

Contracteren over bouwtechnische kwaliteit geoorloofd?

Artikel 122 Woningwet en het arrest van de Hoge Raad inzake de GIW-garantie

87

Art. 122 Wonw wekt de indruk dat een gemeente met een projectontwikkelaar of bouwer in aanvulling op het Bouwbesluit in het geheel geen afspraken kan maken over bouwtechnische eisen waaraan het te realiseren bouwwerk moet voldoen. Een recent arrest van de Hoge Raad over de in het kader van gemeentelijke gronduitgifte gestelde eis dat de betrokken bouwondernemer met de kopers van de woningen moest contracteren conform het zogeheten GIW-model zou deze indruk wellicht kunnen versterken. In dit artikel betogen wij dat het ogenschijnlijk absolute verbod om te contracteren als bedoeld in art. 122 Wonw in het licht van de parlementaire geschiedenis moet worden genuanceerd.

1. Inleiding

Art. 122 Wonw bevat onder meer een verbod voor gemeenten om privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten met betrekking tot de onderwerpen die in het Bouwbesluit regeling hebben gevonden. De praktijk is onzeker over de exacte reikwijdte van dit verbod: wat valt er nu precies wel of niet onder, en gaat het dan om een absoluut verbod voor gemeenten om ter zake te contracteren, of dient dit te worden genuanceerd? In dit artikel zullen wij ons beperken tot een bespreking van genoemd verbod, dit omwille van de lengte van deze bijdrage en omdat wij de indruk hebben dat gemeenten dit verbod als een knellender probleem ervaren dan het eveneens in art. 122 Wonw neergelegde verbod om te contracteren over het verlenen van bouwvergunningen.

De opbouw van dit artikel is als volgt. Om te beginnen zullen wij de totstandkoming en de strekking van art. 122 Wonw belichten (par. 2). Na een korte uiteenzetting over de tweewegenleer (par. 3) gaan wij in op de reikwijdte van genoemd wetsartikel, waarbij wij in het bijzonder ingaan op de begrenzing ervan in relatie tot de aspecten milieu en energiezuinigheid (par. 4). Hierop voortbouwend verkennen wij in paragraaf 5 de vraag of, en zo ja in hoeverre de gemeente door art. 122 Wonw nog ruimte wordt gelaten om tot contractuele afspraken te komen over onderwerpen die onder het bereik van dit artikel vallen. Die verkenning mondt uit in de conclusie dat dit laatste onder bepaalde

voorwaarden wel degelijk mogelijk moet worden geacht. Vervolgens geven wij een korte uiteenzetting over het fenomeen garantie- en waarborgregeling (par. 6), waarna wij in paragraaf 7 het arrest van 17 juni 2011 (opgenomen in deze aflevering onder Gst. 2011/88) bespreken, waarin de Hoge Raad het gemeentelijk beding op grond waarvan de bouwondernemer verplicht werd met zijn kopers te contracteren conform de modelovereenkomst van het GIW met bijbehorende garantie- en waarborgregeling, in zijn geheel nietig verklaarde. In paragraaf 8 gaan wij in op de consequenties voor de (gemeentelijke) praktijk die uit het voorgaande voortvloeien en ten slotte (par. 9) ronden wij deze bijdrage af met een aantal conclusies.

2. Artikel 122 Woningwet

2.1 Achtergrond

Art. 122 is in 1991 in de Woningwet opgenomen in het kader van de herziening van de Woningwet van 12 juli 1962. Die herziening was grotendeels terug te voeren tot het regeerakkoord dat ten grondslag had gelegen aan de totstandkoming van het Kabinet-Lubbers I (1982-1986). Het daarin uitgesproken streven naar vereenvoudiging en vermindering van regelgeving (deregulering) kreeg eerst een uitwerking in het Actieprogramma Deregulering (woningbouw)regelgeving,² dat een aantal beleidsvoornemens bevatte betrekking hebbende op de Woningwet en op andere wetten waarin of op grond waarvan bouwvoorschriften waren of konden worden gegeven. Dat Actieprogramma vormde vervolgens de basis voor de herziening van de Woningwet.

Een van de belangrijkste beleidsvoornemens uit het Actieprogramma was het voorstel bij of krachtens algemene maatregel van bestuur – het Bouwbesluit – alle technische voorschriften voor het bouwen van bouwwerken en omtrent bestaande bouwwerken te geven, dit vanuit de hoofdgedachte om eenheid en doorzichtigheid in de regelgeving op het terrein van de bouw te bewerkstelligen. Dat was hard nodig gelet op de wildgroei aan lokale voorschriften met betrekking tot de bouw; deze konden per gemeente en soms zelfs daarbinnen per bouwproject verschillen, zodat rechtsonzekerheid troef was. De wetgever heeft zich toen gerealiseerd dat aan de beoogde landelijke uniformiteit in de regelgeving betreffende bouwtechnische aangelegenheden afbreuk zou worden gedaan indien de gemeenteraad op dat vlak een aanvullende verordenende bevoegdheid zou behouden en burgemeesters en wethouders bevoegd zouden blijven om op contractuele basis (bijvoorbeeld in

1. R.J. (Robert) Lucassen en M.J. (Marjolein) Pesch zijn beiden als advocaat verbonden aan de praktijkgroep Real Estate van CMS Derks Star Busmann N.V.

2. Kamerstukken II 1983/84, 17 931, nr. 7.

het kader van gronduitgifte) nadere eisen op bouwtechnisch vlak te stellen.³ Het oorspronkelijke wetsvoorstel tot herziening van de Woningwet bevatte dan ook een art. 122 waarin de aanvullende verordenende bevoegdheid van de gemeenteraad ten aanzien van de voorschriften gegeven bij of krachtens het Bouwbesluit⁴ werd uitgesloten. Voorts bevatte het een art. 123, behelzende een verbod voor de gemeente om langs privaatrechtelijke weg de haar gegeven publiekrechtelijke bevoegdheden betreffende het stellen van technische eisen aan het bouwen, uit te breiden en daarmee de deregulering te frustreren.

De eerstgenoemde uitsluiting heeft het *Staatsblad* niet gehaald als gevolg van aanvaarding van een amendement, waarbij de aanvullende gemeentelijke verordeningbevoegdheid met betrekking tot de in het Bouwbesluit geregelde onderwerpen werd hersteld.⁵ Wat resteerde was een uitsluiting van de verordenende bevoegdheid met betrekking tot specifieke onderwerpen waarin is voorzien bij of krachtens de twee in art. 121 Wonw (art. 122 (oud)) genoemde AMvB's (niet zijnde het Bouwbesluit).⁶ Op grond van huidig recht is de gemeenteraad derhalve formeel bevoegd bij verordening aanvullende regels te stellen ten aanzien van de bij of krachtens het Bouwbesluit geregelde onderwerpen.⁷ Op dit onderdeel van art. 122 Wonw zullen wij

in dit artikel niet verder ingaan. Wij zullen ons verder concentreren op het verbod voor de gemeente om rechtshandelingen naar burgerlijk recht te verrichten ten aanzien van de bij of krachtens het Bouwbesluit geregelde onderwerpen.

2.2 Strekking

De tekst van het huidige art. 122 Wonw bevat een belangrijke aanscherping van de oorspronkelijke formulering van het toenmalige art. 123, dat als volgt luidde: "De gemeente kan geen rechtshandelingen naar burgerlijk recht verrichten ten aanzien van de onderwerpen waarin bij of krachtens deze wet is voorzien."⁸ De memorie van toelichting vermeldde daarover:

"Dit artikel strekt ertoe te voorkomen dat gemeenten langs privaatrechtelijke weg de hun in dit wetsvoorstel ten aanzien van de daarin geregelde onderwerpen toegekende bevoegdheden uitbreiden en daarmee de deregulering frustreren. Hierbij valt onder meer te denken aan het bij overeenkomst — bijvoorbeeld in geval van grondverkoop of gronduitgifte in pacht — regelen van bouw- of woontechnische eisen anders dan die welke bij of krachtens het in artikel 2 bedoelde Bouwbesluit zijn gegeven. Voorts kan worden gedacht aan het bij overeenkomst regelen van het verkrijgen van een met een vergunning vergelijkbare toestemming van burgemeester en wethouders voor het bouwen van een meldingsplichtig of vrij bouwwerk of het aan redelijke eisen van welstand laten toetsen van een bouwplan voor een bouwwerk dat ingevolge dit wetsvoorstel niet aan die eisen behoeft te worden getoetst. De onderhavige bepaling heeft tot gevolg dat, indien een gemeente een dergelijk beding overeenkomt, dat beding nietig is."⁹

Volgens het oorspronkelijke wetsvoorstel zou art. 123 er dus onder meer toe strekken te voorkómen dat gemeenten met gebruikmaking van het privaatrecht hetzij op bouw- of woontechnisch vlak eisen zouden stellen in aanvulling op de bij of krachtens het Bouwbesluit gegeven voorschriften, hetzij eisen zouden stellen die het vergunningenregime van de Woningwet, waaronder met name het limitatief-imperatieve stelsel van bouwvergunningen, zouden (kunnen) aantasten. Een aantal Kamerfracties constateerde dat met de toen voorliggende, ruime formulering — een verbod op het verrichten van rechtshandelingen naar burgerlijk recht ten aanzien van "onderwerpen waarin bij of krachtens deze wet is voorzien" ook — als wenselijk c.q. toelaatbaar te achten — privaatrechtelijke bedingen in het kader van subsidieverlening voor woningverbetering verboden werden verklaard, en was dan ook van mening dat het artikel diende te worden beperkt tot limitatief aangeduide onderwerpen.¹⁰ In de memorie van antwoord concludeerde de regering dat de formulering van dit artikel een ruimere interpretatie toeliet

3. *Kamerstukken II* 1986/87, 20 066, nr. 3 p. 5.

4. De uitsluiting van de verordenende bevoegdheid van de gemeenteraad gold ook ten aanzien van de in het toenmalige art. 102 lid 3 (thans art. 100a lid 3) Wonw voorziene AMvB, waarbij voorschriften zouden kunnen worden gegeven omtrent het uitoefenen van toezicht op de naleving van het Bouwbesluit. Deze AMvB is tot op heden niet tot stand gekomen, waarmee de (aanvullende) verordenende bevoegdheid op dit vlak vooralsnog in tact is gebleven (*Kamerstukken II* 1986/87, 20 066, nr. 3, p. 78 en *Kamerstukken II* 1988/89, 20 066, nr. 9, p. 84-85).

5. *Kamerstukken II* 1989/90, 20 066, nr. 55; *Handelingen II* 1989/90, 66, p. 3667. Dit amendement verving het amendement gedrukt onder nr. 43, waarmee de aanvullende verordenende bevoegdheid op het vlak van het Bouwbesluit slechts werd gehandhaafd 'indien het belang van de volkshuisvesting of het milieu daarmee is gediend'. Onder druk van een meerderheid in de Kamer had de staatssecretaris al aangegeven dat hij (de in die zinsnede vervatte beperking niet wenselijk vond, maar overigens) tegen het volledig handhaven van de autonome verordenende bevoegdheid geen onoverkomelijke bezwaren had, nu art. 168 (thans: art. 149) Gemw een duidelijke grens stelt aan wat de gemeenteraad al dan niet mag regelen en bovendien niet gezegd kon worden dat met het loslaten van de aanvankelijk beoogde algehele uitsluiting van de verordeningbevoegdheid de (door het Bouwbesluit beoogde) uniformering was mislukt (*Handelingen II* 1989/90, 64, p. 3623 en 3628).

