

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/150353>

Please be advised that this information was generated on 2019-03-25 and may be subject to change.

Ars Aequi

*Kwartaal*Signaal



Bijlage bij Ars Aequi september 2015

136

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 7843

Mr. M.Th. Beumers, mr. G.G.B. Boelens, mr. L.M. de Hoog, mr. J. van Kralingen, mr. T. van der Linden, mr. T.B.D. van der Wal (Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Leiden)

Burgerlijk procesrecht 7850

Mr. R.J.C. Flach (vakgroep privaatrecht Rijksuniversiteit Groningen)

Bouwrecht 7852

Mw. mr. N. van Wijk-van Gilst (Instituut voor Bouwrecht Den Haag)

Consumentenrecht 7853

Prof. mr. E.H. Hondius (vakgroep privaatrecht Universiteit Utrecht)

Europees privaatrecht 7856

Mw. mr. J.W. Rutgers (afdeling privaatrecht, Vrije Universiteit Amsterdam)

Gezondheidsrecht 7857

Prof. mr. J.C.J. Dute (Radboud Universiteit Nijmegen), mw. mr. W.R. Kastelein (Nysingh Advocaten-Notarissen)

SOCIAAL-ECONOMISCH RECHT

Ondernemingsrecht 7862

Mw. mr. N. Kreileman (Van der Heijden Instituut, Radboud Universiteit Nijmegen, coördinator mw. mr. C.D.J. Bulten)

Financieel recht 7864

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 7871

Mr. M. Kuijper (Boekel de Nerée Amsterdam)

Economisch recht en intellectuele eigendom 7873

Mw. mr. D.A.J.M. Melchers, mw. mr. V.M. Vermeulen; prof. mr. A.A. Quaadvlieg (Radboud Universiteit Nijmegen)

Belastingrecht 7875

Mr. L.J.A. Pieterse (Universiteit Leiden en Vrije Universiteit Amsterdam)

Mediarecht 7879

Mw. mr. J.M. Breemen, mw. mr. V.E. Breemen (Instituut voor Informatierecht Universiteit van Amsterdam)

Telecommunicatierecht 7882

Prof. dr. N.A.N.M. van Eijk (Instituut voor Informatierecht Universiteit van Amsterdam)

Informaticarecht 7883

Mw. prof. mr. S. van der Hof (eLaw@Leiden, Universiteit Leiden)

STAATS- EN BESTUURSRECHT

Bestuurs(proces)recht 7885

Prof. mr. dr. K.J. de Graaf (vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde Rijksuniversiteit Groningen)

Europees recht 7890

Europa Instituut Universiteit Leiden, coördinatoren mr. B.E.E.M. Cooreman en mr. M. Aalbers

Volkenrecht 7893

Prof. mr. I.F. Dekker (Afdeling Internationaal recht, Universiteit Utrecht); prof. mr. N.J. Schrijver (Afdeling Internationaal recht, Universiteit Leiden)

Mensenrechten 7895

Mr. dr. O. Spijkers MA (Afd. Internationaal en Europees Recht Universiteit Utrecht)

STRAFRECHT

Straf(proces)recht 7898

Prof. mr. J.H. Crijns, mr. dr. M.J. Dubelaar (Instituut voor Strafrecht & Criminologie, Universiteit Leiden)

RECHTSTHEORIE

Rechtsgeschiedenis 7902

Prof. mr. F. Brandsma (afdeling Algemene Rechts-wetenschap en Rechtsgeschiedenis Rijksuniversiteit Groningen)

Rechtsfilosofie en rechtstheorie 7902

Mr. H.T.M. Kloosterhuis (Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam), mr. C.E. Smith (E.M. Meijers Instituut, Universiteit Leiden)

Rechtssociologie 7903

Heleen Weyers (afdeling rechtstheorie, Rijksuniversiteit Groningen)

PRIVAATRECHT

BURGERLIJK RECHT

AAK20157843

Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Leiden

ALGEMEEN

Wetgeving

- Brief regering, Voortgang vereenvoudiging beslagvrije voet (24 maart 2015), Verslag van algemeen overleg (22 mei 2015), Twee brieven regering, Reactie op brief van de Verslavingsreclassering GGZ (26 mei 2015) en Uitkomsten uitvoeringstoets invoering kostendelersnorm (15 juni 2015), Preventie en bestrijding van stille armoede en sociale uitsluiting (*Kamerstukken II* 2014/15, 24515, 300, 305-307).

Literatuur

- P. Abas, 'Boekbespreking: realistische en pragmatische rechtsvinding', *WPNR* 7063 (2015), p. 453-456;
- W.H. van Boom, 'Kritiek en methode in juridisch-dogmatisch privaatrechtelijk onderzoek', *NTBR* 2015, afl. 4, p. 122-131;
- J.M. Emaus, 'Rechten, beginselen en horizontale directe werking van de grondrechten uit het EU-handvest', *NTBR* 2015, afl. 3, p. 67-76;
- I. Giesen, 'Een Constitutioneel Hof in Nederland? Zuid-Afrika en *wrongful life* als voorbeeld...', *NTBR* 2015, afl. 3, p. 65-66;
- D. Haas, 'Contractenrechtelijke begrippen in het financiële recht, een knellend jasje', *MvV* 2015, afl. 5, p. 140-145;
- B. Hoops, 'Het verbod van de opzettelijke en onevenredige benadeling van schuldeisers als sub-norm van de goede zeden: lessen uit het arrest *Van Boekhold/Haveman* van de Hoge Raad', *WPNR* 7063 (2015), p. 442-448;
- E.H. Hondius, 'Privaatrecht Actueel: convergentie van burgerlijk recht en bestuursrecht/een opmerkelijke uitspraak van de Raad van State', *WPNR* 7057 (2015), p. 311-313;
- M. Menting, '(R)Evolutie in het privaatrecht? Enkele beschouwingen over de rol van private regelgeving en de invloed van het EVRM naar aanleiding van HR *Achmea/Rijnberg*', *NTBR* 2015, afl. 4, p. 104-111.

CONTRACTENRECHT

Mr. T. van der Linden

Wetgeving

- Nota naar aanleiding van het verslag (9 april 2015), Nota van wijziging (16 april 2015) en Gewijzigd voorstel van wet (23 april 2015), Wijziging van de Boeken 6 en 7

van het Burgerlijk Wetboek, in verband met verduidelijking van het toepassingsbereik van de koopregels van Titel 7.1 BW (*Kamerstukken II* 2014/15, 34071, 6-7 en *Kamerstukken I* 2014/15, 34071, A).

- Voorlopig verslag (8 april 2015) en Memorie van Antwoord (12 juni 2015), Wijziging van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten in verband met de versterking van de positie van de auteur en de uitvoerende kunstenaar bij overeenkomsten betreffende het auteursrecht en het naburig recht (Wet auteurscontractenrecht) (*Kamerstukken I* 2014/15, 33308, B-C).
- Verslag (7 april 2015), Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de werking van de inschrijving van de koop van een registergoed in de openbare registers te verbeteren (*Kamerstukken II* 2014/15, 34148, 4).

Jurisprudentie

HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1125, NJ 2015/222 (Doens/ForFarmers B.V.): algemene voorwaarden; cumulatieve algemene voorwaarden met tegenstrijdige bedingen; beide voorwaarden zijn van toepassing; aan de hand van uitleg (o.a. Haviltex) moet worden beoordeeld welke van de tegenstrijdige bedingen prevaleert; kritiek Tussen Doens en ForFarmers B.V. (hierna: ForFarmers) ontstaat een geschil over een partij geleverde biomais die te veel dioxine zou bevatten. De vraag rijst aan welke instantie het geschil moet worden voorgelegd. Het probleem is dat Doens twee verschillende sets algemene voorwaarden op de overeenkomst van toepassing heeft verklaard die elk iets anders zeggen over hetgeen er moet gebeuren als er zich een geschil voordoet. Onderaan het briefpapier waarop de overeenkomst is vastgelegd, staat vermeld dat de 'Algemene Verkoop- en Betalingsvoorwaarden' van Doens op de overeenkomst van toepassing zijn. Volgens deze voorwaarden moeten geschillen worden voorgelegd aan de Rechtbank Middelburg. In de tekst van de overeenkomst worden echter de 'Conditieën van de Nederlandse Handel in Granen Diervoedergrondstoffen' (hierna: CNGD) van toepassing verklaard. Volgens artikel 45 lid 1 van de CNGD moeten eventuele geschillen worden beslecht door arbitrage. Wanneer Doens door ForFarmers voor de rechtbank te Middelburg wordt gedaagd, beroept hij zich met vrucht op het laatstgenoemde arbitragebeding. De rechtbank verklaart zich onbevoegd.

ForFarmers stelt zich in hoger beroep op het standpunt dat het hier om een zelfde soort situatie gaat als berecht in HR 28 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2507, NJ 1998/705 (*Visser/Avéro*). Het ging daar om een geval waarin op de factuur stond vermeld dat de Loodgieters- en Fitters voorwaarden 'of' de ALIB-voorwaarden van toepassing waren. De Hoge Raad maakt in het *Avéro*-arrest korte metten met deze constructie (r.o. 3.4):

'Het gaat hier om een geval van een gebruiker van twee onderling verschillende stellen algemene voorwaarden, die beide in één verwijzing op door de gebruiker te verrichten leveringen van toepassing zijn verklaard zonder dat op enigerlei – voor de wederpartij begrijpelijke en niet onredelijk bezwarende – wijze is aangegeven of nader geregeld welke van die stellen in het gegeven geval van toepassing zal zijn. In een zodanig geval maakt geen van de onderling verschillende stellen algemene voorwaarden deel uit van de overeenkomst en kan de gebruiker zulks niet verhelpen door zelf alsnog een van de stellen algemene voorwaarden te kiezen.'

ForFarmers betoogt dat ook in het onderhavige geval, waarin in één overeenkomst twee sets (deels tegenstrijdige) algemene voorwaarden zijn opgenomen, het ervoor moet worden gehouden dat er in het geheel geen algemene voorwaarden deel uitmaken van de overeenkomst zodat ook het arbitragebeding sneuvelt.

Het hof gaat hier niet in mee en overweegt (r.o. 6 arrest hof) dat zich niet een zelfde soort situatie voordoet als in *Visser/Avéro*. In dat arrest ging het om een geval waarin de gebruiker alternatief twee sets algemene voorwaarden van toepassing verklaarde, zonder dat duidelijk was aangegeven wanneer welke set gelding had. In de overeenkomst tussen Doens en ForFarmers zijn daarentegen twee sets algemene voorwaarden beide – cumulatief – van toepassing verklaard en ForFarmers heeft beide sets ook aanvaard. De omstandigheid dat de beide sets voorwaarden op het punt van de geschillenbeslechting tegenstrijdige bedingen bevatten, moet volgens het hof (r.o. 7 arrest hof) worden opgelost aan de hand van de *Haviltex*-maatstaf. Op grond van verschillende omstandigheden komt het hof tot de conclusie dat het arbitragebeding uit de CNGD moet prevaleren boven het forumkeuzebeding uit de huisvoorwaarden van Doens. Het hof merkt in dit verband op (r.o. 8 arrest hof) dat partijen regelmatig soortgelijke overeenkomsten met elkaar hebben gesloten, dat ForFarmers als professionele partij goed op de hoogte is van de CNGD en dat Doens er aldus op mocht vertrouwen dat hij bekend was met het arbitragebeding uit artikel 45 CNGD. Het hof laat verder zwaar wegen dat de verwijzing naar de huisvoorwaarden in voorgedrukte kleine letters op het briefpapier stonden vermeld, terwijl de toepasselijkheid van de CNGD er – net als in eerder gesloten overeenkomsten – met de hand was bijgeschreven. Gelet op één en ander mocht Doens er volgens het hof op vertrouwen dat het voor ForFarmers duidelijk was dat de geschillenbeslechtigingsregeling van artikel 45 van de CNGD voorrang zou hebben op het forumkeuzebeding uit de huisvoorwaarden.

Het cassatiemiddel strekt onder meer ten betoge dat het hof ten onrechte niet op de voet van de *Visser/Avéro*-regel beide sets algemene voorwaarden buiten toepassing heeft verklaard. De Hoge Raad volgt advocaat-generaal Van Peurse en wijst het middel af. De Hoge Raad overweegt daartoe het volgende (r.o. 3.3.2-3.3.3):

'In de zaak *Visser/Avéro*, waarop het onderdeel een beroep doet, was in geschil of de toepasselijkheid van algemene voorwaarden was overeengekomen. Het betrof het geval waarin naar twee onderling verschillende sets algemene voorwaarden was verwezen, met gebruik van het woord 'of', zonder dat op enigerlei wijze was aangegeven of nader geregeld welke van die sets in het gegeven geval van toepassing zou zijn. Voor zodanig geval heeft de Hoge Raad beslist dat geen van de sets algemene voorwaarden deel uitmaakt van de overeenkomst en dat de gebruiker dat niet kan verhelpen door zelf alsnog een van de sets algemene voorwaarden te kiezen.

Anders dan het onderdeel bepleit, bestaat er geen grond ook voor een geval als het onderhavige, waarin de toepasselijkheid van beide sets algemene voorwaarden is bedongen en aanvaard, deze sets algemene voorwaarden niettemin buiten toepassing te laten indien daarin onderling onverenigbare bedingen voorkomen. In zodanig geval is sprake van een overeenkomst met onderling strijdige bedingen en dient door uitleg te worden vastgesteld welke van die bedingen prevaleert.'

De Hoge Raad overweegt verder dat het hof bij de toepassing van de *Haviltex*-maatstaf op een geval waarin er sprake is van twee tegenstrijdige voorwaarden de rechter inderdaad 'gewicht mag toekennen aan onder meer de wijze waarop de desbetreffende bedingen in de overeenkomst zijn vermeld, dan wel geïncorporeerd' (r.o. 3.3.4).

In deze procedure ging het om de vraag wat rechtens is als twee sets algemene voorwaarden cumulatief op één overeenkomst van toepassing zijn verklaard door de gebruiker terwijl de beide sets tegenstrijdige bedingen bevatten. De *Avéro*-regel ziet, zo blijkt in het hier besproken arrest, uitsluitend op de situatie waarin twee sets voorwaarden alternatief van toepassing zijn verklaard zonder dat is aangegeven welke set wanneer prevaleert. Alleen als dat het geval is, zijn beide sets voorwaarden niet van toepassing. Zijn er twee sets cumulatief van toepassing verklaard, dan gelden ze beiden, óók als ze tegenstrijdige bedingen bevatten. Tot zover is de regel uit het arrest aansprekend. Het gaat te ver om bij een enkele tegenstrijdigheid beide sets voorwaarden buiten toepassing te laten. Toch is de regel naar mijn smaak op één punt onbevredigend. Op bedingniveau is er in het onderhavige geval wel degelijk sprake van alternativiteit. Zou het dan niet aansprekend zijn om – gelet op het *contra proferentem* gezichtspunt – de wederpartij de voor hem meest gunstige voorwaarde te laten kiezen? Het is tenslotte de gebruiker die voorwaarden met tegenstrijdige bedingen van toepassing verklaart, terwijl de wederpartij ook aan de bedingen gebonden kan zijn, als de gebruiker moest begrijpen dat hij de bedingen niet kende (art. 6:232 BW).

Literatuur

- G.J. Boeve, 'Onder Weens Koopverdrag draagt koper eigen schade als hij niet aantoonde dat non-conformiteit ten tijde van risico-overgang bestond', *Bb* 2015, afl. 11, p. 113-116;
- J.J.A. Braspenning & V. Mak, 'Nieuwe regels voor hypothecaire kredietverstrekking aan consumenten: over leren en bezweren', *TvC* 2015, afl. 2, p. 73-81;
- J.G. Gräler, 'Geldlening in een modern jasje', *WPNR* 7058 (2015), p. 339-345;
- S. van Gulijk, 'Derdenwerking van exoneratiebedingen: een analyse van recente rechtspraak en enige opmerkingen over de ontwikkeling van dit leerstuk vanuit het bouwcontractenrecht', *WPNR* 7057 (2015), p. 320-326;
- W.G. Huijgen, 'Toepassingsbereik van artikel 7:15 BW beperkt', *JBN* 2015, afl. 5, p. 10-12;
- M.B.M. Loos, 'Privaatrecht Actueel: consumentenbescherming bij de consumentenverkoop van auto's', *WPNR* 7062 (2015), p. 423-424;

- M.I. Nijenhof-Wolters, ‘Vergoeding van kosten ter vaststelling van aansprakelijkheid en schade. Ook zonder in rechte vastgestelde schade!’, *Bb* 2015, afl. 8, p. 90-91;
- D.J.B. Op Heij, “Nakoming”: een geschikte remedie voor overeenkomsten tot levering van digitale inhoud?, *TvC* 2015, afl. 2, p. 55-62;
- C.M.D.S. Pavillon, ‘Een nieuw contractenrecht voor Frankrijk’, *NTBR* 2015, afl. 3, p. 77-86;
- M.R. Ruygvoorn, ‘Verwijzing naar verschillende algemene voorwaarden door dezelfde gebruiker; “en/en” of “of/of”’, *Bb* 2015, afl. 13, p. 143-155;
- H. Spath, ‘Digitale gegevensuitwisseling tegen betaling lijkt op koop, of niet?’, *NTBR* 2015, afl. 4, p. 101-103.

GOEDERENRECHT

Mr. T.B.D. van der Wal

Wetgeving

- Nota naar aanleiding van het verslag (30 maart 2015), Nota van wijziging (23 april 2015), Brief regering, Reactie op amendementen (15 juni 2015) en Gewijzigd voorstel van wet (18 juni 2015), Technische informatie over de publicatie, bundeling en aanpassing van regels op het terrein van cultureel erfgoed (Erfgoedwet) (*Kamerstukken II* 2014/15, 34109, 7-8, 43 en *Kamerstukken I* 2014/15, 34109, A).
- Nota naar aanleiding van het verslag (1 april 2015), Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten ter implementatie van Richtlijn 2014/60/EU betreffende teruggave van cultuurobjecten 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) (*Kamerstukken II* 2014/15, 34097, 5).

Jurisprudentie

HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1297, RvdW 2015/668 (Warnaar/Wubben c.s.): *gemeenschap; gemeenschappelijk perceel; vervreemding aandeel*

De Hoge Raad spreekt zich uit over de vraag of een mede-eigenaar van een perceel zelfstandig bevoegd is zijn aandeel in een gedeelte van dit perceel te vervreemden. Deze vraag wordt ontkennend beantwoord.

Victor Wubben, één van de verweerders in cassatie, had gezamenlijk met twee anderen een perceel grond in het Westlandse Maasland in mede-eigendom. P. Warnaar B.V., eiseres tot cassatie, was eigenaar van een naastgelegen perceel. Op 22 november 2001 kwam Warnaar met Wubben een vastgoedtransactie overeen, inhoudende dat Warnaar een bouwvergunning voor de bouw van een woning op een nabijgelegen perceel zou overdragen aan Wubben en als tegenprestatie van Wubben ‘het aan partijen bekend zijnde perceeltje grond van ca. 300 m²’ overgedragen zou krijgen. Dit perceeltje, ‘het litigieuze stuk grond’, was een

gedeelte van het gemeenschappelijke perceel waarvan Wubben mede-eigenaar was. Bij akte van 21 februari 2002 hebben de twee mede-eigenaren hun onverdeeld tweederde aandeel in dit litigieuze stuk grond verkocht en geleverd aan Warnaar. De bouw van zes zogenaamde ‘vlietvilla’s’, die deze hierop ondernam, vond, wat betreft één villa, gedeeltelijk plaats op het litigieuze stuk grond waarvan Wubben nog steeds mede-eigenaar was. Teneinde dit stuk grond volledig in eigendom te verwerven, heeft Warnaar hierop in rechte van Wubben medewerking geëist aan de verkoop en levering van diens eenderde aandeel in het litigieuze stuk grond, en subsidiair vaststelling van de wijze van verdeling (ex art. 3:185 lid 1 jo. lid 2 sub b BW) door dit aandeel aan Warnaar over te bedelen.

De Rechtbank Den Haag wijst deze vorderingen af. Wubben had medewerking aan de overdracht door de mede-eigenaren dienen te verlenen, en nu hij deze niet heeft gegeven, is Warnaar niet rechtsgeldig eigenaar geworden van het tweederde aandeel in het litigieuze stuk grond.

Het arrest van het Hof Den Haag luidt eveneens in het voordeel van Wubben. Het hof stelt dat er geen sprake is van een beschikking over een aandeel in gemeenschappelijk onroerend goed, maar over een aandeel in een gedeelte van dit goed. Een gemeenschappelijk onroerend goed moet eerst gesplitst worden voordat er kan worden beschikt over een aandeel in een gedeelte van dit goed. Deze splitsing is een ‘andere handeling betreffende een gemeenschappelijk goed’ in de zin van artikel 3:170 lid 3 BW, waartoe de deelgenoten slechts gezamenlijk bevoegd zijn (r.o. 3.3 arrest hof). Nu de voorwaarde waaronder Wubben in de overeenkomst van 22 november 2001 akkoord is gegaan met splitsing (overdracht van de bouwvergunning), niet is vervuld, hebben de mede-eigenaren het litigieuze stuk grond niet aan Warnaar kunnen overdragen (r.o. 3.4 arrest hof).

In zijn cassatiemiddel betoogt Warnaar dat op de levering van het aandeel artikel 3:175 lid 1 BW van toepassing is. Op grond van dit artikel is iedere deelgenoot zelfstandig bevoegd over zijn aandeel te beschikken, tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten anders voortvloeit. Het cassatiemiddel stelt dat wie het meerdere mag, ook het mindere mag. De bevoegdheid om te beschikken over een geheel aandeel zou daarom ook de bevoegdheid inhouden om te beschikken over een gedeelte (sub 25-26 cassatiemiddel).

De klacht dat het hof dit heeft miskend, faalt. Onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis stelt de Hoge Raad dat artikel 3:170 lid 3 BW betrekking heeft op beschikkingshandelingen die geen beheersdaden zijn: uitsluitend de deelgenoten gezamenlijk zijn hiertoe bevoegd. Artikel 3:175 lid 1 BW bepaalt dat iedere deelgenoot over zijn aandeel in een gemeenschappelijk goed kan beschikken, tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten anders voortvloeit. Wanneer een gemeenschap uit meerdere goederen bestaat, is iedere deelgenoot op grond van artikel 3:175 lid 1 BW bevoegd om over zijn aandeel in elk goed afzonderlijk te beschikken (r.o. 3.4.3). Om een gedeelte van een gemeenschappelijk stuk grond te vervreem-

den, is vereist dat het gedeelte wordt afgesplitst van het grotere geheel. Hier hoeft echter geen fysieke of juridische splitsing in gedeelten aan vooraf te gaan (r.o. 3.4.4). De Hoge Raad vervolgt (eveneens in r.o. 3.4.4):

‘Wel is noodzakelijk dat het desbetreffende gedeelte ten behoeve van de vervreemding wordt aangewezen als afzonderlijke, te individualiseren zaak. Een dergelijke aanwijzing betreft het gemeenschappelijke stuk grond als geheel en dient daarom te worden aangemerkt als een handeling waartoe ingevolge art. 3:170 lid 3 BW uitsluitend de deelgenoten tezamen bevoegd zijn. Dat is niet anders in het geval dat slechts één deelgenoot op de voet van art. 3:175 lid 1 BW wenst te beschikken over zijn eigen onverdeeld aandeel in een gedeelte van een gemeenschappelijk stuk grond, nu een zodanige beschikkingshandeling niet mogelijk is zonder dat dit gedeelte door aanwijzing wordt geïndividualiseerd.’

Nu het stuk grond niet reeds bestond uit een samenstel van afzonderlijke, geïndividualiseerde stukken grond en er geen gezamenlijke aanwijzing heeft plaatsgevonden door alle deelgenoten, hetgeen op grond van artikel 3:170 lid 3 BW is vereist, waren de mede-eigenaren niet bevoegd tot vervreemding van hun aandeel. Het cassatieberoep wordt afgewezen.

Gewezen zij op de conclusie van A-G Rank-Berenschot die tot vernietiging van het arrest en verwijzing strekt. Rank-Berenschot bespreekt de vraag naar de bevoegdheid te beschikken over een aandeel in een gedeelte van een gemeenschappelijk goed in verband met twee gerelateerde vragen. Ten eerste is de vraag of een deelgenoot bevoegd is te beschikken over deel van zijn onverdeeld aandeel in een gemeenschappelijk goed (sub 2.13 conclusie). Hierbij wijzigt het breukdeel bij een gelijkblijvend object. Deze vraag dient volgens de A-G te worden onderscheiden van de vraag die in cassatie aan de orde is. De tweede vraag is of een deelgenoot bevoegd is te beschikken over zijn aandeel in een afzonderlijk goed dat tot de gemeenschap behoort (sub 2.14 conclusie). Voor gewone gemeenschappen (art. 3:166 lid 1 BW) geldt dat een deelgenoot bevoegd is over zijn aandeel in afzonderlijke, tot de gemeenschap behorende, goederen te beschikken (sub 2.16 conclusie). Naar analogie hiervan zou de beschikkingsbevoegdheid van een deelgenoot over zijn aandeel (art. 3:175 lid 1 BW) mede de bevoegdheid omvatten te beschikken over een aandeel in een gedeelte van deelbaar gemeenschappelijk goed (sub 2.18 conclusie). Zoals is gebleken, wijst de Hoge Raad deze analogie af.

Literatuur

- K. Everaars, ‘De goederenrechtelijke imprévision-regeling: vuistregels voor de rechtspraak’, *WPNR* 7059 (2015), p. 347-355;
- K. Everaars, ‘Europees recht en erfpachtvoorwaarden’, *WPNR* 7059 (2015), p. 413-419;
- R.H.J. van Houts & M. Fidler, ‘Strikte conformiteit bij een abstracte bankgarantie’, *Bb* 2015, afl. 9, p. 98-100;
- H.M. van Kessel, ‘Tenietgaan van pandrecht na verjaring gezeekerde vordering verhinderd door de redelijkheid en billijkheid?’, *MvV* 2015, afl. 3, p. 68-75;
- R. Markus, *Coöperaties en pandrechten*, Amersfoort: Celsus Juridische Uitgeverij 2015;

- M.L. Tuil, ‘Overgang van krediet- en bankzekerheden’, *MvV* 2015, afl. 5, p. 133-139;
- B.W. Wijnstekers & T. Reker, ‘Beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid bij verjaring bij een met pandrecht geseceerde vordering’, *Bb* 2015, afl. 8, p. 86-89;
- R.A. Wolf e.a., *Bitcoins: civiele en fiscale aspecten in beeld*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

ONRECHTMATIGE DAAD EN SCHADEVERGOEDING

Mr. J. van Kralingen

Jurisprudentie

HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683 (Oosterzee/ Gemeente Zoeterwoude): Onrechtmatige overheidsdaad; (onjuiste) inlichtingen door de gemeente; niet-nakomen toezegging betreffende een bestemmingsplan door de gemeente; verhouding formele rechtskracht bestemmingsplan en niet-nakoming toezegging; gemiste kans als gevolg van niet-nakoming toezegging; causaal verband tussen niet-nakoming en gemiste kans
 Architect Oosterzee heeft in juni 1987 een aantal percelen van het Waterschap Noordwoude gekocht. Op deze percelen stond een poldergemaal met bijbehorende dienstwoning. Deze gebouwen waren niet meer in gebruik. Oosterzee wilde deze gebouwen restaureren en opnieuw als woning in gebruik nemen. Hij startte een briefwisseling met het college van Burgemeester & Wethouders van de gemeente Zoeterwoude (het college) waarin voornamelijk de vraag aan de orde kwam of Oosterzee de buiten gebruik zijnde gebouwen mocht verbouwen en in gebruik nemen als woning.

In reactie op de brieven van Oosterzee had het college verschillende malen aangegeven dat verbouwing en bewoning van het poldergemaal en bijbehorende dienstwoning in principe mogelijk waren, mits door Oosterzee de vereiste (bouw)vergunningen werden aangevraagd. Bovendien had het college in een brief van 6 juni 1990 toegezegd ‘de voormalige dienstwoning [...] met de bestemming “woondoeleinden” op [te, red. *JvK*] nemen in het ontwerp-bestemmingsplan Landelijk Gebied 1989’.

Het college vergat vervolgens de woonbestemming in het ontwerp-bestemmingsplan op te nemen en is dus zijn toezegging aan Oosterzee niet nagekomen. Het college heeft nog geprobeerd de fout te herstellen, maar kon niet bewerkstelligen dat de woonbestemming alsnog in het bestemmingsplan werd opgenomen. Oosterzee kon het gemaal en bijbehorende dienstwoning derhalve niet in gebruik nemen als woning en stelde dientengevolge schade te hebben geleden.

Oosterzee heeft daarop een verklaring voor recht gevorderd dat de gemeente onrechtmatig jegens hem had gehandeld en vorderde bovendien dat de gemeente werd veroordeeld tot betaling van schadevergoeding. Oosterzee stelde als grondslag voor zijn vorderingen dat de gemeente

hem onjuiste inlichtingen had verschafft, waardoor bij hem de verwachting was gewekt dat op de door hem gekochte percelen bewoning was toegestaan, en dat de gemeente de toezegging in de brief van 6 juni 1990 niet was nagekomen. De rechtbank heeft beide vorderingen afgewezen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.

Oosterzee heeft vervolgens cassatieberoep ingesteld. Er zijn verschillende klachten door eiser naar voren gebracht. In onderdeel 1 klaagt eiser over het oordeel van het hof dat er geen sprake zou zijn van onjuiste inlichtingen door de gemeente en door de gemeente opgewekt gerechtvaardigd vertrouwen. Deze klachten kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad doet deze klachten af op grond van artikel 81 lid 1 RO.

In onderdeel 2 betoogt eiser dat de leer van de formele rechtskracht niet van toepassing is in deze zaak. Het hof had namelijk geoordeeld dat het bestemmingsplan naar zijn inhoud en wijze van totstandkoming rechtmatig was jegens Oosterzee en dat de gemeente daarom niet schadeplichtig was (r.o. 5 arrest hof). Het hof is volgens de Hoge Raad echter ten onrechte uitgegaan van de veronderstelling dat de grondslag van de vordering de onrechtmatigheid van het uiteindelijk tot stand gekomen bestemmingsplan was (r.o. 3.5.3).

De grondslag van de vordering was volgens de Hoge Raad niet het feit dat het bestemmingsplan van de gemeente onrechtmatig was, maar enkel het feit dat het college zijn toezegging niet was nagekomen (r.o. 3.5.3). Oosterzee had immers aan zijn vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad ‘mede ten grondslag gelegd dat het College in [de brief van 6 juni 1990, red. *JvK*] aan eiser heeft toegezegd dat het de voormalige dienstwoning met de bestemming “woon-doeleinden” zou opnemen in het ontwerp-bestemmingsplan Landelijk Gebied 1989’ (r.o. 3.5.2).

De niet-nakoming van de toezegging heeft tot gevolg gehad dat Oosterzee de kans werd ontnomen dat het gemeen en de voormalige dienstwoning in het vast te stellen bestemmingsplan de bestemming ‘woondoeleinden’ zou krijgen (r.o. 3.5.3). De Hoge Raad overweegt (r.o. 3.5.3):

‘De beoordeling van de vordering op deze grondslag vergt geen beslissing over de rechtmatigheid van het bestemmingsplan. De op die grondslag berustende vordering tot vergoeding van de door deze kansontneming of -vermindering geleden schade stuit dan ook niet af op de formele rechtskracht van het bestemmingsplan.’

Vervolgens spreekt de Hoge Raad zich ook uit over het oordeel van het hof dat het causaal verband ontbreekt tussen het niet-nakomen van de toezegging en het ontbreken van de woonbestemming voor de woning van de eiser. Het hof had geoordeeld dat ook in het geval van nakoming van de toezegging door het college dit nog geen garantie was geweest voor doorgang van de plannen van Oosterzee, aangezien het bestemmingsplan onder andere nog door de Gedeputeerde Staten moest worden goedgekeurd (r.o. 5 arrest hof). Dit oordeel was een zelfstandig dragende grond voor het oordeel van het hof dat het niet-nakomen van de toezegging door de gemeente niet leidt tot aansprakelijkheid.

Eiser betoogt verder in onderdeel 2 dat er wel een *condicio sine qua non*-verband aanwezig was tussen de tekortkoming van de gemeente en de schade. De Hoge Raad gaat, onder andere gezien het feit dat hij een andere grondslag van de vordering van eiser aanneemt dan het hof had gedaan, mee in dit betoog (r.o. 3.7.2):

‘Het [onderdeel, red. *JvK*] betoogt terecht dat de schade waarvan [eiser] vergoeding vordert, bestaat in een gemiste kans op verwezenlijking van zijn plannen, en dat het onzekere antwoord op de vraag of het bestemmingsplan destijds met inbegrip van de woonbestemming voor de dienstwoning van [eiser] tot stand zou zijn gekomen tot uitdrukking dient te komen in de bepaling van de grootte van die kans, derhalve in de schadeberekening. In het onderhavig geval is onmiskenbaar sprake van *condicio sine qua non*-verband tussen de niet-nakoming en de gemiste kans.’

De rechter had volgens de Hoge Raad moeten vaststellen (indien nodig door middel van een schatting) wat de grootte was van de kans dat door nakoming van de toezegging door het college de plannen van eiser wel doorgang hadden gevonden.

De Hoge Raad heeft het arrest van het Hof Den Haag vernietigd en het geding ter verdere behandeling en beslissing verwezen naar het Hof Amsterdam.

De conclusie van plaatsvervangend procureur-generaal De Vries Lentsch-Kostense strekte tot verwerping van het cassatieberoep.

Literatuur

- P. Bluemink, ‘Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor bevingsschade in Groningen’, *AV&S* 2015, afl. 2, p. 44-53;
- V. van den Brink, ‘De drang tot het opsporen van oorzaken’, *NTBR* 2015, afl. 5, p. 141-143;
- T. Hartlief, ‘Goed nieuws of slecht nieuws?’, *NJB* 2015, afl. 18, p. 1211;
- C.C.H.A. Holthuijsen-van der Kop, ‘De redelijke toerekening en de deelregels anno 2015: een update’, *WPNR* 7065 (2015), p. 520-526;
- R.H.C. Jongeneel, ‘Meer dan de wettelijke rente, maar hoeveel meer?’, *NJB* 2015, afl. 18, p. 1227, afl. 1230;
- A. Kolder, ‘Civiele whiplashzaken, een volgende fase’, *NJB* 2015, afl. 17, p. 1142, afl. 1150;
- C.N.J. Kortmann, ‘De relativiteitseis bij gebrekkige vergunningverlening’, *NTBR* 2015, afl. 5, p. 144-155;
- R. Meijer, ‘Relativiteitsperikelen: Wet wapens en munitie geen schild tegen concrete (vermogens)schade?’, *MvV* 2015, afl. 3, p. 76-81;
- A.J. Rijsterborgh & Z.D. Veldhoen, ‘De onwenselijkheid van de toepassing van de klachtplicht uit art. 6:89 BW op vorderingen ex art. 2:9 BW: een dogmatisch en praktisch perspectief’, *MvV* 2015, afl. 4, p. 99-105;
- J. Tiemersma & M. de Haan, ‘Gaan nabestaanden “over lijdensweg” voordat zij een vergoeding krijgen?’, *AV&S* 2015, afl. 3, p. 83-87;
- T.F.E. Tjong Tjin Tai & E.J. Koops, ‘Zorgplichten tegen cybercrime’, *NJB* 2015, afl. 16, p. 1065-1072;
- J.H. Wansink, ‘Hoe helder is de Europese invulling van het WAM-begrip “deelname aan het verkeer van motorrijtuigen”?’, *AV&S* 2015, afl. 2, p. 54-56;

- P.T.J. Wolters, 'Het vaste gewicht van de gezichtspunten van Van Hese/De Schelde', *AV&S* 2015, p. 16-25.

HUWELIJKSVERMOGENSRECHT

Mr. L.M. de Hoog

Wetgeving

- Nader verslag (26 maart 2015) en Nota naar aanleiding van het verslag (8 mei 2015), 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, 9-10).

Jurisprudentie

HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1199, RvdW 2015/626, AA20150686: personen- en familierecht; verdeling huwelijksgoederengemeenschap; woning gekocht met lening die is kwijtgescholden onder uitsluitingsclausule; is woning gemeenschappelijk of privé-eigendom?; strekking samenstel gelijktijdig verrichte rechtshandelingen; analoge toepassing artikel 1:124 lid 2 (oud) BW op wettelijke gemeenschap van goederen; totstandkomingsgeschiedenis artikel 1:95 lid 1 BW

Man en vrouw zijn op 12 mei 1989 gehuwd in algehele gemeenschap van goederen. Op 16 april 1993 heeft het volgende plaatsgevonden (hetgeen tot de invoering van het nieuwe erfrecht in 2003 een vanwege erfrechtelijke motieven gebruikelijke constructie was). De man krijgt van zijn ouders een bedrag van f 52.000 geleend. Met dit bedrag koopt de man van zijn ouders een stuk grond met een schuur die later door het echtpaar wordt verbouwd tot woonhuis. Uit de schuldbekentenis waaruit blijkt dat de man een bedrag van f 52.000 schuldig is geworden aan zijn ouders, is opgenomen dat de ouders van de man een deel van het bedrag – te weten f 34.996 – hebben kwijtgescholden onder een uitsluitingsclausule, dat wil zeggen dat uitdrukkelijk is bepaald dat het geschonken bedrag niet in de gemeenschap van goederen van de man zal vallen. Deze constructie van gelijktijdig verrichte rechtshandelingen – verkoop, lening en kwijtschelding – is door de ouders verkozen boven een schenking omdat onder het oude erfrecht aan de schenking van een goed het risico was verbonden dat deze wordt aangetast wegens een beroep op de legitieme portie.

Op 11 december 2008 is het huwelijk door echtscheiding ontbonden. In geschil is wie waar recht op heeft ten aanzien van het woonhuis. Daartoe wordt verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap verzocht. De vrouw is van mening dat de woning tot de gemeenschap van goederen behoort en dat aan de man het geschonken bedrag (f 34.996) toekomt. De man stelt dat de woning zijn privé-eigendom is en dat daarom geen verrekening hoeft plaats te vinden.

De rechtbank oordeelt dat de echtelijke woning tot de huwelijksgemeenschap behoort en kent aan de man een vergoedingsrecht toe ter waarde van f 34.996 ten laste van de huwelijksgemeenschap. Het hof vernietigt de beschikking van de rechtbank en komt tot het oordeel dat de woning privé-eigendom van de man is en dus niet voor verdeling in aanmerking komt. Daarbij past het hof artikel 1:124 (oud) BW analoog toe. Dit artikel bevatte voor de zogeheten gemeenschap van vruchten en inkomsten een regel van zaaksvervanging. Daarin was bepaald dat een goed dat de ene echtgenoot anders dan om niet verkrijgt buiten de gemeenschap blijft indien het voor meer dan de helft van de prijs ten laste van hem persoonlijk komt. In dit geval heeft de man de volledige koopsom van f 52.000 geleend van zijn ouders en hebben de ouders een deel groot f 34.996 onmiddellijk kwijtgescholden. Naar het oordeel van het hof is de koopsom voor meer dan de helft ten laste van het privévermogen van de man gekomen. Het stuk grond met daarop het woonhuis behoort derhalve aan de man in privé toe (r.o. 3.6 arrest hof).

De Hoge Raad komt tot dezelfde conclusie als het hof en oordeelt dan ook dat het hof geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting (r.o. 3.3.5)

'door onder deze omstandigheden doorslaggevende betekenis toe te kennen aan de strekking van het samenstel van rechtshandelingen en te oordelen dat de tegenprestatie voor de overdracht van het perceel ten belope van het, onder de voorwaarde van uitsluiting, kwijtgescholden bedrag ten laste van het privévermogen van de man is gekomen'.

Vervolgens komt nog aan de orde de vraag naar de toepassing van artikel 1:124 lid 2 (oud) BW. In de eerste plaats had dit artikel slechts betrekking op beperkte gemeenschappen. Analoge toepassing van de zaaksvervangingsregel op de wettelijke gemeenschap van goederen is volgens de vrouw in strijd met de rechtszekerheid. Daarnaast is dit artikel met het schrappen van de beperkte gemeenschappen uit de wet per 1 januari 2012 vervallen. De regeling van zaaksvervanging is verplaatst naar artikel 1:95 BW betreffende de wettelijke gemeenschap van goederen. De Hoge Raad gaat ervan uit dat de regel van zaaksvervanging van toepassing is omdat artikel 1:95 BW per 1 januari 2012 onmiddellijke werking heeft gekregen. Ter verduidelijking haalt de Hoge Raad de wetgever aan: (*Kamerstukken II* 2012/13, 28867, 3, p. 31):

'Het voorgestelde artikel 95 is nieuw en bevat een zaaksvervangingsregel. Voorheen was deze regel voor de beperkte gemeenschappen van winst en verlies en van vruchten en inkomsten opgenomen in artikel 124, tweede lid. Algemeen wordt aangenomen dat deze regel ook analoog van toepassing is op de wettelijke gemeenschap van goederen. Op dit punt bestaat dus geen noodzaak om een regel van overgangsrecht op te stellen.'

De conclusie is dat het woonhuis geen deel uitmaakt van de huwelijksgemeenschap omdat de koopsom voor het perceel in 1993 voor meer dan de helft ten laste van het privévermogen van de man is gekomen. Het woonhuis is privé-eigendom van de man en komt daarom niet in aanmerking voor verdeling. De Hoge Raad verwierpt het beroep.

Literatuur

- R. Barbaix, ‘Een nieuw Nederlands huwelijksvermogensrecht? Geruststellende berichten uit het zuiden’, *FTV* 2015, afl. 4, nr. 21;
- J.W.A. Biemans, ‘Curator vernietigt huwelijksvoorwaarden op grond van faillissementspauliana’, *JBN* 2015, afl. 4, p. 3-6;
- P. Blokland, ‘Aanpassing Besluit huwelijksgoederenregister lost notarieel rechercheprobleem niet op!’, *JBN* 2015, afl. 3, p. 9-11;
- L. van der Geld, ‘De redactie van een testament door de notaris’, *FTV* 2015, afl. 6, nr. 30;
- W.G. Huijgen, ‘De nieuwe beperkte gemeenschap van goederen: nog meer problemen gesignaleerd!’, *FTV* 2015, afl. 1, nr. 4;
- W.G. Huijgen, ‘Problemen rond de nieuwe beperkte gemeenschap van goederen: een vervolg’, *JBN* 2015, afl. 2, p. 3-7;
- A.N. Labohm & A.H.N. Stollenwerck, ‘De onderneming(swinst) in het wetsvoorstel Aanpassing van de wettelijke gemeenschap van goederen’, *WPNR* 7057 (2015), p. 314-319;
- N.C. Oostrom-Streep, ‘Juridische integratie: de inpassing van islamitische figuren in het Nederlandse recht blijkt een lastige zaak’, *FTV* 2015, afl. 4, nr. 18;
- B.E. Reinhartz, ‘Draagplicht voor schulden bij echtscheiding’, *JBN* 2015, afl. 1, p. 11-14;
- B.E. Reinhartz, ‘Een variant op Kriek/Smit nader bekeken’, *JBN* 2015, afl. 3, p. 3-4;
- S. Sikkema, ‘Verhalen op de gemeenschap. Hoe zit het met aansprakelijkheid, verhaal en draagplicht in het huwelijksvermogensrecht’, *Advocatenblad* 2015, afl. 5, p. 51.

ERFRECHT

Mr. G.G.B. Boelens

Wetgeving

- Koninklijke boodschap, Voorstel van wet en Memorie van toelichting (11 juni 2015), 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, 1-3).

Jurisprudentie

HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1284; RvdW 2015/669: erfrecht; stilzwijgende zuivere aanvaarding nalatenschap (art. 4:192 lid 1 BW); individuele beoordeling erfgenamen; maaltijd ten laste van de nalatenschap; redelijke kosten gericht op passende uitvaart erflater; artikel 1095 (oud) BW
 Een erfgenaam kan een nalatenschap zuiver aanvaarden, beneficiair aanvaarden of verwerpen (art. 4:190 lid 1 BW). Een keuze wordt in beginsel gedaan door het afleggen van een daartoe strekkende verklaring ter griffie van de recht-

bank (art. 4:191 lid 1 BW). Een erfgenaam kan echter ook de nalatenschap stilzwijgend zuiver hebben aanvaard. Artikel 4:192 lid 1 BW bepaalt namelijk dat een erfgenaam die zich ondubbelzinnig en zonder voorbehoud als een zuiver aanvaard hebbende erfgenaam gedraagt, de nalatenschap daardoor zuiver aanvaardt, tenzij de erfgenaam zijn keuze reeds eerder heeft gedaan. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat er geen sprake is van zuivere aanvaarding indien de erfgenaam enkel daden van beheer verricht. Wel is sprake van zuivere aanvaarding indien de erfgenaam over de goederen van de nalatenschap als heer en meester beschikt (Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 933-934). Door zuivere aanvaarding kunnen schuldeisers van de nalatenschap zich niet alleen op de goederen van de nalatenschap verhalen, maar kunnen zij zich ook verhalen op het privévermogen van de zuiver aanvaard hebbende erfgenaam, voor zover de schuld van de nalatenschap op deze erfgenaam rust (art. 4:184 lid 1 en lid 2 sub a BW). Deze verhaalsmogelijkheid speelt een belangrijke rol indien de nalatenschap negatief is.

In deze zaak gaat het om de vraag of de erfgenamen (hierna: W en P) de nalatenschap van hun moeder zuiver hebben aanvaard doordat zij op de dag van overlijden van hun moeder (hierna: erflaatster) met hun partners een maaltijd hebben genuttigd in een restaurant te Delft. Een van de erfgenamen (W), die tevens executeur is, heeft de rekening van het eten (€ 119,00) voldaan met de pinpas van een bankrekening die mede op naam van erflaatster stond. Daarnaast heeft erfgenaam W de op de dag van de begrafenis gehouden koffietafel ten laste van de boedel gebracht. Een maand na het overlijden hebben de erfgenamen W en P de nalatenschap beneficiair aanvaard.

A heeft een vordering van € 11.072,80 op de nalatenschap van erflaatster. De nalatenschap van erflaatster heeft echter een negatief saldo. A vordert betaling door de erfgenamen van deze vordering en stelt dat de erfgenamen (voorafgaand aan de beneficiaire aanvaarding) de nalatenschap reeds (stilzwijgend) zuiver aanvaard hebben door de hiervoor vermelde handelingen. De kantonrechter wijst de vordering af. Het Hof Den Haag heeft de vordering alsnog toegewezen en is van oordeel dat de erfgenamen door hun gedragingen de nalatenschap zuiver hebben aanvaard omdat het gezamenlijk eten van de erfgenamen bij gelegenheid van de voorbereiding van de uitvaart niet kan worden aangemerkt als een daad van beheer (r.o. 12 en 13 arrest hof). Het hof overweegt onder meer (r.o. 12):

‘(...) Hoe gering het bedrag ook in hun ogen is, zij hebben gelden van de nalatenschap echter wel verbruikt ten eigen behoeve en er aldus als heer en meester over beschikt (...)’

