

Hoge Raad zet niet-duurzame relatie tussen artikel 122 Woningwet en gebiedsontwikkeling verder onder druk

129

1. Inleiding

Al geruime tijd speelt de discussie of (en in hoeverre) art. 122 Woningwet, ondanks het daarin opgenomen verbod, ruimte biedt aan gemeenten om bij gebiedsontwikkelingen te contracteren over zaken die te maken hebben met eisen van het Bouwbesluit of het stelsel van omgevingsvergunningen.² Recentelijk, op 17 juni 2011, heeft de Hoge Raad een belangwekkend arrest gewezen over de betekenis van art. 122 Woningwet. In dit artikel wordt stilgestaan bij enkele praktische gevolgen voor de praktijk van (duurzame) gebiedsontwikkeling.

2. Artikel 122 Woningwet

Op het eerste gezicht lijkt art. 122 Woningwet een helder verbod te bevatten. Het artikel luidt immers:

“De gemeente kan geen rechtshandelingen naar burgerlijk recht verrichten ten aanzien van onderwerpen waarin bij of krachtens de algemene maatregel van bestuur, bedoeld in artikel 2 is voorzien of die met betrekking tot het bouwen bij of krachtens de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht zijn geregeld.”

3. Aanleiding arrest Hoge Raad

Art. 122 Woningwet bevat feitelijk een verbod voor gemeenten om langs privaatrechtelijke weg te contracteren over zaken die te maken hebben met eisen van het Bouwbesluit of het stelsel van omgevingsvergunningen. Dit verbod wordt, onder meer vanwege bestuurlijke overwegingen over duurzaamheid, in de praktijk door menig gemeente genegeerd.³ Zo ook door de gemeente Breda. De gemeente heeft bij grondverkoop de aannemer verplicht om met kopers van door hem te bouwen woningen een koop-aannemingsovereenkomst conform GIW-model (of gelijkwaardig) te sluiten. Dit is als zodanig vastgelegd in art. 3.9 Algemene Verkoopvoorwaarden (hierna: AV). Het bewuste GIW-model kent, naast onder meer een insolventie- en gebrekenwaarborg, ook een aantal eisen dat betrekking heeft op zaken die in het Bouwbesluit zijn geregeld. Sterker nog, het model kent

zelfs een aantal bouwtechnische bepalingen die strenger van aard zijn dan wat wettelijk is voorgeschreven.

3.1 *Vonnis Rechtbank Breda en arrest Hof 's-Hertogenbosch*

De Rechtbank Breda oordeelt in mei 2007 dat art. 3.9 AV via de GIW-regeling betrekking heeft op het Bouwbesluit, zodat het beding valt onder de reikwijdte van art. 122 Woningwet. Het beding is volgens de rechtbank nietig.⁴ De gemeente gaat met (gedeeltelijk) succes in hoger beroep. Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelt begin september 2009 namelijk dat art. 3.9 AV op grond van art. 3:40 lid 2 BW wegens strijd met art. 122 Woningwet nietig is, maar alleen voor dat deel dat betrekking heeft op zaken die in het Bouwbesluit zijn geregeld.⁵ Deze zaken betreffen de extra garantietermijnen en de eisen die worden gesteld aan de verwarmings- en warmwaterinstallatie.⁶ Volgens het hof mag, nu uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de gemeente wel aanvullende voorwaarden mag stellen ten aanzien van onderwerpen die niet in of krachtens het Bouwbesluit worden geregeld, de gemeente art. 3.9 AV wel voorschrijven voor zover daarin andere onderwerpen worden geregeld dan waarop het Bouwbesluit ziet. Deze onderwerpen betreffen de insolventiewaarborg en de arbitrageregeling.⁷ Het hof neemt daarmee tot uitgangspunt dat de verplichting zoals opgenomen in art. 3.9 AV zich leent voor splitsing in een nietig deel en in een geldig deel. Over dit uitgangspunt velt de Hoge Raad op 17 juni 2011 het eindoordeel.

3.2 *Arrest Hoge Raad*

Het arrest van het hof berust volgens de Hoge Raad op een onjuiste rechtsopvatting.⁸ Volgens de Hoge Raad gaat het bij de beoordeling van de nietigheid van het beding niet erom of onderdelen van de in het beding voorgeschreven modelovereenkomst zich voor splitsing in een geldig en een nietig deel lenen, maar om beantwoording van de vraag of de bewuste verplichting tot het sluiten van de modelovereenkomst zelf op de voet van art. 3:40 BW nietig is wegens strijd met art. 122 Woningwet.

