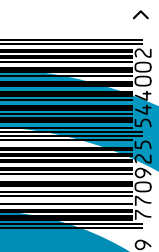


Ars Aequi

*Kwartaal*Signaal



Bijlage bij Ars Aequi december 2016

141

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** 8183
Mr. drs. M.Th. Beumers, mr. J.J.H. Hermeling, mr. L.M. de Hoog, mr. J. van Kralingen, mr. T. van der Linden, mr. P.L.F. Ribbers (Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Leiden)
- Burgerlijk procesrecht** 8190
Mr. R.J.C. Flach (vakgroep privaatrecht Rijksuniversiteit Groningen)
- Personen-, familie- en jeugdrecht** 8192
Mr. J.H. de Graaf (vakgroep jeugdrecht Universiteit van Amsterdam)
- Bouwrecht** 8195
Mr. N. van Wijk-van Gilst (Instituut voor Bouwrecht Den Haag)
- Consumentenrecht** 8196
Prof. mr. E.H. Hondius (vakgroep privaatrecht Universiteit Utrecht)
- Gezondheidsrecht** 8199
Prof. mr. J.C.J. Dute (Radboud Universiteit Nijmegen), mr. W.R. Kastelein (Nysingh Advocaten-Notarissen)

SOCIAAL-ECONOMISCH RECHT

- Ondernemingsrecht** 8204
Mr. N. Kreileman (Van der Heijden Instituut, Radboud Universiteit Nijmegen, coördinator prof. mr. C.D.J. Bulten)
- Financieel recht** 8206
Prof. mr. D. Busch, mr. drs. T.M.C. Arons, mr. J.E.C. Gulyás mr. A.J.A.D. van den Hurk, mr. drs. P. Laaper, mr. M.B.J. van Rijn, mr. A.W. van der Vegt, mr. J.W.P.M. van der Velden (Instituut voor Financieel Recht, Radboud Universiteit Nijmegen)
- Mededingingsrecht** 8211
Mr. M. Kuijper, mr. D. Coumans (Boekel Amsterdam)
- Economisch recht en intellectuele eigendom** 8214
Mr. D.A.J.M. Melchers (Radboud Universiteit Nijmegen)
- Sociaal recht** 8216
Dr. mr. drs. J. Heinsius (oud-universitair docent Sociaal recht Universiteit Leiden, thans www.heinsiusarbeidsrecht.nl)
- Belastingrecht** 8218
Mr. L.J.A. Pieterse (Universiteit Leiden en Vrije Universiteit Amsterdam)
- Mediarecht** 8222
Mr. J.M. Breemen, mr. V.E. Breemen (Instituut voor Informatierecht Universiteit van Amsterdam)
- Telecommunicatierecht** 8224
Prof. dr. N.A.N.M. van Eijk (Instituut voor Informatierecht Universiteit van Amsterdam)
- Informaticarecht** 8225
Prof. mr. S. van der Hof (eLaw@Leiden, Universiteit Leiden)

STAATS- EN BESTUURSRECHT

- Constitutioneel recht** 8227
Mr. J. Uzman, mr. G. Boogaard (afdeling Staats- en bestuursrecht, Universiteit Leiden)
- Bestuurs(proces)recht** 8229
Prof. mr. dr. A.T. Marseille (vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde Rijksuniversiteit Groningen)
- Europees recht** 8234
Europa Instituut Universiteit Leiden, coördinatoren mr. M. Aalbers & mr. T.W.A. Weber
- Volkenrecht** 8238
Prof. mr. I.F. Dekker (Afdeling Internationaal en Europees Recht, Universiteit Utrecht); prof. mr. N.J. Schrijver (Afdeling Internationaal Publiekrecht, Universiteit Leiden)
- Mensenrechten** 8240
Mr. A.E.M. Leijten (Afdeling Staats- en Bestuursrecht, Universiteit Leiden), mr. F. Tan (Afdeling Internationaal Publiekrecht, Universiteit Leiden)

STRAFRECHT

- Straf(proces)recht** 8245
Prof. mr. J.H. Crijns, mr. dr. M.J. Dubelaar (Instituut voor Strafrecht & Criminologie, Universiteit Leiden)
- Criminologie** 8248
Dr. Gabry Vanderveen (Capgroep Publiekrecht, sectie Criminologie van de Erasmus Universiteit Rotterdam)

RECHTSTHEORIE

- Rechtsgeschiedenis** 8250
Prof. mr. C.J.H. Jansen (vakgroep rechtsgeschiedenis Radboud Universiteit Nijmegen)
- Rechtssociologie** 8251
Heleen Weyers (afdeling rechtstheorie, Rijksuniversiteit Groningen)
- Rechtseconomie** 8252
Prof. dr. H.O. Kerkmeester (Universiteit Antwerpen, College van Beroep voor het bedrijfsleven), prof. mr. dr. L.T. Visscher (Rotterdam Institute of Law and Economics)

PRIVAATRECHT

BURGERLIJK RECHT

AAK20168183

Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Leiden

ALGEMEEN

Literatuur

- T. Brinkman, ‘Klimaatverandering en verzekeren: hoe houden we risico’s verzekeraar bij een stijgende schade-last?’, *MvV* 2016, afl. 7/8, p. 208-210.
- A.G. Castermans & R. de Graaff, ‘Samenloop van verjaringsregels bij bedrog, onrechtmatige daad en non-conformiteit’, *WPNR* 2016, afl. 7119, p. 695-696.
- R. de Graaff, ‘De betekenis van de redelijkheid en billijkheid voor de bescherming van grondrechten’, *RMThemis* 2016, afl. 4, p. 202-213.
- R.A.J. van Gestel e.a., ‘Privaatrechtelijke rechtsvorming, regulering en wetenschap 0.13’, *NJB* 2016/1392, p. 1962-1969.
- H.B. Krans, ‘Goede kanten van slechte zaken’, *NTBR* 2016, afl. 8, p. 243-244.
- A. de Vries-Stotijn, ‘De status van Uber – Wie betaalt er aan het eind van de rit?’, *TvC* 2016, afl. 3, p. 99-106.
- R. Westrik, *Verborgen privaatrecht. Hoe het geldende recht te kennen?*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, 110 p.
- J.E. van de Bunt, *Het rampenfonds*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, 295 p.

CONTRACTENRECHT

Mr.dr.s. M.T. Beumers

Wetgeving

- Wet van 23 maart 2016 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht, Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet handhaving consumentenbescherming en de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek ter implementatie van richtlijn nr. 2014/17/EU van het Europees Parlement en de Raad van 4 februari 2014 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende goederen en tot wijziging van de Richtlijnen 2008/48/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010 (*PbEU* 2014, L 60/34), *Stb.* 2016, 265 (13 juli 2016). Ook in het kader van (de afkondiging van) deze wet: Verslag van een Schriftelijk Overleg (29 juni 2016) n.a.v. een brief van de Minister van Financiën (18 april 2016) en een Advies van de Raad van State (24 juni 2016), *Kamerstukken II* 2015/16, 34292, 12.

Jurisprudentie

HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1511, JIN 2016/151 m.nt. M. Poelsema, NJB 2016/1482, NJ 2016/325, RvdW 2016/867 (Melber/Goede), uitleg hypotheekakte, objectieve maatstaf, Haviltex

Bij de uitleg van overeenkomsten kan discussie ontstaan over de vraag welke maatstaf moet worden aangelegd – de subjectieve *Haviltex*-maatstaf of de objectieve(re) cao-maatstaf – als ook over de vraag welke omstandigheden mogen meewegen bij de uitleg van de partijbedoelingen. Het hier te bespreken arrest van Antilliaanse oorsprong betreft beide juridische vragen. Meer specifiek gaat het over de uitleg van notariële aktes tot levering of bezwaring van registergoederen.

In het voorjaar van 2009 verkoopt Goede zijn aandelen in Geoffrey’s Gym N.V. aan Melber. Melber hoeft de volledige koopprijs niet direct te betalen en doet slechts een eerste aanbetaling aan Goede. Door middel van een geldleningsovereenkomst leent Melber een bedrag ter hoogte van de nog resterende koopprijs van Goede en verbindt zich om het geleende bedrag in termijnen terug te betalen. Goede wil zekerheid dat Melber het geleende bedrag volledig betaalt en bedingt daarom een hypotheekrecht op verschillende registergoederen van Melber. Voor het vestigen van dit hypotheekrecht moet een notariële akte worden opgemaakt waarin de vordering waarvoor de hypotheek tot zekerheid strekt, wordt aangeduid. Daartoe is de geldleningsovereenkomst tussen Goede en Melber in de hypotheekakte neergelegd, inclusief hun afspraken over de verschuldigde rente over het uitgeleende geldbedrag.

Na enkele periodieke termijnen te hebben voldaan, stopt Melber met aflossen aan Goede. Goede gaat daarop over tot executoriale verkoop van de verhypothekerde goederen. Er ontstaat vervolgens een geschil over de te betalen rente. Volgens Melber zijn hij en Goede overeengekomen dat in de door hem te betalen termijnen de verschuldigde rente reeds is verdisconteerd. Goede meent daarentegen dat zij zijn overeengekomen dat Melber over de termijnen nog een rente van zes procent verschuldigd is. Melber vordert bij het Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao (verder: het GEA) betaling van het vermeende overschot na executie van de registergoederen, maar vangt bot. Het GEA volgt zijn uitleg van de overeenkomst niet, maar die van Goede. Ook in appel bij het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en Bonaire, Sint Eustatius en Saba (verder: het hof) slaagt de vordering van Melber niet.

Het hof richt zich bij de uitleg van de overeenkomst uitsluitend op de hypotheekakte en legt de zogenaamde objectieve maatstaf aan. Hij overweegt (vonnis hof, r.o. 3.4):

‘Het gaat in deze zaak om de uitleg van een notariële akte ter vestiging van een beperkt recht. Bij de uitleg van een zodanige akte komt het aan op de partijbedoeling voor zover die in de akte tot uitdrukking is gebracht. Deze bedoeling

moet worden afgeleid uit de in deze akte gebezigde bewoordingen, uit te leggen naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte (o.a. HR 19 april 2013, NJ 2013/240).'

Over onder meer deze overweging van het hof klaagt Melber in cassatie (onderdeel d van het principale cassatiemiddel). De door het hof aangelegde objectieve maatstaf is naar mening van Melber uitsluitend van toepassing wanneer moet worden bepaald welke registergoederen er zijn overgedragen of zijn bezwaard. Met andere woorden, deze objectieve maatstaf is alleen relevant voor uitlegkwesties met betrekking tot de vraag welke registergoederen er zijn geleverd of bezwaard en ziet slechts op het (goederenrechtelijke) leveringsvereiste. Met betrekking tot de vraag waartoe partijen zich contractueel hebben verplicht – het (obligatoire) titelvereiste – geldt onverkort de subjectieve *Haviltex*-maatstaf. Dat de inhoud van de overeenkomst (ten dele) is terug te vinden in een notariële akte tot levering of bezwaring van een registergoed doet daar niets aan af. Daarnaast moeten ook andere omstandigheden – Melber lijkt met name te doelen op een voor de verkoop met Goede aangegane 'Memorandum of Understanding' – worden meegewogen bij de uitleg van de overeenkomst.

De Hoge Raad stelt allereerst voorop (r.o. 4.2.2) dat de door het hof aangelegde objectieve maatstaf

'[...] geldt [...] voor de uitleg van notariële akten die strekken tot levering van registergoederen en de vestiging van beperkte rechten daarop (zie onder meer HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM8933, NJ 2011/111). De ratio van deze objectieve uitlegmaatstaf is gelegen in het voor registergoederen geldende stelsel van publiciteit. Derden moeten kunnen afgaan op hetgeen in een — in de openbare registers ingeschreven — akte is vermeld ter zake van de overdracht van een registergoed of van de vestiging van een beperkt recht op een registergoed.'

In navolging van advocaat-generaal Vlas (sub 2.4) overweegt de Hoge Raad vervolgens (r.o. 4.2.3):

'In het onderhavige geval ziet het geschil van partijen niet op hetgeen in de hypotheekakte is vermeld ter zake van de vestiging van het hypotheekrecht, maar op de vraag of partijen zijn overeengekomen dat het in de hypotheekakte genoemde bedrag van Naf 720.000 inclusief rente is dan wel exclusief rente. Het gaat hier derhalve om de uitleg van een contractuele renteclausule die alleen een rol speelt in de verhouding tussen de oorspronkelijke contractspartijen. Bij de beantwoording van de vraag wat de inhoud is van de op dit punt door partijen gemaakte obligatoire afspraken komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze afspraken mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, zulks in het licht van alle omstandigheden van het geval (de *Haviltex*-maatstaf; vgl. het hiervoor in 4.2.2 genoemde arrest van de Hoge Raad van 22 oktober 2010, rov. 4.2.3).'

Kortom: het aanleggen van de objectieve maatstaf is slechts aangewezen wanneer moet worden uitgelegd welke registergoederen zijn geleverd of bezwaard. Om de vraag te beantwoorden wat partijen (obligatoir) zijn overeengekomen, moet 'gewoon' de *Haviltex*-maatstaf worden gebruikt. Het hof heeft dat miskend en zodoende blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting (r.o. 4.2.3).

Deze regel was eigenlijk al met zoveel woorden gegeven in het arrest *Kamsteeg/Lisser* (NJ 2011/111). Dit arrest is desalniettemin verhelderend omdat de Hoge Raad expliciet de ratio van het gebruik van de objectieve

maatstaf bij de uitleg van aktes tot levering of bezwaring van registergoederen bespreekt. Derden die het (openbare) register raadplegen, moeten erop kunnen vertrouwen dat de goederenrechtelijke status van een registergoed is zoals uit de objectieve bewoordingen van de akte kan worden opgemaakt. De voor deze derden niet-inzichtelijke achterliggende partijenbedoelingen hebben op de goederenrechtelijk status van het registergoed daarom geen invloed. De vraag waartoe partijen zich obligatoir hebben verbonden, is daarentegen slechts relevant voor de contractspartijen zelf en niet voor derden. Voor zover het deze onderlinge verhouding tussen hen betreft, kan een rechter bij de uitleg van hun overeenkomst dan ook met een gerust hart alle omstandigheden meewegen om vast te stellen wat de partijbedoelingen waren. In voornoemde explicitering van de ratio zit de meerwaarde van dit arrest voor toekomstige uitlegkwesties.

Literatuur

- I.M.G. Bakker, 'Opzeggen duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd: de regels op een rij', *Bb* 2016/54, p. 187-189.
- M.Th. Beumers e.a., *Aansprakelijkheidsrecht en maatmens* (preadviezen Vereniging voor aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht (VASR)), Deventer: Wolters Kluwer 2016, 73 p.
- G.J. Boeve, 'Een beetje beletten bestaat niet', *Bb* 2016/27, p. 111-112.
- D.E. Burgers, 'De (niet-)opzegbaarheid van duurovereenkomsten van onbepaalde tijd: ook de partijbedoeling is van belang!', *Bb* 2016/28, p. 133-135.
- S. van Dongen, *Groepen van contracten*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, 416 p.
- C.E. Drion, 'De historie van *Haviltex*', *NJB* 2016/1391, p. 1961.
- M.R. Hebly & I. Tillema, 'De "gratis" telefoon die niet gratis was ... en dat toch werd?', *MvV* 2016, afl. 9, p. 235-242.
- I.S.J. Houben & J. Nijland, 'De niet-opzegbare duurovereenkomst', *Contracteren* 2016, afl. 3, p. 70-77.
- F.C. van der Jagt, 'Wanneer het lekt bij de buurman: het contractueel afdichten van meldingsplichtige datalekken', *Contracteren* 2016, afl. 3, p. 78-82.
- K.J.O. Jansen, 'Kennispresumptie in het verbintenisrecht: tussen weten en behoren te weten', *NTBR* 2016/31, p. 206-213.
- R. Mellenbergh, 'De uitleg van onoverdraagbaarheidsbedingen aan de hand van het arrest *Coface/Intergamma*: (wet)systematisch of niet?', *MvV* 2016, afl. 9, p. 225-234.
- R. Momberg, 'The Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts – Renegotiation, Rescission or Revision', *Contracteren* 2016, afl. 3, p. 89-90.
- M.R. Ruygvoorn, 'Het belang van verzekeraarbaarheid bij doorbraak van exonerationclausules', *Bb* 2016/63, p. 217-220.
- M.S. Veenhuizen, 'De uitleg van een contractuele clausule in een notariële akte', *Bb* 2016/58, p. 198-199.

