

met het indienen van een handboek. Of die ontwikkeling wel juist en wenselijk is, kan worden betwijfeld. Voor zover een verplichting van verificatie door derden niet uit de Aw 2012 afgeleid zou kunnen worden, rijst de vraag of de hierboven besproken gang van zaken wel verenigbaar is met het gelijkheids- en transparantiebeginsel. Daar waar het om minimumeisen gaat, zou geen sprake mogen zijn van beoordelingsvrijheid van de aanbestedende dienst. Immers, hierdoor ontstaat het risico van favoritisme en willekeur. Deze subjectiviteit zou mogelijk ondervangen kunnen worden door reeds in de aanbestedingsdocumenten uiteen te zetten hoe de gelijkwaardigheid beoordeeld zal worden. Dit strookt met de jurisprudentie op grond waarvan alle voorwaarden en modaliteiten van een aanbesteding op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze geformuleerd dienen te worden, opdat enerzijds alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrij-

pen en zij deze op dezelfde manier interpreteren en anderzijds de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de inschrijvingen beantwoorden aan de criteria die op de betreffende opdracht van toepassing zijn.⁶

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Oost-Brabant⁷ heeft het voorgaande bevestigd. Hij oordeelde dat de aanbesteder in de aanbestedingsdocumenten duidelijk dient uit te leggen hoe de inschrijver kan aantonen over een gelijkwaardig systeem te beschikken en hoe vervolgens de beoordeling daarvan zal plaatsvinden. De aanbesteder had dit echter nagelaten, waardoor volgens de voorzieningenrechter het gelijkheids- en transparantiebeginsel was geschonden. Samenvattend, zou men uit een aantal (recente) uitspraken kunnen afleiden dat een inschrijver aan de hand van een (niet-geverifieerd) handboek of eigen verklaring zou kunnen aantonen aan de VCA- of ISO-eis te voldoen. Het is volgens deze uitspraken

aan de aanbesteder hoe de gelijkwaardigheid aan de kwaliteitsnorm wordt beoordeeld. Of deze lijn in de jurisprudentie zal worden voortgezet, zal de toekomst uitwijzen. Echter, mijns inziens kunnen bij deze uitspraken de nodige vraagtekens gezet worden.

1. Zie voor verdere informatie over de certificaten onder meer www.isoregister.nl en www.vca.nl.
2. Rb. Limburg (vzr.) 24 juli 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:6346; Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 30 april 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2952, ECLI:NL:RBZWB:2015:3493.
3. Rb. Limburg (vzr.) 24 juli 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:6346.
4. Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 30 april 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2952, ECLI:NL:RBZWB:2015:3493.
5. Rb. Den Haag (vzr.) 29 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15491.
6. HvJ EU 29 april 2004, C-496/99, ECLI:EU:C:2004:236 (*CAS Succchi di Frutta*).
7. Rb. Oost-Brabant (vzr.) 10 september 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:5273.

Bodem



Machteld de Vries
AKD

Bodem en burendrecht REVISITED

In mijn rubriek bodem in *VGR* 2014, afl. 4 behandelde ik een vonnis¹ van de Rechtbank Den Haag waarin de vraag aan de orde kwam of- en onder welke voorwaarden door een verontreinigd perceel veroorzaakte hinder onrechtmatig is; een zeer relevant vonnis voor eigenaren van percelen in de nabijheid van verontreinigde percelen. Bij gevallen van historische verontreiniging zijn immers door

(onder meer) verjaring en opeenvolgende eigenaren de mogelijkheden om saneringskosten te verhalen beperkt. Het burendrecht kan sommige van die gevallen uitkomst bieden.

Op 28 juli 2015 wees het Gerechtshof Den Haag (Hof) arrest² inzake het hoger beroep van *Amex Property B.V.* (Amex) tegen het vonnis van de Rechtbank Den Haag (Rechtbank). In deze bijdrage bespreek ik het arrest van het Hof. Alvorens in te gaan op het arrest, ga ik kort in op de casus en het vonnis van de Rechtbank in eerste aanleg.

1. De casus

Amex is eigenaresse van een aantal verontreinigde percelen. De verontreiniging in kwestie is (naar deskundigen aannemen) tussen 1960 en 1985 veroorzaakt door de indertijd op die percelen gevestigde zilverfabriek. De verontreiniging is zich nadien via het grondwater gaan verspreiden in zuid-/zuidoostelijke richting.

