

Per aangetekende & gewone post

College van Gedeputeerde Staten van de Provincie Noord-Holland
Postbus 3007
2001 DA Haarlem

Tevens cc. per e-mail aan

Provincie Noord-Holland
Sector Beheer



Uw referentie M256/19-12-2022 punt 2
Plaats / Datum Leiden, 19 januari 2023

Geachte leden van het college van Gedeputeerde Staten,

Inleiding

OFN Projecten B.V. ("**OFN**") vraagt vriendelijk, doch dringend uw aandacht voor het volgende.

OFN heeft na de gunning van een Europese aanbestedingsprocedure een raamovereenkomst gesloten met de provincie Noord-Holland. Verwezen wordt onder andere naar de inschrijvingsleidraad Haltevoorzieningen 2021-2023, het Programma van Eisen Haltevoorzieningen 2021-2023 en de daaruit volgende raamovereenkomst met OFN (de "**Overeenkomst**"), eveneens beschikbaar gesteld via Tendersnet.

Zoals volgt uit nummer 1. van het Programma van Eisen betreft de exploitatie van reclame-uitingen slechts een onderdeel van de vraagspecificatie, waarbij het de provincie Noord-Holland vooral gaat om het leveren en plaatsen van reguliereabri's en R-Netabri's inclusief prullenbakken, het onderhoud daarvan, het schadeherstel daarvan, het leveren, plaatsen en onderhouden van fietsaanleunhekken en fietsoverkappingen enabri-opslag. De kosten verbonden aan deze contractuele verantwoordelijkheden moeten door de inschrijver worden terugverdiend met de exploitatie van reclame-uitingen, voor welke exploitatie de inschrijver ook een vergoeding is verschuldigd aan de provincie Noord-Holland.

Het onderdeel reclame exploitatie van de aanbestede opdracht heeft OFN uitbesteed aan Clear Channel Nederland B.V. ("**Clear Channel**"). Clear Channel is in dezen geen contractspartij van de provincie Noord-Holland, maar heeft wel een aanzienlijk belang in deze kwestie. Clear Channel ondersteunt derhalve de inhoud van deze brief en heeft deze brief daarom medeondertekend.

De afgelopen weken is er in de landelijke pers veel aandacht geweest voor de vergadering van de Provinciale Staten van Noord-Holland van 19 december 2022 waarbij de motie: "Motie reclameafspraken aanpassen aan provinciaal duurzaamheidsbeleid" (de "**Motie**") werd aangenomen. In de Motie spreken de Provinciale Staten uit dat de provincie Noord-Holland geen ruimte meer biedt voor reclames voor producten (die verband houden) met fossiele brandstoffen als energiebron en voor vlees- en visproducten. In de Motie verzoeken Provinciale Staten het College van Gedeputeerde Staten (het "**College**") om de Overeenkomst aan te passen, zodat de Overeenkomst in lijn zal zijn met de inhoud van de Motie. De Provinciale Staten veronderstellen dat de Overeenkomst ruimte zou bieden voor het daarin opgenomen verzoek en dat er geen financiële consequenties zouden zijn voor de provincie Noord-Holland.

Voor OFN is dit aanleiding geweest voor inwinning van juridisch advies over de rechtsgeldigheid van de Motie, zowel in algemene zin als in het kader van de Overeenkomst. Hiervan wordt in deze brief verslag gedaan. Om de brief niet onnodig lang te maken, worden alleen de hoofdpunten behandeld.

In aanvulling op het juridische aspect van deze kwestie, menen wij dat de inhoud van de Motie en het daarin opgenomen verzoek arbitrair en polariserend overkomt. Het maatschappelijk debat omtrent duurzaamheid is

belangrijk en bij ingrijpende keuzes voor ondernemers en particulieren dienen overheidsinstanties voorzichtig en zorgvuldig te werk te gaan. De inhoud van de Motie heeft daarvan geen blijk, zoals hierna zal worden toegelicht.

Conclusie juridisch advies

Wij beginnen met onze conclusie. Het College kan geen uitvoering geven aan de Motie.

