruimtelijke ordening een belangrijke rol. Die toets legt de Afdeling in deze uitspraak als volgt uit:

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

Een aanvaardbaar woon- en leefklimaat is onderdeel van die toets. Dat voldaan wordt aan de voorgeschreven geluidscontournorm uit de Wet luchtvaart is hierbij noch allesbepalend noch doorslaggevend. Zoals volgt uit deze casus kan nader onderzoek vereist zijn om te bepalen of dat aanvaardbare niveau wordt behaald. In dit geval had specifiek onderzoek moeten worden gedaan naar de geluidbelasting vanwege het industrielawaai en naar de cumulatie van geluid. In dit verband kan de vraag opkomen of dit uitgangspunt ook onverkort geldt voor recreatiewoningen, dat wil zeggen woningen die niet permanent bewoond zijn. Het antwoord daarop is: ja. Ook in geval van recreatiewoningen dient de planwetgever te onderzoeken of er sprake is van een aanvaardbaar woon- en leefklimaat. Het zou vreemd zijn als recreatiewoningen op dit punt geen bescherming tegen geluidhinder zou toekomen. Eerder sprak de Afdeling zich hierover uit.[2] Overwogen werd dat recreatiewoningen geen bescherming genieten ingevolge de Wet geluidhinder,[3] maar dat dit niet betekent dat de recreatiewoningen in het geheel geen bescherming tegen geluidhinder toekomt. Nu het in deze casus ging om regelmatig en langdurig verblijf in de recreatiewoningen, kwam aan de re-

creatiewoningen wel degelijk een zekere mate van bescherming tegen geluidhinder toe.

ECLI:NL:RVS:2020:2245
Ook in deze recente uitspraak stonden luchtkwaliteit en geluidhinder binnen het toetsingskader van de goede ruimtelijke ordening centraal. De aanleiding was de vaststelling van een Amsterdams bestemmingsplan waarmee meer woningen rond het Waterloopplein mogelijk werden gemaakt. Appellanten (diverse organisaties die de belangen van de bewoners in het plangebied behartigen) kwamen hiertegen op vanwege de slechte milieukwaliteit (van geluid en lucht) in het gebied waardoor meer woningen niet aanvaardbaar werden geacht. De reeds hoge geluidbelasting volgt volgens appellanten uit geluidskaarten van de gemeente. Voor wat betreft de slechte luchtkwaliteit werd verwezen naar monitoringsgegevens van het Nationaal Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit waaruit een hoge concentratie NO_2 in het gebied bleek en naar de meetgegevens van de GGD. Zij betoogden daarom dat maatregelen moeten worden genomen om de luchtkwaliteit te verbeteren en de geluidhinder te verminderen. Zo had geluidreducerend asfalt aangebracht moeten worden en hadden verkeersmaatregelen genomen moeten worden om de verkeershinder te reduceren. Appellanten dachten zelf aan het invoeren van een maximumsnelheid. De Afdeling maakte korte metten met deze standpunten:

'De Afdeling stelt vast dat het plan geen ontwikkelingen mogelijk maakt die negatieve gevolgen kunnen hebben voor de luchtkwaliteit en de geluidhinder in het plangebied. Het betoog van Wijkcentrum d'Oude Stadt en de Bewonersraad is erop gericht dat het gemeentebestuur verkeersmaatregelen neemt tegen de volgens hen slechte luchtkwaliteit en hoge geluidbelasting in het plangebied. Maar de door hen gewenste verkeersmaatregelen kunnen niet in het plan worden opgenomen. In een bestemmingsplan kan geen gebod worden opgenomen om geluidreducerend asfalt op een weg aan te brengen. Ook wordt in een bestemmingsplan niet geregeld wat de maximale snelheid op een weg is en voor welk soort verkeer een weg toegankelijk is. Dat wordt geregeld in verkeersbesluiten op grond van de Wegenverkeerswet 1994.'

Voorts betoogden appellanten dat de luchtverontreiniging in het plangebied zo groot is dat het niet aanvaardbaar is om hier meer woonfuncties toe te laten. De Afdeling ging hierin niet mee. Er bestaan geen wettelijke regels voor de luchtkwaliteit in het kader van de aanvaardbaarheid van nieuwe woningen dicht bij drukke wegen. Dat neemt niet weg dat het bevoegd gezag op grond van artikel 3.1 Wro de goede-ruimtelijke-ordeningtoets moet aanleggen om te beoordelen of het realiseren van die woningen aanvaardbaar is gelet op de bestaande luchtkwaliteit aldaar. Dit geldt ook als een project zelf niet of nauwelijks bijdraagt aan luchtverontreiniging. Ook dan kan het immers onaanvaardbaar zijn vanuit oogpunt van een goede ruimtelijke ordening om dat project te realiseren op een locatie waar de luchtkwaliteit al slecht is.

Relevantie uitspraak voor de praktijk
Ook in deze uitspraak benadrukt de Afdeling dat het vanuit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening toch onaanvaardbaar kan zijn om een project te realiseren, ook als dat project zelf niet of nauwelijks bijdraagt aan de verslechtering van de luchtkwaliteit. In dit geval had de gemeenteraad – in tegenstelling tot de eerder besproken uitspraak – wel afdoende onderbouwd waarom het realiseren van meer woningen vanuit een goede ruimtelijke ordening en meer concreet gelet op de luchtkwaliteitstoets acceptabel is. In casu werd de blootstelling aan luchtverontreiniging dus wel aanvaardbaar geacht.

Conclusie
De goede ruimtelijke ordening is geen beginsel dat in beton gegoten is. Dat maakt dit aspect binnen ruimtelijke ontwikkelingen ook zo interessant. Zo blijkt ook uit de twee hiervoor besproken uitspraken van de Afdeling. Het bevoegd gezag moet deugdelijk en afdoende motiveren waarom bepaalde keuzes op het gebied van bijvoorbeeld lucht, geluid en externe veiligheid zijn gemaakt en waarom dit nog steeds een acceptabel niveau van hinder met zich brengt. De Afdeling is niet snel geneigd om een bestuursorgaan ter wille te zijn als dit niet goed gebeurt. Des te meer reden voor het bevoegd gezag dus om bestemmingsplannen nog beter voor te bereiden door degelijk onderzoek te (laten) verrichten naar de gevolgen van de voorgenomen ruimtelijke ontwikkelingen.

1. ABRvS 16 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2233 en ECLI:NL:RVS:2020:2245.
2. ABRvS 29 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV7286, r.o. 2.12.
3. Het is vaste rechtspraak dat een recreatiewoning in beginsel geen geluidgevoelig gebouw is in de zin van de Wet geluidhinder, zie o.a. ABRvS 1 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1431, r.o. 12.1.

Notarieel recht

Edith Dutmer
Nysingh advocaten en notarissen

Differentiatie tarieven overdrachtsbelasting en startersvrijstelling

Het op Prinsjesdag gepresenteerde Belastingplan 2021 bevat maatregelen op het gebied van de overdrachtsbelasting. In dat plan moet bij de heffing van overdrachtsbelasting gekeken worden naar zowel de aard van het verkregen object, als de aard van de verkrijger. Het kabinet is van mening dat daarmee de positie van starters op de woningmarkt wordt verbeterd. In dit artikel neem ik kort de beoogde wijzigingen door en de gevolgen daarvan voor de (notariële) praktijk.