6. Het betreft een (tot op heden niet tot stand gekomen) AMvB waarbij ter bevordering van de eenheid in welstandsnota's voorschriften kunnen worden gegeven en het (wel tot stand gekomen) Besluit Beheer Sociale Huursector (BBSH) dat betrekking heeft op de bedrijfsvoering door woningcorporaties.

7. De in voetnoot 5 vermelde parlementaire totstandkomingsgeschiedenis lijkt de conclusie toe te laten dat het Bouwbesluit toch ook weer niet voor de volle 100% als uitputtende regeling is bedoeld, al moet men zich afvragen, wat de in stand gelaten aanvullende bevoegdheid nu precies waard is als het gaat om het stellen van aanvullende c.q. aangescherpte eisen ten aanzien van de in het bouwbesluit geregelde onderwerpen. Bovendien: aanvullende voorschriften kunnen op grond van art. 8 lid 1 Wonw niet worden opgenomen in de gemeentelijke bouwverordening. Regeling in een autonome verordening ex art. 149 Gemw is wel mogelijk, indien en voor zover de desbetreffende voorschriften in het belang van de gemeente nodig kunnen worden geacht. Daarbij moet echter worden bedacht dat die voorschriften in dat geval gelet op het bepaalde in art. 2:10 lid 1 onderdeel b Wabo geen toetsingsgrond voor een bouwaanvraag kunnen vormen.

8. *Kamerstukken II* 1986/87, 20 066, nr. 2.

9. *Kamerstukken II* 1986/87, 20 066, nr. 3, p. 81.

10. *Kamerstukken II* 1987/88, 20 066, nr. 7, p. 48-49.

dan haar bedoeling was geweest, namelijk "te voorkomen dat gemeenten langs privaatrechtelijke weg de met het Bouwbesluit en de met het gewijzigde vergunningenregime als vervat in hoofdstuk IV van het onderhavige wetsvoorstel, beoogde deregulering zouden kunnen frustreren." Anti-speculatiebepalingen, voorwaarden bij het verlenen van geldelijke steun omtrent de prijs of kwaliteit van een woning e.d. en convenanten tussen gemeenten, corporaties of andere opdrachtgevers inzake de verdeling van geldmiddelen voor het bouwen of verbeteren van woningen zouden volgens de regering niet door art. 123 worden verhinderd, aangezien dergelijke privaatrechtelijke rechtshandelingen geen betrekking hebben op het Bouwbesluit en het vergunningenregime.¹¹ Bij nota van wijziging is de privaatrechtelijke bevoegdheid van de gemeente in de hiervóór aangegeven zin geclausuleerd.¹² Een amendement strekkende tot het doen vervallen van art. 123 Wonw werd vóór de stemming ingetrokken.¹³ Art. 123 is vervolgens vernummerd tot art. 122, heeft zonder verdere aanpassingen het *Staatsblad* gehaald en is op 1 oktober 1992 in werking getreden.¹⁴

2.3 Wabo

Als gevolg van de invoering van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) per 1 oktober 2010 – waarbij het gehele hoofdstuk IV uit de Woningwet is geschrapt en overgeheveld naar de Wabo – is art. 122 Wonw als volgt komen te luiden: "De gemeente kan geen rechtshandelingen naar burgerlijk recht verrichten ten aanzien van de onderwerpen waarin bij of krachtens de algemene maatregel van bestuur, bedoeld in art. 2, is voorzien of die met betrekking tot het bouwen bij of krachtens de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht zijn geregeld."¹⁵ Deze laatste tekstaanpassing heeft niet geleid tot een inhoudelijke wijziging van het verbod zoals dat vóór 1 oktober 2010 in art. 122 Wonw was vervat.

3. Artikel 122 Woningwet en de tweewegenleer

Art. 122 Wonw vormt een van de weinige gevallen waarin de wet de overheid expliciet verbiedt om de privaatrechtelijke weg te bewandelen om daarmee een publiekrechtelijk belang te dienen in het geval er een publiekrechtelijke regeling bestaat die voorziet in de behartiging van dat belang. Met het expliciete verbod van art. 122 Wonw heeft de wetgever de vraag die in het kader van de tweewegen- of doorkruisingsleer centraal staat, uitdrukkelijk beantwoord. Die vraag luidt "of de overheid, ingeval haar bij een publiekrechtelijke regeling ter behartiging van zekere belangen bepaalde bevoegdheden zijn toegekend, die belangen ook mag behartigen door gebruik te maken van haar in beginsel

krachtens het privaatrecht toekomende bevoegdheden, zoals aan het eigendomsrecht ontleende bevoegdheden, de bevoegdheid overeenkomsten naar burgerlijk recht te sluiten of de bevoegdheid een vordering op grond van een jegens haar gepleegde onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter in te stellen", aldus de Hoge Raad in het arrest *Staat/Windmill*.¹⁶ De desbetreffende rechtsoverweging uit dat arrest vervolgt met de zin: "Wanneer de betrokken publiekrechtelijke regeling daarin niet voorziet, is voor de beantwoording van deze vraag beslissend of gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheden die regeling niet op onaanvaardbare wijze doorkruist" (waarna de criteria worden opgesomd die van belang zijn om te kunnen vast stellen of van zodanige onaanvaardbare doorkruising sprake is). In het geval van art. 122 Wonw voorziet de publiekrechtelijke regeling wél in een duidelijk (namelijk: ontkennend) antwoord op de hiervoor gestelde vraag. Daarom komt men dan niet meer aan de beantwoording van de vraag betreffende eventuele doorkruising van de publiekrechtelijke regeling toe.

4. Reikwijdte van artikel 122 Woningwet

4.1 Inleiding

Art. 122 Wonw behelst een verbod om rechtshandelingen naar burgerlijk recht te verrichten ten aanzien van de onderwerpen:

- a. waarin bij of krachtens het Bouwbesluit is voorzien;
- b. die met betrekking tot het bouwen bij of krachtens de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht zijn geregeld.

Met deze twee piketpalen is de grens getrokken waarbinnen het verbod op privaatrechtelijk handelen voor de gemeente geldt. Aan de andere kant van die grenslijn geldt onverkort de bevoegdheid van de gemeente om met gebruikmaking van het privaatrecht haar beleidsdoelstellingen op het terrein van de bouw te behartigen, althans voor zover dat privaatrechtelijk handelen niet als een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht kan worden aangemerkt. Zoals hiervóór al aangegeven, zullen wij in dit artikel verder geen aandacht besteden aan het (verbod op) contracteren omtrent vergunningverlening. Om in zijn algemeenheid te kunnen bepalen wat een gemeente op grond van art. 122 Wonw in relatie tot de in het Bouwbesluit geregelde onderwerpen al dan niet is toegestaan, is het zaak nader in te gaan op de tekst van dit artikel in samenhang met art. 2 Wonw.

4.2 De in het Bouwbesluit geregelde aspecten

Met de "onderwerpen waarin bij of krachtens het Bouwbesluit is voorzien"¹⁷ worden bedoeld de in art. 2 Wonw ge-

11. *Kamerstukken II* 1988/89, 20 066, nr. 9, p. 87-88.

12. *Kamerstukken II* 1988/89, 20 066, nr. 10, p. 7.

13. *Kamerstukken II* 1989/90, 20 066, nr. 44; *Handelingen II* 1989/90, 66, p. 3664.

14. KB 4 juni 1992, *Stb.* 1992, 292.

15. Met de algemene maatregel van bestuur is bedoeld het Bouwbesluit (2003); zie hierover verder uitvoerig par. 4.

16. HR 26 januari 1990, *NJ* 1991/393; *AB* 1990/408.

17. Het Bouwbesluit 2003 bevat tal van artikelen die bepalen dat over een bepaald onderwerp bij ministeriële regeling voorschriften kunnen worden gegeven of regels kunnen worden gesteld. Die delegatiebepalingen hebben de grondslag gevormd voor de totstandkoming van de Regeling Bouwbesluit 2003 (*Stcrt.* 2002, 241, in werking getreden op 1 januari 2003).

noemde aspecten die bij het bouwen van bouwwerken en bij de instandhouding van bestaande bouwwerken¹⁸ in acht moeten worden genomen, te weten veiligheid, gezondheid, bruikbaarheid, energiezuinigheid en milieu. Aanvankelijk ging het om de eerste vier genoemde aspecten die in het Bouwbesluit 1992 waren geregeld.¹⁹ Het aspect milieu is in 1998 toegevoegd.²⁰

De genoemde vijf aspecten zijn aan de orde bij het bouwen van gebouwen (art. 2 lid 1 Wonw). Onder 'gebouwen' zijn begrepen woningen, woonketen, woonwagens en andere gebouwen, zoals kantoor- of bedrijfsgebouwen. Gaat het daarentegen om de staat van bestaande gebouwen (art. 2 lid 2 Wonw), het bouwen van bouwwerken, geen gebouw zijnde (art. 2 lid 3 Wonw), de staat van bestaande bouwwerken, geen gebouw zijnde (art. 2 lid 4 Wonw), het bouwen van standplaatsen (art. 2 lid 5 Wonw), of de staat van bestaande bouwplaatsen (art. 2 lid 6 Wonw), dan is de reikwijdte van het Bouwbesluit beperkt tot slechts twee, drie of vier van de vijf hiervoor genoemde aspecten. Als een gemeente bijvoorbeeld privaatrechtelijke afspraken zou willen maken over het bouwen van gebouwen, mogen die afspraken dus geen betrekking hebben op een of meer van de vijf in art. 2 lid 1 Wonw genoemde aspecten. Over eventuele andere, niet in dat lid genoemde aspecten – te denken valt bijvoorbeeld aan ruimtelijke en stedenbouwkundige kwaliteit of particulier opdrachtgeverschap²¹ – staat het de gemeente wel vrij afspraken te maken.

