



Bart-Jan Walraven
advocaat

Aan het bestuur van de Stichting Vrienden van de Kuip
Pieterskerkhof 24
2311 ST LEIDEN

Postbus 23434
3001 KK Rotterdam
T +31 6 25 53 97 85
F +31 84 87 25 365
info@walraven.legal
www.walraven.legal

Per mail:

Betreft: Juridische beoordeling van de Overeenkomst inzake Geluidsrechten tussen de gemeente Rotterdam en Stadion Feijenoord N.V.

Rotterdam, 17 juni 2024

Geacht bestuur,

Op 25 april 2024 sloten de gemeente Rotterdam en Stadion Feijenoord N.V. de 'Overeenkomst inzake Geluidrechten'. De inhoud van deze overeenkomst is niet bekend, er is slechts een zakelijke beschrijving beschikbaar van de overeenkomst. U verzocht mij om aan de hand van die beschrijving een eerste beoordeling te geven van de juridische houdbaarheid van deze overeenkomst en van wat met die overeenkomst wel en niet zou kunnen worden bereikt. Dat doe ik in het navolgende.

1. Inhoud van de overeenkomst volgens zakelijke beschrijving

Volgens de zakelijke beschrijving houdt de overeenkomst het volgende in.

"Stadion Feijenoord N.V. zal afzien van haar geluidrechten, dat wil zeggen het recht van Stadion Feijenoord N.V. binnen haar milieuvergunning om twaalf incidentele (pop)muziekevenementen en dance-evenementen per kalenderjaar te organiseren. Als compensatie betaalt de Gemeente het Stadion Feijenoord N.V. een bedrag van 11.800.000 euro. Deze betaling moet in beginsel uiterlijk op 30 juni 2024 voldaan zijn."

Pagina 1 van 7



Bart-Jan Walraven
advocaat

De veronderstelling die hieraan ten grondslag ligt, is dat de twaalf incidentele (pop)muziekevenementen in De Kuip zouden leiden tot een te hoge geluidbelasting van de woningen die de gemeente rond De Kuip wil realiseren en dat er dan kostbare maatregelen zouden moeten worden getroffen aan de woningen om te bewerkstelligen dat in de woningen een acceptabele situatie ontstaat qua geluidsbelasting. De gemeente zou de noodzaak tot het treffen van die maatregelen afkopen door met Stadion Feijenoord af te spreken dat de muziekevenementen niet meer plaatsvinden.

2. Zijn woningen rond De Kuip en twaalf muziekevenementen onverenigbaar?

De vraag is dan of deze veronderstelling juist is. In het milieurecht wordt al jaren een onderscheid gemaakt tussen de Representatieve Bedrijfssituatie (RBS) en incidentele activiteiten. In het Activiteitenbesluit milieubeheer, dat tot 1 januari 2024 algemene milieuregels bevatte voor het overgrote deel van de bedrijven ("inrichtingen") was bepaald dat de geluidgrenswaarden die in het Activiteitenbesluit, niet golden voor festiviteiten met een maximum van twaalf dagen per kalenderjaar. Incidentele bedrijfssituaties met een hogere geluidbelasting waren dus op die manier toegestaan (artikel 2.21 Activiteitenbesluit).

Met de inwerkingtreding van de Omgevingswet op 1 januari 2024 is geluid niet meer landelijk geregeld, maar is beoogd om gemeenten daarbij veel meer vrijheid te geven. Gemeenten kunnen in het omgevingsplan, de opvolger van de gemeentelijke bestemmingsplannen, zelf regelen wat ze aanvaardbaar vinden. Er gelden nog wel grenzen, maar daarbinnen is veel meer ruimte voor flexibiliteit.

Onder de Omgevingswet zijn de landelijke geluidsregels verhuisd naar de zogeheten Bruidsschat. Dat is het tijdelijk deel van het omgevingsplan dat geldt zolang gemeenten zelf nog geen invulling hebben gegeven aan de mogelijkheden die ze onder de Omgevingswet hebben.

In artikel 22.73 van de Bruidsschat is artikel 2.21 Activiteitenbesluit overgenomen. De mogelijkheid om voor maximaal twaalf dagen per kalenderjaar af te wijken van de geluidgrenswaarden geldt dus nog steeds, tot het moment waarop een gemeente gebruik maakt van de mogelijkheid om het omgevingsplan op dit onderdeel te wijzigen. Zo'n wijziging kan inhouden dat de afwijking gedurende minder dagen is toegestaan, maar ook dat er juist meer kan worden afgeweken.

In een artikel in het Algemeen Dagblad van 12 juni 2024 stond het volgende.