GOEDERENRECHT

Mr. J. van Kralingen

Wetgeving

In voorbereiding: Wetsvoorstel herziening beslagverbod roerende zaken, KetenID: WGK004452 (<https://wetgevingskalender.overheid.nl/Regeling/WGK004452>). Aanmelding voor plenaire behandeling Tweede Kamer (28 september 2016), Nota van Wijziging (19 september 2016), Nota naar aanleiding van het Verslag (19 september 2016), Verslag (7 juli 2016) inzake de Uitvoering van Verordening (EU) nr. 655/2014 van het Europees parlement en de Raad van 15 mei 2014 tot vaststelling van een procedure betreffende het Europees bevel tot conservatoir beslag op bankrekeningen om de grensoverschrijdende inning van schuldvorderingen in burgerlijke en handelszaken te vergemakkelijken (*PbEU* 2014, L 189) (Uitvoeringswet verordening Europees bevel tot conservatoir beslag op bankrekeningen), *Kamerstukken II* 2015/16, 34462, 5-7.

Jurisprudentie

HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1438; NJ 2016/310; RvdW 2016/810; burennrecht; (vordering tot) gerechtelijke grensbepaling van artikel 5:47 BW; eigendom betwist perceel; beroep op verkrijgende verjaring; passeren bewijsaanbod

Het voorliggende arrest is niet revolutionair, maar wel interessant. In het arrest staat artikel 5:47 BW centraal. Een artikel waarover, aldus advocaat-generaal De Bock, weinig rechtspraak is (sub 3.4 conclusie A-G De Bock).

Artikel 5:47 BW is opgenomen in de vierde titel van boek 5, waarin de 'Bevoegdheden en verplichtingen van eigenaars van naburige erven' zijn neergelegd. Het artikel geeft eigenaars van naburige erven in lid 1 een 'vordering tot grensbepaling': 'Indien de loop van de grens tussen twee erven onzeker is, kan ieder der eigenaars te allen tijde vorderen dat de rechter de grens bepaalt'. Indien onzeker is waar de grens ligt, geldt volgens lid 2 bovendien niet het wettelijke vermoeden dat de bezitter eigenaar is (vergelijk art. 3:119 lid 1 BW). De voorliggende zaak kwam in de kern neer op de vraag wanneer de rechter mag overgaan tot een dergelijke grensbepaling.

De zaak speelde op Sint Maarten. Er was tussen de eigenaars van naburige percelen op Marigot Hill een geschil ontstaan over de eigendom van een langwerpige, schuin gelegen strook grond van ongeveer 9000 vierkante meter. De eigenaren van het westelijke perceel, de erven Remou, meenden dat de strook hun eigendom was. De erven Remou hadden de grond deels in gebruik. Er was door hun rechtsvoorganger een huis, dat ten tijde van het geding nog steeds werd bewoond, op het bewuste perceel gebouwd. De eigenaren van het oostelijke perceel, de erven Meyers, stelden echter dat het perceel aan hen toebehoorde.

De achtergrond van dit geschil is gelegen in het feit dat het Kadaster van standpunt is veranderd over de ligging van de grens tussen de percelen van de erven Remou en de erven Meyers. In 1996 had het Kadaster de betwiste strook grond in een zogenaamde 'meetbrief' beschreven en aangegeven dat de erven Remou de eigenaren waren. In een rapport van 7 mei 2008 gericht aan de erven Remou en de erven Meyers kwam het Kadaster terug op dat standpunt. Het Kadaster had kort gezegd een vergissing gemaakt: het perceel behoorde toch toe aan de erven Meyers. Dit standpunt heeft het Kadaster later nog enkele keren herhaald.

De erven Meyers startten daarop een procedure en vorderden in eerste aanleg – kort gezegd – een verklaring voor recht dat de vaststelling in het rapport uit 2008 van de grens van de percelen door het Kadaster juist was. Subsidiair vorderden de erven Meyers dat de rechter over zou gaan tot vaststelling van de grens tussen de percelen van erven Remou en erven Meyers. In reconventie hebben de erven Remou voorwaardelijk verzocht dat de grens van de twee percelen wordt bepaald door de feitelijke grensafscheidingen, namelijk de aanwezige 'rockwalls' of de resten daarvan. Bij het aanhouden van die grens zou de betwiste strook grond namelijk aan hen in eigendom toekomen. De erven Remou beriepen zich op de meetbrief uit 1996 van het Kadaster.

Het gerecht heeft de erven Meyers in eerste aanleg niet ontvankelijk verklaard (r.o. 3.2.1). De erven Meyers gingen in hoger beroep en vorderden – kort gezegd – dat het hof de grenzen van de percelen zou vaststellen met inachtneming van de bevindingen van het Kadaster, zoals neergelegd in rapportages uit 2008 en 2009. Verder vorderden zij dat het hof voor recht zou verklaren dat het betwiste perceel aan hen toebehoorde.

Het hof stelde vervolgens in zijn vonnis van 7 november 2014 vast dat er sprake was van een onzekere grens (r.o. 2.6 vonnis hof). Het hof is overgegaan tot gerechtelijke grensbepaling en heeft vastgesteld dat het betwiste perceel aan de erven Meyers toebehoorde (r.o. 2.7 vonnis hof). Het beroep op verkrijgende verjaring door de erven Remou werd door het hof verworpen met de stelling dat ingevolge artikel 5:47 lid 2 BW het wettelijke vermoeden dat de bezitter eigenaar is niet in dit geval geldt (r.o. 2.8 vonnis hof).

Tegen het vonnis van het hof zijn de erven Remou in cassatie gegaan. In cassatie werd onder meer geklaagd over het oordeel van het hof in r.o. 2.6 van zijn eindvonnis dat in het voorliggende geval, waarbij wordt getwist over de eigendom van een perceel waarvan de grenzen vaststaan, artikel 5:47 BW Sint Maarten (BWSM) – dat hetzelfde luidt als artikel 5:47 BW – moet worden toegepast (r.o. 3.3.1).

De erven Remou betoogden in cassatie dat er in het voorliggende geval geen sprake was van een onzekere grens, 'nu het hof niet had vastgesteld dat de grens, desnoods na langdurige en complexe bewijslevering, niet vastgesteld kon worden' (sub 1.1 cassatiemiddel) en bovendien de erven Remou bewijs hadden aangeboden van de

ligging van de 'rockwalls' en van de verkrijgende verjaring. Kortom, het hof was te snel overgegaan tot rechterlijke grensbepaling of had althans niet voldoende gemotiveerd waarom hij was overgegaan tot rechterlijke grensbepaling.

De Hoge Raad legt in het arrest uit wanneer een rechter mag over gaan tot grensbepaling. Nadat de Hoge Raad uitvoerig uit de parlementaire geschiedenis heeft geciteerd, overweegt hij (r.o. 3.3.2 aan het einde):

'Er is geen grond art. 5:47 BWSM anders uit te leggen dan art. 5:47 BW. Derhalve geldt, gelet op de zojuist aangehaalde toelichting, ook voor art. 5:47 BWSM dat voor een rechterlijke grensbepaling als daarin voorzien, eerst plaats is indien geen van de partijen zich beroept op een bepaalde loop van de grens of, voor zover wel van zo'n beroep sprake is, de gestelde loop van de grens niet kan worden bewezen.'

In casu was er door partijen juist wél een beroep gedaan op de loop van de grens en was er bovendien ter ondersteuning van het beroep bewijs aangedragen. Dit bewijsaanbod had het hof gepasseerd. De Hoge Raad overweegt dan ook dat het hof ten onrechte toepassing heeft gegeven aan artikel 5:47 BWSM (r.o. 3.3.3):

'Naar het hof heeft vastgesteld, zijn de grenzen van het omstrede perceel tussen partijen niet in geschil, maar strijden zij over de vraag wie van hen de eigendom van dat perceel heeft. In dat kader hebben de erven [betrokkene 1] aangevoerd dat het perceel hun eigendom is en dat de grens van hun eigendom wordt bepaald door de langs het perceel lopende rockwalls. Daarnaast hebben zij zich erop beroepen dat het perceel door verkrijgende verjaring hun eigendom is geworden. Zij hebben ter zake van deze stellingen een bewijsaanbod gedaan. Gelet hierop heeft het hof ten onrechte toepassing gegeven aan art. 5:47 BWSM. De daarop gerichte klachten zijn dan ook gegrond.'

De Hoge Raad vernietigt het vonnis van het hof en wijst het geding terug naar hetzelfde hof voor verdere behandeling en beslissing. Advocaat-generaal De Bock had ook tot vernietiging en terugverwijzing geconcludeerd.

Literatuur

- S.E. Bartels e.a., 'Privaatrecht en strafrecht bij beschikken over vastgoed in weerwil van beslag', *NJB* 2016/1708, p. 2364-2371.
- T.B. de Clerck, 'Over de samenloop van pandrecht, bodemvoorrecht en boedelvorderingen', *Bb* 2016/64, p. 221-224.
- H.M.C. Duin & H.D. Ploeger, 'De "Arnhemse ex-erfpachter" en openbaar en ondubbelzinnig verjaringsbezit', *WPNR* 2016, afl. 7115, p. 588-590.
- L.A.G.M. van der Geld e.a., 'Een alternatieve werkwijze voor de overdracht van onroerende zaken', *WPNR* 2016, afl. 7118, p. 665-676.
- J.G. Gräler, 'Wie draagt de kosten van noodzakelijke vernieuwing van de fundering van een mandelige muur?', *WPNR* 2016, afl. 7113, p. 539-540.
- V.J.M. van Hoof, 'Toerekening van de gevolgen van diefstal aan een bruiklener', *WPNR* 2016, afl. 7120, p. 729-730.
- F.J.L. Kaptein, *Pandrecht. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de gevolgen van het vuistloze en stille karakter van het pandrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2016, 388 p.
- E.D.C. Neppelenbroek, 'Eigendom als paraplu. Over de betrekkelijke waarde van de goederenrechtelijke theorieën van Van der Steur, De Jong en Mollema', *RMThemis* 2016, afl. 4, p. 193-201.
- P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- J. van Rennes, 'De maatstaf van heffing bij een recht van erfpacht: lang leve de goedkeuring uit 1971!', *WPNR* 2016, afl. 7118, p. 676-682.
- J.H.M. Spanjaard, 'Eigendomsvoorbehoud: de inwerking van een contract op goederenrecht', *Contracteren* 2016, afl. 3, p. 83-88.
- J.C. van Straaten, 'Eigendom onder opschortende voorwaarde: een slapend recht, maar wel een recht', *JBN* 2016/39.
- T.H.D. Struycken, 'Financiering van een koper onder eigendomsvoorbehoud', *Bb* 2016/53, p. 182-186.
- E.F. Verheul, 'De retro-overdracht aan de vervreemder, niet-eigenaar', *NTBR* 2016/37, p. 252-259.

ONRECHTMATIGE DAAD EN SCHADEVERGOEDING

Mr. T. van der Linden

Wetgeving

- Verslag (12 september 2016), Advies Afdeling advisering Raad van State en Nader Rapport (9 juni 2016), Memorie van Toelichting (9 juni 2016), Voorstel van Wet (9 juni 2016) en Koninklijke Boodschap (7 juni 2016) inzake de Wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, in verband met de omzetting van Richtlijn 2014/104/EU van het Europees parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht), *Kamerstukken II* 2015/16, 34490, 1-5.
- In het kader van de Wijziging van de wet tot wijziging van de Mijnbouwwet, de Wet milieubeheer en de Wet op de economische delicten in verband met implementatie van richtlijn nr. 2013/30/EU van het Europees parlement en de Raad van 12 juni 2013 betreffende de veiligheid van offshore olie- en gasactiviteiten en tot wijziging van richtlijn 2004/35/EG (*PbEU* 2013, L 178), en wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de omkering van de bewijslast bij schade binnen het effectgebied van een mijnbouwwerk in verband met aanpassing van de bepaling inzake een wettelijk bewijsvermoeden voor mijnbouwschade in Groningen en enkele andere bepalingen (Wet bewijsvermoeden gaswinning Groningen): een Voorlopig Verslag van de Vaste Commissie voor Economische Zaken (20 september 2016), *Kamerstukken II* 2016/17, 34041, D en een Amendement van de leden Smaling en Van Tongeren ter vervanging van dat gedrukt onder nr. 8 (5 juli 2016), *Kamerstukken II* 2015/16, 34390, 18.

Jurisprudentie

HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, RvdW 2016/950 (TenneT c.s./ABB c.s.); Passing on- / doorberekeningsverweer; Richtlijn 2014/104/EU; schadebegroting ex artikel 6:97 BW; voordeelstoerekening ex artikel 6:100 BW; artikel 6:98 BW

De rechtsvoorganger van ABB B.V. verkoopt aan N.V. Samenwerkende elektriciteitsbedrijven (hierna Sep) een GGS-installatie voor fl. 87.100.000. Uit een beschikking van de Europese Commissie blijkt dat de moedermaatschappij van ABB B.V. – ABB Ltd. – zich schuldig heeft gemaakt aan het maken van wereldwijde kartelafspraken met andere aanbieders van GGS-installaties. De rechtsoptvolgers van Sep, TenneT c.s., betogen dat te veel is betaald voor de door hen afgenomen GGS-installatie en vorderen hoofdelijke schadevergoeding van ABB c.s. Deze hebben zich hiertegen verweerd met het *passing on-verweer* (of het doorberekeningsverweer). ABB c.s. betogen daartoe, dat TenneT c.s. de schade geheel of ten dele hebben doorberekend in de aan de afnemers in rekening gebrachte elektriciteitsprijzen, zodat TenneT c.s. in zoverre geen schade hebben geleden. De rechtbank wijst het *passing on-verweer* af, het hof wijst het verweer toe.

Redengevend is dat niet alleen TenneT c.s. schade kan vorderen van ABB c.s., maar dat óók de afnemers die hogere elektriciteitsprijzen hebben betaald dit kunnen doen. Enerzijds wordt door de mogelijkheid van het *passing on-verweer* voorkomen, dat TenneT c.s. schadevergoeding krijgt voor zover zij die al heeft doorberekend. Anderzijds wordt voorkomen dat ABB c.s. meerdere malen voor dezelfde schade wordt aangesproken.

In cassatie gaat het alleen om de vraag wat de dogmatische grondslag van het verweer is en welke eisen er naar Nederlands recht aan het verweer gesteld moeten worden. Het hof is van oordeel dat het een schadeverweer is. Hij overweegt (r.o. 3.32 arrest hof):

‘Naar het oordeel van het hof wordt de aanspraak van TenneT c.s. [...] in redelijkheid gevormd door de in de schadestaatprocedure vast te stellen prijsopslag (het prijsverschil tussen hetgeen daadwerkelijk is betaald en hetgeen zonder de kartelinbreuk zou zijn betaald) minus het deel van die schade dat TenneT c.s. (eventueel) aan hun afnemers hebben doorberekend [...] naast eventueel gedeelde winst en rente.’

Volgens TenneT moet het *passing on-verweer* echter worden gezien als een beroep op voordeelstoerekening ex artikel 6:100 BW. Daarvoor gelden, aldus TenneT c.s., eigen vereisten. Het hof zou miskend hebben dat er een *condicio sine qua non*-verband vereist is tussen het voordeel en de onrechtmatige gedraging en voorts dat voordeelstoerekening krachtens artikel 6:100 BW alleen plaatsvindt voor zover dat redelijk is. In het verlengde daarvan betoogt het middel dat het in ieder geval van belang is:

‘(i) of er een direct causaal verband is tussen de prijsopslag en de doorberekening, (ii) op welk moment eventuele doorberekening plaatsvindt, (iii) de (on)mogelijkheid voor volgende schakels in de keten hun schade op de kartellist te verhalen, (iv) de mate waarin toekenning van schadevergoeding aan volgende schakels in de keten ten goede komt, (v) de mate waarin de schade is versnipperd, (vi) de aard en ernst van de inbreuk op het mededingingsrecht en (vii) de omvang van de schade.’

