

# Ars Aequi

## *Kwartaal*Signaal



**Bijlage bij Ars Aequi december 2015**

**137**

KwartaalSignaal (voorheen Katern) is een kwartaalbijlage bij Ars Aequi in maart, juni, september en december. KwartaalSignaal biedt de lezer informatie op hoofdpunten over ontwikkelingen van een aantal rechtsgebieden in de daarvoorliggende periode. De bijdragen worden door vaste medewerkers/vakgroepen geschreven.

## INHOUDSOPGAVE

### PRIVAATRECHT

- Burgerlijk recht** 7905  
Mr. M.Th. Beumers, mr. L.M. de Hoog, mr. J. van Kralingen, mr. T. van der Linden (Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Leiden)
- Faillissementsrecht** 7913  
Mw. mr. C. Rijckenberg (Van Doorne)
- Huurrecht** 7916  
Mw. mr. A.M. Kloosterman (vakgroep privaatrecht en notarieel recht Rijksuniversiteit Groningen)
- Bouwrecht** 7918  
Mw. mr. N. van Wijk-van Gilst (Instituut voor Bouwrecht Den Haag)
- Consumentenrecht** 7919  
Prof. mr. E.H. Hondius (vakgroep privaatrecht Universiteit Utrecht)
- Gezondheidsrecht** 7922  
Prof. mr. J.C.J. Dute (Radboud Universiteit Nijmegen), mw. mr. W.R. Kastelein (Nysingh Advocaten-Notarissen)

### SOCIAAL-ECONOMISCH RECHT

- Ondernemingsrecht** 7926  
Mw. mr. K. Spruitenburg (Van der Heijden Instituut, Radboud Universiteit Nijmegen, coördinator mw. mr. C.D.J. Bulten)
- Financieel recht** 7929  
Prof. mr. D. Busch, mr. drs. T.M.C. Arons, mr. A.J.A.D. van den Hurk, mr. drs. P. Laaper, mr. A.W. van der Vegt, mr. J.W.P.M. van der Velden (Instituut voor Financieel Recht, Radboud Universiteit Nijmegen)
- Mededingingsrecht** 7937  
Mr. M. Kuijper (Boekel de Nerée Amsterdam)
- Economisch recht en intellectuele eigendom** 7939  
Mw. mr. D.A.J.M. Melchers, mw. mr. V.M. Vermeulen; prof. mr. A.A. Quaedvlieg (Radboud Universiteit Nijmegen)
- Sociaal recht** 7941  
Dr. mr. drs. J. Heinsius (oud-universitair docent Sociaal recht Universiteit Leiden, thans [www.heinsiusarbeidsrecht.nl](http://www.heinsiusarbeidsrecht.nl))
- Belastingrecht** 7943  
Mr. L.J.A. Pieterse (Universiteit Leiden en Vrije Universiteit Amsterdam)
- Mediarecht** 7947  
Mw. mr. J.M. Breemen, mw. mr. V.E. Breemen (Instituut voor Informatierecht Universiteit van Amsterdam)
- Telecommunicatierecht** 7949  
Prof. dr. N.A.N.M. van Eijk (Instituut voor Informatierecht Universiteit van Amsterdam)

### STAATS- EN BESTUURSRECHT

- Bestuurs(proces)recht** 7951  
Prof. mr. dr. A.T. Marseille (vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde Rijksuniversiteit Groningen)
- Europees recht** 7956  
Europa Instituut Universiteit Leiden, coördinator mr. M. Aalbers
- Volkenrecht** 7959  
Prof. mr. I.F. Dekker (Afdeling Internationaal recht, Universiteit Utrecht); prof. mr. N.J. Schrijver (Afdeling Internationaal recht, Universiteit Leiden)
- Mensenrechten** 7962  
Mw. mr. N.R. Koffeman (Europa Instituut, Universiteit Leiden), mw. mr. F.M.J. den Houdijker (Afdeling Staats- en Bestuursrecht, Universiteit Leiden)

### STRAFRECHT

- Straf(proces)recht** 7967  
Prof. mr. J.H. Crijns, mr. dr. M.J. Dubelaar (Instituut voor Strafrecht & Criminologie, Universiteit Leiden)

### RECHTSTHEORIE

- Rechtsgeschiedenis** 7971  
Prof. mr. C.J.H. Jansen (vakgroep rechtsgeschiedenis Radboud Universiteit Nijmegen)
- Rechtsfilosofie en rechtstheorie** 7972  
Mr. H.T.M. Kloosterhuis (Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam), mr. C.E. Smith (E.M. Meijers Instituut, Universiteit Leiden)
- Rechtssociologie** 7973  
Heleen Weyers (afdeling rechtstheorie, Rijksuniversiteit Groningen)
- Rechtseconomie** 7975  
Prof. dr. H.O. Kerkmeester (Universiteit Antwerpen, College van Beroep voor het bedrijfsleven), prof. mr. dr. L.T. Visscher (Rotterdam Institute of Law and Economics)

## PRIVAATRECHT

## BURGERLIJK RECHT

AAK20157905

Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Leiden

## ALGEMEEN

## Wetgeving

- Besluit (14 augustus 2015), houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de wet van 4 juni 2015 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten ter implementatie van Richtlijn 2014/60/EU betreffende teruggave van cultuurgoederen die op onrechtmatige wijze buiten het grondgebied van een lidstaat zijn gebracht en houdende wijziging van Verordening (EU) nr. 1024/2012 (herschikking) (*PbEU* 2014, L 159) (*Stb.* 2015, 225).
- Nota n.a.v. het verslag (9 september 2015) bij het voorstel houdende regels ten aanzien van de bestrijding van maritieme ongevallen, met inbegrip van wijziging van Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten, ter uitvoering van het op 18 mei 2007 tot stand gekomen verdrag van Nairobi inzake het opruimen van wrakken (Wet bestrijding maritieme ongevallen) (*Kamerstukken II* 2014/15, 34069, 6).
- Gewijzigd voorstel van wet (24 september 2015) houdende regels ten aanzien van de bestrijding van maritieme ongevallen, met inbegrip van wijziging van Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten, ter uitvoering van het op 18 mei 2007 tot stand gekomen Verdrag van Nairobi inzake het opruimen van wrakken (Wet bestrijding maritieme ongevallen) (*Kamerstukken I* 2015/16, 34069, A).

## Literatuur

- F.M. Beerens, ‘De legalisatie van een elektronisch ondertekend document’, *JBN* 2015, afl. 7/8, nr. 37;
- R.A. Fröger, ‘De Dood en het Privaatrecht – Op weg naar de laatste rustplaats: het vrij verkeer van overleden personen in de Europese Unie’, *NTBR* 2015, afl. 8, p. 239-245;
- C.J.H. Jansen, ‘De Geldschieterswet van 28 januari 1932 (Stb. 19)’, *NTBR* 2015, afl. 6, p. 180-187;
- B.M. Katan, ‘Toerekening van kennis van een gevolmachtigde – een verkenning van artikel 3:66 lid 2 BW’, *Contracteren* 2015, afl. 2, p. 34-41;
- R. Koolhoven, ‘Kwalificatie en rechtspluralisme in “de deeleconomie”’, *MvV* 2015, afl. 6, p. 186-193;
- J.H.M. Spanjaard, ‘Inkleuren van de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan ook met omstandigheden achteraf’, *Bb* 2015, afl. 15, p. 175-177;
- E.F. Verheul, ‘Volledige verrekening en afdracht van overwaarde in het wetsvoorstel goederenkrediet’, *MvV* 2015, afl. 9, p. 271-277;

- J.B.M. Vranken, “Omdat in deze zaak, naar mijn overtuiging nog géén recht is gedaan”. Over de bijdrage van de civiele cassatieadvocatuur aan de rechterlijke rechtsvorming’, *NJB* 2015, afl. 27, p. 1827-1833.

## CONTRACTENRECHT

Mr. M.Th. Beumers

## Jurisprudentie

*HR 14 augustus 2014, ECLI:NL:HR:2015:2194, RvdW 2015/937, NJB 2015/1490 (Vreedenhoek); Bevrijdende verjaring; 3:307 BW of 3:311 BW?*

Het afgelopen kwartaal wees de Hoge Raad maar liefst vier arresten over bevrijdende en verkrijgende verjaring. In het hier te bespreken arrest staat onder meer de bevrijdende verjaring van een vordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst centraal.

In 2001 verkoopt verweerster, uit fiscale overwegingen, haar herenhuis ‘Vreedenhoek’ met ‘schuur, ondergrond en tuin’ aan haar partner, eiseres. Het herenhuis strekt zich uit over twee kadastrale percelen in de gemeente Vreeland: perceel 1480 en 1481 in sectie A. In de leveringsakte van 9 mei 2001 wordt echter enkel perceel 1481, het grote perceel waar het herenhuis zelf op is gelegen, genoemd en geleverd. Over het aangrenzende perceel 1480, waarop zich een carport bevindt, wordt in de akte niet gerept.

In 2005 gaan eiseres en verweerster uit elkaar. Eiseres blijft alleen in het herenhuis wonen. Wanneer zij in 2009 het herenhuis wil verkopen, ontdekt zij dat perceel 1480 nooit aan haar is geleverd en dat zij dus nooit eigenaar ervan is geworden. Zij stapt naar de rechter en stelt zich op het standpunt dat óók perceel 1480 aan haar is verkocht en eist levering ervan door verweerster. Verweerster weigert dit. Zij stelt ten eerste dat hun koopovereenkomst helemaal niet strekt tot de verkoop van perceel 1480. Bovendien zou, zelfs als hun koopovereenkomst hiertoe wel zou strekken, de vordering tot levering van het perceel al zijn verjaard. De rechtbank volgt het eerste verweer van verweerster: naar haar oordeel is niet komen vast te staan dat de koopovereenkomst strekt tot verkoop van perceel 1480. Aan de vraag of de vordering reeds is verjaard, komt de rechtbank hierdoor niet toe.

Ook in hoger beroep vangt eiseres bot. Het hof behandelt de verweren van verweerster in omgekeerde volgorde (r.o. 3.3 arrest hof). Immers, ook als men er veronderstelt dat perceel 1480 wél is verkocht in 2001, zou de vordering tot levering al zijn verjaard. Het hof komt tot dit oordeel door artikel 3:307 lid 1 BW toe te passen, waarin staat dat een vordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst verjaart door verloop van vijf jaren na aanvang van de dag, volgende op die waarop de vordering opeisbaar is geworden. Het hof

oordeelt dat de vordering tot levering van perceel 1480 opeisbaar werd op 9 mei 2001. Nu eiseres de verjaring nooit heeft gestuit, betekent dit dat de vordering van eiseres op 10 mei 2006 is verjaard (r.o. 3.5 arrest hof). Op de vraag of de koopovereenkomst überhaupt wel strekt tot verkoop van perceel 1480 hoeft het hof vervolgens niet meer in te gaan.

Eiseres klaagt in cassatie onder andere dat het hof ten onrechte artikel 3:307 BW heeft toegepast en niet artikel 3:311 BW, waarop eiseres zich in hoger beroep heeft beroepen. Artikel 3:311 lid 1 BW geeft een afwijkende verjaringsregel voor de vordering tot herstel van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst. Zulke herstellvorderingen verjaren eveneens door verloop van vijf jaren, maar de verjaring vangt pas aan op de dag, volgende op die waarop de schuldeiser met *de tekortkoming bekend* is geworden en dus niet, zoals in artikel 3:307 BW, op de dag volgende op die dat *vordering opeisbaar* wordt. De vordering tot levering van de percelen kwalificeert naar de mening van eiseres als zo'n herstellvordering. Eiseres vordert immers dat verweerster de koopovereenkomst volledig nakomt en stelt dat verweerster nog niet alles heeft geleverd waartoe ze contractueel verplicht is, te weten óók perceel 1480 náást het al geleverde perceel 1481 (sub 1.1 cassatiemiddel). Bij samenloop tussen artikel 3:307 en 3:311 BW moet de laatstgenoemde bepaling voorrang krijgen. Ten onrechte heeft het hof artikel 3:307 BW toegepast (sub 1.2 cassatiemiddel). Mocht het hof hebben bedoeld dat uit de koopovereenkomst twee afzonderlijke verbintenissen voortvloeien, één tot levering van perceel 1481 en één tot levering van perceel 1480 – welke dan in het geheel niet is nagekomen en waarop dus de verjaringsregel van artikel 3:307 BW van toepassing zou zijn – getuigt dit volgens eiseres van een onjuiste rechtsopvatting. Uit één verbintenis kan immers voortvloeien dat meerdere zaken moeten worden geleverd, bijvoorbeeld twee verschillende kadastrale percelen. Tot levering van welke goederen een verbintenis strekt, is een kwestie van uitleg (sub 1.4-1.5 cassatiemiddel).

Omdat het hof er veronderstellenderwijs van uit is gegaan dat de overeenkomst strekt tot verkoop van beide percelen, is de Hoge Raad verplicht daar in cassatie ook van uit te gaan (r.o. 3.3.2).

In navolging van A-G Rank-Berenschot (sub. 2.9 en 2.10-2.11), overweegt de Hoge Raad allereerst het volgende over de verhouding tussen de twee verjaringsbepalingen (r.o. 3.3.3):

'[...] art. 3:311 lid 1 BW [moet, *red. MTB*] worden beschouwd als een voorschrift dat voor (onder meer) een vordering tot herstel van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit een overeenkomst een bijzondere regeling inhoudt ten opzichte van de algemene regeling van art. 3:307 lid 1 BW. [...] Het vorenstaande brengt mee dat art. 3:307 BW slechts van toepassing is op vorderingen tot nakoming van contractuele verbintenissen die in het geheel niet zijn nagekomen. Indien een zodanige verbintenis gedeeltelijk of anderszins gebrekkig is nagekomen, geldt de regeling van art. 3:311 lid 1 BW. Dat geldt ook indien de verschuldigde prestatie deelbaar is. [cursivering, MTB]'

Kortom: artikel 3:307 lid 1 BW is slechts van toepassing wanneer een verbintenis uit overeenkomst in het geheel niet is nagekomen. Bij ondeugdelijke, maar vooral ook bij

onvolledige nakoming geldt exclusief de verjaringsregel van artikel 3:311 lid 1 BW, ook als de verschuldigde prestatie deelbaar is. Een andere opvatting zou de verjaringsregeling moeilijk hanteerbaar maken en zou afdoen aan de bescherming van schuldeisers (r.o. 3.3.3 slot, zie ook: sub 2.10-11 concl. A-G Rank-Berenschot).

Vervolgens gaat de Hoge Raad in op de vraag hoe kan worden bepaald of sprake is van één contractuele verbintenis tot levering van twee kadastrale percelen, of van twee afzonderlijke contractuele verbintenissen tot levering van één perceel. De Hoge Raad overweegt (r.o. 3.3.4):

'Uitgaande van hetgeen hiervoor in 3.3.2 is vooropgesteld [de koopovereenkomst heeft betrekking op beide percelen, *red. MTB*], is bij een dergelijke overeenkomst in beginsel sprake van slechts één verbintenis tot levering, ook als het verkochte twee kadastrale percelen omvat. Dat is slechts anders indien dat uit de overeenkomst voortvloeit, bijvoorbeeld indien met betrekking tot de percelen zo uiteenlopende bedingen zijn overeengekomen, zoals met betrekking tot de datum van overdracht, dat van afzonderlijke verbintenissen gesproken moet worden.'

Aangezien niet is gebleken dat uit de koopovereenkomst – die veronderstellenderwijs dus tot verkoop van beide percelen strekt – iets anders voortvloeit, gaat de Hoge Raad ervan uit dat uit de koopovereenkomst één verbintenis tot levering van beide percelen is voortgekomen. Deze verbintenis tot levering van de twee percelen is onvolledig nagekomen: slechts perceel 1481 is geleverd. De verbintenis wordt daarmee beheerst door artikel 3:311 BW en niet door artikel 3:307 BW. De cassatiemiddelen van eiseres slagen (r.o. 3.3.5-3.3.6).

Met dit arrest scheidt de Hoge Raad duidelijkheid over het toepassingsbereik van zowel artikel 3:307 als 3:311 BW. Of eiseres ook gebaat is bij haar geslaagde cassatieberoep, valt echter te bezien. Veel feitelijke vragen behoeven nog een antwoord. Wanneer wist eiseres bijvoorbeeld dat perceel 1480 niet aan haar was geleverd? Strekt de koopovereenkomst überhaupt wel tot verkoop van perceel 1480? Het recht is verduidelijkt, nu de feiten nog...

## Literatuur

- A.G.F. Ancery & C.M.D.S Pavillon, 'De rechterlijke lijdelijkheid in rook opgegaan? De ambtshalve toepassing van de consumentenkoopregels nader toegelicht', *MvV* 2015, afl. 9, p. 243-254;
- I.M.G. Bakker, 'Werkelijke rente en/of wettelijke rente?', *Bb* 2015, afl. 14, p. 164-166;
- J.W.A. Biemans, 'DSM/Fox en uitleg van notariële akten – (nog) geen 'vloeiende overgang' van overeenkomst naar notariële akte', *MvV* 2015, afl. 6, p. 159-168;
- C.G. Breedveld-de Voogd, 'De grenzen van de bedenktijd', *MvV* 2015, afl. 7/8, p. 214-217;
- G.J. Boeve, 'Consumentenbescherming bij non-conformiteit is van openbare orde', *Bb* 2015, afl. 18, p. 207-210;
- W.H. van Boom, P. Desmet & M.R. van Dam, 'Eenvoudige tekst, eenvoudige claim? Over de invloed van tekstniveau in Algemene verzekeringsvoorwaarden op verwachtingen en gedrag van consumenten', *TvC* 2015, afl. 4, p. 200-207;

- A.G. Castermans, ‘MvV: Mededelingsplicht, verzwijging en Vergoeding’, *MvV* 2015, afl. 7/8, p. 218-223;
- C.R. Christiaans, ‘De bestuurder-aandeelhouder en toepasselijkheid van regels van particuliere borgtocht ‘revisited’, *MvV* 2015, afl. 7/8, p. 224-228;
- T. Hartlief, ‘Is het contractenrecht zo dood als een pier?’, *NJB* 2015, afl. 32, p. 2207;
- J.H. Kolenbrander, ‘McBankroet: faillissement en franchise’, *Contracteren* 2015, afl. 2, p. 59-63;
- C. Mak, “Do justice, Justice” Over rechterlijke rechtsvorming in het Europees consumentencontractenrecht’, *TvC* 2015, afl. 4, p. 175-180;
- J.H.M. Spanjaard, ‘Tegen fraude is geen bankgarantie opgewassen’, *Contracteren* 2015, afl. 2, p. 53-58;
- S.J.H. Rutten, ‘Contractuele vervaltermijnen. Een overzicht aan de hand van de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage voor de Bouw’, *MvV* 2015, afl. 6, p. 169-176;
- J.H.M. Spanjaard, ‘Pas als hij het zegt!’, *Contracteren* 2015, afl. 3, p. 88-92;
- L.B.A. Tigelaar, ‘Sancties en doelstellingen van Europese informatieplichten’, *NTBR* 2015, afl. 7, p. 206-213;
- A.L. Vytopil, ‘MVO-gedragscodes, contracten en aansprakelijkheid: van goede bedoelingen naar het beperken van aansprakelijkheidsrisico’s’, *Contracteren* 2015, afl. 3, p. 71-81;
- T.H.M. van Wechem, ‘Beperkingen op de beperkende werking via de vaststellingsovereenkomst?’, *Contracteren* 2015, afl. 3, p. 67-70.

**ONRECHTMATIGE DAAD EN OVERIGE VERBINTENISSEN UIT DE WET**

**Mr. T. van der Linden**

**Wetgeving**

- Wetsvoorstel (16 juli 2015) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht teneinde de vergoeding van affectieschade mogelijk te maken en het verhaal daarvan alsmede het verhaal van verplaatste schade door derden in het strafproces te bevorderen (*Kamerstukken II* 2014/15, 34257, nr. 1-4).

**Jurisprudentie**

*HR 18 september 2015, ECLI:NL:PHR:2015:711; Buitencontractuele beroepsaansprakelijkheid advocaat; persoonlijk ernstig verwijt vereist?; bestuursaansprakelijkheid.* Eiser in cassatie is van plan een lening van € 1.000.000 te verstrekken aan Alasco en geeft aan een advocatenmaatschap de opdracht om hem daarbij te adviseren. De werkzaamheden worden feitelijk uitgevoerd door de twee verweerders in cassatie. Het gaat om een advocaat die via ‘zijn’ BV maat in de maatschap is en iemand die als advocaat bij de desbetreffende maatschap werkzaam is. De lening wordt door eiser verstrekt en deze verkrijgt als

zekerheid een aantal borgtochten en een hypotheek op een stuk grond in Roden. Voordat de lening is afbetaald – de lening is dan nog grotendeels niet afgelost – geraken Alasco én de borgen in staat van faillissement. Een taxatie wijst uit dat het perceel waarop het hypotheekrecht rust slechts € 140.113 waard is, hetgeen niet voldoende is om de openstaande lening te dekken. De eiser in cassatie spreekt de verweerders aan tot het betalen van schadevergoeding omdat zij niet afdoende hebben onderzocht of het perceel voldoende zekerheid zal bieden. Een directe contractuele actie tegen de verweerders is niet mogelijk omdat de verweerders geen van beiden contractspartij zijn. De contractuele wederpartij van de eiser is immers de *maatschap*. Daarmee staat in deze procedure de vraag centraal, of een cliënt die een overeenkomst heeft gesloten met de maatschap, de advocaten die de opdracht feitelijk hebben uitgevoerd kan aanspreken op grond van onrechtmatige daad, wanneer deze laatsten een beroepsfout hebben gemaakt.

Het hof wijst aansprakelijkheid van de verweerders uit hoofde van onrechtmatige daad af met de volgende overweging (r.o. 4.9 arrest hof):

‘Het gevorderde ten laste van [verweerder 1] en [verweerder 2] zal worden afgevoerd nu de opdracht aan de maatschap en niet aan hen persoonlijk is gegeven. Feiten die een persoonlijk ernstig verwijt aan [verweerder 1] en [verweerder 2] of een door hen persoonlijk gepleegde onrechtmatige daad kunnen opleveren zijn niet gesteld. De stelling van [eiser] dat zij niet naar behoren hebben geadviseerd of zelfs ernstig zijn tekortgeschoten in hun dienstverlening als advocaat is voor een dergelijke conclusie onvoldoende. (...)’

Voor buitencontractuele aansprakelijkheid van een advocaat die in dienst is van een maatschap is volgens het hof alleen plaats, als de advocaat persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het hof lijkt aldus aan te knopen bij de vaste rechtspraak over de bestuurdersaansprakelijkheid. Tegen dit oordeel is een cassatiemiddel gericht.

Advocaat-generaal Spier trekt de vraag in zijn conclusie in een brede maatschappelijke context. Kan een werknemer c.q. beroepsbeoefenaar als hij zijn werk niet goed doet worden aangesproken door de contractuele wederpartij van diens werkgever? Het is, zo stelt hij aan het eind van zijn conclusie, één van de lastigste vragen waarover hij heeft moeten concluderen (sub 5.1 conclusie A-G Spier). Spier wijst erop dat voor de beroepsbeoefenaar aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad sneller wordt aangenomen. Hij betoogt echter dat het onduidelijk is op basis van welke juridische grond een beroepsbeoefenaar anders behandeld zou moeten worden dan een doorsnee werknemer (sub 3.22 conclusie A-G Spier). Maar ook als die grond wel bestaat is het volgens hem onduidelijk waar de grens ligt tussen de vrije beroepsbeoefenaar en de ‘gewone’ werknemer (sub 3.24 conclusie A-G Spier). Spier komt tot de slotsom dat terughoudendheid moet worden betracht (sub 3.26 conclusie A-G Spier):

‘M.i. past voorzichtigheid om, buiten een directe contractuele relatie, al te gemakkelijk externe persoonlijke aansprakelijkheid aan te nemen van een bestuurder van een vennootschap op grond van een eigen onrechtmatige daad. Dat geldt al helemaal voor een werknemer die geen contractuele band heeft met de derde/benadeelde.’

Als de werknemer/beroepsbeoefenaar te snel aansprakelijk zou zijn jegens de contractuele wederpartij van de werkgever dan zouden werknemers *de facto* opdraaien voor het insolventierisico van de werkgever. Volgens Spier is dit over het algemeen niet wenselijk. Wel is het volgens hem mogelijk dat er bijkomende omstandigheden kunnen zijn die een dergelijke aansprakelijkheid van de werknemer c.q. beroepsbeoefenaar kunnen rechtvaardigen (zie sub 3.33.1). Gedacht kan volgens hem worden aan beroepsbeoefenaars die zich hullen in een ‘vennootschappelijk kleed’ om aan aansprakelijkheid te ontkomen of aan een ‘lapzwanserige’ uitoefening van de werkzaamheden (zie sub 3.26 en sub 3.33.1 conclusie A-G Spier). Omdat er in het onderhavige geval volgens advocaat-generaal Spier geen ‘klemmende redenen’ zijn om de verweerders jegens eiser aansprakelijk te achten, wijst hij de klachten tegen het oordeel van het hof af (sub. 3.31.1 conclusie A-G Spier).

De Hoge Raad stelt bij de beoordeling van het middel uitdrukkelijk voorop dat het uitgangspunt bij de beoordeling van de klacht is, dat een advocaat *als beroepsbeoefenaar* ‘de zorgvuldigheid dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Deze zorgvuldigheidsplicht brengt onder meer mee dat een advocaat die een cliënt adviseert in het kader van een door een cliënt te nemen beslissing over een bepaalde kwestie, de cliënt in staat stelt goed geïnformeerd te beslissen.’ (r.o. 3.4.1)

De Hoge Raad geeft dan antwoord op de rechtsvraag (r.o. 3.4.2):

‘Als de cliënt de advocaat aanspreekt die de opdracht feitelijk heeft uitgevoerd, maar die niet zijn contractuele wederpartij is, kan aansprakelijkheid slechts worden aangenomen met inachtneming van de daarvoor in art. 6:162 BW gestelde eisen. Een dergelijk geval doet zich bijvoorbeeld voor als de cliënt een opdracht heeft gegeven aan een advocatenmaatschap, maar de opdracht feitelijk wordt uitgevoerd door een werknemer van die maatschap of door een advocaat die feitelijk aan de maatschap deelneemt door tussenkomst van een praktijkvennootschap.’

Hiermee treft het onderdeel doel, omdat er niet – zoals het hof heeft geoordeeld – vereist is dat aan de advocaat als beroepsbeoefenaar een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt (r.o. 3.4.3-3.4.4). Wat nog wel in het oog springt is de zinsnede dat aansprakelijkheid ‘slechts’ kan ‘worden aangenomen met inachtneming van de daarvoor in artikel 6:162 BW gestelde eisen’. De norm moet dus *delictueel* worden ingevuld. Beslissend is of de aangesproken advocaat heeft gehandeld zoals van een redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht.

De Hoge Raad wijdt nog een aparte overweging aan de positie van de verweerder die via zijn BV maat in de maatschap is. Gedacht zou kunnen worden dat voor zijn aansprakelijkheid wél een persoonlijk verwijt is vereist, omdat hij bestuurder is van de BV. De Hoge Raad maakt hier korte metten mee. Er is alleen plaats voor de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel van het ‘persoonlijk ernstige verwijt’ als de betrokkene handelt ‘bij zijn taakvervulling [cursivering TvDL] als bestuurder van een vennootschap die door een toerekenbare tekortkoming of een onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt’ (r.o. 3.4.4). Wordt iemand op grond van onrechtmatige daad aangesproken

voor een beroepsfout, dan gaat het niet om aansprakelijkheid als bestuurder, maar om aansprakelijkheid als beroepsbeoefenaar.

Wat opvalt is dat de Hoge Raad in de behandeling van de klacht heel sterk de focus blijft houden op het concrete geval. Advocaat-generaal Spier stelt de – interessante – vraag aan de orde wanneer een werknemer nu aansprakelijk moet zijn uit hoofde van onrechtmatige daad jegens de contractspartij van zijn werkgever. En in het kielzog daarvan: of een beroepsbeoefenaar anders moet worden behandeld dan een gewone werknemer, en zo ja, hoe het onderscheid tussen hen moet worden gemaakt. De Hoge Raad heeft het consequent over de aansprakelijkheid van de advocaat *als beroepsbeoefenaar* wegens schending van de gedragsnorm jegens de contractuele wederpartij van de maatschap. Hoe over andersoortige werknemers moet worden geoordeeld, zal afhangen van de omstandigheden van het geval.

#### Literatuur

- C.C. van Dam, ‘Taxus revisited. Een kleine taxonomie van het kennisvereiste’, *MvV* 2015, afl. 7/8, p. 229-234;
- Chr. H. van Dijk, ‘Statistiek, verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen en concrete schadeberekening’, *AV&S* 2015, afl. 4, p. 114-125;
- R. van Eijck, ‘Pelotonrijden en aansprakelijkheid’, *AV&S* 2015/29;
- I. Giesen, ‘Punitive Damages: bestraffend en dus een “criminal charge”, maar wat dan?’, *AV&S* 2015, p. 145-146;
- M.R. Hebly, ‘Opnieuw de gezichtspuntencatalogus uit Van Hese/De Schelde; een reactie op de analyse van Wolters’, *AV&S* 2015, afl. 4, p. 141-142;
- H.W. Heijman, ‘Notariële dienstverlening bij botsende rechten na HR 3 april 2015 (De Novitaris)’, *WPNR* 7067 (2015);
- A. Kolder, ‘Letselschade: de hypothetische situatie zónder ongeval’, *TvVP* 2015, afl. 2, p. 24-34;
- F.T. Oldenhuis, ‘Aansprakelijkheid van de mijnbouw-exploitant’, *NJB* 2015, afl. 26, p. 1724-1732;
- J.S. Overes, ‘Hoge Raad: verzekeraars “subrogeren in zieligheid” (of toch niet?)’, *Bb* 2015/70;
- A.I. Schreuder & M. van Kogelenberg, ‘Aan de billijkheidscorrectie van art. 6:101 BW geen polonaise: ruim baan voor de gesubrogeerde (ziektekosten)verzekeraar – Annotatie bij HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1873 (Achmea/Menzis)’, *MvV* 2015, afl. 9, p. 264-270;
- J.F. Schultz, ‘Een reactie op “Causaal verband in whip-lashzaken: een beschouwing vanuit juridisch en medisch perspectief” van P. Oskam en A.M. Reitsma’, *TvVP* 2015, afl. 2, p. 40-45;
- H.M. Storm, ‘Een nieuwe methode voor het berekenen van schade bij overlijden – Totstandkoming van de nieuwe rekenmethodiek in de Richtlijn Rekenmodel Overlijdensschade’, *TvVP* 2015, afl. 2, p. 19-23;
- R.T.L. Vaessen, ‘Adviserende advocaat aansprakelijk voor niet wijzen op risico’s’, *Bb* 2015, afl. 18, p. 211-213;

- P.W.J. Verbruggen & B.J. van Leeuwen, ‘Europese regeling inzake medische hulpmiddelen. Het PIP-schandaal, de “Nieuwe Aanpak” en consumentenbescherming’, *TvC* 2015, afl. 3, p. 11-121;
- Verheij, ‘Geldt het Burgerlijk Wetboek nog in Groningen?’, *NJB* 2015, afl. 26, p. 1733-1738;
- K.A.P.C. van Wees, ‘Aansprakelijkheidsaspecten van (deels) zelfrijdende auto’s’, *AV&S* 2015/28;
- B.T.M. van der Wiel, ‘Het procedeeverbod’, *MvV* 2015, afl. 7/8, p. 239-242;
- T.J.P. Wolters, ‘Naschrift. “Feiten, omstandigheden, waarderingen en totaalafwegingen”’, *AV&S* 2015, afl. 4, p. 134-144.

## GOEDERENRECHT

Mr. J. van Kralingen

### Jurisprudentie

*HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2192, zekerheidsrechten, faillissement, vermenging (art. 5:15 BW), natrekking roerende zaken (art. 5:14 BW), vermenging verpande en onverpande aluminium, ontstaan pandrecht op een aandeel in de nieuwe zaak, substitutiepandrecht, maatstaf voor aanwijzing hoofdzaak bij vermenging gelijksoortige roerende zaken (art. 5:14 lid 3 BW)*

De Hoge Raad heeft op 14 augustus van dit jaar een arrest gewezen waarin hij enkele belangrijke overwegingen heeft gewijd aan de vermenging van gelijksoortige roerende zaken en de rechtsgevolgen van een dergelijke vermenging voor het zekerheidsrecht dat op één van de vermengde zaken rustte. De kern van deze overwegingen is dat in de meeste gevallen van vermenging van gelijksoortige roerende zaken een *nieuwe* zaak ontstaat en dat artikel 5:15 BW in verbinding met artikel 5:14 BW in dat geval met zich meebrengt dat, anders dan het hof in de voorliggende zaak had geoordeeld (r.o. 4.11.5 arrest hof), van rechtswege een nieuw pandrecht ontstaat op een aandeel in de nieuwe zaak ten behoeve van degene die het pandrecht op de door vermenging tenietgegane zaak had gevestigd (r.o. 3.7.4).

De feiten van de zaak waren als volgt. Het Zwitserse bedrijf Glencore AG (Glencore) leverde aluinaarde, een grondstof voor het maken van aluminium, onder eigendomsvoorbehoud aan de Zeeuwse Aluminium Company NV (Zalco). Glencore had tevens een pandrecht bedongen op het aluminium dat door Zalco werd geproduceerd uit de door Glencore geleverde aluinaarde.

Op 13 december 2011 ging Zalco failliet. Ten tijde van het faillissement bevond zich vloeibaar aluminium in de ovens van de aluminiumsmelterij van Zalco. Op dit vloeibare aluminium was door Zalco voor het faillissement rechtsgeldig een pandrecht gevestigd ten behoeve van Glencore. Het aluminiumproductieproces werd echter niet stilgelegd op de dag van het faillissement. De ovens van de aluminiumsmelterij (ruim 400 ovens in totaal) bleven tot enkele dagen na het faillissement aluminium produceren.

Op het aluminium dat op de dagen ná het faillissement was geproduceerd kon Zalco geen geldig pandrecht ten behoeve van Glencore vestigen, aangezien Zalco door het faillissement beschikkingsonbevoegd was geworden (art. 23 jo. 35 lid 2 Fw). In de ovens bevond zich derhalve na datum van het faillissement zowel verpand als onverpand vloeibaar aluminium. Dit vloeibare aluminium is na de beëindiging van het productieproces gestold en aan de smeltovens vastgekoekt.

Toen Glencore wilde overgaan tot verwijdering en executie van het gestolde aluminium ontstond er een conflict tussen Glencore en enkele andere schuldeisers van Zalco (Zeeland Seaports NV en Nationale Borg-Maatschappij NV, hierna: de schuldeisers) over de vraag of Glencore een pandrecht had op het aluminium in de ovens.

De schuldeisers stelden, kort gezegd, dat het pandrecht van Glencore op het aluminium teniet was gegaan door natrekking van het aluminium naar de smeltovens c.q. de fabriek (het natrekkingsverweer), dan wel dat het pandrecht van Glencore al op een eerder tijdstip door vermen- ging van het verpande aluminium met het onverpande aluminium was teniet gegaan (het vermengingsverweer).

Het Hof’s Hertogenbosch heeft artikel 5:15 BW (vermenging) en 5:14 BW (natrekking roerende zaken) toegepast op de casus. Artikel 5:15 BW verklaart bij vermenging van roerende zaken dezelfde regels als bij natrekking van roerende zaken (art. 5:14 BW) van toepassing. Op basis van artikel 5:14 lid 1 BW gaat de eigendom van een roerende zaak die een bestanddeel wordt van een andere roerende zaak die als hoofdzaak is aan te merken over op de eigenaar van deze hoofdzaak. In lid 3 van hetzelfde artikel wordt bepaald dat een zaak als ‘hoofdzaak’ kan worden aangemerkt als deze zaak de andere zaak ‘aanmerkelijk’ in waarde overtreft of volgens de verkeersopvatting als hoofdzaak wordt beschouwd. Indien er geen hoofdzaak is aan te merken, bepaalt lid 2 van artikel 5:14 BW dat er door vermenging een nieuwe zaak ontstaat waarvan de eigenaren van de oorspronkelijke zaken mede-eigenaar worden.

Het hof oordeelde dat het verpande aluminium dat zich op de datum van het faillissement in de ovens bevond was vermengd met een ‘aanzienlijk grotere hoeveelheid’ (r.o. 4.11.6 arrest hof) onverpand aluminium. Volgens het hof moest de ‘aanzienlijk grotere hoeveelheid’ onverpand aluminium als hoofdzaak worden aangemerkt en zou het verpande aluminium als bestanddeel door het onverpande aluminium zijn nagetrokken (art. 5:15 jo. 5:14 BW). Indien een hoofdzaak een bestanddeel natrekt dan volgt volgens het hof uit de wettelijke regels (het hof doelt waarschijnlijk op art. 3:81 lid 2 BW) dat wanneer op het bestanddeel een beperkt recht rustte, dat beperkte recht door vermenging tenietgaat (r.o. 4.11.5 arrest hof). Derhalve was volgens het hof het pandrecht van Glencore dat op een deel van het aluminium rustte tenietgegaan. Het hof kwam niet meer toe aan het natrekkingsverweer van de schuldeisers.

Glencore stelde tegen het arrest van het hof cassatieberoep in. Glencore voert in cassatie kort gezegd aan dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd zou zijn

getreden en dat het hof bepaalde feitelijke stellingen onvoldoende heeft gemotiveerd. De Hoge Raad acht deze klachten gegrond, vernietigt het arrest van het hof 's-Hertogenbosch en verwijst het geding naar het hof Arnhem-Leeuwarden (r.o. 3.5-3.6).

Hoewel de Hoge Raad al casseert op basis van deze klachten, voegt de Hoge Raad nog ten overvloede een bespreking toe van onderdeel 3, waarin Glencore klaagt over het oordeel van het hof dat een beperkt recht door vermenging tenietgaat indien door vermenging een *nieuwe* zaak ontstaat (r.o. 4.11.5 arrest hof).

De Hoge Raad geeft ten eerste aan dat, zoals het hof ook had geoordeeld, indien er een beperkt recht op een zaak rustte die door vermenging bestanddeel wordt van een hoofdzaak, het beperkte recht tenietgaat (r.o. 3.7.4). Indien er sprake is van vermenging van twee gelijksoortige roerende zaken waarvan *geen* van beide als hoofdzaak kan worden aangemerkt gaat weliswaar het pandrecht teniet dat op één van de vermengde zaken rustte, maar ontstaat er volgende de Hoge Raad van *rechtswege* een vervangend pandrecht:

'Art. 5:15 BW brengt in verbinding met art. 5:14 BW in een zodanig geval [bij vermenging van twee zaken waarvan geen van beide als hoofdzaak kan worden aangewezen, *red. JvK*] mee dat van rechtswege een nieuw pandrecht ontstaat op een aandeel in de nieuwe zaak ten behoeve van degene die het pandrecht op de door vermenging tenietgegane zaak had gevestigd. Weliswaar is dit niet met zoveel woorden in de genoemde artikelen geregeld, maar het strookt met de inhoud en strekking van die bepalingen (...)' (r.o. 3.7.4)

De Hoge Raad overweegt bovendien dat in het geval van vermenging van twee gelijksoortige roerende zaken meestal geen hoofdzaak kan worden aangewezen. Hij geeft aan dat in geval van vermenging van gelijksoortige zaken de verkeersopvatting geen bruikbaar criterium geeft om een zaak als hoofdzaak aan te merken en dat dus uitsluitend beslissend is of één van de zaken de andere aanmerkelijk in waarde overtreft. Gezien de rechtsgevolgen (verlies van recht) dient volgens de Hoge Raad niet snel te worden aangenomen dat het waardeverschil tussen de zaken 'aanmerkelijk' is (r.o. 3.7.5).

Met andere woorden: bij vermenging van gelijksoortige roerende zaken waarop een zekerheidsrecht rust, zoals in casu het aluminium, ontstaat er meestal een nieuwe zaak waarop een nieuw pandrecht ten behoeve van de zekerheidsnemer komt te rusten.

De Hoge Raad stelt bovendien uitdrukkelijk dat van *rechtswege* een nieuw pandrecht ontstaat op een aandeel in de nieuwe zaak. Het faillissement van de eigenaar van de zaak (in casu van Zalco) verhindert dus niet dat er een nieuw pandrecht ontstaat (r.o. 3.7.6).

Aangezien het hof niet was toegekomen aan het natrekkingsverweer van de schuldeisers, wordt aan dat verweer in cassatie ook geen inhoudelijke aandacht besteed. De Hoge Raad stelt in rechtsoverweging 3.10 echter wel dat 'na verwijzing ook het (...) natrekkingsverweer zijn (zelfstandige) betekenis behoudt.' Het is dus nog steeds de vraag of Glencore een pandrecht heeft op het aluminium.

Waarnemend A-G Hammerstein concludeerde ook tot vernietiging van het arrest van het hof.

## Literatuur

- S. Baegen, S. Bartels & D. Meijeren, 'What's in a mantelbuis?', *NTBR* 2015, afl. 6, p. 174-179;
- F.E.J. Beekhoven van den Boezem e.a., 'Het belang van zekere zekerheid voor de financiering van het bedrijfsleven', *MvV* 2015, afl. 7/8, p. 200-207;
- T.E. Booms, 'De oorsprong der soorten en het afhankelijke opstalrecht', *WPNR* 7075 (2015), p. 757-764;
- N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, 'Eigenlijke (wettelijke) en oneigenlijke (contractuele) lossing', *MvV* 2015, afl. 7/8, p. 235-238;
- W.G. Huijgen, 'Erfpacht/opstal en beëindiging op grond van het algemeen belang; een oude controverse beslecht', *JBN* 2015, afl. 9, nr. 39;
- J.E. Jansen, 'Drie uitspraken over erfpacht, inbezitting en art. 3:105 BW', *MvV* 2015, afl. 9, p. 255-263;
- T.C.M. Kok, 'Over de overdraagbaarheid van "voorwaardelijke eigendom". Moet de Hoge Raad de huidige trend in de literatuur volgen?', *WPNR* 7072 (2015), p. 686-692;
- R. Mellenbergh, 'Contractuele afspraken met goederenrechtelijke werking: het onoverdraagbaarheidsbeding, eigendomsvoorbehoud en overwaardearrangement', *Contracteren* 2015, afl. 2, p. 42-52;
- P.J. van der Plank & M.E. Witting, 'De invloed van verkrijgende verjaring op beperkte rechten die rusten op de grond', *NTBR* 2015, afl. 8, p. 233-238;
- P.J. van der Plank, 'De introductie van drijvende percelen', *WPNR* 7071 (2015), p. 662-666;
- F.J. Vonck, 'Eigendom van onbevoegd of in eigen grond aangelegde netten', *WPNR* 7071 (2015), p. 654-661;
- W.J. Zwolve, "You can't have your cake and eat it". art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands trustrecht', *RMThemis* 2015, afl. 4, p.139-151.

## HUWELIJKSVERMOGENSRECHT

Mr. L.M. de Hoog

### Wetgeving

- Nota van wijziging (20 augustus 2015) bij het voorstel van wet van de leden Berndsen-Jansen, Recourt en Van Oosten tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet teneinde de omvang van de wettelijke gemeenschap van goederen te beperken (*Kamerstukken II* 2014/15, 33987, 11).

### Jurisprudentie

*HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1866, vermogensrecht; aandelenlease-overeenkomst; ontbreken toestemming echtgenote (art. 1:88 BW); verjaring vordering tot vernietiging artikel 3:52 lid 1 onder d BW (HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6506); vereist aanvang verjaringstermijn bekendheid met de bevoegdheid tot vernietiging?; ambts-halve beoordeling of sprake is van oneerlijk beding in de zin van Richtlijn 93/13/EG; verplichting rechter tot nemen*



*van instructiemaatregelen om ambtshalve beoordeling te kunnen verrichten (HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274)*

Op grond van artikel 1:88 BW hebben echtgenoten voor het aangaan van bepaalde rechtshandelingen elkaars toestemming nodig. Hiermee beoogt de wetgever het gezin en de echtgenoten tegen zichzelf en tegen elkaar te beschermen. Indien de benodigde toestemming ontbreekt, kan de echtgenoot die de toestemming had moeten geven de overeenkomst vernietigen op grond van artikel 1:89 lid 1 BW. Een voorbeeld van een in artikel 1:88 BW genoemde rechtshandeling is het aangaan van een aandelenlease-overeenkomst. Deze kwalificeert volgens de Hoge Raad in zijn arrest van 28 maart 2008 (NJ 2009/578) als een overeenkomst van koop op afbetaling. Dat betekent dat de echtgenoot wiens toestemming niet bij het aangaan van de aandelenlease-overeenkomst is verkregen, de (hoogstwaarschijnlijk vanwege de koersdaling zeer nadelig uitpakende) overeenkomst kan vernietigen. Deze vernietigingsmogelijkheid is echter in het belang van het rechtsverkeer in die zin beperkt dat de inroeping van de nietigheid moet plaatsvinden binnen drie jaar nadat de vernietigingsbevoegdheid aan de niet-handelende echtgenoot ten dienste is komen te staan. Met deze bewoordingen van artikel 3:52 lid 1 sub d BW wordt bedoeld dat de rechtsvordering verjaart drie jaren na het tijdstip waarop de echtgenoot met de overeenkomst daadwerkelijk bekend is geworden.

In het onderhavige arrest is – voor zover het de huwelijksvermogensrechtelijke aspecten van de zaak aangaat – de vraag aan de orde of de vrouw de lease-overeenkomst die door haar man zonder echtelijke toestemming was aangegaan binnen de verjaringstermijn had vernietigd. Bij brief van 18 november 2004 heeft de vrouw de overeenkomst vernietigd. Hoewel de overeenkomst door de man is aangegaan op 16 december 1999, stelt de vrouw dat van verjaring geen sprake is omdat zij zich pas geruime tijd daarna bewust is geworden van het feit dat het een rechtsfiguur betrof waarvan derhalve de nietigheid kan worden ingeroepen. De kwalificatie van een aandelenlease-overeenkomst als een koop op afbetaling was aanvankelijk omstreden en werd door de Hoge Raad pas in zijn arrest van 28 maart 2008 bevestigd.

De Hoge Raad oordeelt thans als volgt:

*‘Een rechtsvordering tot vernietiging van een lease-overeenkomst die toekomt aan de echtgenoot van degene die deze overeenkomst heeft gesloten, zulks op grond van het ontbreken van toestemming, verjaart drie jaren na het tijdstip waarop die echtgenoot daadwerkelijk met de overeenkomst bekend is geworden (artikel 3:52 lid 1, aanhef en onder d, BW in samenhang met HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6506). Niet kan worden aangenomen dat van daadwerkelijke bekendheid in voormelde zin pas sprake is zodra de zojuist bedoelde echtgenoot wist of begreep dat zij bevoegd was de lease-overeenkomst te vernietigen. Het stellen van die eis zou niet in overeenstemming zijn met een behoorlijk verloop van het rechtsverkeer (vgl. met betrekking tot artikel 3:310 lid 1 BW het arrest HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1739, NJ 2006/115). Voor het gaan lopen van de verjaringstermijn van artikel 3:52 lid 1, aanhef en onder d, BW is bepalend welke feiten en omstandigheden bekend zijn, en niet of bekendheid bestaat met de juridische beoordeling daarvan.’ (r.o. 3.4)*

De rechtsvordering tot vernietiging is verjaard. De man zal derhalve zijn contractuele verplichting moeten nakomen, hetgeen in dit geval neerkomt op het betalen van

een restschuld van € 21.906,84. Toch kan hij nog worden gered door het Hof Den Bosch, waarnaar deze zaak door de Hoge Raad is verwezen omdat het Hof Amsterdam heeft verzuimd te onderzoeken of sprake was van een oneerlijk beding in de zin van Richtlijn 93/13/EG betreffende oneerlijke bedingen inzake consumentenovereenkomsten. Dit (slagende) onderdeel van de klacht laat ik verder buiten beschouwing.

*HR 10 juli 2015, ECLI:HR:2015:1875, personen- en familierecht; huwelijksgoederenrecht; afwikkeling verrekenbeding; is voor toepassing artikel 1:141 lid 1 en artikel 1:136 lid 1 BW relevant van wie het overgespaarde (niet verrekenende) inkomen afkomstig is en in wiens goed dat is geïnvesteerd?; begrijpelijkheid oordeel hof gelet op getuigenverklaring.*

Man en vrouw zijn in 1971 gehuwd op huwelijkse voorwaarden, inhoudende een uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen (behoudens gemeenschap van inboedel) alsmede een beding inzake periodieke verrekening van overgespaard inkomen. Een dergelijke beding vergt een regelmatige boekhouding die in het overgrote deel van de gevallen achterwege blijft. Indien jaarlijkse afrekening niet heeft plaatsgevonden, bepaalt artikel 1:141 lid 1 BW dat dan het saldo verrekend dient te worden dat is ontstaan door belegging en herbelegging van hetgeen niet verrekend is, maar wel verrekend had moeten worden. Bij het einde van het huwelijk zal dan moeten worden nagegaan welke vermogensbestanddelen als belegging van te verrekenen inkomsten moeten worden beschouwd. Alleen over die vermogensbestanddelen strekt de verrekenplicht zich uit. Voor het geval er onenigheid is over de vraag welk vermogen uit belegging van overgespaard inkomen is voortgekomen, is in artikel 1:141 lid 3 BW een bewijsvermoeden opgenomen. Dit houdt in dat – behoudens tegenbewijs – al het aanwezige vermogen wordt vermoed te zijn gevormd uit hetgeen verrekend had moeten worden.

In de onderhavige zaak is in geschil of over de echtelijke woning met een waarde van € 714.319 verrekening moet plaatsvinden. De woning staat op naam van de vrouw en is gefinancierd met de overwaarde van eerdere woningen alsmede met een geldlening op naam van beide echtgenoten. Krachtens het bewijsvermoeden van artikel 1:141 lid 3 BW wordt het huis geacht te zijn gevormd uit te verrekenen overgespaarde inkomsten. Het Hof Arnhem-Leeuwarden neemt echter aan dat de vrouw erin is geslaagd tegenbewijs te leveren:

*‘De woning is deels gefinancierd met de opbrengst van eerdere woningen. De eerste woning is gefinancierd met geld van de vrouw dat niet behoeft te worden verrekend. Voor het overige heeft financiering plaatsgevonden met hypothecaire geldleningen waarop door de vrouw niet is afgelost. Nu de woning geheel noch gedeeltelijk is verkregen met te verrekenen inkomsten of vermogen van de vrouw, behoort de waarde daarvan niet tot het te verrekenen vermogen aan de zijde van de vrouw, ook niet voor een deel.’ (r.o. 2.22-2.28 arrest hof)*

Het hof heeft tot uitgangspunt genomen dat er alleen een verrekenplicht ten aanzien van een aan de vrouw toebehorend goed bestaat indien zij zelf uit eigen overgespaarde inkomsten heeft bijgedragen in dat goed.

Volgens de Hoge Raad geeft dit oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting:

'Zowel uit de tekst van de art. 1:136 lid 1 en 141 lid 1 en 3 BW, als uit de hiervoor in 4.1.2 weergegeven ratio van deze bepalingen, vloeit voort dat bij het einde van het huwelijk aanwezig vermogen dat is gevormd uit door de echtgenoten tijdens het huwelijk overgespaard inkomen, dient te worden verrekend, ongeacht aan wie van de echtgenoten dat vermogen toebehoort en uit wiens overgespaarde inkomsten dat vermogen is gevormd. De achterliggende gedachte is immers dat ieder van de echtgenoten na verrekening van hetgeen door hen tezamen is bespaard, zijn of haar aandeel daarin kan gebruiken voor de vorming en vermeerdering van het eigen vermogen. Hiermee strookt dat bij de finale afrekening na het eindigen van het huwelijk de echtgenoot die zijn of haar overgespaarde inkomsten heeft geïnvesteerd in (de financiering van) een aan de andere echtgenoot toebehorend goed, naar de in art. 1:136 lid 1 BW vermelde maatstaf meedeelt in de eventuele waardestijging die het goed gedurende het huwelijk heeft ondergaan.' (r.o. 4.1.3)

Het staat tussen partijen vast dat de man heeft afgelost op de hypothecaire geldlening alsmede een verbouwing heeft gefinancierd met door hem overgespaard maar niet verrekend inkomen. Daarmee is de woning tot het te verrekenen vermogen gaan behoren.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing naar het Hof Den Bosch.

#### Literatuur

- B. Breederveld, 'Hoe ver reikt de verknochtheid?', *EB* 2015, afl. 7/8, nr. 66;
- R. van Coolwijk & J.E.M.C. Moons, 'Reactie vFAS op wetsvoorstel herziening partneralimentatie', *EB* 2015, afl. 10, p. 176-180;
- N.C.G. Gubbels, 'Fiscale aspecten voorgestelde huwelijksvermogensrecht, Deel I: Schenk-, erf- en overdrachtsbelasting', *WPNR* 7069 (2015), p. 599-604;
- N.C.G. Gubbels, 'Fiscale aspecten voorgestelde huwelijksvermogensrecht, Deel II: Inkomstenbelasting', *WPNR* 7078 (2015), p. 837-843;
- A. Heida, 'Wetsvoorstel herziening partneralimentatie ingediend', *EB* 2015, afl. 10, p. 173-175;
- M.J. Hoogeveen, 'Echtscheiding en renteaftrek voor de eigen woning', *WPNR* 7069 (2015), p. 613-622;
- G.H. Lankhorst, 'Betaling nieuwe schuld door familie leidt tot schone lei', *JBN* 2015, afl. 7/8, nr.34;
- G. Megchelsen & J.C. van Straaten, 'Artikel 1:99 lid 2 BW biedt wel bescherming!', *JBN* 2015, afl. 7/8, nr. 35;
- S. Perrick, 'Het wetsontwerp strekkende tot beperking van de wettelijke gemeenschap van goederen schiet ernstig tekort', *WPNR* 7069 (2015), p. 605-612;
- W.M. Schrama, 'Kroniek relatievermogensrecht ongehuwde samenlevers', *FJR* 2015, afl. 9, p. 194-198;
- T.M. Subelack, 'Opgepotte winst en periodiek verrekenbeding: wat moet er verrekend worden?', *EB* 2015, afl. 9, p. 153-158;
- L.H.M. Zonnenberg, 'Derde versie Wetsvoorstel beperking goederengemeenschap', *EB* 2015, afl. 10, p. 181-185.

#### ERFRECHT

#### Wetgeving

Verslag (10 september 2015) over het wetsvoorstel tot wijziging van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek om erfgenamen beter te beschermen tegen schulden van de erflater (Wet bescherming erfgenamen tegen schulden) (*Kamerstukken II* 2014/15, 34224, 4).