De Hoge Raad is het hier, in lijn met de conclusie van A-G Hammerstein, niet mee eens en vernietigt het arrest van het Hof Den Haag en bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter. De Hoge Raad overweegt (onder verwijzing naar zijn arrest van 20 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1489) dat het antwoord op de vraag of uit de gedragingen van een erfgenaam de bedoeling kan worden afgeleid dat hij de nalatenschap heeft aanvaard, afhangt van de omstandigheden van het geval. Bij meerdere erfgenamen hangt

het in beginsel van de gedragingen van iedere erfgenaam afzonderlijk af (r.o. 3.4.2). Terecht heeft het hof volgens de Hoge Raad ingevolge artikel 1095 (oud) BW geoordeeld dat niet tot de handelingen waaruit stilzwijgende zuivere aanvaarding mag worden afgeleid gerekend kan worden 'al hetgeen tot de begrafenis betrekking heeft'. Ook onder het huidige artikel 4:192 lid 1 BW heeft deze regel volgens de Hoge Raad zijn gelding behouden. De Hoge Raad overweegt in dit verband (r.o. 3.4.3):

'(...) Immers, handelingen die erop zijn gericht de erflater een passende uitvaart te bezorgen, strekken naar hun aard niet ertoe te eigen bate over nalatenschaps-goederen te beschikken. Uit de omstandigheid dat een erfgenaam tot dat doel in redelijkheid gemaakte kosten ten laste van de nalatenschap laat komen, kan dan ook niet diens bedoeling worden afgeleid de nalatenschap zuiver te aanvaarden.'

De Hoge Raad vat de kosten in relatie tot de begrafenis minder krap op dan het hof (r.o. 3.5):

'(...) Tot de handelingen die erop zijn gericht de erflater een passende uitvaart te bezorgen, kan een overleg op de sterfdag als hier aan de orde worden gerekend. Het maken van redelijke kosten daarvoor ten laste van de nalatenschap kan dan niet worden aangemerkt als een daad van aanvaarding. De kosten van een maaltijd als de onderhavige kunnen onder omstandigheden tot zodanige kosten worden gerekend. (...)

De omstandigheden dat de erfgenamen en hun partners op de sterfdag van moeder vanuit haar huis in Delft haar begrafenis en uitvaart hebben geregeld, dat er geen eten of drinken in het huis van moeder was en dat de eisers en hun partners vanwege het regelen van de begrafenis te ver van huis waren om thuis te eten, rechtvaardigen volgens de Hoge Raad zonder meer dat die kosten van de eenvoudige maaltijd tot de kosten van de uitvaart worden gerekend. In het licht van die omstandigheden is het oordeel van het hof dan ook volgens de Hoge Raad onjuist (r.o. 3.5). De Hoge Raad concludeert dan ook dat geen sprake is geweest van een (aan de beneficiaire aanvaarding voorafgegane) zuivere aanvaarding door de erfgenamen, zodat de erfgenamen niet gehouden zijn de schuld van de nalatenschap aan A uit eigen vermogen te voldoen (r.o. 3.8).

Interessant is tot slot te vermelden dat de minister van Veiligheid en Justitie op 11 juni 2015 een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer heeft ingediend waarin onder meer wordt voorgesteld om gedragingen die op grond van artikel 4:192 lid 1 BW leiden tot een zuivere aanvaarding van een nalatenschap te beperken (Wet bescherming erfgenamen tegen schulden, *Kamerstukken II* 2014/15, 34224, 1-3). Het wetsvoorstel beoogt onder meer te voorkomen dat erfgenamen onbewust een nalatenschap zuiver aanvaarden en tracht in artikel 4:192 lid 1 BW te verduidelijken wanneer sprake is van een erfgenaam die zich ondubbelzinnig en zonder voorbehoud als een zuiver aanvaard hebbende erfgenaam gedraagt. Hiervan is volgens het voorgestelde nieuwe artikel 4:192 lid 1 BW alleen sprake als een erfgenaam goederen van de nalatenschap verkoopt, bezwaart of op andere wijze aan het verhaal van schuldeisers onttrekt. Deze gedragingen leiden immers tot benadeling van de schuldeisers. Bovendien kan van dergelijke handelingen volgens de wetgever niet worden aangenomen dat een erfgenaam deze onbewust verricht.

Literatuur

- R.E. Brinkman, 'Levenstestament versus bewind en mentorschap "waarom moeilijk doen als het samen kan"', *WPNR* 7064 (2015), p. 470-476;
- P.J.F.M. Cat, 'Twee uitspraken over de zuivere aanvaarding van een nalatenschap', *JBN* 2015, afl. 1, p. 5-9;
- L.A.G.M. van der Geld, 'Erfrecht in de onderwereld (deel 1)', *TE* 2015, afl. 2, p. 28-31;
- J.H.M. ter Haar, 'Een hanteerbare regeling voor het levensonderhoud van een kind na overlijden van een ouder', *WPNR* 7066 (2015), p. 541-548;
- J.H.M. ter Haar, 'Exit testamentair Boek 1-bewind', *WPNR* 7064 (2015), p. 459-465;
- L.M. de Hoog, 'Een nieuw KNB-model levenstestament', *JBN* 2015, afl. 6, p. 3-6;
- E.A.A. Luijten & W.R. Meijer, 'Een lijdensweg die nog niet geëindigd is', *TE* 2015, afl. 2, p. 32-36;
- J.L.D.J. Maasland, 'Toerekening van giften door een in de wettelijke gemeenschap van goederen gehuwde schenker', *TE* 2015, afl. 2, p. 24-27;
- T.J. Mellema-Kranenburg, 'De procedure van het vervangen van de executeur door een vereffenaar', *JBN* 2015, afl. 1, p. 10-11;
- B.E. Reinhartz, 'Faillissement na echtscheiding: gevolgen voor verrekenvordering?', *JBN* 2015, afl. 6, p. 6-7;
- B.M.E.M. Schols, 'Van boedelberedderaar tot afwikkelingsbewindvoerder', *WPNR* 7064 (2015), p. 499-504.

BURGERLIJK PROCESRECHT

📁 AAK20157850

R.J.C. Flach

Wet-, regelgeving en beleid

Nieuwe bevoegdheidsregels voor na 10 januari 2015 begonnen internationale procedures

Vanaf 10 januari 2015 moet bij een grensoverschrijdende procedure de vraag naar de bevoegdheid beantwoord worden aan de hand van de nieuwe EEX-Verordening No. 1215/2012 in verbinding met de Nederlandse uitvoeringswet (*Stb.* 2014, 40). Hoewel het om een nieuwe verordening gaat, is materieel sprake van een 'herschikking'. De veranderingen zijn, ondanks de ambities van de Europese Commissie, uiteindelijk beperkt gebleven. Wat het toepassingsbereik naar onderwerp betreft is nieuw dat alimentatiezaken voortaan uitdrukkelijk zijn uitgesloten (sinds 2011 geregeld door de EU-Alimentatieverordening) evenals de *acta iure imperii* (rechtspraak HvJ EU te beginnen met de beslissing uit 1976 inzake Eurocontrol). Ook arbitrage (in al zijn facetten, dus ook de geldigheid en gevolgen van de arbitrageclausule) is en blijft een zaak van het VN-Arbitrageverdrag en de nationale Arbitragewetten. Wat de door de verordening bestreken internationale gevallen betreft, blijft het vereiste feitelijk-geografische verband met een EU-land hetzelfde (woonplaats verweerder in EU-land voor de hoofdbevoegdheidsregels).

Globaal gesproken zijn er vier wijzigingen: de bescherming van verzekerden, consumenten en werknemers wordt versterkt; de forumkeuzebevoegdheid wordt beter geregeld en de regeling van de samenloop van parallelprocedures en samenhangende procedures in verschillende EU-staten wordt aangepakt. Met deze wijzigingen wordt tegelijkertijd het toepassingsbereik van de EEX-bevoegdheidsregels verruimd, dat wil zeggen dat ‘derde-landers’ vaker geconfronteerd zullen worden met EEX- in plaats van nationale bevoegdheidsregels.

Ad (1) De eiser-consument kan altijd voor zijn woonplaatsrechter dagvaarden, óók als zijn professionele wederpartij in een niet EU-land woonplaats heeft. Voor de eiser-werknemer gaat iets soortgelijks gelden: hij kan zijn werkgever voor de werklandrechter dagvaarden, óók als de werkgever in een niet EU-land woonplaats heeft. Bij de stilzwijgende forumkeuze door verschijning van de gedaagde consument, werknemer en verzekerde moet de rechter er zich voortaan van vergewissen dat deze zich realiseert dat niet-betwisting van bevoegdheid ertoe leidt dat hij daarmee afstand doet van de hem door de wet (verordening) toegekende rechter. Ad (2) Het toepassingsbereik van de regel die de keuze voor een EU-rechter geldig verklaart, wordt verruimd door het laten vallen van de eis dat één der partijen woonplaats in een EU-land moet hebben. Wat de materiële rechtsgeldigheid van de forumkeuzebeding betreft, is uitdrukkelijk bepaald dat daarvoor naar het recht van het land van de gekozen rechter (inclusief het *ipr*) gekeken moet worden. Ook nieuw is dat het beginsel van ‘separabiliteit’ uitdrukkelijk is vastgelegd. Het onder de oude EEX-Verordening gegroeide mis- en oneigenlijke gebruik van de starre litispendingeregel (eerst geadieerde rechter bepaalt bevoegdheid), wordt ingedamd als bij de later geadieerde EU-rechter sprake is van een forumkeuzebeding. In dat geval (en wanneer er geen sprake is van een verzekerings-, consumenten- of arbeidszaak) moeten voortaan andere EU-rechters de bij hen aanhangige zaak aanhouden totdat de gekozen rechter uitgemaakt heeft of hij al dan niet bevoegd is. Nieuw is verder de regeling voor eerder aanhangig gemaakte parallel- of verwante procedures in een niet-EU-land. De bevoegde rechter van het EU-land kan de bij hem aanhangige zaak aanhouden c.q. zich onbevoegd verklaren als de beslissing van het andere gerecht in het land van de rechter kan worden erkend c.q. geëxecuteerd en als aanhouding nodig is voor een goede rechtsbedeling (anders: HvJ EG *Owusu/Jackson* in 2005). Bij samenhangende zaken moet de rechter daarnaast ook inschatten of gevaar bestaat voor onverenigbare beslissingen. Ook hier geldt een uitzondering voor parallel lopende procedures over verzekerings-, consumenten- of arbeidsgeschillen. Die moet de EU-rechter zelf afdoen.

Nieuwe EEX-Verordening 1215/2012: erkenning en executie
 Voor erkenning van (het gezag van gewijsde van) EU-vonnissen was geen aparte procedure nodig en dat blijft zo. Voor executie was dat altijd wel vereist, maar dit is veranderd: een beschikking waarin de voorzieningenrechter het buitenlandse vonnis uitvoerbaar in Nederland verklaart

(*exequatur*) is niet langer noodzakelijk. Het EU-vonnis in combinatie met een certificaatformulier kan rechtstreeks ter hand gesteld worden aan de autoriteit die verantwoordelijk is voor de executie, in Nederland de gerechtsdeurwaarder. Bovendien legitimeert een uitvoerbare beslissing uit een EU-staat van rechtswege tot het treffen van bewarende maatregelen. In Nederland kan de deurwaarder dus zo nodig op basis van zo’n (vertaalde) beslissing en certificaat op een zaak conservatoir beslag leggen of in gerechtelijke bewaring stellen zonder dat verlof vereist is.

Als het gaat om een vonnis (rechterlijk bevel, beschikking) waarin zelfstandig een voorlopige en/of bewarende maatregel wordt getroffen of bevolen (bijvoorbeeld een kortgedingvonnis), dan valt die voortaan ook onder de EEX-regeling inzake erkenning en tenuitvoerlegging. Dat was al zo, maar er zijn twee nieuwe voorwaarden. In de eerste plaats moet de maatregel bevolen zijn door een rechter die ook ten aanzien van de bodemzaak bevoegd is. In de tweede plaats moet, als het gaat om een *ex parte* getroffen maatregel, de maatregel van tevoren (dus vóór de effectuering) aan de, niet-gehoorde, wederpartij betekend zijn.

Voor executie geldt een wachttijd van een maand als degene tegen wie de executie zich zal richten woonplaats in Nederland heeft en twee maanden als dat in een ander land is. Dit om tijd te geven om alsnog na te komen of om zich te bezinnen op rechtsmaatregelen. Dat kan in Nederland door een executiegeschil bij de rechtbank te beginnen. Daarin kunnen in één gecombineerde procedure (en dat is gelet op het arrest van het HvJ EU in de zaak *Prism / Van der Meer* nieuw) zowel de in de verordening genoemde weigeringsgronden voor erkenning worden aangevoerd of weren ontleend aan het Nederlandse recht zoals misbruik van executiebevoegdheid. Ook kan om aanpassing gevraagd worden als het gaat om een in het Nederlandse recht onbekende maatregel of bevel. Aan de in de verordening genoemde weigeringsgronden is er één toegevoegd: de niet inachtneming in het land van herkomst van de werknemersbeschermende bevoegdheidsregels. Hoger beroep en cassatie staan open net zoals vroeger tegen de uitvoerbaarverklaring mogelijk was. Buiten twijfel is gesteld dat ook beslissingen van het Benelux-Gerechthof onder het bereik van de regeling vallen, evenals executie op basis van een in een ander EU-land verleden authentieke akte of gerechtelijke schikking, niet alleen als deze tijdens een procedure voor een EU-gerecht is getroffen, maar ook als deze door een dergelijk gerecht is goedgekeurd.

Initiatief-wetsvoorstellen Van der Steur inzake mediation ingetrokken

Bij brief van 10 juni 2015 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer heeft het lid Van Oosten medegedeeld dat de behandeling van het initiatief-voorstel Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht na het vertrek van het lid Van der Steur uit de Kamer, door geen der leden van de fractie zal worden voortgezet, aangezien de regering heeft aangegeven zelf wetsvoorstellen inzake bevordering van mediation in te dienen. De voorstellen worden ingetrokken

(Kamerstukken II 2014/15, 33723, 14). Hetzelfde geldt voor de voorstellen 33722 (Wet registermediator) en 33727 (Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht).

Rechtspraak

Dwingende bewijskracht strafvonnis in civiele procedure omvat niet aanvaarding noodweer; mogelijkheid om verklaring voor recht inzake bestaan aansprakelijkheid te vorderen

In het arrest van 27 maart 2015 geeft de Hoge Raad een beslissing die in twee opzichten van belang is: (1) hoe de eis van voldoende belang uitpakt als een geschil opgesplitst voor de rechter gebracht wordt door enkel een verklaring voor recht inzake aansprakelijkheid te vorderen en (2) in hoeverre de civiele rechter nog vrij is in zijn waardering van het bewijs bij een eerder op tegenspraak gewezen vonnis van de strafrechter waarin deze de dader niet strafbaar heeft verklaard wegens noodweer.

Ad (1). Met betrekking tot de eerste vraag besliste de Hoge Raad dat, als een verklaring voor recht wordt gevorderd dat aansprakelijkheid bestaat voor schade, de rechter ervan uit dient te gaan dat eiser daarbij belang heeft als de mogelijkheid van schade aannemelijk is. Dat geldt volgens de Hoge Raad ook als eiser, zoals hier, niet tegelijkertijd ook een veroordeling tot schadevergoeding of een verwijzing naar de schadestaatprocedure vordert. In zo'n geval hoeft de rechter niet ambtshalve eiser niet-ontvankelijk te verklaren omdat bijzondere omstandigheden ontbreken. Zie over de problematiek van *De verklaring voor recht* het gelijknamige Tilburgse proefschrift van N.E. Groeneveld-Tijssens (Deventer: Wolters Kluwer 2015).

Ad (2). Met betrekking tot de tweede vraag besliste de Hoge Raad dat het oordeel van de strafrechter dat een beroep op noodweer slaagt, niet door artikel 161 Rv wordt bestreken omdat het geen deel uitmaakt van de bewezenverklaring, maar betrekking heeft op de strafbaarheid van verdachte. De vrijheid van de civiele rechter om het bewijs te waarderen blijft dus intact. Het hof mocht op basis van een eigen inschatting oordelen dat hier geen sprake was van een civiele rechtvaardigheidsgrond als bedoeld in artikel 6:162 lid 2 Rv, ook vond de strafrechter dat wel sprake was van een strafrechtelijke rechtvaardigingsgrond (HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760).

Vereenvoudiging en digitalisering procesrecht door Tweede Kamer aangenomen

Wetsvoorstel 34059 tot 'Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht' is op 26 mei 2015 door de Tweede Kamer aangenomen en op dit moment in behandeling bij de Eerste Kamer. De Eerste Kamercommissie voor Veiligheid en Justitie heeft op 15 juli 2015 het voorlopig verslag uitgebracht en wacht op de memorie van antwoord. Het wordt gezamenlijk behandeld met wetsvoorstel 34138 'Digitalisering procesrecht in hoger beroep en cassatie'.

Literatuur

Kort wordt hier de volgende literatuur gesignaleerd.

- Van het bekende handboek over de cassatierechtspraak, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 7. Cassatie in burgerlijke zaken*, is een nieuwe druk verschenen. Bewerker waren, net als in de twee eerdere drukken, E. Korthals Altes en H.A. Groen (Deventer: Wolters Kluwer 2015). Korthals Altes overleed op 19 februari 2015.
- M. Zilinsky geeft in het *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* een handzaam en leesbaar 'Overzicht herschikking EEX-Verordening (Brussel I) (TCR 2015, afl. 2, p. 13-17).
- Van de inmiddels verschenen commentaren op het nieuwe procesrecht noem ik: H.F.M. Hofhuis, 'Vernieuwing van het civiele proces', *Trema* 2015, afl. 1, p. 10-18; C.J.M. Klaassen, 'Kroniek van de civiele rechtspleging', *NJB* 2015/738, p. 1027-1036; A.I.M. van Mierlo & P.J.J. Vonk, 'Vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht; procederen in nieuwe jas na KEI', *WPNR* 2015/7065; K. Teuben & K.J.O. Jansen, 'Het Wetsvoorstel vereenvoudiging en digitalisering procesrecht: kanttekeningen vanuit de rechtspraktijk', *TCR* 2015, afl. 2, p. 3.
- G. de Groot schreef over *Getuigenbewijs in civiele zaken* (Deventer: Wolters Kluwer 2015).

BOUWRECHT

AAK20157852

Mw. mr. N. van Wijk-van Gilst

Wet- en regelgeving

- Omgevingswet: *Kamerstukken II* 2014/15, 33962, 14, 16, 23 en 24, brief, nader verslag, nota naar aanleiding van het nader verslag en tweede nota van wijziging;
- Bouwbesluit: *Kamerstukken II* 2014/15, 32757, 106 en 107, verslag schriftelijk overleg en brief minister;
- Publiek-private samenwerking, *Kamerstukken II* 2014/15, 28753, 36, verslag schriftelijk overleg.

Jurisprudentie

Raad van Arbitrage voor de Bouw 20 november 2014, no. 71.915 (Mate van keuzevrijheid in vraagspecificatie en het stellen van vragen), m.gastnt. E.W.J. van Dijk

Deze uitspraak gaat in op twee aspecten. Het eerste aspect gaat over de vraag wat het betekent wanneer in een vraagspecificatie de aannemer de ruimte wordt gegeven te optimaliseren, terwijl tegelijkertijd de opdrachtgever in de vraagspecificatie wel al bepaalde keuzes heeft gemaakt. Het tweede aspect gaat over het stellen van vragen bij inlichtingen en welke consequenties aan het antwoord op een vraag verbonden mogen worden. De inhoudelijke discussie richt zich op de vraag welke materialen verwerkt mogen worden in de te realiseren waterkeringen en in de op te hogen terp op basis van de vraagspecificatie en op basis van de in verband hiermee bij inlichtingen gestelde vraag.

Literatuur

- E.M.C.M. van Leijen, *Illegaal grondgebruik en ruimte*, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2015;
- M.A.B. Chao-Duivis, W.A.I. Suy & N.G. Meijerink, *De hybride vraag van de opdrachtgever. Een onderzoek naar flexibele verdeling van opdrachttaken en -aansprakelijkheid in de relatie opdrachtgever- opdrachtnemer*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2015;
- J.A.M.A. Sluysmans & J.J. van de Gouw, *Onteigeningsrecht*, Deventer: Kluwer 2015;
- Marcel Noordhuis, *De waarde van ketensamenwerking*, Breukelen: Nijenrode Business Universiteit 2015;
- F.H. de Bruijne & T.A. te Winkel, *Leidraad inbrengwaarde* (2e druk), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2015;
- E. Rentmeesters & W.J.E. van der Werf, *Zelfrealisatie bij onteigening in Vlaanderen en Nederland*, Den Haag, Instituut voor Bouwrecht 2015;
- E.J. van Baardewijk, *Het exploitatieplan. Inclusief de grondexploitatie-regeling bij uitnodigingsplanologie en in de Omgevingswet*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015;
- A.G. Bregman, A.Z.R. Koning & R.W.J.J. de Win, *Juridisch Handboek Gebiedsontwikkeling*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2015;
- J.H.G. van den Broek, 'Wetssystematiek Omgevingswet moet eenvoudig beter', *M en R* 2015/32;
- S. van Gulijk, 'Derdenwerking van exonerationbedingen: een analyse van recente rechtspraak en enige opmerkingen over de ontwikkeling van dit leerstuk vanuit het bouwcontractenrecht', *WPNR* 2015 (7057);
- Th. Peters, 'Gebiedsaanwijzingen en gebiedsregelingen als basis voor een nieuwe Omgevingswet', *TBR* 2015/50;
- M.Y. Schaub, 'Aandacht voor overgangsrecht. De betekenis van art. 6:230c BW voor overeenkomsten die voor 28 december 2009 zijn gesloten', *TBR* 2015/52;
- V.H.M. van Os, 'Schade voor opdrachtgevers door vertraging: over de kortingsregeling in de UAV 2012 (1989)', *TBR* 2015/72;
- B. van Zelst, 'Contracteren met arbiters. Aandachtspunten bij de rechtsrelatie tussen arbiters en procespartijen', *Contracteren* 2014, afl. 4, p. 96-103;
- J.H.M. Spanjaard, 'Arbitrage en algemene voorwaarden: the twain shall meet?', *Contracteren* 2014, afl. 4, p. 111-118;
- Omgevingsrecht: *Themanummer Omgevingswet*, met bijdragen van T. Smolders, M.N. Boeve, F.A.G. Groot-huijse, H.A.J. Gierveld, M.C. Stoové, G.A. Biezeveld, G.A. van der Veen, E.M.N. Noordover, A. Drahman & J.H. Geerdink;
- J.H.G. van den Broek, 'Funambulisme in de Omgevingswet. Flexibiliteit en kenbaarheid', *TBR* 2015/96;
- S. van den Boogaart & L.F. Dröge, 'Back-to-back contracteren bij DBFM(O)-projecten. Aandachtspunten, risico's en valkuilen bij het back-to-back doorleggen van rechten en verplichtingen', *TBR* 2015/97;
- A. de Waard, 'De ladder voor duurzame verstedelijking: een klim naar verbetering?', *M en R* 2015/65;
- C.G.J.M. Termaat, 'Uniformiteit in termijnen? Sneller en beter?', *TO april* 2015, p. 3.

CONSUMENTENRECHT

📁 AAK20157853

Ewoud Hondius

1 De aard van het Europees privaatrecht

Op 19 juni jl. hield Vanessa Mak haar inaugurele rede aan de Universiteit van Tilburg over *The character of European private law*. Een belangrijk deel van de rede ziet op consumenten(contracten)recht. Dat heeft te maken met tegenstrijdigheden van regelgeving op nationaal en Europees niveau. Mak ziet drie oplossingen: vragen van meergelaagde regelgeving kunnen het best worden benaderd door een 'legal pluralist lens'; privaatrecht is gebaseerd op doctrine en dat moet ook zo blijven; en er is meer empirisch onderzoek nodig. (Vanessa Mak, *The character of European private law* (oratie Tilburg, 2015), 40 p.)

2 Pakketreizen worden gerenoveerd

Wie tegenwoordig voor haar jaarclub of studievereniging een tweeweekse reis naar Vietnam boekt, gaat daarvoor niet naar het reiswinkeltje op de hoek. Surfen op het net levert meer informatie op. Ook de touroperator heeft er baat bij, want die kan met bijkomende aanbiedingen – extra beenruimte, huur van een bromfiets, reisverzekering – de reissom (soms flink) verhogen. De regelgeving behoeft wel aanpassing aan de nieuwe omstandigheden. De Europese Commissie is daarom met een concept-richtlijn gekomen die de oude richtlijn pakketreizen moet vervangen. Op 28 mei 2015 heeft de Raad van de Europese Unie hiermee ingestemd, ondanks de tegenstem van onder andere Nederland. Minister Kamp meent dat de richtlijn te ver doorschiet in regulering en dat ondernemers daarvoor te zwaar worden belast.

De nieuwe richtlijn voorziet in een actualisering in het bijzonder op het digitale vlak. Voorts breidt zij de bescherming bij klassieke pakketreizen uit tot combinaties met afzonderlijke reisdiensten. Verwacht wordt dat de tekst eind 2015 in het Publicatieblad zal verschijnen en dertig maanden nadien in werking zal treden. (Voorstel van de Raad (Concurrentievermogen) van 28 en 29 mei 2015, *CONSOM 82 MI 319 Tour 7 Justciv 119 Codec 732*.)

3 Gemeenschappelijk kooprecht: terug van weggeweest?

Het was eurocommissaris Frans Timmermans in eigen persoon, die het voorstel voor een gemeenschappelijk Europees kooprecht eind vorig jaar in de ijskast deponeerde. Delen van het voorstel lijken thans in het kader van de aanpak van de digitale markt weer ontdooid te worden. Zojuist is de publieke consultatie afgesloten over 'contract rules for online purchases of digital content and tangible goods'. De consultatie sluit aan op het beleidsdocument *EU Digital Single Market Strategy* van 6 mei 2015 (http://ec.europa.eu/justice/newsroom/contract/opinion/150609_en.htm).

4 *Froukje Faber / Autobedrijf Hazet Ochten BV*

Op 27 mei 2008 koopt Froukje Faber bij Autobedrijf Hazet Ochten een tweedehands auto. Op 26 september van dat jaar brandt de auto tijdens een rit volledig uit. In de hieruit resulterende procedure stelt het Hof Arnhem-Leeuwarden prejudiciële vragen aan het Europese Hof. Dat antwoordt bevestigend op de vraag of de nationale rechter verplicht is ambtshalve te onderzoeken of Faber *in casu* als consument in de zin van de Richtlijn consumentenkoop moet worden aangemerkt. Op grond van de richtlijn kan een lidstaat bepalen dat de koper de verkoper binnen twee maanden van de non-conformiteit op de hoogte moet stellen. Causaal verband hoeft hij in dat stadium echter niet te bewijzen. Het hof preciseert voorts de omkering van de bewijslast binnen zes maanden vanaf de aflevering. (Hof van Justitie 4 juni 2015, C-497/13 in de zaak *Froukje Faber / Autobedrijf Hazet Ochten BV*.)

5 Consumentenrecht speerpunt van Hoge Raad

In april 2015 verscheen het *Jaarverslag 2014* van de Hoge Raad. De raad geeft daarin niet alleen aan wat er het afgelopen jaar zoal aan de Kazernestraat is geschied (de benoeming van een nieuwe president, de start van de bouw van een nieuw onderkomen, een jubileum van Hoge Raad en wetenschappelijk bureau), maar ook welke beleidsveranderingen zijn ingezet. Een belangrijke beleidslijn is dat de raad 'binnen niet al te lange termijn op gezaghebbende en begrijpelijke wijze antwoorden formuleert op rechtsvragen die in de praktijk leven, vragen waarop de rechtspraak en de samenleving een antwoord wensen'. Tot die vragen behoort ook een kwestie uit het consumentenrecht. Dat blijkt uit het voorbeeld – een van vijf civiele arresten – dat de raad vermeldt: de eerder in KwartaalSignaal vermelde uitspraak over de 'gratis' mobiele telefoon, die blijkens arrest ECLI:NL:HR:2014:1385 onder de koop op afbetaling en het consumentenkrediet valt. (Hoge Raad der Nederlanden, *Verslag over 2014*, Den Haag 2015, 125 p.)

6 Geschillencommissie algemeen van start

Behalve de Hoge Raad kwamen ook de Stichting geschillencommissies consumentenkachten (SGC) – hieronder – en het Klachteninstituut financiële dienstverlening (Kifid) – volgende keer – met een jaarverslag. In het verslag van de SGC valt te lezen dat daar per 1 juli 2015 een *geschillencommissie algemeen* van start is gegaan. Hiermee wordt uitvoering gegeven aan de Europese ADR-richtlijn.

Terwijl het aantal commissies nog steeds stijgt, nemen de klachten – licht – af. In 2014 werden aan de SGC 4750 nieuwe klachten voorgelegd tegenover 5000 in 2013. De gemiddelde behandelingsduur bedroeg in 2014 2,9 maanden. Zoals gebruikelijk vermeldt het Jaarverslag van iedere geschillencommissie één of meer uitspraken. Hieronder volgen drie voorbeelden. (De Geschillencommissie, *Jaarverslag 2014 consumentenzaken*, Den Haag 2015, 204 p.)

7 Trouwkostuum tweemaal gedragen

Huwelijken worden in Nederland steeds minder gesloten, maar als er dan getrouwd wordt hoort daar vaak mooie kleding bij. Daar kan wel iets mee mis gaan, vandaar dat er een speciale Geschillencommissie bruidsmode en maatwerk is. Het trouwkostuum dat een consument voor € 1000 heeft gekocht past goed en hij is er tevreden mee. Maar op de trouwdag breekt het lijfje van de ritssluiting en kerft de achternaad van de broek. De ondernemer vervangt na het huwelijk de ritssluiting en repareert de achternaad, maar als de consument het pak – wederom bij een huwelijk? – voor de tweede keer draagt scheurt de ritssluiting volledig uit en kerft de achternaad weer. Hij vraagt de ondernemer weer de broek te repareren, maar die laat weten dat dit niet kan. Daarop vraagt de consument de ondernemer restitutie van het aankoopbedrag. Hij meent dat mag worden verwacht dat het kostuum langer meegaat.

Voor ontbinding van de overeenkomst en restitutie van het volledige aankoopbedrag ziet de Geschillencommissie geen aanleiding omdat de consument het kostuum op de trouwdag zonder direct voor derden zichtbare gebreken heeft kunnen dragen. Wel is er reden voor een hogere vergoeding dan het uiteindelijke aanbod van de ondernemer omdat de consument het pak niet meer kan dragen en dat wel mocht verwachten. Voorts moet in beginsel een gegronde klacht in een geldelijke vergoeding worden vertaald. Met een waardebon of korting wordt op onjuiste wijze aan klantenbinding gedaan. De commissie stelt de vergoeding vast op € 600. (Geschillencommissie bruidsmode en maatwerk, *Jaarverslag 2014 consumentenzaken*, p. 36.)

8 De gescheurde tablet: geen omkering van de bewijslast

Een consument ziet vier maanden na de aankoop een scheurtje in de tablet die hij voor € 299 heeft gekocht. Volgens hem is de scheur waardoor het scherm het niet meer doet zonder zijn toedoen spontaan ontstaan. De consument gaat er daarom van uit dat de oorzaak vóór de aankoop is ontstaan. Bovendien is dat binnen de termijn van het wettelijk vermoeden gebeurd zodat de ondernemer moet aantonen dat de oorzaak van het scheurtje aan de consument te wijten is. Er is geen sprake van val- of stoetschade of andere schade. Het kan niet anders dan dat de tablet een gebrek heeft en technisch niet in orde is. De consument wil daarom, ook omdat er steeds meer scheuren komen, ontbinding van de koopovereenkomst.

De ondernemer verwijst naar het oordeel van de fabrikant dat de schade niet spontaan ontstaan kan zijn. Volgens hem is er sprake van gebruikersschade. Deze schade is uitdrukkelijk van garantie uitgesloten. Ook de door de commissie ingeschakelde deskundige heeft geconstateerd dat de schade door invloed van buitenaf is ontstaan. Technisch is de tablet in orde. Het vervangen van de LCD module kost € 150.

De commissie meent eveneens dat een breuk in het scherm niet uit zichzelf kan ontstaan. Van een technisch dan wel ander defect aan het apparaat is niets gebleken.

Er is sprake geweest van druk van buitenaf waardoor de schade van buiten naar binnen is ontstaan, iets waartegen de consument ook geen enkel bewijs heeft ingebracht. De consument komt geen beroep toe op het bewijsvermoeden bij consumentenkoop dat wordt vermoed dat de zaak bij aflevering niet aan de overeenkomst heeft beantwoord indien de afwijking zich binnen een termijn van zes maanden na aflevering openbaart omdat de aard van de afwijking (in dit geval een breuk in het scherm) zich daartegen verzet. In deze zaak is de aard van de afwijking een van buiten komend onheil zodat het wettelijk vermoeden in deze zaak niet opgaat. De ondernemer hoeft de tablet niet onder garantie kosteloos te laten repareren dan wel te vervangen of tot ontbinding van de overeenkomst over te gaan. De klacht is ongegrond. Scheur in tablet niet vanzelf ontstaan In tegenstelling tot de consument vinden de fabrikant, de ondernemer, een deskundige en de commissie dat een scheur in een tablet niet vanzelf kan ontstaan. De ondernemer hoeft de tablet niet onder garantie te repareren of te vervangen, dan wel de overeenkomst te ontbinden. (Geschillencommissie elektro, *Jaarverslag 2014 consumentenzaken*, p. 50).

9 Ivo's kanariepiet (vervolg)

Met de twee volwassen pijlgifkikkers die een consument voor € 370 heeft gekocht gaat het niet goed. Hij heeft ze op de juiste manier vervoerd en gehuisvest, maar vanaf de eerste dag zijn ze ongewoon schuw. Ze eten slecht en het mannetje laat zich niet horen. Uiteindelijk liggen ze dood in het terrarium. De consument laat een deskundige ernaar kijken. Die ziet erg veel slijm op de huid. Het mannetje zou een trauma aan de rechterachterpoot gehad kunnen hebben. Alle andere kikkers verkeren in uitstekende staat. Ze zitten in dezelfde ruimte en krijgen hetzelfde voedsel en sproeiwater. Met foto's van de dode kikkers gaat de consument terug naar de ondernemer maar dat bezoek heeft geen resultaat. De consument stuurt een e-mail en daarop laat de ondernemer hem weten dat hij irritant is en dat hij maar ergens anders dieren moet kopen.

De consument meent dat hij recht heeft op kosteloze vervanging dan wel vergoeding van de koopsom omdat de kikkers binnen zes maanden na aankoop zijn overleden en er daarom van uit mag worden gegaan dat ze al ten tijde van de aankoop ziek waren. De consument stelt volgens de ondernemer ten onrechte dat hij zes maanden garantie op de aankoop heeft. Dieren zijn geen zaken maar levende wezens met een eigen intrinsieke waarde. Ze kunnen ziek worden en dat valt onder het risico van de eigenaar. Het is onredelijk dit zonder meer tot de verantwoordelijkheid van de verkoper te rekenen. Garantie op gezondheid is eenvoudigweg niet te geven en bij ziekte zal non-conformiteit dan ook niet snel aangenomen mogen worden. Volgens de ondernemer mag niet zomaar worden aangenomen dat als een gebrek zich binnen zes maanden openbaart dit onder enige vorm van garantie zou moeten vallen.

Bovendien was de vermoedelijke doodsoorzaak niet meer te achterhalen omdat de dieren al te lang dood waren. Voor de ondernemer staat het vast dat de kikkers bij hem

gezond de deur zijn uitgegaan. Het mannetje had geen verdikte poot. Als de consument kritisch naar de kikkers had gekeken en scherp had opgelet had hij veel eerder de symptomen kunnen ontdekken en actie kunnen ondernemen. Omdat hij dat niet heeft gedaan is hij zelf verantwoordelijk voor de dood van de kikkers. Los van de discussie over het bewijsvermoeden bij de aankoop constateert de commissie dat de doodsoorzaak van de kikkers niet vaststaat. Beide partijen kan een verwijt worden gemaakt. De ondernemer had de consument over de verzorging van de dieren moeten informeren. Ze moeten zeker vier weken in quarantaine worden gehouden en eventueel ander voedsel krijgen. De ondernemer is er volgens de commissie te makkelijk vanuit gegaan dat de consument precies wist hoe hij met de dieren om moest gaan en waar hij op moest letten. Bovendien zijn de kikkers vrij snel na de aankoop overleden zodat niet geheel kan worden uitgesloten dat zij al bij de aankoop iets mankeerden. Daar staat tegenover dat de consument de ondernemer niet direct van het afwijkende gedrag van de kikkers op de hoogte heeft gesteld en ze eventueel te kort in quarantaine heeft gehouden. Als hij eerder aan de bel had getrokken had er nog wat aan gedaan kunnen worden en had ook de oorzaak vastgesteld kunnen worden. Omdat zowel de consument als de ondernemer een verwijt kan worden gemaakt verdeelt de commissie de schadevergoeding. Dat betekent dat de ondernemer een bedrag van € 185 aan de consument moet betalen. (Geschillencommissie gezelschapsdieren, *Jaarverslag 2014 consumentenzaken*, p. 68.)

10 Canadese sigarettenfabrikanten voor \$ 15,5 miljard het schip in

We hebben het in de krant kunnen lezen. Op 2 juni 2014 heeft een Canadese rechter drie sigarettenfabrikanten veroordeeld om aan ruim één miljoen inwoners van Quebec een schadevergoeding van 15,5 miljard Canadese dollars (= ca. € 11,3 miljard) te betalen. De veroordeling volgt op een juridische strijd van ruim zeventien jaar. Twee fabrikanten gaan in beroep. Ondanks dit beroep zullen zij meteen CAN \$ 1 miljoen moeten betalen, zo blijkt uit het 261 pagina's tellende vonnis van rechter Riordan. Bij deze uitspraak worden de drie fabrikanten veroordeeld om de rokers genoemd bedrag bij wege van smartengeld en *punitive damages* te betalen. De schadevergoeding is verschuldigd op voorwaarde dat eisers 'started to smoke before September 1994 and since that date have smoked principally cigarettes manufactured by the defendants; between September 1 and September 30, 1998, they smoked on a daily basis an average of at least 15 cigarettes manufactured by the defendants; and on February 21, 2005, or until their death if it occurred before that date, they were still smoking on a daily basis an average of at least 15 cigarettes manufactured by the defendants'.

Sympathiek is aan het slot de dankbetuiging van de rechter: 'Finally, the Court wishes to thank those lawyers whose professionalism, coupled with their sense of practicality an cooperation, made it possible ultimately to com-

plete this journey in spite of many obstacles cluttering its path' [1206]. (Cour Supérieure du Québec 1 juni 2015, te downloaden op <http://citoyens.socij.qc.ca/php/decision.php?ID=5C56225E67C1EF7C8C5398D9A9A5361B>).

11 Uber in – of uit – Europa

Het is een interessant concept: niet langer is het een ondernemer die goederen of diensten aanbiedt, maar een particulier. Een ondernemer brengt deze in contact met een consument, die bijvoorbeeld op zoek is naar een goedkope taxi. Overal in Europa zijn deze bemiddelingsdiensten ontstaan, maar niet overal wordt er op dezelfde wijze over gedacht. In het eerste nummer van 2015 van het *Journal of European Consumer and Market Law* treffen we een overzicht aan. Besproken worden het recht van Duitsland, Hongarije, Italië, Polen, Portugal en Spanje. Frankrijk, het land waar Uber de laatste tijd voor de meeste problemen heeft gezorgd – en waaruit het zich op 3 juli heeft teruggetrokken – ontbreekt in deze rij. (Rupprecht Podszun et al., 'UBER – A pan-European regulatory challenge', *EuCML* 2015, p. 59-68.)

12 Borstimplantaten

Veel vrouwen in Europa zijn het slachtoffer geworden van malafide praktijken van de Franse producent van siliconen borstimplantaten *Poly Implant Prothèse*, aldus Paul Verbruggen en Barend van Leeuwen in een hoofdartikel in *TvC*. Zij ondervinden problemen bij het verhalen van hun schade. Dit levert in de ogen van de auteurs een belangrijk argument op voor het instellen van sterkere controleverplichtingen ten aanzien van de kwaliteit en risico's van medische hulpzaken voordat deze tot de Europese markt worden toegelaten. (P.W.J. Verbruggen & B.J. van Leeuwen, 'Europese regelgeving inzake medische hulpmiddelen/Het PIP-schandaal, de "Nieuwe Aanpak" en consumentenbescherming', *TvC* 2015, p. 111-120.)

EUROPEES PRIVAATRECHT

AAK20157856

Jacobien W. Rutgers

Literatuur over oneerlijke handelspraktijken en oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten

De eerste uitspraken die het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie) heeft gewezen met betrekking tot Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken dateren uit 2009. Stuyck beschouwt in een artikel de jurisprudentie van het Hof van Justitie met betrekking tot deze richtlijn van 2009 tot en met 2014. Hij bespreekt onder meer het toepassingsgebied van de richtlijn en welke consument beschermd wordt door de richtlijn. Kritisch is Stuyck onder andere over het arrest *CHS Tour Services* (zaak C-435/11, *CHS Tour*

Services, 3 oktober 2013, ECLI:EU:C:2013:634), waar het Hof overweegt dat bij een misleidende handelspraktijk (art. 6:193c e.v. BW) – een subcategorie van de oneerlijke handelspraktijk – de handelaar niet het verweer kan voeren dat hij heeft gehandeld overeenkomstig de vereisten van professionele toewijding (art. 6:193b lid 2 sub a BW). In *CHS Tour Services* ontstond de misleiding van de consument door wanprestatie van een professionele contractspartij van de handelaar. In dit geval had de handelaar alles gedaan wat in zijn macht lag, om misleiding te voorkomen. Stuyck betoogt dat als het Hof van Justitie de regels met betrekking tot de misleidende handelspraktijk in een historische en algemene context had geplaatst, het Hof waarschijnlijk tot een andere conclusie was gekomen. Bij oneerlijke handelspraktijken in de Scandinavische landen, die de inspiratiebron waren voor deze richtlijn, was de handelaar slechts aansprakelijk voor misleidende informatie als de handelaar zich bewust was van de onjuiste informatie of had moeten zijn. (J. Stuyck, 'The Court of Justice and Unfair Commercial Practices Directive', *Common Market Law Review* 52(2015) 721-752).

In de *European Review of Private Law* bespreekt Loos het transparantiebeginsel zoals dat voortvloeit uit Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: Richtlijn 93/13). Dit beginsel is neergelegd in artikel 5 van Richtlijn 93/13 en beoogt dat de consument die algemene voorwaarden leest, zijn juridische positie kan bepalen zonder juridisch advies in te winnen. Dit betekent onder meer dat (i) de handelaar de consument de gelegenheid moet geven om kennis te nemen van deze voorwaarden en (ii) dat de consument die overgaat tot het lezen van deze algemene voorwaarden, deze moet kunnen begrijpen. Dit roept tal van vragen op: is het de gemiddelde consument die de algemene voorwaarden moet kunnen begrijpen? moeten de algemene voorwaarden daadwerkelijk ter hand worden gesteld of is het voldoende dat de consument kennis kan nemen van de algemene voorwaarden? Loos bespreekt deze en andere vragen in het licht van drie arresten van het Hof van Justitie, te weten *Invitel* (zaak C-472/10, *Invitel*, 26 april 2012, ECLI:EU:C:2012:242), *RWE* (zaak C-92/11, *RWE*, 21 maart 2013, ECLI:EU:C:2013:180) en *Kásler* (zaak C-26/13, *Kásler*, 30 april 2014, ECLI:EU:C:2014:282) en komt tot de conclusie dat een voorwaarde in strijd met het transparantiebeginsel, hoogstwaarschijnlijk ook oneerlijk zal zijn in de zin van Richtlijn 93/13. (M.B.M. Loos, 'Transparency of Standard Terms under the Unfair Contract Terms Directive and the Proposal for a Common European Sales Law', *ERPL* 2015, p. 179-194.) Zie verder over het transparantiebeginsel: Hof van Justitie in zaak C-96/14, *Jean-Claude Van Hove v. CNP Assurances SA*, 23 april 2015, ECLI:EU:C:2015:262.

Jurisprudentie

Op 4 juni 2015 heeft het Hof van Justitie arrest gewezen in de zaak *Faber/Autobedrijf Hazet Ochten B.V.* (zaak C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357) in antwoord op prejudi-

ciële vragen van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden over de uitleg van Richtlijn 1999/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen (hierna Richtlijn 1999/44). De zaak betrof een koopovereenkomst betreffende een tweedehands auto. Faber had de auto gekocht voor € 7002 bij autobedrijf Hazet op 27 mei 2008. In september 2008 ging zij op weg voor een zakelijke afspraak toen de auto tijdens de rit in de brand vloog en volledig uitbrandde. Na de brand is de auto naar het autobedrijf gebracht dat de auto heeft laten vervoeren naar een demontagebedrijf om het wrak te laten bewaren. Begin 2009 heeft het autobedrijf contact opgenomen met Faber. Op 8 mei 2009 heeft het demontagebedrijf de uitgebrande auto gedemonteerd, nadat het autobedrijf daarvan in kennis was gesteld. Drie dagen later heeft Faber het autobedrijf aansprakelijk gesteld voor de door haar geleden schade ter waarde van € 10.828,55. In het najaar van 2010 heeft Faber Hazet voor de Rechtbank Arnhem gedagvaard en schadevergoeding gevorderd wegens wanprestatie, omdat het autobedrijf een non-conform product had geleverd in de zin van artikel 7:17 BW. Het autobedrijf beriep zich erop dat Faber niet tijdig had geklaagd (art. 7:23 lid 1 BW) en daarmee haar rechten had verspeeld. De rechtbank honoreerde het verweer van het autobedrijf en wees de vordering van Faber af. Verder kon in het midden blijven of Faber als consument had gehandeld. In het door Faber ingestelde hoger beroep heeft het gerechtshof prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie. In eerste instantie noch in hoger beroep is gesteld dat Faber als consument heeft gehandeld. Dit is van belang, omdat de dwingende regels betreffende consumentenkoop alleen van toepassing zijn als de koper een consument is. Het gerechtshof heeft onder andere gevraagd of het ambtshalve moet vaststellen of Faber een consument is. Het Hof van Justitie overweegt dat een rechter bij wie een zaak aanhangig is die binnen de werkingssfeer van Richtlijn 1999/44 kan vallen, ambtshalve moet nagaan of de koper een consument is als de rechter over voldoende gegevens beschikt of makkelijk op grond van zijn interne procesrecht daarom kan verzoeken. Een andere vraag betreft het bewijs betreffende de non-conformiteit. Het is aan de consument om te bewijzen dat sprake is van non-conformiteit en dat hiervan sprake was bij de aflevering van de zaak. Als de non-conformiteit zich echter openbaart binnen zes maanden na levering, dan wordt de non-conformiteit vermoed aanwezig te zijn geweest op het moment van aflevering (art. 5 lid 3 Richtlijn 1999/44). Het Hof van Justitie overweegt dat deze regel vergelijkbaar is met een regel van openbare orde van intern recht van een lidstaat. Als een rechter dergelijke regels van openbare orde ambtshalve moet toepassen, moet hij ook artikel 5 lid 3 Richtlijn 1999/44 ambtshalve toepassen. In dit verband is het niet aan de consument om de oorzaak van de non-conformiteit om te bewijzen noch dat het gebrek te wijten is aan de verkoper. Uit deze uitspraak kan de conclusie worden getrokken dat de regels in het BW die de omzetting betreffen van Richtlijn 1999/44 ambtshalve moeten worden toegepast.

