

De Vestigingswet en gevestigde belangen

door mr. B.B. van Vliet en mr. F.G. Horsting¹

Inleiding

Sinds de invoering van de vestigingswetgeving in de jaren dertig heeft zich een constante en bestendige privaatrechtelijke jurisprudentie ontwikkeld over de vraag of een ondernemer, die zijn bedrijf uitoefent zonder te beschikken over de daarvoor vereiste vestigingsvergunning, onrechtmatig handelt jegens zijn vakgenoten die wel over zo'n vergunning beschikken. Inmiddels zijn wij vele jaren verder en is de vestigingswetgeving in het kader van de deregulering flink uitgekleed en in sommige sectoren zelfs geheel niet meer van toepassing. Een van de laatste 'bolwerken' waar de wet nog wel van toepassing is, zij het in afgeslankte vorm, is de bouw. Het is immers verboden zonder vestigingsvergunning het bouwbedrijf uit te oefenen².

De vragen rond de vestigingsvergunningplicht zijn van belang nu veel, voorheen in dienstverband bij een gevestigde aannemer werkzame ambachtslieden, zoals timmerlieden en metselaars, al dan niet op instigatie van hun werkgever hebben gekozen voor het zelfstandig ondernemerschap in de vorm van een eenmansbedrijf. Zij gaan aan de slag als ZZP-er: zelfstandige zonder personeel.³ Sommigen blijven actief op het gebied van hun specifieke ambacht maar anderen begeven zich op breder terrein en presenteren zich daarbij als 'klussenbedrijf'.

In dit artikel komt de vraag aan de orde of en in hoeverre de aanpassingen die in verleden aan de Vestigingswet Bedrijven 1954 en het Vestigingsbesluit bedrijven hebben plaatsgevonden ook consequenties hebben voor de hiervoor geschetste onrechtmatige bedrijfsuitoefening. Bespreking geschiedt aan de hand van een drietal zeer recente arresten van het Hof Leeuwarden en het Hof Den Bosch⁴.

Ontstaan van vestigingsregelingen en wetswijzigingen

Ten tijde van de invoering van de vestigingswetgeving verkeerde Nederland in een economische crisis. Veel werklozen namen, zonder dat zij hier goed op waren toegerust, hun toevlucht tot het zelfstandig ondernemerschap. Dit leidde tot overcapaciteit en destructieve concurrentie. Er ontstond de behoefte een drempel op te werpen voor de toetreding tot het ondernemerschap en de vrije vestiging van nieuwe bedrijven te beperken⁵.

Op 6 april 1937 trad de eerste vestigingswet in werking; de Vestigingswet Kleinbedrijven 1937. Doel van de wet was het bevorderen van de kwaliteit van het ondernemerschap. Op grond van de wet werd vestiging zonder vergunning in bij

¹ Advocaten bij Lexence te Amsterdam.

² In artikel 4 Vestigingswet Bedrijven 1954 worden de vergunningplichtige activiteiten geregeld. Het gaat daarbij om activiteiten van een aannemer in de burgerlijke en utiliteitsbouw, een aannemer in de grond-, weg- en waterbouw, een sloper, een timmerman en een metselaar.

³ Het aantal ZZP-ers in de bouw- en houtsector wordt geschat op c.a. 28.000. Er zijn twee beroepsorganisaties: FNV-ZBo met c.a. 5.700 leden en VLOK met c.a. 1.800 leden.

⁴ Hof Leeuwarden 15 juni 2005, rolnr. 2004/385, niet gepubliceerd, Hof 's-Hertogenbosch 19 juli 2005, rolnr. 2004/1041, LJV AU 0657 en Hof 's-Hertogenbosch 19 juli 2005, rolnr. 2004/1272; LJV AU 0658.

⁵ Zie over de historie van vestigingsregelingen meer uitvoerig A. Horneman, *Vestigingswet Bedrijven 1954*, Deventer: Kluwer (losbl.).

AMvB (de vestigingsbesluiten) aangewezen bedrijfstakken strafbaar gesteld. Deze wet verschafte de basis om per branche gespecificeerde vestigingseisen op te stellen. Het systeem van de wet was dat een meerderheid van de ondernemers in een branche een verzoek daartoe moest indienen. De overheid toetste vervolgens of een vestigingsregeling tot stand moest komen. De vestigingseisen werden vastgelegd in vestigingsbesluiten. In de periode tot 1 januari 1954 werden 62 vestigingsbesluiten afgekondigd. Elk vestigingsbesluit gaf een omschrijving van de branche waarop het van toepassing was en de minimumeisen waaraan moest worden voldaan om voor een vestigingsvergunning in aanmerking te komen. De eisen van kredietwaardigheid en handelskennis waren voor vrijwel elke branche gelijk, terwijl vakbekwaamheidseisen uiteraard per branche verschilden. Sinds 1937 is de vestigingswetgeving een aantal keer aan verandering onderhevig geweest.

