

De vergoeding van versterkingsmaatregelen in nieuwbouwprojecten: een juridische analyse aan de vooravond van een (r)evolutie

Een artikel in de serie ‘Aardbevingen in Groningen en het vermogensrecht’

*Mr. J. S. Knot en mr. P. van Eijk **

1 Inleiding

Op 22 mei jl. is ‘Groningen’ wederom getroffen door een aardbeving, ditmaal bij Westerwijdwerd. Het betreft de inmiddels vierde zware aardbeving van rond de 3,5 op de schaal van Richter. Al sinds de aardbevingsproblematiek meer en meer in de politieke belangstelling is komen te staan vanwege de aardbeving bij Huizinge in 2012 en de daarop volgende maatschappelijke onvrede leidt het ‘gasdossier’ tot de nodige juridische hoofdbreken. De aardbevingsproblematiek in en rondom het Groningen-gasveld zorgt immers voor een zeer grote hoeveelheid schademeldingen, waarbij de teneur de afgelopen jaren is geweest dat de afhandeling daarvan niet doelmatig en voortvarend genoeg verliep.

Die teneur is ook wel te verklaren (en te rechtvaardigen): het gaat immers om de veiligheid van mensen, woningen en (publieke) gebouwen. Juist daarom is bij de ‘hervorming’ van de schadeafhandeling steeds meer aandacht gevestigd op het doelmatig en snel afhandelen van schadeclaims van gedupeerden. Die focus op een doelmatige afhandeling leidt voor juristen tot allerlei vragen van meer of minder principiële aard.

Een van de vragen betreft de keuze van de rijksoverheid om de afhandeling van schademeldingen onderdeel te laten zijn van

het bestuursrecht, die bij civilisten de nodige wenkbrauwen heeft doen fronsen. Over de vraag of dat al dan niet terecht is, en ook of dat eigenlijk wel een vraagstuk is dat de moeite van het bestuderen waard is, verschillen de meningen. De daarover ontstane discussie onder juristen zullen wij hier niet uitgebreid herhalen en bespreken, maar de geïnteresseerden verwijzen wij graag naar de reeks artikelen van de hand van De Bock, Hermans, Van de Bunt en Marseille c.s. in het NJB.¹ Dit geldt ook voor de juridische grondslag voor de thans gekozen afhandeling van schadevergoeding, waarvoor (thans) de Tijdelijke Commissie Mijnbouwschade Groningen (TCMG) verantwoordelijk is en, na invoering van de Wet Instituut mijnbouwschade Groningen,² het Instituut Mijnbouwschade (IM) verantwoordelijk zal zijn.

1. Zie R.H. de Bock, Mijnbouwschade in Groningen: waar is de civiele rechter?, NJB 2019/3; M.C.A. Hermans, De opgedrongen bestuursrechter, NJB 2019/688; J.E. van de Bunt, Geef de bestuursrechter het voordeel van de twijfel, NJB 2019/689; A.T. Marseille, H.E. Bröring & K.J. de Graaf, Mijnbouwschadegeschillen, NJB 2019/690, en R.H. de Bock, Aardbevingschade hoort thuis bij de civiele rechter, NJB 2019/691.
2. Zo ver is het overigens nog niet: de internetconsultatie op het ontwerp-Wetsvoorstel Instituut mijnbouwschade Groningen is medio augustus 2018 afgesloten; een (definitief) wetsvoorstel is nog niet gepubliceerd noch aan de Tweede Kamer gezonden. Zie www.internetconsultatie.nl/instituutmijnbouwschadegroningen voor de ter consultatie gepubliceerde stukken.

* Mr. J.S. Knot is advocaat (partner) bij Trip Advocaten & Notarissen te Groningen. Mr. P. van Eijk is advocaat bij Trip Advocaten & Notarissen te Groningen.

Over dat laatste thema heeft Van de Bunt ook in dit tijdschrift gepubliceerd.³ Zoals ze daarin terecht opmerkte, blijft een andere schadepost, te weten de versterkingsmaatregelen die getroffen moeten worden om woningen en andere gebouwen aardbevingsbestendig te maken, nogal eens onderbelicht. Dat wordt nog maar eens onderstreept doordat het door Van de Bunt besproken wetsvoorstel Instituut mijnbouwschade Groningen voor de afhandeling daarvan geen regeling biedt: het gaat uitsluitend om al daadwerkelijk opgetreden schade veroorzaakt door de aardbevingen, niet om de kosten van *preventie* van diezelfde schade.⁴ Overigens merkt Van de Bunt terecht op dat schadevergoedingsvorderingen voor *reeds getroffen* preventieve versterkingsmaatregelen wél tot de bevoegdheid van het IM zullen gaan behoren, maar vorderingen strekkende tot vergoeding voor *nog te treffen* versterkingsmaatregelen niet. In nieuwbouwprojecten zal echter hoofdzakelijk van die laatste categorie sprake zijn. Het leek ons daarom nuttig om in het kader van deze artikelenreeks de huidige wijze van afhandeling van dit schadetype te bespreken en aan een nadere analyse te onderwerpen.

Wij zullen daarbij onze aandacht vestigen op de versterkingsmaatregelen in nieuwbouwprojecten. Niet alleen zullen wij de huidige status quo bespreken en analyseren, maar ook blikken wij vooruit naar wat er komen gaat. De hierna nader te bespreken Nieuwbouwregeling is namelijk verlengd tot 1 juli 2019, terwijl tot op heden – althans het moment van schrijven – onbekend is hoe de situatie nadien zal zijn. Dat er een (publiekrechtelijke) regeling moet komen, lijkt gemeengoed te zijn, maar hoe deze zal moeten luiden en waar en hoe de afhandeling plaats moet vinden, is nog niet duidelijk geworden.

Hierna zullen wij eerst het juridische kader voor de vergoeding van versterkingsmaatregelen schetsen aan de hand van de wet en jurisprudentie (par. 2). Daarna volgt een kort intermezzo over de NPR 9998, oftewel de wijze waarop bepaald kan worden of en in welke mate versterking noodzakelijk is (par. 3). Wij vervolgen met een bespreking van de huidige Nieuwbouwregeling, haar functie en waar deze tekortschiet, afgezet tegen het juridische kader (par. 4 t/m 6). Na onze conclusie, sluiten wij af met een vooruitblik naar een nieuwe regeling in relatie tot de uiteindelijk geheel te beëindigen gaswinning (par. 7 t/m 9).

2 Juridische grondslag voor vergoeding van versterkingsmaatregelen

Allereerst het algemene juridische kader. De exploitant van een mijnbouwwerk⁵ is op grond van art. 6:177 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW) aansprakelijk jegens degenen die als gevolg van bodembeweging die is toe te schrijven aan de gaswinning schade ondervinden of lijden. Voor de schade ten gevolge van de gaswinning (en daardoor veroorzaakte aardbevingen) is dus (onder andere) de Nederlandse Aardolie Maatschappij (de NAM) aansprakelijk.

In art. 6:184 BW wordt vervolgens bepaald dat die schade niet alleen de ‘gevolg schade’, maar ook de ‘preventieschade’ betreft. Als uitgangspunt heeft daarom te dienen dat de NAM op grond van art. 6:184 BW ook aansprakelijk is voor (de kosten van) versterkingsmaatregelen die beogen de schadelijke gevolgen van de exploitatie van het mijnbouwwerk (met inbegrip van de daardoor veroorzaakte redelijkerwijs te verwachten bodembeweging) te mitigeren of te voorkomen. De volledige tekst van dit artikel luidt als volgt:

1. ‘Onder de schade waarvoor op grond van de artikelen 173-182 aansprakelijkheid bestaat, vallen ook:
 - a. de kosten van iedere redelijke maatregel ter voorkoming of beperking van schade door wie dan ook genomen, nadat een ernstige en onmiddellijke dreiging is ontstaan dat schade zal worden veroorzaakt die krachtens die artikelen voor vergoeding in aanmerking komt;
 - b. schade en verlies veroorzaakt door zulke maatregelen.
2. Indien de maatregelen, bedoeld in het vorige lid, door een ander worden genomen dan degene die de schade zou hebben geleden ter zake waarvan de ernstige en onmiddellijke dreiging is ontstaan, kan deze ander slechts vergoeding van de in het vorige lid bedoelde kosten, schaden en verliezen vorderen, voor zover zij gevorderd hadden kunnen worden door degene die de dreigende schade zou hebben geleden, en kan de aangesprokene jegens die ander hetzelfde verweer voeren als hem jegens deze ten dienste zou hebben gestaan.’

Het artikel betreft als zodanig geen uitbreiding van de aansprakelijkheid van een mijnbouwexploitant, maar een verduidelijking of nadere uitwerking van de schade die door deze aansprakelijkheid wordt ‘gedekt’, als zijnde een species van art. 6:96 lid 2 sub a BW.⁶ De grondslag voor aansprakelijkheid blijft dus art. 6:177 lid 1 BW. Bij de dogmatische functie van art. 6:184 BW naast de algemene regel uit art. 6:96 lid 2 sub a

3. J.E. van de Bunt, Het concept-Wetsvoorstel Instituut mijnbouwschade Groningen nader bekeken, *MvV* 2019, afl. 2, p. 42-53.