GEZONDHEIDSRECHT

AAK20157857

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

Wetgeving

De Politiewet 2012 is gewijzigd met betrekking tot het onderzoek in het lichaam (*Stb.* 2015, 142). Daarmee komt de beslissing over dergelijk onderzoek, voor iemand die in een politiecel wordt of is opgenomen, in handen van de officier van justitie (en die beslissing is daarmee uit handen van de politieorganisatie zelf).

De Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen is aangepast teneinde de meldingsplicht voor zogenoemde ‘ernstige ongewenste ongevallen’ uit te breiden (*Stb.* 2015, 240). De regeling voor geneesmiddelenonderzoek gaat hierdoor ook gelden voor ander medisch-wetenschappelijk onderzoek. Aanleiding voor de wetswijziging was de Utrechtse Propatria-studie. In deze (niet-geneesmiddelen)studie werd onderzocht of patiënten met een ernstige alveesklierontsteking baat zouden kunnen hebben bij toediening van een probioticamengsel. Uiteindelijk bleek dat in de groep die het middel had gekregen, aanzienlijk meer proefpersonen waren overleden dan in de controlegroep, die het middel niet had gekregen. De vraag rees of de studie niet tot minder doden zou hebben geleid als de sterfgevallen als ‘ernstige ongewenste ongevallen’ direct waren gemeld.

Kamerstukken

Op 31 maart 2015 heeft de staatssecretaris van VWS aan de Tweede Kamer laten weten dat door zal worden gegaan met afzonderlijke wetgeving voor de psychiatrie respectievelijk de zorg voor mensen met een verstandelijke beperking en psychogeriatric (*Kamerstukken II* 2014/15, 25424, 270). Er wordt dus niet gekozen voor één wet voor alle gedwongen zorg. Wel zal de aansluiting van beide wetsvoorstellen op elkaar worden verbeterd en, na inwerking-treding, tot een snelle evaluatie worden overgegaan.

Op 15 mei 2015 is bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ingediend om een aantal taken van het Zorginstituut Nederland (ZN) over te hevelen naar het CAK (*Kamerstukken II* 2014/15, 34203, 1-4). Het gaat daarbij om de taken die betrekking hebben op verzekeringsplichtige onverzekerden, wanbetalers, gemoedsbezwaarden, missionarissen en verdragsgerechtigden. Deze onderdelen passen niet goed meer in het takenpakket van het ZN dat primair is gericht op het verbeteren van de kwaliteit van de gezondheidszorg.

Op 19 juni 2015 is bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ingediend tot wijziging van artikel 13a Zorgverzekeringswet (*Zvw*; *Kamerstukken II* 2014/15, 34233, 1-4). Beoogd wordt het persoonsgebonden budget (voor wijkverpleging) wettelijk te verankeren in de Zorgverzekeringswet (*Zvw*-pgb). Bij AMvB kunnen regels worden gesteld ten aanzien van de voorwaarden waaronder de verzekerde in aanmerking komt voor het *Zvw*-pgb. Ook zullen regels

kunnen worden gegeven voor de hoogte van de vergoeding van de met een Zvw-pgb vergoede zorg. Het wetsvoorstel is nodig geworden door de verwerving door de Eerste Kamer van wetsvoorstel 33362 eind vorig jaar, waardoor het kabinet bijna viel.

Eveneens op 19 juni 2015 is bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel tot wijziging van de Tabakswet ingediend, ter implementatie van Richtlijn 2014/40/EU, inzake de productie, de presentatie en de verkoop van tabaks- en aanverwante producten (*Kamerstukken II* 2014/15, 34234, 1-4). De Tabaksproductenrichtlijn wil de interne markt voor tabaksproducten beter doen functioneren, uitgaande van een hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid, met name voor jongeren. Voorts wordt beoogd te voldoen aan de EU-verplichtingen die voortvloeien uit het WHO-Kaderverdrag inzake tabaksonthouding (het FCTC-verdrag). De richtlijn moet uiterlijk op 20 mei 2016 in nationaal recht zijn omgezet. Zie over de richtlijn R.A. Fröger & K. de Weers, 'Herziening Tabaksrichtlijn, Over de nieuwe Tabaksrichtlijn en de implicaties voor de Nederlandse rechtsorde', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2014, afl. 6, p. 179-188.

Beleid

Over obducties en gerechtelijke sectie gaat de brief van de minister van Veiligheid en Justitie van 31 maart 2015 (*Kamerstukken II* 2014/15, 33628, 8). De minister ziet geen reden om te veronderstellen dat het Nederlandse systeem, waar minder obducties en gerechtelijke secties worden verricht dan in andere landen, zou leiden tot het missen van strafbare feiten.

Op 15 juni 2015 heeft de Raad voor strafrechtstoepassing en Jeugdbeleid het advies 'Prenatale kindbescherming en de rol van de overheid' uitgebracht (www.rsj.nl). Volgens de raad is het gedrag van de zwangere vrouw soms (zeer) schadelijk voor het nog niet geboren kind. De oorzaken hiervan lopen uiteen van onwetendheid en onbegrip tot psychische problematiek, verslaving en huiselijk geweld. De Raad signaleert dat professionals vaak niets doen gedurende de eerste 24 weken van de zwangerschap, terwijl risicovol gedrag of slechte omstandigheden juist in deze fase zeer schadelijk kunnen zijn. De Raad vindt dan ook dat hulpverlening, en indien nodig gedwongen maatregelen, eerder moeten worden toegepast. De Raad bepleit verder dat ondertoezichtstelling van het ongeborn kind een aparte wettelijke grondslag moet krijgen.

Naar aanleiding van de gebeurtenissen in Tuitjenhorn hebben de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) en het Openbaar Ministerie (OM) op 30 juni 2015 het 'Samenwerkingsprotocol gezondheidszorg 2015' uitgebracht (www.rijksoverheid.nl/documenten/richtlijnen/2015/06/30/samenwerkingsprotocol-gezondheidszorg-2015). Het betreft een aanscherping van het Samenwerkingsprotocol 2009 en het bijbehorende informatieprotocol 2009. Uitgangspunt is dat de IGZ vanuit haar verantwoordelijkheid voor de patiëntveiligheid en het OM vanuit diens verantwoor-

delijkheid voor de opsporing en vervolging van strafbare feiten met elkaar samenwerken door tijdige wederzijdse informatieverstrekking, door afstemming van de inzet van handhavingsmiddelen en door afstemming over de communicatie over lopende onderzoeken. In het bijzonder zijn afspraken gemaakt over afstemming in geval van seksueel grensoverschrijdend gedrag van zorgverleners, gegevensverstrekking in geval van veroordeling van zorgverleners voor ernstige zeden- of levensdelicten begaan in de privé-sfeer, onderlinge verstrekking van (medische) gegevens en de wijze van afstemming in de verschillende fasen van een onderzoek. Binnen een jaar zal het protocol worden geëvalueerd.

De Gezondheidsraad heeft een rapport gepubliceerd over het vaststellen van de dood bij postmortale orgaandonatie (publicatienr. 2015/13, www.gezondheidsraad.nl/sites/default/files/201513_vaststellen_dood_bij_postmortale_orgaandonatie_0.pdf).

Rechtspraak

Europese Hof voor de Rechten van de Mens

De Grote Kamer van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft op 5 juni 2015 uitspraak gedaan in de zaak *Lambert e.a. tegen Frankrijk* (no. 46043/14). Na een verkeersongeluk in 2008 verkeerde Lambert als gevolg van een ernstig hoofdletsel in een chronisch vegetatieve toestand. Na het doorlopen van de consultatieprocedure die de Franse wet op dit punt voorschrijft (de Leonetti-wet), besloot de behandelend arts de kunstmatige toediening van voeding en vocht te beëindigen. Tegen die beslissing spande een aantal familieleden van Lambert (zijn ouders, zus en halfbroer) een juridische procedure aan die uiteindelijk leidde tot een beslissing van het *Conseil d'État*. De Raad achtte de beslissing van de behandelend arts rechtmatig.

Bij het EHRM betoogden de familieleden dat Frankrijk aldus in strijd handelde met artikel 2 EVRM (recht op leven). Tevergeefs, want met 12 stemmen voor en 5 stemmen tegen kwam het Hof tot de conclusie dat artikel 2 EVRM niet geschonden was. Het Hof onderzocht met name de vraag of Frankrijk had voldaan aan de positieve verplichtingen die uit artikel 2 EVRM voortvloeien. Uitgangspunt daarbij was dat de verdragspartijen een ruime *margin of appreciation* toekomt, zowel ten aanzien van de vraag of een kunstmatige levensverlengende behandeling mag worden beëindigd en zo ja, onder welke voorwaarden, als wat betreft de daarbij te volgen procedure. Volgens het Hof verschaft de Leonetti-wet, zoals uitgelegd door de *Conseil d'État*, een in het licht van artikel 2 EVRM voldoende duidelijk beslissingskader. Dat de klagers het niet eens waren met de uitkomst van de besluitvormingsprocedure doet daar niet aan af. De inrichting van het – volgens het Hof in dit geval lange en zeer zorgvuldige – besluitvormingsproces valt binnen de *margin of appreciation* van de verdragspartijen. Ook benadrukte het Hof dat de wil van de patiënt in een geval

als dit centraal behoort te staan, ook als de betrokkene niet meer in staat is om zijn wil kenbaar te maken. In zo'n geval moet worden nagegaan wat de betrokkene in een dergelijke situatie zou hebben gewild. In casu had Lambert geen levenstestament gemaakt, maar hij had wel veelvuldig tegen zijn vrouw (net als hij een verpleegkundige) gezegd dat hij niet kunstmatig in leven zou willen worden gehouden.

Hof van Justitie van de EU

Over de vraag in hoeverre mannen die seks hebben gehad met andere mannen (MSM), van het geven van bloed mogen worden uitgesloten, ging het arrest van het Hof van Justitie van de EU van 29 april 2015, zaak C-528/13 (*Legér*). De Franse rechter had hierover een prejudiciële vraag gesteld. De veiligheid van bloed en bloedproducten is van groot belang. Voorkomen moet worden dat ontvangers van bloed een ernstige infectieziekte oplopen als gevolg van de bloedtransfusie. In Frankrijk worden MSM permanent (levenslang) uitgesloten van bloeddonatie omdat zij een verhoogd risico op hiv hebben.

Volgens het Hof moet de verwijzende rechter nagaan of permanente uitsluiting in overeenstemming is met artikel 21 lid 1 EU-Handvest. Op grond van dit artikel is discriminatie op grond van seksuele gerichtheid verboden. Beperkingen van het discriminatieverbod dienen te zijn vastgesteld bij wet en de wezenlijke inhoud van het discriminatieverbod eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel dienen de beperkingen verder noodzakelijk te zijn en te beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen (art. 52 lid 1 EU-Handvest).

In Frankrijk, zo stelt het Hof vast, is de permanente uitsluiting van MSM bij wet vastgesteld en wordt geen afbreuk gedaan aan het discriminatieverbod als zodanig. Ook beantwoordt de permanente uitsluiting aan een doelstelling van algemeen belang, te weten het waarborgen van een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid.

Vervolgens is het de vraag of de permanente uitsluiting in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel. Wellicht bestaat er een adequate test van het bloed. Cruciaal daarbij is de zogenoemde 'windowperiode': de periode na besmetting waarin hiv nog niet kan worden gedetecteerd in het bloed. De verwijzende rechter moet in het bijzonder nagaan of de kosten van systematische detectie van hiv voor alle bloeddonaties niet onevenredig zijn aan de nagestreefde bescherming van de gezondheid.

Ook moet de verwijzende rechter nagaan of er geen minder belastende methoden zijn om hetzelfde doel te bereiken, meer bepaald of met een vragenlijst of een persoonlijk gesprek op individueel niveau het risicogedrag in kaart kan worden gebracht. Als met een test of op minder belastende wijze een hoog niveau van bescherming van de gezondheid van bloedontvangers kan worden gewaarborgd, is een permanente uitsluiting niet in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel, aldus het Hof.

College voor de Rechten van de Mens

Dezelfde problematiek was aan de orde bij het College voor de Rechten van de Mens (hierna: College) dat op 24 april 2015 (*GJ* 2015/66) uitspraak deed in een zaak tegen de Stichting Sanquin Bloedvoorziening. Een potentiële mannelijke donor die zich online had aangemeld was door Sanquin permanent uitgesloten als bloeddonor omdat hij seksueel contact had gehad met mannen (MSM). Hij verzocht het College te onderzoeken of Sanquin jegens hem onderscheid op grond van seksuele gerichtheid had gemaakt.

Het College stelt voorop dat de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) het maken van onderscheid op grond van seksuele gerichtheid verbiedt bij het aanbieden van of het verlenen van toegang tot goederen of diensten en het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake door een instelling die werkzaam is op het gebied van de gezondheidszorg. Zoals door de voorganger van het College, de Commissie Gelijke Behandeling, in 2007 al was geoordeeld valt het handelen van Sanquin onder de reikwijdte van de wet en is het College derhalve bevoegd.

Het College oordeelt dat Sanquin jegens verzoeker direct onderscheid op grond van seksuele gerichtheid heeft gemaakt. Dit is verboden, tenzij een wettelijke uitzondering van toepassing is (gesloten systeem van de AWGB). Van een wettelijke uitzondering is in dit geval geen sprake, maar in 2007 heeft de Commissie Gelijke Behandeling geoordeeld dat er dringende redenen van volksgezondheid waren om MSM permanent uit te sluiten als bloeddonor en dat gelet daarop het gesloten systeem van de AWGB opzij gezet diende te worden. Het College oordeelt hier in 2015 anders over en wel om de volgende redenen. Op 19 januari 2015 is een onderzoeksrapport uitgebracht dat aantoonde dat de mate aan waarin de door de donor gegeven antwoorden op de vragenlijsten overeenkomen met de werkelijkheid (compliance) voor MSM, niet MSM en vrouwen *grosso modo* gelijk is. De minister van VWS heeft op grond hiervan geconcludeerd dat het donorselectiebeleid rond MSM aanpassing behoeft. Het argument van de grotere veiligheidsrisico's gaat immers niet langer op. Sanquin zelf heeft gesteld dat een tijdelijke uitsluiting niet noemenswaardig afbreuk zal doen aan het volksgezondheidsbelang en zelfs zou kunnen leiden tot een betere *compliance*.

Om die reden heeft Sanquin naar het oordeel van het College niet aangetoond dat het permanent uitsluiten van verzoeker vanuit het oogpunt van volksgezondheid zo dringend noodzakelijk was dat het gesloten systeem van de AWGB daarvoor zou moeten wijken. Op basis van de huidige inzichten kan een permanente uitsluiting van MSM niet meer worden gerechtvaardigd. Op grond daarvan oordeelt het College dat Sanquin jegens verzoeker verboden direct onderscheid heeft gemaakt op grond van seksuele gerichtheid.

Civiel recht

Het Hof 's-Hertogenbosch heeft op 12 mei 2015 (ECLI:NL:GHSHE:2015:1697, *TvGR* 2015/189), anders dan de Voorzittingsrechter op 19 juni 2014, geoordeeld dat zorgver-

zekeraars niet kunnen worden aangemerkt als aanbestedende diensten in de zin van de Aanbestedingswet 2012. Privaatrechtelijke zorgverzekeraars, aldus het hof, moeten worden aangemerkt als instellingen die voorzien in een behoefte van algemeen belang van commerciële aard en voldoen daarmee niet aan de eerste van de cumulatieve voorwaarden uit de definitie van publiekrechtelijke instelling in artikel 1 lid 1 van de Aanbestedingswet.

De Rechtbank Limburg besliste op 8 april 2015 (ECLI:NL:RBLIM:2015:2882, *GJ* 2015/57) dat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam neuroloog mag worden verwacht dat deze bij de beoordeling van een MRI-scan in verband met een whiplash ook zogenoemde toevalsbevindingen onderzoekt. De neuroloog is dus tekort geschoten. Het causaal verband tussen dit tekortschieten en de door eiseres gestelde schade moet nader worden onderzocht.

Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde op 17 maart 2015 (ECLI:NL:GHSAA:2015:933, *GJ* 2015/58) dat de vordering van het AZM ex artikel 843a Rechtsvordering om binnen twee weken AZM geluidsbanden ter beschikking te stellen van gesprekken die op twee data met artsen van het AZM waren gevoerd, kon worden toegewezen. Voorts oordeelde het hof dat het medisch dossier niet in de eerste plaats bedoeld is om juridisch bewijs te leveren. Het hof gaat ervan uit dat een mogelijk optreden van het caudasyndroom bij hevige rugpijn weliswaar vrij zeldzaam is, maar tegelijk één van de meest gevreesde complicaties is die vrijwel altijd tot een operatie leidt. Daarom is niet goed voorstelbaar dat een negatieve uitkomst van een specifiek daarop gericht onderzoek niet in het dossier zou worden vermeld. Aangezien aantekeningen over dit onderzoek ontbreken, gaat het hof ervan uit dat dit onderzoek niet is verricht en neemt het vooralsnog aansprakelijkheid van het AZM aan.

Strafrecht

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft op 13 mei 2015 een zoon die werd vervolgd wegens hulp bij zelfdoding van zijn 99-jarige moeder ontslagen van rechtsvervolging en zijn beroep op noodtoestand aanvaard (ECLI:NL:GHARL:2015:3444, *TvGR* 2015/195). Het hof heeft het handelen van de zoon getoetst aan de zorgvuldigheidseisen en de mededelingsplicht uit de WTL nu daarin de verschillende aspecten van nood, professionaliteit en subsidiariteit bij hulp bij zelfdoding tot uitdrukking komen. Gezien de zeer bijzondere omstandigheden staat voor het hof vast dat de verdachte het feit wel heeft gepleegd maar dat hij niet strafbaar is, mede omdat de euthanasiepraktijk zoals deze was ten tijde van de hulp bij zelfdoding (2008) een striktere was dan nu het geval is. Het hof haalt daarbij het KNMG-rapport *De rol van de arts bij het zelfgekozen levenseinde* van 23 juni 2011 aan en baseert daarop zijn oordeel dat in de huidige tijd minder snel sprake zou kunnen van een noodtoestand indien de hulpverlener in een geval als het onderhavige geen (tweede) arts heeft geconsulteerd.

De Rechtbank Rotterdam oordeelde op 23 april 2015 dat het feit dat een rechter-commissaris de uitlevering van een medisch dossier heeft bevolen het ziekenhuis niet ontslaat

van zijn uit het beroepsgeheim voortvloeiende plicht om na te gaan of er redenen waren om zich te verschonen (ECLI:NL:RBROT:2015:2847, *TvGR* 2015/196). Nu het ziekenhuis echter feitelijk is overgegaan tot verstrekking van de medische gegevens zonder een beroep te doen op het verschoningsrecht kan niet gezegd worden dat de inbeslagname onrechtmatig was.

Tuchtrecht

Het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (CTG) heeft op 16 december 2014 in hoger beroep uitspraak gedaan in drie procedures tegen dezelfde tandarts (zie ECLI:NL:TGZCTG:2014:390, *GJ* 2015/59). De tandarts was doorgeshaald in het BIG-register. De beslissingen in eerste aanleg worden door het CTG bevestigd. Interessant is dat het CTG oordeelt dat het feit dat de tandarts in 2012 een tandheelkundige behandeling heeft uitgevoerd in de periode dat hij geschorst was niet tuchtrechtelijk verwijtbaar is, nu de tandarts tijdens zijn schorsing niet onder de reikwijdte van het tuchtrecht viel waardoor er wel gesproken kan worden van ernstig verwijtbaar gedrag doch dit niet kan worden meegewogen bij het opleggen van een tuchtrechtelijke maatregel.

Het CTG oordeelde op 28 april 2015 (ECLI:NL:TGZCTG:2015:147, *TvGR* 2015/192) in een zaak tegen een apotheker die als hoofd van het door het ministerie van VWS opgerichte Bureau voor Medicinale Cannabis (BMC) verantwoordelijk was voor het feit dat een voor klager werkzame variant medicinale cannabis niet meer door de apotheker kon worden verstrekt omdat het BMC na een aanbestedingsprocedure een andere producent had gecontracteerd. Volgens het CTG was klager ontvankelijk in zijn klacht, ondanks het betoog van de apotheker dat hij niet in de hoedanigheid van apotheker had gehandeld. Het verweer van de apotheker dat hij als rijksambtenaar niet tuchtrechtelijk kan worden aangesproken, werd door het CTG niet gehonoreerd omdat de apotheker een beperkte mate van discretionaire bevoegdheid was toegekend. De klacht werd overigens afgewezen.

Literatuur

Een overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen in het gezondheidsrecht in de afgelopen twee jaar geeft Aart Hendriks in 'Kroniek van het gezondheidsrecht', *NJB* 2015/737, afl. 15, p. 1017-1026.

Het vierde nummer van het *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* van dit jaar stond geheel in het teken van de evaluatie van de wetgeving inzake gedwongen zorg. De belangrijkste resultaten worden gepresenteerd en van commentaar voorzien. Ook bevat dit nummer de Kroniek rechtspraak Wet BOPZ van de hand van V.E.T. Dörenberg.

Selectie van verdere literatuur:

- M.S.E. van Beurden, 'De (on)redelijkheid van het toerekenen van de gebrekkigheid van een medische hulpzaak aan de arts of het ziekenhuis ex art. 6:77 BW', *PIV Bulletin* 2015, afl. 2, p. 6-10;

- M. Buijsen, ‘Betekenis van het arrest in de zaak Heringa is gering’ (opinie), *NJB* 2015/1052, afl. 22, p. 1478;
 - J. Dorscheidt, ‘Levenbeëindiging bij pasgeborenen, Recente ontwikkelingen onder de loep’, *NJB* 2015/1001, afl. 21, p. 1415-1423;
 - A. den Exter, ‘Koudwatervrees Biogeneeskundeoverdrag’ (opinie), *NJB* 2015/914, afl. 19, p. 1288;
 - M.T. de Gans & H.M. Stergiou, ‘Kroniek rechtspraak EU’, *TvGR* 2015, afl. 3, p. 141-169;
 - G. den Hartogh, ‘De beoordeling van euthanasie en hulp bij zelfdoding bij psychiatrische en demente patiënten, Wat houdt “extra behoedzaamheid” in?’, *NJB* 2015/1000, afl. 21, p. 1406-1414;
 - C.M. de Klerk & E.T.M. Olsthoorn, ‘Maatregelen tucht-recht, De keuze tussen waarschuwing en berisping’, *TvGR* 2015, afl. 3, p. 132-140;
 - A. Kolder, ‘Civiele whiplashzaken’, *NJB* 2015/813, afl. 17, p. 1142-1150;
 - K. de Groot, ‘Een nieuwe procedure ontdekt: “Actio Caesaria”’, *NJB* 2015/1190, afl. 25, p. 1656-1657;
 - T. Hartlief, ‘Medische hulpmiddelen en de prijs van een bijzonder regime’ (vooraf), *NJB* 2015/1187, afl. 25, p. 1639;
 - T. Havinga et al. (red.), *Toezicht tegen het licht, Kernwaarden, kansen en knelpunten*, Deventer: Kluwer 2015;
 - J. Legemaate, ‘De melding en afhandeling van calamiteiten’, *TvGR* 2015, afl. 3, p. 120-131;
 - A. de Ruijter, ‘Gelijke aanspraak op lichamelijke integriteit’ (opinie), *NJB* 2015/1191, afl. 25, p. 1658-1659 (reactie op opinie van K. de Groot, zie boven);
 - R.P. Wijne, ‘Integrale bekostiging van invloed op de relatie medisch specialist versus patiënt en de aansprakelijkheid van de medisch specialist?’, *Letsel & Schade* 2015, 1, p. 15-22.
-

SOCIAAL-ECONOMISCH RECHT

ONDERNEMINGSRECHT

📁 AAK20157862

Mw. mr. N. Kreileman (Van der Heijden Instituut, OO&R, Radboud Universiteit Nijmegen)

Regelgeving

In de signaalperiode hebben op het terrein van wet- en regelgeving geen vermeldenswaardige ontwikkelingen plaatsgevonden.

Rechtspraak

De hoofdelijke aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot

De personenvennootschap (maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap) houdt de Hoge Raad de laatste maanden bezig. In *VDV Totaalbouw* bepaalde ons hoogste rechtscollege dat een faillissement van een vennootschap onder firma niet steeds en noodzakelijkerwijs leidt tot een faillissement van de vennoten (HR 6 februari 2015, *JOR* 2015/181). In HR 13 maart 2015, *NJ* 2015/241 (*Carlande*) stond de aansprakelijkheid van de vennoten voor schulden van een commanditaire vennootschap centraal. De Hoge Raad heeft zich thans wederom uitgelaten over de aansprakelijkheid van (commanditaire) vennoten (HR 29 mei 2015, *ECLI:NL:HR:2015:1413 (Lunchroom de Kattenrug)*). In dit te bespreken arrest stond hij in het bijzonder stil bij de sanctie van artikel 21 WvK.

Commanditaire vennoten mogen op grond van artikel 20 lid 2 WvK geen daden van beheer verrichten. Dit betekent dat zij geen handelingen mogen verrichten die onder het 'besturen' van de commanditaire vennootschap vallen. Doen zij dit toch, dan volgt krachtens artikel 21 WvK hoofdelijke aansprakelijkheid voor *alle* verbintenissen van de commanditaire vennootschap. Die aansprakelijkheid geldt ook voor de verbintenissen welke zijn ontstaan voor het tijdstip waarop het verbod werd overtreden, zie HR 24 april 1970, *NJ* 1970/406 (*Romano Import*); vgl. HR 13 maart 2015, *NJ* 2015/241 (*Carlande*). Deze sanctie beoogt te voorkomen dat commanditaire vennoten die op één van de in artikel 20 WvK vermelde manieren onduidelijkheid laten ontstaan over hun rechtspositie in de vennootschap, zich kunnen onttrekken aan de aansprakelijkheid waarin artikel 18 WvK voorziet voor de gewone vennoten, zie HR 11 april 1980, *NJ* 1981/377 (*SMS/Buis*).

Zoals ik hiervoor al schreef, liet de Hoge Raad zich in zijn arrest van 29 mei 2015 opnieuw uit over de sanctie van artikel 21 WvK. Voor aansprakelijkheid geldt nu een soort 'redelijkheidstoets'. Volgens de Hoge Raad is voor de 'ingrijpende en vergaande sanctie' slechts plaats indien en voor zover zij in overeenstemming is met haar strekking. De sanctie van artikel 21 WvK mag dan ook niet in een

onevenredige verhouding staan tot de aard en ernst van de overtreding van het beheersverbod ex artikel 20 lid 2 WvK. Zij dient achterwege te blijven indien en voor zover zij door het handelen van de commanditaire vennoot niet of niet ten volle wordt gerechtvaardigd. Dit brengt mee dat de rechter kan oordelen dat de sanctie niet gerechtvaardigd is of dat het gevolg daarvan dient te worden beperkt tot bepaalde verbintenissen van de commanditaire vennootschap. In afwijking van zijn vaste rechtspraak sinds het arrest *Walvius* (HR 15 januari 1943, *NJ* 1943/201), beslist de Hoge Raad dat bij deze beoordeling mede van belang kan zijn of bij derden redelijkerwijs een onjuiste indruk over de hoedanigheid van de commanditaire vennoot heeft kunnen ontstaan. Bij de hiervoor genoemde beoordeling is, zoals reeds in *SMS/Buis* (HR 11 april 1980, *NJ* 1981/377) is overwogen, in elk geval van belang dat voor de sanctie van artikel 21 WvK slechts plaats is als de commanditaire vennoot enig verwijt van zijn handelwijze is te maken.

Het arrest van de Hoge Raad is om twee redenen interessant. Allereerst oordeelt hij nu expliciet dat een overtreding van beheersverbod niet zonder meer leidt tot de zware sanctie van artikel 21 WvK. Verder komt de Hoge Raad terug van zijn arrest van 15 januari 1943, *NJ* 1943/201 (*Walvius*), waarin hij oordeelde dat niet van belang is of een wederpartij van de commanditaire vennootschap van de commanditaire hoedanigheid van de desbetreffende vennoot op de hoogte was of behoorde te zijn.

Dading en de 403-verklaring

In artikel 2:403-2:404 BW is het groepsregime geregeld. Voldoet een rechtspersoon als bedoeld in artikel 2:360 BW aan de in artikel 2:403 BW gestelde vereisten, dan behoeft hij titel 9 van boek 2 BW niet toe te passen. Eén van die vereisten is dat de moedervenootschap zich schriftelijk hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor de uit rechtshandelingen van de dochtervennootschap voortvloeiende schulden, zie artikel 2:403 lid 1 onder f BW. Onlangs heeft de Hoge Raad arrest gewezen over deze zogeheten '403-verklaring'. In zijn arrest van 5 april 2015 stond de vraag centraal welke gevolgen een dading tussen een dochtervennootschap en een crediteur van die dochtervennootschap heeft voor de aansprakelijkheid van de moedervenootschap die zo'n 403-verklaring heeft afgelegd (HR 5 april 2015, *NJ* 2015/255 (*Eikendal q.q./Lentink*)).

In casu ging het om een schikking tussen de curator van de intussen gefailleerde dochtervennootschap en een crediteur van die dochtervennootschap. De curator had € 25.000 betaald aan de crediteur, waarna zij elkaar over en weer finale kwijting verleenden. Brengt dit mee dat de crediteur van de dochtervennootschap ook afstand heeft gedaan van het vorderingsrecht jegens de moedervenootschap en laatstgenoemde aldus uit haar verbintenis jegens de crediteur van de dochtervennootschap is bevrijd? De Hoge Raad beantwoordt deze vraag, in navolging van het hof, negatief. Hij motiveert zijn oordeel als volgt. Zoals in *Akzo Nobel*

ING (HR 28 juni 2002, NJ 2002/447) al is bepaald, kan de hoofdelijke aansprakelijkheid van artikel 2:403 BW niet op één lijn worden gesteld met borgtocht. Artikel 6:7 e.v. BW zijn van toepassing in verband met de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervenootschap. Dit brengt mee dat haar aansprakelijkheid berust op een zelfstandige verbintenis jegens de crediteur van de dochtervenootschap, waarvan zelfstandig nakoming kan worden gevorderd. De door de dochtervenootschap en haar crediteur getroffen schikking brengt dus niet mee dat de crediteur ook afstand van zijn vorderingsrecht als bedoeld in artikel 6:9 lid 1 BW jegens de moedervenootschap heeft gedaan, aldus nog steeds de Hoge Raad. De dading leidt er op grond van artikel 6:7 lid 2 BW slechts toe dat de vordering is verminderd met het betaalde bedrag van € 25.000. De omstandigheid dat de Europese richtlijnen die aan artikel 2:403 BW ten grondslag liggen niet spreken van hoofdelijke aansprakelijkheid, maar slechts van het stellen van een garantie, leidt volgens de Hoge Raad niet tot een ander oordeel. De Europese richtlijnen geven immers slechts minimumvoorschriften en laten aan de nationale wetgever ruimte voor een verder strekkende aansprakelijkheid.

Voorwaarden voor uittreding uit een coöperatie

Vrijheid van uittreding, zoals geregeld in artikel 2:35 lid 1 en 2:36 lid 1 BW, is een wezenskenmerk van de vereniging. Op grond van de schakelbepaling in artikel 2:53a BW geldt deze vrijheid ook voor de coöperatie. Het alleen voor de coöperatie geldende artikel 2:60 BW staat echter onder strikte voorwaarden een uitzondering op de vrijheid van uittreding toe. Artikel 2:60 BW bepaalt:

'Voor de coöperatie geldt voorts dat, met behoud der vrijheid van uittreding uit de coöperatie, daaraan bij de statuten voorwaarden, in overeenstemming met haar doel en strekking, kunnen worden verbonden. Een voorwaarde welke verder gaat dan geoorloofd is, wordt in zoverre voor niet geschreven gehouden.'

In de literatuur bestaat onzekerheid over het antwoord op de vraag wanneer aan de in artikel 2:60 BW gestelde eis dat de uittredingsvoorwaarde is opgenomen in de statuten, is voldaan. Moet de voorwaarde volledig in de statuten worden omschreven? Of volstaat een statutaire grondslag, terwijl voor een uitwerking van de voorwaarde en de eventuele uittredingsmaatstaf naar een huishoudelijk reglement wordt verwezen? In zijn arrest van 12 juni 2015 neemt de Hoge Raad deze onzekerheid (gedeeltelijk) weg (HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1601 (*Melkveehouders/Drentse Overijsselse Coöperatie Kaas B.A.*)).

In deze zaak is het volgende van belang. Enkele melkveehouders hebben hun lidmaatschap van de Drents Overijsselse Coöperatie Kaas B.A. (hierna: DOC) met inachtneming van de opzegtermijn per 1 januari 2008 opgezegd. Op grond van de statuten waren zij vanwege de opzegging een schadevergoeding verschuldigd. Het uitvoerige artikel 13 lid 1 van de statuten bepaalde namelijk:

'Het gewone lid van wie het lidmaatschap, anders dan door overlijden van het lid natuurlijke persoon, is geëindigd, is verplicht op eerste schriftelijke aanmaning van de directie een schadevergoedingsbedrag aan de coöperatie te betalen. De omvang van het te betalen bedrag zal door een door de directie aan te wijzen

deskundige worden bepaald op het bedrag van de schade die de coöperatie ten gevolge van het uittreden van dat lid zal lijden, een en ander op basis van grondslagen die met inachtneming van relevante regelgeving c.q. jurisprudentie in het huishoudelijk reglement zullen worden vastgesteld met dien verstande dat de hoogte van dit bedrag maximaal vier procent van het melkgeld dat het betreffende lid gemiddeld per jaar in de vijf voorafgaande boekjaren heeft ontvangen kan bedragen en dat indien een lid met inachtneming van een opzegtermijn van ten minste een jaar opzegt, geen schadevergoeding kan worden gevorderd.'

De grondslagen waar artikel 13 lid 1 van de statuten over rept, waren destijds niet in het huishoudelijk reglement vastgelegd. De omvang van de schadevergoeding als bedoeld in artikel 13 lid 1 van de statuten, is op verzoek van de directie van DOC door Ernst & Young Accountants bepaald.

Naar het oordeel van de Hoge Raad heeft het hof terecht overwogen dat aan de eis van artikel 2:60 BW dat de uittredingsvoorwaarde is opgenomen in de statuten, is voldaan als uit de statuten voor de leden deze voorwaarde kenbaar is en de aard en omvang van de daaruit voortvloeiende verplichtingen voor hen bepaalbaar zijn. Het oordeel van het hof dat uit de statuten van DOC voldoende kenbaar is dat sprake is van een verplichting tot vergoeding van de schade die DOC lijdt ten gevolge van de beëindiging van het lidmaatschap, dat deze schadevergoedingsverplichting voldoende bepaalbaar is en dat voorts voldoende duidelijk uit de statuten volgt hoe de schadevergoeding berekend moet worden, geeft volgens ons hoogste rechtscollege geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Ondanks het ontbreken van de grondslagen van de schadevergoeding in het huishoudelijk reglement, oordeelt hij dat aan de eisen van artikel 2:60 BW is voldaan.

De Hoge Raad schetst in *Melkveehouders/Drentse Overijsselse Coöperatie Kaas B.A.* aldus een kader voor de beantwoording van de vraag wanneer aan de in artikel 2:60 BW gestelde eis dat de uittredingsvoorwaarde is opgenomen in de statuten, is voldaan. Hij overweegt dat artikel 2:60 BW niet vereist dat de uittredingsvoorwaarde in haar geheel in de statuten is opgenomen. Voldoende is dat de voorwaarde voor de leden uit de statuten kenbaar is en dat de aard en omvang van de daaruit voortvloeiende verplichtingen voor hen bepaalbaar zijn.

Geen wanbeleid Slotervaartziekenhuis

In haar beschikking van 13 mei 2015 heeft de Ondernemingskamer (hierna: OK) geoordeeld dat in het geschil tussen de voormalige aandeelhouders van het Slotervaartziekenhuis geen sprake is geweest van wanbeleid (Hof Amsterdam (OK) 13 mei 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1758). Hoewel het oordeel van de OK inhoudelijk niet baanbrekend is, is het toch de moeite waard hier kort aandacht aan te besteden. De Slotervaartziekenhuiszaak houdt de gemoederen immers bezig. Zo deed de Slotervaartbeschikking (HR 11 april 2014, JOR 2014/259 (*Slotervaartziekenhuis*)), besproken in *KwartaalSignaal* 134 (☞ AAK20157717), de nodige stof opwaaien. Ook werd er de afgelopen tijd veel gespeculeerd over het antwoord op de vraag of in het geschil tussen de voormalige aandeelhouders van het Slotervaartziekenhuis sprake is geweest van wanbeleid.

Zonder op de finesses in te gaan, speelde het volgende. De familie Erbudak was aandeelhouder van onder andere Meromi BV, enig aandeelhouder van Slotervaartziekenhuis BV. Pim Schram, bestuurder van Meromi BV, besloot op enig moment tot uitgifte van cumulatief preferente aandelen in Slotervaartziekenhuis BV aan Delta Onroerend Goed BV (hierna: Delta BV). Het frappante was dat Pim Schram een dubbele pet op had: enerzijds was hij bestuurder van Meromi BV en anderzijds was hij aandeelhouder van Delta BV. De uitgifte had tot gevolg dat het indirecte aandelenbelang van de familie Erbudak in Slotervaartziekenhuis BV verwaterde van 49% tot vrijwel 0%.

Kort gezegd ging het om de vraag of het besluit van Pim Schram in zijn hoedanigheid van bestuurder van Meromi BV, en als zodanig als enig aandeelhouder van Slotervaartziekenhuis BV, tot uitgifte van cumulatief preferente aandelen in Slotervaartziekenhuis BV aan Delta BV, kwalificeert als wanbeleid. De OK beoordeelt de uitgifte van de cumulatief preferente aandelen aan Delta BV tegen de achtergrond van de financiële en organisatorische crisis waarin Slotervaartziekenhuis BV zich indertijd (begin 2013) bevond. Van wanbeleid was, aldus de OK, geen sprake. De OK acht het begrijpelijk dat het bestuur van Meromi BV meende dat de aandelenemissie een essentiële, althans betekenisvolle stap was op de weg naar de oplossing van de crisis waarin het ziekenhuis zich bevond. Bovendien werd Delta BV niet financieel bevoordeeld door de emissie. Ook overweegt de OK dat de aandelenemissie weliswaar leidde tot een vermindering van de zeggenschap van de familie Erbudak, maar dat zij niet een verslechtering van de economische positie van de familie Erbudak ten opzichte van het ziekenhuis tot gevolg had.

Literatuur

- B.F. Assink e.a. (red.), *De toekomst van het ondernemingsrecht. Het ondernemingsrecht van de toekomst* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 99), Deventer: Kluwer 2015;
- M.P. Bongard & W.J.M. van Veen, *Grensoverschrijdende juridische fusies. De verschillende grondslagen, mogelijkheden en beperkingen* (Serie Recht en Praktijk – Ondernemingsrecht, ONR7), Deventer: Kluwer 2015;
- A. Dorresteyn e.a., *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak* (ZIFO-reeks, deel 16), Deventer: Kluwer 2015;
- C.J.H. Jansen & J.J.J. Sillen (red.), *Mogen wij u even aanspreken? Acht aspecten van aansprakelijkheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015;
- G.C. Makkink, M.P. Nieuwe Weme & A.J. van Wees (red.), *Ik ben niet overtuigd. Opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015;
- F.W. Udo, *Bestuurdersaansprakelijkheid bij de ondernemende stichting*, Den Haag: BJu 2015;
- P.M. van der Zanden e.a., *Vereniging Jaarrekeningenrecht. Bundel 2014-2015*, Den Haag: BJu 2015.

FINANCIËEL RECHT

📁 AAK20157864

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 APRIL – 30 JUNI 2015

1 ALGEMEEN

Europese regelgeving

Discussiedocument van het Gemengd Comité over Key Information Documents

Op 23 juni 2015 heeft het Gemengd Comité van de drie Europese toezichtautoriteiten een technisch discussiedocument gepubliceerd over *Key Information Documents* (KIDs). De drie toezichtautoriteiten hebben onder de PRIIPS-verordening het mandaat gekregen om *regulatory technical standards* te ontwikkelen voor de inhoud en presentatie van KIDs voor PRIIPS. Met behulp van het discussiedocument worden inzichten verzameld voor mogelijke methodologieën om risico's vast te stellen en weer te geven, en voor de prestaties en de kosten. De consultatietermijn loopt tot 17 augustus 2015. De concept-*regulatory technical standards* dienen uiterlijk 31 maart 2016 gereed zijn om te worden voorgelegd aan de Europese Commissie. In het najaar van 2015 zal nog een consultatie volgen de concept-*regulatory technical standards*.

Nederlandse regelgeving

Wijzigingswet financiële markten 2016

Op 11 mei 2015 verscheen het wetsvoorstel voor de Wijzigingswet financiële markten 2016. Het consultatiedocument voor dit wetsvoorstel is besproken in *KwartaalSignaal* 132. Ten opzichte van het consultatiedocument is een aantal wijzigingen aangebracht.

(1) In het consultatiedocument was een aanwijzingsbevoegdheid tot schorsing van beleidsbepalers en commissarissen opgenomen. Dit voorstel is, naar aanleiding van advies van Raad van State en consultatiereacties, geschrapt uit het voorstel. De minister geeft aan het voorstel te willen heroverwegen. In het verslag van de vaste commissie van Financiën in de Tweede Kamer wordt naar aanleiding van het schrappen van dit voorstel gevraagd of dit betekent dat er sprake is van uitstel of afstel. Verder wordt gevraagd naar de rechtsbescherming in de bezwaarfase bij betrouwbaarheids- en geschiktheidstoetsingen.

(2) Ook het in het consultatievoorstel opgenomen voorstel tot aanvulling van de Wwft met een hoofdstuk over ongebruikelijk vervoer van liquide middelen is gewijzigd. Zie voor andere wijzigingen ten opzichte van het Consul-

tatiedocument hierna onder de kopjes beleggingsinstellingen, beleggingsondernemingen, kredietinstellingen en verzekeraars.

Consultatie wijzigingsbesluit financiële markten 2016

Op 31 maart 2015 is het consultatiedocument voor het Wijzigingsbesluit financiële markten 2016 gepubliceerd. De consultatieperiode sloot op 29 april 2015. Naar aanleiding van het (AFM) onderzoeksrapport *Crowdfunding – naar een duurzame sector; onderzoek naar (toezicht) op de crowdfundingsector* stelt het consultatiedocument enkele wijzigingen voor in het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft. Verder bevat het consultatiedocument aanwijzingen met betrekking tot bestuurlijke boetes en een aantal wijzigingen met betrekking tot Caribisch Nederland. Zie voor andere wijzigingen onder de kopjes pensioenfondsen en verzekeraars.

Toegankelijkheid Wft verder onder druk

Op 22 mei 2015 verscheen het wetsvoorstel voor de implementatiewet BRRD plus toelichting, vergezeld van een advies van de Afdeling advisering van de Raad van State en het nader rapport. De implementatiewet wordt nader besproken in het onderdeel kredietinstellingen, hierna. De Raad van State merkt in haar advies op dat de toevoeging van deelonderwerpen aan de Wft, het toenemende gebruik van verordeningen voor het reguleren van het financiële toezicht en van de techniek van dynamische verwijzingen, bijdragen aan de complexiteit van de Wft en dat de toegankelijkheid van de Wft verder onder druk komt te staan. Volgens de Raad van State is er aanleiding om de opzet van de Wft tegen het licht te houden en nader te bezien op welke wijze de Nederlandse financiële toezichtwetgeving het beste kan worden opgezet om deze beter toegesneden te laten zijn op de voorliggende Europese regelgeving en de ontwikkeling daarvan, waarbij de toegankelijkheid van de wetgeving voorop moet staan. Naar aanleiding van deze opmerking wordt onderkend dat de grote hoeveelheid Europese regels ervoor zorgt dat de toegankelijkheid van de financiële toezichtwetgeving in toenemende mate onder druk staat. Met het oog daarop zal de minister gaan verkennen op welke wijze, mede in het licht van de door de Raad van State geschetste problematiek, kan worden bewerkstelligd dat de Wft ook in de toekomst een adequaat wetgevingskader vormt waarin nationale en Europese regels zonder problemen kunnen worden ingepast. Met het in gang zetten van een dergelijk verbetertraject dient evenwel te worden gewacht tot een daarvoor geschikt moment, waarop in elk geval de thans nog lopende grote implementatietrajecten zijn afgerond. Verder ligt het volgens de minister voor de hand om een dergelijk traject, gelet op de omvang van de Wft, in tranches te laten plaatsvinden.

Wijziging Bgfo

Besluit tot wijziging Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Bgfo) in verband met de implementatie van de Richtlijn buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten, *Stb.* 2015, 250.

Wet uitvoering verordening centrale effectenbewaarinstellingen

Op 20 mei 2015 is bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ingediend ter zake van de Wet uitvoering verordening centrale effectenbewaarinstellingen. Dit wetsvoorstel bevat een aantal wijzigingen van de Wft die samenhangen met verordening (EU) nr. 909/2014 van het Europees parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de verbetering van de effectenafwikkeling in de Europese Unie, betreffende centrale effectenbewaarinstellingen en tot wijziging van Richtlijnen 98/26/EG en 2014/65/EU en Verordening (EU) nr. 236/2012, *PbEU* 2014, L 257 (hierna: verordening). Deze verordening voorziet in Europees geharmoniseerde regels op het gebied van het afwickelen van effectentransacties en bevat geharmoniseerde vereisten voor de vergunningverlening aan en het toezicht op centrale effectenbewaarinstellingen (Central Securities Depositories, CSD's). Zie *Kamerstukken II*, 34204, 2 (wetsvoorstel) en 3 (MvT).

Wetgevingsbrieven AFM en DNB

Zoals gebruikelijk heeft de minister van Financiën ook dit jaar weer, op 2 juli 2015, de Tweede Kamer een overzicht gestuurd van de belangrijkste ontwikkelingen en initiatieven voor de regelgeving op het gebied van de financiële markten. Dit overzicht wordt vergezeld van de wetgevingsbrieven van DNB en AFM en de kabinetsreactie op deze brieven. Op een aantal gebieden kan dit leiden tot nadere initiatieven op wetgevingsgebied. De minister geeft onder meer aan te willen gaan kijken naar het aanpassen van de regeling met betrekking tot (1) toezichtvertrouwelijke informatie in het geval een onder toezicht staande instelling zelf toezichtvertrouwelijke informatie naar buiten brengt, (2) verruiming van publicatie- en waarschuwingsbevoegdheden voor toezichthouders, (3) het inschakelen van externe experts in het toezicht en (4) het wettelijk vastleggen van de rol van het Financieel Stabiliteitscomité. Verder bespreekt de minister een aantal sectorspecifieke wensen/initiatieven.

