



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

Gebiedsontwikkeling

Verplicht aanbesteden of niet?

De afgelopen jaren is de vraag, of overheidsopdrachten in het kader van gebiedsontwikkeling aanbesteed moeten worden, met name beheerst door Europese rechtspraak. Regelmatig speelt daarbij de vraag wanneer er sprake is van een overheidsopdracht indien door de ontwikkelaar ook openbare werken worden gerealiseerd. Wordt voor het realiseren van die werken een vergoeding verkregen van de overheid, dan is er sprake van een overheidsopdracht onder bezwarende titel, die aanbestedingsplichtig is. Maar wat geldt bij een overheidsopdracht voor werken waarbij de vergoeding door de ontwikkelaar van derden wordt verkregen?

In essentie was dat de vraag waarover op 16 september 2010 de conclusie van de advocaat-generaal in een Spaanse kwestie voor het Europese Hof ging. Vanwege enkele specifiek behandelde kwesties door de advocaat-generaal is de casus ook interessant voor de Nederlandse praktijk van gebiedsontwik-

keling.

In de Spaanse zaak ging het om een specifiek Spaans wettelijk figuur (de zogenaamde PAI in indirect beheer) voor grondgebruik: daarbij kan een ontwikkelaar bouwrechten van de overheid verkrijgen voor een door de overheid na aanbesteding beoordeeld gebiedsont-

wikkelingsplan. Een dergelijk plan dient tevens openbare (infrastructurele en nuts)voorzieningen te bevatten. Na vaststelling van het gebiedsontwikkelingsplan verkrijgt de ontwikkelaar vervolgens op grond van wettelijke maatstaven financiële bijdragen van de betrokken grondeigenaren voor de kosten van

de openbare voorzieningen. Een soort uitbestede uitvoering van een exploitatieplan naar Nederlandse termen. Deze openbare voorzieningen worden na realisering in beginsel aan de overheid overgedragen. Om laatstgenoemde reden oordeelt de advocaat-generaal dat er in ieder geval geen sprake is van een concessie waarbij de ontwikkelaar de mogelijkheid heeft het in overheidsopdracht gerealiseerde werk te exploiteren. De vraag is wel of er sprake is van een bezwarende titel, oftewel: een vergoeding voor een overheidsopdracht van een werk.

De advocaat-generaal concludeert allereerst dat er sprake is van een ruime (extensieve) uitleg van zowel het begrip overheidsopdracht als van het begrip bezwarende titel. Daarbij wordt verwe-

zen naar het La Scala en het Auroux-arrest. Maar dat maakt de specifieke Spaanse wettelijke figuur voor grondgebruik nog niet aanbestedingsplichtig. De Finse advocaat-generaal waarschuwt dan ook voor een Procrustesoplossing. Procrustes was in de Griekse mythologie een meedogenloze smid en rover uit Attica die mensen verminkte door hen uit te rekken of hun benen af te hakken wanneer zij niet in een ijzeren bed pasten.

Toegespitst op de onderhavige kwestie meent de advocaat-generaal dat er geen sprake is van een bezwarende titel. Voorwaarde daarvoor is dat de aanbestedende dienst direct of indirect eigen financiële middelen aanwendt. Direct door voldoening van een bedrag aan de ontwikkelaar; indirect

doordat de overheid inkomsten laat liggen. Voor dit oordeel sluit de advocaat-generaal aan bij de conclusie in het Müller-arrest van vorig jaar, die op dat punt door het hof gevolgd is. De Spaanse wettelijke figuur omtrent grondgebruik kenschetst de AG als een samenwerkingsakkoord tussen de openbare en privé-sector, waarmee wordt beoogd de overheid in staat te stellen haar verplichtingen op een efficiënte manier te vervullen. Dit doen zij door privé initiatieven aan te moedigen, gekoppeld aan de verplichting ondertussen voor openbare voorzieningen te zorgen.