De verontreiniging op de percelen van Amex is bij besluit van 11 oktober 2002 door gedeputeerde staten van Zuid-Holland (GS) aangemerkt als een (historisch) geval van ernstige bodemverontreiniging waarvan de sanering urgent is. Amex heeft tegen deze beschikking bezwaar gemaakt en, na afwijzing daarvan, beroep ingesteld. Dit beroep is ongegrond verklaard.³ Blijkens een tussenvonnis van de Rechtbank Den Haag uit 2011, heeft Amex tot op dat moment geen uitvoering gegeven aan de beschikking van GS.⁴ Om die reden hebben GS in 2008 een last onder dwangsom opgelegd aan Amex om haar te bewegen een aanvang te maken met de sanering van de percelen. Ook tegen dit besluit heeft Amex bezwaar gemaakt en beroep ingesteld. Bij uitspraak van 24 maart 2010 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State het beroep van Amex ongegrond verklaard. Uit de jurisprudentie blijkt niet of en op welk moment Amex haar percelen is gaan saneren.

De Ontwikkelingscombinatie Park Allemansgeest C.V. (Allemansgeest) heeft een aantal percelen gekocht die zich ten zuiden van de percelen van Amex bevinden. Tussen de percelen van Amex en de percelen van Allemansgeest bevinden zich een weg en een aantal percelen van derden. Allemansgeest heeft de percelen in 1996/1997 aangekocht en vanaf 2002 geleverd gekregen.

De verontreiniging van de percelen van Amex heeft op enig moment de percelen van Allemansgeest bereikt. Het moment waarop de verontreiniging de percelen van Allemansgeest heeft bereikt, is zowel in eerste aanleg als in hoger beroep onderwerp van discussie.

Allemansgeest stelt dat zij schade lijdt door de verontreiniging op haar percelen die afkomstig is van de percelen van Amex. Onderwerp van deze procedure is de door Allemansgeest gevraagde verklaring voor recht dat Amex onrechtmatige hinder veroorzaakt op de percelen van Allemansgeest. Allemansgeest stelt dat Amex inbreuk maakt op haar eigendomsrecht en handelt in strijd met de zorgvuldigheidsnormen neergelegd in artikel 5:37 BW (burenrecht) door de verontreiniging te laten voortbestaan en het nemen van schadebeperkende maatregelen achterwege te laten.

2. Vonnis Rechtbank

In eerste aanleg oordeelt de Rechtbank kort samengevat dat Amex op het moment van levering van de percelen aan Allemansgeest reeds bekend was met de verontreiniging.⁵ Tevens oordeelt de Rechtbank (en gaat daarmee contrair tegen het deskundigenbericht van de door haar ingeschakelde deskundige) dat de verontreiniging van de percelen van Amex, op het moment dat Allemansgeest in 2002 haar percelen geleverd kreeg, de percelen van Allemansgeest nog niet had bereikt. Voorts oordeelt de Rechtbank dat Amex in die jaren nog niet-disproportionele maatregelen had kunnen nemen om verspreiding tegen te gaan.⁶

Gelet op het voorgaande, oordeelt de Rechtbank in eerste aanleg dat Amex vanaf het moment in 2002 dat Allemansgeest haar percelen geleverd

heeft gekregen, haar zorgplicht op grond van artikel 5:37 BW jegens Allemansgeest niet is nagekomen en dat Amex ten onrechte geen maatregelen heeft genomen om verspreiding van de verontreiniging te voorkomen. Amex dient daarom volgens de Rechtbank de door Allemansgeest geleden en nog te lijden schade te vergoeden.

3. Arrest Hof

In hoger beroep bij het Hof komt de vraag aan de orde of er causaal verband bestaat tussen het niet nemen van maatregelen door Amex en de door Allemansgeest geleden schade.

Het arrest spitst zich voornamelijk toe op de vraag of de Rechtbank terecht heeft geoordeeld (tegen het deskundigenbericht in) dat de verontreiniging vanaf de percelen van Amex de percelen van Allemansgeest al had bereikt op het moment dat deze percelen in 2002 geleverd werden.