4. Zie Van de Bunt 2019, p. 49 en art. 2 lid 5 Wetsvoorstel Instituut mijnbouwschade Groningen.

5. De exploitant op wie de aansprakelijkheid ingevolge dit artikel wordt gevestigd, betreft op grond van art. 6:177 lid 2 BW de houder van de vergunning op grond van de Mijnbouwwet tot het winnen of opslaan van delfstoffen. Daarmee is de vraag naar de aansprakelijke (rechts)persoon al snel beantwoord. Voor de gaswinning in het Groningenveld en de gasopslag bij Norg betreft dat uitsluitend de NAM.

6. Zo blijkt ook wel uit de totstandkomingsgeschiedenis van het betreffende artikel en in het bijzonder de *MvT*; Kamerstukken II 1988/89, 21202, 3.

BW zullen wij hier verder niet stilstaan, maar volstaan met een verwijzing naar de daarover in de literatuur gevoerde discussie.⁷

Omdat het gaat om een species van de algemene regel uit art. 6:96 lid 2 sub a BW, moet bezien worden of de te vorderen kosten de dubbele redelijkheidstoets kunnen doorstaan, en dus (1) of het redelijk is om bepaalde versterkingsmaatregelen te treffen, en (2) of de daarmee gepaard gaande kosten redelijk zijn.

Volgens de Hoge Raad is aan dat eerste aspect al spoedig voldaan. Reeds in 1997 oordeelde de Hoge Raad als volgt:

‘Voldoende is derhalve dat degene die zodanige kosten maakt, op grond van de ten tijde van het maken van deze kosten beschikbare gegevens in redelijkheid ervan mocht uitgaan dat schade dreigde; niet is dus van belang of achteraf, op grond van andere gegevens, kan worden vastgesteld dat waterverontreiniging zou zijn uitgebleven indien de preventieve maatregelen niet zouden zijn genomen.’⁸

In het kader van versterkingsmaatregelen zou dus het enkele feit dat op grond van de thans beschikbare gegevens op een bepaalde locatie in redelijkheid ervan uitgegaan mag worden dat schade door aardbevingen dreigt, voldoende moeten zijn. Dat dit in het kader van de gaswinning en de daarmee gepaard gaande aardbevingen voor de hand ligt, lijkt a priori het geval te zijn. Dat geldt te meer voor het Groningenveld en de gasopslag bij Norg, waarvoor immers sinds 1 januari 2017 het wettelijk bewijsvermoeden ex art. 6:177a BW geldt. In de praktijk is evenwel de nodige frictie ontstaan omtrent, wat men noemt, de ‘contourenkaart’ die het kerngebied weergeeft van de bodembeweging in geval van een aardbeving veroorzaakt door gaswinning in het Groningenveld (de officiële benaming luidt ‘Seismische Hazardkaart Groningen’⁹). Hoe dient men dan te oordelen omtrent de redelijkheid van versterkingsmaatregelen bij nieuwbouwprojecten die aan de randen van dit kerngebied zijn gelegen? In de praktijk levert die vraag, zeker tegen de achtergrond van steeds veranderende inzichten omtrent (de toepasbaarheid van) de contourenkaart, veel onduidelijkheid en (potentiële) discussie op.

Meer problematisch lijkt het tweede aspect: wat zijn redelijke kosten? Uit een relatief recent vonnis van de ‘aardbevingskamer’ van de Rechtbank Noord-Nederland, locatie Groningen,¹⁰ blijkt dat die toets door deze aardbevingskamer streng wordt gehanteerd. In de casus die tot genoemd vonnis aanleiding gaf, vorderde de eiser, een gedupeerde van aardbevings-

schade (zoveel stond wel vast), de vergoeding van het aanbrennen van een gewapende betonplaat ter versteviging van zijn fundering en ter voorkoming van toekomstige aardbevingschade. Van belang is het oordeel van de rechtbank dat bij de beoordeling van de redelijkheid van de te treffen maatregel niet alleen naar de financiële verhoudingen moet worden gekeken, maar ook naar bijvoorbeeld de overlast die de eiser zal ondervinden van de herhaalde confrontatie met (aardbevings)schade en de afhandeling daarvan.¹¹ Uiteindelijk kwam de rechtbank in die casus tot de slotsom dat het treffen van de voorliggende maatregel niet redelijk was, onder meer omdat de – op zichzelf vrij kostbare – maatregel een veelvoud kostte van de tot dan toe gebleken financiële schade, terwijl onvoldoende was onderbouwd en gespecificeerd dat en in welke mate toekomstige schade voorkomen zou kunnen worden door diezelfde maatregel. Ook overweegt de rechtbank dat niet is komen vast te staan dat het treffen van deze maatregel redelijkerwijs de enige mogelijkheid is om toekomstige schade te mitigeren en/of te voorkomen.¹² In feite heeft de eiser in die procedure dus onvoldoende aannemelijk kunnen maken dat de door hem voorgestelde maatregel waarvoor hij vergoeding eiste, voldeed aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

Het moge duidelijk zijn dat de vraag of te treffen maatregelen in een concrete casus redelijk zijn – bij gebreke van wettelijke feitelijke of bewijsvermoedens – voor het nodige processuele debat zal kunnen zorgen, waarbij het uiteindelijk, zo blijkt wel uit de hiervoor besproken uitspraak, aan de eisende partij zal zijn om aan te tonen dat het treffen van de door haar voorgestane maatregelen redelijk is en de kosten daarvoor ook redelijk zijn.

Het zal een civilist echter niet verbazen dat die uitwerking in de praktijk wel voor de nodige problemen kan zorgen. Immers, het vraagt van de gedupeerde een vergaande inspanning om te onderbouwen dat een bepaalde maatregel redelijk (en dus ook in zekere zin: noodzakelijk) is, die voor het gros van rechtzoekenden een bezwaarlijke barrière op zou kunnen leveren. Dit alleen al vanwege de kosten voor deskundigen die deze rechtzoekende moet voorfinancieren,¹³ tezamen met het risico dat deze niet geheel vergoed zullen worden indien de rechtzoekende niet (geheel) in het gelijk gesteld wordt. Tel daarbij op dat het belang van een projectontwikkelaar erin gelegen zal zijn dat het project (1) rendabel zal zijn (in welk kader men dus vooraf grip moet hebben op de te maken projectontwikkelingskosten, en dus ook op de mate waarin versterkingsmaatregelen daadwerkelijk zullen worden vergoed), en (2) projectontwikkelingen geen vertraging kunnen lijden zonder dat dat op zichzelf een (te) grote kostenpost met zich brengt, en er ontstaat een zekere afhankelijkheid van de NAM, die het in praktische zin in haar macht heeft om te bepalen of, en zo ja, welke versterkingsmaatregelen zij wil ver-

7. Zie voor een overzicht van de diverse standpunten GS Onrechtmatige daad, art. 6:184 BW, aant. 2.2 en de aldaar aangehaalde literatuur.

8. HR 19 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2433, NJ 1998/886 m.nt. M.H. Claringbould.

9. Zie http://cdn.knmi.nl/system/readmore_links/files/000/000/409/original/20170615_hazardkaart2017_groot.jpg?1497511803.

10. Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Groningen) 21 december 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:5609.

11. Zie genoemde uitspraak, r.o. 4.2.

12. Zie eveneens genoemde uitspraak, r.o. 4.4.

13. Immers, bij winst van een procedure tegen de NAM komen deze kosten voor rekening van de NAM op grond van art. 6:96 lid 2 sub c BW.

goeden. De begrijpelijke onwil van ontwikkelaars om tegen die achtergrond en nog vóórdát het project daadwerkelijk is gerealiseerd een juridisch gevecht met de NAM te moeten leveren, levert de NAM aldus een praktisch voordeel op. Wanneer dat gevecht wel wordt aangegaan, zal de NAM bovendien – en dat staat haar natuurlijk vrij – ten volle verweer voeren, waardoor het inslaan van die weg simpelweg tot gevolg heeft dat er nog jaren onduidelijkheid zal bestaan omtrent het verkrijgen van schadevergoeding. In deze situatie is derhalve sprake van een zodanig praktisch overwicht, dat de NAM projectontwikkelaars in nieuwbouwprojecten *de facto* ‘de wet kan voorschrijven’.