Rechtspraak

- CBB 23 januari 2015, *JOR* 2015/143 m.nt. Affourtit onder *JOR* 2015/144 (informatievergaring art. 4:23 Wft);
- CBB 3 februari 2015, *JOR* 2015/145 m.nt. Kranenburg (beleggersgiro's);
- CBB 20 februari 2015, *JOR* 2015/144 m.nt. Affourtit (informatievergaring en bewijslast);
- Voorzieningenrechter Rotterdam, 16 maart 2015, *JOR* 2015, 110, m.nt. Nuijten;
- CBB 24 maart 2015, *JOR* 2015/167 m.nt. Lieverse (schorsingsverzoek AFM);
- CBB 25 juni 2015, ECLI:NL:CBB:2015:178 (openbaarmaking; Commissie Scheltema).

Literatuur

- C.F. Bergström, ‘Shaping the new system for delegation of powers to EU agencies: United Kingdom v. European Parliament and Council (Short Selling)’, *Common Market Law Review*, 2015, afl. 1, p. 219-242;
- J. Boersma e.a., *Bitcoins. Civiele en fiscale aspecten in beeld* (Zifo-reeks deel 17), Deventer: Kluwer 2015;
- A.J. Boersma & F.E. de Bruijn, ‘Toezicht en handhaving door (financiële) toezichthouders: een jurisprudentie-overzicht’, *FR* 2015, afl. 3;
- C.H.D.W. van den Borne-Verheijen, ‘Klantbelang bij consumentkrediet’, *FR* 2015, afl. 5;
- C. Braun, ‘Living Apart Together, over de verhouding tussen toezichthouders en maatschappelijke stakeholders’, *TvT*, 2015, afl. 2;
- T.M.D. Buruma, ‘De sanctieregelgeving vanuit het perspectief van de gesanctioneerden’, *TvCo* 2015, afl. 1;
- V. Colaert, *Normvlucht en systeemdwang in de financiële sector – wetsnaleving in tijden van normatieve expansie* (oratie K.U. Leuven) (Acta Falconis VI), Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2015;
- R.J. de Doelder, ‘Compliance in de recente literatuur’, *FR* 2015, afl. 3;
- D. Haas, ‘Contractenrechtelijke begrippen in het financiële recht, een knellend jasje’, *MvV* 2015, afl. 5;
- S. Heuft, ‘Antiwitwasbeleid bij Holland Casino: van registratie tot cliëntonderzoek’, *TvCo* 2015, afl. 1;
- W.J. Horsten, ‘Alweer die CoCo’, *FR* 2015, afl. 4;
- G.W. Kastelein, ‘Rondom het Nieuws, Scio Nescio’, *FR* 2015, afl. 3;
- R.E. Labeur, ‘Twijfels over schorsing’, *FR* 2015, afl. 5;
- G.C.L. van Leeuwen, ‘Wijzigingen in de Wet op het financieel toezicht op de rit’, *JutD* 2015/71, afl. 12;
- W. Lieve, ‘Supervisor Due Diligence’, *TvCo* 2015, afl. 1;
- S.E. Machielse & T.M. Penninks, ‘Private lease’, *FR* 2015, afl. 5;
- A. Mein, *De boete uit balans, het gebruik van de bestuurlijke boete in de praktijk van het financieel toezicht*, Amsterdam: Boom Lemma 2015;
- M.B.J. van Rijn, ‘Verslag IFR-symposium Rechtsbescherming in de financiële sector’, *FR* 2015, afl. 3;
- P. Robben, ‘Beginselen van goed markttoezicht’, *Tijdschrift voor Toezicht* 2015, afl. 2;
- V.P.G. de Serière, ‘Een rivier treedt buiten haar oevers... Waar is de dijkgraaf?’, *Ondernemingsrecht* 2015/35, afl. 6;
- B. Snijder-Kuipers & A.T.A. Tilleman, ‘Aandachtspunten bij uitbesteding CDD’, *TvCo* 2015, afl. 1;
- J. Toussaint, J. de Jong e.a., ‘25-jarig jubileum CDD-regelgeving: waarom is de CDD-compliance bij financiële instellingen nu nog steeds niet op orde?’, *TvCo* 2015, afl. 2;
- M. Verveld-Suijkerbuijk & A. Tillema, ‘De vierde antiwitwasrichtlijn’, *Ondernemingsrecht* 2015/58, afl. 8;
- P.J.A. Vlek, ‘Customer Due Diligence en Religieuze Instellingen – een praktijkcasus’, *TvCo* 2015, afl. 2;
- H.M. Vletter-van Dort, ‘Men moet een gegeven paard...’, *Ondernemingsrecht* 2015/62.

2 AANSPRAKELIJKHEID AFM EN DNB

Rechtspraak

DNB niet aansprakelijk voor schade faillissement DSB Bank
De curatoren en de gedupeerden hadden gesteld dat DNB in 2005 aan DSB Bank geen bankvergunning had mogen verlenen. Ook meenden zij dat DNB fouten heeft gemaakt bij het doorlopende toezicht op DSB Bank en bij het verstrekken van noodfinanciering. Daarom zou DNB aansprakelijk zijn voor de door hen geleden schade. De rechtbank verwerpt dit betoog van de curatoren en de gedupeerden. De rechtbank moet toetsen of DNB, bij het verlenen van de vergunning en bij het houden van toezicht op DSB Bank, niet in redelijkheid tot de gemaakte keuzes heeft kunnen komen. Dat is niet gebleken. Uit het feit dat DSB Bank uiteindelijk failliet is gegaan, kan niet worden afgeleid dat DNB fouten heeft gemaakt. DNB kan niet garanderen dat onder toezicht staande banken niet failliet gaan. Zo is niet gebleken dat DNB al in een eerder stadium had moeten begrijpen dat de cultuur bij DSB meebracht dat een hardere aanpak dan gebruikelijk nodig was. Ook is niet komen vast te staan dat DNB in redelijkheid geen vergunning aan DSB Bank had mogen verlenen of dat zij eerder en/of zwaarder had moeten ingrijpen. Zie Rb. Amsterdam 29 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2382.

Literatuur

- A.J.A.D. van den Hurk, ‘Aansprakelijkheid van toezichthouders onder het “oude” en het “nieuwe” recht’, *FR* 2015, afl. 4.

3 BELEGGINGSINSTELLINGEN

Nederlandse regelgeving

Aanbieding deelnemingsrechten in beleggingsinstellingen
In het op 11 mei 2015 gepubliceerde wetsvoorstel voor de Wijzigingswet financiële markten 2016 is de regeling met betrekking tot het aanbieden van deelnemingsrechten in beleggingsinstellingen gewijzigd, in die zin dat de voorgestelde voorwaarden zijn verplaatst naar een nieuw artikel 2:121ca, aangezien de voorwaarden dienen te gelden voor iedere niet-Europese beleggingsinstelling waarin de Nederlandse beheerder van beleggingsinstellingen voornemens is rechten van deelneming aan te bieden.

Rechtspraak

A-G HvJ EU 20 mei 2015, zaak C-595/13 (Staatssecretaris van Financiën/Fiscale Eenheid X N.V. c.s.)
De A-G adviseert de volgende prejudiciële beslissingen te nemen in een fiscale kwestie: (1) voor zover beleggings-

vermogens ingevolge het Unierecht en met name krachtens de icbe-richtlijn onder bijzonder overheidstoezicht staan, vormen zij gemeenschappelijke beleggingsfondsen in de zin van de btw-vrijstelling; (2) voor zover de lidstaten daarboven andere types beleggingsvermogens aan bijzonder overheidstoezicht onderwerpen, komen ook zij in beginsel in aanmerking voor de btw-vrijstelling; (3) het begrip ‘beheer’ omvat mede de feitelijke exploitatie van de onroerende zaken van een gemeenschappelijk beleggingsfonds.

Literatuur

- J.W.P.M. van der Velden, ‘Fondsen voor gemene rekening: wel of geen maatschap?’, *FR* 2015, afl. 4;
- J. de Graaf & P. Keppenne, ‘Actualiseren van eigendomsverificatie ingevolge de AIFM-richtlijn’, *VGR* 2015, afl. 2;
- C.M. Grundmann-van de Krol, ‘Consultatiewetsvoorstel implementatie UCITS V’, *Ondernemingsrecht* 2015/49, afl. 7.

4 BELEGGINGSONDERNEMINGEN

Nederlandse regelgeving

Consultatiedocument implementatie MiFID II

Op 5 juni 2015 werd het concept-wetsvoorstel terzake van de Wet implementatie richtlijn markten voor financiële instrumenten 2014 ter consultatie voorgelegd aan de markt. Het wetsvoorstel implementeert Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU (MiFID II) en de daarbij behorende verordening (MiFIR) (*PbEU* 2014, L 173). De consultatie liep tot 6 juli 2015.

De volgende belangrijke wijzigingen van de Wft zijn in het concept-wetsvoorstel opgenomen. (1) De geautomatiseerde handel in financiële instrumenten waarbij gebruik wordt gemaakt van algoritmes, waaronder *high frequency trading*, wordt nader gereguleerd en onder de Wft gebracht (zie nader onder het kopje financiële markten). (2) Voorts wordt een geharmoniseerd stelsel van positielimieten voor grondstoffenderivaten geïntroduceerd. (3) MiFIR introduceert een verplichting om (financiële) derivaten te verhandelen op transparante en gereguleerde handelsplatformen. Mede in verband hiermee introduceert MiFID II een nieuw handelsplatform, de georganiseerde handelsfaciliteit. (4) Ook worden de gedragsregels voor beleggingsondernemingen aangescherpt en de reikwijdte van die gedragsregels uitgebreid. Zo zijn de regels omtrent de uitvoering van orders aangescherpt en wordt de passendheidstoets bij *execution only*-dienstverlening onder meer uitgebreid naar aandelen, obligaties en geldmarktinstrumenten die een afgeleid instrument omvatten. (5) Ten slotte bevat het concept-wetsvoorstel regels voor het verlenen van beleggingsdiensten door beleggingsondernemingen met zetel in een staat die geen lidstaat is naar Nederland. Een belangrijk deel van de in MiFID II en in het concept-wetsvoorstel

opgenomen voorschriften behoeft nadere uitwerking in het Besluit markttoegang financiële ondernemingen Wft en het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft. Een concept tot wijziging van deze besluiten zal op een later tijdstip ter consultatie worden voorgelegd. Zie www.internetconsultatie.nl/mifidii.

Bescherming derivatenbezitters

In het op 11 mei 2015 gepubliceerde wetsvoorstel voor de Wijzigingswet financiële markten 2016 is de beschermingsregeling voor derivatenbezitters op een aantal punten aangepast. Ook is in de toelichting aandacht besteed aan de keuze van de wetgever om de regeling op te nemen in de Wge. Verder wordt aangegeven dat in de toekomst, in overleg met belanghebbenden, zal worden bekeken welke mogelijkheden er verder nog zijn om de rechten van cliënten te beschermen. Daarnaast is verduidelijkt dat uitsluitend die transacties onder de regeling vallen waarbij een bank of beleggingsonderneming optreedt als tussenpersoon, zodat uitsluitend het *intermediary risk* dat een cliënt op zijn tussenpersoon loopt, is gedekt.

Rechtspraak

- Rb. Den Haag 14 januari 2015, *JOR* 2015/141 m.nt. Van Breukelen (derivaten Vestia);
- Rb. Amsterdam 25 maart 2015, *ECLI:NL:RBAMS:2015:2843* (renteswaps; bank niet tekortgeschoten);
- CBB 9 april 2015, *JOR* 2015/205 m.nt. Nuijten (advieseren over financiële instrumenten);
- Rb. Noord-Holland 15 april 2015, *ECLI:NL:RBNHO:2015:3265* (zorgplicht bank; renteswaps);
- HR 21 april 2015, *ECLI:NL:HR:2015:1096* (zonder vergunning aanbieden of verrichten van diensten als effectenbemiddelaar);
- Rb. Arnhem 22 april 2015, *JOR* 2015/170 m.nt. Strijbos (rentederivaten);
- HR 1 mei 2015, *JOR* 2015/173 m.nt. Arons (prejudiciële beslissing; effectenlease);
- Rb. Amsterdam 17 juni 2015, *ECLI:NL:RBAMS:2015:3906* (renteswap; samenstel overeenkomsten).

Literatuur

- R.G.J. van Beek, ‘Zorgvuldig advies vermogensopbouw’, *VFP* 2015/54, afl. 5;
- F.M.A. ‘t Hart, ‘De zorgplicht van de adviseur’, *FR* 2015, afl. 4;
- E.C.J. Hoogenkamp & G.J. Brugman, ‘Geen beleggerscompensatie bij online broker; een verwaarloosbaar risico?’, *VFP* 2015/52, afl. 5;
- D.M. van der Houwen, ‘Bancaire zorgplicht jegens derden: actie of reactie?’, *FR* 2015, afl. 4;
- E.P. Roelofsen, ‘Een kritische beschouwing van de huidige stand van zaken met betrekking tot de jurisprudentie aangaande rentederivaten en het MKB’, *FR* 2015, afl. 5;
- B.M.C. Stenden, ‘Ontwikkeling van (bijzondere) zorgplicht in financiële dienstverlening’, *VFP* 2015/50, afl. 5.

5 KREDIETINSTELLINGEN

Nederlandse regelgeving*Implementatie BRRD & SRM*

Op 22 mei 2015 verscheen het wetsvoorstel voor de implementatiewet BRRD plus toelichting, vergezeld van een advies van de Afdeling advisering van de Raad van State (RvS). Dit wetsvoorstel strekt tot implementatie van de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (*Bank Recovery and Resolution Directive*, BRRD). Voorts wordt met het wetsvoorstel uitvoering gegeven aan de verordening inzake een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme (*Single Resolution Mechanism*, SRM). Hiermee vormt het wetsvoorstel voor Nederland de uitwerking van het Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen. Het wetsvoorstel wijzigt niet alleen de Wft, maar bevat tevens wijzigingen van het Burgerlijk Wetboek, de Algemene wet bestuursrecht en de Faillissementswet. Zie *Kamerstukken II 2014/15*, 34208, (wetsvoorstel), 3 (MvT) en 4 (advies RvS).

Concernfinancieringsmaatschappijen

Op 1 juli 2015 is een Nota van Wijziging ingediend, waarbij de voorgestelde wijzigingen met betrekking tot concernfinancieringsmaatschappijen nader worden aangepast.

Rechtspraak

- HR 20 maart 2015, *JOR* 2015/140 m.nt. Josephus Jitta (SNS; schadeloosstelling na onteigening effecten);
- HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1191 (rentepercentage in reclamefolder bank);
- HvJ EU 25 juni 2015, zaak C-671/13 (depositogarantiestelsel).

Literatuur

- M. Bosman-Schouten & R. Stijnen, 'Toezicht op banken in (inter)nationaal perspectief. Impressies van een symposium', *Ondernemingsrecht* 2015/38, afl. 6;
- R.E. van Esch, 'Phishing en de waarschuwingsplicht van een bank: een drieluik', *FR* 2015, afl. 4;
- R.H.J. van Houts & M. Fidder, 'Strikte conformiteit bij een abstracte bankgarantie', *Bb* 2015/28, afl. 9;
- B.P.M. Joosen, *Bankwetgeving na de financiële crisis, is het genoeg?* (oratie UvA), Amsterdam: Vossius Pers UvA 2015;
- B.P.M. Joosen, 'De definitie van kredietinstelling in het Europese Single Rule Book', *FR* 2015, afl. 5;
- W.A.K. Rank & S. Uiterwijk, 'Bankieren zonder vergunning door uitgifte van effecten?', *FR* 2015, afl. 5;
- M.C. Spee, 'Concernfinancieringsmaatschappijen anno 2015: oplossing voor oneigenlijk gebruik wel werkbaar in de praktijk?', *V&O* 2015, afl. 5.

6 PENSIOENFONDSEN

Regelgeving*Consultatie Algemeen Pensioenfonds*

Het wetsvoorstel inzake het Algemeen Pensioenfonds is ter consultatie voorgelegd. Het Algemeen Pensioenfonds is bedoeld als nieuw type pensioenfonds waarin per 'collectiviteitskring' vermogen kan worden aangehouden (geen verbod op *ringfencing*). Pensioenfonds met een beperkte schaalgrootte staan onder druk om zichzelf op te heffen, omdat zij beperkte schaalvoordelen kunnen bereiken en vaak moeite hebben om de regeldruk het hoofd te bieden. Het Algemeen Pensioenfonds is voor kleinere pensioenfonds bedoeld als alternatief voor opheffing. Zie: www.internetconsultatie.nl/besluit_algemeen_pensioenfonds.

Provisieverbod premiepensioenvorderingen

Op 31 maart 2015 is het consultatiedocument voor het Wijzigingsbesluit financiële markten 2016 gepubliceerd. De consultatieperiode sloot op 29 april 2015. Het consultatiedocument voorziet in nadere regels ten aanzien van het provisieverbod met betrekking tot premiepensioenvorderingen.

Literatuur

- R. Buijs, 'De perikelen van een gesloten pensioenfonds', *P&P* 2015, afl. 3;
- M.A.J. Cremers, 'De afgescheiden vermogens van een algemeen pensioenfonds', *TvJ* 2015, afl. 1;
- L.T. de Geus & M. Adema, 'Integriteit is een werkwoord', *TPV* 2015/22, afl. 3;
- J.P.W. Klopper, 'Pensioen fund governance: De veranderende rol van het intern toezicht en de andere organen', *PensioenMagazine* 2015/64;
- R.H. Maatman & A. Steneker, 'Het Wetsvoorstel algemeen pensioenfonds (APF)', *Ondernemingsrecht* 2015/31, afl. 5;
- D. van der Veer & J.A. Voerman, 'Belangenverstrengeling: een belangwekkend thema', *PensioenMagazine* 2015/66.
- R.C. Verhoeks & J.H.A. Willemsen, 'Risicomaatstaven bij het evalueren van het beleggingsbeleid', *TPF* 2015/21, afl. 3.

Overig

De Pensioenfederatie heeft aanbevelingen gepubliceerd inzake vergoedingen bij vermogensbeheer. Zie: www.pensioenfederatie.nl/services/publicaties/Pages/Aanbevelingen_Vergoedingen_Vermogensbeheer_84.aspx.

7 VERZEKERAARS

Internationale ontwikkelingen

Consultaties IAIS

Op 25 juni 2015 is de IAIS een consultatie gestart met betrekking tot de *Higher Loss Absorbing Capacity* (HLA) voor wereldwijd systeemrelevante verzekeraars. De IAIS onderzoekt door middel van deze consultatie de verschillende manieren waarop een dergelijk HLA-vereiste kan worden vormgegeven en gecalibreerd. De consultatie loopt tot 21 augustus 2015. Het is de bedoeling dat de HLA in november wordt voorgelegd aan de G20 en in werking treedt met ingang van 2019. Ook heeft de IAIS nadere informatie gepubliceerd over COM-Frame, met name met betrekking tot de ontwikkeling van de risicobaseerde wereldwijde kapitaalstandaard voor internationaal actieve verzekeringsgroepen (zie tevens *KS 133* en *134*). De IAIS is verder, op 17 juni 2015, een consultatie gestart voor de aanpassing van een aantal van de IAIS Insurance Core Principles:

- ICP 4 Licensing;
- ICP 5 Suitability of Persons;
- ICP 7 Corporate Governance;
- ICP 8 Risk Management and Internal Controls;
- ICP 23 Group-wide Supervision; en
- ICP 25 Supervisory Cooperation and Coordination.

Ook is de IAIS voornemens om een aantal begrippen uit de Insurance Core Principles aan te passen, waaronder het begrip ‘verzekeraar’. Deze consultatie loopt tot 17 augustus 2015. Verder lopen op dit moment ook nog IAIS-consultaties van een *issues paper* met betrekking tot *conduct of business risk and its management* en een consultatie van een *application paper* voor de *regulation of captive insurers*.

Europese regelgeving

Verzekeringsbemiddelingsrichtlijn

Op 30 juni 2015 heeft de Europese Commissie bekendgemaakt dat een informeel akkoord is bereikt tussen het ECON Comité van de Europese Commissie, het Europees Parlement en het Letse voorzitterschap van de Raad voor een aanpassing van de verzekeringsbemiddelingsrichtlijn (IMD). De concepttekst, die nog op technische punten dient te worden gefinaliseerd voordat deze ter goedkeuring zal worden voorgelegd aan de Raad en het voltallige Europees Parlement, bevat gelijkwaardige regels met betrekking tot informatieverstrekking voor alle distributiekanaalen voor verzekeraars, inclusief directe verkoop zonder tussenkomst van een bemiddelaar. Een uitzondering wordt gemaakt voor verzekeringen die worden afgesloten bij de aankoop van goederen of diensten, ter dekking van het risico op schade of diefstal en waarbij de jaarlijkse premie minder bedraagt dan € 600.

De IMD bevat verder een registratieplicht voor distributeurs van verzekeringsproducten, kennis- en opleidingsvereisten (minimaal 15 uur per jaar), een verplichte beroepsaansprakelijkheidsverzekering met een dekking van ten minste € 1.250.000 en een financiële buffer van tenminste 4% van de jaarlijkse premie (met een minimum van € 18.750). Ook vereist de richtlijn adequate, effectieve, onpartijdige en onafhankelijke geschillenbeslechting in alle lidstaten.

De richtlijn vereist verder dat afnemers van verzekeringsproducten voorafgaand aan de aanschaf moeten worden voorzien van duidelijke informatie omtrent de aard van de verzekering, de belangrijkste verplichting uit het contract, welke risico’s wel en niet zijn gedekt en premiebetaling. Dergelijke vereisten gelden al Europees voor complexe levensverzekeringsproducten die onder de reikwijdte van de PRIIPS-verordening vallen. Distributeurs dienen eveneens gegevens te verstrekken over henzelf, inclusief gegevens over de inschrijving in het register. Verder dient duidelijke informatie te worden verstrekt over de totale kosten van het product, inclusief advies- en servicekosten. Eveneens dienen eventuele belangentegenstellingen kenbaar te worden gemaakt. Beloningsmechanismen dienen verder geen prikkels te bieden om een bepaald verzekeringsproduct aan te bevelen indien een ander product geschikter zou zijn.

Indien een verzekeringsproduct wordt aangeboden in aanvulling op andere diensten of goederen, als pakket, dient de klant in staat te zijn de diverse componenten ook los te kunnen kopen, en ook de relevante informatie voor iedere component los te kunnen verkrijgen.

Equivalentie Solvency II

Op 8 juni 2015 heeft de Europese Commissie de eerste beslissingen gepubliceerd met betrekking tot de equivalentie van de toezichtregimes van bepaalde derde landen voor Solvency II. De richtlijn Solvency II kent verschillende soorten equivalentie. Zwitserland wordt volledig equivalent beoordeeld (berekening solvabiliteit, groepstoezicht en herverzekeringen). Deze beslissing is niet aan een bepaalde termijn gebonden. Een andere groep landen (Australië, Bermuda, de Verenigde Staten, Brazilië, Canada en Mexico) worden voor een periode van 10 jaar voorlopig equivalent verklaard voor wat betreft de berekening van de solvabiliteit. De beslissingen, in de vorm van gedelegeerde verordeningen, dienen nog te worden goedgekeurd door het Europees Parlement en de Raad.

Nederlandse regelgeving

Aanpassing Interventiewet ten aanzien van verzekeringsholdings

De aanpassingen die zijn voorgesteld naar aanleiding van de evaluatie van de Interventiewet hebben geleid tot een aantal vragen over de toepassing van de maatregelen uit de Interventiewet bij de moedermaatschappij van verzekeraars. In de toelichting bij het op 11 mei 2015 gepubliceerde wetsvoorstel voor de Wijzigingswet financiële markten

2016 wordt daar nader op ingegaan. Het criterium voor ingrijpen is ten opzichte van het consultatievoorstel in die zin gewijzigd, dat voor het ingrijpen bij de moedermaatschappij van een verzekeraar de technische voorzieningen geen onderdeel meer uitmaken van de criteria die tot een ingrijpen kunnen leiden, aangezien een moedermaatschappij (holding) geen technische voorzieningen heeft.

Beleggingsverzekeringen

Op 31 maart 2015 is het consultatiedocument voor het Wijzigingsbesluit financiële markten 2016 gepubliceerd. De consultatieperiode sloot op 29 april 2015. Het consultatiedocument voorziet in een verbod voor verzekeraars op het ontvangen van beloningen of vergoedingen van beheerders van beleggingsinstellingen of instellingen voor collectieve beleggingen in effecten (icbe's) voor het aanbieden van beleggingsverzekeringen.

Implementatiewet richtlijn Solvabiliteit II

Op 23 juni 2015 is het wetsvoorstel voor de implementatie van de Omnibus II-richtlijn (zie KS 132 en 134) door de Eerste Kamer vastgesteld. Voorafgaand aan het voorbereidend onderzoek door de Eerste Kamer-commissie voor Financiën heeft deze commissie (besloten) gesproken met vertegenwoordigers van DNB en Zorgverzekeraars Nederland over de solvabiliteitseisen voor zorgverzekeraars.

Rechtspraak

- CBB 26 april 2015, ECLI:NL:CBB:2000:ZG1930 (schadevergoeding, Wtv);
- HvJ EU, 29 april 2015, JOR 2015/172, m.nt. Lieveverse (*Nationale Nederlanden / Van Leeuwen*);
- HvJ EU 25 juni 2015, zaak C-18/14 (gekwalficeerde deelnemingen in verzekeraar).

Literatuur

- B.W.G. van der Velden, 'Rondom het nieuws. Activeren: een nieuwe gedragsnorm voor levensverzekeraars', *FR* 2015, afl. 4;
- E. Pietermaat, 'De NZa: marktmeester én toezicht-houder', *TvT* 2015, afl. 2;
- H. van Toledo, 'Update dossier beleggingsverzekeringen', *Vp-bulletin* 2015/27, afl. 6.

Varia

Commissie Verzekeraars

Op 29 mei 2015 is een kabinetsreactie gestuurd op het rapport *Nieuw leven voor verzekeraars*. De Commissie Verzekeraars heeft, naar aanleiding van een motie van het lid Nijboer onderzocht hoe de Nederlandse verzekeringssector zijn maatschappelijke rol toekomstbestendig kan vervullen. Daartoe heeft de Commissie een aantal aanbevelingen en constatering gedaan, waarop in de kabinetsreactie wordt ingegaan.

8 FINANCIËLE MARKTEN

Europese regelgeving

Europese Commissie evalueert IAS verordening

Meer dan een decennium na de inwerkingtreding van Verordening 1606/2002 (IAS Verordening) voert de Europese Commissie een evaluatie uit of deze verordening aan zijn oorspronkelijk doelstellingen beantwoordt. Deze evaluatie zal inzicht geven in de ervaring met de Standards IFRS-accountingnormen (International Financial Reporting) in Europa. Door toepassing van deze internationale IFRS-standaarden zouden de bedrijven hun financiële rapportage moeten standaardiseren zodat: 1. de financiële verslaggeving transparanter en vergelijkbaarder is; en 2. De EU-kapitaalmarkt en de eenvormige markt efficiënter werken.

European Financial Stability and Integration Report (EFSIR)

Op 27 april 2015 heeft de Europese Commissie de jaarlijkse European Financial Stability and Integration Report openbaar gemaakt. Speciale aandacht werd besteed aan de volgende onderwerpen: 1. mededinging en regulering in de financiële sector; 2. cyber security-risico's; 3. kredietinformatie van MKB'ers; en 4. schuldenlast van de privé-huishoudens.

Nederlandse regelgeving

Consultatiedocument implementatie MiFID II

Zoals onder het kopje beleggingsondernemingen al werd behandeld, op 5 juni 2015 werd het concept-wetsvoorstel terzake van de Wet implementatie richtlijn markten voor financiële instrumenten 2014 ter consultatie voorgelegd aan de markt. Een van de hoofdpunten van het ontwerp-wetsvoorstel betreft de zogenaamde 'algoritmische handel'. Door middel van een geautomatiseerd algoritme worden hierbij automatisch aspecten van orders bepaald zonder of met weinig menselijk ingrijpen. Hoewel algoritmische handel voordelen voor de markt en de marktdeelnemers heeft opgeleverd, brengt deze technologie ook een aantal (potentiële) risico's met zich mee. Evenals andere vormen van handel, kan algoritmische handel zich bijvoorbeeld lenen voor bepaalde misbruiken die ingevolge Verordening 596/2014 (Verordening Marktmisbruik) moeten worden verboden. Hiertoe zijn reeds bepaalde maatregelen en specifieke risicocontroles ingevoerd. Het ontwerp-wetsvoorstel voorziet thans in een nadere regulering van de geautomatiseerde handel in financiële instrumenten.

Overig

Implementatiewet wijziging richtlijn transparantie, *Kamerstukken II* 2014/15, 34232, 1 t/m 4.

Rechtspraak

- CBB 22 januari 2015, *JOR* 2015/108 m.nt. Doorenbos (marktmanipulatie);
- HvJ EU 28 januari 2015, zaak C-375/13, *JOR* 2015/109 m.nt. Arons (prejudiciële beslissing, vraag omtrent internationale rechtsmacht, gedupeerde belegger claimt schade door misleidende informatie bij uitgifte effecten);
- Hof Amsterdam 24 februari 2015, *JOR* 2015/106 m.nt. Joshephus Jitta & Beckman (jaarrekeningprocedure, wijziging in waarderingsgrondslag is stelselwijziging die moet worden toegelicht, verantwoording herinvesteringsreserve, in casu onvoldoende toelichting, vernietiging besluit vaststelling jaarrekening);
- Rb. Rotterdam 23 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2845 (marktmanipulatie, wettelijk kader art. 5:58 lid 1 onderdeel b Wft, term ‘teneinde’);
- HR 24 april 2015, *Ondernemingsrecht* 2015/59, afl. 8, m.nt. C.W.M. Lieveerse (*Almer Beheer BV e.a. / Van den Dungen Vastgoed BV*) (Richtlijn 2003/71/EG; executoriale verkoop van aandelen; geen prospectusplicht)
- Rb. Rotterdam 30 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3486 (marktmanipulatie);
- CBb 12 mei 2015, ECLI:NL:CBB:2015:150 (marktmanipulatie; geen feitelijk of functioneel dader).

Literatuur

- C.H.D.W. van den Borne-Verheijen, ‘Klantbelang Centraal bij consumentenkrediet’, *FR* 2015, afl. 5, p. 184;
- P.G.M. Brouwer, ‘Eén hobbel op de weg minder: geen prospectusplicht bij executoriale verkoop van effecten’, *Bb* 2015/27, afl. 9;
- W.J. Horsten, ‘Coco’s’, *Ondernemingsrecht* 2015/65, afl. 9;
- B.J. de Jong, ‘De spannende driehoeksverhouding tussen financiële markten, recht en economische wetenschap’, *Ondernemingsrecht* 2015/63, afl. 9;
- D.M. van de Linde, ‘De plaats van de grondstofhandelaar in de European Market Infrastructure Regulation (EMIR)’, *TvCo* 2015, afl. 2;
- S. Ramsanjhal, ‘De Verordening Marktmissbruik: enkele gevolgen voor de strafrechtpraktijk’, *Tijdschrift Onderneming & Strafrecht in Praktijk* 2015, afl. 3/4;
- K. Rutten & D. Smedts, ‘Een nieuw hoofdstuk in de sage “Fortis”’, *TOP* 2015, afl. 3.

MEDEDINGINGSRECHT

📁 AAK20157871

Mr. M. Kuijper

NEDERLANDS MEDEDINGINGSRECHT

Handhaving

NS handelt in strijd met Spoorwegwet bij aanbesteding openbaar vervoer Limburg

De NS heeft in 2014 concurrent Veolia benadeeld voorafgaand aan de aanbesteding van het openbaar vervoer in Limburg voor de periode 2016 tot en met 2031. Dit heeft de ACM besloten op 6 maart 2015. Het besluit werd pas op 3 juni 2015 gepubliceerd, aangezien de NS zich in eerste instantie tegen openbaarmaking daarvan verzette. Veolia, Arriva en NS-dochter Abellio hadden zich voor deze aanbestedingsprocedure ingeschreven. Veolia diende gebruik te kunnen maken van enkele diensten en voorzieningen van de NS om aan de inschrijvingscriteria te kunnen voldoen. In dat kader had Veolia de NS verzocht om haar een aanbod te doen voor het ter beschikking stellen van onder meer kaartverkoopautomaten en pauzelocaties voor personeel op de stations. Op grond van artikel 67 van de Spoorwegwet was de NS verplicht tijdig op dit verzoek te reageren en een redelijk aanbod te doen, zodat Veolia in staat was het aanbod zorgvuldig te verwerken in haar inschrijving. De ACM constateert dat de NS de behandeling van het verzoek van Veolia onnodig heeft vertraagd. Ook heeft de NS voor een aantal door Veolia verzochte diensten en voorzieningen geen redelijk aanbod gedaan. Veolia kon niet zelf op een voor haar haalbare wijze voorzien in deze diensten en voorzieningen. Door deze handelwijze heeft NS de Spoorwegwet overtreden. Bovendien heeft de NS zich naar het oordeel van de ACM schuldig gemaakt aan overtreding van artikel 71 van de Spoorwegwet door concurrentiegevoelige informatie van Arriva en Veolia te delen met haar dochteronderneming Abellio. De NS heeft door haar gedrag de concurrentiepositie van Veolia nadelig beïnvloed. Aangezien de aanbestedingsprocedure is afgerond, acht de ACM het opleggen van een last onder dwangsom, waar Veolia om had verzocht, op dit moment niet nodig. De ACM beslist op een later moment over het opleggen van een boete vanwege mogelijk machtsmisbruik door de NS, waar nu nog een onderzoek naar loopt. (Besluit ACM, 6 maart 2015, 14.0983.53, *Veolia / NS*).

Rechtspraak

ACM mag telefoontaps van het OM gebruiken in boetesaken
Op 9 juli 2015 heeft het College voor Beroep voor het Bedrijfsleven (CBb) in een tweetal vergelijkbare kartelzaken uitspraak gedaan over de vraag of ACM gebruik mag maken van telefoontaps van het Openbaar Ministerie (OM) bij het opleggen van bestuurlijke boetes. De eerste uit-

spraak ziet op prijsafspraken tussen ondernemingen over de inzameling van zeescheepsafval. De tweede uitspraak gaat over informatie-uitwisseling tussen ondernemingen over de aanbesteding van grond-, weg- en waterbouw in Zuid-Limburg. Het draait in beide uitspraken om het feit dat ACM geluidsbestanden, transcripties en samenvattingen van telefoontaps als bewijs heeft gebruikt die in een strafrechtelijk onderzoek door het OM zijn verkregen. Beide ACM-besluiten zijn door de Rechtbank Rotterdam vernietigd. De rechtbank oordeelde dat ACM geen gebruik had mogen maken van de telefoontaps uit het strafdossier die zij op grond van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens (Wjsg) had verkregen van het OM. Volgens de rechtbank had het OM geen kenbare, voor de rechter toetsbare belangenafweging gemaakt, nu er geen schriftelijke motivering van de officier van justitie ten tijde van de verstrekking van de gegevens voorhanden was. Het CBB komt echter tot de conclusie dat zowel de Wjsg als de wetgeschiedenis een dergelijke schriftelijke motivering van de officier van justitie niet vereist. Het CBB is van oordeel dat de tapverslagen rechtmatig zijn verkregen en verstrekt aan ACM zodat geen sprake is van strijd met artikel 8 EVRM. Zo zijn de telefoontaps (waaruit de tapgegevens zijn verkregen) geplaatst nadat de rechter-commissaris daarvoor een machtiging had verstrekt en voorziet de wet ten aanzien van de rechtmatigheid van de verkrijging van de gegevens in een met voldoende waarborgen omklede civielrechtelijke en bestuursrechtelijke procedure. Daarbij komt dat de informatie over eventuele prijsafspraken in redelijkheid niet op een andere, minder belastende wijze, door ACM kon worden verkregen, aangezien dit soort afspraken zelden op papier worden vastgelegd. De omstandigheid dat ACM zelf geen bevoegdheid heeft om de telefoontaps te plaatsen vormt geen grond voor het oordeel dat het gebruik van de verstrekte tapgegevens door ACM ontoelaatbaar moet worden geacht. Het CBB heeft beide uitspraken vernietigd en de zaken terugverwezen naar de rechtbank. (CBB 9 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:192 & ECLI:NL:CBB:2015:193).

Deelnemer aan gasgeïsoleerd schakelmateriaal-kartel veroordeeld tot betaling kartelschade

De Rechtbank Gelderland heeft op 10 juni 2015 eindvonnis gewezen in een langslpende zaak die voortbouwt op het wereldwijde gasgeïsoleerd schakelmateriaal-kartel. De Europese Commissie en het Hof van Justitie van de EU hebben respectievelijk in 2007 en 2014 vastgesteld dat Alstom en een aantal andere multinationals in de jaren negentig een wereldwijd kartel vormden dat betrekking had op gasgeïsoleerd schakelmateriaal. TenneT (althans een rechtsvoorganger) heeft bij Alstom ten tijde van het kartel gasgeïsoleerd schakelmateriaal ingekocht en stelt daarvoor te veel betaald te hebben (prijsofslag). Naar aanleiding daarvan heeft TenneT een kartelschadeclaim (zogenoemde *follow-on claim*) aanhangig gemaakt voor de schade die zij heeft geleden. Nadat eerder al de aansprakelijkheid van Alstom was vastgesteld (Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:

6766), heeft de rechtbank zich in deze zaak gebogen over de hoogte van de schadevergoeding. De rechtbank oordeelt dat een exacte vaststelling van de schade ingewikkeld is, nu het aannemelijk is dat TenneT de hogere prijs gedurende een groot aantal jaren geheel of gedeeltelijk heeft doorberekend in haar transporttarieven. Het verweer van Alstom dat TenneT geen aanspraak kan maken op vergoeding van de prijsofslag, omdat zij de hogere prijs heeft doorberekend aan haar afnemers (zogenoemde *passing-on defence*), slaagt echter niet. De rechtbank heeft bij de beoordeling van het doorberekeningsverweer namelijk aansluiting gezocht bij de voordeelverrekening van artikel 6:100 BW. Dit maakt dat het doorberekende deel van de prijsofslag alleen van de schadevergoeding kan worden afgetrokken voor zover dit redelijk is. In dit geval acht de rechtbank doorberekening van de prijsofslag niet redelijk. Zo is het vrijwel uitgesloten dat (eind)afnemers van TenneT Alstom alsnog zouden aanspreken tot vergoeding van het aan hen doorberekende deel van de prijsofslag. Daarnaast zal de schadevergoeding voor een groot deel ten goede komen aan de eindgebruikers, nu het in toekomstige energieprijzen zal worden doorberekend en terug zal vloeien in de staatskas aangezien TenneT een 100% staatsdeelneming is. (Rechtbank Gelderland 10 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3713).

Literatuur

- R. Kemp, M.L. Leijh-Smith & K. Schep, ‘Concentratietoezicht ACM in de ziekenhuissector’, *MM* 2015, afl. 3, p. 102-114;
- J.L. Smeehuijzen, ‘Verjaring van civiele schadeclaims wegens schending van het mededingingsrecht’, *MP* 2015, afl. 3, p. 37-41;
- S.M.C. Nuijten, ‘Functioneel daderschap en feitelijke leidinggever: de dader in het bestuursrecht’, *MP* 2015, afl. 5, 22-26;
- M.R. Baneke, ‘Duurzaamheid is al snel te duur onder het kartelverbod’, *MP* 2015, afl. 5, p. 27-29.

EUROPEES MEDEDINGINGSRECHT

Rechtspraak

Gerecht vernietigt besluit Commissie: geen staatssteun bij herontwikkeling centrum Leidschendam

De Europese Commissie oordeelde in 2013 dat de gemeente Leidschendam-Voorburg bij de herontwikkeling van het centrum van Leidschendam onrechtmatige staatssteun had verleend aan projectontwikkelaar SJB. Op 30 juni 2015 vernietigde het Gerecht van de EU dit besluit. De casus was als volgt. De gemeente sloot in 2004, in het kader van de herinrichting van het centrum, een publiek-privaat partnerschap met SJB voor de eerste fase van dit project (de grondexploitatiefase). Overeengekomen werd dat elk van de partijen 50% van de kosten en risico's zouden

dragen en dat SJB aan de gemeente 7,2 miljoen euro zou betalen voor de grond waarop zij in de bouwfase van het project wooneenheden zou neerzetten. Ook kwamen partijen overeen dat de bouw van de woningen door de ontwikkelaar uitgesteld kon worden tot dat 70% van de woningen zou zijn voorverkocht. In 2008 bleek dat vanwege vertragingen in het project en intrede van de financiële crisis geen van de te bouwen wooneenheden was voorverkocht. Zodoende deed SJB een beroep op de 70%-regeling. Om het project niet op een mislukking (en financiële strop) te laten uitdraaien trad de gemeente opnieuw in overleg met SJB. In de aanvullende samenwerkingsovereenkomst 2010 die daaruit voortvloeide, werd de grondprijs van 7,2 miljoen euro verlaagd tot de grondwaarde op dat moment (4 miljoen euro) en werden bepaalde door SJB aan PPP verschuldigde bijdragen kwijtgescholden. In ruil hiervoor zou SJB afzien van de 70%-regeling. De Commissie oordeelde in 2013 dat de lagere grondprijs en kwijtschelding onrechtmatige staatssteun opleverde. Het Gerecht overwoog echter dat de Commissie niet had aangetoond dat de gemeente niet heeft gehandeld zoals een redelijk handelende private ondernemer in vergelijkbare omstandigheden gedaan zou hebben. Zo heeft de Commissie volgens het Gerecht tal van relevante aspecten, zoals het feit dat de gemeente de overeenkomst niet zonder meer kon en wilde ontbinden en de vraag of ontbinding en heraanbesteding een hogere grondprijs zou hebben opgeleverd, niet meegenomen in haar overwegingen waar dit wel had moeten om te kunnen bepalen of SJB onder normale markt-omstandigheden eenzelfde voordeel zou hebben verkregen en de gemeente economisch rationeel heeft gehandeld. Het Gerecht verklaarde het besluit van de Commissie nietig. De Commissie kan eventueel een nieuw onderzoek doen en een nieuw besluit nemen of tegen de uitspraak in hoger beroep gaan bij het Hof. (Gerecht van de EU 30 juni 2015, gevoegde zaken T-186/13, T-190/13 en T-193/13.)

Literatuur

- M. Visser & J.K. Winters, ‘Platgeslagen platforms: MFN’s problematisch?’, *MM* 2015, afl. 3, p. 94-101;
- P.B. Gaasbeek, ‘Prioritering en rechtsbescherming in het mededingingsrecht: de zaak *easyJet*’, *NtER* 2015, afl. 6, p. 196-202;
- M. Kuijper & F. Leeftang, ‘De richtlijn betreffende schadevorderingen wegens inbreuken op het mededingingsrecht – gevolgen voor de praktijk’, *MP* 2015, afl. 3, p. 29-36;
- S.F.M. Vollering & T.D.O. van der Vijver, ‘API, een noot over mededingingsbeperkingen en overheden’, *NtER* 2015, afl. 5, p. 148-153.

ECONOMISCH RECHT EN INTELLECTUELE EIGENDOM

AAK20157873

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

PERIODE 15 MAART 2015 – 1 JULI 2015

Jurisprudentie (slechts een selectie!)

Auteursrecht

Een live-uitzending als mededeling aan het publiek

In de zaak die heeft geleid tot het arrest *C More Entertainment v. Sandberg* (HvJ EU d.d. 26 maart 2015, zaak C-279/13) bood C More op zijn website tegen betaling live-uitzendingen van ijshockeywedstrijden aan. Sandberg wist een link te genereren die de gebruiker rechtstreeks naar de live-uitzending bracht, zonder dat hij daarvoor betaalde. Deze link plaatste Sandberg op zijn eigen website. De vraag die door de Zweedse rechter moest worden beantwoord was of door het linken naar op zichzelf legale uitzendingen sprake was van een mededeling aan het publiek. Nu is het begrip ‘mededeling aan het publiek’ neergelegd in artikel 3, lid 2 van de Auteursrechtlijn (Richtlijn 2001/29/EG). Deze richtlijn beperkt de bescherming echter tot de beschikbaarstelling *on demand*, dat wil zeggen de situatie waarbij het publiek in staat wordt gesteld toegang te krijgen tot het beschermde materiaal op een door hen individueel gekozen plaats én een individueel gekozen tijdstip. Dit uitsluitende recht wordt ingevolge artikel 3, lid 2, sub d van de Auteursrechtlijn ook toegekend aan omroeporganisaties met betrekking tot de vastlegging van hun uitzendingen.

In de onderhavige casus was er evenwel geen sprake van een beschikbaarstelling *on demand*, maar van directe uitzendingen. Ingevolge de Zweedse auteurswet werden evenwel ook directe uitzendingen als een ‘mededeling aan het publiek’ beschouwd. Het uitsluitende recht van omroeporganisaties werd hierdoor uitgebreid. In de prejudiciële vraag die vervolgens aan het HvJ EU werd voorgelegd, werd de vraag gesteld of het lidstaten is toegestaan deze ruimere bescherming te bieden.

Het HvJ EU oordeelt dat de auteursrechtlijn beoogt het auteursrecht en de naburige rechten te harmoniseren voor zover dit noodzakelijk is voor een goede werking van de interne markt. Een volledige harmonisatie is niet beoogd. Wel heeft er harmonisatie plaatsgevonden voor zover het *on demand* betreft. Het HvJ EU wijst vervolgens op de richtlijn betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten (thans Richtlijn 2006/115). In artikel 8, lid 3 van die richtlijn is bepaald dat de lidstaten aan omroeporganisaties het uitsluitende recht toekennen om heruitzendingen van hun uitzendingen via de ether en de mededeling aan het publiek van hun uitzendingen toe te staan of te verbieden, indien deze mededeling plaatsvindt op plaatsen die tegen betaling van een toegangsprijs voor het publiek toegankelijk zijn. Uit overweging 16 van

diezelfde richtlijn vloeit voort dat lidstaten moeten kunnen voorzien in een verderreikende bescherming van houders van naburige rechten dan op grond van de bepalingen van die richtlijn betreffende uitzending en mededeling aan het publiek vereist is. Artikel 3, lid 2 Auteursrechtlijn laat, zo vervolgt het HvJ EU, deze aan de lidstaten geboden ruimte in beginsel onverlet.

