

kenstak niet kan benutten als gevolg van de provinciale RA? En waarom zou een provincie 'loze stikstofruimte', die het gevolg is van een verleende natuurvergunning die niet kan worden benut als gevolg van een provinciale RA, 'in de lucht

laten hangen'? Het zijn zomaar wat vragen die nu onbeantwoord moeten blijven. Dat is jammer, maar helaas!

H.J. de Vries

Jurisprudentie – II.

Bestuursrechtelijke schadevergoeding

TBR 2021/46

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 29 april 2020, No. 201810157/1/A2, ECLI:NL:RVS:2020:1166 (Nadeelcompensatie North Sea Ports)

(Mr. J.E.M. Polak, mr. G.T.J.M. Jurgens en mr. C.C.W. Lange)

Natuurbeschermingswet 1998 (vervallen): art. 31, lid 1; Wnb: art. 6.3, lid 1; Omgevingswet: afd. 15.1, art 15.5

Schaduwschade. Nadeelcompensatie. Egalitébeginsel. Aanwijzingsbesluit Natura 2000-gebied. Artikel 1 EP EVRM

Met noot F.A. Mulder en M.E. van Velzen-De Boer, Red.

Overwegingen wettelijk kader

1. Onder de minister wordt tevens verstaan diens rechtsvoorgangers.
2. De relevante wettelijke bepalingen zijn vermeld in de bijlage. Deze bijlage maakt deel uit van de uitspraak.

Inleiding

3. North Sea Port is beheerder en eigenaar van het havengebied Sloehaven ten oosten van Vlissingen. Bij besluit van 7 augustus 2012 (hierna: het wijzigingsbesluit) heeft de staatssecretaris van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie de begrenzing van het Natura 2000-gebied 'Westerschelde & Saeftinghe' gewijzigd. Deze wijziging betreft een uitbreiding van het Natura 2000-gebied op het Rammekensschor, dat is gelegen nabij de Sloehaven, in oostelijke richting. North Sea Port heeft in het gebied, waarop de wijziging betrekking heeft, een perceel in eigendom, hierna aangeduid als perceel B3. Daarnaast heeft zij ten noorden hiervan percelen in eigendom, hierna aangeduid als de percelen B1 en B2.

Het wijzigingsbesluit is genomen ter uitvoering van de uitspraak van de Afdeling van 28 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU9473. Bij deze

uitspraak heeft de Afdeling, voor zover hier van belang, het besluit tot vaststelling van het Natura 2000-gebied 'Westerschelde & Saeftinghe' vernietigd voor zover het de begrenzing betreft. Bij uitspraak van 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1238 heeft de Afdeling het beroep van onder meer Zeeland Seaports tegen het wijzigingsbesluit ongegrond verklaard.

Op 8 november 2016 heeft Zeeland Seaports een verzoek om schadevergoeding bij de staatssecretaris van Economische Zaken ingediend. Als grondslag heeft zij genoemd artikel 31, eerste lid, van de Natuurbeschermingswet 1998 (hierna: de Nbw 1998) en ook het beginsel van de gelijkheid van de openbare lasten (het *égalité*-beginsel). Zij stelt dat zij als gevolg van het wijzigingsbesluit schade lijdt van ongeveer € 19,1 miljoen, omdat door het wijzigingsbesluit het voor haar niet meer mogelijk is om perceel B3 te ontwikkelen en om op perceel B3 een nieuwe natte ontsluiting van het havengebied aan te leggen ten behoeve van de percelen B1 en B2.

De besluiten van de minister

4. Aan het besluit van 8 februari 2017 heeft de minister ten grondslag gelegd dat per 1 januari 2017 de Wet natuurbescherming (hierna: de Wnb) in werking is getreden. Uit artikel 9.10, eerste lid, van de Wnb volgt dat het verzoek van 8 november 2016 moet worden behandeld overeenkomstig de Wnb. Ingevolge artikel 9.1, eerste lid, van de Wnb geldt het besluit van 7 augustus 2012 als besluit als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, van die wet. Omdat ingevolge artikel 6.3, eerste lid, van de Wnb, besluiten als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, zijn uitgezonderd van de mogelijkheid voor toekenning van een vergoeding, dient het verzoek te worden afgewezen.

Bij het besluit van 20 september 2017 heeft de minister het besluit van 8 februari 2017 onder aanvulling van de motivering gehandhaafd. De minister heeft daaraan nog toegevoegd dat het *égalité*-beginsel evenmin een grondslag kan vormen voor het

toekennen van een vergoeding.

De aangevallen uitspraak

5. De rechtbank heeft overwogen dat de enkele aanwijzing van het oostelijk deel van Rammekenschor als Natura 2000-gebied niet betekent dat elke ontwikkeling op de percelen B1, B2 en B3 onmogelijk is. De door North Sea Port geleden schade moet worden gezien als schaduw schade. In de Wnb zijn besluiten zoals het wijzigingsbesluit uitgesloten van de mogelijkheid voor een toekenning van een schadevergoeding. Doordat de Wnb in werking is getreden per 1 januari 2017 en deze wet onmiddellijke werking heeft, is de grondslag voor het toekennen van schadevergoeding komen te vervallen. De tekst van artikel 9.10, eerste lid, van de Wnb is duidelijk. Het schrappen van deze grondslag is bovendien een bewuste keuze van de wetgever. De rechtbank ziet dan ook geen aanknopingspunten voor het creëren van een wettelijke grondslag voor schadevergoeding door een wetshistorische interpretatie of het inlezen van overgangsrecht. Omdat het wijzigingsbesluit niet als schadeveroorzakend besluit kan worden aangemerkt, komt North Sea Port evenmin in aanmerking voor nadeelcompensatie op grond van het *égalité*-beginsel. De rechtbank heeft tot slot geen grond gezien voor het oordeel dat het niet aanbieden van enige vorm van nadeelcompensatie in strijd is met artikel 1 van het Eerste Protocol (hierna: EP) bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en fundamentele vrijheden (hierna: EVRM).

Het hoger beroep - nationaal recht

6. North Sea Port betoogt allereerst dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de grondslag voor het toekennen van schadevergoeding is komen te vervallen.