3 Nederlandse Praktijk Richtlijn 9998

In het kader van het voorgaande is daarom relevant dat er vanuit het Nederlands Normalisatie Instituut (NEN) richtlijnen zijn geformuleerd waarmee een constructeur of aannemer kan beoordelen of een constructie voldoende aardbevingsbestendig is, en dus ook of er versterkingsmaatregelen noodzakelijk zouden zijn om risico's c.q. schade te verkleinen of mitigeren. Deze richtlijnen zijn aanvankelijk vastgelegd in de (Ontwerp) Nederlandse Praktijk Richtlijn 9998 (NPR) van februari 2015 en achtereenvolgens aangepast in december 2015, juni 2017 en november 2018.¹⁴

In deze NPR zijn – kort gezegd – berekeningsmethoden gegeven om te kunnen berekenen of, en zo ja hoe, een constructie in het bevingingsgebied zodanig verstevigd dient te worden, dat deze het ‘overlijdensrisico’¹⁵ terugbrengt tot ‘aanvaardbaar’, en wel zodanig dat dit risico gelijk is aan het overlijdensrisico elders in Nederland als gevolg van een overstroming.¹⁶

Voor de rechtspraktijk is met name van belang dat met de gegeven richtlijnen uit de NPR en de aldaar gegeven berekeningsmethoden betoogd zal kunnen worden dat het redelijk is om bepaalde maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn om het nu bestaande risico terug te dringen. Immers, het betreft objectieve berekeningen aan de hand van door een onafhankelijk instituut vastgestelde methoden en uitgangspunten.

Op dit moment heeft de NPR evenwel geen formele status. Een wettelijke basis voor een dergelijke status ontbreekt en de NPR is evenmin in het Bouwbesluit geïntegreerd. Dat maakt dat de NPR als zodanig geen bindende voorschriften geeft waaraan bebouwing dient te voldoen. Daardoor kan dus evenmin worden gezegd dat ontwikkelaars en bouwers van nieuwbouw in het aardbevingsgebied genoodzaakt zijn om de kosten

met betrekking tot de volgens de NPR noodzakelijke maatregelen te maken.

Dat doet op zichzelf natuurlijk geen afbreuk aan het uitgangspunt dat het wel redelijk kan zijn (en doorgaans zal zijn) om die aldus noodzakelijk geachte versterkingsmaatregelen te treffen en de daarmee gepaard gaande kosten te maken. Andersom geldt ook dat het enkele feit dat uit de NPR zou volgen dat bepaalde maatregelen niet noodzakelijk zouden zijn, nog niet per definitie maakt dat die maatregelen dus niet redelijkerwijs genomen hadden kunnen worden en/of de daarmee gepaard gaande kosten niet redelijk zijn. Een toetsing aan de NPR zal dus in belangrijke mate de eerste redelijkheidstoets kunnen inkleuren.

4 Nieuwbouwregeling

Er is derhalve sprake van een zeker grijs gebied, waarbij de dubbele redelijkheidstoets maakt dat op basis van (enkel) de wet op voorhand geen sluitende zekerheid (laat staan enige toezegging van de NAM) kan worden verkregen omtrent het aan de NAM kunnen presenteren van de rekening van te treffen versterkingsmaatregelen, ook niet als deze uit de NPR zouden volgen. Dat is uiteraard, zoals iedere jurist weet, inherent aan het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht: je hebt het te doen met de laedens en bent als gelaedeerde ook mede van hem afhankelijk voor de voortvarendheid waarmee geleden schade wordt afgewikkeld, eventueel na een (meer of minder uitgebreid) processueel debat.

Uiteraard geldt dat ook in het aardbevingsdossier. Echter, vanwege de omvang van het getroffen gebied, het belang van versterkingsmaatregelen en om stagnatie van projecten te voorkomen bestaat in de markt behoefte aan een manier om tot een doelmatige en spoedige afwikkeling van deze aansprakelijkheid te komen. Zeker in de huidige hoogconjunctuur zitten opdrachtgevers en ontwikkelaars immers niet verlegen om (nieuw)bouwprojecten en (her)ontwikkelingen. Ook in het bevingingsgebied, waarin ook de stad Groningen is gelegen, wordt volop (her)ontwikkeld en gebouwd. Uit informatie die door de NAM is gepubliceerd,¹⁷ blijkt dat tot op heden ook een aanzienlijk bedrag is uitgekeerd ter zake van de kosten van inmiddels getroffen versterkingsmaatregelen. Tussen 2015 en het moment van schrijven zijn in totaal ‘aanvragen’ voor 824 projecten ingediend, waarvan tot dusver 348 projecten tot een toekenning hebben geleid. Het bedrag dat daarmee gemoeid is, beloopt bijna € 186 miljoen. Dat geeft op zichzelf al de omvang van deze schadecomponent weer.

Het belang van een doelmatige en spoedige afwikkeling van ‘aanvragen tot vergoeding van versterkingsmaatregelen’¹⁸ is daarbij te meer gelegen in het feit dat de versterkingsmaatrege-

14. De meest actuele NPR wordt aangehaald als NPR 9998:2018 nl; de inhoud is gratis opvraagbaar via www.nen.nl/NEN-Shop/Norm/NPR-99982018-nl.htm.

15. Dat klinkt nogal zwaar aangezet, maar is simpelweg de kans (of beter gezegd: het risico) waarop de berekeningen zijn gebaseerd.

16. Het voert in het kader van dit artikel te ver om dat uitgangspunt en de daarop aldus gegronde berekeningsmethoden en parameters verder uit te werken, te meer nu dat ook voornamelijk een vergaand technisch verhaal betreft dat voor de juridische merites uiteindelijk niet van doorslaggevend belang hoeft te zijn.

17. Zie www.nam.nl/feiten-en-cijfers/pilot-nieuwbouwregeling.html.

18. Deze terminologie doet ietwat vreemd aan (immers: juridisch betreft het niet meer dan het afwikkelen van een aansprakelijkstelling), maar wij kiezen er hier voor om de door de NAM gebruikte terminologie te gebruiken.

len zelf een aanzienlijk deel van de te maken bouwkosten omvatten – in sommige gevallen gaat het om maatregelen die wel tot 30% van de bouwkosten kunnen bestrijken –, nog los van de eventueel daardoor veroorzaakte langere duur van (de voorbereidingsfase van) een bouwproject en daarmee samenhangende kosten. Dergelijke kosten kunnen niet in de reguliere exploitatie van een nieuwbouwproject worden meegenomen, nu dat immers (bijvoorbeeld) het huren van een (zorg)appartement in het aardbevingsgebied onbetaalbaar zou maken. Dat betekent dus dat een opdrachtgever/ontwikkelaar bij geen afstemming en overeenstemming met de NAM op voorhand – naar verwachting – ervoor zal kiezen de nieuwbouw niet te versterken. Een dergelijke keuze hangt dan niet zozeer samen met de redelijkheid van de versterkingsmaatregelen, maar meer met het niet willen voorfinancieren van de versterkingskosten (om deze dan achteraf wellicht nog van de NAM te vorderen). Er is inmiddels een aantal gevallen bekend waarin ontwikkelaars – met name in nieuwbouwprojecten langs de grenzen van het aardbevingsgebied – om die reden daadwerkelijk van versterking hebben afgezien.

Het is dus bepaald relevant om te bezien hoe hier in de praktijk een mouw aan gepast wordt. Als gezegd beperken wij ons in het bestek van dit artikel tot de vergoeding van versterkingsmaatregelen met betrekking tot aardbevingsbestendige bouw van ‘nieuwe’¹⁹ gebouwen. Wij bespreken dus niet de versterkingsoperatie van de al bestaande bebouwing. Strikt genomen is de wettelijke grondslag voor beide gevallen overigens hetzelfde.

Om al deze aanvragen in goede banen te leiden en om ze op gelijke wijze te beoordelen en te behandelen, heeft de NAM in 2015 de Nieuwbouwregeling in het leven geroepen. De NAM toetst aanvragen aan die regeling, waarna er – al dan niet – overeenstemming bereikt wordt over het ontwerp, welke aardbevingsbestendige maatregelen daarin zijn getroffen en welk aandeel in de bouwkosten voor rekening van de NAM komt. Deze regeling is in 2017 nog herijkt en herzien. Bij de toepassing van de regeling gaat de NAM vaak over tot het ‘opleggen’ van allerlei randvoorwaarden en werkwijzen, die als voorwaarde worden gesteld aan het toekennen van enige vergoeding.

Vanaf eind 2018 heeft de Vervolg Nieuwbouwregeling de voorgaande regeling vervangen. Daarbij is nieuw geïntroduceerd dat de Nationaal Coördinator Groningen (NCG) vanaf 14 januari 2019 als loketfunctie fungeert en de aanvragen in die hoedanigheid coördineert. Dit is een uitdrukkelijk verzoek van de minister van Economische Zaken en Klimaat geweest, dat inhoudelijk op zichzelf geen wijziging in de regeling en de afhandeling van de aanvragen heeft bewerkstelligd; de NAM beoordeelt de aanvragen nog steeds zelf, met een vergelijkbare

werkwijze als voorheen. Deze regeling geldt tot medio 2019, dit ‘vooruitlopend op een publiekrechtelijke regeling’.²⁰

De volledige inhoud van de vigerende Nieuwbouwregeling was voorheen geen openbare informatie. Deze is dan ook niet zonder meer vindbaar en werd uitsluitend met een aanvrager gedeeld, waarbij de relevante onderdelen van de Nieuwbouwregeling werden uitgelicht. De aanvrager kreeg – zo is onze ervaring – hoofdzakelijk te horen of de aanvraag past binnen de Nieuwbouwregeling, en zo ja of de geclaimde meerkosten (en welk deel ervan) als ‘redelijke meerkosten’ vergoed zullen worden. Het is tegen die achtergrond helaas ondoenlijk om te beschrijven hoe de regeling exact in elkaar stak en aan welke voorwaarden voldaan zou moeten zijn om tot toekenning van een vergoeding te komen.

