

MEMORANDUM

Aan: De heer Barker, fractievoorzitter Partij voor de Dieren gemeente Den Haag en bestuurder Stichting Ondersteuning Fractie Partij voor de Dieren 's-Gravenhage
Van: Tjarda van der Vijver, advocaat Ecolytico Legal
Datum: 8 juni 2022
Onderwerp: **Juridische analyse civielrechtelijke aspecten initiatiefvoorstel verbod fossiele reclame**

1. INLEIDING EN SAMENVATTING

- (1) Dit memo is opgesteld naar aanleiding van een verzoek van de heer Barker, lid van de gemeenteraad (**de Raad**) van de gemeente Den Haag (**de Gemeente**). De heer Barker is fractievoorzitter van de Partij voor de Dieren in de Raad van de Gemeente en tevens bestuurder van de Stichting Ondersteuning Fractie Partij voor de Dieren 's-Gravenhage (tezamen: **PvdD Fractie Den Haag**).
- (2) Het memo heeft betrekking op een initiatiefvoorstel (**het Initiatiefvoorstel**) van het lid Barker. Het Initiatiefvoorstel is van 14 december 2021 en omvat een verbod van fossiele buitenreclame in de openbare ruimte, zoals gedefinieerd in het Initiatiefvoorstel.¹ Het verbod zou worden geïmplementeerd via een wijziging van de algemene plaatselijke verordening (**APV**) door de Raad.
- (3) Het College van Burgemeester & Wethouders van de Gemeente (**het College**) heeft in een preadvies aangegeven dat het aannemen van het Initiatiefvoorstel (i) geen effect op straat zou hebben en mogelijk zou leiden tot (ii) contractbreuk en (iii) "*forse* schadeclaims".
- (4) De heer Barker heeft mij, namens de PvdD Fractie Den Haag, gevraagd om een juridische beoordeling van die stellingen van het College.
- (5) Mijn conclusie is dat er geen juridische basis lijkt te bestaan voor de positie van het College.
 - (i) Ten eerste is de Raad publiekrechtelijk bevoegd tot het wijzigen van de APV op het gebied van buitenreclame. Een verbodsbepaling voor bepaalde reclame-uitingen heeft effect omdat de exploitanten van buitenreclame in de Gemeente (**de Exploitanten**) zich dienen te houden aan de toepasselijke regelgeving, waaronder een – aangepaste – APV.
 - (ii) Ten tweede is er geen aanleiding om uit te gaan van contractbreuk. De Exploitanten zijn professionele partijen die behoren te weten dat regelgeving kan veranderen. Een privaatrechtelijke relatie kan immers niet afdoen aan een publiekrechtelijke bevoegdheid. Daarbij bevatten de overeenkomsten tussen de Gemeente en de Exploitanten op het gebied van buitenreclame (**de Contracten**), voor zover ik heb kunnen nagaan, geen basis voor de stelling dat een wijziging van de APV zou leiden tot contractbreuk. Er is geen garantie afgegeven dat de toepasselijke regelgeving hetzelfde zou blijven, los van de vraag of dat juridisch mogelijk zou zijn. Ook bij een wijziging van de APV kan de Gemeente onverminderd blijven voldoen aan haar verplichtingen onder de Contracten.
 - (iii) Ten derde is onduidelijk of het Initiatiefvoorstel überhaupt tot schade zou leiden, laat staan schade die wordt veroorzaakt door de vermeende contractbreuk van de Gemeente.

¹ Voor verdere informatie, zie:
<https://denhaag.notubiz.nl/document/10929970/1/RIS310966+Weer+fossiele+reclame+uit+de+openbare+ruimte>.

- (6) Ten slotte zie ik ook geen overige basis voor schadeplichtigheid richting de Exploitanten in het geval dat het Initiatiefvoorstel wordt aangenomen. Er is immers geen sprake van onrechtmatige overheidsdaad of een onevenredige last die aanleiding zou geven voor nadeelcompensatie.