Overdrachtsbelasting – de basis

Bij de verkrijging van in Nederland gelegen onroerende zaken wordt overdrachtsbelasting geheven op grond van de Wet op belastingen van rechtsverkeer (WBR). Ook de verkrijging van een recht waaraan een onroerende zaak is onderworpen (bijvoorbeeld een recht van erfpacht, recht van opstal of een erfdienstbaarheid) en de verkrijging van fictieve onroerende zaken[1] is een belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting. Belastingplichtige is de verkrijger (in tegenstelling tot de heffing van omzetbelasting) en de belasting moet worden voldaan op aangifte. Indien ter zake van de verkrijging een notariële akte is opgemaakt (hetgeen vaak het geval is), wordt de aangifte door de notaris gedaan.[2]
De wet bevat een aantal vrijstellingen, afhankelijk van de aard van de *verkrijger* (bijvoorbeeld verkrijging door een overheid), van de aard van het verkregen *object* (bijvoorbeeld verkrijging van een nieuwbouwterrein) of van de aard van de *verkrijging* (bijvoorbeeld verkrijging door middel van fusie). Voor vrijwel iedere vrijstelling gelden aanvullende voorwaarden en bepalingen. Op de vrijstellingen ga ik hierna verder niet in.

Grondslag heffing

Hoofdregel is dat overdrachtsbelasting wordt geheven over de *waarde* van het verkregen object. Indien de tegenprestatie die de verkrijger verricht voor de verkrijging hoger is dan die waarde, dan wordt geheven over die hogere tegenprestatie. Met de term 'tegenprestatie' wordt niet alleen gedoeld op de tussen partijen overeengekomen prijs of koopsom, maar ook op andere prestaties die de verkrijger verricht om de onroerende zaak te verkrijgen.

Tarief

In het verleden (tot 2006) gold voor iedere verkrijger of verkrijging hetzelfde tarief van 6% (ongeacht het soort object). Vanaf 15 juni 2011 geldt dat het tarief voor de verkrijging van woningen 2% bedraagt (ongeacht de aard van de verkrijger). In de Wet fiscale maatregelen Klimaatakkoord[3] is opgenomen dat het genoemde tarief van 6% per 1 januari 2021 wordt verhoogd naar 7%. Het betreffende artikel van die wet is echter nog niet in werking getreden, mogelijk vanwege het nu voorliggende voorstel in het Belastingplan 2021.

Voorstel Belastingplan 2021 – startersvrijstelling

Indien de plannen van het kabinet doorgaan, gelden vanaf 1 januari 2021 de volgende tarieven:

Geen woning
Bij verkrijging van een object dat géén woning is, bedraagt het tarief *8%*.

Geen natuurlijk persoon
Bij verkrijging van een woning door iemand die géén natuurlijk persoon is, bedraagt het tarief *8%*.

Geen hoofdverblijf
Bij verkrijging van een woning door een natuurlijk persoon die die woning *niet* als hoofdverblijf gaat gebruiken, bedraagt het tarief *8%*.

Geen starter
Bij verkrijging:
- van een woning (of een aanhorigheid die gelijktijdig wordt verkregen);
- door een natuurlijk persoon die 35 jaar of ouder is (of minderjarig); en
- die de woning anders dan tijdelijk als hoofdverblijf gaat gebruiken;

bedraagt het tarief *2%*.

Starter
Bij verkrijging van:
- een woning (of een aanhorigheid die *gelijktijdig* wordt verkregen);
- door een natuurlijk persoon die meerderjarig is maar jonger dan 35 jaar; en
- die de woning anders dan tijdelijk als hoofdverblijf gaat gebruiken; en
- die niet eerder de startersvrijstelling heeft genoten;[4]

is de heffing *nihil*.

De startersvrijstelling en het tarief van 2% gelden niet bij de verkrijging van *economische* eigendom van een woning. Ook de verkrijging van fictieve onroerende zaken is uitgezonderd van de startervrijstelling en het verlaagd tarief.
In de plannen is dus zowel het object van de verkrijging (wel of geen woning), de aard van de verkrijger (wel of geen starter) als het beoogd gebruik (wel of geen hoofdverblijf) van belang om te kunnen bepalen welk tarief moet worden gehanteerd. Indien iemand in aanmerking wil komen voor de startersvrijstelling, moet daarnaast worden vastgesteld of de verkrijger die vrijstelling al eens heeft genoten.
De startersvrijstelling gaat in beginsel voor de komende vijf jaar gelden (tot en met 31 december 2025), maar het kabinet houdt de mogelijkheid open

dat de startersvrijstelling wordt verlengd.

Gevolgen voor de praktijk in 2020

Voor de rest van dit kalenderjaar 2020 geldt dat sommige kopers de levering nog dit jaar zullen willen laten plaatsvinden. Dat zal onder meer gelden voor beleggers, kopers van vakantiewoningen en ouders die een studentwoning voor hun kind willen kopen. Bij het opstellen van koopaktes kan het verstandig zijn (het belang van) de leveringsdatum expliciet te benoemen. Het simpelweg vermelden van een uiterste leveringsdatum (zoals de veel gebruikte formulering 'uiterlijk 31 december 2020 of zo veel eerder als partijen nader overeenkomen') kan onvoldoende zijn om het pand tijdig te verkrijgen. Indien de verkoper – om welke reden dan ook – niet op de afgesproken datum levert, moet hij eerst in gebreke gesteld worden, waarna hij nog een redelijke termijn krijgt om alsnog aan de leveringsverplichting te voldoen. Het is de vraag of de verkoper – zonder expliciete bepaling op dat punt – vervolgens de door koper gelden fiscale schade moet vergoeden. Om onzekerheid te voorkomen is het verstandig uit de koopakte helder te laten blijken dat koper nog dit kalenderjaar wil afnemen, waarom dat zo is en wie de fiscale gevolgen draagt van een latere levering.

Anderzijds zijn er kopers van woningen die onder de nieuwe regelgeving als 'starter' zijn aan te merken en daarom een reeds overeengekomen leveringsdatum naar 2021 willen uitstellen. Is de koopakte al getekend en vermeldt dat contract een leveringsdatum in 2020, dan moet een aanvullende afspraak worden gemaakt. Let op dat bij het opstellen van een nieuwe koopakte niet onbedoeld een nieuwe bedenktijd als bedoeld in artikel 7:2 lid 2 BW gaat gelden.[5] Voor de verkoper kan het daarmee riskant zijn in te stemmen met een nieuwe of aanvullende koopakte.