Het Hof oordeelt dan ook dat artikel 3 lid 2 van de Auteursrechtlijn zich niet verzet tegen een nationale regeling waarin het uitsluitende recht van omroeporganisaties wordt uitgebreid tot mededelingen aan het publiek waarvan sprake zou kunnen zijn bij live-uitzendingen van sportevenementen op internet, mits een dergelijke uitbreiding de bescherming van het auteursrecht onverlet laat.

Valt een verkoopaanbieding of een reclame-uiting onder het distributierecht?

Een auteur van een auteursrechtelijk werk beschikt over het uitsluitende recht elke vorm van distributie onder het publiek van het origineel van zijn werk of een kopie daarvan, door verkoop of anderszins, toe te staan of te verbieden. Deze bepaling is in artikel 4, lid 1 van de auteursrechtlijn (Richtlijn 2001/29/EG) neergelegd. De vraag die centraal staat in de zaak die heeft geleid tot het arrest *Dimensione Direct Sales SRL tegen Knoll International SpA* (HvJ EU d.d. 13 mei 2015, zaak C-216/13) is of een auteur op basis van het distributierecht ook het recht heeft zich te verzetten tegen een verkoopaanbod of een reclame-uiting ten aanzien van zijn werk of een kopie daarvan, zelfs indien dit niet in een daadwerkelijke verkoop resulteert.

Inzet van deze zaak waren diverse fauteuils, stoelen en tafels die werden vervaardigd en verkocht door de groep Knoll. Knoll International SpA maakt onderdeel uit van deze groep en is door de in de Verenigde Staten gevestigde moedermaatschappij gemachtigd om de aan de moedermaatschappij behorende uitsluitende auteursrechten ten aanzien van deze meubelen in Duitsland uit te oefenen.

Dimensione houdt zich eveneens bezig met de verkoop van meubelen. Via haar website biedt zij meubelen te koop aan die gelijkenis vertonen met de meubelen die door Knoll worden verkocht. Op deze ook in het Duits beschikbare website, wordt door Dimensione uitdrukkelijk gesteld dat de koop in Italië plaatsvindt. Wanneer Dimensione in Duitsland via tijdschriften, dagbladen en een reclamefolder, reclame maakt voor de meubelen die zij op haar website te koop aanbiedt, stapt Knoll naar de rechter. Het Bundesgerichtshof als laatste instantie, ziet aanleiding om het HvJ EU uitleg te vragen over de omvang van het distributierecht.

Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen grijpt het HvJ EU eerst terug naar de eerder gewezen arresten *Donner* (zaak C-5/11) en *Blomqvist* (zaak C-98/13), waarin zij reeds uitleg heeft gegeven aan het begrip 'distributie onder het publiek'. Uit deze arresten volgt dat distributie onder het publiek bestaat uit een reeks handelingen die in ieder geval gaat van de sluiting van een koopovereenkomst tot de uitvoering ervan door levering aan een

lid van het publiek. Aanvullend hierop stelt het HvJ EU dat ook verrichtingen of handelingen die aan het sluiten van een koopovereenkomst voorafgaan onder het begrip 'distributie' kunnen vallen.

Het HvJ EU herhaalt dat bij sluiting van een overeenkomst tot verkoop sprake is van 'distributie onder het publiek' en stelt dat dit ook zo is bij een aanbod tot sluiting van een koopovereenkomst dat bindend is voor de aanbieder. Het HvJ EU oordeelt dat een uitnodiging om een aanbod te doen alsmede vrijblijvende reclame met betrekking tot een beschermd object ook behoren tot de reeks handelingen die worden verricht met het doel om dit object te verkopen.

Wanneer een handelaar zich richt tot consumenten op het grondgebied van een andere lidstaat teneinde in die lidstaat aan een ander toebehorende auteursrechtelijk beschermde werken of kopieën daarvan te koop aan te bieden en via zijn website door reclame uit te nodigen tot aankoop hiervan, kan sprake zijn van inbreuk op het distributierecht. In r.o. 32 oordeelt het HvJ EU dan ook dat het voor de constatering van een inbreuk op het distributierecht geen verschil maakt dat er na de reclame geen eigendomsoverdracht van het beschermde werk of van de kopie ervan aan de koper plaatsvindt. Kortom, op grond van het distributierecht is verzet mogelijk indien een verkoopaanbod voor het origineel of een kopie van een auteursrechtelijk werk wordt gedaan of hiervoor gerichte reclame wordt gemaakt, zelfs indien niet vaststaat dat een zich in de Unie bevindende koper het beschermde object op grond van dit aanbod of deze reclame koopt, voor zover die reclame consumenten die zich bevinden in een lidstaat waarin dat werk auteursrechtelijk beschermd is, uitnodigt tot koop ervan over te gaan.

Merkenrecht

Gemeenschapsmerk met dominant Arabisch woordelement
De ondernemingen Loutfi en Meatproducts brengen dezelfde dan wel soortgelijke producten op de markt; het betreft hier zogenaamde halalproducten, die bereid worden volgens de islamitische voorschriften. Loutfi is houder van een aantal gemeenschapsmerken, met daarin als dominante woordelementen 'EL BNINA', en 'EL BENNA'. Door Meatproducts wordt het (inmiddels als Beneluxmerk ingeschreven) teken 'EL BAINA' als dominant woordelement gebruikt. Het betreft hier Arabische woorden in Latijns en Arabisch schrift, die een zekere visuele overeenstemming vertonen, maar die qua uitspraak en betekenis in het Arabisch sterk verschillen.

Loutfi is in België een procedure gestart om het gebruik van het teken 'EL BIANA' te verbieden, waarbij zij (o.m.) stelt dat er sprake is van verwarringsgevaar. Duidelijk zal zijn dat het voor de beoordeling of er sprake is van mogelijk verwarringsgevaar van belang is of rekening mag worden gehouden met het verschil in betekenis en uitspraak van deze Arabische woorden. In het arrest *Loutfi Management tegen Meatproducts* van 25 juni 2015 (zaak C-147/14) geeft het HvJ EU aan hoe het in artikel 9,

lid 1, onder b van de gemeenschapsmerkenverordening (Vo nr. 2017/2009) verwarringsgevaar in dit kader moet worden beoordeeld. Relevant in dit kader is dat de verwijzende rechter reeds heeft geoordeeld dat in casu het relevante publiek uit moslimpubliek in de Europese Unie bestaat, dat minstens een basiskennis van het geschreven Arabisch heeft.

Het HvJ EU is van oordeel dat bij de beoordeling van het mogelijke verwarringsgevaar tussen een gemeenschapsmerk en een teken, die betrekking hebben op dezelfde of soortgelijke waren en beide een dominant Arabisch woord in Latijns en Arabisch schrift bevatten, waarbij deze woorden visueel overeenstemmen, de betekenis en de uitspraak van deze woorden in aanmerking moeten worden genomen in omstandigheden waarin het voor het gemeenschapsmerk en het betrokken teken relevante publiek een basiskennis van het geschreven Arabisch heeft.

BELASTINGRECHT

AAK20157875

Mr. L.J.A. Pieterse

Wet- en regelgeving

Internationale belastingontwijking

In het voorjaar heeft een bijeenkomst plaatsgevonden met een commissie van het Europees Parlement, die onderzoek doet naar omstreden belastingpraktijken binnen de Europese Unie (zie daarover *V-N* 2015/32.7). Na afloop daarvan heeft staatssecretaris Wiebes (Financiën, VVD) laten weten dat er een einde zal komen aan de praktijk van buitenlandse multinationals die in Nederland alleen vennootschappen oprichten om er elders belasting mee te omzeilen: de zogenoemde brievenbusmaatschappijen. Wat de staatssecretaris betreft zullen vennootschappen voortaan moeten aantonen dat ze daadwerkelijk economisch actief zijn en mensen in dienst hebben – het zogeheten *substance-criterium*. De brievenbusmaatschappijen naderen derhalve hun einde, als we de staatssecretaris tenminste mogen geloven ('Kabinet wil einde maken aan brievenbusmaatschappijen', *NRC Handelsblad* 30 mei 2015, p. 7 van het katern *Economie*).

Maar er zal meer nodig zijn om internationale belastingontwijking te bestrijden. Zo zal betere uitwisseling van informatie tussen belastingdiensten moeten plaatsvinden. Daarvan wordt de laatste tijd in tal van gremia serieus werk gemaakt (zie *KwartaalSignaal* 135 en P. Kavelaars, 'Responsible tax in ontwikkeling', *TFO* 2015/139.1). Zo is Nederland onlangs met Duitsland overeengekomen te starten met wederzijdse automatische gegevensuitwisseling over *rulings* tussen de belastingdiensten. Ook de Europese Commissie ontplooit initiatieven die belastingontwijking moeten beteugelen. Zo probeert zij, om één voorstel te noemen, opnieuw een uniforme grondslag voor de vennootschapsbelasting tot stand te brengen, zodat multinationals

niet meer kunnen 'spelen' met de systeemverschillen die thans tussen de verschillende lidstaten bestaan.

'Er gaan geruchten dat de Commissie ook een minimumtarief gaat voorstellen van 10% voor de winstbelasting. (...) Het voorstel van de Commissie is verder vooral toegesneden op de toegenomen internationale inspanningen om belastingontwijking door multinationals tegen te gaan. Zo wil de Commissie het eenvoudiger maken dat belastingdiensten uit meerdere landen gezamenlijk boekenonderzoek doen'

('Brussel zet stap naar fiscale harmonisatie', *Het Financieele Dagblad* 17 juni 2015, p. 5.)

Integratie fiscale innovatieregelingen

Innovatie wordt gezien als een bron voor duurzame economische groei. Daarnaast levert zij een bijdrage aan de versterking van het concurrentievermogen van Nederland. Uit onderzoek blijkt dat het maatschappelijk rendement (zoals 'kennisspillovers, waar andere bedrijven van kunnen meeprofitieren') van extra uitgaven voor onderzoek en ontwikkeling substantieel hoger ligt dan het private rendement. 'Om deze reden stimuleert en ondersteunt de overheid bedrijven om te investeren in R&D. Doel van het kabinet is daarbij dat in Nederland in 2020 2,5% van het BBP wordt uitgeven aan R&D (door publieke en private partijen)' (zie p. 2 van de brief van 7 juli 2015, *V-N* 2015/34.12). Dat doel tracht het kabinet onder meer te bereiken door zogenoemde fiscale innovatieregelingen. Het kabinet stelt voor om de extra aftrekpost die in de winstfeer bestaat voor investeringen in onderzoek en ontwikkeling te integreren in de – positief geëvalueerde – regeling die voorziet in een afdrachtvermindering op de loonbelasting en premie volksverzekeringen (de loonheffingen). De aangekondigde regeling wordt derhalve een afdrachtvermindering met als grondslag alle kosten voor onderzoek en ontwikkeling (loonkosten, overige kosten en uitgaven). Deze grondslag vormt de basis voor de berekening van het bedrag dat op de af te dragen loonheffingen in mindering kan worden gebracht. Daarbij wordt gedacht aan 30% (40% voor starters) over de kosten tot € 300.000 en 15% over de kosten boven de € 300.000.

Herziening belastingstelsel

Belastingwetgeving is niet altijd gemakkelijk te doorgronden. Dat heeft uiteraard consequenties voor de uitvoerbaarheid daarvan door de fiscus (en niet te vergeten de administratieve lasten die ingewikkelde wetgeving voor belastingplichtigen oproept). De Algemene Rekenkamer heeft hiervoor aandacht gevraagd. Zij heeft erop gewezen dat complexe wetgeving leidt tot problemen in de uitvoering (zie daarover uitgebreid de brief van 19 maart 2015 over de herziening van het belastingstelsel). Daarbij valt te denken aan de werkkostenregeling in de loonbelasting. Een ander voorbeeld is de crisisheffing, een tijdelijke maatregel die bepaald niet rechtvaardig wordt bevonden (p. 4 van voornoemde brief). Deze heffing heeft namelijk tot circa 10.000 bezwaarschriften geleid. De Algemene Rekenkamer meent dat fricties tussen wetgeving en uitvoering mogelijk ook zullen ontstaan bij de (voorgestelde) nieuwe wetgeving voor de kansspelbelasting. Door onder

meer de Raad van State zijn kritische kanttekeningen geplaatst bij het voorstel, 'onder andere over de tariefdifferentiatie, de te verwachte regeldruk en de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid' (p. 5).

Het wordt tijd dat een minder complex belastingstelsel tot stand wordt gebracht. 'In het belang van een ordentelijke herziening van het belastingstelsel is het zaak dat het kabinet niet lang op zich laat wachten met een eerste houtskoolschets van het nieuwe stelsel. De Tweede Kamer moet voldoende tijd worden gegund om in overleg met het kabinet tot minder complexe belastingwetgeving en tot een uitvoerbaar belastingstelsel te komen' (p. 10). Dat zijn zeker behartenswaardige opmerkingen, maar bij de hervorming van het belastingstelsel zal ook rekening moeten worden gehouden met noties van rechtvaardigheid. De keuzes die in dit kader moeten worden gemaakt, zoals de herverdeling van ongelijke inkomens ('Inkomensongelijkheid rijke landen stijgt verder', *NRC Handelsblad* 22 mei 2015), zullen ongetwijfeld leiden tot regelingen die afbreuk doen aan de gewenste eenvoud.

Bij een herziening van het belastingstelsel zal ook het grote aantal belastinguitgaven tegen het licht gehouden moeten worden. Belastinguitgaven zijn fiscale regelingen die worden ingezet om doelstellingen te verwezenlijken op het gebied van bijvoorbeeld economie, werkgelegenheid, milieu, energie en vervoer (zie de brief van de Algemene Rekenkamer van 19 maart 2015 bij de webpublicatie 'Belastinguitgaven en milieueffecten').

Maar tot een fundamentele herziening van het belastingstelsel zal het voorlopig niet komen. De plannen die in juni door het kabinet zijn gelanceerd, en onder meer zouden moeten leiden tot een belastingverschuiving van arbeid naar consumptie, zoals dat in bezwerende termen wordt uitgedrukt, kunnen niet rekenen op voldoende draagvlak in de politieke arena en hebben in het wetenschappelijke domein evenmin op veel steun mogen rekenen (zie bijvoorbeeld: Sweder van Wijnbergen, 'Wiebes' belastingplan: denkfout na denkfout', *NRC Handelsblad* 25 juni 2015, p. 17). Het zal vermoedelijk blijven bij een belastingverlaging in de inkomstenbelasting van omstreeks € 5 miljard.

Reorganisatie Belastingdienst

De Algemene Rekenkamer maakt zich zorgen over de verouderde geautomatiseerde systemen van de Belastingdienst, zo blijkt bijvoorbeeld uit haar Verantwoordingsonderzoek over 2014. Volgens de rekenkamer is op dit terrein sprake van een 'ernstige onvolkomenheid' ('Rekenkamer: kabinet hervormt te gehaast', *NRC Handelsblad* 21 mei 2015). Dat is een stevige kwalificatie te noemen. Inmiddels heeft staatssecretaris Wiebes (Financiën, VVD) aangekondigd behoorlijk te gaan saneren. Het is de bedoeling dat circa 5.000 van de 30.000 banen bij de Belastingdienst zullen verdwijnen. Maar het voornemen is ook om circa 1500 nieuwe mensen aan te trekken. Deze mutatie moet zorgen voor een kwaliteitsverbetering, omdat de nieuwe medewerkers hoogopgeleid moeten zijn en meer affiniteit met automatisering dienen te hebben dan de huidige populatie

ambtenaren, die niet alleen relatief oud maar ook relatief laagopgeleid is ('Wiebes grijpt toch in: top fiscus en 5.000 man weg', *NRC Handelsblad* 20 mei 2015, p. 2).

Vermogensrendementsheffing

De vermogensrendementsheffing – ook wel box 3 genoemd – ligt onder vuur (zie *KwartaalSignaal* 135 en C. Bruijsten, 'Waardering verhuurde woningen in box 3: delegatieruimte en toetsing aan het EVRM', *NTFR-B* 2015/20). Het kabinet heeft laten weten dat deze heffing, die vermogen van particulieren in de heffing van inkomstenbelasting betreft, op de schop gaat. De bedoeling is dat het in aanmerking te nemen fictieve rendement van thans 4% wordt gedifferentieerd. Voortaan zal per vermogenstitel (spaarsaldo, aandelenportefeuille, onroerend goed) een bepaald rendement gelden, zij het dat de belastingplichtige wellicht de mogelijkheid krijgt tegenbewijs te leveren. Het rendement, dat tegen het huidige tarief van 30% wordt belast, zal periodiek worden herijkt op basis van in de markt gerealiseerde rendementen.

In de vakpers is niet enthousiast gereageerd op deze plannen. 'De fictie van inkomstenbelasting op behaald rendement wordt doorgezet, maar nu moet de Belastingdienst gemiddeld rendement gaan uitrekenen op respectievelijk spaargelden, vastgoed en aandelen. Met dat spaargeld zal het wel lukken, maar inschatten van rendement op privaat gehouden vastgoed? En dan hebben we het maar niet over de vergaarbak "aandelen", waar van alles in kan komen. (...) En je kan de handige jongens al zien aankomen die met slim opgetuigde derivatenconstructies een belegging in de fiscaal lage categorie laten vallen terwijl de belegger toch mee profiteert van de meevallers in de hoge categorie. Wiebes' plannen zetten de deur wijd open voor arbitrage gedreven belastingontwijking (...)', zo betoogt Sweder van Wijnbergen ('Wiebes' belastingplan: denkfout na denkfout', *NRC Handelsblad* 25 juni 2015, p. 17). Ook Stevens heeft zijn bedenkingen. 'Een tegenbewijsregeling zet iedereen weer jaarlijks aan het rekenen om te weten wat het voordeligste is: het werkelijke of het fictieve rendement', aldus deze gedreven fiscalist. Hij vervolgt: 'Bovendien leidt de keuzemogelijkheid ertoe dat de moeizaam door box 3 uitgebannen belastingarbitrage weer opnieuw de kop opsteekt. (...) Daar komt bij dat er veel discussie zal ontstaan over de kwalificatie van de vermogenstitels. Behoren woningen en bedrijfspanden tot dezelfde categorie?' (Leo Stevens, 'Bijsturen heffing op vermogen is noodzakelijk', *Het Financieele Dagblad* 14 juli 2015, p. 9).

Jurisprudentie

Renteaftrekbepaling voor multinationals

De Hoge Raad heeft een belangrijk arrest gewezen op het terrein van de vennootschapsbelasting, en dat komt niet wekelijks voor, om het eufemistisch uit te drukken. Het arrest gaat over de reikwijdte van een bepaling die de aftrekbaarheid van rente in concernverhoudingen beperkt (art. 10a Wet Vpb 1969). Deze bepaling is tamelijk complex

en houdt in dat rente niet aftrekbaar is als een in Nederland gevestigde vennootschap aandelen in een andere vennootschap verwerft (overname) met geld dat geleend is van een concernvennootschap die daarover niet of nauwelijks belasting betaald, bijvoorbeeld omdat zij is gevestigd in een *tax haven*. Op deze regel bestaat een uitzondering als gevolg waarvan de rente toch aftrekbaar is: als aan zowel de lening als de verwerving van de aandelen ‘in overwegende mate zakelijke overwegingen’ ten grondslag liggen, is de rente aftrekbaar. De Hoge Raad vindt dat bij de beoordeling van de zakelijkheid de beweegredenen van alle betrokkenen bij de schuld en de daarmee verband houdende rechtshandeling – de verwerving van de aandelen – in aanmerking (moeten) worden genomen. Indien uitsluitend zou moeten worden gelet op de motieven van de belastingplichtige die de lening is aangegaan, zou toepassing van de in de wet neergelegde renteaftrekbepaling zeer eenvoudig te ontgaan zijn, aldus de Hoge Raad (r.o. 3.1.2). Verder beslist de Hoge Raad dat niet alleen de (beoogde) koop van de aandelen zakelijk moet zijn, maar ook de lening, de wijze van financieren dus, moet zijn ingegeven door zakelijke overwegingen (HR 5 juni 2015, nr. 14/00343, *NTFR* 2015/1843, *V-N* 2015/27.16). ‘De uitspraak van de Hoge Raad sluit aan bij de internationale strijd tegen belastingontwijking door multinationals. De bredere betekenis ervan is dat naast Nederlandse ondernemingen ook buitenlandse concerns hun eigen vermogen niet mogen omleiden via belastingparadijzen om daar vervolgens in Nederland fiscaal van te profiteren’, om een van de betekenis van het arrest aan te halen (‘Hoge Raad haalt streep door ‘Mauritius-route’, *Het Financieel Dagblad* 17 juni 2015, p. 1).

Zelfincriminatie en het begrip ‘wilsonafhankelijk materiaal’

De fiscus heeft behoefte aan informatie om tot een juiste belastingheffing te komen. Dat kan niet worden ontkend. In de wet zijn tal van bevoegdheden te vinden die de fiscus kan gebruiken om informatie op te vragen bij een belastingplichtige (art. 47 AWR). Als de belastingplichtige daaraan niet meewerkt, kan de fiscus – in een civielrechtelijk kort geding – op straffe van een dwangsom vorderen dat de verlangde informatie (alsnog) wordt gegeven. Dergelijke vorderingen zijn niet toewijsbaar ‘voor zover zij onvoldoende zijn onderbouwd of een zogenoemde “fishing expedition” inhouden’ (HR 24 april 2015 (civiele kamer), nr. 14/02416, *NTFR* 2015/1499). De fiscus zal, aldus nog steeds de Hoge Raad, ‘derhalve aannemelijk moeten maken dat het gevorderde materiaal bestaat en dat de belastingplichtige daarover de beschikking heeft of, met de van hem redelijkerwijs te verwachten inspanning, kan verkrijgen’ (r.o. 3.6.5). Als daaraan wordt voldaan, kan de informatie die op deze manier wordt afgedwongen ook worden gebruikt om een boete op te leggen, als het tenminste om zogeheten wilsonafhankelijk materiaal gaat. Daaronder verstaat de Hoge Raad ‘materiaal dat weliswaar onder dwang is verkregen, maar bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte’. Hieruit volgt, aldus de Hoge Raad, dat de kwalificatie van materiaal als ‘wilsonafhankelijk’ dan wel ‘wilsafhankelijk’ – welk onderscheid samenhangt met het zwijgrecht van de

betrokkene – is verbonden aan de aard van het materiaal (of het in fysieke zin ‘bestaat’ onafhankelijk van de wil van de betrokkene). Volgens de Hoge Raad heeft de feitenrechter bij de vraag of sprake is van wils(on)afhankelijk materiaal ten onrechte relevant geacht of de gevorderde bescheiden zonder medewerking van de betrokkene kunnen worden verkregen (HR 24 april 2015 (civiele kamer), nr. 14/02416, *NTFR* 2015/1499).

Scriptiesuggesties

- De fiscale positie van de Koning. Een van de vragen die in dit verband kunnen worden gesteld is hoe de werkzaamheden van de Koning in fiscale zin gekwalificeerd zouden kunnen, dan wel moeten worden, ook in de omzetbelasting (zie H. Vording, ‘De fiscale positie van de Koning’, *WFR* 2015/588, p. 588-593 en B.G. van Zadelhoff, ‘Een BTW-factuur van de Koning’ (Column), *WFR* 2015/884, p. 884-885).
- Zelfincriminatie. Het internationale recht bevat de norm dat van een beschuldigde (belastingplichtige) niet mag worden verlangd dat zij zichzelf incrimineert. Waar wat dit betreft de grenzen liggen en of de lijn die in de rechtspraak van de Hoge Raad wordt gevolgd in overeenstemming is met de waarborgen die het internationale recht verschaft, is onderwerp van discussie (zie onder meer het commentaar van D.N.N. Jansen, opgenomen bij HR 24 april 2015 (civiele kamer), nr. 14/02416, *NTFR* 2015/1499).
- Juristenportretten. Wie historische interesse heeft, kan zich toelegen op het schrijven van een portret of een kleine biografie van een bekende jurist (te denken valt aan G.J. Wiarda) of – dat is zelden gedaan – een spraakmakende fiscalist (zoals D. Brüll of J.E.A.M. van Dijk, maar gedacht kan ook worden aan andere toonaangevende belastingkundigen, zoals H.J.W. Klein Wassink, H.J. Hofstra of J. van Soest). Daarbij kunnen bijvoorbeeld factoren worden blootgelegd die het denken van deze geleerden hebben beïnvloed. Ook kan worden onderzocht in hoeverre de denkbeelden van deze wetenschappers ingang hebben gevonden, bijvoorbeeld bij de wetgever. Zie voor enige inspiratie de bundel: *Juristenportretten*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2014.
- Motivering van arresten van de (belastingkamer van de) Hoge Raad. Zie daarover M.W.C. Feteris, *Beroep in casus in belastingzaken*, Deventer: Kluwer 2014, p. 413 e.v. en Y. Buruma, ‘Zuinig motiveren, maar wel uitlegen’, *AA* 2015, afl. 2, p. 150-158 (☞ *AA*20150150).
- Vermogensrendementsheffing. Het forfaitaire stelsel dat deze heffing typeert, ligt onder vuur (zo volgt onder meer uit HR 3 april 2015, nr. 13/04247, *V-N* 2015/19.13 en HR 24 april 2015, nr. 14/01504, *V-N* 2015/22.7 en *Kwartaal-Signaal* 135). Dient de heffing over vermogensinkomsten op een andere manier te worden vormgegeven? Is het bijvoorbeeld zaak dat Nederland weer werkelijke opbrengsten gaat belasten? (zie daarover: S. Cnossen, ‘Een negende denkrichting voor staatssecretaris Wiebes’ (Column), *WFR* 2015/762, p. 762-763).

- De toepassing van artikel 81 Wet RO in belastingzaken. In de literatuur is gesignaleerd dat nooit onafhankelijk onderzoek is gedaan naar de wijze waarop de Hoge Raad artikel 81 Wet RO (verkorte motivering) toepast. Van Arendonk heeft opgeroepen een peer review uit te voeren (zie H.P.A.M. van Arendonk, ‘Honderd jaar casatierechtspraak in belastingzaken’, *MBB* 2015, afl. 5-6, p. 147-148). Daarbij kan ook de invloed van ontbrekende verplichte procesvertegenwoordiging worden betrokken (zie J.M.M. Hertoghs, ‘Enige reflecties bij een 100-jarige’, *MBB* 2015, afl. 5-6, par. 8).
- *Fair play* in het belastingrecht (J.A.R. van Eijdsen, ‘Fair play als exponent van fiscaal fatsoen’, *WFR* 2007/1133 en P.J. van Amersfoort, ‘De Belastingkamer van de Hoge Raad als vormgever van beginselen van behoorlijk bestuur’, *MBB* 2015, afl. 5-6, par. 7).
- Kunst en wetenschap. Wat is de relatie tussen kunst en belastingwetenschap en hoe zien beide domeinen hun maatschappelijke functie? (zie de voordrachten die zijn opgenomen in de bundel: F.W. Grosheide e.a., *Wetenschap en kunst*, Kampen: Kok 1954).
- Dieren en fiscus (zie ter inspiratie: J.W.A. Rheinfeld, ‘Het begrip “landbouw” in de cultuurgrondvrijstelling: van siervissen tot fokpaarden...’, *FBN* 2015/23, p. 11-15).
- Transparantie in het belastingrecht. Dit onderwerp staat volop in de belangstelling. Zo heeft de Europese Commissie in het voorjaar het – door de lidstaten gevraagde – zogenoemde *Tax Transparency Package* ingediend (zie daarover ook *KwartaalSignaal* 135). De daarin opgenomen maatregelen roepen verschillende – soms indringende – vragen op (zie over dit onderwerp onder meer A.F. Gunn, ‘Tax rulings openbaar? Ja, graag!’ (Opinie), *NTFR* 2015/1631 p. 1-3; P.J. Wattel, ‘Tax Transparency?’, *NJB* 2015/959, p. 1335; J.A.R. van Eijdsen, ‘Internationale uitwisseling van informatie’, *TFO* 2015/139.3 en bijvoorbeeld ook de in *V-N* 2015/22.0 opgenomen publicatie: ‘Maar u heeft toch niets te verbergen?’).
- Causaliteit in het belastingrecht. Dit onderwerp leent zich voor een nadere verkenning. Wat is de betekenis van causaliteit en/of causaliteittheorieën in het belastingrecht en in hoeverre dienen causaliteitsoverwegingen bij de beoordeling van bepaalde fiscaal relevante verschijnselen (uitgaven, kosten of voordelen) te worden betrokken? Zie onder meer L. Lancée, ‘Van causalisten, finalisten en objectivisten’, *WFR* 1962/937. Zie over dit onderwerp bijvoorbeeld ook de publicaties die te vinden zijn in *WFR* 1987/327, *WFR* 1997/3 en *WFR* 2012/885.
- Rechtsvinding (door de rechter) blijft, ook in belastingzaken, een thema dat steeds opnieuw kan worden gevraagd. Een voorbeeld: in welke mate oriënteert de rechter in belastingzaken zich bij zijn oordeel op algemene rechtsbeginselen? (zie voor andere vragen bijvoorbeeld de boekbespreking van P. Abas, opgenomen in *WPNR* 2015/7063, p. 453-457).

Literatuur

- T.M. Berkhout, *Waarde in het economische verkeer* (2e druk), Deventer: Kluwer 2015;
- J.P. Boer & H. Vording, ‘Keuzes voor een betere vermogensrendementsheffing’, *WFR* 2015/614, p. 614-621;
- B. Emmerig, ‘Stel, het is staatssteun, wat dan?’, *WFR* 2015/594, p. 592-600;
- J. Gooijer, ‘De BEPS-voorstellen en de invulling van belastingsoevereiniteit’ (Opinie), *NTFR* 2015/1672, p. 1-5;
- E.J.W. Heithuis, *Bedrijfsopvolging voor de IB-ondernemer en DGA sinds 2010* (3e druk), Deventer: Kluwer 2015;
- M.G.M. Horyon, *Belastingverdrag Nederland-Duitsland*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015;
- N.M. Ligthart & H.K. Nijkamp, ‘De ongebruikelijke terbeschikkingstelling: ongebruikelijke wetgeving?’, *WFR* 2015/674, p. 674-681;
- A.L. Mertens, *Het beginsel van de minste pijn. Een inleiding tot de loonheffingen* (9e druk), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015;
- W.A.P. Nieuwenhuizen, ‘Zelfs bij een bouwterrein doet de complex- of splitsingsvraag zich voor’, *FBN* 2015/24, p. 16-19;
- M.R.T. Pauwels, “Prejudiciële vragen” aan het EHRM: heeft de Hoge Raad al een boodschappenlijstje opgesteld?, *WFR* 2015/908, p. 908-909;
- L.J.A. Pieterse & M.A. Schreinemachers, *Herziening in belastingzaken. Een analyse van de (on)mogelijkheden van herziening van rechterlijke uitspraken* (3e druk), Deventer: Kluwer 2015;
- B.M.E.M. Schols, ‘Artikel 10 SW: Fictie wordt werkelijkheid?’, *FBN* 2015/17, p. 11-14;
- E.M.F. Schols-van Oppen & N.M. Winter, *Pensioenregelingen* (5e druk), Den Haag: Sdu Uitgevers 2015;
- B.G.J. Schuurman, *Pensioen in de loonsfeer* (7e druk), Deventer: Kluwer 2015;
- J.J.G. Sijstermans (red.), *Wegwijs in de (internationale) verzekerings- en premieplicht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015;
- P.H.M. Simonis, ‘Juridische fusie, juridische afsplitsing en zuivere splitsing; drie nieuwe besluiten’, *MBB* 2015, afl. 4, p. 107-121;
- L.G.M. Stevens, ‘Wenselijkheid en haalbaarheid van groter gemeentelijk belastinggebied’ (Column), *WFR* 2015/648, p. 648-649;
- S.A. Stevens, ‘VPB-plicht van overheidsondernemingen’, *TFO* 2015/138.1;
- J.L. van de Streek, ‘Inbreng van een onderneming in een personenvennootschap tegen de werkelijke waarde’, *FBN* 2015/16, p. 7-10;
- A. Vroon, ‘Btw volgens het boekje’, *NTFR-B* 2015/13, p. 7-10;
- E.P.J. Wasch, *BV!?!? Waarom, wanneer* (22e druk), Deventer: Kluwer 2015;
- P.J. Wattel, ‘Tax Transparency?’, *NJB* 2015/959, p. 1335;
- D.M. Weber, ‘De per element benadering onder het fiscale-eenheidsregime nader bezien in het licht van de Finanzamt Linz- en de Groupe Steria-zaak’, *WFR* 2015/696, p. 696-706.

MEDIARECHT

AAK20157879

J.M. Breemen, V.E. Breemen

Regelgeving en beleid

Om te beginnen twee korte nieuwsberichten. Ten eerste berichtte actualiteitenrubriek *EenVandaag* half april dat het ministerie van Defensie een ‘zwarte lijst’ zou bijhouden met namen van kritische journalisten. Dat zou blijken uit mailverkeer van het ministerie, maar minister Henis heeft op Kamervragen over het onderwerp ontkenkend geantwoord: ‘journalistieke vrijheid [is] een groot goed dat moet worden gekoesterd. De persvrijheid is een fundament van de democratie’ (*Kamerstukken II*, 2014/15, aanhangselnr. 2198).

Ten tweede het proefproces over het gebruik van drones door journalisten, dat de Nederlandse Vereniging van Journalisten (NVJ) volgens de laatste berichten op 3 juni heeft aangebracht bij de rechtbank. Terwijl journalisten dronegebruik vooraf moeten melden of zelfs een vergunning moeten aanvragen, gelden deze restricties niet voor amateurfotografen. Volgens de NVJ is deze regelgeving ‘scheef’, ‘onwerkbaar’ – ‘[h]et nieuws wacht niet’ – en in strijd met de vrijheid van nieuwsgaring (art. 10 EVRM). Met het proces wil de NVJ dan ook bereiken dat journalisten tenminste hetzelfde mogen als burgers, en dat de Staat met een werkbare regeling moet komen. (De dagvaarding is beschikbaar via www.nvj.nl).

Verder valt op Nederlands beleidsniveau te wijzen op de ontwikkelingen rond de toekomst van het mediabeleid en het – eerst uitgelekte en half juni openbaar gemaakte – Concessieplan van de NPO voor de periode 2016-2020.

Ten eerste heeft staatssecretaris Dekker in een brief van 29 mei jl. (*Kamerstukken II* 2014/15, 32827, 72) het proces toegelicht rond het uitgelekte Concessiebeleidsplan, zijn beleidsbrief over de toekomst van het publieke mediabestel van 13 oktober 2014 (*Kamerstukken II* 2014/15, 32827, 67, zie ook *KwartaalSignaal* 134, p. 7733) en het wetsvoorstel tot wijziging van de Mediawet 2008. Volgens deze toelichting zal de NPO in het Concessiebeleidsplan een beschrijving geven van de uitvoering van zijn publieke mediaopdracht over een periode van vijf jaar, het aantal aanbodkanalen en de aard daarvan, evenals zijn samenwerkingen met regionale en lokale omroepen en andere partijen. De staatssecretaris geeft aan dat hij de NPO in een brief van 6 maart 2015 (*Kamerstukken II* 2014/15, 32827, 70, zie ook *KwartaalSignaal*, p. 7806) heeft gevraagd om de toekomstvisie uit zijn beleidsbrief van oktober 2014 mee te nemen bij uitwerking van het Concessiebeleidsplan. Hij verwacht het wetsvoorstel tot wijziging van de Mediawet 2008 waarin hij maatregelen uit zijn beleidsbrief uitwerkt voor het zomerreces aan de Tweede Kamer toe te sturen.

Op 1 juni volgt dan een brief van de staatssecretaris als vervolg op zijn toezeggingen in het wetgevingsoverleg over de mediabegroting van 2014 (*Kamerstukken II* 2014/15, 32827, 71). De toezeggingen omvatten vier kernpunten.

Het eerste kernpunt betreft een analyse van de stand van de journalistiek en de maatschappelijke informatievoorziening. De staatssecretaris stelt over dit kernpunt onder andere dat een functionele benadering van de media centraal zal staan in de toekomst, en dat onafhankelijke en commerciële bedrijfstakken een belangrijke rol zullen hebben in vernieuwing van de nieuwsvoorziening. Hierbij noemt hij Blendle als voorbeeld. Het tweede kernpunt gaat over een internationale vergelijking van het stimuleren van innovatie in de journalistiek. Deze studie, waarin negen Europese landen zijn vergeleken, is door de Radboud Universiteit Nijmegen uitgevoerd in opdracht van het Stimuleringsfonds voor de Journalistiek. Volgens het onderzoek vinden overheden het lastig om te bepalen in hoeverre zij zich bezig dienen te houden met journalistieke nieuwsvoorziening vanwege kwesties rond de journalistieke onafhankelijkheid. De meeste beleidsmaatregelen betreffen een combinatie van wetgevende, financieel-economische en *soft*-maatregelen. Het meten van de effectiviteit van dergelijke maatregelen blijkt volgens het onderzoek echter lastig in markten die aan snelle veranderingen onderhevig zijn. Daarom dient de overheid volgens de staatssecretaris terughoudend te zijn. Het derde punt betreft een praktijkgericht onderzoek naar toekomstscenario’s en innovatie voor journalistieke ondernemers uit april 2015, waarvoor meer dan 100 personen uit de praktijk werden geraadpleegd. Wederom benadrukt de staatssecretaris dat de overheid een goed innovatie- en ondernemerschapsklimaat dient te faciliteren, maar verder een beperkte invloed moet uitoefenen op vernieuwingsontwikkelingen. Het laatste punt betreft de verschraving van regionale journalistieke infrastructures en het stimuleren van experimenten betreffende journalistieke samenwerking om dit tegen te gaan. Naar aanleiding van deze brief zijn op 23 juni 2015 overigens schriftelijke vragen gesteld door de vaste commissie voor Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (niet-dossierstuk, 2015D23743, inbreng schriftelijk verslag).

In een volgende brief van 3 juni jl. (*Kamerstukken II* 2014/15, 32827, 73) beantwoordt de staatssecretaris vragen van de vaste commissie voor Onderwijs, Cultuur en Wetenschap over de brief van 6 maart 2015 aan de NPO over de uitwerking van de toekomstvisie betreffende het publiek mediabestel. Eén van de vragen gaat bijvoorbeeld over hoe de toets op het publieke karakter van de door de NPO en NOS geproduceerde *content* wordt vormgegeven. Volgens de staatssecretaris is er al een dergelijke toets in Nederland die is afgestemd met de Europese Commissie. Volgens deze toets moet de publieke omroep de bijdrage die wordt geleverd aan de uitvoering van de publieke taakopdracht steeds expliciet onderbouwen, en wordt een afweging gemaakt tussen het publieke belang en potentiële nadelige gevolgen voor de markt. Een andere vraag betreft de bestemming voor de gegevens van de programmeringskosten op programmaniveau. Volgens de staatssecretaris staat transparantie van de publieke omroep voorop, inclusief van de programmeringskosten. Op deze manier kan het publiek bijvoorbeeld in debat gaan over de keuzes van de publieke omroep. Ook wordt er geïnformeerd naar de

voorwaarden voor het onderscheid tussen het journalistieke aanbod van de publieke omroep en dat van de commerciële nieuwsorganisaties. De staatssecretaris onderstreept het belang van elementen als hoge kwaliteit, sterkere inhoudelijke toetsing en meer publieke verantwoording voor al het aanbod van de publieke omroep, maar nog meer voor haar nieuwsvoorziening. Verder stelt hij dat het garanderen van betrouwbare en doorlopende nieuwsvoorziening één van de voornaamste bestaansredenen van de publieke omroep is. Ook benadrukt de staatssecretaris de eisen van de Mediawet, volgens welke het journalistieke aanbod moet voldoen aan publieke waarden zoals neergelegd in de publieke mediaopdracht (art. 2.1(2)(a)-(f) Mediawet 2008)), teneinde te voldoen aan democratische, sociale en culturele behoeften van de Nederlandse samenleving. Dit levert dan ook het ‘onderscheidend vermogen’ op van het journalistieke aanbod van de publieke omroep.

Op 15 juni jl. is het Concessiebeleidsplan van de NPO dan openbaar geworden, getiteld ‘Het publiek voorop’ (bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 32827, 74). Hierin wordt onder andere toegelicht wat de NPO verstaat onder een aanbod met publieke waarde, hoe een geïntegreerde en samenhangende programmeringsstrategie vorm zal krijgen, en hoe aangesloten zal worden bij het ‘nieuwe televisiekijken’. Andere onderwerpen die aan bod komen zijn interactie met en participatie door het publiek, het creëren van meer verbondenheid met het publiek – met name jongeren – door programma’s dichter bij het publiek te brengen, en samenwerking met andere partijen ter ‘maatschappelijke verankering’.

Dan wordt hier de zogenoemde Spaanse *Leyes Mordaza* gesignaleerd (*gagging law* of ‘muilkorf-wet’). Deze wet, officieel de *Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana*, ofwel herziening van de Wet op de Openbare Veiligheid (beschikbaar via www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_esp/lo_004_2015.pdf), werd eind maart in Spanje aangenomen en zorgt al een tijd voor onrust en protesten. De wet, woensdag 1 juli jl. in werking getreden, reguleert demonstraties op strikte wijze en overtreding hiervan kan tot forse boetes leiden. Volgens tegenstanders vormen deze regels een grote inbreuk op de vrijheid van meningsuiting. Spanje kent al sinds het begin van de economische crisis in 2008 vele grote protesten en demonstraties.

Naar aanleiding van het aannemen van de wet zijn op 16 april in het Europees Parlement tevens schriftelijke vragen gesteld aan de Europese Commissie door de GUE/NGL-partij: vindt de Commissie dat de wet de waarden van de EU-verdragen respecteert en daarmee in overeenstemming is? Kan de Commissie enige maatregelen nemen tegen het aannemen van de regressieve wet en zo ja, welke? (Zie *Question for written answer to the Commission Rule 130*, 16 april 2015, Martina Anderson (GUE/NGL), E-006056/2015).

Een groep van experts van de Verenigde Naties – onder andere bestaande uit de *Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression* en de *Special Rapporteur on the rights to free-*

dom of peaceful assembly and of association – riep Spanje op 23 februari jl. al op om de wetsvoorstellen af te wijzen. De tekst zou breed en onduidelijk zijn, waardoor het risico bestaat van disproportionele en ruime handhaving. (Zie voor meer informatie de website van het *Office of the High Commissioner for Human Rights*).

Ook *Human Rights Watch* en *Amnesty International* spraken zich al uit tegen het wetsvoorstel.

Overigens is de wet op 7 april ook als één van de inmiddels 60 *alerts* gerapporteerd op het internetplatform dat op 2 april jl. is gelanceerd door de Raad van Europa in samenwerking met journalistenorganisaties om de veiligheid en vrijheid van journalisten te versterken en promoten (voor meer hierover, zie *KwartaalSignaal* 133, p. 7656 en *KwartaalSignaal* 135, p. 7807). In dit *alert* worden specifiek zorgen geuit omtrent artikel 26 (waarschijnlijk wordt paragraaf 23 van artikel 36 betreffende de zware overtredingen bedoeld) van de nieuwe wet, waarin een verbod is opgenomen voor onbevoegd gebruik van beelden of persoonlijke dan wel professionele data van autoriteiten of leden van veiligheidsdiensten, die hen of hun familie in gevaar kan brengen. Het *alert* wijst erop dat dit vijandig staat tegenover de persvrijheid en een risico oplevert voor journalisten die gestraft kunnen worden bij uitoefening van hun beroep als zij bijvoorbeeld optredende politieagenten fotograferen of filmen bij demonstraties. Boetes kunnen oplopen van € 601 tot € 30.000. Het *alert* citeert het *Platform for the Defence of Freedom of Information* (PDLI) dat heeft gesteld dat: ‘The passage of this bill represents the worst attack on fundamental freedoms in Spain since the end of Franco dictatorship. There’s no democratic ground to such a direct attack against freedom of demonstration, information and expression.’ (Het *alert* is beschikbaar via www.coe.int/en/web/media-freedom/-/la-loi-de-securite-citoyenne-menace-la-liberte-de-la-presse).

De Spaanse autoriteiten hebben op 15 mei op dit *alert* gereageerd, en stellen dat de wet specifiek omschrijft welk onbevoegd gebruik onder welke omstandigheden een overtreding vormt. Het fundamentele recht om informatie te verstrekken en de bepaling betreffende de vrijheid van meningsuiting in de Spaanse constitutie worden hierbij onderstreept. (De reactie is beschikbaar via www.coe.int/t/policy-planning/News/Spanish_reply_21_May_en.pdf).

Rechtspraak

En weer heeft de Nederlandse rechter uitspraak gedaan in een *right to be forgotten*-achtige zaak, dit keer in een context die doet denken aan het ‘klassieke’ vergeetrecht zoals dat al bestond in bijvoorbeeld Duitsland. Daar mogen de media criminelen na het uitzitten van hun straf niet meer in verband brengen met hun daad, met het oog op hun terugkeer in de samenleving. Eiser in de onderhavige zaak is een veroordeelde moordenaar die zijn straf heeft uitgezeten. Op zijn verzoek heeft Google bepaalde zoekresultaten over zijn daad en veroordeling verwijderd. Die informatie is echter opnieuw bovenaan de zoekresultaten verschenen: de vader van het slachtoffer heeft op de web-

site van de Federatie Nabestaanden Gewedslachtoffers aandacht gevraagd voor dit ‘verhullen van het verleden’. Bij het bericht is het verwijderverzoek van eiser gepubliceerd, evenals een persbericht over zijn veroordeling. Eiser heeft de Federatie om verwijdering verzocht; de Federatie heeft geweigerd. De rechter neemt de toets uit artikel 8f van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) als uitgangspunt: is de verwerking ‘noodzakelijk’ en welk belang prevaleert – het recht op gegevensbescherming van eiser of het recht op vrijheid van meningsuiting van gedaagden? In lijn met eerdere uitspraken (zie o.a. Rb. Amsterdam, 18 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6118, *Kwartaal-Signaal* 133, p. 7656; deze uitspraak is in hoger beroep bevestigd) stelt de rechter dat de negatieve publiciteit als gevolg van de veroordeling wegens een ernstig misdrijf blijvend relevante informatie is over de veroordeelde. De rechter wijst op het publiek belang bij toegang tot dergelijke informatie en benadrukt dat beperkingen op de vrijheid van meningsuiting in beginsel terughoudend moeten worden toegepast. Andere overwegingen: het misdrijf heeft minder dan 10 jaar geleden plaatsgevonden; de vrijheidsstraf is weliswaar uitgezeten, maar de opgelegde tbs-maatregel is nog van kracht; en eiser lijkt nog niet tot inzicht te zijn gekomen over zijn daad, wat niet past bij zijn eis om als dader te worden vergeten. Conclusie: op dit moment weegt het belang van gedaagden bij het uitoefenen van hun recht op vrije meningsuiting zwaarder.