2. BEOORDELING

2.1 Inleiding

- (7) Het College heeft in een preadvies geadviseerd geen zelfstandige regels voor te stellen voor het weren van reclame voor fossiele brandstoffen.² Het College geeft aan het huidige beleid te gaan evalueren en gaan herzien. Ook zal het College onderzoeken wat de consequenties zijn van het weren van fossiele reclame. Het College stelt als volgt:

“Omdat de bestaande contracten nog enkele jaren doorlopen, heeft het aanpassen van het beleid op dit onderdeel ook geen direct effect op straat. Contractbreuk zal immers leiden tot (forse) schadeclaims”.

- (8) Het is onduidelijk waarop deze positie van het College is gebaseerd. De positie roept de vraag op of het Initiatiefvoorstel, voor zover aangenomen en geïmplementeerd in een APV, inderdaad zou leiden tot contractbreuk en tot *“(forse) schadeclaims”*. Hieronder volgt een beoordeling.

2.2 Exploitanten dienen zich te houden aan de geldende regelgeving

- (9) De eerste stelling van het College is dat het Initiatiefvoorstel geen *“direct effect op straat”* zou hebben.
- (10) Zoals uiteengezet in het Initiatiefvoorstel, heeft de Raad een publiekrechtelijke bevoegdheid om het Initiatiefvoorstel aan te nemen. De Raad mag immers regels stellen voor uitingen in de openbare ruimte, waaronder advertentie-uitingen.
- (11) Het uitgangspunt is dat een privaatrechtelijk contract van de Gemeente geen doorkruising kan vormen voor de publiekrechtelijke bevoegdheid van – in dit geval – de Raad om regels te stellen op basis van het toepasselijke wettelijke kader. Anders gezegd: het College kan de publiekrechtelijke regelgevende bevoegdheid van de Gemeente niet *“wegcontracteren”*. Een andere opvatting zou onder meer vanuit de lokale bevoegdheidsverdeling niet acceptabel zijn, omdat het College in dat geval een regelgevende bevoegdheid zou wegnemen die berust bij de Raad.
- (12) Gelet op deze publiekrechtelijke bevoegdheid zou het Initiatiefvoorstel wel degelijk een *“direct effect op straat”* hebben. Immers, de Exploitanten dienen zich te houden aan alle toepasselijke regelgeving inclusief wijzingen daartoe. Het is niet zo dat regelgeving ten tijde van het aangaan van de Contracten wordt *“gefixeerd”* en gedurende de looptijd van de Contracten niet meer kan worden gewijzigd. In dat kader is onduidelijk waarom het College benoemt dat *“de bestaande contracten nog enkele jaren doorlopen”*. Aangezien de Contracten uiteenlopende einddata hebben (en de daaropvolgende concessies naar verwachting ook) zou er dan geen enkel moment bestaan zonder lopend contract waarop de Gemeente de regels kan wijzigen.
- (13) Het College geeft aan de voorkeur te hebben tot het eerst herzien van het gemeentelijk reclamebeleid. Het staat het College uiteraard vrij voorstellen te doen tot wijziging van dat beleid. Die wens kan echter niet afdoen de wettelijke bevoegdheid van de Raad om nadere regels te stellen over buitenreclame.

² Preadvies 29 maart 2022 van het College op het initiatiefvoorstel: “Weer fossiele reclame uit de openbare ruimte”, p. 3, beschikbaar op: <https://denhaag.raadsinformatie.nl/document/11354110/1/RIS310966+Preadvies+initiatiefvoorstel+Weer+fossiele+reclame+uit+de+openbare+ruimte>.

- (14) De bovenstaande overwegingen over de publiekrechtelijke bevoegdheid zijn tevens relevant voor de invulling van wat contractspartijen redelijkerwijs van elkaar kunnen verwachten (zie ook hieronder, rnr (18) e.v.).