In de naoorlogse periode van wederopbouw, waarin geen sprake (meer) was van grote werkloosheid en vergaande marktordening minder voor de hand lag, trad niettemin op 1 juli 1955 de Vestigingswet Bedrijven 1954 in werking. Daarop volgden voor de vestiging van horecabedrijven (tot dan toe vallend onder de Vestigingswet Bedrijven 1954) de Drank- en Horecawet van 1964 en voor de detailhandel de Vestigingswet detailhandel van 1971. Ook in de periode na 1954 kwamen voor tal van branches vestigingsbesluiten, in totaal 31, tot stand met gedetailleerde eisen ter zake van handelskennis, vakbekwaamheid en kredietwaardigheid. Kern van deze vestigingsbesluiten is een verbod tot het uitoefenen van een bij dat vestigingsbesluit aangewezen bedrijf zonder vestigingsvergunning⁶. Overtreding van het verbod is strafbaar op grond van de Wet op de economische delicten.

Bij Wet van 13 december 1989 wordt de Vestigingswet Bedrijven 1954 gewijzigd en aangevuld. Ten eerste is het bewijs van een onrechtmatige bedrijfsuitoefening vereenvoudigd doordat het maken van reclame voor vergunningplichtige activiteiten ook als bedrijfsuitoefening wordt aangemerkt⁷. Voorts wordt de eis van kredietwaardigheid afgeschaft⁸. Ook wordt een regeling getroffen ter zake van een openbaar register van verleende vergunningen en ontheffingen⁹. Tot slot wordt de bevoegdheid van bepaalde ondernemersorganisaties vastgelegd tot het instellen van een civielrechtelijke vordering tegen onrechtmatige bedrijfsuitoefening¹⁰.

In 1996 is de Vestigingswet Bedrijven 1954 gemoderniseerd. De Vestigingswet detailhandel wordt ingetrokken en de detailhandel wordt opnieuw onder de Vestigingswet Bedrijven 1954 gebracht. De Drank- en Horecawet blijft bestaan, maar alleen als grondslag van toezicht ter bescherming van de volksgezondheid en niet meer als instrument voor marktordening. De grootste verandering betreft het opgaan van 31 vestigingsbesluiten voor 88 verschillende vergunningplichtige situaties in één Vestigingsbesluit bedrijven voor 8 verschillende vergunningplichtige situaties. Met deze modernisering werden de vestigingseisen voor een groot aantal sectoren verlaagd of afgeschaft en de wetswijziging is per saldo dan ook een vereenvoudiging van de

⁶ Zie voor een beschrijving van het destijds geldende wettelijk regime in de bouwnijverheid: H.O. Thunnissen, "De vestigingswetgeving op het gebied van de bouwnijverheid", *Bouwrecht* 1975, p. 212-222.

⁷ Artikel 4a, lid 3 Vestigingswet Bedrijven 1954.

⁸ Artikel 20 Vestigingswet Bedrijven 1954 komt te vervallen.

⁹ Artikel 22a Vestigingswet Bedrijven 1954.

¹⁰ Artikel 30 a Vestigingswet Bedrijven 1954.

wet¹¹. Doel van deze vereenvoudiging was te komen tot meer marktwerking en flexibiliteit en was er uiteindelijk op gericht de markttoetreding door startende ondernemers te vergroten.

In het Vestigingsbesluit bedrijven uit 1996 is in artikel 28 vastgelegd dat de doeltreffendheid en effecten van de wijziging uiterlijk in 2001 zouden worden geëvalueerd. Medio 1998 is door de Minister van Economische Zaken opdracht gegeven aan Bakkenist Management Consultants en het Economisch Instituut voor het Midden- en Kleinbedrijf (EIM) om een evaluatieonderzoek naar de effectiviteit en efficiëntie van de hele vestigingswetgeving uit te voeren. De uitkomsten van dit evaluatieonderzoek zijn in 1999 verschenen¹². Op basis van het onderzoek heeft de Minister van Economische Zaken drie conclusies getrokken¹³. Ten eerste zou de wet nauwelijks toegevoegde waarde hebben voor de kwaliteit van het ondernemerschap. Voorts zou intrekking van de wet leiden tot meer starters en een grotere dynamiek. Ook zou intrekking van de wet niet leiden tot ongewenste neveneffecten. De wijzigingen van 1996 hebben niet het gewenste effect – meer marktwerking en flexibiliteit - gehad op de praktijk en meer in het algemeen is de vestigingswetgeving geen effectief, efficiënt en noodzakelijk instrument (meer) om de kwaliteit van het ondernemerschap te bevorderen. Het kabinet wenst dan ook in twee stappen over te gaan tot intrekking van de Vestigingswet Bedrijven 1954 en het daarop gebaseerde Vestigingsbesluit bedrijven¹⁴. Het Parlement onderschrijft dit voornemen van het kabinet.

Op 1 januari 2001 wordt het Vestigingsbesluit bedrijven uit 1996 dan ook ingetrokken en vervangen door een nieuw Vestigingsbesluit. De eisen inzake Algemene Ondernemersvaardigheden (AOV) worden geheel ingetrokken en de eisen ten aanzien van Bedrijfstechniek (BT) en Vaktechniek (VT) worden eveneens ingetrokken met uitzondering van die eisen die een beschermend effect hebben voor de veiligheid, gezondheid en het milieu. De enige vestigingseis die thans op grond van het Vestigingsbesluit nog resteert, is dat een startende (bouw)ondernemer beschikt over kennis van regelgeving op het gebied van veiligheid, gezondheid en milieu. Hiermee wordt beoogd de wettelijke eisen, die worden gesteld aan het starten van een onderneming, zoveel mogelijk te beperken¹⁵.