Enig inzicht in hoe deze regeling voorheen in elkaar stak, verschaft echter wel het rapport ‘Reflectie op de Nieuwbouwregeling’ d.d. 27 maart 2018,²¹ opgesteld door de Reflectiecommissie Nieuwbouwregeling Groningen.²² De conclusies uit dit rapport waren overigens niet mals.²³ In de huidige Nieuwbouwregeling zijn de aanbevelingen van deze commissie slechts beperkt opgevolgd. Heel vreemd is dat niet, nu de huidige regeling niet meer is dan een soort tijdelijke ordemaatregel in afwachting van een publiekrechtelijke regeling. De verwachting is dat met de meer definitieve regeling de aanbevelingen (voor zover nog van toepassing) nadere invulling krijgen, in elk geval waar het de invloed van de NAM op de afhandeling van aanvragen betreft. Op die verwachte nadere invulling komen wij verderop nog terug.

5 Noodzaak van het bestaan van de/een Nieuwbouwregeling

In de media²⁴ lijkt men tot uitgangspunt te nemen dat het einde van de Nieuwbouwregeling zou betekenen dat er geen vergoeding voor de redelijke meerkosten van versterkingsmaatregelen in nieuwbouwprojecten meer zal plaatsvinden. Vanuit juridisch oogpunt is dat enigszins merkwaardig. Dat de NAM een werkwijze voor zichzelf heeft geformuleerd waaraan zij toetst, om te bezien of en onder welke voorwaarden er aanspraak bestaat op vergoeding van redelijke meerkosten, zou immers niet moeten uitwerken als een feitelijke beperking van haar aansprakelijkheid op grond van art. 6:177 jo. art. 6:184 BW.

20. Zie www.nam.nl/nam-en-de-samenleving/groningen-gasveld-specifieke-regelingen/nieuwbouwregeling.html.

21. Raadpleegbaar via www.nationaalcoordinatorgroningen.nl/binaries/nationaal-coordinator-groningen/documenten/rapporten/2018/juni/08/reflectie-op-de-nieuwbouwregeling/Rapport+Reflectie+op+de+Nieuwbouwregeling.pdf.

22. Deze, in opdracht van de NCG samengestelde, commissie bestond overigens enkel uit technisch geschoolde leden en niet uit (één of meer) juristen.

23. Zie daarover bijv. www.cobouw.nl/woningbouw/nieuws/2018/06/commissie-maakt-gehakt-van-nieuwbouwregeling-nam-101261832.

24. Zie bijv. www.rtvnoord.nl/nieuws/202581/Aflopdenieuwbouwregeling-NAM-bedreigt-woningbouw-Stad en www.rtvnoord.nl/nieuws/170915/NAM-draait-toch-op-voor-meerkosten-nieuwbouw.

19. Tussen aanhalingstekens, omdat uitbreiding, herontwikkeling en ingrijpende verbouwingen van bestaande bouw ook tot deze categorie behoren.

Onze ervaring is dat de NAM dat wel als zodanig lijkt te interpreteren, althans dat het in de praktijk die uitwerking heeft. Voldoet een aanvraag niet aan de Nieuwbouwingeregeling? Worden een voorgeschreven werkwijze en/of uitgangspunten voor een ontwerp niet integraal gevolgd? Of wordt de door de NAM opgestelde vaststellingsovereenkomst (waarin de 'vastgestelde' vergoeding overigens tegen finale kwijting wordt aangeboden) niet ondertekend? Dan wordt in het geheel geen vergoeding toegekend. Dat betekent – gelet op het hiervoor al aangehaalde praktische overwicht van de NAM – dat de aansprakelijkheid van de NAM daarmee feitelijk wordt beperkt.

In onze overtuiging is het juridisch onjuist dat de kosten van het treffen van versterkingsmaatregelen enkel voor vergoeding in aanmerking kunnen komen indien er een Nieuwbouwingeregeling van toepassing is. Meer concreet: het is niet ter uitsluitende beoordeling van de NAM om eenzijdig en bijvoorbeeld op basis van ervaringscijfers uit andere projecten te beoordelen of te maken kosten redelijk zijn. Niet de Nieuwbouwingeregeling vormt voor de vergoeding van die kosten of voor de dubbele redelijkheidstoets de juridische grondslag, maar de wet.

Aan de andere kant heeft de Nieuwbouwingeregeling wel een belangrijke functie. Immers, gelet op de juridische grondslag voor schadevergoeding zou in juridische zin de conclusie kunnen worden getrokken dat de NAM bereid is om afstand te doen van haar potentiële verweer dat het treffen van de maatregelen niet redelijk geweest is, indien en voor zover het treffen van de maatregelen overeenkomstig de Nieuwbouwingeregeling op voorhand met de NAM is afgestemd. Dat geeft dus in potentie de nodige zekerheid voor opdrachtgevers en ontwikkelaars waar het hun exploitatie betreft, en beperkt de noodzaak tot voorfinanciering van de versterkingsmaatregelen in zekere zin. Zij hoeven dan immers niet achteraf en potentieel jarenlang te discussiëren en procederen over de vraag of het treffen van de versterkingsmaatregelen wel redelijk was, met het risico dat een rechter uiteindelijk tot het oordeel komt dat dat niet het geval is, met alle gevolgen van dien.

Het voorgaande brengt ons tot de vaststelling dat we enerzijds af moeten van het idee dat het bestaan van een Nieuwbouwingeregeling als zodanig cruciaal of zelfs maar noodzakelijk is voor de vergoeding van de kosten die met het treffen van aardbevingsbestendige maatregelen in het kader van nieuwbouw gepaard gaan. Anderzijds moeten de functie en het nut van de Nieuwbouwingeregeling ook worden onderkend. De vraag die rijst is echter of de Nieuwbouwingeregeling haar functie als 'invulling' van de redelijkheidstoets uit art. 6:184 BW wel adequaat vervult, of dat er ruimte voor verbetering is.

6 Legitimiteit van de Nieuwbouwingeregeling

6.1 De werkwijze en toetsing van aanvragen onder de Nieuwbouwingeregeling

Het is de moeite waard om nader te bezien hoe het proces rondom toetsing van een aanvraag tot vergoeding van verster-

kingsmaatregelen aan de Nieuwbouwingeregeling verloopt, wil men potentiële verbeteringen signaleren. Zoals gezegd moeten aanvragen inmiddels sinds medio januari 2019 bij de NCG worden ingediend, maar is het nog steeds de NAM die de aanvragen inhoudelijk beoordeelt. Volgens de website van de NCG²⁵ gelden daarbij de volgende 'basisvoorwaarden':²⁶

1. Het bouwplan is vergunningsplichtig.
2. De bouwsom is hoger dan € 33.000 (exclusief btw).
3. De uitbreiding (nieuwbouw) is een zelfstandige uitbouw of aanbouw, die constructief onafhankelijk is van de bestaande bouw. Het gaat dus niet om een interne uitbreiding aan een bestaand pand.
4. Constructieberekeningen zijn gemaakt op basis van de meest recente versie van de Nederlandse Praktijk Richtlijn (NPR 9998).
5. De PGA-waarde²⁷ is volgens de NPR-webtool bij een herhalingstijd van 475 jaar in het jaar van oplevering/ingebruikname gelijk of hoger dan 0.05g.
6. De aanvrager is zelf opdrachtgever of planontwikkelaar voor de nieuwbouw.
7. De regeling is bedoeld voor projecten die nog niet in uitvoering zijn genomen, en waarbij de opdrachtgever van tevoren rekening heeft gehouden met de NPR 9998.

6.2 Nadere beschouwing van de voorwaarden van de Nieuwbouwingeregeling

Uit deze voorwaarden blijkt dat er een forse beperking van het aantal gevallen wordt aangebracht die op grond van art. 6:177 jo. art. 6:184 BW tot een vergoeding door de NAM zouden moeten leiden. Immers, niet valt in te zien waarom enkel maatregelen vergoed zouden moeten worden ter zake van vergunningsplichtige bouwwerken die meer kosten dan € 33.000 exclusief btw: de wet maakt dat onderscheid niet.

Maar ook voor de 'grotere' bouwwerken die aan voorwaarden 1 en 2 voldoen, gelden beperkingen. Immers, voorwaarden 4, 5 en 7 houden in dat vergoeding enkel plaats zal vinden onder strikte voorwaarden, waarbij toetsing aan de meest recente NPR de meest in het oog springende is.