Gevolgen voor de praktijk vanaf 2021

Algemeen

Zoals uit het vorenstaande blijkt, moet bij de aangifte overdrachtsbelasting meer onderzoek worden gedaan naar het te hanteren tarief. De notaris moet (als degene die de aangifte verzorgt) zich net als nu eerst vergewissen van de aard van het object (woning of geen woning). Is sprake van een woning en de verkrijger is meerderjarig maar nog geen 35 jaar, dan moet onderzocht worden of de woning als hoofdverblijf gaat strekken. Voor de toepassing van het 2%-tarief of de startersvrijstelling wordt daarom een vereiste dat de verkrijger onmiddellijk voorafgaand aan de verkrijging duidelijk, stellig en zonder voorbehoud schriftelijk verklaart de woning anders dan tijdelijk als hoofdverblijf te gaan gebruiken. Wil de verkrijger de startersvrijstelling inroepen, dan moet hij stellig en zonder voorbehoud schriftelijk verklaren dat hij de startersvrijstelling niet eerder heeft toegepast. De notaris hoeft dit niet te controleren en kan dus in beginsel uitgaan van deze schriftelijke verklaring, tenzij hij wist dat deze verklaring ten onrechte is afgegeven. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als de notaris ook betrokken is geweest bij de overdracht van een eerdere verkrijging, waarvoor de verkrijger de startersvrijstelling heeft toegepast. Opgemerkt wordt dat de Belastingdienst zelf aangeeft dat de regeling rondom de hoofdverblijfverklaring fraudegevoelig is en dat moet worden geaccepteerd dat de Belastingdienst alleen beperkt toezicht kan uitoefenen totdat het aangiftebericht zodanig is aangepast dat aangifteverwerking en toezicht op gestructureerde (en digitale) wijze kunnen plaatsvinden. Naar verwachting zijn deze aanpassingen 1 januari 2023 gereed (aldus de Belastingdienst).[6]

Meerdere verkrijgers

De leeftijdsgrens voor de toepassing van de startersvrijstelling moet worden beoordeeld per verkrijger. Wordt een woning verkregen door meerdere verkrijgers gezamenlijk, dan wordt de toepasselijkheid van de vrijstelling bepaald voor iedere verkrijger afzonderlijk. Is een van de verkrijgers 30 jaar en de andere verkrijger 36, dan mag de jongste verkrijger de startersvrijstelling toepassen voor het door hem verkregen aandeel in de woning. Dat kan kopers in de verleiding brengen om de woning in een ongelijke verhouding aan te kopen (bijvoorbeeld 90% onverdeeld aandeel voor de jongste partner en 10% onverdeeld aandeel voor de oudste partner) en zo meer overdrachtsbelasting te besparen. Het wetsvoorstel of de memorie van toelichting geeft hiervoor geen belemmering. Een dergelijke 'scheve' verhouding kan echter ook onbedoelde gevolgen hebben, bijvoorbeeld indien de woning na verbreking van de relatie alsnog geheel eigendom wordt van de oudste partner (de te betalen overdrachtsbelasting is dan hoger) of in het geval de jongste partner overlijdt en de oudste partner als erfgenaam achterlaat (de te betalen erfbelasting kan dan hoger zijn).

Tot slot

Het kabinet verwacht met de differentiatie van de tarieven voor de overdrachtsbelasting starters op de woningmarkt een steun in de rug te geven. Of dat zo is moet worden afgewacht. In koopaktes moet de komende periode aandacht besteed worden aan het moment van overdracht om nog van de huidige regeling gebruik te kunnen maken, of juist om van de nieuwe regeling te kunnen profiteren. Gaan de plannen van het kabinet door, dan geldt voor de notariële praktijk dat het verzorgen van de aangifte overdrachtsbelasting bewerkelijker wordt.

---

1. Kort gezegd: aandelen in een vennootschap waarvan de bezittingen grotendeels bestaan uit Nederlandse onroerende zaken, die geheel of hoofdzakelijk dienstbaar zijn aan het verkrijgen, vervreemden of exploiteren van die onroerende zaken (artikel 4 WBR).
2. Artikel 18 WBR.
3. Wet van 18 december 2019, *Stb*. 2019, 511.
4. Let op: de verkrijger mag wel eerder een andere woning in eigendom hebben gehad; zolang daarbij de startersvrijstelling niet is ingeroepen, kan dat vanaf 2021 alsnog.
5. Het gaat te ver om hier op deze problematiek in te gaan, maar een koper zou kunnen betogen dat het opstellen van een nieuwe of aanvullende koopakte leidt tot het opnieuw ingaan van de bedenktijd. Zie hierover M.M. van Rossum, 'Kroniek schriftelijkheidsvereiste en bedenktijd bij de koop van een woning', *TvC* 2020, afl. 4.
6. Zie: Uitvoeringstoets Wet differentiatie overdrachtsbelasting, te vinden op Rijksoverheid.nl.

Samenwerkingsvormen

René van Wijk
BAM Bouw en Vastgoed Nederland B.V.

Implementatie van het UBO-register

Meer dan 1,5 miljoen organisaties zullen volgens de Kamer van Koophandel rekening moeten houden met verplichtingen die verband houden met het UBO-register. De gewijzigde vierde Europese anti-witwasrichtlijn bevat voor de lidstaten een verplichting tot invoering van een openbaar toegankelijk register met informatie over uiteindelijk belanghebbenden van vennootschappen en andere entiteiten. Deze richtlijn heeft geleid tot de implementatiewet die voorziet in de registratie van uiteindelijk belanghebbenden in het handelsregister.

Implementatiewet

De vierde Europese anti-witwasrichtlijn heeft als doel om te voorkomen dat het financiële stelsel wordt gebruikt voor het witwassen van geld en financiering van terrorisme.[1] De gewijzigde richtlijn voorziet in verdere maatregelen. Hiertoe behoort de registratie van een uiteindelijk belanghebbende. Dit is een natuurlijke persoon die de uiteindelijke eigenaar is van of zeggenschap heeft over een vennootschap of andere entiteit. Een andere benaming is 'Ultimate Beneficial Owner' (UBO).
De implementatiewet voorziet in de registratie van een UBO in het handelsregister van de Kamer van Koophandel door wijziging van enkele wetten, waaronder de Handelsregisterwet en de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme (Wwft).[2] In een separaat wetgevingstraject wordt voorzien in een regeling voor trusts en vergelijkbare constructies, zoals het fonds voor gemene rekening.[3]
Bestaande entiteiten zijn verplicht om binnen een termijn van 18 maanden vanaf 27 september 2020 te voldoen aan de verplichting tot registratie van een UBO in het handelsregister. Een uitzondering geldt voor een UBO van een trust of een vergelijkbare structuur, zoals een fonds voor gemene rekening. Bij oprichting van een nieuwe entiteit moet direct een inschrijving van een UBO plaatsvinden.[4]

Verplichtingen voor vennootschap of andere entiteit en UBO

De Wwft bevat vanaf 8 juli 2020 een verplichting voor een vennootschap en een andere entiteit die in Nederland is opgericht om informatie over een UBO in te winnen en bij te houden. De UBO-informatie bestaat uit alle informatie die op grond van de Handelsregisterwet moet worden ingeschreven in het handelsregister. De UBO heeft op grond van de Wwft een verplichting deze informatie te verstrekken aan de entiteit.[5]
De entiteit is op grond van de Handelsregisterwet verplicht om de UBO-informatie te registreren in het handelsregister. De informatie moet actueel zijn. De registratieplicht geldt bij iedere wijziging van een economisch belang of zeggenschap, zoals een wijziging op grond van een aandelenoverdracht, een overdracht van een commanditaire deelneming in een C.V. of een overeenkomst tussen de participanten.
De Handelsregisterwet voorziet alleen in registratie van een UBO van een vennootschap of andere entiteit die in Nederland is *opgericht* en in het handelsregister is ingeschreven.[6]
De Wwft bepaalt voor welke vennootschappen en andere entiteiten de registratieplicht geldt. Dit geldt in de vastgoedsector met name voor een B.V., een N.V., een stichting, een maatschap, een v.o.f. en een C.V. De registratieplicht geldt niet voor eenmanszaken, en verenigingen van eigenaars.[7]

