



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

WET OPENBAARHEID VAN BESTUUR

Mediation

In geschillen met overheden wordt nog wel eens, al dan niet op instigatie van de rechter, door partijen tot mediation besloten. De bedoeling daarvan is dat partijen in beslotenheid en vertrouwelijkheid zelf tot een oplossing van hun geschil kunnen geraken. Die vertrouwelijkheid lijkt door een uitspraak van de meervoudige kamer van de bestuursrechter te Assen d.d. 31 maart jl. niet houdbaar.

De gemeente Westerveld had in een geschil met een ambtenaar een mediationtraject gevolgd dat geresulteerd had in een vaststellingsovereenkomst. Bij deze overeenkomst waren partijen geheimhouding overeengekomen. Deze afspraak kan, aldus de rechtbank, partijen slechts in de tussen hen bestaande rechtsverhouding binden. Voor de Wet openbaarheid van

bestuur (Wob) kan een dergelijke afspraak geen weigeringsgrond vormen. Aldus diende alsnog tot een inhoudelijke belangenafweging gekomen te worden.

Voor overheden die deelnemen aan mediation heeft deze uitspraak consequenties. Allereerst dient in het gangbare model NMI-mediationovereenkomst bij de overeen te komen ge-

heimhouding een voorbehoud gemaakt te worden voor de Wob. Daarnaast dient bedacht te worden hoe en wat neergelegd wordt in eventuele tussentijdse schriftelijke verslaglegging gedurende de mediation. Zeker ook als de mediation niet uitmondt in een vaststellingsovereenkomst. Als dat laatste wel het geval is, dan dient deze overeenkomst "Wob proof" te zijn.

De bewijslast van een financieringsvoorbehoud

Op 17 april 2009 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen waarin duidelijk wordt aangegeven wie en waarom de bewijslast heeft voor een financieringsvoorbehoud in het kader van een koopovereenkomst. In de kwestie was er tussen twee partijen onderhandeld over de verkoop van een woning. Koper stelde zich op het standpunt dat er een mondelinge koopovereenkomst tot stand was gekomen onder de ontbindende voorwaarde dat hij geen toereikende financiering zou kunnen verkrijgen. Verkoper betwistte dat financieringsvoorbehoud was overeengekomen.

In het voorafgaande arrest van het Hof werd verkoper belast met het bewijs dat een koopovereenkomst tot stand was gekomen zonder dat daarbij een financieringsvoorbehoud was gemaakt. Dat lukte verkoper niet. De redenen voor deze bewijsopdracht van het Hof waren interessant: een financieringsvoorbehoud bij de verkoop van een woonhuis tussen particulieren was, hoewel geen bestendig gebruikelijk beding, wel een zeer vaak voorkomend verschijnsel. Voorts vond het Hof het in deze omstandigheden domweg redelijk en billijk dat verkoper de bewijslast kreeg.

De Hoge Raad vond deze omstandigheden onvoldoende om af te wijken van de hoofdregel voor verdeling van de bewijslast. Die luidt dat een financieringsvoorbehoud in de vorm van een ontbindende voorwaarde bewezen moet worden door degene die een beroep doet op de rechtsgevolgen van dit voorbehoud. Een zogenaamd bevrijdend verweer.

Frappant in dit verband is dat indien het financieringsvoorbehoud als opschortende voorwaarde in een koopovereenkomst zou zijn overeengekomen, de bewijslast voor het kunnen verkrijgen van financiering

door de koper dan bij de verkoper zou liggen. Dat volgt ook uit de hoofdregel voor de bewijslastverdeling. Voor de koper zou dat een gunstige bewijspositie opleveren maar voor de praktijk een onwerkbaar situatie.

Nieuwsflits

... Deze week is de eerste concept provinciale structuurvisie van de provincie Zuid-Holland vrijgegeven die naar verwachting 1 juli a.s. definitief zal zijn ...