Zij voert aan dat ten tijde van het wijzigingsbesluit en het indienen van het verzoek om schadevergoeding de Nbw 1998 van toepassing was. Deze wet bood een grondslag voor schadevergoeding als gevolg van het wijzigingsbesluit. Door niet te beslissen met toepassing van de Nbw 1998 en de beslistermijn te verlengen, heeft de minister het rechtszekerheidsbeginsel geschonden. North Sea Port verwijst verder naar de uitspraak van de Afdeling van 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2297, waarin is overwogen dat eventuele schade als gevolg van het betreffende aanwijzingsbesluit onder het bereik van de in artikel 31 van de Nbw 1998 opgenomen schadevergoedingsregeling valt. Voor het geval het verzoek om schadevergoeding wel op grond van de Wnb moet worden afgehandeld, dient artikel 6.3 van de Wnb wetshistorisch te worden geïnterpreteerd. Deze bepaling laat naar de letter weliswaar geen ruimte om een verzoek om vergoeding van schade veroorzaakt door een aanwijzingsbesluit te honoreren, maar uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Wnb blijkt dat de wetgever niet heeft

beoogd een materiële wijziging in de grondslag voor het toekennen van schadevergoeding aan te brengen.

Verder voert North Sea Port aan dat rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het ontbreken van causaliteit aan het toekennen van nadeelcompensatie op grond van het *égalité*-beginsel in de weg staat.

6.1. Ingevolge artikel 9.10, eerste lid, van de Wnb worden aanhangige procedures tot het nemen van een besluit krachtens de Nbw 1998 vanaf het tijdstip van inwerkingtreding van de Wnb op 1 januari 2017 overeenkomstig het bepaalde bij en krachtens de Wnb behandeld. De duidelijke tekst van die bepaling laat geen ruimte voor andere mogelijkheden. Gelet op deze bewuste keuze van de wetgever is voor het toepasselijk recht dus niet van belang dat ten tijde van het nemen van het wijzigingsbesluit en het indienen van het verzoek om schadevergoeding de Nbw 1998 nog van toepassing was. Dit betekent dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat het verzoek van North Sea Port om schadevergoeding, nu daarop op die datum nog niet was beslist, moest worden beoordeeld met toepassing van de Wnb.

Voor de stelling van North Sea Port, dat zij de dupe is geworden van het late beslissen door de minister, ziet de Afdeling geen grond. De beslistermijn van acht weken verliep op 3 januari 2017. Ook als de minister had beslist binnen de wettelijke beslistermijn van acht weken, had de minister op of direct na 1 januari 2017 kunnen beslissen. North Sea Port is daarom niet benadeeld door de verlenging van de beslistermijn en het overschrijden daarvan.

6.2. North Sea Port doet tevergeefs een beroep op de uitspraak van de Afdeling van 11 juli 2018. Daarin lag ter toetsing niet een verzoek om vergoeding van schade voor, maar een beroep tegen een aanwijzingsbesluit. Op grond van artikel 9.10, derde lid, van de Wnb, heeft de Afdeling daarop beslist aan de hand van het vóór 1 januari 2017 geldende recht en heeft zij, in aansluiting daarop, gewezen op de schaderegeling die gold ten tijde van dat aanwijzingsbesluit. Dat laat evenwel onverlet dat de betreffende overweging, waarop North Sea Port doelt, precisering behoeft, voor zover daarin in algemene zin is overwogen dat eventuele schade ten gevolge van een aanwijzingsbesluit onder het bereik van de in artikel 31 van de Nbw 1998 opgenomen schadevergoedingsregeling valt. Dit geldt namelijk niet voor een verzoek om nadeelcompensatie voor schade ten gevolge van een aanwijzingsbesluit waarop nog niet was beslist op 1 januari 2017, zoals in dat geval. Uit 6.1 volgt dat daarop niet de Nbw 1998, maar de Wnb van toepassing is. Gelet hierop kan niet het gewicht worden gehecht aan de desbetreffende overweging in de uitspraak van 11 juli 2018 dat North Sea Port daaraan gehecht wenst te zien.

6.3. De beoordeling van de stelling van North Sea Port dat de keuze voor on-

middellijke werking in strijd is met de rechtszekerheid zou neerkomen op een toetsing door de Afdeling van een wet in formele zin aan de algemene rechtsbeginselen. Maar de Afdeling kan niet in die beoordeling treden. Zoals de Hoge Raad in het arrest van 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (ook wel: het Harmonisatiewetarrest), heeft overwogen, verzet artikel 120 van de Grondwet zich niet alleen tegen rechterlijke toetsing van formele wetten aan de Grondwet, maar staat dat artikel evenmin toe dat de rechter formele wetten toetst aan algemene rechtsbeginselen die nog geen uitdrukking hebben gevonden in een ieder verbindende verdragsbepalingen. Vergelijk ook de uitspraak van de Afdeling van 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4154.

6.4. Niet in geschil is dat het wijzigingsbesluit een aanwijzingsbesluit als bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Wnb is. Een verzoek om tegemoetkoming in schade die het gestelde gevolg is van een aanwijzingsbesluit als bedoeld in artikel 2.1., eerste lid, van de Wnb, komt in het stelsel van de Wnb eerst voor toewijzing in aanmerking, nadat een besluit is genomen op een aanvraag van een vergunning die als gevolg van het besluit tot aanwijzing van een gebied als Natura 2000-gebied, in samenhang met het verbod, bedoeld in artikel 2.7, tweede lid van de Wnb, vereist is voor realisering van een bepaald project en dit besluit vervolgens onherroepelijk is geworden en ook aan de overige vereisten voor toewijzing daarvan is voldaan. In gevallen waarin het verbod, bedoeld in artikel 2.7, tweede lid van de Wnb, niet van toepassing is op grond van een besluit als bedoeld in artikel 2.9 van de Wnb, waaronder een besluit tot vaststelling van een beheerplan als bedoeld in artikel 2.3 van de Wnb, komt zo'n verzoek eerst voor toewijzing in aanmerking nadat voor het betreffende gebied een besluit als bedoeld in artikel 2.9 van de Wnb is vastgesteld en vervolgens onherroepelijk is geworden. In artikel 6.3 van de Wnb is dan ook een schade-regeling opgenomen, waarbij de mogelijkheid om schadevergoeding te vragen op grond van een aanwijzingsbesluit als bedoeld in artikel 2, eerste lid, van die wet uitdrukkelijk is uitgesloten. Zoals North Sea Port ter zitting heeft erkend, is de tekst van artikel 6.3 van de Wnb duidelijk en biedt dit artikel geen grondslag voor tegemoetkoming in schade zoals door haar is verzocht.