Het beleidsvoornemen is om de Vestigingswet Bedrijven 1954 medio 2006 geheel in te trekken. Navraag bij het Ministerie van Economische zaken heeft geleerd dat het licht voor deze intrekking nog steeds op groen staat.

Vergunning of ontheffing

Een startende ondernemer kan op een aantal manieren aan de eisen van de Vestigingswet voldoen om zo een vestigingsvergunning of een ontheffing te verkrijgen.

¹¹ Zie voor een meer uitvoerige beschrijving van de wetswijziging C.L.M. Geene, “De vestigingswetgeving”, *Bouwrecht* 1997, p. 112-118.

¹² Bakkenist Management Consultants, *Evaluatie Vestigingswet Bedrijven 1954*, Hoofdrapport, Diemen, 1999.

¹³ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 731, nr. 1.

¹⁴ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 731, nr. 1, bijlage figuur 6.

¹⁵ *Stb.* 2000, 590 (NvT).

Vergunning

De Kamers van Koophandel zijn voor alle bedrijven aangewezen als de vergunningverlenende instantie. De Kamers van Koophandel verlenen een vestigingsvergunning indien een startende ondernemer aan de hand van bewijsstukken kan aantonen dat hij de vereiste opleiding heeft gevolgd. De daartoe bij ministeriele regeling door de Minister van Economische Zaken aangewezen bewijsstukken zijn limitatief¹⁶.

Verklaring

Indien een ondernemer geen diploma of ander bewijsstuk kan tonen bestaat de mogelijkheid op grond van ervaring en leeftijd om een verklaring te verzoeken die het bewijsstuk vervangt. De SER, een productschap of een hoofdbedrijfsschap zijn bevoegd tot het verlenen van een dergelijke verklaring.

Ontheffing

Als een vergunning geweigerd wordt omdat de ondernemer geen bewijsstukken dan wel een verklaring kan overleggen, rest de mogelijkheid om een ontheffing te verzoeken. Gronden voor een dergelijke ontheffing zijn bijzondere omstandigheden in combinatie met gewichtige belangen, en bepalingen die voortvloeien uit Europese richtlijnen¹⁷. Ook bestaat de mogelijkheid een ontheffing te verkrijgen indien binnen dezelfde onderneming reeds een vergunning is verleend voor een ander bedrijf, onder onmiddellijke leiding van dezelfde beheerder, mist dit bedrijf een hoofdbestanddeel vormt van de bedrijfsuitoefening binnen die onderneming. Een ontheffing wordt verleend door de Minister van Economische Zaken.

Jurisprudentie College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB)

Voor 1996, toen de vakbekwaamheidseisen nog onderdeel uitmaakten van de Vestigingswet, kon men bij de Sociaal Economische Raad (SER) een ontheffing aanvragen voor de zogenaamde beperkte bedrijfsuitoefening. Een dergelijke ontheffing werd dan verleend nadat een op de beoogde handelingen afgestemde vakbekwaamheidproef met gunstig resultaat was afgelegd. Zo bestond er in die tijd onder andere een ontheffing voor het aannemersbedrijf B&U, beperkt tot het plaatsen van kleine, gelijkvloerse, niet voor bewoning bestemde, houten schuurtjes en huisjes, inclusief een passende fundering.

In één uitspraak van het CBB komt naar voren dat het Algemeen Verbond Bouwbedrijven (AVBB), een van de organisaties die is opgegaan in Bouwend Nederland, destijds moeite had met het beleid van de SER inzake de vakbekwaamheidproeven en beperkte ontheffingen. Het AVBB was de mening toegedaan dat volledig aan de eisen moest worden voldaan, wilde men in aanmerking

¹⁶ Regeling aanwijzing bewijsstukken bedrijfsleider Vestigingsbesluit bedrijven en Regeling aanwijzing bewijsstukken beheerder Vestigingsbesluitbedrijven.

¹⁷ Zie voor een uitvoerige vergelijking van het destijds geldende vestigingsbeleid en het Europese gemeenschapsrecht: E.L.H. de Wilde, "Modernisering van het Nederlandse vestigingsbeleid. Is het gemoderniseerde beleid Europeesrechtelijk gezien, wel modern genoeg?", *SEW* 1994, p. 775-799. De auteur kwam destijds o.a. tot de conclusie dat de vestigingswetgeving de marktwerking te zeer belemmerde en vroeg zich af of de regels een Europese toets ongeschonden zouden doorstaan.

komen voor een ontheffing. Zowel de SER als ook het AVBB kregen kritiek van het CBB op hun handelwijze.

In zaak 70/05/144 van 30 januari 1979¹⁸ werd een verzoek om beperkte ontheffing afgewezen omdat de examencommissie van het AVBB in dit geval weigerde een beperkte vakbekwaamheidproef af te nemen. Zij was van mening dat voor de voorziene werkzaamheden – het plaatsen van houten schuurtjes – een volledige proef moest worden aangevraagd, waarbij aan alle eisen voldaan zou moeten worden. De SER nam het oordeel van de examencommissie over en wees het verzoek af, nadat de aanvrager niet voor de proef was geslaagd. Ten aanzien van de examencommissie overwoog het CBB dat die a fortiori te dicht bij bedrijfsgenoten staat om voldoende objectiviteit te mogen verwachten. De SER kreeg voor de voeten geworpen dat hij niet kritiekloos het oordeel van de examencommissie had mogen volgen, omdat hij zelf de enige instantie is die uiteindelijk beoordeelt of een aanvrager in aanmerking komt voor een ontheffing. Hij is daarbij niet gebonden aan het oordeel van een tot de branche behorende examencommissie. Niet het AVBB maar de SER bepaalt de mate van de benodigde vakbekwaamheid.