Daarmee lijkt gebiedsontwikkeling door de overheid weer verder weg van een aanbestedingsverplichting.

Nieuwe wetgeving

Aanpassing bestuursprocesrecht

In onze nieuwsbrief van augustus 2010 is bericht over het in de zomer van 2010 ingediende wetsvoorstel dat strekt tot aanpassing van het bestuursprocesrecht. De eerste initiatieven voor dit wetsvoorstel dateerden overigens al uit 2006. Eén van de redenen voor deze lange periode is dat het wetsvoorstel een aantal onderwerpen bevat die al lange tijd onderwerp van diepgaande discussies zijn. Mede daarom is het interessant om te zien hoe de eerste parlementaire behandeling op 16 november 2010 van dit wetsvoorstel is verlopen.

Doel van het wetsvoorstel is een slagvaardiger bestuursprocesrecht. De wijzigingen die daartoe in de Algemene wet bestuursrecht worden voorgesteld zijn niet onverdeeld enthousiast door de vaste Kamercommissie voor veiligheid en justitie ontvangen. Bij de belangrijkste wijzigingen rezen vanuit de

Kamercommissie de nodige vragen en twijfels.

Allereerst de voorgestelde invoering van het relativiteitsvereiste in het bestuursrecht. Alom werd de vraag gesteld waarom dit vereiste nu al definitief ingevoerd moest worden. Benieuwd was de Kamercommissie naar

het gebleken nut daarvan in de rechtspraak op basis van de recente Crisis- en herstelwet waarin het relativiteitsvereiste al is opgenomen. Er bleek op dit punt ook meer principiële weerstand. Wat was het klassieke voorbeeld van het relativiteitsvereiste in het bestuursrecht? De bewoners van een

villawijk die zich verzetten tegen een woonwagenkamp in hun buurt met een beroep op te veel geluidsoverlast in het geplande woonwagenkamp van een naast gelegen spoorlijn. Aangezien de geluidsnorm geldt ter bescherming van de woonwagenbewoners bepaalt het relativiteitsvereiste dat de villabewoners op deze norm geen beroep toe komt. Dat gaat een aantal fracties te ver: het beroep van een burger op deze norm draagt bij aan de kwaliteit van besluitvorming. En: regels zijn er toch niet voor niets en moeten toch ook worden nageleefd? Deze vragen roepen enigszins het beeld op van door rood licht rijden (door de overheid): een voorbijganger mag dat niet melden maar een tegenligger wel. Eerder adviseerde de Raad van State overigens al kritisch omdat het relativiteitsvereiste afbreuk zou doen aan de ongelijkheidscompensatie tussen burger en overheid die het bestuursrecht borgt. Meer praktisch werd de vraag aan de orde gesteld of invoering

van het relativiteitsvereiste procedures niet meer zou juridificeren. De strekking van een geschonden norm moet immers worden vastgesteld en de achterliggende reden van de degene die procedeert. Bij dit laatste merkte de SP op: "De bestuursrechter kan toch geen gedachten lezen?". Bovendien zou het inperken van de mogelijkheden in het bestuursrecht het beroep op het civiele recht kunnen toenemen.

De verruimde mogelijkheid om gebreken in een besluit te passeren werd welwillend ontvangen maar wel was er behoefte over de omvang van deze verruiming. Vooral het nieuwe criterium voor het passeren van een gebrek dat inhoudt dat belanghebbenden niet benadeeld mogen zijn door het gebrek, vereist verduidelijking. Met name omdat dit laatste slechts 'aannekelijk' hoeft te zijn.