#### Literatuur

- W. Broomhaar, 'De minderjarige in het erfrecht en de bijzondere curator, als bedoeld in artikel 1:250 BW', *JBN* 2015, afl. 9, nr. 40;
- J.I. Driessen-Kleijn, 'Betekenis kunstvoorwerpen bij een legaat van "inboedel in de breedste zin van het woord"', *JBN* 2015, afl. 7/8, nr. 36;
- P.C. van Es, 'Inbreng van giften, de legitieme en de langstlevende echtgenoot', *TE* 2015, afl. 3, p. 41-44;
- E.N. Frohn, 'Nieuw Europees IPR-erfrecht', *FJR* 2015, afl. 7/8, p. 162-166;
- L.A.G.M. van der Geld, 'Erfrecht in de onderwereld (deel 2)', *TE* 2015, afl. 3, p. 45-49;
- S.H. Heijning, 'De Europese erfrechtverklaring, een vogel met een vreemd pluimage', *TE* 2015, afl. 4, p. 84-89;
- J.G. Knot, 'De Erfrechtverordening in een notendop: toepassingsgebied, toepasselijk recht en de Europese verklaring van erfrecht', *TE* 2015, afl. 4, p. 64-70;
- J.G. Knot, 'Oude rechtskeuzes: de Erfrechtverordening en het overgangsrecht', *TE* 2015, afl. 4, p. 94-100;
- P.A.M. Lokin, 'Het renvoi-artikel van de Erfrechtverordening', *TE* 2015, afl. 4, p. 79-83;
- E.A.A. Luijten & W.R. Meijer, 'De wils(on)bekwame testateur/testatrice', *TE* 2015, afl. 3, p. 50-54;
- J.L.D.J. Maasland, 'De Europese erfrechtverklaring en het huwelijksvermogensrecht', *TE* 2015, afl. 4, p. 90-93;
- A.L.G.A. Stille, 'Herroeping mogelijk door curator van uiterste wilsbeschikking van curanda op grond van machtiging kantonrechter?', *WPNR* 7067 (2015), p. 571-574;
- A.H.N. Stollenwerck, 'De bijzondere conflictregel van art. 24 Europese Erfrechtverordening', *TE* 2015, afl. 4, p. 77-78;
- I. Curry-Sumner, 'Gewone verblijfplaats in de Erfrechtverordening', *TE* 2015, afl. 4, p. 71-76.

**FAILLISEMENTSRECHT**

AAK20157913

Mw. mr. C. Rijckenberg

PERIODE 1 APRIL 2015 – 30 SEPTEMBER 2015

**Wet- en regelgeving**

Op het gebied van wet- en regelgeving kunnen o.a. de volgende ontwikkelingen worden gesignaleerd:

*Herijking Faillissementsrecht*

Binnen het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht zijn een aantal ontwikkelingen te signaleren. Zo zijn de wetsvoorstellen civielrechtelijk bestuursverbod en herziening strafbaarstelling faillissementsfraude op 23 juni 2015 door de Tweede Kamer aangenomen. Beide wetsvoorstellen zijn gericht op fraudebestrijding en zullen waarschijnlijk op 1 januari 2016 in werking treden.

Het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod voorziet in de mogelijkheid voor de rechtbank om in geval van faillissement een (oud-)bestuurder of feitelijk beleidsbepaler van een rechtspersoon voor maximaal vijf jaar te verbieden een bestuursfunctie of functie als commissaris te bekleden binnen een rechtspersoon. De vordering kan worden ingediend – in specifiek in de wet benoemde gevallen – door de curator of het Openbaar Ministerie. Een civielrechtelijk of strafrechtelijk bestuursverbod zal leiden tot doorhaling van de registratie als bestuurder/commissaris in het handelsregister vanaf het moment dat het verbod onherroepelijk wordt en voor de door de rechter bepaalde duur. Tevens zal een door de rechter uitgesproken verbod een nieuwe grond vormen voor de Kamer van Koophandel om inschrijving in het handelsregister te weigeren van de persoon aan wie het verbod is opgelegd.

Met het wetsvoorstel herziening strafbaarstelling faillissementsfraude is beoogd om de wettelijke mogelijkheden om strafrechtelijk op te treden tegen faillissementsfraude te verbeteren. Een van de maatregelen is het strafrechtelijk sanctioneren van de administratie- en bewaarplicht (art. 2:10 BW jo. 3:15i BW). Onder het huidige recht is overtreding van de administratie- en bewaarplicht slechts strafbaar indien sprake is van opzet op het intreden van het faillissement en daarmee op de benadeling van schuldeisers. In het wetsvoorstel komt deze laatste eis te vervallen. Het niet-naleven van de administratieverplichtingen zal bovendien, ook onafhankelijk van het intreden van een faillissement, zelfstandig worden aangemerkt als economisch delict.

*Pre-pack*

Op 4 juni 2015 is het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I bij de Tweede Kamer ingediend. Ook dit wetsvoorstel maakt deel uit van de herijking van ons faillissementsrecht. Zoals reeds eerder gesignaleerd wordt er met dit wetsvoorstel een wettelijke basis gegeven aan de reeds bestaande praktijk van de *pre-pack*, waarin

voorafgaand aan het faillissement door de rechtbank een beoogd curator (stille bewindvoerder) wordt aangewezen. Het wetsvoorstel regelt onder meer de rol, taken en bevoegdheden van de beoogd curator. Ook wordt duidelijkheid geboden over de voorwaarden op grond waarvan een aanwijzing van een beoogd curator kan plaatsvinden en hoe het toezicht op het functioneren van de beoogd curator is geregeld.

Zoals in de vorige bijdrage is opgemerkt, is er inmiddels de nodige kritiek geuit op de praktijk van de *pre-pack*. In het wetsvoorstel zijn dan ook een aantal maatregelen opgenomen om misbruik van de *pre-pack* tegen te gaan. Zo kan de curator de bestuurders aansprakelijk stellen als zij de ‘stille voorbereidingsfase’ oneigenlijk gebruiken. Ook kan dit aanleiding geven voor een verzoek aan de rechter om een bestuursverbod op te leggen. De rechtbank kan ter ondersteuning van de stille bewindvoerder deskundigen inschakelen of de ondernemingsraad bij de *pre-pack* betrekken. Daarnaast wordt in het wetsvoorstel rekening gehouden met het feit dat de impact van een faillissement voor werknemers over het algemeen groter is dan voor andere schuldeisers. Over het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I is onlangs een special verschenen van het *Tijdschrift voor Insolventierecht* van juli/augustus 2015.

*Pre-pack Heiploeg getoetst door de rechter*

Werd er in de vorige bijdrage nog melding gemaakt van de eerste testcase inzake de *pre-pack* met het oog op de bescherming van werknemers, inmiddels ligt er een eerste vonnis van de kantonrechter van de Rechtbank Overijssel inzake de procedure die is aangespannen door de vakbonden tegen het doorgestarte Heiploeg, vgl. Rb. Overijssel 28 juli 2015, *JOR* 2015/283, m.nt. Loesberg (*prepack Heijploeg*). De kantonrechter diende zich te buigen over de vraag of de regeling van de ‘overgang van onderneming’ (Richtlijn 2001/23/EG) ook van toepassing is ingeval van een faillissement dat is gevolgd naar aanleiding van een *pre-pack*. De vakbonden stelden zich op het standpunt dat de werknemers die in dienst waren van het failliete Heiploeg, van rechtswege in dienst zijn getreden bij de doorstarter, omdat een *pre-pack* niet is gericht op liquidatie maar op de continuïteit van de onderneming. In een uitgebreid gemotiveerd vonnis wijst de kantonrechter deze visie echter van de hand. De kantonrechter is, mijns inziens terecht, van mening dat artikel 7:666 BW van toepassing is op de overgang van de onderneming van Heijploeg. Dat brengt met zich dat de werknemers niet van rechtswege in dienst zijn getreden bij de doorstarter. Zie ook de hiervoor genoemde noot van Loesberg en P.R.W. Schaink, ‘De Heiploeg-uitspraak, een ontzuivering’, *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming*, p. 109-110.

*De herschikte EU-Insolventieverordening*

In Europees verband kan worden gewezen op de inwerkingtreding per 25 juni 2015 van de Verordening (EU) 2015/848 betreffende insolventieprocedures, *PbEU* 2015,

L 141/19. Opmerking verdient echter dat de herschikte Insolventieverordening (IVO) alleen van toepassing is op insolventieprocedures die na 26 juni 2017 worden geopend. Op grond van de herschikte IVO zullen de nationale insolventieregisters van de verschillende lidstaten worden gekoppeld. Het staat lidstaten vrij om in deze (gekoppelde) nationale insolventieregisters ook opgelegde bestuursverboden op te nemen. Nederland is daarvan een groot voorstander, vgl. ook het hiervoor genoemde Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod. In de herschikte IVO is tevens opgenomen dat de Europese Commissie dit jaar nog moet komen met een onderzoek naar de grensoverschrijdende aspecten van bestuursverboden en bestuurdersaansprakelijkheid.

#### *Laagste aantal faillissementen in bijna 7 jaar*

Het CBS heeft in september laten weten dat er (opnieuw) minder faillissementen zijn uitgesproken. Zo zijn in augustus 2015, gecorrigeerd voor het aantal zittingsdagen, 113 faillissementen minder uitgesproken dan in juli 2015. Het aantal uitgesproken faillissementen bereikt daarmee, aldus het CBS, het laagste niveau sinds oktober 2008. De dalende trend van het aantal faillissementen houdt derhalve aan.

#### **Jurisprudentie**

Hieronder volgt een opsomming van de belangrijkste gepubliceerde jurisprudentie van de Hoge Raad.

#### *HR 27 februari 2015, JOR 2015/248, m.nt. Van der Weijden*

In deze zaak heeft de bank een bestuurder aansprakelijk gesteld, omdat de bestuurder kort voor het uitspreken van het faillissement van BTO nog betalingsopdrachten heeft verstrekt aan de bank. De bank is van mening dat de bestuurder daarvan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, aangezien zij namens BTO aan de bank een betalingsopdracht heeft verstrekt, terwijl zij wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat BTO hiervoor niet zou kunnen instaan en geen verhaal zou bieden voor de schade die de bank als gevolg hiervan zou lijden. Ter nadere onderbouwing van het persoonlijk ernstig verwijt heeft de bank het volgende gesteld:

- verweerster sub 1 wilde blijkens de faillissementsaanvraag dat het faillissement van BTO per direct zou worden uitgesproken. In de faillissementsaanvraag staat immers dat het van belang is dat de eigen aangifte ‘per omgaand’ en ‘met de hoogste spoed’ door de rechtbank wordt behandeld;
- verweerster sub 1 (dan wel haar advocaat) heeft op geen enkel moment – noch in de faillissementsaanvraag noch in het telefonisch contact met de griffie – een nuance aangebracht op het verzoek om het faillissement per omgaande uit te spreken;
- in het licht van deze omstandigheden was er sprake van een ‘reële kans (...) dat het faillissement van BTO nog diezelfde dag zou worden uitgesproken’;

- verweerster sub 1 heeft de faillissementsaanvraag in de ochtend van 28 maart 2008 met haar advocaat besproken, zodat zij op de hoogte was van de inhoud van de faillissementsaanvraag en van het feit dat het een spoedaanvraag was;
- deze wetenschap brengt met zich dat verweerster sub 1 er ‘rekening mee diende te houden dat het faillissement van BTO nog diezelfde dag zou worden uitgesproken en dus dat het niet langer geoorloofd was om ten laste van de bankrekening van BTO bij de bank betalingen te verrichten’;
- door de betalingsopdrachten niettemin te verstrekken heeft verweerster sub 1 ‘willens en wetens het risico genomen dat de bank (...) op enig moment door de (toekomstige) curator van BTO zou worden aangesproken om het met de betalingen corresponderende bedrag nogmaals aan de boedel af te dragen.’

Het hof kwam evenwel tot het oordeel dat gesteld noch gebleken is dat verweerster sub 1 persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De Hoge Raad casseert omdat het hof, in het licht van de hiervoor weergegeven stellingen, hetzij blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij die oordelen ontoereikend heeft gemotiveerd.

Voor aansprakelijkheid van een bestuurder van een vennootschap voor een tekortkoming of onrechtmatige daad van die vennootschap is vereist dat de bestuurder ter zake van de daaruit voortvloeiende benadeling van derden persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Onbekendheid met een bepaalde wettelijke regel kan in dit verband mede van belang zijn. De cassatieklacht dat zonder nadere toelichting niet valt in te zien dat een eventueel gebrek aan kennis van de Faillissementswet zou afdoen aan het persoonlijk ernstig verwijt dat verweerster kan worden gemaakt van haar handelen, is daarom ongegrond. Met de klacht dat het niet op de weg lag van de bank om te stellen dat verweerster sub 1 op de hoogte was van de terugwerkende kracht van de faillissementsuitspraak, heeft de bank meer succes. Deze klacht slaagt. Het was aan verweerster sub 1 om in het kader van haar verweer aan te voeren dat zij niet op de hoogte was van het feit dat een faillissement terugwerkt tot 00:00 uur van de dag waarop het is uitgesproken.

#### *HR 20 maart 2015, NJ 2015/264, m.nt. Verstijlen en Van Mierlo en JOR 2015/251, m.nt. Faber (JPR Advocaten/Gunning q.q.)*

In dit arrest komt de Hoge Raad terug op de regel van het arrest HR 31 maart 1989, NJ 1990/1, m.nt. Vranken (*Vis q.q./NMB*). De Hoge Raad overweegt dat het beginsel van artikel 23 Fw (onder meer uitgewerkt in de regels van art. 23 en 35 lid 1 Fw) erop neerkomt dat vanaf het tijdstip van de aanvang van de dag van de faillietverklaring door of vanwege de schuldenaar niet meer bevoegd (beschikkings)handelingen ten laste van diens vermogen kunnen worden verricht. Dat geldt ook voor handelingen verricht door een opdrachtnemer van de schuldenaar, zoals de bank

in het geval van een betalingsopdracht. De met artikel 23 Fw verbandhoudende bepaling van artikel 7:422 lid 1, aanhef en onder a, BW – op grond waarvan de lastgeving eindigt door het faillissement van de lastgever –, vormt hiervan een uitwerking. In het arrest *Vis q.q./NMB* gaat het uitsluitend erom of de bank van de schuldenaar voor de aanvang van de dag van de faillietverklaring alle handelingen heeft verricht die nodig zijn ter effectuering van de betaling. Niet ter zake doet dus of de betaalopdracht nog kon worden ingetrokken of de uitvoering van die opdracht nog kon worden voorkomen op het moment dat deze plaatsvonden. Artikel 7:534 lid 1 BW houdt in dat een betaaldienstgebruiker een betaalopdracht in beginsel niet meer kan herroepen vanaf het tijdstip van ontvangst door de betaaldienstverlener. De bepaling strekt ter implementatie van de Richtlijn 2007/64/EG betreffende betalingsdiensten in de interne markt en stemt overeen met artikel 66 lid 1 van deze richtlijn. Ratio van artikel 7:534 BW is om de automatische verwerking van betalingstransacties mogelijk te maken tegen aanvaardbare kosten en om zekerheid te bieden omtrent de uitvoering van (die) transacties: is de opdracht onherroepelijk, dan kan deze (onmiddellijk) geautomatiseerd worden uitgevoerd en bestaat voor betaler en begunstigde zekerheid dat uitvoering plaatsvindt. Artikel 7:534 BW beoogt echter niet om een betaling geldig te doen zijn in weerwil van het faillissement van de schuldenaar en staat niet eraan in de weg dat na die uitvoering terugbetaalverplichtingen kunnen bestaan voor de betaaldienstverlener of de ontvanger van de betaling. Het artikel doet dan ook niet af aan de regel van het arrest *Vis q.q./NMB*.

Toch ziet de Hoge Raad aanleiding om terug te komen van de regel uit het arrest *Vis q.q./NMB*. Bij een girale overmaking geschiedt de betaling op het tijdstip dat de rekening van de schuldeiser wordt gecrediteerd (art. 6:114 lid 2 BW). Dat betekent dat eerst op dat tijdstip aan de verbintenis tot betaling van een geldsom is voldaan. In verband hiermee zijn alle banken en intermediairs die bij de uitvoering van de opdracht zijn betrokken, waaronder ook de bank van de schuldeiser – die ervoor moet zorgdragen dat de rekening van de schuldeiser wordt gecrediteerd –, aan te merken als instanties van wier diensten de schuldenaar direct of indirect gebruikmaakt bij de betaling. Het strookt meer met het beginsel van artikel 23 Fw om aan te nemen dat de curator steeds het betaalde kan terugvorderen waarmee na het intreden van de faillissementstoestand de rekening van de schuldeiser is gecrediteerd. Dit heeft bovendien als belangrijke voordelen ten opzichte van de regel van het arrest *Vis q.q./NMB* (i) dat niet meer behoeft te worden nagegaan wanneer de bank van de schuldenaar alle handelingen heeft verricht die nodig zijn ter effectuering van de betaling – hetgeen praktisch moeilijk kan zijn en bovendien kan leiden tot uitkomsten die naar gelang de (soms toevallige) omstandigheden kunnen verschillen – en (ii) dat het in dit verband geen verschil meer maakt of het gaat om een rekening van de schuldeiser bij dezelfde of bij een andere bank. De Hoge Raad voorziet in een eigen overgangsregeling, nu valt aan

te nemen dat de faillissementspraktijk is ingesteld op de regel van *Vis q.q./NMB* en het onwenselijk is dat kan worden teruggekomen van hetgeen in dit verband is afgedaan of als afgedaan mag worden beschouwd. Daarom geldt de nieuwe regel uitsluitend voor faillissementen die na de datum van dit arrest worden uitgesproken.

*HR 10 juli 2015, NJ 2015, 353 en JOR 2015/282, m.nt. Faber (Wemaro/De Bok q.q.)*

In de literatuur en praktijk is veelvuldig betoogd dat een ruime uitleg van artikel 54 Fw wenselijk is. De Hoge Raad blijft echter vasthouden aan een strikte uitleg van artikel 54 Fw, zoals ook blijkt uit het onderhavige arrest. In dit arrest staat de vraag centraal of een koopsom uit vóór faillietverklaring met schuldenaar gesloten koopovereenkomst kan worden verrekend met vordering op gefailleerde. De Hoge Raad stelt voorop dat artikel 54 Fw deel uitmaakt van het in de artikel 53-55 Fw vervatte stelsel van regels met betrekking tot de bevoegdheid om een schuld aan de gefailleerde te verrekenen met een vordering op de gefailleerde. Bij wege van hoofdregel bepaalt artikel 53 Fw dat degene die zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is, zijn schuld met zijn vordering op de gefailleerde kan verrekenen, indien beide zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. Op deze hoofdregel worden in de artikel 54 en 55 Fw uitzonderingen gemaakt, in welke uitzonderingsgevallen verrekening niet of slechts onder bepaalde voorwaarden is toegestaan. De in artikel 54 lid 1 Fw voorziene uitzondering betreft het geval dat degene die een schuld aan de gefailleerde of een vordering op de gefailleerde vóór de faillietverklaring van een derde heeft overgenomen, bij die overneming niet te goeder trouw heeft gehandeld. Terecht voert het onderdeel aan dat uit de tekst van artikel 54 lid 1 Fw volgt dat het toepassingsbereik van deze uitzondering op de hoofdregel van artikel 53 Fw is beperkt tot het geval dat degene die gebruik wenst te maken van zijn bevoegdheid tot verrekening, niet te goeder trouw handelde toen hij een schuld aan de gefailleerde of een vordering op de gefailleerde overnam van een derde (vgl. HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7199, NJ 2014/272). Het onderhavige geval, waarin eiseres tot cassatie niet de schulden van Doornbos c.s. aan DHN heeft overgenomen van Doornbos c.s., maar de vorderingen van DHN op Doornbos c.s. heeft gekocht van DHN, wordt derhalve naar de letter niet door artikel 54 lid 1 Fw bestreken. Artikel 54 lid 1 Fw strekt ertoe verrekening uit te sluiten in die gevallen waarin een schuldenaar of een schuldeiser van de boedel een vordering respectievelijk een schuld van een derde overneemt met het doel zichzelf de mogelijkheid van verrekening te verschaffen (vgl. HR 7 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0280, NJ 2004/61). Anders dan het hof heeft overwogen, rechtvaardigt deze strekking niet om het toepassingsbereik van deze bepaling te doen uitstrekken tot een geval als het onderhavige, waarin – aldus het hof – ‘voor de faillietverklaring een goed van de schuldenaar wordt gekocht en aldus een verrekenbare schuld wordt gecreëerd’. Bij het

vorenstaande verdient opmerking dat artikel 53 en 54 Fw de mogelijke toepasselijkheid van artikel 42 Fw en 6:162 BW op gevallen als het onderhavige onverlet laten.

*HR 14 augustus 2015, JOR 2015/252, m.nt. Steneker (Zalco III)*

Het hof heeft de vraag of een beperkt recht tenietgaat indien door vermenging een nieuwe zaak ontstaat, beoordeeld met toepassing van de vermengingsregels van artikel 5:15 BW in verbinding met artikel 5:14 BW, hoewel in het onderhavige geval geen sprake is van zaken die toebehoren aan verschillende eigenaars. De genoemde bepalingen zijn van toepassing in gevallen waarin de vraag aan de orde is of een pandrecht op een zaak door vermenging is komen te vervallen, ongeacht of de bij de vermenging betrokken zaken aan verschillende eigenaars toebehoren. Nu het hof heeft geoordeeld dat het pandrecht op het verpande vloeibare aluminium is tenietgegaan door vermenging met niet-verpand vloeibaar aluminium dat als hoofdzaak is aan te merken, is het niet toegekomen aan de vraag 'of dat aluminium door het stollen roerend of onroerend is geworden'. Het hof is kennelijk ervan uitgegaan dat in dit geval het stollingsproces alleen gevolgen heeft gehad voor het pandrecht voor zover het aluminium daardoor onroerend is geworden. Dit is in cassatie niet bestreden. Artikel 5:15 BW in verbinding met artikel 5:14 BW kan in ieder geval worden toegepast indien één van de vermengde zaken als hoofdzaak kan worden aangemerkt. In dat geval zal het pandrecht vervallen indien het rustte op een zaak die door de vermenging bestanddeel wordt, en zal het komen te rusten op de hoofdzaak met inbegrip van de bestanddelen daarvan indien het rustte op de zaak die in het kader van de vermenging als hoofdzaak wordt aangemerkt. Voor het geval dat geen van de zaken als hoofdzaak kan worden aangewezen, bepaalt artikel 5:14 lid 2 BW dat een nieuwe zaak ontstaat. Artikel 5:15 BW brengt in verbinding met artikel 5:14 BW in een zodanig geval mee dat van rechtswege een nieuw pandrecht ontstaat op een aandeel in de nieuwe zaak ten behoeve van degene die het pandrecht op de door vermenging tenietgegane zaak had gevestigd. Weliswaar is dit niet met zoveel woorden in de genoemde artikelen geregeld, maar het strookt met de inhoud en strekking van die bepalingen dat zij ook het hier aan de orde zijnde geval bestrijken van vermenging van gelijksoortige zaken, op één waarvan een pandrecht rust. Indien sprake is van vermenging van twee of meer roerende zaken, dient de vraag of een hoofdzaak kan worden aangewezen te worden beantwoord aan de hand van de criteria van artikel 5:14 lid 3 BW. Volgens die criteria kan een hoofdzaak worden aangewezen indien de waarde van één van de zaken die van de andere aanmerkelijk overtreft of indien één van de zaken volgens verkeersopvatting als hoofdzaak kan worden beschouwd. In een geval van vermenging van gelijksoortige zaken geeft de verkeersopvatting geen bruikbaar criterium, en is dus uitsluitend beslissend of één van de zaken de andere aanmerkelijk in waarde overtreft. Mede gelet op de mogelijke rechtsgevolgen – verlies van recht – dient niet spoedig te

worden aangenomen dat het waardeverschil tussen de zaken 'aanmerkelijk' is. Het hiervoor bedoelde pandrecht op het aandeel in de nieuwe zaak ontstaat, onder de eerder vermelde voorwaarden, van rechtswege. Dit is niet anders in geval van een faillissement van de eigenaar van die zaak. Meer in het bijzonder brengt het aan het faillissementsrecht ten grondslag liggende fixatiebeginsel niet iets anders mee, gelet op de omstandigheid dat de hier bedoelde rechtsverkrijging van rechtswege werkt. Uit het voorgaande volgt dat de klachten van onderdeel 3 gegrond zijn voor zover in het oordeel van het hof besloten ligt dat in geval van vermenging van zaken als de onderhavige geen pandrecht op een aandeel in de nieuwe zaak kan ontstaan.

Voorts kan nog worden gewezen op de volgende jurisprudentie:

- HR 24 april 2015, *NJ* 2015/220 en *JOR* 2015/279, m.nt. Van Zanten;
- HR 1 mei 2015, *NJ* 2015/292, m.nt. Van Mierlo en *JOR* 2015/188, m.nt. Tekstra (*Van As q.q. / Ontvanger*);
- HR 5 juni 2015, *NJ* 2015/320, m.nt. Verstijlen (*HSK/X*);
- HR 19 juni 2015, *RvdW* 2015/773 (*X/Gemeente Haarlem*);
- HR 4 september 2015, *RvdW* 2015/942 (*X/CAV Agrotheek*).

## HUURRECHT

AAK20157916

Mr. A.M. Kloosterman

### Wetgeving

*Wetsvoorstel tijdelijk huurcontract voor jongeren (Kamerstukken II 2014/15, 34156, 3-17)*

Op 20 februari 2015 is bij de Tweede Kamer een initiatief wetsvoorstel ingediend, waarmee onder opzeggingsgrond 'dringend eigen gebruik' ook gaat vallen de huuropzegging van een woning die tijdelijk is verhuurd aan een jongere. Het wetsvoorstel is een uitbreiding van de bestaande campuscontracten. Deze wijziging is bedoeld om doorstroming te bevorderen. Jongeren die op zichzelf willen gaan wonen, vinden vaak moeilijk een zelfstandige woning. Voor sociale huurwoningen gelden doorgaans wachtlijsten. Met dit wetsvoorstel wordt beoogd tijdelijke huurcontracten mogelijk te maken voor jongeren. De mogelijkheden van de verhuurder om een huurovereenkomst op te zeggen wegens dringend eigen gebruik (art. 7:274 BW) worden aangevuld met de mogelijkheid om een huurovereenkomst met een jongere op te zeggen. De verhuurder moet aannemelijk maken dat woonruimte opnieuw aan een student c.q. jongere wordt verhuurd.

*Wijziging puntentelling huurprijzen woonruimte per 1 oktober 2015*

Het nieuwe puntensysteem voor huurwoningen, waarin de WOZ-waarde voor een kwart meetelt, gaat in op 1 oktober 2015. Het WWS is het puntensysteem waarmee de huur

van sociale huurwoningen wordt berekend. Wat verandert er met het nieuwe WWS? Het aantal WWS-punten bepaalt de maximumhuur die de verhuurder voor een (gereguleerde) huurwoning mag vragen. De belangrijkste wijzigingen in het nieuwe WWS:

- De punten voor woonvorm en woonomgeving en de schaarstepunten vervallen.
- Voor de woonvorm en woonomgeving komt een puntenwaardering in de plaats, op basis van de WOZ-waarde van de woning. Die wordt berekend deels op basis van de WOZ-waarde per vierkante meter en deels op de absolute WOZ-waarde van de woning.
- Het WWS gaat uit van de meest actuele WOZ-waarde. Door de meest recente WOZ-beschikking te gebruiken kunnen bezwaarprocedures tegen de WOZ-beschikking en tegen de huurverhoging gaan samenlopen. Dit betekent dat voor de huurverhoging van 1 juli 2016 de WOZ-beschikking van 1 januari 2016 bepalend is.
- Voor woningen met een heel lage WOZ-waarde of woningen waarvan de WOZ-waarde ontbreekt, geldt een ondergrens van € 40.000.
- De schaarstepunten (extra WWS-punten in een tiental schaarstegebieden) worden afgeschaft. Ze worden verrekend in de algemene prijs per WWS-punt.
- Het woningwaarderingstelsel geldt alleen voor zelfstandige woonruimte. Voor onzelfstandige woonruimte (zoals studentenkamers) gold al een ander WWS, waar niets aan verandert.

#### *Nieuw artikel 11a Opiumwet*

Op 1 maart 2015 in werking getreden. Dit artikel stelt het voorbereiden of mogelijk maken van hennepcultuur strafbaar. Strafbaar is degene die ruimten voorhanden heeft en die ruimten in gebruik geeft 'waarvan hij weet of ernstige reden heeft om te vermoeden dat deze bestemd zijn tot het plegen van een van de in artikel 11, derde en vijfde lid, strafbaar gestelde feiten'. Ook de verhuurder zou daar misschien onder kunnen vallen. Verdedigd zou kunnen worden dat een verhuurder die zijn huurder niet goed screent en controleert, strafbaar is. De artikel heeft duidelijk gemaakt dat niet snel sprake is van een 'ernstige reden om te vermoeden'.

#### *Wetsvoorstel energieprestatievergoeding voor verhuurders (wetsvoorstel 34228)*

Verhuurders die hun woningen tot een (bijna) energie-neutrale woning of nul-op-de-meter-woning renoveren, mogen een energieprestatievergoeding aan hun huurders vragen. Dit staat in een wetsvoorstel dat bij de Tweede Kamer is ingediend. Door het treffen van maatregelen die het energieverbruik beperken, dalen voor de huurder de energielasten. Bij een (bijna) energieneutrale woning of nul-op-de-meter-woning worden energiebesparende maatregelen gecombineerd met energieopwekkende voorzieningen zoals zonnepanelen, zonneboilers of warmtepompen. Via een energieprestatievergoeding kan een verhuurder de forse investeringen in de huurwoning terugverdienen.

## Jurisprudentie

*Hoge Raad 14 augustus 2015 ECLI:NL:HR:2015: 2193. Kan medehuuderschap nog worden aangevraagd na verbreking van de samenwoning?*

De echtgenoot (en geregistreerd partner) van de huurder is van rechtswege medehuuder, aldus artikel 7:266. Voor ongehuwden geldt dit niet. Zij kunnen een verzoek doen bij hun verhuurder om medehuuder te worden. Indien de verhuurder weigert deze samenwoner tot medehuuder te maken, kunnen de samenwoners zich tot de kantonrechter wenden op grond van artikel 7:267 vorderen dat samenwoner medehuuder zal zijn. Lid 1 luidt als volgt:

Indien op het gezamenlijk verzoek van een huurder en van een andere persoon die in de woonruimte zijn hoofdverblijf heeft en met de huurder een duurzame gemeenschappelijke huishouding heeft, alsmede van een medehuuder wanneer die er is, de verhuurder niet binnen drie maanden schriftelijk heeft verklaard er mede in te stemmen dat die andere persoon medehuuder zal zijn, kunnen de huurder en die andere persoon, alsmede een medehuuder wanneer die er is, gezamenlijk verzoeken dat de rechter zal bepalen dat deze persoon met ingang van een in het vonnis te bepalen tijdstip medehuuder zal zijn.

De rechter wijst de vordering af als niet is voldaan aan een drietal voorwaarden (lid 3):

- De samenwoner moet ten minste twee jaar met de huurder in de woning een duurzame gemeenschappelijke huishouding hebben gevoerd.
- Er mag geen misbruik worden gemaakt van de regeling: het medehuuderschap mag niet worden aangevraagd alleen met de bedoeling om de samenwoner op korte termijn de positie van huurder te verschaffen.
- De samenwoner moet voldoende financiële waarborg bieden voor het nakomen van de huurovereenkomst.

Centraal in procedures staat vaak het vereiste van een 'duurzame gemeenschappelijke huishouding'. Deze voorwaarde bevat twee onderdelen.

- Er moet sprake zijn van een gemeenschappelijke huishouding.
- Die gemeenschappelijke huishouding moet een duurzaam karakter hebben.

Voorwaarde is, als de tekst van de wet letterlijk wordt gelezen, dat de samenwoners beide in de woonruimte hun hoofdverblijf hebben en een duurzame gemeenschappelijke huishouding voeren. Vaak zullen de bewoners, bijvoorbeeld een ongehuwd samenwonend stel, zich pas druk maken om hun rechtspositie als het eind van de relatie nabij is, of reeds een feit is. Staat het eind van de relatie dan in de weg aan het doen van een verzoek om voor de partner de positie van medehuuder te realiseren? Daarover gaat deze uitspraak van de Hoge Raad.

Vrouw is sinds 1989 huurder van de woning. Drie jaar later gaat zij samenwonen met Man. Libra is sinds 2005 eigenaar de woning. Vrouw verlaat de woning in april 2010 en gaat elders wonen. Haar inschrijving in de Gemeentelijke Basis Administratie (GBA) past zij aan. Man en Vrouw verbreken hun relatie. Vrouw doet op 19 april 2010 aangifte tegen Man van bedreiging en mishandeling. Bij

brief van 22 september 2010 deelt Vrouw aan Libra mee dat zij de relatie met Man heeft beëindigd. Zij verzoekt het huurcontract op naam van Man te zetten, met wie zij achtien jaar een relatie heeft gehad. Libra wijst dit verzoek af.

Man en Vrouw vorderen bij de kantonrechter dat Man medehuuder zal zijn van de woning. De kantonrechter wijst de vordering toe, maar in hoger beroep wijst het hof deze af. Het hof meent dat er op 22 september 2010, toen het verzoek werd ingediend bij de verhuurder, geen sprake meer was van een duurzame gemeenschappelijke huishouding als bedoeld in artikel 7:267 lid 1 BW. De Hoge Raad oordeelt anders.

De Hoge Raad verwijst naar eerdere uitspraken (HR 10 oktober 1980, *NJ* 1981/132 (*Dekker/Petronella*) en HR 21 februari 1986, *NJ* 1986/383 (*Boonacker/Neve*)). Daaruit volgt

‘dat de enkele omstandigheid dat er plannen bestaan om de gemeenschappelijke huishouding te beëindigen, respectievelijk dat geen sprake meer is van samenwoning, niet meebrengt dat niet meer kan worden gesproken van een gemeenschappelijke huishouding.’

Vervolgens zegt de Hoge Raad:

‘De aandacht van partijen zal in een situatie of periode waarvan veelal pas achteraf kan worden gezegd dat daarin de gemeenschappelijke huishouding werd beëindigd, vaak niet (primair) zijn gericht op het doen van een verzoek als het onderhavige. Daarbij komt dat in de regel grote en ook voor de verhuurder kenbare belangen van de samenwoner zijn betrokken bij een zodanig verzoek. Hiertegenover staat dat art. 7:267 lid 1 BW bepaalt dat die samenwoner op het moment van het doen van het verzoek een duurzame gemeenschappelijke huishouding met de huurder heeft. Bovendien verlangt het (rechtzekerheids)belang van de verhuurder dat met het doen van een verzoek als het onderhavige niet onredelijk lang wordt gewacht. In verband met hetgeen hiervoor is overwogen, brengt een redelijke toepassing van art. 7:267 BW mee dat de rechter de bevoegdheid heeft om, in verband met de omstandigheden van het geval, een verzoek als het onderhavige toe te wijzen ook na de beëindiging van de duurzame gemeenschappelijke huishouding, mits dat verzoek zo spoedig na die beëindiging is gedaan als in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs kan worden gevergd.’

Het antwoord op de vraag ‘Staat het eind van de relatie dan in de weg aan het doen van een verzoek om voor de partner de positie van medehuuder te realiseren?’, is dus: nee. Dat hoeft geen probleem te zijn. Maar het verzoek moet wel zo spoedig mogelijk na die beëindiging worden gedaan. In het onderhavige geval verstreken vijf maanden. Het hof heeft blijkbaar – aldus de Hoge Raad – geoordeeld dat het verzoek niet ‘zo spoedig mogelijk’ is gedaan. Er is te lang gewacht. En dat oordeel van het hof ‘getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is ook niet onbegrijpelijk gemotiveerd’. De Hoge Raad verworpt het beroep.

### Literatuur

In augustus 2015 verscheen bij SDU een zevende geheel herziene druk van het boek *Huurrecht Woonruimte*. Acht ervaren juristen bespreken in dit boek de inhoud en strekking van het huurrecht voor woonruimten. Het boek is zeer toegankelijk, compleet en actueel. *Huurrecht Woonruimte* is geschreven voor juristen en niet-juristen, die in hun dagelijkse praktijk uiteenlopende vragen op het gebied van huurrecht tegenkomen.

In *WR, Tijdschrift voor Huurrecht (WR)*, verscheen:

- Mr. J.L.R.A. Huydecoper, ‘Schade en schande?’, *WR* 2015/78. En een reactie daarop van mr. A.M. Kloosterman, *WR* 2015/79;
- Mr. J.M. Heikens & mr. L. Vrakking, ‘Wat vindt de rechtspraak van het nieuwe ROZ-model bedrijfsruimte 230a?’, *WR* 2015/104;
- S. Booijink, M.E. Buit, H.P. Brandenburg & mr. J.A. Kinderman, ‘Overzicht jurisprudentie huurrecht 2014’, *WR* 2015/105.

In *Tijdschrift voor huurrecht bedrijfsruimte (TvHB)* verscheen o.a.:

- Mr. W. Raas & mr. C. van Zuiden, ‘De Warmtewet: een status update’, *TvHB* 2015, afl. 2;
- K.L. Maes, ‘Het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:307 BW: handhaving of herziening?’, *TvHB* 2015, afl. 2;
- *TvHB* 2015, afl. 3, heeft als thema ‘Vanuit het huurrecht bekeken’. Het is een speciaal congresnummer in verband met het 12,5-jarig bestaan van het tijdschrift. In verschillende bijdragen wordt over de grenzen van het huurrecht gekeken door de verbinding te leggen tussen het huurrecht bedrijfsruimten en daaraan grenzende onderwerpen;
- Mr. M.B.J. Thijssen & mr. A.M.E. van Wijk-Driessen, ‘De kwalificatieproblematiek bij onderverhuur van zorgcomplexen: is toepassing van het huurrecht voor woonruimte op de hoofdhuurovereenkomst wenselijk?’, *TvHB* 2015, afl. 4;
- Mr. N. Amiel & mr. I.C.K. Mol, ‘De voorwaardelijkheid in het huurrecht’, *TvHB* 2015, afl. 4.

In *Tijdschrift voor Vastgoedrecht (VGR)* verscheen:

- Boris Cammelbeeck, ‘De Retailagenda vanuit huurrechtelijk perspectief’, *VGR* 2015, afl. 4.

## BOUWRECHT

AAK20157918

Mw. mr. N. van Wijk-van Gilst

### Wet- en regelgeving

- Omgevingswet: *Kamerstukken II* 2014/15, 33962, 19, 61, 85, 100, 101, 160, 169, 179, brief ‘Bestuursakkoord Implementatie Omgevingswet’, brief wetgevingsoverleg, verslag wetgevingsoverleg, brief waardering amendementen, verslag wetgevingsoverleg, brief waardering amendementen en gewijzigde motie, brief waardering amendementen na 29 juni 2015 ingediend, verslag algemeen overleg.
- Crisis- en herstelwet: *Kamerstukken II* 2014/15, 32127, 212, brief aanbieding ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet (elfde tranche).
- Bouwbesluit 2012: *Stb.* 2015, 249 en *Kamerstukken II* 2014/15, 32757, 114 en 115, besluit wijziging Bouwbesluit, verslag schriftelijk overleg en brief wijziging herziene richtlijn energieprestatie gebouwen.



- Aanbestedingswet: *Kamerstukken II 2015/15, 32440, 90*, brief uitkomsten evaluatie Commissie van Aanbestedingsexperts.
- Aanbestedingswet: *Kamerstukken I en II, 34252 A en 1*, brief om de Eerste en Tweede Kamer te informeren over de evaluatie van de aanbestedingswet 2012.

### Jurisprudentie

*Raad van Arbitrage voor de Bouw 15 januari 2015, no. 71.839 (Onder- of nevenaanneming? Verdragingschade?), m.gastnt. A.F.J. Jacobs*

In deze zaak maakt aannemer aanspraak op stagnatieschade die volgens hem werd veroorzaakt door vertragingen van twee nevenaannemers. Hij kreeg in eerste aanleg de helft toegewezen, in incidenteel appel maakt hij aanspraak op het geheel.

Als eerste beantwoordt appellarbiter de vraag of sprake is van neven- of onderaanneming. Met gebruikmaking van de *Haviltex*-formule komt men tot het oordeel dat sprake is van nevenaanneming.

In eerste aanleg wees men slechts de helft van de gevorderde stagnatieschade toe, omdat aannemer in haar coördinatieverplichtingen had verzaakt. In appel oordeelt het scheidsgerecht dat er geen sprake is van schending van de coördinatieverplichting zodat de schadevergoeding alsnog in z'n geheel wordt toegewezen. Appellarbiters overwegen dat de afwezigheid van een opleverdatum/bouwtijd tot op zekere hoogte wordt gecompenseerd doordat er een planning voorhanden was (waarop vertragingen ontstonden). Verder lag in de bouwverslagen vast dat daardoor stagnatieschade was ontstaan waarvoor opdrachtgever (mede) verantwoordelijk was.

### Literatuur

- A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed* (5e druk), Deventer: Wolters Kluwer 2015;
- Marc Witgens & Joost Hoekstra, *Juridische aspecten van leegstand en transformatie van vastgoed*, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2015;
- M.A. van Wijngaarden & M.A.B. Chao-Duivis, *Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht, deel 3 en 4* (9e druk), Zutphen: Uitgeverij Paris 2015;
- J.A.M.A. Sluysmans, S. Verbist & E. Waring, *Expropriation Law in Europe*, Deventer: Wolters Kluwer 2015;
- N.L.J.M. Rijssenbeek, *De model-splitsingsreglementen toegelicht. Handleiding voor de praktijk*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2015;
- Co van Zundert & Arnoud Fortgens, *Ontwerp Omgevingswet. Tekst en uitleg*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2015;
- M.A.B. Chao-Duivis & A.Z.R. Koning, *Praktische toelichting op de UAV-GC 2005*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2015;

- F.J. van Velsen, 'Aansprakelijkheid voor schades door werkzaamheden vanaf een ponton', *TBR* 2015/111;
- M.A. Moolhuizen & K.K.S. te Brake, 'De DBFMO-overeenkomst voor huisvestingsprojecten ontrafeld', *TBR* 2015/112;
- Donald Charrett & Philip Loots, 'Challenges in achieving succesful megaprojects', *CLInt* 2015/2;
- Daniëlle Roelands-Fransen & Laura van der Meulen, 'Struikelt gheidsontwikkeling 2.0 over de ladder voor duurzame verstedelijking?', *StAB* 2015/2;
- M.A.B. Chao-Duivis, 'Een nieuwe fase in het leerstuk van algemene voorwaarden (Deel 1)', *TBR* 2015/124;
- A.M. Klunne, 'De vaststellingsovereenkomst in de bouwpraktijk', *TBR* 2015/125;
- T.T.A. Oudenhoven & R.G.P. Snel, 'Definitief gunnen na een vonnis in eerste aanleg, tussenstand of eindscore?', *TA* 2015/3, p. 122;
- W.A. Janssen & A. van Onna, 'De implementatie van de inbestedingsdoctrine in de Nederlandse rechtsorde', *TA* 2015/3, p. 134;
- J.E.M. Filart, 'De Omgevingswet zet een speelveld uit voor duurzame ontwikkeling. Maar waar staan de piketpalen?', *TO* 2015/2, p. 66;
- David-John Gibbs, Wayne Lord, Stephen Emmitt & Kirti Ruikar, 'Building Information Modelling', *Construction Law Journal* 2015-3, p. 167;
- S.J.H. Rutten, 'Contractuele vervaltermijnen. Een overzicht aan de hand van jurisprudentie van de Raad van Arbitrage voor de Bouw', *MvV* 2015/6, p. 169;
- S. van Gulijk, 'Tendensen in de civiele rechtspraak van belang voor het bouwrecht', *TBR* 2015/141;
- P. Vermeij, 'De niet-gerechvaardigde buitengerechtelijke beëindiging van de overeenkomst tot aanneming van werk', *TBR* 2015/142;
- D.C. Orobio de Castro, E. Verweij & I.A.F. Hendriksen, 'Kroniek van het Europese Aanbestedingsrecht', *TBR* 2015/144.

## CONSUMENTENRECHT

AAK20157919

Ewoud Hondius

### 1 Wie is consument

Sinds de rede van president Kennedy in 1962 ('Consumers, by definition, include us all') wordt erover getwist: wie is consument? Dat wordt niet louter bepaald door het geld. Op 27 april 2015, *IPRax* 2015, p. X bepaalde het Oberlandesgericht Stuttgart dat de artikelen 15 en 16 van het Verdrag van Lugano bij alle beleggingen gelden. 'Auch bei einer Anlage von 50 Mio. € kann ein Verbrauchergeschäft vorliegen, wenn es der privaten Vermögensverwaltung zuzuordnen ist'. Maar hoe staat het dan met degenen die zowel in de 'privaten Vermögensverwaltung' als beroepsmatig handelt? Bij arrest van 3 september 2015 heeft het Europese Hof zich in de zaak *Costea / Volksbank Romania* uitgesproken over de vraag of een advocaat als consument

moet worden aangemerkt. De advocaat had een kredietovereenkomst met een bank gesloten en deze mede op naam van zijn eenmansadvocatenkantoor als borg ondertekend. Hij vorderde vaststelling van het oneerlijk karakter van een risicoprovisiebeding in de bankvoorwaarden ingevolge de richtlijn oneerlijke contractsbedingen. Het Hof bepaalde dat artikel 2 onder (b) van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat een natuurlijk persoon die het beroep van advocaat uitoefent en met een bank een kredietovereenkomst sluit waarin het doel van de lening niet is vermeld, als een ‘consument’ in de zin van die bepaling kan worden aangemerkt wanneer die overeenkomst geen verband houdt met de beroepsactiviteit van die advocaat. Het feit dat de uit die overeenkomst voortvloeiende schuldvordering is gedekt door een door die persoon als vertegenwoordiger van zijn advocatenkantoor verstrekte hypothecaire waarborg met als onderpand goederen die bestemd zijn voor de uitoefening van de beroepsactiviteit van die persoon, zoals een onroerend goed dat toebehoort aan dat kantoor, is in dit verband niet relevant. (Europese Hof van Justitie 3 september 2015, C-110/14 inzake *Costea / Volksbank Romania*.)

## 2 Wat is (vruchten)thee?

Op verzoek van het Duitse Bundesgerichtshof sprak het Europese Hof zich op 4 juni 2015 uit over de richtlijn etikettering en presentatie van levensmiddelen van 2000/13/EG, zoals gewijzigd op 18 juni 2009. Op de verpakking van een pak thee stonden frambozen en vanillebloesem afgebeeld die deze thee blijkens de lijst van ingrediënten op de verpakking *niet* bevatte. Het Hof bepaalde dat de artikelen 2 en 3 van de richtlijn in die zin moeten worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat de etikettering van een levensmiddel en de wijze waarop deze is uitgevoerd, middels het voorkomen, de beschrijving of een grafische voorstelling van een bepaald ingrediënt de indruk kunnen wekken dat dit levensmiddel dat ingrediënt bevat, terwijl het dit in werkelijkheid niet bevat, wat uitsluitend blijkt uit de lijst van ingrediënten die op de verpakking van dat levensmiddel staat. (Europese Hof van Justitie 4 juni 2015, C-195/14 inzake *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband / Teekanne*.)

## 3 De parkiet van Ivo III

De casus heb ik eerder gebruikt. Een collega koopt een bijzondere parkiet. Helaas laat de parkiet korte tijd na aanschaf het leven. Haha, denkt mijn collega: dat is binnen de termijn van zes maanden voorzien in artikel 7:23 BW, dus moet verkoper de koopprijs restitueren. Maar, zo zal men zich afvragen: is hier dan geen sprake van bijzondere omstandigheden als bedoeld in het slot van artikel 7:23? Over die vraag is heel wat te vinden in parlementaire geschiedenis, literatuur en jurisprudentie, allemaal in eigen land. Maar artikel 7:23 BW is toch een Europese vinding? En die moet uiteindelijk toch door het Europese

Hof worden geïnterpreteerd? En zou ook de nationale rechter niet naar de uitleg in belendende staten moeten kijken? Dat onderzocht Karolina Sikorska voor ons. Op 21 mei 2015 promoveerde zij aan de Rijksuniversiteit Groningen bij Bart Krans en Mark Wissink op een studie over *The presumption of non-conformity in European consumer sales law*.

In deze studie komen Duits, Engels, Nederlands en Pools recht aan de orde. Wat zijn haar bevindingen? Alle vier de landen hebben de richtlijn correct geïmplementeerd. De toepassing in de praktijk loopt echter uiteen. In Duitsland wordt de richtlijn consumentonvriendelijk geïnterpreteerd doordat hoge eisen aan het bewijs worden gesteld. Engeland past de richtlijn alleen toe op nieuwe sancties en niet op de sancties van het pre-richtlijnrecht die zijn blijven gelden. Nederland legt de richtlijn consumentvriendelijk uit, maar er zijn nog tal van onzekerheden. Polen ten slotte heeft de richtlijn buiten het Burgerlijk Wetboek om geregeld. Inhoudelijk wijkt de regeling af doordat de Polen onderscheid maken al naar gelang sprake is van individuele onderhandeling of niet. (Karolina Sikorska, *The presumption of non-conformity in European consumer sales law* (diss. Groningen), Den Haag: Eleven international publishing 2015, 361 p.)

## 4 Kortingen voor diensten op afstand moeten wettelijk geregeld

Het is weer zo'n Amerikaanse handelspraktijk die in Europa is geïntroduceerd. In het *BW-krant jaarboek* van dit jaar bespreken Sabine Bies en Charlotte Pavillon wat er tegen te doen valt. Waar gaat het om? Een Amerikaans bedrijf, zoals Groupon, biedt via een Nederlandse website vouchers aan, waarmee consumenten bij (meestal) startende midden- en kleinbedrijven producten of diensten met een forse korting kunnen afnemen. Groupon boort via actieve marketing nieuwe klantenkringen aan. *Everybody happy?* Nou nee, zeker niet als de startende ondernemer niet of gebrekkig presteert. De wet oneerlijke handelspraktijken (art. 6:193c lid 1 BW) biedt soms een oplossing. (S.F. Bies & C.M.D.S. Pavillon, 'De koop op afstand van vouchers voor diensten en producten. Een eigentijdse meerpartijenverhouding nader geduid', in: C.G. Breedveld-de Voogd et al. (red.), *De meerpartijenovereenkomst* (BW-krant jaarboek 29), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 35-57.)

## 5 Fotoalbum (met bodypaintportretten) zoek

In juni 2010 vierde de directeur van de basisschool zijn verjaardag. Zijn collega's organiseerden een uitje. Het leek hun aardig als de directeur zou worden *gebodypaint*. De kunstenaar die daartoe werd aangezocht stelde twee fotoalbums met voorbeelden van eigen werk ter beschikking. Een van de twee albums raakte zoek en kon niet worden teruggegeven. De kunstenaar nam geen genoegen met de € 4000 die de schadeverzekeraar van de onderwijzers

bood. Hij vroeg om € 20.000. Een nauwkeurige berekening van de schade van de kunstenaar levert volgens het hof een bedrag van € 17.280 op. Maar volgens het Hof had het op de weg van de kunstenaar gelegen de onderwijzers erop te wijzen dat het bij het album om een uniek exemplaar ging. Door dit na te laten draait hij voor de helft van de schade op en krijgt hij dus ‘slechts’ € 8640. (Hof Arnhem-Leeuwarden 18 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6162.)

### 6 Kifid: nieuwe procesgang

In het vorige *KwartaalSignaal* berichtte ik aan de hand van het Jaarverslag 2014 over *De geschillencommissie*. Ook het Klachteninstituut financiële dienstverlening bracht over 2014 een jaarverslag uit. Grote veranderingen worden daarin aangekondigd. Tot dusver vond de klachtenbehandeling plaats bij twee instanties. Eerst oordeelde de Ombudsman en als dit niet succesvol was, konden partijen altijd nog naar de geschillencommissie (en in appel naar de commissie van beroep). Die eerste twee instanties zijn thans in elkaar geschoven, hetgeen naar men hoopt tot een versnelling zal leiden. Per 8 juli 2015 heeft Kifid voorts een nieuw online klachtenloket, *Mijn Kifid*, geopend. Dit sluit aan bij de Europese Richtlijn voor alternatieve geschillenbeslechting (ADR). Nog altijd wordt een flink deel van de ruim 7000 klachten door het Kifid niet in behandeling genomen omdat de cliënt zijn klacht niet tevoren bij de dienstverlener heeft aangemeld. (Kifid, *Jaarverslag 2014*, Den Haag: Kifid 2015, 36 p.)

### 7 Seks en de consument

Een bijzondere vorm van dienstverlening is die van seksuele diensten. Bijzonder hierbij is dat de consument niet per definitie de onderliggende partij is. Lyn Tjon Soei Len toont aan dat de huidige harmonisatie van contractenrecht, ondanks de resolutie van 26 februari 2014, 2013/2103 (INI) inzake seksuele exploitatie en prostitutie, nadelig uitpakt voor vrouwen die seks op de markt verkopen. Zij illustreert dit aan de hand van erotische reizen, waar wanprestatie of de weigering van overdracht van de begunstigde (te) gemakkelijk tot aansprakelijkheid van de vrouwelijke contractant kan leiden. (L.K.L. Tjon Soei Len, ‘Consumer protection, sexual services and vulnerability: exploring social justice in European contract law’, 11 *European Review of Contract Law* 2015, p. 127-147.)

### 8 De verbrijzelde voorruit in de Belgische wasstraat

Onfortuinlijk is de ervaring van de klant van de auto-was: aan het eind van de wasbeurt vindt hij zijn voorruit verbrijzeld en de motorkap gedeukt. Heeft hij recht op vergoeding van zijn schade? De burgerlijke rechtbank Dendermonde meent van wel:

‘Wanneer een klant zijn wagen op een automatische wasstraat plaatst, is het risico zeer beperkt en mag hij zich eraan verwachten dat zijn voertuig er intact uitkomt. Dit geldt zelfs al heeft de uitbater niet een volledig meesterschap over

de prestatie, omdat de gebruiker (...) aan het stuur van de wagen blijft zitten. De verbintenis van de uitbater moet dan ook worden beoordeeld als een resultaat-verbintenis.’

(Burgerlijke rechtbank te Dendermonde 22 maart 2013, *Rechtskundig weekblad* 2014-2015, 1549.)

### 9 Waartoe dient informatie van de consument?

Ter bescherming van de consument moet hij of zij over van alles informatie ontvangen. Maar dringt die informatie wel tot hem/haar door? De Amerikaanse onderzoekster Florencia Marotta-Wurgler deed er empirisch onderzoek naar bij online transacties. Wat waren haar bevindingen? In een reeks publicaties, waaronder een van vorig jaar (met twee collega’s), geeft zij aan dat het effect vrijwel nihil is. De onderzoekers gingen het internetgedrag van 48.154 cliënten van online softwarebedrijven na. Slechts twee op de duizend bleken de contractvoorwaarden te consulteren en de meesten van hen deden dat nog eens extreem kort. Marotta-Wurgler en de haren gaan niet zover dat de informatieverplichtingen nu maar moeten worden geschrapt, maar wel pleiten zij voor voorwaarden die gemakkelijker te lezen, te begrijpen en te vergelijken zijn. (Yannis Bakos, Florencia Marotta-Wurgler & David Trossen, ‘Does anyone read the fine print? Consumer attention to standard form contracts’, 43 *Journal of Legal Studies* 2014, p. 1-35.)