In zaak 70/13/67 van 15 februari 1980¹⁹ werd een aanvraag voor een beperkte ontheffing voor het centrale-verwarmingsbedrijf afgewezen omdat de aanvrager twee maal gezakt was voor de vakbekwaamheidproef. Aanvrager had tegen de zwaarte van de proef bezwaar gemaakt, omdat die veel verder reikte dan de benodigde kennis voor het uitoefenen van het bedrijf zoals hij dat voor ogen had. De examencommissie weigerde de proef bij te stellen. Het CBB was van oordeel dat de vakproef niet in redelijkheid geacht kon worden evenredig te zijn aan het doel waartoe deze is opgelegd. Hierbij speelde een rol dat het ministerie van EZ reeds had voorgesteld de proef op enkele punten aan te passen na gebleken behoefte daartoe. Het CBB acht het kennelijk van belang dat de inhoud van examens en proeven afgestemd is op de gestelde eisen.

Zaak 70/01/147 van 12 november 1986²⁰ ging over een eenvoudige vakbekwaamheidproef voor het gas, water en loodgieterbedrijf (de zogenaamde gawalo-proef). Het CBB overwoog dat de gawalo-proef vrijwel overeenkomt met een gewoon vakbekwaamheidsexamen en derhalve de kwalificatie ‘eenvoudig’ niet verdient. Opmerkelijk is voorts dat het CBB stelt, *“overigens zonder in de bevoegdheden van de SER te willen treden, dat zolang een proef of examen niet in overeenstemming is met de gestelde eisen het niet ondenkbaar is dat de SER overgaat tot het verlenen van een naar tijdsduur beperkte ontheffing.”* Het CBB noemt met name de bevoegdheid van de SER tot het verlenen van een naar tijdsduur beperkte ontheffing in het geval de wetgever eisen stelt die niet adequaat worden vertaald in redelijke opleidingen en examens.

De hiervoor geschetste situatie van eind jaren zeventig en begin jaren tachtig is al jaren weer actueel en heeft ook geleid tot de in dit artikel besproken arresten van het Hof Leeuwarden en het Hof Den Bosch. Wie zich als zelfstandige in de bouw wil

¹⁸ A. Horneman, *Vestigingswet Bedrijven 1954*, Deventer: Kluwer (losbl.), p. 456-461.

¹⁹ A. Horneman, *Vestigingswet Bedrijven 1954*, Deventer: Kluwer (losbl.), p. 493-496.

²⁰ A. Horneman, *Vestigingswet Bedrijven 1954*, Deventer: Kluwer (losbl.), p. 653-657.

vestigen moet een opleiding volgen van meer dan drie jaar met een vooropleiding op minimaal MBO-niveau, waarin meer aan bod komt dan de vestigingswetgeving voorschrijft. De opleiding is vormgegeven vanuit de markt zelf en wordt ook volledig door haar beheerst. Het is min of meer de zelfde opleiding zoals die gold voor de wijziging van de Vestigingswet in 2001.

Civielrechtelijke handhaving Vestigingswet

In de jaren tachtig is een aantal belangenbehartigers uit de bouwwereld overgegaan tot oprichting van de Stichting Belangenbehartiging Algemene Bouwbelangen (SBAB). Er zijn drie, regionaal actieve SBAB's²¹. Het statutaire doel van deze stichtingen is regionale belangenbehartiging van de gevestigde bouwondernemers die in het bezit zijn van een vestigingsvergunning, het streven naar marktordening en handhaving van deze ordening. In de praktijk richten de SBAB's zich met name op het civielrechtelijk handhaven van de Vestigingswet. De stichtingen beschikten daarvoor over eigen informanten die op diverse bouwplaatsen foto's maakten van personen verbonden aan bedrijven die niet over een vestigingsvergunning of ontheffing beschikten maar wel vergunningplichtige activiteiten verrichtten. Niet-gevestigde bouwondernemers - zonder vestigingsvergunning – werden aangeschreven en zonodig in kort geding, op verbeurde van een dwangsom, gedwongen hun werkzaamheden te staken. Daarnaast wordt veelal gevorderd om een overzicht over te leggen van alle bouwobjecten waar het betreffende bedrijf bij betrokken is met specificatie naar aard van het bouwproject, samenvatting van de werkzaamheden, en gegevens van de opdrachtgever. Dit overzicht diende voor akkoord en juistheid door een accountant ondertekend te zijn. Ook werd veelal een vergoeding van kosten van het aan de vordering ten grondslag liggende onderzoek gevorderd. De SBAB maakte daarbij aanvankelijk gebruik van het in de Vestigingswet verankerde groepsactierecht en later van diezelfde bevoegdheid op grond van artikel 3:305a BW.