Voordat de Hoge Raad het middel behandelt, wijst hij op het bestaan van Richtlijn 2014/104/EU die ziet op regels voor nationale schadevorderingen wegens schending van het mededingingsrecht van de lidstaten of de Europese Unie. Omdat de richtlijn nog niet is geïmplementeerd en geen terugwerkende kracht heeft, moet de schade volgens de Hoge Raad met behulp van het Nederlandse recht worden vastgesteld met inachtneming van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel (HvJ EU 13 juli 2006, C-295/04 en C-298/04, ECLI:EU:C:2012:685, NJ 2007/34, punten 92-97 (*Manfredi*)). Daarbij overweegt de Raad dat het wenselijk is om het recht zo uit te leggen ‘dat het leidt tot uitkomsten die verenigbaar zijn met de richtlijn’ en het wetsvoorstel strekkende tot implementatie van de richtlijn. De richtlijn bepaalt, onder meer, in artikel 13 dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de verweerder het *passing on-verweer* kan voeren. De bewijslast van doorberekening berust volgens deze bepaling op de verweerder, waarbij geldt dat de verweerder toegang tot het bewijsmateriaal kan vorderen.

Is het doorberekeningsverweer een schadeverweer of moet het worden gekwalificeerd als een toepassing van de voordeelstoerekening? Advocaat-generaal Keus concludeerde tot het eerste. Volgens de Hoge Raad staan echter beide wegen open omdat ze niet wezenlijk van elkaar verschillen. De behaalde voordelen moeten ‘in beide benaderingen in de toe te kennen schadevergoeding [...] worden betrokken voor zover dat redelijk is’ (r.o. 4.4.2). Over de voordeelstoerekening overweegt de Hoge Raad (r.o. 4.4.3):

‘Bij de beoordeling van een beroep op voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) gaat het erom dat genoten voordelen, voor zover dat redelijk is, mede in aanmerking behoren te worden genomen bij de vaststelling van de te vergoeden schade (vgl. HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, NJ 2013/40). Daarvoor is allereerst vereist dat tussen de normschending en de gestelde voordelen een *condicio sine qua non*-verband bestaat, in die zin dat in de omstandigheden van het geval sprake is van een voordeel dat zonder de normschending niet zou zijn opgekomen. Voorts dient het met inachtneming van de in art. 6:98 BW besloten maatstaf redelijk te zijn dat die voordelen in rekening worden gebracht bij de vaststelling van de te vergoeden schade.

Waar in eerdere uitspraken van de Hoge Raad meer of andere eisen zijn gesteld aan “eenzelfde gebeurtenis” bij voordeelstoerekening met toepassing van art. 6:100 BW, komt de Hoge Raad daarvan terug.’

Het feit dat bij respectievelijk de schadebegroting ex artikel 6:97 BW en de voordeelstoerekening ex artikel 6:100 BW de verdeling van de stelplicht en de bewijslast in beginsel anders ligt, is niet doorslaggevend (r.o. 4.4.4):

‘de rechter [is] ingevolge art. 6:97 BW bevoegd de schade te begroten op de wijze die met de aard van deze schade in overeenstemming is of de schade te schatten indien deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld (vgl. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/2001, rov. 4.11.3).

Dit geeft voldoende ruimte om, evenals het geval is in de benadering op de voet van art. 6:100 BW, niet alleen de stelplicht, maar ook de bewijslast ten aanzien van de aan het doorberekeningsverweer ten grondslag gelegde feiten bij de aansprakelijke partij te leggen [...]

De Hoge Raad schetst de verhouding tussen de verschillende benaderingswijzen als volgt (r.o. 4.4.5):

‘Uit het voorgaande vloeit voort dat de rechter met inachtneming van het partijdebat vrij is te bepalen welke van de twee eerder bedoelde benaderingen hij volgt bij de beoordeling van een doorberekeningsverweer als het onderhavige. Daarbij

is van belang dat in beide benaderingen de wijze waarop de rechter toepassing geeft aan de in art. 6:98 BW besloten maatstaf, controleerbaar dient te zijn voor partijen en derden, onder wie de hogere rechter. In beide benaderingen gaat het uiteindelijk erom dat bij de vergelijking tussen de toestand zoals deze in werkelijkheid is en de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien de normschending niet zou hebben plaatsgevonden, beoordeeld moet worden welke nadelen en welke voordelen in zodanig verband staan met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij redelijkerwijs als een gevolg van deze gebeurtenis aan de schuldenaar kunnen worden toegerekend.¹

Het oordeel van het hof geeft de rechter in de schadestaat-procedure te weinig ruimte om de benadering te kiezen die de voorkeur verdient. De Hoge Raad vernietigt niet, maar overweegt dat de rechter in de schadestaatprocedure de regels moet toepassen die in dit arrest ontwikkeld zijn.

Literatuur

- R. Cox, ‘Proportionele aansprakelijkheid versus kansverlies – Tussen dogmatiek en praktijk’, *NTBR* 2016/38.
- T. Hartlief, ‘Wat is schade vergoeden?’, *NJB* 2016/1649, p. 2293.
- P.P.M. van Kippersluis, ‘De interessante schadeberekening die nooit heeft plaatsgevonden’, *Bb* 2016/59, p. 201-205.
- K.L. Maes, ‘Schadevergoeding na vernietigde besluiten: de causaliteitsmaatstaf en de stuiting van diens verjaring’, *Bb* 2016/61, p. 211-213.
- R. Rijnhout, ‘Aardgas en aansprakelijkheid’, *NTBR* 2016/33, p. 224-231.
- C.M.A. Rouméas, ‘Schadevergoeding en schade-uitkering’, *Bb* 2016/56, p. 192-193.
- K.C.A. Schweers & W.A.M. Rupert, ‘Is het maatschappelijk onbetamelijk om een (beroeps)fout te maken?’, *MvV* 2016, afl. 9, p. 217-224.
- T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Schadebegroting, verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid’, *NJB* 2016/1605, p. 2239-2244.
- H. Vorsselman, ‘Artikel 6:165 BW: “een als een doen te beschouwen gedraging”’, *TvVP* 2016, afl. 3, p. 71-74.
- P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen*, Den Haag: Boom juridisch 2016, 368 p.
- R. van Kleef, *Liability of Football Clubs for Supporters’ Misconduct. A Study into the Interaction between Disciplinary Regulations of Sports Organisations and Civil Law*, Den Haag: Eleven international publishing 2016, 246 p.

HUWELIJKSVERMOGENSRECHT

Mr. L.M. de Hoog

Jurisprudentie

HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1457; echtscheidingsprocesrecht; boedelscheiding na echtscheiding; benadeling van gemeenschap, artikel 1:164 BW; kan een op artikel 1:164 BW gebaseerd verzoek worden behandeld als een verzoek tot het treffen van een nevenvoorziening (art. 827 lid 1, onder f, Rv)?

Man en vrouw zijn in gemeenschap van goederen gehuwd geweest. Op 10 december 2010 heeft de man de echtscheidingsprocedure ingezet door indiening van een verzoekschrift tot echtscheiding. Op 24 mei 2012 heeft de rechtbank de echtscheiding uitgesproken. Dit betreft een tussenbeschikking omdat de verdeling van de huwelijks-goederengemeenschap wordt aangehouden. Partijen konden het niet eens worden over de verdeling van de gemeenschap en hebben de rechter verzocht de verdeling vast te stellen. In het kader van de voortzetting van de procedure met betrekking tot de verdeling (nevenvoorziening ex art. 827 lid 1 sub b Rv) heeft de man tevens een verzoek als bedoeld in artikel 1:164 BW gedaan. Artikel 1:164 BW houdt kortgezegd in dat indien een echtgenoot de gemeenschap van goederen kort voor of na aanvang van het echtscheidings-geding benadeelt, deze echtgenoot de aan de gemeenschap toegebracht schade dient te vergoeden. De man stelt dat de vrouw in de periode van 24 december 2010 tot 3 januari 2011 (derhalve kort na indiening echtscheidingsverzoek) van gemeenschappelijke rekeningen een bedrag van € 85.000 naar haar privérekening heeft overgeboekt. De man stelt dat de vrouw daarom op grond van artikel 1:164 BW de hierdoor ontstane schade aan de gemeenschap dient te vergoeden. Aangezien het een vergoedingsplicht aan de gemeenschap betreft, komt als gevolg van artikel 1:100 lid 1 BW aan de man de helft toe (€ 42.500).

De rechtbank en het hof hebben geoordeeld dat de vrouw inderdaad bovengenoemd bedrag aan de man dient te vergoeden. De klacht die in cassatie tegen het oordeel van het hof wordt aangevoerd houdt kortgezegd in dat in de onderhavige procedure geen ruimte is voor het verzoek ex artikel 1:164 BW omdat (a) een dagvaardingsprocedure (en geen verzoekschriftprocedure) moet worden gevoerd nu artikel 1:164 lid 2 BW spreekt van een ‘rechtsvordering’ en omdat (b) dit verzoek niet voldoende samenhang vertoont met het echtscheidingsverzoek en daarom geen nevenvoorziening als bedoeld in artikel 827 lid 1 sub f Rv kan zijn.

De Hoge Raad overweegt ten aanzien van het onder (a) genoemde onderdeel het volgende (r.o. 3.2.2):

‘Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 1:164 BW blijkt niet dat de wetgever heeft beoogd met het begrip “rechtsvordering” een specifieke procedure voor te schrijven. Voorts hangt de materie waarop deze bepaling ziet, sterk samen met de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap. Het hof hoefde dan ook in het woord “rechtsvordering” geen beletsel te zien om in de onderhavige procedure te beslissen over het op art. 1:164 BW gebaseerde verzoek van de man.’

In zijn overweging ten aanzien van het onder (b) genoemde onderdeel zet de Hoge Raad eerst enige parlementaire geschiedenis ter zake van artikel 827 lid 2 sub f Rv uiteen. Daaruit volgt dat voor het in behandeling nemen van een verzoek als nevenvoorziening twee voorwaarden worden gesteld. In de eerste plaats moet de gevraagde voorziening aansluiten bij de regeling van de gevolgen van de scheiding en ten tweede moet de behandeling ervan niet een extra complicerende factor vormen in die zin dat daardoor vertraging in de procedure optreedt (r.o. 3.3.4). Alleen als aan beide voorwaarden is voldaan, kan een afzonderlijke procedure achterwege blijven. Toetsend aan artikel 1:164 BW overweegt dat Hoge Raad vervolgens dat (r.o. 3.3.5):

‘[e]en op art. 1:164 lid 1 BW gebaseerd verzoek naar zijn aard voldoende samenhang [vertoont] met het echtscheidingsverzoek. In het licht van de [aangehaalde] parlementaire geschiedenis moet worden aangenomen dat een op art. 1:164 lid 1 BW gebaseerd verzoek in een echtscheidingsgeding als een verzoek tot het treffen van een nevenvoorziening in de zin van art. 827 lid 1, aanhef en onder f, Rv behandeld kan worden, tenzij de behandeling daarvan in het concrete geval tot onnodige vertraging van het geding zal leiden. Het hof heeft vastgesteld dat van dit laatste geen sprake was. De onderdelen [...] falen derhalve.’

De Hoge Raad volgt de conclusie van A-G Rank-Berenschot en verwerpt het beroep. Het beroep van de man op artikel 1:164 BW slaagt. De vrouw dient de helft van de bedragen die zij ten laste van de gemeenschap naar haar privé-rekening heeft overgemaakt aan de man te vergoeden.

Literatuur

- E.Z. Anink, ‘Samenlevers: vergoedingsrechten en verjaring’, *REP* 2016/358.
- C.H. Baas, ‘Twee nieuwe EU-verordeningen voor internationale estate planning en scheidingen’, *FTV* 2016/36.
- W.G. Huijgen, ‘De beperkte gemeenschap van goederen na de nota’s van wijziging (wo 33987): nog steeds niet doen!’, *FTV* 2016/33.
- A.N. Labohm, ‘De personenvennootschap, de BV en het wetsvoorstel beperking gemeenschap van goederen’, *EB* 2016/74, p. 158-161.
- I.E. Leene-Hoedemaeker, ‘Aandachtspunten pensioen in eigen beheer en echtscheiding’, *REP* 2016/430.
- B.E. Reinhartz, ‘Gaaf bij samenwoners voor de verrekening van huishoudkosten en de onder bedelingsverdeling bij verdeling van de woning de wettelijke rente op hetzelfde moment lopen?’, *JBN* 2016/41.
- H.J.T. Vos, ‘Update: Wijziging van het huwelijksgoederenrecht’, *FTV* 2016/41.
- M.H. ten Wolde, ‘De Verordening huwelijksvermogensstelsels 2016. Belangrijke wijzigingen voor de echtscheidingspraktijk’, *EB* 2016/75, p. 162-168.
- M.H. ten Wolde, ‘Internationale estate planning en de Verordening Huwelijksvermogensstelsels 2016’, *FTV* 2016/32.

ERFRECHT

Mr. J.J.H. Hermeling

Wetgeving

- Verslag van een Schriftelijk Overleg (31 augustus 2016) in het kader van de 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* 2015/16, 34224, D.

De Wet bescherming erfgenamen tegen schulden (Stb. 2016, 226)

Op 1 september 2016 is de Wet bescherming erfgenamen tegen schulden in werking getreden. Doel van de wet is om erfgenamen een betere bescherming te bieden tegen

schulden van de nalatenschap. De memorie van toelichting spreekt van twee problemen die in de praktijk speelden:

1. Een erfgenaam komt niet toe aan het nemen van een weloverwogen keuze ten aanzien van het wel of niet aanvaarden van nalatenschap, doordat hij door zijn gedragingen de nalatenschap [op grond van artikel 4:192 lid 1 BW] al zuiver heeft aanvaard;
2. Een erfgenaam die weloverwogen heeft gekozen voor zuivere aanvaarding, wordt geconfronteerd met een onverwachte schuld van de overledene. Hij moet deze schuld [op grond van artikel 4:184 lid 2 sub a BW] uit zijn privévermogen voldoen als het nalatenschapssaldo hiertoe niet toereikend is. Hierdoor kan hij in de financiële problemen komen. (*Kamerstukken II* 2014/15, 34224, 3, p. 1)'

De kern van het eerste probleem is dat een erfgenaam door een gedraging gemakkelijk onbewust zuiver kan aanvaarden, waardoor schulden van de nalatenschap op zijn privévermogen kunnen worden verhaald. Zo leidde bijvoorbeeld de verplichte ontruiming van een huurwoning in een verzorgingstehuis door de erfgenamen tot een zuivere aanvaarding van de nalatenschap. Dit probleem heeft de wetgever willen oplossen door in artikel 4:192 lid 1 BW een nadere invulling te geven aan gedragingen waarbij een zuivere aanvaarding intreedt. Het vernieuwde artikel luidt als volgt:

‘4:192 lid 1 BW (nieuw)

Een erfgenaam die zich ondubbelzinnig en zonder voorbehoud als een zuiver aanvaard hebbende erfgenaam gedraagt doordat hij goederen van de nalatenschap verkoopt, bezwaart of op andere wijze aan het verhaal van schuldeisers onttrekt, aanvaardt daardoor de nalatenschap zuiver, tenzij hij zijn keuze reeds eerder heeft gedaan.’

Het cursief gedrukte deel is nieuw en geeft meer duidelijkheid over de vraag welke gedragingen leiden tot een zuivere aanvaarding. Daarbij is de nadruk gelegd op de ‘onttrekking van het verhaal aan schuldeisers’. Onduidelijk is of sprake dient te zijn van schuldeisersbenadeling, zie Kolkman in *WPNR* 2015, afl. 7121. Blijkens de memorie van toelichting zullen bijvoorbeeld de ontruiming van een huurwoning in een verzorgingstehuis waarbij de inboedel wordt opgeslagen, het betalen van een schuld ter voorkoming van een incassoprocedure, het meenemen van het familiefotoalbum of het weggeven van waardelose goederen aan de kringloop niet meer leiden tot een zuivere aanvaarding van de nalatenschap. Hierdoor zal volgens de memorie van toelichting minder snel sprake zijn van een onbewuste zuivere aanvaarding (*Kamerstukken II* 2014/15, 34224, 3, p. 9-10).

