



Franken advocaten

www.frankenadvocaten.eu

• Projectontwikkelingsovereenkomsten • GIW-procedures • Huurrecht bedrijfs- en woonruimte • Erfpacht, erfdienstbaarheden, opstal- en appartementsrechten • PPS • Aanbestedingsrecht • Staatssteun • Grondbeleid • Structuurvisies, bestemmingsplannen en ontheffingen • Bouw-, aanleg-, gebruiks-, en monumentenvergunningen • Milieuvergunningen, meldingen en nadere eisen • Bodemverontreiniging, sanering en kostenverhaal

Lekenbescherming in het bestuurs(proces)recht

Het proefschrift van mr Mallan

Het bestuursrecht kent geen verplichte procesvertegenwoordiging. Procedures zouden daarom laagdrempelig moeten zijn, informeel en eenvoudig, met een actieve rechter ter bescherming van juridische ondeskundigheid bij burgers.

Dat blijkt in de praktijk vaak niet het geval. In het proefschrift worden de redenen daarvoor blootgelegd en suggesties voor verbetering aangedragen.

De eerste valkuil voor een leek in het bestuursrecht is de zogenaamde onderdelentrechter: in beroep mogen geen gronden naar voren gebracht worden die niet reeds in de bezwaarschriftenprocedure zijn aangevoerd. Ook ontstaan voor burgers verrassingsbeslissingen door het ontbreken

van bewijsopdrachten: om noodzakelijk bewijs van stellingen behoeft de bestuursrechter niet te vragen; bewijzen dienen eigener beweging geleverd te worden. Anders derhalve in het civiele recht waar vaak wel een verplichte procesvertegenwoordiging bestaat. Ook de Brummen-rechtspraak blijkt een obstakel: indien een beroep gegrond verklaard wordt maar niet op alle aangevoerde gronden, dient toch hoger beroep ingesteld te worden om

de verworpen gronden in de vervolprocedure wederom ter discussie te kunnen stellen.

Deze voorbeelden roepen om ongelijkheidscompensatie, of volgens schrijver beter nog: lekenbescherming. Deels voorziet de Algemene wet bestuursrecht daarin al door laagdrempelige procedures en een actieve rechter. Te denken valt bij laagdrempelige procedures aan de geringe eisen voor een beroepschrift, de rechtsmiddelen-

clausule en de doorzendplicht. Bij de actieve rechter is te noemen: ambts-halve toetsing en aanvulling van rechtsgronden door de rechter. De praktijk blijkt echter weerbarstiger.

Rechters hoeden zich voor meeprocéderen ten koste van hun neutrale positie en achten burgers zelf ook verantwoordelijk voor fatsoenlijke rechtsbijstand. Bovendien zijn niet zelden belangen van derden, die geen procespartij zijn, betrokken.

Voor verbeteringen gaat de schrijver te rade bij het Duitse bestuursprocesrecht. Daaruit blijkt dat de positie

van de burger ten aanzien van de aan te voeren beroepsgronden opvallend gunstiger is: het besluit wordt formeel en materieel getoetst door de rechter, los van de aangedragen beroepsgronden. De burger behoeft slechts te stellen dat het besluit onrechtmatig is en dat zijn rechtspositie daardoor wordt aangetast. Het laatste is vergelijkbaar met ons relativiteitsbeginsel. Gevolg hiervan is dat de Duitse rechter ook zelfstandig en actief de feiten vaststelt, los dus van die door partijen worden aangedragen. Met name door deze twee omstandigheden is de positie van

de burger als leek in het Duitse bestuursprocesrecht sterker te noemen dan in Nederland, aldus de conclusie in het proefschrift. Met als kanttekening dat de sinds enige tijd geïmplementeerde Nieuwe Zaaksbehandeling in Nederland het bestuursprocesrecht in Duitse richting doet opschuiven.

Recente jurisprudentie

Europese mensenrechten: over Sinterklaas en de nikaab

Artikel 8 van het Europees mensenrechtenverdrag garandeert het recht op een privéleven en op onthouding van overheidsinmenging daarbij. Belangen van een democratische samenleving en rechten en vrijheden van anderen kunnen volgens deze verdragsbepaling evenwel een gegronde reden vormen. Hoe deze beginselen in concrete situaties kunnen uitpakken bleek uit een tweetal uitspraken: één van de Amsterdamse bestuursrechter over de Sinterklaasintocht en een ander van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens over het nikaabverbod in Frankrijk.