Groepsactierecht

Overtreding van de Vestigingswet Bedrijven 1954 is strafbaar gesteld in de Wet op de economische delicten. Strafrechtelijke handhaving geschiedde tot 1993 door de Economische Controledienst²². Eind jaren '80 was er een overgang van strafrechtelijke handhaving naar civielrechtelijke handhaving van de Vestigingswet²³. Sinds 1993 wordt de Vestigingswet niet meer strafrechtelijk gehandhaafd. In 1990 is artikel 30a opgenomen in de Vestigingswet. Hiermee werd de civielrechtelijke groepsactiebevoegdheid van ondernemersorganisaties, zoals de SBAB, in het kader van de handhaving van de Vestigingswet gecodificeerd²⁴. De parlementaire geschiedenis geeft aan dat deze bevoegdheid strekt ter bestrijding van oneerlijke concurrentie. In de

²¹ SBAB Noord-Nederland, SBAB West-Nederland en SBAB Zuid-Nederland.

²² *Stb.* 2000, 590 (NvT).

²³ Mede naar aanleiding van het advies van de SER hieromtrent: SER Advies wijziging vestigingswet bedrijven 1954 (nr. 1982/19)

²⁴ Zie over het groepsactierecht en de bestrijding van beunhazerij ook D.W.F. Verkade, "Economisch recht, civiele groepsactie en het klussenverschijnsel", *AA-Katern* nr. 6, bijl. bij *AA* nr. 3, maart 1983, p. 196-197; W.J. Slagter, "Wijziging van de Vestigingswet Bedrijven 1954 en bestrijding van beunhazerij", *TVVS* 1983, p. 46-48 en P. Rodrigues, "Beunhazerij, reclameverboden, groepsacties en het consumentenbelang", *SEW* 1987, p. 471-480.

loop van de jaren '90 groeide de behoefte aan een meer algemene regeling van het groepsactierecht, in tegenstelling tot een aantal incidentele bevoegdheden daartoe neergelegd in bijzondere wetten. In 1994 werd dan ook artikel 3:305a in het Burgerlijk Wetboek opgenomen.

Standaardarrest

In 1959 overweegt de Hoge Raad dat de vestigingswetgeving mede tot strekking heeft degenen, die bevoegd een bedrijf uitoefenen, te beschermen tegen het nadeel van concurrentie van hen, aan wie het bij gebreke van een vergunning verboden is zich te vestigen²⁵. Het is sinds dat arrest bestendige jurisprudentie dat een ondernemer, die zijn bedrijf uitoefent zonder te beschikken over de daarvoor vereiste vestigingsvergunning, onrechtmatig handelt jegens zijn vakgenoten die wel over zo'n vergunning beschikken²⁶.

Jurisprudentie na wetswijzigingen in 1989

In de uitspraak van 20 maart 1998 (NJ 1998/529 Bleeker) ging het om een klusbedrijf dat zelf alleen niet-vergunningplichtige activiteiten uitvoerde en de wel-vergunningplichtige bouw- en verbouwwerkzaamheden in zijn opdracht liet verrichten door derden die wel een vergunning bezaten. De aannemer betoogde dat hij op deze wijze niet strijdig handelde met het vestigingsbesluit. De Hoge Raad oordeelde echter dat volgens art. 5 jo. art. 3 van het Vestigingsbesluit "*de ondernemer die het bouwbedrijf uitoefent, dat wil zeggen bouwwerken of verbouwwerkzaamheden uitvoert of doet uitvoeren, vergunningplichtig (is)*". De Hoge Raad sloot zich, mede gelet op de inhoud van de toelichting bij art. 5 van het Vestigingsbesluit, aan bij het oordeel van het Hof dat stelde dat dit niet anders wordt wanneer de ondernemer zich daarbij zelf beperkt tot het verrichten van die werkzaamheden die ieder afzonderlijk volgens het besluit zónder vergunning verricht mogen worden, en die ondernemer het uitvoeren van het bouwwerk of de verbouwwerkzaamheden voor het overige laat verrichten door anderen, die wél de daarvoor de vereiste vergunning bezitten.

Het maakt dus niet uit of men, niet in het bezit zijnde van een vereiste vestigingsvergunning, zelf de vergunningplichtige werkzaamheden uitvoert, of doet uitvoeren door een onderaannemer die wel over een vestigingsvergunning beschikt. Op deze wijze wordt volgens de toelichting op de betreffende bepaling voorkomen dat een aannemer, die vrijwel het geheel van zijn aangenomen werk uitbesteedt, niet vergunningplichtig zou zijn, terwijl hij toch in belangrijke mate verantwoordelijk zal blijven voor het door hem aangenomen werk. Anderzijds wordt daarmee voorkomen dat een ondernemer met een vergunning voor het basisbedrijf een geheel bouwwerk zou kunnen realiseren door de vereiste handelingen van bouwkundige (bouwconstructieve) aard niet zelf uit te voeren maar (in onderaanneming) te doen uitvoeren.

Eerder had de President van de rechtbank Zutphen²⁷ in een vergelijkbaar geval anders geoordeeld. Daar ging het om een dakdekkersorganisatie, die op grond van onrechtmatige daad een gebod vorderde voor een bedrijf dat bedrijfsmatig het bitumineuze dakdekkersbedrijf uitoefende zonder in het bezit te zijn van de vereiste

²⁵ HR 30 oktober 1959, NJ 1961, 574.

²⁶ Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 19 december 1990, KG 1991/116; Hof 's-Hertogenbosch 1 april 1998, KG 1998/180 en HR 20 maart 1998, NJ 1998/529 (Bleeker).

