



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

Ruimtelijke Ordening

Verkiezingsborden

Een boer in Brabant had vooruitlopend op de laatste gemeenteraadsverkiezingen diverse verkiezingsborden op zijn erf geplaatst. Blijkens de voorzieningenrechter in Breda, die daarover op 22 februari 2010 had te oordelen, ging het om “een object in de vorm van het cijfer “1”” en om “een tweetal houten palen omspannen met zeildoek met opdruk”. De tekst op de borden en het zeildoek liet de voorzieningenrechter echter onvermeld. De gemeente wenste handhavend op te treden omdat de noodzakelijke bouwgunning voor de palen met borden en zeildoek ontbrak.

Allereerst vroeg de voorzieningenrechter zich af of hier sprake was van een bouwwerk in de zin van (Woning)wet. Dat was het geval: “elke constructie van enige omvang van hout (...) of ander materiaal, die op de plaats van bestemming (...) met de

grond verbonden is, (...) bedoeld om ter plaatse te functioneren” wordt bestempeld als bouwwerk. Zo dus ook de onderhavige palen met borden en spandoek. Anders zou dit dus geweest zijn als het spandoek aan de boerderij of het hek van een akker zou zijn be-

vestigd, zoals de burgemeester aan de boer zou hebben aangegeven.

Voorts was de boer van mening dat de verkiezingsborden waren toegestaan omdat ter plaatse een provinciale Landschapsverordening gold die de borden en het spandoek qua groot-

te en plaats mogelijk maakte. Dat was ook expliciet en schriftelijk door de provincie aan de boer gemeld. Maar daarmee, aldus de voorzieningen-rechter, kon niet worden ontkomen aan een bouwvergunning: de (Woning)wet kent geen uitzondering op de bouwvergunningsplicht voor bouwwerken die op grond van een provinciale verordening zijn toege-

staan. Het laatste feit scheelt derhalve hoogstens een extra toestemming.

Tenslotte meende de boer dat zijn grondwettelijk recht op vrijheid van meningsuiting tekort werd gedaan. Een stukje ging de rechter daarin mee: de bouwvergunningseis van de gemeente beoordeelde de rechter als een inmenging op dit grondwettelijk recht van vrijheid van meningsuiting.

Maar wel een gerechtvaardigde inmenging: het recht op vrijheid van meningsuiting werd niet "illusoir" omdat er in de gemeente diverse andere locaties waren waar het mogelijk was om posters, spandoeken en affiches op te hangen. Zekerheidshalve voegde de rechter daaraan toe: voor zover die posters, spandoeken en affiches niet als bouwwerk waren aan te merken.

Aanbesteding

Nieuwe rechtsbeschermingsregels

Op 19 februari 2010 is de Wet Implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden van kracht geworden. Deze wet vormt de implementatie van een Europese rechtsbeschermingsrichtlijn uit 2007 die al op 20 december 2009 in werking is getreden. De wet bepaalt concrete termijnen en gronden voor procedures tegen voorgenomen gunningsbeslissingen en overeenkomsten op basis van aanbesteding.

De wet voorziet terzake in een drietal termijnen. Allereerst kent de wet de bekende termijn van vijftien dagen, de zogenaamde Alcatel-termijn, die in acht genomen moet worden tussen de gunningsbeslissing en de te sluiten overeenkomst. Deze termijn is bedoeld om al dan niet expliciet afgewezen inschrijvers de gelegenheid te bieden de gunningsbeslissing bij de rechter aan te vechten. Wordt de gunningsbeslissing aangevochten, dan kan er geen overeenkomst worden gesloten totdat de rechter heeft beslist. Overigens kan ook na ommekomst van deze vijftien dagen een gunningsbeslissing worden aangevochten indien er nog geen overeenkomst is gesloten. Deze procedure verhindert

alsdan evenwel niet dat de aanbestedende dienst een overeenkomst sluit.

Voorts kent de wet ook een termijn van dertig (kalender)dagen om niet de gunningsbeslissing maar de gesloten overeenkomst aan te vechten. Dat kan in twee gevallen: het eerste geval behelst de situatie waarin de aanbestedende dienst de termijn van vijftien dagen voor het sluiten van een overeenkomst niet heeft afgewacht. Deze situatie lijkt eenvoudig toetsbaar maar vormt op zich natuurlijk geen materieel belang voor vernietiging van de gesloten overeenkomst. In het tweede geval kan vernietiging van de, na ommekomst van de Alcatel-termijn, gesloten overeenkomst gevorderd worden indien de gunningsbeslissing niet vol-

doende gemotiveerd is. De vraag rijst evenwel of onjuist gemotiveerde gunningsbeslissingen daaronder begrepen moeten worden omdat daarvoor de vijftien dagen-termijn geldt. Zekerheidshalve zal in de praktijk dus rekening gehouden moeten worden met (louter) de Alcatel-termijn van vijftien dagen bij bezwaren tegen gunningsbeslissingen.

