



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

Nieuwe Aanbestedingswet

Parlementaire behandeling

Medio 2010 is het wetsvoorstel voor de nieuwe Aanbestedingswet ingediend. Na de nodige moties en amendementen is op 1 juni 2012 de memorie van antwoord verschenen. Voor de vaste Kamercommissie aanleiding om op 19 juni jl. daarover nadere vragen te stellen. Een overzicht van de huidige stand van zaken.

Allereerst verduidelijkt de minister het voornemen van de regering om te komen met een commissie van aanbestedingsexperts. Deze commissie zal fungeren als een soort klachtencommissie bij aanbestedingskwesties waarbij de nadruk ligt op laagdrempelige bemiddeling. De uitkomst van een dergelijke bemiddeling is voor partijen niet bindend.

Vragen waren er over de verhouding van de voorgestelde wet met de

nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn die in de loop van dit jaar door Brussel vastgesteld moet zijn. Dat blijft elkaar niet, volgens de minister. Bovendien acht de minister de beoogde vaststellingsdatum van deze richtlijn "zeer ambitieus". Daarenboven ziet de nieuwe Aanbestedingswet ook op opdrachten onder de Europese drempels. Het wetsvoorstel zou voor die gevallen belemmeringen voor kleine ondernemers oplossen. Voor de vaste

Kamercommissie was dit antwoord aanleiding om nader te vragen op welke punten het voorliggende wetsvoorstel zwaardere eisen stelt aan aanbestedende diensten in vergelijking met de nieuwe Europese richtlijn.

Transparantie dient voorts betrachting te worden voor opdrachten onder de drempel voor zover die een grensoverschrijdend belang hebben, aldus vaste rechtspraak van de Europese rechter. De minister werd gevraagd wanneer

Vervolg Nieuwe Aanbestedingswet

sprake is van een dergelijk grensoverschrijdend belang. Verder dan de summier aanwijzingen die de Europese rechter daarvoor geeft komt de minister niet: de geraamde opdrachtwaarde, de technische aard van de opdracht en de plaats van de uitvoering.

Voorts is één van de doelstellingen van de nieuwe wet ervoor zorg te dragen dat dertig procent van het aantal aanbestedingen bij het midden- en kleinbedrijf terecht komt. Gevraagd werd om die reden hoe dit percentage gehaald zou worden en welke sanctie daarop staat in het ontkennende geval. Het percentage bleek volgens het antwoord van de minister een richtpercentage en zeker geen harde norm: de Europese aanbestedingsrichtlijnen staan niet toe dat een deel van de opdrachten wordt voorbehouden aan het midden- en kleinbedrijf. Een zelfde

antwoord was denkbaar geweest op de vraag of het verplicht opnemen van een bepaald percentage langdurig werklozen en arbeidsgehandicapten mogelijk is. Daarvoor koos de regering echter niet omdat het niet mogelijk of wenselijk werd geacht een bepaald percentage werklozen of arbeidsgehandicapten in alle gevallen bij de uitvoering van een opdracht te betrekken. Diverse fracties in de vaste Kamercommissie waren over dit antwoord teleurgesteld en vroegen de regering om te kiezen voor het principe “pas toe of leg uit”.

Dit laatste principe geldt ook voor de Gids proportionaliteit waarin best practices bij aanbesteding zijn opgenomen. Via een algemene maatregel van bestuur zal deze Gids van toepassing zijn. Leidraden uit deze Gids behoeven niet toegepast te worden maar

dan dient wel gemotiveerd aangegeven te worden waarom niet (“pas toe of leg uit”). Naar verwachting zal een definitief concept van deze Gids nog voor het zomerreces naar de Kamer gestuurd worden.

Interessant was ook de vraag van de SP-fractie waarom de Aanbestedingswet niet ook voor private ondernemers zou moeten gelden. Dat zou volgens de minister een beperking zijn van de contractsvrijheid van private ondernemers die in het Burgerlijk Wetboek is geregeld. Bovendien is een belangrijk doel van de aanbestedingswetgeving het bewerkstelligen dat belastinggeld op een transparante en effectieve manier wordt uitgegeven. Dat doel geldt voor private ondernemers niet.

Verbintenissenrecht

Postcodeloterij moet alsnog “Gouden Munt” uitbetalen

Op 19 juni jl. heeft de kantonrechter van de rechtbank Amsterdam beslist dat de Nationale Postcodeloterij aan zes deelnemers van de Gouden Munt-actie alsnog hun welkomstcadeau, een bedrag van € 2.500,-- moet uitkeren.