4.3 Het milieuaspect

In dit verband vraagt het aspect milieu bijzondere aandacht. Zoals hiervoor vermeld werd de milieugrondslag van het Bouwbesluit eerst in 1998 in de wet opgenomen, waarbij de toepassing ervan werd beperkt tot de bouw van bouwwerken.²² Het Bouwbesluit 2003 bevat evenwel tot op de

dag van vandaag geen voorschriften uit het oogpunt van milieu, zoals het wel (in vier hoofdstukken) voorschriften uit het oogpunt van respectievelijk veiligheid, gezondheid, bruikbaarheid en energiezuinigheid bevat. Het wel in het Bouwbesluit opgenomen hoofdstuk 6 ('Voorschriften uit het oogpunt van milieu') is een 'leeg' hoofdstuk, wat op zichzelf wel merkwaardig genoemd mag worden nu art. 2 Wonw de verplichting inhoudt om (ook) ter zake van het milieu voorschriften te geven ("worden uit het oogpunt van milieu technische voorschriften gegeven"). In verband met het ontbreken van enige materiële inhoud is de vraag gerechtvaardigd, of – in de terminologie van art. 122 Wonw – wel door middel van het Bouwbesluit is 'voorzien' in het onderwerp milieu. Het belang van deze vraag is uiteraard daarin gelegen, dat bij een ontkennende beantwoording de gemeente geacht moet worden de vrijheid te hebben, haar milieudoelstellingen voor zover betrekking hebbend op de bouw van bouwwerken via privaatrechtelijke rechtshandelingen na te streven. Blijkens de literatuur wordt verschillend over dit onderwerp gedacht. Enerzijds treft men de opvatting aan dat bij de wetwijziging van 1998 duidelijk naar voren is gekomen dat de wetgever het stellen van milieueisen als een exclusieve bevoegdheid van het Rijk heeft willen aanmerken en daartoe het onderwerp milieu in het Bouwbesluit 2003 heeft opgenomen; daarmee vormt het Bouwbesluit 2003 ook ten aanzien van het milieuaspect een uitputtende regeling, waaraan niet afdoet dat er nog steeds geen materiële eisen op dit vlak zijn geformuleerd.²³ Aan de andere kant zijn er schrijvers die aan het feit dat vooralsnog geen invulling is gegeven aan hoofdstuk 6 van het Bouwbesluit de conclusie verbinden dat het Bouwbesluit thans nog niet ziet op het onderwerp 'milieu' (uiteraard voor zover dit niet zijdelings aan bod komt in de andere hoofdstukken van het besluit).²⁴

Wij zijn de eerstgenoemde opvatting toegedaan. Steun daarvoor ontlenen wij in de eerste plaats aan het reeds genoemde argument van door de wetgever beoogde uniciteit en exclusiviteit, zoals destijds in het kader van het wetsvoorstel 25 823 (streckende tot opnemings van een milieugrondslag in de Woningwet)²⁵ als volgt verwoord: "Het wetsvoorstel betekent dat buiten twijfel wordt gesteld dat gemeenten langs privaatrechtelijke weg geen aanvullende technische voorschriften uit het oogpunt van milieu mogen opleggen. Gegeven het feit dat in het voorliggende wetsvoorstel is bepaald dat voorschriften worden gegeven, moet ervan worden uitgegaan dat de gegeven voorschriften als uitputtend moeten worden beschouwd."²⁶ Bij dit citaat moet worden bedacht dat er toen van uit werd gegaan dat er inderdaad milieuvoorschriften in het Bouwbesluit zouden worden opgenomen. Het wetsvoorstel legde daartoe de

18. Alsook de bouw en instandhouding van standplaatsen, welke in dit artikel verder buiten beschouwing worden gelaten.

19. Stb. 2001, 410, zoals nadien met ingang van 1 september 2005 gewijzigd in verband met harmonisatie met een aantal sectorale wetten en regelingen (Stb. 2005, 1 en KB 31 augustus 2005, Stb. 2005, 417).

20. Wet van 1 juli 1998 tot wijziging van de Woningwet (milieugrondslag bouwbesluit), Stb. 1998, 458. Thans geldt nog het op 1 januari 2003 in werking getreden Bouwbesluit 2003 (hierna te noemen: 'het Bouwbesluit') dat naar verwachting volgend jaar zal worden vervangen door het Bouwbesluit 2012. Het concept-Bouwbesluit 2012 volgt thans de zogeheten 'voorhangprocedure' (zie *Kamerstukken II 2010/11*, 32 757, nr. 1). De Woningwet is bij wet van 2 juli 2009 gedeeltelijk gewijzigd (wet van 2 juli 2009 tot wijziging van de Woningwet (vereenvoudiging en herschikking grondslagen lagere regelgeving), Stb. 2009, 324). Daarbij is onder meer art. 2 aangepast in die zin dat het stellen van technische of andere voorschriften bij AMvB voortaan alleen nog dwingend is voorgeschreven voor zover het gaat om het bouwen van een bouwwerk, de staat van een bestaand bouwwerk of het in gebruik nemen of gebruiken van een bouwwerk. Ten aanzien van andere categorieën (zoals het bouwen van een standplaats) kunnen bij AMvB technische of andere voorschriften worden gegeven, maar is dat niet langer verplicht. Wanneer er echter voorschriften gegeven worden (verplicht dan wel onverplicht), mag dat uitsluitend geschieden vanuit het oogpunt van veiligheid, gezondheid, bruikbaarheid, energiezuinigheid of milieu (art. 2 lid 5). Art. 122 Wonw is redactioneel aangepast aan het nieuwe art. 2 Wonw. Deze wijzigingswet zal in werking treden gelijktijdig met het Bouwbesluit 2012.

21. Aldus *Kamerstukken II 2000/01*, 27 581, nr. 3, p. 7.

22. Art. 2 lid 1 en 3 Wonw.

23. J. in 't Hout & W.R. Smit, 'Het Bouwbesluit 2003: een overzicht', *BR* 2004, p. 926-937. Zij verwijzen ter onderbouwing van hun standpunt voorts naar de circulaire MG 99-02 van de Staatssecretaris van VROM van 29 januari 1999, p. 5.

24. J.J. Hoekstra & G.A. van der Veen, 'Kwaliteits- en bindingseisen bij nieuwbouw, wat mag wel en wat niet?', *TBR* 2008/85.

25. *Kamerstukken II 1997/98*, 25 823, nr. 1-2.

26. *Kamerstukken II 1997/98*, 25 823, nr. 3, p. 2.

basis. De uitbreiding van het Bouwbesluit met milieuvoorschriften zou destijds naar verwachting in 2000-2001 tot stand hebben moeten komen. In de tussentijd zou in overleg met de bouwpartners en de milieubeweging invulling aan die 'milieuparagraaf' worden gegeven, waarbij het milieurendement, de kosten en de uitvoerbaarheid wat de staatssecretaris betrof uiteindelijk bepalend zouden (moeten) zijn voor de vraag of, en op welke wijze, de eerder genoemde maatregelen in concrete voorschriften zouden worden omgezet.²⁷ Die afweging heeft er als gezegd tot nog toe niet toe geleid dat aan hoofdstuk 6 van het Bouwbesluit een zelfstandige, materiële invulling is gegeven. Dat neemt echter niet weg dat het milieuaspect wel tot uiting komt in de bepalingen die gericht zijn op, althans leiden tot, duurzaam bouwen. In die zin kan dan toch worden gesteld dat het milieuaspect in het Bouwbesluit regeling heeft gevonden, zodat voor aanvullende gemeentelijke voorschriften op dit punt geen plaats is.

In de tweede plaats wijzen wij op het systeem van de wet. Wij hebben hierbij het oog op de relatie tussen art. 122 en art. 7a Wonw. Op grond van laatstgenoemd artikel kan de minister met het oog op duurzaam bouwen in een bijzonder geval burgemeester en wethouders toestaan door hun voorgestelde nadere voorschriften op te leggen ter voldoening aan de technische voorschriften, gegeven bij of krachtens het Bouwbesluit. Dit toestaan kan ook betrekking hebben op door burgemeester en wethouders voorgestelde, uit het oogpunt van milieu op te leggen technische voorschriften, waarin het Bouwbesluit niet "Verder kan ontheffing worden verleend voor uit het oogpunt van milieu te stellen technische eisen, waarin het Bouwbesluit (nog) niet voorziet." voorziet, aldus dit artikel. Deze laatste mogelijkheid is destijds als volgt toegelicht:²⁸ Deze tweede ontheffingsmogelijkheid ziet dus op het stellen van (aanvullende) milieueisen in het algemeen, en is niet beperkt tot eisen op het gebied van duurzaam bouwen. Hieruit volgt dat het verbod voor burgemeester en wethouders tot het op privaatrechtelijke basis stellen van aanvullende voorschriften uit het oogpunt van milieu als de hoofdregel is aan te merken, waarop in bijzondere gevallen via de uitoefening van de ministeriële bevoegdheid als bedoeld in art. 7a lid 1, tweede

volzin, Wonw een uitzondering kan worden gemaakt. Anders gezegd: zou burgemeester en wethouders reeds op grond van art. 122 Wonw de bevoegdheid toekomen om uit het oogpunt van milieu voorschriften op te leggen die (nog) niet in het Bouwbesluit zijn voorzien, dan was art. 7a Wonw, althans in dit opzicht, overbodig geweest.

In de derde plaats zij vermeld dat ook de (weinig) jurisprudentie steun lijkt te bieden voor de hier verdedigde uitleg.^{29,30}

4.4 *Verbod alleen voor de genoemde aspecten?*

Betreft het privaatrechtelijk handelen van de gemeente een van de in de leden 2 tot en met 6 van art. 2 Wonw bedoelde situaties, dan zijn haar handen in elk geval gebonden waar het gaat om de aspecten die bij de desbetreffende situatie volgens art. 2 Wonw aan de orde zijn.³¹ Betekent dat nu dat daaruit a contrario de conclusie mag worden getrokken dat zolang het om aldaar niet genoemde aspecten gaat, de gemeente vrij is daarover te contracteren? Wij noemen als voorbeeld art. 2 lid 2 Wonw waarin is geregeld dat bij of krachtens AMvB (Bouwbesluit) uit het oogpunt van veiligheid, gezondheid en bruikbaarheid voorschriften worden gegeven omtrent de staat van bestaande woningen, enz. Volgt hieruit dat burgemeester en wethouders ten aanzien van bestaande woningen – bijvoorbeeld als onderdeel van een convenant over wijkverbetering – wel een aanvullende, privaatrechtelijke rol mogen spelen uit een oogpunt van energiezuinigheid?

Om te beginnen merken wij op dat de opsomming van aspecten in art. 2 lid 1 Wonw een uitputtend karakter heeft. Dit levert reeds een indicatie op dat de opsomming van aspecten in de daaropvolgende leden eveneens uitputtend is. Wat specifiek het aspect energiezuinigheid betreft, is van belang dat dit door de wetgever welbewust niet is opgenomen, aangezien het uit het oogpunt van verworven rechten te ver zou voeren voor bestaande gebouwen voorschriften omtrent energiezuinigheid te geven.³² De vraag, of het in een dergelijk geval, wanneer de wetgever welbewust heeft afgezien van het geven van voorschriften, geoorloofd moet worden geacht dat burgemeester en wethouders ten aanzien van dat (niet wettelijk geregelde) aspect op privaatrechtelijke basis afspraken met derden maken, dient naar onze mening ontkennend te worden beantwoord. De wet-

27. *Kamerstukken II 1997/98*, 25 823, nr. 5, p. 2.

28. *Kamerstukken II 1997/98*, 25 823, nr. 3, p. 4.

29. Pres. Rb. Amsterdam 24 november 1994, *BR 1995*, p. 131 (tropisch hardhoutverbod Uithoorn), waarbij onder meer werd overwogen dat het feit dat de regering het gebruik van tropisch hardhout ook in de toekomst niet publiekrechtelijk wil verbieden (maar het gebruik ervan slechts wil beperken tot duurzaam geproduceerd hout), tot de slotsom leidt dat de gemeente thans niet langs privaatrechtelijke wet een verbod aan haar burgers kan opleggen. Dit vonnis is bekrachtigd door Hof Amsterdam 31 maart 2005, *LJN AT7801*.

30. Ten slotte zij hierover vermeld dat het Bouwbesluit 2012 wel een – zij het zeer summiere – milieuparagraaf zal bevatten. In hoofdstuk 5, afdeling 5.2, is met betrekking tot nieuwbouw een zogeheten 'aansturingsartikel' opgenomen, inhoudend 'dat een te bouwen bouwwerk zodanig is dat de belasting van het milieu door de in het bouwwerk toe te passen materialen wordt beperkt'. Aan die eis wordt voor een gebruiksfunctie voldaan, indien toepassing wordt gegeven aan de voorschriften die voor de desbetreffende functie in een bijbehorende tabel zijn gesteld. Voorts is een artikel inzake duurzaam bouwen opgenomen.