Een ander aspect van vrije meningsuiting is aan de orde in een zaak over een online beeldarchief, een zaak die in eerste instantie een auteursrechtelijk karakter lijkt te hebben. Maar in dit geval worden het auteursrecht en de informatievrijheid als ‘gelijkwaardige grondrechten’ tegen elkaar afgewogen. Daarom hier een korte vermelding. Volgens de rechter mag het Instituut voor Sociale Geschiedenis (IISG) geen foto’s op haar website publiceren zonder toestemming van de rechthebbende (Rb. Amsterdam 20 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3231). Het IISG heeft weliswaar als missie om haar collecties publiek toegankelijk te maken, maar op grond van de relevante bepaling uit de Auteursrechtrichtlijn mag het IISG de collecties alleen digitaliseren en *on site* beschikbaar stellen. De rechter overweegt dat de Uniewetgever met deze uitzonderingen in beginsel al een belangenafweging heeft gemaakt. Nu het IISG zich op artikel 10 EVRM beroept, moet het auteursrecht hiertegen worden afgewogen, dat in dit geval prevaleert omdat het IISG niet een zodanig klemmend en op het individuele geval toegesneden belang heeft aangevoerd dat een andere conclusie zou rechtvaardigen.

Dan nog het hoger beroep in de eerder vermelde *Media Markt*-zaak (*KwartaalSignaal* 133, p. 7657). De voorzieningenrechter had de uitzending van een ‘sociaal experiment’ van de KRO verboden omdat de beelden in strijd met het filmverbod in Media Markt waren gemaakt. Het Hof stelt nu dat zo’n filmverbod niet gelijkstaat aan een uitzendverbod; dat zou immers neerkomen op preventieve censuur, terwijl ook in dit geval twee fundamentele rechten tegen elkaar moeten worden afgewogen (KRO’s uitingsvrijheid en Media Markts privacy) en dat kan pas

nadat de uitzending het publiek heeft bereikt. Het hof ziet geen redenen om van dit uitgangspunt af te wijken nu de KRO met de uitzending de ‘grenzen van het aanvaardbare’ niet heeft overschreden.

Op Europees niveau dit keer aandacht voor de veroordeling van een nieuwspitaal wegens anonieme lasterlijke *comments* (EHRM 16 juni 2015, no. 64569/09 (*Delfi t. Estland*)). In een niet-unanieme uitspraak heeft de Grote Kamer van het EHRM de uitspraak van het Hof bevestigd: geen schending van de uitingsvrijheid. Waar ging het om? Delfi, een van de grootste online nieuwsportalen in Estland, had in 2006 een artikel gepubliceerd over een plaatselijk veerbootbedrijf. Op de site verschenen reacties met persoonlijke bedreigingen aan het adres van de eigenaar van het bedrijf. De reacties waren anoniem. Het nieuwspitaal verwijderde de reacties na zes weken – na notificatie door het veerbootbedrijf – en de eigenaar begon een schadevergoedingsprocedure tegen Delfi wegens laster. Delfi werd veroordeeld tot een schadevergoeding en stapte naar het Europees Hof. In een afweging tussen privacy (art. 8 EVRM) en uitingsvrijheid (art. 10 EVRM) wijst de Grote Kamer op de ‘plichten en verantwoordelijkheden’ van internet nieuwsportalen. De analyse richt zich op vier factoren: de context van de *comments*; de aansprakelijkheid van de daadwerkelijke schrijvers van de *comments*; de stappen die Delfi had genomen om de lasterlijke *comments* te voorkomen of verwijderen; en de gevolgen van de nationale procedures voor Delfi. Alles bij elkaar concludeert de Grote Kamer dat de beperking van Delfi’s uitingsvrijheid gerechtvaardigd was. Concreet betekent de uitspraak dat de beheerder van een (nieuws)website verantwoordelijk kan worden gehouden voor de reacties van gebruikers in omstandigheden vergelijkbaar met deze zaak, bijvoorbeeld als de maatregelen om ‘extreme’ reacties te monitoren of verwijderen niet voldoende worden geacht.

Ook dat andere Europese hof, het Hof van Justitie (HvJ) hield zich bezig met de juridische positie van nieuwswebsites (HvJ EU 1 juli 2015 (conclusie A-G), zaak C-347/14 (*Tiroler Tageszeitung Online*)). Herken je een audiovisuele mediadienst als je er een ziet? In andere woorden, valt een apart video-onderdeel van een nieuwswebsite, waar korte (nieuws)fragmenten te zien zijn, onder de definities van de Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten? Volgens de beheerder van de website niet; volgens de Oostenrijkse communicatie-autoriteit wel, waardoor de beheerder zou moeten voldoen aan bepaalde rapportageverplichtingen. De zaak komt uiteindelijk voor de rechter, die interpretatievragen stelt aan het HvJ. Conclusie *so far*: de Richtlijn zou niet zo moeten worden uitgelegd dat alle audiovisuele content op internet eronder valt. Dat gaat het doel van de regulering voorbij, zoals die o.a. volgt uit de preambule – namelijk, diensten die direct ‘concurreren’ met televisie onder de reikwijdte te brengen, waaronder *internet information portals* volgens de A-G niet vallen. De A-G concludeert dan ook dat noch de website van een dagblad waarop audiovisueel materiaal staat als zodanig, noch enige sectie van zo’n website als ‘audiovisuele mediadienst’ in de zin van de Richtlijn zou moeten worden gekwalificeerd.

Literatuur

- J. van den Brink & E. Jurjens, 'Bescherming van klokkenluiders onder Artikel 10 EVRM. Een blik op de Straatsburgse en Nederlandse jurisprudentie en een beoordeling van de voorgestelde wetgeving', *NTM/NJCM Bulletin* 40 (2015), afl. 1, p. 36-61;
- R.F. Ó Fathaigh, 'Political Advertising Bans and Freedom of Expression', *Greek Public Law Journal* 2014, p. 226-228;
- N. Helberger, 'Merely Facilitating or Actively Stimulating Diverse Media Choices? Public Service Media at the Crossroad', *International Journal of Communication* 2015, p. 1324-1340;
- B. van Kaam, 'Het nieuwe harde beleid van het Commissariaat voor de Media', *Mediaforum* 2015, afl. 4, p. 129;
- P. Kreijger, 'Een jaar later: de receptie van het "recht vergeten te worden" in de Nederlandse rechtspraak', *Mediaforum* 2015, afl. 4, p. 141-148;
- S. Kulk & F. Zuiderveen Borgesius, 'De implicaties van het Google Spain-arrest voor de vrijheid van meningsuiting', *NTM/NJCM Bulletin* 40 (2015), afl. 1, p. 3-19;
- T. McGonagle & Y.M. Donders (eds.), *The United Nations and Freedom of Expression and Information: Critical Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press 2015.

TELECOMMUNICATIERECHT

✉ AAK20157882

N.A.N.M. van Eijk

Wet- en regelgeving

De overheid is een internetconsultatie (*www.internetconsultatie.nl/wiv*) gestart over de herziening van de Wet op de Inlichtingen en Veiligheidsdiensten (WiV). Het voorontwerp gaat niet veel verder dan wat eerder duidelijk werd uit gesprekken tussen de minister en de Tweede Kamer op basis van een brief van de minister (*Kamerstukken II* 2014/15, 33820, 5). Bevoegdheden worden vooral uitgebreid doordat de informatie- en medewerkingsverplichtingen voor de aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en -diensten voortaan gelden voor alle aanbieders van communicatiediensten. Ook valt voortaan alle kabelgebonden communicatie, inclusief het massaal verzamelen van communicatiedata, onder de wet. Al deze middelen kunnen worden ingezet zonder voorafgaand toezicht. Alleen ten aanzien van het openen van brieven blijft een last van de rechter voorgeschreven: dat kan ook niet anders aangezien dit volgt uit de Grondwet. De taak van de toezichthouder – de CTIVD, Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten – blijft beperkt tot ex post-toezicht. Wel wordt de CTIVD mede gepositioneerd als een zelfstandige, onafhankelijke klachtinstantie met de bevoegdheid om naar aanleiding van een klacht jegens de minister bindende oordelen te geven. Ook zal de CTIVD meldingen van vermoedens van misstanden mogen onderzoeken (klokkenluidersrege-

ling). Beide lijken weinig toe te voegen: klachten kunnen nu worden behandeld door de Nationale ombudsman (die deze taak verliest) en de CTIVD kan al uit eigen beweging onderzoeken instellen (bijvoorbeeld naar aanleiding van melding van 'klokkenluiders'). Omdat de rechter hiertoe heeft verplicht – op grond van een eerdere uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens – komt er wel een rechterlijke last voor het verlenen van toestemming voor de uitoefening van bijzondere bevoegdheden jegens journalisten om een bron te achterhalen. Voor het overige blijven journalisten onder de algemene regels vallen. Inmiddels heeft de rechter geoordeeld dat de bestaande regels ook niet deugen voor wat betreft de advocaat/cliënt-relatie (zie onder 'jurisprudentie').

Op Europees niveau is men het eindelijk binnen de Raad eens geworden over twee gevoelige onderwerpen: internationale roaming en netneutraliteit. Internationale roamingtarieven – de plaag van iedere vakantievierder en internationaal reiziger – zullen verder worden afgebouwd en zouden per juni 2017 geheel verdwenen moeten zijn (IP/15/5265). Prijzen in de rest van de Europese unie worden als 'thuis'. Ten aanzien van netneutraliteit heeft Nederland een nederlaag geleden. Door Nederland werd ingezet op dezelfde regels als gelden op grond van de Telecommunicatiewet. Het voorstel van de Europese Raad gaat echter niet zover, meer in het bijzonder staat het toe dat er bijzondere prijzen kunnen gelden voor de koppeling van bepaalde diensten aan internettoegang (de zogenaamde *zero rating*-problematiek, bv het 'gratis' gebruik van een streaming muziekdienst zonder dat dit ten koste gaat van een databundel). De gemaakte afspraken passen in de bredere strategie om te komen tot een *Digital Single Market*, waarvoor de Europese Commissie in mei haar plannen presenteerde (IP/15/4919). Een verdere herziening van de bestaande telecomregels maakt daarvan deel uit.

Jurisprudentie

De Haagse voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat de Staat zes maanden de tijd heeft om het beleid voor het afluisteren van advocaten door veiligheidsdiensten te veranderen (oordeel d.d. 1 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7436). Komt de gevraagde aanpassing er niet dan moet het afluisteren van advocaten worden gestaakt. Momenteel kan op grond van de WiV zonder beperking het verkeer tussen advocaten en hun cliënten worden gevolgd. Daarvoor is alleen toestemming van de minister nodig. De rechter oordeelt dat dit niet in overeenstemming is met artikel 8 van de Europese Conventie voor de Rechten van de Mens (recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer). Hij stelt op basis van de jurisprudentie van het Europese Hof van de Rechten van de Mens vast dat voorafgaand toestemming door een onafhankelijk orgaan nodig is om het afluisteren tegen te gaan maar ook om te kunnen stoppen. Dit is zoveelste keer dat binnen Europa, maar ook in Nederland de overheid onrechtmatig blijkt te handelen voor wat betreft wetshandhaving en nationale veiligheid.

Het belang van Europese toetsing c.q. toetsing aan Europese grondrechtverdragen wordt niet alleen in deze zeer fundamentele zaak duidelijk, ook lijkt het meer gebruikelijk te worden om in de context van het telecommunicatierecht prejudiciële vragen te stellen. Zo wil de Raad van State van het Europese Hof in Luxemburg weten hoe zich Europese privacyregels verhouden tot het werkzaam zijn van buitenlandse privédetectives in Nederland (ECLI:NL:RVS:2015:1185, d.d. 15 april). Dit is op zich geen telecomvraag, maar wel relevant in het licht van het feit dat ook territorialiteit weer opnieuw de aandacht krijgt nu bijvoorbeeld buitenlandse rechters gegevens opvragen die zijn opgeslagen in Europese datacenters (zie de *Microsoft/Ierland*-zaak: <http://digitalconstitution.com>). De Hoge Raad stelde verder prejudiciële vragen (ECLI:NL:HR:2015:1467). Hier gaat het om hoe zich lokale leges in het kader van het leggen van telecommunicatienetwerken verhouden tot de Dienstenrichtlijn.

Literatuur

- S. Eskens, ‘Ongerichte interceptie, of het verwerven van bulk-communicatie, en waarom de Grondwet en het EVRM onvoldoende tegenwicht bieden’, *Computerrecht* 2015, afl. 3, p. 125-131;
- O.L. van Daalen, S. Eskens & N.A.N.M. van Eijk, ‘10 standards for oversight and transparency of national intelligence services’, *IViR* 2015 (www.ivir.nl);
- G. van Duivenvoorde, ‘Regulering van telecommunicatie: fit for the future?’, *Mediaforum* 2015, afl. 4, p. 130-140.

INFORMATICARECHT

AAK20157883

Prof.mr. S. van der Hof

Beleid- en regelgeving

Wraakporno

Op 12 juni 2015 zijn door Gert-Jan Segers van de Christen-Unie aan de minister van Veiligheid en Justitie Kamervragen gesteld over de aanpak van wraakporno en onderzoek naar sexting. Bij wraakporno gaat het om seksueel expliciete foto's en filmpjes die zonder de toestemming van de afgebeelde worden verspreid, bijvoorbeeld door een ex-partner op websites als *MyEx.com*. Een bericht in *De Volkskrant* (11 juni 2015, p. 4), naar aanleiding van een kortgeding tegen Facebook, waarin de rechter besloot dat het Amerikaanse social media-bedrijf binnen twee weken gegevens moest verstrekken over de gebruiker die een filmpje had geplaatst op het online platform. Opmerkelijk aan de uitspraak is dat Facebook een externe partij toegang moet geven tot haar systemen, in het geval zij aangeeft deze data niet meer te hebben. Diverse landen hebben inmiddels wetgeving aangenomen of overwogen om dat te doen teneinde wraakporno aan te pakken. De Nederlandse wetgevers is van plan om de strafwetgeving met de

voorgestelde wet Computercriminaliteit III aan te vullen met een bepaling op basis waarvan het strafbaar wordt om vertrouwelijke gegevens, zoals seksueel expliciete beelden te delen. Het wetsvoorstel zal naar verwachting in september 2015 naar de Kamer worden gestuurd. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, aanhangselnummer 933, *Kamerstukken II* 2014/15, 2015Z11115 en Rechtbank Amsterdam, 25 juni 2006, C/13/587124 / KG ZA 15-594.

Digital Single Market-beleid van de Europese Commissie

In mei 2015 heeft de Europese Commissie haar *Digital Single Market*-beleid (DSM) gepubliceerd, waarmee belemmeringen voor de verwezenlijking van de digitale interne markt die de 28 lidstaten omvat verder moeten worden weggenomen om het economische potentieel te verwezenlijken. Een van de belemmeringen vormen nog steeds de verschillen in wet- en regelgeving tussen de lidstaten. Maar ook andere barrières moeten worden aangepakt, waaronder hoge bezorgkosten voor pakjes, verschillende btw-stelsels, transparantie van zoekresultaten en prijsbeleid, bevoordeling van eigen diensten en *geoblocking* (bijvoorbeeld technische beperkingen van het aanbod op basis van locatie). DSM is beschikbaar op http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/index_en.htm. Zie ook het persbericht van de EC: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4919_en.htm. Voor een kritische analyse van het huidige voorstel door de digitale burgerrechtenbeweging EDRI ga naar: <https://edri.org/digital-single-market-missed-opportunity>.

Algemene verordening bescherming persoonsgegevens

De algemene verordening bescherming persoonsgegevens wordt door de Europese Commissie gezien als een belangrijk juridisch instrument in het realiseren van de digitale interne markt. Binnen de grenzen van het fundamentele recht op bescherming van de persoonsgegevens van de burgers van de EU, zoals neergelegd in artikel 8, EU Handvest voor fundamentele rechten, moet de verordening het vrije verkeer van data binnen de EU bevorderen op een manier die past binnen de digitale samenleving. Op 15 juni 2015 zijn de ministers van Justitie van de lidstaten het eens geworden over de algemene verordening bescherming persoonsgegevens. De verordening zal Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens vervangen. Het voordeel van een verordening is dat deze rechtstreeks zal gelden in de lidstaten waardoor overal in de EU dezelfde regels gelden. De verordening beoogt de burger meer controle te geven over de eigen persoonsgegevens en bedrijven die zich niet aan de regels houden stevig aan te pakken (o.m. met flinke boetes; maximaal 2% van de totale jaaromzet van een bedrijf). Niettemin zijn er ook zorgen dat de

bescherming die burgers wordt geboden met het voorstel sinds de behandeling in de Europese gremia inmiddels is verwaterd. Het voorstel wordt nu verder behandeld in het Parlement en de Raad en de verwachting is dat het eind 2015 worden aangenomen. Zie verder het persbericht van de Europese Commissie: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5176_en.htm; zie voor een kritische analyse van het huidige voorstel door de digitale burgerrechtenbeweging EDRi: <https://edri.org/general-data-protection-regulation-moving-forward-slowly/>.

Gebruik van encryptie

Meer dan 25 ngo's hebben er in een gemeenschappelijke stellingname tijdens de 29e sessie van de VN Mensenrechtenraad voor gepleit dat overheden het gebruik van sterke encryptietechnologieën aanmoedigen. Met behulp van encryptietechnieken kunnen gegevens en communicatieverkeer worden versleuteld, waardoor de veiligheid en het anoniem kunnen communiceren via het internet worden bevorderd. Encryptie kan daardoor ook een belangrijke bijdrage leveren aan de bescherming van de rechten van de mens, denk met name aan journalisten, mensenrechtenactivisten en minderheidsgroepen in bepaalde landen. Voor het *Joint statement*, ga naar: www.hrw.org/news/2015/06/17/promote-strong-encryption-and-anonymity-digital-age-0. Zie ook *Annual report on encryption, anonymity, and the human rights framework* door Rapporteur voor de vrijheid van expressie David Kaye: www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Pages/Call-ForSubmission.aspx. Zie voor een achtergrondartikel: www.accessnow.org/blog/2015/06/17/civil-society-groups-urge-governments-to-promote-and-protect-encryption-and.

Rechtspraak

– Hof van Justitie van de EU 5 maart 2015, C-479/13: Anders dan bij papieren boeken het geval is, zijn lage btw-tarieven voor e-books die niet op een materiële drager,

zoals een dvd of cd, worden geleverd in strijd met het Europese recht. Dit betreft dus e-books die online of na download van het internet via bijvoorbeeld een e-reader worden gelezen.

- Rechtbank Amsterdam 25 februari 2015, C-13-528337 – HA ZA 12-1257: In een geschil tussen makelaarsvereniging VBO Makelaar en huizenwebsite *Funda.nl* heeft de rechter besloten tot een comparitie van partijen om nadere inlichtingen in te winnen. Het geschil betreft de vraag of *Funda.nl* misbruik maakt van zijn machtspositie op grond van de Mededingingswet door woningaanbod van VBO op de website *Funda.nl* onder het NVM-aanbod te plaatsen.
- Rechtbank Midden-Nederland 1 april 2015, 3437704 UC EXPL 14-15076: inzake een op afstand gesloten consumentenovereenkomst heeft de rechter bepaald dat de verplichting voor de consument om het gehele aankoopbedrag vooraf te betalen moet worden aangemerkt als een onredelijk bezwarend beding in de zin van artikel 6:233 onder a BW.
- Rechtbank Amsterdam 25 juni 2006, C/13/587124 / KG ZA 15-594 (zie voor uitleg onder beleid- en regelgeving).

Literatuur

- Frank Pasquale, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, MA: Harvard University Press 2015;
 - Bruce Schneier, *Data and Goliath: The Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World*, New York: W.W. Norton & Company 2015;
 - Marc Goodman, *Future Crimes: Everything Is Connected, Everyone Is Vulnerable and What We Can Do About It*, New York: Doubleday 2015;
 - Fredrik Borgesius, *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2015.
-

STAATS- EN BESTUURSRECHT

BESTUURS(PROCES)RECHT

AAK20157885

Prof. mr. K.J. de Graaf

Wetgeving

Net na afronding van het vorige *KwartaalSignaal*, waarin het ontwerp voor een Wet splitsing RvS en opheffing CRvB en CBb besproken werd, vonden belangrijke ontwikkelingen plaats in de Tweede Kamer. Het ontwerp dat tot 15 april 2015 ter consultatie op internet was gepubliceerd, stelt voor dat de HR en de ABRvS in de toekomst als de enige twee hoogste bestuursrechters zullen opereren. Uit de reacties van de HR en de ABRvS op het wetsontwerp blijkt dat dit voorstel op de goedkeuring van deze instanties kan rekenen, maar dat het nog beter zou kunnen. Namelijk als zou worden geregeld dat tegen geen van de uitspraken die de ABRvS in de door de regering voorziene toekomst zou kunnen doen, cassatie kan worden ingesteld bij de HR. Die reactie van de ABRvS is niet echt verrassend, omdat met het bestaan van de cassatiemogelijkheid toch min of meer duidelijk is dat er gevallen zijn waarin de ABRvS gebonden zou zijn aan het oordeel van de HR. Even leek het erop dat de ontwikkelingen erg snel zouden gaan, omdat HR en ABRvS zo eensgezind met het ontwerp konden instemmen en omdat het leek alsof de CRvB en het CBb, die strijden tegen opheffing, een achterhoedegevecht aan het voeren waren. Dat laatste lijkt nog altijd enigszins het geval, maar in de Tweede Kamer is de minister van Veiligheid en Justitie op 30 april 2015 geconfronteerd met een aangenomen motie van de Kamerleden Recourt en Tavernier. De motie houdt in dat ‘de rechtseenheid binnen het bestuursrecht en tussen het bestuursrecht en de andere rechtsgebieden gebaat is met een wettelijk geregelde institutionele rechtseenheidsvoorziening’ en dat die voorziening de vorm zou moeten krijgen van een prejudicieel stelsel overeenkomstig het in 1992 al eens ingediende wetsvoorstel (*Kamerstukken II* 1991/92, 22495). De minister heeft toegezegd in het wetsvoorstel dat de regering voor het zomerreces bij de Tweede Kamer wil indienen, een dergelijke *formele* regeling voor een rechtseenheidsvoorziening op te nemen. Het destijds ingediende wetsvoorstel hield kort en goed in dat de hoogste bestuursrechters rechtsvragen in het belang van rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, waarover verschil van oordeel mogelijk is tussen de verschillende hoogste bestuursrechters, zouden moeten voorleggen aan de HR en dat de hoogste bestuursrechters vervolgens uitspraak moeten doen met inachtneming van het oordeel van de HR over die rechtsvraag. De regering oordeelde tot nu toe met de ABRvS en de HR dat de meer *informele* rechtseenheidsvoorzieningen tussen de hoogste bestuursrechters, namelijk een stelsel van informeel overleg en het instellen van grote kamers waarin leden van verschillende hoogste bestuursrechters plaatsnemen, snel en doeltreffend functioneren en

derhalve de voorkeur verdienen. De minister zal daarom beide instanties nog (maals) om advies vragen. Het zal niet verbazen dat deze ontwikkeling – en met name het advies van de ABRvS (en wellicht ook dat van de HR) over de toezegging van de minister – in potentie voor vertraging in dit wetgevingstraject kan zorgen.

Naast deze ontwikkelingen met betrekking tot de discussie over de bestuursrechtspraak, is op 1 juli onder meer de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting (*Kamerstukken II* 2014/15, 32769, zie ook 33966) en de Wet raadgevend referendum (*Kamerstukken II* 2014/15, 30372) in werking getreden. Op grond van die laatste wet kan iedere kiesgerechtigde burger vanaf die datum een referendum aanvragen over een wet die is aangenomen maar nog niet in werking is getreden; artikel 5 van die wet wijst limitatief enkele wetten aan als niet referendabel, zoals wetten over de monarchie, de begroting of veranderingen in de Grondwet. Buiten deze nieuwe wet, is ook relevant dat het wetsvoorstel Omgevingswet (*Kamerstukken II* 2014/15, 33962 zie ook het wetsvoorstel Wet natuurbescherming, *Kamerstukken II* 2014/15, 33348) is aangenomen. Inwerkingtreding lijkt nog altijd te zijn voorzien in 2018. Dat houdt voor de Algemene wet bestuursrecht de belofte in van een nieuwe afdeling 3.5 Awb, waarin een nieuwe – voor het omgevingsrecht uiterst belangrijke – coördinatie-regeling wordt opgenomen. Over een eerste ontwerp van die regeling, dat werd besproken in een eerder *KwartaalSignaal*, is reeds een internetconsultatie afgesloten. Bovendien leidt de Omgevingswet, doordat algemene regels over de fysieke leefomgeving op gemeentelijk niveau in een omgevingsplan worden gebundeld, ertoe dat de deur (verder) wordt geopend naar het instellen van beroep tegen regels die zijn neergelegd in algemeen verbindende voorschriften. Het kan haast niet anders of die mogelijkheid gaat in de toekomst nog tot interessante bestuursrechtelijke jurisprudentie leiden.

Jurisprudentie*Zorgvuldige en doelmatige rechtsbescherming stelt eisen aan goede procesorde*

In een uitspraak van 3 juni 2015 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak een belangrijke motivering verstrekt voor een oordeel ter zake van de goede procesorde (ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1722, r.o. 5.1). Ook eerder sprak de Afdeling al een dergelijk oordeel uit (ABRvS 30 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU6372). Genoegzaam bekend was reeds dat de Afdeling oordeelt dat de aangevoerde (hoger)beroepsgronden niet louter een herhaling mogen zijn van eerder aangevoerde gronden (zie daarover ABRvS 6 november 2013, AB 2014/172 en ABRvS 3 september 2014, AB 2015/25, beide m.nt. De Graaf & Marseille). Ook relevant is natuurlijk dat in (hoger) beroep op grond van artikel 6:13 Awb niet zonder goede redenen

tegen andere besluitonderdelen bezwaren kunnen worden aangedragen dan tegen de onderdelen die in een eerdere procedure bestreden werden (zie daarover ABRvS 1 november 2006, *AB* 2007/95 m.nt. Van den Broek & Marseille en ABRvS 9 maart 2011, *JM* 2011/50 m.nt. K.J. de Graaf). Ook helder is dat artikel 8:58 Awb met zich brengt dat nieuwe stukken tot 10 dagen voor de zitting kunnen worden ingediend bij de bestuursrechter, hoewel de goede procesorde ook op dat punt een rol kan spelen (zie daarover uitgebreid ABRvS 29 februari 2012, *AB* 2013/235 m.nt. De Waard, zie ook zijn annotaties bij *AB* 2013/236, *AB* 2013/237 en *AB* 2013/238). Zo verzet de goede procesorde zich ertegen verzet dat drie weken nadat een deskundige (bijvoorbeeld de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak) is benoemd nog nieuwe gronden worden aangevoerd; in elk geval als die deskundige is benoemd door de Afdeling. In de uitspraak van 3 juni 2015 gaat de Afdeling nog een stapje verder door als volgt te overwegen:

'De Afdeling ziet zich in beroepsprocedures tegen besluiten waarbij veel uiteenlopende belangen zijn betrokken, zoals een bestemmingsplan of andere besluiten op het gebied van het omgevingsrecht, gesteld voor specifieke problemen bij de bewaking van de goede procesorde, de zorgvuldigheid en de doelmatigheid van de procedure. Deze houden verband met de omvang en de complexiteit van het door de rechter te beslechten geschil alsmede met de omstandigheid dat het rechterlijk onderzoek vaak aan een beperkte termijn is gebonden en mogelijk ook het doen verrichten van deskundigenonderzoek omvat. Omwille van de zorgvuldigheid en de doelmatige voortgang van het rechterlijk onderzoek is het daarom belangrijk dat vóór de aanvang van dat onderzoek duidelijk is welke onderdelen van het besluit worden aangevochten. Die duidelijkheid vóór de aanvang van het rechterlijk onderzoek is evenzeer van belang omdat bij zulke besluiten vaak veel belanghebbenden zijn betrokken en die betrokkenheid zich vaak beperkt tot één of enkele besluitonderdelen. Gelet op het belang van een efficiënte geschilbeslechting, alsmede de rechtszekerheid van de andere belanghebbenden, kan in het licht van de goede procesorde in een procedure tegen besluiten waarbij veel uiteenlopende belangen zijn betrokken, zoals een bestemmingsplan of andere besluiten op het gebied van het omgevingsrecht, daarom niet worden aanvaard dat de omvang van het geschil na afloop van de beroepstermijn of de gegeven termijn voor het aanvullen van de gronden wordt uitgebreid door het aanvechten van een nieuw besluitonderdeel.'

Bij een analyse van deze redenering moet voorop staan dat een nieuw besluitonderdeel slechts in (hoger) beroep kan worden bestreden indien tegen dat besluitonderdeel ook in een eerdere procedure bezwaren zijn geuit (art. 6:13 Awb); van belang is eveneens dat de problematiek van besluitonderdelen doorgaans slechts speelt in geschillen over bestemmingsplannen of over samengestelde omgevingsvergunningen. Toch is voor de rechtspraktijk buitengewoon relevant te zien dat de Afdeling vaststelt dat na afloop van de (hoger)beroepstermijn (of na afloop van de door de Afdeling gegeven termijn om gronden aan te vullen) duidelijk moet zijn welke besluitonderdelen in die procedure bestreden worden. Tegen andere onderdelen kan het beroep zich daarna niet meer richten. Uit de overweging kan niet worden afgeleid dat het in beroep ook onmogelijk wordt om nieuwe gronden aan te voeren tegen reeds voor afloop van de genoemde termijn bestreden besluitonderdelen. De redenering laat daarnaast onverlet dat de Afdeling bestuursrechtspraak in hoger beroep, omdat zij daarin de controlefunctie voorop stelt, in beginsel niet zal accepteren dat de omvang van het geschil ruimer wordt getrokken dan het geschil bij de rechtbank (zie de annotatie van De Waard

bij CRvB 3 april 2014, *AB* 2014/396). De in de uitspraak van 3 juni 2015 door de Afdeling uitvoerig gemotiveerde jurisprudentielijn komt – dat moet de Afdeling worden nagegeven – tegemoet aan de wens van efficiënte geschilbeslechting in de bestuursrechtspraak. De redenering van de Afdeling laat zien dat beoogd is een onderscheid aan te brengen tussen geschillen waarin veel uiteenlopende belangen zijn betrokken en geschillen waarin dat niet het geval is. Is van dat eerste sprake, dan moet met het oog op de goede procesorde, de zorgvuldigheid en de doelmatigheid van de procedure (gelet op de complexiteit van het geschil, de termijnen waaraan de bestuursrechter is gebonden en de mogelijkheid van een deskundigenonderzoek) en met het oog op de rechtszekerheid van andere belanghebbenden, worden vastgesteld dat de na afloop van de beroepstermijn tegen een nieuw besluitonderdeel aangevoerde beroepsgronden buiten de beoordeling moeten worden gelaten. De Afdeling lijkt daarmee een motivering te gebruiken die een (eventueel) verschil met de rechtspraak van de Centrale Raad kan verklaren. Zo lijkt de overweging ook tegemoet te komen aan de wensen van Rolf Ortlep, die als preadviseur van de VAR (zie hieronder) in het kader van de rechtseenheid pleit voor het verduidelijken van verschillen in de jurisprudentie tussen onder meer de ABRvS en de CRvB. Met deze jurisprudentielijn komt de vraag of de balans tussen 'goede en ruime rechtsbeschermingsmogelijkheden' en 'efficiënte geschilbeslechting' niet te zeer doorschiet ten gunste van het laatstgenoemde belang, steeds nadrukkelijker op de voorgrond. De wet biedt immers voor de nieuwe jurisprudentielijn van de Afdeling niet zo gek veel aanknopingspunten. Dat de rechtszekerheid van andere belanghebbenden is gediend met de nieuwe lijn, is verdedigbaar; ook in het verleden is dat argument wel in de literatuur gebruikt ter verklaring van de verschillen in de jurisprudentie tussen Centrale Raad en Afdeling. Met evenveel kracht kan echter worden gesteld dat de derdebelanghebbende geen rechtszekerheid kan ontleen aan besluiten of besluitonderdelen waartegen nog geprocedeerd wordt of kan worden bij de bestuursrechter. Kortom, er is discussie mogelijk over de wenselijkheid van de door de Afdeling gehanteerde lijn.

Stiefkinderen bij ontvangen toeslagen gelijk aan eigen kinderen

De Belastingdienst/Toeslagen kent op aanvraag toeslagen zoals (het voorschot op) de zorgtoeslag en het kindgebonden budget toe. De Rechtbank Noord-Nederland moest in een uitspraak van 22 juli 2014 een oordeel geven over het besluit van de Belastingdienst/Toeslagen waarin werd vastgesteld dat een belanghebbende en haar meerderjarige inwonende stiefkind moeten worden aangemerkt als partners, terwijl ook nog twee minderjarige kinderen van de moeder (en halfbroers van het stiefkind) woonachtig zijn op hetzelfde adres. Het gezamenlijk toetsingsinkomen van deze partners was te hoog om in aanmerking te komen voor zorgtoeslag en kindgebonden budget. Artikel 3 lid 2 sub e Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir) stelt dat onder partner doorgaans mede wordt ver-

staan, degene die als ingezetene op hetzelfde woonadres is ingeschreven in de basisregistratie personen als de belanghebbende en die evenals de belanghebbende meerderjarig is, waarbij op dat woonadres tevens een minderjarig kind van ten minste een van beiden staat ingeschreven. Letterlijke lezing van deze bepaling brengt met zich dat de moeder en het meerderjarige inwonende stiefkind partners zijn in de zin van deze wet. Opmerkelijk is echter dat in lid 5, in afwijking het tweede lid, 'een bloedverwant in de eerste graad van de belanghebbende' niet als partner wordt aangemerkt, tenzij beiden bij de aanvang van het kalenderjaar de leeftijd van 27 jaar hebben bereikt. Kortom, voor eigen kinderen (partner indien 27 jaar oud) geldt een andere regeling dan voor stiefkinderen (partner zodra meerderjarig). De Rechtbank Noord-Nederland oordeelde principieel dat het hanteren van dit onderscheid een vorm van onaanvaardbare discriminatie is en aldus in strijd moet worden geoordeeld met artikel 26 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) en artikel 14 Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), gelezen in verbinding met artikel 1 van het Twaalfde Protocol bij het EVRM. De Belastingdienst/Toeslagen meent echter de wet (letterlijk) te moeten uitvoeren en is tegen dat oordeel in hoger beroep gekomen bij de Afdeling bestuursrecht-spraak. In die procedure is door Staatsraad advocaat-generaal Keus op 15 april 2015 een conclusie genomen (zie zaaknr. 201407312/2/A2 en 201407315/2/A2). De A-G wijst erop dat artikel 3 Awir tot 1 januari 2013 sprak van 'de bloed- of aanverwant in de rechte lijn van de belanghebbende', waaronder zowel kinderen als stiefkinderen moesten worden begrepen. Na 1 januari 2013 is de term aanverwant geschrapt, zodat letterlijke lezing met zich lijkt te brengen dat sprake moet zijn van bloedverwantschap. De Afdeling stelt dat ten eerste moet worden gezien of de belanghebbende en het stiefkind inderdaad als partners moeten worden gezien omdat de uitzondering van het vijfde lid van artikel 3 Awir (eerstegraads bloedverwant onder 27 is geen partner) niet voor stiefkinderen geldt. Geldt die uitzondering niet en moet het stiefkind als partner beschouwd worden, dan kan worden toegekomen aan de vraag of strijd bestaat met internationale verplichtingen van de Nederlandse staat; geldt die uitzondering in weerwil van een letterlijke lezing echter wel voor een stiefkind, dan behoeft die vraag geen beantwoording. In navolging van de A-G is de Afdeling van oordeel dat onder de in artikel 3 lid 5 Awir genoemde bloedverwanten die zijn uitgezonderd van het partnerschap, mede stiefkinderen moeten worden verstaan. In r.o. 4.1 stelt de Afdeling – onder verwijzing naar de conclusie van de A-G – dat de wetsgeschiedenis geen enkel aanknopingspunt bevat voor de vaststelling dat met de wetswijziging van 1 januari 2015 is beoogd om stiefkinderen, anders dan voorheen, op een andere wijze te behandelen dan eigen kinderen. De Afdeling ziet zelfs aanknopingspunten voor het tegendeel, omdat artikel 4 Awir onder kinderen van de belanghebbende mede de aanverwanten in neergaande lijn verstaat en deze bepaling niet is gewijzigd. Anders dan de Recht-

bank Noord-Nederland blijkbaar voor mogelijk houdt, legt de Afdeling de term 'bloedverwanten in de eerste graad van de belanghebbende' zo uit dat daaronder ook stiefkinderen moeten worden begrepen. Daarmee worden moeilijke vragen over strijd met internationaal recht door de Afdeling omzeild.

Rechtsmachtverdeling bij schadevergoeding: appellabel zuiver schadebesluit?

Met de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten is beoogd de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijk rechter te vereenvoudigen. Sinds 1 juli 2013 is het deel van de wet dat ziet op de invoering van een verzoekschriftprocedure voor het vorderen van schadevergoeding voor onrechtmatige besluiten (en andere in art. 8:88 Awb genoemde schadeoorzaken), in werking getreden. Dat deel heeft onder meer tot gevolg dat vanaf dat moment geen beroep meer openstaat bij de bestuursrechter tegen een zelfstandig/zuiver schadebesluit. Dergelijke besluiten zijn expliciet uitgesloten van beroep omdat het oogmerk van de nieuwe regeling in de artikelen 8:88 e.v. Awb is dat een aan de bestuursrechter gericht verzoekschrift kan bewerkstelligen dat deze het bestuursorgaan tot schadevergoeding verplicht. Die nieuwe regeling wordt soms – net als voorheen artikel 8:73 Awb – nogal ruim uitgelegd teneinde de gelegenheid voor de bestuursrechter te creëren om schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn toe te kennen (zie ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:364, AB 2015/165 m.nt. Wiersema). Een beroep tegen een zelfstandig/zuiver schadebesluit is onder het nieuwe recht niet langer mogelijk en/of wenselijk. Dat de rechtsmachtverdeling voorafgaand aan de inwerkingtreding van het deel van de wet dat ziet op schadevergoeding voor onrechtmatige besluiten, niet altijd voor iedereen volstrekt helder was, blijkt maar weer eens uit een uitspraak van het CBB van 15 april 2015 (ECLI:NL:CBB:2015:124), waarop ingevolge het overgangsrecht nog het oude recht van toepassing was. In deze uitspraak werd geprocedeerd over een besluit waarin de staatssecretaris van Economische Zaken een verzoek om schadevergoeding had afgewezen. Namens verweerder was strooisel en kuilgras van het land van appellant verwijderd ter uitvoering van een aan appellant gerichte last onder bestuursdwang vanwege overtreding van de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren. Appellant stelt dat de bestuursdwang feitelijk is uitgevoerd in strijd met de Flora- en faunawet, omdat het land een zogenoemd weidevogelgebied betrof waar in verband met die wet en ter bescherming van de daar aanwezige nesten na 15 maart geen werkzaamheden meer mogen worden verricht. Omdat het strooisel en kuilgras tevens is verontreinigd, stelt appellant schade te lijden van € 21.942. Het CBB stelt dat de beslissing om de schadevergoeding af te wijzen een zuiver schadebesluit is (omdat de schade is ontstaan in het kader van de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende taak of bevoegdheid), maar dat volgens vaste jurisprudentie tegen een dergelijk besluit enkel bij de bestuursrechter kan worden geprocedeerd indien de

bestuursrechter ook bevoegd is kennis te nemen van een beroep tegen de beweerdelijk schadeveroorzakende uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid zelf. Tegen het feitelijk uitoefenen van bestuursdwang staat echter geen beroep open op de bestuursrechter. Derhalve is ook geen beroep mogelijk tegen het zelfstandig schadebesluit. Ten aanzien van de schade die appellants stelt te hebben geleden, kan hij een vordering indienen bij de burgerlijke rechter.

Hoge Raad heeft oog voor autonome positie gemeenteraad krachtens overeenkomst

Tussen de gemeente Hof van Twente (gemeente) en de Landgoed Hof van Twente VOF (landgoed) zijn in het verleden onderhandelingen gevoerd over de realisatie van aanleg van het recreatiepark 'Hof van Twente', waar recreatiewoningen gebouwd zouden worden. In die onderhandelingen was voor de gemeente, die werd vertegenwoordigd door een door het college van B&W aangestelde stuurgroep, van groot belang dat de nieuwe recreatiewoningen niet permanent zouden worden bewoond. De in 2006 gesloten samenwerkingsovereenkomst hield onder meer in dat de gemeenteraad een goedkeuringsrecht had voor de later te sluiten realisatieovereenkomst. In de door de stuurgroep en het landgoed onderhandelde realisatieovereenkomst was bewust geen bepaling opgenomen dat het landgoed de recreatiewoningen niet mocht verkopen. Het ontbreken van die bepaling was ook essentieel voor het landgoed. Tijdens de vergadering waarin de gemeenteraad het bestemmingsplan voor het recreatiepark zou vaststellen en tegelijkertijd goedkeuring zou geven aan de realisatieovereenkomst tussen de gemeente en het landgoed, gaat het alsnog mis. De gemeenteraad wijst het bestemmingsplan af, onder meer omdat de realisatieovereenkomst niet het verbod van verkoop van de recreatiewoningen kent. Een civiele procedure volgt op grond van het onrechtmatig afbreken van onderhandelingen. Het landgoed stelt dat de gemeente wanprestatie heeft gepleegd, onrechtmatig en in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur heeft gehandeld en daarom jegens het landgoed aansprakelijk is. Met name is van belang dat Landgoed Hof van Twente VOF stelt dat de gemeente in een eerder stadium van de onderhandelingen bij haar het vertrouwen heeft gewekt dat verkoop van de recreatiewoningen aan derden zou zijn toegestaan. Hoewel de rechtbank deze vordering van het landgoed afwees, omdat er – kort en goed – geen moment is aan te wijzen waarop de gemeenteraad vertrouwen heeft gewekt, kwam het Hof Arnhem-Leeuwarden op 5 maart 2013 tot een ander oordeel (ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5193). Het hof overwoog dat het college van B&W op grond van artikel 160 lid 1, aanhef en onder e, Gemw bevoegd is de gemeente te binden. Ook kan de gemeente zijn gebonden aan de overeenkomst op grond van het vertrouwensbeginsel. Onder de omstandigheden van het geval wordt het beroep van de gemeente op het voorbehoud krachtens welke de gemeenteraad goedkeuring moet verlenen, in strijd met de redelijkheid en billijkheid verklaard (zie ook art. 6:23 BW).

In zijn arrest van 25 juni 2015 (HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1737) blijkt de gemeente toch aan het langste eind te trekken. De Hoge Raad oordeelt dat het hof onvoldoende oog heeft gehad voor de zelfstandige positie van de gemeenteraad. Volgens de Hoge Raad heeft het hof zijn oordeel over het door de gemeente gewekte vertrouwen voor een groot deel gebaseerd op gebeurtenissen waarbij de gemeenteraad niet betrokken is geweest. Het hof heeft miskend dat de gemeenteraad bij de besluitvorming een zelfstandige positie inneemt ten opzichte van het college van B&W. De Hoge Raad overweegt als volgt (r.o. 3.7.2):

'In het stelsel van de Gemeentewet komt groot gewicht toe aan de bevoegdheidsverdeling tussen het college van B&W en de gemeenteraad. De raad heeft een autonome positie, en grote terughoudendheid moet worden betracht bij het aannemen van gebondenheid van een gemeente zonder instemming van de raad in gevallen waar de raad een formele positie in het besluitvormingsproces inneemt. Dat geldt ook in gevallen waarin die formele positie wordt ontleend aan een contractueel voorbehoud van instemming, zoals in het onderhavige geval het in artikel 2 lid 2 en artikel 15 lid 2 van de samenwerkingsovereenkomst opgenomen voorbehoud van goedkeuring van de realisatieovereenkomst door de Raad. De zelfstandige beslissingsvrijheid van de raad brengt mee dat een wederpartij niet erop mag vertrouwen dat handelingen van het college de instemming van de raad hebben indien dat vertrouwen niet mede wordt ontleend aan toedoen van de raad zelf.'

De autonome positie van de gemeenteraad ten opzichte van het college van B&W geldt dus niet alleen krachtens de Gemeentewet, maar ook indien die autonome positie het gevolg is van een contractueel voorbehoud van instemming.

Literatuur

Schreef ik in het vorige *KwartaalSignaal* dat oraties tegenwoordig veelal als tijdschriftartikel worden gepubliceerd, nu blijkt een Gronings duo die stelling direct te ondermijnen. Op 23 juni 2015 hielden maar liefst twee Groningse hoogleraren Bestuurskunde hun oratie. Onder één en dezelfde titel, namelijk 'Bestuurlijke organisatie en geschilbeslechting in het sociaal domein', oreerden zowel prof. mr. dr. A. T. Marseille, hoogleraar Bestuurskunde (in het bijzonder de empirische bestudering van het bestuursrecht), over geschilbeslechting in het sociale domein, als prof. dr. H. B. Winter, hoogleraar Bestuurskunde (in het bijzonder het functioneren van het openbaar bestuur), over de bestuurlijke organisatie in datzelfde domein. Als dan ook nog blijkt dat de oratie(s) in een gezamenlijk boekje zijn gepubliceerd en reeds op de dag zelf beschikbaar waren, kan met recht gesproken worden van een knap staaltje afstemming tussen de beide hoogleraren. Daarenboven is het onderwerp van de oraties buitengewoon actueel gelet op de nieuwe (gedecentraliseerde) taken van de gemeente in het sociaal domein per 1 januari 2015 (Jeugdwet, Wet maatschappelijke ondersteuning, Participatiewet). Wat is de kern van het betoog van de beide hooggeleerde heren? Winter oreert over de balans die de gedecentraliseerde uitvoeringspraktijk in het sociale domein tracht te vinden in het krachtveld tussen overheid, markt en gemeenschap. De oratie stelt, zoals dat in een oratie ten dele ook hoort, veel vragen over de wenselijk-

heid en geschiktheid van de opkomst van allerlei nieuwe organisatiemodellen. Daar is onderzoek nodig. Met name omdat daarbij overheidsprofessionals samenwerken met marktpartijen om aanspraken in het sociale domein te concretiseren en realiseren; en dat alles zonder uit het oog te verliezen dat ook de zelfredzaamheid van de gemeenschap een rol heeft in het realiseren van de zorgbehoefte van betrokkenen. In dat verband zijn veel gemeenten met marktpartijen samen gaan werken in zogenoemde sociale wijkteams. Winter waarschuwt voor het blindelings volgen van die hype, met name omdat sprake is van verscheidenheid in de organisatievormen en werkwijze en de onderbouwing van de gemaakte keuzen doorgaans onvindbaar is. Tezamen met de opkomst van participatievormen in het openbaar bestuur die de (gebreken van de) representatieve democratie tracht te corrigeren of aan te vullen, vormt het de kern van de door Winter zelf bepaalde onderzoeksactiviteiten in de komende jaren.