Eind 2010 ontvingen deze deelnemers een brief van de Nationale Postcodeloterij, waarin stond dat zij bij een juiste combinatie van de munt- en cadeaucode gegarandeerd een welkomstcadeau zouden ontvangen. De deelnemers hoefden hiervoor slechts de bijgevoegde bon met cadeausticker in te sturen.

In het geval van de zes deelnemers

ging het om een portemonnee met € 2.500,--, die geen van de deelnemers heeft ontvangen. Volgens de Nationale Postcodeloterij blijkt uit de spelregels op de achterzijde van de brief dat slechts sprake is van een kans op het winnen van één van de cadeaus.

De zes deelnemers hebben deze kwestie voorgelegd aan de Reclame

Code Commissie. De commissie heeft geoordeeld dat de Nationale Postcodeloterij onduidelijke informatie heeft verstrekt en dat de uiting misleidend en oneerlijk is in de zin van de Nederlandse Reclame Code.

Vervolgens hebben de zes deelnemers bij de kantonrechter nakoming gevorderd van de toezegging van de Nationale Postcodeloterij dat de

deelnemers de prijs van € 2.500,-- hebben gewonnen. De kantonrechter oordeelt dat de Nationale Postcode-loterij zich niet aan haar verplichting tot het geven van het welkomstcadeau kan onttrekken met een beroep op de spelregels op de achterzijde van de brief. De voorzijde van de brief, het overzicht met cadeaus en/of de door

de deelnemers ingestuurde bon verwijzen niet naar deze spelregels en vormen derhalve geen onderdeel van de tussen partijen gesloten overeenkomst. Bovendien dient de Nationale Postcode-loterij als professionele partij zorg te dragen voor duidelijke correspondentie naar consumenten. De Nationale Postcode-loterij dient het bedrag

van € 2.500,-- alsnog uit te keren aan de zes deelnemers.

Ondertussen heeft de Nationale Postcode-loterij laten weten in hoger beroep te gaan tegen deze uitspraak. Daarbij heeft de Nationale Postcode-loterij natuurlijk kans op winst maar gegarandeerd is die niet.

Rechtspraak Hoge Raad

Opschortende voorwaarde goedkeuring college B & W

Overeenkomsten die een gemeente aangaat worden doorgaans overeengekomen onder de opschortende voorwaarde van instemming door het college van B & W. De vraag die dan rijst is of, en in hoeverre, de gemeente niet gebonden is aan een dergelijke overeenkomst. Over die vraag heeft de Hoge Raad op 1 juni 2012 een lezenswaardig arrest gewezen.

De gemeente Almere was in een langlopend onderhandelingstraject verwikkeld met een ontwikkelaar over de vestiging van een nieuwe supermarkt. In dat kader hadden partijen elkaar al een aantal keren getroffen bij de rechter. Uiteindelijk was een schikkings-overeenkomst tussen partijen overeengekomen die, zoals gebruikelijk, was aangegaan "onder de opschortende voorwaarde van instemming door het college". Over deze overeenkomst was door de wederzijdse advocaten gecorrespondeerd. De overeenkomst werd vervolgens niet onverkort goedgekeurd door het college. Deels nieuwe onderhandelingspunten werden als voorwaarde gesteld door het college waarmee de ontwikkelaar deels instemde.

Aan de nieuwe voorwaarde van het college waarover partijen geen overeenstemming konden bereiken ging

het hof voorbij: dat was een voorwaarde waarop het college, die langdurig en nauw betrokken was bij de onderhandelingen, geen beroep kon doen omdat de redelijkheid en billijkheid daaraan in de weg stonden. Aldus oordeelde het hof dat ondanks de overeengekomen opschortende voorwaarde van goedkeuring door het college, tussen partijen een overeenkomst tot stand was gekomen. Bij de Hoge Raad was de vraag aan de orde of het gemaakte voorbehoud door het college tot gevolg had dat er nog géén overeenkomst was zolang er nog geen goedkeuring was of dat er wél een overeenkomst was die pas in werking trad na vervulling van de opschortende voorwaarde. Was van de eerste situatie sprake, dan kon beroep gedaan worden op de wettelijke bepaling dat een opschortende voorwaarde op

grond van de redelijkheid en billijkheid als vervuld moet worden beschouwd (artikel 6:23 BW). In de tweede situatie zou die bepaling niet in beeld komen omdat er nog geen overeenkomst is. Voor deze laatste uitleg pleit de wettelijke bepaling dat slechts het college bevoegd is privaatrechtelijke overeenkomsten aan te gaan, ervan uitgaande dat ambtenaren daartoe niet gemandateerd zijn.