Voor de problematiek rondom onverwachte schulden heeft de wetgever artikel 4:194a BW ingevoerd waardoor een erfgenaam onder omstandigheden een onverwachte schuld niet meer met zijn privévermogen hoeft te voldoen:

‘4:194a BW

1. Een erfgenaam die na zuivere aanvaarding bekend wordt met een schuld van de nalatenschap, die hij niet kende en ook niet behoorde te kennen, wordt, indien hij binnen drie maanden na die ontdekking het verzoek daartoe doet, door de kantonrechter gemachtigd om alsnog beneficiair te aanvaarden.
2. Wanneer een erfgenaam na vereffening of verdeling van de nalatenschap bekend wordt met een schuld, die hij niet kende en ook niet behoorde te kennen, kan hij de kantonrechter binnen de in het eerste lid genoemde termijn, verzoeken om te worden ontheven van zijn verplichting de schuld uit zijn vermogen te voldoen voor zover deze niet uit hetgeen hij krachtens erfrecht uit de nalatenschap heeft verkregen, kan worden voldaan. De kantonrechter verleent deze ontheffing, tenzij de erfgenaam zich zodanig heeft gedragen dat de schuldeiser erop mocht vertrouwen dat de erfgenaam deze schuld uit zijn overige vermogen voldoet.’

Volgens de memorie van toelichting is niet snel sprake van een onverwachte schuld. De wetgever veronderstelt met het criterium 'kennen of behoren te kennen' een onderzoeksplicht waarbij erfgenamen de administratie van de erflater moeten raadplegen. Doorgaans blijken hypotheekschulden, debetsaldi van rekeningen-courant, onbetaalde facturen en belastingschulden uit de administratie, waardoor deze schulden niet als onverwacht worden aangemerkt. Ook is geen sprake van een onverwachte schuld indien de erfgenaam slechts verrast is over *de hoogte* van een schuld: *het bestaan* van de schuld moet een verrassing zijn. De memorie van toelichting noemt als voorbeeld van een onverwachte schuld een vordering uit onrechtmatige daad of wettelijke aansprakelijkheid of een legitieme vordering op een overleden (stief)ouder of partner (*Kamerstukken II* 2014/15, 34224, 3, p. 13-14).

Met de wet poogt de wetgever de zuivere aanvaarding van zijn scherpe randjes te ontdoen, zodat een betere balans ontstaat tussen erfgenamen en schuldeisers van de nalatenschap. De praktijk zal uitwijzen of erfgenamen daadwerkelijk minder snel een nalatenschap onbewust zuiver aanvaardden.

Literatuur

- P. Blokland, 'Waar blijven de beloofde SW-besluiten? (I)', *WPNR* 2016, afl. 7116, p. 622-623.
- P. Blokland, 'Waar blijven de beloofde SW-besluiten? (II, slot)', *WPNR* 2016, afl. 7117, p. 659-661.
- N. Geelhand de Merxem, 'Vlabel, de schenkingen en de Nederlandse notarissen', *WPNR* 2016, afl. 7111, p. 484-488.
- L.A.G.M. van der Geld, 'Vervanging van de executeur door de kantonrechter', *TE* 2016, afl. 3, p. 51-54.
- H.J. de Jonge, 'Beschikkingen ten behoeve van geestelijk verzorgers', *TE* 2016, afl. 4, p. 67-74.
- E.A. Jong, 'Voorschotbetalingen op loon vereffenaar', *FTV* 2016/35.
- W.D. Kolkman, 'Over etende erfgenamen en zuivere aanvaarding', *FTV* 2016/31.
- B.M.E.M. Schols, 'Vaart de notaris tuchtrechtelijk op het kompas van de verkopende executeur? In het algemeen wel, nu niet!', *TE* 2016, afl. 3, p. 42-50.

BURGERLIJK PROCESRECHT

AAK20168190

R.J.C. Flach

Wet-, regelgeving en beleid

Consultatievoorstel Wet vereenvoudiging beslagvrije voet
In de zomer van 2016 heeft de internetconsultatie plaatsgevonden van het voorstel Wet vereenvoudiging beslagvrije voet (www.internetconsultatie.nl). Sinds 14 oktober ligt een voorstel voor advies bij de Raad van State. Kern van het voorstel, aldus de concept-toelichting op de con-

sultatieversie, is een sterk vereenvoudigd model om de beslagvrije voet te berekenen. Verder hoopt het kabinet hiermee bestaande problemen te beteugelen die voortvloeien uit de samenloop van incassomaatregelen. Zo moeten beslagleggers beter op de hoogte zijn van elkaars incassoactiviteiten en wil men gaan werken met één incasseerder, een *leading debt collector* (de 'innende deurwaarder') die, tenzij anders overeengekomen, verantwoordelijk zal zijn voor de vaststelling en eventuele aanpassing van de beslagvrije voet. Een ander brandend probleem, dat van de bijzondere incassobevoegdheden (meestal in handen van overheidsorganen of verzelfstandigde bestuursorganen) laat het kabinet voorlopig liggen: onderzocht wordt hoe die instrumenten 'in de uitvoering gericht kunnen worden ingezet'.

Enkele van de voorgestelde wijzigingen zijn de volgende. (1) Voor de vaststelling van de beslagvrije voet worden vier 'leefsituaties' van belang: alleen met of zonder kinderen, samen met of zonder kinderen. Voor elk van die leefsituaties is in de wet een maximum neergelegd. Met inachtneming daarvan zal de beslagvrije voet berekend worden aan de hand van een (bepaald niet eenvoudig ogende) wettelijke formule waarin de normen neergelegd in de Participatiewet, het belastbaar inkomen over de laatste maand en de 'Awir-toeslagen' (huurtoeslag, zorgtoeslag, kindgebonden budget) een rol spelen. (2) Een forse systeemintbreuk vormt het voorstel dat het recht om op verschillende inkomstenbronnen tegelijkertijd verhaalsbeslag te leggen, vervalt. De fundamentele vrijheid van de schuldeiser om zijn verhaalsrecht op alle goederen van zijn schuldenaar uit te oefenen wordt dus ingeperkt als het gaat om verhaal op vorderingen tot periodieke betalingen waaraan de wet een beslagvrije voet verbindt. Voorgesteld wordt dat als hoofdregel slechts beslag gelegd kan worden op een inkomstenbron in de volgorde zoals opgesomd in de wet (uitkering voorop), tenzij een andere inkomstenbron wel voldoende afloscapaciteit biedt. (3) Aan de opsomming van vorderingen tot periodieke betalingen waaraan de wet een beslagvrije voet verbindt, zijn de volgende vorderingen toegevoegd: resultaat overige werkzaamheden, winst uit onderneming en de al eerder genoemde Awir-toeslagen. (4) De beslagvrije voet van een dakloze of de in het buitenland wonende schuldenaar wordt niet langer bij voorbaat op nihil gezet zoals onder het huidige recht het geval is (een verzoek aan de kantonrechter is mogelijk). Ook voor dergelijke schuldenaars is voortaan een beslagvrije voet voorhanden, zij het dat die beslagvrije voet de laagst mogelijke is met de mogelijkheid dat de deurwaarder onder bepaalde voorwaarden een hoger bedrag vaststelt. (5) Vakantietoeslag wordt voortaan als nabetaling in de zin van artikel 475b lid 3 (dus gespreid over 12 maanden) behandeld. De Hoge Raad had dat bij arrest van 31 oktober 2014 (ECLI:NL:HR:2014:3068) op een cassatie in het belang der wet beslist. (6) Een belangrijk voorstel ten slotte om te bereiken dat de beslagvrije voet in één keer op basis van de juiste informatie en zoveel mogelijk onafhankelijk van de schuldenaar correct wordt vastgesteld, is (men kon erop zitten wachten) om de onderzoeksbevoegdheden van

deurwaarders bij allerlei instanties uit te breiden. Waarom dan ook nog de mededelingsplichten van de schuldenaar aangescherpt worden (de gebrekkige naleving daarvan is een belangrijke bron van de huidige problematiek), is onduidelijk. Zullen scherpere sancties helpen?

Het wachten is nu op het indienen van een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer.

Rechtspraak

Moet een rechtsmiddel worden ingeschreven als beroep wordt ingesteld tegen een vonnis dat een veroordeling tot medewerking aan het inboeken van een verklaring verkrijging registergoed wegens verjaring reël executabel verklaart?

HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1468 (*Esconado c.s. / Kollman c.s.*) – Kollman c.s. menen eigenaar te zijn geworden van een perceel in 's-Graveland door verjaring. Dat wordt betwist door Esconado Beleggingen BV op wiens naam het perceel staat. De rechtbank stelt Kollman c.s. in het gelijk en veroordeelt Esconado om medewerking te verlenen aan de inschrijving van de door verjaring verkregen eigendom. Mocht Esconado die medewerking niet verlenen, dan treedt het vonnis in de plaats van de ontbrekende medewerking 'bij wijze van reële executie', aldus de rechtbank. Esconado stelt hoger beroep in, maar wordt daarin niet-ontvankelijk verklaard. Het gerechtshof meent dat Esconado het instellen van haar hoger beroep had moeten laten inschrijven in het rechtsmiddelenregister van artikel 433 Rv. Het hof baseert dit op het tweede lid van artikel 3:301 BW. Dat geldt echter alleen voor het instellen van een rechtsmiddel tegen een vonnis als bedoeld in het eerste lid, dus een vonnis met daarin een veroordeling tot medewerking aan de levering van een registergoed en de bepaling dat het vonnis in de plaats zal treden van een tot levering van een registergoed bestemde akte of een deel daarvan.

De vraag die in deze zaak centraal stond was of hier sprake was van zo'n leveringsaktevervangend vonnis en, zo nee, of analogische toepassing op zijn plaats was. Het gerechtshof vond van wel, de Hoge Raad van niet. Verrijking door verjaring is geen verkrijging door levering in het kader van overdracht, maar een verkrijging krachtens de wet waar geen levering voor nodig is. Wel kan een daartoe strekkende notariële verklaring worden ingeschreven o.a. als de betrokkenen instemmen (art. 37 lid 1 onder a Kadasterwet). Het vonnis van de rechtbank ziet ('klaarblijkelijk') op vervanging van een dergelijke instemmende wilsverklaring. Kan de sanctie van niet-ontvankelijkheid dan misschien analogisch op dit vonnis worden toegepast nu ook hier de rechtszekerheid in de vorm van correcte openbare registers opgeld doet? Nee, aldus de Hoge Raad (en dan komt de overweging die het arrest interessant maakt): gelet op de zware sanctie van niet-ontvankelijkheid bestaat onvoldoende aanleiding om die bepaling, die een beperkte strekking heeft, uit te breiden tot een geval dat door de wettekst niet wordt bestreken.

Deze beperkte uitleg past bij eerdere arresten zoals dat van 24 december 1999 waarin de Hoge Raad artikel 3:301 lid 2 niet toepasselijk achtte op een rechtsmiddel waarin het beroep zich op andere onderdelen dan het reël executabel verklaren richtte, bij de arresten van HR 19 november 2004 en 4 mei 2007 waarin de Hoge Raad het tweede lid niet toepasselijk achtte op het instellen van cassatieberoep tegen een appeluitspraak waarin de bepaling dat het vonnis de leveringsakte zou vervangen werd vernietigd en ten slotte bij het arrest van 21 september 2012 waar het ging om een leveringsverklaringvervangend vonnis in het kader van de overdracht van aandelen.

Of niet-uitvoerbaarheid naar buitenlands recht aan erkenning in Nederland van een buitenlands vonnis in de weg staat, hangt af van de grond voor die niet-uitvoerbaarheid

HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2838, NJ 2015/478 (*Gazprombank / Bensadon*) – Bensadon (Rotterdam) is bij in kracht van gewijsde gegaan vonnis van een rechtbank te Moskou uit hoofde van een borgtochtovereenkomst veroordeeld tot betaling van RUB 110.436.181,91 aan Gazprombank. Als de bank het vonnis in Nederland wil executeren loopt zij tegen artikel 431 lid 1 Rv aan. Dat artikel bepaalt dat zonder verdrag een buitenlands (niet-EU-)vonnis niet als executoriale titel kan gelden. Op grond van het tweede lid begint Gazprombank een procedure bij de Rechtbank Rotterdam met als eis dat Bensadon overeenkomstig het Russische vonnis zal worden veroordeeld tot hetgeen waartoe hij in dat vonnis is veroordeeld. Bensadon verweert zich stellende dat naar Russisch recht het recht om het vonnis ten uitvoer te leggen is verjaard of vervallen. Bij de rechtbank heeft dat verweer geen succes, bij het gerechtshof wel.

De Hoge Raad wijst erop dat een eiser die een 431-procedure begint, kan kiezen tussen een 'veroordeling conform' of een nieuwe eis. In het laatste geval is sprake van een hoofdzaak die geheel opnieuw ten gronde beoordeeld wordt naar Nederlands recht. Gazprombank had beide mogelijkheden gecombineerd in een primaire en subsidiaire eis. Het arrest gaat alleen over de primaire eis. Er is dan sprake van een summier artikel-431-procedure (ook wel: 'verkapte exequaturprocedure'). Summier omdat het onderzoek zich beperkt tot de vraag of naar Nederlands recht het buitenlandse vonnis kan worden erkend. Dat wil zeggen dat een nieuwe inhoudelijk behandeling achterwege blijft en dat enkel wordt bezien of het buitenlandse vonnis kan gelden als een, óók in Nederland, partijen bindende beslissing.

De Hoge Raad formuleert vier erkenningsvoorwaarden: (1) Was de bevoegdheid gebaseerd op een, naar internationale maatstaven, aanvaardbare grond? (2) Was sprake van een procedure die aan de eisen van een behoorlijke en met voldoende waarborgen omklede rechtspleging voldeed? (3) Is de erkenning niet in strijd met de Nederland openbare orde? en (4) Is de beslissing niet onverenigbaar met een tussen dezelfde partijen in Nederland gegeven beslissing, dan wel met een eerdere tussen dezelfde par-

tijen gegeven, in Nederland erkenbare, buitenlandse beslissing over hetzelfde onderwerp en op dezelfde gronden? Is aan deze vier, op de EEX-Verordening geïnspireerde, voorwaarden voldaan, dan is gebondenheid uitgangspunt en is de eis ‘veroordeling conform’ in beginsel toewijsbaar. ‘In beginsel’ omdat de toewijzing nog kan afstuiten op de grond dat de beslissing volgens het recht van het land van herkomst niet, nog niet dan wel niet meer, uitvoerbaar is.

De Hoge Raad oordeelt in navolging van het HvJ EG in de zaak *Coursier/ Fortis Bank* (NJ 2000/477) dat gekeken moet worden naar de grond voor de niet-uitvoerbaarheid. De Hoge Raad introduceert het voor het Nederlandse executierecht onbekende begrip ‘formele uitvoerbaarheid’. Daarbij moet onder andere gedacht worden aan de schorsende werking van een, in het land van oorsprong, ingesteld rechtsmiddel, de vernietiging door een hogere instantie aldaar of een veroordeling onder voorwaarde of termijn. Voor verjaring of verval van de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging naar Russisch recht geldt echter dat dat, aldus de Hoge Raad, op zichzelf het gezag van de beslissing in Nederland niet aantast en dus niet verhindert dat de eis wordt toegewezen. Daarmee was het lot van Bensadon bezegeld. Zijn bezittingen in de Russische Federatie waren veilig, maar die in Nederland niet.

De Hoge Raad eindigt met een praktische, maar in deze summier procedure minder goed passende, uitsmijter. Kan de buitenlandse beslissing niet ten uitvoer gelegd worden op grond van het feit dat hetgeen op basis van het vonnis verschuldigde al betaald of verrekend is, dan mag de verweerder dit in deze summier 431-procedure ook naar voren brengen. Het moet dan wel zo zijn dat dit verweer niet in het land van oorsprong had kunnen worden aangevoerd of dat het pas nadien is opgekomen. Hiermee introduceert de Hoge Raad een procedurevorm waarin erkenningsvraag en executiegeschil door elkaar heen lopen, net als onder de gelding van de nieuwe EEX-Verordening 1215/2012, zij het dat daarin door de afschaffing van de exequaturprocedure de nationale executiegeschilprocedure (art. 438 Rv) vergaarbak is geworden.