De registratieplicht geldt alleen indien de entiteit in Nederland is opgericht. Een UBO van een entiteit die in een andere lidstaat is opgericht wordt ingeschreven in het openbare register van de betreffende lidstaat. Dit geldt ook voor een buitenlandse entiteit met een hoofd- of nevenvestiging in Nederland.[8] Indien de buitenlandse entiteit een Nederlandse dochtermaatschappij heeft of deelneemt in een joint venture die in Nederland is opgericht, dan geldt voor deze dochtermaatschappij of joint venture wel een registratieplicht van een UBO van de buitenlandse entiteit. Het criterium van oprichting heeft verder tot gevolg dat een personenvennootschap die in Nederland is opgericht, maar een onderneming drijft in het buitenland, alsnog moet worden ingeschreven in het handelsregister.[9]
Verder bestaat op grond van de Wwft een uitzondering voor een beursgenoteerde vennootschap. Deze vennootschap is reeds onderworpen aan bepaalde openbaarmakingsvereisten. Dezelfde uitzondering geldt voor een 100%-dochtermaatschappij van een beursgenoteerde vennootschap.[10] De wettelijke formulering is niet geheel duidelijk. De Minister van Financiën heeft in een brief bevestigd dat deze uitzondering geldt voor alle vennootschappen die direct of indirect een 100%-dochtermaatschappij van een beursgenoteerde vennootschap zijn.[11]
Bij een direct of indirect belang van een beursvennootschap in een vennootschap of andere entiteit van minder dan 100%, zoals een joint venture, moet een UBO van de beursgenoteerde vennootschap worden geregistreerd door de betreffende entiteit.[12]

UBO

De definitie van 'uiteindelijke belanghebbende' staat in de Wwft: de natuurlijke persoon die de uiteindelijke eigenaar is van of zeggenschap heeft over een vennootschap of andere en-

titeit. In het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 is per entiteit bepaald welke natuurlijke persoon *in elk geval* als UBO wordt beschouwd. Dit is een niet-limitatieve opsomming.[13]
De definitie van 'eigendomsbelang' in de Wwft is bij al deze entiteiten het recht op uitkering uit het vermogen van een rechtspersoon of personenvennootschap, waaronder de winst of de reserves, of op een overschot na vereffening.[14]
Bij een B.V. en een N.V. is een UBO een natuurlijke persoon die:
- direct of indirect meer dan 25% van de aandelen, van de stemrechten of het eigendomsbelang houdt in de vennootschap; of
- via andere middelen eigenaar is van of zeggenschap heeft over de vennootschap.

Bij andere middelen kan worden gedacht aan contractuele rechtsbetrekkingen, zoals de economische eigendom van aandelen of een recht tot benoeming van de bestuurders op grond van een overeenkomst. Het is daarbij van belang om kennis te nemen van overeenkomsten, zoals een akte met administratievoorwaarden bij certificering van aandelen, een akte van economische eigendomsoverdracht, een stemovereenkomst, een aandeelhoudersovereenkomst en een samenwerkingsovereenkomst. Voorts kan bij andere middelen worden gedacht aan een pandrecht of een vruchtgebruik op aandelen waarbij door overgang van stemrecht zeggenschap kan worden uitgeoefend.[15]

Bij overige rechtspersonen, zoals een stichting, is een UBO een natuurlijke persoon die:
- direct of indirect meer dan 25% van het eigendomsbelang houdt in de rechtspersoon;
- direct of indirect meer dan 25% van de stemmen kan uitoefenen bij de wijziging van de statuten; of
- feitelijk zeggenschap over de rechtspersoon kan uitoefenen.

Bij certificering van aandelen in een vennootschap worden de aandelen gehouden door een stichting administratiekantoor (STAK). Indien de administratievoorwaarden bepalen dat de STAK dividend of andere uitkeringen rechtstreeks moet doorgeven aan de certificaathouders, dan is geen sprake van een uitkering uit het vermogen van de stichting. In dat geval wordt een UBO geregistreerd door de vennootschap waarvan de aandelen door de STAK worden gehouden.[16]

Bij een maatschap, een v.o.f. en een C.V. is een UBO een natuurlijke persoon die:
- direct of indirect meer dan 25% van het eigendomsbelang houdt in de vennootschap;
- direct of indirect meer dan 25% van de stemmen kan uitoefenen bij de wijziging van de overeenkomst die ten grondslag ligt aan de personenvennootschap of ter zake van de uitvoering van die overeenkomst anders dan door daden van beheer, voor zover voor besluitvorming meerderheid is voorgeschreven; of
- feitelijk zeggenschap over de personenvennootschap kan uitoefenen.

Indien bij een vennootschap of andere entiteit op grond van bovengenoemde criteria geen UBO kan worden vastgesteld, dient het hoger leidinggevend personeel van de entiteit als UBO te worden aangemerkt. Dit personeel wordt ook pseudo-UBO genoemd. Alle natuurlijke personen die statutair bestuurder zijn van een rechtspersoon worden ingeschreven als UBO. Dit geldt ook voor de niet uitvoerende bestuurders in een monistisch bestuursmodel. Indien een rechtspersoon bestuurder is, moeten de natuurlijke personen die bestuurder zijn van deze rechtspersoon als UBO worden ingeschreven.
Het hoger leidinggevend personeel van een maatschap, een v.o.f. en een C.V. bestaat uit alle vennoten, behalve de commanditaire vennoten van een C.V.[17] Dit is alleen mogelijk in het geval natuurlijke personen als (beherend) vennoot staan ingeschreven. Indien een rechtspersoon (beherend) vennoot is, vindt de registratie van een UBO plaats door de betreffende rechtspersoon.

UBO-informatie en toegang tot informatie

De Handelsregisterwet bevat een regeling over de UBO-informatie die moet worden geregistreerd en de toegang tot deze informatie. De wet bevat een opsomming van de gegevens over de UBO die in het handelsregister worden opgenomen.[18] De volgende gegevens zijn voor eenieder toegankelijk:
- naam;
- geboortemaand en geboortejaar;
- woonstaat;
- nationaliteit;
- aard en omvang van het economische belang.

De aard en omvang van het economische belang wordt omschreven in drie bandbreedtes: groter dan 25 tot en met 50%, groter dan 50 tot en met 75% en groter dan 50 tot en met 100%.[19]

De wet voorziet in een verplichting tot het verstrekken van aanvullende informatie, die niet voor eenieder toegankelijk is. Deze informatie bestaat uit:
- geboortedag, geboorteplaats en geboorteland;
- woonadres;
- burgerservicenummer of buitenlands fiscaal identificatienummer;
- afschrift van documenten op grond waarvan de identiteit van de UBO is geverifieerd;
- afschrift van documenten over de aard en omvang van het economisch belang.