AANBESTEDING

Toelaatbaarheid van het bepalen van maximumuurtarieven

Een aantal gemeenten heeft de uitvoering van de huishoudelijke hulpverlening in het kader van de Wet maatschappelijke ondersteuning aanbesteed. Daarbij hebben de gemeenten in het programma van eisen voor een drietal categorieën van werkzaamheden maximumuurtarieven bepaald. Meer dan deze tarieven zullen aan inschrijvers niet betaald worden, ook al schrijven inschrijvers met hogere tarieven in. Eén professionele zorgverlener (Careyn) kan zich niet vinden in deze maximumuurtarieven. Op 24 maart 2009 heeft het Hof Den Haag een oordeel gegeven over de toelaatbaarheid van deze tarieven.

Volgens Careyn zijn deze tarieven disproportioneel, onredelijk en discriminerend. Het leidt tot inschrijvingen beneden de kostprijs. Bovendien zijn er instellingen die hogere kosten moe-

ten maken vanwege de samenstelling van hun personeelsbestand. Voorts acht Careyn de tarieven te willekeurig vastgesteld althans beneden marktconforme tarieven. Dit alles leidt ertoe

dat de wettelijk verplichte door de gemeenten te leveren zorg in gevaar komt.

Dit laatste argument van Careyn laat het Hof voor wat het is: het

leveren van de wettelijk verplichte zorg is een verplichting van de gemeenten; daarop kan Careyn geen beroep doen. De hulpbehoevenden wellicht wel.

Vervolgens geeft het Hof meer principiële overwegingen over de gehanteerde maximumuurtarieven. Uitgangspunt voor het Hof is dat de gemeenten zich voorafgaand aan het hanteren van dergelijke tarieven, dienen te oriënteren op de tarieven die van toepassing zijn in de relevante markt. Hoe gemeenten dat doen, staat hun in beginsel vrij. Enige feitelijke consequenties verbindt het Hof ver-

volgens niet aan dit uitgangspunt. De gemeenten zijn niet gehouden, aldus het Hof, onderzoek te doen naar de kostendekkendheid van de tarieven, laat staan dat die tarieven voor alle aanbieders kostendekkend zouden moeten zijn. Aanbesteding heeft immers ook een kostenbesparend effect. Het zich baseren op tarieven in andere gemeenten en regio's met daarop een indexering, vergezeld van een schatting van kosten, winsten en risico's die volgen uit de CAO, achtte het Hof een zorgvuldige oriëntatie op de tarieven in de relevante markt.

Voorts bleek dat vier andere zorg-aanbieders de maximumuurtarieven wél geaccepteerd hadden waardoor deze tarieven, aldus het Hof, "niet van iedere realiteitszin zijn ontbloeit". Het feit dat aanbieders al dan niet op één of meerdere delen onder de kostprijs hadden ingeschreven werd evenmin relevant geacht "Het is evenmin de taak van de rechter om de wenselijkheid daarvan te beoordelen; politieke uitspraken, inhoudende dat contracten beneden de kostprijs onwenselijk zijn, maken dat niet anders".

NIEUW BELEID

Brandveiligheid

Op vrijdag 24 april jl. heeft het Kabinet ingestemd met een nieuwe Visie op brandveiligheid, afkomstig van de ministers van Binnenlandse Zaken en voor Wonen, Werk en Integratie. Deze Visie zal vervolgens samen met de eindrapportage van het Actieprogramma Brandveiligheid naar de Tweede Kamer worden gestuurd.

Nieuwsflits

... Voor tijdelijke bouwwerken dient onder de nieuwe Wro de tijdelijke behoefte aangetoond te worden; onder de oude WRO ging het slechts om de tijdelijkheid van het gebruik van het bouwwerk ...

De Visie en het Actieprogramma zijn opgesteld na de brand in het cellencomplex op Schiphol in oktober 2005. Onderwerp van de Visie en het Actieprogramma waren gebouwen met bewoners en gebruikers die minder zelfwerkzaam zijn, zoals in ziekenhuizen, verzorgingstehuizen, crèches, scholen en cellencomplexen. De Visie beoogt dat architecten, bouwbedrijven, vergunningverleners, beheerders en andere betrokkenen bij gebouwen niet alleen naar de wettelijke voorschriften kijken, maar zelf ook de brandrisico's

onderkennen en daarop maatregelen nemen. De daartoe bestaande regeling, dient als ondersteuning, maar kan niet de verantwoordelijkheid van anderen overnemen. Dit bewustzijn blijkt vergroot door het ingestelde Kenniscentrum en het uitgevoerde Actieprogramma.