Literatuur

Kort wordt hier de volgende literatuur gesignaleerd:

- W. Heemskerk heeft m.m.v. J.M.L. van Duin, R.S.I. Lawant en I.C. Blomsma de bewerking van het bekende boek *Hoofddlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht* (Hugenholtz/Heemskerk) overgenomen (24e druk, Dordrecht: Convoy 2015). W.H. Heemskerk, die het boek tussen 1967 en 2012 (45 jaar lang) heeft bewerkt, is in de zomer van 2016 overleden.
- Was in *Hoofddlijnen KEI* nog slechts summier verwerkt, samen met K. Teuben en R. Wieringa heeft W. Heemskerk een aparte monografie gewijd aan een *Kort begrip van KEI*. Bijzonder nuttig is dat het boek de uitgeschreven wettekst bevat van het Eerste Boek van het WvBRv, dus met daarin de voorgestelde wijzigingen verwerkt (Dordrecht: Convoy 2016).

- KEI is inmiddels ook te vinden in de 7e druk van het in de praktijk veel geraadpleegde deel in de serie Tekst & Commentaar getiteld *Burgerlijke Rechtsvordering* dat in 2016 onder redactie van A.I.M. van Mierlo en C.J.J.C. van Nispen verscheen (7e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2016).
- Ook A.C. van Schaick heeft in zijn onlangs verschenen tweede druk van het door hem geschreven deel 2 van de serie Asser procesrecht over *Eerste Aanleg KEI* meegenomen, naast nieuwe rechtspraak en literatuur (Deventer: Wolters Kluwer 2016).
- N.A.W.E. Jansen bespreekt ‘De eigen(aardige) [en chaotisch geregelde] procesbevoegdheid van de minderjarige’ (NJB 2016/1563). Hij stelt voor om een versimpeling aan te brengen in navolging van artikel 8:21 lid 2 Awb: procesbekwaam als de minderjarige tot een redelijke waardering van zijn belangen in staat kan worden geacht.
- O.J. Boeder bespreekt de EU-Bankbeslag-Verordening die januari 2017 operationeel zal worden. Hij wijst op enkel markante verschillen zoals dat de schuldeiser digitaal zelf om een *order* kan verzoeken, de verplichte zekerheidsstelling, de beperking tot het bedrag van de vordering, de verplichting om het niet-beslagen deel zo snel mogelijk weer vrij te geven en de mogelijkheid om de rechter om rekeninginformatie te vragen als de schuldeiser over een executoriale titel beschikt. Hij vindt dat die mogelijkheid ook voor bankbeslagen naar Nederlands recht beschikbaar moet zijn en wil zelfs de stap naar saldo-informatie maken want, zo stelt hij, ‘Het Europese bankbeslag creëert [nu] rechtsongelijkheid’ (TvPP 2016, afl. 4, p. 89).
- S.E. Bartels, H.W. Heyman en V. Tweehuysen schrijven over een ‘wonderlijke discrepantie’ die volgens hen bestaat tussen het ‘Privaatrecht en strafrecht bij beschikken over vastgoed in weerwil van beslag’ (NJB 2016/1708): wat privaatrechtelijk mag volgens de rechtspraak van de Hoge Raad, zou strafbaar zijn op grond van artikel 198 WvSr.
- M. Ynzonides schreef samen met M.H. de Boer weer een heldere ‘Kroniek van het burgerlijk procesrecht’ (NJB 2016/1814) waarin ze een overzicht geven van de ontwikkelingen in 2016.
- R. van Os en M. Smit doen in een WODC Cahier verslag van *Een cijfermatige verkenning* [van de] *Civielrechtelijke appelrechtspraak* (Cahier 2016-9), Den Haag: WODC 2016 (www.wodc.nl). Er is dossieronderzoek verricht om inzicht te krijgen in bestaande situatie: wat voor soort zaken, door wie, waarom en het verloop.

PERSONEN-, FAMILIE- EN JEUGDRECHT

AAK20168192

Mr. J.H. de Graaf

Wetgeving

Na voltooiing van de grote wetgevingsoperaties op het gebied van het civiele jeugdrecht – de herziening van de maatregelen van kindbescherming (*Stb.* 2014, 130/131) en de Jeugdwet (*Stb.* 2014, 105), die beide 1 januari 2015 in

werking traden – gaat voor een belangrijk deel de aandacht in deze rubriek thans uit naar de werking van de nieuwe kinderschermingsmaatregelen. Wel kan nog kort stil worden gestaan bij de stand van zaken met betrekking tot twee wetsvoorstellen die ook in de vorige rubriek aan de orde kwamen en komt voor het eerst het recent ingediende Wetsvoorstel omgang na partnerdoding (*Kamerstukken II* 2015/16, 34518) nog aan de orde. Bij de eerder besproken wetsvoorstellen ging het om de Wet tegengaan huwelijksdwang die op 15 december 2015 in werking trad (*Stb.* 2015, 354) en het Wetsvoorstel scheiden zonder rechter (*Kamerstukken II* 2014/15, 34118). De Wet tegengaan huwelijksdwang doorliep – gezien de urgentie van het onderwerp, te weten het tegengaan van in het buitenland gesloten kinderhuwelijken – het gedachtewisselingsproces met de Tweede en Eerste Kamer in hoog tempo. Bij het tweede wetsvoorstel, Wet scheiden zonder rechter, valt al geruime tijd geen vorm van actie te bespeuren. Het wetsvoorstel is blijven steken bij de behandeling daarvan door de Tweede Kamer (*Kamerstukken II* 2014/15, 34118, 5). Het antwoord van de minister laat hier nog op zich wachten en dat is gezien de vele fundamentele bezwaren tegen het voorstel ook niet verwonderlijk.

Dat laatste geldt ook voor het recent ingediende Wetsvoorstel omgang na partnerdoding (*Kamerstukken II* 2015/16, 34518): ook daartegen werden veel fundamentele bezwaren aangevoerd. Voorgesteld wordt om in het vervolg de kinderrechter in alle gevallen primair een beslissing te laten nemen over het al dan niet hebben van contact of omgang met de ouder na partnerdoding. De Raad voor de Kinderbescherming zou daartoe onderzoek moeten doen en een verzoek moeten indienen. Aanleiding tot indiening van dit voorstel was de aankondiging van een wetsvoorstel ter zake in het Algemeen Overleg Slachtofferbeleid. Nabestaanden brachten daar naar voren dat kinderen gedwongen zouden zijn om de ouder in de gevangenis te ‘moeten zien’. Informatie over dit onderwerp werd verder ontleend aan het WODC-onderzoek *Zorg voor kinderen na partnerdoding*, dat in opdracht van het WODC en het ministerie van Veiligheid en Justitie werd verricht. Per jaar vinden gemiddeld 14 partnerdodingen plaats, waarbij ongeveer 26 kinderen hun biologische ouder verliezen. Uit het WODC-onderzoek blijkt dat er bij 92 procent van de kinderen milde of ernstige zorgen zijn. Bij 82 procent worden stressklachten gesignaleerd (*Kamerstukken II* 2015/16, 34518, 3, p. 2). De legitimatie van het voorstel wordt er dan ook in gevonden dat er rust voor het kind dient te worden gecreëerd. Daarom is het noodzakelijk, zo wordt gesteld, om de beslissing over wel of niet contact of omgang ‘in eerste instantie niet meer in handen te leggen van de gecertificeerde instelling of voogd, maar de kinderrechter te laten beoordelen of contact of omgang in het belang van het kind is’. Een beslissing van de rechter ter zake zou de relatie tussen de (gezins)voogd en het kind en zijn omgeving kunnen ontlasten. Het voorstel krijgt zijn beslag in een nieuw artikel 1:242a BW.

De bepaling dat de rechter daarbij gehouden zou zijn aan het voorschrift ‘geen omgang tenzij’ werd na fundamentele kritiek van verschillende kanten – waaronder van

de Raad van State – geschrapt. Dit staat in algemene zin op gespannen voet met het recht op *family life* van artikel 8 EVRM en artikel 9 lid 3 IVRK en gaat voorbij aan de complexe omstandigheden van het individuele geval. Zo werd er bijvoorbeeld van verschillende kanten op gewezen dat partnerdoding ook kan voorkomen van de kant van de vrouw in geval van zelfverdediging of bescherming van de kinderen bij mishandeling. De Raad van State brengt dit onder verwijzing naar het WODC-onderzoek als volgt onder woorden: ‘omgang met de dader-ouder [kon] niet per definitie als gezond of juist schadelijk worden gezien’ (*Kamerstukken II* 2015/16, 34518, 4, p. 7).

De bepaling dat niet opnieuw binnen een termijn van twee jaar een nieuw verzoek om omgang mag worden gedaan, werd ondanks de kritiek op deze termijn wel gehandhaafd. De bezwaren golden ook hier de strijdigheid met artikel 8 EVRM, waarbij in het bijzonder de zaak *Nekvedavicius / Duitsland* werd genoemd (EHRM 19 juni 2003). Het EHRM stelde in die beslissing dat een afwijzing van een verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling tussen ouder en kind tijdelijk van aard moet zijn. Daarbij ging het echter, zoals wordt gesteld, om het bestaan van serieuze conflicten tussen de ouders. Daarvan is in casu geen sprake: het gaat hier niet om een onwillige ouder die de omgang frustreert. De minister wil dan ook aan de termijn van twee jaar vasthouden. Wel wordt deze termijn nu geformuleerd in de vorm van de ontvankelijkheid van de ouder. Voor het kind geldt deze termijn niet. Deze kan te allen tijde verzoeken om omgang. Het voorstel werd op 8 juli 2016 bij de Tweede Kamer ingediend.

Jurisprudentie

Onder dit kopje is het interessant aandacht te besteden aan de werking van de nieuwe kinderschermingsmaatregelen en dan met name aan de beëindiging van het gezag op basis van artikel 1:266 BW, voorheen de onthefing/ontzetting van het gezag. In de vorige rubriek kwam het spiegelbeeld daarvan al aan de orde. Daarin werd een tweetal zaken besproken, waaruit duidelijk werd hoe werd omgegaan met de interpretatie van de nieuwe grond voor een ondertoezichtstelling als bedoeld in artikel 1:255 lid 1, onder b, BW, de beginroute van de kinderschermingsmaatregelen. In beide bepalingen gaat het om de vraag of de ouder ‘binnen een gelet op de persoon en de ontwikkeling van de minderjarige aanvaardbaar te achten termijn, de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding bedoeld in art. 1:247 lid 2 BW’ weer in staat is te dragen. Werd bij de bespreking van de twee eerdere zaken in het kader van de ondertoezichtstelling van artikel 1:255, lid onder b BW al duidelijk dat deze grond tot verschillende interpretaties aanleiding gaf, ditzelfde is ook het geval bij de beantwoording van de vraag naar de beëindiging van het gezag op basis van artikel 1:266 BW. Ook in het kader van de gezagsbeëindiging op basis van artikel 1:266 BW is te zien dat de specifieke omstandigheden van het geval bepalend zijn voor de beslissing van de rechter ter zake. Eerst volgen hier twee zaken, waar de

rechter inderdaad tot het oordeel komt dat niet is voldaan aan de gronden voor gezagsbeëindiging en daarna komen twee zaken aan bod, waar de rechter wel besluit tot gezagsbeëindiging.

De eerste zaak betreft een uitspraak van Hof Den Haag. In een uitspraak van 17 augustus 2016 (ECLI:NL:GHDHA:2016:2418) is de beëindiging van het gezag van de moeder over de minderjarige in geschil. De moeder stelt dat de rechtbank het inleidend verzoekschrift ten onrechte alleen heeft getoetst aan artikel 1:266 BW en niet aan artikel 8 EVRM, noch aan artikel 3 IVRK. Maatregelen die strekken tot beëindiging van het gezag kunnen alleen worden gemotiveerd door een dwingende eis met betrekking tot het belang van het kind, zo voert de moeder onder verwijzing naar rechtspraak op basis van artikel 8 EVRM aan. De moeder stelt vervolgens dat niet is voldaan aan het wettelijk criterium voor gezagsbeëindiging. Zij voert aan dat de uitleg die de rechtbank aan artikel 1:266 BW geeft te beperkt is en stelt dat het feit dat de minderjarige al enige jaren uit huis is geplaatst niet betekent dat de moeder niet in staat is om de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding voor de minderjarige te dragen. Zij acht zichzelf in staat om in overleg met het gezinshuis, waar de minderjarige verblijft, en de begeleiders van de minderjarige bij te dragen aan de belangrijke beslissingen, die de komende jaren over de minderjarige moeten worden genomen. Naar de mening van de moeder kan de minderjarige in dat geval ook op vrijwillige basis uit huis geplaatst worden, zodat een jaarlijkse verlenging van de ondertoezichtstelling en de machtiging uithuisplaatsing niet noodzakelijk zijn.

Het hof is hier – anders dan de rechtbank – van oordeel dat in de onderhavige zaak niet is voldaan aan de vereisten, die artikel 1:266 BW en het EVRM stellen aan een gezagsbeëindiging. Naar het oordeel van het hof brengt de gezagsbeëindiging in de onderhavige zaak niet de gewenste duidelijkheid omtrent het toekomstperspectief van de minderjarige. Zij kan slechts bij de gezinshuisouders blijven tot deze haar niet meer kunnen helpen. Het hof is verder van oordeel dat de moeder met haar meewerkende, ondersteunende houding ten opzichte van de gezinshuisplaatsing en de overige hulpverlening de afgelopen jaren op juiste wijze haar verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding van de minderjarige, zoals bedoeld in artikel 1:247 lid 2 BW, heeft gedragen. Zolang de moeder de plaatsing in het gezinshuis ondubbelzinnig blijft steunen en ook aan de overige hulpverlening meewerkt, is naar het oordeel van het hof dan ook niet voldaan aan het vereiste van artikel 1:266 BW en levert gezag beëindiging een schending op van artikel 8 EVRM. Het hof vernietigt de bestreden beschikking en wijst het inleidend verzoek tot beëindiging van het gezag van de moeder alsnog af.

De tweede zaak is van Rechtbank Overijssel (18 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3229). In deze zaak verzoekt de Raad voor de Kinderbescherming de rechtbank het ouderlijk gezag van de ouders over de minderjarige te beëindigen. De ouders verzoeken de rechtbank het door de Raad verzochte af te wijzen. Zij stellen dat zij ervoor ge-

kozen hebben om C vrijwillig te plaatsen op de X vanwege zijn geestelijke beperking. Zij accepteren het verblijf van C op de X en trekken niet aan hem.

De rechtbank overweegt als volgt. Alle betrokken partijen stemmen in met de voortzetting van de huidige plaatsing van C. Ter zitting is gebleken dat de ouders dit wel degelijk accepteren en dat zij dit, evenals de begeleiders, en bij herhaling ook tegen C zeggen. De vraag rijst dan vervolgens of er enige discretionaire bevoegdheid aan de rechter toekomt om geen gezagsbeëindigende maatregel uit te spreken, als aan de voorwaarden van artikel 1:266 lid 1 BW is voldaan. Deze vraag is verschillende malen door de rechtbanken en hoven besproken en verschillende malen ook in positieve zin beantwoord, zo stelt de rechtbank onder verwijzing naar een aantal uitspraken vast (zie onder meer ECLI:NL:RBOVE:2015:2652 en ECLI:NL:GHDHA:2016:369).

De rechtbank overweegt onder verwijzing naar de memorie van toelichting bij het nieuwe artikel 1:266 BW nog in het bijzonder dat de wetgever bij de afweging of een gezagsbeëindigende maatregel is aangewezen, met name aan de situatie refereert waarbij een minderjarige in een pleeggezin is geplaatst. Dat is in het onderhavige geval echter niet aan de orde: C woont al meer dan drie jaar in de X, een zorgcentrum. Een dergelijke plaatsing is wezenlijk anders dan de plaatsing in een pleeggezin, wat de wetgever voor ogen had met het nieuwe artikel 1:266 BW. Bij de vraag naar de discretionaire bevoegdheid dienen, zo vervolgt de rechtbank, ook de toepasselijke internationale verdragen te worden betrokken: artikel 8 EVRM en artikel 3, 7, 9 en 18 IVRK. In het licht van die bepalingen heeft naar het oordeel van de rechtbank te gelden dat een gezagsbeëindigende maatregel slechts dient te worden uitgesproken als deze noodzakelijk en proportioneel is. En dat is de maatregel in het onderhavige geval niet. De ouders geven immers hun toestemming voor alle noodzakelijke maatregelen die dienen te worden genomen. Het beoogde doel kan derhalve tevens door een minder vergaande maatregel worden bereikt. De rechtbank wijst het verzoek van de Raad tot beëindiging van het gezag van de ouders dan ook af.