31. De wettelijke blokkade voor het stellen van hogere energiezuinigheidseisen dan het Bouwbesluit voorschrijft wordt in de gemeentelijke praktijk als problematisch ervaren. Er vindt interdepartementaal overleg plaats over het opnemen van een uitzonderingsregel op art. 122 Wonw op grond waarvan gemeenten wel een geldige overeenkomst over een hogere EPC-norm zouden kunnen aangaan (aldus een bericht op internet van dienstverleningsorganisatie Advies van A tot Z d.d. 12 januari 2011. Volgens datzelfde bericht zouden veel gemeenten inmiddels het Netwerk Lokaal Klimaatbeleid van Agentschap NL hebben aangegeven dat zij een aanscherping van de EPC-norm uit het Bouwbesluit wenselijk achten). Tegelijkertijd wordt er vanuit de Tweede Kamer bij de regering op aangedrongen, het Bouwbesluit zodanig aan te passen dat gemeenten in hun vergunningverlening verder kunnen gaan dan de nationale energieprestatiecoëfficiënt (*Kamerstukken II 2010/11*, 32 588, nr. 17 (motie-Van Tongeren).

32. *Kamerstukken II 1986/87*, 20 066, nr. 3, p. 37. Deze gedachte is nader toegelicht bij de memorie van antwoord: *Kamerstukken II 1988/89*, 20 066, nr. 9, p. 58.

gever heeft geen publiekrechtelijke regeling willen creëren voor het stellen van eisen op het gebied van energiezuinigheid bij bestaande woningen, omdat de eigenaren van die woningen, gebouwd in een periode waarin energiebesparing nog geen 'issue' was, anders met onevenredig hoge lasten zouden worden geconfronteerd. De ratio van het niet opnemen van energiezuinigheid in art. 2 lid 2 Wonw is dus geweest, deze groep eigenaren in bescherming te nemen tegen een lastenverzwaring waarmee zij bij de aanschaf van hun woningen geen rekening hoefden te houden. In dat licht bezien zou het onaanvaardbaar zijn, wanneer burgemeester en wethouders, die in publiekrechtelijk zin voor een gesloten deur komen te staan, wel met toepassing van het privaatrecht diezelfde eigenaren van bestaande woningen met eisen inzake energiezuinigheid zouden mogen opzadelen. Ook uit de 'doorkruisingsjurisprudentie' volgt dat de omstandigheid dat een bepaald handelen langs publiekrechtelijke weg is uitgesloten, een belangrijke aanwijzing vormt dat datzelfde handelen op privaatrechtelijke basis eveneens uitgesloten moet worden geacht.³³

5. Laat artikel 122 Woningwet (nog) enige ruimte voor gemeenten?

Het moge duidelijk zijn dat gemeenten destijds niet bepaald waren ingenomen met het in art. 122 Wonw vervatte verbod. Zij raakten daardoor immers de bevoegdheid kwijt om in aanvulling op de eisen van het Bouwbesluit nadere voorschriften te stellen bij het sluiten van overeenkomsten (met name bij gemeentelijke gronduitgifte) en bij verlening van bouwvergunningen. Dat werd vooral als een gemis gevoeld naarmate het duurzaam bouwen (en ontwikkelen) steeds meer een door de politiek gedragen doelstelling werd. In het kader van de herziening van de Woningwet is bij herhaling de vraag aan de orde geweest of het bij art. 122 Wonw gaat om een absoluut verbod, dan wel om een verbod dat moet worden genuanceerd. Naar aanleiding van vragen daarover, is door de staatssecretaris en de Minister van VROM steeds aangegeven dat een gemeente en een projectontwikkelaar met elkaar afspraken kunnen maken over bouwtechnische aspecten die verder gaan dan in het Bouwbesluit is vastgelegd, mits die afspraken worden gemaakt op basis van 'vrijwilligheid' en 'gelijkwaardigheid'. De memorie van toelichting³⁴ vermeldt dat art. 122 Wonw met name gericht is op "het voorkomen van het gebruik maken van een monopoliepositie". Aanvullende afspraken over bouwtechnische eisen die het Bouwbesluit raken, kunnen volgens de memorie van toelichting worden gemaakt in een convenant, mits die afspraken worden gemaakt vanuit een gelijkwaardige positie en niet vanuit een monopo-

liepositie die een gemeente bijvoorbeeld heeft bij gronduitgifte.³⁵ De staatssecretaris herhaalt dit standpunt in de nota naar aanleiding van het verslag.³⁶ Daarin stelt hij dat "de systematiek van de Woningwet zich niet verzet tegen het maken van afspraken op lokaal niveau, mits het gaat om vrijwillige afspraken tussen gelijkwaardige partners". En de Minister van VROM heeft zich daar ten slotte in een overleg met de Tweede Kamer als volgt over uitgelaten:³⁷ "(...) Art. 122 staat er overigens niet [aan] in de weg dat betrokken partijen in onderling overleg en op basis van gelijkwaardigheid meer afspreken dan in de bouwregelgeving is vastgelegd. Zo kan in een convenant overeengekomen worden dat een hoger kwaliteitsniveau wordt gerealiseerd dan voorzien in het Bouwbesluit. Voorwaarde is daarbij dus wel dat de gemeente onderhandelt vanuit een gelijkwaardige positie." Drie begrippen keren steeds terug bij de bespreking van deze kwestie: 'gelijkwaardigheid', 'vrijwilligheid' en 'convenant'. Die begrippen lijken dus bepalend voor het antwoord op de vraag welke ruimte art. 122 Wonw gemeenten biedt om afspraken te maken die verder gaan dan het Bouwbesluit toelaat. Het begrip 'gelijkwaardigheid' lijkt daarbij een cruciale rol te spelen; zoals hiervoor vermeld, wordt in de memorie van toelichting aangegeven dat art. 122 Wonw met name het gebruikmaken van een monopoliepositie wil voorkomen. Indien sprake is van gelijkwaardigheid tussen contractpartijen, impliceert dat ons inziens dat afspraken 'vrijwillig' worden gemaakt. Partijen die zich ten opzichte van elkaar in een gelijkwaardige positie bevinden, worden immers niet gedwongen om een bepaalde voorwaarde te accepteren.³⁸ Wij gaan er derhalve van uit dat het begrip 'vrijwilligheid' in het begrip 'gelijkwaardigheid' is verdisconteerd, c.q. dat deze begrippen onderling inwisselbaar zijn.

Wanneer sprake is van een 'gelijkwaardige' positie van de gemeente en de projectontwikkelaar, zal niet altijd eenvoudig te beantwoorden zijn. De vraag vanuit het parlement of sprake is van een gelijkwaardige positie tussen partijen (waardoor eisen met betrekking tot duurzaam bouwen mogen worden gesteld boven het minimumpakket) indien gemeente en marktpartijen een gezamenlijke grondbank in het leven roepen en tot gezamenlijke grondexploitatie besluiten, is door de staatssecretaris niet concreet beantwoord. Hij heeft volstaan met de mededeling dat ook in dergelijke gevallen van belang is of die afspraken op basis van vrijwilligheid zijn gemaakt.³⁹ Wel heeft hij concreet aangegeven dat het bij de beoordeling van dergelijke convenanten (en dus voor de beoordeling of sprake is van een monopoliepositie) niet uitmaakt hoeveel grond de gemeente en de marktpartijen ieder bezitten.⁴⁰

De vraag vanuit het parlement of de regering onderkent dat het klimaat waarin belangrijke bouwgemeenten met markt-

33. Zie onder meer HR 11 december 1991, AB 1993/301 m.nt. Van der Veen (*Brandweerkosten Vlissingen*) en HR 2 mei 2003, NJ 2003/485 (*Nunspeet/Mulder*).

34. *Kamerstukken II* 1997/98, 25 823, nr. 3, p. 3-4.

35. *Kamerstukken II* 1997/98, 25 823, nr. 3, p. 3. De staatssecretaris stelt daar "Bij gelijkwaardige positie van de gemeente en de partij of partijen waarmee een convenant wordt aangegaan, verbindt de ene partij zich tot de andere partij zonder dat een der partijen verplicht is het convenant aan te gaan: een vrije wilsbeschikking."

36. *Kamerstukken II* 1997/98, 25 823, nr. 5, p. 9.

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

38. Zie noot 27 en het daar genoemde citaat, waarin de staatssecretaris aangeeft dat bij een gelijkwaardige positie van partijen sprake is van een 'vrije wilsbeschikking'.

39. *Kamerstukken II* 1997/98, 25 823, nr. 5, p. 9, eerste alinea.

40. *Idem*, p. 9, laatste alinea.

partijen overeenstemming trachten te bereiken over meerjarige projectontwikkeling en woningbouw, wordt gekenmerkt door een sfeer waarin wederzijds vertrouwen wordt nagestreefd, kon de staatssecretaris positief beantwoorden.⁴¹ Daarmee lijkt de staatssecretaris te hebben willen zeggen dat in dergelijke situaties — te weten grootschalige, langdurige projecten waarbij gemeenten en marktpartijen op contractuele of andere basis met elkaar samenwerken — een indicatie aanwezig is dat afspraken die verder gaan dan het Bouwbesluit, op basis van gelijkwaardigheid en vrijwilligheid zijn gemaakt.

Dat leidt tot de conclusie dat afspraken over bouwtechnische aspecten die het Bouwbesluit overstijgen, rechtsgeldig zijn indien en voor zover die afspraken worden gemaakt tussen partijen die zich ten opzichte van elkaar in een gelijkwaardige positie bevinden. Volgens de parlementaire stukken zouden dergelijke afspraken plegen te worden vastgelegd in een 'convenant'. Nu worden afspraken die gemeenten en projectontwikkelaars met elkaar maken over bouwprojecten, in de praktijk vastgelegd in documenten met verschillende benamingen, waarbij de kwalificatie 'convenant' naar onze ervaring ongebruikelijk is. Meestal gaat het om documenten onder de titel 'samenwerkings-overeenkomst', 'projectontwikkelingsovereenkomst', 'realisatieovereenkomst', 'overeenkomst van gronduitgifte' of gewoon 'koopovereenkomst'. In dat kader dient te worden stilgestaan bij de betekenis van het begrip 'convenant' en het onderscheid tussen convenanten en overeenkomsten.

Het begrip 'convenant' heeft geen vastomlijnde betekenis. De overheid maakt vaak gebruik van convenanten als middel om beleid te verwezenlijken.⁴² De juridische status daarvan is niet geheel duidelijk. Convenanten worden wel gebruikt om afspraken vast te leggen die niet zozeer als juridisch bindend zijn bedoeld, doch meer bedoeld zijn om een morele binding in het leven te roepen. Een convenant wordt wel vergeleken met een 'gentlemen's agreement'⁴³ die een natuurlijke verbintenis doet ontstaan.⁴⁴ Daarin worden vaak 'rechtens vrijblijvende' (niet afdwingbare) afspraken gemaakt op basis van wederzijds vertrouwen; niet-naleving daarvan wordt afgestraft doordat met de desbetreffende partij geen zaken meer worden gedaan.⁴⁵ Bedoelen de minister en staatssecretaris derhalve te zeggen dat over bouwtechnische eisen die het Bouwbesluit overstijgen, uitsluitend niet-afdwingbare afspraken kunnen worden gemaakt? De parlementaire geschiedenis bevat naar onze mening geen aanwijzing dat dat is beoogd.

In de memorie van toelichting vermeldt de staatssecretaris in dat kader: "Zo'n convenant zal, naar ik aanneem, in stand blijven, ook al besluit een der partijen bij nader inzien de rechtmatigheid van het convenant in rechte aan te vechten."⁴⁶ Daar lijkt de staatssecretaris derhalve uit te gaan van de veronderstelling dat een convenant ook bindende, juridisch afdwingbare verplichtingen kan bevatten. En die veronderstelling is juist.