²⁷ Pres. Rb. Zutphen 18 november 1992, BR 1993/925.

vergunning. De President oordeelde dat noch tekst noch toelichting op art. 22 van de Vestigingsbesluit steun gaven aan het standpunt dat een aannemer die niet zelf de in dat artikel omschreven werkzaamheden uitvoert doch deze doet uitvoeren door een wel in het bezit van een daartoe strekkende vergunning zijnde (onder)aannemer, eveneens vergunningplichtig zou zijn.

Jurisprudentie na wetwijzigingen in 2001

Na de wetwijziging in 2001 resteerden als vestigingseisen alleen nog kennis van regelgeving op het gebied van veiligheid, gezondheid en milieu. De vraag is in hoeverre deze wetwijziging tot een wijziging van jurisprudentie zou leiden. In een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Bosch²⁸ voerde de niet-gevestigde aannemer tegen de vordering van de SBAB Zuid-Nederland het verweer dat geen sprake was van onrechtmatig handelen nu niet werd voldaan aan het relativiteitsvereiste. De niet-gevestigde aannemer voerde daartoe aan dat hij weliswaar zonder de benodigde vergunning als aannemer werkzaam was, maar niet onrechtmatig handelde jegens de SBAB nu de Vestigingswet niet strekt tot bescherming van concurrentiebelangen. Volgens de aannemer hebben de wijzigingen in de Vestigingswet geleid tot het vervallen van eisen met betrekking tot de algemene ondernemersvaardigheden en zijn slechts overgebleven de eisen met betrekking tot kennis op het gebied van veiligheid, gezondheid en milieu. Het doel van het Vestigingsbesluit heeft derhalve slechts betrekking op die aspecten. Voorts betoogde de aannemer dat de overheid overtredingen van het Vestigingsbesluit gedoogde.

De voorzieningenrechter oordeelde hieromtrent dat de betreffende voorwaarden op het gebied van veiligheid, gezondheid en milieu weliswaar primair ten behoeve van de consument zijn gesteld, maar dat het opzettelijk negeren van dergelijke in het algemeen belang opgestelde voorschriften aan de overtreder ongerechtvaardigd kosten- en concurrentievoordeel verschaft waardoor deze overtreding onrechtmatig is jegens branchegenoten die zich wel aan die voorschriften houden. Het feit dat de overheid geen prioriteit geeft aan strafrechtelijk optreden ter zake van Vestigingswetgeving maakt dit niet anders. Daarbij wordt overwogen dat de regering haar terughoudende vervolgingsbeleid heeft gemotiveerd door te wijzen op de effectief gebleken rechtshandhaving via de civielrechtelijke weg. De voorzieningenrechter wenste voorts niet te anticiperen op het in de toekomst geheel vervallen van de Vestigingswet omdat definitieve besluitvorming daarover niet had plaatsgevonden. Bovendien waren juist de vestigingsvoorwaarden voor het bouwbedrijf in stand gelaten en zou de Tweede Kamer groot belang hechten aan het handhaven daarvan, zodat geenszins viel uit te sluiten dat indien de Vestigingswet bedrijven en aanverwante regelingen zouden worden afgeschaft, voor het bouwbedrijf vergelijkbare vestigingsvereisten in andere en/of nieuwe regelgeving zouden worden opgenomen. De vordering van SBAB werd dan ook toegewezen. Hierna zijn, met name in het ressort Den Bosch, nog enkele uitspraken gewezen waarbij de betreffende aannemers zijn veroordeeld.

Een voorbeeld daarvan is de uitspraak van de voorzieningenrechter te Breda²⁹. Ook in deze zaak wees de door de SBAB gedaagde niet-gevestigde aannemer op het feit dat de vestigingswetgeving sinds 1 januari 2001 drastisch was gewijzigd en dat het voornemen bestond om het bestaan van de Vestigingswet per 1 januari 2006 in te

²⁸ Voorzieningenrechter Rb. 's-Hertogenbosch 15 maart 2004, BR 2005/455.

²⁹ Voorzieningenrechter Rb. Breda 19 mei 2004, rolnr. 132047 KG ZA 04-204, niet gepubliceerd.

trekken. Voorts werd erop gewezen dat niet aan het relativiteitsvereiste werd voldaan en dat gevestigde aannemers, zoals de bij de SBAB aangesloten bedrijven, zelf juist werk onderbrengen bij niet gevestigde zzp-ers. Geoordeeld werd dat overtreding van de vestigingswetgeving zou leiden tot omzetschade bij de aangesloten bedrijven. Voorts vond de voorzieningenrechter te Breda het feit dat bouwbedrijven mogelijk werk uitbesteden aan klusbedrijven, die niet beschikken over de vereiste vestigingsvergunning, nog niet meebrengt dat de SBAB en de door haar vertegenwoordigde bouwbedrijven als gevolg daarvan geen belang meer zouden kunnen hebben bij handhaving van de vestigingswetgeving. De vordering van de SBAB werd dan ook toegewezen.