Het antwoord op deze vraag hangt af van de vraag of een specifieke peilbuis zodanig was geplaatst dat uit de daarin gedane metingen in 2007 kon worden afgeleid dat de verontreiniging het perceel in 2002 nog niet had bereikt. Daarover oordeelt het Hof, overigens zonder zelf een deskundige in te schakelen, dat uit de plaatsing en de meetresultaten van de bedoelde peilbuis kan worden afgeleid dat de verontreiniging in 2002 (en ook overigens op het moment van aankoop door Allemansgeest in 1996/1997) de percelen van Allemansgeest al had bereikt.

Om deze reden kan volgens het Hof niet worden aangenomen dat er causaal verband bestaat tussen het niet nemen van saneringsmaatregelen en de schade van Allemansgeest. Omdat de percelen van Allemansgeest in 2002 al verontreinigd waren, konden maatregelen van Amex de verontreiniging van de percelen van Allemansgeest niet voorkomen, aldus het Hof. Het hoger beroep van Amex is dus gegrond.

Ten overvloede overweegt het Hof nog dat, voor zover Allemansgeest nog zou willen aanvoeren dat Amex heeft nagelaten andere maatregelen te nemen die niet zien op voorkoming van verontreiniging van de percelen,

Allemansgeest niet, dan wel onvoldoende, heeft onderbouwd in hoeverre daarmee haar schade zou zijn beperkt.

4. Conclusie

Uiteindelijk vernietigt het Hof het vonnis van de Rechtbank omdat het causaal verband ontbreekt tussen de schade en de gestelde inbreuk op de zorgplicht uit artikel 5:37 BW. Op de overige uitgangspunten van het vonnis van de Rechtbank, waaronder het oordeel van de Rechtbank dat artikel 5:37 BW van toepassing kan zijn op gevallen van bodemverontreiniging, gaat het Hof niet in. De vernietiging van het vonnis van de Rechtbank laat dan ook de uitgangspunten van het oordeel van de Rechtbank over burenrecht en bodemverontreiniging in stand. De eigenaar van een verontreinigd perceel, die van deze verontreiniging op de hoogte is, de verplichting heeft om deze te saneren, de mogelijkheid heeft om niet-disproportionele maatregelen te nemen om (verdere) verspreiding van de verontreiniging naar naburige percelen te voorkomen en vervolgens niets onderneemt, kan onrechtmatige hinder veroorzaken in de zin van artikel 5:37 BW en op die wijze aansprakelijk zijn voor de daardoor geleden schade.

Hiermee sluiten de Rechtbank en het Hof aan bij de bekende 'takkenjurisprudentie' van de Hoge Raad waarin wordt geoordeeld dat eigenaars van percelen waarvan takken (of bomen) omwaaien die onrechtmatige hinder veroorzaken op een naburig perceel, voor de daardoor geleden schade aansprakelijk zijn.⁷ Daarvoor is, gelijk de onderhavige casus, wél vereist dat de desbetreffende buurman daadwerkelijk hinder ondervindt.

Interessant is ten slotte nog dat het Hof de mogelijkheid open lijkt te laten dat ook het nalaten van het treffen van maatregelen die niet puur zijn bedoeld om verontreiniging van de percelen te voorkomen tot een schending van artikel 5:37 BW zou kunnen leiden. Nu dit volgens het Hof echter niet, dan wel onvoldoende, is onderbouwd door Allemansgeest, zal de tijd uitwijzen in hoeverre daarvan daadwerkelijk sprake kan zijn.

1. Rb. Den Haag 15 januari 2014, ECLI:NL:RBSGR:2011:34859, *TGMA* 2014, afl. 3, m.nt. Van der Veen en Hoekstra.
2. Hof Den Haag 28 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2047.
3. ABRvS 16 juni 2004, 200305945/1.
4. Rb. Den Haag 5 januari 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:34196, r.o. 4.
5. Rb. Den Haag 5 januari 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:34196.
6. Rb. Den Haag 15 januari 2014, ECLI:NL:RBSGR:2011:34859.
7. HR 7 mei 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4377, *NJ* 1983/478, m.nt. CJH en HR 4 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB8922, *NJ* 1989/854, m.nt. CJHB.

Financieel recht



Tom Tempelaars
Boekel



Jeroen den Hamer
Boekel

De buitenlanders komen: AIFMD-vergunning- plicht voor collectieve belegging in vastgoed?