Gelet hierop heeft de rechtbank in de Wnb terecht geen grondslag gezien voor toekenning van de door North Sea Port verzochte schade ten gevolge van het aanwijzingsbesluit, waarbij de rechtbank in zoverre terecht steun heeft gevonden in de uitspraken van de Afdeling van 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582 en van 23 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1698, die zien op afdeling 6.1 van de Wet ruimtelijke ordening. De rechtbank heeft derhalve in zoverre terecht geoordeeld dat de keuze van de wetgever om uitsluitend schade te vergoeden eerst nadat de nadere besluiten, als in

de vorige alinea vermeld, zijn genomen, in de weg staat aan nadeelcompensatie op grond van het égalité-beginsel.

Het betoog faalt.

- EVRM en Handvest

7. North Sea Port betoogt tot slot dat de rechtbank niet heeft onderkend dat artikel 6.3, eerste lid, van de Wnb in strijd is met artikel 1 van het EP bij het EVRM en met artikel 17, eerste lid, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest), voor zover dit artikellid aanwijzingsbesluiten als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, van die wet als schadeoorzaak uitsluit. Artikel 6.3, eerste lid, van de Wnb zou in dit geval daarom in zoverre buiten toepassing moeten worden gelaten. Voor zover haar eigendom niet is ontnomen, maar is gereguleerd, is deze regulering onrechtmatig, omdat deze niet voldoet aan de vereisten die voortvloeien uit de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het EHRM), aldus North Sea Port.

7.1. De verplichting van de Staat om eigendomsrechten te respecteren, geldt ingevolge artikel 1 EP zowel ten aanzien van natuurlijke personen als rechtspersonen. Voor een uitzondering daarop is slechts plaats indien de rechtspersoon van publiekrechtelijke aard is en/of als een (in de staatsstructuur ingebedde) overheidsdienst moet worden aangemerkt. Ter zitting heeft de Afdeling daarom aan de orde gesteld of North Sea Port zich wel op artikel 1 van het EP bij het EVRM kan beroepen, omdat haar aandeelhouders decentrale overheden zijn en het daarom de vraag is of zij kan worden aangemerkt als een niet-gouvernementele organisatie in de zin van artikel 34 van het EVRM.

Uit de jurisprudentie van het EHRM (bijvoorbeeld EHRM 30 maart 2004, Radio France e.a. tegen Frankrijk, appl. nr. 53984/00, par. 38) kunnen vier criteria worden afgeleid, die relevant zijn om te beoordelen of een bedrijf als overheidsorganisatie moet worden aangemerkt:

- a. de juridische status van de rechtspersoon (privaat- of publiekrechtelijk) en, waar noodzakelijk, de rechten die daaraan verbonden zijn;
- b. het karakter van zijn activiteiten (publieke taak of een commerciële doelstelling);
- c. de context waarin deze activiteiten worden uitgevoerd (wel of geen monopolie, al dan niet een strikt gereguleerde sector);
- d. de mate van institutionele en operationele onafhankelijkheid ten aanzien van de overheden (de mate van afstand tot de overheid, de reikwijdte van het toezicht en de controle door de overheid).

7.2. Uit de door North Sea Port bij brief van 23 december 2019 overgelegde stukken blijkt dat zij een rechtspersoon naar civiel recht is, met een eigen verantwoordelijkheid en eigen bevoegdheden en met belangen die niet geheel samenvallen met die van haar aandeelhouders. Zij ontplooit activiteiten in een op concurr-

rentie gerichte omgeving en beschikt als naamloze vennootschap over institutionele en operationele onafhankelijkheid tegenover haar aandeelhouders. Niet gebleken is verder dat de aandeelhouders als overheden effectieve controle uitoefenen op de dagelijkse werking van de onderneming. Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat North Sea Port is aan te merken als een niet-gouvernementele organisatie in de zin van artikel 34 van het EVRM (vgl. het arrest van het Hof van Amsterdam van 1 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4285, over Eneco Holding N.V.).

De Afdeling heeft bij dit oordeel meegewogen dat binnen het verband van North Sea Port ook publiekrechtelijke (havenmeesters)bevoegdheden worden uitgeoefend en dat dit haar in zoverre onderscheidt van een bedrijf als Eneco. De Afdeling ziet daarin echter gelet op het voorgaande onvoldoende grond voor het oordeel dat North Sea Port een overheidsorganisatie is die geen beroep op art 1 van het EP bij het EVRM toekomt. Daarbij neemt zij ook nog in aanmerking dat North Sea Port daarnaast naar voren heeft gebracht dat het verzoek om schadevergoeding betrekking heeft op de commerciële activiteiten die zij niet langer kan verrichten en dat dit verzoek los staat van haar publieke taken. De minister heeft dit niet betwist.

Gelet op het voorgaande komt North Sea Port een beroep toe op het bepaalde in artikel 1 van het EP bij het EVRM.

7.3. In de uitspraken van de Afdeling van 8 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2671 en van 22 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ2769, is eerder geoordeeld dat artikel 17 van het Handvest eenzelfde inhoud en reikwijdte heeft als het door artikel 1 van het EP bij het EVRM gewaarborgde recht. Niet is gebleken dat artikel 17, van het Handvest hier een verdergaande bescherming biedt dan artikel 1 van het EP bij het EVRM. Vergelijk ook de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291. De Afdeling zal in het hiernavolgende daarom volstaan met een bespreking van het beroep van North Sea Port op artikel 1 van het EP bij het EVRM.

Toetsingskader artikel 1 van het EP bij het EVRM

7.4. Artikel 6.3, eerste lid, van de Wnb behelst wetgeving in formele zin. De rechter kan een dergelijke bepaling geheel of gedeeltelijk buiten toepassing laten als zij in strijd komt met een ieder verbindende bepaling van internationaal recht zoals bedoeld in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Artikel 1 van het EP bij het EVRM is een zodanige bepaling, die onder omstandigheden kan verplichten tot schadevergoeding (vergelijk onder meer de Hoge Raad, arrest van 20 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9951). Dat kan derhalve zelfs het geval zijn, als de wetgever zoals hier, de mogelijkheid van vergoeding van schade ten gevolge van het aanwijzingsbesluit heeft uitgesloten, als

aan de voorwaarden van de toepasselijkheid van die bepaling is voldaan. Gelet op de keuze van de wetgever voor een bestuursrechtelijke rechtsgang tegen besluiten op grond van artikel 6.3 van de Wnb ligt het daarbij uit oogpunt van efficiënte en behoorlijke rechtsbescherming voor de hand om in die procedure te beoordelen of aan de eisen van artikel 1 van het EP is voldaan, als daarop zoals in deze zaak een gemotiveerd beroep wordt gedaan, en indien dat niet het geval is de in artikel 6.3 gemaakte uitzondering in dat geval buiten toepassing te laten.