In de media is het al ruim aan de orde geweest: op 3 juli 2014 heeft de Amsterdamse bestuursrechter geoordeeld over de evenementenvergunning voor de intocht van Sinterklaas (in 2013). Omdat dit een jaarlijks terugkerend evenement is, achtte de rechtbank een voldoende procesbelang aanwezig; volgend jaar komt Sinterklaas naar verwachting weer met Pieten aan. Het bezwaar tegen de evenementenvergunning was gelegen in de figuur van Zwarte Piet: die *“is altijd zwart, heeft*

dikke rode lippen, zwart kroeshaar en ringoorbellen en spreekt gebroken Nederlands”. Dat *“houdt een racistische onderstroom in stand omdat deze negatief stereotype is van de zwarte mens”*.

De gemeente stelde daar tegenover dat er limitatieve weigeringsgronden zijn, oftewel specifieke criteria voor weigering van de vergunning. Alleen wegens strijd met de openbare orde en veiligheid kan een dergelijke vergunning geweigerd worden. Andere

belangen beoogt de Algemene Plaatselijke Verordening, op grond waarvan de vergunning wordt verleend, ook niet te beschermen.

Die redenering nam de bestuursrechter niet over. Ook al is er sprake van limitatieve weigeringsgronden, aldus de bestuursrechter, dan nog zouden hogere regelingen (Grondwet en internationaal verdragen) aan verleening van de vergunning in de weg kunnen staan. Een aantal van die bepalingen uit hogere regelingen liep de

rechtbank vervolgens af: het verdrag inzake de rechten van het kind kwam niet in aanmerking omdat er onder de bezwaarmakers geen kinderen waren. Het internationaal verdrag tegen rassendiscriminatie heeft geen directe werking voor burgers maar alleen voor overheden en kwam dus evenmin in aanmerking. Het discriminatieverbod uit de grondwet was volgens de rechtbank evenmin van toepassing: *“met het enkel gekwetst zijn, is geen sprake van een ongelijke behandeling”*.

Vervolgens kwam het voornoemde recht op privéleven aan de orde. Met verwijzing naar rechtspraak van het Europese mensenrechtenhof oordeelde de rechtbank dat sprake kon zijn van een inbreuk op het privéleven indien door de vergunningverlening een voldoende ernstige mate van *“negatieve stereotypering”* plaatsvond. Op grond daarvan maakte de rechtbank vervolgens een onderscheid tussen de blanke en zwarte bezwaarmakers. Van een negatieve stereotypering konden blanke bezwaarmakers in ieder geval geen last hebben. Die werden dus niet-ontvankelijk verklaard. Voor de zwarte bezwaarmakers lag dat mogelijk anders, aldus de rechtbank. Die afweging (*“fair balance”*) tussen het privéleven van de (zwarte) bezwaarmakers *“en het Nederlands algemeen belang anderzijds”* had de gemeente niet gemaakt en moest de gemeente als-nog maken.

Om die reden vernietigde de bestuursrechter de vergunning en paste geen bestuurlijke lus toe om “tussentijds” hoger beroep mogelijk te maken vanwege de principiële aard van de

zaak. De vraag is nu of bij andere gebonden beschikkingen mensenrechten ook een rol kunnen spelen; te denken valt bijvoorbeeld aan een bouwvergunning voor een bordeel.

Frans nikaabverbod

Hoe een afweging anders kan plaatsvinden ten aanzien van het recht op privéleven bleek uit de uitspraak van het Europese mensenrechtenhof van 1 juli 2014. Onderwerp daarvan was een algemeen Frans verbod uit 2010 op het dragen van een nikaab in openbare ruimten. Daartegen werd opgekoemen door een nikaabdragende Franse moslima.

De Franse overheid voerde allereerst een aantal min of meer formele verweren: klaagster zou geen slachtoffer zijn omdat zij nog nooit beboet was wegens het nikaabverbod. Dat kon ook nauwelijks omdat zij daags na invoering van het verbod naar het hof was gestapt. Dat verweer verwierp het hof: zij was slachtoffer omdat het verbod haar direct kon raken met een sanctie.

Voorts achtte de Franse overheid de klacht misbruik van recht omdat zij nationale rechtsmiddelen niet had uitgeput. Dat verwierp het hof met dezelfde redenering als ten aanzien van haar slachtofferschap. Bovendien zouden de nationale procedures toch niets opleveren voor klaagster gelet op de bestaande rechtspraak, aldus het hof. Ook anderszins toetste het hof aan de ontwikkelde, strenge criteria van misbruik van recht: onjuiste feiten, evident kansloze klachten en dergelijke. Daarvan was geen sprake.

Als zodanig kwam het hof aan de inhoud toe.

Eerste vraag daarbij was of het nikaabverbod op zich een inbreuk vormde op het privéleven. Dat was het geval, aldus het hof. De gewenste verschijningsvorm van iemand is een privékeuze; eerder had het hof dat al uitgemaakt voor haardracht. Het verbod vormde daarop dus ook een beperking.