In de volgende zaak van Hof Arnhem-Leeuwarden van 14 juni 2016 (ECLI:NL:GHARL:2016:4933) komt de rechter juist wel tot het oordeel dat het gezag diende te worden beëindigd. In die zaak ging het om een meisje dat inmiddels al ruim vier en een half jaar bij de pleegouders verblijft en aan hen gehecht is. Dit hechtingsproces dient niet te worden onderbroken, aldus het hof. Duidelijk is – zo wordt gesteld – dat het hier om een kwetsbaar meisje gaat dat al veel heeft meegemaakt en nu gebaat is bij continuïteit van de haar geboden hulp en continuïteit van haar woon- en opvoedsituatie. Bijzonder in deze zaak is dat het hof oordeelt dat de algemene opvoedingsvaardigheden van de moeder niet ter discussie staan. Minderjarige 2 is immers niet uit huis geplaatst. De moeder wil graag erkenning dat zij een goede moeder is. Daar gaat het hof echter aan voorbij. De continuïteit van haar opvoedsituatie en een ongestoord hechtingsproces dient te prevaleren boven

het emotionele belang van de moeder om het gezag over haar te behouden. Het hof bekrachtigt hier de beschikking van de rechtbank.

Ook in een andere zaak van Hof Arnhem-Leeuwarden van 21 juni 2016 (ECLI:NL:GHARL:2016:5119) werd de beschikking van de rechtbank tot gezagsbeëindiging door het hof bekrachtigd. Daar is het hof met de rechtbank van oordeel dat de voor de minderjarige aanvaardbare termijn, waarbinnen de ouders weer in staat moeten worden geacht om de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding te dragen is verstreken. Het is in haar belang en in het belang van alle betrokkenen dat thans duidelijkheid wordt verkregen over het opvoedingsperspectief van de minderjarige. Naar het oordeel van het hof is het dan ook in het belang van de minderjarige de stabiliteit en continuïteit in haar opvoedingssituatie te waarborgen door het gezag van de ouders te beëindigen. Aan de vraag wat de aanvaardbare termijn bepaalt wijdt het hof de volgende formulering. Bij het antwoord op de vraag in welk gezin het kind verder zal opgroeien, 'is ijkpunt de periode die het kind kan overbruggen zonder verdergaand ernstige schade op te lopen voor zijn ontwikkeling. De toepassing van dit uitgangspunt vereist maatwerk; precieze termijnen zijn niet te geven'.

BOUWRECHT

AAK20168195

Mr. N. van Wijk-van Gilst

Wet- en regelgeving

- Crisis- en herstelwet, *Kamerstukken II* 2015/16, 32127, 217, 218 en 219, Brief minister ontwerpbesluit tot wijziging van besluit uitvoering Crisis- en herstelwet en verslag schriftelijk overleg.
- Wet kwaliteitsborging voor het bouwen, *Kamerstukken II* 2015/16, 34435, 5, 6 en 7, verslag inzake wijziging Woningwet, Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en het Burgerlijk Wetboek in verband met invoering van en nieuw stelsel van kwaliteitsborging voor het bouwen en de positie van de bouwconsument. Nota naar aanleiding van het verslag. Brief met betrekking tot de internetconsultatie.
- Aanbestedingswet 2012, *Kamerstukken II* 2015/16, 32440, 92 en *Stb.* 2016, 241, verslag schriftelijk overleg over het ontwerpbesluit tot wijziging van het Aanbestedingsbesluit in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen. Wet van 22 juni 2016 tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen.
- Omgevingswet, *Kamerstukken II en I* 2015/16, 33118, 31, 32 en C, brief waarbij de minister de vier ontwerpbesluiten die zijn gebaseerd op de Omgevingswet aanbiedt aan de Tweede en Eerste Kamer. Brief aanbieding ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit omgevingsrecht.

Jurisprudentie

Raad van Arbitrage voor de Bouw, 23 februari 2016, No. 72.006 (Toepasselijkheid algemene voorwaarden en vervalbeding), TBR 2016/123, met gastnoot S. van Gulijk
Dit betreft een geschil tussen een opdrachtgever en een constructeur over aan de constructeur opgedragen constructiewerkzaamheden. De constructeur ontdekt pas tijdens de aanneemwerkzaamheden dat het door hem gemaakte palenplan niet voldoet. Het hele palenplan en de constructieberekening moeten worden overgedaan. Opdrachtgever vordert in eerste aanleg betaling van een schadevergoeding door de constructeur. Arbiters hebben die vordering afgewezen, onder meer omdat de in de algemene voorwaarden opgenomen vervaltermijn (art. 16 lid 11 RVOI 2001) was verstreken. Opdrachtgever kan zich daarmee niet verenigen en voert aan dat de constructeur heeft erkend dat zij fouten heeft gemaakt en dat zij voor die fouten aansprakelijk is, althans de verwachting heeft gewekt dat aansprakelijkheid werd aanvaard en er via de verzekeraar een schadevergoeding aan opdrachtgever zou worden betaald. Vraag is onder welke omstandigheden een beroep op een contractueel vervalbeding faalt. Arbiters oordelen dat dit slechts bij hoge uitzondering het geval is en dat opdrachtgever in dit geval onvoldoende gesteld heeft.

Literatuur

- M.A.B. Chao-Duivis & A.Z.R. Koning, *Praktische toelichting op de UAV-GC 2005*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2016.
- Sanne Jansen, *Prijzvermindering. Remedie tot bijsturing van contracten*, Antwerpen: Intersentia 2016.
- R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2016.
- Stibbe (Sectie bestuursrecht), *Parlementaire Geschiedenis Omgevingswet*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2016.
- F.A.M. Hobma & P. Jong, *Planning and Development Law in the Netherlands. An Introduction*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2016.
- H.W. de Vos, 'De stand van de stelselherziening: van wetsvoorstel naar Omgevingswet', *TvO* 2016, afl. 3, p. 62.
- E.M. Bruggeman, 'De privaatrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel Kwaliteitsborging voor het Bouwen (deel 2 en 3)', *TBR* 2016/92 en 110.
- H.C.W.M. Moesker, 'Geschilbeslechting bij kwaliteitsborging voor het bouwen. Een verkennend tweeluik. Het publiekrechtelijk kader', *TBR* 2016/93.
- M.A.B. Chao-Duivis, 'Geschilbeslechting bij kwaliteitsborging voor het bouwen. Een verkennend tweeluik. Het privaatrechtelijk kader', *TBR* 2016/94.
- A. Outhuijse, 'De introductie van private partijen in het bouwtoezicht. Waar moeten we om denken?', *TvO* 2016, afl. 3, p. 79.

- D. Korsse, ‘Het subsidiariteitsvereiste in de Omgevingswet’, *Gst.* 2016/62.
- E.E. Zeelenberg & T.T.A. Oudenhoven, ‘Bestuurlijk aanbesteden: mag het nu wel of niet onder de gewijzigde aanbestedingsregelgeving?’, *Gst.* 2016/62.
- M.M. Fimerius, ‘De eigen toetsingsmaatstaven van de Commissie van Aanbestedingsexperts’, *TA* 2016/31.
- S.A.D. van Garsse, ‘Het begrip concessie-opdracht in de gewijzigde Aanbestedingswet’, *TA* 2016/33.
- H.E. Woldendorp, ‘Een brug te veel?’, *BR* 2016/44.
- E. Alders, ‘Ook de slak en de schildpad bereikten de Ark van Noach – de aanvullingswetten Bodem en Geluid Omgevingswet’, *BR* 2016/45.
- W.J.E. van der Werf, ‘Onteigenen met de omgevingswet’, *TvAR* 2016, afl. 6.
- John Papworth, ‘Avoidance of disputes through the use of FIDIC DABs and DRAs’, *Construction Law Review* 2016/32.
- N.S.J. Koeman, ‘Het Omgevingsplan in de nieuwe Omgevingswet’, *TvO* 2016, afl. 4, p. 97.
- F.A.G. Groothuijse, ‘Omgevingswaarden: waardevol?’, *TvO* 2016, afl. 4, p. 104.
- S. van Gulijk & L.H. Muller, ‘Een gebouw van contracten: de contractengroep als juridisch kader voor bouwprocessen’, *MvV* 2016, afl. 6, p. 174.
- O.J.D.M.L. Jansen, ‘Appels en peren. Bestrafen en handhaving in de Omgevingswet’, *VGR* 2016, afl. 3, p. 65.
- F.A.G. Groothuijse, S. Hillegers, D. Korsse, T.E.P.A. Lam, A.G.A. Nijmeijer & B.J. Schueler, ‘Omgevingsplan: overgangsrecht, gebodsbepalingen en het verschuiven van onderzoeksplichten’, *TBR* 2016/111.
- R. Kegge, ‘Interbestuurlijk toezicht in de Omgevingswet’, *TBR* 2016/112.
- W.M. Ritsema van Eck, ‘Implementatie Aanbestedingsrichtlijnen 3.0: te laat maar en goede zaak’, *NtEr* 2016, afl. 5, p. 175.
- A.G.A. Nijmeijer, ‘Een nieuwe opzet voor de omgevingsvergunning voor bouwen in de Omgevingswet? Eenvoudiger gezegd dan gedaan’, *BR* 2016/56.
- V.M.Y. van ‘t Lam & J.R. van Angeren, ‘Milieubelastende activiteiten in de Omgevingswet. Een eerste verkenning op basis van de consultatieversies van de vier amvb’s’, *TBR* 2016/132.
- E. Verweij, I.A.F. Hendriksen & E.M. van Dam, ‘Kroniek van het Europese Aanbestedingsrecht’, *TBR* 2016/133.

CONSUMENTENRECHT

AAK20168196

Ewoud Hondius

1 De ontwikkeling van een Europees (consumenten)privaatrecht

KwartaalSignaal kent – althans kende in het verleden – de rubriek Europees privaatrecht. Daarnaast krijgt de ontwikkeling van een Europees privaatrecht ook in het onderdeel Consumentenrecht van KwartaalSignaal de

aandacht. Voor de trouwe lezers zijn acroniemen als PECL, UPICC, DCFR, GEKR en CESL inmiddels vertrouwde kost. Het lag voor de hand dat aan deze ontwikkeling een dissertatie zou worden gewijd. Met het proefschrift van Esther van Schagen, getiteld *The development of European private law in a multilevel legal order*, is dat thans het geval. De auteur promoveerde er drie jaar geleden op in Tilburg, maar eerst onlangs verscheen het boek in druk. Hoewel het begrip ‘consument’ niet in de titel voorkomt, hoort het boek wel in deze rubriek thuis. De auteur gaat namelijk in het bijzonder in op de vraag hoe de totstandkoming van de regulering van algemene voorwaarden is verlopen. Hoewel de wettelijke regeling in ons land sterk op die van Duitsland lijkt, is het wetgevingsproces in Duitsland in haar ogen zorgvuldiger in zijn werk gegaan. De Duitse jurisprudentie is op dit punt ook consistentere dan die van ons land.

Van Schagen plaatst het thema in de context van *multilevel governance*, het onderzoeksthema van de Rijksuniversiteit Groningen, waaraan zij – net als aan de universiteit van Oxford – verbonden is. *Multilevel governance* ziet op de fragmentatie van het staatsgezag door het ontstaan van nieuwe actoren boven (EU), onder (federalisering) en naast (zelfregulering) de Staat. (Esther van Schagen, *The development of European private law in a multilevel legal order* (diss. Tilburg 2013), Cambridge: Intersentia 2016, 659 p.)

2 Europese bom onder bindend advies

Is een bindend advies bindend? Het lijkt – mits men er maar geen executoriale titel van verwacht – vanzelfsprekend. Net zoals te zeggen dat een overeenkomst verplicht tot datgene wat overeengekomen is. Maar mogelijk geldt dit niet lang meer. In het BW-krant jaarboek van dit jaar schrijven Marte Knigge en Eline Verhage over de impact van de Europese ADR-richtlijn op artikel 7:904 lid 1 BW. Zij zien die als een tijdbom onder de bindendheid van bindende adviezen. Drie mogelijkheden zijn er om hier iets aan te doen, twee op nationaal en één op Europees vlak. Op nationaal niveau valt te denken aan toevoeging van een additionele informatieplicht in artikel 18 Implementatiewet en de mogelijkheid voor bindend adviseurs om prejudiciële vragen voor te leggen aan de Hoge Raad. Op Europees niveau stellen zij oprichting van een comité voor het monitoren van een selectie van ADR-zaken voor. (Marte Knigge, Eline Verhage, ‘The impact of the ADR directive on article 7:904 par. 1 DCC explored’, in: C.G. Breedveld-de Voogd et al. (red.), *Core concepts in the Dutch Civil Code / Continuously in motion* (BW-krant jaarboek), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 61-87.)

3 Geplande veroudering

Op 23 april 2015 deed het Oostenrijkse Oberste Gericht uitspraak in een zaak over inbouw van een nieuwe motor in een motorvoertuig. Nog geen twee jaar na de inbouw – het motorvoertuig heeft dan 65.000 km afgelegd – begeeft

de motor het. Volgens het Oberste Gericht is gedaagde hiervoor aansprakelijk, nu ‘im Rechtsverkehr allgemein erwartet wird (...), das ein fabriksneuer Kraftfahrzeugmotor, der nicht in exzessiver Weise beansprucht wird, mehr als zwei Jahre funktionstüchtig bleibt’. In een handzame brochure besteedt de Oostenrijkse emeritus Helmut Koziol aandacht aan deze en andere gevallen van – soms bewust ingebouwde – veroudering van consumenten-goederen.

Een van de vragen die Koziol opwerpt, betreft de *after-sales service*. In hoeverre zijn verkopers en producenten gehouden reserveonderdelen in voorraad te houden nadat een product uit de handel is genomen? Volgens Koziol bestaat hiertoe geen gehoudenheid, maar wel is er een verplichting om de consument *voorlichting* te geven over de al dan niet beschikbaarheid van reserveonderdelen. (Helmut Koziol, *Obsoleszenzen im österreichischen Recht / Geltendes Recht, Schutzlücken und Reformbedarf*, Wenen: Sramek 2016, 137 p.)

4 Consumentenrecht uit het zuiden I

Een van de moeilijkheden waar men bij het onderzoek in het consumentenrecht voor staat, is dat er zoveel nieuwe ontwikkelingen plaatsvinden. Hoe dit allemaal bij te houden? Hopelijk dragen kronieken als deze eraan bij om de kennis op peil te houden, maar om echt soelaas te bieden zou de beschikbare ruimte daartoe een vertienvoudiging behoeven. De redactie van KwartaalSignaal kan gerust zijn. Een vertienvoudiging van de mij toegewezen ruimte zal ik niet bepleiten. Die is ook niet nodig. De Belgen zijn ons voor geweest. In het laatste nummer van het Tijdschrift voor Privaatrecht van afgelopen jaar – eerst dit jaar verschenen – staat een doorwrochte rechtspraak-kroniek inzake consumentenrecht en marktpraktijken van ruim *zeshonderd* pagina’s. Ja, maar die gaat toch over Belgisch recht, hoor ik de lezer roepen. Ten onrechte: consumentenrecht is voor 90% Europees en dat betekent dat ook van het Belgische rechtspraakoverzicht 90% voor ons rechtstreeks relevant is – en dankzij de Nederlandse taal ook nog eens gemakkelijk te vatten. Het is ook niet nodig om elk kwartaal, of zelfs maar elk jaar, een kroniek als deze door te nemen. De TPR-kronieken plegen maar eens in de paar jaar uit te komen en dat geldt ook voor die over consumentenrecht en handelspraktijken.