Convenanten betreffen lang niet altijd vrijblijvende, juridisch niet-afdwingbare afspraken. Zoals aan 'heren-overeenkomsten' soms toch juridische gevolgen worden verbonden,⁴⁷ kunnen ook als 'convenanten' betitelde documenten wel degelijk juridische binding teweegbrengen. Voor de rijksoverheid zijn aanwijzingen voor convenanten⁴⁸ opgesteld, die gericht zijn tot overheidspersoneel dat zich met het opstellen van convenanten bezighoudt.⁴⁹ In aanwijzing 14 wordt uitdrukkelijk vermeld dat, indien partijen niet beogen met het convenant in rechte afdwingbare rechten en verplichtingen in het leven te roepen, dit uitdrukkelijk in het convenant wordt bepaald. Dat betekent dat in die aanwijzingen in beginsel (tenzij anders wordt overeengekomen) wordt uitgegaan van de juridische afdwingbaarheid van afspraken die in een convenant worden gemaakt. In de literatuur wordt eveneens aangenomen dat convenanten juridisch afdwingbare verplichtingen kunnen bevatten, indien dat de kenbare bedoeling van partijen is.⁵⁰ Voor de 'aard van de binding' is de bedoeling van partijen beslissend en niet de benaming van het document waarin de afspraken zijn vastgelegd. Het enkele gegeven dat afspraken zijn vastgelegd in een als 'convenant' getiteld document zegt (nog) niets over het al dan niet afdwingbare karakter daarvan.

Op grond van het voorgaande, en ook omdat de minister en staatssecretaris naar onze mening niet hebben beoogd te zeggen dat afspraken over onderwerpen die het Bouwbesluit raken, uitsluitend als juridisch niet afdwingbare verplichtingen kunnen worden overeengekomen, zien wij geen reden waarom de hier bedoelde afspraken niet in een 'gewone' overeenkomst zouden kunnen worden opgenomen.

41. Idem, p. 10, tweede alinea.

42. G.A. van der Veen, *GS Verbintenissenrecht*, Boek 6, aant. 14, Deventer: Kluwer (losbl.). Voorts J.M. van Dunné, 'Moeder maakt geen bastaard. Privaatrechtelijke aspecten van convenanten', *NJB* 8 april 1993, p. 480-488.

43. G.A. van der Veen, *GS Verbintenissenrecht*, Boek 6, aant. 14, Deventer: Kluwer (losbl.).

44. Een natuurlijke verbintenis is een rechtens niet afdwingbare verbintenis, zie art. 6:3 BW.

45. J.D.A. den Tonkelaar, *GS Verbintenissenrecht*, art. 213 Boek 6 BW, aant. 21, Deventer: Kluwer (losbl.), met verwijzing naar Grosheide, Kwartalbericht Nieuw BW 1985/3.

46. *Kamerstukken II* 1997/98, 25 823, nr. 3, p. 3-4.

47. Hof Arnhem 4 januari 1949, *NJ* 1949/581, overwoog in dat kader: "dat ook aan het Hof een zo beperkte betekenis van gentlemen's agreement niet bekend is en deze term naar 's Hof's oordeel in het spraakgebruik een overeenkomst aanduidt, die men nakomt, zoals mannen van eer dat doen, waardoor men zich wellicht tot iets anders of meer verbindt, dan wettelijk kan worden verlangd, maar waarbij de wederpartij daarom nog geen afstand doet van het recht op nakoming voorzover deze rechtens te vorderen is; dat in ieder geval naar Nederlands recht elke overeenkomst in beginsel aanspraak geeft nakoming in rechte te vorderen en een tegengestelde bedoeling ondubbelzinnig tot uiting zou moeten zijn gebracht hetwelk hier niet het geval is."

48. *Strct.* 1995, 249.

49. G.A. van der Veen, *GS Verbintenissenrecht*, regeling Boek 6 BW, aant. 14, Deventer: Kluwer 2011 (losbl.). Daarin zijn deze aanwijzingen integraal opgenomen.

50. J.M. van Dunné, 'Moeder maakt geen bastaard. Privaatrechtelijke aspecten van convenanten', *NJB* 8 april 1993, p. 480-488; P. de Haan, 'Convenanten als vorm van regelgeving', *BR* 1993, p. 346-355; J.D.A. den Tonkelaar, *GS Verbintenissenrecht*, art. 213 Boek 6 BW, aant. 16, Deventer: Kluwer (losbl.).

Waar het met name om gaat, is dat die verplichtingen vanuit een gelijkwaardige positie vrijwillig zijn aangegaan. De conclusie luidt derhalve dat art. 122 Wonw toelaat dat aanvullende bouwtechnische eisen worden afgesproken en vastgelegd in een 'overeenkomst' zoals een samenwerkingsovereenkomst, alsmede dat daarvan in rechte nakoming kan worden geëist. Voorwaarde voor afdwingbaarheid is dan wel dat die afspraken zijn gemaakt op basis van 'gelijkwaardigheid' en 'vrijwilligheid'. Komt dit laatste vast te staan (bijvoorbeeld omdat dit duidelijk uit de overeenkomst zelf volgt), dan zien wij niet in waarom de gemeente de nakoming van de desbetreffende verbintenissen niet in rechte zou kunnen afdwingen, zoals sommige schrijvers (veronder)stellen.⁵¹ Tenzij namelijk in de overeenkomst zelf aan de bewuste verbintenissen de afdwingbaarheid is onthouden, gaat het niet om natuurlijke verbintenissen in de zin van art. 6:3 BW. Bovendien zal de gemeente bij het instellen van een rechtsvordering strekkende tot nakoming van de hier bedoelde afspraken naar wij veronderstellen in het algemeen voldoende belang in de zin van art. 3:303 BW hebben.⁵²

In de hierna te bespreken casus die op 17 juni 2011 is uitgesproken in een arrest van de Hoge Raad (opgenomen in deze aflevering onder Gst. 2011/88), stond de ruimte die art. 122 Wonw aan gemeenten laat om afspraken te maken die verder gaan dan het Bouwbesluit, centraal. Daarin spitste die vraag zich toe op de rechtsgeldigheid van een beding waarin de ontwikkelaar werd verplicht om onder GIW-garantie te bouwen.

6. De Garantie- en waarborgregeling voor nieuwbouwwoningen

6.1 Het systeem van de garantie- en waarborgregelingen

Het bouwen van woningen 'onder GIW-garantie' is sinds jaar en dag min of meer vaste praktijk. Wanneer een woningbouwproject van dat keurmerk is voorzien, leidt dat tot betere verkoopbaarheid omdat de kopers van de desbetreffende woningen verzekerd zijn van een waarborg tegen gebreken en van een afbouwgarantie in geval van insolventie van de bouwondernemer. Tot de opheffing van de Stichting Garantie Instituut Woningbouw (GIW) per 1 januari 2010 werd gewoonlijk gewerkt met het door het GIW opgestelde

model van een koop-/aannemingsovereenkomst (voor een gezinshuizen respectievelijk appartementen) en de bijbehorende Garantie- en waarborgregeling. Na 1 januari 2010 zijn de taken van het GIW overgenomen door de organisaties die voorheen reeds waren belast met de uitvoering van de Garantie- en waarborgregeling van het GIW, te weten de Stichting Waarborgfonds Koopwoningen (SWK), Woningborg N.V. en de N.V. Waarborgmaatschappij Stiwoga.

Deze waarborginstellingen zijn verzekeringsmaatschappijen en vallen daarmee onder het toezicht van De Nederlandsche Bank. Bouwondernemingen die zich willen aansluiten bij een van deze instellingen, worden vooraf technisch en financieel doorgelicht. Eerst als een bouwplan van zo'n deelnemende bouwonderneming door de betrokken waarborginstelling is geaccepteerd, kunnen de tot dat plan behorende woningen met garantie op de markt worden gebracht. De bouwondernemers die deelnemer zijn bij een van de genoemde garantie-instituten zijn verplicht om met de kopers van de woningen koop-/aannemingsovereenkomsten te sluiten conform het model dat door het betrokken garantie-instituut is vastgesteld, en waarin de Garantie- en waarborgregeling (hierna: GWR) van toepassing wordt verklaard. De koper die in het bezit is van een waarborgcertificaat kan aanspraak maken op die regeling.

Het hierna te bespreken arrest van de Hoge Raad had betrekking op de GIW-garantie. Aangezien de GIW-garantie als gezegd met enkele kleine aanpassingen is overgenomen door de drie hiervóór genoemde garantie-instituten, kan dit arrest van de Hoge Raad mutatis mutandis ook op die andere garantieregelingen (c.q. het verplicht voorschrijven daarvan door gemeenten) van toepassing worden geacht. Voor het gemak blijven we echter in het vervolg van dit artikel spreken over 'de GIW-garantie' respectievelijk 'het GIW-beding'.

6.2 Kwaliteitsgarantie

De garantie die het betrokken garantie-instituut biedt, betreft een bouwkundige kwaliteitsgarantie als aanvulling op de verplichtingen van de bouwondernemer uit hoofde van het gesloten contract. De bouwondernemer garandeert dat de toegepaste constructies, materialen en onderdelen deugdelijk en bruikbaar zijn voor het doel waarvoor ze zijn bestemd. Bovendien garandeert de ondernemer dat de woning voldoet aan de toepasselijke eisen voor nieuwbouw conform het Bouwbesluit. De garantie, die ingaat drie maanden na oplevering van de woning, heeft een algemene looptijd van zes jaar, waarbij voor sommige onderdelen van de woning kortere garantietermijnen gelden. Doch daar tegenover wordt de afwezigheid van ernstige constructieve gebreken gedurende tien jaar gegarandeerd.

De garantietermijnen, de garantie-uitsluitingen en eventuele aanvullende garanti voorwaarden zijn in een bijlage bij de GWR opgenomen. Onder de vroegere GIW-regeling golden specifieke kwaliteitseisen voor de verwarmingsinstallatie, de tapwaterinstallatie, de ventilatie, het installatiegeluid en temperatuuroverschrijding, welke strenger waren dan de eisen gesteld bij het Bouwbesluit. Deze specifieke eisen komen in de huidige GWR's van SWK, Stiwoga en Woning-

51. Zie o.a. M.Y.C.L. de Wit, 'Duurzaam ontwikkelen en exploiteren van vastgoed', *BR* 2009/187, en J.J. Hoekstra, 'Crisis- en herstelwet en duurzaam bouwen, een gemiste kans?', *Bulletin RO-Totaal* april 2010, nr. 2, p. 9. Hoekstra, die stelt dat een ontwikkelaar vrijwillig de gemeentelijke duurzaamheidseisen in acht kan nemen zonder dat de gemeente echter de nakoming daarvan kan afdwingen, maakt niet duidelijk of hij daarbij (uitsluitend) ziet op de situatie waarin de duurzaamheidseisen geen onderdeel uitmaken van het tussen gemeente en ontwikkelaar gesloten contract, waarbij de ontwikkelaar die eisen vrijwillig heeft aanvaard.