### 10 Een class action voor België

Op 1 september 2014 trad in België een groepsactie voor consumenten in werking. Stefaan Voet schrijft erover in een Antwerpse en in een Maastrichtse bundel. De Antwerpse bundel bevat voorts bijdragen van Emily Nordin, Charles Demoulin en Joeri Klein, Emilie De Baere en Evelyne Terryn, Stefan Rutten en Wim De Gendt. Anders dan in ons land is het in België nu ook mogelijk om bij collectieve actie *schadevergoeding* te vorderen. De gevallen waarin dat kan zijn echter beperkt. Ook ontbreekt een equivalent van onze Wet collectieve actie massaschade, waarover Victor van Kampen in dit blad berichtte. (Joëlle Rozie, Stefan Rutten & Alois Van Oevelen (red.), *Class actions*, Antwerpen: Intersentia 2015, 155 p.; Stefaan Voet, in: V. Harsági & C.H. van Rhee (red.), *Multi-party redress mechanisms in Europe: squeaking mice?*, Cambridge: Intersentia 2014, p. 95-109.)

### 11 Drinkwatersector: (bijna) goed geregeld

Volgens de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) heeft Nederland een *excellent track record on water management in several areas*. Saskia Lavrijsen en Blanca Vitez hebben het voor ons nagezocht: de OESO heeft grotendeels gelijk. Maar niet helemaal. Het wettelijk kader inzake het economische toezicht op de Nederlandse drinkwatersector vertoont verschillende zwakke plekken. De beginselen van goed toezicht moeten beter worden nageleefd. (S.A.C.M. Lavrijsen & B. Vitez, ‘Is het toezicht op de drinkwatersector in Nederland goed geregeld?’, *TvC* 2015, p. 181-194.)

## 12 Vijftig jaar Commissie voor consumenten-aangelegenheden

Vijftig jaar geleden werd in Den Haag bij de Sociaal-Economische Raad de Commissie voor consumenten-aangelegenheden (CCA) geïnstalleerd. Bij die gelegenheid is een boekje uitgekomen waarin SER-medewerker Thom van Mierlo en enige anderen de werkzaamheden van de CCA – met plaatjes – belichten. De bijdrage van de eerste auteur is ook te vinden in het *Tijdschrift voor Consumentenrecht*. Niet onbelangrijk is het voorwaardenoverleg dat voortvloeide uit de CCA en dat op zijn beurt weer heeft bijgedragen aan de snelle groei van het aantal geschillencommissies. (Thom van Mierlo, 'Vijftig jaar SER consumenten-overleg: het smaakt naar meer', *TvC* 2015, p. 208-221; SER, *Vijftig jaar advies en overleg over consumentenzaken*, Den Haag: SER 2015, 104 p., [www.ser.nl/nl/publicaties/overige/2010-2019/2015/vijftig-jaar-consumentenzaken.aspx](http://www.ser.nl/nl/publicaties/overige/2010-2019/2015/vijftig-jaar-consumentenzaken.aspx)).

### GEZONDHEIDSRECHT

AAK20157922

Prof. mr. J.C.J. Dute, mr. dr. W.R. Kastelein

#### Wetgeving

In de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen is de meldingsplicht van ernstige ongewenste voorvallen uitgebreid (*Stb.* 2015, 240). Er is verder een wettelijke grondslag gecreëerd voor het gebruik van het BIG-nummer, indien fabrikanten en verkopers van medische hulpmiddelen opgave doen van hun financiële relaties met beroepsbeoefenaren (Besluit van 24 augustus 2015, *Stb.* 2015, 331).

#### Kamerstukken

Over transparantie van zorgverzekeringen gaat de brief van de minister van VWS van 30 juni 2015 (*Kamerstukken II* 2015/15 29689, 625). Hierin komen de voornemens inzake vergroting van de transparantie van de zorgverzekeringsmarkt voor verzekerden aan de orde. De brief is uitgebracht in het kader van het 'Jaar van de Transparantie', dat nog loopt tot en met maart 2016. Doel van dit initiatief is om patiënten meer en beter te informeren over de kwaliteit en de kosten van de zorg.

Zie over de knelpunten met betrekking tot het levens testament de brief van de ministers van VWS en V&J van 30 juni 2015 (*Kamerstukken II* 2014/15, 33054, 20). Een brief van beide ministers van dezelfde datum gaat over het aangepaste samenwerkingsprotocol tussen de IGZ en het OM (*Kamerstukken II* 2014/15, 32647, 47). Het doel van het protocol is dat beide partijen, ieder vanuit hun eigen verantwoordelijkheid, elkaar tijdig informeren, afstemmen wat de meest effectieve en proportionele vorm van handhaving is en beter communiceren over lopende onderzoeken.

Over het medisch beroepsgeheim is een zogenoemde factsheet verschenen (*Kamerstukken II* 2014/15, 34000 VI, 111). Met haar brief van 30 juni 2015 laat de minister van

VWS verder weten dat wordt gewerkt aan een wetsvoorstel inzake de zeggenschap over lichaamsmateriaal (*Kamerstukken II* 2014/15, 34000 XVI, 113). Dat doet het ministerie overigens al meer dan 20 jaar. Veel schot zit er niet in dit dossier.

Op 7 september 2015 is een voorstel tot wijziging van de Algemene wet erkenning EG-beroepskwalificaties bij de Tweede Kamer ingediend. In genoemde wet worden regels gesteld voor de erkenning van beroepskwalificaties. Met het wetsvoorstel wordt een groot deel van richtlijn 2013/55/EU geïmplementeerd (*Kamerstukken II* 2014/15, 34272, 1-3).

Op 11 september 2015 heeft staatssecretaris Van Rijn de Tweede Kamer geïnformeerd over de aanpak van de problematiek rond het persoonsgebonden budget (PGB). PGB-houders en zorgverleners die financieel nadeel hebben ondervonden door de problemen bij de invoering van het trekkingsrecht zullen worden gecompenseerd (*Kamerstukken II* 2014/15, 25657, 203).

Uit een brief van 6 oktober 2015 van de minister van VWS aan de Tweede Kamer blijkt dat zij overweegt de vergunningsplicht op grond van de Wet op het bevolkingsonderzoek (WBO) alleen nog maar van toepassing te laten zijn op ernstige ziekten of afwijkingen waarvoor geen behandeling of preventie mogelijk is, voor de bevolkingsonderzoeken die de overheid zelf aanbiedt en voor *health checks* die zich op de markt op dezelfde aandoeningen richten als deze bevolkingsonderzoeken (Standpunt health checks, *Kamerstukken II* 2015/16, 32793, 199). De WBO voorziet op dit moment in een vergunningsplicht voor drie categorieën bevolkingsonderzoek: bevolkingsonderzoek waarbij gebruik wordt gemaakt van ioniserende straling, bevolkingsonderzoek naar kanker en bevolkingsonderzoek naar ernstige ziekten of afwijkingen waarvoor geen behandeling of preventie mogelijk is (art. 2 en 3).

#### Beleid

In juni 2015 is het gecombineerde jaarverslag 2013-2014 van de Centrale deskundigencommissie late zwangerschapsafbreking in een categorie 2-geval en levensbeëindiging bij pasgeborenen verschenen. Uit het verslag blijkt dat in een periode van twee jaar slechts vier meldingen van late zwangerschapsafbreking zijn gedaan bij de commissie en nul meldingen van levensbeëindiging bij pasgeborenen. Het kabinet heeft aangekondigd de Regeling centrale deskundigencommissie late zwangerschapsafbreking in een categorie 2-geval en levensbeëindiging bij pasgeborenen te zullen aanpassen (*Kamerstukken II* 2015/16, 34300 XVI, 6).

Op de site [internetconsultatie.nl](http://internetconsultatie.nl) is een ambtelijk concept-wetsvoorstel modernisering tuchtrecht Wet BIG gepubliceerd. Het concept-wetsvoorstel borduurt voort op de twee wetsevaluaties van de Wet BIG en bevat een aantal voorstellen ter verbetering van het tuchtrecht in de zorg. Ook bevat het maatregelen om het BIG-register beter toegankelijk te maken, om de regeling van de voorbehouden handelingen flexibeler te maken en om buiten twijfel te stellen dat de Wet BIG ook van toepassing is op cosmetische handelingen.

Naar de gewenste financiële en organisatorische inbedding van de vertrouwenspersonen in de zorg voor mensen met een verstandelijke beperking en psychogeriatrische patiënten is een verkenning uitgevoerd, R.H. Zuidhoudt, Advies betreffende enkele kwesties rond de invoering van een Cliëntenvertrouwenspersoon conform Hoofdstuk 4A Wet Zorg en Dwang (*Kamerstukken II* 2015/16, 25424, 286).

Het Centrum voor Ethiek en Gezondheid heeft een rapport uitgebracht over wensgeneeskunde ('Signalering Ethiek en Gezondheid 2015/1'; *www.gr.nl*). Bij wensgeneeskunde gaat het om medische behandelingen waarvoor geen directe medische noodzaak bestaat. De grens tussen reguliere geneeskunde en wensgeneeskunde is overigens niet scherp. Het rapport gaat in op deze scheidslijn en behandelt verder de maatschappelijke en morele aanvaardbaarheid van wensgeneeskunde. Met name wordt ingegaan op de vraag of en in hoeverre wensgeneeskunde uit de collectieve middelen zou moeten worden gefinancierd.

In een achtergrondadvies bij het rapport van de Raad voor Volksgezondheid en Samenleving over ConsumenteneHealth gaat M. de Lint in op een aantal juridische aspecten hiervan (*www.raadrvs.nl/publicaties*). ConsumenteneHealth betreft direct op de markt – zonder tussenkomst van zorgverleners – aangeboden informatie- en communicatietechnologie, die beoogt de gezondheid van gebruikers te ondersteunen of te verbeteren.

## Jurisprudentie

### 1 Tuchtrect

In deze periode is een aantal interessante uitspraken gedaan door tuchtcolleges waarbij de problematiek rond het verstrekken van informatie over minderjarigen een prominente rol speelde.

Zo besliste het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg te Amsterdam op 17 maart 2015 dat een GZ-psycholoog niet zonder toestemming van de vader van een minderjarige dochter informatie aan derden mocht verstrekken. Voorts achtte het college het zorgelijk dat de aangeklaagde GZ-psycholoog een therapie, die volgens haar dringend noodzakelijk was, louter op grond van financiële overwegingen had gestaakt. Verweerster wilde geen gebruik maken van de zogenaamde transitieprestatie omdat dit te ingewikkeld zou zijn voor een kleinschalige praktijk zoals die van haar. Het Regionaal Tuchtcollege berispte haar (ECLI:NL:TGZRAMS:2015:37, *GJ* 2015/80).

Het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg besliste op 21 mei 2015 dat klagers in een zaak die was aangespannen tegen een kinderarts in verband met het overlijden van hun zoontje, geen hoger beroep konden instellen tegen een gegrondverklaring van de klacht door het Regionaal Tuchtcollege zonder dat daarbij een maatregel was opgelegd. Het incidenteel beroep van de kinderarts dat zich richtte tegen de gegrondverklaring van ditzelfde klacht-onderdeel werd gegrond verklaard omdat het Centraal Tuchtcollege van oordeel was dat in de zogenaamde NODO-procedure is vastgelegd dat de NODO-forensisch arts tot

taak heeft de ouders adequaat te informeren over het hoe en waarom van de te volgen procedure en over de in dat kader noodzakelijke onderzoeken aan het lichaam van hun overleden kind. De kinderarts die in dit specifieke geval een deel van de taak van de NODO-forensisch arts had overgenomen kon geen verwijt worden gemaakt, nu zij ervan uit mocht gaan dat toestemming was verleend voor de te verrichten obductie (ECLI:NL:TGZCTG:2015:168, *GJ* 2015/84).

Eveneens op 21 mei 2015 oordeelde het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg dat een GZ-psycholoog in redelijkheid een moeder inzage in het dossier van haar zoon heeft kunnen onthouden, nu er bij de GZ-psycholoog gerede twijfel was over de door de zoon verleende toestemming, aangezien het de vraag was of hij deze daadwerkelijk had bedoeld te verlenen en navraag bij de zoon door verweerster als contraproductief, want in strijd met het behandeldoel, werd geacht. Zij mocht derhalve met een beroep op het goed hulpverlenerschap inzage in het dossier van de zoon aan de moeder onthouden (ECLI:NL:TGZCTG:2015:172, *GJ* 2015/85).

De vraag of privé-activiteiten van beroepsbeoefenaren tuchtrechtelijk getoetst kunnen worden en kunnen leiden tot een veroordeling werd in twee tuchtzaken in deze periode beoordeeld.

Het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg oordeelde op 9 juni 2015 dat een verpleegkundige, die zich schuldig had gemaakt aan het bekijken van kinderpornografische beelden op zijn computer, gedeeltelijk de bevoegdheid tot het uitoefenen van zijn beroep moest worden ontzegd, in die zin dat de verpleegkundige geen individuele gezondheidszorg meer mag verlenen aan minderjarigen (ECLI:NL:TGZCTG:2015:181, *GJ* 2015/102).

Het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg te Eindhoven schorste een psychiater voor de duur van één jaar, nu hij zich jegens patiënte grensoverschrijdend had gedragen en reeds gedurende de behandeling sprake was van een seksueel getinte relatie waarbij de psychiater precies zes maanden na het einde van de behandeling overging tot seksuele handelingen. Het Tuchtcollege oordeelde dat weliswaar na verloop van tijd na behandeling een situatie kan ontstaan waarin van afhankelijkheid van een cliënt geen sprake meer is, maar dat in dit geval, doordat er een intensieve persoonlijke relatie was gebleven, ook na zes maanden nog sprake was van afhankelijkheid (ECLI:NL:TGZREIN:2005:65, *GJ* 2015/04).

Het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg te Zwolle ten slotte besliste op 13 juli 2015 in zijn rol van College van Medisch Toezicht dat een arts, die in 2005 was veroordeeld voor poging tot moord op zijn ex-vrouw en opzettelijke brandstichting, wegens zijn geestelijke gesteldheid ongeschikt wordt geacht voor het uitoefenen van zijn beroep van arts. Het college is van oordeel dat er nog steeds sprake is van ernstige persoonlijkheidsproblematiek die de arts ongeschikt maakt om als arts werkzaam te zijn. Het belang van de arts om op afzienbare termijn weer aan het werk te kunnen gaan, dient te wijken voor het belang van de veiligheid van de patiëntenzorg. Het college haalt de arts door (ECLI:NL:TGZRZWO:2015:70, *GJ* 2015/105).

## 2 *Civiel recht*

Rechtbank Oost-Brabant oordeelde op 13 juli 2015 dat een coöperatieve huisartsdienst de aansluitovereenkomst met een huisarts rechtmatig kon opzeggen, nu er zwaarwegende gronden waren voor opzegging. Er was zodanige twijfel over het functioneren van de huisarts als postarts, dat opzegging gerechtvaardigd was (ECLI:NL:RBOBR:2015:4426).

Het Gerechtshof Den Bosch oordeelde op 26 maart 2015 dat de stichting Zorg artikel 2 WMCZ niet naleefde door de formele zeggenschap van de cliëntenraad op centraal en clusterniveau te regelen en niet op het niveau van de zelfsturende teams. De procedure was aangespannen door een tweetal cliëntenvertegenwoordigers met lokale binding. Zij vorderden voorts nog financiële informatie op grond van artikel 5 WMCZ. Hierin worden zij echter niet ontvankelijk verklaard (ECLI:NL:GHSHE:2015:1116, *GJ* 2015/100).

## 3 *Strafrecht*

In deze verslagperiode is uitspraak gedaan door driehoven in drie interessante strafzaken.

Op 1 mei 2015 sprak het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden een maagchirurg vrij van mishandeling/opzettelijke benadeling van de gezondheid ten gevolge waarvan een patiënt (zwaar lichamelijk) letsel/pijn zou hebben onderhouden. Bij de door de maagchirurg verrichte operatie was een gaasje achtergebleven. De chirurg was er stellig van overtuigd dat het gaasje niet in de buikwand van de patiënt kon zitten. Nadat hij er attent op was gemaakt dat er een gaasje ontbrak, heeft hij in de wond gevoeld en ook opdracht gegeven om de operatiekamer goed te doorzoeken. Daarna heeft hij niets meer vernomen over het ontbrekende gaasje. Hij is er daarom vanuit gegaan dat het – zoals wel vaker gebeurt – ergens gevonden was. Het hof neemt aan dat niet kan worden bewezen dat de verdachte maagchirurg de aanmerkelijke kans op letsel of pijn, veroorzaakt door het achterblijven van een gaasje in het lichaam van de patiënt, bewust heeft aanvaard. Voorts achtte het hof niet bewezen dat er sprake was van lichamelijk letsel van zodanige ernst als in de wet is omschreven. Het hof achtte evenmin (voorwaardelijk) opzet bewezen, zodat er ook geen sprake was van mishandeling. De maagchirurg werd vrijgesproken (ECLI:NL:GHARL:2015:3126, *GJ* 2015/87).

Ditzelfde hof (in andere samenstelling) sprak ook de heer Heringa vrij die zijn 99-jarige moeder had geholpen bij haar zelfdoding. Het hof achtte bewezen dat hij zijn moeder had geholpen bij zelfdoding, maar het achtte dit niet strafbaar omdat op grond van zeer bijzondere omstandigheden het beroep op noodtoestand gegrond werd geacht. De verdachte bevond zich in een conflict van plichten, nu geen arts bereid was zijn moeder te helpen en hij geconfronteerd werd met het risico dat zijzelf de daad bij haar wens zou voegen met de door haar bewust opgespaarde, maar voor het doel ongeschikte eigen medicijnen. Heringa heeft daartoe een alternatief geboden dat zekerder en veiliger was. Het feit dat hij daardoor de wet zou overtreden was voor hem minder zwaarwegend dan het horror-

scenario dat de poging tot zelfdoding van zijn moeder zou mislukken en zou uitmonden in veel fysieke en psychische narigheid. Het hof plaatst bij dit oordeel de kanttekening dat de zaak gezien moet worden in het licht van de euthanasiepraktijk zoals deze in 2008 was. Deze praktijk lijkt volgens het hof strikter te zijn geweest dan die ten tijde van het wijzen van dit arrest (ECLI:NL:GHARL:2015:3444, *GJ* 2015/86).

Op 18 juni 2015 oordeelde het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat de (voormalig) neuroloog Ernst Jansen Steur weliswaar als arts schromelijk tekort was geschoten, maar dat mishandeling niet bewezen kon worden. Het vonnis van Rechtbank Overijssel werd derhalve vernietigd en Jansen Steur werd vrijgesproken. Voor een aantal door de rechtbank bewezen verklaarde, en inmiddels onherroepelijke, feiten waartegen het hoger beroep zich niet richtte, legde het hof een voorwaardelijke gevangenisstraf op van zes maanden met een proeftijd van twee jaar. Dit betrof de delicten diefstal, verduistering en valsheid in geschrifte. Door getreuzel van het Openbaar Ministerie was het niet meer mogelijk om Jansen Steur het in hulpeloze toestand brengen of laten van patiënten dan wel dood door schuld ten laste te leggen. De uitspraak leidde tot veel onbegrip bij de patiënten van Jansen Steur. Het Openbaar Ministerie heeft cassatie aangetekend (ECLI:NL:GHARL:2015:4413, *GJ* 2015/88).

## 4 *Zorgverzekeringsrecht*

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde op 2 juni 2015 dat het feit dat zorgverzekeraars aan niet-gecontracteerde zorgaanbieders 60 tot 80% van het gemiddelde gecontracteerde tarief vergoeden van de door de zorgaanbieders uitgevoerde heupoperaties niet onrechtmatig was of toerekenbaar tekortschieten betrof. De vergoeding was evenmin in strijd met artikel 56 VWEU, nu dit artikel geen verticale werking heeft en zorgverzekeraars geen publiekrechtelijke functie hebben, waardoor er geen sprake is van directe horizontale werking (ECLI:NL:GHARL:2015:3913, *GJ* 2015/110).

In deze verslagperiode zijn twee uitspraken gedaan waaruit blijkt dat de zogenaamde keukentafelgesprekken in het kader van de WMO 2015 niet voldoende zorgvuldig plaatsvonden. De eerste uitspraak betreft een uitspraak van Rechtbank Midden-Nederland van 9 maart 2015 in een zaak gericht tegen de gemeente Utrecht, waarin het PGB van de betrokkene substantieel wordt teruggebracht. Er was volgens de rechtbank geen sprake geweest van zorgvuldig onderzoek. De andere uitspraak is op 20 juli 2015 gewezen door Rechtbank Oost-Brabant in een zaak gericht tegen de gemeente Veghel. Verzoekster ontving zes uur per week hulp in natura en deze hulp werd min of meer van de ene op de andere dag teruggebracht tot twee uur en een kwartier huishoudelijke verzorging per week. Zij had echter ernstige medische beperkingen en er was geen mantelzorg beschikbaar (ECLI:NL:RBMNE:2015:1395, *GJ* 2015/112 en ECLI:NL:RBOBR:2015:4313, *GJ* 2015/113).

### Literatuur

In zijn voorzittersrede voor de jaarvergadering van de Vereniging voor Gezondheidsrecht, ‘Tuchtrecht – meer tucht dan recht’ (*Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2015, afl. 5, p. 322-330) betoogt A.C. Hendriks dat het tuchtrecht, bedoeld om de kwaliteit van de zorg te bewaken en te bevorderen, steeds meer punitieve trekken krijgt. Als deze tendens zich doorzet dient zijns inziens de rechtspositie van de aangeklaagde beroepsbeoefenaars te worden heroverwogen.

In aflevering 5 van het *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* verscheen verder de Kroniek rechtspraak zorgverzekeringsrecht van de hand van H.M. den Herder en C. Van Balen (p. 338-358), in aflevering 6 de Kroniek rechtspraak civielrecht van de hand van M.J.J. de Ridder (p. 410-431) en in aflevering 7 de Kroniek rechtspraak rechten van de mens, verzorgd door A.C. Hendriks (p. 535-554).

Het *Tijdschrift voor Toezicht* (2015, nr. 2) heeft een themanummer gewijd aan het rapport van de Commissie-Borstlap. Deze commissie heeft onderzoek gedaan naar het interne functioneren van de Nederlandse zorgautoriteit (NZa) na het overlijden van klokkenluider Arthur Gotlieb. Uit dat onderzoek bleek dat de NZa, een zelfstandig bestuursorgaan, te veel aan de hand van het Ministerie van Volksgezondheid loopt.

In haar artikel ‘Het recht op een zelfgekozen levens-einde’ (*NJB* 2015, afl. 28, p. 1926-1929) stelt Laura de Vito dat, waar in 2001 nog werd gediscussieerd over de vraag of de toen net tot stand gekomen Euthanasiewet zich wel verdroeg met het recht op leven zoals vastgelegd in artikel 2 EVRM, het anno 2015 de vraag is of het verbod op hulp bij zelfdoding geen inbreuk maakt op het recht op privacy van artikel 8 EVRM.

Selectie van verdere literatuur:

- N. Broeckx & D. Verhoeven, ‘Transplanting Diseases from Organ Donors in Western Europe: Fault Liability or Strict Liability?’, *European Journal of Health Law* 2015 (22) 3, p. 207-238;
- M. Buijsen, ‘Ratificatie van het Biogeneeskundeoverdrag: kwestie van menselijke waardigheid’, *S&D* 2015, afl. 4, p. 56-63;

- J. Dute, ‘Should Substituted Decision-making Be Abolished?’, *European Journal of Health Law* 2015 (22) 4, p. 315-320;
- J.C.J. Dute, ‘Buiten de (mensenrechten)orde? Over het niet ratificeren van het Biogeneeskundeoverdrag door Nederland’, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2015, afl. 6, p. 394-402;
- J.C.J. Dute & A. Swarte, ‘Uitsluiting van homoseksuele mannen als bloeddonor: het arrest Léger en de Nederlandse praktijk’, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2015, afl. 8, p. 261-268;
- G. den Hartogh, ‘Hulp bij zelfdoding door intimi – Tweede ronde’, *NJB* 2015, afl. 32, p. 2215-2220;
- J. van der Helm, ‘Toestemming geven voor gegevensverkeer tussen de bedrijfsarts en de behandelend arts – vrijheid of drang?’, *Privacy & Informatie* 2015/108;
- J. Legemaate, A.J. Akkermans & R.D. Friele, ‘Openheid over medische fouten: waar staan we?’, *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2015;159:A9089;
- H. Nys, ‘Regionale toetsingscommissies euthanasie: Code of Practice’, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2015, afl. 7, p. 529-534;
- M.C. Ploem, ‘Elektronische gegevensuitwisseling in de zorg: zit de wetgever op het goede spoor?’, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2015, afl. 5, p. 300-312;
- A. de Ruijter et al., ‘Privacy implications of health monitoring wearables’, *Privacy & Informatie* 2015/109;
- E. Plomp, ‘Van hoofdbehandelaar naar regiebehandelaar en kwaliteitsstatuut in de GGZ’ *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2015, afl. 7, p. 512-528;
- E. Steyger, ‘Toepassing van het VWEU in het zorgstelsel: van zorgen verzekerd’, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2015, afl. 6, p. 403-409;
- P.W.J. Verbruggen & B.J. van Leeuwen, ‘Europese regelgeving inzake medische hulpmiddelen. Het PIP-schandaal, de “Nieuwe Aanpak” en consumentenbescherming’, *Tijdschrift voor Consumentenrecht & handelspraktijken* 2015, afl. 3, p. 11-120.

## SOCIAAL-ECONOMISCH RECHT

## ONDERNEMINGSRECHT

AAK20157926

Mw. mr. K. Spruitenburg (Van der Heijden Instituut, OO&amp;R, Radboud Universiteit Nijmegen)

**Regelgeving**

In deze signaalperiode is op het terrein van wet- en regelgeving slechts één relevante ontwikkeling te melden. De Europese richtlijn jaarrekening (2013/34/EU) moet op 20 juli 2015 geïmplementeerd zijn in de Nederlandse wet- en regelgeving. De richtlijn beoogt het jaarrekeningenrecht binnen de Europese Economische Ruimte te moderniseren, te vereenvoudigen, verder te harmoniseren en de administratieve lasten te verlichten. De Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening is 29 september 2015 door de Eerste Kamer aangenomen (*Kamerstukken I*, 2014/15, 34176, A). De Uitvoeringswet bevat onder meer twee belangrijke wijzigingen van het Nederlandse vennootschapsrecht.

De eerste wijziging is de verkorting van de uiterste termijn van het deponeren van de jaarrekening bij het Handelsregister. Deze publicatietermijn wordt verkort van dertien naar twaalf maanden na afloop van het boekjaar (art. 2:394 lid 3 BW). De termijn voor het opmaken van de jaarstukken verandert niet. Voor nv's en bv's is dat vijf maanden na afloop van het boekjaar, voor beursvennootschappen vier maanden en voor verenigingen, stichtingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen zes maanden na afloop van het boekjaar. Wel wordt de periode voor het verlengen van de opmaaktermijn met één maand verkort: bij nv's en bv's van zes naar vijf maanden (art. 2:101/210 lid 1 BW), bij verenigingen (art. 2:49 lid 1 BW), stichtingen (art. 2:300 lid 1 BW), coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen (art. 2:58 lid 1 BW) van vijf naar vier maanden. Op deze manier bedraagt de totale termijn voor het opmaken van de jaarrekening bij alle rechtspersonen maximaal tien maanden. Voor beursvennootschappen gold reeds dat de opmaaktermijn niet kan worden verlengd. Met inachtneming van de thans geldende publicatietermijn van twee maanden na afloop van de uiterste termijn voor het opmaken van de jaarrekening (art. 2:394 lid 2 BW), wordt derhalve voldaan aan de nieuwe uiterste publicatietermijn van twaalf maanden die volgt uit de Europese richtlijn jaarrekening. De nieuwe regels zijn van toepassing op de boekjaren die op of na 1 januari 2016 aanvangen.

De tweede wijziging betreft de verhoging van de drempelwaarden die onderscheid maken tussen de verschillende categorieën rechtspersonen (klein, middelgroot en groot). Door middel van dit onderscheid komen rechtspersonen al dan niet in aanmerking voor vrijstellingen voor de inrichting van de jaarstukken en de accountantscontrole (zie art. 2:396 en 397 BW). De bedoeling is om de drempelwaarden van de groep kleine en middelgrote rechtspersonen zoals genoemd in artikel 2:396 BW te ver-

hogen zodat meer rechtspersonen gebruik kunnen maken van de vrijstellingen. Daarnaast heeft de verhoging van de drempelwaarden invloed op de toepassing van de limiteringsregeling voor bestuurders en commissarissen om bepaalde functies uitoefenen (art. 2:132a, 2:142a, 2:242a, 2:252a, 2:297a en 2:297b BW). De drempelwaarden van de 'grote rechtspersoon' (zie art. 2:397 lid 1, sub a, b en c BW) bepaalt immers de reikwijdte van de limiteringsregeling. Twee van deze drempelwaarden wijzigen. In artikel 2:397 lid 1 sub a BW wordt € 17.500.000 vervangen door: € 20.000.000. En in artikel 2:397 lid 1 sub b BW wordt € 35.000.000 vervangen door: € 40.000.000. Als gevolg van deze verhoging zullen sommige 'grote rechtspersonen' in de toekomst als 'middelgroot' kwalificeren, zodat de limiteringsregeling niet langer voor bestuurders en commissarissen van deze vennootschappen geldt.

**Rechtspraak**

*Herroeping van een ontbindingsbesluit: toepassing van de vier Rifgat-vereisten*

De ontbinding van een vennootschap geschiedt bij een besluit van de algemene vergadering (art. 2:19 lid 1 BW). Het ontbindingsbesluit brengt veelal niet mee dat de vennootschap ophoudt te bestaan. Indien de vennootschap nog over baten beschikt, blijft ze voortbestaan voor zover dit voor vereffening van haar vermogen nodig is (art. 2:19 lid 5 BW). De vereffening eindigt als bij de vereffenaar(s) geen bekende baten meer aanwezig zijn (art. 2:23b lid 9 BW). Dit is tevens het moment dat de vennootschap ophoudt te bestaan (art. 2:19 lid 6 BW). Heeft de vennootschap op het moment van ontbinding geen baten meer dan houdt zij direct op te bestaan.

Vanaf 2001 bestaat er in de literatuur en lagere rechtspraak discussie over de vraag of herroeping van een ontbindingsbesluit mogelijk is. De Hoge Raad maakt in december 2014 een eind aan deze discussie. Hij beslist dat herroeping van een ontbindingsbesluit onder omstandigheden mogelijk is. In zijn arrest van 19 december 2014 (ECLI:NL:HR:2014:3677, *JOR* 2015/33 m.nt. Scholten (*Rodenstaal Balkan / Rifgat*)), besproken in *Kwartaal-Signaal* 135 (AAK20157788, p. 7789-7790), formuleert hij voorwaarden waaronder de herroeping van een ontbindingsbesluit van een besloten vennootschap toelaatbaar is. De hieronder te bespreken uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 25 juni 2015 (ECLI:NL:RBAMS:2015:3985, *JOR* 2015/228 (*St. Martins / Europe*)) is, voor zover mij bekend, de eerste waarin een lagere rechter de door de Hoge Raad geformuleerde voorwaarden toepast.

In deze zaak is het volgende van belang. Op 30 december 2013 besluit de AVA van Zearend Onroerend goed B.V. ('Zearend') om Zearend te ontbinden. St. Martins Europe B.V. ('St. Martins') was ten tijde van het ontbindingsbesluit enig aandeelhouder van Zearend. De vereffenaar



van Zeearend maakt diezelfde dag een rekening en verantwoording op als bedoeld in artikel 2:23b lid 2 BW. De rekening en verantwoording is op 16 januari 2014 ter inzage gelegd bij de Kamer van Koophandel en op 24 januari 2014 is deze terinzagelegging bekendgemaakt door middel van een advertentie in het dagblad Trouw. In maart 2014 geeft de Rechtbank Den Haag een akte non-verzet overeenkomstig artikel 2:23b lid 5 BW af. De vereffenaar start vervolgens in april 2014 met de vereffening en keert in dat kader bijna € 5 miljoen uit aan St. Martins, waarna er op de rekening van Zeearend een bedrag van € 347 resteert. De vereffenaar geeft nadien geen verder gevolg aan de vereffening. Bij besluit van 12 december 2014 herroept St. Martins het ontbindingsbesluit. De reden voor de herroeping is gelegen in het feit dat het voortbestaan van Zeearend fiscale voordelen met zich meebrengt nu St. Martins wil investeren in onroerend goed in Duitsland. In februari 2015 stelt de accountant een accountantsverklaring op van de vermogenstoestand van Zeearend ten tijde van herroeping. Daarna verzoekt St. Martins de rechtbank om te verklaren dat het ontbindingsbesluit rechtsgeldig is herroepen.

De rechtbank wijst het verzoek toe. Zij vat eerst de voorwaarden die de Hoge Raad in *Rifgat* aan de herroeping van een ontbindingbesluit stelt samen: (i) de besloten vennootschap bestaat nog, (ii) het herroepingsbesluit is rechtsgeldig genomen, (iii) er dient inzicht te bestaan in de vermogenstoestand van de besloten vennootschap op de datum van ontbinding, op de datum van herroeping alsmede in ontwikkelingen in haar vermogenstoestand in de tussenliggende periode en (iv) derden mogen geen nadeel ondervinden van de herroeping. De rechtbank stelt vervolgens vast dat St. Martins de relevante informatie voor de beoordeling van het herroepingsbesluit in het geding heeft gebracht. In de daarop volgende overwegingen toetst zij aan de hand van die informatie of aan de hierboven genoemde voorwaarden is voldaan. Naar het oordeel van de rechtbank is Zeearend (i) nog niet opgehouden te bestaan omdat uit de rekening en verantwoording blijkt dat ze nog vermogen heeft, (ii) heeft St. Martins het herroepingsbesluit overeenkomstig de statuten van Zeearend rechtsgeldig genomen, (iii) bestaat er inzicht in de vermogenstoestand van Zeearend op de datum van ontbinding, op de datum van herroeping, alsmede in de ontwikkelingen van haar vermogenstoestand in de tussenliggende periode. Aan voorwaarde (iv) – derden mogen geen nadeel ondervinden van de herroeping – besteedt de rechtbank meer aandacht. De reden hiervoor is dat tussen het ontbindingbesluit en de herroeping daarvan iets minder dan één jaar is verstreken en dat in die periode vereffeningshandelingen hebben plaatsgevonden: de uitkering van bijna € 5 miljoen aan St. Martins. De Hoge Raad bepaalde eerder in het *Rifgat*-arrest dat niet in algemene zin een termijn geldt waarbinnen de herroeping van een ontbindingsbesluit van een besloten vennootschap moet plaatsvinden. Wel kan de verstreken tijd tussen het ontbindingsbesluit en het herroepingsbesluit een relevante omstandigheid zijn bij de

beantwoording van de vraag of in de omstandigheden van het geval door de herroeping afbreuk wordt gedaan aan de rechtszekerheid of de rechten en belangen van derden. Bij die laatste beoordeling is de mate waarin in de tussenliggende periode vereffeningshandelingen zijn verricht een relevante omstandigheid, zo volgt eveneens uit het arrest (r.o. 5.4.2 en 5.3.4). De rechtbank toetst vervolgens aan deze laatste voorwaarde van de Hoge Raad uit *Rifgat*. Zij oordeelt dat aan de herroeping niet in de weg hoeft te staan dat bijna alle vrije kasmiddelen aan aandeelhouder St. Martins zijn uitgekeerd omdat Zeearend geen andere schuldeisers heeft dan St. Martins. De belangen van derden komen dus niet in het geding. Daarnaast heeft St. Martins verklaard eventuele toekomstige schade van derden vergoeden. Hiermee heeft St. Martins naar het oordeel van de rechtbank in voldoende mate voldaan aan de voorwaarde dat derden geen nadeel mogen ondervinden van de herroeping. De rechtbank verklaart derhalve voor recht dat de ontbinding van Zeearend rechtsgeldig is herroepen, zodat ze uit haar sluimerende bestaan kan ontwaken. Dit lijkt mij alles overziend een terechte, recht-toe-rechtaan uitspraak.

*De enquêtebevoegdheid van een onteigende aandeelhouder*

Een zaak die de gemoederen in ondernemingsrechtelijk Nederland al een tijd bezig houdt, is de onteigening van de aandeelhouders van SNS Reaal N.V. ('SNS Reaal'). Op 1 februari 2013 onteigent de minister van Financiën de aandelen in SNS Reaal op grond van de Interventiewet. De onteigende aandeelhouders wendden zich kort daarna tot de ondernemingskamer ('OK') omdat zij het niet eens zijn met de hoogte van de schadeloosstelling van € 0 die de minister hen in maart 2013 aanbood (OK 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1996, *JOR* 2013/250 m.nt. Josephus Jitta). Over de waardering van die schadeloosstelling spreekt de Hoge Raad zich uit in zijn beschikking van 20 maart 2015 (ECLI:NL:HR:2015:661), besproken in *KwartaalSignaal* 135 (AAK20157790). In de hieronder te bespreken enquêtezaak zoeken de onteigende aandeelhouders wederom hun toevlucht tot de OK. Ditmaal vragen zij de OK om een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal, SNS Bank en Propertize vanaf 1 januari 2006 tot en met het moment waarop het enquêteonderzoek wordt afgerond. De bevoegdheid tot het indienen van een enquêteverzoek bij een vennootschap met een geplaatst kapitaal boven € 22,5 miljoen, zoals SNS Reaal, komt overeenkomstig artikel 2:346 lid 1 sub c BW toe aan aandeelhouders of certificaathouders. Als gevolg van de onteigening houden de aandeelhouders geen aandelen meer in SNS Reaal. In haar tussenbeschikking van 8 juli 2015 (ECLI:NL:GHAMS:2015:2779, *Ondernemingsrecht* 2015/92 m.nt. Storm, AA20150678 m.nt. Assink, *JOR* 2015/260 m.nt. Bulten) spreekt de OK zich derhalve uit over hun ontvankelijkheid.

De OK overweegt als volgt. Zij onderkent in de eerste plaats dat de bevoegdheid tot het doen van een enquêteverzoek door de wetgever limitatief is toegekend aan (rechts)personen die zijn opgesomd in artikel 2:345-2:347

BW. Vervolgens stelt zij vast dat Stichting Beheer en de beleggers (hierna samen: 'de verzoekers') ten tijde van het indienen van hun verzoek als gevolg van de onteigening geen aandelen meer houden in SNS Reaal, noch in SNS Bank of Propertize. Niettemin acht zij hen enquêtebevoegd. Haar oordeel berust op het doel en de strekking van het enquêterecht. Volgens de OK brengen doel en strekking van het enquêterecht mee dat aandeelhouders die niet langer voldoen aan de kapitaaleis van artikel 2:346 lid 2 sub c BW als gevolg van een gebeurtenis, waaromtrent zij stellen dat er gegronde redenen zijn om te twifelen aan het beleid en de gang van zaken van de vennootschap en waarop hun verzoek betrekking heeft, in gevallen als het onderhavige enquêtebevoegd kunnen zijn. De OK neemt daarbij in aanmerking dat het enquêterecht mede strekt ter bescherming van aandeelhouders tegen onjuist beleid dat hun (rechts)positie zodanig ondermijnt, dat een door hen ongewenst verlies van hun aandeelhouderschap het gevolg is. Dit geldt ook indien dat verlies – anders dan in de gevallen waarin het verlies van aandeelhouderschap het gevolg is van besluitvorming die niet kan worden teruggedraaid – als gevolg van de onteigening onomkeerbaar is. In het onderhavige geval zien de redenen voor twijfel aan een juist beleid van SNS Reaal, SNS BANK en Propertize, die de verzoekers aan hun verzoek ten grondslag leggen, nu juist met name op de onteigening. De OK meent daarom dat de verzoekers de enquêtebevoegdheid bij deze vennootschappen in beginsel toekomt.

De OK vervolgt dat haar beslissing dat de verzoekers na de onteigening nog over de enquêtebevoegdheid beschikken niet onverenigbaar met de Interventiewet. Volgens haar heeft de wetgever zich bij de totstandkoming van de Interventiewet noch over verlies noch over het behoud van de enquêtebevoegdheid uitgelaten. Evenmin heeft hij bij de herziening van het enquêterecht per 1 januari 2013 de mogelijkheid van een onteigening op grond van de Interventiewet onder ogen gezien. De OK neemt daarom als uitgangspunt dat de wetgever met de Interventiewet niet beoogt meer rechten en bevoegdheden aan te tasten of aan de onteigende aandeelhouder te ontnemen dan strikt noodzakelijk is voor het doel waartoe de mogelijkheid van onteigening in de Interventiewet is opgenomen. De omstandigheid dat de verzoekers als gevolg van de onteigening op grond van de Interventiewet niet langer aandeelhouder in SNS Reaal zijn, vormt voor de OK dus geen beletsel om hen enquêtebevoegd te achten.

De laatste beslissing van de OK spitst zich toe op de vraag of het verzoek om een concernenquête bij SNS Reaal zich kan uitstrekken tot dochter SNS Bank en kleindochter Propertize (de vastgoedtak). Een onderzoek bij met name Propertize is van belang omdat de oorzaak van de onteigening van de SNS-groep immers grotendeels bij deze vennootschap ligt. De verzoekers stellen dat er ten aanzien van Propertize sprake is van een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding. De OK meent echter dat dit niet het geval is. De reden hiervoor is dat Propertize tot op zekere hoogte een eigen, zelfstan-

dig beleid voerde ten opzichte van SNS Reaal (en SNS Bank). Ten aanzien van Propertize is niet voldaan aan de vereisten voor een concernonderzoek. Daarnaast is het debat over de vraag of met betrekking tot SNS Bank wél aan die vereisten is voldaan naar het oordeel van de OK nog niet voltooid. Zij houdt haar beslissing op dit punt aan. Het element dat lijkt te ontbreken is een volledige personele unie tussen de besturen van SNS Reaal en SNS Bank in de beoogde onderzoeksperiode. Een dergelijke volledig personele unie bestond wel bij de raden van commissarissen van SNS Reaal en SNS Bank. De reden waarom de OK niet overtuigd is dat met betrekking tot SNS Bank aan de voorwaarden voor een concernenquête is voldaan, laat dus op zich wachten in haar volgende beschikking in deze zaak. Wordt wellicht vervolgd.

#### *Uitkoopprocedure: OK kiest voor andere peildatum*

De uitkoopprocedure geeft degene die als aandeelhouder 95% van het geplaatst kapitaal van een besloten vennootschap verschaft en ten minste 95% van de stemrechten in de aandeelhoudersvergadering kan uitoefenen het recht om de overgebleven aandeelhouders uit te kopen (art. 2:201a BW). Voor de naamloze vennootschap is de regeling nagenoeg gelijk aan die van de besloten vennootschap, zij het dat de eis dat ook 95% van de stemrechten is verworven, niet geldt (art. 2:92a BW). Die eis geldt wel weer in de bijzondere uitkoop na openbaar bod (art. 2:359c BW). Bij toewijzing van de vordering tot uitkoop op grond van voornoemde artikelen veroordeelt de rechter de uitkoper ('de overnemer') tot betaling aan degenen aan wie de aandelen toebehoren, zulks tegen levering van het onbezwaarde recht op de aandelen. De uitkoopprijs die de overnemer moet betalen, stelt de OK vast op de waarde die de over te dragen aandelen hebben op een door de OK te bepalen dag (art. 2:92a/201a lid 5 BW en art. 2:359c lid 6 BW). Dit waarderingmoment is de peildatum.

De peildatum is bepalend voor de hoogte van de uitkoopprijs. De OK neemt alle waardeveranderingen van de over te dragen aandelen tot aan de peildatum namelijk mee bij de waardering van de aandelen. Zo komt het risico van een stijging van de waarde van de aandelen voorafgaand aan de peildatum voor rekening van de overnemer omdat hij een hogere prijs moet betalen. Omgekeerd komt een waardedaling van de aandelen voor de peildatum voor risico van de uit te kopen aandeelhouder(s).

Sinds 2000 hanteert de OK het moment van de overdracht van aandelen, althans een datum die daar zo dicht mogelijk bij ligt, als uitgangspunt voor de peildatum (lees: de datum van het eindarrest). De ratio van dit uitgangspunt is dat de uit te kopen aandeelhouder tot die datum een verschaffer van risicodragend kapitaal is en dat de voor- en nadelen verbonden aan de aandelen voor zijn rekening en risico dienen te blijven, omdat hij nog aandeelhouder is. Een bezwaar tegen dit uitgangspunt is dat de overnemer na een succesvol bod niet direct kan overgaan tot het integreren van de doelvennootschap en haar onderneming in zijn concern. Alle waardeveranderingen van de

aandelen werken immers door in de uitkoopprijs waardoor hij het risico loopt dat zijn eigen handelen de uitkoopprijs verhoogt.

In de uitkoopprocedure inzake Unit4 ziet de OK aanleiding om het uitgangspunt dat de peildatum gelijk is aan de datum van het eindarrest te heroverwegen (OK 7 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2775, JOR 2015/234 m.nt. Salemink, ook besproken in *Het Financieele Dagblad*, d.d. 18 augustus 2015). Als reden hiervoor noemt de OK de complicaties die verbonden zijn aan het sinds 2000 gehanteerde uitgangspunt. Zo bestaat er onzekerheid over de vraag wanneer een bod nog voldoende recent is om bij de biedprijs te kunnen aansluiten. Een tweede complicatie is gelegen in het feit dat dividenduitkeringen in de periode tussen het bod en de datum van het eindarrest niet zonder meer in mindering worden gebracht op de uitkoopprijs. Een derde complicerende factor is dat in gevallen waarin aansluiting bij de biedprijs van het openbaar bod niet zomaar mogelijk is, actuele gegevens met betrekking tot de doelvennootschap nodig zijn aan de hand waarvan de prijs van de aandelen kan worden bepaald. Onzeker is of daarbij kan worden volstaan met een zogenaamde ‘omstandighedenverklaring’ van een accountant (inhoudende dat zich sinds het bod geen feiten en omstandigheden hebben voorgedaan die een hogere prijs dan de biedprijs rechtvaardigen) of dat toch een deskundigenonderzoek nodig is. Al deze consequenties dragen naar het oordeel van de OK bij aan het oplopen van de doorlooptijden van uitkoopzaken en leiden tot aanzienlijke directe kosten (een ‘omstandighedenverklaring’ en een deskundigenonderzoek) en indirecte kosten (als gevolg van uitstel van volledige integratie van de doelvennootschap) voor de overnemer in uitkoopprocedures. Daarnaast verdient de ratio van het sinds 2000 gehanteerde uitgangspunt (dat de voor- en nadelen verboden aan de aandelen voor rekening en risico blijven van de uit te kopen aandeelhouder tot het moment van de overdracht van zijn aandelen) naar het oordeel van de OK relativering. Zie voor de redenen voor relativering van de ratio rechtsoverweging 3.16 van de OK.

De OK hanteert daarom vanaf Unit4 een nieuwe peildatum. Bij procedures volgend op een openbaar bod sluit zij voor de peildatum aan bij het bod, in het bijzonder de datum van de betaalbaarstelling ‘mits de bieder dan ten minste 95% van het geplaatste kapitaal van de doelvennootschap houdt’. De nieuwe peildatum doet volgens de OK recht aan de belangen van zowel de overnemer als de uit te kopen aandeelhouder(s) en draagt bij aan de rechtszekerheid alsmede aan het terugdringen van de doorlooptijden. De OK sluit echter niet uit dat zich in een zaak omstandigheden kunnen voordoen die rechtvaardigen dat zij een andere peildatum hanteert. Als voorbeeld noemt de OK een aanzienlijk tijdsverloop tussen de betaalbaarstelling en de dag van dagvaarding. Zij meent dat in dat geval, en ook in de situatie dat aan de uitkoopprocedure geen openbaar bod vooraf ging, de datum van het tussenarrest waarin zij vaststelt dat de vordering tot uitkoop in beginsel toewijsbaar is (en een deskundigenbericht gelast) als peildatum kan gelden.

De beslissing van de OK in dit arrest is met name gunstig voor de overnemer in de uitkoopprocedure. De nieuwe peildatum brengt namelijk mee dat de overnemer niet tot het eindarrest hoeft te wachten met de integratie van de doelvennootschap.

### Literatuur

- S.M. Bartman & J.B. Wezeman (red.), *Uitspraken Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2015;
- J.H. Bennaars, *De rechtspositie van de bestuurder* (Monografieën Sociaal Recht, deel 68), Deventer: Kluwer 2015;
- C.D.J. Bulten, L.E. van Doorn & R.G.J. Nowak, *Pocket Rechtspersonen 2015-2016*, Deventer: Kluwer 2015;
- M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 128), Deventer: Kluwer 2015;
- W.G. Huigen, e.a., *De personenvennootschap anno 2015 en haar toekomst* (Ars Notariatus, deel 159), Deventer: Kluwer 2015;
- B. Kemp, *Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: De positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 129), Deventer: Kluwer 2015;
- A.S.J.M. Tervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht* (Serie Recht en Praktijk – Ondernemingsrecht, ONR8), Deventer: Kluwer 2015.

## FINANCIEEL RECHT

AAK20157929

Instituut voor Financieel Recht (IFR), Radboud Universiteit Nijmegen, verzorgd door prof. mr. D. Busch, mr. drs. T.M.C. Arons, mr. A.J.A.D. van den Hurk, mr. drs. P. Laaper, mr. A.W. van der Vegt, mr. J.W.P.M. van der Velden

PERIODE 1 JULI – 30 SEPTEMBER 2015

## I ALGEMEEN

### Internationale ontwikkelingen

*G20-/OESO-principes met betrekking tot corporate governance*

De ministers van Financiën van de G20 hebben in september 2015 de nieuwe G20-/OESO-principes met betrekking tot *corporate governance* goedgekeurd. De geactualiseerde principes omvatten aanbevelingen aan beleidsmakers ten aanzien van: (1) aandeelhoudersrechten; (2) bestuurdersbeloningen; (3) financiële publicatieverplichtingen; (4) het gedrag van institutionele beleggers; (5) het functioneren van beurzen.

## Europese regelgeving

### *Consultatie Antonveneta richtsnoeren*

In de periode 3 juli 2015 tot en met 2 oktober 2015 hebben de drie Europese toezichtautoriteiten een concept geconsulteerd van aangepaste richtsnoeren voor de *prudential assessment of acquisitions and increases in qualifying holdings*. De oorspronkelijke versie van deze richtsnoeren, uitgevaardigd onder Richtlijn 2007/44/EC, ook wel aange-merkt als de Antonveneta-richtlijn, dateert uit 2008.

### *Call for evidence EU regulatory framework for financial services*

Op 24 september 2015 heeft de Europese Commissie een *call for evidence* gepubliceerd met betrekking tot het EU regulatory framework for financial services. Belanghebbenden hebben tot en met 6 januari 2016 de gelegenheid te reageren via een online vragenlijst, die op de website van de Europese Commissie is gepubliceerd. Het doel van deze consultatie is om begrip te krijgen van de gecombineerde impact van wet- en regelgeving en onbedoelde gevolgen. Verder zouden er volgens de Europese Commissie gebieden kunnen zijn waar verdere actie nodig is in het kader van de prioriteitsdoelstelling van de Commissie om banen en groei te creëren. Verder wil de Europese Commissie reflecteren op eventuele onbedoelde toetredingsdrempels voor nieuwe spelers en innovatieve bedrijven.

### *Roadmap met betrekking tot het groenboek voor retail financiële dienstverlening en verzekeringen*

Op 2 september 2015 heeft de Europese Commissie een *roadmap* gepubliceerd met betrekking tot een groenboek ten aanzien van retail financiële dienstverlening en verzekeringen. Door middel van dit groenboek zullen belanghebbenden worden geraadpleegd met betrekking tot obstakels die consumenten ervaren in het aanbod en de aanschaf van retail financiële diensten en verzekeringen in de EU. De Europese Commissie beoogt zowel van de vraag- als van de aanbodzijde informatie te verzamelen met betrekking tot de grensoverschrijdende integratie van retail financiële dienstverlening en verzekeringen alsmede andere vraagstukken, zoals problemen van consumenten op nationale markten, die de vorming van een competitieve *single market* op dit vlak belemmeren.

### *Richtlijn Financiële Conglomeraten: definities en coördinatie van het aanvullend toezicht op risicoconcentraties en intragroepstransacties*

In *KwartaalSignaal* 133 zijn de technische standaarden voor risicoconcentraties en intragroepstransacties binnen financiële conglomeraten besproken. Op 21 augustus 2015 heeft de Europese Commissie de definitieve tekst van deze standaarden gepubliceerd.

## Nederlandse regelgeving

### *Wijzigingswet financiële markten 2016*

In *KwartaalSignaal* 132 en 136 zijn respectievelijk het consultatiedocument en het wetsvoorstel voor de Wijzigingswet financiële markten 2016 besproken. In het derde kwartaal van 2015 is de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer doorgedaan. Dat heeft geleid tot vier nota's van wijziging. De eerste nota van wijziging wordt behandeld onder het kopje 'kredietinstellingen' hierna. Door middel van de tweede nota van wijziging wordt onder meer een vvgb-plicht voor houders van een gekwalificeerde deelneming in een premiepensioenstelling opgenomen in het wetsvoorstel en wordt voorgesteld DNB en AFM de mogelijkheid gegeven om vertrouwelijke gegevens of inlichtingen te verstrekken aan de Kansspelautoriteit. Verder wordt een aantal technische wijzigingen doorgevoerd en worden bijlage I en II bij de Wet bekostiging van het financieel toezicht gewijzigd. De derde nota van wijziging bevat een aantal wijzigingen van technische aard. Verder wordt de mogelijkheid gecreëerd voor een overbruggingsverzekeraar om voor een bepaalde periode over een vergunning te beschikken zonder dat zij aan de vergunningvereisten voldoet, wordt beoogd een betere aansluiting van hoofdstuk 1.7 Wft (Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen (Wbfo)) op de voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Wbfo geldende regelgeving met betrekking tot beloningsbeleid te bereiken, is een aantal wijzigingen in de Wet bekostiging financieel toezicht voorzien en is voorzien in een overgangsregeling ten aanzien van de verkorte roulatietermijn onder de Wet toezicht accountantsorganisaties. Door middel van de vierde nota van wijziging zal ten slotte een nog niet in werking getreden bepaling uit de Wet op het accountantsberoep vervallen (Wab). De Wab voorzag, vooruitlopend op de inwerkingtreding van EU Verordening 537/2014, in een roulatietermijn en afkoelingsperiode voor kantoorroulatie bij de wettelijke accountantscontrole bij organisaties van openbaar belang (zoals bepaalde financiële en beursgenoteerde ondernemingen). Na inwerkingtreding van de Europese Verordening zullen de hierin opgenomen termijnen gaan gelden en niet de eerder in de Wab opgenomen termijnen.