In de praktijk leidt dat namelijk nogal eens tot discussie. Het is van belang om in het oog te houden dat het afhandelen van een aanvraag, zeker wanneer het gaat om meer omvangrijke of complexe bouwprojecten, geen kwestie is van een paar maanden. Vaak gaat er substantieel veel tijd overheen, waarbij allerlei voortschrijdende inzichten leiden of noodzaken tot wijzi-

25. Zie www.nationaalcoordinatorgroningen.nl/onderwerpen/nieuwbouwingeregeling/voorwaarden.

26. Hoewel de term 'basisvoorwaarden' de suggestie wekt dat er dus ook nog andere (rand)voorwaarden zouden gelden, heeft de NCG desgevraagd aan ons te kennen gegeven dat er feitelijk geen andere voorwaarden zouden gelden.

27. Dit is de 'Peak Ground Acceleration' ofwel 'piekgrondversnellingswaarde', een internationale standaard om uit te drukken wat de seismische dreiging in een bepaald gebied is op basis van de maximale grondversnelling en de 'herhalingstijd' (ofwel overschrijdingskans) in relatie tot het verwachte moment van oplevering/ingebruikname.

gingen van ontwerp en/of werkwijzen, terwijl er geen peildatum wordt gehanteerd voor de beoordeling van de aanvraag. Daar komt nog bij dat de NPR sinds 2015 inmiddels tweemaal is 'geactualiseerd', waarbij de uitgangspunten en berekeningen – wellicht niet geheel toevallig – steeds iets minder rigide zijn geworden waar het het risico op beschadigingen van constructieve onderdelen van gebouwen betreft, waardoor feitelijk minder versterkingsmaatregelen noodzakelijk zullen zijn. Daarmee is het zeer wel mogelijk – en in de praktijk gebeurt dat ook – dat een ontwerp hangende de aanvraag onder de Nieuwbouwwetgeving weer aangepast moet worden, omdat de (ontwerp)uitgangspunten die tot dat ontwerp en de daarin opgenomen constructie hebben geleid inmiddels door een nieuwe versie van de NPR achterhaald zijn.

Natuurlijk beseffen wij dat het steviger bouwen dan noodzakelijk leidt tot substantiële meerkosten die strikt genomen wellicht niet noodzakelijk zijn, omdat de risico's die daarmee gemitigeerd zouden moeten worden in werkelijkheid niet meer (lijken te) bestaan of daartoe in elk geval geen aanleiding meer geven. In zoverre is het dan ook niet verwonderlijk dat de NAM een dergelijke kapitaalvernietiging probeert te voorkomen door aan de meest recente NPR te toetsen. Dat herzien van uitgangspunten en toetsingskaders heeft evenwel ook tot gevolg dat het uiteindelijk van start kunnen met een bouwproject nogal eens wordt vertraagd: het ontwerp moet immers worden aangepast, wil men op voorhand verzekerd zijn van vergoeding van de kosten. Er moeten dus nadere ontwerpkosten worden gemaakt, daaromtrent moet advies worden ingewonnen, en men loopt zeker in de huidige tijd het risico op forse (prijs)stijgingen van de bouwkosten als een project later van start kan gaan, onder meer door prijsindexatie en de in de markt bestaande schaarste aan bouwmaterialen en vakmensen.²⁸ Kortom: die hele gang van zaken zorgt ervoor dat de stichtingskosten van een bouwproject als zodanig fors toenemen, ook als uiteindelijk géén versterkingsmaatregelen (hoeven te) worden getroffen. Het is naar ons oordeel daarom zaak ook al die extra (aanpassings)kosten voor vergoeding in aanmerking te laten komen. Dat geldt te meer indien een constructie volgens de op het moment van aanvraag geldende NPR versterkt zou moeten worden, maar vanwege een actualisering van de NPR op het moment van beoordelen van de aanvraag niet meer.

Een en ander hangt direct samen met het praktische probleem dat bij het (al dan niet) treffen van aardbevingsbestendige maatregelen bij nieuwbouw bestaat. Aan de ene kant moet de ontwikkelaar of opdrachtgever naar beste weten en kunnen inschatten of, en zo ja, welke versterkingsmaatregelen redelijkerwijs noodzakelijk zijn, maar aan de andere kant moet deze

zich ook kunnen vergewissen van het antwoord op de vraag of en in hoeverre deze kosten door de NAM zullen worden vergoed. Dat leidt ertoe dat deze te maken kosten niet worden voorgefinancierd zonder dat over de vergoeding daarvan genoegzaam zekerheid is verkregen door de ontwikkelaar of opdrachtgever. Om die reden vindt op voorhand overleg plaats met de NAM omtrent ontwerp en te treffen maatregelen. Immers, zouden de maatregelen simpelweg zijn uitgevoerd (zonder overleg daarover met de NAM), dan zou op basis van de wet enkel achteraf de discussie gevoerd moeten worden of en in hoeverre het treffen van die maatregelen op basis van de op dat moment bekende feiten en gegevens (en dus onder andere de op dat moment vigerende NPR) redelijk was. Als gezegd zou het geval dat komt vast te staan dat het treffen van de maatregelen niet redelijk geweest is, ertoe kunnen leiden dat de exploitatie van het gerealiseerde vastgoed onder zware druk komt te staan.

Enkel indien een ingediend bouwontwerp 'slechts' versterkingsmaatregelen voorstelt waardoor in geval van een (zware) aardbeving de zogenoemde 'grenstoestand Near Collapse' van de NPR wordt bereikt, komt het project in beginsel in aanmerking voor compensatie.²⁹ De NPR onderscheidt echter een drietal grenstoelstanden, waarvan de Near Collapse de *minst* verstrekkende versterkingsmaatregelen vergt. Dit betekent in feite – zoals ook de vertaling suggereert – dat de bouwconstructie die voor de stabiliteit van het gebouw zorgt, na een aardbeving van een bepaalde kracht bijna op instorten staat, en derhalve in zo'n mate, dat een volgende belasting (bijvoorbeeld een naschok) voor instortingsgevaar zal kunnen zorgen. De andere twee grenstoelstanden zijn Significant Damage en Damage Limitation. Ook dit zijn weer Engelse termen waarvan de reikwijdte al op grond van de vertaling in het Nederlands voor de hand ligt: het gaat om respectievelijk significante beschadiging van de bouwconstructie en beperkte schade aan de bouwconstructie. Deze grenstoelstanden vergen derhalve meer ingrijpende versterkingsmaatregelen, die volgens de Nieuwbouwwetgeving niet vergoed worden.

Indien en voor zover de grenstoestand Near Collapse wordt bereikt door middel van een bepaald ontwerp, wordt vervolgens gekeken naar de mate waarin compensatie plaatsvindt. Die compensatie – door de NAM en NCG 'financiële bijdrage'³⁰ genoemd – bestaat uit ofwel een procentuele vergoeding, ofwel een maatwerkvergoeding. Volgens de NCG is het uitgangspunt voor die compensatie een procentuele vergoeding.³¹ De daarvoor gehanteerde percentages zijn gekoppeld aan de berekende PGA-waarde (samenhangend met de geografische locatie van het project), de hoogte van de bouwsom en het type gebouw (bepaald aan de hand van de classificaties uit de NPR) en zijn te vinden op de website van de

28. Volgens cijfers van Bureau Documentatie Bouwkosten (BDB) gaat het om een stijging van 7,5% in 2017 respectievelijk 8,5% in 2018. De verwachting is niet dat deze trend snel af zal vlakken. Zie ook het artikel 'Stijging bouwkosten: alles wat u moet weten' in Cobouw van 28 mei 2018: www.cobouw.nl/bouwbreed/artikel/2018/05/stijging-bouwkosten-alles-wat-u-moet-weten-101261184 (laatst bijgewerkt op 12 maart 2019).

29. Zie www.nationaalcoordinatorgroningen.nl/onderwerpen/nieuwbouwwetgeving/financiele-ondersteuning.

30. Idem.

31. Idem.

NCG.³² Het betreft een forfaitaire vergoeding, waarbij wel aangetoond dient te worden dat de maatregelen daadwerkelijk zijn uitgevoerd en toegepast voordat tot uitbetaling wordt overgegaan. De uiteindelijk daadwerkelijk gemaakte kosten voor die maatregelen zijn voor de vergoeding evenwel niet relevant; dit blijft het percentage zoals vastgesteld aan de hand van de op de website van de NCG genoemde factoren.

De andere wijze van compensatie onder de Nieuwbouwingeregeling betreft de maatwerkvergoeding. In de praktijk komt de maatwerkvergoeding erop neer dat op basis van een expertise-rapport wordt bezien welke maatregelen op grond van de NPR noodzakelijk zijn om in het ontwerp tot een aanvaardbaar risiconiveau te komen. Vervolgens wordt door een kostendeskundige (in opdracht van de NAM) in abstracto becijferd wat die maatregelen zouden mogen kosten. Op basis hiervan sluit de ontwikkelaar of opdrachtgever met de NAM een vaststellingsovereenkomst, waarin het maximale bedrag aan schadevergoeding wordt vastgelegd. Nadat de maatregelen zijn uitgevoerd, kan onder overlegging van bewijs daarvan bij de NAM om betaling worden verzocht van de aldus becijferde c.q. overeengekomen schadevergoeding. Indien de werkzaamheden niet geheel zijn uitgevoerd, wordt het door de NAM uit te keren bedrag naar rato verminderd.