"De gemeente Rotterdam wil voor 12 miljoen euro de concerten in De Kuip 'afkopen', om zo woningbouw in de omgeving makkelijker te maken. Maar volgens experts is deze omstreden deal helemaal niet nodig. En in Eindhoven bouwen ze ook gewoon naast het PSV-stadion.

Het standpunt van de experts van Informatiepunt Leefomgeving staat haaks op wat de gemeente Rotterdam tot nu toe heeft gemeld. Volgens dit kenniscentrum van de rijksoverheid



Bart - Jan Walraven
advocaat

is het goed mogelijk in de buurt van een stadion woningen te bouwen, ook als daar een paar keer per jaar concerten worden gehouden. Dan is het echt niet nodig om dure geluidsisolerende maatregelen te treffen.

De gemeente heeft namelijk de bevoegdheid om een uitzondering te maken op de wettelijke geluidseisen die gelden binnen een woning. „Zolang deze festiviteiten maximaal twaalf etmalen per jaar voorkomen. En dat kan betrekking hebben op een concert in een stadion”, zegt een woordvoerder van het Informatiepunt Leefomgeving.”

Die weergave komt overeen met wat ik hiervoor heb aangegeven. Het Informatiepunt Leefomgeving, dat in dit artikel werd aangehaald, is ook een betrouwbare bron. Wethouder Zeegers zag echter aanleiding om in een brief aan de gemeenteraad van 13 juni 2024 “één en ander recht te zetten”.

In deze brief zegt zij dat woningbouw realiseren terwijl concerten in de Kuip blijven planologisch alleen mogelijk zou zijn wanneer bij de nieuwbouwwoningen voldoende geluidsisolerende maatregelen zijn getroffen. Dat veronderstelt dat hier sprake is van een noodzakelijkheid, maar zo ligt het niet. De gemeente Rotterdam heeft hier een keuze in. Er staat nu in het tijdelijk deel van het omgevingsplan van Rotterdam dat gedurende maximaal twaalf dagen kan worden afgeweken van de geluidgrenswaarden. De gemeente kan ervoor kiezen om dat in te perken, maar de gemeente kan er ook voor kiezen om dat juist uit te breiden. Het lijkt mij niet juist om een keuze die daarin wordt gemaakt, te presenteren als een noodzakelijkheid. Dat is geen zuivere weergave.

De vraag die dan rijst, is waarom deze overeenkomst nu eigenlijk wordt gesloten? Wat is de werkelijke reden om dit te doen?

3. Mag wat het omgevingsplan toestaat privaatrechtelijk worden verboden?

Zoals hiervoor is aangegeven, geldt nu in Rotterdam de mogelijkheid om gedurende maximaal twaalf dagen af te wijken van de geluidgrenswaarden van het omgevingsplan en dus om maximaal twaalf muziekevenementen in de Kuip te houden waarbij niet wordt voldaan aan geluidgrenswaarden op omliggende woningen. De vraag is dan of de Gemeente Stadion Feijenoord dan wel door middel van een privaatrechtelijke overeenkomst kan verbieden om van die publiekrechtelijke mogelijkheid gebruik te maken, waarbij ik ervan uitga dat de strekking van de overeenkomst zal zijn dat Stadion Feijenoord geen muziekevenementen meer mag organiseren in de Kuip.

Dit is een situatie waarop de tweewegenleer of doorkruisingsleer ziet. Die is gebaseerd op het arrest van de Hoge Raad in de zaak Staat/Windmill (HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393) en houdt in dat de overheid geen gebruik mag maken van de privaatrechtelijke weg wanneer dat een onaanvaardbare doorkruising zou opleveren van de publiekrechtelijke weg. Dat is het geval wanneer uit de wetgeving waar het om gaat, al blijkt dat dit niet de bedoeling is. In artikel 23.7 van de Omgevingswet is heel uitdrukkelijk bepaald dat de gemeente alleen privaatrechtelijke rechtshandelingen kan verrichten



Bart-Jan Walraven
advocaat

met over bepaalde, specifiek benoemde onderwerpen. Het uitvoeren van een milieubelastende activiteit valt daar niet onder. Ik denk dat daar al uit blijkt dat het sluiten van een overeenkomst over het al dan niet uitvoeren van milieubelastende activiteiten een onaanvaardbare doorkruising van de Omgevingswet zou opleveren.

Wanneer een overeenkomst is gesloten waarvan geoordeeld wordt dat die in strijd is met de tweewegen- of doorkruisingsleer, is het rechtsgevolg dat de overeenkomst nietig is. Dat zou dan ook voor deze overeenkomst gelden.