2.3 Er is geen sprake van contractbreuk

- (15) De tweede stelling van het College is dat sprake zou zijn van contractbreuk. Ik zie daarvoor geen aanleiding.
- (16) Zoals hierboven aangegeven heeft is de Gemeente publiekrechtelijk bevoegd tot het stellen van regels op het gebied van reclame-uitingen in het openbare domein. In bijzondere gevallen kan het rechtmatig uitoefenen van een publiekrechtelijke bevoegdheid niettemin leiden tot privaatrechtelijke contractbreuk. Ik zie geen daarvan geen indicatie in de Contracten.
- (17) In essentie is de verbintenis van de Gemeente in de Contracten het ter beschikking stellen van advertentieruimte die valt onder de verleende concessie. Nergens uit blijkt dat de Gemeente zich civielrechtelijk heeft verbonden tot het niet langer wijzigen van een APV. In de afwezigheid daarvan zou het uitgangspunt moeten zijn dat de Gemeente – ook in haar privaatrechtelijke relatie met de Exploitanten – vrij is om de APV te wijzigen. Op voorhand zie ik daarom geen basis voor contractbreuk, omdat er geen sprake is van enige tekortkoming in nakoming van een verbintenis (artikel 6:74 BW).
- (18) Dat uitgangspunt wordt niet anders als men betreft wat de contractpartijen van de Contracten redelijkerwijs van elkaar konden verwachten. De Exploitanten zijn professionele en commerciële ondernemingen, die dikwijls contracten aangaan met publiekrechtelijke lichamen. Van dergelijke partijen mag verwacht worden dat zij op de hoogte zijn van de publiekrechtelijke bevoegdheid van – onder meer – de Gemeente om regels te stellen (rnr (10)). Daarbij zijn de Exploitanten ervan op de hoogte dat er ook nu al regels gelden voor bepaalde uitingen. Zo zijn uitingen zoals tabaksreclame of *hate speech* niet toegelaten. Dat versterkt de opvatting dat regulering en mogelijke wijzigingen daarvan onderdeel zijn van de gerechtvaardigde verwachtingen van de Exploitanten.
- (19) In de civielrechtelijke relatie tussen de Gemeente en de Exploitanten is dan ook logischerwijs de veronderstelling dat de Exploitanten in lijn zullen handelen met de toepasselijke regelgeving. Daarvoor is geen separate expliciete civielrechtelijke verbintenis nodig. De regelgeving is namelijk uit zichzelf al van toepassing op de activiteiten van de Exploitanten, en werkt op die manier tevens door in de gerechtvaardigde verwachtingen die de Gemeente mag hebben ten opzichte van de Exploitant. Een contractspartij mag immers verwachten dat bij de interpretatie van een overeenkomst, de andere contractspartij zich houdt aan de toepasselijke regelgeving.
- (20) Ook al is een expliciete verwijzing naar de toepasselijkheid van regelgeving civielrechtelijk dus niet nodig, zijn er wel voorbeelden waarin de voorbereidende stukken het belang daarvan extra onderstrepen. Zo staat in het programma van eisen van de Metropoolregio Rotterdam Den Haag van 24 september 2021 staat expliciet dat de Exploitant die de aanbesteding gegund zou krijgen (in dat geval: **de Concessiehouder** genoemd) zich moet houden aan de geldende regelgeving. Voor zover relevant luidt artikel 5.3 PvE als volgt:
- “De reclame-uitingen mogen niet storend en/of aanstootgevend zijn, geen aantasting betekenen voor de omgeving, niet in strijd zijn met de goede zeden en de openbare orde en verder niet in strijd zijn met wetgeving en/of verordeningen”* [onderstreping toegevoegd, advocaat].
- (21) Een ander voorbeeld is het programma van eisen voor Vrijstaande Reclamevitruines 2 t/m 6 m² van 18 september 2017, waarin staat:

“Concessiehouder realiseert zich dat de gemeente Den Haag ook als overheid optreedt. Concessiehouder aanvaardt deze bijzondere positie van Concessieverlener als overheid. De gemeente Den Haag behoudt bij nakoming van de overeenkomst haar bevoegdheden tot publiekrechtelijke rechtshandelingen”.