Ook in dit geval zijn de daadwerkelijk gemaakte kosten niet relevant voor de hoogte van het door de NAM uit te keren bedrag. Hierbij is van belang te onderkennen dat het bij de maatwerkvergoeding in wezen gaat om een (aldus overeengekomen) abstracte schadebegroting van de kosten van het treffen van aardbevingsbestendige maatregelen, welke schadevergoeding enkel wordt uitbetaald indien de aardbevingsbestendige maatregelen daadwerkelijk zijn getroffen. Dat kan er in de praktijk toe leiden dat de door de NAM toegekende vergoeding lager is dan het bedrag waarvoor een aannemer bereid kan worden gevonden om de werkzaamheden daadwerkelijk uit te voeren.

6.3 Beperkingen van de Nieuwbouwingeregeling ten opzichte van de wet

Als de Nieuwbouwingeregeling (zoals thans geldend) wordt afgezet tegen de verbintenis van de NAM om de redelijke kosten te vergoeden van redelijke maatregelen ter voorkoming van schade, dan valt het volgende op. Allereerst beperkt de Nieuwbouwingeregeling de schadevergoedingsplicht van de NAM tot vergunningsplichtige bouwwerken duurder dan € 33.000 exclusief btw. Die vergoedingsplicht wordt vervolgens verder beperkt tot enkel de gevallen waarin er volgens de NPR sprake is van de grenstoestand Near Collapse. Een derde beperking is de forfaitaire en abstracte wijze van schadebegroting.

Deze drie beperkingen vloeien niet voort uit de wet en/of regels omtrent wettelijke aansprakelijkheid van de NAM voor de kosten van preventieve maatregelen. Immers, ook voor

goedkope en/of niet-vergunningsplichtige werken kan het van belang (of in de wettelijke terminologie: redelijk) zijn om aardbevingsbestendige maatregelen te treffen. Uiteraard zal het in verhouding om kleine(re) bedragen gaan. Uit de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland blijkt evenwel dat het redelijkerwijs mogen treffen van maatregelen en de redelijkheid van de kosten daarvan geen simpele rekensom zijn in relatie tot de schade die men daardoor verwacht te voorkomen. Voor zover de redenering dus zou zijn dat voor kleinere werken in redelijkheid geen maatregelen getroffen zouden moeten worden, kan daartegen in worden gebracht dat het enkele economisch onrendabel zijn ervan nog geen alleszeggend gegeven is voor de aansprakelijkheid van de NAM en de daaruit voortvloeiende schadevergoedingsplicht.

Ook de beperking tot de grenstoestand Near Collapse volgt niet uit de wet. Volgens de Nieuwbouwingeregeling worden enkel maatregelen vergoed die beogen te voorkomen dat een gebouw na een aardbeving bijna instort, maar maatregelen ter voorkoming van significante beschadigingen aan de constructie door aardbevingen zijn daardoor niet gedekt. Wederom is er vanuit een economisch perspectief wellicht iets voor dit onderscheid te zeggen (de NPR zegt over de grenstoestand Significant Damage niet voor niets: 'het is waarschijnlijk vanuit economisch perspectief onrendabel over te gaan tot herstel'³³), maar dat is ook hier niet doorslaggevend. Bovendien laat het zich niet lastig voorstellen dat ook bijvoorbeeld de grenstoestand Significant Damage tot (gevolg)schade kan leiden, waarvoor de NAM wel c.q. ook aansprakelijk is op grond van art. 6:177 BW en welke schade de TCMG nu afhandelt. Waarom het dan – in algemene zin – niet redelijk zou zijn om preventieve maatregelen daarvoor te treffen, valt niet in algemene zin te zeggen. Waarom de Nieuwbouwingeregeling dergelijke gevallen uitsluit daarom evenmin. Die vraag dringt zich overigens mede op in het licht van het mogelijke voordeel voor de NAM, bestaande uit het mogelijk overbodig zijn van toekomstige vergoeding van verdere (gevolg)schade.

Tot slot is de derde beperking vanuit schadevergoedingsrechtelijk perspectief enigszins merkwaardig. Wij menen dat het in het kader van het berekenen van de schade als bedoeld in art. 6:184 BW meer voor de hand ligt om van een concrete schadeberekening uit te gaan, nu – vooralsnog – niemand verplicht is om aardbevingsbestendige maatregelen te treffen bij nieuwbouw, noch dat alle nieuwbouw moet voldoen aan de NPR. Dat betekent dus dat de schade die ex art. 6:184 BW voor vergoeding in aanmerking komt, in feite voortkomt uit niets meer dan een keuze van de opdrachtgever of ontwikkelaar.³⁴ Bij andere gevallen waarbij de schade abstract begroot wordt, is daarvan geen sprake. Bij zaakschade is het natuurlijk uiteindelijk wel een keuze om een beschadiging al dan niet te herstellen, maar op zichzelf staat buiten kijf dat herstel nood-

32. Zie www.nationaalcoordinatorgroningen.nl/onderwerpen/nieuwbouwingeregeling/financiele-ondersteuning/procentuele-vergoeding.

33. Vgl. de NPR 9998:2018 nl, p. 28.

34. Uiteraard moet die keuze wel redelijk zijn, wil er een aanspraak op vergoeding van de versterkingskosten ontstaan.

zakelijk is om de beschadiging ongedaan te maken. Dat herstel kan op abstracte wijze worden begroot. Bij de vergoeding van nog te nemen versterkingsmaatregelen, hetgeen in feite schadepreventie betreft, wordt de schade echter enkel geleden indien de preventieve maatregelen daadwerkelijk zijn genomen. Daarom, maar ook vanwege het wisselende en onverplichte karakter van de NPR, zou het volgens ons passender zijn om aan te sluiten bij een concrete schadeberekening.

6.4 De afwijking van aanspraken onder de Nieuwbouwregeling nader beschouwd

De aanspraak op schade ex art. 6:184 BW is in wezen gebaseerd op een bepaalde veronderstelling waar het de vergoeding van (nog te nemen) versterkingsmaatregelen bij nieuwbouw betreft: op dat moment en tegen de achtergrond van de op dat moment beschikbare feiten en gegevens moet het redelijk zijn om preventieve maatregelen te treffen. Als nadien, nog wel vóór 'start bouw', blijkt dat op grond van een tussentijds verschenen nieuwe NPR die maatregelen toch niet getroffen hoeven te worden, zouden opdrachtgevers alsnog kunnen afzien van het treffen van de maatregelen. Het niet treffen van de maatregelen zal doorgaans immers tijdswinst opleveren. Als gezegd wordt in dat geval geen schade geleden, en hoeft dus geen vergoeding meer plaats te vinden.

Daarbij moet overigens en voor de goede orde worden opgemerkt dat het toetsmoment voor de redelijkheid c.q. vergoeding van versterkingsmaatregelen over het algemeen pas gelegen zal zijn op het moment waarop de vaststellingsovereenkomst daadwerkelijk wordt gesloten. Echter, de procedure van aanvraag onder de Nieuwbouwregeling tot een gesloten vaststellingsovereenkomst kan vele maanden duren. Als de versterkingsmaatregelen nog niet zijn genomen en tussentijds bijvoorbeeld door het verschijnen van een nieuwe NPR nieuwe inzichten ontstaan, betekent dat, in onze ervaring, in veel gevallen dat de NAM zich – bij nader inzien en met terugwerkende kracht – op het standpunt zal stellen dat het onredelijk is om maatregelen te treffen, en dat als de opdrachtgever de soms zelfs (op grond van de vorige NPR) al volledig doorgerekende (maar nog niet uitgevoerde) versterkingsmaatregelen daadwerkelijk zal nemen, deze voor zijn rekening komen. De NAM is in zulke gevallen slechts bereid om de door haar als redelijk aangemerkte extra (ontwerp-/aanpassings)kosten te vergoeden.

Dat de schade concreet dient te worden berekend, heeft ook gevolgen voor de wijze waarop de schade zou moeten worden afgewikkeld. Als gezegd gaat de NAM nu uit van een forfaitair bedrag aan 'redelijke meerkosten'. De praktijk laat zien dat dat wat anders is dan de 'daadwerkelijk gemaakte meerkosten' voor redelijke maatregelen. De NAM meent kennelijk dat er te dure aannemers ingeschakeld worden waar het ook goedkoper zou kunnen, en laat derhalve in abstracto de kosten voor de te treffen maatregelen becijferen door een kostendeskundige. Of de maatregelen echter ook daadwerkelijk zouden kunnen worden getroffen voor het aldus becijferde bedrag, vormt

geen onderdeel van de beoordeling. In wezen wordt dus niet getoetst of de daadwerkelijk gemaakte of daadwerkelijk te maken kosten als zodanig redelijk zijn.

