



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

OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID

Aansprakelijkheid voor vernietigde beslissingen: ABRvS versus HR

De gemeente Rotterdam had een bouwvergunning met vrijstelling verleend voor de uitbreiding van een verpleegtehuis. De buurman maakte daartegen bezwaar, dat door de gemeente werd afgewezen. In beroep werd de beslissing op bezwaar tot tweemaal toe door de bestuursrechter vernietigd. De derde beslissing op bezwaar, waarbij het bezwaar wederom werd afgewezen, hield uiteindelijk wel stand bij de ABRvS. Op 19 december 2008 heeft de Hoge Raad geoordeeld over de vraag of het primaire besluit, waarbij de bouwvergunning en de vrijstelling werden verleend jegens de buurman, onrechtmatig was.

De buurman meende dat de aanvankelijk verleende bouwvergunning en vrijstelling op het moment van verlenen in 1996 onrechtmatig waren. Daardoor was de gemeente schadeplichtig. De onrechtmatigheid was erin gelegen dat de laatste beslissing op bezwaar bijna zeven jaar na die eerste beslissing op

bezwaar was genomen en onderbouwd was met feiten en omstandigheden die ten tijde van de eerste beslissing op bezwaar nog niet bestonden. Zo was er een nieuwe wacht lijstproblematiek die als urgentie voor dit bouwplan kon dienen en er was inmiddels een voorontwerp-bestemmingsplan.

De rechtbank volgde de buurman in zijn redenering omdat uit de bestuursrechtelijke vernietiging van de eerste beslissing op bezwaar bleek dat de vergunning verleend was in strijd met de wet en met een onvoldoende planologische onderbouwing.

Het hof en de Hoge Raad zagen dit anders: geconstateerd werd allereerst dat de bouwvergunning en vrijstelling nimmer vernietigd en/of geschorst waren en onherroepelijk waren geworden. In lijn met eerdere rechtspraak oordeelde de Hoge Raad vervolgens dat de burgerlijke rechter alsdan van de rechtmatigheid van het besluit moet uitgaan. Zowel voor wat betreft de inhoud van het besluit als voor de wijze van tot stand komen van het besluit. Onder dit laatste moet, aldus de Hoge Raad, mede begrepen worden het tijdstip waarop het besluit werd genomen. De buurman betoogde evenwel dat dit besluit pas vanwege de gewijzigde feiten en omstandigheden, zeven jaar later rechtmatig had kunnen worden genomen en niet ten tijde van de bouwvergunning. De noodzakelijke omstandigheden voor een rechtmatig besluit ontbraken op dat moment. Dat

bleek immers uit de vernietiging (door de ABRvS) van de eerste beslissing op bezwaar. Een latere omstandigheid, aldus de buurman, die bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het primaire besluit moet worden betrokken. Daarbij loopt de buurman in zijn eigen val: de Hoge Raad overweegt dat ook indien de besluitvorming na de vernietiging van de eerste beslissing op bezwaar wordt betrokken bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de bouwvergunning, geconstateerd moet worden dat de bij het primaire besluit verleende bouwvergunning terecht is gebleken. Eerder had de Hoge Raad dit al bepaald ten aanzien van bestuursdwangbesluiten.

Hoe anders oordeelde de ABRvS echter vijf dagen later in een vergelijkbare situatie. Daar ging het om een in eerste instantie ten onrechte niet gevolgde

vrijstellingsprocedure. Die werd alsnog gevolgd waardoor de gewraakte bouwvergunning overleefde. De ABRvS: *“Dit betekent dat het college (...) de schade die appellant heeft geleden gedurende de tijd gelegen tussen het rechtens onjuist bevonden besluit (...) en het tijdstip waarop een rechtens juist besluit genomen had kunnen zijn, dient te vergoeden”*. Als klap op de vuurpijl kende de ABRvS ook nog immateriële schade toe voor de besluitvorming omdat die tot en met hoger beroep langer dan vijf jaar had geduurd.

Nieuwsflits

...Eind december 2008 heeft de Europese Commissie de lijst vernieuwd waarop aanbestedende diensten zijn vermeld. Overigens is de lijst niet limitatief...

WETGEVING

Toetsen aan de Grondwet

In Nederland mag een wetgeving door de rechter niet getoetst worden aan de Grondwet. Veel grondwettelijke normen zijn ook opgenomen in internationale verdragen waaraan wel getoetst mag worden door de rechter. Het gemis aan grondwettelijke toetsing is dus ook beperkt. Wellicht om deze reden heeft de Eerste Kamer pas op 2 december jl. ingestemd met het initiatiefwetsvoorstel van Groen Links uit 2002 om grondwettelijke toetsing mogelijk te maken.

Daarmee is de toetsingsmogelijkheid aan de Grondwet nog geen feit. Aangezien de toetsingsmogelijkheid een grondwetswijziging behelst van artikel 120 van de Grondwet, dient het voorstel na de komende Tweede Kamerverkiezingen nogmaals te worden behandeld en aangenomen en wel door een tweederde meerderheid van zowel de Tweede als de Eerste Kamer.