Indien het College uitvoering zou geven aan de Motie, handelt zij automatisch en onmiddellijk in strijd handelt met onder meer het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (het "EVRM"), het Eerste Protocol van het EVRM (het "EP EVRM") de Richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 (de "Dienstenrichtlijn") en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Voorts wordt dan op zelfde wijze strijd gehandeld met de Aanbestedingswet 2012 (de "Aanbestedingswet") en de Overeenkomst. Het gevolg hiervan is dat de provincie Noord-Holland dan op basis van verschillende rechtsgronden door OFN kan worden aangesproken, zowel voor wat betreft de juiste en volledige nakoming van de Overeenkomst als op vergoeding van schade.

Buitencontractuele verplichtingen die worden geschonden

Het EVRM

Op grond van artikel 3:14 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 3:1 lid 2 van de Algemene wet bestuursrecht is de provincie Noord-Holland ook in haar privaatrechtelijk handelen gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de geschreven en ongeschreven normen van het (internationale) publiekrecht.

Indien het College uitvoering zou geven aan de Motie, zou daarmee in strijd worden gehandeld met artikel 10 EVRM. Volgens vaste jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (het "EHRM") geldt dat artikel 10 lid 1 EVRM tevens van toepassing is op commerciële uitingen zoals handelsreclames.

Daarbij geldt dat een beperking van een type reclame slechts geoorloofd is wanneer daarvoor een basis in een wet is neergelegd en een legitiem doel wordt nagestreefd (EHRM 20 januari 2018, no. 69317/14, *Sakmadienis Ltd./Lithuania*). Aan geen van beide voorwaarden is in kwestie voldaan.

In de Motie wordt door de Provinciale Staten verwezen naar het verbod op tabaksreclames. Dat kan voor het College geen grond opleveren om uitvoering aan de Motie te geven. Anders dan voor tabaksproducten, bestaat voor het verbieden van reclames voor fossiele brandstoffen als energiebron en voor vlees- en visproducten namelijk geen wettelijke basis. Daarnaast zou het College moeten aantonen dat de schending van Artikel 10 lid 1 EVRM noodzakelijk is, gelet op een van de in artikel 10 lid 2 EVRM genoemde doelen en zou moeten worden voldaan aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Geen van deze voorwaarden zijn in dit geval vervuld.

Op grond van de rechtspraak van het EHRM kan een vergunning worden beschouwd als een recht in de zin van het EP EVRM (zie bijv.: EHRM 13 januari 2015, no. 65681, *Vekony/Hungary*). Het is bepleit dat deze jurisprudentie eveneens kan worden toegepast op een verworven alleenrecht na een Europese aanbestedingsprocedure. Het is dan ook aannemelijk dat met de uitvoering van de Motie, en daarmee het opleggen van aanvullende verplichtingen aan OFN, in strijd wordt gehandeld met artikel 1 EP EVRM.

De Dienstenrichtlijn

Verder is een beperking van het type reclame-uitingen strijdig met hetgeen in de Dienstenrichtlijn is opgenomen ten aanzien van commerciële uitingen.

Er is bij het opleggen van een verbod reclames te maken voor producten met fossiele brandstoffen als energiebron en voor vlees- en visproducten, sprake van een eis als bedoeld in artikel 4, aanhef en onder 7 Dienstenrichtlijn. In de Dienstenrichtlijn is een 'eis' gedefinieerd als:

"elke verplichting, verbodsbepaling, voorwaarde of beperking uit hoofde van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten of voortvloeiend uit de rechtspraak, de administratieve praktijk, de regels van beroepsorden of de collectieve regels van beroepsverenigingen of andere beroepsorganisaties, die deze in het kader van de hun toegekende juridische bevoegdheden hebben vastgesteld; (...)"

Op grond van artikel 16, lid 1, derde alinea en onder a, b en c Dienstenrichtlijn is het slechts mogelijk een eis aan de uitoefening van een dienstenactiviteit op het grondgebied van een lidstaat te stellen voor zover deze voldoet aan de voorwaarden van het discriminatieverbod, noodzakelijkheid en evenredigheid. Aan geen van deze voorwaarden wordt in deze kwestie voldaan. Over de evenredigheid is daarbij expliciet te stellen dat een dergelijk verbod een ernstige beperking in de advertentiemogelijkheden van OFN bewerkstelligt, hetgeen gepaard gaat met aanzienlijke financiële schade en de noodzaak tot het afbreken van langlopende contracten.