Verder is er een amendement ingediend door Aukje de Vries, dat erin voorziet dat renteloze consumentenkredietovereenkomsten tot € 750 niet zouden zijn onderworpen aan de Wft-regels voor kredietverschaffing. Ook is, naar aanleiding van onder meer een discussie in het wetgevingsoverleg, een motie ingediend (eveneens door Aukje de Vries) die strekt tot vaststelling van een vrijstellingsregeling uit hoofde van de richtlijn Consumentenkrediet voor de telecomsector voor het aanbieden van een abonnement met telefoon, onder de voorwaarde dat de sector uiterlijk 1 januari 2016 komt tot een gedragscode, gericht op preventie en aanpak van 'mobiele schulden'. Eerder, op 2 juli 2015, stuurde de minister van Financiën de Tweede Kamer een brief waarin hij schrijft dat een telefoonabonnement met een 'gratis' toestel een lening blijft en dat de

verstrekking ervan daarom aan de regels voor kredietverschaffing moet voldoen. Dit had de minister besloten naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad, die oordeelde dat deze regels ook gelden bij het afsluiten van een telefoonabonnement.

#### *Spoedeisende wetsvoorstellen*

Op 18 september 2015 is een door de minister en de staatssecretaris van Financiën een brief aan de Tweede Kamer gestuurd, met daarin een overzicht van spoedeisende wetsvoorstellen. In dit overzicht is ook een aantal wetsvoorstellen op het gebied van het financieel toezicht opgenomen. Het betreft de wet ter implementatie van de richtlijn Transparantie, de Wijzigingswet financiële markten 2016, de Wet ter implementatie van de richtlijn Herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen en de Wet uitvoering verordening centrale effectenbewaarinstellingen.

#### *DNB good practices integriteitsrisicoanalyses*

Op 18 juli 2015 heeft DNB *good practices* gepubliceerd met betrekking tot de beheersing van integriteitsrisico's. De aanleiding voor de publicatie zijn onder meer de resultaten van een onderzoek van DNB bij een groot aantal financiële ondernemingen, waaruit volgens DNB blijkt dat de beheersing van dergelijke risico's bij veel instellingen onvoldoende is.

#### *Beleidsregel incident AFM*

In de periode 30 juli 2015 tot en met 11 september 2015 heeft de AFM een concept voor een beleidsregel over het melden van incidenten aan de AFM geconsulteerd. De AFM geeft aan dat zij voornemens is om, na afloop van de consultatie, de definitieve beleidsregel te publiceren. Het consultatiedocument heeft overigens uitsluitend betrekking op de invulling van het begrip 'incident' in het kader van het toezicht van de AFM en niet op de (gelijkluidende) pendant van het dit begrip in het toezicht van DNB.

#### *Aanpassingen Nrgfo Wft*

In de periode 7 juli 2015 tot en met 21 augustus 2015 heeft de AFM een aanpassing van de Nadere regeling gedrags-toezicht financiële ondernemingen Wft (Nrgfo Wft) geconsulteerd. De Nrgfo Wft wordt op drie punten aangepast: in de eerste plaats wordt een aantal technische aanpassingen gedaan, in de tweede plaats worden voor twee producten waarvoor in de praktijk al aangepaste financiële bijsluiters worden gebruikt deze nu ook formeel voorgeschreven en ten derde wordt een aanpassing gedaan voor de te hantieren berekening voor het pessimistische opbrengstscenario bij vermogensopbouw producten op basis van sparen, aangezien door de huidige lage rente de voorgeschreven berekening niet voldoet.

*Besluit tot wijziging van het Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft in verband met een nadere regeling van overbruggingsinstellingen en entiteiten voor activa- en passivabeheer*

Op 14 juli 2015 heeft de minister van Financiën een ontwerp tot wijziging van het Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft in verband met een nadere regeling van overbruggingsinstellingen en entiteiten voor activa- en passivabeheer gepubliceerd. Dit besluit geeft nadere regels voor overbruggingsinstellingen voor verzekeraars, banken en beleggingsinstellingen en voor entiteiten voor activa- en passivabeheer. Overdracht van activa en passiva kan geboden zijn om kritieke functies van een financiële onderneming in stand te houden. In geval van een verzekeraar komt daar nog bij dat de overdracht ertoe dient om de belangen van personen met een vordering uit hoofde van een verzekering te beschermen. De directe aanleiding voor het besluit is de implementatie van de richtlijn Herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen. Voor verzekeraars (waarvoor deze richtlijn niet geldt) is een grondslag voor het besluit opgenomen in de Interventiewet.

#### *Brief terugkoppeling effecten van geschiktheidstoetsingen en vervallen van de schorsingsbevoegdheid uit de Wijzigingswet financiële markten 2016*

Op 3 juli 2015 heeft de minister van Financiën de Tweede Kamer een terugkoppeling gegeven van de effecten van geschiktheidstoetsingen bij beleidsbepalers en commissarissen van financiële ondernemingen. Daarin komen onder meer de procedure en de mogelijkheid om op te komen tegen (negatieve) toetsingsbeslissingen aan de orde. In de nota naar aanleiding van het verslag (verschenen op 21 augustus 2015) vermeldt de minister het voornemen van de toezichthouders om het toetsingsproces in 2016 extern te laten evalueren. In het wetgevingsoverleg (verslag vastgesteld op 16 september 2015) geeft de minister van Financiën verder aan dat hij, naar aanleiding van het vervallen van de schorsingsbevoegdheid in het kader van een geschiktheidstoetsing uit de Wijzigingswet financiële markten 2016, om alsnog een afweging te maken of het opnemen van een mogelijkheid waarbij de toezichthouder in bepaalde omstandigheden versneld zou moeten kunnen interveniëren, toegevoegde waarde heeft en mogelijk is binnen de kaders die de Raad van State daar in haar advisering voor heeft aangegeven.

#### **Rechtspraak**

- CBB 3 maart 2015, *JOR* 2015/204, m.nt. Van Poelgeest (kredietverstrekking aan consumenten zonder vergunning; cessie toekomstige vordering tegen koopprijs);
- Board of Appeal van Europese Toezichtautoriteiten, *Onix Asigurari en S. Lentini/EIOPA*, 3 augustus 2015 (mededeling van EIOPA een besluit waartegen beroep mogelijk is?);
- CBB, 8 juli 2015, *ECLI:NL:CBB:2015:191*, *JOR* 2015/238, m.nt. R.P.A. Kraaijeveld & P.L. Reeser Cupe-rus (mystery shopping, strijd met art. 6 en 8 EVRM);

- Rechtbank Rotterdam, 4 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3894, *JOR* 2015/207, m.n.t. S.M.C. Nuijten (inwinning door de AFM van gegevens Belastingdienst, onrechtmatig handelen toezichthouder).

### Literatuur

- M.J. Blotwijk, 'Transparantie is het effectiefste toezichts-instrument', *FR* 2015, afl. 6;
- A. Brack, 'Kritisch over... een preadvies en een oratie op het gebied van het financieel recht', *TvCo* 2015, afl. 3;
- D. Busch, F.M.A. 't Hart & I.P.M.J. Jansen (red.), *Jurisprudentie Financieel Recht 1968/2015* (2e druk), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015;
- A. Dombret & P.S. Kenadjian (eds.), *The Capital Markets Union. A Viable Concept and a Real Goal?* (Institute for Law and Finance Series, vol. 17), Berlin/Boston: De Gruyter 2015;
- V. Gerlach, 'Nieuwe beloningsrichtlijnen EBA en de Wbfo: harmonisatievraagstukken en andere samenloop-problemen', *FR* 2015, afl. 9;
- G. Kastelein, 'Derivatens', *FR* 2015, afl. 9;
- R.E. van Lambalgen, 'Symposiumverslag. 15 jaar boetes en dwangsommen in het financieel toezichtrecht', *FR* 2015, afl. 7/8;
- A.G. Mein, 'De boete uit balans', *FR* 2015, afl. 7/8;
- A.A. Pasaribu, 'Enkele opmerkingen over de inzichtelijkheid van de Wet op het financieel toezicht naar aanleiding van de invoering van het toezicht op afwikkelondernemingen', *FR* 2015, afl. 9;
- W.A.K. Rank & S. Uiterwijk, 'De gevolgen van negatieve rentevoeten in ISDA-verband', *FR* 2015, afl. 7/8, p. 306-311;
- R.J. Schotsman, 'Spelers in transitie', *TvCo*, 2015, afl. 3;
- L.J. Silverentand (red.), *Hoofdlijnen Wft* (Serie Recht en Praktijk Financieel Recht, FR 6, 3e druk), Deventer: Wolters Kluwer 2015;
- L.J. Silverentand, 'Verandervermogen', *FR* 2015, afl. 9.

## 2 AANSPRAKELIJKHEID AFM EN DNB

### Rechtspraak

- Rb. Amsterdam 29 april 2015, *JOR* 2015/206, m.nt. Van Praag (DSB Bank; DNB niet aansprakelijk voor als gevolg van faillissement van DSB geleden schade).

## 3 BELEGGINGSINSTELLINGEN

### Europese regelgeving

#### ESMA

ESMA heeft een advies gepubliceerd over de toepassing van de AIFM-richtlijn en haar opinie over het functioneren van het Europese paspoort voor alternatieve beleggingsin-

stellingen. Voorts heeft ESMA technische uitvoeringsstandaarden ontwikkeld met betrekking tot sancties op grond van UCITS V. Tot slot consulteert ESMA over richtsnoeren inzake beloning in verband met UCITS V.

### Rechtspraak

- HR 7 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1784 en ECLI:NL:HR:2015:1785 (*Palm Invest*);
- Rb. Amsterdam 29 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4514 (*NovaCap Floralis Termijnfonds*).

### Literatuur

- R.J. Boogaard, 'AIFMD: veranderd toezicht op beheerders van beleggingsinstellingen in Nederland', *O&F* 2015, afl. 2;
- M.H.P. Claassen & J.L. Snijders, 'De ontwikkeling van de Nederlandse kredietunie als alternatieve financieringsvorm', *FIP* 2015/271;
- Grundmann-van de Krol, 'Consultatiewetsvoorstel implementatie UCITS V', *Ondernemingsrecht* 2015/49;
- M.R.H.M. Plasmans, 'De beleggingsmaatschappij met veranderlijk kapitaal', *V&O* 2015/708;
- J.C.A. Tonino, 'Op zoek naar de grenzen van het AIFMD-activiteitenverbod: beleggingsdienstverlening door een beheerder van een beleggingsinstelling', *FR* 2015, afl. 7/8, p. 299-305.

### Varia

Vermogensbeheerders laten hun cliënten in veel gevallen beleggen in 'interne beleggingsfondsen'. Dat zijn beleggingsfondsen die door henzelf (of een groepsentiteit) worden beheerd. Er is dan sprake van een tegenstrijdig belang: de vermogensbeheerder verdient immers zowel aan het vermogensbeheer als aan het beheer van het beleggingsfonds. De AFM heeft geconsulteerd over de voorwaarden waaronder een vermogensbeheerder en een aanbieder van beleggingsfondsen binnen één concern kunnen functioneren.

## 4 BELEGGINGSONDERNEMINGEN

### Europese regelgeving

#### MiFID II / MiFIR

ESMA heeft definitieve technische standaarden m.b.t. MiFID/MiFIR gepubliceerd. Deze technische standaarden moeten nog door de Europese Commissie worden vastgesteld. Zie ESMA/2015/1464, *Final Report Draft Regulatory and Implementing Technical Standards MiFID II / MiFIR* (28 September 2015).

## Nederlandse regelgeving

### MiFID II

Tijdelijke regeling richtlijn markten voor financiële instrumenten, *Stcrt.* 17 juli 2015.

### Rechtspraak

- CBB 6 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:243 (niet melden transacties, overtreding art. 4:90e lid 3 Wft);
- Rb. Amsterdam 8 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4286 (renteswap en euriborlening);
- HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1866 (aandelenlease Dexia);
- Rb. Amsterdam 15 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4380 (renteswap en gefixeerde opslag);
- Rb. Rotterdam 15 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5194 (renteswap; zorgplicht bank);
- Rb. Oost-Brabant 22 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4429 (renteswap; zorgplicht geschonden door bank);
- Rb. Zeeland-West-Brabant 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5415 (renteswapcontract);
- HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2191 (zorgplicht bank beleggingsadvies);
- Hof Amsterdam 15 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3842 (*X/ING Bank nv*) (vernietiging renteswap wegens dwaling).

### Literatuur

- F.M.A. 't Hart, 'Het huisproduct als beste advies', *FR* 2015, afl. 7/8.

### Varia

De AFM heeft de leidraad 'Informatie over risicoprofielen' uit 2010 geactualiseerd. De leidraad was in 2010 tot stand gekomen in afstemming met VBA beleggingsprofessionals. De VBA heeft eerder in 2015 haar rapport Risicostandaarden Beleggingen geactualiseerd. Omdat de leidraad van de AFM gebruik maakt van dit rapport van de VBA, is actualisatie van de leidraad noodzakelijk om de informatie uit beide documenten weer op elkaar te laten aansluiten. Het doel van de leidraad is financiële ondernemingen te ondersteunen bij het centraalstellen van het klantbelang en bij het verbeteren van de kwaliteit van de informatieverstrekking aan consumenten. Met de aanbevelingen uit de leidraad wordt beoogd dat consumenten meer inzicht krijgen in de beleggingen en risico's in een risicoprofiel en dat zij in staat zijn risicoprofielen en beleggingen met elkaar te vergelijken. Zie <http://afm.nl/nl-nl/professionals/nieuws/2015/sep/leidraad-risicoprofielen>.

## 5 KREDIETINSTELLINGEN

### Nederlandse regelgeving

#### Implementatie BRRD & SRM

Het wetsvoorstel ter zake van de Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (zie vorige *KwartaalSignaal*) is op 8 september 2015 aangenomen door de Tweede Kamer. De gewijzigde motie van de leden Omtzigt en Merkies over de toets op financiële stabiliteitsgevolgen en afwikkelbaarheid bij fusies en overnames is aangenomen. Het gewijzigd voorstel van wet is aan de Eerste Kamer gestuurd.

#### Implementatie CRD IV/CRR

De Wijziging van de Regeling specifieke bepalingen CRD IV en CRR in verband met introductie van systeemrisicobuffer en enkele technische aanpassingen is gepubliceerd in de Staatscourant. Een belangrijk onderdeel van deze wijzigingsregeling is de introductie van de systeemrisicobuffer (SRB), zoals opgenomen in artikel 133 van CRD IV. Een andere belangrijke wijziging betreft de afschaffing van de voorafgaande goedkeuring (*pre-approval*) door DNB van voorgenomen emissies van zogeheten AT1- of T2-kapitaalinstrumenten, door artikel 1:4 van de Regeling specifieke bepalingen CRD IV en CRR te laten vervallen. Daarnaast wordt met deze wijzigingsregeling een aantal technische aanpassingen doorgevoerd in de Regeling specifieke bepalingen CRD IV en CRR en in de Regeling staten financiële ondernemingen Wft 2011. De regeling is per 28 augustus 2015 in werking getreden.

#### Concernfinancieringsmaatschappijen en aantrekken van opvorderbare gelden

In *KwartaalSignaal* 132 en 136 zijn respectievelijk het consultatiedocument en het wetsvoorstel voor de Wijzigingswet financiële markten 2016 besproken. In het derde kwartaal van 2015 is de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer doorgegaan. Dat heeft geleid tot vier nota's van wijziging. De eerste nota van wijziging brengt enkele wijzigingen aan met betrekking tot de voorwaarden waaraan concernfinancieringsmaatschappijen moeten voldoen om niet onder de vergunningplicht voor banken te komen vallen (art. 2:11 Wft) en stelt een wijziging voor op artikel 3:5 Wft (aantrekken van opvorderbare gelden als gevolg van het aanbieden van effecten (art. 3:5 Wft)). Zie voor een bespreking van de overige nota's van wijziging hierboven, onder het kopje 'algemeen'.

#### Overig

- Wet toezicht kredietunies, *Stb.* 2015, 304;
- Wijziging Besluit Markttoegang financiële ondernemingen Wft, Besluit prudentiële regels Wft, Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten en Besluit prudentieel toezicht financiële groepen Wft i.v.m. de verordening banktoezicht, *Stb.* 2015, 296.

### Rechtspraak

- Rb. Amsterdam 1 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3962 (onteigening effecten, SNS);
- Hof Amsterdam 8 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2779 (enquête, SNS);
- HvJ EU 2 september 2015, C-127/14 (depositogarantiestelsel);
- HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2741 (schriftelijke mededeling Bank).

### Literatuur

- R. Abma, 'Enige kanttekeningen bij de voorgenomen beschermingsconstructie bij ABN AMRO', *Ondernemingsrecht* 2015/73;
- D. Busch & G. Ferrarini (eds.), *European Banking Union*, Oxford: OUP 2015;
- D. Crul, 'Bankentucht recht – op weg naar vertrouwen?', *FR* 2015, afl. 7/8;
- A. Dombret & P.S. Kenadjian (eds.), *Too Big to Fail III: Structural Reform Proposals. Should we Break up the Banks?* (Institute for Law and Finance Series, vol. 16), Berlin/Boston: De Gruyter 2015;
- S. Hijink, 'Reactie op "Enige kanttekeningen bij de voorgenomen beschermingsconstructie bij ABN AMRO"', *Ondernemingsrecht* 2015/74;
- P.M. Joosen, 'Bankwetgeving na de financiële crisis, is het genoeg?', *Ondernemingsrecht* 2015/81;
- S.M. Peek & S. Maric, 'Tuchtrecht en toezicht: impact op banken', *FR* 2015, afl. 7/8.

## 6 PENSIOENFONDSEN

### Rechtspraak

*Rechtbank Amsterdam 10 augustus 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5389*

Voor pensioenfondsen geldt een verbod op *ringfencing*: als een pensioenfonds bijvoorbeeld 5 verschillende pensioenregelingen uitvoert, kan het niet per pensioenregeling een afgescheiden vermogen aanhouden. Het fonds beheert, zagezegd, één pot met geld. Het resultaat is solidariteit: alle begunstigden delen in gelijke mate in de lusten en lasten van het pensioenfonds. Pensioenfonds Mercurius voert voor vijf organisaties ('bijdragende ondernemingen') pensioenregelingen uit. Net als veel andere pensioenfondsen, heeft ook Mercurius te kampen met een lage dekkingsgraad. Mercurius heeft moeten besluiten om pensioenen te korten. Enkele van de vijf bijdragende ondernemingen hebben zich verplicht tot bijstorting. Mercurius kort daarom gedifferentieerd: (oud-)werknemers van de ondernemingen die bijstorten worden minder gekort dan andere (oud-)werknemers. De rechtbank oordeelt dat dit gedifferentieerde korten niet in strijd komt met het verbod op *ringfencing*.

### Literatuur

- F.A.M. Eumkens, 'De thermometer in de pensioenvlucht naar België', *PensioenMagazine* 2015/96;
- J.J.E.M. Goetstouwers, 'Algemeen pensioenfonds krijgt nu echt gestalte', *PensioenMagazine* 2015/95;
- R.H. Maatman & E.M.T. Huijzer, 'Invaren onder het Handvest', *TPV* 2015/32;
- B. van Tilburg & P. van Rijsbergen, 'Het APF: een veelbelovende toekomst, maar snelheid geboden!', *P&P* 2015/4.

## 7 VERZEKERAARS

### Internationale ontwikkelingen

*Principles for funding an insurance guarantee scheme*  
Het International Forum of Insurance Guarantee Schemes (IFIGS) heeft in augustus 2015 een document gepubliceerd dat ingaat op de overwegingen die bij het opzetten van verzekeringsgarantiestelsel in aanmerking zouden moeten worden genomen. In het document worden geen aanbevelingen gedaan. Het IFIGS is in 2013 opgericht met als doel het verzamelen en uitwisselen van kennis en ervaring met betrekking tot verzekeringsgarantiestelsels.

### Europese regelgeving

*Tweede set Technische Standaarden en Richtsnoeren Solvency II*

Op 6 juli 2015 heeft EIOPA de tweede set technische standaarden en richtsnoeren, die onderdeel uitmaken van het Solvency II-raamwerk, gepubliceerd.

*Wijziging van de Gedelegeerde Verordening Solvency II*

Op 30 september 2015 heeft de Europese Commissie een voorstel gepubliceerd voor de aanpassing van de Gedelegeerde Verordening Solvency II. De aanpassingen kunnen geplaatst worden in het kader van de Europese Kapitaalmarktunie. De aanpassingen hebben met name betrekking op de behandeling van beleggingen in infrastructuur, in *European Long Term Investment Funds* (ELTIF's) en in aandelenbeleggingen die verhandeld worden op *multi-lateral trading facilities* (MTF's). Ook worden bepaalde overgangsbepalingen in de verordening voor de behandeling van aandelenbeleggingen verduidelijkt.

*Opinie EIOPA met betrekking tot berekening van de groeps-solvabiliteit in de context van equivalentie*

Op 25 september 2015 heeft EIOPA een opinie gepubliceerd, waarin zij haar interpretatie uiteenzet met betrekking tot de berekening van de groeps-solvabiliteit van groepen waarvan verzekeraars of herverzekeraars deel uitmaken, die gevestigd zijn in landen waarvan het toezichtregime (voorlopig) als gelijkwaardig aan Solvency II wordt aangemerkt. De opinie gaat in op het in aanmer-



king te nemen kapitaalvereiste, de beschikbaarheid van de vermogensbestanddelen van de betreffende verzekeraar of herverzekeraar op groepsniveau en het monitoren van de solvabiliteitspositie.

### Nederlandse regelgeving

#### *Wet Implementatie Omnibus II-richtlijn en Implementatiebesluit richtlijn en verordening solvabiliteit II*

Op 9 juli 2015 is de Wet implementatie Omnibus II-richtlijn (zie *KwartaalSignaal* 132, 134 en 136) gepubliceerd in het Staatsblad. Op 28 juli 2015 is het Implementatiebesluit richtlijn en verordening solvabiliteit II in het Staatsblad gepubliceerd. Op diezelfde datum is ook het inwerkingtredingsbesluit van zowel de Implementatiewet als het Implementatiebesluit gepubliceerd, dat voorziet in inwerkingtreding op 1 januari 2016.

#### *Vrijstellingsregeling basic verzekeraars*

In de periode 20 juli 2015 tot en met 31 augustus 2015 is de vrijstellingsregeling voor basic verzekeraars geconsulteerd. Verzekeraars die niet onder de richtlijn Solvabiliteit II vallen zullen vallen onder een aangepast nationaal toezichtregime (Solvency II Basic). Kleine natura-uitvaartverzekeraars en kleine schadeverzekeraars zullen op grond van de Vrijstellingsregeling Wft worden vrijgesteld van prudentieel toezicht.

#### *Q&A DNB over kapitaaluitgifte door een holding van een verzekeraar*

Op 27 juli 2015 heeft DNB een Q&A gepubliceerd over de voorwaarden waaraan een financieel instrument, uitgegeven door een holding van een verzekeraar dient te voldoen, zodat voldaan wordt aan het vereiste van artikel 333, eerste lid 1, onderdeel b van de Gedelegeerde Verordening Solvency II. Dit artikel bepaalt dat het instrument niet bezwaard mag zijn en niet dusdanig met andere transacties mag zijn verbonden, dat deze de kwaliteit van het instrument ondermijnen. Volgens DNB betekent dit onder meer dat bij liquidatie van een tot de groep behorende verzekeraar aflossingen van instrumenten dienen te worden opgeschort totdat de belangen van polishouders en begunstigen van die verzekeraar zijn nagekomen, dan wel naar tevredenheid zijn geadresseerd. De holding moet dit volgens DNB aantonen door dit bijvoorbeeld expliciet in de bepalingen van het instrument op te nemen.

#### *Eigen Risicobeoordeling verzekeraars 2015*

Op 28 juli 2015 heeft DNB een brief gepubliceerd, waarin zij aangeeft wat zij verwacht van verzekeraars met betrekking tot de Eigen Risicobeoordeling 2015, die verzekeraars in Nederland vooruitlopend op de onder Solvency II verplichte ORSA moeten opstellen.

#### *Beleggingsverzekeringen*

Wijziging besluit en Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft m.b.t. aanzetten van cliënten met beleggingsverzekering tot het maken van weloverwogen keuze, *Stb.* 2015, 295 en *Stcrt.* 2015, 20353.

### Rechtspraak

- Hof van Justitie van de Europese Unie (Vijfde kamer) 29 april 2015, zaak C-51/13;
- ECLI:EU:C:2015:286 (*Nationale Nederlanden / Van Leeuwen*) m.nt. Busch & Arons, AA 2015, afl. 9 (AA20150696); m.nt. Frielink, *Ondernemingsrecht* 2015/76; m.nt. Leerink, *NTHR* 2015/4;
- CBB 24 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:270 (genoegzame herverzekering).

### Literatuur

- C.J. de Jong, 'De zorgplicht van de verzekeringstussenpersoon bij collectieve verzekeringen', *NTHR* 2015, afl. 4.

## 8 FINANCIËLE MARKTEN

### Europese regelgeving

#### *Invulling ESMA nieuwe marktmisbruikregels*

Op Europees niveau heeft ESMA de (concept-)technische standaarden gepubliceerd ter nadere invulling van de Verordening Marktmisbruik. De technische standaarden, in de vorm van zogenaamde RTS (*Regulatory Technical Standards*) en ITS (*Implementing Technical Standards*) maken deel uit van een rapport dat ESMA momenteel aan de Europese Commissie ter goedkeuring heeft voorgelegd. De Europese Commissie moet binnen drie maanden besluiten, waarna zowel het Europees Parlement als de Raad de mogelijkheid hebben om bezwaar te maken.

#### *Europese Commissie maakt Actieplan Capital Markets Union openbaar*

Op 30 september 2015 heeft de Europese Commissie haar Actieplan Capital Markets Union gelanceerd ((COM(2015) 468). Het vrije verkeer van kapitaal is een van de grondbeginselen waarop de EU is gebouwd. Hoewel de afgelopen vijftig jaar vooruitgang is geboekt, zijn de Europese kapitaalmarkten nog relatief onderontwikkeld en versnipperd. De met dit plan versterkte kapitaalmarkten zijn een aanvulling vormen op bankfinanciering. De aanpak van de Commissie is als volgt:

- Modernisering van de prospectusrichtlijn zodat openbare fondsenwerving voor bedrijven goedkoper wordt, regelgevingsbelemmeringen voor kleine ondernemingen met een notering op aandelen- en obligatiemarkten wordt geëvalueerd en de beursgang van kleine ondernemingen in Europese adviesstructuren wordt gepromoot;

- Lancering van een pakket maatregelen ter ondersteuning van durfkapitaal- en aandelenfinanciering in de EU, mede door particuliere investeringen via pan-Europese paraplufondsen, hervorming van de regelgeving en bevordering van *best practices* ten aanzien van fiscale stimulansen;
- Bevordering van innovatieve bedrijfsfinanciering zoals *crowdfunding*, onderhandse plaatsing en fondsen voor kredietverstrekking, waarbij de beleggersbescherming en de financiële stabiliteit is gegarandeerd;
- Doen van onderzoek naar een pan-Europese aanpak om mkb-financiering beter aan te sluiten bij de diverse financieringsbronnen.

Tegelijk met de lancering van dit Actieplan, heeft de Commissie ook twee concrete wetsvoorstellen openbaar gemaakt. Het gaat hier om: i) het Voorstel voor een Verordening tot vaststelling van gemeenschappelijke regels betreffende securitisatie en tot instelling van een Europees kader voor eenvoudige, transparante en gestandaardiseerde securitisatie en tot wijziging van de Richtlijnen 2009/65/EG, 2009/138/EG en 2011/61/EU en de Verordeningen (EG) nr. 1060/2009 en (EU) nr. 648/2012, 2015(COM)472; en ii) Voorstel voor een Verordening tot wijziging van Verordening (EU) nr. 575/2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, 2015(COM)473. Het eerste wetgevingsvoorstel beoogt dus:

- 1 het revitaliseren van de markten op een meer houdbare basis, zodat eenvoudige, transparante en gestandaardiseerde securitisatie kan fungeren als een effectief financieringsinstrument voor de economie;
- 2 het toestaan van efficiënte en effectieve risico-overdrachten naar een brede groep institutionele beleggers alsook banken;
- 3 ervoor zorgen dat securitisatie fungeert als een effectief financieringsmechanisme voor sommige langetermijnbeleggers alsook banken;
- 4 het beschermen van beleggers en beheren van systeemrisico door te voorkomen dat de gebrekkige *originate to distribute*-modellen terugkeren.

In het laatste voorstel worden de volgende onderdelen van de Capital Requirements Regulation (CRR) gewijzigd: a) kapitaalvereisten voor posities in securitisaties; b) een meer risicogevoelige behandeling van STS-securitisaties; c) de toelaatbaarheidscriteria voor STS-securitisaties.

Het is de bedoeling van de Commissie dat de Capital Markets Union in 2019 volledig operationeel is.

## Nederlandse regelgeving

*Implementatie verordening Marktmisbruik en richtlijn betreffende strafrechtelijke sancties voor marktmisbruik*

Op 9 juli jl. is het ontwerpvoorstel ter implementatie van de verordening Marktmisbruik en de richtlijn betref-

fende strafrechtelijke sancties voor marktmisbruik (ontwerpvoorstel Wet implementatie verordening en richtlijn Marktmisbruik) ter consultatie voorgelegd.

Het ontwerpvoorstel schrapt de nationale bepalingen die uitvoering geven aan de richtlijn Marktmisbruik uit 2003 (Richtlijn 2003/6/EG), aangezien de regels ter voorkoming van marktmisbruik thans zijn opgenomen in de verordening Marktmisbruik (Verordening 596/2014) die met ingang van 3 juli 2016 rechtsreeks toepasselijk is in de lidstaten. Ingevolge het ontwerpvoorstel vervallen dan ook de artikelen 5:53 tot en met 5:67, alsmede artikel 5:25i Wft. Naast enkele technische wijzigingen als gevolg van het vervallen van deze artikelen, worden in het ontwerpvoorstel enkele artikelen uit de Verordening Marktmisbruik van een nadere uitwerking voorzien. Daarnaast wordt in het ontwerpvoorstel uitvoering gegeven aan de implementatie van de richtlijn betreffende strafrechtelijke sancties voor marktmisbruik (Richtlijn 2014/57/EU), die voor 3 juli 2016 in de nationale wet- en regelgeving geïmplementeerd moet zijn. Omdat handelen conform de richtlijn Marktmisbruik thans niet doeltreffende kan worden afgedwongen, verplicht de richtlijn betreffende strafrechtelijke sancties voor marktmisbruik de lidstaten ertoe doeltreffende, evenredige en afschrikkende strafrechtelijke sancties in te voeren voor (ernstige vormen van) marktmisbruik, waardoor het rechtskader inzake marktmisbruik wordt versterkt. De consultatietermijn is inmiddels verlopen. De verwachting is dat het wetsvoorstel voor het einde van dit jaar bij de Tweede Kamer zal worden ingediend.

### Overig

Implementatiewet wijziging richtlijn Transparantie, *Kamerstukken II* 2014/15, 34232, 5.

### Rechtspraak

- HR 7 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1785, *RvdW* 2015/893 (strafrechtelijke vervolging wegens overtreding art. 5:2 Wft).

### Literatuur

- K.J. Bakker, 'Symposiumverslag De beursgang van ABN AMRO', *FR* 2015, afl. 6;
- P.D. Duyx, 'Openbaarmaking aan een onvoorspelbare financiële markt, een goede aanpak van marktmisbruik?', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* 2015, afl. 2/3;
- N.J. Gans, 'Koersgevoelige informatie; de uitstelbaarheid na VEB/Super de Boer', *V&O* 2015, afl. 6;
- S.M.C. Nuijten, 'Functioneel daderschap en feitelijke leidinggever: de dader in het bestuursrecht', *Tijdschrift mededingingsrecht in de praktijk* 2015, afl. 5.

**MEDEDINGINGSRECHT**

AAK20157937

Mr. M. Kuijper

**NEDERLANDS MEDEDINGINGSRECHT**

**Handhaving**

*PostNL rekent te hoge tarieven voor concurrenten*

Kleinere postvervoerbedrijven moeten voor post die zij met hun eigen netwerk niet kunnen bezorgen, gebruikmaken van het landelijke netwerk van PostNL. De kleinere postvervoerders Van Straaten Post B.V. en Intrapost bv. hebben zich bij de Autoriteit Consument & Markt (ACM) beklagd over de nieuwe tarieven en voorwaarden van PostNL, die per 1 januari 2015 zijn ingegaan. Deze dragen volgens deze postvervoerders een discriminatoir karakter. De ACM bepaalde dat de gestelde tarieven en voorwaarden strijdig zijn met artikel 9 van de Postwet 2009. De gestelde tarieven en voorwaarden zijn discriminatoir en leveren een ernstige belemmering op voor de concurrentiemogelijkheden van andere postvervoerbedrijven. De ACM heeft daarop besloten dat PostNL aan haar concurrenten dezelfde tarieven en voorwaarden in rekening moet brengen als zij aan haar eigen zakelijke klanten in rekening brengt. Om dit zo snel mogelijk te bewerkstelligen heeft de ACM een last onder dwangsom opgelegd ter hoogte van € 200.000 per dag dat PostNL in gebreke blijft, welke kan oplopen tot € 2.000.000. Het hier bedoelde besluit van de ACM dateert overigens van 1 mei 2015 en is onlangs na een uitspraak van de voorzieningenrechter pas openbaar gemaakt. PostNL had de rechtbank gevraagd de verplichtingen uit het besluit te schorsen en de publicatie van het besluit tegen te houden. Beide verzoeken zijn afgewezen. Het bezwaar dat PostNL daarnaast tegen het ACM-besluit heeft gemaakt is nog in behandeling. (Besluit ACM, 14.1177.53 (*Van Straaten Post B.V. en Intrapost B.V. tegen PostNL B.V.*)).

**Rechtspraak**

*Geen misbruik Schiphol richting ontwikkelaar Chipshol*

Chipshol heeft in 2011 een handhavingsverzoek ingediend bij de ACM wegens misbruik van een economische machtspositie door Schiphol. Schiphol zou volgens Chipshol de mededinging op de markt voor luchthavengebonden gebiedsontwikkeling in de Schiphol-zone verhinderen of verstoren, om zo de eigen vastgoedbelangen te dienen en concurrenten te benadelen. Schiphol zou meer in het bijzonder de ontwikkeling en exploitatie van gronden die in bezit zijn van Chipshol hebben tegengewerkt door het beïnvloeden van overheidsbesluiten en procedures. De ACM heeft deze klacht afgewezen, waarna de rechtbank het beroep dat tegen de afwijzing was ingesteld ongegrond heeft verklaard. Naar aanleiding van het hoger beroep

dat Chipshol tegen het vonnis van de rechtbank instelde, heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) recentelijk eveneens geoordeeld dat het beroep ongegrond is en dat de ACM de klacht van Chipshol terecht heeft afgewezen. De ACM heeft met inachtneming van het arrest *ITT Promedia* (T-111/96) overwogen dat Schiphol zich niet schuldig maakte aan uitsluitingsgedrag door middel van hinderlijke procesvoering. Het CBb onderzocht of dit toetsingskader juist is toegepast. Volgens dit arrest kan slechts sprake zijn van misbruik indien is voldaan aan twee cumulatieve criteria. Het moet dan gaan om (1) een beroep dat uitsluitend dient om de tegenpartij te tergen en (2) een beroep dat deel uitmaakt van een plan dat ertoe strekt de mededinging uit te schakelen. Met de rechtbank overweegt het CBb dat ACM terecht heeft geconcludeerd dat niet is gebleken van gedragingen van Schiphol die uitsluitend gericht waren op het tergen van Chipshol. Nu sprake is van cumulatieve criteria behoeft het betoog van Chipshol met betrekking tot het vermeende planmatige karakter van het handelen van Schiphol geen bespreking. Door de bevestiging van het CBb is de uitspraak van de rechtbank definitief geworden en kan Chipshol niet verder in beroep. (CBb 8 oktober 2015, zaaknummer 14/1, ECLI: NL:RBROT:2013:9069.)

**Literatuur**

- C.T. Dekker, ‘Over de motivering van een wetsvoorstel’, *M&M* 2015, afl. 4, p. 125-127.
- P.D. van den Berg en J.J. ten Cate, ‘Meelzaak – beperking aansprakelijkheid investeringsmaatschappijen door ACM? – ACM-besluiten inzake Bencis en CVC d.d. 30 november 2014’, *M&M* 2015, afl. 3, p. 117-123.
- W.W. Geursen, ‘Grensoverschrijdende kartels: ook jurisdictieoverschrijdende omzet in de boetegrondslag?’, *MP* 2015, afl. 7.
- F. Wijckmans, ‘Toezicht ACM op verticale overeenkomsten’, *MP* 2015, afl. 6, p. 16-18.

**EUROPEES MEDEDINGINGSRECHT**

**Handhaving**

*Nederlandse belastingafsprake met Starbucks is verboden staatssteun*

Het is algemene praktijk dat de Nederlandse Belastingdienst fiscale afspraken maakt met bedrijven, zogenaamde fiscale *rulings*, om bedrijven van tevoren zekerheid te geven over de belasting die zij moeten betalen in Nederland. Dergelijke *rulings* zijn in beginsel legaal. In 2008 heeft de Nederlandse Belastingdienst – met instemming van het ministerie van Financiën – een fiscale *ruling* afgegeven voor het Amerikaanse koffieconcern Starbucks. In het kort komt de *ruling* voor Starbucks op het volgende neer: een Zwitserse Starbucks-entiteit koopt koffiebonen in voor alle bedrijfsonderdelen van het bedrijf. Deze koffiebonen wor-

den voor het wereldwijde concern in Nederland gebrand en verpakt. Om de koffiebonen op de 'Starbucksmanier' te mogen branden, moet de branderij een vergoeding in de vorm van royalty's betalen aan een Starbucks-entiteit in het Verenigd Koninkrijk. Deze entiteit hoeft in het Verenigd Koninkrijk geen belasting te betalen over de royalty's. Bij elkaar bedragen de betaalde royalty's ongeveer net zoveel als de winst die in Nederland met het branden en verpakken van de koffie wordt behaald. De Nederlandse Belastingdienst is met Starbucks overeengekomen dat zij de royalty's van de winst mag aftrekken; de intellectuele-eigendomsrechten van Starbucks zitten namelijk niet in Nederland waardoor de royalty's ook niet in Nederland worden belast. Als gevolg daarvan betaalt Starbucks nauwelijks belasting in Nederland. De Europese Commissie is in 2014 een officieel onderzoek gestart naar de Starbucks-*ruling*. Recentelijk heeft de Europese Commissie besloten dat Nederland Starbucks voordelen heeft gegeven die in de ogen van de Europese Commissie neerkomen op staatssteun. Nederland zou selectieve belastingvoordelen hebben toegekend aan de Nederlandse koffiebranderij door de belasting op twee manieren kunstmatig te hebben verlaagd voor Starbucks. In de eerste plaats heeft de Nederlandse koffiebranderij de afgelopen jaren te veel betaald voor de bonen die zij heeft gekocht van de Zwitserse Starbucks-entiteit (ongeveer 30 miljoen euro te veel). De Nederlandse koffiebranderij heeft daardoor veel meer kosten gemaakt dan in de ogen van de Europese Commissie in normale marktomstandigheden het geval zou zijn geweest. In de tweede plaats weerspiegelen de betaalde royalty's niet de marktwaarde. Alleen de Nederlandse koffiebranderij is namelijk gehouden om voor het gebruik van de knowhow te betalen, alle andere ondernemingen van de Starbucks-groep en alle onafhankelijke koffiebranders aan wie het koffiebranden uitbesteed wordt, hoeven geen royalty's te betalen voor het gebruik van die knowhow in een situatie die in wezen dezelfde is. Starbucks geniet als gevolg van de *ruling* een oneerlijk concurrentievoordeel ten opzichte van andere ondernemingen die op hun werkelijke winst worden belast omdat zij marktprijzen betalen voor de producten en diensten die zij gebruiken. De Europese Commissie vordert daarom het door Nederland gegeven voordeel dat tussen de 20-30 miljoen euro ligt terug. Starbucks mag daarnaast niet langer profiteren van de gunstige fiscale behandeling. Een dergelijke terugvorderingsbeschikking komt er op neer dat Starbucks alsnog een hoger bedrag aan belasting zal moeten afdragen aan de Nederlandse Staat. Tegelijk met het Starbucks-besluit, heeft de Europese Commissie een zelfde soort besluit genomen ten aanzien van een fiscale *ruling* die Luxemburg met Fiat is overeengekomen. (Besluiten Europese Commissie, SA.38375 (*Fiat*) en SA.38374 (*Starbucks*) van 21 oktober 2015)

*Commissie start onderzoek na klacht van Mark Tuitert en Niels Kerstholt tegen ISU*

De internationale schaatsbond ISU verbiedt schaatsers deel te nemen aan wedstrijden die niet door ISU zijn goedgekeurd. Houden schaatsers zich daar niet aan, dan

dreigt levenslange uitsluiting van competities zoals de Olympische Winterspelen, het Wereldkampioenschap en het Europees kampioenschap. Naar aanleiding van een klacht van twee Nederlandse schaatsers, Mark Tuitert en Niels Kerstholt is de Europese Commissie een formeel onderzoek begonnen. Zij zal nagaan of de ISU-regelgeving schaatsers ten onrechte belet om hun sport te beoefenen, door ervoor te zorgen dat zij niet kunnen participeren in wedstrijden die niet door de ISU zijn goedgekeurd. Bovendien kunnen deze regels van ISU organisatoren van alternatieve evenementen ervan weerhouden de markt te betreden en het kan hen zelfs van de markt uitsluiten. Op die manier zou ISU een monopolie kunnen afdwingen voor de organisatie van schaatsevenementen. Dit kan wijzen op concurrentieverstorende afspraken en/of misbruik van een machtspositie, wat verboden is op basis van het Europese mededingingsrecht. Sportregels vallen onder de Europese mededingingsregels wanneer de instantie die de regels bepaalt of de ondernemingen en personen die met de regels te maken krijgen, een economische activiteit uitoefenen. Volgens de rechtspraak zijn sportregels niet in strijd met het Europees recht wanneer deze een legitiem doel dienen en wanneer de daarvoor gecreëerde beperkingen inherent en evenredig zijn aan het bereiken van die doelstelling. (Opening formeel onderzoek, AT.40208, gepubliceerd op 5 oktober 2015.)

### Rechtspraak

*Post Danmark: over kortingsstelsels en het verbod van misbruik machtspositie*

Post Danmark, het grootste postvervoersbedrijf in Denemarken, was in de jaren 2007 en 2008 belast met de universele postdienst bestaande uit de bezorging van brieven en pakjes en had een wettelijk monopolie op de bezorging van brieven met een maximaal gewicht van 50 gram. Post Danmark paste voor postreclame retroactieve kortingen met een gestandaardiseerd volumedrempel toe (een zogenaamd kortingsstelsel). Bring Citymail – een dochteronderneming van het nationale postvervoersbedrijf in Noorwegen – is in 2007 ook gestart met het bezorgen van bedrijvenpost, waaronder postreclame, in Denemarken. In 2010 heeft Bring Citymail zich teruggetrokken uit de Deense markt nadat zij grote verliezen had geleden. Bring Citymail heeft vervolgens een klacht ingediend bij de Deense mededingingsautoriteit dat Post Danmark misbruik zou hebben gemaakt van haar machtspositie op de markt voor de distributie van massamailings door in 2007 en 2008 kortingen voor postreclame toe te passen waardoor zij de clientèle aan zich bond en de markt werd afgeschermd. Uiteindelijk is de zaak bij de Deense handelsrechtbank terechtgekomen die de volgende prejudiciële vragen heeft gesteld aan het Europese Hof van Justitie (Hof): (i) hoe moeten de criteria uit artikel 102 VWEU worden toegepast om uit te maken of een kortingsstelsel, zoals die van Post Danmark, strijdig is met artikel 102 VWEU en (ii) welk belang moet worden gehecht aan het

criterium van de even efficiënte concurrent. Dit criterium houdt in dat wordt onderzocht of de tariefpraktijken van een onderneming met een machtspositie tot gevolg dreigen te hebben dat een concurrent die even goed presteert als die onderneming, van de markt wordt uitgesloten. Het Hof bepaalde dat om vast te stellen of een door een onderneming met een machtspositie ingevoerd kortingsstelsel (niet zijnde kwantumkorting of getrouwheidskorting) een met artikel 102 VWEU strijdige marktafslermende werking kan hebben, alle omstandigheden van het geval moeten worden onderzocht. In dat verband moet worden gekeken naar de criteria en de voorwaarden voor het verlenen van de kortingen, de omvang van de machtspositie van de betrokken onderneming en de specifieke mededingingsvoorwaarden van de relevante markt. Het feit dat in het geval van *Post Danmark* het kortingsstelsel op het merendeel van de clientèle op de markt van toepassing was, kan volgens het Hof een nuttige aanwijzing vormen voor het belang van die handelwijze en de impact ervan op de markt, waardoor een mededingingsverstoringe afslermende werking waarschijnlijker kan worden. Het Hof overwoog verder dat er geen juridische verplichting bestaat om het criterium van de even efficiënte concurrent toe te passen. Het criterium moet worden beschouwd als één van meerdere instrumenten om te beoordelen of met het gebruik van een kortingsstelsel misbruik wordt gemaakt van een machtspositie. De Deense handelsrechtbank zal aan de hand van de prejudiciële beslissing van het Hof moeten beoordelen of het kortingsstelsel van *Post Danmark* in overeenstemming is met artikel 102 VWEU. (HvJ EU 6 oktober 2015, C-23/14, *Post Danmark*.)

#### Literatuur

- P. Glazener, ‘Het internet, passieve verkoop en films’, *M&M* 2015, afl. 4, p. 153-154.
- M.R. Mok, ‘In memoriam Walter van Gerven’, *SEW* 2015, afl. 7/8, p. 323-325.
- M.R. Baneke, ‘Duurzaamheid is al snel te duur onder het kartelverbod’, *MP* 2015, afl. 5, p. 27-29.
- M.S. Wirtz, ‘Concurrentiebeperking tussen werkenden – De cao als kartelovereenkomst van zelfstandige ondernemers, schijnzelfstandigen of werknemers?’, *MP* 2015, afl. 5, p. 13-21.

## ECONOMISCH RECHT EN INTELLECTUELE EIGENDOM

AAK20157939

Mr. D.A.J.M. Melchers LL.M, mr. V.M. Vermeulen

PERIODE 1 JULI 2015 – 1 OKTOBER 2015

### Jurisprudentie

#### *Merkenrecht*

#### *Merkgoederen onder accijnsschorsingsregeling*

Wanneer in de EER goederen worden ingevoerd met daarop het teken van een merkhouder, kan deze merkhouder zich hiertegen verzetten, indien hij hiervoor geen toestemming heeft verleend. Het invoeren van deze waren kan dan worden gezien als een inbreukmakend ‘gebruik in het economische verkeer’ ingevolge artikel 5, lid 1 in samenhang met artikel 5, lid 3 Merkenrichtlijn (Richtlijn 89/104). De vraag die in het arrest van het HvJ EU inzake *TOP Logistics / Van Caem International v Bacardi* (d.d. 16 juli 2015; zaak C-379/14) moet worden beantwoord ziet op de situatie waarin goederen (alcoholhoudende dranken) van Bacardi van buiten Europa zonder toestemming Nederland zijn binnengekomen en (via de douaneschorsingsregeling) in de accijnsschorsingsregeling zijn geplaatst. Op grond van de richtlijn Algemene regeling voor accijnspullen (Richtlijn 92/12/EEG) moet er bij invoer van alcoholhoudende dranken in de Gemeenschap accijns worden betaald. In de onderhavige zaak zijn de betreffende goederen weliswaar onder de accijnsschorsingsregeling geplaatst, maar worden ze in belastingentrepot gehouden zolang de verschuldigde invoerrechten nog niet zijn voldaan; als gevolg hiervan kunnen de goederen nog niet worden uitgeslagen tot verbruik. Het is de vraag of op dit moment toch al sprake kan zijn van ‘gebruik in het economisch verkeer’, zoals bedoeld in artikel 5, lid 1 Merkenrichtlijn. Het HvJ EU oordeelt ten aanzien van de depothouder (*TOP Logistics*) dat door het verrichten van de dienst tot opslag geen sprake is van ‘gebruik’. Anders is het wanneer een marktdeelnemer (*Van Caem International*) goederen overdraagt aan een depothouder, met het oog op het in de handel brengen ervan. In die situatie is wel van ‘gebruik’ sprake. Dit gebruik vindt bovendien plaats ‘in het economische verkeer’ aangezien het een handelsactiviteit betreft waarmee een economisch voordeel wordt nagestreefd.

Echter, voor de toepassing van artikel 5, lid 1, sub a Merkenrichtlijn is op basis van jurisprudentie nodig dat er afbreuk wordt gedaan aan een van de functies van het merk. Het HvJ EU oordeelt dat de handeling waarbij de goederen onder de accijnsschorsingsregels worden geplaatst wel degelijk afbreuk kan doen aan de functies van het merk. Wanneer goederen worden ingevoerd zonder toestemming van de merkhouder en in belastingentrepot worden gehouden in afwachting dat zij ten verbruik worden uitgeslagen, wordt het de merkhouder immers onmogelijk gemaakt te

controleren op welke wijze deze goederen in de EER voor het eerst in de handel worden gebracht. Dergelijke handelingen doen dan ook afbreuk aan de functie van het merk om de onderneming waarvan de goederen afkomstig zijn en die de eerste verhandeling controleert te identificeren.

Gelet op het bovenstaande is het HvJ EU van oordeel dat een merkhouder zich ertegen kan verzetten dat een derde merkgoederen onder de accijnschorsingsregeling laat plaatsnemen na ze, zonder toestemming van de merkhouder, de EER te hebben doen binnenbrengen en in het vrije verkeer te hebben doen brengen.

#### *Reikwijdte beschermingsomvang bekend gemeenschapsmerk*

Unilever is merkhouder van het gemeenschapswoordmerk 'Impulse'. Wanneer Iron & Smith in Hongarije een nationaal beeldmerk inhoudende de woorden 'be impulsive' wil laten registreren, stelt Unilever hiertegen oppositie in. Op grond van artikel 4, lid 3 Merkenrichtlijn (Richtlijn 2009/95) kan een merk niet worden ingeschreven voor niet-soortgelijke waren of diensten, indien het gelijk is of overeenstemt met een ouder bekend gemeenschapsmerk en het risico bestaat dat ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van dit oudere merk.

In het arrest *Iron & Smith v Unilever* van het HvJ EU van 3 september 2015 (zaak C-125/1) gaat het over de vraag welk geografisch gebied binnen de Unie relevant is om te bepalen of een gemeenschapsmerk bekendheid geniet zoals bedoeld in artikel 4, lid 3 Merkenrichtlijn.

Het HvJ EU wijst naar eerdere jurisprudentie in het kader van het op dit punt in identieke bewoordingen gestelde artikel 9, lid 1, onder c Gemeenschapsmerkenverordening (Verordening 207/2009). Hierin is geoordeeld dat het begrip 'bekendheid' bij het relevante publiek een zekere mate van bekendheid veronderstelt, die geacht kan worden te zijn bereikt, wanneer het gemeenschapsmerk bekend is bij een aanmerkelijk deel van het publiek waarvoor de onder dat merk aangeboden waren of diensten bestemd zijn. Van een 'aanmerkelijk gedeelte' kan in een voorkomend geval al sprake zijn als het merk bekendheid geniet in slechts één enkele lidstaat van de Unie. De houder van het bekende gemeenschapsmerk hoeft niet te bewijzen dat er sprake is van bekendheid op het grondgebied van de lidstaat waar het verzoek om inschrijving van het jongere, nationale merk is gedaan.

Het HvJ EU merkt in dit kader op dat het vereiste van 'normaal gebruik' van een gemeenschapsmerk, zoals geregeld in de artikelen 15 en 51 Gemeenschapsmerkenverordening, alsmede de in dit kader in de rechtspraak ontwikkelde criteria verschillen van de bepalingen en de criteria inzake de 'bekendheid' van een dergelijk merk ex artikel 4, lid 3 Merkenrichtlijn.

Wat nu, zoals in casu, indien het oudere gemeenschapsmerk weliswaar bekend is in een aanmerkelijk deel van de Unie, maar onbekend is in de lidstaat waar de jongere merkaanvraag wordt ingediend. In die situatie zal de verwijzende rechter moeten onderzoeken of door het

gebruik van het jongere nationale merk ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of reputatie van het oudere gemeenschapsmerk, hetgeen ontoelaatbaar is. Zo kan het zijn dat een commercieel niet te verwaarlozen deel van het relevante publiek in die lidstaat het oudere gemeenschapsmerk toch kent en in verband brengt met het jongere nationale merk. Hoe directer en sterker het oudere merk door het jongere merk in gedachten wordt opgeroepen, hoe groter de kans dat door het gebruik ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of reputatie van het merk. Het is aan de merkhouder dit te bewijzen en om aan te tonen dat van inbreuk dan wel gevaar van inbreuk sprake is.

#### *'Kit Kat' als vormmerk*

Ditmaal gaat het om de inschrijving van een chocolade-wafel bestaande uit vier reepjes, oftewel de 'Kit Kat' als driedimensionaal merk. De prejudiciële vragen die in dit kader door de rechter in het Verenigd Koninkrijk aan het HvJ EU inzake *Nestlé v Cadbury* (zaak C-215/14; d.d. 16 september 2015) zijn gesteld hebben allereerst betrekking op de specifiek voor vormmerken geldende weigeringsgronden. In de onderhavige zaak was het Britse merkenbureau namelijk van oordeel dat de vorm van de 'Kit Kat' drie kenmerken had, te weten: (a) de rechthoekige tabletvorm als basis; (b) de aanwezigheid, de plaats en de diepte van de uitsparingen in de lengterichting van de tablet, en (c) het aantal uitparingen dat, samen met de breedte van de tablet, het aantal 'reepjes' bepaalt. Nu kunnen ingevolge artikel 3, lid 1, sub e Merkenrichtlijn (Richtlijn 2008/95) tekens die uitsluitend bestaan uit (i) de vorm die door de aard van de waar bepaald wordt, of (ii) de vorm van de waar die noodzakelijk is om een technische uitkomst te verkrijgen, of (iii) de vorm die een wezenlijke waarde aan de waar geeft, niet als merk worden ingeschreven. Het Britse merkenbureau was van oordeel dat kenmerk (a) een vorm betrof die voortvloeit uit de aard van de waar en de kenmerken (b) en (c) noodzakelijk waren voor het verkrijgen van een technische uitkomst. De drie kenmerken leveren derhalve afzonderlijk van elkaar (deels) verschillende weigeringsgronden op. Hierop is de inschrijving door het Britse merkenbureau afgewezen. Het HvJ EU herhaalt dat elke weigeringsgrond onafhankelijk van de andere wordt toegepast. Zodra één weigeringsgrond volledig van toepassing is op het teken, zal de inschrijving moeten worden geweigerd; dat geldt ook indien meerdere weigeringsgronden gelijktijdig van toepassing zijn. Weigering van de inschrijving kan *niet* indien elk van de drie genoemde weigeringsgronden slechts gedeeltelijk aanwezig zijn.

Voorts wordt het HvJ EU gevraagd uitleg te geven aan de weigeringsgrond die ziet op de in artikel 3, lid 1, sub e, (ii) neergelegde technische uitsluiting. Het HvJ EU merkt op dat voor de consument de functionaliteit van de waar doorslaggevend is. De wijze van vervaardiging is, zo blijkt uit de rechtspraak, niet doorslaggevend bij de beoordeling van de functionele wezenskenmerken van de vorm van de waar en is dus niet uitgesloten van bescherming.