Waar handelt dit overzicht over? De materie is aan de hand van de systematiek van de Belgische wetgeving – die wel afwijkt van de onze – in vijf hoofddelen ondergebracht: consumentenbescherming en marktpraktijken, financieel recht, onveilige en gebrekkige producten, minnelijke invordering van schulden van de consument en bescherming van de reiziger. Het eerste deel is nader verdeeld in kernbegrippen (wie is consument?), informatieverplichtingen, reclame, prijzen (voor ons minder interessant), overeenkomsten (ambtshalve onderzoek naar oneerlijke bedingen, stilzwijgende verlenging, bestelbonnen, herroeping, overeenkomsten buiten de verkooppunten, openbare verkoop). Het tweede deel heeft betrekking op

‘leuren’ voor kredietovereenkomsten, de band met de gefinancierde overeenkomst en betaaldiensten. Onder het derde deel valt behalve de productenaansprakelijkheid ook de consumentenkoop. Het onderdeel over reizigersbescherming ten slotte ziet op pakketreizen, *timeshare*, instapweigering en personenvervoer over het spoor. In het volgende nummer vijf noem ik bij wege van voorbeeld één specifieke ontwikkeling in het Belgische consumentenrecht. (R. Steennot, G. Straetmans, E. Terryn, B. Keirsbilck & B. Wyseur, ‘Overzicht van rechtspraak: consumentenbescherming (2008-2014) en marktpraktijken (2011-2014)’, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2015, afl. 3-4, p. 1311-1923.)

5 Consumentenrecht uit het zuiden II

Een voorbeeld van een ontwikkeling die wordt gesignaleerd in het TPR-overzicht is het volgende. Een consument ondertekent de aanvraag tot activatie van Scarlet Phone. De aanvraag bevat de clausule ‘ik verklaar kennis te hebben genomen van de tarieven en de algemene voorwaarden van Scarlet en deze te aanvaarden’. De vrederechter te Grâce-Hollogne is van oordeel dat dit niet impliceert dat de consument gebonden is door deze voorwaarden. De annotator is het hier alleen mee eens in de mate waarin uit de feiten blijkt dat de consument niet daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om kennis te nemen van de algemene voorwaarden, voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst. Het is aan de consument die een dergelijke verklaring heeft ondertekend om aan te tonen dat er geen daadwerkelijke mogelijkheid tot kennisname aanwezig was. (*Tijdschrift voor Privaatrecht* 2015, afl. 3-4, p. 1587.)

6 Rijklaar maken van auto mag niet meer afzonderlijk in rekening worden gebracht

We hebben het in de krant kunnen lezen. Kosten voor het rijklaar maken van een nieuwe personenauto mogen binnenkort niet meer afzonderlijk in rekening worden gebracht. Die bedragen kunnen oplopen tot € 1.500. Daarvoor krijgt men dan het transport van fabriek naar dealer, de kentekenplaten, een reinigingsbeurt, recyclingbijdrage en een volle tank. Maar volgens Chris Fonteijn, bestuursvoorzitter van de Autoriteit Consument & Markt (ACM), moet je voor de prijs in de advertentie de showroom uit kunnen rijden. De ACM heeft dat per 1 november jl. daarom verplicht voorgeschreven. Importeurs kunnen nu een last onder dwangsom of een flinke boete krijgen als de onvermijdbare kosten niet in de adviesprijs zitten. De ACM had zich ook nog kunnen beroepen op Richtlijn 98/6/EG van 16 februari 1998 inzake prijsaanduiding – zie *Citroën Commerce GmbH c. Zentralvereinigung des Kraftfahrzeuggewerbes zur Aufrechterhaltung lauterer Wettbewerbs eV* van 7 juli 2016, C/476-14. (‘ACM draagt autobranche op onvermijdbare kosten in prijs op te nemen’, ACM 10 augustus 2016, www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/16134/ACM-draagt-autobranche-op-onvermijdbare-kosten-in-prijs-op-te-nemen/.)

7 Roaming

Krijgt naast de automobiel ook de mobiele telefoon vrij baan? Per 15 juni 2017 hoeft de consument geen extra kosten meer te betalen voor het gebruik van zijn mobiel in andere EU-lidstaten. Maar let op: op de regel gelden twee uitzonderingen. In de eerste plaats mag het belgedrag van de consument een nog vast te stellen grens niet overstijgen. In de tweede plaats kan de aanbieder bij de consument een toeslag in rekening brengen teneinde de dienstverlening kostendekkend te maken. (Verordening (EU) 2015/2120.)

8 Bescherming persoonsgegevens te licht bevonden

De Oostenrijkse student Max Schrems weet via het Ierse High Court prejudiciële vragen aan het Europese Hof voor te leggen over bescherming van persoonsgegevens. Die bescherming deugt volgens hem niet: het beschermingsniveau is strijdig met het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Het Hof is het daarmee eens. Volgens annotator Nico van Eijk is dit van groot belang, omdat de EU nu over een eigen normatief kader beschikt. De uitspraak van het Hof is voorts van gewicht omdat de onafhankelijk toezichthouder – bij ons de Autoriteit Persoonsgegevens – verplicht is om de bescherming van de nationale consument te waarborgen. (Hof van Justitie 6 oktober 2015, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, *TvC* 2016, p. 189, m.nt. N.A.N.M. van Eijk.)

9 Botsing met vogels bijzondere omstandigheid?

Een vliegtuig van German Wings komt in de lucht in botsing met vogels. De aansluitende vlucht met dit toestel loopt daardoor forse vertraging op. Hebben passagiers op de aansluitende vlucht recht op vergoeding ingevolge Verordening (EG) 261/2004 van 11 februari 2004 inzake instapweigering en annulering of langdurige vertraging? Bij het Amtsgericht Köln stelt German Wings dat het geplande vliegtuig niet kon worden ingezet en dat zij naar redelijkheid geen andere maatregelen had kunnen nemen om de vertraging te voorkomen. Of de compensatievordering van verzoekers slaagt hangt volgens de rechter af van de vraag of de vogelaanvaring een 'buitengewone omstandigheid' is in de zin van de verordening en of verweerster zich daarop kan beroepen. Volgens rechtspraak van het Europese Hof valt een technisch probleem dat vluchtannulering tot gevolg heeft niet altijd onder het begrip 'buitengewone omstandigheden'. Volgens rechtspraak van het Bundesgerichtshof (BGH) is een botsing met vogels een van buiten komende gebeurtenis waarop de luchtvaartmaatschappij geen invloed kan uitoefenen. Deze rechtspraak is niet onomstreden omdat botsing met vogels een voorval is dat deel uitmaakt van normale uitoefening van luchtvaartactiviteiten. Het BGH acht het niet van belang of het gaat om de vlucht zelf of om de voorafgaande vlucht van het toestel dat de geplande vlucht moet uitvoeren. Maar ook hierover is de Duitse rechtspraak verdeeld.

Het BGH legt dan ook de volgende vragen aan het Europese Hof voor: 1. Is een door een botsing in de lucht tussen het vliegtuig en vogels veroorzaakte technische storing aan het vliegtuig, een buitengewone omstandigheid in de zin van artikel 5, lid 3, van de Verordening?, 2. Moet artikel 5, lid 3, van de Verordening aldus worden uitgelegd dat de uitvoerende luchtvaartmaatschappij zich tevens kan beroepen op buitengewone omstandigheden, die niet zijn opgetreden tijdens de vlucht die door de luchtreiziger is geboekt, maar op een direct daaraan voorafgaande vlucht met het vliegtuig dat in het kader van een rotatievlucht voor de geboekte vlucht was gepland? Zie hierover reeds de conclusie van de A-G Bot in *Pešková en Peška c. Travel Service AS*, C-315/15.

10 Wie is consument?

Afgelopen jaar heeft het Europese Hof bij diverse gelegenheden de mogelijkheid aangegrepen om een nadere afbakening van het begrip 'consument' te geven (C-537/13, C-348/14, C-110/14, C-74/15). In *TvC* analyseert Martien Schaub deze jurisprudentie. De auteur stelt voorop dat de meeste regels van consumentenrecht in Europese richtlijnen zijn neergelegd. Daaraan moet een autonome uitleg worden gegeven, die losstaat van de betekenis naar nationaal recht. Ook is het geen gegeven dat hetzelfde begrip in verschillende richtlijnen dezelfde uitleg moet krijgen. Niettemin ligt het volgens Schaub wel voor de hand dit te doen. Met het oog op de consistentie en de rechtszekerheid verdient het de voorkeur ook het nationale begrip 'consument' op Europese wijze uit te leggen. Uitgangspunt dient haars inziens te zijn dat natuurlijke personen privé handelen zolang niet blijkt van zakelijke doelen. (M. Schaub, 'Wie is consument?', *TvC* 2016, afl. 5.)

11 Op je tachtigste de trein uitgezet

Het overkomt de lezer vast wel eens: bij kennisneming van een van de in deze kroniek besproken incidenten, komt de gedachte op: dit had ook mij kunnen overkomen. Een casus waarin dat mogelijk aan de orde is, betreft een voorval dat zich op 14 augustus 2016 voerde te Den Dolder. Een – tachtigjarige – vrouw kon de NS-conducteur geen geldig vervoerbewijs laten zien. Zij stelde dat zij meende bij het inchecken een dagretour te hebben afgevinkt. De conducteur beschuldigde haar van poging tot oplichting en zette de vrouw de trein uit. Moest ze maar verder lopen naar Amersfoort, haar woonplaats? Ik leg dat traject wel eens – vrijwillig – te voet af, maar dat kost mij toch gauw een uur of twee. Wie schrijft er een scriptie over de vraag of hier aan het proportionaliteitsvereiste is voldaan? (*De Volkskrant* 15 augustus 2016.)

12 De geschiedenis van het consumeren

Eind zeventiende eeuw woonde in Lisse de weduwe Anna Nannige Beverwijk, die liefst 61 tafelkleden bezat. In Alphen aan den Rijn had de hereboer Cornelis Pieterse

de Lange ten tijde van zijn overlijden 69 zilveren knopen. Het tijdvak van de consumptiemaatschappij was geboren. Juristen zien als beginpunt van de hedendaagse consumentenbescherming de *special message* van president Kennedy van 15 maart 1962. Voor historici ligt dat tijdstip eerder. In een breed geschilderde geschiedenis van de consumptiemaatschappij geeft de Duitser Frank Trentmann, verbonden aan de Universiteit van Londen, een fascinerend beeld van deze ontwikkeling. Deze wordt ook wel aangeduid als het ‘consumentisme’, een volgens Trentmann slecht gekozen naam omdat er enig *dedain* in doorklinkt in de eerste plaats voor ‘a social and moral failure: people want constantly more than they really need, egged on by brands, advertisers and corporations and by their own desire to show off and emulate their supervisors. The second sees “consumerism” as part of a larger obsession with economic growth that triumphed after the Second World War’.

De geschiedenis heeft ons volgens de auteur veel te leren. Niet dat er een algehele verandering is van een cultuur gebaseerd op particuliere eigendom van roerende zaken naar een dienstenmaatschappij: ‘it wrongly assumes that consuming in the past was rock solid. (...) The internet has added a new lawyer, not created a revolutionary break’. En de deeleconomie dan? Ook die brengt niet een algehele ommekeer: ‘So far, the sharing economy has been limited to very specific sectors, especially car travel and accommodation, while leasing mainly takes place between businesses’. Wat Trentmann wel bepleit is dat consumenten zich als burger gaan gedragen en hun verantwoordelijkheid nemen voor het bestrijden van de afvaleconomie. (Frank Trentmann, *Empire of things: how we became a world of consumers, from the fifteenth century to the twenty-first*, New York: Harper 2016, 862 p.)

GEZONDHEIDSRECHT

AAK20168199

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

Wetgeving

Kamerstukken

In antwoord op vragen van de Eerste Kamerleden Van Dijk en Kuiper heeft de minister van V&J op 25 april 2016 laten weten achter de beslissing van het OM te staan om een arts die in 2011 euthanasie had toegepast bij een patiënt met de ziekte van Huntington, niet te vervolgen. De arts had zich daarbij gebaseerd op een schriftelijke wilsverklaring uit 2005. De Regionale Toetsingscommissie Euthanasie (RTE) had de euthanasie als onzorgvuldig beoordeeld. ‘Ondanks dat het oordeel van de toetsingscommissie zwaar weegt, maakt het OM een zelfstandige afweging of daadwerkelijk tot vervolging zal worden overgegaan’, aldus de minister (*Aanhangsel Handelingen I* 2015/16, 10). Overigens is het OM sinds de inwerkingtreding van de Euthanasiewet na een oordeel ‘onzorgvuldig’

van de RTE nog nooit tot vervolging overgegaan. Zie over het vervolgingsbeleid bij euthanasiezaken ook het antwoord van de minister van 15 augustus 2016 op vragen van dezelfde leden van de Eerste Kamer (*Aanhangsel Handelingen I* 2015/16, 10).

Het is de bedoeling dat het sectorspecifieke markttoezicht van de NZa wordt overgeheveld naar de Autoriteit Consument en Markt (ACM). De ACM wordt dan verantwoordelijk voor zowel de zorgspecifieke fusietoets als het reguliere concentratietoezicht op grond van de Mededingingswet. Daarmee wil de minister van VWS bereiken dat één toezichthouder verantwoordelijk is voor het markt- en het mededingingstoezicht op samenwerking, fusies en machtsposities. Op 7 juli 2016 heeft de minister hierover een brief, met een beleidskader voor de ACM, naar de Kamer gestuurd (*Kamerstukken II* 29689 en 31765, 757).

Op 7 juli 2016 verscheen ook de tweede nota van wijziging bij het Wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg (*Kamerstukken II* 32399, 23-26). Deze nota bevat een aantal belangrijke aanpassingen, niet alleen van dit wetsvoorstel, maar ook van het Wetsvoorstel zorg en dwang en het Wetsvoorstel forensische zorg (die allebei bij de Eerste Kamer liggen). Zo wordt de officier van justitie weer degene die de rechter om een machtiging verzoekt. In feite wordt hiermee teruggekeerd naar de – veel bekritiseerde – situatie onder de Wet Bopz. Ook wil het kabinet dat personen ‘bij wie met voldoende mate van aannemelijkheid kan worden aangenomen dat zij aan een psychische stoornis lijden’ en bij wie ‘het ernstige vermoeden bestaat dat zij als gevolg van die stoornis ernstig nadeel doen veroorzaken’, voor drie dagen gedwongen kunnen worden opgenomen (een maatregel die (te?) veel lijkt op de vroegere, door de Hoge Raad afgeschoten observatiemachtiging). In de nota is ook een aantal aandachtspunten uit de thematische wetsevaluatie over de gedwongen zorg verwerkt. Op 8 september 2016 verscheen de derde nota van wijziging, met een aantal minder verstrekkende aanpassingen (*Kamerstukken II* 32399, 27).

Op 20 juli 2016 hebben de Tweede Kamerleden Leijten, Bruins Slot en Bouwmeester een initiatief-wetsvoorstel ingediend om winstuitkering door zorgverzekeraars te verbieden (*Kamerstukken II* 34522). Het verbod houdt in dat dividend aan aandeelhouders alsook, in geval van een winstdelingsregeling, winstuitkering aan leden verboden is. Winst mag wel worden aangewend voor de verbetering van de kwaliteit en de toegankelijkheid van de zorg. Ook mag de winst worden gebruikt voor versterking van de reserves. Bij overtreding van het verbod vordert de Nederlandse Zorgautoriteit het uitgekeerde bedrag terug en wordt een boete opgelegd aan de zorgverzekeraar.

Over de gesloten jeugdzorg gaat de brief van de staatssecretaris van VWS van 24 augustus 2016 (*Kamerstukken II* 31839, 538). Met jongeren zonder rechterlijke machtiging gesloten jeugdhulp of Bopz die niettemin in een locatie voor gesloten jeugdhulp verblijven, gaan instellingen verschillend om. De Inspectie Jeugdzorg stelt daaraan nu

drie eisen: er mag ten aanzien van hen geen vrijheidsbenaming plaatsvinden en er mogen jegens hen, behalve in een noodsituatie, ook geen vrijheidsbeperkende maatregelen worden toegepast. Ook mogen zij niet getuige zijn van zware vrijheidsbeperkende maatregelen bij jongeren die wel op basis van een rechterlijke machtiging zijn opgenomen.