De Hoge Raad kiest met een eigen redenering voor een standpunt dat leidt dat de gemeente gebonden is aan een overeenkomst onder opschortende voorwaarde. Na overwogen te hebben dat slechts het college bevoegd is tot het aangaan van privaatrechtelijke rechtshandelingen overweegt de Hoge Raad: "*Deze bevoegdheid sluit niet uit dat met instemming van B & W onderhandelingen over*

Vervolg Rechtspraak Hoge Raad

voorgenomen privaatrechtelijke rechts-handelingen namens de gemeente door ambtenaren kunnen worden gevoerd en dat als resultaat van die onderhandelingen een rechtshandeling tot stand komt onder de voorwaarde van goedkeuring door het college van B & W." Vermeldenswaardig is dat de Hoge Raad hier spreekt van een "rechtshandeling" hoewel toch niet anders bedoeld kan zijn dan een overeenkomst onder opschortende voorwaarde waarop eerdergenoemde wettelijke bepaling van toepassing is. Dat blijkt uit het vervolg van de overweging van de Hoge Raad: "In een dergelijk geval kan een zodanige voorwaarde

worden aangemerkt als opschortende voorwaarde in de zin van artikel 6:21 BW, zodat in voorkomend geval ook artikel 6:23 lid 1 BW toepassing kan vinden."

Voor de praktijk geeft deze uitspraak een duidelijke richting: een van gemeentewege, niet door het college, aangegane overeenkomst onder opschortende voorwaarde van goedkeuring door het college, is een overeenkomst (onder opschortende voorwaarde). Onder omstandigheden, te toetsen aan de redelijkheid en billijkheid, komt B & W geen beroep toe op de opschortende voorwaarde zodat een onvoorwaardelijke overeenkomst tot

stand is gekomen. De toets aan de redelijkheid en billijkheid zal veelal bezien moeten worden in het licht van de verplichtingen die partijen in het kader van (langdurige) onderhandelingen tegenover elkaar hebben. Niet verrassend hangen die sterk af van feiten en omstandigheden.

Het voorgaande lijkt onverkort ook van toepassing indien sprake is van een voorbehoud van goedkeuring door de gemeenteraad: uit een uitspraak van het hof Den Haag van 17 april jl. blijkt dat een dergelijk voorbehoud niet in strijd is met het gedualiseerde gemeentebestel.

Nieuwsflits

...De wettelijke handelsrente voor niet-handelstransacties wordt per 1 juli 2012 verlaagd van 4% naar 3%. ...

Europese rechtspraak

Milieuorganisaties ontvankelijk bij Europese rechter

Twee milieuorganisaties, te weten de Vereniging Milieudefensie en de Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht, hadden bezwaar tegen het door de Europese Commissie verleende uitstel voor het voldoen aan Europese luchtkwaliteitseisen door Nederland. Bezwaar tegen dit uitstel door de milieuorganisaties werd door de Europese Commissie afgewezen. De Commissie kwam tot dat oordeel omdat zij van mening was dat milieuorganisaties slechts tegen besluiten konden opkomen die maatregelen van individuele strekking bevatten. Dat gold voor het onderhavige uitstel niet: dit uitstel richtte zich niet tot de nader omschreven personen, was in abstracte termen gericht en van toepassing op objectief omschreven situaties. Om die reden waren de milieuorganisaties niet-ontvankelijk in hun herzieningsverzoek, aldus de Commissie.

Bij de Europese rechter betoogden de milieuorganisaties primair dat het be-

sluit wel een maatregel van individuele strekking was. Dit met als doel om als-

nog ontvankelijk verklaard te worden in hun verzoek. Die stelling verwierp de

Vervolg Europese rechtspraak

rechter: de Europese richtlijn, en de daarop door de Commissie toegestane uitzondering, waren in abstracte en algemene bewoordingen gesteld en niet tot een bepaalde groep personen gericht en bovendien van toepassing op objectief bepaalde situaties. Derhalve geen maatregel van individuele strekking.