4. Monddoodclausule

Uit het voorgaande blijkt dat nu maximaal twaalf muziekevenementen met afwijking van de geluidgrenswaarden zijn toegestaan in Rotterdam, maar ook dat de gemeenteraad dat kan aanpassen. Aangenomen mag worden dat het de bedoeling is om, in vervolg op de overeenkomst, het omgevingsplan op dit punt aan te passen en die mogelijkheid weg te nemen. Daartegen kan dan beroep worden ingesteld. Aangenomen mag worden dat in de overeenkomst een bepaling is opgenomen dat Stadion Feijenoord dat niet mag doen. Dat wordt ook wel een monddoodclausule genoemd.

Zo'n monddoodclausule is echter risicovol. Er is in Nederland contractsvrijheid, maar die is niet onbegrensd. Overeenkomsten in strijd met de goede zeden en de openbare orde zijn nietig (zie ook hierboven). Er is verder ook het grondrecht om een zaak aan een rechter voor te leggen (zie artikel 17 Grondwet).

Met een monddoodclausule worden burgers en bedrijven van de rechter afgehouden. Rechters zijn daarom kritisch over monddoodclausules. Ze worden in civiele procedures vaak nietig geoordeeld. De bestuursrechter ziet geen aanleiding om iemand die een monddoodclausule heeft getekend en toch beroep instelt, niet-ontvankelijk verklaren in dat beroep.

De consequentie van het voorgaande is dus dat de overeenkomst naar alle waarschijnlijkheid niet het risico weg kan nemen dat Stadion Feijenoord of een rechtsopvolger opkomt tegen een wijziging van het omgevingsplan die het houden van muziekevenementen in de Kuip niet langer mogelijk maakt. De bijdrage van € 11.800.000 biedt dus niet de zekerheid die de wethouder pretendeert.

5. Nadeelcompensatie

Volgens de zakelijke beschrijving van de overeenkomst is de omvang van de compensatie, het bedrag van € 11.800.000,--, bepaald door een onafhankelijke deskundige. De onafhankelijke deskundige heeft twee dingen gedaan. De deskundige heeft enerzijds de netto contante waarde vastgesteld van de misgelopen inkomsten uit maximaal zes incidentele muziekevenementen per jaar, waarbij is



Bart-Jan Walraven
advocaat

uitgegaan van een lager gemiddeld aantal evenementen in de afgelopen 3,5 jaar de bijbehorende gemiddelde opbrengsten. Anderzijds heeft de deskundige beoordeeld dat dit bedrag lager is dan het voordeel dat de gemeente met de stijging van de residuele grondwaarde realiseert als gevolg van de besparingen op de stichtingskosten van de nieuwbouwwoningen. Met andere woorden: voor de gemeente zouden de voordelen van de afkoop groter zijn dan het bedrag dat daarvoor wordt betaald.

Daar zijn wel kanttekeningen bij te plaatsen. Er zijn maximaal twaalf muziekevenementen per jaar toegestaan. Dat die mogelijkheid in de afgelopen 3,5 jaar – waaronder de coronaperiode – niet volledig is benut, doet er niet aan af dat, wanneer het nadeel voor Feijenoord publiekrechtelijk gecompenseerd zou moeten worden (wat vóór de inwerkingtreding van de Omgevingswet planschade heette en nu nadeelcompensatie wordt genoemd), zou moeten worden uitgegaan van de maximale mogelijkheden die het omgevingsplan biedt, dus twaalf muziekevenementen.

Uit een artikel op de website 1908.nl van 15 juni 2024¹ leid ik af dat stadionhuur en bestedingen van de bezoekers gedurende concerten per concert € 800.000,-- aan omzet opleveren. Dat is op jaarbasis een omzet van € 9.600.000 bij 12 evenementen per jaar.

Het komt mij dan voor dat die gemiste omzet het uitgangspunt zou moeten vormen voor berekening van de nadeelcompensatie die Stadion Feijenoord van de gemeente kan verlangen en dat het bedrag waarop de overeenkomst ziet, dat kennelijk uitgaat van zes concerten per jaar, nog maar een gedeeltelijke tegemoetkoming is. Het risico voor de gemeente is dan dat het bedrag waarop de overeenkomst ziet, slechts een gedeeltelijke tegemoetkoming is in het nadeel van Stadion Feijenoord en dat de gemeente waarschijnlijk nog een vergelijkbaar bedrag aan nadeelcompensatie moet vergoeden.

