AAN Aan het Algemeen Bestuur van
Metropool Regio Eindhoven (MRE)
Postbus 985
5600 AZ Eindhoven

Per e-mail:
info@metropoolregioeindhoven.nl

VAN C.B.E. Gramberg
Advocaat
TELEFOON +31 88 253 5752
FAX +31 88 253 5620
E-MAIL EGramberg@akd.nl

BEZOEKADRES Flight Forum 1
5657 DA Eindhoven
POSTADRES Postbus 666
5600 AR Eindhoven
Nederland
INTERNET www.akd.nl

DATUM 24 november 2023
ONDERWERP Brief aan het Algemeen Bestuur van MRE
UW KENMERK //
ONS KENMERK 255420/EG/EK

Geachte dames, heren,

Aan mij is gevraagd een oordeel te vormen terzake de aan het Algemeen Bestuur voorliggende vraag over de wijze van verdeling tussen de 21 gemeenten van de MRE van de suppletievergoeding die MRE aan Afvalsturing/Attero heeft betaald als uitvloeisel van diverse gevoerde procedures met uiteindelijk het arrest van de Hoge Raad van 17-03-2023 als sluitstuk. Nadat het voornoemde arrest was gewezen, is er discussie ontstaan over de vraag of het door MRE op grond van het arrest aan Afvalsturing/Attero betaalde bedrag tussen de tot de MRE behorende gemeenten verdeeld moest worden op grond van tonnages of op grond van het inwonertal.

Om mij in de gelegenheid te stellen om een gefundeerd oordeel te geven is mij een groot aantal stukken per WeTransfer toegezonden, waaronder:

- het arrest van de Hoge Raad d.d. 17-03-2023;
- overeenkomst inzake het verbranden van afval uit de provincie Noord-Brabant d.d. 08-09-1993;
- overeenkomst inzake het aanleveren en verwerken van brandbaar afval d.d. 28-09-1993;
- addendum op laatstgenoemde overeenkomst d.d. 23-11-2001;
- verklaring van SRE d.d. 14-11-2001;
- 2 arbitrale vonnissen;
- 2 arresten van het Hof van respectievelijk 27-06-2017 en 29-06-2021;
- gemeenschappelijke regeling Metropoolregio Eindhoven 2021, met toelichting;
- presentatie Arbitragezaak Attero vanaf 2011 d.d. 25-10-2023;
- diverse correspondentie terzake de voormelde vraagstelling.

In Nederland wordt de praktijk uitgevoerd door AKD N.V., statutair gevestigd in Rotterdam (ingeschreven in het handelsregister onder nummer 24366820). Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD N.V. Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de algemene voorwaarden van AKD N.V. van toepassing die zijn gedeponeerd ter griffie van de rechtbank te Rotterdam onder nummer 26/2022 en waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald met inbegrip van het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op https://www.akd.eu/.

Bestudering van alle mij toegestuurde stukken heeft het navolgende opgeleverd:

De overeenkomsten

In de eerste plaats geldt dat de overeenkomsten niet uitblinken in helderheid en consistent woordgebruik. Zo wordt er bijvoorbeeld de ene maal gesproken over de overeenkomst inzake het aanleveren en verwerken van brandbaar afval, de andere maal over de overeenkomst inzake het aanleveren en verwerken van brandbaar huishoudelijk afval. Voorts kloppen er verwijzingen naar artikelen niet.

Daarnaast geldt dat de gemeenten die verenigd zijn in de Gewesten bij geen van de overeenkomsten individueel partij zijn.

De overeenkomst inzake het verbranden van afval uit de provincie Noord-Brabant ("Verwerkingsovereenkomst") bevat de rechtsverhouding tussen N.V. Afvalverbranding Zuid-Nederland (AZN) en N.V. Sturing Afvalverwijdering Noord-Brabant ("Afvalsturing"). In deze overeenkomst is vastgelegd dat Afvalsturing/Attero verplicht was per jaar 510.000 ton afval te leveren.
Om aan deze verplichting te kunnen voldoen sloot Afvalsturing/Atterno met de diverse Gewesten en Gemeenten overeenkomsten inzake het aanleveren en verwerken van brandbaar afval ("Aanbiedingsovereenkomst"). Mij is de aanbiedingsovereenkomst tussen N.V. Afvalsturing/Attero en SRE, de rechtsvoorganger van MRE, ter beschikking gesteld.