7.5. Het EHRM heeft overwogen dat een onder artikel 1 van het EP bij het EVRM vallende inbreuk op het recht op ongestoord genot van eigendom, waaronder regulering van eigendom (regelen van gebruik) slechts toegestaan is, wanneer er een 'fair balance' is getroffen tussen het algemeen belang enerzijds en de bescherming van individuele rechten anderzijds. Dit vereist het bestaan van een 'reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised', een redelijke mate van evenredigheid tussen de gebruikte middelen en het doel dat ermee nagestreefd wordt (zie bv. EHRM, *Beyeler tegen Italië*, arrest van 5 januari 2000, zaak nr. 33202/96, <https://hudoc.echr.coe.int>). Bij het bepalen of aan dit vereiste is voldaan en waar het gaat om de beoordeling van wat in het algemeen belang is en de keus van de middelen om dit belang te dienen, komt de verdragsluitende staat een 'wide margin of appreciation' toe (zie bv. EHRM, *Chassagnou en anderen tegen Frankrijk*, arrest van 29 april 1999, zaken nrs. 25088/94, 28331/95 en 28443/95, <https://hudoc.echr.coe.int>). Aan het vereiste van een 'fair balance' is niet voldaan, indien er sprake is van een 'individual and excessive burden', een individuele en buitensporige last, voor de betrokken persoon (zie bv. EHRM, *Sporrong en Lönnroth tegen Zweden*, arrest van 23 september 1982, zaak nr. 7152/75, <https://hudoc.echr.coe.int>) en EHRM, *Hutten-Czapska tegen Polen*, arrest van 19 juni 2006, zaak nr. 35014/97, <https://hudoc.echr.coe.int>). Bij deze afweging is mede van belang of de maatregel in strijd is met eerder door de overheid gewekte verwachtingen (zie bv. EHRM, *Ambruosi/Italië*, arrest van 19 oktober 2000, zaak nr. 31227/96, <https://hudoc.echr.coe.int>).

7.6. In de uitspraak van 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2189, waarnaar ook de rechtbank verwijst, heeft de Afdeling overwogen dat het bij een aanwijzingsbesluit op grond van de Nbw 1998 niet gaat om ontneming van eigendom, maar om een regulering van gebruik in het algemeen belang als bedoeld in artikel 1, tweede volzin, van het EP bij het EVRM. De inwerkingtreding van de Wnb heeft hierin geen verandering gebracht.

De vraag die moet worden beantwoord is of de vereiste fair balance tussen het algemeen belang en de belangen van North Sea Port rechtvaardigt dat door deze regulering veroorzaakte schade niet nu al voor vergoeding in aanmerking komt.

Standpunt North Sea Port

7.7. North Sea Port heeft aangevoerd dat er geen belangenafweging is gemaakt zoals bedoeld in de jurisprudentie van het EHRM, hiervoor vermeld in 7.5. De wetgever heeft bij de voorbereiding van de Wnb geen blijk gegeven van enige belangenafweging ten aanzien van gevallen waarin een aanwijzingsbesluit wel schade veroorzaakt. De minister heeft in het besluit op bezwaar geen blijk gegeven van een belangenafweging tussen het algemeen belang en haar belang, zodat het besluit op bezwaar onvoldoende is gemotiveerd. Volgens North Sea Port is, door de uitsluiting van aanwijzingsbesluiten in 6.3 van de Wnb, elke mogelijkheid om schadevergoeding te verkrijgen voor de aantasting van het eigendomsbelang, uitgesloten. In haar geval staat immers bij voorbaat al vast dat de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied worden aangetast en dat geen vergunning kan worden verkregen. Nu het wijzigingsbesluit zelf het schadeveroorzakende besluit is, loopt zij bovendien het risico dat de minister of de rechter tot het oordeel zou komen dat schade ten gevolge van een vergunning niet voor vergoeding in aanmerking komt, omdat het in de lijn der verwachtingen lag dat de aanvraag zou worden afgewezen. Op North Sea Port is een buitensporige last komen te rusten. De gevolgen van het wijzigingsbesluit zijn ingrijpend en drukken, gezien de aard en omvang van de beperkingen, onevenredig zwaar op haar. De door artikel 1 van het EP vereiste proportionaliteit ontbreekt dan ook volledig. Door de uitleg die de minister geeft aan de Wnb wordt North Sea Port bovendien, met terugwerkende kracht, de op het moment van de schadeoorzaak en het intreden van de schade bestaande mogelijkheid om aanspraak te maken op schadevergoeding ontnomen. Dit nota bene in een lopende procedure. Gelet hierop valt de schade van € 19,1 miljoen buiten het normale ondernemersrisico, aldus North Sea Port.

Standpunt minister

7.8. De minister heeft zich op het standpunt gesteld dat het gegeven dat het Rammekenschor ten gevolge van het wijzigingsbesluit is uitgebreid, niet betekent dat North Sea Port per direct geen ontwikkelingsmogelijkheden meer heeft. Slechts indien het nat ontsluiten van de percelen B2 en B3 tot een significante verslechtering of verstoring van de habitats leidt, kunnen concrete gevolgen voor het eerst aan de orde zijn bij een eventueel negatief besluit over een vergunning in het kader van de Wnb, aldus de minister.

Beoordeling

7.9. De minister is in de besluitvorming in het geheel niet ingegaan op het beroep van North Sea Port op artikel 1 van het EP. Gelet op het hiervoor overwogene in 7.4, 7.5 en 7.6 had de minister moeten beoordelen of er een 'fair balance' is getroffen tussen het algemeen belang ener-

zijds en de bescherming van individuele rechten, in dit geval van North Sea Port, anderzijds. In dat kader had de minister moeten ingaan op het betoog van North Sea Port, dat op haar een individuele buitensporige last rust en moeten ingaan op haar standpunt, dat de schade in dit geval rechtstreeks voortvloeit uit het wijzigingsbesluit en dat het aanvragen van een vergunning bij voorbaat kansloos is, in verband waarmee er geen belangstellende bedrijven meer zouden zijn en het wijzigingsbesluit dus met zich zou brengen dat van haar, ook vanwege de kosten van een vergunningaanvraag, redelijkerwijs niet kan worden gevergd dat zij daartoe overgaat.