Tenslotte bepaalt de wet nog een termijn van zes maanden waarbinnen vernietiging van een gesloten overeenkomst kan worden gevorderd. Die mogelijkheid staat alleen open indien de voorgenomen opdracht niet is gepubliceerd in het publicatieblad van de Europese Unie. Overigens kan deze (lange) termijn weer tot vijftien dagen

Vervolg Aanbesteding

worden teruggebracht indien de aanbestedende dienst het voornemen om een overeenkomst te sluiten vrijwillig in het publicatieblad van de Europese Unie bekend maakt.

Tenslotte geldt nog dat de wet slechts in uitzonderlijke gevallen

voorziet in instandhouding van de overeenkomst door de rechter als die gesloten is in strijd met het aanbestedingsrecht. Indien zo'n uitzondering zich voordoet, dient wel rekening gehouden te worden met een boete van de NMA ter grootte van maximaal

15% van de opdracht. Waarom 15%? Dat is zo'n beetje het gemiddelde van de Europese landen, aldus de Minister.

Nieuwsflits

... De Tweede Kamer heeft de ontwerp-AMvB Ruimte controversieel verklaard en de Minister heeft gevraagd dat terug te draaien: de AMvB is beleidsneutraal en ruimtelijke rijksbelangen zouden niet langer gewaarborgd zijn. ...

Europees recht

Recente uitspraken Europees Hof

Begin deze maand heeft het Europese Hof een aantal uitspraken gedaan die interessant zijn voor de rechtsgebieden rond overheid en vastgoed.

Allereerst betreft dit een uitspraak van 11 maart 2010 waarbij een Italiaanse wet aan de orde was die een minimum afstand tussen tankstations langs provinciale wegen van drie kilometer voorschreef. Deze bepaling toetste het Hof aan het recht van vrije vestiging. De bepaling achtte het Hof daarmee in strijd: deze gold alleen voor nieuwe tankstations en niet voor de bestaande waarvoor geen overgangsregeling was opgenomen. Daardoor werden potentiële toetreders tot de markt van brandstof distributie afgeschrikt. Vervolgens onderzocht het Hof of er een rechtvaardiging was voor deze beperking

van het recht van vrije vestiging. Mogelijke consumentenbescherming was voor het Hof "moeilijk in te zien". Rechtvaardiging die gelegen was in redenen van verkeersveiligheid en de bescherming van gezondheid en milieu vond het Hof evenmin: de bepaling met een minimumafstand ging verder dan voor deze doelen nodig was; deze doelstellingen waren ook op andere wijzen te bereiken. Specifiek noemde het Hof hierbij de voor vestiging van een tankstation noodzakelijke vergunningverlening en het bestemmingsplan.

Op 9 maart 2010 sprak het Hof zich

uit over de vraag wanneer een naastgelegen bedrijf van een diffuse bodemverontreiniging onder het principe "de vervuiler betaalt" door de overheid kan worden aangesproken. Zulks op grond van een Europese richtlijn die inmiddels in Nederland is geïmplementeerd. De casus speelt wederom in Italië: aan een sterk vervuilde baai in Sicilië waren diverse petrochemische bedrijven gevestigd. De verontreinigingen in de baai waren door activiteiten van deze bedrijven en hun voorgangers ontstaan. Welk (voormalig) bedrijf welke verontreiniging had veroorzaakt was evenwel niet vast te stellen. De Itali

aanse rechter meende dat zulks ook niet nodig was en kwam tot een "objectieve ondernemersaansprakelijkheid" vanwege het profijt dat de ondernemingen uit de vervuilende activiteiten trokken.