52. Zie in dit verband onderdeel 2.27 van de conclusie van A-G Keus voor het hierna te bespreken arrest HR 17 juni 2011 (*Gst.* 2011/88), waaruit volgt dat de A-G het eens is met het oordeel van het hof, dat de gemeente zich de zorg voor een voldoende woningaanbod van voldoende kwaliteit ten behoeve van haar (toekomstige) bewoners mag aantrekken.

borg niet meer voor. Wat echter is gebleven, zijn de garantietermijnen. Het enkele feit dat de goede kwaliteit van een onderdeel van een gebouw gedurende een bepaalde termijn na oplevering door de bouwondernemer moet worden gegarandeerd, impliceert dat – in elk geval in theorie – dat onderdeel aan een hogere kwaliteitsnorm moet voldoen dan zonder die garantieverplichting – en dus uitsluitend op basis van de desbetreffende voorschriften uit het Bouwbesluit – het geval zou zijn. In het laatste geval behoeft enkel aan een bepaalde prestatie-eis bij oplevering te worden voldaan; of het betrokken onderdeel na oplevering van het gebouw nog gedurende een bepaalde termijn aan die prestatie-eis blijft beantwoorden, is een vraag waarover de beoordeling van de bouwvraag zich niet uitstrekt. Omdat de garantieregelingen van de bouwondernemer verlangen dat deze gedurende een in de regeling bepaalde termijn instaat voor de goede kwaliteit en werking van onderdelen en installaties, mag worden verondersteld dat deze de keuze en toepassing van zijn materialen en constructies afstemt op dat na te streven niveau, hetgeen in een aantal gevallen zal (kunnen) leiden tot een kwalitatieve verbetering ten opzichte van de materialen en constructies die hij zou moeten toepassen om te voldoen aan het door het Bouwbesluit voorgeschreven niveau. Kortom, de garantietermijnen van de garantieregeling dwingen tot het realiseren van een hogere bouwkundige kwaliteit van de te bouwen woning en interfereren aldus met de door het Bouwbesluit voorgeschreven minimumeisen die met het oog op verlening van de bouwvergunning tevens als maximumeisen gelden.⁵³

6.3 Insolventiewaarborg

Naast een gebrekenwaarborg als hiervoor vermeld, bevat de GWR nog een waarborg die ziet op eventuele insolventie van de bouwondernemer: indien deze tijdens de bouw als gevolg van faillissement of surseance van betaling niet langer aan zijn verplichtingen jegens de koper van de woning kan voldoen, garandeert het betrokken garantie-instituut de koper dat deze schadeloos wordt gesteld. In de regel gebeurt dit door inschakeling van een andere bouwondernemer die de woning afbouwt, waarbij het garantie-instituut de daaraan verbonden meerkosten betaalt. In voorkomende gevallen kan het garantie-instituut er ook voor kiezen, de reeds door de koper voldane termijnen vermeerderd met rente, aan deze terug te betalen. Deze insolventiewaarborg raakt in geen enkel opzicht de door het Bouwbesluit bestreken onderwerpen.

53. Deze opvatting treft men ook aan in r.o. 4.6.4 van het arrest van Hof 's-Hertogenbosch 8 september 2009 inzake de door de gemeente Breda voorgeschreven GIW-garantie: "Ook de extra garantietermijnen die (...) zijn opgenomen raken de kwaliteit van het bouwplan, nu de omstandigheid dat de deugdelijkheid van bepaalde onderdelen van een woning voor een langere periode gegarandeerd moet worden meebrengt dat materialen van hogere kwaliteit zullen worden toegepast."

7. Het arrest van de Hoge Raad van 17 juni 2011

7.1 Casus

De gemeente Breda had aan een projectontwikkelaar grond verkocht ten behoeve van de bouw van zestig woningen. Op de desbetreffende koopovereenkomst waren verschillende onderdelen van de door de gemeente gehanteerde Algemene Verkoopvoorwaarden (AV) van toepassing verklaard. Het ging daarbij onder meer om een boetebeding in geval van niet-nakoming door de koper van enige op hem rustende verplichting uit hoofde van de koopovereenkomst en/of de AV, een bouwplicht en – en daar wrong de schoen – de verplichting van de koper/projectontwikkelaar om met de kopers van de door hem te bouwen woningen een koop-/aannemingsovereenkomst te sluiten naar het model van het GIW (of een gelijkwaardig instituut).

De ontwikkelaar had de grond vervolgens doorverkocht aan het bouwbedrijf waarvan hij directeur was. Het bouwbedrijf had bij de verkoop van de woningen aan derden geen gebruik gemaakt van een koop-/aannemingsovereenkomst conform het GIW-model. Daarmee werden de woningen dus niet onder GIW-garantie gebouwd. Aan vijf van de zestig kopers had het bouwbedrijf in plaats van de insolventiewaarborg van het GIW een aanvullende bankgarantie verstrekt (gericht op het zekerstellen van de afbouw van de woning, mocht het bouwbedrijf op enig moment niet langer aan zijn verplichtingen kunnen voldoen).

De gemeente spande daarop een procedure aan tegen de projectontwikkelaar en vorderde een verklaring voor recht dat de projectontwikkelaar jegens de gemeente toerekenbaar tekort was geschoten in de nakoming van de overeenkomst, alsmede veroordeling van de projectontwikkelaar om aan de gemeente de contractueel verschuldigde boete te betalen.

7.2 Oordeel van rechtbank en hof

Rechtbank Breda wees de vorderingen van de gemeente af. De rechtbank was van oordeel dat de gemeente, door de projectontwikkelaar te verplichten de woningen onder GIW-garantie te bouwen en te verkopen, in strijd had gehandeld met art. 122 Wonw, zodat het desbetreffende beding uit de AV nietig was. Volgens de rechtbank had/heeft de GIW-regeling, met name de kwaliteitsgaranties daarin, betrekking op dezelfde onderwerpen als die, welke bestreken worden door het Bouwbesluit. Het Bouwbesluit bevat een publiekrechtelijk minimum aan kwaliteitseisen waaraan een bouwwerk moet voldoen wil daarvoor een bouwvergunning kunnen worden verleend. De wetgever heeft er bewust voor gekozen de mogelijkheid van het stellen van nadere voorwaarden ten aanzien van die onderwerpen door gemeenten uit te sluiten, zo overwoog de rechtbank.

Hof 's-Hertogenbosch was het niet geheel met dit oordeel eens. Het hof maakte daarbij onderscheid tussen enerzijds dat deel van de GIW-regeling dat ziet op kwaliteitseisen (garantietermijnen en eisen met betrekking tot verwarmingsinstallaties en warmwaterinstallaties), en anderzijds dat deel van de regeling dat gaat over de insolventiewaar-

borg (en de arbitrageregeling). Het eerstgenoemde deel strekt zich volgens het hof uit tot onderwerpen die door het Bouwbesluit worden bestreken (in het bijzonder het aspect 'bruikbaarheid') – zodat de gemeente die voorschrijft om conform dat deel van de GIW-regeling te contracteren, daarmee in strijd komt met art. 122 Wonw. De insolventie-waarborg daarentegen vormt een onderwerp dat niets met het Bouwbesluit of art. 122 Wonw van doen heeft, zodat de gemeente daar wel regulerend mag optreden. Op basis van dit onderscheid kwam het hof tot het oordeel dat het gemeentelijk beding ten dele nietig was. Het hof vernietigde het vonnis van Rechtbank Breda en verklaarde voor recht dat de projectontwikkelaar jegens de gemeente toerekenbaar tekort was geschoten in de nakoming van de overeenkomst tussen partijen. Aangezien de ontwikkelaar het beding slechts ten dele had geschonden, matigde het hof 'billoekshalve' de verbeurde boete.

7.3 Oordeel Hoge Raad⁵⁴

De Hoge Raad is op 17 juni 2011 tot het oordeel gekomen dat het hof de aard van de in geding zijnde contractuele verplichting heeft miskend. Het beding (uit de AV) verplicht de koper "met de kopers van de door hem te bouwen woningen een koop-/aannemingsovereenkomst naar het model van de Stichting GIW of een gelijkwaardig instituut te sluiten". Kennelijk, aldus de Hoge Raad, is het hof van oordeel dat dit beding kan worden gesplitst in een geldig deel dat kan worden nagekomen en een nietig deel waarvoor dit niet geldt, afhankelijk van het antwoord op de vraag of in de modelovereenkomst van het GIW onderwerpen worden geregeld die niet, respectievelijk wel, in strijd zijn met art. 122 Wonw.

Volgens de Hoge Raad gaat die benadering uit van een onjuiste rechtsopvatting. Het gaat er bij de beoordeling van de nietigheid van dit beding immers niet om of onderdelen van de voorgeschreven *modelovereenkomst* zich voor splitting in een geldig en een nietig deel lenen, maar om beantwoording van de vraag of de bedongen verplichting *zelf* nietig is wegens strijd met art. 122 Wonw. Hierbij is van belang dat het beding zelf niet splitsbaar is, het gaat om één ondeelbare verplichting. Nakoming van die verplichting kan alleen geschieden door het gehele GIW-model inclusief de bijbehorende algemene voorwaarden over te nemen in de te sluiten koop-/aannemingsovereenkomsten. Omdat is vastgesteld dat de modelovereenkomst van het GIW *mede* raakt aan onderwerpen waarover de gemeente geen aanvullende privaatrechtelijke voorwaarden mag stellen, kan de gemeente ten aanzien van die onderwerpen van de koper niet bedingen dat hij volgens de GIW-regeling dient te contracteren met zijn kopers. De door het hof aangenomen nietigheid van dit beding ten aanzien van bedoelde onderwerpen brengt de nietigheid van het beding *in zijn geheel* mee. Het beding verplicht immers tot het sluiten van overeenkomsten op voorwaarden die bij art. 122 Wonw verboden onderwerpen betreffen. Op grond van deze overwegin-

gen vernietigde de Hoge Raad het arrest van het hof en bekrachtigde hij het vonnis van Rechtbank Breda.

8. Consequenties voor de praktijk

8.1 *Gelijkwaardigheid/vrijwilligheid versus monopoliepositie*

Betekent dit arrest dat gemeenten voortaan geen afspraken meer kunnen maken met projectontwikkelaars over bouwtechnische eisen die verder gaan dan het Bouwbesluit toelaat? Meer specifiek: kunnen gemeenten voortaan niet meer met projectontwikkelaars afspreken dat met GIW-garantie zal worden gebouwd? Het antwoord op die vraag luidt onzes inziens ontkennend. Hiervoor (par. 5) hebben wij onder verwijzing naar de parlementaire stukken uiteengezet dat art. 122 Wonw gemeenten wel degelijk ruimte laat om dergelijke afspraken te maken. Wij gaan er voorts van uit dat die afspraken in rechte ook stand zullen houden, mits de voorwaarden in acht worden genomen die uit de parlementaire geschiedenis voortvloeien: die afspraken dienen vrijwillig vanuit een gelijkwaardige positie tussen partijen tot stand te zijn gekomen.

En daar ging het mis in de casus die de Hoge Raad ter beoordeling voorgelegd kreeg. Daar was immers heel duidelijk sprake van een monopoliepositie van de gemeente:⁵⁵ er was sprake van gronduitgifte (wat strikt genomen op zich al een indicatie kan vormen voor de ongelijkwaardigheid van partijen⁵⁶), maar belangrijker nog: de gemeente had aangegeven dat zij bij gronduitgifte altijd (via haar algemene voorwaarden) placht te bedingen dat volgens GIW-garantie wordt gebouwd en dat zij daarvan nooit afweek. Ook in de voorliggende situatie had over dat beding geen overleg met de bouwondernemer plaatsgevonden. Van vrijwilligheid of gelijkwaardigheid was in die situatie derhalve volstrekt geen sprake. De gemeente verkeerde daar in een monopoliepositie, en had zich tegenover de bouwondernemer dienovereenkomstig opgesteld. Daarmee betrof dit Bredase geval dus bij uitstek een situatie die blijkens de hiervóór in paragraaf 5 vermelde passages uit de parlementaire geschiedenis vermeden had behoren te worden.