Het HvJ EU stelt dan ook dat de weigeringsgrond waarbij tekens die uitsluitend bestaan uit de vorm van de waar die noodzakelijk is om een technische uitkomst te verkrijgen, aldus moet worden uitgelegd dat het ziet op de manier waarop de betrokken waar functioneert en niet op de manier waarop deze wordt vervaardigd.

Tot slot besteedt het HvJ EU aandacht aan de wijze waarop moet worden bewezen dat een merk als gevolg van het gebruik ervan onderscheidend vermogen heeft verkregen in de zin van artikel 3, lid 3 Merkenrichtlijn. De verkrijging van onderscheidend vermogen kan zowel het resultaat zijn van het gebruik als deel van een ingeschreven merk, als van gebruik van een afzonderlijk merk in samenhang met een ingeschreven merk. Het HvJ EU stelt dat de merkhouder in beide gevallen moet bewijzen dat de betrokken kringen de waar of de dienst wanneer deze uitsluitend wordt aangeduid met dit merk, in tegenstelling tot eventuele andere aanwezige merken, identificeren als afkomstig van een bepaalde onderneming.

## SOCIAAL RECHT

AAK20157941

Dr.mr.dr.s. J. Heinsius

### Wetgeving

#### *Actualiteit – nog steeds Wwz...*

Nadat er al veel over de arbeidsovereenkomstenrechtelijke consequenties van de Wet werk en zekerheid (Wwz) was gepubliceerd, was het niet opmerkelijk dat deze wet ook nog eens leidde tot een heuse *voorspelling in open debat tussen rechterlijke macht en advocatuur* (Houweling, Even, Ulrici e.a., *WWZ in praktijk*, Den Haag: BJu 2015 en Versluis & Janssens in *ArA* 1 2015). Bij het typen van deze regels in de herfst van 2015 ligt voorts het ‘WWZ-event’ – het van 30 juni op 1 juli 2015 door vakgenoten Sociaal recht grootse (‘vieren’) van het in werking treden van de tweede vooral individueel ontslagrechtelijke ‘tranche’ van diezelfde Wwz – inmiddels alweer ver achter ons. Of hetzelfde kan gelden voor de in het vorige KwartaalSignaal aangekondigde kater is overigens de vraag. Wat bijvoorbeeld te denken van een volgende – lees: derde – ‘reparatiewet’ door de Verzamelwet SZW 2016 (*Kamerstukken II* 2015/16, 34273) na de eerdere ‘reparaties’ door de Verzamelwet SZW 2015 en Wet Aanpak schijnconstructies? En de NJB-discussie (p. 2294-2295) tussen Van Drongelen en Van Slooten? De toekomst zal het leren. Zie in deze geest uit de literatuur (*TRA* 2015/67 en 66) alleen al qua titels veelzeggend Barentsen en Duk met ‘Het ontslagrecht van de WWZ. De honden blaffen, maar de karavaan trekt verder’ en Staal met diens ‘Wat gaan we er met ons allen van bakken? De WWZ als proeve van bekwaamheid voor professionals’. Aangaande aan de Wwz gerelateerde wet- en regelgeving viel en valt voor laatstgenoemden in ieder geval al heel veel te lezen in het rond die datum verschenen *Handboek Nieuw ontslagrecht* en tevens in

*Arbeidsovereenkomst*. Deze boeken zijn hier niet voor niets opgesomd. In 298 resp. 323 pagina’s (exclusief bijlagen) wordt de Wwz-geïnteresseerde vakgenoot op diens wenken bediend, althans voor wat betreft het individueel ontslagrecht. Dat is enerzijds logisch – de Wwz kenmerkt zich nu eenmaal primair door wijzigingen in het individueel ontslagrecht –, anderzijds is het toch opmerkelijk. De Wet melding collectief ontslag (WMCO) bleek in recht en praktijk betrekkelijk eenvoudig te omzeilen en hoewel getracht is hier in de Wwz iets aan te doen, is het de vraag hoe dit ‘iets’ juridisch-legislatief/technisch is geschied en of het wellicht iets beter had gekund – zie voor twee scriptiesuggesties dienaangaande verderop hieronder. Op deze plaats worden allereerst nog wat andere thema’s besproken.

#### *Pre-pack*

Allereerst noemenswaardig is op deze plaats het wetsvoorstel van 4 juni 2015 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de afwikkeling van een eventueel faillissement en vergroting van de kansen op voortzetting van een onderneming of van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen (Wet continuïteit ondernemingen I). De naam van dit wetsvoorstel wordt hier niet voor niets volledig weergegeven. Voor niet direct betrokkenen is immers ogenschijnlijk uit het niets in praktijk en literatuur de *pre-pack* verschenen. En niet alleen dat. Door de Vrije Universiteit is op verzoek van de minister van SZW inmiddels zelfs rechtsvergelijkend onderzoek ernaar verricht: *Werknemers en Insolventie (Kamerstukken II* 2014/15, 33695, 9). Ratio van deze – in *NJB* 30 2015 (p. 2141-2142) kort en helder uiteengezette – thematiek en studie is dat in ons land in faillissement een ander arbeidsrechtelijk regime geldt dan buiten faillissement. Zo is het een curator niet alleen toegestaan om arbeidsovereenkomsten zonder UWV-toestemming op te zeggen met een maximale opzegtermijn van zes weken, maar is het ook nog eens zo dat bij verkoop van bedrijfsonderdelen de artikelen 7:662 e.v. BW inzake overgang van onderneming niet van toepassing zijn. Voor een koper is dat aantrekkelijk, omdat daardoor bij een aankoop de in de onderneming dan wel onderdelen daarvan werkzame werknemers *niet* mee overgaan en dus *niet* ‘automatisch’ op diens loonlijst komen te staan. Van dat laatste kan slechts sprake zijn, als de koper en daardoor geselecteerde werknemers een arbeidsovereenkomst sluiten. In geval van *pre-pack* wordt de verkoop buiten faillissement van de werkgever voorbereid en vervolgens na het failleren ervan doorgevoerd. Daarbij is het soms zo dat over het hoofd wordt gezien dat de WOR, WMCO en de – onlangs overigens aangepaste – SER-fusiecode buiten en binnen faillissement in beginsel ‘gewoon’ van toepassing zijn. Al met al kan er bij *pre-pack* ondanks werkgelegenheidsbehoud sprake zijn van het bewust omgaan van arbeidsovereenkomstenrecht en medezeggenschapsrecht. Naar aanleiding van het VU-onderzoek wil de minister van SZW dan ook samen met diens collega van VenJ bezien of ter bescherming van werknemers van gefailleerde werkgevers aanpassingen

van het arbeids- en/of insolventierecht nodig zijn. Over de conclusies van dat beoogde overleg zal in het eerste kwartaal van 2016 worden gerapporteerd. Zie over *pre-pack* in de literatuur: Paauw, 'De pre-pack in arbeidsrechtelijke perspectief: de rol van de ondernemingsraad', *TAP* 2015, afl. 3, en Hufman & Zaal, 'Pre-pack perikelen', *AR* 2015/34.

#### *Schijnconstructies*

De zogenoemde 'Wet aanpak schijnconstructies' (*Stb.* 2015, 233) ziet onder meer op een betere naleving van de plicht tot betaling van het loon aan werknemers die hun arbeid verrichten in dienst van een werkgever ter uitvoering van een overeenkomst van opdracht. In dat geval zijn werkgever en diens opdrachtgever in de regel hoofdelijk aansprakelijk voor de voldoening van het aan de werknemer verschuldigde loon (art. 7:616a BW). Wat betreft (vermeende) schijnconstructies door payrolling valt overigens op deze plaats tevens te wijzen op de zogenoemde Ontslagregeling. Deze ministeriële regeling van 23 april 2015 (*Stert.* 2015, 12685) waarin delen van de Wwz zijn uitgewerkt bevat onder meer navolgende definitie van een payrollwerkgever:

'de werkgever, die op basis van een overeenkomst met een derde, welke niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, een werknemer ter beschikking stelt om in opdracht en onder toezicht en leiding van die derde arbeid te verrichten, waarbij de werkgever die de werknemer ter beschikking stelt alleen met toestemming van die derde gerechtigd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen.'

Daarmee lijkt afstand te kunnen zijn genomen van rechtspraak waarin de rechter door een arbeidsverhouding van payrolling 'heenprikt' door een arbeidsovereenkomst aan te nemen tussen de werknemer en de contractant van de payrollondernemer. Zie over deze thematiek nader het dienaangaande in een eerder KwartaalSignaal besprokene en uit de literatuur desgewenst De Groot, 'Payrolling, gewijzigd Ontslagbesluit en de Wet werk en zekerheid, wat verandert?', *TRA* 2015, afl. 4, en Zwemmer, 'Contracting en arbeidsrecht: over schijnconstructies, juridisch houdbare varianten en de gevolgen van de WAS en de WWZ', *TAP* 2015, afl. 3.

#### *Wijziging(svoorstell)en sociale zekerheidsrecht*

Ook sociale zekerheidsrechtelijk valt er een en ander aan (beoogde) wijzigingen te melden. In het licht van het deze keer toch wel zeer individueel arbeidsrechtelijk geaccenteerd KwartaalSignaal wordt daarbij volstaan met de categorie werknemers die ondanks het genieten van een uitkering ingevolge de volksverzekering Algemene Ouderswetswet (AOW) toch willen (blijven en/of gaan) werken op basis van een arbeidsovereenkomst. Nu deze laatste overeenkomst zich traditioneel kenmerkt door de bescherming ingevolge titel 10 boek 7 BW, was zij voor de gemiddelde werkgever weinig aantrekkelijk om aan te gaan met mensen uit de onderhavige categorie. De zogenoemde 'Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd' nu beoogt een (door)werken van AOW-ers voor werkgevers door aanpassing van vooral arbeidsovereenkomstenrechtelijke bepalingen aantrekkelijk te maken (*Kamerstukken I* 2014/15, 34073).

#### **Rechtspraak**

Door de Wwz is er per 1 juli 2015 dus een gewijzigde ontslagwet- en regelgeving in werking getreden. Aangaande het Wwz-ontslagrecht, dat met ingang van dit KwartaalSignaal in deze rubriek centraal zal staan, viel van Fruytier inmiddels te lezen in 'Wet werk en zekerheid: en nu vooruit! Of achteruit?' (*TAP* 2015, afl. 5). In diens onderzoek naar een aantal uitspraken van Amsterdamse kantonrechters wordt geconcludeerd, dat de Wwz in tegenstelling tot haar oogmerk geen sneller, goedkoper en eerlijker ontslagstelsel met zich heeft gebracht. Nu de afloop van een procedure onzeker is, leidt het stelsel weer wel tot ruime mogelijkheden tot onderhandelingen. In ieder geval een door een werkgever beoogd ontslag zou immers in de 'mal met maar acht gaten' uit artikel 7:669 lid 3 BW moeten worden geperst. Ook Barentsen en Sagel schreven over 'Wwz-rechtspraak' (*NJB* 2015, p. 2497 e.v.).

#### **Scriptiesuggestie**

Hoewel er dus al veel is geschreven over het individueel ontslagrecht per 1 juli 2015, viel er nog maar zeer weinig te lezen over het Wwz-collectiefontslagrecht. En dat terwijl zich toch – ook voor de praktijk relevante – vragen aangaande 'WMCO & Wwz' laten stellen. Een eerste betreft die aangaande de materiële werkingssfeer van de WMCO. Kern van deze wet is, dat zij voor de werkgever een meldplicht van een voornemen tot ontslag van grofweg twintig of meer werknemers kent. Kijkend naar het hiervoor genoemde artikel 7:669 lid 3 sub a BW is het de vraag of de reden van dat ontslag uitsluitend in de 'mal' van de zogenoemde a-grond mag liggen (bedrijfseconomisch ontslag). Volgens de WMCO is deze wet echter niet van toepassing op het beëindigen van de arbeidsovereenkomst uitsluitend om redenen de persoon van de werknemer betreffend. Betekent dit – mede kijkend naar rechtspraak van het HvJ EG – dat voorgenoemde vraag wellicht negatief moet luiden? Interessant aan de WMCO is voorts dat in artikel 1 WMCO is uitgemerkt dat categorieën van personen bij ministeriële regeling voor WMCO-toepassing kunnen worden gelijkgesteld met werknemers ex artikel 7:610 BW. Dat is geschied in artikel 27 Ontslagregeling waarin payrollwerknemers worden gelijkgesteld met onder de personele werkingssfeer van de WMCO vallende werknemers. Aldus heeft een niet-payrollwerkgever wat betreft deze werkingssfeer niet uitsluitend met diens eigen werknemers te maken, maar ook met payrollwerknemers die in diens hoedanigheid van opdrachtgever feitelijk voor hem werken maar hun arbeidsovereenkomst met de payrollwerkgever hebben. Artikel 3 WMCO ziet sedert 1 juli 2015 dan ook tevens op het door de werkgever in diens hoedanigheid van opdrachtgever beoogde beëindigen van een overeenkomst met voorgenoemde payrollwerkgever. Maar hoe moet dit juridisch-technisch exact worden gelezen? Gaat het hierbij echt om een 100% gelijkstelling – 20 of meer payrollers = collectief ontslag – of betreft het slechts een meetellen daarvan met 'echte' werknemers van de WMCO-werkgever? En hoe zit het trouwens met uitzendwerknemers ex artikel 7:690 BW?



## Literatuur

### Algemeen

- B. Barentsen & S.F. Sagel, ‘Kroniek sociaal recht’, *NJB* 2015, p. 2495-2509.

### Wet werk en zekerheid

- D.M.A. Bij de Vaate, ‘De UWV-procedure oude en nieuwe en art. 6 EVRM’, *TRA* 2015, afl. 4;
- F.H.J.G. Brekelmans, ‘Wet werk en zekerheid: nieuwe ontwikkelingen’, *TRA* 2015, afl. 4;
- E.L.J. Bruyninckx & P.C. Vas Nunes, ‘De WWZ en gelijke behandeling’, *TAP* 2015, afl. 4;
- K. Hakvoort, ‘“Up or out” onder de WWZ’, *ArbeidsRecht* 2015, afl. 3;
- L.G. Verburg, *Kanttekeningen bij de Wet werk en zekerheid*, Den Haag: BJu 2015.

### Overig arbeidsovereenkomstenrecht

- R.M. Beltzer, ‘Overgang van onderneming: drie arresten’, *ArbeidsRecht* 2015, afl. 4;
- R.A. Koster-Mulder, ‘Opvolgend werkgeverschap en uitzendovereenkomst’, *ArbeidsRecht* 2015, afl. 4.

### Socialezekerheidsrecht

- A.F.M. Brenninkmeijer, ‘Stresstest rechtsstaat Nederland’, *NJB* 2015/740;
- A. Eleveld, ‘De arbeidsrechtelijke bescherming van de werkende bijstandsgerechtigde’, *ArbeidsRecht* 2015, afl. 3;
- G.J. Vonk, ‘Opinie: zeven jaar crisis en nog steeds werkloosheid’, *TRA* 2015, afl. 4;
- G.J. Vonk, ‘Kwetsbare verzorgingsstaat. Over juridische aspecten van ernstige armoede in Nederland’, *NJB* 2015/913.

## BELASTINGRECHT

AAK20157943

Mr. L.J.A. Pieterse

### Wet- en regelgeving

#### *Belastingheffing van multinationals, een feuilleton*

De laatste jaren wordt de fiscale handel en wandel van multinationals in toenemende mate op de voet gevolgd. Zo is onlangs in de landelijke media gesignaleerd dat een multinational eerder dit jaar voor het astronomische bedrag van € 32 miljard intellectuele eigendomsrechten heeft verkocht aan een gelieerde vennootschap die in Nederland is gevestigd. Dat is niet ongeoorloofd en kan legitiem zijn, maar de gang van zaken oogt toch als een ‘fiscaal opzetje’, om de brenger van het nieuws te citeren (‘Straffeloos de fiscus tillen? Zo moet het’, *NRC Handelsblad* 13 oktober 2015, waarin ook een andere geruchtmakende zaak wordt besproken). Of deze en andere ‘structuren’ in de toekomst ook nog kunnen worden opgezet om de belastingdruk te

verminderen, valt te betwijfelen. Op 5 oktober 2015 is namelijk het definitieve actierapport (als uitvloeisel van het zogenoemde BEPS-project), dat de OESO op verzoek van de G20 heeft opgesteld, gepubliceerd. Het rapport bevat vijftien actiepunten. Het doel ervan is dat belastingontwijking door grondslaguitholling, bijvoorbeeld door renteaftrek (actiepunt 4), en winstverschuiving wordt tegengegaan. De voorstellen zijn onder meer gepubliceerd in *NTFR* 2015/2721-2734 en in dat tijdschrift van commentaar voorzien door M.F. de Wilde. In een reactie op dit rapport heeft Staatssecretaris Wiebes (Financiën, VVD) zich namens het kabinet positief uitgelaten over de voorstellen (zie de brief van 5 oktober 2015, gepubliceerd in *NTFR* 2015/2720).

Verder, om een andere belangrijke ontwikkeling te noemen, vindt de Europese Commissie dat de belastingafspraken die het Amerikaanse koffiebedrijf Starbucks met de Nederlandse fiscus heeft gesloten, ontoelaatbaar. De afspraken die deze multinational heeft gemaakt, en in een *ruling* zijn vastgelegd, vormen in de ogen van de Europese Commissie staatssteun, omdat het Starbucks werd toegestaan te hoge royalty’s en andere ‘verdachte’ prijzen aan gelieerde vennootschappen te betalen. Als dat in rechte zou worden vastgesteld, zou dat een flagrante schending van de Europese staatssteunregels zijn. Het zou gaan om een bedrag van tussen de € 20 tot 30 miljoen aan te weinig betaalde belasting. Deze ‘schade’ is ontstaan in een reeks van jaren (‘Deal met Starbucks onwettig’, *NRC Handelsblad* 16 oktober 2015, ‘Starbucks-belastingzaak is goed begin en niet meer’ (p. 1) en ‘Fluwelen behandeling afgestraft’, *NRC Handelsblad* 22 oktober 2015). Het kabinet is verbaasd over het besluit van de Europese Commissie dat Starbucks staatssteun zou hebben gekregen. Wiebes meent dat de beslissing van de Europese Commissie veel vragen oproept. Hij heeft de overtuiging dat Nederland de geldende internationale standaarden heeft toegepast en zal daarom de kritiek van de Commissie zorgvuldig analyseren voordat wordt besloten tot vervolgstappen (‘Fiscus gaf Starbucks te veel voordeel’, *NRC Handelsblad* 21 oktober 2015, p. 1).

#### *De oogst van Prinsjesdag*

Het aantal ontwikkelingen op het terrein van het belastingrecht is bepaald onstuimig te noemen, al vinden sommigen de op Prinsjesdag ontvouwde belastingplannen beleidsarm. Dat de inkomstenbelasting wordt verlaagd, althans in de eerste twee schijven, zal niemand zijn ontgaan. Per 1 januari 2016 wordt het tarief van beide schijven gereduceerd met 1,85%-punt, zodat het tarief in beide schijven 40,15% in plaats van 42% zal bedragen. Bovendien wordt de arbeidskorting verhoogd (waardoor werkenden minder belasting zullen betalen). Het voornemen om dit te doen, is al in het voorjaar openbaar gemaakt (‘Kabinet: hoge inkomens minder snel in toptarief’, *NRC Handelsblad* 19 juni 2015, p. 2). Een overzicht van de met Prinsjesdag afgekondigde voorstellen die tot wijzigingen van de belastingwetgeving moeten leiden, verschaft de Nijmeegse hoogleraar Meussen (G.T.K. Meussen, ‘Belastingplan cs:

enkele bespiegelingen' (Opinie), *NTFR* 2015/2557). Verder biedt de zogenoemde kroniek van het belastingrecht een indruk van de jongste ontwikkelingen op fiscaal vlak (*NJB* 2015/1781, p. 2465-2473).

Een algehele belastingherziening die eerder dit jaar op stapel leek te staan (zie *KwartaalSignaal* 136), is niet van de grond gekomen.

Wel ziet het ernaar uit dat een beperkte herziening van de manier waarop vermogen wordt belast, zal worden doorgevoerd. De wetgever heeft – dat is bekend – van oudsher oog voor degenen die over vermogen beschikken. Het bezit van bijvoorbeeld verhuurde onroerende zaken en aandelen wordt belast in box 3, de vermogensrendementsheffing. Ook banksaldi worden in deze heffing betrokken. Deze en andere vermogensbestanddelen worden geacht een rendement op te leveren van 4% en het aldus berekende rendement wordt belast tegen een gematigd tarief van 30%. Deze belasting wordt niet rechtvaardig gevonden (zie *KwartaalSignaal* 135 en 136). Met Prinsjesdag heeft het kabinet voorgesteld om de vermogensrendementsheffing te hervormen. De bedoeling is dat het fictieve rendement van 4% met ingang van 1 januari 2017 zal worden verlaagd naar 2,9%, althans voor vermogen tot € 100.000. Voor vermogens boven dit bedrag zal het percentage 4,7 bedragen, en wel voor vermogens tot € 1.000.000. Vanaf € 1.000.000 bedraagt het percentage 5,5 (*Kamerstukken II* 2015/16, 34302, 1-4, en S.A. Stevens, 'De voorgestelde aanpassingen in box 3 en de eigen woning', *WFR* 2015/1172). Niet iedereen vindt de voorgestelde wijziging ver genoeg gaan. Als het aan de meerderheid van het parlement ligt, schakelt de fiscus over op het belasten van reële in plaats van fictieve rendementen. Staatssecretaris Wiebes heeft er echter op gewezen dat zoiets op te veel uitvoeringsproblemen zal stuiten ('Veel problemen bij taks op reële vermogenswinst', *NRC Handelsblad* 2 oktober 2015 en M.P.A. Spanjers, 'Kanttekeningen belastingheffing werkelijk rendement', *WFR* 2015/1200, p. 1200).

Tijdens het debat over de begroting van de koning werd het kabinet door verschillende partijen opgeroepen om de belastingdruk van de majesteit op te schroeven, met name het koninklijk vermogen zou (zwaarder) moeten worden belast. Ook zouden de Oranjes belasting moeten gaan betalen over hun toelagen. Daarnaast zouden erfenissen in de heffing van successierecht moeten worden betrokken ('Alle kosten van het koningshuis staan nu netjes op een rij – bijna', *NRC Handelsblad* 13 oktober 2015, p. 7, 'Roep om taks voor koning', *NRC Handelsblad* 15 oktober 2015, p. 7 en – voor enkele publicaties over de fiscale positie van de Koning – *KwartaalSignaal* 136). De vraag is of het zover komt (M.P.A. Spanjers, 'Belastingvrijstelling Koning wankelt', *WFR* 2015/1266, p. 1266).

#### *Schenk- en erfbelasting*

De eenmalige verhoogde vrijstelling in de schenkbelasting voor schenkingen die verband houden met de eigen woning wordt structureel verruimd (zie de voorgestelde wijziging van art. 33 Successiewet 1956). De verruiming is bedoeld om de eigenwoningschuld van particulieren verder

te reduceren. Om dat te bereiken, wordt de hoogte van de vrijstelling structureel opgetrokken van ruim € 53.016 (2016) tot € 100.000 (2017). Voorts vervalt de beperking dat de schenking moet zijn gedaan van een ouder aan een kind, waardoor er ook buiten de gezinssituatie gebruik kan worden gemaakt van de vrijstelling. Wel blijft de beperking van kracht dat de begunstigde tussen 18 en 40 jaar moet zijn. Het laten vervallen van de leeftijdsgrens zou leiden tot een aanzienlijke structurele belastingderving. Dat gaat het kabinet te ver. De leeftijdsgrens vindt het kabinet ook overigens goed verdedigbaar. Uit onderzoek van DNB blijkt dat huishoudens in de leeftijdsgroep tot 40 jaar duidelijk het meeste te maken hebben met onderwaarde op hun woning. Deze huishoudens beschikken over kleine financiële buffers en kunnen moeilijk eigen geld inzetten om de eigenwoningschuld te verlagen. De verhoogde schenkingsvrijstelling moet aflossing van deze schuld mogelijk maken. De wetswijziging zal om budgettaire redenen pas in werking treden per 1 januari 2017 (*Kamerstukken II* 2015/16, 34302, 3).

#### *Handhaving van belastingwetgeving*

De wetgever kan van alles verzinnen en belastingplichtigen allerhande verplichtingen opleggen, maar het is ook zaak dat afgekondigde wetgeving wordt gehandhaafd. Daarvan maakt de fiscus serieus werk. Zo doet hij er alles aan om belastingontwijking te ontmaskeren. Daarbij wordt ook informatie van anonieme tipgevers gebruikt. Dergelijke informanten verkopen cruciale informatie over belastingfraude (vooral zwartsparen door particuliere belastingplichtigen) aan de fiscus. Die informatie is geld waard, ook voor de Nederlandse Belastingdienst. 'Net als in Nederland doet de Duitse fiscus geheimzinnig over haar tipgevers. Formele regels zijn er niet, sommige juristen spreken van heling omdat het om de aankoop van gestolen waar zou gaan' ('Zwart geld blijft zijn weg toch vinden', *NRC Handelsblad* 1 augustus 2015). Dat het met (dergelijke) tipgevers, die een gevaarlijk spel spelen en zich daarvoor over het algemeen goed laten betalen, slecht kan aflopen, toont het verhaal van de Duitse Lutz Otto. Hij werd in 2012 opgepakt door de Zwitserse politie en heeft anderhalf jaar achter de tralies moeten doorbrengen wegens bedrijfsspionage en schending van het Zwitserse bankgeheim. Onlangs verscheen van zijn hand *Schwarzgeld. Eine fast wahre Geschichte von Steuerbetrug und Wirtschaftsspionage in der Schweiz*, een sterk autobiografische roman van bijna 200 bladzijden (zie voor een interview met Otto: 'Zwart geld blijft zijn weg toch vinden', *NRC Handelsblad* 1 augustus 2015).

Ook op andere terreinen worden fiscale verplichtingen niet altijd nagekomen. Degenen die hun eigen woning via de site Airbnb weten te verhuren, zijn ter zake daarvan belasting verschuldigd. Voor particuliere verhuurders geldt dat zij 70 procent van de Airbnb-inkomsten moeten opgeven voor de inkomstenbelasting (art. 3.113 Wet IB 2001). Maar in veel gevallen zijn zij ook omzetbelasting verschuldigd en moeten de gasten lokale toeristenbelasting betalen. De ervaring leert dat deze belastingen lang niet altijd

worden betaald. Daarom is de fiscus een onderzoek gestart naar huizenverhuursites als Airbnb. Een woordvoeder van Airbnb heeft laten weten dat het bedrijf niet van plan is om automatisch gegevens te delen met de fiscus ('Huis te huur staan op Airbnb? De Belastingdienst kijkt mee', *NRC Handelsblad* 13 juni 2015 en G.J. van Norden, 'Fiscaliteit en de nieuwe economie' (Opinie), *NTFR* 2015/2205, p. 1-5).

Een ander voorbeeld van de handhaving van wetten, vormt de controle van automobilisten met kenteken-camera's. Deze vorm van controle is in de voorbije jaren behoorlijk uitgebreid. De fiscus kan jaarlijks beschikken over een enorme hoeveelheid kentekenfoto's. Met behulp van dit materiaal kan hij zien of leaserijders niet te veel privé rijden. De ongebreidelde informatiegaring van de fiscus roept vragen op, bijvoorbeeld of zijn werkwijze niet leidt tot schending van de privacy van belastingplichtigen ('Miljarden autofoto's bij fiscus', *NRC Handelsblad* 2 oktober 2015, p. 1). De rechter heeft afgelopen voorjaar uitgemakt dat voornoemde techniek mag worden gebruikt, dat wil zeggen een gerechtvaardigde inbreuk op het recht op privacy is. Zie de uitspraak van Hof 's-Hertogenbosch 27 maart 2015, nr. 13-00336 en 14-00337, *V-N* 2015/28.2.3. In *NTFR* 2015/1217 is deze uitspraak van commentaar voorzien door J.D. Schouten.

## Jurisprudentie

### *Meer duidelijkheid over informatiebeschikking*

De fiscus beschikt graag over informatie. Dat is ook noodzakelijk om fiscale verplichtingen op adequate wijze te kunnen vaststellen. Daarom is eenieder verplicht om gehoor te geven aan een verzoek van de inspecteur gegevens en inlichtingen te verschaffen voor zover dat voor zijn belastingheffing van belang kan zijn (art. 47 Algemene wet inzake rijksbelastingen). Maar of dat het geval is, kan voor discussie vatbaar zijn. De belastingplichtige wordt dan in zoverre beschermd, dat de inspecteur – sinds 1 juli 2011 – een zogenoemde informatiebeschikking moet nemen als hij meent dat de belastingplichtige niet of niet volledig aan zijn verplichtingen voldoet (art. 52a Algemene wet inzake rijksbelastingen). Zo'n beschikking is vatbaar voor bezwaar en beroep. Als deze beschikking onherroepelijk komt vast te staan, en dus duidelijk is dat de belastingplichtige in gebreke is, wordt diegene geconfronteerd met omkering en verzwaring van de bewijslast. Dit houdt in dat het bezwaar of beroep tegen een belastingaanslag alleen gegrond wordt verklaard indien de belastingplichtige overtuigend aantoont dat deze te hoog is vastgesteld. Dat is doorgaans onbegonnen werk. Onlangs heeft de Hoge Raad over de rechtsfiguur die de informatiebeschikking is, enkele interessante arresten gewezen (HR 2 oktober 2015, nr. 14/02335, 14/02811, 14/06080, *NTFR* 2015/2709-2711). In één van de zaken heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat de inspecteur zijn bevoegdheid om een informatiebeschikking te nemen niet verspeelt wanneer hij voorafgaand aan het vaststellen van een belastingaanslag verzuimt om daarvan gebruik te maken en pas in de bezwaarfase

besluit een informatiebeschikking te nemen. Dit laat onverlet, aldus de Hoge Raad, 'dat het nemen van een informatiebeschikking in de bezwaarfase onder omstandigheden in strijd kan komen met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur', zoals het vertrouwensbeginsel (HR 2 oktober 2015, nr. 14/06080, *NTFR* 2015/2711).

## Scriptiesuggesties

Wie wil afstuderen zal op enig moment een scriptie moeten schrijven. Daaraan valt niet te ontkomen. Een geheime formule om in – liefst met een aanvaardbare tijdsbesteding – een goede of zelfs dé ideale scriptie te schrijven bestaat niet. Dat betekent niet dat studenten aan hun lot worden overgelaten. Er zijn verschillende handleidingen beschikbaar, ook die zien op het schrijven van een werkstuk over een fiscaal onderwerp (zie bijvoorbeeld: L.J.A. Pieterse, *Fiscale methodologie. Over de kunst van het schrijven van papers en scripties*, Den Haag: Boom fiscale uitgevers 2013). Het vinden van een geschikt onderwerp kan lastig zijn. Daarom volgen hieronder enkele suggesties.

- Het *at arm's length*-beginsel is algemeen aanvaard als basisprincipe voor transacties tussen gelieerde partijen. Daarop is kritiek mogelijk. Snel is de opvatting toegedaan dat de toepassing van dit beginsel aan heroverweging toe is. Hij meent dat er goede alternatieven beschikbaar zijn (F.P.J. Snel, 'Heroverweging van het gebruik van het *at arm's length*-beginsel' (Opinie), *NTFR* 2015/2156, p. 1-3). De door hem beschreven alternatieven kunnen onder de loep genomen worden.
- Op de jubileumsite van de belastingkamer van de Hoge Raad is een aantal interessante zogenoemde 'blogstellingen' te vinden die een goed aanknopingspunt voor een scriptie kunnen vormen (zie <http://100jaar.belastingkamerhr.nl/>). Een selectie: (i) de leidende taak van de belastingkamer van de Hoge Raad bij de rechtsontwikkeling moet beter tot uitdrukking komen in de prejudiciële vragen die hij stelt aan het Hof van Justitie van de EU, (ii) de belastingkamer moet meer in de pas lopen met de civiele kamer en de strafkamer van de Hoge Raad of – om een andere stelling te noemen – (iii) de belastingkamer moet de rechtbanken en gerechtshoven uitsluitend 'sturen' via zijn arresten.
- Incidenteel fiscaal voordeel. In het voorjaar heeft de Hoge Raad geoordeeld over de vermeende aanwezigheid van een dergelijk voordeel in een specifieke casus (HR 22 mei 2015, nr. 14/01521, *BNB* 2015/244). Dit arrest geeft aanleiding tot een beschouwing. Zie J. Gooijer, 'Incidenteel fiscaal voordeel en terugwerkende kracht', *NTFR-B* 2015/24, p. 1-6 en de annotatie van R.P.C. Cornelisse in *BNB* 2015/244.
- Formeelrechtelijke actualiteiten. Zie ter inspiratie voor een geschikt onderwerp de publicaties van J. Knuist, 'Formeelrechtelijke noviteiten', *WFR* 2015/1195, p. 1195-1199 en M.B. Weijers, 'Rechtbankendag bij de Belastingkamer van de Hoge Raad', *WFR* 2015/1225, p. 1225-1229.

- Kwaliteit van het fiscale wetgevingsproces. Ruim vijf jaar geleden kwam Essers met een lijstje voorstellen om het fiscale wetgevingsproces te verbeteren (zie zijn, ook digitaal te raadplegen, bijdrage aan de bundel *Wetgevingskunsten*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 89 e.v. en onder meer ook *Het Register* 2015, afl. 4, p. 17-20). In hoeverre is daarmee iets gedaan?
- In het voorjaar van 2012 lanceerde Van de Streek het idee om in de vennootschapsbelasting een verlicht regime voor middelgrote en kleine ondernemingen te creëren. Deze ondernemingen zouden daardoor worden gevrijwaard van onnodig ingewikkelde regels (J.L. van de Streek, 'Proefballonnen voor de toekomst van de vennootschapsbelasting', *WFR* 2012/329). De vraag is hoe een dergelijk regime zou kunnen worden vormgegeven (zie voor een aantal concrete voorstellen: J.L. van de Streek, 'Wetsvoorstel Vpb-light voor het mkb 2016', *Het Register* 2015, afl. 4, p. 6-10).
- Handel in lichamen met winstpotentie (art. 20a lid 9 Wet Vpb 1969). De wetgever heeft – een paar jaar geleden – een einde gemaakt aan constructies met verkoop van lege winstvennootschappen (zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32504, 3, p. 7 en p. 32-33 en A.C.P. Bobeldijk, 'Met de winst-BV is geen winst meer te behalen', *WFR* 2010/1424).
- De houdsterverliesregeling is gewijzigd naar aanleiding van enkele door de Hoge Raad gewezen arresten (zie *Kamerstukken* 2014/15, 34220, 1-11b). De wijziging roept tal van vragen op (zie J.L. van de Streek, 'De voorgestelde wijziging van de houdsterverliesregeling in de vennootschapsbelasting met ingang van 1 januari 2016', *FBN* 2015, afl. 7-8, p. 9-12).
- Bedrijfsfusie. De bedrijfsfusieregeling in de vennootschapsbelasting is een reorganisatiefaciliteit die niet vrij is van complicaties (zie bijvoorbeeld G.C. van der Burgt, 'Reorganisatiefaciliteiten in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, antimisbruikbepaling en "verkoopklaarmaken"', *FBN* 2015/49, p. 9-14).
- De arresten die de Hoge Raad wijst worden niet altijd goed begrepen. Dat kan aan de lezer liggen, bijvoorbeeld omdat hij de 'geheimtaal' van de Hoge Raad niet weet te doorgronden (een goede gids bij het begrijpen van arresten is de uitgave van A.O. Lubbers, *Belastingarresten lezen en analyseren* (3e druk), Den Haag: Sdu Uitgevers 2015). Soms blijkt dat ook na aandachtige lezing arresten communicatieve ruis bevatten. De vraag is of in deze situatie de Hoge Raad bereid zou moeten zijn (nadere) toelichting te verschaffen en hoe dat zou moeten worden vormgegeven (zie L.J.A. Pieterse, 'Duiding van rechterlijke uitspraken, een suggestie' (Opinie), *NTFR* 2015/572 en het interview met P.H.J. Essers dat op de jubileumsite van de belastingkamer van de Hoge Raad is te vinden, zie <http://100jaar.belastingkamerhr.nl/>).
- Het regime van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting. Onlangs is een wetsvoorstel ingediend om het regime van de fiscale eenheid aan te passen teneinde dit in overstemming te brengen met de eisen van het

Europese recht (Wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en enige andere wetten in verband met enkele aanpassingen inzake de fiscale eenheid (Wet aanpassing fiscale eenheid), *Kamerstukken II* 2015/16, 34323, 1-4). Een van de vragen die in dit verband kan worden gesteld is of het voorstel volstaat – dat wil zeggen toereikend is – om de Europeesrechtelijke kou uit de lucht te nemen.

## Literatuur

- De hoeveelheid literatuur die in het fiscale domein verschijnt is ongekend. Iemand met een geheel eigen stem is A.F. Gunn, verbonden aan de Universiteit Leiden. Op de spraakmakende website <http://artikel104.nl> verschijnen vooral van haar hand geregeld interessante, bepaald vrijmoedige bespiegelingen over actuele fiscale onderwerpen.
- P.G.H. Albert, *Deelnemingsvrijstelling* (2e druk), Den Haag: Sdu Uitgevers 2015;
  - P.J. van Amersfoort e.a., 'De belastingkamer van de Hoge Raad. Verleden, heden en toekomst – een verkenning. Rapport van de Commissie Hoge Raad 100 jaar belastingrechtspraak', *Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap*, no. 255;
  - H.P.A.M. van Arendonk (red.), *Wegwijs in de Inkomstenbelasting* (11e druk), Den Haag: Sdu Uitgevers 2015;
  - H.P.A.M. van Arendonk (red.), *Wegwijs in de Belastingheffing van ondernemingen* (12e druk), Den Haag: Sdu Uitgevers 2015;
  - A.J.M. Arends, 'De vermogensrendementsheffing behoeft dringend een revisiebeurt', *WPNR* 2015/7073, p. 726-732;
  - A.R. Autar e.a. (red.), *Compendium estate planning* (5e druk), Den Haag: Sdu Uitgevers 2015;
  - L.A. de Blicq, J. de Blicq, E.A.G. van der Ouderaa, R.J. Koopman, S.C.W. Douma & J. Wortel, *Algemene wet inzake rijksbelastingen* (11e druk), Deventer: Kluwer 2015;
  - J.P. Boer, 'Belgische kaaïmantaks nog droeviger dan het Nederlandse APV-regime' (Column), *WFR* 2015/1096, p. 1096-1097;
  - G.J.M.E. de Bont, 'Bewijsaanbod door getuigen: Belastingkamer in een spagaat?!', *WFR* 2015/966, p. 966-971;
  - R.A. Bosman, 'Other Income under Tax Treaties', *NTFR-B* 2015/32, p. 25-30;
  - J.N. Bouwman & M.J. Boer, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting* (14e druk), Den Haag: Sdu Uitgevers 2015;
  - I.J.J. Burgers e.a., *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht* (8e druk), Den Haag: Sdu Uitgevers 2015;
  - R.P. van den Dool, *Waardering van incurante aandelen voor de belastingheffing* (4e druk), Deventer: Kluwer 2015;
  - P.H. Eenhoorn & M.L. Kawka, *Wegwijs in de Loonbelasting* (11e druk), Den Haag: Sdu Uitgevers 2015;
  - P.H.J. Essers, 'Jaarwinst jurisprudentie leidt tot BEPS-achtige situaties' (Opinie), *NTFR* 2015/2752, p. 1-3;
  - J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting* (11e druk), Deventer: Kluwer 2015;

- J.F.M. Giele, ‘De belastingen en enige maatschappelijke (on)deugden’ (Opinie), *NTFR* 2015/2372, p. 1-2;
- A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht* (9e druk), Deventer: Kluwer 2015;
- J.L.M. Gribnau, ‘Fiscaliteit op de grens van wet, recht en ethiek’, *WPNR* 2015/7077, p. 801-807;
- F.J.P.M. Haas, *Bestuurlijke boeten in het belastingrecht* (4e druk), Deventer: Kluwer 2015;
- R.H. Happé, ‘Fiscale ethiek voor multinationals’, *WFR* 2015/938, p. 938-956;
- R.H. Happé, ‘De kleren van de keizer’ (Column), *WFR* 2015/1208, p. 1208-1209;
- F.R. Herreveld, ‘Pensioen in eigen beheer naar de eindstreep’, *WFR* 2015/1030, p. 1030-1036;
- B. Hoops & E.J. Marais, ‘Werpt het bodemrecht het net te ver uit?’, *WPNR* 2015/7079, p. 864-872;
- G.W.J.M. Kampschöer, *Voorraadwaardering* (7e druk), Den Haag: Sdu Uitgevers 2015;
- M.E. Kastelein, ‘Geen periodieke gift omdat deze afhankelijk was van twee levens?’, *NTFR-A* 2015/10, p. 1-4;
- P. Kavelaars, ‘Acte clair en acte éclairé: niet zo clair’ (Opinie), *NTFR* 2015/2110, p. 1-5;
- Ch.J. Langereis, I. de Roos & M. Lambregts, *Procesrecht in belastingzaken* (2e druk), Deventer: Kluwer 2015;
- A.O. Lubbers. ‘Vaardighedentraining: het schrijven van een cassatieberoepschrift’, *TFB* 2015, afl. 6, p. 9-15;
- F.P.G. Pötgens en R.A. Bosman, ‘Het vermogenswinstartikel en het element “tijd” onder belastingverdragen’, *WFR* 2015/1238, p. 1238-1248;
- A. Rozendal, ‘Fiscale aspecten van het structureren van vastgoedfondsen’, *FBN* 2015/48, p. 3-8;
- L.G.M. Stevens, ‘Fiscale ethiek voor iedereen’ (Column), *WFR* 2015/1060, p. 1060-1061;
- J.C. van Straaten, *Wegwijs in de Overdrachtsbelasting* (20e druk), Den Haag: Sdu Uitgevers 2015;
- O. Ydema, ‘De Nobelprijs en box 3’, *WFR* 2015/694, p. 694-695.

## MEDIARECHT

AAK20157947

J.M. Breemen, V.E. Breemen

### Regelgeving en beleid

Ten eerste een korte update wat betreft de journalistieke inzet van drones voor nieuwsgaring. De Nederlandse Vereniging voor Journalisten (NVJ) vond de bestaande regeling ‘onwerkbaar’ en dagvaardde de Staat (*KwartaalSignaal* 136, p. 7879). Inmiddels zijn er sinds 1 juli nieuwe regels en volgens de NvJ is de ongelijkheid tussen particulier en professioneel dronegebruik verminderd (via *www.nvj.nl*, juli 2015). Maar journalisten zouden nog steeds voorafgaande ontheffing moeten aanvragen voor het gebruik van drones, en dat was juist een van de redenen voor het proefproces. De NvJ wil laten onderzoeken of een uitzondering voor journalisten mogelijk is. Journalistiek

dronegebruik staat eveneens op de Europese agenda. Ook in die context pleit de NvJ voor ruimere regels in het belang van een vrije pers (via *www.nvj.nl*, september 2015).

Dat belang van een vrije pers is ook de aanleiding voor de petitie ‘Stop Journalisten Vogelvrij in Turkije’, die is ondertekend door de NvJ en andere ‘Nederlandse journalisten, radio- en televisiemakers, bloggers, schrijvers en verdedigers van het vrije woord’ (via *www.nvj.nl*, september 2015). De petitie is op 22 september jl. aangeboden aan de vaste commissie van Buitenlandse Zaken inzake perscensuur in Turkije. De petitie wil dat de Nederlandse regering stelling neemt tegen de beperkingen van de persvrijheid en de criminalisering van journalisten in Turkije.

Dan de wijziging van de Mediawet, die al een tijdje op de agenda stond (zie o.a. *KwartaalSignaal* 135, p. 7806 en *KwartaalSignaal* 136, p. 7879). Vanaf eind augustus is geleidelijk het pakket rond het wetsvoorstel openbaar geworden: het bevat o.a. het nader rapport van de staatssecretaris na het advies van de Raad van State (*Kamerstukken II*, 2014/15, 34264, 4), het wetsvoorstel van 25 augustus (*Kamerstukken II*, 2014/15, 34264, 2), en verdere verslagen en nota’s (*Kamerstukken II*, 2014/15, 34264, 6, *Kamerstukken II*, 2014/15, 34264, 8).

Het wetsvoorstel is de derde en laatste stap in het moderniseringsproces van het publieke mediabestel. De eerdere twee stappen bestonden uit vermindering van het aantal omroeporganisaties in 2013 en financiële maatregelen, waaronder bezuinigingen. Deze derde stap wordt als richtingbepalend gezien voor een toekomstbestendig publiek mediabestel.

Noemenswaardig is de motivatie voor het bestaansrecht van het publieke mediabestel in de Memorie van Toelichting, die uitvoerig ingaat op de rol voor de publieke omroep gezien het enorme media-aanbod in de huidige tijd. Volgens de memorie is de regering overtuigd van een blijvend belang voor een publiek mediabestel, maar moet de invulling van de publieke taak worden aangepast. Hierin moet een balans gevonden worden tussen bijvoorbeeld enerzijds de gegroeide noodzaak om binnen het grote media-aanbod betrouwbare nieuwsvoorziening te verzorgen, en anderzijds rekening te houden met het aanbod dat er al is. Volgens de memorie zijn er vier redenen waarom het publieke mediabestel toch een ‘belangrijke pijler’ in het mediabeleid blijft: 1. het vullen van een ‘lacune’ wat betreft content die een publieke functie heeft maar niet via de markt aangeboden zou worden; 2. het uitoefenen van een verbindende functie als drager van de Nederlandse culturele identiteit; 3. het verzorgen van onafhankelijke informatievoorziening als ‘publieke waakhond’; en 4. het bijdragen aan innovatie binnen het media-aanbod door zonder druk van de markt te experimenteren met programmering.

Wat de publieke mediaopdracht betreft, benadrukt de memorie dat de publieke omroep media-aanbod moet verzorgen dat een breed en divers publiek bereikt, informeert, educatief is en de Nederlandse culturele identiteit reflecteert. Programma’s die *alleen* op ‘plezier en vermaak’ zijn gericht, worden onnodig genoemd om de democratische, sociale en culturele behoeften van het publiek te dienen.

Ofwel, wanneer vermaak een *doel op zich* is, wordt er geen kernzaak van de publieke omroep mee vervuld. Amusement kan nog wel op twee vlakken een rol spelen, zoals toegevoegd in een nieuw onderdeel a1 van artikel 2.1, namelijk: als middel om een informatief, cultureel of educatief doel te bereiken, of om een breed en divers publiek te trekken en te binden aan de publieke omroep. Deze wijzigingen zijn opgenomen in het nieuwe artikel 2.1 van de Mediawet 2008 en zijn een punt van veel discussie (geweest).

Ook in het nader rapport is de toelichting van de staatssecretaris op dit controversiële element in het wetsvoorstel een kernpunt – de omschrijving van de publieke mediaopdracht. De Afdeling advisering van de Raad van State stelt dat de omschrijving van de opdracht in het uiteindelijke voorstel ruimer lijkt dan die in de brief van 13 oktober 2014 (zie *KwartaalSignaal* 134, p. 7733, *Kamerstukken II*, 2014/15, 32827, 67). De staatssecretaris legt uit dat volgens de regering de formulering in het voorstel duidelijk weergeeft dat programma's met amusement als *doel op zich* niet tot de kerntaken van de publieke omroep behoren. Daartoe wordt 'verstrooiing' uit het artikel 2.1 Mediawet 2008 geschrapt. De staatssecretaris benadrukt echter dat amusement wel ingezet kan worden *ten dienste van informatie, cultuur en educatie*. Daarom wordt de suggestie van de Afdeling om de formulering van de publieke mediaopdracht aan te passen niet meegenomen.

Overigens zijn er ook nog nadere adviezen uitgebracht door de Raad voor Cultuur en het Commissariaat voor de Media omtrent het concessiebeleidsplan van de NPO 2016-2020 (zie voor de signalering van het concessiebeleidsplan *KwartaalSignaal* 136, p. 7879-7880, voor het advies van de Raad van 17 september jl.: [www.cultuur.nl/upload/documents/adviezen/Advies-CBP-2016-2020-NPO-17-sept.pdf](http://www.cultuur.nl/upload/documents/adviezen/Advies-CBP-2016-2020-NPO-17-sept.pdf), en voor het advies van het Commissariaat van 15 september jl.: [www.cvdv.nl/wp-content/uploads/2015/09/CBP-advies-3.pdf](http://www.cvdv.nl/wp-content/uploads/2015/09/CBP-advies-3.pdf)). Tot slot wordt hier in het kader van het mediabeleid nog opgemerkt dat programmamakers en bekende Nederlanders op 13 oktober jl. met een paginagrote advertentie in de krant de Tweede Kamer gevraagd hebben tegen de Mediawet te stemmen. Ze uitten hiermee hun zorgen over de grote rol voor de NPO en hun vrees voor inhoudelijke bemoeienis. De oproep stelde: 'De macht die de NPO met deze Mediawet krijgt, is een directe bedreiging van de redactionele vrijheid van omroepen en programmamakers' (via [www.nu.nl](http://www.nu.nl), 13 oktober 2015). Ondanks deze oproep is de nieuwe Mediawet half oktober met ruime meerderheid aangenomen door de Tweede Kamer.

Over naar de Raad van Europa. Vanwege Bosnië en Herzegovina's voorzitterschap van het Comité van Ministers vond op 14 augustus jl. een conferentie plaats over 'Women in today's European film industry: gender matters. Can we do better?' De conferentie heeft geresulteerd in een verklaring over gendergelijkheid in de filmindustrie. De verklaring ziet gendergelijkheid als 'equal visibility, empowerment, responsibility and participation of both women and men in all spheres of public and private life' en benadrukt de mensenrechten- en demo-

cratie connotaties van gendergelijkheid. Meer specifiek erkent de verklaring het belang van audiovisuele werken in Europese cultuur, terwijl ook wordt geobserveerd dat vrouwen zijn ondervertegenwoordigd op topposities in de filmindustrie. De ondertekenaars – vertegenwoordigers van de deelnemende staten aan de conferentie – verklaren dan ook hun inzet voor meer gendergelijkheid in de Europese audiovisuele industrie, onder andere door hier meer aandacht voor te vragen. Ze verzoeken de Raad van Europa om beleid in de lidstaten te stimuleren dat gericht is op een blijvende verbetering in de situatie van genderongelijkheid.

### Rechtspraak

Een korte update in de *louche advocaat-zaak* (*KwartaalSignaal* 134, p. 7734). Onder andere vanwege de 'aard, context en strekking' van de cartoon van geïntimeerde als publieke persoon, heeft het hof in hoger beroep geoordeeld dat het recht op vrijheid van meningsuiting in dit geval zwaarder weegt dan het recht op bescherming van een goede naam, zodat de cartoonist de spotprent niet hoeft te rectificeren (Hof Den Bosch 14 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2624).

Op Europees niveau aandacht voor de *Satamedia-zaak*. In 2008 gaf deze zaak het Europees Hof van Justitie nog de gelegenheid om de media-exceptie in het gegevensbeschermingsrecht te interpreteren. Via terugkoppeling naar de nationale rechter is de zaak nu bij die andere Europese rechter terechtgekomen (EHRM 23 juni 2015, 931/13, *Satakunnan Markkinapörssi Oy en Satamedia t. Finland*). De context van de zaak is als volgt. Twee Finse mediabedrijven publiceerden jaarlijks openbare belastinggegevens van 1,2 miljoen belastingbetalers (ofwel eenderde van alle belastbare personen in Finland) in een magazine en via een SMS-dienst. De Finse Data Protection Ombudman probeerde deze praktijk te stoppen, maar volgens lagere Finse bestuursrechters was de praktijk toegestaan op grond van de media-exceptie. De hoogste bestuursrechter had vervolgens interpretatievragen gesteld aan het Europees Hof van Justitie over de media-exceptie in de richtlijn Bescherming Persoonsgegevens. Onder verwijzing naar het belang van de vrijheid van meningsuiting in een democratische samenleving, oordeelde het Hof van Justitie dat het begrip 'journalistiek' ruim geïnterpreteerd moet worden. De media-exceptie geldt daarom niet alleen voor mediabedrijven, maar voor iedereen die werkzaam is in de journalistiek. In dat opzicht zijn alle activiteiten die tot doel hebben om informatie, meningen of ideeën aan het publiek bekend te maken 'journalistieke' activiteiten. Of daarvan sprake is, is aan de nationale rechter. In de onderliggende zaak waarin de afweging tussen het recht op privacy en het recht op vrijheid van meningsuiting centraal staat, oordeelde de hoogste Finse bestuursrechter dat de mediabedrijven geen beroep konden doen op de media-exceptie: de wijze en mate van publicatie van de persoonsgegevens werd niet gerechtvaardigd door een publiek belang. Het Straatsburgse mensenrechtenhof is

meegegaan in die redenering; het verbod van de betreffende publicatie door de nationale autoriteiten is geen schending van de vrijheid van meningsuiting onder artikel 10 EVRM.

### Literatuur

- N. Helberger, K. Kleinen-von Königslöw & R. van der Noll, ‘Regulating the new information intermediaries as gatekeepers of information diversity’, *Info* 2015, afl. 6, p. 50-71;
- P.B. Hugenholtz, *De Rechtspositie van de Audiovisuele Maker binnen de Publieke Omroep* (Onderzoek in opdracht van de Raad voor Cultuur), Amsterdam, juli 2015;
- P. Kreijger, ‘Amusement, omdat het moet’, *Mediaforum* 2015, afl. 5, p. 193;
- S. Kulk & F.J. Zuiderveen Borgesius, ‘Freedom of Expression and “Right to Be Forgotten” Cases in the Netherlands after Google Spain’, *European Data Protection Law Review* 2015, afl. 2, p. 113-125;
- B. van der Sloot, ‘Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens 16 juni 2015 (Delfi AS/Estland)’, *European Human Rights Cases* 2015, afl. 9, nr. 172;
- D. Voorhoof, ‘De aansprakelijkheid van online nieuwsplatforms na Delfi’, *Mediaforum* 2015, afl. 5, p. 194-204;
- M. de Wilde, ‘Meer of minder vrijheid van meningsuiting’, *NJB*, afl. 28, p. 1921-1925.

## TELECOMMUNICATIERECHT

AAK20157949

N.A.N.M. van Eijk

### Wet- en regelgeving

Een zogenaamde ‘verzamelwet’ is toegestuurd aan de Tweede Kamer (*Kamerstukken II* 2014/15, 34271). De wet bevat diverse grote en kleine aanpassingen van de Telecommunicatiewet. Veel ervan waren onderwerp van consultatie dan wel zijn de uitkomst van overleg met het parlement. Het gaat onder meer om de versterking van positie van kleinzakelijke abonnees (die deels gelijke rechten krijgen als natuurlijke personen), betere afspraken ten aanzien van continuïteit van omroepuitzendingen (naar aanleiding van de langdurige uitval van een aantal zendmasten voor radio-omroep), ‘spoofing’ wordt geregeld (het verbergen achter een ander nummer) en nog wat andere zaken van voornamelijk technische aard.