Hoewel de aansprakelijkheid op grond van deze richtlijn in dit geval alleen mocht worden aangenomen bij een onmiddellijke dreiging met een causaal verband, achtte het Hof een dergelijk causaal verband ook bij deze diffuse verontreiniging aanwezig. Vast stond dat niet Europees geregeld is hoe een causaal verband gelegd moet worden omdat daarvoor de nationale bewijsregels van de lidstaten gelden. Niettemin mag een lidstaat een causaal verband aannemen indien het vervuilend bedrijf nabij de verontreiniging is gelegen en er een verband is tussen de gevonden verontreinigende stoffen en die van het bedrijf. Overigens dient het bevoegd gezag dit

causaal verband dan wel te motiveren met "geloofwaardige aanwijzingen". Alsdan verschuift de bewijslast van het tegendeel naar het aangesproken bedrijf. Temeer kwam het Hof tot deze redenering omdat individuele lidstaten ingevolge de Richtlijn strengere bepalingen voor preventie en herstel van milieuschade mogen vaststellen.

Tenslotte wees het Hof eveneens op 11 maart een arrest waaruit blijkt dat onterecht verleende staatssteun slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden niet behoeft te worden terugbetaald. De Franse boekhandelaar CELF had in een ver verleden staatssteun ontvangen. Tot drie maal toe had de Europese Commissie geoordeeld dat deze steun door de beugel kon. Deze beslissingen waren eveneens tot drie maal toe door de Europese rechter vernietigd. Vervolgens was de Commissie voor de vierde maal doende om de verleende staats

steun te beoordelen. De Franse rechter vroeg zich daarbij af of met terugvordering van de staatssteun gewacht kon worden totdat de Commissie beslist had. Drie positieve beslissingen van de Commissie, aldus de Franse rechter, mag de steunontvanger gerechtvaardigd vertrouwen geven dat de staatssteun terecht was verleend. Drie nietigverklaringen van deze beslissingen, aldus het Hof, mochten de ontvanger dat vertrouwen helemaal niet geven. Bovendien stond tegen deze de laatste positieve beslissing van de Commissie nog beroep open waardoor geen beroep kon worden gedaan op het rechtzekerheidsbeginsel als buitengewone omstandigheid. Daarnaast dient staatssteun teruggevorderd te worden, althans in het geheel niet te worden verleend, indien de wettigheid van de staatssteun niet vast staat, aldus het Hof.

Bestuursrecht

NEN-normen toch verbindend?

Op 31 december 2008 heeft de rechtbank Den Haag in een uitspraak bepaald, dat NEN-normen niet verbindend zijn voor zover daarnaar in het Bouwbesluit wordt verwezen, waardoor bouwvergunningen hieraan niet getoetst hoeven te worden. Bij een procedure tegen een geweigerde bouwvergunning ging de rechtbank Den Bosch op 5 februari jl. ambtshalve in op deze verbindendheid. Verrassend genoeg concludeerde de Bossche rechter dat de NEN-normen wél verbindend zijn.

De Haagse en Bossche rechtbank zijn het met elkaar eens, voor zover het gaat om het karakter van de NEN-normen: die worden gezien als

algemeen verbindende voorschriften. Waar de rechtbank Den Haag concludeerde tot het onverbindend zijn van deze normen omdat deze niet

conform de Bekendmakingswet waren gepubliceerd, meent de rechtbank 's Hertogenbosch echter dat de NEN normen wél verbindende kracht

hebben. Tot die conclusie komt ze, omdat er naar haar mening voor deze normen geen bekendmakingsplicht bestaat.

Op grond van artikel 3 van de Woningwet kan bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden verwezen naar normen of delen van normen. De Bossche rechter redeneert dat de wetgever daarmee de bedoeling heeft gehad om

reeds door middel van verwijzing in het Bouwbesluit de NEN-normen algemeen verbindende kracht toe te kennen. Daarvoor is een afzonderlijke bekendmaking dan niet meer nodig: de wetgever heeft daarmee immers een van de Bekendmakingswet afwijkende bekendmakingsregeling in het leven geroepen, die de Bekendmakingswet in zoverre opzij zet. De Haagse rechter vond dat nog wél nodig, omdat

dergelijke algemeen verbindende voorschriften in zijn visie zonder uitzondering onder het bereik van artikel 89 van de Grondwet vallen.

Tegen de Haagse uitspraak is overigens hoger beroep ingesteld. Centraal daarin zal staan de vraag, of, en -zo ja- in hoeverre, bekendmakingsregels worden omzeild met de constructie in de Woningwet.

Nieuwsflits

... Op 1 april a.s. zal de lang bediscussieerde Crisis- en Herstelwet zonder de door de Eerste Kamer voorgestelde wijzigingen van kracht worden. ...