De vraag was vervolgens of die beperking gerechtvaardigd was. De door de Franse overheid aangevoerde publieke veiligheid als reden accepteerde het hof, zij het dat het hof daarbij opmerkte dat dat niet het belangrijkste doel van het verbod leek te zijn blijkens de wetstoelichting.

Dat bleek het door de Franse overheid aangevoerde principe te zijn van *“living together”*, gebaseerd op een uitvloeisel van *“de bescherming van de rechten en vrijheden van derden”*, die *“nodig zijn voor een democratische samenleving”*, zoals bepaald in artikel 8.

Ten aanzien daarvan overwoog het hof dat *living together* een op basis van het verdrag te beschermen principe is mits proportioneel toegepast. Daarbij waren voor het nikaabverbod de volgende omstandigheden van belang: staten hebben een grote mate van beleidsvrijheid, de sanctie op het verbod was betrekkelijk licht: een boete van € 150,- of een verplichte burgerschapscursus. Voorts overwoog het hof dat er europees geenszins brede consensus bestond over een verbod. Als zodanig achtte het hof het verbod van belang voor een democratische

samenleving en niet in strijd met het recht op een privéleven.

De uitspraak van de grote kamer van het hof was niet unaniem. Twee rechters kwamen wel tot het oordeel dat het verbod strijdig was met het recht op een privéleven. Het aangenomen "living together"-principe werd te vaag geacht en niet te kunnen vallen onder de rechten en vrijheden waarin het mensenrechtenverdrag voorzagt.

Bovendien meende zij dat de nikaab veel eerder een symbool was

voor negatieve meningen ten aanzien van discriminatie en islam die door het verbod niet zouden worden weggenomen. Ook de beoogde communicatie tussen personen zou een nikaab niet in de weg staan. "Full face"-contact is niet nodig getuige skiërs, motorrijders en carnavalsvierders, die prima communiceren zonder elkaar in de ogen te kijken, aldus de dissenters. De milde sanctie die het hof overwoog, werd evenmin overtuigend geacht. Het nikaabverbod zou immers niet eenmalig overtreden worden.

Tenslotte werd wel een Europese consensus ten aanzien van een nikaabverbod aangenomen maar, aldus de dissenting opinion, het hof had voor zijn oordeel niet terzake doende meningen betrokken.

Europees recht

Voortzetting lijn Müller–arrest

Op 10 juli 2014 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof) wederom een arrest gewezen over aanbesteding bij projectontwikkeling. In dit geval ging het om een huurovereenkomst tussen een projectontwikkelaar als verhuurder en de gemeente Bari (Italië) als huurder met betrekking tot een nog te bouwen gerechtsgebouw in Bari. De prangende vraag in deze kwestie is of deze huurovereenkomst, ondanks dat dergelijke overeenkomsten zijn uitgesloten van de werkingssfeer van de regeling voor overheidsopdrachten, toch als een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken dient te worden aangemerkt en dus aanbestedingsplichtig is.

Het Hof gaat allereerst in op de definitie van "overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken". Dit zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die zijn gesloten tussen een aannemer, enerzijds, en een aanbestedende dienst, anderzijds. Onder bezwarende titel betekent onder meer dat de prestatie van de wederpartij voor de aanbestedende dienst een "rechtstreeks economisch belang" heeft. Hiervan is sprake als de aanbestedende dienst maatregelen heeft genomen om de kenmerken van een

werk te definiëren of althans om een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen. In het Müller–arrest (2010) oordeelde het Hof eerder dat geen sprake is van een "rechtstreeks economisch belang" als de aanbestedende dienst slechts een publiekrechtelijk kader bij het werk vaststelt, zoals het vaststellen van een bestemmingsplan.

Het Hof overweegt dat in dit geval de gemeente Bari een pakket van eisen voor de verwezenlijking van het geplande gerechtsgebouw had opge-

steld. Het ging om verschillende technische en technologische eisen, aan de hand van statistische gegevens over de gerechtelijke werkzaamheden in het arrondissement Bari (aantal civiele en strafzaken, aantal zittingen, aantal bij de balie te Bari ingeschreven advocaten, aantal zittingszalen e.d.) alsmede enkele gemeenschappelijke eisen (zoals de omvang van de parkeergelegenheden). Volgens het Hof stelt dit de gemeente Bari in staat beslissende invloed uit te oefenen op het ontwerp van het gerechtsgebouw. Van

Vervolg Europees recht

een louter publiekrechtelijk kader is hier geen sprake.

Dit leidt dan ook tot de conclusie dat een overeenkomst met betrekking

tot de verwezenlijking van een bouw-
werk, dat voldoet aan de door de aan-
bestedende dienst omschreven eisen,
als een overheidsopdracht voor de uit-

voering van werken moet worden aan-
gemerkt. Ook al betreft het een (voor)-
overeenkomst om het betrokken bouw-
werk te (ver)huren.