De Nieuwbouwregeling schiet op dit onderdeel wat ons betreft tekort. De Nieuwbouwregeling vermengt namelijk een abstracte en concrete schadeberekening voor eenzelfde schadepost: eerst worden de te vergoeden kosten voor de versterkingsmaatregelen forfaitair vastgesteld (procentueel of op basis van de redelijke meerkosten), maar vervolgens wordt getoetst of de maatregelen, waarvoor de vergoeding is vastgesteld, ook daadwerkelijk zijn genomen. Zo niet, dan keert de NAM niet (of slechts gedeeltelijk) uit. De grondslag voor die werkwijze is te vinden in de vaststellingsovereenkomst(en) die de NAM met gelaedeerden pleegt te sluiten, maar dat doet niet af aan de waarneming dat daarmee een zekere beperking op de vergoedingsplicht uit de wet wordt gecreëerd. Op zichzelf is dat – gelet op wat wij hiervoor al opmerkten over de abstractie die van deze schadepost uitgaat – in feitelijke zin wel begrijpelijk, maar juridisch is het wat ons betreft niet geheel zuiver. Het is van tweeën één: of de schade wordt abstract begroot, of deze wordt concreet begroot. Zoals wij hiervoor al aangaven, is de aard van de schade meer in overeenstemming met een concrete schadeberekening dan een abstracte forfaitaire wijze van schadeberekening.

6.5 Tussenconclusie

Onze tussenconclusie is op basis van het voorgaande dat de Nieuwbouwregeling ook voor die specifieke gevallen die erdoor worden bestreken het recht op schadevergoeding feitelijk beperkt. In zekere zin worden ook die gevallen – die op zichzelf het geluk hebben het juridische gevecht over redelijkheid niet met de NAM aan te hoeven gaan – overgeleverd aan de discretie van de NAM en haar kostendeskundigen.

De vraag is of een dergelijke situatie gelet op de gewenste (rechts)zekerheid voor opdrachtgevers en ontwikkelaars wenselijk is. Hoewel wij begrip kunnen opbrengen voor het feit dat de NAM een regeling maakt die de afhandeling van de schadeverzoeken probeert te stroomlijnen, moet dat doel niet gepaard gaan met een onbillijke en onrechtvaardige afhandeling van de schades en geen (feitelijke) afbreuk doen aan het recht op vergoeding van de schade van een gelaedeerde op grond van de wet. Zoals uit het voorgaande blijkt, is dat naar onze mening met de huidige Nieuwbouwregeling wel het geval. Onze ervaring is bovendien dat de NAM verzoeken om vergoeding van aardbevingsbestendige maatregelen die niet aan de Nieuwbouwregeling voldoen überhaupt niet in behandeling neemt, althans afwijst. In zoverre zorgt deze constellatie van feiten ervoor dat de wettelijke rechten van gelaedeerden feitelijk worden ingeperkt. Tel daarbij op dat men (ten onrechte) veronderstelt dat het bestaan van een Nieuwbouwregeling noodzakelijk zou zijn om te kunnen komen tot aardbevingsbestendige nieuwbouw (althans tot vergoeding van de kosten voor aardbevingsbestendige maatregelen), en de con-

clusie dringt zich op dat dit systeem grondig herzien zal moeten worden.

6.6 *Eigen schuld?*

Tot slot brengen wij in dit verband nog in herinnering dat, zoals wij eerder al opmerkten, het versterken van een constructie – of dat nu conform de NPR en/of Nieuwbouwingregeling gebeurt of niet – op dit moment niet verplicht is. De keuze om niet te versterken kan ook een realistische en redelijke keuze zijn en wij kennen als gezegd ook concrete gevallen waarin projectontwikkelaars hebben afgezien van het treffen van versterkingsmaatregelen. Voor het geval ervoor wordt gekozen om niet te versterken, maar er nadien schade (aan het gebouw of anderszins) optreedt die door versterking voorkomen had kunnen worden, ligt het voor de hand dat de NAM een beroep op eigen schuld ex art. 6:101 BW zal overwegen. Dat de NAM zich bewust is van dit mogelijke verweer blijkt wel uit het feit dat zij, op verzoek van de minister van Economische Zaken en Klimaat,³⁵ thans ook aan projectontwikkelaars die een ontvankelijke ‘aanvraag’ zouden kunnen doen onder de Nieuwbouwingregeling de optie biedt om juist af te zien van het toepassen van de NPR bij de nieuwbouw en in plaats daarvan te opteren voor ‘versterken achteraf’. In dat geval is de NAM namelijk bereid om op voorhand afstand te doen van haar beroep op de hiervoor bedoelde eigen schuld en bovendien te bevestigen dat zij tot vergoeding van de kosten van eventuele toekomstige versterking zal overgaan, wanneer zij op grond van de dan geldende regelgeving aansprakelijk is voor die versterkingsoperatie achteraf. Sprake is kennelijk van een stimuleringsmaatregel om bij nieuwbouw juist niet meteen te versterken, maar achteraf – indien en voor zover die versterking te zijner tijd dan nog noodzakelijk zal worden geacht (op basis van de dan geldende inzichten). Gelet op het feit dat het duurder is om een bestaand gebouw te versterken dan de versterkingsmaatregelen meteen al bij de nieuwbouw te implementeren, zou men in zoverre dus beter kunnen kiezen voor ‘versterken vooraf’ in plaats van ‘achteraf’.

Wij signaleerden hiervoor echter al dat de NPR steeds minder stringent wordt. Als gevolg daarvan kan worden verwacht dat er in de toekomst steeds minder nieuwbouw versterkt hoeft te worden en de te treffen versterkingsmaatregelen steeds minder ingrijpend worden. Het kan voor de NAM op grotere schaal dus wel degelijk voordeliger uitpakken om ontwikkelaars en opdrachtgevers te stimuleren om niet al bij de nieuwbouw te versterken, maar achteraf op basis van de dan geldende NPR. De ratio daarin lijkt dus gelegen in de kennelijke gedachte dat het tegen die tijd met de noodzaak van het achteraf versterken van nieuwbouw zo’n vaart niet zal lopen, en dat men dus simpelweg minder gebouwen hoeft te versterken. Zodoende zou het in een individueel geval dus duurder, maar in het grotere geheel goedkoper kunnen zijn om versterkingsmaatregelen uit te stellen, althans uitstel te stimuleren.

35. Zie www.nationaalcoordinatorgroningen.nl/onderwerpen/nieuwbouwingregeling/versterken-achteraf.

Voor projecten die onder de Nieuwbouwingregeling vallen, biedt de afstand van het beroep op eigen schuld dus een uitkomst. Voor projecten die daar niet onder vallen niet: in die gevallen wordt een dergelijke bevestiging of erkenning niet gedaan. Desondanks laat het zich ook in die gevallen moeilijk voorstellen dat de NAM zich met succes op eigen schuld kan beroepen. Juist als een project volgens haar niet onder de Nieuwbouwingregeling valt, zou versterking ook volgens de NAM immers niet noodzakelijk (en dus niet redelijk) zijn, althans vergoedt zij de daarmee samenhangende kosten niet. Dat de NAM de eigenaar van het gebouw dan later via een eigenschuldverweer dan toch zou kunnen verwijten het gebouw niet vooraf (en op eigen kosten) te hebben versterkt, achten wij niet kansrijk.

7 Conclusie

Waar de schadeafhandeling in het gasdossier al in algemene zin voor de nodige juridische en feitelijke hoofdbrekens zorgt, geldt dat te meer voor de vergoeding van de te treffen versterkingsmaatregelen. De complexiteit van het onderwerp houdt verband met de bestaande onzekerheid en onduidelijkheid ten aanzien van het risico dat de versterkingsmaatregelen beogen te elimineren, hetgeen van belang is in het kader van (een oordeel omtrent) de redelijkheid van eventueel nog te treffen versterkingsmaatregelen. Dat maakt deze schadepost in zekere mate theoretisch en afhankelijk van (ontwerp)keuzes die gemaakt worden.

Duidelijk is in elk geval dat een wettelijke grondslag valt aan te wijzen voor de aansprakelijkheid en vergoedingsplicht van de NAM ten aanzien van redelijke kosten voor redelijke versterkingsmaatregelen. Het is een misvatting dat daarvoor een specifieke regeling als de Nieuwbouwingregeling noodzakelijk is. Wel is het zo dat de Nieuwbouwingregeling voor de daarin geregelde gevallen faciliterend werkt en in beginsel – voor de daaronder vallende situaties – enige mate van rechtszekerheid biedt voor ontwikkelaars en opdrachtgevers, en daarmee bevordert dat versterkingsmaatregelen daadwerkelijk kunnen worden genomen zonder deze te hoeven voorfinancieren.

Dat betekent echter niet dat er geen verbetering in de beoordeling en afhandeling van vergoedingsaanvragen van te treffen versterkingsmaatregelen mogelijk – en ook geboden – is. Dit gelet op het feit dat de Nieuwbouwingregeling op minder gevallen betrekking heeft dan de wettelijke uitgangspunten en zij beperkingen aanbrengt waar het de schadeberekening betreft die niet stroken met de wettelijke vergoedingsplicht.