- (22) Zoals gezegd zijn dergelijke overwegingen technisch gezien overbodig, aangezien de activiteiten van Exploitanten bij de uitvoering van de Contracten per definitie onderworpen zijn aan de toepasselijke regelgeving. De afwezigheid van dergelijke bepalingen in (de totstandkomingsstukken van) sommige Contracten betekent dus niet dat de Exploitanten contractueel de ruimte hebben om te handelen in strijd met de toepasselijke regelgeving.
- (23) Zelfs als die ruimte er contractueel wel zou zijn, is de vraag of een dergelijke overeenkomst rechtsgeldig is. Het civielrechtelijk afstand doen van een publiekrechtelijke bevoegdheid, zonder dat daarvoor een wettelijke basis bestaat, zou in strijd kunnen zijn met de openbare orde en daarmee nietig (artikel 3:40 lid 1 BW). Mogelijke wijzigingen van toepasselijke regelgeving liggen aldus in de risicosfeer van de Exploitanten.

2.4 Er is geen sprake van schade die voor vergoeding in aanmerking komt

- (24) De derde stelling van het College is dat er sprake zou zijn van schade die voor vergoeding in aanmerking komt. Ook daarvoor zie ik geen grondslag.
- (25) Ten eerste is onduidelijk waaruit de schade zou bestaan. Voor zover de Exploitanten zouden betogen dat de schade bestaat uit gedeerde inkomsten, zouden zij moeten aantonen dat er een daadwerkelijk verschil bestaat tussen hun advertentie-inkomsten met en zonder verbod op fossiele reclame. Als zij dat verschil niet kunnen aantonen, is er überhaupt geen sprake van enige schade.
- (26) Het is daarbij nog de vraag of dat relevante schade oplevert die zou voortvloeien uit contractbreuk. Immers, ook met de wijziging van de APV kan de Gemeente blijvend voldoen aan de eigen verbintenissen onder de Contracten. Er is dus geen aanleiding om uit te gaan van een causaal verband tussen enige vermeende schade en het handelen van de Gemeente. In dat geval ontstaat er geen schadeplichtigheid voor de Gemeente op basis van artikel 8:74 BW.

2.5 Conclusie en afsluitende opmerkingen

- (27) Op grond van het voorgaande ziet dit memo geen basis voor de stelling van het College dat het Initiatiefvoorstel zou leiden tot contractbreuk en schadeplichtigheid aan de zijde van de Gemeente.
- (28) Ook andere vormen van schadeplichtigheid zie ik niet. Er is geen sprake van onrechtmatige overheidsdaad (artikel 6:162 BW), omdat het wijzigen van een APV conform de daarvoor geldende regels geen onrechtmatigheid oplevert.
- (29) Evenmin zie ik een basis voor nadeelcompensatie vanwege strijd met het *égalité*-beginsel. Er is namelijk geen sprake van een abnormale last, dat wil zeggen een onevenredig nadeel dat buiten het normaal maatschappelijke risico valt van de vermeende benadeelde. Zoals hierboven aangegeven, dient een Exploitant ermee rekening te houden dat de regelgeving die van toepassing is op buitenreclame kan wijzigen.
- (30) Ten slotte zie ik geen reden waarom er sprake zou zijn van een “wezenlijke wijziging” van de Contracten die mogelijk zou moeten leiden tot een hernieuwde aanbesteding. De Contracten blijven immers ongewijzigd. Daarbij is niet duidelijk waarom een wijziging van regelgeving die slechts betrekking heeft op één type advertenties een wezenlijke verandering zou opleveren en die van invloed zou zijn geweest op de inschrijving en de uitkomst van de aanbesteding.