Het ter beschikking stellen van ‘gratis telefoons’ is een klassieke marketingstrategie binnen de mobiele communicatiesector. Toestellen zijn natuurlijk nooit echt gratis, maar de prijs ervan wordt vaak gecompenseerd via hogere abonnements- en beltarieven. De Hoge Raad oordeelde (13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385) vorig jaar dat de gratis telefoon een vorm van kredietovereenkomst is waarop de regels van de Wet op het financieel toezicht (Wft) van toepassing. Dit heeft allerlei neveneffecten. Zo moeten consumenten door vakbekwame personen worden

geïnformeerd en hoort een inkomenstoets te worden gedaan wanneer de waarde boven de 250 euro is. Het krediet moet worden geregistreerd en de aanbieders zijn verplicht om zich aan te sluiten bij een onafhankelijke klachtencommissie (het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid)). Minister Dijsselbloem van Financiën liet de Tweede Kamer oorspronkelijk weten dat deze regels strikt gehandhaafd moesten worden (*Kamerstukken II* 2014/15, 32545, 31). De door de mobiele aanbieders gevraagde versoepeling zag hij niet zitten. De Tweede Kamer was echter van mening dat toch naar een uitweg moest worden gezocht en heeft gevraagd om in overleg met de sector tot een gedragscode te komen (*Kamerstukken II* 2015/16, 34198, 16). Is die er voor 1 januari 2016 dan zou de minister moeten komen met een vrijstellingsregeling, zodat het ‘gratis’ toestel behouden blijft.

De vergunningen voor commerciële radio-omroep – het gaat om onder meer Radio 538, Sky Radio en Q-Music – worden opnieuw verlengd, althans de kans daarop is zeer groot. De minister van Economische Zaken had zich op het standpunt gesteld dat de vergunningen die per 31 augustus 2017 aflopen, gewoon geveild zouden moeten worden (*Kamerstukken II* 2014/15, 24095, 390). De Tweede Kamer was daar niet mee eens (*Kamerstukken II* 2014/15, 24095, 385). De minister ging daarop toch overstag en stemde in met een procedure om de vergunningen opnieuw te verlengen (*Kamerstukken II* 2014/15, 24095, 391). Daar worden wel strakke voorwaarden aan verbonden. Zo moet het algemeen belang van de verlenging duidelijk zijn. Die zit in het bevorderen van digitale radio-omroep (de analoge FM-vergunningen zijn gekoppeld aan digitale DAB+-vergunningen). De sector moet daarom komen met een robuust digitaliseringsplan. De minister wil geen nieuwe jarenlange juridische procedures over de prijs die betaald moet worden voor de verlengingen. Tegenover dit alles staat het verruimen van de eigendomsbeperkingen. Nu is het slechts toegestaan dat één algemeen radiostation en één gespecialiseerd station (zoals BNR en 100%NL) in de handen van dezelfde eigenaar zijn. Dat wordt versoepeld. De programmatische voorschriften blijven echter ongewijzigd.

### Jurisprudentie

Het College van beroep voor het Bedrijfsleven (CBb) heeft een punt gezet achter een langslappende procedure over de uitgifte van ‘kavel 7’ voor commerciële radio-omroep (ECLI:NL:CBB:2015:317/318/319/320). In 2011 zijn de vergunningen voor commerciële radio-omroep verlengd tot 2017. De betrokken partijen moesten daarvoor een vergoeding betalen, die werd bepaald op basis van een rapport over de waardebeoordeling. Niet alle beschikbare frequenties werden via de verlenging toegekend, een landelijke dekking kwam – als gevolg van juridische procedures – pas later beschikbaar. Dit ‘kavel 7’ is in 2013 toegekend aan Radio 10. De prijs voor de toekenning was lager dan de andere stations moesten betalen voor de eerdere verlenging. Hierop startten Sky Radio, Q-Music en Radio 538

procedures met als doel een verlaging te krijgen van hun verlengingsprijs. Zij baseerden zich daarbij onder meer op het uitgangspunt dat er op grond van Europese regels niet gediscrimineerd mag worden. De minister die eerder al toezegde een en ander te onderzoeken, kwam mede op basis van een onderliggende waardebeoordeling, tot de conclusie dat er geen reden was om klagers tegemoet te komen. Daarbij beriep hij zich onder meer op het feit dat er veranderende omstandigheden waren. Het CBb onderschrijft de door de minister ingenomen standpunten. Hij had op basis van het onderliggende onderzoek terecht mogen besluiten om geen compensatie toe te kennen. De waardebeoordeling is voldoende zorgvuldig gebeurd en ook zijn partijen in voldoende mate bij het proces betrokken geweest.

#### Literatuur

- E.H. Hondius & G.J. Rijken (red.), *Handboek Consumentenrecht* (4e druk), Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, 640 p. (met onder meer hoofdstukken over consumentenkrediet, telecommunicatierecht, handelspraktijken en reclame, privacy van consumenten, de geschillencommissies en de ACM als toezichthouder in consumentenzaken);
  - A. Carton, 'De Belgische dataretentiewetgeving na het vernietigingsarrest van 11 juni 2015: another one bites the dust?', *Computerrecht* 2015, afl. 5, p. 251-256;
  - J. Poort, 'Veranderingen in de telecommarkt: consolidatie en differentiatie', *Mediaforum* 2015, afl. 6, p. 205-209.
-



## STAATS- EN BESTUURSRECHT

## BESTUURS(PROCES)RECHT

AAK20157951

Prof.mr.dr. A.T. Marseille

## Wetgeving

*Wetsvoorstel organisatie hoogste bestuursrechtspraak*

In juni 2014 presenteerde het kabinet zijn plannen voor de hoogste bestuursrechtspraak (*Kamerstukken II 2013/14, 29279, 200; Kamerstukken I 2013/14, 30585, L*). Het aantal hoogste bestuursrechtelijke instanties zou worden verminderd van vier tot twee. De Centrale Raad van Beroep (CRvB) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) zouden worden opgeheven. De taken van de CRvB zouden bij de gerechtshoven worden ondergebracht, die van het CBb bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS). De plannen hadden een duidelijke naam: conceptwetsvoorstel splitsing RvS en opheffing CRvB en CBb. Die benaming is inmiddels gewijzigd in: wetsvoorstel organisatie hoogste bestuursrechtspraak. De aanvankelijke titel maakte duidelijk waar het op stond, de nieuwe titel kenmerkt zich door verhullend taalgebruik. Zelfs een neutrale term als 'reorganisatie' is blijkbaar nog te expliciet; in plaats daarvan is gekozen voor het nietszeggende 'organisatie'. De Afdeling advisering van de Raad van State buigt zich nu over de inhoud van het – waarschijnlijk niet wezenlijk gewijzigde – voorstel.

In een brief van 11 september 2015 (*Kamerstukken II 2013/14, 29279, 273*) bespreekt het kabinet de reacties op het conceptwetsvoorstel. Uit de weergave van de standpunten van de geconsulteerde instanties blijkt dat geen daarvan positief is over de kabinetsplannen – met uitzondering van de ABRvS. De Raad voor de rechtspraak (Rvdr), de Hoge Raad (HR), de CRvB, het CBb en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) hebben allemaal een voorkeur voor een stelsel waarin de bestuursrechtspraak is ondergebracht bij de rechterlijke macht.

De geconsulteerde instanties verschillen echter in hun opvattingen over wat er op dit moment moet gebeuren. De Rvdr is van oordeel dat er nu al iets moet veranderen. De Rvdr vindt ('nog steeds', aldus het kabinet) dat de bestuursrechtspraak in tweede feitelijke instantie moet worden geconcentreerd bij een nieuw op te richten bestuursrechtelijk gerechtshof. Tegen de uitspraken van dat hof zou vervolgens een vorm van beroep in cassatie moeten openstaan. De CRvB en het CBb zijn het met de Rvdr eens. De HR neemt de keuze van de regering als uitgangspunt. De NVvR vindt dat er geen directe noodzaak is het stelsel van bestuursrechtspraak te wijzigen en stelt dat eerst een visie zou moeten worden ontwikkeld op een toekomstbestendige inrichting van de bestuursrechtspraak.

Het kabinet constateert dat de meningen verschillen en houdt vast aan zijn plannen. Niets doen is geen optie. Het kabinet stelt dat nu een 'beslissende stap' moet worden

gezet ter vereenvoudiging van het stelsel van de hoogste bestuursrechtspraak. Echter, omdat de plannen van het kabinet niets veranderen aan de situatie dat er meerdere hoogste bestuursrechtelijke instanties zijn, bieden ze geen oplossing voor het probleem dat die het recht op uiteenlopende wijze kunnen uitleggen. Hoe wordt de rechtseenheid gegarandeerd? Op dit moment gebeurt dat informeel. Dat werkt weliswaar aardig, maar is niet ideaal. Ook de Tweede Kamer was die mening toegedaan. In april 2015 werd de motie-Recourt/Taverne aanvaard (*Kamerstukken II 2014/15, 29279, 235*). Die bepleit een institutionele rechtseenheidsvoorziening in de vorm van een prejudicieel stelsel. Andere bestuursrechtelijke instanties zouden de HR prejudiciële vragen moeten stellen wanneer vragen van rechtseenheid aan de orde zijn. De beslissing van de HR zou vervolgens leidend moeten zijn voor uitspraken van de andere bestuursrechtelijke instanties.

De adviezen van de HR en de ABRvS naar aanleiding van deze motie (*Kamerstukken II 2014/15, 29279, 264*) zijn terughoudend (HR) en afwijzend (ABRvS). Een prejudicieel stelsel is niet nodig, aldus de ABRvS, omdat er een goed functionerend stelsel van informeel overleg is tussen de verschillende hoogste bestuursrechtelijke instanties. Bovendien zou een prejudicieel stelsel leiden tot grote vertraging bij de afhandeling van zaken. De ABRvS stelt voor om de huidige gemeenschappelijke kamer in het bestuursrecht (met op dit moment leden van de ABRvS, CRvB en CBb), uit te breiden tot een gemeenschappelijke kamer met leden van de ABRvS en de HR.

Barkhuysen is bijzonder kritisch over de plannen van de regering en de suggesties van de ABRvS (T. Barkhuysen, 'Informeel bestuursrechtelijke rechtseenheidsvoorzieningen: lessen uit het verleden', *NJB 2015/1399*). Hij roept in herinnering dat ruim twintig jaar geleden, bij de eerste en tweede fase van de herziening van de rechterlijke organisatie, nog werd gestreefd naar een volledige integratie aan de top van de bestuursrechtspraak. De regering vond het toen principieel onjuist om het bereiken van rechtseenheid over te laten aan het zelfregulerend vermogen van de hoogste bestuursrechtelijke instanties. Bovendien zag de regering bezwaren met het oog op artikel 6 EVRM. Barkhuysen citeert uit de memorie van toelichting op de Wet voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie:

'Gelet op de onder meer in artikel 6 van het EVRM gepositieerde beginselen van behoorlijke rechtspraak, met name het beginsel van de openbaarheid, zou het immers bepaald onjuist zijn als een uitspraak in een concrete individuele zaak tot stand zou komen na informeel overleg tussen twee of meer rechterlijke colleges, een overleg dat voor partijen niet kenbaar en controleerbaar is en waarop zij ook geen invloed kunnen uitoefenen.'

En voorts:

'Informeel overleg kan en mag in concrete individuele zaken dus niet het middel zijn om tot rechtseenheid te komen.'

Barkhuysen pleit dan ook voor een stelsel met de HR als hoogste instantie voor alle bestuursrechtelijke zaken. Cassatie in bestuursrechtelijke zaken zou aan een verlof-

stelsel moeten worden gebonden. Dat zou als bijkomend voordeel hebben dat kan worden afgezien van de volgens hem onvoldoende doordachte, kostbare en waarschijnlijk contraproductieve plannen om het CBb en de CRvB op te heffen (zie daarover: K.J. de Graaf & A.T. Marseille, 'De voorgenomen opheffing van de Centrale Raad van Beroep', *NTB* 2015/33).

Ortlep (R. Ortlep, 'Prejudiciële procedure Recourt/Taverne onder de loep: oude wijn in nieuwe zakken', *JBplus* 2015, p. 180-199) acht het uitbouwen van de gemeenschappelijke kamer met leden van zowel de ABRvS als de HR problematisch.

'Gelet op de Grondwet is het bezwaarlijk dat de Hoge Raad gebonden is aan een (prejudiciële) beslissing van een niet tot de rechterlijke macht behorend rechtscollege (de Afdeling bestuursrechtspraak). Als in een gemeenschappelijke kamer door de Afdeling bestuursrechtspraak met leden van de Hoge Raad (als staatsraden in buitengewone dienst) uitspraak wordt gedaan, is nog steeds sprake van een uitspraak van een niet tot de rechterlijke macht behorend rechtscollege.'

De in theorie meest voor de hand liggende oplossing voor dat probleem is het aanwijzen van de ABRvS als onderdeel van de rechterlijke macht. De waarschijnlijke consequentie daarvan, afsplitsing van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, zal het kabinet niet willen trekken, zo veronderstelt Ortlep. Maar wat dan?

Het kabinet kan in zijn brief van 11 september 2015 niet anders constateren dan dat het probleem van de rechtseenheid nog niet is opgelost. Er zal advies worden ingewonnen bij een daartoe in te stellen commissie van deskundigen uit verschillende geledingen (HR, ABRvS en openbaar bestuur) om een zorgvuldige beslissing te kunnen nemen over de meest wenselijke vorm van een rechtseenheidsvoorziening. Al met al is het nog lang niet zeker hoe de door de regering beoogde 'beslissende stap' om het stelsel van de hoogste bestuursrechtspraak te vereenvoudigen er precies uit gaat zien.

## Jurisprudentie

### *Toegang tot de rechter in milieugeschillen*

Het Hof van Justitie wees op 15 oktober 2015 een arrest (C-137/14) dat van belang is voor de toegang tot de bestuursrechter in milieugeschillen. Het arrest betrof een zaak die aanhangig was gemaakt door de Europese Commissie. Die vond dat Duitsland zijn verplichtingen op grond van bepalingen in twee richtlijnen (art. 11 van Richtlijn 2011/92/EU, over de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten, en artikel 25 van Richtlijn 2010/75/EU, over industriële emissies) die dienen om het verdrag van Aarhus in de Europese rechtsorde te implementeren, niet was nagekomen. De Commissie richtte haar pijlen op een aantal bepalingen van verschillende Duitse algemeen bestuursrechtelijke en milieurechtelijke wetten, waaronder de *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO), het *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VwVfG) en het *Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz* (UmwRG), die afbreuk zouden doen aan de werking van de beide richtlijnen, omdat ze belanghebbenden te zeer zouden beperken

in de mogelijkheid de rechtmatigheid van overheidsbesluiten bij de rechter aan te vechten. Het Hof volgt de Commissie deels in haar bezwaren.

Het voor de Nederlandse rechtspraktijk waarschijnlijk meest belangrijke aspect van het arrest betreft de klacht van de Commissie dat in bepaalde Duitse bestuursrechtelijke procedures bij de rechter alleen gronden kunnen worden aangevoerd die eerder al tijdens de bestuurlijke procedure naar voren zijn gebracht. De Commissie vindt dat die beperking een buitensporige aantasting vormt van de mogelijkheid overheidsbesluiten aan te vechten. Duitsland bracht daar tegenin dat de betreffende bepalingen als doel hebben de rechtszekerheid en doeltreffendheid van procedures bij bestuur en rechter te waarborgen. Voorkomen moet worden, aldus Duitsland, dat partijen bezwaren om strategische redenen achterhouden tot de procedure bij de rechter. Op die manier kan het bestuur zijn taak om bij de heroverweging met alle betrokken belangen rekening te houden, niet goed uitvoeren.

Het Hof constateert dat artikel 11 lid 4 van Richtlijn 2011/92 en artikel 25 lid 4 van Richtlijn 2010/75 niet toestaan dat een appellant wordt beperkt in de gronden die hij bij de rechter kan aanvoeren. Het Hof vindt dat een dergelijke beperking niet kan worden gerechtvaardigd met een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel. Het Hof erkent dat het feit dat beroepsgronden voor het eerst in beroep bij de bestuursrechter worden aangevoerd in bepaalde gevallen het goede verloop van die procedure kan belemmeren, maar dat is de prijs die moet worden betaald voor het doel om een zo ruim mogelijke toegang tot rechterlijke toetsing te waarborgen. Tot slot meldt het Hof dat het de nationale wetgever vrij staat specifieke procedurevoorschriften vast te stellen, zoals de regel dat beroepsgronden buiten beschouwing blijven wanneer ze zijn ingediend op een manier die als misbruik van recht moet worden gezien. Volgens het Hof volstaan dergelijke voorschriften als waarborg voor de doeltreffendheid van de gerechtelijke procedure.

Een tweede klacht van de Commissie die het Hof honoreert, betreft de bevoegdheid van de Duitse bestuursrechter om, als aan een binnen de werkingssfeer van artikel 11 van Richtlijn 2011/92 vallend besluit procedurele gebreken kleven, dat besluit alleen te vernietigen als de appellant die de gebreken heeft aangekaart, bewijst dat sprake is van een causaal verband tussen de gebreken en de inhoud van het bestreden besluit.

Het Hof vindt dat daarmee aan appellanten een te zware eis wordt gesteld. Het maakt de uitoefening van het beroepsrecht als bedoeld in artikel 11 van Richtlijn 2011/92 uiterst moeilijk en doet afbreuk aan het doel van de richtlijn. Het Hof stelt vervolgens dat de rechter wel degelijk de mogelijkheid heeft de vernietiging van een procedureel gebrekkig voorbereid besluit achterwege te laten, maar dat dan wel sprake moet zijn van een situatie dat 'de rechterlijke instantie of het orgaan, zonder de bewijslast op de verzoeker te leggen op basis van het door de opdrachtgever of de bevoegde autoriteiten verstrekte bewijsmateriaal en meer algemeen op basis van alle stukken in het overgeleg-

de dossier, tot de vaststelling kan komen dat het aangevochten besluit zonder de door de verzoeker aangevoerde procedurefout niet anders had geluid'. Kort maar goed: het Hof vindt het geen probleem dat de bestuursrechter onder omstandigheden de vernietiging van een procedureel gebrekkig besluit achterwege laat, als de reden maar niet is dat de appelland er niet in is geslaagd te bewijzen dat sprake is van een causaal verband tussen de procedurefout en de inhoud van het besluit.

Een van de andere klachten van de Commissie betrof het gegeven dat in het Duitse bestuursrecht de onrechtmatigheid van een besluit geen voldoende voorwaarde is voor vernietiging ervan. Noodzakelijk is tevens dat door die onrechtmatigheid een subjectief recht van de appelland is geschonden (§ 113 lid 1 VwGO). De Commissie stelde dat die bepaling ten onrechte de toetsing van de rechtmatigheid van overheidsbesluiten beperkt tot bepalingen van het nationale recht waarbij rechten aan particulieren worden verleend. In reactie daarop zegt het Hof dat het in het arrest *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland v. Landesverband Nordrhein-Westfalen* (C-115/09, ECLI:EU:C:2011:289) al heeft geoordeeld dat het de nationale wetgever weliswaar vrijstaat te bepalen dat de rechter een besluit alleen kan vernietigen als sprake is van schending van subjectieve rechten van personen, maar dat op dat punt een uitzondering geldt voor milieuorganisaties.

Problematisch voor Nederland lijkt het oordeel van het Hof dat de bestuursrechter geen gronden buiten beschouwing mag laten om de enkele reden dat die niet reeds in een voorprocedure bij het bestuur naar voren zijn gebracht. Dat zou betekenen dat de ruime interpretatie door de bestuursrechter van artikel 6:13 Awb (beroepsgronden die zijn gericht tegen bepaalde onderdelen van een besluit betreft de rechter alleen bij zijn toetsing als de appelland die besluitonderdelen al in de bestuurlijke voorprocedure ter discussie heeft gesteld) z'n langste tijd heeft gehad.

#### *Boetebeleid op grond van de Wav onredelijk*

De ABRvS deed op 7 oktober 2015 (ECLI:NL:RVS:2015:3138) een belangrijke uitspraak over de rechtmatigheid van boetebesluiten op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav). Ingevolge artikel 2 lid 1 Wav is het een werkgever verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning. Bij overtreding van dit verbod legt de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) een boete op. De uitspraak betreft het hoger beroep tegen een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland, die een door de minister van SZW aan een recidiverende werkgever opgelegde boete van € 24.000 vanwege verminderde verwijtbaarheid had gematigd tot € 12.000. In discussie was niet of de Wav was overtreden, wel of de hoogte van de boete terecht was.

Een boete moet evenredig zijn aan de ernst van de overtreding. Daarnaast spelen de mate van verwijtbaarheid en de omstandigheden van het geval een rol. Uit artikel 6 EVRM volgt dat de rechter bij het toetsen van punitieve sancties, zoals bestuurlijke boetes, moet beschikken over *full jurisdiction*. Wat betekent dat? Uit onderzoek van Mi-

chiels en De Waard (F.C.M.A. Michiels & B.W.N. de Waard, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: BJu 2007, p. 69-85, zie recent ook: F.C.M.A. Michiels, 'Passend en geboden. Over de betekenis van het evenredigheidsvereiste bij bestuurlijke sancties', in: A.T. Marseille, A.C.M. Meuwese, F.C.M.A. Michiels & J.C.A. de Poorter (red.), *Behoorlijk bestuursprocesrecht* (De Waardbundel), Den Haag: BJu 2015, p. 363-382) komt naar voren dat het EHRM niet eist dat de rechter zijn eigen oordeel steeds geheel in de plaats stelt van dat van het bestuursorgaan. De eis van *full jurisdiction* betekent wel dat de rechter alle aspecten van het besluit moet kunnen toetsen en dus ook dat als hij vindt dat de boete onevenredig is, hij die moet kunnen wijzigen.

Veel bestuursorganen stellen beleidsregels vast ter bepaling van de hoogte van de boete, zo ook de minister van SZW in het geval van de Wav-boetes. Bij de toetsing van de rechtmatigheid van de boete die op beleidsregels is gebaseerd, kijkt de rechter dan allereerst of de beleidsregels zelf wel evenredig zijn. De Afdeling heeft nogal eens het verwijt gekregen dat ze te veel ontzag toonde voor dergelijke beleidsregels (zie bijvoorbeeld: M.L. van Emmerik & C.M. Saris, 'Evenredige bestuurlijke boetes', in: C.L.G.F.H. Albers, M.L. van Emmerik, C.M. Saris & F.J.P.M. de Haas, *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?* (VAR-reeks 152), Den Haag: BJu 2014, p. 109-204). Zo bezien vormt de uitspraak van 7 oktober 2015 een breuk met de eerdere jurisprudentie, want in de uitspraak wordt het beleid van de minister relatief indringend onder de loep genomen (overigens werd in een uitspraak van de ABRvS van 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1421, AB 2015/291 m.nt. Saris & Van der Maden, uitgesproken dat het boetebeleid voor overtredingen van de Arbeidsomstandighedenwet onredelijk was).

Tot 1 januari 2012 hielden de beleidsregels van de minister van SZW in dat bij een overtreding van artikel 2 lid 1 Wav een boete van € 8.000 werd opgelegd. Per 1 januari 2013, met de inwerkingtreding van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving (WAHSS), zijn de beleidsregels gewijzigd en is dat bedrag verhoogd naar € 12.000. De ABRvS besteedt in haar uitspraak veel aandacht aan de motivering van deze beleidswijziging. Ze citeert de nota naar aanleiding van het verslag van de vaste commissie voor SZW van de Eerste Kamer over de WAHSS (*Kamerstukken I* 2012/13, 33207, C, p. 3 en 4):

'Bij de invoering van de bestuursrechtelijke handhaving in 2005 zijn de boetes voor illegale tewerkstelling in Nederland fors verhoogd, namelijk van ongeveer € 1.000,00 tot € 8.000,00 per illegaal tewerkgestelde werknemer. Uit een evaluatieonderzoek is gebleken dat deze forse verhoging van de boetenormbedragen heeft bijgedragen aan de daling van de illegale tewerkstelling in de periode 2005 (bij 26 procent van de controles werd illegale tewerkstelling geconstateerd) tot 2009 (16 procent). Ook de resultaten van hercontroles wijzen daarop. In 2004 overtrad 30 procent van de werkgevers bij wie eerder al een overtreding was geconstateerd de wet opnieuw, in 2008 was dat percentage gedaald tot 18 procent. Sinds 2009 is echter sprake van een stabilisatie van het percentage geconstateerde overtredingen. Kennelijk is er een groep hardnekkige malafide werkgevers die zich niet laat afschrikken door de huidige boetes of voor wie illegale tewerkstelling ondanks de boete nog altijd lonend lijkt te zijn. Met het oog op deze groep heeft de regering besloten het sanctiebeleid verder aan te scherpen in de verwachting dat dit opnieuw zal bijdragen aan een daling van het aantal overtredingen. Voorts wil de regering met de strengere aanpak de maatschappelijke norm bevestigen dat misbruik fors bestraft moet worden.'

Op grond van die motivering acht de ABRvS het gerechtvaardigd dat de nieuwe beleidsregels een verhoging van de boete voor hardnekkige malafide rechtspersonen inhouden, maar niet dat dat ook gebeurt voor overtreders – zoals appellants – die niet tot die groep behoren. De ABRvS overweegt vervolgens:

‘Gelet op het voorgaande is de Beleidsregel in zoverre onredelijk. Zolang de minister het gebrek aan nadere differentiatie in de Beleidsregel niet heeft hersteld, ziet de Afdeling aanleiding de minister te houden aan het in de Beleidsregels boeteplegging Wav 2012 neergelegde boetenormbedrag van € 8.000,00, dat de Afdeling als zodanig niet onredelijk heeft bevonden.’

Omdat de beleidsregel onevenredig is, wordt die buiten toepassing gelaten. De ABRvS gaat vervolgens in op het hoger beroep van de minister, die vond dat de rechtbank de opgelegde boete ten onrechte wegens verminderde verwijtbaarheid met 50% had gematigd. De ABRvS gaat deels mee met de minister en komt uit op een matiging van 25%. Al met al stelt de ABRvS de boete vast op € 12.000 (uitgaande van een normbedrag van € 8.000 leidt de recidive tot een verdubbeling en de verminderde verwijtbaarheid vervolgens tot vermindering van 25%).

#### *Vergunning voor evenement met een monstertruckshow in Haaksbergen*

Op 25 oktober 2015 deed de rechtbank Overijssel uitspraak in de zaak over de vergunning voor het evenement in Haaksbergen op 28 september 2014 waar een ongeluk met een monstertruck gebeurde waarbij drie doden en 28 gewonden vielen (ECLI:NL:RBOVE:2015:4792). De burgemeester had een deel van de bezwaren tegen de vergunning niet-ontvankelijk verklaard omdat de bezwaarmakers geen belanghebbenden bij het besluit zouden zijn. Voor het overige waren de bezwaren voornamelijk ongegrond verklaard. Weliswaar erkende de burgemeester dat het verlenen van de vergunning onzorgvuldig was omdat niet elk onderdeel van het evenement, waaronder de stunt met de monstertruck, was beoordeeld in het licht van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid, maar desondanks handhaafde de burgemeester de vergunning omdat deze, ook achteraf gezien, onder dezelfde voorwaarden zou zijn verleend.

De rechtbank komt tot de conclusie dat de vergunning is verleend in strijd met de artikelen 3:2 en 3:4 Awb. De voorbereiding van de vergunning is onzorgvuldig geweest, nu de burgemeester onvoldoende onderzoek heeft verricht naar de risico's van de stunt met de monstertruck. De rechtbank:

‘Verweerder had ten tijde van het nemen van het primaire besluit geen concreet beeld van wat tijdens de stunt met de monstertruck zou plaatsvinden. Dit was bij de aanvraag niet toegelicht en verweerder heeft hier ook geen navraag naar gedaan. Verweerder heeft geen inschatting gemaakt van de veiligheidsrisico's die een dergelijke stunt met zich brengt en verweerder heeft zich geen oordeel gevormd met betrekking tot de vraag welke opstelling van het publiek onder deze omstandigheden verantwoord was.’

De rechtbank is voorts van oordeel dat de gebreken niet bij het besluit op bezwaar hersteld kunnen worden. De rechtbank:

‘Een reële risico-inschatting met betrekking tot het evenement en een zorgvuldige afweging van de betrokken belangen, op basis daarvan, konden niet alsnog bij het bestreden besluit, na afloop van het evenement, plaatsvinden. Juist bij een evenement als waarvan hier sprake was, is essentieel dat een zorgvuldige risico-inschatting voorafgaand aan het evenement plaatsvindt.’

Een interessant aspect van de uitspraak betreft de beoordeling van de belanghebbendheid van de bezwaarmakers. Onder de bezwaarmakers bevonden zich de weduwe en twee kinderen van een omgekomen toeschouwer. De rechtbank overweegt dat in beginsel de aanwezigheid bij een evenement onvoldoende is om als belanghebbende te kunnen worden beschouwd bij het besluit tot verlening van de evenementenvergunning. De groep bezoekers is daarvoor te groot en te onbepaald.

De rechtbank vindt echter dat in dit geval sprake is van zeer bijzondere omstandigheden, vergelijkbaar met die in de *Zwarte Piet*-zaak (ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4117, *JB* 2014/245 m.nt. Schutgens, *AB* 2015/55 m.nt. Brouwer & Schilder), die ertoe nopen een aantal van de aanwezigen bij het evenement toch als belanghebbende aan te merken. Twee omstandigheden zijn voor de rechtbank met name van belang. In de eerste plaats geldt voor slachtoffers van het ongeval waarbij sprake is van ernstig letsel dat fundamentele rechten, zoals het recht op leven en het recht op onaantastbaarheid van het lichaam, in het geding zijn. In de tweede plaats vindt de rechtbank dat het belang van de veiligheid van bezoekers van dit soort evenementen vereist dat de rechter kan toetsen of bij de vergunningverlening voldoende rekening is gehouden met het belang van de veiligheid. Derhalve is hier sprake van een de zaak overstijgend belang dat vergt dat een strikte toepassing van de vereiste van belanghebbendheid achterwege blijft.

De uitspraak laat zien dat de beslissing van de ABRvS in de *Zwarte Piet*-zaak om de criteria ter vaststelling van de vraag of sprake is van belanghebbendheid opzij te zetten, heeft gefungeerd als uitnodiging aan andere rechters om na te denken over de vraag in hoeverre zij geschillen met appellants die niet voldoen aan de traditioneel gehanteerde criteria van belanghebbendheid, toch zouden moeten beoordelen, vanwege het algemeen belang dat daarmee is gediend. Het is interessant om te zien wat de ABRvS, mocht hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank Overijssel worden ingesteld, op het punt van de belanghebbendheid zal gaan beslissen.

#### **Literatuur**

Op 4 september 2015 nam Boudewijn de Waard afscheid als hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit van Tilburg. Drie publicaties markeren zijn afscheid. In de eerste plaats zijn afscheidsrede (B.W.N. de Waard, *Voortgaande heroverweging van uitgangspunten van bestuursprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015), in de tweede plaats zijn handboek over bestuursprocesrecht (B.W.N. de Waard, m.m.v. J.B.J.M. ten Berge, *Leerstukken van bestuursprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015) en in de derde plaats een liber amicorum, *Behoorlijk bestuursprocesrecht*, dat eerder in deze kroniek al is genoemd.

Al is een handboek primair bedoeld om inzicht te bieden in de stand van zaken in een bepaald rechtsgebied, desondanks klinken er per definitie opvattingen van de auteur(s) in door. Dat geldt ook voor het handboek van De Waard. Het is ook om die reden de moeite waard om *Leerstukken van bestuursprocesrecht* te lezen. De Waard zelf richt onze aandacht echter op zijn afscheidsrede, door daarin te melden dat waar hij in het handboek een zekere terughoudendheid betracht in het naar voren brengen van opvattingen over het bestuursprocesrecht, zo'n beperking voor het genre 'afscheidrede' niet geldt. Ik richt me in deze kroniek dan ook op de afscheidrede. Het kernwoord daarvan is: deformalisering. De Waard bedoelt daarmee dat procedurele regels zodanig worden gehanteerd, dat ze niet onnodig in de weg staan aan het realiseren van materiële aanspraken. Valt er in het Nederlandse bestuursprocesrecht veel te deformaliseren? De Waard laat overtuigend zien dat dat het geval is. Het is onvermijdelijk dat regels over procedures een compromis zijn tussen de wens om de procedure zo veel mogelijk te laten bijdragen aan het realiseren van materiële rechten enerzijds en de noodzaak om de procedure qua tijd en kosten niet uit de hand te laten lopen anderzijds. Dat aan deelnemers aan een procedure beperkingen worden gesteld om hun recht te halen, is onvermijdelijk. Het mooie van de afscheidrede van De Waard is dat hij een aantal van die beperkingen aan een onbevangen beschouwing onderwerpt, met als conclusie dat ze (ik formuleer het waarschijnlijk wat minder precies dan De Waard zou doen) onnodig zijn.

Ik noem twee voorbeelden. De eerste betreft de Brummen-leer. Die houdt in dat als de rechtbank een besluit in reactie op het beroep van een appellant vernietigt, maar de rechtbank andere gronden die de appellant naar voren heeft gebracht 'uitdrukkelijk en zonder voorbehoud' verwerpt, de appellant verplicht is om hoger beroep in te stellen als hij het recht wil behouden de gronden die uitdrukkelijk en zonder voorbehoud zijn verworpen opnieuw aan de orde te stellen. Tot aan de invoering van de Brummen-leer kon een appellant de beslissing of hij verder wilde procederen, uitstellen tot het moment dat het nieuwe besluit van het bestuur er was. Door de Brummen-leer is die keuzemogelijkheid vervallen. De voorstanders vinden dat geen probleem, omdat het als winst wordt gezien dat gronden die uitdrukkelijk en zonder voorbehoud zijn verworpen, niet langer ten tweede male door een rechter kunnen worden beoordeeld. Het zou afbreuk doen aan het gezag van gewijsde van de uitspraak als de rechter opnieuw over die gronden zou oordelen. De Waard relateert dat voordeel:

'Echter, ook als men het met de strekking van dit argument eens is, hoeft dat niet tot de conclusie te leiden dat de gronden niet herhaald aan de rechter mogen worden voorgelegd nadat het bestuursorgaan opnieuw in de zaak heeft voorzien. Als dit bij de rechtbank gebeurt, kan de rechtbank de betreffende gronden opnieuw verwerpen, met een eenvoudige verwijzing naar de eerste uitspraak. (...) Dat wil echter nog niet zeggen dat de hogerberechtsrechter aan het eerdere oordeel van de rechtbank gebonden zou moeten worden geacht. Als de eerder door de rechtbank verworpen gronden in hoger beroep worden aangevoerd, hoeft er geen bezwaar tegen te bestaan dat de hogerberechtsrechter er volledig over kan oordelen (...).'

De Waard concludeert dat de Brummen-leer ertoe heeft geleid dat het bestuursprocesrecht vanuit het gezichtspunt van partijen technisch-juridisch complexer is geworden, zonder dat duidelijk is welke winst (afgezien van winst op het punt van de juridisch-dogmatische zuiverheid) daar tegenover staat.

Een tweede voorbeeld betreft de jurisprudentie over de verschoonbaarheid van termijnoverschrijdingen die het gevolg zijn van het ontbreken van een rechtsmiddelenclausule onder een besluit. Die jurisprudentie is enkele jaren geleden versoepeld, maar het is de vraag hoe groot de winst is vanuit een oogpunt van deformalisering. Waar vroeger als hoofdregel gold dat het ontbreken van een rechtsmiddelenclausule geen reden was een termijnoverschrijding verschoonbaar te achten, is de hoofdregel nu andersom, zij het dat er wel een aantal uitzonderingen geldt. Een daarvan betreft de situatie dat kan worden aangenomen dat de belanghebbende wist dat hij binnen een bepaalde termijn in actie moest komen. Dan wordt hem de termijnoverschrijding nog steeds tegengeworpen. De Waard heeft kritiek op de uitwerking van de uitzondering. Als een belanghebbende voor het einde van de termijn reeds werd bijgestaan door een professionele rechtsbijstandverlener of als sprake is van een ideële organisatie die regelmatig procedeert, wordt al snel geëist dat deze professionals een appellabel besluit van een bestuursorgaan herkennen, ook al bevat dat geen rechtsmiddelenclausule. De Waard geeft een voorbeeld van een casus waarin de professionele rechtsbijstandverlener een brief van het bestuur zonder rechtsmiddelenclausule niet direct herkende als besluit, omdat het een situatie betrof waarin wet noch jurisprudentie duidelijk waren over de vraag of sprake was van een besluit. De Waard concludeert dat de deformalisering zich op dit punt zich zou moeten uitbreiden tot professionals:

'Ook zij kunnen wel eens iets over het hoofd zien, een fout maken. Als daar een goede verklaring voor is en belangen van derden niet onevenredig worden geschaad, kan een dergelijke fout gepasseerd worden, net zoals in de rechtspraktijk veelvuldig gebreken in een besluit of de wijze van tot stand komen daarvan, worden gepasseerd.'

De rode draad van de conclusies die De Waard aan deze en vele andere voorbeelden verbindt, lijkt te zijn: laat je als rechter niet te veel leiden door een hang naar juridisch-dogmatisch-systematische zuiverheid en door de neiging verwijtbaar handelen af te straffen, maar richt je meer op de vraag welke belangen nu eigenlijk in het gedrang komen door een soepele hantering van procesregels. Het procesrecht zou vaker dan nu het geval is, kunnen fungeren ten dienste van het beslechten van het materiële geschil.

**EUROPEES RECHT**

AAK20157956

Maarten Aalbers, Thomas Weber, Lennart van Laake  
(Europa Instituut, Universiteit Leiden)**Bescherming digitale persoonsgegevens**

*HvJ EU 6 oktober 2015, C-362/14 (Schrems). Signaalwoorden: prejudiciële beslissing, bescherming digitale persoonsgegevens, een passend beschermingsniveau, bevoegdheden nationale toezichthoudende autoriteiten*

Deze zaak betreft de rol van nationale gegevensbeschermingsautoriteiten en de geldigheid van een besluit van de Europese Commissie (Commissie) om, onder bepaalde voorwaarden, de databescherming in de Verenigde Staten (V.S.) als voldoende aan te merken. In deze zaak wordt verduidelijkt aan welke voorwaarden dusdanige besluiten van de Commissie gelden om binnen het kader dat gesteld is door het Handvest van de Grondrechten (Handvest) en de Databeschermingsrichtlijn (95/46/EG) te blijven. De verzoeker in deze zaak, de heer Schrems, heeft een profiel op Facebook. De Europese tak van Facebook, Facebook Ireland Ltd., verzamelt data over zijn activiteiten op Facebook. Deze data wordt doorgestuurd naar Facebook Inc., het in de Verenigde Staten gevestigde moederbedrijf van Facebook. Vanwege de onthulling van Edward Snowden dat de Amerikaanse autoriteiten op grote schaal data opslaan en analyseren wil de heer Schrems dat de overdracht van zijn data aan Facebook Inc. wordt stopgezet. De heer Schrems dient daartoe een verzoek in bij de Ierse gegevensbeschermingsautoriteit. Deze autoriteit wijst zijn verzoek echter af met als reden dat de Commissie in Beschikking 2000/520 ('Veiligheidsregeling') reeds heeft besloten dat de bescherming van de data van de heer Schrems voldoende is. In deze Veiligheidsregeling worden Amerikaanse bedrijven, waaronder Facebook, die zich committeren aan enkele databeschermingsbeginselen, als voldoende veilig voor Europese gegevens bestempeld. De Ierse autoriteit was van mening gebonden te zijn aan deze regeling en derhalve geen bevoegdheid had om de gegevensoverdracht stop te zetten. De heer Schrems ging tegen dit besluit in beroep voor de Ierse High Court. Het Ierse gerechtshof trok de wettelijkheid van de gegevensoverdracht sterk in twijfel. De grootschalige en ongedifferentieerde onderschepping van de Amerikaanse autoriteiten van in de V.S. opgeslagen gegevens werd door dit gerechtshof als bewezen geacht. Om te verifiëren welke gevolgen dit heeft voor de heer Schrems vroeg het Ierse hof aan het Hof van Justitie procedure in hoeverre het besluit van de gegevensbeschermingsautoriteit om zijn klacht niet te behandelen wettelijk juist was.

*– Uitspraak Hof van Justitie*

In eerste instantie onderzoekt het Hof in hoeverre een nationale gegevensbeschermingsautoriteit een klacht kan behandelen, wanneer de Europese Commissie reeds besloten heeft dat de gegevensoverdracht in kwestie veilig

is. Het Hof bevestigt in eerste instantie het beginsel uit *Foto-Frost* (314/85 ECLI:EU:C:1987:452) waaruit blijkt dat enkel het Hof zelf EU-recht ongeldig kan verklaren. De nationale autoriteiten kunnen bij twijfel aan de geldigheid van een dusdanig besluit van de Commissie voor de nationale rechter een procedure beginnen. Als de nationale rechter de twijfels van de gegevensbeschermingsautoriteit deelt, kan deze rechter door middel van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie de geldigheid van het besluit achterhalen. Daarna onderzoekt het Hof de vraag of de Veiligheidsregeling voor de V.S. geldig is. Het Hof stelt voorop dat een potentieel grootschalige schending van grondrechten kan plaatsvinden wanneer een land onrecht veilig wordt verklaard en de Commissie een beperkte beoordelingsbevoegdheid heeft voor deze besluiten. De Commissie mag dit besluit pas nemen wanneer het niveau van databescherming in het ontvangende land in grote lijnen overeenkomt met de standaarden in de EU. Bij het toepassen van deze beginselen op de Veiligheidsregeling richt het Hof zich voornamelijk op de uitzonderingen die in deze regeling opgenomen zijn. De beginselen die daarin zijn opgenomen zijn namelijk niet van toepassing wanneer er in het Amerikaanse rechtssysteem wordt vastgelegd dat de data mogen worden ingezien. In het geval dat een uitzondering op deze regeling wordt toegepast bestaat er geen rechtsmiddel waar een EU-burger zich op kan beroepen. Het feit dat hierdoor de autoriteiten mogelijk algemene toegang tot gegevens kunnen krijgen, is een schending van het recht op privéleven (art. 7 Handvest). Eveneens schendt het gebrek aan een beroepsmogelijkheid het recht op een effectief rechtsmiddel (art. 47 Handvest). Daarom verklaart het Hof van Justitie de Veiligheidsregeling ongeldig. Eveneens verklaart het Hof voor recht dat nationale gegevensbeschermingsautoriteiten bevoegd zijn om besluiten van de Commissie inzake het niveau van gegevensbescherming van een bepaald land, aanvechten voor de nationale rechter. Deze kan door middel van een prejudiciële vraag de geldigheid van een Commissiebesluit voorleggen aan het Hof van Justitie.

*– Relevantie uitspraak*

Er is door deze uitspraak onzekerheid ontstaan in hoeverre bedrijven uit de Verenigde Staten nog EU-data mogen ontvangen. De doorstroom van deze gegevens hangt af van de nationale gegevensbeschermingsautoriteiten. Zij besluiten uiteindelijk of de rechten van EU-burgers een dusdanig risico lopen dat het gerechtvaardigd is om over te gaan tot een stop van de gegevensoverdracht. Mochten deze autoriteiten hiertoe besluiten, zou dit niet het eind van het internet betekenen. Door expliciete toestemming van de gebruiker of meer waarborgen voor privacybescherming in de V.S. zou, ondanks de uitspraak in *Schrems*, de gegevensoverdracht mogelijk zijn.

## Fundamentele vrijheden

*HvJ EU 15 september 2015, C-67/14 (Alimanovic). Signaalwoorden: Burgerschapsrichtlijn 2004/38, beginsel van gelijke behandeling, sociale bijstand Unieburgers, werkzoekenden, werknemers*

Lidstaten mogen sociale bijstand weigeren aan werkzoekende Unieburgers die minder dan één jaar in het gastland hebben gewerkt, ook als zulke bijstand in gelijke omstandigheden wel aan eigen onderdanen wordt toegekend. Dit bepaalde het Hof in de zaak C-67/14 *Alimanovic* (HvJ EU 15 september 2015, ECLI:EU:C:2015:597). Het beginsel van gelijke behandeling van artikel 24 van Burgerschapsrichtlijn 2004/38 is niet van toepassing op werkzoekenden, behoudens een overgangperiode van 6 maanden voor ex-werknemers. Het arrest is de laatste in een serie uitspraken waarin het recht op gelijke behandeling inzake sociale bijstand voor economisch niet-actieve Unieburgers restrictief wordt uitgelegd (zie ook C-333/13 *Dano*, ECLI:EU:C:2014:2358, en C-140/12 *Brey*, ECLI:EU:C:2013:565).

De moeder en oudste dochter van de Zweedse familie Alimanovic hadden in Duitsland een aantal kortlopende baantjes, voor een totale periode van minder dan één jaar. Hierna verloren zij beiden hun baan, en kregen ze een werkloosheidsuitkering toegekend. Volgens de Burgerschapsrichtlijn mag bij Unieburgers die minder dan een jaar in een gastlidstaat gewerkt hebben, na zes maanden de status van werknemer worden ingetrokken, en dat gebeurde ook. De familie Alimanovic verloor hierdoor het recht op sociale bijstand, en ging tegen dit besluit in beroep. De Duitse rechter vroeg zich af of de categorische weigering van sociale bijstand aan werkzoekenden uit andere lidstaten verenigbaar is met het beginsel van gelijke behandeling van artikel 24 Burgerschapsrichtlijn, en stelde prejudiciële vragen.

Het Hof oordeelde dat een ex-werknemer, die minder dan één jaar in het gastland heeft gewerkt, zijn status als werknemer en het daarop rustende verblijfsrecht voor ten minste zes maanden behoudt, volgens artikel 7 lid 3 Burgerschapsrichtlijn. Gedurende die tijd kan hij zich beroepen op het beginsel van gelijke behandeling, en dus ook aanspraak maken op sociale bijstand. Na deze periode kan de status van werknemer echter worden ingetrokken. Hoewel de familie Alimanovic zich daarna nog kon beroepen op een verblijfsrecht als werkzoekenden in de zin van artikel 14 lid 4 sub b, is deze categorie expliciet uitgesloten van het beginsel van gelijke behandeling in artikel 24 lid 2. Het is lidstaten dus toegestaan om hen sociale bijstand te ontzeggen die in gelijke gevallen wel aan eigen onderdanen wordt toegekend. Een beoordeling van de individuele situatie, zoals het Hof die articuleerde in *Brey*, is in dat geval niet nodig, nu de overgangperiode van ex-werknemers hierin al voldoende voorziet.

*HvJ EU 1 oktober 2015, C-340/14 en C-341/14 (Trijber & Harmsen). Signaalwoorden: Dienstenrichtlijn 2006/123, zuiver interne situatie, vergunningstelsel, vergunning voor onbepaalde tijd, diensten op het gebied van vervoer*

Een Amsterdams vergunningsstelsel voor rondvaartboten is strijdig met Richtlijn 2006/123 inzake het vrije verkeer van diensten ('de Dienstenrichtlijn'), voor zover het stelsel slechts een beperkt aantal vergunningen voor onbepaalde tijd uitkeert. Een vergunningsstelsel voor bordeelhouders, dat vereist dat zij met prostituees kunnen communiceren in een voor beide partijen begrijpelijke taal, kan echter wel gerechtvaardigd worden. Dit bepaalde het Hof van Justitie naar aanleiding van prejudiciële vragen van de Raad van State in de gevoegde zaken C-340/14 en C-341/14 *Trijber & Harmsen* (HvJ EU 1 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:641).

De heer Trijber wilde een rondvaartboot exploiteren op de Amsterdamse grachten, maar een vergunningsaanvraag hiertoe werd afgewezen omdat de aanvraag buiten een aanvraagronde werd gedaan en geen innovatief vervoersconcept betrof. In de daarop volgende rechtszaak rees de vraag of het stelsel verenigbaar was met Unierecht. Artikel 11 (1) Dienstenrichtlijn bepaalt dat vergunningen aan dienstverleners niet van een beperkte geldigheidsduur mogen zijn, tenzij het aantal beschikbare vergunningen beperkt is door een dwingende reden van algemeen belang. Hieruit leidt het Hof af dat in de omgekeerde situatie, als het aantal beschikbare vergunningen om een dergelijke reden beperkt is, deze vergunningen dan ook voor een beperkte tijd moeten zijn. Een andere uitleg zou markttoegang voor dienstverleners onvoldoende garanderen.

De heer Harmsen exploiteert een raamprostitutiebedrijf in Amsterdam. Een vergunningsaanvraag voor twee nieuwe panden werd afgewezen, onder meer omdat hij niet met de prostituees in een voor hen begrijpelijke taal kon communiceren. De Afdeling vroeg het Hof of het vergunningsstelsel verenigbaar is met artikel 10 Dienstenrichtlijn, volgens welke een stelsel slechts criteria mag bevatten die gerechtvaardigd zijn wegens een dwingende reden van algemeen belang. Het Hof erkent dat publieke orde, meer specifiek de bestrijding van mensenhandel en gedwongen prostitutie, in dit geval een rechtvaardigingsgrond biedt. De eis lijkt bovendien evenredig aan het te bereiken doel, maar het Hof laat het aan de Afdeling om te bepalen of dit doel ook met een minderverstrekkende maatregel, zoals de tussenkomst van een tolk, kon worden bereikt.

Naast een uitleg van de materiële bepalingen van de Dienstenrichtlijn, vroeg de Afdeling ook of vervoer per rondvaartboot kwalificeert als een vervoerdienst, waardoor het buiten de reikwijdte van de Richtlijn zou vallen volgens artikel 2. Het Hof wijst erop dat de uitleg van dit begrip correspondeert met het begrip vervoerdiensten in de zin van Titel 6 van het Werkingsverdrag, over het gemeenschappelijk vervoerbeleid. Hoewel de rondvaart vervoer via binnenwateren betreft, is het hoofdbestanddeel van de dienst om de ontvangers 'een feestelijke bijeenkomst' te bieden. De dienst kwalificeert daardoor niet als een vervoerdienst, en valt binnen de reikwijdte van de richtlijn.

Ten slotte vroeg de Afdeling ook of Hoofdstuk III van de richtlijn, dat ziet op vestiging, van toepassing is op zuiver interne situaties. Het hoofdstuk vereist immers niet expliciet een grensoverschrijdend element. Helaas omzeilt

het Hof deze vraag. Er is volgens het Hof geen sprake van een zuiver interne situatie, omdat in beide zaken sprake kan zijn van buitenlandse dienstontvangers, en de verguningsstelsels bovendien de markttoegang voor buitenlandse dienstverleners belemmeren. Hoewel dit tot dezelfde uitkomst leidt en in lijn is met eerdere rechtspraak, is het jammer te noemen dat het Hof deze kans laat liggen om duidelijkheid te verschaffen over het toepassingsbereik van de richtlijn. In zijn conclusie stelde advocaat-generaal Szpunar nog dat het hoofdstuk wel degelijk van toepassing is op zuiver interne situaties.

### Mededinging & staatssteun

*Gerecht EU 30 juni 2015, Gevoegde zaken T-186/13, T-190/13, T-193/13 (Gemeente Leidschendam-Voorburg t Commissie). Signaalwoorden: Beroep tot nietigverklaring, Staatssteun, Artikel 107 lid 1 VWEU, het beginsel van een particuliere onderneming in de markteconomie, grondtransacties.*

#### – Projectontwikkeling van het Damplein

De Commissie heeft onvoldoende bewezen dat de gemeente Leidschendam-Voorburg in strijd met artikel 107 lid 1 VWEU staatssteun heeft verleend aan projectontwikkelaars van het gebiedsontwikkelingsproject Damplein. Het Gerecht kwam tot deze uitspraak in het arrest *Nederland en gemeente Leidschendam-Voorburg t Commissie* (Gerecht EU 30 juni 2015, gevoegde zaken T-186/13, T-190/13, T-193/13, *Gemeente Leidschendam-Voorburg t Commissie*, ECLI:EU:T:2015:447). De zaak draaide om de vraag of de gemeente marktconforme transacties had verricht of onrechtmatige staatssteun had verleend. Sinds 2004 namen projectontwikkelaars Bouwfonds en Schouten-de Jong deel in een samenwerkingsproject met de gemeente en sloten zij een overeenkomst inzake de grondexploitatie van het Damplein. In 2010 heeft de gemeente ingestemd met een verlaging van de grondprijs van 4,6 miljoen euro en werden exploitatiebijdragen kwijtgescholden. Na een uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State startte de Commissie een formeel onderzoek naar onrechtmatige staatssteun. In 2013 heeft de Commissie besloten de grondtransacties tussen de gemeente Leidschendam-Voorburg en deze projectontwikkelaars onverenigbaar te verklaren met de interne markt. De reden hiervoor is dat de Commissie van oordeel was dat de overeengekomen grondprijs en grondexploitatiebijdrage in strijd zijn met het beginsel van een particuliere investeerder in de markteconomie. Hierop heeft de gemeente, ondersteund door de Staat der Nederlanden, een beroep tot nietigverklaring ingesteld bij het Gerecht.

#### – Uitspraak Gerecht

Voor het Gerecht heeft de gemeente aangevoerd dat de aanpassingen van de overeenkomst in overeenstemming zijn met het marktgedrag van een particuliere investeerder. De gemeente bepleitte dat de overeenkomst aangepast

werd vanwege veranderende marktomstandigheden door de financiële crisis. Als de bouwplannen uitgesteld waren, zou een centraal gebied van de gemeente braak komen te liggen en zouden de kosten van het project aanzienlijk oplopen. De Commissie heeft hier tegenover gesteld dat de gemeente niet onder normale marktomstandigheden heeft gehandeld, omdat geen enkele marktpartij bij slechte vooruitzichten op de vastgoedmarkt zich zou laten leiden door dergelijke overwegingen van overheidsbeleid. Ten gronde onderzoekt het Gerecht allereerst of een particuliere investeerder van vergelijkbare omvang in vergelijkbare omstandigheden ook zou zijn overgegaan tot het heronderhandelen van een onderneming. Het Gerecht overweegt dat het doel van het project niet doorslaggevend is voor het vaststellen van een economisch karakter. Het Gerecht is weliswaar niet bevoegd om zijn eigen economische analyse in de plaats te stellen van de Commissie, maar kan wel verifiëren of de Commissie het bestaan voldoende heeft bewezen. Bij de toepassing van het beginsel van de particuliere investeerder had de Commissie volgens het Gerecht rekening moeten houden met het zuiver economische en financiële belang en niet met het maatschappelijke belang van een snelle uitvoering van het project en het beperken van de financieringskosten. Zo heeft de Commissie onvoldoende geanalyseerd wat de economische gevolgen zouden zijn geweest van een uitstel van de bouwwerkzaamheden. Ook heeft de Commissie het Gerecht niet kunnen overtuigen dat de economische omstandigheden de gemeente ertoe verplichtten om het samenwerkingsproject te beëindigen. Tot slot heeft de Commissie verzaakt om de marktwaarde van de grond in 2010 vast te stellen. Het Gerecht vernietigt het besluit van de Commissie.