Volgens de Hoge Raad brengt de door het hof aangenomen nietigheid van het in art. 3.9 AV opgenomen beding ten aanzien van de bedoelde onderwerpen, de nietigheid van het beding in zijn geheel mee. Het beding verplicht tot het sluiten van koopovereenkomsten op voorwaarden die bij art. 122 Woningwet verboden onderwerpen betreffen, ten aanzien van welke onderwerpen niet is gesteld of gebleken dat

1. Mr. M. (Manfred) Fokkema is senior adviseur grondbeleid en vastgoedrecht bij PurpleBlue. Dit artikel is afgesloten op 22 juli 2011.
2. Zie bijv. *Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011*, p. 77, M. Fokkema, 'Is de GIW-garantie nog wel gegarandeerd?', *BR 2008*, p. 93 e.v. en R.R. Crincele Roy & V.E.M.A. van der Riet, 'Art. 122 Woningwet in de rechtspraak', *VGR 2004*, p. 63 e.v.
3. Zie bijv. *Rb. Arnhem 7 april 2010*, *BR 2010/127* m.nt. M.Y.C.L. de Wit en *Hof Amsterdam 31 maart 2005*, *NJF 2005/260*.

4. *Rb. Breda 23 mei 2007*, *LJN BA5601*, r.o. 3.9 e.v.

5. *Hof 's-Hertogenbosch 8 september 2009*, nr. HD 103.005.582.

6. *Ro. 4.6.3-4.6.4*.

7. *Ro. 4.6.7*.

8. *HR 17 juni 2011*, *LJN BQ1677*, elders opgenomen in dit blad onder *BR 2011/137*.

deze voor het ongeoorloofde karakter van het beding van ondergeschikte betekenis zijn.⁹ De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch en bekrachtigt het vonnis van de Rechtbank Breda.

4. Enkele praktische gevolgen

4.1 Gehele nietigheid, maar ...

In de eerste plaats volgt uit het arrest van de Hoge Raad dat wanneer door gemeenten in een beding gecontracteerd wordt over een te hanteren modelovereenkomst die betrekking heeft op onderwerpen zoals bedoeld in art. 122 Wonw, dit – in principe – tot gevolg heeft dat het bewuste beding als geheel nietig is. Wederpartijen van gemeenten hoeven zich in een dergelijk geval dus niet (meer) af te vragen hoe in praktisch opzicht uitvoering moet worden gegeven aan een verplichting die, hetgeen namelijk een gevolg is van het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch, voor wat betreft de voorgeschreven – overigens als zodanig ondeelbare – modelovereenkomst uiteenvalt in een nietig deel en een geldig deel.

De gekozen bewoording van de Hoge Raad laat overigens ruimte om te veronderstellen dat gehele nietigheid van het beding niet aan de orde hoeft te zijn wanneer de betrokken onderwerpen voor wat betreft de ongeoorlooftheid van het beding van ondergeschikte betekenis zijn. Dit laatste is niet gesteld of gebleken, waardoor de Hoge Raad (dit keer) niet dieper ingaat op deze, met art. 3:41 BW vergelijkbare, 'partiële nietigheid'.

4.2 Partiële nietigheid van een beding

In de praktijk zal partiële nietigheid van een beding wel degelijk een praktische oplossing kunnen blijken te zijn. Dat laatste is voor art. 3.9 AV van de gemeente Breda echter niet mogelijk, omdat er nu eenmaal een (ondeelbare) modelovereenkomst gehanteerd moest worden. De (theoretische) vluchtroute voor de gemeente die dan nog resteert, op grond van het arrest van de Hoge Raad, is het aantonen van de 'ondergeschikte betekenis' van de met art. 122 Wonw strijdige onderwerpen.

Het is zeer wel denkbaar dat in de praktijk contractuele bedingen worden gehanteerd die zich gemakkelijker lenen voor partiële nietigheid. Dit geldt voor bedingen die deels strijdig zijn met art. 122 Wonw, maar daarnaast ook splits- of deelbaar moeten worden geacht.¹⁰ In dit kader kan wellicht gedacht worden aan een contractueel beding waarin is vastgelegd dat de wederpartij van de gemeente:

- a. de grond dient te betalen op datum X;
- b. de grond dient af te nemen op datum Y;
- c. een woning (of een groter aantal woningen) binnen twee jaar na grondafname gerealiseerd dient te hebben;¹¹

- d. er zorg voor dient te dragen dat de betrokken woning (en) een EPC kent (kennen) die lager ligt dan voorgeschreven in het Bouwbesluit.¹²

Bepaling d is evident in strijd met art. 122 Wonw, terwijl dat niet geldt voor de overige bepalingen. De bepalingen a, b en c kunnen ieder voor zich afzonderlijk overeengekomen worden en bepaling d kan (simpelweg) komen te vervallen. Deze bepaling staat als zodanig niet in een 'onverbrekelijk verband' met de overige bepalingen.¹³ Partiële nietigheid van het beding zou in een dergelijk geval mijns inziens aan de orde moeten kunnen zijn.