Documenten over het economisch belang zijn een aandeelhoudersregister, een notariële akte, een overeenkomst tot oprichting van een personenvennootschap, een inschrijving in het handelsregister, een organogram of andere documenten.[20] Het is toegestaan om alleen relevante gedeelten van een document te deponeren.
De aanvullende informatie is alleen toegankelijk voor de Financiële inlichtingen eenheid en de autoriteiten die bij algemene maatregel van bestuur zijn aangewezen. Dergelijke autoriteiten zijn onder meer de DNB, de AFM, de belastingdienst, de FIOD, de Nationale Politie, het OM en de Dienst Justis en het Bureau Bibob.[21]
Iedere raadpleger van UBO-informatie wordt geïdentificeerd en geregistreerd door de Kamer van Koophandel. Verder zal de Kamer van Koophandel het aantal raadplegingen van openbaar toegankelijke informatie in een bepaalde periode melden aan de UBO.[22]
In uitzonderlijke omstandigheden kan bepaalde UBO-informatie worden afgeschermd voor publieke toe-

gankelijkheid om blootstelling van de UBO aan onevenredige risico's of strafbare feiten te voorkomen. De afgeschermde informatie is wel toegankelijk voor onder meer de Financiële inlichtingen eenheid, de aangewezen autoriteiten, banken en notarissen.[23]

Discrepanties

Een aangewezen autoriteit heeft een verplichting om iedere discrepantie die zij aantreft tussen UBO-informatie in het handelsregister en informatie waarover zij uit andere hoofde beschikt te melden aan de Kamer van Koophandel.[24] Dit geldt niet indien de uitoefening van een wettelijke taak of bevoegdheid onnodig wordt doorkruist.
Een instelling als bedoeld in de Wwft heeft eveneens een verplichting om discrepanties te melden.[25] Deze verplichting geldt onder meer voor banken, beleggingsinstellingen, registeraccountants, advocaten en notarissen.[26] Deze instellingen zijn verplicht een cliëntenonderzoek uit te voeren. Dit onderzoek reikt verder dan de raadpleging van het handelsregister voor een eventuele UBO.[27]

Handhaving

Overtreding van de wettelijke verplichtingen van de entiteit en de UBO is een strafbaar feit op grond van de Wet op de economische delicten.[28] Hetzelfde geldt voor de verplichting van een Wwft-instelling tot melding van discrepanties. Bij het niet of niet correct nakomen van de registratieplicht zijn tevens bestuursrechtelijke sancties mogelijk. De Minister van Financiën is bevoegd een last onder dwangsom en een bestuurlijke boete op te leggen.[29]

Slot

De implementatie van het UBO-register heeft aanmerkelijke gevolgen voor de vastgoedsector. Vrijwel alle vastgoedvennootschappen en andere vastgoedentiteiten die in Nederland zijn opgericht, zijn vanaf 8 juli 2020 verplicht om bepaalde informatie over een UBO in te winnen en bij te houden. De UBO-informatie moet binnen 18 maanden vanaf 27 september 2020 worden geregistreerd in het handelsregister. De implementatie van het UBO-register zal leiden tot meer transparantie over UBO's. Deze regeling bevordert niet alleen het toezicht van bevoegde autoriteiten, maar is tevens van belang bij vastgoedtransacties. Het onderzoek naar een UBO wordt vereenvoudigd bij een 'customer due diligence'- of 'know your customer'-onderzoek.

---

1. Richtlijn (EU) 2015/849 van 20 mei 2015, zoals gewijzigd op grond van Richtlijn (EU) 2018/843 van 30 mei 2018.
2. Wijziging van de Handelsregisterwet 2007, de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme en enkele andere wetten in verband met de registratie van uiteindelijk belanghebbenden van vennootschappen en andere juridische entiteiten ter implementatie van de gewijzigde vier anti-witwasrichtlijn, *Stb*. 2020, 231 (Implementatiewet). De algemene maatregel van bestuur is het Besluit van 9 september 2020 tot wijziging van het Handelsregisterbesluit 2008 en het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 in verband met de registratie van uiteindelijk belanghebbenden van vennootschappen en andere juridische entiteiten ter implementatie van de gewijzigde vier anti-witwasrichtlijn, *Stb*. 2020, 339 (Implementatiebesluit). Het Implementatiebesluit is voorzien van een nota van toelichting (Nota Implementatiebesluit).
3. Inmiddels heeft een internetconsultatie plaatsgevonden over een ambtelijk voorontwerp voor Regels met betrekking tot de registratie van uiteindelijk belanghebbenden van trusts en soortgelijke juridische constructies ter implementatie van artikel 31 van de gewijzigde vierde anti-witwasrichtlijn met concept memorie van toelichting (internetconsultatie.nl). Dit onderwerp wordt verder niet besproken.
4. Artikel 57 Handelsregisterwet, artikel III Implementatiebesluit, artikel 3 lid 7 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018, *Stb.* 2018, 241 (Uitvoeringsbesluit Wwft 2018). Nota Implementatiebesluit, p. 19.
5. Artikel 10b Wwft. *Kamerstukken II* 2018/19, 35179, nr. 3 (MvT) (hierna: MvT), p. 21-22.
6. Artikel 15a lid 1 Handelsregisterwet.
7. MvT, p. 11.
8. MvT, p. 10-12.
9. Artikel 5 sub f Handelsregisterwet.
10. Artikel 3 lid 1 sub a Uitvoeringsbesluit Wwft 2018. Het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 is voorzien van een nota van toelichting (Nota Uitvoeringsbesluit Wwft). MvT, p. 12 en 43.
11. *Kamerstukken II* 2018/19, 35179, nr. 16, p. 3 (Brief van de Minister van Financiën).
12. *Kamerstukken II* 2019/20, 35179, nr. 6, p. 17 (NV) (hierna: NV II), p. 17.
13. Artikel 1 lid 1 sub p Handelsregisterwet, artikel 10a lid 1 Wwft, artikel 3 lid 1 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 en Nota Uitvoeringsbesluit Wwft, p. 27. In de Nota Uitvoeringsbesluit Wwft wordt verwezen naar 'FATF guidance on Transparency and Beneficial Ownership', oktober 2014. MvT, p. 20 en 43.
14. Artikel 1 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 en Nota Uitvoeringsbesluit Wwft, p. 23.
15. Nota Uitvoeringsbesluit Wwft, p. 28-29. NV II, p. 8.
16. *Kamerstukken I* 2019/20, 35179, C (MvA) (hierna: MvA), p. 12.
17. Artikel 3 lid 6 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018. MvA, p. 13. Nota Implementatiebesluit, p. 19.
18. Artikel 15a lid 2 Handelsregisterwet. MvT, p. 13.
19. Artikel 35b Handelsregisterbesluit Wwft 2018. Nota Implementatiebesluit, p. 6.
20. Artikel 35b Handelsregisterbesluit.
21. Artikel 28 lid 2 Handelsregisterwet en artikel 51a Handelsregisterbesluit. MvT, p. 15. Nota Implementatiebesluit, p. 8.
22. Artikel 22 lid 5 en 6 Handelsregisterwet. NV II, p. 16.
23. Artikel 51b Handelsregisterbesluit. MvT, p. 16 en 17. Nota Implementatiebesluit, p. 8-11.
24. Artikel 38a Handelsregisterwet. MvT, p. 23.
25. Artikel 10c Wwft. MvT, p. 22.
26. Artikel 38a Handelsregisterwet. MvT, p. 22.
27. Artikel 3 lid 15 Wwft.
28. Artikel 47 Handelsregisterwet. MvT, p. 24.
29. Artikel 47a en 47b Handelsregisterwet. MvT, p. 25-27.