De enkele niet nader toegelichte stellingen van de minister, zoals gehandhaafd ter zitting, dat het aanwijzingsbesluit niet betekent dat geen enkele ontwikkeling meer mogelijk is en dat schade eerst intreedt na een concreet besluit, zoals een vergunning of een beheerplan, is in dit geval een onvoldoende concrete weerlegging. De omstandigheid dat de Wnb voorziet in de mogelijkheid van tegemoetkoming in schade die het gestelde gevolg is van een aanwijzingsbesluit als bedoeld in artikel 2.1., eerste lid, van de Wnb, zal in het algemeen kunnen bijdragen aan het oordeel dat een 'fair balance' in vorenbedoelde zin kan worden aangenomen. Dit betekent echter niet dat de minister in dit bijzondere geval het betoog van North Sea Port mocht afdoen met de hiervoor vermelde motivering, zonder in te gaan op het betoog van North Sea Port waarom in dit geval niet van haar gevergd kan worden dat zij een vergunning als bedoeld in artikel 2.7 van de Wnb aanvraagt, dan wel de beslissing op deze eventuele aanvraag afwacht voordat zij een verzoek om tegemoetkoming in schade kan indienen. De Afdeling neemt daarbij ook in aanmerking dat niet zonder meer valt in te zien dat, zoals de minister stelt, schade als gevolg van een aanwijzingsbesluit eerst zou intreden na een concreet besluit omtrent bijvoorbeeld vergunningverlening, of na vaststelling van een beheersplan. Dat schade als gevolg van een aanwijzingsbesluit mogelijk beperkt kan worden door een op aanvraag genomen besluit tot vergunningverlening, betekent niet zonder meer dat schade als gevolg van het aanwijzingsbesluit eerst intreedt na het besluit tot vergunningverlening. Daarbij neemt de Afdeling bovendien in aanmerking dat de minister geen aandacht heeft besteed aan het bijzondere, in artikel 2.8 van de Wnb neergelegde beoordelingskader voor aanvragen om vergunning als bedoeld in artikel 2.7, tweede lid, van de Wnb, en de consequenties daarvan in dit bijzondere geval voor de ontwikkelingsmogelijkheden van het aangewezen gebied, gegeven de concrete inhoud van het aanwijzingsbesluit. Het besluit op bezwaar is daarom onvoldoende gemotiveerd.

Het betoog slaagt.

8. Het hoger beroep is gegrond. (Enz., enz., Red.)

NOOT

1. Hoewel deze uitspraak al wat ouder is en uitgebreid is geannoteerd, is het toch de moeite om de uitspraak nog eens te benoemen. De uitspraak blijft namelijk relevant voor verzoeken om schadevergoeding op grond van de Wet natuurbescherming (hierna: Wnb) en de mogelijkheden om schaduw schade vergoed te krijgen.

2. Onder schaduw schade verstaan wij schade die ontstaat doordat besluiten die na hun inwerkingtreding op zichzelf schadegevoelig zijn, vooraf worden gegaan door (indicatieve) besluitvorming op basis waarvan geen schade kan worden gevorderd. De schadegevoelige schade werpen dan als het ware 'hun schaduw vooruit'. De schaduw schade deproblematiek doet zich veel voor in het ruimtelijke orderingsrecht. Zo zal een (schadegevoelige) wijziging van het bestemmingsplan bijvoorbeeld vooraf worden gegaan door een structuurvisie en een ontwerpbestemmingsplan. Het is goed mogelijk dat een eigenaar van bijvoorbeeld een woning al schade in de vorm van waardevermindering leidt door de mogelijkheden die de structuurvisie en/of het ontwerpplan bieden. Toch kan hij pas schade claimen als het bestemmingsplan in werking is getreden. Is hij in de tussentijd genooddaakt om zijn woning te verkopen of een hypotheek te verhogen, dan kan hij al schade leiden, die naar huidig recht in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komt. Dit kan tot onbillijke situaties leiden. De Afdeling bestuursrecht spraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) erkent dit, maar meent tot dusver dat het aan de wetgever is dit probleem op te lossen.

3. Wij zullen in onderstaande noot allereerst kort uiteenzetten wat er precies speelde (onder 4-8), besteden dan aandacht aan het wettelijk kader voor het natuurbeschermingsrecht en het égalité-beginsel (9-16), gaan vervolgens nog in op artikel 1, Eerste Protocol van het EVRM (hierna: 1 EP) (17-21) en gaan kort in op de problematiek van schaduw schade onder de Omgevingswet (hierna: Ow) (22-24).

Wat was hier aan de hand?

4. In deze procedure ging het om een verzoek om schadevergoeding als gevolg van het besluit van 7 augustus 2012 van de staatssecretaris van Economische Zaken (inmiddels de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, hierna: de minister), waarbij de begrenzing van het Natura 2000-gebied Westerschelde en Saefinghe werd uitgebreid (hierna ook wel: het wijzigingsbesluit). Dit wijzigingsbesluit is onherroepelijk geworden bij uitspraak van de Afdeling van 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1238 (hier niet afgedrukt).

5. Door het wijzigingsbesluit vielen gronden in eigendom van Zeeland Seaports N.V. (inmiddels North Sea Port N.V.) binnen de begrenzing van dat Natura 2000-gebied en was haar stelling dat zij die gronden daardoor verminderd voor havendoeleinden kan ontwikkelen en haar achterliggende terreinen niet meer maritiem kunnen worden ontslo-

ten. Dit leidt volgens haar tot een schade van 19,1 miljoen euro.

6. Het verzoek om schadevergoeding is op 8 november 2016 ingediend op grond van de destijds geldende Natuurbeschermingswet 1998 (hierna: Nbw 1998) en afgevoerd bij besluit van 8 februari 2017, onder de per 1 januari 2017 in werking getreden Wnb. Het daartegen ingediende bezwaar is ongegrond verklaard bij besluit van 20 september 2017, omdat de minister kort gezegd van mening is dat de Wnb geen grondslag kent voor vergoeding van schade als gevolg van de aanwijzing van Natura 2000-gebieden en omdat nadeelcompensatie op grond van het égalitébeginsel niet aan de orde is door het ontbreken van causaal verband (het wijzigingsbesluit is niet aan te merken als schadeveroorzakend besluit). Nadeelcompensatie kan volgens de minister pas aan de orde komen als een door North Sea Port aangevraagde vergunning in het kader van de Wnb wordt geweigerd. Tegen dit besluit heeft North Sea Port beroep ingesteld bij de rechtbank.