Er valt te signaleren dat de NAM in de voorbereidingsfase van een nieuwbouwproject op dit moment in de praktijk vaak een zekere machtspositie bekleedt, waarin zij feitelijk bepaalt of, en zo ja, welke versterkingsmaatregelen met inachtneming van de NPR voor vergoeding in aanmerking komen en op welke manier. Het is ondoenlijk voor de praktijk om op voorhand de vraag of eventueel te treffen maatregelen redelijk zijn uit te procederen, nu dat zou betekenen dat nieuwbouwprojecten

jarenlang zouden komen stil te liggen. Dat maakt dat een ontwikkelaar die het niet (geheel) eens is met het oordeel van de NAM, enkel nog zijn toevlucht kan zoeken tot ofwel het ‘op goed geluk’ treffen van versterkingsmaatregelen in de hoop dat deze achteraf alsnog blijken te moeten worden vergoed, ofwel het ‘op zeker spelen’ door gewoonweg geen (niet-vergoede) versterkingsmaatregelen te treffen. Wij denken dat die ontwikkelaar over het algemeen voor de laatste optie zal kiezen, te meer nu als gezegd de aansprakelijkheid van de NAM niet snel beperkt zal worden door een geslaagd beroep op eigen schuld wegens het niet hebben getroffen van (niet-vergoede) versterkingsmaatregelen.

Het is daarom zaak te komen tot een evenwichtiger machtsverdeling in het kader van de vergoeding van versterkingsmaatregelen voor nieuwbouw. Dat kan door een (publiekrechtelijke) regeling in te stellen die leidt tot een legitieme, doelmatige en adequate afwikkeling van de vergoeding voor versterkingsmaatregelen.

8 Vooruitblik naar een nieuwe regeling

Zoals we al aangaven, is het de bedoeling dat een dergelijke regeling per 1 juli 2019 het levenslicht zal zien. Hoe die regeling eruit komt te zien, is vooralsnog niet bekendgemaakt. Wel is aannemelijk dat de NAM niet langer rechtstreeks betrokken zal zijn bij de vergoeding van versterkingsmaatregelen, nu een nieuwe regeling hoogstwaarschijnlijk op termijn zal resulteren in het creëren van een exclusieve bevoegdheid van de Staat om over dergelijke vergoedingsaanvragen te oordelen (gecombineerd met een uitsluiting van competentie van de burgerlijke rechter). Ten aanzien van de grondslag en wijze van vergoeding van versterkingsmaatregelen bestaan verschillende mogelijkheden. Hierna zullen wij vooruitblikkend een paar mogelijkheden verkennen.

Een mogelijkheid is om een regeling in het leven te roepen die gelijksoortig is aan de regeling die geadviseerd wordt³⁶ ter zake van de waardedaling van woningen in het aardbevingsgebied.³⁷ Het nadeel van een dergelijke regeling voor kosten met betrekking tot versterkingsmaatregelen is dat – zoals gezegd – de aard van die kosten maakt dat deze schade zich moeilijk leent voor een forfaitaire en abstracte benadering. Dat klemmt te meer nu er mogelijk ook een vergaande differentiatie zal zijn naargelang het moment waarop de nieuwbouw beoogd is aan te vangen, nu de uitgangspunten voor de versterkingsmaatregelen (zoals de NPR) geen absolute en vaststaande gegevens zijn, maar inschattingen op basis van feitelijke gegevens die aan verandering onderhevig zijn. Een generieke regeling die voor nieuwbouwprojecten geldt waarvan de start bouw (bijvoor-

beeld) voorzien is tussen nu en 2030 laat zich om die reden lastig voorstellen.

Een alternatief daarvoor zou kunnen zijn – vanuit de aan art. 6:184 lid 2 BW ten grondslag liggende gedachte – dat de Staat de versterkingsmaatregelen als het ware ‘voorfinanciert’ en de kosten daarvoor ‘aan de achterkant’ afwikkelt met de NAM. Dat zal in elk geval faciliterend kunnen zijn voor de opdrachtgevers en ontwikkelaars, maar voorkomt niet dat in dat geval de Staat – om zijn risico in te kunnen schatten – ook zal moeten beoordelen of de te nemen maatregelen redelijk zijn (en daarmee in hoeverre de voor te financieren kosten als schade bij de NAM verhaald kunnen worden). De dubbele redelijkheidstoets blijft als zodanig dus van toepassing. Om die reden is het dan ook geen automatisme dat een dergelijke regeling tot een ‘ruimhartiger vergoedingsbeleid’ zal leiden, zoals de TCMG thans toepast bij het uitkeren van vergoedingen voor fysieke schade. Uiteraard kan de Staat er wel voor kiezen dergelijk beleid naar analogie te implementeren in een nieuwe regeling voor vergoeding van versterkingsmaatregelen.

Een derde mogelijkheid is om het treffen van versterkingsmaatregelen in het Bouwbesluit verplicht te stellen door – bijvoorbeeld – het daarin opnemen van de NPR. Dat levert enerzijds zekerheid op omtrent de noodzaak en redelijkheid daarvan, maar ontnemt anderzijds aan de in dat verband te maken kosten wellicht het causale verband met de gaswinning; het treffen van de versterkingsmaatregelen is dan immers al noodzakelijk om te voldoen aan vergunningsvoorschriften. Dat ongewenste neveneffect zou kunnen worden ondervangen door voor de vergoeding van versterkingsmaatregelen bij nieuwbouw een soort subsidieregeling op te tuigen. Dit vergt echter wel duidelijke afspraken tussen de Staat en de NAM, omdat de kosten voor versterkingsmaatregelen – waarvoor de NAM naar huidig recht in beginsel aansprakelijk is – in het andere geval volledig voor rekening van de Staat zullen komen.

Kortom: er zijn meerdere wegen die naar Rome leiden en de wijze waarop de toekomstige regeling vorm krijgt, is afhankelijk van keuzes die meer politiek dan juridisch-dogmatisch van aard zijn. Duidelijk is in elk geval wel dat overheidsbemoediging vereist zal zijn om een legitieme, doelmatige en adequate afwikkeling te bewerkstelligen.

9 Ter afronding

Bij dit alles speelt ten slotte mede een rol dat de gaswinning naar huidige inzichten zal verminderen en uiteindelijk op afzienbare termijn, naar verwachting in 2030, in het geheel zal zijn beëindigd.³⁸ Tegen die achtergrond rijst de vraag in hoeverre het wel verantwoord is – afgezet tegen het huidige bevestigingsrisico (dat gelet op de aardbeving van 22 mei jl. bepaald

36. Te raadplegen via www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/publicaties/2019/04/24/advies-waardedaling-woningen-aardbevingsgebied-groningen/Advies+waardedaling+woningen+aardbevingsgebied+Groningen.pdf.

37. Zie over deze schadepost uitgebreid het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:618.

38. Zie www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2018/03/29/kabinet-einde-aan-gaswinning-in-groningen, en de brief van minister Wiebes aan de Kamer van 29 maart 2018, te raadplegen via www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/kamerstukken/2018/03/29/kamerbrief-over-gaswinning-groningen/kamerbrief-over-gaswinning-groningen.pdf.

niet 'nul' is) en het na 2030 nog resterende 'restrisico' – om ingrijpende en kostbare versterkingsmaatregelen bij nieuwbouw te treffen, die dus enigszins gechargeerd slechts voor de eerste tien 'levensjaren' van het gebouw noodzakelijk zullen zijn. Nieuwbouw wordt natuurlijk niet gepleegd voor tien jaar, maar voor een veel langere termijn. Is het dan wel redelijk om de kosten van versterkingsmaatregelen volledig te maken en vergoeding daarvan te verlangen?

Het antwoord op deze vraag hebben wij uiteraard ook niet, maar het enkele bestaan ervan geeft al aan dat de vergoeding van versterkingsmaatregelen voor nieuwbouwprojecten complex is en voorlopig ook zal blijven. Het is bij het formuleren van een regeling ter afhandeling en afwikkeling van dergelijke vergoedingen echter zaak om niet uit het oog te verliezen dat het vergoeden van aardbevingsbestendige maatregelen bij nieuwbouw in beginsel geen gunst, maar een wettelijke verplichting is. In zoverre zal deze schadepost naar onze mening ruimhartig, rechtvaardig en in beginsel met toepassing van de civielrechtelijke aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrechtelijke normen moeten worden vergoed om daadwerkelijk een deugdelijke regeling te kunnen zijn.

Wij zijn in elk geval zeer benieuwd naar de aanstaande publiekrechtelijke regeling en zullen de ontwikkelingen op de voet volgen. De verwachting is dat deze regeling op zeer korte termijn verder vorm gaat krijgen, nu de huidige Nieuwbouwregeling op 1 juli 2019 afloopt. We staan dus met recht aan de vooravond van een nadere evolutie, of zal het zelfs een revolutie blijken te zijn?