Toch leidde dat niet opnieuw tot niet-ontvankelijkheid van de milieuorganisaties. Hoewel enigszins aarzelend, achtten de milieuorganisaties het beroepsrecht in de Europese verordening in strijd met het hogere Verdrag van Aarhus, welke verordening was opgesteld ter uitvoering van dit verdrag. Daarin werd een beroepsmogelijkheid geboden voor “handelen” in strijd met milieuregelgeving. De Europese verordening beperkte dit handelen echter tot maatregelen van individuele strekking. Die beperking kwam volgens de Europese rechter in strijd

met de doelstellingen van het Verdrag van Aarhus, dat bedoeld was “om bij te dragen aan de bescherming van het recht van elke persoon van de huidige en toekomstige generaties om te leven in een milieu dat passend is voor zijn of haar gezondheid en welzijn, (...) elke partij de rechten op toegang tot informatie, inspraak in de besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden in overeenstemming met de bepalingen van dit Verdrag waarborgt.”.

Daarenboven achtte de rechter het beperken van beroepsmogelijkheden tot enkel maatregelen van individuele strekking ook om andere redenen niet gerechtvaardigd. De meeste handelingen op milieugebied zijn immers van algemene strekking, aldus de Europese rechter.

Dit beroepsrecht van milieuorganisaties ziet nadrukkelijk ook op de Europese rechter, zo overweegt deze

Europese rechter: niet voor alle maatregelen van algemene strekking van de Europese Unie op milieugebied wordt immers een nationale uitvoeringsmaatregel getroffen, zoals concreet in casu, die voor een nationale rechter kan worden aangevochten.

De inspraak en verdere rechtsbeschermingsmogelijkheden van milieuorganisaties bij uitvoering van Europese milieuregelgeving is hiermee sterk toegenomen.

Nieuwsflits

... Uit antwoorden van een minister op 22 juni 2012 op wetgevingsoverleg met de vaste Kamercommissie op 19 juni jl. blijkt dat de Crisis- en herstelwet niet permanent van kracht zal worden.

...

Bouwrecht

NEN-normen geen algemeen verbindende voorschriften

In onze nieuwsbrief van maart 2011 hebben wij u bericht over de discussie over de verbindendheid van NEN-normen uit het Bouwbesluit. Op 22 juni jl. heeft de Hoge Raad deze discussie definitief beslecht in de Knooble-zaak. De Hoge Raad komt tot een zelfde oordeel als de rechtbank, het gerechtshof en de hoogste bestuursrechter, de ABRvS; NEN-normen zijn geen algemeen verbindende voorschriften in de zin van de Grondwet of de Bekendmakingswet.

NEN-normen zijn door de Stichting Nederlands Normalisatie Instituut (NNI) ontworpen normen, waarin wordt omschreven aan welke eisen een bouw materiaal, bouwdeel of bouw-

constructie moet voldoen dan wel waarin een omschrijving wordt gegeven van een keurings-, meet- of berekeningsmethode. Als deze normen worden toegepast, wordt voldaan aan de

eisen die het Bouwbesluit stelt.

De Hoge Raad komt als volgt tot het oordeel dat deze normen geen algemeen verbindende voorschriften zijn. Het begrip “algemeen verbinden-

de voorschriften” uit de Grondwet en de Bekendmakingswet ziet op naar buiten werkende, de burgers bindende, regels die worden uitgevaardigd door een orgaan dat op grond van de wet hiertoe bevoegd is. De Woningwet voorziet erin dat bij algemene maatregel van bestuur, het Bouwbesluit en de daarop gebaseerde Regeling Bouwbesluit, voor het bouwen van een bouwwerk technische voorschriften worden gegeven, waarin kan worden verwezen naar normen. Blijkens de parlementaire geschiedenis wordt hiermee niet beoogd het instituut dat die nor-

men opstelt, het NNI, bevoegd te maken tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften. Aangezien het NNI ook anderszins niet bij of krachtens de wet bevoegd is tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften, kunnen de NEN-normen niet worden beschouwd als algemeen verbindende voorschriften. Verder oordeelt de Hoge Raad dat NEN-normen wel auteursrechtelijke bescherming genieten, nu zij ook niet gelden als “door de openbare macht uitgevaardigd” zoals bedoeld in artikel 11 van de Auteurswet.

De consequentie van deze uitspraak is dat NEN-normen “slechts” als praktische richtlijnen, die door vertegenwoordigers van de branche zijn ontwikkeld, moeten worden beschouwd. Dit brengt met zich mee dat ook op een andere wijze, aan de eisen van het Bouwbesluit kan worden voldaan. Er dient dan wel te worden aangetoond dat het resultaat ten minste gelijkwaardig is aan het resultaat wanneer de NEN-normen zouden zijn toegepast.