#### – Gevolgen uitspraak

Een belangrijke conclusie die aan dit arrest verbonden kan worden is dat de Commissie volledig moet toetsen aan het beginsel van een particuliere marktinvesteerder. Daarbij kan de Commissie niet exclusief verwijzen naar methoden voor de berekening van grondtransacties, maar moet zij de methoden die door lidstaten toegepast worden daadwerkelijk toetsen op marktconformiteit. Daarnaast moeten overheden zich vooral niet rijk rekenen aan deze uitspraak. Het Gerecht merkt op dat de Commissie voortaan met economische berekeningen over de brug moet komen, maar dit wil niet zeggen dat deze overeenkomst uiteindelijk geen staatssteun inhoudt. Deze uitspraak tast het brede toepassingsbereik van het beginsel van een particuliere marktinvesteerder dan ook niet aan.

*HvJ EU 6 oktober 2015, C-23/14 (Post Danmark). Signaalwoorden: prejudiciële beslissing, Misbruik van een machtspositie, artikel 102 VWEU, standaardkorting met terugwerkende kracht, het criterium van een efficiënte concurrent.*

#### – Prejudiciële vragen

In de zaak C-23/14 *Post Danmark* (HvJ EU 6 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:651) nam het Hof een prejudiciële beslissing inzake een vermeend misbruik van een machts-



positie door Post Danmark. Deze onderneming is door de Deense overheid belast met een openbare dienst, namelijk het verspreiden van massamailings (brieven en postreclame). Post Danmark heeft met een aandeel van 95% op de relevante markt voor massamailings in Denemarken. Voorts zijn klanten op deze markt – wegens het wettelijke monopolie van Post Danmark – voor 70% van alle mailings aangewezen op haar diensten. In deze zaak staat echter niet zozeer het wettelijke monopolie van Post Danmark centraal, als wel het kortingenstelsel dat deze onderneming toepast op haar klanten. Dit stelsel is gestandaardiseerd en wordt met terugwerkende kracht toegepast. Dit betekent dat deze klanten vooraf vastgestelde kortingen ontvangen van Post Danmark over het totaal van hun massamailings, zolang zij maar een minimum hoeveelheid postreclame laten verzenden. Als klanten onder een bepaald zendvolume blijven dan worden hun kortingen naar beneden aangepast en moeten zij ontvangen bedragen terug betalen. Dit kortingenstelsel heeft aanleiding gegeven voor een geschil tussen de Deense Konkurrencerådet en Post Danmark voor de SØ- og Handelsretten – de Deense rechtbank voor handelszaken. De SØ- og Handelsretten heeft in het kader van dit geschil het Hof verzocht of dit kortingenstelsel in strijd is met artikel 102 VWEU. Daarnaast vraagt zij of het kortingenstelsel getoetst moet worden aan het criterium van een ‘efficiënte concurrent’.

#### – Beantwoording vragen door het Hof

Ten aanzien van deze eerste vraag maakt het Hof een onderscheid tussen getrouwheidskortingen en kwantumkortingen. Uit de vaste jurisprudentie van het Hof volgt dat getrouwheidskortingen gericht zijn op het belemmeren van de mededinging en een misbruik opleveren (*Michelin*, 322/81 ECLI:EU:C:1983:313 en *Tomra*, C-549/10 ECLI:EU:C:2012:221). Kwantumkortingen daarentegen vormen in beginsel geen schending van artikel 102 VWEU. Het Hof merkt op dat het kortingsstelsel in casu geen eenvoudige kwantumkorting is omdat de kortingen berekend worden over het jaarlijkse totaal aantal opdrachten voor massamailings. Ook is het kortingenstelsel geen getrouwheidskorting, aangezien de klanten niet verplicht worden om hun mailings uitsluitend door Post Danmark te laten verzenden. Het kortingenstelsel lijkt eerder een hybride variant te zijn van een kwantumkorting en een getrouwheidskorting. Daarom besluit het Hof te onderzoeken of de kortingen een afschermende werking hebben op de relevante markt. Aangezien Post Danmark een marktaandeel van 95% heeft en 70% van alle massamailings verzorgt is de mededinging op de relevante markt zeer beperkt. Daarom oordeelt het Hof dat het kortingenstelsel als doel heeft het voor klanten moeilijker te maken om over te stappen naar concurrenten van Post Danmark. Ook oordeelt het Hof dat het feit dat het stelsel van toepassing is op het merendeel van het cliëntèle een aanwijzing vormt voor een mededingingsverstoringe karakter van de kortingen. Hiermee geeft het Hof aan dat het kortingenstelsel waarschijnlijk een afschermende werking heeft die de mededinging verstoort. Aan de hand van deze aanwijzingen dient de SØ- og Han-

delsretten zelfstandig na te gaan of er ook daadwerkelijk een schending is van artikel 102 VWEU en of deze schending op basis van dit artikel gerechtvaardigd kan worden.

In zijn behandeling van de tweede vraag is het Hof vrij kort van stof. De toepassing van het criterium van een ‘even efficiënte concurrent’ houdt in dat wordt onderzocht of tariefpraktijken van een onderneming met een machtspositie ertoe leiden dat een concurrent – die even goed presteert – wordt uitgesloten van de markt. In casu is dit criterium niet relevant omdat de structuur van de markt, alsmede het wettelijke monopolie, het onmogelijk maken dat een even efficiënte concurrent zich aandient. Dit criterium is slechts één van de instrumenten die een nationale rechter in staat stellen om een machtspositie vast te stellen. Het Hof informeert de Deense rechter dat een schending op basis van 102 VWEU kan worden aangenomen wanneer het mededingingsverstoringe karakter van het kortingenstelsel waarschijnlijk is. In dat geval hoeft niet aangetoond dat er een daadwerkelijk en merkbaar effect op de mededinging is.

#### – Relevantie uitspraak

Met deze uitspraak heeft het Hof sinds het arrest *Tomra* (C-549/10 ECLI:EU:C:2012:221) voor het eerst sinds 2012 een inhoudelijke toepassing verricht van artikel 102 VWEU. De zaak is daarom relevant voor de verdere ontwikkeling van het toepassingsbereik van artikel 102 VWEU. Op basis van dit arrest vallen ook hybride kortingen – die elementen hebben van een kwantumkorting en een getrouwheidskorting – onder een mededingingsverstoring die strijdig kan zijn met artikel 102 VWEU.

## VOLKENRECHT

AAK20157959

Ige F. Dekker, Nico J. Schrijver

### 1 Greenpeace's Arctic Sunrise-arbitrage tussen Nederland en Rusland

Op 14 augustus 2015 deed een arbitragetribunaal, ingesteld op grond van het VN-Verdrag inzake het Recht van de Zee (VN-Zeerechtverdrag of UNCLOS), uitspraak te gronde in de zaak over de Arctic Sunrise, een ijsbreker van Greenpeace International en zijn 30 koppige bemanning (ook wel aangeduid als de *Arctic 30*). Het arbitragetribunaal, optredend onder auspiciën van het Permanente Hof van Arbitrage te Den Haag (PCA), stelt vast dat Rusland in strijd handelde met het VN-Zeerechtverdrag en inbreuk maakte op zijn verplichtingen jegens Nederland door op 19 september 2013, zonder voorafgaande toestemming van Nederland als vlaggenstaat, de Arctic Sunrise te enteren en op te brengen naar de haven van Moermansk, en door alle 30 bemanningsleden, afkomstig uit 19 verschillende landen, te arresteren en gevangen te nemen. De feiten van het incident en een schets van de in het geding zijnde rechtsregels zijn reeds beschreven in *KwartaalSignaal* 129, p. 7382, AAK20137380.

De onderhavige uitspraak is de uitkomst van de arbitrageprocedure (op basis van Annex VII van het VN-Zeerechtverdrag) die Nederland vrij snel na het incident begon, namelijk op 4 oktober 2013. Nadat Rusland niet reageerde op het verzoek tot instellen van een arbitrageprocedure, en noch het schip vrijgaf noch de bemanning vrijliet, startte Nederland daarnaast, op basis van artikel 290(5) VN-Zeerechtverdrag, ook nog een spoedprocedure bij het Internationaal Tribunaal voor het Recht van de Zee (ITLOS) voor het treffen van voorlopige maatregelen. Dat is mogelijk op voorwaarde dat het arbitrage-tribunaal op het eerste gezicht rechtsmacht heeft en de urgentie van de situatie dergelijke maatregelen rechtvaardigt. Op 22 november 2013 gelastte het ITLOS het onmiddellijke vrijgeven van de Arctic Sunrise en de vrijlating van alle bemanningsleden (onder voorwaarde dat Nederland een borgsom stortte van 3,6 miljoen euro, hetgeen Nederland deed op 2 december 2013). Zie voor deze uitspraak, *Arctic Sunrise (Netherlands v. Russian Federation)*, ITLOS Case No. 22, Provisional Measures, Order of 22 November 2013; [www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-22/](http://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-22/)).

Op 29 november 2013 werden de bemanningsleden op borgtocht vrijgelaten en kregen drie weken later, bij Decreet van de Doema, ‘amnestie’; de niet-Russische bemanningsleden konden nog vlak voor het nieuwe jaar Rusland verlaten (de strafzaak tegen de *Arctic 30* werd formeel pas op 24 september 2014 beëindigd). Begin juni 2014 werd de Arctic Sunrise vrijgegeven en, na het uitvoeren van de meest nodige reparaties, kon het schip op 1 augustus 2014 de Russische wateren uitvaren.

Rusland informeerde het ITLOS op 22 oktober 2013 dat het arbitrage-tribunaal – hierna: het Tribunaal – naar de opvatting van de Russische regering geen rechtsmacht had in het onderhavige geschil en dat het daarom niet zou deelnemen aan de procedure, noch voor het Tribunaal noch voor het ITLOS. Daarvoor beriep Rusland zich op een verklaring bij de ratificatie van het VN-Zeerechtverdrag waarin het de verplichte geschillenbeslechtsprocedures van het verdrag niet aanvaardde voor ‘geschillen betreffende rechtshandhavingsactiviteiten met betrekking tot de uitoefening van soevereine rechten en jurisdictie’. Zowel het ITLOS – in zijn uitspraak van 22 november 2013 – als het Tribunaal – in zijn uitspraak over zijn jurisdictie van 26 november 2014 – verwierp het Russische verweer op grond dat de (toegelaten) voorbehouden in dezen alleen van toepassing zijn op activiteiten gerelateerd aan de handhaving van regelingen met betrekking tot wetenschappelijk onderzoek en visserij, en dus niet op het onderhavige geschil. Rusland bleef echter bij zijn standpunt en participeerde niet in de arbitrageprocedure (afgezien van indiening van een ‘position paper’ op 7 augustus 2015, een week voor de uitspraak en een half jaar na de hoorzittingen in de zaak waar het dus verstek liet gaan). Rusland benoemde dan ook geen arbiter in het vijfkoppige tribunaal, Nederland deed dat wel in de persoon van zeerechtsdeskundige professor Fred Soons. Overigens hield het Tribunaal Rusland van elke stap in de procedure nauwgezet op de hoogte.

In zijn uitspraak van 14 augustus 2015 gaat het Tribunaal eerst in op een aantal preliminaire kwesties. Het bevestigt dat er nog steeds sprake is van een geschil (ondanks het inmiddels vrijgeven van het schip en de vrijlating van de bemanning). Tevens stelt het Tribunaal dat de Nederlandse bevoegdheid om de Russische aansprakelijkheid in te roepen afgeleid is van de Nederlandse status van vlaggenstaat van de Arctic Sunrise en dat deze bevoegdheid zich uitstrekt tot de bemanning en alle andere betrokkenen bij het schip, ongeacht hun nationaliteit. Met betrekking tot het toepasselijke recht overweegt het Tribunaal dat het bij de interpretatie en toepassing van het VN-Zeerechtverdrag internationaal erkende rechten van de mens mag betrekken maar dat het niet bevoegd is om het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten (IVBPR) toe te passen of inbreuken daarop vast te stellen.

Met betrekking tot de zaak ten gronde, gaat het Tribunaal in op de vier Nederlandse claims. De belangrijkste claim betreft, vanzelfsprekend, het beweerde onrechtmatig optreden van de Russische autoriteiten tegen de Arctic Sunrise en zijn bemanning. Het Tribunaal geeft eerst aan dat protesteren in de exclusieve economische zone (EEZ) behoort tot het rechtmatig gebruik van de zee en de vrijheid van scheepvaart maar dat dit recht van protest niet onbeperkt is. Het gaat vervolgens na wat de *mogelijke* juridische grondslagen van het Russische optreden zijn – mede gezien de Russische verklaringen – en of deze in dit geval van toepassing en afdoende zijn. Geen van de (negen) onderzochte mogelijkheden kunnen echter de Russische acties rechtvaardigen. Zo kan een beroep op verdenking van piraterij niet slagen aangezien het volkenrecht – zie artikel 101 van het VN-Zeerechtverdrag – piraterij definieert als een handeling tegen een ander schip (en het hier om een platform gaat).

Het Tribunaal gaat het meest uitvoerig in op de vraag of het enteren van het schip een rechtmatige reactie was op de Greenpeace-acties, waarbij opblaasboten met bemanning zonder toestemming van de Russische autoriteiten de 500 meter veiligheidszone rond het olieplatform binnendrongen en twee leden van de bemanning zich aan pijlers van het platform vastketenden. Deze acties zouden, zo stelt het Tribunaal, als zodanig reden kunnen zijn geweest voor aanhouding van het schip in de EEZ, maar dan had voldaan moeten zijn aan alle voorwaarden die het volkenrecht – zie artikel 111 VN-Zeerechtverdrag – stelt aan de rechtmatige uitoefening van het recht van ‘hot pursuit’. Op grond van een zo nauwkeurig mogelijke reconstructie van de gebeurtenissen op 18 en 19 september 2013, komt het Tribunaal tot de conclusie dat de achtervolging van de Arctic Sunrise door de Ladoga van de Russische kustwacht in ieder geval niet *ononderbroken* is geweest, en dat dus niet voldaan is aan een van de cumulatieve eisen voor een geslaagd beroep op het recht van ‘hot pursuit’.

Daarnaast gaat het Tribunaal in op de vraag of de Greenpeace-acties gekwalificeerd kunnen worden als een schending van meer specifieke regelingen met betrekking tot de bescherming van de niet-levende rijkdommen in de EEZ of het zeemilieu. Nu daar naar de mening van het

Tribunaal geen sprake van is, zal een Russische beroep op zijn bevoegdheid als kuststaat dergelijke regelingen te mogen handhaven falen. Voor zover de Arctic Sunrise voor 'gevaarstelling' heeft gezorgd, zou op grond van artikel 97 VN-Zeerechtverdrag aanhouding van het schip in de EEZ alleen door de vlaggenstaat toegestaan zijn geweest.

Het Tribunaal wijst het Nederlandse verzoek af om Rusland te gelasten formele verontschuldigen aan te bieden en de beschuldigingen van piraterij en vandalisme tegen de Arctic 30 formeel in te trekken. Wel heeft Nederland recht op financiële compensatie voor onder meer de schade toegebracht aan de Arctic Sunrise, voor materiële en immateriële schade geleden door de Arctic 30 vanwege hun onrechtmatig arrestatie, vervolging en gevangenhouding. Het Tribunaal houdt zich het recht voor om op een later tijdstip beslissen over de hoogte van de te betalen schadevergoeding.

Het ITLOS en het Tribunaal hebben duidelijke uitspraken gedaan, waarin getracht is recht te doen aan de gerechtvaardigde belangen van alle betrokkenen. Door afwezigheid van een van de partijen – in dit geval Rusland – is een evenwichtige uitkomst niet vanzelfsprekend. Toch leveren zulke verstekzaken niet zelden voor de rechtsontwikkeling belangwekkende uitspraken op. Zie bijvoorbeeld de *Hostages*-zaak en *Nicaragua*-zaak waarin respectievelijk Iran en de Verenigde Staten verstek lieten gaan. Meer recentelijk hebben de Filipijnen een zaak aanhangig gemaakt tegen China over claims in de Zuid-Chinese Zee en waarin, tot nu toe althans, China verstek laat gaan. Zie *Philippines v. China*, PCA Case No. 2013-19, [www.pcacases.com/web/view/7](http://www.pcacases.com/web/view/7). Interessant is dat de Chinese rechter in het ITLOS de ITLOS-uitspraak over de jurisdictie van het arbitrage-tribunaal in *Arctic Sunrise* onderschreef.

Zie voor de uitspraak: *Arctic Sunrise*, Award on the Merits, 14 August 2015, PCA Case N° 2014-02, [www.pcacases.com/web/sendAttach/1438](http://www.pcacases.com/web/sendAttach/1438). Zie ook A. Oude Elferink, 'The Arctic Sunrise Incident', *International Journal of Marine and Coastal Law* 2014, afl. 2, p. 250 e.v.

## 2 De Chagos eilanden als beschermd zeegebied (*Mauritius v. Verenigd Koninkrijk*)

Op 1 april 2015 deed een ander Zeerechttribunaal uitspraak in een zaak die de eilandstaat Mauritius tegen zijn vroegere koloniale mogendheid, het Verenigd Koninkrijk (VK), had aangespannen. De zaak betrof de archipel van de Chagos-eilanden, die in de Indische Oceaan ligt en waarvan de militaire basis op het eiland Diego Garcia het bekendste onderdeel vormt. In de Britse koloniale tijd vormden Mauritius en de Chagos-eilandengroep een kolonie. In 1968 verwierf Mauritius de onafhankelijkheid, maar bleef de Chagos-archipel onder Brits bestuur. In 1966 hadden de Britten namelijk Diego Garcia, het grootste eiland van de archipel, aan de Amerikanen geleased voor een periode van 50 jaar met het recht daar een militaire basis in te richten. In 2010 riepen de Britten de enorme zee rond de Chagos-archipel (twee keer

zo groot als het grondgebied van het gehele VK) uit als 'beschermd zeegebied'. Mauritius protesteerde daartegen, omdat het er altijd van uit was gegaan dat na afloop van de leaseovereenkomst de Chagos-archipel aan Mauritius teruggegeven zouden worden. Nadat de uitwisselingen van standpunten tussen Mauritius en het VK geen oplossing hadden gebracht, maakte Mauritius de zaak aanhangig onder de geschillenbeslechtsprocedure van artikel 287 en Annex VII van het VN-Zeerechtverdrag (voor een beschrijving, zie hierboven over de Arctic Sunrise).

Mauritius stelde allereerst dat het VK niet het recht had enigerlei maritieme zone rond de eilanden uit te roepen, nu niet het VK maar Mauritius de soevereine kuststaat is. Daarnaast stelde Mauritius onder meer dat het VK in strijd handelde met zijn verplichtingen onder het VN-Zeerechtverdrag en de VN-Visserijovereenkomst. Het VK verwierp deze en andere claims van Mauritius en betrok de stelling dat het Tribunaal niet bevoegd was de rechtsvraag over de soevereiniteit over de eilandengroep te beantwoorden omdat dit niet een vraagstuk is dat valt onder de uitleg of toepassing van het VN-Zeerechtverdrag. Een meerderheid van het Tribunaal (drie van de vijf arbiters) waren dat met het VK eens. Zo ook dat het Tribunaal niet bevoegd was te oordelen over de vraag of het VK nu al dan niet het soevereine recht had maritieme zones, zoals een beschermd zeegebied, in te stellen.

Meer succes had Mauritius bij zijn claim dat het VK zich in ieder geval niet op de visserijbepalingen van het VN-Zeerechtverdrag of het VN-Visserijverdrag kon beroepen en het op die basis het gerezen geschil van de jurisdictie van het Tribunaal kon uitzonderen, nu visserijgeschillen niet vallen onder de verplichte geschillenbeslechtsprocedure. Het Tribunaal oordeelde unaniem dat het op dit punt wel degelijk rechtsmacht had nu het hier niet een visserijzone maar een beschermd zeegebied betrof. Hierop zijn de milieubepalingen van het VN-Zeerechtverdrag van toepassing en deze kunnen door het VK niet aan de verplichte geschillenbeslechtsprocedure van het verdrag worden onttrokken.

Vervolgens oordeelde het Tribunaal dat het VK bij diverse gelegenheden te kennen had gegeven dat de eilandengroep op termijn aan Mauritius teruggegeven zou worden en dat visserijrechten en de opbrengsten van eventuele olie- en gasexploitatie in het gebied met Mauritius gedeeld zouden worden. Deze herhaalde toezeggingen hadden voor het VK bindende juridische verplichtingen geschapen (beginsel van 'estoppel'). Naar het oordeel van het Tribunaal had het VK in de consultaties met Mauritius gefaald volledige informatie te verschaffen en het land op gepaste wijze te consulteren over het uitroepen van de zone van beschermd zeegebied, terwijl het dat wel met de Verenigde Staten had gedaan. Om die reden oordeelde het Tribunaal dat het VK zijn consultatieplicht onder het VN-Zeerechtverdrag had geschonden en niet te goeder trouw had gehandeld.

Het Tribunaal stond onder leiding van de Australiër Shearer. De rechters Kateeka (Tanzania) en Wolfrum (Duitsland) vonden in diverse opzichten de uitspraak niet

voldoende recht doen aan de positie van Mauritius. Om die reden brachten zij op onderdelen een gemeenschappelijke afzonderlijke ('concurring') en afwijkende ('dissenting') opinie uit. De uitspraak van het Tribunaal is gepubliceerd op de website van het Permanent Hof van Arbitrage, dat de griffie voor het Tribunaal verzorgde: [www.pca-cpa.org](http://www.pca-cpa.org). Zie voor een uitvoerige bespreking O. Spijkers, 'Het beschermd zeegebied rond de Chagos archipel. Arbitrage in het geschil tussen de Republiek Mauritius en het Verenigd Koninkrijk', *NJB* 2015, afl. 31, p. 2160-2167.

## MENSENRECHTEN

AAK20157962

Marina den Houdijker (Afdeling Staats- en Bestuursrecht, Universiteit Leiden), Nelleke Koffeman (Europa Instituut, Universiteit Leiden)

## EUROPA

### Ontwikkelingen binnen de Raad van Europa en de Europese Unie

In de afgelopen kwartaalsignaalperiode (15 april 2015 – 15 oktober 2015) is de steeds grotere toestroom van vluchtelingen naar Europa voor zowel de Europese Unie als de Raad van Europa steeds groter nieuws. Vanuit mensenrechtelijk perspectief bestaan zorgen over de wijze waarop de lidstaten met de grote aantallen vluchtelingen omgaan. Zo zijn er zorgen over de kwaliteit van opvangvoorzieningen in diverse Europese landen – voor zover vluchtelingen überhaupt worden opgevangen – en over de soms extreem snelle afhandeling van asielaanvragen. Terwijl men op het moment van schrijven van dit KwartaalSignaal eerst en vooral naar politieke oplossingen zoekt, valt te verwachten dat ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) zich op den duur over met deze ontwikkelingen samenhangende rechtsvragen moeten uitspreken. In deze bijdrage bespreken we mede daarom ook een aantal relevante migratierechtelijke EHRM-beslissingen en uitspraken uit de afgelopen periode.

Het punt van de implementatie van Straatsburgse uitspraken, of beter gezegd het gebrek daaraan in een aantal landen binnen de Raad van Europa, stond ook weer eens op de agenda. De Parlementaire Assemblée besprak een rapport hierover van rapporteur Klaas de Vries (Nederland) over de systemische implementatieproblemen in met name negen probleemlanden (Italië, Turkije, Rusland, Oekraïne, Griekenland, Roemenië, Polen, Hongarije en Bulgarije). In Aanbeveling 2079/2015 riep de Parlementaire Assemblée het Comité van Ministers op werk te maken van zijn bevoegdheden onder artikel 46 EVRM (sinds het Veertiende Protocol kan het Comité van Ministers op basis van dit artikel een soort inbreukprocedure starten tegen Verdragspartijen die zich weigeren te houden aan een einduitspraak van het EHRM).

In het andere Europese vertegenwoordigende orgaan, het Europees Parlement, buigt men zich op dit moment over een voorstel van het HvJ EU om het aantal rechters van het Gerecht over een periode van vier jaar met 21 te verhogen. Men hoopt zo te kunnen voldoen aan de ook in artikel 47 EU Grondrechtenhandvest (recht op een doeltreffende voorziening in rechte) gestelde eis om zaken binnen een redelijke termijn af te handelen (persbericht nr. 44/2015 van 28 april 2015 via <http://curia.europa.eu>). Het voorstel ontving een 'in principe akkoord' van de Raad van Ministers en ligt nu dus voor in het EP.

Een ontwikkeling die zich tot slot bij beide Europese hoven voordeed, betrof de wisseling van de wacht op presidentsniveau. Bij het HvJ EU nam rechter Lenaerts, voormalig vicepresident, op 8 oktober het stokje over van rechter Skouris die na twaalf jaar afzwaaide. Het EHRM maakte eind september bekend dat de Italiaanse rechter Raimondi, ook vicepresident, per 1 november de na drie jaar vertrekende Luxemburgse rechter Spielmann zal opvolgen. Beide hoven kiezen hun president zelf uit hun midden voor een periode van drie jaar. Herbenoeming is bij het EHRM eenmalig en bij het HvJ EU meerdere malen mogelijk.

### Rechtspraak

#### *Berichten uit de Grote Kamer van het EHRM*

De Grote Kamer deed de afgelopen periode uitspraak in niet minder dan tien zaken. Gelet op de hier beperkt beschikbare ruimte noemen we slechts kort de recente uitspraak in *Kudrevičius e.a. t. Litouwen* (nr. 37553/05). In afwijking van de Kamer die eerder uitspraak deed in deze zaak, oordeelde een unanieme Grote Kamer dat de veroordeling van vijf boeren tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van 60 dagen voor het veroorzaken van relletjes tijdens een in principe toegestaan boerenprotest niet in strijd is met artikel 11 EVRM (vrijheid van vergadering en vereniging). Ook in *Bouyid t. België* (nr. 23380/09) kwam de Grote Kamer tot een ander oordeel dan de Kamer die eerder uitspraak deed. Een ruime meerderheid van de Grote Kamer kwalificeerde de klap in het gezicht die twee broers ieder afzonderlijk kregen van een politieagent als een vernederende behandeling in strijd met artikel 3 EVRM (verbod van foltering). Van belang is onder meer dat beide klagers zich in de macht van de agent bevonden, omdat zij vastzaten op het politiebureau.

Langer staan we stil bij de schrijvende zaak *Lambert e.a. t. Frankrijk* (nr. 46043/14). Vincent Lambert raakte na een ernstig verkeersongeluk in 2008 volledig verlamd en verkeerde sindsdien in een vegetatieve toestand. In 2012 meenden zijn verzorgers signalen waar te nemen dat hij zich verzette tegen zijn dagelijkse verzorging. Het medisch team zette hierop een bij de zogeheten 'Leonetti Wet' geregelde procedure in werking om via het stopzetten van de kunstmatige voeding en het verminderen van de hydratatie de patiënt te laten overlijden. De echtgenote werd in deze procedure gekend en stemde ermee in, maar de ouders, halfbroer en een zus procedeerden tot aan de

*Conseil d'État* om hun zoon en (half)broer in leven te houden. Toen deze hoogste Franse rechter oordeelde dat de beslissing van de arts procedureel en inhoudelijk conform de wet was, wendden laatstgenoemde familieleden zich tot het EHRM. Daar deed de Vijfde Kamer afstand van haar rechtsmacht ten faveure van de Grote Kamer. Omdat de echtgenote en enkele andere familieleden het Hof inmiddels eveneens hadden aangeschreven, zag de Grote Kamer zich geconfronteerd met een zaak waarin verschillende familieleden namens één dierbare opkwamen, maar daarbij diametraal verschillende standpunten innamen. Dit gegeven speelt uiteindelijk een rol bij het oordeel van de meerderheid van de Grote Kamer dat geen van de familieleden *locus standi* toekomt om namens Vincent Lambert voor het EHRM te procederen. Omdat zij zich echter ook namens zichzelf op artikel 2 EVRM en het daarin neergelegde recht op leven kunnen beroepen, deed de Grote Kamer ook een inhoudelijke uitspraak. Hieruit leren wij dat 'therapeutic abstention' – het onder specifieke omstandigheden niet (langer) geven van een medische behandeling – niet raakt aan de negatieve verplichtingen van een staat onder artikel 2 EVRM. Verder komt, bij gebrek aan een Europese consensus op het gebied van deze vorm van levensbeëindiging, staten in zaken daaromtrent een ruime *margin of appreciation* toe. In een uitvoerig gemotiveerde uitspraak die sterk leunt op de betrokken nationale wetgeving, de toepassing daarvan door de betrokken medici en de controle daarop door de *Conseil d'État* oordeelde de Grote Kamer uiteindelijk dat de Franse staat heeft voldaan aan haar positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM. Als het oordeel van de *Conseil d'État* ten uitvoer zal worden gelegd, is dit niet in strijd met artikel 2 EVRM. Voor zover bekend zijn de artsen, onder meer vanwege de grote beroering over de zaak, hiertoe nog niet overgegaan.

De zaak *Morice t. Frankrijk* (nr. 29369/10) komt voort uit een andere beruchte Franse affaire: de 'affaire Borrel', vernoemd naar rechter Bernard Borrel die in 1995 in Djibouti onder verdachte omstandigheden om het leven kwam. De naamgever van de EHRM-zaak, advocaat Olivier Morice, voerde namens weduwe Borrel een juridische strijd tegen twee vermeend partijdige rechters die de dood van Bernard Borrel onderzochten. Na klachten van de twee onderzoeksrechters werd hij uiteindelijk zelf veroordeeld wegens smaad jegens één van hen. Bij het EHRM klaagde hij niet alleen over een schending van artikel 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting), maar ook over een schending van artikel 6 lid 1 EVRM (recht op een eerlijk proces). Met name omdat Morice van tevoren niet was geweest op de aanwezigheid van een inderdaad mogelijk niet onpartijdige rechter in de smaadprocedure, oordeelde de Grote Kamer, net als de Vijfde Kamer die eerder uitspraak deed, dat de vrees voor een gebrek aan objectieve onpartijdigheid gerechtvaardigd was. Anders dan de Vijfde Kamer oordeelde een unanieme Grote Kamer dat sprake was van een schending van artikel 10 EVRM. De woorden van Morice waren hard, maar 'value judgments with a sufficient "factual basis"'. Bovendien kan de rechterlijke macht haar voordeel doen met constructieve kritiek, aldus het EHRM.

De zaken *Chiragov e.a. t. Armenië* (nr. 13216/05) en *Sargsyan t. Azerbeidzjan* (nr. 40167/06) betreffen de klacht van zes Azerbeidzjanen, respectievelijk een Armeniër dat zij sinds zij in 1992 huis en haard verlieten als gevolg van het Armeens-Azerbeidzjaanse conflict over Nagorno-Karabakh, nooit meer hebben kunnen terugkeren naar hun huizen en bezittingen. De oorspronkelijk behandelend Kamer deed afstand van haar rechtsmacht en de President van het EHRM besliste dat dezelfde Grote Kamer beide zaken zou behandelen. In uitspraken die ook interessante overwegingen bevatten met betrekking tot de ontvanke-lijkheid, oordeelde een ruime meerderheid van de Grote Kamer dat sprake is van een voortdurende schending van artikel 1 Eerste Protocol (bescherming van eigendom) en de artikelen 8 (recht op bescherming van het privé- en familieleven en de woning) en 13 EVRM (recht op een effectief rechtsmiddel). De beantwoording van de vraag of een schadevergoeding ex artikel 41 EVRM op zijn plaats is, is in deze gevoelige zaken, waarvan er overigens iets meer dan 1.000 aanhangig zijn bij het Hof, aangehouden.

In de zaak *Perinçek t. Zwitserland* (nr. 27510/08) speelt een andere of, beter gezegd, 'de' Armeense kwestie een rol. Centraal staat de strafrechtelijke veroordeling van een Turkse rechtenprofessor en politicus die tijdens een drietal publieke optredens in Zwitserland in verschillende bewoordingen het bestaan van de Armeense genocide ontkende en deze onder meer een 'internationale leugen' noemde. De Grote Kamer volgde de Kamer van het Hof die eerder uitspraak in de zaak deed, dat de veroordeling in strijd is met artikel 10 EVRM. Het strafrechtelijke karakter van de veroordeling speelt hierbij een belangrijke rol. Het oordeel van een overigens niet grote meerderheid (tien tegen zeven) van de Grote Kamer, maakte beantwoording van de vraag of artikel 17 EVRM (verbod op misbruik van de EVRM-rechten) had moeten worden toegepast, overbodig. In navolging van de Kamer merkte de Grote Kamer uitdrukkelijk op dat de uitspraak niet vaststelt 'whether the massacres and mass deportations suffered by the Armenian people at the hands of the Ottoman Empire from 1915 onwards can be characterised as genocide within the meaning of that term under international law'.

Nieuwe media zijn allang niet meer zo nieuw, maar ze zorgen nog altijd voor nieuwe jurisprudentie. Zo ook de afgelopen verslagperiode. In *Delfi A.S. t. Estland* (nr. 64569/09) werd de Grote Kamer geconfronteerd met de vraag of de eigenaar van een landelijke nieuwssite (Delfi) verantwoordelijk kan worden gehouden voor het commentaar van lezers. Onder een bericht over een ferry-maatschappij verschenen enkele boze en grove lezersreacties. Delfi verwijderde de reacties zo'n zes weken na het verschijnen, op verzoek van de advocaten van de ferry-maatschappij. De eigenaar van de maatschappij startte alsnog een gerechtelijke procedure tegen de nieuwssite wat leidde tot de veroordeling van Delfi tot het betalen van een schadevergoeding aan de ferry-maatschappij. De Eerste Kamer van het EHRM oordeelde eerder dat deze veroordeling niet in strijd was met artikel 10 EVRM. Een

ruime meerderheid van de Grote Kamer sluit zich hierbij aan, in een lezenswaardige, maar in medialand niet overal even goed ontvangen uitspraak.

Nieuwe jurisprudentie was er ook onder artikel 8 EVRM. De Grote Kamer-uitspraak *Parrillo t. Italië* (nr. 46470/11) leert dat de 'privéleven-component' van het verdragsartikel van toepassing is in een zaak waarin een vrouw haar *in vitro* bevruchte eicellen wil doneren aan de wetenschap. Mede gelet op de ruime *margin of appreciation* die de Verdragspartijen op dit gevoelige terrein toekomt, is het correct tot stand gekomen wettelijke verbod op donatie niet in strijd met artikel 8 EVRM. Hierbij zijn embryo's volgens het Hof wel 'a constituent part of [...] person's genetic material and biological identity', maar vormt het door klaagster ingeroepen recht ze te doneren tegelijkertijd niet 'a particularly important aspect of the applicant's existence and identity.' Interessant is verder de overweging van de Grote Kamer dat '[h]aving regard to the economic and pecuniary scope of [artikel 1 Eerste Protocol], human embryos cannot be reduced to "possessions" within the meaning of that provision.'

Juristen werkzaam in het strafrecht, meer in het bijzonder het penitentiair recht, zij tot slot gewezen op *Khoroshenko t. Rusland* (nr. 41418/04). Nadat de Eerste Kamer afstand had gedaan van haar rechtsmacht ten faveure van de Grote Kamer, oordeelde deze laatste dat het gevangenisregime waaronder de tot levenslang veroordeelde klager gedurende tien jaar leefde dermate strikt was dat sprake was van een schending van artikel 8 EVRM (recht op bescherming van het privé- en gezinsleven). De conclusie dat Rusland als enige land binnen de Raad van Europa, levenslanggestraften als één groep uitzondert en ten aanzien van hen voor zeer lange tijd zeer weinig bezoek toestaat, waardoor het land slechts een beperkte *margin of appreciation* toekomt, is gebaseerd op interessante rechtsvergelijkende passages.

#### 'Must reads' uit Straatsburg en Luxemburg

Een absolute *must read* uit Luxemburg is de veelbesproken 'Facebook-zaak' *Schrems* (zaak C-362/14) waarin het Hof van Justitie oordeelde dat de Verenigde Staten de bescherming van door Europese bedrijven doorgegeven persoonsgegevens onvoldoende waarborgen. Voor een uitgebreidere bespreking van deze uitspraak zij verwezen naar het *Kwartalsignaal 137 – Europees Recht*, elders in deze uitgave.

Tevens interessant vanuit mensenrechtelijk perspectief is het oordeel van het HvJ EU in *Léger* (zaak C-528/13) dat de permanente uitsluiting van bloeddonatie door mannen die seksuele betrekkingen hebben gehad met mannen gerechtvaardigd kan zijn als er een groot risico bestaat op het oplopen van ernstige bloedoverdraagbare infectieziekten. Wel moeten in de lidstaat dan efficiënte detectietechnieken of minder belastende methoden om een hoog niveau van bescherming van de gezondheid van de ontvangers te waarborgen, ontbreken.

Vlak voor het zomerreces deed het HvJ EU nog een belangwekkende uitspraak over discriminatie tegen Roma (*CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, zaak C-83/14). Aanleiding

voor de prejudiciële vraag in deze zaak was het besluit van een Bulgaarse energieleverancier om in de plaats Dupnitsa in een wijk met voornamelijk Roma de energiemeters op zes tot zeven meter hoogte te plaatsen, terwijl in andere wijken de meters op een gemiddelde hoogte van 1,70 meter werden geplaatst. Volgens de energieleverancier was dit verschil gerechtvaardigd omdat in de betreffende wijk naar verhouding veel met meters werd geknoeid. De eigenaar van een kruidenier in de wijk (zelf geen Roma) stapte met een klacht over discriminatie naar de Bulgaarse Commissie Gelijke Behandeling en vervolgens naar de rechter, die zich met verschillende vragen tot het Luxemburgse Hof wendde. Dat oordeelde onder meer dat het beginsel van gelijke behandeling niet alleen bescherming biedt aan personen met een zekere etnische afkomst, maar ook aan diegenen die gezamenlijk met de leden van die etnische groep benadeeld worden door ongelijke behandeling als gevolg van een discriminerende maatregel. Tevens concludeerde het Hof dat een bepaalde op het oog neutrale behandeling directe discriminatie op grond van ethische afkomst vormt indien gelet op de omstandigheden van het geval vastgesteld kan worden dat die behandeling is ingegeven door de etnische afkomst van de betrokkenen. Daarmee geeft deze uitspraak nadere invulling aan de begrippen directe en indirecte discriminatie.

Naast de tien hierboven al besproken Grote Kamer-uitspraken van het EHRM zijn ook de volgende Kamer-uitspraken het lezen waard.

In *Oliari e.a. t. Italië* (nr. 18766/11 e.a.) oordeelde het EHRM dat Italië op grond van artikel 8 EVRM een positieve verplichting heeft tot het invoeren van een vorm van wettelijke erkenning van relaties tussen personen van gelijk geslacht. Omdat het Hof in zijn uitspraak veelvuldig verwijst naar voor Italië geldende omstandigheden (bijvoorbeeld dat het Constitutionele Hof hiertoe ook had aangespoord maar dat de wetgever daar geen gehoor aan had gegeven), zal uit toekomstige EHRM-rechtspraak moeten blijken of zo'n verplichting ook voor de andere Verdragspartijen geldt.

*Nicklinson and Lamb t. VK* (nrs. 2478/15 en 1787/15) bevestigt dat er nog altijd geen Europese consensus bestaat over hulp bij zelfdoding en dat Staten hierin zodoende een ruime beoordelingsruimte hebben. Het Hof verklaarde deze klacht over een verbod op hulp bij zelfdoding – in het licht van zijn eerdere uitspraak in *Pretty t. VK* (2002, nr. 2346/02) – dan ook kennelijk ongegrond (zie ook de hierboven besproken zaak *Lambert e.a. t. Frankrijk* over 'therapeutic abstention').

In het kader van de beloofde migratierechtelijke uitspraken, wijzen we in de eerste plaats op *Khlaifia e.a. t. Italië* (nr. 16483/12). Daarin oordeelde een unaniem EHRM dat drie Tunesische bootvluchtelingen in strijd met artikel 5 leden 1, 2 en 4 EVRM (recht op vrijheid) werden vastgehouden in het opvangcentrum voor bootvluchtelingen op het eiland Lampedusa, het *Centro di Soccorso e Prima Accoglienza*. Er was geen (afdoende) wettelijke basis voor de detentie en de informatievoorziening aan klagers

omtrent de redenen van hun detentie en de hiertegen aan te wenden rechtsmiddelen was ver onder de maat. Een meerderheid van het EHRM oordeelde daarnaast dat de omstandigheden in het opvangcentrum mensonterend en daarmee in strijd met artikel 3 EVRM (verbod van foltering, onmenselijke of vernederende behandeling) waren en dat de betrokkenen bij gebrek aan daadwerkelijke individuele terugkeerbeslissingen in strijd met artikel 4 van het Vierde Protocol (verbod van collectieve uitzetting van vreemdelingen) naar Tunesië waren uitgezet. Ook het accessoire artikel 13 EVRM achtte een meerderheid van het Hof geschonden. Het EHRM onderkent in de uitspraak de moeilijke situatie op Lampedusa, maar maakt, ook met het toekennen van 10.000 euro schadevergoeding aan elk van de klagers afzonderlijk, duidelijk dat het meer van de Italiaanse autoriteiten verwacht. In *V.M. e.a. t. België* (nr. 60125/11) werd België op de vingers getikt voor het niet voorzien in toereikende voorzieningen voor afgewezen asielzoekers. Ook nu geldt dat een noodsituatie – een acuut gebrek aan opvangplaatsen als gevolg van een plotselinge en onverwacht hoge instroom – geen afdoende reden vormt om het betrokken gezin niet meer adequaat op te vangen. Het feit dat jonge kinderen, waaronder een baby en een gehandicapt kind, negen dagen op een plein in Brussel en later nog eens drie weken op station Brussel-Noord doorbrachten, speelde een belangrijke rol bij het oordeel van de meerderheid van het EHRM dat sprake was van een schending van de artikelen 3 en 13 EVRM. Het kan zijn dat deze zaak nog wordt voorgelegd aan de Grote Kamer, nu daartoe een verzoek is ingediend.

Terugkerend naar Italië dient nog te worden gewezen op de zaak *A.S. t. Zwitserland* (nr. 39350/13). Hierin oordeelde een unaniem EHRM dat Zwitserland een jonge maar meerderjarige Syrische vluchteling mocht overdragen aan Italië, althans dat dit niet in strijd zou zijn met de artikelen 3 en 8 EVRM. Hoewel de Grote Kamer van het EHRM in *Tarakhel t. Zwitserland* (nr. 29217/12, zie ook *KwartaalSignaal 135 – Mensenrechten: Europa*) ernstig twijfelde aan de capaciteit van de Italiaanse opvangfaciliteiten, oordeelde het toen ook dat de structuur en inrichting ervan niet in algemene zin aan zogeheten Dublinoverdrachten van vluchtelingen aan Italië in de weg staan. Anders dan de familie Tarakhel is de jongeman A.S. niet dermate kwetsbaar dat hij niet aan Italië zou mogen worden overgedragen. Het feit dat hij in Zwitserland behandeld wordt voor PTSS en dat zijn twee zussen daar wonen, maakt dit voor het Hof niet anders. In *R.H. t. Zweden* (nr. 4601/14) tot slot oordeelde een meerderheid van vijf rechters dat de uitzetting van een jonge maar meerderjarige vrouw naar Somalië niet in strijd zou zijn met artikel 3 EVRM. Van belang is dat de vrouw uit Mogadishu komt en niet verder hoeft te reizen in Somalië. Onder verwijzing naar *K.A.B. t. Zweden* (nr. 886/11, zie ook *KwartaalSignaal 129 – Mensenrechten: Europa*) merkt het EHRM de algemene veiligheidssituatie in Mogadishu ook anno 2015 aan als niet zodanig ernstig dat het terugsturen van mensen in strijd met artikel 3 EVRM is. Het Hof erkent dat nu een jonge en mogelijk verweesterde vrouw wordt teruggestuurd. Nu

zij jarenlang bewust in de illegaliteit heeft geleefd, maar vooral omdat ook het EHRM twijfelt aan de waarheid van haar verklaringen en haar daardoor niet als alleenstaande vrouw zonder netwerk aanmerkt, kan een eventuele uitzetting door de Straatsburgse beugel.

#### *Nederland in Straatsburg*

In de periode medio april tot medio oktober 2015 werden dertien klachten tegen Nederland beslist door een Kamer of Comité van het EHRM. Acht daarvan werden niet-ontvankelijk verklaard. Zo was de heer Schreurs (nr. 73058/13) volgens het Hof te laat met zijn klacht over schending van de onschuldpresumptie (art. 6 lid 2 EVRM). Bij arrest van 26 februari 2013 sprak het gerechtshof 's-Hertogenbosch Schreurs vrij van witwassen. Hierop vroeg hij op grond van de artikelen 89 en 90 Wetboek van Strafrecht om schadevergoeding voor de 188 dagen dat hij in voorlopige hechtenis had gezeten. Dit verzoek wees het gerechtshof af bij beslissing van 28 juni 2013 met de overweging dat het in het arrest van februari 2013 omschreven handelen kon worden aangemerkt als 'fraude'. Volgens het EHRM had Schreurs zich in Straatsburg moeten keren tegen het arrest van februari 2013 en niet tegen de beslissing van juni 2013 die enkel als *verbatim* gold. Nu Schreurs zich pas op 18 november 2013 tot het EHRM wendde, was hij te laat omdat inmiddels meer dan zes maanden sinds het arrest van 26 februari 2013 waren verstreken (art. 35 leden 1 en 4 EVRM).

In *Orde van Register Adviseurs Nederland (Ovran) e.a.* (nr. 51016/11) werd met een beroep op onder meer artikel 11 EVRM (vrijheid van vereniging en vergadering) geklaagd over het verplichte lidmaatschap van het Nederlands Instituut van Registeraccountants (NIVRA) en de Nederlandse Orde van Accountants-Administratieconsulenten (NOvAA). Het EHRM stelde vast dat klagers hadden gepoogd via een procedure voor het College van Beroep voor het bedrijfsleven een wetswijziging af te dwingen. Omdat zij daarmee een niet-effectief rechtsmiddel hadden gekozen, kon niet gesteld worden dat zij de nationale rechtsmiddelen hadden uitgeput. Het Hof verklaarde de klacht om die reden niet-ontvankelijk.

In *Othymia Investments BV* (nr. 75292/10) had een bedrijf er bezwaar tegen dat de Nederlandse staatssecretaris van Financiën informatie over haar doorspeelde aan de Spaanse fiscus. Het Hof oordeelde dat het bedrijf geen 'arguable claim' onder artikel 8 EVRM (recht op respect voor privéleven) had, omdat uit deze bepaling niet volgt dat bij een rechtmatig onderzoek ten behoeve van de belastingheffing of bij de uitwisseling van voor de belastingheffing relevante informatie alle daardoor mogelijk geraakte personen vooraf moeten worden geïnformeerd. Zodoende werd ook de klacht onder het accessoire artikel 13 EVRM (recht op een effectief rechtsmiddel) afgewezen. In een andere belastingzaak (*Van Weerelt*, nr. 784/14), waarin geklaagd werd over schending van het *nemo tenetur*-beginsel, oordeelde het EHRM dat er nog geen sprake was van enige definitieve vaststelling van een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM. De klacht werd daarom kennelijk ongegrond verklaard.

Ook twee klachten onder artikel 5 EVRM (het recht op vrijheid) werden kennelijk ongegrond verklaard. De eerste is *Marius Chylinski e.a.* (nr. 38044/12 e.a.). Twee Polen en een Hongaar die in afwachting van hun overlevering naar hun land van herkomst op basis van een EU Arrestatiebevel in bewaring werden gesteld, meenden dat er onduidelijkheid bestond over de vraag of hun bewaring wel kon worden verlengd onder de toepasselijke EU-regelgeving. Ze verzochten de Nederlandse rechter hierover een prejudiciële vraag te stellen aan het HvJ EU, maar die weigerde dat. Kort daarna werden ze uitgeleverd. Het EHRM achtte het niet reëel dat het HvJ EU tijdig een antwoord had kunnen geven op een eventuele prejudiciële vraag en oordeelde dat een verzoek daartoe daarom geen invloed kon hebben op de rechtmatigheid van de detentie. In *Kasangaki* (nr. 44696/13) was een Oegandees een gerechtelijke procedure gestart tegen het aan hem gerichte terugkeerbesluit. De uitspraak van de Rechtbank Den Haag, die het beroep van klager ongegrond verklaarde, was ondertekend door een andere rechter dan die zitting had gehad. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) vernietigde de rechtbankuitspraak en droeg de rechtbank op een nieuwe uitspraak te doen. In zijn verzoekschrift aan het EVRM stelde betrokkene onder meer dat zijn vreemdelingendetentie als gevolg van de uitspraak van de ABRvS met terugwerkende kracht onrechtmatig was geworden. Het EHRM was echter van oordeel dat de uitspraak van de ABRvS het uitzettingsbevel niet *ab initio* van zijn rechtskracht had ontdaan. Aangezien er ook geen andere grond was om de vreemdelingendetentie onrechtmatig te achten, verklaarde het Hof de klacht kennelijk ongegrond.

Tot slot werden twee uitzettingszaken afgewezen. De klacht van *D.T. t. Nederland en Georgië* (nr. 28199/12) dat zijn uitzetting naar Georgië het *non-refoulement* beginsel zou schenden, werd kennelijk ongegrond verklaard, omdat niet was komen vaststaan dat klager inderdaad een reëel risico liep op behandeling in strijd met artikel 3 EVRM bij uitzetting naar Georgië. In de zaak *A.A.Q.* (nr. 42331/05) bestond volgens het Hof geen risico meer op uitzetting

naar Afghanistan, omdat klager in de tussentijd, vlak voordat hij naar Afghanistan zou worden uitgezet, in Duitsland asiel had aangevraagd. Die aanvraag was nog aanhangig op het moment dat men zich in Straatsburg over de zaak boog. Bovendien hadden de Nederlandse autoriteiten volgens het Hof een eerlijke afweging gemaakt tussen het algemeen belang en het recht op respect voor gezinsleven (art. 8 EVRM) van deze voormalig Afghaanse legerofficier (een zogenoemde 1F'er).

Vijf van de dertien Nederlandse zaken werden van de rol geschrapt. In twee gevallen was dat omdat een (geldelijke) minnelijke schikking was getroffen. *Basarat* (nr. 43108/12) betrof een klacht onder artikel 6 EVRM over een veroordeling op basis van een getuigenverklaring zonder dat verdachte de mogelijkheid was geboden deze getuige te ondervragen. Klager in *Q.A.* (nr. 23816/08) klaagde over de weigering om een toegekende strafvermindering van 23 dagen (als compensatie voor een onredelijke lange procedure) te verrekenen bij de tenuitvoerlegging van een andere, eerder opgeschorte gevangenisstraf.

Drie asiel- en immigratiezaken werden van de rol geschrapt, ofwel omdat intussen een verblijfsvergunning was toegekend (*K.O.J.*, nr. 7149/12, resp. *E.T.*, nr. 46563/14) of omdat uitzetting naar het land van herkomst (*in casu* Iran) niet – of in ieder geval voorlopig niet – aanstaande was (*S.S.*, nr. 67743/14).

#### Literatuur

- J.H. Nieuwenhuis, *Een steeds hechter verbond. Europa op weg naar Europa*, Amsterdam: Uitgeverij Balans 2015;
- S. Morano-Foadi & L. Vickers (eds.), *Fundamental Rights in the EU. A Matter for Two Courts*, Oxford: Hart Publishing 2015;
- K.S. Ziegler, E. Wicks & L. Hodson (eds.), *The UK and European Human Rights. A Strained Relationship?*, Oxford: Hart Publishing 2015.



## STRAFRECHT

## STRAF(PROCES)RECHT

AAK20157967

Prof.mr. J.H. Crijns, mr.dr. M.J. Dubelaar

## Wetgeving

## 1 Kamerstukken

*29279 – Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering*

Op 30 september jl. bood de minister de definitieve versie van de Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering aan de Tweede Kamer aan (*Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278; zie voor een bespreking hiervan *NJB* 2015/1772). De in vergelijking met de definitieve versie sterk vergelijkbare conceptversie van deze contourennota was al sinds het begin van dit jaar openbaar (zie voor een bespreking *KwartaalSignaal* 134). De wetsvoorstellen die tezamen het Wetboek van Strafvordering beogen te moderniseren, worden in vier verschillende tranches in de wetgevingsprocedure gebracht, waarbij de planning is dat de laatste wet in december 2018 in het Staatsblad verschijnt. Daarna volgt de fase van de implementatie die gezien de verstrekkende consequenties voor de betrokken organisaties in de strafrechtketen vermoedelijk meerdere jaren in beslag zal nemen.

Inmiddels heeft ook de Afdeling advisering van de Raad van State zogenoemde voorlichting over de contourennota gegeven (als bijlage gevoegd bij de genoemde brief van de minister). Hierin onderschrijft de Afdeling de wens van het kabinet tot een modernisering van het wetboek te komen, maar maant zij ook tot de nodige behoedzaamheid. Zo acht de Afdeling het gewenst 'dat bij de verdere uitwerking in concrete wetsvoorstellen steeds rekenschap wordt gegeven van de wijze waarop de wetsvoorstellen ingrijpen op beginselen en uitgangspunten van strafvordering'. Ook dient volgens de Afdeling verzekerd te worden dat de opsporende, vervolgende en rechterlijke instanties het werk aankunnen dat van hen wordt verwacht.

*34039 – Uitvoering van het op 11 mei 2011 te Istanbul tot stand gekomen Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld (Trb. 2012, 233)*

Op 13 oktober jl. heeft de Eerste Kamer ingestemd met een wetsvoorstel dat uitvoering geeft aan het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld. Daartoe wordt in het Wetboek van Strafrecht een nieuwe strafbepaling geïntroduceerd (art. 285c Sr) waarin de voorbereiding van huwelijksdwang wordt strafbaar gesteld. Huwelijksdwang zelf is reeds strafbaar onder artikel 284 Sr (dwang), waarnaar in het nieuwe artikel ook wordt verwezen. Om tot bestraffing over te gaan op grond van

dat artikel moet het gedwongen huwelijk evenwel zijn voltrokken, terwijl het in de nieuwe bepaling gaat om het 'lokken' van een vrouw of meisje naar het buitenland met het oogmerk haar te dwingen tot het aangaan van een (religieus) huwelijk (*Kamerstukken II* 2014/15, 34039, 3, p. 4). Voor deze feiten is ook voorlopige hechtenis mogelijk gemaakt (*Kamerstukken II* 2014/15, 34039, 7-9). De nieuwe wet voorziet bovendien in een aanvulling van de verjaringsregeling voor aan huwelijksdwang gerelateerde feiten én gevallen van gedwongen abortus of sterilisatie van een persoon van het vrouwelijk geslacht. Indien deze feiten zijn gepleegd tegen een minderjarig slachtoffer, vangt de verjaringstermijn pas aan de dag na het bereiken van de achttienjarige leeftijd. Tot slot wordt ook de Uitleveringswet aangepast opdat het voornoemde Verdrag ook als grondslag voor uitlevering kan gelden.