Breuk met jurisprudentie (eerste aanleg)

Van die lijn is de voorzieningenrechter van de rechtbank Roermond³⁰ afgeweken door de vordering van SBAB Zuid-Nederland tegen een niet-gevestigde aannemer af te wijzen. De voorzieningenrechter overwoog daarbij dat de Vestigingswet weliswaar niet primair tot doel heeft de concurrentiepositie van ondernemingen met vergunning te beschermen tegen ondernemers zonder zo'n vergunning, maar dat de Hoge Raad in 1959³¹ heeft aanvaard dat de wetgever desondanks met de Vestigingswet bedrijven mede heeft beoogd oneerlijke concurrentie tegen te gaan. De voorzieningenrechter overwoog voorts dat sedert de invoering in 1954 de Vestigingswet inmiddels 28 maal was gewijzigd en bij het laatste besluit van 11 december 2000 de eisen voor het verkrijgen van een vergunning zijn beperkt tot die met betrekking tot kennis van regelgeving over veiligheid, gezondheid en milieu. De voorzieningenrechter overwoog dat deze ontwikkeling in de regelgeving gevolgen diende te hebben voor het oordeel over de onrechtmatigheid van het uitoefenen van het bedrijf zonder vergunning, met name op de relativiteit van de onrechtmatigheid. Volgens de voorzieningenrechter leidt deze ontwikkeling tot de conclusie dat de vestigingsregelgeving een steeds beperkter doel nastreeft en dat daarom slechts een beperkt aantal eisen wordt gesteld aan de handelskennis en vakbekwaamheid, die voldoende moeten zijn om het beschermend effect op de veiligheid, gezondheid of het milieu te bereiken. Voorts neemt de voorzieningenrechter in aanmerking dat de overheid niet bestuurlijk en handhavend meer optreedt bij overtredingen van het vergunningengebod en niet strafrechtelijk vervolgt. Nu overtreding van de Vestigingswet wordt gedoogd kan, aldus de voorzieningenrechter, *“niet langer worden volgehouden dat de wetgever thans noch immer met deze regelgeving tevens beoogt de concurrentiepositie van de wel vergunde bedrijven te beschermen. Er is aldus niet voldaan aan een relatief tijdbeginsel in het onderhavige geschil. Anders gezegd, gedaagde heeft niet onrechtmatig gehandeld ten opzichte van de SBAB of diens leden”*.

Breuk met jurisprudentie (hoger beroep)

Deze tegengestelde uitspraken binnen hetzelfde ressort vroegen om een appèl bij het Hof Den Bosch. Het Hof heeft op 19 juli 2005 in beide zaken uitspraak gedaan. De SBAB stelde zich op het standpunt dat degene die vergunningplichtige activiteiten uitvoert zonder vergunning, op onrechtmatige wijze concurreert met de wel rechtmatig gevestigde ondernemers in de bouwnijverheid door zonder in het bezit te zijn van een vergunning of ontheffing als bedoeld in art. 10 Vestigingsbesluit respectievelijk art. 15

³⁰ Voorzieningenrechter Rb. Roermond 28 juli 2004, LJN AQ 5817.

³¹ Zie voetnoot 25.

Vestigingswet bedrijven 1954 een bouwbedrijf uit te oefenen als bedoeld in art. 4 Vestigingsbesluit. Van de zijde van de niet-gevestigde aannemers wordt het verweer gevoerd dat de Vestigingswetgeving niet langer mede beoogt de concurrentiepositie van de wel vergunde bedrijven te beschermen en dat daarom niet gezegd kan worden dat deze onrechtmatig handelen jegens branchegenoten. Voorts wordt aangevoerd dat er geen specifieke opleiding is die toegespitst is op de resterende eisen die het Vestigingsbesluit stelt maar dat nog altijd de ‘oude’ uitgebreide opleiding moet worden gevolgd zoals die gold voor de wetswijziging.

In beide arresten overweegt het Hof dat uit de wetswijzigingen en de evaluatie van de Vestigingswet blijkt dat het beleid van het kabinet er op gericht is om de vestigingswetgeving in te trekken omdat deze niet langer beschouwd kan worden als een effectief, efficiënt en noodzakelijk middel om de kwaliteit van het ondernemerschap te bevorderen en omdat deze wetgeving “*onnodige belemmeringen vormt voor startende ondernemers*”. Gelet op de overwegingen die aan de vereenvoudigde Vestigingswet ten grondslag liggen – het stimuleren van ondernemerschap – komt het Hof tot het oordeel “*dat niet kan worden gezegd dat de Vestigingswetgeving nog altijd de strekking heeft degene die bevoegdlijk een bedrijf uitoefent te beschermen tegen nadeel van concurrentie van hen, aan wie het bij gebreke van een vergunning verboden is zich te vestigen. Deze beschermingsgedachte kwam destijds immers voort uit het feit dat de overheid de overbezetting in kleine bedrijven wilde tegengaan, terwijl thans het tegengestelde het geval is: de overheid wil het ondernemerschap juist stimuleren en belemmeringen zoals de Vestigingswetgeving wegnemen*”. Hieruit volgt dat niet aannemelijk is geworden dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Het feit dat de vestigingswetgeving nog niet helemaal is ingetrokken maakt dit naar het oordeel van het Hof niet anders, aangezien de resterende vestigingswetgeving enkel betrekking heeft op de nodige kennis over veiligheid, gezondheid en milieu en deze regelgeving blijkens de nota van toelichting³² strekt tot bescherming van de consument, de eigen werknemers, de omwonenden en het milieu. Het Hof overweegt daarbij dat over bescherming van de wel vergunde branchegenoten in de nota van toelichting niet wordt gerept.