8.2 *Praktijksituaties: wat mag wel/niet?*

De vraag is dus relevant, wat voor een gemeente nog wel of juist niet geoorloofd is als het gaat om het (doen) realiseren van bouwwerken die voldoen aan een hoger bouwtechnisch kwaliteitsniveau dan door het Bouwbesluit is voorgeschreven. Zonder volledigheid te pretenderen noemen wij hier de volgende situaties.

a. *Samenwerking tussen gemeente en projectontwikkelaar*

Van vrijwilligheid en gelijkwaardigheid zal in onze ogen sprake kunnen zijn indien de contractuele relatie tussen de gemeente en haar wederpartij méér omvat dan een enkele grondtransactie (met de gemeente in de rol van verkoper).

54. HR 17 juni 2011, *I/J* BQ1677, *Gst.* 2011/88.

55. Zie Hof 's-Hertogenbosch 8 september 2009, r.o. 4.6.6.

56. *Kamerstukken II* 1997/98, 25 823, nr. 3, p. 3 en 6.

Gaat het immers om niet meer dan een gemeentelijke gronduitgifte (in eigendom of erfpacht), dan is het naar onze smaak moeilijk vol te houden dat de wederpartij die zich ter zake van de vervulling van haar bouwverplichtingen verbindt tot het nakomen van bovenwettelijke kwaliteitseisen, dat geheel vrijwillig zou doen. In dat geval ligt het immers voor de hand, aan te nemen dat een dergelijke plichtsverzwarende is aanvaard omdat de wederpartij voor het verkrijgen van bouwgrond van de gemeente afhankelijk is.

In een (op locatie-ontwikkeling gerichte) samenwerkingsrelatie tussen gemeente en marktpartij⁵⁷ daarentegen spelen meer elementen dan alleen een grondtransactie een rol, het gaat dan ook om zaken als het inleveren van grond door de marktpartij bij de gemeente,⁵⁸ omvang en samenstelling van het te realiseren bouwprogramma, gemeentelijke medewerking op planologisch vlak, enz. Kenmerkend voor dat soort samenwerkingsovereenkomsten is dat gemeente en projectontwikkelaar vaak langdurig met elkaar hebben onderhandeld voordat er in alle opzichten wilsovereenstemming werd bereikt. In een dergelijke constellatie kan men zich goed voorstellen dat de projectontwikkelaar als onderdeel van het geheel van afspraken vrijwillig een verplichting aangaat van het soort waarom het in dit artikel is te doen.⁵⁹

Die verplichting dient dan bij voorkeur niet met een boete te zijn verzwaard. Dat zou immers impliceren dat de verplichting niet vrijwillig is aangegaan. Indien de afspraak uitsluitend als verplichting wordt geformuleerd, derhalve zonder sancties op niet-nakoming, is deze ons inziens rechtsgeldig en kan daarvan – indien nodig – in rechte nakoming worden gevorderd. Om de rechtsgeldigheid van die afspraak zo veel mogelijk te waarborgen, dient uit de overeenkomst duidelijk te blijken dat de ontwikkelaar vrijwillig deze verplichting op zich heeft genomen. In de considerans zouden daar uitdrukkelijk enkele overwegingen aan kunnen worden gewijd,⁶⁰ waarin wordt verwezen naar het overleg dat daarover heeft plaatsgevonden en het belang dat (ook) de ontwikkelaar hecht aan die extra kwaliteitseisen. Het feit dat de gemeente met betrekking tot het gezamenlijk beoogde project over meer grond beschikt dan de

ontwikkelaar, behoeft geen beletsel te zijn voor de rechtsgeldigheid van de gemaakte afspraken.⁶¹

b. Hogere eisen in het kader van subsidieverlening

Hogere bouwtechnische eisen dan het Bouwbesluit voorschrijft, kunnen door gemeenten zonder bezwaar worden gesteld in het kader van subsidieverlening. De vrijwilligheid van de aanvaarding van die hogere eisen door de subsidieontvanger is dan namelijk gegarandeerd, nu deze de vrije keus heeft om de desbetreffende subsidie wel of niet aan te vragen. Van afhankelijkheid ten opzichte van de subsidieverlenende gemeente is dan geen sprake omdat de burger er evengoed voor kan kiezen om de betrokken activiteit uit te voeren zonder subsidie doch alsdan tegen minder strenge voorwaarden.

In dit verband roepen wij in herinnering dat destijds in het kader van de herziening van de Woningwet in 1991 van regeringszijde is opgemerkt dat het van gemeentewege stellen van voorwaarden bij het verlenen van geldelijke steun omtrent de prijs of kwaliteit van een woning toelaatbaar geacht moet worden, “immers deze privaatrechtelijke rechtshandelingen hebben geen betrekking op het Bouwbesluit en het vergunningenregime.”⁶² Kennelijk had de regering destijds voor ogen dat de gemeente langs contractuele weg voorwaarden met betrekking tot het te realiseren bouwtechnisch kwaliteitsniveau kon verbinden aan subsidieverlening. Sinds de invoering van de subsidietitel (titel 4.2) in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is dat niet meer mogelijk; er is nu een publiekrechtelijke regeling voorhanden die als uitgangspunt heeft dat subsidieverlening op een daartoe strekkende aanvraag geschiedt bij beschikking.

Dit laatste ondervond de gemeente Buren, die bij de verkoop van bouw kavels aan particulieren een ‘statiegeldregeling’ van toepassing had verklaard. Die hield in dat de koper een deel van de koopprijs (€ 5000) zou terugkrijgen, indien hij een lagere energieprestatiecoëfficiënt (een EPC van 0,72) voor zijn woning zou weten te realiseren dan de toenmalige norm in het Bouwbesluit (0,8).⁶³ De kopers vorderden in rechte de nietigverklaring van het desbetreffende beding wegens strijd met art. 122 Wonw. Zij voerden daartoe onder meer aan dat de gemeente haar uitgiftevoorwaarden eenzijdig had kunnen vaststellen en dat zij dus gedwongen waren om dat beding te aanvaarden. Volgens de gemeente echter werd die verplichting vrijwillig aangegaan. De betreffende bepaling zou een stimuleringsbonus zijn, vergelijkbaar met een subsidieregeling, zodat de kopers niet verplicht waren om aan die norm te voldoen. Rechtbank Arnhem kwam in die zaak niet toe aan een onderzoek naar de vrijwilligheid waarmee volgens de gemeente het beding door de kopers zou zijn aanvaard. De zaak strandde reeds

57. Waarbij partijen een samenwerkingsovereenkomst sluiten of in een PPS-vehikel samenwerken zoals een GEM.

58. In de Bredase casus waarover de Hoge Raad op 17 juni 2011 uitspraak heeft gedaan, was ook sprake van een bouwclaimsituatie. Naar onze mening brengt de omstandigheid dat de marktpartij reeds een grondpositie heeft die zij het kader van een bouwclaim bij de gemeente inbrengt in ruil voor het verkrijgen van bouw kavels juist mee dat zij een stevige onderhandelingspositie tegenover de gemeente inneemt, hetgeen dus leidt tot (een grotere) gelijkwaardigheid ten opzichte van de gemeente. In de casus Breda ging het daarom naar onze smaak vooral ‘mis’ omdat de gemeente de toepasselijkheid van de GIW-garantie dwingend via haar algemene gronduitgiftevoorwaarden had voorgeschreven en bovendien ook nog zelf had aangegeven dat over het GIW-beding nooit werd onderhandeld.

59. Zie ook de reactie van de staatssecretaris naar specifieke vragen vanuit het parlement over grootschalige projecten, *Kamerstukken II 1997/98*, 25 823, nr. 5, p. 10.

60. Aldus ook J.J. Hoekstra & G.A. van der Veen, ‘Kwaliteits- en bindings-eisen bij nieuwbouw, wat mag wel en wat mag niet?’, *TBR 2008/85*, p. 434.

61. *Kamerstukken II 1997/98*, 25 823, nr. 5, p. 9 waar de staatssecretaris naar aanleiding van vragen daarover meldt: “Het maakt bij de beoordeling van dergelijke convenanten niet uit hoeveel grond de gemeente bezit en hoeveel grond de marktpartijen.”

62. *Kamerstukken II 1988/89*, 20 066, nr. 9, p. 88.

63. De gemeente had de kavelprijs eerst met € 5000 exclusief btw opgehoogd.

op de doorkruisingsleer: de rechter achtte een overeenkomst ter vervanging van een subsidiebeschikking niet toelaatbaar op grond van titel 4.2 en meer in het bijzonder art. 4:36 Awb, die zich verzetten tegen subsidieverlening bij overeenkomst. Op grond van onder meer art. 4:29 en 4:43 Awb wordt een subsidie verleend en vastgesteld bij beschikking. Wil een gemeente energiezuinig bouwen stimuleren, dan moet zij dat regelen met publiekrechtelijke subsidies en niet met een bij overeenkomst toegekende 'stimuleringsbonus', aldus de rechtbank.⁶⁴

c. *Artikel 7a Woningwet*

Verder wijzen wij nogmaals op de mogelijkheid die art. 7a Wonw de gemeente biedt om aan de minister ontheffing te vragen van het verbod krachtens art. 122 Wonw om in het kader van bouwvergunningverlening aanvullende eisen op het terrein van duurzaam bouwen en/of het milieu op te leggen. Wil een project overigens voor zo'n experimenteerstatus in aanmerking komen, dan moet wel aan een aantal strenge voorwaarden worden voldaan; wij verwijzen kortheidshalve naar de desbetreffende circulaire.⁶⁵

d. *Vastgoedrealisatie voor eigen gebruik*

Ten slotte vermelden wij voor de volledigheid dat een gemeente wel aanvullende eisen mag stellen aan haar eigen vastgoed, bijvoorbeeld als opdrachtgever voor de bouw van het stadskantoor of de bibliotheek. Ook kan zij aanvullende eisen opleggen met betrekking op de herinrichting van de openbare ruimte, omdat art. 122 Wonw daar niet op ziet.

e. *Insolventiewaarborg*

Een eis strekkende tot het bouwen met een insolventiewaarborg voor de koper behoort niet tot de onderwerpen waarop art. 122 Wonw betrekking heeft. Zo'n eis kan derhalve wel dwingend worden opgelegd. Uit de conclusie van de A-G bij het arrest HR 17 juni 2011 volgt dat geen sprake is van *détournement de pouvoir* indien een gemeente een dergelijk beding hanteert, zoals door de projectontwikkelaar was aangevoerd. Volgens hem zou de gemeente met het dwingend voorschrijven daarvan in strijd handelen met de publiekrechtelijke regel dat een gemeente zich alleen die belangen mag aantrekken die 'des gemeentes' zijn.⁶⁶ Volgens de ontwikkelaar diende de gemeente zich op grond van die regel te onthouden van belangenbehartiging op het terrein van insolventie van bouwers van woningen, nu kopersbescherming bij uitsteking een aangelegenheid van de centrale wetgever zou zijn.⁶⁷