*34294 – Wetvoorstel aanpassing witwaswetgeving*

Op 26 september jl. is een wetvoorstel ter aanpassing van de bestaande witwaswetgeving bij de Tweede Kamer aanhangig gemaakt (*Kamerstukken II* 2015/16, 34294, 2). Aanleiding is de jurisprudentie van de Hoge Raad waarin de reikwijdte van de strafbaarstelling van witwassen in artikel 420bis lid Sr is beperkt indien het gaat om het verwerven of voorhanden hebben van opbrengsten afkomstig uit eigen misdrijf. Dit is slechts strafbaar indien de 'zelfpleger' ook handelingen heeft verricht die gericht zijn op het verbergen of verhullen van de criminele herkomst van die voorwerpen. Is dat niet het geval en heeft men de voorwerpen enkel voorhanden, dan is van (schuld)witwassen geen sprake (zie onder meer Hoge Raad 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:716). Reden voor deze restrictieve invulling van het begrip witwassen is gelegen in het feit dat de Hoge Raad heeft willen voorkomen dat een persoon met het begaan van een bepaald misdrijf waarbij men wederrechtelijk voorwerpen verwerft en dus ook voorhanden heeft, zich ook automatisch schuldig maakt aan het delict witwassen. Volgens het kabinet echter is 'het verwerven en voorhanden hebben van uit misdrijf afkomstige voorwerpen een wederrechtelijke situatie, die onder alle omstandigheden een halt moet worden toegeroepen' (MvT, *Kamerstukken II* 2015/16, 34294, 3, p. 2), ook dus als het opbrengsten uit eigen misdrijf betreft. De minister wijst er in dit verband op dat verbeurdverklaring van desbetreffende voorwerpen niet mogelijk is indien vervolging wegens het grondmisdrijf niet haalbaar is, waardoor grote sommen misdaadgeld onaangetast dreigen te blijven (MvT, p. 2). Om die reden wil de minister afzonderlijke strafbaarstellingen in het leven roepen voor hetgeen wordt genoemd 'eenvoudig witwassen', dat wil zeggen voor die gevallen waarin het enkel gaat om het verwerven of voorhanden hebben van voorwerpen die afkomstig zijn uit een door de dader zelf gepleegd misdrijf zonder dat (nog) sprake is van omstandigheden die wijzen op een gerichtheid op het verhullen of verbergen (MvT, p. 3). Aan deze nieuwe

strafbaarstellingen – met de bijzondere nummeringen artikel 420 bis.1 en artikel 420quater.1 Sr – wordt een lager strafmaximum verbonden dan aan de bestaande artikelen 420bis lid 1 en 420quater Sr gelet op het ontbreken van handelingen gericht op het veiligstellen van de criminele opbrengsten, te weten een gevangenisstraf van maximaal zes maanden (eenvoudig witwassen) respectievelijk drie maanden (eenvoudig schuldwitwassen).

## 2 Conceptwetgeving

*Conceptwetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met enige wijzigingen van de regeling van voorlopige hechtenis*

In oktober is een conceptwetsvoorstel openbaar gemaakt dat voorziet in een aantal wijzigingen van de regeling van voorlopige hechtenis in het Wetboek van Strafvordering. Het voorstel is een resultante van het regeerakkoord waarin is afgesproken om te regelen dat in eerste aanleg opgelegde gevangenisstraffen direct zullen worden geëffectueerd (concept MvT, p. 1 onder verwijzing naar *Kamerstukken 2012/13, 33410, 15, p. 25*). Daartoe had men aanvankelijk in 2013 een wetsvoorstel in consultatie gegeven dat voorzag in de dadelijke tenuitvoerlegging van in eerste aanleg opgelegde straffen. De dadelijke tenuitvoerlegging van straffen op basis van een nog niet onherroepelijk vonnis stuitte evenwel op zoveel principiële en praktische bezwaren dat men daarvan afziet, maar – op voorzet van het Openbaar Ministerie – nu een regeling voorstelt die het mogelijk maakt om een opgelegde gevangenisstraf direct te effectueren binnen de kaders van de regeling van voorlopige hechtenis (concept MvT, p. 2). Men zoekt daarbij zijn heil in de verruiming van de mogelijkheden voor gevangenneming. Indien het wetsvoorstel in deze vorm doorgang vindt, kan de rechter bij zijn einduitspraak, ambtshalve of op vordering van de officier van justitie de gevangenneming bevelen op de grond dat bij die uitspraak en (onvoorwaardelijke) vrijheidsstraf of vrijheidsbenemende maatregel van ten minste één jaar wordt opgelegd. Er wordt daartoe in artikel 67 Sv een extra grond voor voorlopige hechtenis gecreëerd. Tegelijkertijd voorziet het concept wetsvoorstel in een verruiming van de beroepsmogelijkheden voor zowel de verdachte als de officier van justitie tegen beslissingen over de voorlopige hechtenis die ter terechtzitting zijn gegeven. Tot slot vindt een aanvulling plaats van de regeling inzake de beëindiging van de voorlopige hechtenis met ingang van het tijdstip van de voorwaardelijke invrijheidstelling (concept MvT, p. 1).

De regeling van de voorlopige hechtenis zal in de nabije toekomst waarschijnlijk ook op andere onderdelen worden gewijzigd. Zo heeft de minister in de Contourennota in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering uiteengezet wat de verdere plannen zijn met de voorlopige hechtenis (Brief van 30 september bij de Contourennota modernisering Wetboek van Strafvordering, p. 17). In dit verband is men voornemens de termijn voor voorlopige hechtenis voor de start van het onderzoek

ter terechtzitting te verruimen naar een jaar. Dit met als doel de overgang van het voorbereidend onderzoek naar het eindonderzoek beter te markeren. Nu dwingt de wet de officier van justitie immers om binnen 104 dagen na aanvang van de voorlopige hechtenis, de zaak op het onderzoek terechtzitting aanhangig te maken indien hij het voortduren van de voorlopige hechtenis wenselijk acht. Echter, lang niet in alle zaken is het opsporingsonderzoek binnen die termijn afgerond en zoekt de praktijk zijn toevlucht tot het houden van pro-formazittingen. Dit legt echter een fors beslag op de zittingscapaciteit en leidt tot allerlei complicaties wat betreft het voeren van regie door de rechter (zo blijkt ook uit recent onderzoek in opdracht van het WODC: M.J. Dubelaar e.a., *Alleen voor de vorm? Frequentie, organisatie en praktijk van pro-formazittingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015). Een wetsvoorstel op dit thema is in voorbereiding maar zal pas volgend jaar in consultatie gaan. De wetgever wil daar niet op wachten en heeft om die reden besloten het wetsvoorstel inzake het effectueren van opgelegde straffen in het kader van de voorlopige hechtenis los van het project modernisering van het Wetboek van Strafvordering te behandelen.

De plannen tot verruiming van de gronden en termijnen voorlopige hechtenis staan in schril contrast met de geluiden uit de wetenschap en de praktijk die juist oproepen tot een meer restrictieve toepassing van voorlopige hechtenis.

## Jurisprudentie

*HvJ EU 25 september 2015, C-463/15 PPD – Overlevering bij bagatelfeiten*

De Nederlandse Overleveringswet kent in artikel 7 lid 1 een drempel voor de overlevering van personen aan andere EU-lidstaten, te weten de eis dat de overlevering wordt gevraagd voor een strafbaar feit waarop in Nederland ten minste een maximale gevangenisstraf van twaalf maanden is gesteld. In antwoord op een prejudiciële vraag van de Rechtbank Amsterdam van 2 september 2015 (ECLI:NL:RBAMS:2015:5712) acht het Hof van Justitie deze drempel in strijd met het aan de Overleveringswet ten grondslag liggende Kaderbesluit 2002/584 inzake het Europees Aanhoudingsbevel. Het kaderbesluit biedt naar het oordeel van het Hof uitvoerende lidstaten niet de mogelijkheid zich te verzetten tegen de tenuitvoerlegging van een aanhoudingsbevel dat ziet op een feit dat in de uitvoerende lidstaat weliswaar strafbaar is maar waarop niet een gevangenisstraf met een maximum van ten minste twaalf maanden is gesteld. Het kaderbesluit berust wat de strafbare feiten betreft waarvoor een Europees Aanhoudingsbevel kan worden uitgevaardigd, immers op de strafmaat die van toepassing is in de uitvaardigende lidstaat, aldus het Hof. Naar aanleiding van dit antwoord van het Hof op de prejudiciële vraag, legt de Rechtbank Amsterdam op 30 oktober artikel 7 lid 1 OLW kaderbesluitconform uit en verklaart vervolgens de executieoverlevering van een tot vijf jaar gevangenisstraf veroordeelde man naar België

toelaatbaar, ondanks dat één van de drie feiten waarvoor de overlevering werd verzocht naar Nederlands recht een bagatelfeit is (ECLI:NL:RBAMS:2015:7460).

De uitspraak van het Hof van Justitie heeft aldus tot gevolg dat in Nederland voortaan bij de toetsing aan de dubbele strafbaarheid alleen mag worden gezien of op het feit naar het recht van de uitvaardigende lidstaat een maximumstraf van ten minste twaalf maanden is gesteld en of het feit naar Nederlands recht strafbaar is. In een brief aan de Tweede Kamer met betrekking tot deze uitspraak van het Hof (*Kamerstukken II 2015/16, 32317, 351*) heeft de minister aangegeven dat de praktische consequenties van deze uitspraak vermoedelijk betrekkelijk gering zullen zijn, omdat het nu eenmaal zelden voorkomt dat de overlevering enkel voor een bagatelfeit wordt verzocht; doorgaans gaat het veeleer om bagatel feiten waarvoor in samenhang met ernstiger feiten overlevering wordt verzocht. In de toekomst zal de overlevering dan niet meer gedeeltelijk geweigerd hoeven te worden voor het bagatelfeit, zoals dat tot op heden gebeurde in dergelijke gevallen. Niettemin is de minister voornemens de tekst van artikel 7 lid 1 OLW zodanig aan te passen dat duidelijk wordt dat de eis van een minimale maximale gevangenisstraf van twaalf maanden alleen geldt voor de uitvaardigende lidstaat.

*HR 2 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2909 – Reikwijdte kraakverbod*

Kan een persoon die wederrechtelijk vertoeft in een woning zonder daarin eerst wederrechtelijk te zijn binnengedrongen, worden gestraft voor ‘kraken’ als bedoeld in artikel 138a Sr? Deze vraag ligt voor in cassatie in een civiele zaak waarin de verdachte een voorgenomen ontruiming op basis van een gerezen verdenking van kraken had aangevochten in een kort geding, maar door de rechter in eerste en tweede aanleg in het ongelijk werd gesteld. Geklaagd wordt dat het hof een onjuiste uitleg heeft gegeven aan het in artikel 138a Sr neergelegd kraakverbod door aan te nemen dat wederrechtelijk vertoeven in een woning waarvan het gebruik door de rechthebbende is beëindigd reeds strafbaar is, ook al is de dader die woning of dat gebouw niet wederrechtelijk binnengedrongen. De steller van het middel gaat uit van een meer klassieke invulling van het begrip kraken waarbij het wederrechtelijk in gebruik nemen van de woning of het gebouw centraal staat. Gesteld wordt dat het vertoeven in de woning in artikel 138a Sr slechts is strafbaar gesteld om eventuele bewijsproblemen ten aanzien van het binnendringen te ondervangen en ‘met het oog op het strafbaar stellen van personen die in een gebouw vertoeven met toestemming van anderen die zijn binnengedrongen’. Het zou niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest om personen strafbaar te stellen die eerder op geldige titel in de woning (waarvan het gebruik door de rechthebbende is beëindigd) hebben verbleven. De Hoge Raad maakt korte metten met het middel en oordeelt dat noch de tekst van de wet, noch de parlementaire toelichting steun biedt voor de door het middel bepleite beperking. Dit betekent dat ook bewoners die eerder rechtmatig

van de woning gebruik hebben gemaakt (zoals huurders van wie het huurcontract is verlopen), onder de reikwijdte van artikel 138a Sr kunnen vallen.

*HR 8 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2465 – Rechtsgevolgen overschrijding redelijke termijn in jeugdstrafzaken*  
Op 8 september jl. deed de Hoge Raad uitspraak in een cassatieberoep in het belang der wet tegen een vonnis van de Rechtbank Amsterdam uit 2012 in een jeugdstrafzaak waarin het Openbaar Ministerie wegens een forse overschrijding van de redelijke termijn niet-ontvankelijk werd verklaard. In zijn arrest maakt de Hoge Raad nogmaals duidelijk dat niet-ontvankelijkheid geen passende sanctie is bij ernstige overschrijdingen van de redelijke termijn, ook niet wanneer het jeugdstrafzaken betreft. De vaste jurisprudentie dat overschrijding van de redelijke termijn slechts kan leiden tot strafvermindering geldt aldus zonder meer ook in jeugdstrafzaken, niettegenstaande het feit dat hierover in lagere rechtspraak soms anders wordt gedacht, getuige onder meer het gecasseerde vonnis van de Rechtbank Amsterdam (waarin de op zijn redelijkheid te beoordelen termijn maar liefst 34 maanden bedroeg, hetgeen een forse overschrijding van de redelijke termijn van zestien maanden betekende). De Hoge Raad is echter onverbiddelijk:

‘De Hoge Raad merkt [...] op dat het middel, op zichzelf terecht, sterke nadruk legt op het bijzondere karakter van het jeugdstrafrecht en op het grote belang van een voortvarende afdoening van zaken waarin het strafrecht voor jeugdigen is toegepast. [...] Dat belang van een voortvarende afdoening brengt evenwel niet mee dat de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de vervolging het rechtsgevolg zou moeten kunnen zijn van de dadeloosheid van de justitiële autoriteiten. Dit rechtsgevolg is zelfs niet passend en geboden indien sprake is van een aanzienlijke overschrijding van de redelijke termijn voor berechting en wordt ook niet dwingend voorgeschreven door de in de toelichting op het middel vermelde verdragsbepalingen. Mede gelet op andere dan in het middel genoemde belangen, bijvoorbeeld die van mogelijke slachtoffers, al dan niet in de hoedanigheid van benadeelde partij, is er onvoldoende reden om in zulke gevallen het openbaar ministerie zijn vervolgingsrecht te ontzeggen en niet te volstaan met een minder verstrekkend rechtsgevolg als strafvermindering of in voorkomende gevallen de in art. 9a Sr bedoelde schuldigverklaring zonder toepassing van straf of maatregel.’

Voorts oordeelt de Hoge Raad dat er in het licht van de verschillende betrokken belangen geen aanleiding bestaat de bestaande vuistregel dat jeugdstrafzaken – zowel in eerste aanleg als in hoger beroep – in beginsel binnen zestien maanden dienen te zijn afgedaan, aan te passen. Wel voegt de Hoge Raad daaraan toe dat ‘een zo mogelijk voortvarender afdoening onmiskenbaar gewenst is’.

*HR 1 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2451 – Reikwijdte ondervragingsrecht*

In zijn uitspraak van 1 september 2015 heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over de reikwijdte van het ondervragingsrecht van verdachte. In deze zaak had het hof de zaak verwezen naar de raadsheer-commissaris voor het horen van getuigen, die de getuigenverhoren op zijn beurt afgelaste omdat de verdediging niet (tijdig) had voldaan aan de voorwaarde dat de te stellen vragen op voorhand aan hem moesten worden overlegd. Een verzoek tot het alsnog horen van deze getuigen werd vervolgens door het

hof afgewezen met de overweging dat ‘de verdediging in de gelegenheid is gesteld die getuigen te horen en van die gelegenheid geen gebruik heeft gemaakt’. Het middel klaagt over de afwijzing van dit verzoek. De Hoge Raad stelt dat in de overweging van het Hof besloten liggende oordeel dat het laten plaatsvinden van een door het Hof opgedragen getuigenverhoor afhankelijk mocht worden gesteld van het op voorhand overleggen van vragen, getuigt van een onjuiste rechtsopvatting.

*Conclusie A-G bij de Hoge Raad 29 september 2015, ECLI:NL:PHR:2015:1996 – Prejudiciële vragen aan het HvJ EU over het recht op een raadsman bij het politieverhoor*

Recentelijk concludeerde A-G Knigge dat de Hoge Raad gehoor dient te geven aan het verzoek in de cassatieschriftuur om ingevolge artikel 267 VWEU prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de EU over het recht op bijstand van een raadsman tijdens het politieverhoor en de reikwijdte van dit recht. In de onderhavige zaak is er immers sprake van de toepassing van Unierecht (het betreft een vervolging wegens kinderpornografie, strafbaar gesteld in art. 240b Sr welke strafbaarstelling de implementatie van Europese regelgeving vormt), terwijl niet kan worden gesproken van een zogenoemde *acte clair* of *acte éclairé*. De prejudiciële vraag dient ertoe duidelijkheid te verkrijgen over de vraag of aan de door artikel 6 EVRM gegarandeerde rechten, die op grond van artikel 6 VEU van rechtswege algemene beginselen van het recht van de Europese Unie vormen, een recht op aanwezigheid van een advocaat bij het politieverhoor kan worden ontleend. Aldus neemt de inmiddels al lang slepende kwestie over de vraag of reeds op dit moment – in afwachting van de implementatie van de daartoe strekkende richtlijn van de Europese Unie, die uiterlijk in november 2016 in nationale wetgeving dient te zijn omgezet – aanspraak kan worden gemaakt op rechtsbijstand tijdens het verhoor, mogelijk een nieuwe, interessante wending, maar dan richting Luxemburg. Eerst is evenwel de Hoge Raad aan zet.

## Literatuur

### Oraties

- M. Nelemans, *Verantwoord financieel strafrecht* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2015.

### Proefschriften

- E.H.A. van Luijk, *Het schuldbeginsel in het Nederlandse strafrecht. Een verkenning aan de hand van de geschiedenis van het Nederlandse strafrecht, de kentekenaansprakelijkheid en het EVRM* (diss. Groningen), 2015.

### Overig

- CBS, Raad voor de Rechtspraak en WODC, *Criminaliteit en rechtshandhaving 2014. Ontwikkelingen en samenhangen*, Den Haag: Boom criminologie 2015;
- M.J. Dubelaar e.a., *Alleen voor de vorm? Frequentie, organisatie en praktijk van pro-formazittingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015;
- F. de Jong (red.), *Overarching views of crime and deviancy. Rethinking the legacy of the Utrecht School*, The Hague: Eleven International Publishing 2015;
- A.N. Kesteloo, *Strafbaarheid in de voorfase*, Deventer: Wolters Kluwer 2015;
- R. Kuiper (red.), *Toegang tot de rechter. Het symposium ter gelegenheid van het afscheid van Geert Corstens als president van de Hoge Raad gebundeld*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015;
- C.M.B. Liedenbaum e.a., *Focus in de opsporing. Een onderzoek naar de implementatie en uitvoering van de maatregelen uit het Programma Versterking Opsporing en Vervolging en het Programma Permanent Professioneel tegen de achtergrond van het voorkomen van tunnelvisie*, Den Haag: WODC/Boom Lemma uitgevers 2015;
- E. Rassin, *De diagnostische waarde van bewijs*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

## RECHTSTHEORIE

## RECHTSGESCHIEDENIS

AAK20157971

C.J.H. Jansen

Op 16 september 2015 heeft mr. V.J.M. van Hoof in Nijmegen zijn proefschrift verdedigd, getiteld *Generale zekerheidsrechten in rechtshistorisch perspectief* (verschenen als deel 86 in de 'rode serie' van het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht). Zijn promotoren waren prof. C.J.H. Jansen en prof. H.L.E. Verhagen. Verhagen is naast hoogleraar internationaal privaatrecht, privaatrechtelijke rechtsvergelijking en burgerlijk recht aan de Nijmeegse juridische faculteit, tevens hoogleraar Romeins recht en samenleving in de Nijmeegse letterfaculteit. Hij heeft zijn oratie op 7 oktober jl. gehouden (waarover nader in een volgende Kwartaalsignalering). De centrale onderzoeksvraag uit het proefschrift van Van Hoof is hoe wetgeving en rechtspraak vanaf de Romeinse tijd tot nu de werking van generale zekerheidsrechten – die de zekerheidsgever in staat stelden al zijn bestaande en toekomstige zaken bij voorbaat te bezwaren – hebben aangepast ter bescherming van belanghebbenden als derde-verkrijgers, andere zekerheidsgerechtigden en concurrente schuldeisers. Vanwege het *generale* karakter van het pandrecht en het feit dat financiers met een dergelijk pandrecht zich met voorrang boven andere schuldeisers kunnen verhalen, hebben namelijk altijd zorgen bestaan over de positie van schuldeisers en andere belanghebbenden. Van Hoof heeft deze onderzoeksvraag beantwoord in het licht van een aantal fundamentele goederenrechtelijke beginselen, zoals die van specialiteit, publiciteit, bepaaldheid en algemeenheid. Het proefschrift van Van Hoof maakt duidelijk dat een beperking van de vestiging van de generale zekerheidsrechten geen zin heeft, omdat de praktijk altijd oplossingen heeft gevonden dergelijke beperkingen te omzeilen. Zijn boek maakt ook duidelijk dat het onderscheid tussen de werking van generale en speciale zekerheidsrechten tot op zekere hoogte relatief is, omdat opnieuw de rechtspraak altijd heeft gezocht naar en ook heeft gevonden wijzen van bescherming van belanghebbenden. Daarnaast komt uit dit proefschrift naar voren dat de bescherming van de schuldenaar nauwelijks een rol heeft gespeeld bij de hervorming van de zekerheidsrechten in de loop van de tijd.

Het onderzoek van Van Hoof heeft een beginpunt in het Romeinse recht en loopt via het recht van de middeleeuwen naar het met name in Holland en in het Franse ancien régime geldende Romeinse recht. Papinianus en Justinianus, Negusantius, De Groot, Voet, Huber en Van Bijnkershoeck kennen voor hem geen geheimen, Bourjon en Pothier evenmin. Hij verwerkt vervolgens het recht ten tijde van de gelding van de Code civil en ten tijde van de gelding van het Oud BW en analyseert ten slotte het moderne burgerlijke recht. Het proefschrift is daarmee tegelijk een proeve van bekwaamheid op het gebied van

de geschiedenis van het Romeinse recht en een bijdrage aan het moderne burgerlijke recht. Het boek laat zien dat de Code civil de grootste breuk heeft gevormd met het verleden, niet alleen met het Nederlandse, maar ook met het Franse. In navolging van een eerdere Franse wet uit 1798 liet de Code civil het generale pandrecht afschaffen. Dit betekende dat in 1811 ook in Nederland het generale pandrecht werd afschaffen. Anders dan bij de eigendoms-overdracht keerde de Nederlandse wetgever in 1838 in het geval van het generale pandrecht niet terug tot de ware beginselen van het Romeinse recht.

De behoefte aan generale zekerheidsrechten blijkt van alle tijden te zijn. Het boek laat daarom ten slotte zien hoe de Nederlandse Hoge Raad in de 20e eeuw de generale zekerheid op roerende zaken en vorderingen weer in ons recht heeft geïntroduceerd. Schrijvers hebben verschillende beschermingsmechanismen voor de belanghebbenden bepleit. Het is volgens Van Hoof onduidelijk of hun voorstellen tot verbetering van die positie leiden.

Op 7 oktober 2015 – de dag van de oratie van Verhagen – is bij de Nijmeegse uitgeverij Vantilt een door Olivier Hekster en Corjo Jansen geredigeerd boek verschenen over keizer Hadrianus, getiteld *De wereld van Hadrianus*. Hadrianus geldt als een bekwaam keizer, een goede wetgever en een vruchtbare bouwer. Iedereen kent 'zijn' Muur in het Verenigd Koninkrijk, maar de hoogtepunten van zijn bouwactiviteiten zijn wellicht het Pantheon in Rome en zijn villa in Tivoli (net buiten Rome). Het boek, een product van oud-historici, archeologen, classici en juristen, is prachtig geïllustreerd en is daarmee een heerlijk sinterklaas- of kerstcadeau. De tweede redacteur van *De wereld van Hadrianus* is tevens de schrijver van deze kroniek. Vandaar dat hij hier slechts een summier overzicht van de perspectieven van de bijdragen uit het boek laat volgen: Hekster schrijft over de 'politieke' aspecten van het keizerschap van Hadrianus, Erdkamp over zijn militair-economische capaciteiten, Hunink over Hadrianus als literator, De Haan en Mols over de door hem nagelaten gebouwen, Moormann over de portretten en bustes van Hadrianus, zijn vrouw Vibia Sabina en zijn 'gunsteling' Antinous, Overduin over de filosofie ten tijde van Hadrianus, Jansen en Verhagen over Hadrianus en het recht en Van Woerkum over Hadrianus' gedenkschriften van Marguerite Yourcenar.

In september 2015 verscheen de afscheidsrede van prof. Laurens Winkel in druk: *Themis en Clio revisited. De samenhang tussen onderwijs en onderzoek in de rechtsgeschiedenis* (Erasmus Law Lectures 40, verschenen bij Boom in Den Haag). In een vorige Kwartaalsignalering is zijn afscheid uit Rotterdam al uitvoerig ter sprake gekomen. Winkel behandelt in deze rede de wijze waarop hij in Rotterdam in de privaatrechts-, staatsrechts-, volkenrechts- en strafrechtsgeschiedenis het onderwijs heeft

verzorgd. De conclusie die Winkel aan het einde van zijn rede trekt, is dat het Romeinse recht 'de goudader' is met behulp waarvan belangrijke onderwerpen op het gebied van het moderne privaatrecht en het publiekrecht in hun historische context zijn te begrijpen.

## RECHTSFILOSOFIE EN RECHTSTHEORIE

AAK20157972

Carel Smith (UL), Harm Kloosterhuis (EUR)

**Seán Patrick Donlan & Lukas Heckendorn Urscheler (eds.), *Concepts of Law. Comparative, Jurisprudential, and Social Science Perspectives*, Ashgate: Farnham 2014**

Bij de bronnen van recht zullen de meesten van ons de wet als eerste en belangrijkste rechtsbron beschouwen. Dat uitgangspunt is ons met de paplepel ingegoten. Daarnaast, hebben wij geleerd, zijn ook verdrag, gewoonte en rechtspraak rechtsbron. Dit roept de vraag op welke rechtsbron prioriteit heeft in geval normen uit verschillende rechtsbronnen conflicteren. Het antwoord op deze vraag dat traditioneel aan de rechtspositivist wordt toegeschreven is duidelijk: hoogste bron van recht is de wet. De omstandigheid dat het verdrag soms boven de wet gaat (zoals bij direct verbindende verdragsbepalingen) is hiermee niet in strijd: het verdrag zelf vereist immers de (uitdrukkelijke of stilzwijgende) goedkeuring van de wetgever. Ook gewoonterecht kan soms derogeren aan de wet (vgl. HR 3 maart 1972, *Maring/Assuradeuren*), maar de rechter lijkt dat alleen te doen als uit allerlei ontwikkelingen kan worden opgemaakt dat de wetgever afwijking van de wet (stilzwijgend) goedkeurt. En wat de rechtsbron 'rechtspraak' betreft: hoewel de rechter in concrete geschillen het laatste woord heeft, en zij dus feitelijk kan afwijken van de duidelijke letter en strekking van de wet, kan zij haar gezag als rechter moeilijk boven dat van de wet plaatsen zonder in tegenspraak te vervallen. Het gezag van de rechter berust immers op de wet. En daaruit volgt dat aan de wet hoger gezag toekomt.

Bovenstaand positivistisch rechtsconcept is de afgelopen eeuw zwaar onder vuur komen te liggen. Niet alleen is er meer recht dan in de wet te vinden is (denk aan de maatschappelijke zorgvuldigheidnormen), ook het beeld van de rechter als *bouche de la loi* (spreekbuis van de wet) bleek onhoudbaar. Het recht is niet een gesloten, maar een open systeem dat de invloed van maatschappelijke ontwikkelingen bij voortduring ondergaat. De rechter speelt hierbij een sleutelrol, doordat de actualisering van het recht gestalte krijgt in rechterlijke beslissingen. Recht is dus niet eenvoudigweg wat in de wet staat, maar wat in de wet staat zoals dat door de rechter wordt uitgelegd. De rechter dient zich daarbij te oriënteren op wat de billijkheid vereist (Scholten), of op de verwerkelijking van de rechtswaarden die de grondslag van het rechtssysteem vormen (Dworkin, Alexy), of op overwegingen van maatschappelijk of economisch nut (Legal Realists en Posner).

Toch tast deze kritiek het positivistische rechtsconcept op een wezenlijk punt niet aan. Recht kan hierbij nog steeds worden gezien als de creatie van de staat, waarbij de geldende norm *uiteindelijk* wordt bepaald door de organen van de staat: wetgever, bestuur en rechter. Dat houdt geen ontkenning in van de normstellende rol van andere instituties dan de staat (zoals de kerk, het bedrijfsleven, de universiteit), maar hun normen staan zagezegd onder voogdij van de wet – onder voogdij dus van het product van het ingewikkeld samenspel tussen de drie machten van de staat: wetgever, bestuur en rechter. Deze visie op het recht wordt ook wel juridisch monisme (*legal centralism*) genoemd. H.L.A. Harts *Concept of Law* kan worden gezien als een elegante en verfijnde uitwerking van deze visie op het recht.

Maar deze visie ligt al lang onder vuur van antropologen en sociologen. Wie onderzoekt welke normen in de samenleving feitelijk gelden, ontdekt al snel dat op de werkvloer vaak andere normen gelden dan de officiële rechtsnormen. Recht, zo houden de sociologen de juristen voor, is lang niet altijd wat in de wet staat, noch wat de rechter daarvan maakt, maar wat de samenleving ervan maakt. Wetgever en rechter zijn weliswaar belangrijke spelers binnen het recht, maar ze zijn beslist niet de enige, noch de allesbepalende factoren. 'Legal centralism', aldus de rechtssocioloog John Griffiths, 'is a myth, an ideal, a claim, an illusion.' In plaats van *legal centralism* zouden juristen en politici moeten erkennen dat sprake is van *legal pluralism*.

Die oproep lijkt onder juristen steeds meer gehoor te vinden. Daar is ook goede reden voor. Verregaande internationale samenwerking en globalisering laten van de idee van de 'soevereine staat' weinig meer heel. Nederlands recht wordt niet langer uitsluitend in Den Haag gemaakt, maar óók (en misschien wel vooral) in Straatsburg en Brussel. Niet alleen verdragen en wetten zijn bindend, maar ook gedragscodes of richtlijnen van internationale organen (*soft law*). Deze pluraliteit aan regelgevers roept het vraagstuk van voorrang van rechtsbronnen op (EHRM of *Bundesverfassungsgericht*?), en tast het klassieke rechtsconcept aan van een hiërarchisch geordend systeem van regels en machten met aan top de soevereine (koning, wetgever). Er is nog een reden voor de groeiende belangstelling voor *legal pluralism*. Het Westerse rechtsconcept blijkt niet goed te passen bij de praktijken in tal van niet-Westerse landen. Het *adat*-recht in Indonesië, of de *Shari'a* in Islamitische landen, zijn voorbeelden van normsystemen die wel kenmerken van 'recht' vertonen, maar er in belangrijke opzichten ook van afwijken. Daarnaast is de geschillenbeslechting soms aanzienlijk minder geïnstitutionaliseerd en geformaliseerd dan in de Westerse systemen, wat dergelijke vormen van 'recht' vanuit Westers perspectief nog ongrijpbaarder maakt. Er ligt niet eenzelfde concept van recht (het Westerse) aan alle rechtssystemen ten grondslag, aldus de *legal pluralists*; veeleer is sprake van een pluraliteit aan rechtsvormen die op zijn best familiegelekenissen met de andere vertonen.

Dat is de stelling van de bundel *Concepts of Law*, dat met zijn meervoudsvorm zowel verwijst naar, als afstand neemt van Harts *The Concept of Law*. Het bevat bijdragen van zowel rechtsantropologen en -sociologen als rechtstheoretici en biedt een overzicht, niet alleen van de verschillende bezwaren die tegen *legal centralism* worden aangevoerd, maar ook van de verschillende rechtsconcepten die *legal pluralism* als vertrekpunt nemen. Dat daarbij tussen de auteurs die het pluralisme omarmen minder eenheid van opvatting over die rechtsconcepten bestaat dan de samenstellers van de bundel, Seán Donlan en Lukas Urscheler, suggereren, valt te verwachten. Zo verdedigt de sociaal geograaf en comparatist Werner Menski een breed rechtsconcept. Hij kwalificeert ieder normensysteem dat voldoet aan een (wisselende) combinatie van positieve wetten, regels van natuurrecht en regels die aan het licht komen door sociaal-cultureel onderzoek als recht. De rechtssocioloog Roger Cotterell ziet minder in één overkoepelend rechtsbegrip. Ofschoon bij de bestudering van het recht een rechtsconcept volgens hem onontbeerlijk is, moet een dergelijk concept niet worden beschouwd als 'universal and global'. De waarde ervan is vooral functioneel: het stelt de onderzoeker in staat bepaalde aspecten van het recht te ontdekken; andere concepten van recht zullen echter andere aspecten zichtbaar maken. Ook Baudouin Dupret beschouwt ieder rechtsconcept als partieel, ook brede concepten waarbij alle vormen van sociale controle worden beschouwd als recht. Elke definitie, aldus Dupret, benadrukt bepaalde aspecten (zoals sociale controle), terwijl het andere aspecten (zoals ethische zingeving) onderbelicht. We moeten niet proberen om alle verschijnselen die met het woord 'recht' worden aangeduid in één concept te vangen, alsof al die verschijnselen ook dezelfde functie en betekenis hebben, maar dienen van geval tot geval na te gaan hoe het betreffende verschijnsel door de betrokkenen wordt begrepen en gehanteerd.

Het meest kritisch over *legal pluralism* is de comparatist Catherine Valcke. Ofschoon alle definities (concepten) van recht hun beperkingen hebben, schrijft ze, dienen we niet in het andere uiterste te vervallen, zoals Brian Tamanaha doet ('Law is whatever we attach the label law to'). 'Excitement over novelty,' aldus Valcke, 'should not cause us to lose sight of the demands for rigour, clarity, refutability and the like, inherent to any kind of self-respecting scientific investigation.' We kunnen wel weigeren een fenomeen als recht te definiëren, maar het resultaat is niet dat we dan *zonder* definitie van recht te werk gaan, maar dat we *impliciete* definities hanteren. Dat is echter gevaarlijker dan werken met expliciete definities, mits wij inzien dat definities niet onveranderlijk en categorisch zijn, maar contingent, 'fluid objects of debate'. De functie van definities, als dus Valcke, is dat zij ons denken scherpen. Zij haalt daarbij een uitspraak van John Austin aan, geciteerd door Hart in diens *The Concept of Law*: 'We are using a sharpened awareness of words to gain a sharpened awareness of the phenomena.' Dat lijkt ons een terechte kanttekening bij het streven van *legal pluralism* om het recht zo open mogelijk te definiëren. Door zoveel verschil-

lende auteurs aan het woord te laten geeft het boek een rijk en genuanceerd beeld van de moderne stroming van *legal pluralism*. Verplichte kost voor rechtsfilosofen en comparatisten!

## RECHTSSOCIOLOGIE

AAK20157973

Heleen Weyers

### Werkbaar recht

In juni van dit jaar is Arnt Mein in Rotterdam gepromoveerd op een onderzoek naar het gebruik van de bestuurlijke boete door de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en De Nederlandse Bank (DNB). De bestuurlijke boete is op dit terrein ingevoerd om efficiënter te kunnen handelen bij lichte en veelvoorkomende overtredingen. Mein constateert dat de bestuurlijke boete anders wordt gebruikt dan de bedoeling was. Op de eerste plaats valt op dat het instrument maar weinig wordt gebruikt. Dat is vreemd daar deze bestuurlijke boete in het leven is geroepen omdat er een handhavingstekort was. Verder blijkt de bestuurlijke boete niet alleen bij lichte overtredingen gebruikt te worden maar ook bij relatief ernstige. Dat is mogelijk zorgelijk omdat in het bestuursrecht minder hoge eisen aan de procedure worden gesteld dan in het strafrecht. Meins conclusie wat dat betreft is dat de financiële toezichthouders professioneel omgaan met hun bevoegdheden. Van de andere kant vindt hij wel dat de AFM en DNB nadrukkelijker stil zouden moeten staan bij de noodzakelijkheid en de passendheid van het middel in specifieke situaties. Verder pleit hij voor meer transparantie. Op deze wijze toegepast denkt hij dat de boete in balans blijft (de titel van zijn boek) en een aanwinst kan zijn voor het financieel toezicht.

In de afgelopen periode zijn twee onderzoeken gepubliceerd waarin een handelingswijze, een methode, centraal staat. Onderzoeksbureau Regioplan heeft de 'methode voogdij' geëvalueerd. Nadat in 2003 was geconstateerd dat er geen duidelijke en eenduidige opvatting bestond over de doelen en middelen van de voogdij, is in 2010 een nieuwe methode ingevoerd. Het gebruik van deze methode moet ervoor zorgen dat bij het vaststellen van de situatie waarin het kind verkeert de zes relevante domeinen in het leven van een kind aan de orde komen (opvoeding en verzorging, medische en psychosociale hulp, veiligheid, ontwikkeling en toekomstperspectief, juridische gezag en financiën). De methode blijkt vruchten af te werpen. Er is meer aandacht dan voorheen voor het inventariseren en activeren van het netwerk van het kind en er worden veel voogdijplannen opgesteld waarin alle zes de domeinen opgenomen zijn. Het onderzoek maakt duidelijk dat voogdijtrajecten geen 'slapende' trajecten meer zijn. Dat is een positieve ontwikkeling.

Een ander onderzoek waar een methode centraal staat is uitgevoerd door het onderzoeksbureau Panteia. Deze onderzoekers hebben gewerkt met de 'methode Blommaert'.

Dat is een methode die E.C.C.A Blommaert heeft ontwikkeld voor onderzoek naar discriminatie naar etniciteit bij werkgevers en recruiters. Bij onderzoek volgens deze methode worden vergelijkbare cv's van fictieve sollicitanten in een databank online gezet. Dan wordt gekeken hoe werkgevers/recruiters hier op reageren. Het onderzoek wijst duidelijk in de richting van arbeidsdiscriminatie naar etniciteit en naar leeftijd. Minister Asscher heeft daarom inmiddels aanvullingen op het Actieplan arbeidsmarktdiscriminatie aangekondigd.

Een interessant onderzoeksrapportje uit de afgelopen periode betreft de ervaren rechtvaardigheid van echtscheidingsprocedures. Echtscheidingen komen veel voor in Nederland, zo'n 35.000 keer per jaar. Een andere aanwijzing voor het belang van dergelijk onderzoek is dat scheidingsproblemen in Nederland tot de zwaarste rechtsproblemen behoren. Ze beslaan daarnaast een belangrijk deel van het budget voor rechtspleging (na strafrecht het grootste aandeel). Alle reden dus om echtscheidingsprocedures te onderzoeken. Het blijkt dat de ervaren rechtvaardigheid van scheidingsprocessen laag is (ook in vergelijking met vergelijkbaar ernstige rechtsproblemen zoals huiselijk geweld en ontslag). Mensen voelen zich vaak niet gehoord, ervaren stress en onmacht. Aan de positieve kant staat dat de professionals als respectvol en neutraal worden ervaren. De resultaten van de procedures daarentegen vallen vaak tegen. Herstel van financieel verlies blijft vaak uit en mensen lijden emotionele schade.

Echtscheidingen zijn ook het thema van het proefschrift van Stijn van Huis, *Islamic courts and women's divorce rights in Indonesia: the cases of Cianjur and Bulukumba*. In 1974 is het echtscheidingsrecht in Indonesië veranderd. Sommige van die veranderingen zijn strijdig met het traditionele islamitisch recht, bijvoorbeeld het feit dat huwelijken nu alleen door de rechter ontbonden kunnen worden en niet meer door de 'ulama' (een geleerde van het islamitisch recht). Van Huis onderzoekt in twee streken hoe met dat vereiste wordt omgegaan. Zijn studie betreft de rechtssociologische vraag naar de doordringing van statelijke recht en de verklaring daarvoor. Van Huis ziet grote verschillen tussen de twee gebieden. In Bulukumba blijkt meer dan 70 procent van de respondenten een echtscheiding voor de rechtbank te hebben gekregen, terwijl dat in Cianjur maar 14 procent is. Verklaringen voor het geconstateerde verschil zijn divers. Ze variëren van de mogelijkheid van een gescheiden vrouw een geestelijke vinden die haar wil hertrouwen (dat kan vrij gemakkelijk in Cianjur en moeilijk in Bulukumba) tot historische verschillen. Bij dat laatste kan onder andere gedacht worden aan de manier waarop de 'ulama's' opgenomen zijn in het nationale rechtssysteem. In Cianjur staan ze erbuiten en verzetten ze zich tegen overheidsbemoediging met islamitische zaken, terwijl ze in Bulukumba gezien worden als een verlengstuk van de nationale overheid. Naast de rol van de islamitische rechtbanken in de echtscheidingspraktijk en hun positie in de samenleving bespreekt Van Huis ook de ontwikkeling van het recht. Duidelijk wordt dat daar waar

de nationale overheid een harde dobber heeft in de verandering van materieel recht, islamitische rechters dat vaak wel voor elkaar krijgen. Het boek biedt op deze manier een prachtig inzicht in het feit dat nationaal recht niet altijd het levende recht is.

Een bijzonder boek is het proefschrift van Paul Mutsaers: *Public anthropology of policing*. Mutsaers houdt een pleidooi om antropologen aan het politiewerk te laten deelnemen. In zijn ogen is dat goed voor de antropologie en voor het politiewerk. Goed voor het politiewerk want de antropologie heeft veel relevante informatie en analyses te bieden; informatie die het grote publiek niet bereikt omdat de antropologie te veel binnenskamers blijft. Deelname is tevens een stimulans voor de antropologie om te kiezen voor onderwerpen die publieke waarde hebben (een goed voorbeeld daarvan is, denk ik, het onderzoek van Jan Dirk de Jong naar problematische Marokkaanse jongeren in Amsterdam, *Kapot moeilijk* uit 2007). Mutsaers haalt zijn empirisch materiaal uit het politiewerk. Hij stelt dat de grenzen tussen publiek en privé in dat werk aan het veranderen zijn; dat politiewerk steeds minder bureaucratie wordt en steeds meer 'biocracy' (een reguleringsstijl waarbij de hele persoon en de individuele verschillen tussen mensen als sleutelbegrippen worden gebruikt). Deze verandering heeft onder andere tot gevolg dat politiefunctionarissen uit etnische minderheidsgroepen als afwijkend en daarmee als problematisch worden ervaren. Verder leidt de verandering er toe dat politieagenten hun vooroordelen een rol kunnen laten spelen in hun werk op straat. Mutsaers roept op tot een meer publieke invulling van het politiewerk.

#### Literatuur

- HiiL innovating Justice, *De rechtvaardigheid van scheidingsprocedures* 2015 ([www.hiil.org/data/sitemanagement/media/de%20rechtvaardigheid%20van%20scheidingsprocedures\\_report.pdf](http://www.hiil.org/data/sitemanagement/media/de%20rechtvaardigheid%20van%20scheidingsprocedures_report.pdf));
- Stijn Cornelis van Huis, *Islamic courts and women's divorce rights in Indonesia: the cases of Cianjur and Bulukumba*, Leiden 2015 (te downloaden via <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/35081>);
- Arnt Mein, *De boete uit balans. Het gebruik van de bestuurlijke boete in de praktijk van het financieel toezicht*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2015;
- Paul Mutsaers, *Public anthropology of policing*, Tilburg University 2015 (te downloaden via [www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2015/07/01/tk-bijlage-a-public-anthropology](http://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2015/07/01/tk-bijlage-a-public-anthropology));
- Panteia, *Discriminatie in de wervings- en selectiefase. Resultaten van 'virtuele' praktijktests*, Zoetermeer 2015 (te downloaden via [www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2015/09/01/discriminatie-in-de-wervings-en-selectiefase-resultaten-van-virtuele-praktijktests](http://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2015/09/01/discriminatie-in-de-wervings-en-selectiefase-resultaten-van-virtuele-praktijktests));
- Willemijn Smit, Joost van den Tillaart & Marloes Snijedewint, *Evaluatie van de methode voogdij*, Amsterdam, Regioplan 2015 ([www.regioplan.nl/publicaties/rapporten/evaluatie\\_methode\\_voogdij](http://www.regioplan.nl/publicaties/rapporten/evaluatie_methode_voogdij)).



**RECHTSECONOMIE**

AAK20157975

Heico Kerkmeester, Louis Visscher

Zoals altijd is er weer een aantal interessante rechtseconomische proefschriften te melden, maar we beginnen ditmaal met een artikel van de Groningse hoogleraar Rechtseconomie Oscar Couwenberg.

**Aansprakelijkheid voor aardbevingsschade vanuit rechtseconomisch perspectief**

In het NJB-themanummer van 2 juli 2015 over *Gaswinning in Groningen* staat onder andere een bijdrage van Oscar Couwenberg. Hierin wordt aansprakelijkheid voor aardbevingsschade vanuit rechtseconomisch perspectief besproken.

Couwenberg legt uit dat de belangrijkste rechtseconomische reden voor aansprakelijkheid is dat dit een prikkel tot gedragsverandering kan geven. Aansprakelijkheid kan ertoe leiden dat de kosten die een activiteit voor anderen kan veroorzaken (zogenaamde ‘externe effecten’) door degene die de activiteit uitoefent toch in zijn beslissingen worden meegewogen (ze worden ‘geïnternaliseerd’). Het gaat hier dus om preventie en niet om het louter vergoeden van ontstane schade. Als mogelijke schade die de gaswinning veroorzaakt niet aan deze activiteit zou worden toegerekend, dan zouden de volledige kosten te laag worden ingeschat, hetgeen de beslissing om te starten met de gaswinning kan beïnvloeden. Als er ten tijde van de beslissing om te starten wel rekening met deze kosten is gehouden maar er een te lage schatting van deze kosten is gemaakt, dan ontstaat volgens Couwenberg het volgende probleem: als de schade als gevolg van aardbevingen hoger blijkt te zijn dan verwacht, dan kunnen die hogere kosten nu wel worden meegenomen, maar inmiddels zijn er al (hoge) kosten voor exploitatie gemaakt (infrastructuur e.d.). Dit zijn ‘verzonken kosten’ die nu niet meer meetellen bij de beslissing om al dan niet door te gaan met gaswinning. Bij die beslissing spelen dus andere (wellicht lagere) kosten mee dan bij de beslissing al dan niet te starten. Er zal alleen tot stoppen worden besloten als de nu voorziene schade hoger is dan de voorziene winst; de reeds gemaakte kosten spelen hier geen rol meer. Aansprakelijkheid heeft dus geen invloed meer op de beslissing al dan niet te beginnen met aardgaswinning. Wel kan aansprakelijkheid prikkels geven de wijze van winning aan te passen (om zo verdere schade te voorkomen of te reduceren) en voor toekomstige situaties zoals bijvoorbeeld opslag van CO<sub>2</sub> kan dreigende aansprakelijkheid nog wel preventieve prikkels geven. Couwenberg pleit voor een ruime schadevergoedingsregeling, om er zo voor te zorgen dat zo veel mogelijk van de kosten die door de gaswinning worden veroorzaakt, alsnog aan deze activiteit worden toegerekend. Dit geeft tevens het belangrijke signaal dat burgers hun belangen gerespecteerd weten.

**Aansprakelijkheid voor toezichthouders**

Op 13 oktober 2015 promoveerde Robert Dijkstra aan de Tilburg University op *Essays on Financial Supervisory Liability*. Hierbij traden Maurits Barendrecht en Louis Visscher op als promotoren en Machteld de Hoon als copromotor. De ruggengraat van de dissertatie bestaat uit vijf reeds eerder gepubliceerde artikelen, die alle betrekking hebben op de aansprakelijkheid van financieel toezichthouders. De promovendus zet uiteen dat elk van deze artikelen voorzag in een leemte in de kennis die op dit gebied aanwezig was. Het eerste artikel geeft een overzicht van de aansprakelijkheidsregimes die de verschillende lidstaten van de Europese Unie kennen ten aanzien van financieel toezichthouders. Dijkstra onderscheidt hierbij vijf vormen van aansprakelijkheid, variërend van *no-fault*, via *negligence*, *gross negligence* en *bad faith* tot *immunity*. Het proefschrift geeft een actualisering in de zin dat rekening is gehouden met de wijziging van de Wet op het financieel toezicht (Wft) van 1 juli 2012, waarin artikel 1:25d de aansprakelijkheid voor De Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten beperkt tot opzet en grove schuld (*gross negligence* en *bad faith*), en de toetreding van Kroatië tot de EU. Uit het overzicht blijkt dat met name de grotere EU-lidstaten de aansprakelijkheid van financieel toezichthouders hebben beperkt. Het tweede artikel gaf een vraag of aansprakelijkheid zou leiden tot defensief gedrag van toezichthouders of hen zou aanzetten tot zorgvuldig toezicht. De rechtseconomische analyse van Dijkstra leidt tot de conclusie dat het Nederlandse aansprakelijkheidsregime toezichthouders onvoldoende prikkels geeft om voldoende zorg in acht te nemen. Met name de aanwezigheid van het depositogarantiestelsel, de beperking van aansprakelijkheid van toezichthouders tot 10 procent van hun budget en het bestaan van aansprakelijkheidsverzekeringen, brengen met zich dat toezichthouders de financiële consequenties van hun gedrag slechts beperkt voelen en daarom waarschijnlijk geen optimale zorg zullen betrachten. In het derde artikel werd een nadere analyse gemaakt van de gedragsprikkels die de Nederlandse financieel toezichthouders ondervinden, waarbij Dijkstra naast aansprakelijkheid ook noemt het recht van parlementair enquête (art. 70 Grondwet), de mogelijkheid tot schorsing of ontslag van bestuursleden van artikel 1:26 Wft, de (inmiddels vervallen) bepaling van artikel 1:43 Wft dat als de toezichthouder zijn taak ernstig verwaarloost de Minister van Financiën de noodzakelijke voorzieningen kan treffen en ten slotte de vrees voor reputatieschade. Dijkstra trekt de conclusie dat de werking die van deze prikkels uitgaat niet voldoende is om de Nederlandse toezichthouders aan te zetten tot het nemen van adequate zorg. In het vierde artikel werd een rechtseconomische vergelijking gemaakt van de compensatiemechanismen voor de slachtoffers van een faillissement van financiële instellingen. Dijkstra vergelijkt depositogarantiestelsels (expliciet zoals we dat in Nederland kennen of impliciet via nationalisatie of bail-out) met de mogelijkheid een claim in te dienen bij de curator en aansprakelijkheid. Hij concludeert onder meer dat het huidige depositogarantiestelsel

betrokkenen onvoldoende prikkels geeft om de ondergang van financiële instellingen te voorkomen. Verlaging van de garantiebedragen zou helpen, maar Dijkstra wijst op Europese regelgeving die hierbij belemmerend werkt. Het vijfde artikel ten slotte behelst een vergelijkend Europees onderzoek naar de vraag of de beperking van aansprakelijkheid een geschikt middel is om defensief gedrag bij financieel toezichthouders te voorkomen. Op basis van zijn empirische resultaten betwijfelt Dijkstra of dit het geval is. In het slothoofdstuk van zijn dissertatie trekt Dijkstra de conclusie dat aan het vaak gebruikte argument dat beperking van aansprakelijkheid wenselijk is omdat dit ook in andere landen zo is geregeld beperkte waarde toekomt, dat de vrees voor defensief gedrag van toezichthouders niet gerechtvaardigd is en dat aansprakelijkheid van toezichthouders een nuttige rol vervuld maar onvoldoende sterk werkt om te leiden tot optimale zorg.

Een interessante vraag die aan de orde zou kunnen komen bij het nadere onderzoek dat volgens Dijkstra nodig is, is welke prikkels uitgaan van de mogelijkheid dat

besluiten van toezichthouders bij de bestuursrechter ter discussie worden gesteld. Toezichthouders die wat minder defensief te werk gaan, zullen een grotere kans hebben dat tegen hun besluiten beroep zal worden ingesteld, met vernietiging en mogelijke aansprakelijkstelling door de gereguleerde financiële instelling tot gevolg.

#### **EDLE-programma**

Een echtpaar dat elkaar in het European Master in Law and Economics (EMLE)-programma had ontmoet, promoveerde op 4 juni 2015 aan de Erasmus Universiteit Rotterdam in het European Doctorate in Law and Economics (EDLE)-programma. Elena Reznichenko deed dat bij promotoren Michael Faure en Paul Mevis op de dissertatie *Cost-Effective Criminal Enforcement: A law and economics approach* en Jaroslaw Kantorowicz op *Fiscal Constitutions: An empirical approach* bij promotoren Alessio Paces en Stefan Voigt.

---



### De persoon in het recht

De persoon, ook wel het rechtssubject genoemd, neemt een centrale plaats in binnen de rechtsorde. Dit boek is bedoeld als inleiding persoonsbegrip.

**ISBN:** 978-90-6916-348-2  
**Auteur:** R.J.B. Bergamin  
**Druk:** 1e druk, 2000  
**Prijs:** € 19,50



### Kenmerken van het recht

Wat is recht? Deze vraag wordt in dit boek voor eerstejaars rechtenstudenten benaderd vanuit de gedachtewereld van de algemene rechtsleer.

**ISBN:** 978-90-6916-405-2  
**Auteur:** P.W. Brouwer  
**Druk:** 1e druk, 2000  
**Prijs:** € 19,50



### Rechtsbronnen en rechtssysteem

Een eerste verkenning van het recht in Nederland dat inzicht geeft in het recht als systeem.

**ISBN:** 978-90-6916-413-7  
**Auteur:** E. Poortinga  
**Druk:** 3e druk, 2001  
**Prijs:** € 19,50



### Rechtspleging

Rechtspleging geeft een overzicht van de inrichting van de rechterlijke organisatie en van de wijze waarop rechters hun taak vervullen als geschillenbeslechtters.

**ISBN:** 978-90-6916-209-6  
**Auteur:** A.F.M. Brenninkmeijer  
**Druk:** 1e druk, 1995  
**Prijs:** € 19,50



### Rechtsvinding

Een introductie voor eerstejaars rechtenstudenten in de diversiteit van problemen bij rechterlijke rechtsvinding.

**ISBN:** 978-90-6916-202-7  
**Auteur:** J.A. Pontier  
**Druk:** 4e druk, 1998  
**Prijs:** € 19,50



### Rechtswetenschap

In deze monografie staat de volgende vraag centraal: 'Wat is rechtswetenschap en wat zijn de taken en producten van de rechtswetenschap?'

**ISBN:** 978-90-6916-101-3  
**Auteur:** F.B.M. Kunneman  
**Druk:** 1e druk, 1991  
**Prijs:** € 19,50

Zie jij ook door de vele hoofdstukken van je handboek de grote lijnen niet meer?

# Ars Aequi Geschetst maakt studeren eenvoudiger!



- Arbeidsrecht geschetst
- Burgerlijk procesrecht geschetst
- Goederenrecht geschetst
- Familierecht geschetst
- Huurrecht geschetst
- Relatievermogensrecht geschetst
- Verbintenissenrecht geschetst

Deze studiereeks helpt jou als student bij het bestuderen en begrijpen van de studiestof en zo beter voorbereid te zijn op je tentamen. Per deeltje wordt een globaal overzicht van het betreffende rechtsgebied geschetst. Een korte heldere inleiding van de hoofdlijnen van een rechtsgebied wordt verduidelijkt met handige schema's, zodat de contouren van de studiestof zich snel helder aftekenen. Deze heldere structuur kan het inzicht bieden dat op andere wijze niet doorbrak.

**Ars Aequi Geschetst op één lijn met studenten**

**ArsAequi Libri**

[www.arsaequi.nl](http://www.arsaequi.nl)