Dan naar de oratie van Marseille. Zijn oratie start met een eenvoudig gegeven: niet iedereen die aanspraak maakt op hulp zal tevreden zijn over hetgeen de gemeente hem biedt. Gelet op de aard van de geschillen in het sociale domein en de daarbij betrokken belanghebbenden, ligt voor de hand dat geschillen worden behandeld in een eenvoudig toegankelijke procedure. Marseille bespreekt dat conflicten niet alleen kunnen ontstaan over (bij de bestuursrechter appellabele) besluiten over de aanspraken van de burger in het sociale domein, maar ook over (niet appellabele) handelingen ter uitvoering van die besluiten. Vaak zal ook van een combinatie van factoren sprake zijn. Als het gaat om geschillen over besluiten, is de laagdrempeligheid van de toegang tot de bestuursrechtelijke procedures van bezwaar en beroep voldoende gewaarborgd. Hoe zit dat nu bij de uitvoeringshandelingen? Dat is een belangrijke vraag omdat enerzijds de uitvoeringshandelingen lang niet altijd door een bestuursorgaan worden verricht en anderzijds omdat de bestuursrechter niet bevoegd is te oordelen over feitelijke handelingen (gedragingen). Voor de zorgverlener die uitvoeringshandelingen verricht, doorgaans als marktpartij, geldt dat die – doorgaans verplicht – dient te beschikken over een klachtregeling. De Awb biedt de burger in hoofdstuk 9 de mogelijkheid om klachten in te dienen over gedragingen van degene die onder verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan functioneert. Tot slot kan de burger een vordering indienen bij de – in de woorden van Marseille: ontoegankelijke – burgerlijke rechter vanwege de (vermeende) onrechtmatigheid van de feitelijke uitvoering van een besluit. Hoewel Marseille geen relevante (wettelijke) hindernissen ontwaart om geschillen in het sociale domein geïntegreerd te behandelen en een dergelijke wijze van (gezamenlijke) geschilafdoening door hem wordt aanbevolen, is de boodschap dat naar zijn indruk gemeenten hun verantwoordelijkheid voor de geschilbeslechting ontlopen. Gemeenten proberen niet alleen geschillen buiten de laagdrempelige bezwaarschriftprocedure te houden, maar lijken bovendien maar wat graag bereid om de onvrede van de burger te duiden als een klacht over

de uitvoering, zodat de klachtprocedure van de zorgaanbieder als primaire geschilbeslechtingsprocedure dienst moet doen. De burgerlijke rechter is bovendien onvoldoende toegankelijk en/of laagdrempelig. Duidelijk is dat Marseille veel – zo niet alle – geschillen in het sociale domein als bestuursrechtelijk kwalificeert en in dat verband een laagdrempelige rechtsingang toewenst. Daarom stelt hij voor de rechtsmacht van de bestuursrechter te verruimen; overigens zonder dat dat ten koste gaat van de rechtsmacht van de burgerlijke rechter.

Naast oraties was het in mei en juni ook tijd voor de jaarlijks relevante preadviezen van de VAR, vereniging voor bestuursrecht, en van de NJV. De preadviezen van de NJV (R.H. de Bock, 'Grip op kwaliteit. Een model voor inhoudelijke kwaliteit van rechterlijke beslissingen', P.J.P.M. van Lochem, 'Kwaliteit van wetgeving als keuze' en R.A.J. van Gestel, 'Kwaliteit van juridische publicaties: over ranking, peer review, scientometrics en vertrouwen in alternatieve evaluatiemethoden') richten zich niet specifiek op het bestuurs(proces)recht, zodat ik hier kan volstaan met de verwijzing naar deze zeer lezenswaardige preadviezen. De preadviezen van De Bock en Van Lochem werden uitvoerig besproken in het *NJB* door respectievelijk Peter Wattel (*NJB* 2015/1049) en Ybo Buruma (*NJB* 2015/1050). Mocht u als lezer denken dat in dit *KwartaalSignaal* toch eigenlijk niet met een soortgelijke verwijzing kan worden volstaan als het gaat om de prachtige preadviezen voor de VAR (E.H.M. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', R. Ortlep, 'Optimaliseren rechtseenheid tussen de hoogste bestuursrechters' en A. Tollenaar, 'Praktijk van rechtsontwikkeling door de bestuursrechter'), dan heeft u helemaal gelijk. Deze mooie preadviezen over de rechtsvorming en rechtsontwikkeling door de bestuursrechter zijn gewoontegetrouw besproken in het *NTB* (respectievelijk door S.E. Zijlstra in *NTB* 2015/16, J.J.J. Sillen in *NTB* 2015/17 en N. Verheij in *NTB* 2015/18).

Overige literatuur

- Herman Bröring & Jelle Roelfsema, 'Aardbevingen en rechtsbedeling. De (on)mogelijkheid van governance als alternatief voor rechtspraak', *NJB* 2015/1252;
- J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Een ontaarde bevoegdheid. Het lichte bevel van artikel 172 lid 3 Gemeentewet', *Gst.* 2015/59;
- S.L.I. van Eijs & D.A. Verburg, 'Belgische lussen. Raken wij ook verstrikt?', *JBplus* 2015, afl. 2, p. 114 e.v.;
- N. Jak, 'De publieke-taakjurisprudentie verduidelijkt', *JBplus* 2015, afl. 2, p. 75 e.v.;
- R.D. Lubach & A. Stortelder, 'Causaliteit bij besluiten-aansprakelijkheid: verfijning en inspiratie uit het civiele schadevergoedingsrecht', *O&A* 2015/31;
- Hans Peters, 'De publieke-taakjurisprudentie geijkt', *NTB* 2015/23;
- R.J.N. Schlössels & L.J.M. Timmermans, 'Baron von Münchhausen aan het werk in de polder: de hoogste bestuursrechtspraak als (never) ending story', *TvCR* 2015, p. 124-149;

EUROPEES RECHT

AAK20157890

**Barbara Cooreman, Maarten Aalbers, Thomas Weber,
Europa Instituut Leiden**

Prejudiciële verwijzing – Artikelen 49 VWEU, 51 VWEU en 56 VWEU – Vrijheid van vestiging – Deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag – Richtlijn 2006/123/EG – Artikel 14 – Instellingen belast met de controle of en de certificering dat ondernemingen die openbare werken uitvoeren voldoen aan de wettelijke voorwaarden – Nationale regeling volgens welke de statutaire zetel van die instellingen zich in Italië moet bevinden – Hof van Justitie (Grote Kamer), 16 juni 2015, zaak C-593/13, (Presidenza del Consiglio dei Ministri en anderen tegen Rina Services SpA en anderen)

In het eerste arrest waarin het Hof zich buigt over de materiële bepalingen van de Dienstenrichtlijn (Richtlijn 2006/123/EG), wordt een Italiaans vestigingsvereiste voor certificeringsdiensten strijdig geacht met artikel 14 van deze richtlijn en de vrijheid van vestiging. Een drietal bedrijven, allen gevestigd in Genua, verlenen verscheidene certificeringsdiensten en technische inspecties in de bouwsector. In een rechtszaak trekken zij de rechtmatigheid van een Italiaanse wetsbepaling in twijfel, die vereist dat dergelijke certificeringsdiensten hun statutaire zetel hebben gelegen op Italiaans grondgebied. De Consiglio di Stato heeft het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing verzocht over de vraag of een dergelijke maatregel strijdig is met de Dienstenrichtlijn en de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging. Ook vraagt de verwijzende rechter zich af of de certificeringsdiensten wellicht onder de uitoefening van openbaar gezag in de zin van artikel 51 VWEU kunnen vallen.

In haar beantwoording wijst het Hof er allereerst op dat dergelijke certificeringsdiensten niet kwalificeren als de uitoefening van openbaar gezag, zoals het al eerder had geoordeeld in het arrest *SOA Nazionale Costruttori* (C-327/12, ECLI:EU:C:2013:827). De dienstverleners hebben immers niet de 'beslissingsautonomie' die met de uitoefening van openbaar gezag gepaard gaat, en verrichten hun werkzaamheden op de vrije markt, onder concurrentievoorwaarden en met winstoogmerk (rechts-overwegingen 19-20 van het arrest).

Dan wendt het Hof zich tot de Dienstenrichtlijn. Eerst stelt het vast dat certificeringsdiensten binnen de werkingssfeer vallen. Een vestigingsvereiste als die in het nationale geding is volgens het Hof expliciet verboden in artikel 14 punt 1. Een dergelijk verbod kan, in tegenstelling tot wat de Italiaanse regering betoogde, niet gerechtvaardigd worden. Dit volgt zowel uit de bewoording van het artikel, dat spreekt van 'verboden' eisen en geen rechtvaardigingsgronden noemt, als ook uit het stelsel van de Dienstenrichtlijn, dat wat betreft beperkingen van de vrijheid van vestiging een onderscheid maakt tussen deze 'verboden' eisen (art. 14) en 'aan evaluatie onderworpen' eisen (art. 15).

Dat artikel 3(3) van de richtlijn het toepassingsbereik van de richtlijn verbindt aan de 'inachtneming van de Verdragsregels over de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten', doet hier volgens het Hof niets aan af. Artikel 14 zou immers van elk nuttig effect ontdaan worden, als de daarin verboden vereisten door verdragsbepalingen gerechtvaardigd konden worden. Het doel van de Richtlijn was juist om een dergelijke situatie, waarin dit per geval beoordeeld moest worden, te vermijden. Het staat de Uniewetgever dus vrij om bepaalde rechtvaardigingsgronden in te perken, vooral nu dit in feite een codificatie is van vaste rechtspraak van het Hof.

Opmerkelijk is dat, terwijl de advocaat-generaal nog het mogelijk 'hypothetische' karakter van de verwijzing aanstipt, het Hof geen woorden besteedt aan het kennelijke ontbreken van een interstatelijke dimensie. Dit kan erop wijzen dat dit intracommunautaire aspect bij vestigingszaken ook niet zo belangrijk is, nu mag worden aangenomen dat verboden vereisten al snel een belemmering vormen voor buitenlandse ondernemingen (zie ook de Conclusie van A-G Cruz-Villalon, ECLI:EU:C:2015:159, punt 15), en bovendien volgens de richtlijn 'eerst en stelselmatig' ingetrokken dienen te worden. Twee prejudiciële verwijzingen van respectievelijk de Raad van State en de Hoge Raad over de toepasselijkheid van hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn in zuiver interne situaties liggen op dit moment voor het Hof van Justitie (ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2495, AB 2014/450, m.nt. M.R. Botman; HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1467).

Prejudiciële verwijzing – Economisch en monetair beleid – Besluiten van de Raad van bestuur van de Europese Centrale Bank (ECB) betreffende een aantal technische kenmerken van de rechtstreekse monetaire transacties van het Eurosysteem in de secundaire markten voor staatsobligaties – Artikelen 119 VWEU en 127 VWEU – Taken van de ECB en van het Europees Stelsel van centrale banken – Transmissiemechanisme van het monetair beleid – Handhaving van de prijsstabiliteit – Evenredigheid – Artikel 123 VWEU – Verbod van monetaire financiering van de lidstaten van de eurozone – Hof van Justitie (Grote Kamer), 16 juni 2015, zaak C-62/14, (Peter Gauweiler en anderen tegen Deutscher Bundestag)

Het besluit van de Europese Centrale Bank (hierna: ECB) tot vaststelling van een aantal technische kenmerken van rechtstreekse monetaire transacties (ook wel *Outright Monetary Transactions*, hierna: OMT) valt binnen het mandaat van monetair beleid van de ECB, en is niet in strijd met het verbod op monetaire financiering van artikel 123 VWEU. Dat heeft het Hof van Justitie bepaald in antwoord op de eerste prejudiciële verwijzing ooit van het Bundesverfassungsgericht, waarin de Duitse constitutionele rechter vraagtekens plaatste bij de verenigbaarheid van de maatregel met de Verdragen en de Duitse Grundgesetz.

Op 6 september 2012 gaf de ECB een persbericht vrij, waarin het aankondigde om zo nodig staatsobligaties op te kopen van eurolidstaten die te lijden hadden onder onredelijk hoge rentetarieven. De aankoop zou gebeuren op de

secundaire markt (dat wil zeggen: van andere handelaren, niet van direct van lidstaten), zonder vooraf gestelde limiet, en onder bepaalde voorwaarden, zoals deelname van de betreffende staat aan een programma van het Europees Stabieliteitsmechanisme. De hoge rentes waren ontstaan als gevolg van de eurocrisis, en het gebrek aan vertrouwen van de markten in de stabiliteit van de euro. Hierdoor kon de ECB niet via de gebruikelijke kanalen, zoals het aanpassen van haar beleidsrente, haar monetaire beleid voeren, gericht op het bewaken van prijsstabiliteit. Door de maatregel aan te kondigen hoopte de ECB de markten te kalmeren en zo de rente op staatsobligaties naar beneden te brengen. Zo probeerde zij de transmissie van haar monetair beleid te herstellen. Transmissie is de doorwerking van monetair beleid naar de reële economie. Dit was de kern van het probleem: door de onredelijk hoge rentes hadden normale maatregelen van de ECB geen enkel effect meer op de economie, en was zij machteloos.

Het Hof van Justitie geeft uitleg over het onderscheid tussen monetair beleid en economisch beleid; een onderscheid dat in de Verdragen scherp wordt gemaakt, maar in de praktijk kunstmatig blijft. Om te bepalen of het OMT-besluit onder monetair beleid valt, kijkt het Hof naar het doel van de aangekondigde maatregel, en de middelen die het daartoe inzet. Het doel van de maatregel, zo redeneert het Hof, is het herstellen van de monetaire transmissie in de getroffen lidstaten, en het bewaken van het gemeenschappelijke monetaire beleid. Dit oogmerk valt binnen het hoofddoel van het bewaken van prijsstabiliteit zoals omschreven in artikel 127 VWEU. Dat de bestreden maatregel eventueel ook bijdraagt aan de stabiliteit van de eurozone, en daarmee gevolgen heeft voor het economische beleid, doet daar niet aan af (zie naar analogie het arrest C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756 (*Pringle*)).

Vervolgens oordeelt het Hof dat de maatregel ook evenredig is aan het beoogde doel. Daarbij overweegt het Hof dat de ECB, vanwege de technische en complexe afwegingen die zij maakt, over een 'ruime beoordelingsbevoegdheid' beschikt. Het rechterlijke toezicht mag dan ook marginaal genoemd worden. Het Hof toetst met name of procedurele waarborgen in acht zijn genomen, en of het besluit toereikend is gemotiveerd. Hieruit blijkt niet dat de ECB een 'kennelijk onjuiste beoordeling' heeft gemaakt. Het OMT-besluit is volgens het Hof ook niet in strijd met het verbod op monetaire financiering, zoals opgenomen in artikel 123 lid 1 VWEU. Dit artikel verbiedt de ECB om overheden krediet te verlenen, of rechtstreeks staatsobligaties op te kopen. Het kopen van staatsobligaties op de secundaire markt is evenwel niet verboden, en is zelfs expliciet toegestaan in artikel 18 lid 1 van het protocol betreffende het ESCB en de ECB. Om te toetsen of hiermee het verbod op monetaire financiering wordt omzeild, kijkt het Hof naar het doel van het verbod: lidstaten aanzetten tot een gezond begrotingsbeleid. De ECB moet bij het verrichten van aankopen op de secundaire markt dus zorgen dat er voldoende garanties hiertoe zijn, om het verbod van artikel 123 VWEU niet te omzeilen. In de onderhavige zaak was sprake van voldoende garanties, zo oordeelt het

Hof. Door het OMT-programma alleen te richten op staten die geen toegang meer hebben tot de obligatiemarkt, en het programma voorwaardelijk te maken aan deelname aan een ESM-programma, voorkomt de ECB dat de prikkel voor lidstaten om een gezond begrotingsbeleid te voeren wordt weggenomen.

De bezwaren van het Bundesverfassungsgericht zijn hiermee stellig ontkracht, maar het is uiteindelijk aan de verwijzende rechter om een eindoordeel te vellen in het nationale geschil dat in lijn is met het arrest van het Hof. Dit belooft nog een lastige klus te worden voor de rechters in Karlsruhe, die bijzonder stellig waren in hun verwijzingsuitspraak. In ieder geval is de boodschap van het Hof een geruststellende voor het ECB. Het OMT-programma is weliswaar tot op heden niet uitgevoerd, maar met de recente lancering van het grootschalige kwantitatieve veruimingsprogramma (*Quantitative Easing*) en het voortduren van de Griekse schulden crisis is duidelijkheid over het monetaire mandaat van de ECB een welkome boodschap voor centrale banken, overheden en markten.

Arrest van het Hof (Grote Kamer) Beroep tot nietigverklaring – Uitvoering van nauwere samenwerking – Eenheidsoctrooi – Verordening (EU) nr. 1260/2012 – Vertaalregelingen – Discriminatieverbod – Artikel 291 VWEU – Delegatie van bevoegdheden aan organen buiten de Europese Unie – Artikel 118, tweede alinea, VWEU – Rechtsgrondslag – Beginsel van autonomie van het Unierecht – Hof van Justitie (Grote Kamer), 5 mei 2015, zaken C-146/13 en C-147/13, (Spanje tegen Raad van de Europese Unie)

Deze zaak betreft een beroep tot nietigverklaring ex artikel 263 VWEU. Spanje heeft het Hof verzocht verordening (EU) nr. 1260/2012 van de Raad van 17 december 2012 tot het uitvoering geven aan nauwere samenwerking op het gebied van de instelling van eenheidsoctrooibeschermt en vertaalregelingen (hierna: de verordening) nietig te verklaren. De Raad heeft deze verordening vastgesteld naar aanleiding van zijn besluit 2011/167/EU van 10 maart 2011 om nauwere samenwerking aan te gaan op het gebied van de instelling van eenheidsoctrooibeschermt. Ter ondersteuning van zijn beroep voert Spanje vijf middelen aan: 1) schending van het verbod van discriminatie op grond van taal, 2) schending van de beginselen van het arrest *Meroni/Hoge Autoriteit* (9/56, ECLI:EU:C:1958:7) wegens delegatie van administratieve taken inzake het eenheidsoctrooi aan het Europees Octrooi Bureau (EOB), 3) het ontbreken van een rechtsgrondslag, 4) schending van het rechtszekerheidsbeginsel en 5) schending van het beginsel van autonomie van het Unierecht.

Ten aanzien van het eerste middel voert Spanje aan dat de verordening een vertaalregeling voor eenheidsoctrooien invoert die discriminerend is voor burgers die niet één van de officiële talen van het Europees Octrooibureau (EOB) beheersen (te weten: Duits, Engels en Frans). Een Europese octrooiaanvraag dient namelijk te worden ingediend in een van de officiële talen of, indien zij in een andere taal wordt ingediend, vertaald te worden in een van de officiële

talen in overeenstemming met het uitvoeringsreglement. Het Hof erkent dat de verordening een verschillende behandeling van de officiële talen van de Unie instelt. Artikel 3, lid 1 van de verordening, dat op de vertaalregelingen voor het eenheidsoctrooi ziet, verwijst namelijk naar de publicatie van het octrooischrift van het eenheidsoctrooi overeenkomstig artikel 14, lid 6 van het Europees Octrooi Verdrag (EOV). Volgens deze bepaling en artikel 14, lid 1, EOV worden Europese octrooischriften gepubliceerd in de procestaal, die een van de officiële talen van het EOB moet zijn, te weten het Duits, het Engels of het Frans, en bevat ten zij een vertaling van de conclusies in de beide andere officiële talen van het EOB. Wanneer aan de voorwaarden van deze EOVBepalingen is voldaan, zijn voor toekenning van eenheidswerking aan het betrokken Europees octrooi geen verdere vertalingen vereist. Het Hof acht de vertaalvoorschriften in de verordening gerechtvaardigd. Een effectief octrooistelsel moet octrooibescherming voor met name het midden- en kleinbedrijf toegankelijk maken en vergemakkelijken, zo overweegt zij. De beperking tot vertalingen in de drie officiële EOB-talen dient daarom volgens het Hof een legitiem doel. Het Hof stelt vast dat het Europese octrooibeschermingsstelsel erg complex is en gepaard gaat met zeer hoge kosten voor een aanvrager die zijn uitvinding wil beschermen door verlening van een octrooi dat voor alle lidstaten geldt. Die complexiteit en kosten, die met name het gevolg zijn van het feit dat de houder van een door het EOB verleend Europees octrooi een vertaling van dat octrooi moet overleggen in de officiële taal van de lidstaat waar hij het gevalideerd wil zien, vormen een belemmering voor octrooibescherming in de Unie, zo merkt het Hof op. Het Hof oordeelt dat de beperking inzake vertalingsvoorschriften zoals voorgeschreven door de verordening een geschikte maatregel vormt, omdat deze zijn ingesteld om de toegang tot octrooibescherming daadwerkelijk te vergemakkelijken en vertalingskosten te beperken. Voorts acht het Hof de maatregel noodzakelijk om een evenwicht te creëren tussen de belangen van de marktdeelnemers en het algemeen belang van een kosten-effectieve Europese octrooibescherming. Daarmee wijst het Hof het eerste middel af.

Ten aanzien van het tweede middel voert Spanje aan dat de verordening een delegatiehandeling inhoudt, in de vorm van een vergoedingsregeling voor de vertaling, die strijdig is met het arrest *Meroni*. Spanje voert aan dat deze delegatie van bevoegdheden aan de lidstaten, met het EOB als beheerder van deze bevoegdheden, in de verordening noch objectief gerechtvaardigd wordt, noch door de Raad duidelijk omschreven zijn aan hand van objectieve, reeds vastgestelde criteria. Het Hof wijst dit middel van Spanje af; de verordening verleent deelnemende lidstaten de door hen vastgestelde taken overeenkomstig artikel 9 van de verordening dewelke krachtens artikel 143 EOVB opdragen zijn aan het EOB. Het Hof stelt dat die taken nauw verband houden met de uitvoering van de bij de verordening ingestelde bescherming door eenheidsoctrooien, waarvoor de vertaalregelingen in de bestreden verordening zijn vastgelegd.

Aangezien de Raad aan de deelnemende lidstaten of het EOB geen uitvoerende bevoegdheden heeft gedelegeerd die krachtens het Unierecht aan hem zelf toekomen, zijn de beginselen die het Hof in het arrest *Meroni/Hoge Autoriteit* (9/56, ECLI:EU:C:1958:7) heeft geformuleerd, niet van toepassing zo oordeelt het Hof.

Ten aanzien van het derde middel voert Spanje aan dat de verordening aangenomen is op een onjuiste rechtsgrond; artikel 118 VWEU, tweede alinea. Spanje betoogt dat de bestreden verordening geen materiële inhoud heeft, en dat daarom artikel 118, tweede alinea niet gebruikt had mogen worden door de Raad. Het Parlement en de Raad betogen dat artikel 118 VWEU wel de juiste rechtsgrondslag vormt. Deze bepaling, waarmee maatregelen kunnen worden vastgesteld voor de invoering van Europese titels om een eenvormige bescherming van intellectuele-eigendomsrechten in de Unie te bewerkstelligen, en voor de instelling van op het niveau van de Unie gecentraliseerde machtigings-, coördinatie- en controleregelingen, vereist niet dat de nationale wetgevingen volledig worden geharmoniseerd, voor zover een titel van intellectuele of industriële eigendom wordt gecreëerd die een eenvormige bescherming in de deelnemende lidstaten biedt.

Het Hof is vrij kort in haar behandeling van dit middel en overweegt dat artikel 118, tweede alinea, VWEU niet verlangt dat de Raad alle aspecten harmoniseert van de talenregeling voor intellectuele-eigendoms titels die op grond van de eerste alinea van dat artikel zijn ingevoerd. Omdat artikel 118 VWEU en de Europese Octrooi verordening een passende rechtsgrondslag bieden voor de invoering van titels van intellectuele eigendom oordeelt het Hof dat de talenregeling in de bestreden verordening niet los gezien kan worden van de overige bepalingen in de verordening en wijst het middel af.

In het vierde middel betoogt Spanje dat de bestreden verordening de toegang van marktdeelnemers tot informatie over octrooien beperkt en daarmee strijdig is met het rechtszekerheidsbeginsel. Het Hof geeft Spanje wederom geen gelijk en stelt dat het authentieke octrooi in de officiële taal rechtsgevolgen sorteert en niet de vertaling die geen rechtsonzekerheid teweeg kan brengen aangezien de betrokken marktdeelnemers met zekerheid kunnen weten dat zij zich in het kader van octrooibescherming op het octrooi in de authentieke taal moeten baseren. Ook het vijfde middel, schending van autonomie en uniforme toepassing van het Unierecht, wordt door het Hof afgewezen. Spanjes argument dat de verordening een onderscheid maakt tussen enerzijds de inwerkingtreding en anderzijds de toepassing van de verordening, snijdt volgens het Hof geen hout. Het Hof overweegt dat de Uniewetgever het aan de lidstaten heeft overgelaten om een aantal maatregelen vast te stellen in het kader van de verordening. Binnen het rechtskader van het Europees Octrooi verdrag mogen de lidstaten een gemeenschappelijk octrooigerechtigd oprichten dat, zoals in de overwegingen 24 en 25 van de verordening is uiteengezet, essentieel is om de goede werking van dat octrooi, de consistentie van de rechtspraak en dus de rechtszekerheid, alsook de kosteneffectiviteit voor de octrooihouders te waarborgen. Daarmee heeft het Hof alle grieven van Spanje verworpen

en lijkt het procedurele Europese Octrooirecht zich een stapje verder ontwikkeld te hebben. Het einddoel: het beschermen van octrooihouders in bijna de gehele EU (op dit moment zijn alle EU-lidstaten aangesloten met uitzondering van Spanje, Italië en Kroatië).

VOLKENRECHT

📁 AAK20157893

Ige F. Dekker, Nico J. Schrijver

1 Aziatische Infrastructuur Investeringsbank

Op 29 juni 2015 werd in Beijing het oprichtingsverdrag, de *Articles of Agreement*, van de *Asian Infrastructure Investment Bank* (AIIB) door 50 landen getekend. De nieuwe financiële internationale organisatie heeft tot doel om door (mede) financiering de uitvoering van grootschalige infrastructurele projecten in Azië mogelijk te maken. Er is berekend dat in de komende tien jaar elk jaar zo'n 800 miljard dollar in Azië nodig is voor bijvoorbeeld energievoorzieningen, wegen, spoor, telecommunicatie en ziekenhuizen. Daar zal de AIIB niet alleen in (kunnen) gaan voorzien – het inlegkapitaal is voorlopig bepaald op 100 miljard – maar de verwachting is wel dat de bank een belangrijk vliegwiel zal zijn voor het aantrekken van kapitaal uit andere publieke en vooral ook private bronnen.

De nieuwe internationale financieringsbank is een initiatief van de huidige Chinese president Xi Jinping. Na de lancering in 2013 werd het initiatief door tal van andere Aziatische staten meteen gesteund maar stuitte ook op argwaan vanwege de te verwachten Chinese dominantie van de instelling. Daarom sloten bijvoorbeeld Australië, Nieuw-Zeeland en Zuid-Korea zich pas begin dit jaar bij het initiatief aan, nadat zij garanties hadden gekregen ten aanzien van een aantal uitgangspunten en basisprincipes voor de inrichting en het functioneren van de bank. Zo zijn er een aantal zaken waarvoor de instemming met een 'super' of een 'speciale' meerderheid van de leden van de bank noodzakelijk is, waaronder de benoeming van de president van de bank, besluiten over het kapitaal en financiële reserves, en amendering van het oprichtingsverdrag. Voorts zal het beleid van de bank voldoen aan de eisen van duurzaamheid, onder meer betreffende milieu en sociaal beleid. Daarna sloten een flink aantal niet-regionale, met name westerse staten zich aan, zoals het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk, Duitsland en Nederland. Ook Brazilië en Zuid-Afrika behoren, als niet-regionale landen, tot de *founding members* van de bank. De Verenigde Staten en Japan evenwel niet.

Het Chinese initiatief lijkt mede ingegeven door de onvrede van China en een aantal andere opkomende economieën met de inrichting- en besluitvormingsstructuur van met name het Internationaal Monetair Fonds (IMF) en de Wereldbank, waarin naar hun mening onvoldoende rekening wordt gehouden met hun toegenomen economische macht. Hun pogingen om daarin verandering te brengen mislukten tot nu toe, door het verzet van in het bijzonder (het Congres van) de Verenigde Staten. De Verenigde Sta-

ten – en Japan – hebben zich van meet af aan verzet tegen oprichting van de AIIB, met het argument dat de bank een concurrent zou zijn van andere internationale financiële instellingen, naast de Wereldbank en het IMF, ook de Aziatische Ontwikkelingsbank (AsDB). De doelstellingen van deze instellingen verschillen echter deels van die van de AIIB, zodat eerder sprake zal zijn van complementariteit dan van concurrentie. De AsDB, sinds haar oprichting in 1966 geleid door een Japanner, heeft inmiddels de AIIB als feit aanvaard en heeft op haar laatste jaarvergadering de mogelijkheden tot samenwerking met de AIIB besproken.

De AIIB volgt, qua institutionele structuur en andere formele zaken, in hoofdlijnen de inrichting van andere internationale financiële instellingen. Naast een orgaan waarin alle leden zijn vertegenwoordigd – de *Board of Governors* – is er een Raad van Bewindvoerders – *Board of Directors* – bestaande uit 12 leden, waarvan 9 regionale en 3 niet-regionale leden. De bewindvoerders zullen nog samen te stellen kiesgroepen van leden vertegenwoordigen en, indien het op stemmen aankomt, de stemmen van deze leden kunnen inzetten. Leden hebben, afgezien van een gelijk aantal basisstemmen, verschillende stemgewichten, afhankelijk van hun aandeel in het kapitaal van de bank. China is verreweg de grootste aandeelhouder met bijna 30 miljard dollar aan aandelen en heeft daarmee meer dan een kwart (26,1%) van de stemmen, en heeft dus voor besluiten waarvoor een supermeerderheid van 75 procent van de stemmen noodzakelijk is, een vetorecht. In vergelijking: Nederland heeft ruim 1 miljard dollar in aandelen en een stemgewicht van 1,16%.

De *Board of Governors* bezit alle bevoegdheden maar kan deze delegeren aan de *Board of Directors*, behoudens een flink aantal belangrijke zaken, waaronder de toelating van nieuw leden, verhoging van het kapitaal en amendering van het oprichtingsverdrag. De *Board of Directors* zal, anders dan bij veel andere financiële instellingen, overigens niet permanent in functie zijn en dus zullen veel operationele taken in handen liggen van de president (en zijn of haar staf) van de bank. De eerste president zal de Chinees Jin Liqun zijn, die nu al is aangewezen om alle noodzakelijke voorbereidingen voor de start van de bank, beoogd vanaf eind dit jaar, te treffen.

Het oprichtingsverdrag bepaalt in slechts zeer algemene bewoordingen de uitgangspunten en principes van het beleid. Die zullen nader worden uitgewerkt in afzonderlijke beleidsdocumenten waarover ten tijde van het sluiten van het oprichtingsverdrag de onderhandelingen nog gaande waren. Een aantal landen, waaronder Nederland, heeft aangegeven dat het slechts tot bekrachtiging van het verdrag zal overgaan nadat overeenstemming is bereikt over het te voeren beleid op het gebied van milieu en sociale omstandigheden, aanbestedingen en schuldhoudbaarheid van landen. De Nederlandse regering is, blijkens een brief van de minister van Financiën over de AIIB aan de Tweede Kamer, voornemens de bekrachtiging via de stilzwijgende goedkeuringsprocedure aan het parlement voor te leggen, ten einde te verzekeren dat Nederland stemrecht krijgt wanneer de bank eind 2015 operationeel wordt; zie

Kamerstukken II 2014/15, 33625, 167 van 16 juni 2015, p. 4; zie ook *Kamerstuk* 26234, 173 van 21 mei 2015.

Het oprichtingsverdrag en andere officiële documenten zijn te vinden op de website van de nieuwe bank: *www.aiibank.org*. De oprichting van de bank is goed gedocumenteerd door *The Guardian* en het *Financieele Dagblad*. Zie verder Yong Wook Lee, 'Nonhegemonic or Hegemonic Cooperation? Institutional Evolution of East Asian Financial Regionalism', 13 *The Korean Journal of International Studies* 2015, 88-115. Zie over de AsDB, M. Okano-Heijmans, D. Waardenburg, 'De Aziatische Ontwikkelingsbank als springplank naar Azië', 68 *Internationale Spectator* 2014, nr. 6, p. 8-12; M. Okano-Heijmans, G. van Pinxteren, 'China's initiatief voor een Aziatische Infrastructuur Investeringsbank (AIIB). Het einde van Bretton Woods?', 69 *Internationale Spectator* 2015, nr. 4, item 14.

2 Het Nederlandse klimaatbeleid voor de Haagse rechter

Op 24 juni 2015 deed de Haagse rechtbank een opmerkelijke uitspraak over het klimaatbeleid in Nederland (zaak C/09/456689/HA ZA 13-1396). De Stichting Urgenda, een samentrekking van 'urgente agenda', is een burgerplatform over klimaatverandering en een duurzame samenleving. Mede namens 886 burgers had Urgenda een procedure aangespannen tegen de Nederlandse Staat. Zij eisten dat deze meer moet doen om de uitstoot van broeikasgassen in Nederland te verminderen teneinde te helpen voorkomen dat de aarde met meer dan twee graden Celsius opwarmt. Met een dergelijke temperatuurstijging zou klimaatverandering tot zeer ernstige en potentieel catastrofale gevolgen kunnen leiden. In november 2012 had Urgenda minister-president Rutte verzocht om namens de Staat toe te zeggen dat Nederland zich verplichtte om de Nederlandse CO₂-uitstoot per 2020 met 40%, en minimaal met 25%, te reduceren ten opzichte van de uitstoot per 1990. Dit overeenkomstig eerdere beleidsvoornemens in het licht van wetenschappelijke klimaatgegevens. In antwoord daarop ontving de Stichting een brief van de regering, waarin zij sympathie uitsprak voor de bedoelingen van Urgenda maar zich nergens op vastlegde. Daarop stapte Urgenda en de groep sympathiserende burgers naar de civiele rechter omdat de Staat geen adequaat klimaatbeleid zou voeren en daarmee onrechtmatig en in strijd zou handelen met zijn zorgplicht ten opzichte van de Nederlandse samenleving (zie art. 6:162 BW). Hiertegenover betoogde de Staat dat er geen sprake is van een aan de Staat toe te rekenen onrechtmatig handelen jegens Urgenda, dat er geen uit nationaal of internationaal recht af te leiden rechtsplicht voor de Staat bestaat om maatregelen te nemen waardoor de gevorderde reductiedoelstellingen worden gehaald, en dat de rechter niet in de aan de Staat toekomende beleidsvrijheid kan treden.

In het arrest gaat de Haagse rechtbank eerst uitvoering in op de feiten over klimaatverandering aan de hand van rapporten van het Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), het United Nations Environment Pro-

gramme (UNEP), het Planbureau voor de Leefomgeving (PBL), het KNMI en andere instanties. Uit deze rapporten blijkt, naar haar mening onomstotelijk, de problematiek van klimaatverandering en de hoge bijdrage daaraan van industrielanden, zoals Nederland. Vervolgens schetst de rechtbank het geldende juridische kader ten aanzien van klimaatverandering. Daarbij neemt de rechtbank het VN-Klimaatverdrag (zie *Katern* 44, p. 2012; *Katern* 50, p. 2362) en het Kyoto-protocol daarbij (zie *Katern* 67, p. 3272) onder de loep, alsmede het inmiddels omvangrijke (primaire en secundaire) Europese Unie-recht ter zake, waaronder de artikelen 191 en 193 VWEU. Wat betreft het nationale recht wijst de rechtbank op de grondwettelijke zorgplicht voor het leefmilieu (art. 21 Gw) en implementatiewetgeving van het Unierecht. Daarbij memoreert de rechtbank ook de diverse Kamerbrieven van de Nederlandse regering over klimaatonderhandelingen, reductiedoelstellingen van ontwikkelde landen, mitigatieacties door ontwikkelingslanden en het Energieakkoord van 2013.

Na deze weergave van de feiten rondom de klimaatproblematiek, gaat de rechtbank over tot een juridische beoordeling van de zaak. Daarbij komt de rechtbank allereerst tot de slotsom dat Urgenda voldoet aan de eisen van het BW (zie art. 3:03 en 305a BW) en dat zij ontvankelijk is in haar vorderingen. Op grond van de huidige stand van de klimaatwetenschap, zoals blijkt uit de aangehaalde onderzoeksrapporten, zou het voorkomen van gevaarlijke klimaatverandering een reductiedoelstelling van industrielanden zoals Nederland van 25-40% in 2020 en 80-95% in 2050 vereisen. Aanvankelijk committeerde Nederland zich aan een reductiedoelstelling van 30%, terwijl de EU zich verbond tot 20% in 2020. Op basis van het huidige klimaatbeleid zou Nederland op z'n best uitkomen op een reductie van 17% in 2020, hetgeen een lagere is dan de in de klimaatwetenschap en het internationale klimaatbeleid aanvaarde norm van 25-40%. De centrale rechtsvraag in deze zaak was of Nederland daarmee zijn zorgplicht voor het welzijn van zijn burgers, inclusief toekomstige generaties, schendt. Enerzijds komt de rechtbank daarbij tot het oordeel dat artikel 21 Gw, het *no harm*-beginsel, het VN-Klimaatverdrag en het Kyoto Protocol daarbij, alsmede het EU-recht geen directe rechtsplichten van de Staat jegens Urgenda bevatten. Anderzijds is al deze regelgeving, tezamen met EVRM-artikelen 2 en 8 (over resp. het recht op leven en een ongestoord gezinsleven), wel relevant om te beoordelen of de Staat jegens Urgenda zijn algemene zorgplicht schendt doordat hij onvoldoende maatregelen treft om gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen. Bij de bepaling of dat al dan niet het geval is, past de rechtbank uit het internationale klimaatrecht de beginselen toe van bescherming van het klimaatsysteem, ten behoeve van huidige en toekomstige generaties, op basis van billijkheid, voorzorg en duurzaamheid. Uit het Europese recht haalt de rechtbank aan het beginsel van hoog beschermingsniveau, het voorzorgsbeginsel en het preventiebeginsel. Weliswaar komt aan deze beginselen geen directe werking in de Nederlandse rechtsorde toe, maar volgens de rechtbank vormen zij wel in belangrijke

mate het kader voor en de wijze van de bevoegdheidsuitoefening door de Staat en uiteindelijk voor de vraag of de Staat jegens Urgenda al dan niet rechtmatig handelt. Het enkele feit dat de Nederlandse bijdrage aan de wereldwijde uitstoot slechts ongeveer 0,5% bedraagt, doet niet af aan het feit dat klimaatverandering zowel een mondiaal als Nederlands probleem is met het oog waarop de Staat verplicht is voorzorgsmaatregelen, in het bijzonder gericht op mitigatie van de problematiek, te treffen.

De rechtbank oordeelt dat op grond van alle gegevens de 25%-reductiedoelstelling de ondergrens vormt, wil een onrechtmatige gevaarstelling door de Staat vermeden worden. Daarbij merkt zij op dat de Staat in de procedure zelf ook heeft betoogd dat een verhoging van de reductiedoelstelling tot de mogelijkheden behoort. Door het huidige beleid heeft een teveel aan broeikasuitstoot in Nederland tussen nu en 2020 plaats dat aan de Staat kan worden toegerekend en handelt de Staat ten opzichte van Urgenda onzorgvuldig en onrechtmatig. In het vonnis overweegt de rechtbank uitvoerig of de aan de Staat toekomende beleidsvrijheid dan wel het stelsel der machtenscheiding (*trias politica*) in de weg staan aan een toewijzing van de vordering tot een reductielevel. Zij meent dat daarmee in voldoende mate rekening is gehouden, met name door het zich richten op de ondergrens van 25%-reductiedoelstelling. Aldus beveelt de rechtbank de Staat om het gezamenlijke volume van de jaarlijkse Nederlandse emissies van broeikasgassen zodanig te beperken dat dit volume aan het eind van het jaar 2020 met ten minste 25% zal zijn verminderd in vergelijking met het niveau van het jaar 1990. De uitspraak van de rechtbank is uitvoerig en grondig onderbouwd. Daarmee laat de rechtbank zien er terdege van bewust te zijn dat zij zich op glad ijs begeeft, zowel wat betreft de uitleg en toepassing van het internationale en nationale recht als de mogelijke inbreuk op de beleidsvrijheid van de uitvoerende macht. Naar verwachting zal de Staat tegen het vonnis van de rechtbank hoger beroep aantekenen.

Zie voor de tekst van het vonnis: *uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7145*.

Voor achtergrond over internationaal klimaatrecht, zie: M. Goote & E. Hey, 'Hoofdstuk 19: Internationaal milieurecht', in N. Horbach, R. Lefeber & O. Ribbelink (red.), *Handboek Internationaal recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Instituut 2007; J. Spier, *Shaping the Law for Global Crises. Thoughts about the Law Could Play to Come to Grips with the Major Challenges of Our Time*, Den Haag: Eleven 2012; G. van Calster, W. van den Berghe & L. Reins (eds.), *Research Handbook on Climate Change Mitigation Law*, Cheltenham: Edgar 2015.

MENSENRECHTEN

AAK20157895

Otto Spijkers

VERENIGDE NATIES

Hieronder volgt een beknopt overzicht van mensenrechten-gerelateerde zaken die spelen bij de VN. De nadruk ligt op de Mensenrechtenraad en de Verdragscomités.

1 Regelgeving

1.1 Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap

Eerst wil ik kort stilstaan bij het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap. Dit verdrag is op 13 december 2006 gesloten in New York, en op 3 mei 2008 in werking getreden. Nederland heeft het verdrag op 30 maart 2007 getekend, maar heeft het nog altijd niet geratificeerd, en is daarom nog geen partij bij het verdrag. Ratificatie lijkt wel aanstaande, nu de ministerraad recentelijk een plan van aanpak voor de implementatie van het VN-verdrag heeft gestuurd naar de Tweede Kamer (*Kamerstukken II 2014/15, 33990, 9, 12 juni 2015*). De nationale wetgeving moet eerst in overeenstemming gebracht worden met het verdrag alvorens het verdrag geratificeerd kan worden. Volgens het plan is er echter veel meer nodig dan het aanpassen van bestaande wetgeving en het maken van een aantal nieuwe nationale wetten. Er wordt gesproken over de noodzaak van een 'cultuurverandering', vooral op lokaal niveau. Het verdrag vereist in essentie een 'inclusieve samenleving', waarin ook mensen met een beperking een volwaardige rol spelen. Om dat te bewerkstelligen heeft de overheid de hulp nodig van vele maatschappelijk instanties. Het is goed te zien dat Nederland het verdrag zo serieus neemt, maar de tijd begint wel een beetje te dringen. Intussen zijn 156 staten in de wereld wel al partij. Nederland loopt dus, net als de Verenigde Staten overigens, een beetje achter. De Europese Unie heeft zich al in 2011 bij het verdrag aangesloten. Het lijkt een kwestie van tijd voordat Nederland dit voorbeeld zal volgen. Zowel de Uitvoeringswet (*Kamerstuk 33990*) als de Goedkeuringswet (*Kamerstuk 33992*) staan op de agenda, en hebben als gewenste datum voor inwerkingtreding 1 juli 2016 gekregen. 'Voortvarende parlementaire behandeling' wordt wenselijk gevonden.

1.2 Sustainable Development Goals (SDGs)

In september 2015 zal de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (VN) naar verwachting de Sustainable Development Goals (SDGs) vaststellen, die de Millennium Development Goals (MDGs) moeten vervangen. De SDGs zullen de mondiale ontwikkelingsagenda moeten bepalen voor de periode 2015-2030. Ze worden aangenomen in de vorm van een juridisch niet-bindende resolutie van de Algemene Vergadering. Als je echter ziet hoeveel tijd, geld en

energie is besteed aan het formuleren van deze doelen, is wel duidelijk dat het meer is dan mooipraat voor de bühne. De VN doet hard zijn best een inclusieve en open agenda voor duurzame ontwikkeling te realiseren, waarin burgers en andere niet-statelijke actoren (bedrijven, lobbygroepen, internationale organisaties, ngo's, belangenverenigingen, wetenschappers, etc.) een grote rol spelen. Om deze ambitie kracht bij te zetten heeft een groep van VN-experts onlangs nog een beroep gedaan op de VN-lidstaten om ervoor te zorgen dat de nieuwe mondiale doelen stevig zijn verankerd in internationale mensenrechtelijke normen en beginselen, waaronder het beginsel van participatie, en dat de lidstaten het belang erkennen van een vrije en levendige *civil society* voor een doeltreffende uitvoering van deze doelstellingen. De mensenrechtengemeenschap is dus duidelijk van plan zich deze SDGs toe te eigenen.

2 Rapportages, adviezen, observaties, et cetera

2.1 Mensenrechtenraad

2.1.1 Verkiezing

In oktober 2014 is Nederland door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties weer tot lid van de Mensenrechtenraad gekozen. Het gaat om een periode van drie jaar (2015-2017). Een extra reden dus om de Raad de komende jaren goed in de gaten te houden. Om gekozen te worden, heeft Nederland een aantal toezeggingen gedaan. Deze toezeggingen zullen het beleid van Nederland in de Raad gaan bepalen. De meeste toezeggingen zijn niet bijzonder schokkend of verrassend te noemen: nadruk leggen op fundamentele basisbehoeften, gendergelijkheid, vrijheid van meningsuiting op het internet, dat zijn zo wat speerpunten. Een bijzonder innovatief aandachtsgebied is de speciale bescherming van de zogenaamde 'mensenrechtenverdedigers'. Door middel van het Shelter City-initiatief (www.sheltercity.org), biedt Nederland aan zorgvuldig geselecteerde mensenrechtenverdedigers de gelegenheid om naar het veilige Nederland af te reizen, en hier voor een periode van drie maanden eventjes op adem te komen. Normaal gesproken staan deze mensen constant onder grote druk; velen worden met de dood bedreigd. Nederland hoopt dat andere staten geïnspireerd raken, en ook Shelter Cities beschikbaar stellen.

2.1.2 Rapport over mensenrechtenschendingen tijdens de oorlog in Gaza

Eind juni 2015 kwam een onafhankelijke onderzoekscommissie met een langverwacht rapport over mensenrechtenschendingen tijdens de oorlog in Gaza van 2014 (A/HRC/29/52). In het begin bestond deze commissie uit drie mensen, maar Israël had bezwaar tegen het lidmaatschap van professor William Schabas. Hij trad af in februari 2015, en sindsdien bestond de commissie nog uit Mary McGowan Davis (Verenigde Staten) en Doudou Diene (Senegal). In dit rapport werd bewijs gepresenteerd dat beide partijen in het conflict – Israël en Palestijnse

gewapende groepen – zich mogelijk schuldig hadden gemaakt aan oorlogsmisdrijven, en dat een rechter hiernaar zou moeten kijken. Het rapport beschrijft dat honderden Palestijnse burgers werden gedood in hun eigen huis, vooral vrouwen en kinderen. Een van de adviezen uit het rapport was dat de betrokken landen, maar ook de internationale gemeenschap als geheel, het werk van het Internationaal Strafhof in relatie tot de bezette Palestijnse gebieden actief moesten ondersteunen. Zoals elk rapport over deze kwestie, werd de onafhankelijkheid en zorgvuldigheid van alle kanten betwist en bekritiseerd. Dit is natuurlijk niet het eerste rapport over het conflict tussen Israël en de Palestijnen, en er zullen er ongetwijfeld nog vele volgen. 'Bommen van papier', zo noemde Jan Franke de continue stortvloed aan dit soort rapporten onlangs in *Elsevier* (in een artikel van 25 juni 2015). *Lawfare*, is een term die door de Britten veel gebruikt wordt: de praktijk van het elkaar bestoken met juridische rapportages. Of het rapport bijdraagt tot een oplossing is nog maar de vraag.