4.3 Vrijwillige afspraken

De vraag die ook rijst, is of art. 122 Wonw, mede in het licht van het arrest van de Hoge Raad, geen enkele mogelijkheid biedt voor gemeenten om (aanvullend) te contracteren over zaken die in het Bouwbesluit zijn geregeld. Als deze vraag bevestigend beantwoord moet worden, dan is dat een forse streep door de rekening van (tal van) gemeenten die bijvoorbeeld duurzaam willen laten bouwen, het Politiekeurmerk Veilig Wonen willen toepassen en lagere EPC-normen dan volgend uit het Bouwbesluit willen hanteren.¹⁴ Telkens betreft het hier voorwaarden die (wellicht maar voor een ondergeschikt deel) raken aan het contracteerverbod van art. 122 Wonw. Geldt dat contracteerverbod ook als er niet sprake is van een verplichting (zoals in Breda), maar sprake is van vrijwilligheid?

4.3.1 Gronduitgifte versus zelfrealisatie

Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat art. 122 Wonw niet in de weg staat aan afspraken die in onderling overleg en op basis van gelijkwaardigheid worden overeengekomen.¹⁵ Bij gemeentelijke gronduitgifte is van gelijkwaardigheid in het algemeen geen sprake, zeker niet waar het voorwaarden betreft die opgenomen zijn in algemene uitgiftevoorwaarden.¹⁶ Van gelijkwaardigheid lijkt in de basis wel sprake te zijn indien een beroep wordt gedaan op zelfrealisatie door een marktpartij die al een grondpositie heeft. Het is dan immers aan de betrokken marktpartij om, in het kader van een te sluiten (anterieure) overeenkomst, al dan niet in te gaan op het verzoek van de gemeente.¹⁷

Van volledige gelijkwaardigheid is ook hier niet altijd geheel sprake, want het kan voorkomen dat de betrokken gemeente de wederpartij onder druk zet door planologische medewerking, al dan niet met bijbehorend (en vertragend) exploitatieplan, afhankelijk te maken van de bereidheid tot instemmen met het betrokken beding.¹⁸ Een dergelijke

12. Ook deze bepaling is, los van het bepaalde in art. 122 Wonw, gelet op de grenzen van het aanbestedingsrecht onder omstandigheden af te raden.

13. Vgl. art. 3:41 BW.

14. Zie nogmaals *Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011*, p. 77.

15. *Kamerstukken II 2000/01*, 27 581, nr. 3, p. 6.

16. Zie concl. A-C Keus bij het arrest, r.o. 4.6.6 en Rb. Arnhem 7 april 2010.

17. Vaak betreft het hier een exploitatieovereenkomst of bouwclaimovereenkomst.

18. Vgl. ABRvS 9 maart 2011, *TBR 2011/106* m.nt. J.B. Mus, waarin de Afdeling verzuimd heeft de betrokken gemeente te corrigeren voor wat betreft de verplichting om een exploitatieplan vast te stellen.

9. Ro. 3.4.

10. HR 24 september 1999, *NJ 1999/737*.

11. Hetgeen onder omstandigheden vanwege de grenzen van het aanbestedingsrecht af te raden is.

werkwijze wordt in de praktijk helaas wel eens aangetroffen en is in feite eerder dit jaar, weliswaar mede vanwege de specifieke omstandigheden van het geval, zelfs gehonoreerd door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.¹⁹

4.3.2 Regelen via aanbesteding

Hoewel veel gemeenten proberen een (formele Europese) aanbesteding van een gebiedsontwikkeling te voorkomen, kan een aanbesteding (zeker bij gronduitgifte) wellicht juist uitkomst bieden voor de in dit artikel geschetste problematiek.²⁰ Via de aanbesteding kan immers op zijn minst getracht worden de betrokken inschrijver(s) te stimuleren en te verlokken om door middel van hun concrete bieding(en) verder te gaan dan waartoe het Bouwbesluit verplicht.²¹ Het is dan aan de inschrijver om de gemeentelijke wensen en/of eisen²² op het vlak van duurzaamheid al dan niet te honoreren.²³ Art. 122 Wonw en het arrest van de Hoge Raad lijken een dergelijke constructie waarin de gemeente optreedt als 'opdrachtgever', en waarover na gunning vervolgens wel verplichtend dient te worden gecontracteerd, niet per definitie in de weg te staan.²⁴