VvE

Sabine Schultze
Rijssenbeek Advocaten

Hoge Raad bevestigt samenloop van appartementsrechtprocedures

Onlangs heeft de Hoge Raad een arrest[1] over appartementsrechten gewezen dat op een aantal punten interessant is. Mijns inziens zijn dat de volgende drie onderwerpen:

- het ontbreken van een op grond van de wet of de statuten vereiste meerderheid van stemmen leidt tot een nietig besluit (I. Nietig of vernietigbaar besluit);
- het vereiste van een gekwalificeerde meerderheid ziet slechts op besluiten tot verbouwing met een ingrijpend karakter dan wel tot de aanleg of wijziging van een installatie met een ingrijpend karakter (II. Het begrip 'installaties');
- in een verzoekschriftprocedure waarin vernietiging van een besluit wordt gevraagd kan tevens worden verzocht om nietigverklaring van het besluit, oftewel behandeling in één procedure (III. Samenhangend feitencomplex).

Hierna zal ik eerst de casus[2] en de procedures bespreken waarna ik bovengenoemde punten behandel. Wat was nu het geval?
De Vergadering van eigenaren besluit met een gewone meerderheid om aan een eigenaar toestemming te verlenen voor het aanbrengen van een rookgasafvoer ten behoeve van zijn cv-ketel in de ventilatieschacht. Deze schacht loopt door tot het dak en staat in verbinding met een schoorsteen. Direct naast de schoorsteen bevinden zich 2 dakkapellen van de bovenste etage. De eigenaar van de dakkapel (de Eigenaar) was het hier op de vergadering niet mee eens en heeft tegengestemd. Daarom verzoekt hij de kantonrechter om het besluit te vernietigen.
De Eigenaar meent dat de ventilatieschacht een privégedeelte betreft waarover de VvE niet bevoegd is te beslissen en dat voor het maken van een doorvoer een besluit met een gekwalificeerde meerderheid van stemmen nodig is. Voorts beroept de Eigenaar zich op strijdigheid van het besluit met de redelijkheid en billijkheid in verband met gestelde hinder en overlast die hij mogelijk zal ondervinden.
De kantonrechter heeft beslist dat verzoeker niet-ontvankelijk is in zijn verzoek omdat de vervaltermijn van één maand is verstreken. Daarnaast merkt de Eigenaar op dat ook indien hij wel ontvankelijk zou zijn de kantonrechter niet bevoegd is. De kantonrechter meent aan het vernietigingsverzoek voorbij te kunnen gaanomdat dit onvoldoende onderbouwd is en ziet het hele verzoek als een verkapt beroep op nietigheid. Om een oordeel te krijgen over de nietigheid[3] van een besluit dient het geschil te worden ingeleid met een dagvaardingsprocedure bij de rechtbank.

In hoger beroep oordeelt het hof[4] daarentegen dat de Eigenaar het verzoek wel tijdig heeft ingediend. Bij de beoordeling is in dit geval doorslaggevend de datum waarop verzoeker kennis van de conceptnotulen nam. Dat komt omdat in de notulen pas duidelijkheid werd gemaakt dat de schacht naar het oordeel van de VvE gemeenschappelijk zou zijn.
Overigens, hoewel het standpunt van het hof mijns inziens goed verdedigbaar is, betreft het een uitzondering op het uitgangspunt dat wanneer een eigenaar op de vergadering is de termijn meteen gaat lopen.[5] Slechts voor eigenaren die niet op de vergadering waren hanteert de Hoge Raad een aantal uitgangspunten.[6] Overigens dit lag niet in cassatie voor, maar dat terzijde.
Het hof oordeelt dat de kantonrechter ten aanzien van de eerste twee verzoeken niet bevoegd was, nu dit louter de nietigheid betrof. Maar het hof oordeelt in tegenstelling tot de kantonrechter dat het vernietigingsverzoek wel degelijk duidelijk en voldoende onderbouwd is. Het hof acht zich daarom bevoegd om het geschil inhoudelijk te behandelen.[7]
Het hof wijst de verzoeken alsnog af. Vervolgens gaat de Eigenaar in cassatie.

I. Nietig of vernietigbaar besluit?

Het gaat in cassatie om de vraag of het ontbreken van een op grond van de wet of de statuten vereiste meerderheid van stemmen leidt tot een nietig besluit.[8]
De Eigenaar meent dat het ontbreken van een gekwalificeerde meerderheid een gebrek is in de totstandkoming van het besluit.
De Hoge Raad overweegt met een verwijzing naar de wetsgeschiedenis,[9] rechtspraak[10] en literatuur naar de heersende leer,[11] inhoudende dat het ontbreken van een op grond van de wet of de statuten vereiste meerderheid van stemmen leidt tot een nietig besluit en niet tot een besluit dat vernietigbaar is wegens strijd met de wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen.

II. Het begrip 'installaties'

Ten tweede het gegeven dat het vereiste van een gekwalificeerde meerderheid slechts ziet op besluiten tot verbouwing met een ingrijpend karakter dan wel tot de aanleg of wijziging van een installatie met een ingrijpend karakter.
In hoger beroep concludeert het hof aan de hand van de toepasselijke – objectieve – uitlegmaatstaf dat het een gemeenschappelijke zaak betreft. Dat is in cassatie niet meer in geschil.[12]
Vervolgens is de vraag of het besluit in afwijking van de 'gewone meerder-

heid' met een gekwalificeerde meerderheid op basis van het splitsingsreglement had moeten worden genomen.
Artikel 37 lid 8 jo. lid 5 MR 1973 houdt in dat voor bepaalde besluiten een gekwalificeerde meerderheid en een quorum voorgeschreven is. Dat geldt ook voor besluiten tot verbouwing of voor besluiten tot het aanbrengen van nieuwe installaties of tot het wegbreken van bestaande installaties, voor zover deze niet als een uitvloeisel van het normale beheer zijn te beschouwen.
Het hof heeft geoordeeld dat een gewone meerderheid voor het nemen van het besluit voldoende is omdat de werkzaamheden niet ingrijpend zijn.
De Hoge Raad bevestigt de uitleg van het hof dat de installatie en verbouwingen ingrijpend van karakter moeten zijn en dat de vereiste gekwalificeerde meerderheid een uitzondering vormt op de hoofdregel.
De Hoge Raad bevestigt dit in de volgende rechtsoverweging (in r.o. 3.1.4 en 3.1.5):

'(…) met "installaties" in art. 37 lid 8 wordt gedoeld op installaties met een gemeenschappelijk karakter en een substantiële omvang, waarvan de aanleg of wijziging ingrijpend is. (…) dat niet voor alle besluiten tot verbouwing of tot het aanbrengen dan wel wegnemen van een installatie, ongeacht de ingrijpendheid daarvan, het vereiste van een gekwalificeerde meerderheid geldt.

'(…) het vereiste van een gekwalificeerde meerderheid (…), slechts ziet op besluiten tot verbouwingen met een ingrijpend karakter dan wel besluiten tot de aanleg of wijziging van een installatie met een ingrijpend karakter. (…).'