Alhoewel dit niet expliciet in de overeenkomsten is vastgelegd, lijkt het evident dat het getal 510.000 ton aan te leveren verbrandbaar afval per jaar niet uit de lucht is komen vallen en ongetwijfeld is voortgekomen uit kerngetallen, te weten het totale aantal inwoners van alle betrokken Gewesten en Gemeenten tezamen, alsmede de historische cijfers van de gemiddelde hoeveelheid afval per huishouden per jaar.

Contractueel heeft Afvalsturing/Attero zekerheid bedongen voor haar eigen verplichting jegens AZN om 510.000 ton verbrandbaar afval aan te leveren en wel in de vorm van een garant- en borgstelling van elk betrokken Gewest voor de volledige nakoming door Afvalsturing/Attero jegens AZN, waaronder de verplichting om 510.000 ton verbrandbaar afval per jaar aan te leveren.

De garantie- en borgstelling is in lijn met het hiervoor gestelde (aantal inwoners en historische cijfers van de gemiddelde hoeveelheid afval per huishouden) gelimiteerd tot maximaal het percentage dat het aantal inwoners van het betreffende Gewest uitmaakt van het totaal aantal inwoners van alle Gewesten en Gemeenten tezamen.

Wat in de betreffende overeenkomsten niet expliciet is geregeld is hoe binnen een betrokken Gewest het eventueel door het Gewest aan Afvalsturing/Attero te betalen bedrag verdeeld moet worden tussen de gemeenten uit dit Gewest. De hier bedoelde gemeenten zijn ook geen partij bij de overeenkomst waarbij de suppletievergoeding geregeld is.

Worden de artikelen 8, 9 en 10 van de Verwerkingsovereenkomst bezien, dan kan vastgesteld worden dat in de contractuele relatie tussen AZN en Afvalsturing/Attero de suppletievergoeding uitgaat van het aantal ton dat te weinig is aangeleverd ten opzichte van de overeengekomen 510.000 ton vermenigvuldigd met het bijzonder verwerkingstarief dat opgenomen is in bijlage 3 van de overeenkomst.

Een vergelijkbare regeling is niet opgenomen in de Aanbiedingsovereenkomst. Enkel is in artikel 2 lid 3 van deze overeenkomst de hiervoor besproken garantie- en borgstelling opgenomen. In artikel 5 van deze overeenkomst is geregeld dat alle schade die Afvalsturing/Attero aan AZN moet betalen en die zijn grondslag vindt in het bepaalde in art 12 lid 2 van de Verwerkingsovereenkomst, naar rato van het inwonertal voor rekening van de betrokken Gewest komt.
Deze bepaling is onbegrijpelijk omdat art 12 van de Verwerkingsovereenkomst enkel over de ingangsdatum en de duur van de overeenkomst gaat en niets van doen heeft met schade, in welke vorm dan ook. Maar ook als partijen niet bedoeld hadden om in art 5 te verwijzen naar art 12 lid 2 van de Verwerkingsovereenkomst, maar dat het de bedoeling was geweest om naar een ander artikel uit die overeenkomst te verwijzen, zie ik niet in, welk artikel dan iets zinnigs had kunnen zeggen over de verdeling van een door een (Gewest betaalde suppletievergoeding) over de betrokkenen gemeenten.

Tussenconclusie

De overeenkomsten geven enkel uitsluitsel over de verdeling tussen de bij de Aanbiedingsovereenkomst betrokkenen Gewesten en Gemeenten van de aan Afvalsturing/Attero te betalen suppletievergoeding. Deze verdeling is gebaseerd op het inwonertal (percentueel).
De overeenkomsten bieden geen aanknopingspunten voor de beantwoording van de vraag hoe het door een Gewest te betalen of betaald gedeelte van de totale suppletievergoeding die door Afvalsturing/Attero aan AZN moet worden betaald of is betaald, tussen de tot het betreffende Gewest behorende gemeenten moet worden verdeeld.