Voor zover het College zou menen dat de Dienstenrichtlijn slechts van toepassing is op een grensoverschrijdende situatie, geldt daarbij dat de reclame-uitingen niet gebonden zijn aan ondernemingen louter gevestigd in Nederland en dat de reclame-uitingen daarnaast invloed kunnen hebben op de aankoop van producten en diensten uit andere lidstaten, de export van producten en diensten naar andere lidstaten of het reizen van en naar andere lidstaten. Aldus is in dit geval – zoals overigens ook expliciet is uitgemaakt in nummer 33 van de considerans van de richtlijn – de Dienstenrichtlijn op deze aanbestede dienst wel degelijk van toepassing.

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Indien aan de Motie, zoals die voorligt, door het College uitvoering wordt gegeven, zouden daarmee verschillende algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden geschonden.

Allereerst is van belang dat het College de Provinciale Staten onjuist heeft geïnformeerd tijdens de voorbereiding van de Motie. In haar antwoord op een Statenvraag van de heer A.J.M. Muurlink (PvdA), aangaande de looptijd van de Overeenkomst, heeft het College geantwoord dat de Overeenkomst eindigt op 31 december 2022 (Schriftelijke vragen, Provinciale Staten, provincie Noord-Holland, 2022/93). Uit artikel 3.1 van de Overeenkomst volgt echter duidelijk dat de Overeenkomst eindigt op 31 december 2023. Daarbij moet worden opgemerkt dat de looptijd van de Overeenkomst een belangrijk feit is in deze kwestie, zeker voor OFN, haar samenwerkingspartners en haar klanten. De belangen van betrokken partijen in deze kwestie zijn niet goed tegen elkaar afgewogen. Het voorgaande is in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel.

Verder wordt geenszins gemotiveerd welke wettelijke grondslag de Provinciale Staten en het College hebben om uitvoering te geven aan de Motie en of de Motie mogelijk in strijd is met (hogere) wetgeving. Ook blijkt niet dat is onderzocht in hoeverre fossiele brandstof als energiebron en vlees- en visproducten significante factoren zijn in de klimaatcrisis en welke feiten en omstandigheden een rol spelen bij die beoordeling. Dit is in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.

Daarnaast wordt niet gemotiveerd waarom de provincie Noord-Holland specifiek voor deze producten en diensten geen ruimte meer wil bieden voor reclames, welke gevolgen de het reclameverbod voor welke partijen met zich meebrengt en hoe zwaarwegend die gevolgen zijn in verhouding tot het te dienen belang. De keuze voor fossiele brandstof en vis- en vleesproducten is heel algemeen en zonder enige onderbouwing ten aanzien van andere vermeende niet duurzame producten. Denk daarbij aan Tofu waarvan het algemeen bekend is dat de productie daarvan doorgaans niet duurzaam is. Ook kunnen fossiele brandstoffen en vis- en vleesproducten wel duurzaam van karakter zijn, waarvan evenmin rekenschap wordt gegeven. Dit alles is in strijd met het motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het verbod van willekeur en het gelijkheidsbeginsel.

Het Aanbestedingsrecht en contractuele kader

In de Motie wordt het College verzocht om de Overeenkomst te wijzigen, zodat de Overeenkomst in lijn zal zijn met de inhoud van de Motie. Op grond van artikel 2.163a van de Aanbestedingswet kunnen aanbestede overheidsopdrachten tijdens de looptijd echter uitsluitend worden gewijzigd in de gevallen als geregeld in Hoofdstuk 2.5 van de Aanbestedingswet. Artikel 2.163b tot en met artikel 2.163f Aanbestedingswet regelen de uitzonderingsgevallen waarin aanbestede overheidsopdrachten tijdens de looptijd in beginsel zonder consequenties kunnen worden gewijzigd. De provincie Noord-Holland kan zich in deze kwestie op geen van deze uitzonderingsgevallen beroepen.