5. Artikel 122 Woningwet aanpassen

Zoals hiervoor al aangegeven, volgt uit de parlementaire geschiedenis de mogelijkheid om op vrijwillige basis te contracteren over zaken die bestreken worden door het contracteerverbod van art. 122 Wonw. Ondanks dit gegeven kunnen gemeenten in voorkomend geval niet zeker zijn van hun zaak. De tekst van art. 122 Wonw biedt deze vrijheid nu eenmaal niet. Bovendien is er het zogenoemde 'Experimenteerbesluit excellente gebieden' op grond waarvan bij een beperkt aantal toegewezen projecten wel, ook vanuit een monopoliepositie, afgeweken mag worden van art. 122 Wonw.²⁵ Ook is er de mogelijkheid om een project aan te laten wijzen als innovatief experiment zoals bedoeld in

art. 2.4 Crisis- en herstelwet, zodat bijvoorbeeld afgeweken kan worden van de (steeds strenger wordende) EPC-normen.²⁶

Mede gelet op deze specifieke wetgeving, en uiteraard het arrest van de Hoge Raad, is er in feite dan ook een wetswijziging van art. 122 Wonw nodig. Hierin dient minimaal te worden vastgelegd dat bij vrijwilligheid, al dan niet na aanbesteding, het contracteerverbod niet van toepassing is.²⁷ Alleen dan kunnen gemeenten zeker zijn van de houdbaarheid van gemaakte (duurzaamheids)afspraken. Zonder aanpassing (of zelfs afschaffing) van art. 122 Wonw, lopen gemeenten hoe dan ook het risico dat in voorkomend geval de betreffende bepaling(en) nietig zullen worden geoordeeld.

19. ABRvS 9 maart 2011, TBR 2011/105 m.nt. J.B. Mus.

20. Zie M. Fokkema, 'Een nieuwe (tijdelijk) reisadvies voor aanbesteden en gebiedsontwikkeling', BR 2011/83.

21. Zie ook HvJ EU 4 december 2003, nr. C-448/01 (*Wienstrom*) en HvJ EU 17 september 2002, nr. C-513/99 (*Concordia Bus Finland*) en de 'Interpretatieve mededeling van de Commissie betreffende het gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en mogelijkheden om milieuoverwegingen hierin te integreren' (4 juli 2001, COM(2001) 274 def.) waarin het volgende is te lezen: 'Het staat aanbestedende diensten vrij om op specifieke punten te bepalen dat zij een hoger milieubeschermingsniveau verlangen dan in de wetgeving of de normen is neergelegd, mits dit er niet toe leidt dat de toegang tot de opdracht wordt beperkt en er wordt gediscrimineerd ten koste van potentiële inschrijvers.' Zie uitgebreider hierover Ürper, 'Duurzaamheidseisen bij aanbestedingen', TO 2010-4, p. 133-136. Zie ook Cox, 'Integrale duurzame gebiedsontwikkeling', TO 2010-4, p. 161.

22. In welk geval mogelijk(er) eerder sprake zal kunnen zijn van 'onvrijwilligheid' en 'ongelijkwaardigheid'.

23. Zie uitgebreider Hijmans & Fokkema (red.), *Recht rond grondbeleid*, Deventer: Tauw bv 2007 (tweede druk), p. 207-208.

24. Zie ook Bregman, 'Het privaatrecht op de terugtocht bij gebiedsontwikkeling? Over ICER, Noordwijk, Kampen en art. 122 Woningwet', TBR 2008/211, p. 1129.

25. Zie De Wit, 'Duurzaamheidseisen bij (projectontwikkel)overeenkomsten', TO 2010-4, p. 130.

26. En de mogelijkheid om op grond van art. 7a Wonw nadere voorschriften te stellen om te kunnen voldoen aan de eisen van het Bouwbesluit en technische voorschriften te hanteren voor zaken waarin het Bouwbesluit niet voorziet.

27. Zie in vergelijkbare zin De Wit, 'Duurzaamheidseisen bij (projectontwikkel)overeenkomsten', TO 2010-4, p. 131-132 en De Snoo, Ellerman & Meesters, *Drieluik grondexploitatie: overeenkomsten, exploitatieplannen en aanbestedingsrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 36.