De begrippen 'verbouwing' en 'installaties' stonden niet gedefinieerd in de splitsingsakte. De Hoge Raad heeft de uitleg gebaseerd op de opsomming van de gemeenschappelijke zaken uit het splitsingsreglement. Daaruit valt af te leiden dat bij technische installaties wordt gedacht aan installaties met een gemeenschappelijk karakter en een substantiële omvang, waarvan de aanleg of wijziging ingrijpend is.[13]
Dat blijven op zich open begrippen. Hoewel de modelreglementen in grote lijnen op elkaar lijken, zijn ze juist op het punt van de opsomming van gemeenschappelijke zaken verschillend. Het is dan ook in die zin de vraag of deze uitleg zonder meer ook voor andere bepalingen in andere reglementen kan gelden.[14]

III. Samenhangend feitencomplex

In tegenstelling tot dat wat bij een gewone vereniging het geval is, geldt voor een VvE-besluit een bijzondere procedure. De vernietiging van een besluit moet binnen de vervaltermijn van één maand worden ingeleid met verzoekschriftprocedure bij de kantonrechter.[15]
Echter, de scheidslijn tussen nietigheid en vernietigbaarheid is niet altijd even helder en beide begrippen zijn soms zelfs onlosmakelijk met elkaar verbonden.[16] Daarom wordt in de praktijk, mede gelet op de korte vervaltermijn vaak in de verzoekschriftprocedure door de verzoeker zekerheidshalve en/of uit onwetendheid naast het verzoek tot vernietiging tevens een beroep gedaan op de nietigheid van het besluit.
Is sprake van een samenhangend feitencomplex dan kan een belanghebbende een beroep op nietigheid en vernietigbaarheid in één procedure doen.[17] Het uitgangspunt van de wetgever is dat samenhangende vorderingen vanuit een oogpunt van doelmatigheid zo veel mogelijk door een en dezelfde rechter moeten worden behandeld en beslist, in dit geval de kantonrechter.[18]
De kantonrechter is dus op zich bevoegd om een oordeel te geven over de nietigheid van een besluit, 'voor zover de samenhang tussen de vorderingen zich tegen afzonderlijke behandeling verzet'. Wel essentieel is dat het verzoek tot vernietiging wel ontvankelijk is.[19]

Al geruime tijd is de jurisprudentie over dit onderwerp niet eenduidig. Het aantal uitspraken waarin de sector kanton van de rechtbank ook de nietigheid behandelt en daarover beslist legt ongeveer evenveel gewicht in de schaal als de uitspraken waarin de sector kanton van de rechtbank zich onbevoegd verklaart en wat betreft de nietigheid ex artikel 69 jo. 71 lid 1 Rv de zaak verwijst.[20]
Met dit arrest wordt als een soort obiter dictum deze samenloop door de Hoge Raad bevestigd:

'(…) juist is het oordeel van het hof dat in een verzoekschriftprocedure bij de kantonrechter tot vernietiging van een besluit van een orgaan van de Vereniging van Eigenaren op de voet van art. 5:130 lid 1 BW in verbinding met art. 2:15 BW, tevens een beroep op de nietigheid van dat besluit als bedoeld in art. 2:14 BW aan de orde kan worden gesteld. De procedure behoeft in een zodanig geval dus niet te worden gesplitst teneinde het beroep op nietigheid in een afzonderlijke (dagvaardings)procedure door de rechtbank te laten beoordelen.'

Afsluiting

Het is goed om te weten dat in december 2018 een informele consultatie is gehouden over een door de Werkgroep Modernisering Appartementsrecht Nederland opgesteld wetsvoorstel.[21] Dat wetsvoorstel gaat over het wijzigen van het BW en Rv ter verbetering van de regeling van appartementsrechten.[22] Dat concept voorziet onder meer in een gezamenlijke behandeling van de vernietigingsprocedure en een beroep op nietigheid door de kantonrechter. De beroepstermijn is dan niet één maar drie maanden. Met betrekking tot dit wetsvoorstel is deze uitspraak interessant. Het is de vraag of dit wetsvoorstel voor dit onderwerp nog nodig is, immers met dit arrest geeft de Hoge Raad de rechtspraktijk bevestiging en duidelijkheid over de mogelijkheid van samenloop van gerechtelijke appartementsrecht procedures; en dat is misschien wel voldoende.

---

1. HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1275.
2. Zie ook: K. Kroon, 'Nietig of vernietigbaar besluit', *VvERecht.nl* 25 augustus 2020, vverecht.nl/2020/08/nietig-of-vernietigbaar-besluit/.
3. Artikel 2:14 BW.
4. Hof Den Haag 18 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3932.
5. Zie o.a. N.L.J.M. Rijssenbeek, *De model-splitsingsreglementen toegelicht*, Den Haag: IBR 2018, p. 386-387 voor een uitgebreide opsomming van uitspraken ten aanzien van de fatale termijn. En zie: Hof 's-Hertogenbosch 22 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:760.
6. Zie o.a. R.L. Peutz & H.J.G. Braakhuis, *Appartementsrecht*, Nijmegen: Ars

Aequi Libri 2018, p. 97-98; voor een opsomming van die uitgangspunten en verwijzing naar de veel uitspraken over o.a. 'de vergewisplicht'.

7. Het is mijns inziens de vraag of het nog uitmaakt wat de primaire en subsidiaire grondslag van de vordering is en daarmee gepaard gaande verschillende beroepstermijnen. Zie ook: M. van de Hel-Koedoot, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering* 2019, art. 94 Rv, aant. 9 en Rb. Gelderland 19 augustus 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:4219.
8. Artikel 2:14 BW.
9. *Parl. Gesch. Aanpassing BW* (Inv. Boeken 3, 5 en 6, p. 169).
10. Zie ook: Hof 's-Hertogenbosch 23 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE: 2020:2376; ontbreken meerderheidsbesluit leidt tot nietigheid.
11. Zie voor een uitgebreide behandeling van (ver)nietig(baar)heid van besluiten van organen van rechtspersonen: concl. A-G B.F. Assink van 17 januari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:111, bij HR 8 mei 2020.
12. Hof Den Haag 18 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3932 en zie ook: R.L. Peutz & H.J.G. Braakhuis, *Appartementsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2018, p. 42 e.v. over een uitvoerige behandeling betreft het privégedeelte en de gemeenschappelijk gedeelten.
13. Zie ook: concl. A-G R.H. de Bock van 28 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:119, punt 3.11 e.v. met verwijzing naar relevante rechtspraak en literatuur.
14. Bijv. bij besluitvorming over het plaatsen van een gsm-mast of een zonnepark op een gemeenschappelijk dak door een derde o.b.v. een huurovereenkomst.
15. Artikel 5:130 jo. 129 jo. 2:15 BW.
16. Zie o.a. N.L.J.M. Rijssenbeek, *De model-splitsingsregelementen toegelicht*, Den Haag: IBR 2018, p. 379 voor een uitgebreide toelichting op artikel 55 MR 2017 en artikel 51 MR 2006 over de vernietiging van besluiten.
17. Artikel 94 lid 2 Rv.
18. M. van de Hel-Koedoot, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering* 2019, art. 94 Rv, aant. 1. Zie *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 259-260 en zie ook: HR 31 maart 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5319.
19. Zie ook: Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/561.
20. Zie o.a. R.L. Peutz & H.J.G. Braakhuis, *Appartementsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2018, p. 96-97 voor een uitgebreide opsomming van uitspraken.
21. Zie ook: concl. A-G R.H. de Bock van 28 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:119, punt 3.40.
22. Het conceptwetsvoorstel is te raadplegen op de website wmanl.nl/producten.