Het voorstel leidt niet tot een volledig toetsingsrecht aan de Grondwet.

Ingevolge het voorstel kan slechts getoetst worden aan de zogenoemde klassieke grondrechten en niet aan de zogenoemde sociale grondrechten. Achtergrond daarvan is dat de klassieke grondrechten meer een voor de overheid onthoudend karakter hebben en sociale grondrechten een voor de overheid activerend karakter hebben waarbij een grote handelingsvrijheid voor de overheid is.

Bij klassieke grondrechten moet gedacht worden aan het gelijkheidsbeginsel,

vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, vrijheid van meningsuiting, het recht van vergadering en betoging, lichamelijke onaantastbaarheid en dergelijke. Bij sociale grondrechten valt te denken aan het recht op werk, rechtsbijstand, sociale zekerheid en dergelijke.

Nieuwsflits

...De wettelijke handelsrente is per 1 januari 2009 verlaagd naar 9,5%. De gewone wettelijke rente blijft per 1 januari 2009 6% ...

Aanvaarding van het initiatief zou uiteindelijk leiden tot het einde van de unieke positie van Nederland in Europa waarbij Nederland als enige geen constitutionele toetsing kent. Overigens zou Nederland met het nieuwe systeem ook een uitzondering vormen aangezien constitutionele toetsing in weinig andere landen is overgelaten aan de gewone rechterlijke macht. Het wetsvoorstel kiest

nadrukkelijk echter niet voor een aparte constitutionele rechter, zoals een constitutioneel hof. In landen waar een dergelijk hof wel is ingesteld, leert de ervaring dat dit leidt tot politieke benoemingen en ongewenste samenwerking van politiek en rechterlijke macht. Bovendien voorkomt dit procedurele vertraging

ADMINISTRATIEF BOUWRECHT

De NEN-normen van het Nederlands Normalisatie Instituut

De uitspraak van de Haagse rechtbank op 31 december 2008, waarin bepaald werd dat de NEN-normen waarnaar verwezen wordt in het Bouwbesluit niet geldig zijn, heeft al bredere aandacht gehad. Hoe zit het echt en wat is het geval?

In de Woningwet is bepaald dat er door middel van een algemene maatregel van bestuur nadere eisen omtrent bouwen gesteld kunnen worden. Die eisen zijn vervolgens gesteld in het Bouwbesluit 2003. In dat Bouwbesluit worden technische voorschriften gegeven voor te bouwen en bestaande bouwwerken. Deels bevatten deze voorschriften functionele eisen, deels prestatie-eisen. Deze prestatie-eisen zijn voor een belangrijk deel te vinden in een aantal NEN-normen die per exemplaar zo'n € 62 kosten. Knooble, een bouwkundig adviesbureau, maakte bezwaar tegen het niet gratis voorhanden zijn van deze NEN-normen. Zij meende dat bedoelde NEN-normen in feite algemeen verbindende voorschriften zijn die ingevolge de Grondwet en nadere wetgeving algemeen en zonder kosten openbaar gemaakt moeten worden. Vervolgens ging Knooble op grond van het voorgaande voor twee ankers liggen:

omdat het Bouwbesluit naar deze NEN-normen verwijst, zijn deze NEN-normen algemeen verbindende voorschriften geworden die niet in werking zijn getreden omdat zij niet op de juiste wijze openbaar zijn gemaakt. Gelet op het algemeen verbindend karakter van de NEN-normen kon er op deze NEN-normen geen auteursrecht meer rusten, zoals dat in zijn algemeenheid voor regelgeving geldt. De Staat en het NNI verdedigden zich nog met de stelling dat de NEN-normen niet dwingend van karakter waren omdat het Bouwbesluit ook het zogenaamde gelijkwaardigheidsbeginsel kende. Die bepaling laat ruimte om af te wijken van prestatie-eisen zoals opgenomen in de NEN-normen. Maar dat mocht bij de rechtbank niet baten: voor de beoordeling van die prestatie-eisen vormen de in de NEN-normen opgenomen prestatie-eisen dus noodzakelijkerwijs het toetsingskader. Al met al oordeelde de rechtbank dat de voorschriften van het Bouwbesluit 2003 en de Regeling Bouwbesluit 2003, die

verwijzen naar NEN-normen, (nog) niet in werking zijn getreden en dus (nog) niet verbindend zijn. Dat gaat derhalve om aanzienlijke delen van het Bouwbesluit. Vanwege het niet in werking zijn getreden, kunnen deze NEN-normen niet als regelgeving beschouwd worden waarop geen auteursrechten rusten. Overigens was dat een kwestie, aldus de rechtbank, tussen het NNI en de Staat.

Bedoelde uitspraak van de rechtbank heeft voornamelijk tot gevolg dat belangrijke delen van het Bouwbesluit 2003 en de Regeling Bouwbesluit 2003 niet van toepassing zijn. Ongetwijfeld zal moeten blijken of deze uitspraak in hoger beroep en cassatie stand houdt. Voornamelijk heeft deze uitspraak een niet te onderschatten belang voor handhavingssaken. Dat zal in de praktijk ongetwijfeld blijken.