Het hof had deze stelling verworpen⁶⁸ en in dat kader overwogen dat de zorg voor het volgens plan afbouwen van een nieuwbouwwijk zonder dat dit in gevaar komt door financiële problemen waarin de bouwer eventueel kan geraken, in het verlengde ligt van de zorg van een gemeente voor

een voldoende woningaanbod van voldoende kwaliteit ten behoeve van haar (toekomstige) inwoners. De A-G deelt deze opvatting van het hof.⁶⁹ In deze visie wordt derhalve aanvaard dat die belangen tot het takenpakket van de gemeente behoren, zodat een gemeente ook belang heeft bij het opleggen van een dergelijke verplichting en daarvan zo nodig in rechte nakoming kan vorderen.

f. *Eisen in het kader van aanbesteding*

Aanvullende bouwtechnische eisen kunnen ook onderdeel vormen van een aanbesteding van een gebiedsontwikkeling. In het aanbestedingsbestek kan als voorwaarde voor gunning worden gesteld dat inschrijvingen aan die eisen moeten voldoen. Gesteld zou kunnen worden dat inschrijven vrijwillig gebeurt, zodat in dat geval vrijwillig wordt voldaan aan de aanvullende bouwtechnische kwaliteitseisen.⁷⁰ Daartegen pleit dat een gemeente zich in een aanbestedingsprocedure in een monopoliepositie bevindt ten opzichte van de aspirant-inschrijvers. In een aanbestedingsprocedure⁷¹ bepaalt de aanbestedende dienst immers eenzijdig aan welke voorwaarden moet worden voldaan en bestaat geen ruimte voor onderhandelingen.⁷² Uiteraard is een geïnteresseerde marktpartij niet verplicht om in te schrijven, maar als zij de opdracht wil, is zij wel verplicht om aan de door de gemeente gestelde voorwaarden te voldoen. Dat is een vergelijkbare situatie als bij gronduitgifte het geval is: een koper is niet verplicht om grond te kopen van de gemeente, maar als hij grond wil kopen, dan dient hij aan de door de gemeente gestelde voorwaarden te voldoen. Ons inziens doet een gemeente er derhalve niet verstandig aan om aanvullende bouwtechnische eisen als gunningsvoorwaarden op te nemen in het aanbestedingsbestek.⁷³

g. *Ruimtelijke en stedenbouwkundige kwaliteit en particulier opdrachtgeverschap*

Zoals wij onder 4.2 hebben opgemerkt, staat het een gemeente vrij om daarover afspraken te maken, omdat die aspecten niet vallen onder de vijf aspecten die genoemd worden in art. 2 lid 1 Wonw.

h. *Andere opdrachtgevers dan gemeenten*

Wij merken nog op dat art. 122 Wonw als ook het arrest van de Hoge Raad betrekking hebben op overeenkomsten die *gemeenten* hebben gesloten of gaan sluiten met marktpartijen. De in art. 122 Wonw neergelegde beperking is immers alleen van toepassing op gemeenten. Woningcorporaties en privaatrechtelijke partijen ondervinden geen beper-

64. Rb. Arnhem 7 april 2010, L/JN BM0509.

65. Circulaire 'Beleidsregels voor de uitvoering van art. 7a van de Woningwet', Stcrt. 1999, 26, p. 8.

66. De ontwikkelaar deed in dat kader een beroep op art. 3:14 BW.

67. Conclusie A-G bij het arrest HR 17 juni 2011, r.o. 2.25.

68. Hof 's-Hertogenbosch 8 september 2009, r.o. 4.8.4.

69. Conclusie A-G bij arrest HR 17 juni 2011, r.o. 2.25.

70. Zie in dit kader ook P. Urper, 'Duurzaamheidseisen bij aanbestedingen', TO 2010, p. 136.

71. Zowel bij Europese als bij nationale (gemeentelijke) aanbestedingen beschikt de inschrijver niet of nauwelijks over onderhandelingsruimte.

72. Tenzij sprake is van de zogeheten 'Concurrentiegerichtte dialoog' zoals bedoeld in het Besluit Aanbestedingsregels Overheidsopdrachten (Bao).

73. Urper, a.w., stelt dat voor duurzaamheidseisen wellicht een uitzondering zou kunnen worden gemaakt. Hij verwijst in dat kader naar Europese Regelgeving.

king van dit artikel. Die zijn derhalve wel vrij om af te wijken van het Bouwbesluit en kunnen via het privaatrecht eisen opleggen aan hun contractspartner die verder gaan dan de bouwtechnische eisen die in het Bouwbesluit zijn opgenomen.⁷⁴

Op grond van de letterlijke wettekst is art. 122 Wonw evenmin van toepassing op andere overheden. Dat zou betekenen dat de rijksoverheid en de provincies bij uitgifte van grond wél contractuele afspraken zouden kunnen maken over onderwerpen die het Bouwbesluit raken of over de verlening van vergunningen. Gelet op het doel dat is beoogd met art. 122 Wonw, namelijk uniformiteit en deregulering, kunnen wij ons voorstellen dat ook van deze overheden kan worden verlangd dat zij in voorkomende gevallen zullen handelen in de geest van art. 122 Wonw.

8.3 *Bestaande overeenkomsten met GIW-beding*

Voor bestaande overeenkomsten geldt dat daarin gemaakte afspraken over het bouwen onder GIW-garantie dan wel over bouwtechnische eisen die verder gaan dan het Bouwbesluit, kunnen worden geraakt door het arrest van de Hoge Raad. Het oordeel van de Hoge Raad betreft namelijk een uitleg van art. 122 Wonw die moet worden geacht ook vóór de datum van het arrest te hebben gegolden. Overeenkomsten die vóór 17 juni 2011 zijn gesloten, kunnen derhalve eveneens de gevolgen ondervinden van dit arrest. Dergelijke afspraken in overeenkomsten van gronduitgifte of in (samenwerkings)overeenkomsten waarin die afspraak dwingend is opgelegd (bijvoorbeeld doordat de verplichting met een sanctie c.q. boete is verzwaard), zijn nietig. Indien sprake is van een samenwerkingsovereenkomst waarin afspraken zijn vastgelegd die het resultaat vormen van intensieve onderhandelingen en indien de desbetreffende verplichtingen niet met een boete zijn verzwaard, zijn die afspraken onzes inziens nog steeds rechtsgeldig en kan daarvan derhalve nakoming worden gevorderd.

Indien het bouwen onder GIW-garantie in een bestaande overeenkomst dwingend is opgelegd dan is dit beding als gezegd nietig, maar dat betekent niet dat daarmee de gehele overeenkomst nietig is. Op grond van art. 3:41 BW is in dat kader van belang of het restant van de overeenkomst nog een voor beide partijen zinvolle regeling oplevert, waarmee de door partijen nagestreefde doeleinden nog gedeeltelijk kunnen worden gerealiseerd.⁷⁵ Een gronduitgifte-overeenkomst of een samenwerkingsovereenkomst bevat een complex van een groot aantal verbintenissen. Dat betekent dat, ook indien zich daartussen een nietig GIW-beding bevindt, nog steeds het doel dat partijen beogen te realiseren – woningbouw – kan worden gerealiseerd. Overigens merken wij op dat veel ontwikkelaars, ondanks de nietig-

heid van het beding, er waarschijnlijk toch voor zullen kiezen om het beding na te komen, omdat het bouwen onder GIW-garantie zoals hiervóór al opgemerkt de verkoopbaarheid van woningen vergroot, zodat ontwikkelaars zelf ook belang hebben bij de naleving van dit beding.

9. **Conclusies**

Art. 122 Wonw verbiedt een gemeente om in het kader van de uitoefening van haar privaatrechtelijke bevoegdheden in aanvulling op de voorschriften van het Bouwbesluit bouwtechnische eisen dwingend aan projectontwikkelaar of bouwer op te leggen. Een handelen dat daarmee in strijd is, leidt tot nietigheid van het desbetreffende beding. De tekst van art. 122 Wonw suggereert dat een gemeente in het geheel geen rechtshandelingen naar burgerlijk recht zou mogen verrichten ten aanzien van onderwerpen die regeling hebben gevonden in het Bouwbesluit. Die suggestie is echter onjuist, voor zover het contractuele verplichtingen betreft tot het voldoen aan bouwtechnische eisen uitstijgend boven het niveau dat in het Bouwbesluit is voorgeschreven, die door de wederpartij bij de overeenkomst vanuit een gelijkwaardige positie c.q. op vrijwillige basis jegens de gemeente zijn aangegaan. Daarvan zal sprake kunnen zijn bij langdurige en grootschalige nieuwbouwprojecten, waarbij gemeente en professionele marktpartijen met elkaar samenwerken op basis van contracten waarover soms jarenlang is onderhandeld. In de tekst van de desbetreffende overeenkomsten zal tot uitdrukking dienen te worden gebracht dat partijen zich ervan bewust zijn dat de daarin vermelde bouwtechnische voorschriften een aanvulling op – en daarmee een verzwarende van – de bij of krachtens het Bouwbesluit geldende voorschriften vormen, doch vaststellen dat de betrokken marktpartij er in het kader van het totaal van de met de gemeente gemaakte afspraken vrijwillig voor heeft gekozen de bouw te doen geschieden met inachtneming van die aanvullende eisen, teneinde daarmee een hoger dan gemiddeld kwaliteitsniveau van de beoogde bouw te bewerkstelligen. Wanneer deze ‘aanvliegroute’ wordt gekozen, is er naar onze mening vanuit de optiek van art. 122 Wonw geen bezwaar tegen wanneer de gemeente met haar wederpartij aanvullende bouwtechnische eisen als hier bedoeld overeenkomt.

Het arrest HR 17 juni 2011 heeft niet automatisch tot gevolg dat gemeenten met ontwikkelaars geen afspraken meer kunnen maken over het bouwen onder GIW-garantie, of dat dergelijke bedingen in lopende contracten nu automatisch nietig zijn. Dat dient van geval tot geval te worden onderzocht, waarbij de feitelijke onderlinge verhouding tussen de gemeente en de ontwikkelaar een belangrijke rol speelt. Bij overeenkomsten inzake gronduitgifte wordt een monopoliepositie van de gemeente al gauw verondersteld, zodat daarin voorkomende afspraken die verder gaan dan het Bouwbesluit toelaat, niet gemakkelijk aan nietigheid zullen ontkomen. Dat betekent dat gemeenten die in hun algemene voorwaarden dergelijke verplichtingen (waaronder de verplichting om met GIW-garantie te bouwen) hebben opgenomen, hun algemene voorwaarden zullen moeten

74. Zie M.Y.C. de Wit, 'Duurzaamheidseisen bij (projectontwikkel)overeenkomsten', *TO* 2010, p. 129-132, die in verband daarmee opmerkt dat van uniformiteit in de bouwregelgeving op dit punt dan ook nauwelijks sprake lijkt te zijn.

75. *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 3:41 BW, aant. 3, welk artikel luidt als volgt: "Betreft een grond van nietigheid slechts een deel van een rechtshandeling, dan blijft deze voor het overige in stand, voor zover dit, gelet op de inhoud en strekking van de handeling, niet in onverbrekelijk verband met het nietige deel staat."

aanpassen. Indien gemeenten de richtlijnen zoals in dit artikel geschetst in acht nemen, kunnen zij naar onze mening in samenwerkingsovereenkomsten nog steeds rechtsgeldig aanvullende bouwtechnische kwaliteitseisen afspreken met projectontwikkelaars en daarvan — zo nodig — in rechte nakoming vorderen. En voor bestaande samenwerkingsovereenkomsten geldt dat de betreffende afspraken rechtsgeldig zijn, indien de gemeente kan aantonen dat deze vrijwillig en vanuit een gelijkwaardige positie zijn gemaakt.