Mogelijk wordt met de Motie verondersteld dat de Overeenkomst met de uitzondering uit artikel 2.163c lid 1 Aanbestedingswet kan worden gewijzigd. Die bepaling biedt daarvoor alleen ruimte indien de wijziging in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken is opgenomen in duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausules.

Op grond van artikel 2.163c lid 2 Aanbestedingswet, de wetsgeschiedenis (*Kamerstukken II, vergaderjaar 2015-2016, 34 329, nr. 3, p. 96*) en jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie van de Europese Unie (het “**HvJ EU**”) (onder meer: HvJ EU, 29 april 2004, C-495/99 P (*Succhi di Frutta*), r.o. 118 en 126) dient in een dergelijke herzieningsclausule ten minste te worden beschreven wat de omvang en de aard van de mogelijke wijziging kan zijn en onder welke voorwaarden (onder meer hoe en wanneer) de mogelijke wijziging kan worden doorgevoerd. In geen van de oorspronkelijke aanbestedingsstukken valt een herzieningsclausule te lezen, die een wijziging van de Overeenkomst, zoals door de Provinciale Staten in de Motie wordt verzocht, kan rechtvaardigen. Van dergelijke bepaling is in de Overeenkomst en de onderliggende stukken eenvoudigweg geen sprake.

De Motie verwijst naar artikel 7.2 van het Programma van Eisen (“**PvE**”) waarin is opgenomen dat de Provincie Noord-Holland, indien hier aanleiding toe is, de mogelijkheid dient te hebben reclame te verwijderen. Deze bepaling voldoet onder alle omstandigheden niet aan de hiervoor genoemde vereisten. Zo is het onduidelijk wat “indien hier aanleiding toe is” inhoudt, en onder welke voorwaarden, alsmede op welke momenten daarvan sprake is. Van een uitzonderingsgrond ex artikel 2.163c lid 2 Aanbestedingswet kan derhalve geen sprake zijn.

Daarnaast maakt een civielrechtelijke uitleg van deze contractuele bepaling duidelijk dat artikel 7.2 PvE geen ruimte biedt om uitvoering aan de Motie te geven. In artikel 7.2 PvE wordt onder omstandigheden de mogelijkheid geboden om reclame te laten verwijderen. Dat houdt in dat reclame achteraf, als het al is geplaatst, kan worden weggehaald. In de Motie wordt echter uitgesproken en verzocht om bij voorbaat reclame voor bepaalde producten te verbieden.

Verder wordt erop gewezen dat in artikel 7.4 PvE staat (inclusief schrijffouten): “Eventuele reclame-uitingen dienen te voldoen aan de Nederlandse Reclame Code. Het staat de Opdrachtgever, ongeacht het moment van het contract hiervan af te wijken. Hier kan de Opdrachtnemer geen rechten kan ontlenen aan inkomstenderving.” Hierbij is het van belang op te merken dat de Reclame Code nergens een specifieke regeling bevat aangaande reclame-uitingen over fossiele brandstoffen of vlees- en visproducten. Zulke reclame-uitingen zijn in zijn algemeenheid dus niet in strijd met de Reclame Code. Er wordt niet afgeweken van de Reclame Code. Artikel 7.4 PvE voldoet daarnaast evenmin aan de vereisten als hiervoor in het kader van artikel 2.163c lid 2 Aanbestedingswet omschreven.

In artikel 2.163g lid 2 en 3 Aanbestedingswet zijn de gevallen geregeld waarin sprake is van een wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht. Indien uitvoering wordt gegeven aan deze Motie, is het zeer aannemelijk dat daarmee sprake is van een wezenlijke wijziging van de aanbestede opdracht op grond van artikel 2.163g lid 3 sub a Aanbestedingswet. Een overheidsopdracht mag in beginsel niet wezenlijk worden gewijzigd. Indien dat wel gebeurt staan voor OFN, voor zover in de Overeenkomst niet anders is geregeld, de mogelijkheden open om de gevolgen aan deze wezenlijke wijziging te verbinden, die het Burgerlijk Wetboek biedt. Dat houdt onder meer in dat OFN gerechtigd zal zijn de Overeenkomst te ontbinden en/of schadevergoeding van de provincie Noord-Holland te vorderen.