Het voorstel voor een 'grote kamer' bij de hoogste bestuursrechters werd breed sceptisch ontvangen. Niet ingezien werd hoe dat het beoogde doel,

bewaking van de rechtseenheid, zou kunnen dienen. Vooral omdat niet partijen om verwijzing kunnen vragen maar dat aan de rechters zelf is. Instelling van zo'n 'grote kamer' zou ook automatisch kunnen leiden tot ondergraving van de andere uitspraken. Dit laatste werd versterkt door de voorgestelde mogelijkheid van enkelvoudige kamers voor zaken die in eerste aanleg door een meervoudige kamer zijn behandeld. Die zaken zijn in hoger beroep, aldus de Minister, veelal niet meer complex. Dat ging er bij een aantal Kamerleden niet in. Ter bevordering van de rechtseenheid werd gesuggereerd om cassatieberoep mogelijk te maken bij de Hoge Raad.

Over de nieuwe mogelijkheid om incidenteel beroep in te stellen waren geen vragen of opmerkingen.

Ruimtelijke Ordening

Beroep gegrond, en toch werd het bestemmingsplan niet vernietigd

De eerste toepassing van het relativiteitsvereiste is een feit: op 19 januari jl. deed de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State uitspraak over een bestemmingsplan van de gemeente Brummen (LJN: BP1352). De Afdeling concludeert uitdrukkelijk en met een uitgebreide motivering, dat en waarom het (inhoudelijk terechte) beroep op een afstandsnorm voor een chemisch bedrijf ten opzichte van woningen ongegrond is.

Met de inwerkingtreding van de Crisis- en Herstelwet op 31 maart 2010 is het relativiteitsvereiste van toepassing ge-

worden op bepaalde grote projecten, waaronder het woningbouwplan van de gemeente Brummen, waarop deze

uitspraak betrekking heeft. Het relativiteitsvereiste betekent, dat de rechter een besluit niet mag vernietigen op

grond van strijdigheid met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel, als die regel of dat beginsel kennelijk niet bedoeld is om de belangen te beschermen van degene die zich op die regel of dat beginsel beroept. Degene die beroep instelt, moet dus aantonen dat zijn eigen concrete belang wordt aangetast.

In de Brummen-casus hadden omwonenden zich beroepen op de afstandsnorm, die de gemeente ten opzichte van de geplande woningen in acht had moeten nemen voor de vestiging van een chemisch bedrijf. De gemeente was kennelijk uitgegaan van een afstand van 250 dan wel 300 meter, terwijl die afstand in werkelijkheid 185 meter bleek te bedragen. Dit is onmiskenbaar als onzorgvuldige besluit-

vorming te kwalificeren: het chemische bedrijf komt door die te geringe afstand te dicht op de nieuw geplande woningen te staan, terwijl de gemeente niet kon uitleggen waarom zij deze afwijking accepteerde. Appellanten konden zich echter niet beroepen op deze evidente onzorgvuldigheid: hun belang lag namelijk in het vrije uitzicht en woongenot in relatie tot de nieuwbouw in het gebied. Dat is anders dan het belang dat die afstandsnorm beoogde te beschermen, namelijk hinder afkomstig van het chemisch bedrijf ten opzichte van de nieuw te bouwen woningen. Hoewel dus de beroepsgrond (als enige!) in deze casus inhoudelijk doel trof, bleek zij door de toepasselijkheid van het relativiteitsvereiste alsnog buitenspel gezet te worden. Het blijft een vraag, of de omwon-

den het met een andere aanvliegroute wél hadden gered. Zo hadden zij wellicht de norm van een 'goede ruimtelijke ordening' concreter moeten uitwerken gezien hun belangen van uitzicht en het behoud van hun woonomgeving, en hadden zij zich juist niet moeten beroepen op de afstandsnorm.

Het relativiteitsvereiste in de Crisis- en Herstelwet krijgt naar verwachting een vervolg in nieuwe regels op het gebied van het bestuursprocesrecht. Het sinds 2006 beoogde artikel 8:69a van de Algemene wet bestuursrecht bevat hetzelfde relativiteitsvereiste als opgenomen in artikel 1.9 van de Crisis- en Herstelwet.