6. Staatssteun?

Bij nieuwe ontwikkelingen die worden gerealiseerd door private partijen moet worden voorzien in kostenverhaal. Wanneer een gemeente niet overgaat tot het volledig verhalen van kosten op private partijen, zou dat kunnen worden gezien als staatssteun. In de langslpende procedure bij de Afdeling bestuursrechtspraak over het exploitatieplan “Centrumplan Den Hoorn 2020” is de stelling ingenomen dat dit inderdaad het geval is. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft in die zaak twee tussenuitspraken gedaan, op 10 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2301 en zeer recent op 22 mei 2024, ECLI:NL:RVS:2024:2141. In beide tussenuitspraken geeft de Afdeling aan door de gebreken die

¹ <https://1908.nl/artikelen/stadionexploitatie-zonder-concerten-maakt-de-kuip-onaantrekkelijkheid-voor-investeerders>



Bart - Jan Walraven
advocaat

werden geconstateerd nog niet aan de beantwoording van die vraag toe te kunnen komen, maar wordt beloofd dat dit in de einduitspraak wel zal gebeuren.

De – gebrekkige – compensatie die de gemeente op grond van de Overeenkomst inzake Geluidsrechten aan Stadion Feijenoord betaalt, maakt dat de ontwikkelaars geen geluidswerende voorzieningen hoeven te treffen aan de woningen. Wanneer de gemeente die kosten niet zou verhalen op de ontwikkelaars zou, gelet op het voorgaande, sprake kunnen zijn van staatsteun.

In de brief van wethouder Zeegers van 13 juni 2024 staat dat de kosten van de afkoop door de ontwikkelaars aan de gemeente worden terugbetaald. Dat zou, gelet op wat hiervoor wordt aangegeven, ook moeten, maar het is thans nog niet duidelijk hoe dat geregeld is. Ook daar is dus mogelijk nog een risico.

Hier komt ook nog bij dat, zoals al onder 5. is gemeld, het bedrag aan nadeelcompensatie in een later stadium hoger kan uitvallen. De vraag is dan of in de overeenkomst met de ontwikkelaars ook rekening is gehouden met dit scenario of dat extra kosten voor nadeelcompensatie voor rekening komen van de gemeente? Ook dat houdt dan weer een risico voor de gemeente in wat staatssteun betreft.

7. Bevoegdhedenovereenkomst?

In de zakelijke beschrijving van de overeenkomst staat dat de overeenkomst tevens geldt als een bevoegdhedenovereenkomst voor de gebruikmaking van publiekrechtelijke bevoegdheden door bestuursorganen van de gemeente.

Dat bevreemdt enigszins.

Een bevoegdhedenovereenkomst houdt meestal in dat een gemeente, tegen vergoeding van kosten en van de planschade/nadeelcompensatie die ze moet betalen, jegens een private partij de inspanningsverplichting op zich neemt om door middel van het gebruikmaken van bevoegdheden een bepaald resultaat te bereiken. Hier is sprake van een hele andere situatie. Ik vraag me dan ook af over welke bevoegdheden hier concreet gecontracteerd is.

Ik vind het onbevredigend dat dit niet duidelijk is. Het gaat hier kennelijk om het gebruik maken van bevoegdheden. Daarbij is het algemeen belang in het geding. Ik meen daarom dat kan en moet worden verlangd dat de overeenkomst openbaar gemaakt moet worden, zodat kan worden vastgesteld wat hierover afgesproken is.

8. Conclusie

De conclusie van het voorgaande kan als volgt worden samengevat.



Bart-Jan Walraven
advocaat

- De overeenkomst is gebaseerd op een onjuist uitgangspunt, namelijk dat woningbouw rond de Kuip en muziekevenementen in de Kuip niet met elkaar verenigbaar zijn. Met de inwerkingtreding van de Omgevingswet is er op het punt van geluid juist meer flexibiliteit dan daarvoor en die kan ertoe leiden dat de combinatie woningen en muziekevenementen wel degelijk mogelijk wordt gemaakt.
- De overeenkomst zou nietig kunnen zijn. In de eerste plaats omdat het verbod om concerten te houden dat daarin is opgenomen, een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht zou kunnen opleveren, maar ook omdat clausules die in de overeenkomst zouden kunnen staan over het niet instellen van beroep in strijd worden geoordeeld met de openbare orde. Aangezien de overeenkomst niet openbaar is, kan hier op dit moment niet meer duidelijkheid over gegeven worden.
- Het is, gezien de berekening die op 1908.nl is gemaakt, waarschijnlijk dat het bedrag waarin de overeenkomst voorziet, te laag is om de volledige nadeelcompensatie te dekken waar Stadion Feijenoord aanspraak op kan maken en dat de overeenkomst leidt tot het verstrekken van staatssteun aan de ontwikkelaars van woningbouw rond de Kuip.

Dit zou ertoe kunnen leiden dat met de overeenkomst niet het doel wordt bereikt wat daarmee is beoogd. Ik meen dat dit in ieder geval aanleiding moet vormen om de volledige overeenkomst openbaar te maken, zodat de risico's daarvan voor de gemeente Rotterdam ook in openbaarheid kunnen worden gesproken.

Tot zover mijn bevindingen voor nu.

Met vriendelijke groet,