7. De rechtbank is het eens met de overwegingen van de minister en verklaart het beroep ongegrond bij uitspraak van 26 oktober 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:6257 (hier niet afgedrukt), waarna North Sea Port hoger instelt bij de Afdeling. De Afdeling gaat niet mee in het betoog van North Sea Port over de reikwijdte van schadevergoedingsmogelijkheden onder de Wnb en overweegt in hoofdlijnen: (a) Het is onder de Wnb niet mogelijk om schadevergoeding te vragen voor een aanwijzings- of wijzigingsbesluit van een Natura 2000-gebied. Vanwege de overgangsbepalingen in de Wnb moet het verzoek overeenkomstig die wet worden behandeld en niet volgens de Nbw 1998 (zie onder 9-12) en (b) Het ontbreken van causaliteit staat in de weg aan toekenning van nadeelcompensatie op grond van het égalité-beginsel (het beginsel van gelijkheid van openbare lasten). De gestelde schade betreft schaduw schade, die niet voor vergoeding in aanmerking komt (zie onder 13-16).

8. De Afdeling verklaart het hoger beroep uiteindelijk toch gegrond vanwege het beroep dat North Sea Port doet op 1 EP (zie hierna onder 17-21).

Geen schadevergoeding op grond van de Wnb Nbw 1998 of Wnb?

9. Ten tijde van het verzoek om schadevergoeding gold nog de Nbw 1998 en was het op grond van artikel 31, lid 1, Nbw 1998 mogelijk om op verzoek schadevergoeding toe te kennen voor schade die ontstaat door een besluit dat is genomen krachtens hoofdstuk III van de wet, die redelijkerwijs niet of niet geheel ten laste van verzoeker behoort te blijven en waarvan de vergoeding niet of niet voldoende door aankoop, onteigening of anderszins is verzekerd. Op grond van artikel 6.3 Wnb is eenzelfde schadevergoedingsmogelijkheid opgenomen als in artikel 31, lid 1, Nbw 1998 maar is het grote verschil dat besluiten waarbij speciale beschermingszones in de zin van de Habitat- of Vogelrichtlijn (de Natura 2000-gebieden) worden aangewezen op grond van artikel 2.1, lid 1, Wnb, daarvan zijn uitgezonderd. Het wij-

zighingsbesluit kwalificeert als een besluit in de zin van artikel 2.1, lid 1, Wnb en dus kan geen schadevergoeding worden gevraagd op grond van artikel 6.3 Wnb. De gedachte daarachter is dat de daadwerkelijke schade niet wordt geleden bij de aanwijzing als Natura 2000, maar bij vergunningverlening.

10. North Sea Port betoogt dan ook dat uit de letterlijke tekst van artikel 6.3 Wnb weliswaar volgt dat er geen ruimte is om haar verzoek te honoreren maar dat uit de totstandkomingsgeschiedenis blijkt dat de wetgever geen materiële wijziging in de grondslag voor toekenning van schadevergoeding heeft beoogd. Daarbij vindt zij dat het artikel haar niet mag worden tegengeworpen omdat de beslistermijn is verlengd en daardoor de Wnb van toepassing is geworden, met de voor haar ongunstige wetswijziging. De rechtbank zou dit ten onrechte niet hebben onderkend.

11. De Afdeling gaat daar echter niet in mee omdat het overgangsrecht in artikel 9.10 Wnb duidelijk is en geen ruimte laat voor andere mogelijkheden: procedures tot het nemen van een besluit die aanhangig zijn gemaakt onder de Nbw 1998, worden behandeld overeenkomstig de Wnb, vanaf het moment van inwerkingtreding van de Wnb (1 januari 2017). De rechtbank heeft dan ook terecht besloten dat overeenkomstig de Wnb moest worden beslist op het verzoek om schadevergoeding. Ook de stelling van North Sea Port dat zij de dupe is geworden van het late beslissen van de minister biedt geen soelaas nu de beslistermijn ook zonder verlenging al afliep op 3 januari 2017, dus na inwerkingtreding van de Wnb. Er is geen sprake van benadeling van North Sea Port.

12. Dit roept wel de vraag op hoe en wanneer degene die stelt schade te ondervinden van een aanwijzingsbesluit dan kan verzoeken om schadevergoeding. De Afdeling overweegt hierover dat de Wnb erin voorziet dat schadevergoeding in die gevallen pas aan de orde kan zijn als een besluit is genomen op een aanvraag voor een vergunning die nodig is ingevolge artikel 2.7, lid 2, Wnb (indien een project of plan significante gevolgen kan hebben voor Natura 2000-gebieden), en dat besluit vervolgens onherroepelijk is geworden. In gevallen waarin geen vergunning is vereist voor het realiseren van een project of plan op grond van artikel 2.9 Wnb (zoals de vaststelling van een zogenoemd beheerplan), kan pas om schadevergoeding worden verzocht nadat een besluit in de zin van artikel 2.9 Wnb is genomen en dat besluit onherroepelijk is geworden.

Egalité-beginsel en causaal verband

13. De rechtbank heeft volgens North Sea Port ook ten onrechte geoordeeld dat het wijzigingsbesluit niet als schadeveroorzakend besluit kan worden aangemerkt zodat het ontbreken van causaliteit aan nadeelcompensatie op grond van het égalité-beginsel in de weg staat. De rechtbank heeft in dit verband kort gezegd overwogen dat de enkele aanwijzing in het kader van Natura-2000 niet betekent dat elke ontwikkeling op de terreinen onmogelijk is geworden en dat de door North Sea Port gestelde schade moet worden geduid als schaduw schade. Deze schaduw schade

komt op grond van de verschillende wettelijke stelsels en jurisprudentie, niet voor vergoeding in aanmerking.

14. De Afdeling volgt het betoog van North Sea Port ook op dit punt niet. Zij is van oordeel dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat het stelsel van de Wnb geen grondslag biedt voor schadevergoeding en dat de nadrukkelijke keuze van de wetgever om uitsluitend schade te vergoeden nadat besluiten als bedoeld in artikel 2.7, lid 2, en artikel 2.9 Wnb zijn genomen en onherroepelijk zijn geworden, in de weg staat aan nadeelcompensatie op grond van het égalité-beginsel.