Ten aanzien van het verweer van de aannemer dat het redelijkerwijs niet mogelijk was om aan de vestigingseisen te voldoen, nu er geen aangepaste opleiding bestaat, overweegt het Hof dat het onderwijs niet of nauwelijks aan de gewijzigde eis is aangepast en dat geen nieuwe opleiding is gestart waarin uitsluitend kennis wordt bijgebracht over de regelgeving op het gebied van veiligheid, gezondheid en milieu. Wil men voldoen aan de eisen van het nieuwe Vestigingsbesluit, dan is men genoodzaakt de oude, uitgebreide opleiding te volgen. Ten aanzien van het verwijt van de SBAB dat de niet-gevestigde aannemer onrechtmatig handelt jegens zijn wel vergunde branchegenoten, omdat deze wel aan de wettelijke vereisten voldoen, en hij zich op deze wijze een onreglementaire en/of illegale voorsprong verschaft, overweegt het Hof dat dit verwijt van de verkeerde veronderstelling uitgaat dat de wel vergunde en niet-vergunde branchegenoten aan dezelfde (opleidings)eisen hebben moeten voldoen. Dat is onjuist. De eisen waarmee de niet-gevestigde aannemer thans te maken heeft, zijn beperkter dan die in het verleden golden. Voorts wordt overwogen dat een op die nieuwe eisen toegesneden opleiding nog niet bestaat en dat op dit moment ook geen ontheffingen worden verleend, althans niet aannemelijk is geworden dat deze wel worden verleend. Op die gronden kan naar het oordeel van het Hof voorshands niet

³² Zie voetnoot 15.

worden gezegd dat de niet-gevestigde branchegenoten onzorgvuldig jegens de wel-
vergunde branchegenoten handelen door zonder vergunning of ontheffing een
bouwbedrijf uit te oefenen.

Het Hof te Leeuwarden³³ is ruim een maand eerder tot min of meer hetzelfde oordeel
gekomen. Ook naar het oordeel van dit Hof wordt niet voldaan aan het
relativiteitsvereiste. Met betrekking tot het al eerder genoemde concurrentieaspect,
volgt dit Hof echter een andere lijn door te overwegen dat het feit dat bevoegdlijk
gevestigde bouwondernemingen geïnvesteerd hebben in de kennis van gezondheid,
veiligheid en milieu zich zal dienen te vertalen in minder fouten op dat gebied en
daaruit voortvloeiende aansprakelijkstellingen. Dat een niet-gevestigde zonder bewijs
van deze kennis de markt betreedt, maakt zijn handelen niet onrechtmatig jegens de
SBAB.

De twee arresten van het Hof Den Bosch en het arrest van het Hof Leeuwarden hebben
voorlopig de nodige duidelijkheid gegeven. Hierbij dient echter wel bedacht te worden
dat het hier uitspraken in hoger beroep van voorlopige voorzieningen betreft en dat
bodempcedures tot in hoogste instantie hierover – voor zover ons bekend - nog niet
zijn gevoerd. Feit is echter dat twee hoven in drie verschillende zaken min of meer
gelijkluidende uitspraken hebben gedaan.

Conclusie

De vestigingswetgeving is in de loop van haar bestaan vele malen ingrijpend
gewijzigd en thans nagenoeg uitgekleed. Haar afschaffing staat gepland voor medio
2006. Wat in de historie van de vestigingswetgeving het meest in het oog springt is dat
na de wetwijzigingen van 1996 en 2001, waarbij de wet danig werd afgeslankt en zij
een veel beperkter doel nastreefde dan voorheen, zowel in de jurisprudentie als ook in
de opleidingen in de bouw geen wijzigingen zichtbaar zijn. De curricula van de
opleidingen werden in 1996 weliswaar inhoudelijk aangepast, maar de duur en zwaarte
bleven hetzelfde als voorheen. De praktijk trok zich daarmee blijkbaar weinig aan van
de bedoeling van de wetgever. De bouwbranche liet de eindtermen van de opleiding
bij het oude en daarmee bleef de drempel voor markttoetreding, die de wetgever had
afgeschaft, feitelijk bestaan. De gevestigde belangen werden, onder verwijzing naar
het arrest van de Hoge Raad van 1959, beschermd tegen de niet-gevestigde
aannemers, veelal nieuwe toetreders in de branche.

Zowel het Hof Leeuwarden als ook het Hof Den Bosch heeft met deze jurisprudentiële
lijn gebroken. De weg van civielrechtelijke handhaving van de vestigingswetgeving op
basis van concurrentieargumenten door ondernemersorganisaties in de bouw lijkt
daarmee afgesloten.

Tot de afschaffing van de vestigingswetgeving medio volgend jaar strekt zij louter tot
bescherming van de consument, de eigen werknemers, de omwonenden en het milieu.
Wij kunnen ons dan ook voorstellen dat tot dat tijdstip een groepsactie op grond van
artikel 3:305a BW toekomt aan groepen, die statutair de behartiging van die belangen
op het oog hebben.

Voor de gevestigde bouwondernemers lijkt de vestigingswetgeving vanuit
concurrentieoogpunt echter nu al een dode letter.

³³ Hof Leeuwarden 15 juni 2005, rolnr. 2004/385, niet gepubliceerd.