Inhoudsopgave 2020

Artikelen

Bosma, Willem, De Omgevingswet en energietransitie – twee werelden die samen (moeten) komen in een integrale benadering / **209**
Euverman, Emile, Keesjan Meijering en Jamaal Mohuddy, Warmtenetten, duurzaamheid en warmteplannen / **135**
Euverman, Emile, Sophie Groeneveld, Keesjan Meijering en Sanne Schipper, Kroniek zonneparken / **189**
Haverkamp, Ernst, Smaken verschillen: het huidige welstandstoezicht en de toekomst van het welstandstoezicht onder de Omgevingswet / **169**
Hilwerda, Karen en Anne Bos, Te huur: duurzame apparatuur. Goederenrechtelijke, verbintenisrechtelijke en huurrechtelijke kansen en obstakels / **213**
Hoekstra, Joost, Een beschouwing bij de Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet, onderdeel kostenverhaal, zoals aangenomen door de Eerste Kamer / **81**
Houts, Rob van, Gebouwgebonden financiering / **203**
Houweling, Marc en Brim Tonino, Vijf jaar *Croce Amica*; waar valt nog terrein te winnen bij de intrekking van aanbestedingsprocedures? / **49**
Huffelen, André van, 5%-regeling: bankgarantie als vervangende zekerheid / **164**
Kuilen, Eelkje van deen Florien Rosens, De rol van corporaties in het kader van DAEB en niet-DAEB: hoe, wat en waarom? / **95**
Lijkwan, Alex, Zorginstellingen verdienen een sterkere, wettelijke positie bij de aankoop van corporatievastgoed / **198**
Meesters, Janet, COVID-19 en bouwprojecten: the show must go on – maar wie betaalt de rekening? / **88**
Mus, Jan, Het voorkeursrecht in de Omgevingswet (2) / **55**
Rus-van der Velde, Monique en Frank Mulder, Aanvullingswet grondeigendom / **26**
Schaijk, Coen van, De aanspraken van de verhuurder op toevoegingen in en aan het gehuurde / **1**
Schaijk, Coen van, De onbedoelde pachtovereenkomst in de huur- en vastgoedpraktijk / **117**
Schreijenberg, Ad en Kaoutar Azghay, Bestuurlijke handhaving van het omgevingsrecht: beleidsneutraal naar de Omgevingswet? / **15**
Waldman, Julia, De goederenrechtelijke status van offshore windparken / **126**
Westrhenen, Floris van, Corona in het huurrecht – een tussenstand / **159**
Wirken, Stefan en Lotte van der Laan, Regulering van toeristische verhuur van woonruimte via de Huisvestingswet 2014: actuele ontwikkelingen / **60**
Woldendorp, Hans en Michiel Gadella, Een Chinese wonderschelp. De regulering van bouwstoffen, van Besluit bodemkwaliteit naar Omgevingswet / **6**
Wolff, Herman de, Grondexploitatie onder de Aanvullingswet grondeigendom / **21**

Boekbesprekingen

J.H.G. van den Broek, De Omgevingswet. Een korte introductie, *door Co van Zundert* / **101**
J. Broese van Groenou, De rechtsverhouding tussen de erfpachter en erfverpachter, *door Josien van der Werff* / **142**
J.H.M. Huijts, Nadeelcompensatie en tegemoetkoming in planschade – Titel 4.5 Awb en afdeling 15.1 Omgevingswet tussen eenheid en verscheidenheid, *door Co van Zundert* / **178**
S.A.L. van de Sande, Overheidsaansprakelijkheid voor het verstrekken van onjuiste informatie, *door Co van Zundert*/ **29**

Rubrieken

Aanbestedingsrecht

Chee, Ruben, Mislukte omzeilingspogingen Xafax-arrest / **145**
Chee, Ruben, Aanbestedende dienst valt door de mand: 6 jaar na aanbesteding schadeplichtig / **220**
Knoups, Lieke, (Sub)gunningscriteria in de aankondiging / **104**

Bodem

Kuijer, Jelle, De nieuwe maatregelen voor de PFAS-problematiek op een rijtje: wat gaat er gebeuren en gaan ze helpen? / **66**
Kuijer, Jelle, De nieuwe financieringsregeling voor vergoeding van de kosten bij illegaal gedumpt drugsafval: wat gaat er gebeuren? / **147**
Veen, Gerrit van der, Enige vraagpunten bij de toepassing van de Wet bodembescherming / **181**

Bouwrecht

Rijzewijk, Luc, Fraanje/Alukon; een gewaarschuwd schuldenaar is eerder in verzuim / **32**

Duurzaamheid

Kuilen, Eelkje van de en Keesjan Meijering, Gemeenten en warmtenetten: faciliteren of participeren? / **35**
Kuilen, Eelkje van de, Duurzaamheid: hoe staat het ervoor in de corporatiesector? / **222**
Meijering, Keesjan en Elise Noordhoek, Wijziging van de Warmtewet: tariefregulering lage-temperatuurwarmte en WKO's / **105**

Financieel recht

Houts, Rob van, Tussenpersonen, beheerders en makelaars opgelet: verzekerings- en opdrachtenportefeuilles zijn niet verpandbaar! / **68**
Houts, Rob van, Financiering van de energietransitie! / **149**
Kerckhaert, Pien en Robbert Middelburg, Het AIFMD-light-regime, uitbreiding naar Abi-beheerders uit andere lidstaten? / **182**
Middelburg, Robbert en Karsten Hovinga, Buy-to-let / **37**
Middelburg, Robbert en Merel Bouw, Verlaging en uitstel kapitaaleisen banken / **108**

Fiscaal recht

Boswinkel, Dieks, Transformatieprojecten en 2% overdrachtsbelasting / **70**

Wijsman, Sebastiaan en Wouter Kolkman, Aftrekbaarheid btw op instandhoudingskosten bij leegstaand pand / **184**

Huurrecht
Nelen, Jakelijn, De ontruimingsbescherming van art. 7:230a BW / **72**
Rijpstra, Robert, Hybride scheiding woningcorporatie voldoet niet aan de Woningwet / **39**
Rijpstra, Robert en Kristel Verkleij, Gemeenten verbieden koppelbeding bij inkoop sociaal domein / **110**
Rijpstra, Robert en Coen van Schaijk, Welke gevolgen heeft de Wet homologatie onderhands akkoord voor verhuurders? / **224**

Insolventierecht
Rijzewijk, Luc, Perikelen rond insolvente huurders; over opzegging in surseance en rente over een boedelvordering / **151**

Milieurecht
Azghay, Kaoutar, Geluid, lucht en ruimtelijke ordening / **227**
Schreijenberg, Ad, Led zonder lichthinder: de digitale transformatie van reclame in de openbare ruimte / **75**

Notarieel recht
Dutmer, Edith, De titel in de notariële akte / **41**
Dutmer, Edith, Schriftelijkheidsvereiste en bedenktijd opgerekt? / **113**
Dutmer, Edith, Differentiatie tarieven overdrachtsbelasting en startersvrijstelling / **230**
Huffelen, André van, Monddoodclausule / **154**

Omgevingsrecht
Boer, Erica de, Roel Sillevis Smitt en Diana Winkelhuijzen, Gebiedsontwikkeling met aquathermie cobineren / **77**

Samenwerkingsvormen
Laan, Ottilie, VGModel Bouwteamovereenkomst 1992 of Consultatiedocument Bouwteamovereenkomsten UAV & UAV-GC? / **32**
Wijk, René van, Voorontwerp modernisering NV-recht en evenwichtige man/vrouw-verhouding bij grote N.V. en B.V. / **186**
Wijk, René van, Implementatie van het UBO-register / **232**

VvE
Schultze, Sabine, Hoge Raad bevestigt samenloop van appartementsrechtprocedures / **235**