15. Hoewel de wettekst inderdaad geen ruimte laat voor een andere uitleg, vragen wij ons af of deze overweging van de Afdeling niet wat te kort door de bocht is. De stelling van de rechtbank dat er geen grondslag bestaat voor vergoeding van schaduw schade laat namelijk onverlet dat het wijzigingsbesluit op zichzelf beschouwd wel degelijk tot schade kan leiden. Denk hierbij bijvoorbeeld aan vertering die een eigenaar onherroepelijk oploopt als eens een Wnb-vergunning nodig is voor het ontwikkelen van gronden in diens eigendom. Ook is weliswaar niet ondenkbaar dat hoewel de oorspronkelijke plannen bij voorbaat onmogelijk zijn geworden er - zoals de rechtbank overweegt - nog wel ontwikkelmogelijkheden resteren, maar dit laat onverlet dat de met het oog op die oorspronkelijke plannen gedane investeringen hoogstwaarschijnlijk al door de vaststelling van het wijzigingsbesluit niet meer ten volle kunnen worden benut of worden terugverdiend. Daar staat uiteraard tegenover dat een aanvrager zoals gezegd kan verzoeken om een vergunning in de zin van artikel 2.7 Wnb. Deze zal echter worden afgewezen als significante effecten op het Natura 2000-gebied niet zijn uitgesloten, hetgeen in de lijn der verwachtingen ligt bij de ontwikkeling van een maritieme haven. Het is dan weer de vraag hoe redelijk het is om van een aanvrager te verwachten dat deze een bij voorbaat kansloze aanvraag voorbereidt en indient, mede gelet op de daarmee gepaard gaande kosten en tijdsverloop.

16. Het voorgaande geldt temeer daar de Afdeling verder in de uitspraak in haar overwegingen ten aanzien van het beroep van North Sea Port op artikel 1 EP, inderdaad overweegt dat niet zonder meer valt in te zien dat schade als gevolg van een aanwijzingsbesluit pas intreedt na vaststelling van een concreet besluit (zoals vergunning-verlening of vaststelling van een beheersplan), mede gelet op de concrete inhoud van het aanwijzingsbesluit (de beschermde natuurlijke kenmerken) en de consequenties daarvan in dit bijzondere geval voor de ontwikkelingsmogelijkheden van het aangewezen gebied.

Artikel 1 EP EVRM

17. North Sea Port betoogt ook nog dat artikel 6.3 Wnb in strijd is met artikel 1 EP en met artikel 17, lid 1, Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest) omdat het artikel aanwijzingsbesluiten in de zin van artikel 2.1 Wnb uitsluit als schadeoorzaak. Daarmee zou sprake zijn van een onrechtmatige aantasting dan wel

regulering van de eigendommen van North Sea Port. Als een beroep op artikel 1 EP slaagt en dus sprake is van strijd met die naar internationaal recht een ieder verbindende bepaling, kan de rechter een nationale wettelijke bepaling geheel of gedeeltelijk buiten toepassing laten (artikelen 93 en 94 Grondwet) en wordt het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet gepasseerd.

18. De Afdeling gaat allereerst uitgebreid in op de vraag of North Sea Port wel een beroep kan doen op artikel 1 EP. Dit artikel geldt namelijk alleen ten aanzien van natuurlijke en rechtspersonen maar rechtspersonen van publieke aard en/of als deze als een overheidsdienst moet worden aangemerkt kunnen hier geen beroep op doen, getuigd op artikel 34 EVRM. Voor North Sea Port gaat het goed: hoewel de aandeelhouders van North Sea Port decentrale overheden zijn en North Sea Port (ook) publiekrechtelijke (havenmeesters) bevoegdheden uitoefent, is North Sea Port een civielrechtelijke rechtspersoon en met eigen verantwoordelijkheid, bevoegdheden en belangen die niet geheel samenvallen met die van haar aandeelhouders en opereert zij onafhankelijk van haar aandeelhouders. North Sea Port kan dus een beroep doen op artikel 1 EP.

19. Vervolgens beoordeelt de Afdeling of het inhoudelijke beroep op artikel 1 EP slaagt. Zij ziet geen aanleiding het beroep op artikel 17 Handvest te bespreken aangezien dit dezelfde strekking heeft als artikel 1 EP en geen verdergaande bescherming biedt. Uit jurisprudentie van het EHRM volgt dat een inbreuk op het recht op het ongestoord genot van eigendom alleen is toegestaan als er een 'fair balance' is getroffen tussen enerzijds het algemeen belang en de bescherming van individuele rechten anderzijds. Er moet dan een redelijke mate van evenredigheid bestaan tussen de gebruikte middelen en het doel dat ermee wordt nagestreefd. Als sprake is van een individuele en buitensporige last voor de betrokkene persoon, is geen sprake van een 'fair balance'. Het gaat er hier dan ook om of de vereiste 'fair balance' tussen het algemeen belang en de belangen van North Sea Port rechtvaardigt dat de door het wijzigingsbesluit veroorzaakte schade niet nu al voor vergoeding in aanmerking komt.

20. De Afdeling overweegt dat de minister in zijn besluitvorming in het geheel niet is ingegaan op het beroep van North Sea Port op dit punt, zodat er ten onrechte geen beoordeling is gemaakt van of hier sprake is van een 'fair balance'. In dit verband acht de Afdeling relevant dat niet is uitgesloten dat schade als gevolg van een aanwijzings- of wijzigingsbesluit eerder intreedt dan nadat een concreet besluit wordt genomen, bijvoorbeeld over vergunningverlening (zie ook onder 16). Daarbij moet de Minister onder meer ingaan op de stelling van North Sea Port, dat het aanvragen van een vergunning bij voorbaat kansloos is in verband waarmee er geen belangstellende bedrijven meer zouden zijn en dat het wijzigingsbesluit daarom met

zich zou brengen dat van North Sea Port niet kan worden gevergd dat zij een vergunning aanvraagt. De Afdeling verklaart het beroep gegrond en vernietigt de beslissing op bezwaar. De minister moet alsnog beoordelen of op North Sea Port een individuele buitensporige last rust. Zie voor een uitgebreidere toelichting op de overwegingen en toets van de Afdeling, alsmede een uiteenzetting van de opdracht aan de minister en diens mogelijkheden ten aanzien van artikel 1 EP, de annotatie van J.H.M. Huijts in O&A 2020/47.

21. Voor zover wij hebben kunnen achterhalen heeft de nieuwe besluitvorming tot op heden nog niet geleid tot een nieuwe procedure.