2.1.3 Wat verder nog ter tafel kwam

In de zomersessie van 2015 heeft de Mensenrechtenraad ook een resolutie aangenomen over de rampzalige mensenrechtensituatie in Syrië. Voor Syrië is, al in 2011, door de Mensenrechtenraad een onafhankelijke onderzoekscommissie ingesteld. Carla del Ponte, voormalig hoofdaanklager van het Joegoslavië Tribunaal, is het meest tot de verbeelding sprekende lid van die commissie. De Raad eiste dat de Syrische autoriteiten volledig zouden meewerken aan het onderzoek van deze commissie, en dat al diegenen die verantwoordelijk zijn voor schendingen van de mensenrechten ter verantwoording worden geroepen.

De Mensenrechtenraad heeft ook nog gevraagd om een grondig onderzoek naar de relatie tussen klimaatverandering en het mensenrecht op gezondheid. Dit doet enigszins denken aan de opzienbarende Nederlandse *Urgenda*-zaak (Rechtbank Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145). In die zaak concludeerde de rechtbank in Den Haag dat de Staat een inspanningsverplichting heeft om de klimaatverandering tegen te gaan, en dat deze verplichting onder meer af te leiden is uit een zorgplicht van de Staat voor de bescherming van het leefmilieu van haar burgers. Dit was een grote en onverwachte overwinning, maar de rol van mensenrechten in de uitspraak was vrij gering. Dat kwam vooral omdat de rechtbank van mening was dat *Urgenda*, een burgerplatform dat strijdt tegen klimaatverandering, zelf geen direct beroep kon doen op de relevante mensenrechten uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

2.2 Verdragscomités

2.2.1 Schadelijke praktijken

In november 2014 hebben de verdragscomités die waken over het Verdrag inzake de rechten van het kind en het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen gezamenlijk een *general comment*

gepubliceerd over *harmful practices* (CEDAW/C/GC/31 en CRC/C/GC/18). Een praktijk is schadelijk als deze aan de volgende criteria voldoet:

- Het moet gaan om een ontkenning van de waardigheid en integriteit van het individu.
- De praktijk moet te kwalificeren zijn als een schending van een van de mensenrechten uit het Kinderrechtenverdrag en/of het Verdrag tegen Vrouwendiscriminatie.
- De praktijk moet discriminerend zijn ten opzichte van vrouwen of kinderen.
- De praktijk moet negatieve gevolgen hebben voor zowel de direct getroffen individuen als de groep waartoe zij behoren.
- Het gaat in het bijzonder om traditionele of opkomende praktijken die hun rechtvaardiging vinden in sociale normen die mannelijke dominantie en ongelijkheid van vrouwen en kinderen in stand houden.
- Het gaat om praktijken waar vrouwen en kinderen het slachtoffer van zijn, en die worden opgelegd door familie, leden van de lokale gemeenschap of de maatschappij als geheel, ongeacht of het slachtoffer met deze praktijken ingestemd heeft.

De belangrijkste voorbeelden van dergelijke schadelijke praktijken zijn: genitale verminking van vrouwen, kinderhuwelijken of huwelijksdwang, polygamie, en geweld ter

bescherming van de familie-eer. Staten moeten zich inspannen om dergelijke schadelijke praktijken te voorkomen en te bestraffen.

2.2.2 *Decentralisatie van de jeugdzorg*

Het Comité voor de Rechten van het Kind kwam op 8 juni 2015 met zijn *concluding observations*, nadat Nederland aan een uitgebreid onderzoek onderworpen was geweest (CRC/C/NDL/CO/4). Het comité was in het bijzonder bezorgd over de recente Nederlandse wetgeving, die gemeenten verantwoordelijk maakte voor de jeugdzorg. Volgens het comité was dit proces van decentralisatie uitgevoerd onder een grote tijdsdruk, die invloed zou kunnen hebben op de kwaliteit van dit proces. Gemeenten zouden mogelijk niet voldoende voorbereid zijn op hun nieuwe verantwoordelijkheden. Het comité was ook bezorgd dat dit proces van decentralisatie ertoe zou kunnen leiden dat er grote verschillen zouden ontstaan tussen de gemeenten wat betreft de toegang tot en kwaliteit van de jeugdzorg. Het comité herinnerde Nederland er nog maar eens aan dat het Kinderrechtenverdrag bepaalt dat alle besluiten die het kind betreffen, gemaakt moeten worden in het beste belang van het kind, en dus niet in het belang van efficiency of bezuinigingen.

STRAFRECHT

STRAF(PROCES)RECHT

AAK20157898

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

Wetgeving

1 Staatsblad

Stb. 2015, 255 – Wet aanscherping voetbalwet

Recent heeft de Eerste Kamer ingestemd met de Wet van 30 juni 2015 tot wijziging van de Gemeentewet en het Wetboek van Strafrecht ter aanscherping van de maatregelen ter bestrijding van voetbalvandalisme en ernstige overlast (zie ook *Kwartaalsignaal* 131). De wet die per 1 juli jl. in werking is getreden (*Stb.* 2015, 256) voorziet in een uitbreiding van het wettelijk instrumentarium van de burgemeester, de officier van justitie en de strafrechter om voetbalvandalisme en (andere) ernstige overlast in de publieke ruimte te bestrijden. Deze wet brengt onder meer wijziging aan in artikel 38v Sv en maakt het mogelijk voor de strafrechter om een gebiedsgebod op te leggen, waarmee de veroordeelde verplicht kan worden zich gedurende één of meer tijdvakken op een bepaalde plaats, bijvoorbeeld zijn woning, op te houden. Dit is een nieuwe vrijheidsbeperkende maatregel naast het reeds bestaande contact- en gebiedsverbod en de meldplicht. Het opleggen van een gebiedsgebod was overigens reeds mogelijk als bijzondere voorwaarde bij een voorwaardelijke straf, maar niet als zelfstandige sanctie. De reden voor uitbreiding is volgens de wetgever daarin gelegen dat een voorwaardelijke straf bij het soort feiten waarvoor de wijziging is bedoeld, niet altijd aangewezen is. Bij lichtere feiten zou het voorwaardelijke deel van de straf bovendien niet altijd lang genoeg zijn om als effectieve stok achter de deur te kunnen fungeren (*Kamerstukken II* 2013/14, 33882, 3, p. 13). Met de onderhavige wet is tevens de maximale duur van alle vrijheidsbeperkende maatregelen verhoogd van twee naar vijf jaar. Het is vanzelfsprekend aan de rechter om te beoordelen of het opleggen van een dergelijke maatregel voor de maximale duur van vijf jaar in de gegeven omstandigheden ook noodzakelijk en proportioneel is (*Kamerstukken II* 2013/14, 33882, 3, p. 16).

2 Kamerstukken

34067 – Eigen bijdrage van veroordeelden aan de kosten van strafvordering en slachtofferzorg

Op 23 juni jl. heeft de Tweede Kamer ingestemd met een wetsvoorstel dat het mogelijk maakt een gedeelte van de kosten die de overheid maakt voor de opsporing, vervolging en berechting van strafbare feiten te verhalen. Hiermee betalen veroordeelden mede mee aan de kosten die overheid moet maken voor slachtofferzorg. Het Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in

verband met de eigen bijdrage van veroordeelden aan de kosten van de strafvordering en de slachtofferzorg (*Kamerstukken I* 2014/15, 34067, A) voorziet hiertoe in een nieuw artikel 592b Sv dat bepaalt dat in gevallen waarin de zaak is geëindigd met oplegging van een straf of maatregel door de rechter dan wel een rechterlijk pardon ex artikel 9a Sr, de gewezen verdachte een bijdrage aan de kosten van de strafvordering en de slachtofferzorg dient te betalen. Uit deze formulering kan worden afgeleid dat verdachten die bij wege van een strafbeschikking een straf of maatregel opgelegd hebben gekregen, geen eigen bijdrage verschuldigd zijn. Lid 2 expliciteert vervolgens dat dit eveneens geldt voor verdachten die door de rechter worden veroordeeld na het instellen van verzet tegen een strafbeschikking. Hiermee wordt voorkomen dat verdachten die een strafbeschikking opgelegd hebben gekregen een oneigenlijke prikkel krijgen van het instellen van verzet af te zien. Het tweede lid van artikel 592b Sv zondert veroordeelden die volgens het jeugdstrafrecht zijn berecht eveneens uit van het betalen van een eigen bijdrage.

Artikel 592d bepaalt vervolgens dat de hoogte van de eigen bijdrage bij algemene maatregel van bestuur zal worden vastgelegd. Hierbij kan worden gedifferentieerd, bijvoorbeeld naar het type rechter dat de veroordeling heeft uitgesproken, hetgeen het mogelijk maakt een hoger tarief vast te stellen in zaken die zijn berecht door de meervoudige kamer dan in politierechter- en/of kantonzaken (*Kamerstukken II* 2014/15, 34067, 3, p. 7). In ieder geval zal het steeds gaan om een forfaitair bedrag dat geheel onafhankelijk is van het verloop van de procedure. Anders dan in een aantal ons omringende landen hoeft derhalve niet te worden betaald voor de werkelijk gemaakte kosten of voor bepaalde proceshandelingen. Daarmee beoogt de regeling te voorkomen dat verdachten zich belemmerd voelen in hun verdediging, bijvoorbeeld bij het oproepen van getuigen of het verzoeken om nader onderzoek, omdat zij het risico lopen daarvoor later te moeten betalen. De hoogte van het bedrag is evenmin afhankelijk van de vraag of de zaak – al dan niet op initiatief van de verdediging – is voortgezet in hoger beroep en/of cassatie; het forfaitair bedrag ziet op een tegemoetkoming in de kosten tot en met de procedure in eerste aanleg (*Kamerstukken II* 2014/15, 34067, 3, p. 6-7). Overigens betekent dit niet dat de uitkomst van hoger beroep en/of cassatie irrelevant zou zijn. Voor het ontstaan van de betalingsverplichting ex artikel 592b Sv is immers bepalend of de zaak is geëindigd met de oplegging van een straf of maatregel dan wel een rechterlijk pardon. Indien een verdachte in hoger beroep alsnog wordt vrijgesproken, is deze voorwaarde niet vervuld en ontstaat – niettegenstaande een veroordeling in eerste aanleg – (vanzelfsprekend) geen verplichting tot het betalen van een eigen bijdrage.

De keuze voor een forfaitair bedrag is ook ingegeven door de wens ingewikkelde en omvangrijke procedures voor het vaststellen van de hoogte van het verschuldigde

bedrag te voorkomen (*Kamerstukken II 2014/15, 34067, 3, p. 7*). Dit betekent niet dat procedures geheel kunnen worden voorkomen. De vaststelling van de hoogte van het bedrag moge als gevolg van het forfaitaire stelsel eenvoudig zijn; het betreft een bestuursrechtelijke geldschuld waarop de gewone regels van de Algemene wet bestuursrecht met betrekking tot de inning, het treffen van betalingsregelingen, het verzoeken om uitstel van betaling, etc., van toepassing zijn. Ook de bestuursrechtelijke mogelijkheden van bezwaar en beroep komen daarmee in volle omvang in beeld (*Kamerstukken II 2014/15, 34067, 3, p. 8-10*).

Tot slot de vraag waarom de regering (en nu ook de Tweede Kamer) heeft gekozen voor de eigen bijdrage. De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel schenkt hierover klare wijn (*Kamerstukken II 2014/15, 34067, 3, p. 1*):

‘Hoewel de opsporing, vervolging en berechting van strafbare feiten bij uitsteking een overheidstaak is, is het niet meer vanzelfsprekend dat de kosten daarvan alleen of in hoofdzaak door de samenleving worden gedragen. Te meer nu een bovengemiddeld beslag wordt gelegd op het strafrecht door een beperkt deel van de bevolking. Het doorberekenen van de kosten daarvan is dan ook geen onbekend fenomeen. Zo voorzag het Wetboek van Strafvordering tot 1896 in een regeling waarbij personen een bijdrage moesten betalen aan bepaalde kosten gemaakt ten behoeve van de strafvordering. In de meeste landen om ons heen geldt thans nog steeds een regeling waarmee de kosten van opsporing, vervolging en berechting (deels) doorberekend worden aan de dader. De ratio van die bijdrageregelingen is dat degene die de strafwet overtreedt aldus een strafrechtelijke reactie uitlokt en derhalve ook verantwoordelijk gehouden kan en moet worden voor (een deel van) de kosten daarvan. In lijn hiermee voorziet dit wetsvoorstel in een regeling waarbij plegers van strafbare feiten een bijdrage betalen aan de kosten van de strafvordering in de vorm van een vast, forfaitair bedrag.’

Hier is geen woord Spaans bij: het motto ‘de vervuiler betaalt’ heeft nu ook zijn intrede gedaan in het strafrecht. En hoewel de memorie van toelichting omstandig aangeeft dat dit in rechtsvergelijkend en historisch perspectief niets vreemds is (*Kamerstukken II 2014/15, 34067, 3, p. 2-6*), is dat toch bepaald even wennen. Daarbij rijst in dit verband de vraag of het in het leven roepen van een extra betalingsverplichting jegens de overheid nu zo bevorderlijk is voor het voorkomen van recidive, zeker in geval van veroordeelden tot gevangenisstraf, nu deze zich ingevolge het hierna te bespreken wetsvoorstel ook geconfronteerd zien met een eigen bijdrage voor hun verblijf in een justitiële inrichting.

34068 – Eigen bijdrage voor verblijf in een justitiële inrichting

Op 23 juni jl. heeft de Tweede Kamer tevens ingestemd met het Wetsvoorstel tot wijziging van de Penitentiaire beginselenwet, de Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden, de Beginselen justitiële jeugdinstellingen en enige andere wetten in verband met de eigen bijdrage voor verblijf in een justitiële inrichting (*Kamerstukken I 2014/15, 34068, A*). Dit wetsvoorstel strekt – zoals de naam van het voorstel al prijsgeeft – tot invoering van een eigen bijdrage voor gedetineerden in een justitiële inrichting. Hiertoe bepaalt het nieuwe artikel 7a Penitentiaire beginselenwet dat gedetineerden ‘een bijdrage in de kosten van het verblijf in de inrichting’ betalen, met uitzondering van gedetineerden in vreemdelingenbewaring en verdachten die in voorlopige hechtenis hebben gezeten terwijl hun

zaak is geëindigd zonder oplegging van straf of maatregel of het een feit betrof waarvoor voorlopige hechtenis niet was toegelaten. Het nieuwe artikel 7b Pbw bepaalt dat de hoogte van de eigen bijdrage bij algemene maatregel van bestuur wordt vastgesteld en dat de totale eigen bijdrage per detentieperiode maximaal € 11.680 mag bedragen. De memorie van toelichting stelt meer concreet dat het zal gaan om een bijdrage van € 16 per dag gedurende maximaal twee jaar. Het genoemde maximumbedrag geldt per periode waarin straffen aaneengesloten ten uitvoer worden gelegd (hetgeen uitgangspunt is van het tenuitvoerleggingsbeleid) en dus niet per veroordeling tot vrijheidsstraf afzonderlijk. Het tijdelijk verlaten van de inrichting in verband met verlof is niet van invloed op de duur van de detentieperiode (*Kamerstukken I 2014/15, 34068, 3, p. 3*).

Het nieuwe artikel 10b Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden bevat een vergelijkbare regeling als die in de Pbw, met de toevoeging in lid 2 dat de eigen bijdrage die de ter beschikking gestelde reeds verschuldigd is in verband met een in combinatie met de TBS opgelegde vrijheidsstraf in mindering wordt gebracht op het maximumbedrag dat hij verschuldigd is op grond van zijn verblijf in de TBS-inrichting. In de praktijk zal dit er doorgaans toe leiden dat TBS-gestelden met een combinatievonnis geen eigen bijdrage meer hoeven te betalen voor hun verblijf in de TBS-inrichting omdat zij daaraan voorafgaand al twee jaar in detentie hebben doorgebracht in verband met de voorlopige hechtenis en de opgelegde gevangenisstraf. Voorts voorziet artikel 7b Beginselenwet justitiële jeugdinstellingen in een – deels van het voorgaande afwijkende, maar op deze plaats niet verder uit te werken – regeling voor een ouderbijdrage aan de kosten van het verblijf van de jeugdige in de inrichting.

De minister realiseert zich dat deze betalingsverplichtingen een bijzondere – niet zelden weinig draagkrachtige en daardoor kwetsbare – doelgroep treffen. Om deze reden voorziet het wetsvoorstel in uitgebreide regelingen voor het treffen van standaard- of individuele betalingsregelingen, het verlenen van uitstel van betaling of het (gedeeltelijk) kwijtschelden van de verschuldigde eigen bijdrage, dit alles teneinde te ‘voorkomen dat de bijdrageregeling negatieve gevolgen heeft voor de resocialisatie van de betrokkene of dat de financiële positie van de bijdrageplichtige zodanig wordt aangetast dat andere (sociale) problemen ontstaan’ (*Kamerstukken I 2014/15, 34068, 3, p. 4*). Mocht dit wetsvoorstel daadwerkelijk kracht van wet krijgen, dan valt uiteraard toe te juichen dat de regeling dergelijke voorzieningen bevat, maar tegelijkertijd geeft de minister hiermee direct de achilleshiel van het voorstel aan. Nog los van de meer principiële vraag of en in hoeverre mensen verplicht kunnen worden mee te betalen aan hun onvrijwillige vrijheidsbeneming, rijst immers de vraag of hij met deze regeling niet een groter probleem veroorzaakt dan dat hij oplost. Veel gedetineerden zullen de eigen bijdrage immers niet of slechts met grote moeite kunnen ophoesten. Zelfs de grote groep gedetineerden die tot niet meer dan een maand gevangenisstraf worden veroordeeld (volgens de MvT 50% van de populatie), staan nog altijd buiten

met een betalingsverplichting jegens de overheid die kan oplopen tot € 480 (nog los van de eigen bijdrage voor de kosten van strafvordering en slachtofferzorg ingevolge het in het voorgaande besproken wetsvoorstel). Voor veel van deze (ex-)gedetineerden zal reeds dit bedrag problematisch zijn, ook omdat dit niet zelden bovenop een toch al grote schuldenlast zal komen. De uitzonderingen die de wettelijke regeling biedt, zullen in de praktijk dan ook al snel de regel blijken te zijn, met als gevolg een flinke administratielast voor de overheid met vermoedelijk een relatief beperkte opbrengst. Belangrijker dan dat is evenwel de vraag of het vanuit het perspectief van criminaliteitspreventie en resocialisatie nu zo verstandig is gedetineerden na afloop van hun detentie met nog grotere problemen op te zadelen dan zij reeds voorafgaand aan hun veroordeling hadden. Of het daadwerkelijk zover komt, is nog even afwachten. De Eerste Kamer is nu aan zet.

34257 – Wetsvoorstel affectieschade in het strafrecht

Slachtoffers van strafbare feiten kunnen zich in het strafproces als benadeelde partij teneinde de door hen geleden schade vergoed te krijgen, indien de geleden schade het rechtstreeks gevolg is van het strafbare feit en de behandeling van de vordering geen onevenredige belasting van het strafgeding oplevert (art. 51f en 361 Sv). Daarbij komt zowel materiële als immateriële schade voor vergoeding in aanmerking. Voor de vergoeding van het leed van naasten als gevolg van het strafbare feit bestaat thans geen wettelijke basis. Recent is een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer aangehangig gemaakt dat daarin verandering beoogt te brengen en de mogelijkheid creëert voor naasten van het slachtoffer om zich te voegen als benadeelde partij ter vergoeding én verhaal van zogenaamde affectieschade (voluit het Wetsvoorstel 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, 2). Overigens is de vergoeding van affectieschade als gevolg van strafbare feiten niet geheel nieuw; nabestaanden van slachtoffers van misdrijven kunnen zich reeds sinds 1 januari 2012 wenden tot het Schadefonds Geweldsmisdrijven.

Voor de vergoeding van affectieschade wordt een grondslag gecreëerd in artikel 6:107 en artikel 6:108 van het Burgerlijk Wetboek. Daarmee wordt het uitgangspunt verlaten dat bij letsel waarvoor een ander aansprakelijk is, alleen de gekwetste zelf aanspraak heeft op vergoeding van zijn materiële en immateriële schade. Vergoeding van affectieschade wordt door de wetgever geduid als ‘een vorm van smartengeld voor naasten: het nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, maar in leed dat men ondervindt doordat een persoon waarmee men een affectieve band heeft, ernstig gewond raakt of overlijdt’ (*Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p. 1). De mogelijkheid tot vergoeding van affectieschade binnen de context van het strafproces blijft beperkt tot de naasten van een overleden slachtoffer of van een slachtoffer dat ernstig

en blijvend letsel heeft opgelopen. De wetgever creëert tevens expliciet de mogelijkheid voor naasten om zich te voegen als benadeelde partij voor de kosten die zij ten behoeve van het slachtoffer hebben gemaakt (zogenaamde verplaatste schade). Als voorbeeld wordt in dit verband genoemd de reparatiekosten van een fiets die ouders voor hun rekening nemen na een ongeval van hun kind. Het Burgerlijk Wetboek biedt thans reeds een grondslag voor de vergoeding van verplaatste schade (als uitzondering op eerder genoemd uitgangspunt), maar in het strafproces kan alleen in geval van overlijden door nabestaanden onder omstandigheden een vordering tot vergoeding van de geleden (zaaks)schade worden gedaan (art. 51f lid 2 Sv). Ouders van minderjarige slachtoffers kunnen zich overigens wel namens hun kind voegen als wettelijk vertegenwoordiger (art. 51f lid 4 Sv), maar alleen ter zake van schade die door de minderjarige zelf is geleden. Deze problematiek speelde ook in de zaak Robert M., waarbij de vordering van de ouders van de jeugdige misbruikslachtoffers ter zake van verplaatste schade én uit eigen hoofde geleden schade niet-ontvankelijk werd verklaard (zie Hof Amsterdam 26 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ8885 en in vervolg daarop HR 16 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2668, *NJ* 2015/71).

Dit wetsvoorstel vormt in ieder geval een verdere stap in de verbetering van de positie van slachtoffers en hun naasten in het strafproces. De introductie van het recht op vergoeding van affectieschade heeft volgens de wetgever ‘in de eerste plaats tot doel erkenning te verschaffen van het door naasten ondervonden leed’ (*Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p. 3). Indien het wetsvoorstel wordt aangenomen, markeert het tevens een belangrijke wijziging in het civiele aansprakelijkheidsrecht. Een eerder voorstel tot introductie van de mogelijkheid tot vergoeding van affectieschade (*Kamerstukken I* 2004/05, 28781, A) werd in 2010 door de Eerste Kamer verworpen, onder meer uit vrees te verzanden in een ‘claimcultuur’.

Jurisprudentie

Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming 19 mei 2015 – 14/3242/GV

Op 19 mei jl. bepaalde de beroepscommissie van de Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming dat ook veroordeelden tot een levenslange gevangenisstraf voor verlop in aanmerking moeten kunnen komen. Tot deze uitspraak (te raadplegen via www.rsj.nl) kwam de beroepscommissie naar aanleiding van een beroep van een gedetineerde tegen de afwijzing van een verzoek tot verlop door de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie. Het betrof hier een gedetineerde die in 1989 tot levenslang was veroordeeld wegens de moord op een Chinees echtpaar en hun twee kinderen in 1987. Nadat op 10 juni 2014 zijn vijfde gratieverzoek door de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie was afgewezen en op 1 september 2014 zijn verzoek om verlop eveneens, heeft de Rechtbank Den Haag in kort geding op 18 september 2014 de Staat

bevolen om (alsnog) een begin te maken met activiteiten gericht op resocialisatie van betrokkene teneinde bij de beoordeling van een nieuw gratieverzoek van betrokkene diens resocialisatie en de vorderingen op dat gebied te kunnen betrekken. In vervolg op deze uitspraak is ook daadwerkelijk een begin gemaakt met activiteiten gericht op resocialisatie, maar enkel binnen de muren van de gevangenis waar de man verbleef. Teneinde de mogelijkheid van resocialisatie ten volle te benutten acht de beroepscommissie van de RSJ het thans van belang dat betrokkene zich – al dan niet onder begeleiding – ook buiten de inrichting kan begeven. De beroepscommissie geeft hierbij aan dat dit past binnen de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens ten aanzien van de levenslange gevangenisstraf (vgl. EHRM 9 juli 2013, 66069/09, 130/10 en 3896/10, *Vinter e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, waarin het Europees Hof bepaalde dat ook levenslang gestraften uitzicht dienen te hebben op terugkeer in de samenleving) en ook van belang is voor een zorgvuldige voorbereiding van een gratieprocedure. Naar het oordeel van de beroepscommissie zou incidenteel verlof in dit geval een passende verlofvorm zijn, waarbij de invulling van het verlof, naar aard en frequentie, dient te worden opgenomen in het detentieplan van de betrokkene. Het beroep tegen de afwijzende beslissing op het verzoek tot verlof wordt aldus gegrond verklaard en de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie wordt opgedragen binnen twee maanden een nieuwe beslissing te nemen. Inmiddels heeft de staatssecretaris gevolg gegeven aan deze uitspraak en in het onderhavige geval een bescheiden vorm van verlof toegeestaan. Voorts heeft hij in antwoord op Kamervragen omtrent deze kwestie (*Handelingen II* 2014/15 (aanhangsel), 2542) aangekondigd te willen bezien ‘of een aanpassing in de tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf zou kunnen bijdragen aan de houdbaarheid ervan voor de rechter’, zonder daarbij overigens te willen afdoen aan het in beginsel levenslange karakter van deze straf (behoudens de mogelijkheid van gratie). Wel wil hij in den brede bekijken hoe beleid kan worden ontwikkeld ten aanzien van het recht op (incidenteel) verlof van levenslang gestraften.

Met de onderhavige uitspraak heeft de beroepscommissie van de RSJ een belangrijke nieuwe bijdrage geleverd aan de langlopende discussie in Nederland omtrent de vraag of en op welke wijze levenslanggestraften uitzicht dienen te behouden op terugkeer in de samenleving. De daaropvolgende uitspraken van de staatssecretaris in antwoord op de gestelde Kamervragen lijken er nog niet direct op te duiden dat hij invoering van een tussentijdse (rechterlijke) toetsing van de levenslange gevangenisstraf overweegt (zoals – mede op basis van voornoemde EHRM-

jurisprudentie – hartgrondig wordt bepleit door onder meer het Forum Levenslang en de daarbij aangesloten wetenschappers; zie bijv. W.F. van Hattum, ‘Levenslang “post Vinter”’. Over de gevolgen van de uitspraak van 9 juli 2013 van het EHRM voor de Nederlandse levenslange gevangenisstraf’, *NJB* 2013, p. 1956-1964), maar uit de toonzetting van de brief waarin hij de gestelde Kamervragen beantwoordt, zou voorzichtig kunnen worden afgeleid dat de in Nederland gevleugelde woorden ‘levenslang is levenslang’ hun uiterste houdbaarheidsdatum langzaam maar zeker beginnen te naderen.

Literatuur

Proefschriften

- P. Mutsaers, *A Public Anthropology of Policing. Law enforcement and migrants in the Netherlands* (diss. Tilburg), 2015, in eigen beheer uitgegeven;
- R. Salet, *Opsporing, tegenspraak en veranderende frames: een onderzoek naar tegenspraak in grootschalige rechercheonderzoeken* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Lemma uitgeverij 2015;
- K.J. Zeegers, *International Criminal Tribunals and Human Rights Law: Adherence and Contextualization* (diss. Amsterdam UvA), 2015, nog in druk te verschijnen;

Overig

- R. ter Haar & G.H. Meijer, *De weg naar het moderne strafvonnis*, Den Haag: BJu 2015;
- C. Kelk, F.A.M.M. Koenraadt & M.J.F. van der Wolf (red.), *Van aandoening tot delict, van delict tot sanctie – Ontwikkelingen op het grensvlak van psychiatrie en strafrecht: 2000-2014*, Deventer: Wolters Kluwer 2015;
- K. Lindenberg, *Herinvoering van een pooierverbod? Een inventarisatie van opvattingen in het juridisch werkveld over eventuele herinvoering van een strafrechtelijk pooierverbod*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015;
- A.C.M. Spapens, M. Peters & D. Van Daele (ed.), *Administrative Measures to Prevent and Tackle Crime. Legal Possibilities and Practical Application in EU Member States*, The Hague: Eleven International Publishing 2015,
- W.H. Vellinga, *Ambtshalve onderzoeken en beslissen in strafzaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015;
- J. Voetelink, *Status of Forces: Criminal Jurisdiction over Military Personnel Abroad*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2015.

RECHTSTHEORIE

RECHTSGESCHIEDENIS

AAK20157902A

F. Brandsma

Er valt niet veel nieuws te melden over de afgelopen periode op het gebied van de rechtsgeschiedenis, of juist wel. Het hangt er maar vanaf hoe je het bekijkt. Op 4 juni jl. promoveerde in Nijmegen Paul van Peteghem op een proefschrift getiteld *De Nederlanden en het Vrijgraafschap Bourgondië tussen paus en keizer; De rol van het apostolische indult in de staatkundige centralisatie en desintegratie onder Karel V (1500-55-58†)*. Promotor was Corjo Jansen. Het boek beslaat maar liefst 712 bladzijden, dus om nu te zeggen dat er niet veel nieuws valt te melden is misschien wat overdreven.

‘Op 5 juli 1515 stond paus Leo X de vijftienjarige Karel, aartshertog van Oostenrijk, vier apostolische indulten toe voor het aartshertogdom Oostenrijk en voor de Nederlanden. Apostolische indulten zijn kort gezegd pauselijke privileges, die zijn toegekend aan vorsten zonder natie om een kandidaat voor te dragen voor een kerkelijk ambt; ze werden als bullen verstuurd, maar moesten eerst aangevraagd worden. Ze zijn bekend met de beginwoorden van elk indult: *Fervor pure devotionis*, *Eximie devotionis affectus*, *Exigunt sincere devotionis affectus* en *Clericorum excessus*. Het eerste indult zou door Karel V gebruikt worden als een benoemingsindult (*ius nominationis*), maar een wereldlijke vorst mocht geen geestelijken benoemen en aanstellen, alleen voorstellen. De paus had ‘*Fervor pure devotionis*’ toegestaan als een voorstellingsindult (*ius praesentandi*). De katholieke vorst verkreeg het ‘*ius praesentationis*’, daar waar voorheen het ‘*ius electionis*’ of het verkiezingsrecht van de geestelijke instelling gold. Geestelijke orden, die zoals de benedictijnen al bijna duizend jaar hun oversten verkozen, konden niet verkroppen dat een vorst als leek ingreep in hun kerkelijke instelling. In het hertogdom Brabant zou er een jarenlange strijd ontstaan. Dit eerste indult zou de meeste overhef veroorzaken onder de regering van Karel V. Het vormde mede een onderdeel van de juridische strijd van de vorst tegen zijn onderdanen in de Opstand van de Nederlanden en dus een begin van de scheiding van de Nederlanden.’

Aldus begint Van Peteghem zijn proefschrift (p. 2). Wie er meer over wil weten leze het boek.

Verder was het rustig.

RECHTSFILOSOFIE EN RECHTSTHEORIE

AAK20157902B

Harm Kloosterhuis, Carel Smith

R.A.A. Duk, *De Hoge Raad en rechtsvinding in het arbeidsrecht*, Den Haag: BJu, 2013. Jeroen Paul Quist, *Gezichtspunten in het privaatrecht, in het bijzonder in het arbeidsrecht*, Den Haag: BJu, 2014

In de vorige aankondiging bespraken wij het boek van H.C.F. Schoordijk, *Realistische en pragmatische rechtsvinding*. Deze studie kenmerkt zich door het brede theoretische perspectief op de rechterlijke rechtsvinding. In deze aankondiging staan twee meer specialistische studies over rechtsvinding in het arbeidsrecht centraal. In beide studies – proefschriften verdedigd aan de Erasmus School of Law – wordt een poging ondernomen de algemene rechtsvindingstheorie toe te passen en beide studies kenmerken zich door een combinatie die zo kenmerkend is

voor het rechtswetenschappelijk onderzoek: een beschrijving (en verklaring) van een praktijk en een waardering daarvan.

Het proefschrift van Duk heeft voor een proefschrift een wat ongewone ontstaansgeschiedenis. Het proefschrift is gebaseerd op de kronieken die Duk gedurende ruim 15 jaar schreef over rechtspraak over de individuele arbeidsovereenkomst in het *Sociaal Maandblad Arbeid* (SMA) en het *Tijdschrift Recht en Arbeid* (TRA). Deze kronieken hebben als gemeenschappelijk thema de rechtsvinding door de Hoge Raad op dit gebied. Duk stelt niet alleen de beschrijvende vraag hoe die rechtsvinding plaatsvindt, maar ook de evaluerende vraag of de wijze van rechtsvinding ‘moet worden aanvaard’ (je vraagt je bij dit soort formuleringen soms af wat er bij niet-aanvaarding gebeurt).

Het vertrekpunt van de studie is de relatieve vrijheid tot rechtsvinding (in eigenlijke zin dus *rechtsvorming*) die er in het arbeidsrecht bestaat. Die vrijheid is vooral het gevolg van het veelvuldig gebruik van vage wettelijke normbestanddelen zoals ‘dringende’ of ‘gewichtige redenen’ voor ontslag op staande voet, ‘kennelijk onredelijke opzegging’, ‘zwaarwichtig belang’ en ‘goed werkgeverschap’. Theorievorming over de rechtsvinding bij vage normen kent in Nederland al een lange traditie, met het boek *Drie typen van rechtsvinding* (1963) van G.J. Wiarda als een van de bekende publicaties. Ook in het arbeidsrecht bestaat er al lange tijd belangstelling voor dit onderwerp, met als bekende auteur M.G. Rood die begin jaren tachtig over vage normen in het sociaal recht schreef.

Duk spitst zijn onderzoek toe op het *arbeidsovereenkomstenrecht* waar nog niet veel onderzoek naar was verricht. Na een korte theoretische beschouwing over rechtsvindingstheorieën gaat Duk over tot de kern van het proefschrift: de beantwoording van de vraag hoe de Hoge Raad te werk gaat bij zijn rechtsvindende (of -vormende) taak. Na een interessante analyse van de ‘rechtsvindingsrechtspraak’ bij tal van normen en normbestanddelen, komt Duk tot een synthetiserende beantwoording van zijn beschrijvende onderzoeksvraag om vervolgens tot een evaluatie te komen. Bij die beantwoording worden weliswaar typisch arbeidsrechtelijke argumenten onderscheiden, maar Duk komt tot de conclusie dat er geen typisch arbeidsrechtelijk systeem van rechtsvinding bestaat. De rechtsvinding in het arbeidsrecht is wat betreft de gradatie van zekerheden vergelijkbaar met andere onderdelen van het recht: het gaat om plausibele argumenten in de context van de omstandigheden van het geval. Met instemming citeert Duk Supreme Court-rechter Jackson: ‘We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final’ (een variant van Harts stelling dat rechterlijke uitspraken ‘final but not infallible’ zijn).

Ten slotte komt Duk met het antwoord op zijn meer evaluerende vraag: is er reden voor kritiek op de wijze waarop de Hoge Raad te werk gaat? Duks antwoord luidt ontkenkend. De rechter vindt het recht in een concreet geval en

kan daarom met casuïstische rechtspraak volstaan. Hoe beperkter de motivering bij een uitleg, hoe 'meer ruimte die rechter zich laat voor de beslechting van toekomstige, op wezenlijke punten afwijkende en bij de eerste beslissing nog niet onderkende gevallen'. Wij hebben met deze gevolgtrekkingen wel enige moeite als dit betekent dat de feiten als bron van de beslissing in plaats komen van regels, vuistregels of gezichtspunten. En een pleidooi voor beperkte motivering omdat dit de manoeuvreerruimte van de rechter vergroot, is misschien wel een verklaarbare wens, maar geen gerechtvaardigde verwachting.

In het lijvige, maar zeer toegankelijke proefschrift van Jeroen Quist staan de gezichtspuntencatalogi in het arbeidsrecht centraal. Gezichtspuntencatalogi zijn overzichten van factoren die relevant zijn bij de interpretatie van een wettelijke norm en het nemen van een beslissing. Denk aan bekende arresten als het *Kelderluik*-arrest of *Saladin/HBU*. Quist stelt zich de vraag of deze gezichtspuntencatalogi in het arbeidsrecht hun doel bereiken. Hij onderscheidt vier functies van die gezichtspuntencatalogi: 1) ze scheppen duidelijkheid over de mogelijk relevante factoren, 2) ze dienen voorspelbaarheid, 3) ze geven inhoud aan open normbestanddelen en 4) ze maken beoordeling in cassatie van gemengde beslissingen mogelijk. Zijn vervolgvraag is wat er verbeterd zou kunnen worden indien die functies niet kunnen worden vervuld.

In zeven lange hoofdstukken bouwt Quist zijn betoog ter beantwoording van die twee vragen op. Na een algemene inleiding (hoofdstuk 1) en een verkenning van gezichtspunten (hoofdstuk 2), gaat het vanaf hoofdstuk 3 over het arbeidsrecht. Daarbij zijn twee hoofdstukken gereserveerd voor de toepassing van twee arresten door de lagere rechtspraak.

In hoofdstuk 7 formuleert Quist zijn conclusies. Ook allemaal heel helder.

De eerste onderzoeksvraag, of gezichtspuntencatalogi bewerkstelligen wat ermee wordt beoogd, beantwoordt hij ten dele bevestigend: ze vervullen drie van de vier functies, maar ze maken de uitkomst van juridische procedures niet méér voorspelbaar. Verbetering is volgens Quist mogelijk als meer duidelijkheid wordt verschaft over de wijze waarop met gezichtspunten moet worden omgegaan. Dat kan volgens hem door ratio en formulering daarvan te verbeteren, door aan te geven waarom voor bepaalde gezichtspunten is gekozen en door zo scherp mogelijk de relevante factoren te formuleren. Tegelijkertijd pleit Quist voor een betere motivering door lagere rechters bij de toepassing van de gezichtspunten. Quist eindigt met een generalisering van zijn bevindingen tot op het niveau van het materiële civiele recht. Instemmend citeert hij Duk die betoogt 'dat de Hoge Raad – waar het gaat om het formuleren van vuistregels en gezichtspunten – het arbeidsovereenkomstenrecht niet wezenlijk anders benadert dan hij als civiele cassatierechter meer in het algemeen doet.' Dat kun je natuurlijk ook omkeren. Ook al richt de studie van Quist zich op een deel terrein van het civiele recht, zijn bevindingen zijn ook van belang voor andere delen van het civiele recht waar de rechter open normen hanteert.

RECHTSSOCIOLOGIE

AAK20157903

Heleen Weyers

Effectiviteit, acceptatie en praktische problemen van juridische praktijken

De oogst van het rechtssociologisch onderzoek van de afgelopen maanden is drie proefschriften en twee onderzoeksrapporten. Allemaal op geheel verschillende gebieden: schuldhulpverlening, het ouderschapsplan bij echtscheiding, acceptatie van vonnissen, mantelzorg en reacties op onbestrafte overtredingen. Gemeenschappelijk is natuurlijk dat in alle onderzoeken gekeken wordt naar de maatschappelijke werkelijkheid waarin juridische processen zich afspelen.

Afke Theunissen is in Utrecht gepromoveerd op onderzoek naar de ervaringen van klanten en dienstverleners van de Rotterdamse kredietbank met het traject van minnelijke schuldhulpverlening. Zij schetst een gedetailleerd beeld van mensen die terecht komen in de schulphulpverlening. Deze mensen zijn er vaak zowel financieel als psychisch slecht aan toe, en hebben de grip op hun leven verloren. De komst naar de kredietbank betekent dat ze geen andere uitweg meer zagen. Het lastige is dat om voor hulp in aanmerking te komen deze mensen weer actief moeten worden. Ze moeten bijvoorbeeld (veel) informatie aanleveren en laten zien dat ze gemotiveerd zijn om hun leven te veranderen. De tweede groep mensen die betrokken is in het onderzoek, de dienstverleners, heeft andere problemen. Ze hebben te maken met forse toenames van het aantal klanten met als gevolg verlies van overzicht. In de woorden van Theunissen: 'Zij zijn voortdurend bezig om de toestroom van klanten te managen, hun caseload hanteerbaar te houden, regie te houden op hun dagelijkse werkzaamheden en zo veel mogelijk te voldoen aan de eisen vanuit de organisatie.' Dit zijn de bekende problemen van 'street level bureaucrats' (Lipsky 1980). Theunissen constateert ten aanzien van hun werk een verschuiving van hulpverlening aan mensen met financiële problemen naar een technische benadering van dienstverlening, met name budgetbeheer en het opzetten van schuldregelingen, en een nadruk op kwantitatieve prestatie-indicatoren. Al met al geeft Theunissen een mooi inzicht in de wereld van de schuldenaar en de hulpverlener en hoe moeilijk deze twee werelden te verbinden zijn.

Marit Tomassen-van der Lans deed aan de Vrije Universiteit onderzoek naar de effectiviteit van het verplichte ouderschapsplan bij echtscheiding. Juridische gesproken is het verplichte ouderschapsplan een behoorlijke aantasting van de autonomie van ouders. Dit kan gerechtvaardigd zijn als het leidt tot positieve gevolgen. Tomassen maakt duidelijk dat de effecten tegenvallen. Dat komt enerzijds doordat rechters pragmatisch met de situatie omgaan (bijvoorbeeld het accepteren van vage afspraken) en anderzijds doordat de beoogde afname van het aantal vervolgproudures niet heeft plaatsgevonden. Tomassen laat het niet bij deze teleurstellende conclusie. Door middel van

een rechtsvergelijking gaat ze op zoek naar alternatieven. Die ziet ze vooral in scheidingseducatie en (financieel) gemakkelijk toegankelijke mediation. Deze alternatieven veranderen niets aan de inbreuk op de partijautonomie van de scheidende ouders. Het voordeel hiervan is echter dat de verplichtingen die er voor ouders uit voortvloeien duidelijker omlind zijn dan die van het ouderschapsplan.

Martje Boekema promoveerde in Groningen. Zij onderzocht de determinanten van de acceptatie van rechterlijke uitspraken door burgers in bestuursrechtelijke zaken. Dit deed zij door te bekijken waarom mensen in hoger beroep gaan (en dus niet de uitspraak accepteren). Het bestuursrecht is hiervoor interessant omdat oordelen van de bestuursrechter relatief vaak aangevochten worden. Het zijn vooral burgers die appel aantekenen, dit ondanks het feit dat uit de praktijk blijkt dat ze slechts een kleine kans van slagen hebben. De uitkomsten van Boekema's onderzoek zijn veelvoudig en niet echt verrassend. Zo ziet zij onder andere een verband met inkomen, met ervaring, met verwachtingen en met procedurele rechtvaardigheid. Als middelen om het appelpercentage naar beneden te brengen, bespreekt Boekema een aantal mogelijkheden tot verandering die gerelateerd zijn aan haar bevindingen, zoals kwaliteitszorg bij de rechtbanken en het opwerpen van juridische en financiële drempels.

Vrouwen, mannen en de hulp aan (schoon)ouders is een onderzoeksverslag waarin het SCP inzicht biedt in de volwassenen die mantelzorg geven aan hun (schoon) ouders. Vooral mensen tussen de 35 en 65 blijken mantelzorger te zijn. Dat zijn mensen die het sowieso al erg druk hebben door werk en gezin. Duidelijk wordt dat dochters vaker voor hun (schoon)ouders zorgen dan zonen, en dat dat verschil nog groter is wanneer het om langdurige en intensieve hulp gaat. Hier botst dus het idee dat vrouwen economisch en anderszins zelfstandig moeten zijn en de maatschappelijke vanzelfsprekendheid dat vrouwen zorg verlenen.

In de loop der jaren heeft Boom/Lemma een reeks boeken uitgegeven over handhaving en gedrag. Daar is nu *Reacties op onbestrafte overtredingen* aan toegevoegd. De auteurs – Mascini, Jaspers en Van Erp – hebben een interessante invalshoek gekozen. Zij hebben niet gekeken naar hoe ondernemers (in hun onderzoek groente-, fruit- en bloementelers) reageren op sancties wegens belastingovertreding maar hoe ze reageren op het uitblijven van deze sancties bij anderen. De onderzoekers gebruiken twee ver-

schillende theoretische invalshoeken. De eerste invalshoek betreft het onderscheid tussen intrinsieke en instrumentele motivatie. Het blijkt dat de telers vooral instrumenteel gemotiveerd zijn. Dat betekent echter niet dat ze op het uitblijven van sancties reageren met regelovertreding. Dat doen ze niet, zo lang ze denken dat hun eigen belangen niet worden geschaad. Wat betreft de andere groep telers, degenen die zich laten leiden door plichtsbesef, maakt het onderzoek duidelijk dat ze naar hun principes handelen zolang de levensvatbaarheid van hun bedrijf en faciliterende belastingwetgeving dat mogelijk maken. De twee groepen verschillen dus niet wat betreft het belangrijkste punt van hun overweging. De tweede theoretische invalshoek is de sociale identiteitstheorie. De onderzoekers verwachtten dat telers een onderscheid maken tussen overtredingen van telers uit de groep waartoe ze zichzelf rekenen en telers die niet tot die groep horen. Dat bleek niet het geval te zijn. De belastingdienst kan haar voordeel doen met de gegevens uit dit onderzoek. Ze weet nu dat niet reageren op overtredingen niet onmiddellijk leidt tot meer overtredingen. Te relaxed mag ze echter ook weer niet worden, vanwege de ervaren pakkans (en de daarmee samenhangend terughoudend ten aanzien van regelovertreding) is het wel van belang te blijven opsporen en bestraffen.

- I.M. Boekema, *De stap naar hoger beroep. Een onderzoek naar appelgedrag van burgers in bestuursrechtelijke zaken*, Den Haag: BJu 2015;
- Alice de Boer, Mirjam de Klerk & Ans Merens, *Vrouwen, mannen en de hulp aan (schoon)ouders*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2015,
- Peter Mascini, Jelle Jaspers & Judith van Erp, *Reacties op onbestrafte overtredingen. De rol van motieven en identificatie bij de omgang met onbestrafte belastingovertredingen in de tuin- en akkerbouw*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2015;
- Afke Theunissen, *Schuldverlening in perspectief. Over de ervaringen van klanten en dienstverleners van de Rotterdamse kredietbank met het minnelijke traject schuldhelpverlening*, Utrecht 2015, www.inholland.nl/NR/rdonlyres/7259C03E-B69B-4C3A-A348-95F76082C256/0/Proefschrift_AfkeTheunissen.pdf;
- M. Tomassen-van der Lans, *Het verplichte ouderschapsplan: regeling en werking*, Den Haag: BJu 2015.