Nederlands vastgoed is momenteel erg in trek bij buitenlandse investeerders. In 2014 liepen de investeringen in Nederlands vastgoed op tot € 9 miljard, en de verwachting is dat buitenlandse fondsen de komende jaren nog meer zullen gaan investeren in Nederlands vastgoed.¹ In de fiscale rubriek van *VGR* 2015, afl. 4 is aangegeven dat bij dergelijke investeringen de fiscale structuur van groot belang is om het rendement op de investeringen te kunnen optimaliseren.² Als het gaat om collectieve belegging is als gevolg van de implementatie van de Richtlijn inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen³ (hierna: de AIFMD) ook de regulatoire structurering van belang. In deze ru-

briek geven wij in het kader van mogelijke markttoetreding door buitenlandse investeerders of beheerders een schets op hoofdlijnen van de regulering voor (buitenlandse) beheerders in Nederland.

Achtergrond

De implementatie van de AIFMD in (voornamelijk) de Wet op het financieel toezicht (hierna: de 'Wft') op 22 juli 2013 heeft gevolgen gehad voor instellingen zoals vastgoedfondsen, hedgefondsen en private equityfondsen. De AIFMD beoogt namelijk een juridisch raamwerk binnen de Europese Economisch Ruimte (EER) te bieden voor beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen (hierna: abi's) om risico's beter te beheersen, meer transparantie te bieden en de bescherming van beleggers te versterken. Hiertoe vereist de AIFMD dat beheerders over een vergunning beschikken om abi's te beheren en/of rechten van deelneming in abi's aan te bieden. En abi's zijn minder 'alternatief' dan de naam doet vermoeden: abi's zijn kort gezegd alle instellingen voor collectieve belegging die niet vergunningplichtig zijn uit hoofde van de richtlijn betreffende icbe's⁴ (hierna: de 'ICBE-richtlijn'), zoals bijvoorbeeld de hiervoor genoemde vastgoedfondsen, hedgefondsen en private equity-fondsen.

Abi's/beleggingsinstellingen

De Nederlandse wetgever heeft het begrip 'abi' niet in de Wft opgenomen maar heeft het over een 'beleggingsinstelling'. Reden hiervoor is dat volgens de wetgever de hoofdmoot van de beleggingsinstellingen in Nederland onder de reikwijdte van de AIFMD zou vallen, zodat het begrip 'alternatief' een verkeerd beeld zou geven. Met 'alternatief' wordt immers doorgaans juist een afwijkende categorie aangeduid, aldus de wetgever.⁵

Voor de vraag wat een 'beleggingsinstelling' is, verwijst de Wft nochtans naar het begrip 'abi' als opgenomen in artikel 4 lid 1 onderdeel a AIFMD.⁶ Via deze verwijzing is een 'beleggingstelling' een instelling voor collectieve belegging, met inbegrip van beleggingscompartimenten daarvan, die bij een reeks beleggers kapitaal ophaalt om dit overeenkomstig een bepaald beleggingsbeleid in het belang van deze beleggers te beleggen, en welke niet vergunningplichtig is uit hoofde van artikel 5 ICBE-richtlijn.

Vóór implementatie van AIFMD in de Wft was een 'beleggingsinstelling' gedefinieerd als een 'beleggingsmaatschappij of beleggingsfonds'. Hoewel deze twee begrippen dus niet meer terugkomen in de hiervoor weergegeven definitie van 'beleggingsinstelling' zijn deze begrippen echter nog wel relevant. Het verschil tussen beleggingsmaatschappijen en beleggingsfondsen zit hem in de rechtspersoonlijkheid. 'Beleggingsmaatschappijen' zijn rechtspersonen, vaak vormgegeven als naamloze vennootschap. 'Beleggingsfondsen' hebben geen rechtspersoonlijkheid, en zijn vaak vormgegeven als een personenvennootschap of overeenkomst *sui generis*. Hierdoor zijn zij vanuit civielrechtelijk oogpunt niet in staat het eigendom van het fondsvermogen te hebben en zullen zij hiervoor een aparte (rechts)persoon moeten aanwijken; van oudsher vaak de 'bewaarder' genoemd.⁷ Deze bewaarder – meestal een stichting – die fungeert als eigenaar ten titel van beheer van het fondsvermogen, dient overigens niet te worden verward met de 'bewaarder' in de zin van de AIFMD.⁸ Deze bewaarder, de zogenaamde 'depository', dient de activa van een abi te 'bewaren'.⁹ Bij financiële instrumenten gebeurt dit in principe door registra-