In geen geval had OFN moeten of kunnen begrijpen dat deze of andere bepalingen aan de provincie Noord-Holland de contractuele bevoegdheid geeft tot “beleidsmatig ingrijpen op de soort reclame-uitingen”, zoals in de Motie is omschreven. Indien de provincie Noord-Holland dergelijke verstrekkende contractuele bevoegdheid wenste overeen te komen, had zij dat heel expliciet moeten opnemen in de Overeenkomst en/of onderliggende stukken.

Slotopmerkingen over de Motie

Los van bovenstaande juridische uiteenzetting, menen wij dat uitvoering van de Motie praktisch gezien geen doel zal treffen. Als bepaalde bedrijven voor hun diensten of producten op abri's in Noord-Holland geen reclame meer kunnen maken, dan zullen de budgetten voor de reclames verschuiven naar andere media, zoals de krant, de radio of de televisie. Het resultaat: netto zal dezelfde hoeveelheid reclame voor fossiele brandstof als energiebron, en voor vlees- en visproducten worden gemaakt. In het verlengde hiervan – en nogmaals los van juridische kwalificaties - menen wij dat hier sprake is van willekeur, zowel tegenover de branche van de buitenreclamediensten, als tegenover de branches die producten en diensten leveren die onder het reclameverbod zouden vallen. Wat betreft de branche van de buitenreclamediensten: dit is een zeer kleine branche, waarin relatief forse investeringen moeten worden gedaan om een aanbesteding gegund te krijgen. Bij uitvoering van de Motie zou de buitenreclamebranche ten opzichte van andere branches binnen de

reclamewereld ontzettend hard geraakt worden. Dat is oneerlijk en valt op grond van de voorliggende Motie niet te rechtvaardigen.

Daarnaast vragen wij ons af, waarom deze vergaande vorm van (zelf)regulering nodig is. Voor welke diensten en producten wel of geen reclame mag worden gemaakt, is er de wet en regelgeving van de Europese en de nationale wetgever. De branches die verdere regels omtrent reclame-uitingen willen accepteren, leven de regels van de Nederlandse Reclame Code na. Als lokale overheden dan ook nog bepaalde regels voor de inhoud van reclames stellen, wordt het zowel voor de markt als voor de consument wel erg onduidelijk. Hoe is het aan de consument nog uit te leggen dat in het centrum van de stad wel reclame voor een visburger mag worden gemaakt, maar langs de provinciale weg net buiten dat centrum niet? Daarnaast wordt de inhoud van de reclame op deze wijze erg lastig te bepalen. Mag er bijvoorbeeld nog reclame worden gemaakt voor een hybride auto, die wel een verbrandingsmotor heeft, maar zeer weinig schadelijke stoffen uitstoot? – hetgeen een duurzame investering is. En wat te denken van een salade met op de bovenkant een paar stukjes spek?

Tot slot zien wij dat er verschillende initiatieven zijn (die wel zijn goedgekeurd door de Europese Commissie), waarmee consumenten en bedrijven positief worden gestimuleerd om duurzame producten en diensten af te nemen – bijvoorbeeld in de vorm van subsidies voor de aanschaf van een nieuwe elektrische auto. Wij denken dat het positief stimuleren van bepaald (koop)gedrag, voor zover dit wettelijk is toegestaan, de beste manier is om politieke doelstellingen te bereiken. Het bereiken van die politieke doelen door in te grijpen in de vrije keuze van de burger zou naar ons idee altijd het laatste middel moeten zijn.

Tot slot

Op grond van het bovenstaande verzoekt OFN u uitdrukkelijk niet over te gaan tot uitvoering van de Motie. Clear Channel ondersteunt de inhoud van deze brief en het hiervoor gedane verzoek.

OFN behoudt zich alle rechten en wettens voor.

Hoogachtend,



OFN Projecten B.V.
Voor deze: Baars B.V.
Voor deze: David Baars



Clear Channel Nederland B.V.
Voor deze: Clear Channel Nederland Holding B.V.
Voor deze: Raymond van Kasterop