De procedures

Er zijn 2 arbitrale procedures gevoerd en daarnaast zijn er civiele procedures gevoerd bij het Hof en uiteindelijk is ook de Hoge Raad nog geaddieerd. In de arbitrale procedures ging het om de verschuldigdheid van de suppletievergoeding over bepaalde jaren zoals in het voorgaande omschreven. In de eerste arbitrale uitspraak werden de Gewesten en Gemeenten in het gelijk gesteld, in de tweede procedure Afvalsturing/Attero.
De civiele procedures en de gang naar de Hoge Raad kunnen buiten bespreking blijven, omdat die enkel zagen op het al dan niet vernietigen van de arbitrale vonnissen. Het resultaat van al deze procedures was dat het tweede arbitrale vonnis uiteindelijk in stand bleef.

Uit laatst bedoelde arbitraal vonnis valt op te maken (sub 21) dat tussen partijen geen verschil van inzicht bestond t.a.v. de opbouw van de vorderingen per Gewest of Gemeenten (die partij waren bij de Aanbiedingsovereenkomst). Deze vorderingen waren gebaseerd op inwonersaantallen en hoeveelheid

aangeleverd afval.
Het scheidsgerecht heeft de vorderingen van Afvalsturing/Attero toegewezen o.g.v. deze dus tussen partijen vaststaande gegevens.

Tussenconclusie

De procedurele eindsituatie laat zien dat de bij de Aanbiedingsovereenkomst betrokkenen Gewesten en Gemeenten veroordeeld zijn tot betaling van bedragen die gebaseerd zijn op aangeleverde tonnages afval en inwonersaantallen. In deze arbitrale uitspraak is geen aanknopingspunt te vinden voor het vraagstuk hoe een door een Gewest te betalen of betaalde suppletievergoeding verdeeld dient te worden tussen de bij het betreffende Gewest betrokken gemeenten.

Redelijkheid en Billijkheid

Nu er geen contractueel aanknopingspunt is om te bepalen voor hoeveel een betrokkene gemeente moet participeren in het door een Gewest aan Afvalsturing/Attero te betalen of betaalde suppletievergoeding, en ook de rechtelijke uitspraken daarover geen uitsluitsel bieden, dient ook beoordeeld te worden wat in deze redelijk en billijk is.
Als een Gewest o.g.v. het arbitrale vonnis een bepaald suppletiebedrag heeft betaald aan Afvalsturing/Attero, dan is dat dus (zie hiervoor) gebaseerd op het inwonertal van het betreffende Gewest. Zou vervolgens het betaalde bedrag verdeeld worden tussen de betrokkenen gemeenten op basis van het aantal inwoners per gemeente en niet op basis van het aantal tonnages dat iedere gemeente heeft aangeleverd, dan zou de buitengewoon onredelijke situatie kunnen ontstaan dat een grote gemeente die keurig voldaan heeft aan haar leveringsverplichting (gebaseerd op het inwonersaantal), alsnog een rekening gepresenteerd krijgt enkel en alleen omdat deze gemeente zoveel inwoners heeft.
De redelijkheid en billijkheid staat een dergelijke verdelingswijze in de weg.

Conclusie

Op basis van de mij aangeleverde stukken kan ik tot navolgende conclusies. De overeenkomsten bieden geen antwoord op de vraag hoe de door een Gewest aan Afvalsturing/Attero te betalen of betaalde suppletievergoeding tussen de tot een Gewest behorende gemeenten moet worden verdeeld.
De diverse (scheidsrechtelijke) uitspraken geven ook geen antwoord op bedoelde vraag.
De redelijkheid en billijkheid brengt evident met zich mee dat bij de verdeling van het door een Gewest te betalen of betaalde suppletievergoeding (waarbij dus rekening is gehouden met het (percentage) inwonerstal) uitgangspunt is het aantal tonnages dat de betreffende gemeenten te weinig heeft aangeleverd.

Met vriendelijke groet,
C.B.E. Gramberg
Advocaat
AKD

#60018343v1