De deur open voor vergoeding van schaduw schade?

22. De schaduw schadeproblematiek is in het ruimtelijke ordeningsrecht in 2008 bij de overgang van de WRO naar de Wro toegenomen doordat de wetgever er in de Wro voor heeft gekozen flexibiliteitsbepalingen uit bestemmingsplannen niet langer aan te merken als schade-oorzaak die tot planschade kan leiden. Het moment waarop de schade kan worden geclaimd verschoof daarmee naar het moment dat uitvoering wordt gegeven aan de flexibiliteitsbepaling.

23. Onder de nieuwe nadeelcompensatieregeling in afdeling 15.1 van de Ow zal de schaduw schadeproblematiek nog verder toenemen. Zo zal bij indirecte schade het schademoment verschuiven van de inwerkingtreding van het Omgevingsplan naar het moment waarop voor de activiteit vergunning wordt verleend, kennis wordt gegeven van de melding van de activiteit of, bij vergunningvrije activiteiten, het moment dat met de bouw wordt gestart. Dat betekent dat de bijvoorbeeld de woningeigenaar die wordt geconfronteerd met een in het Omgevingsplan opgenomen aanzienlijke bouwmogelijkheid op het buurperceel pas schade (waardevermindering van zijn woning) kan claimen als daadwerkelijk van de bouwmogelijkheid gebruik wordt gemaakt. Moet hij tussentijds (voordat van de bouwmogelijkheid gebruik wordt gemaakt) de woning verkopen, dan zal hij geconfronteerd worden met waardevermindering van zijn woning door de potentiële bouwmogelijkheid op het buurperceel, zonder dat hij nadeelcompensatie heeft kunnen claimen. Afdeling 15.1 Ow voorziet namelijk niet in vergoeding van schaduw schade. Weliswaar heeft de wetgever enigszins aan de schaduw schadeproblematiek tegemoet willen komen door in artikel 15.5 Ow op te nemen dat een koper van de woning in zo'n situatie (koop na inwerkingtreding van het omgevingsplan en vóór uitvoering van de bouwactiviteit), geen risicoaanvaarding kan worden tegen-gevoerd, doch deze regeling zal lang niet in alle gevallen soelaas bieden. Zo geldt de regeling in ieder geval niet voor de niet-consumenten-koper en evenmin voor de koper van een bedrijfspand.

24. Met de hier geannoteerde uitspraak in de hand heeft een rechthebbende die geconfronteerd wordt met (ernstige) schaduw schade onder de Ow in ieder geval een haakje om te proberen deze schaduw schade vergoed te krijgen. Zeker bij gevallen waarin de omvang van de schade substantieel is en de schade al voldoende concreet

is vast te stellen loont dit naar onze mening de moeite. Het bevoegd gezag zal dan inhoudelijk moeten beoordelen of sprake is van de vereiste 'fair balance'.

F.A. Mulder en M.E. van Velzen-de Boer

Jurisprudentie – III. Aanneming van werk

TBR 2021/47

Rechtbank Oost-Brabant, 14 oktober 2020, Zaaknr. C/01/360146 / KG ZA 20-379, ECLI:NL:RBOBR:2020:5031 (Voorlopig ontwerp voldoet niet aan vraagspecificatie: opdragen en kosten wijziging)

(Mr. E. Loesberg)

UAV-GC 2005: par. 4, par. 14, par. 15; Basisovereenkomst: art. 3

Voorlopig ontwerp. Definitief ontwerp. Uitvoeringsontwerp. Vraagspecificatie. Wijziging. Kosten wijziging. Opdragen wijziging

Met gastnoot G.L. Weerheim, Red.¹

2 De feiten

2.1. Het waterschap heeft in 2012 een aanbesteding aangekondigd van de opdracht voor een ontwerp en realisatie van een energiezuinige rioolwaterzuiveringsinstallatie (RWZI) te Den Bosch. Bij de aanbesteding heeft het waterschap gebruik gemaakt van de concurrentie gerichte dialoog. Gunningscriterium was de economisch meest voordelige inschrijving, met subgunningcriteria "prijs" en "kwaliteit".

2.2. Als onderdeel van de aanbesteding heeft het waterschap referentie eisen gesteld omtrent de ontwerpwaarden en -berekeningen van de toe te passen technologie voor stikstof en fosfaatverwijdering, de zogenoemde W4 referentie eisen.

2.3. Besix en Besix Sanotec zijn twee dochterondernemingen van Besix Group N.V., gevestigd te België. De onderneming van Sanotec is - gedurende de aanbestedingsprocedure overgedragen aan Besix.

2.4. De Combinatie is een vennootschap onder firma opgericht op 30 januari 2015 ter uitvoering van de uitbreiding en renovatie van de RWZI in 's-Hertogenbosch en betreft een samenwerking tussen Besix en Hegeman Beton- en Industriebouw B.V. (hierna: Hegeman). Hegeman is op 4 februari 2020 failliet verklaard.

2.5. Besix c.s. hebben op de aanbesteding ingeschreven met een voorlopig ontwerp dat is gebaseerd op - onder meer - de EssDe-technologie. Sweco Nederland is leverancier en licentiehouder van de EssDe-technologie. Deze technologie maakt gebruik van deammonificatie, een bacterieel proces waarbij ammonium en nitriet worden omgezet in stikstofgas.

2.6. De inschrijving van Besix c.s. was de economisch meest voordelige inschrijving. Bij brief van 15 januari 2015 heeft het waterschap medegedeeld dat de opdracht definitief wordt gegund aan Besix c.s. Op 24 februari 2015 hebben het waterschap en Besix c.s. de basisovereenkomst voor het ontwerp en de realisatie van het werk (de overeenkomst) getekend. Op de overeenkomst zijn de UAV-GC 2005 van toepassing verklaard. (paragraaf 4, lid 1 UAV-GC 2005).

2.7. Ter uitvoering van de overeenkomst diende het voorlopig ontwerp te worden uitgewerkt tot een definitief ontwerp. De einddatum voor acceptatie van het definitief ontwerp door het waterschap is bepaald op 24 oktober 2015.

2.8. In de overeenkomst is bepaald dat het werk voor oplevering gereed dient te zijn op uiterlijk 1 oktober 2018. De totale aanneemsom bedraagt € 39.870.000,00 (exclusief BTW).

2.9. Op 12 oktober 2015 hebben Besix c.s. een concept voor het definitief ontwerp

¹ Gert Weerheim is advocaat bij HabrakenRutten.