Het zal weinigen zijn ontgaan dat de Tweede Kamer op 13 september 2016 heeft ingestemd met een initiatiefwetsvoorstel van D66 om het zogenoemde 'actieve donorregistratiesysteem' in de Wet op de orgaandonatie op te nemen (*Kamerstukken* 33506). In feite verandert er niet veel aan het huidige beslissysteem, behalve dan dat vanaf het 18e levensjaar iedere Nederlandse ingezetene wordt aangeschreven met een donorformulier. Indien men daarop niet reageert, wordt men geregistreerd als iemand die geen bezwaar tegen orgaandonatie heeft. Daarvan krijgt men een bevestiging. Het is te allen tijde mogelijk de registratie te wijzigen. De bedoeling is om mensen te stimuleren actief na te denken over hun keuze met betrekking tot orgaandonatie. Het wetsvoorstel is met de kleinst mogelijke meerderheid aangenomen (75 stemmen voor, 74 stemmen tegen). Het staat nog te bezien of het wetsvoorstel ook in de Eerste Kamer de eindstreep haalt.

Ook heeft de Tweede Kamer op 13 september 2016 ingestemd met een wijziging van de Wet marktordening gezondheidszorg ter zake van de materiële controle door zorgverzekeraars op een vermoeden van fraude door zorgaanbieders (*Kamerstukken* 33980). De wijziging heeft minder om het lijf dan de ophef waartoe de wetswijziging heeft geleid, wellicht doet vermoeden. Bedoelde materiële controle is ook nu al mogelijk ter zake van naturapolissen met en zonder contract en restitutiepolissen met contract. Daarbij kan onder bepaalde voorwaarden, als ultimatum remedium, inzage worden genomen in het medisch dossier. Nieuw in het onlangs door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel is dat de materiële controle ook mogelijk wordt ter zake van restitutiepolissen zonder contract. Ook nieuw is dat de patiënt achteraf van de controle op de hoogte wordt gesteld.

Uit een enquête van de patiëntenfederatie NPCF komt overigens naar voren dat tweederde van de respondenten begrijpt dat fraudecontrole moet plaatsvinden en dat daarvoor medische informatie nodig is (*Kamerstukken II* 33980, 19). Zie ook het 'Convenant fraude door artsen en beroepsgeheim', waarin de KNMG, het ministerie van VWS, de Inspectie SZW, de FIOD en het OM afspraken hebben gemaakt om fraude door artsen te kunnen onderzoeken, waarbij het medisch beroepsgeheim zoveel als mogelijk in acht wordt genomen (*Kamerstukken II* 28828, 96). Bij signalen en verdenkingen van fraude in de zorg zal een onafhankelijke arts worden ingezet.

De Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) hebben een kader opgesteld voor goed bestuur in de zorg (IGZ en NZa, *Toezicht op Goed Bestuur, Voor bestuurders en toezichthouders in de zorg*, juli 2016). Daarin is aangegeven wat deze toezichthouders verwachten van zorgbestuurders op het gebied

van kwaliteit, veiligheid, toegankelijkheid en betaalbaarheid van zorg, en hoe de raad van toezicht en de externe toezichthouders zich tot elkaar dienen te verhouden.

Beleid

Uit de Rijksbegroting voor VWS blijkt dat in 2017 € 69 miljard zal worden uitgegeven aan de gezondheidszorg. Dat is een derde van alle overheidsuitgaven. De helft van de middelen gaat naar de ziekenhuis- en de verpleeghuiszorg. Gesteld wordt dat preventie steeds belangrijker wordt, maar uit de begroting blijkt dat voorsnog niet. Wel worden op dit terrein additionele uitgaven verwacht (*Kamerstukken II*, 34550 XVI).

Opmerkelijk is de aankondiging van het kabinet dat het ruimte wil maken voor euthanasie bij mensen die hun leven voltooid achten (brief van de ministers van VWS en V&J van 12 oktober 2016, kenmerk 991790-153237-PG). Het voornemen bestaat hiervoor een nieuwe regeling te treffen, aanvullend op en naast de huidige euthanasiewet. 'Vrijwilligheid, weloverwogenheid, veiligheid en zorgvuldigheid zijn daarbij vertrekpunt', aldus het kabinet. De nieuwe regeling blijft 'beperkt tot mensen die op leeftijd zijn'. Gedacht wordt aan 'begeleiding en toetsing vooraf door een stervenshulpverlener met een medische achtergrond, die daarbovenop een vervolgoopleiding heeft gevolgd. Aanvullende waarborgen gericht op zorgvuldige toetsing door een derde, begeleiding bij de keuze, controle en toezicht maken onderdeel uit van een nieuwe systematiek.'

Op 21 september 2016 heeft de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) het rapport *Zorgverzekeraars, controles en privacyvoorschriften* gepubliceerd. Het rapport gaat enerzijds over de uitvoering door zorgverzekeraars van de privacyregeling GGZ. Anderzijds richt het zich meer in het algemeen op de wijze waarop zorgverzekeraars bij de controles die zij op grond van de Zorgverzekeringwet en de Regeling zorgverzekering uitvoeren, de omgang met persoonsgegevens binnen hun organisatie hebben geborgd. Uit het onderzoek blijkt dat zorgverzekeraars de privacyregeling GGZ in zijn algemeenheid goed naleven. Wel heeft de NZa vastgesteld dat één verzekeraar diagnosegegevens opvroeg terwijl dat op grond van de privacyregeling niet mag. Zie voor de beleidsreactie van de minister van VWS haar brief van 29 september 2016 (*Kamerstukken II* 31765, 233).

De KNMG-richtlijn *Omgaan met medische gegevens* is onlangs aangepast naar aanleiding van recente ontwikkelingen, zoals de inwerkingtreding van de WKKGGZ, de komst van de Jeugdwet en het gebruik van WhatsApp (www.knmg.nl).

Jurisprudentie

1 Europees recht

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft op 23 februari 2016 (40378/06, *Y.Y. tegen Rusland*) uitspraak gedaan in een zaak over een calamiteitenonderzoek

waarin de lokale gezondheidsdienst op verzoek van het ministerie van Volksgezondheid verwijten inzake het overlijden van de meisjesheft van een tweeling had onderzocht. Dit was gedaan op verzoek van de grootmoeder van het meisje. De moeder werd van het onderzoek pas op de hoogte gesteld toen het al gereed was. Zij startte een procedure waarin zij stelde dat de gezondheidsdienst zich onrechtmatig toegang had verschaft tot de medische dossiers van haar en haar twee kinderen, en dat er informatie was doorgestuurd naar het ministerie zonder dat zij daarvoor toestemming had gegeven. Zij verzocht het deskundigenrapport ongeldig te verklaren. Het Hof oordeelde dat de handelwijze van de Russische autoriteiten strijdig was met artikel 8 EVRM. Het Hof herhaalt dat medische dossiers hoogstpersoonlijke informatie bevatten en dat het van groot belang is dat de gegevens alleen na toestemming van de betrokkene aan anderen mogen worden verstrekt. Het Hof constateert dat er geen wettelijke basis was voor de autoriteiten om zonder toestemming van betrokkene gegevens in een medisch dossier te raadplegen.

Ook interessant is de uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 17 mei 2016 (33677/10, *Fürst-Pfeifer tegen Oostenrijk*). Het betrof hier een psychiater, tevens gerechtelijk deskundige, die was gespecialiseerd in voogdijvraagstukken en omgangsregelingen. In 2008 bracht een regionale nieuwszender in de openbaarheid dat zij zelf psychologische problemen had. De psychiater diende een vordering in tegen de nieuwszender wegens schending van haar privéleven en smaad. Het Hof stelt echter vast dat de beweringen van de pers weliswaar inbreuk hebben gemaakt op het privéleven van de psychiater, maar dat de juistheid daarvan niet wordt betwist, dat de nieuwszender een zaak van algemeen belang aan de orde stelt en dat de berichten duidelijk onderscheid maken tussen feiten en meningen. Het Hof is verder van mening dat voor de psychiater, als vaak geraadpleegd gerechtelijk deskundige, dezelfde maatstaven gelden als voor publieke functionarissen die een openbare functie bekleden. Het Hof had al eerder beslist dat publieke functionarissen meer dan de gemiddelde burger kritiek moeten kunnen verdragen. Het Hof concludeert dat er geen sprake is van schending van artikel 8 EVRM.

2 Tuchtrect

Het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (CTG) legde op 19 mei 2016 een plastisch chirurg een voorwaardelijke schorsing van zijn inschrijving in het BIG-register voor de duur van vier maanden op. Het Regionaal Tuchtcollege te Zwolle had haar voor één jaar geschorst. Reden hiervoor was dat bij eventuele complicaties de continuïteit van de nazorg voor de patiënt niet was verzekerd. De plastisch chirurg dreef een zelfstandig behandelcentrum voor plastische chirurgie en *health counseling*. Klager had zich tot haar gewend om haar borstprothesen te laten verwijderen. Vier uur na de operatie belde de recovery-verpleegkundige de plastisch chirurg, omdat zij vermoedde dat sprake was van een nabloeding. De plastisch chirurg woont op 80 kilometer afstand van de operatielocatie. Zij

was onderweg naar huis, is teruggegaan naar de kliniek en heeft klager opnieuw geopereerd. Mede omdat de plastisch chirurg zo ver weg woonde, achtte het CTG de nazorg onvoldoende geregeld. Er waren ook geen nazorgafspraken gemaakt met een nabijgelegen ziekenhuis. (ECLI:NL: TGZCTG:2016:188).

Interessant om twee redenen is voorts de uitspraak van het CTG van 19 januari 2016, waarin een klacht tegen een neurochirurg wordt behandeld (ECLI:NL:TGZCTG:2016:39; *GJ* 2016/102, m.nt. J.C.J. Dute). In de zaak speelden heimelijk opgenomen bandopnamen een rol. De chirurg betoogde dat dit onrechtmatig verkregen bewijs was en daarom niet in de tuchtprocedure mocht worden gebruikt. Het CTG zag dit anders, conform zijn vaste jurisprudentie (zie CTG 12 augustus 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:305). Volgens het CTG kan een patiënt goede redenen hebben een gesprek met zijn zorgverlener op te nemen, omdat hij dan het besprokene op een later moment nog eens rustig kan overdenken. Vanzelfsprekend getuigt het van fatsoen, aldus het CTG, om de betrokken zorgverlener vooraf te informeren over de voorgenomen opname, maar als dat achterwege blijft staat dat aan het gebruik van die opname als bewijsmiddel in een tuchtprocedure in beginsel niet in de weg.

Voorts stond in deze zaak de vraag ter discussie of de klager, die zelf arts was, wel in voldoende mate op de hoogte was gebracht van het feit dat een arts-assistent hem zou (mee)opereren. Voorafgaand aan de operatie is hem een folder verstrekt, waarin staat dat het ziekenhuis een opleidingsziekenhuis is. In een tweede folder stond dat op de afdeling neurochirurgie arts-assistenten in opleiding deels operaties uitvoeren en andere medische handelingen onder supervisie van een neurochirurg en dat een patiënt, als deze niet door een arts-assistent behandeld wil worden, dit kenbaar kan maken bij de neurochirurg. Van deze laatste mogelijkheid had klager geen gebruik gemaakt. Het CTG was van oordeel dat de neurochirurg op basis van de uitgereikte folders ervan uit mocht gaan dat klager voldoende was geïnformeerd over de mogelijkheid dat de ingreep kon worden uitgevoerd door een arts-assistent. Ook alle andere klachten werden afgewezen.

In het kader van de ontvankelijkheid zijn vier CTG-beslissingen interessant. Op 7 juni 2016 oordeelde het college dat een klacht ingediend tegen een psychiater/ geneesheer-directeur inzake het ondertekenen van een geneeskundige verklaring onder de reikwijdte van artikel 47 Wet BIG valt (ECLI:NL:TGZCTG:2016:219). Op 25 augustus 2016 oordeelde het CTG dat een klacht tegen een cardioloog in zijn hoedanigheid van arbiter in een geschil tussen klager/cardioloog en de overige maten van de maatschap cardiologie, niet-ontvankelijk was (ECLI:NL: TGZCTG:2016:277). In een beslissing van 7 juli 2016 ging het om de vraag of het klaagschrift al dan niet aan de wettelijke eisen voldeed. Het Regionaal Tuchtcollege vond van niet, maar het Centraal Tuchtcollege dacht hier anders over en wees de klacht vervolgens als ongegrond af (ECLI: NL:TGZCTG:2016:281).

In een andere zaak (CTG 13 september 2016, ECLI:NL: TGZCTG:2016:301) was het CTG het wel met het Regionaal Tuchtcollege eens dat klager niet-ontvankelijk was in zijn klacht. Deze had onvoldoende ingebracht tegen de stelling van de psychiater dat tussen hen beiden geen behandelrelatie heeft bestaan en ook niet anderszins was gebleken dat de psychiater op enigerlei wijze bij klagers behandeling betrokken was geweest.

3 Civiel recht

Voor de fijnproevers interessant is een vonnis van de voorzieningenrechter Den Haag van 13 april 2016 (ECLI:NL: RBDHA:2016:5097). Het ging om een kort geding tegen een vordering van de opheffing van de schorsing van een arts van zijn inschrijving in het BIG-register, die hem door het Regionaal Tuchtcollege was opgelegd. Het college had doorhaling bevolen en de arts, hangende het hoger beroep, met onmiddellijke ingang geschorst. Eiser had hoger beroep ingesteld bij het CTG, maar vorderde tevens in kort geding opheffing van de schorsing, gelet op de lange doorlooptijd van een zaak bij het CTG. De voorzieningenrechter ging hier niet in mee en oordeelde dat de Staat terecht had aangevoerd dat het CTG, als het daartoe aanleiding ziet, vooruitlopend op de eindbeslissing een schorsing voortijdig kan opheffen. Voor de civielrechtelijke route was daarom geen plaats.

Op 13 september 2016 heeft het Gerechtshof Amsterdam uitspraak gedaan in een zaak tegen het Waterland Ziekenhuis (ECLI:NL:GHAMS:2016:3739). Het betrof een vordering van eiser tot het overleggen van stukken op grond van artikel 843a Rv alsmede over de aansprakelijkheid van het ziekenhuis, en de daar werkzame gynaecoloog, in verband met het letsel van een baby bij wie kort na de geboorte een hoge dwarslaesie was geconstateerd. De vordering betrof de inzage in de correspondentie met een door de wederpartij geraadpleegde deskundige. Het hof wees de vordering af, omdat iedere partij het recht heeft vertrouwelijk een deskundige te raadplegen. Een recht van de wederpartij op inzage in die correspondentie zou in strijd komen met het recht op een eerlijk proces. Het hof oordeelt verder dat het Waterland Ziekenhuis en de gynaecoloog niet aansprakelijk zijn, een en ander conform het oordeel van de in eerste aanleg benoemde deskundigen. Anders dan de rechtbank oordeelde het hof dat voldaan was aan de verzwaarde stelplicht en dat er geen ruimte was voor proportionele aansprakelijkheid. De verslaglegging in het medisch dossier is niet bepalend voor de vraag of aan de verzwaarde stelplicht is voldaan. Het dossier kan later worden aangevuld met een verklaring of een verslag.

4 Bestuursrecht

Van belang is een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 29 september 2016 (ECLI:NL:RBROT:2016: 7373) over de vraag of de Autoriteit Consument en Markt (ACM) terecht een vergunning had geweigerd voor het tot stand brengen van een bestuurlijke fusie tussen het Albert Schweitzer Ziekenhuis en de Rivas Zorggroep. De rechtbank oordeelt dat de ACM inderdaad voldoende aan-

nemelijk heeft gemaakt dat de mededinging als gevolg van de voorgenomen fusie op significante wijze wordt belemmerd. Ook heeft de ACM zich volgens de rechtbank terecht op het standpunt gesteld dat de voorgestelde remedie onvoldoende zekerheid biedt dat het geconstateerde mededingingsprobleem zonder twijfel en volledig zou worden weggenomen. Deze uitspraak is interessant, omdat het de eerste keer is dat de ACM een fusie tussen ziekenhuizen afkeurt. Voor een verdere bespreking zij verwezen naar de Kroniek mededingingsrecht in het *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2016, afl. 8.

Eveneens van belang is de beslissing van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 13 juli 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:1936), waarin de vraag aan de orde was hoever de staatssecretaris van VWS mag gaan bij het geven van een aanwijzing op basis van (toen nog) de Kwaliteitswet Zorginstellingen (KWZ; thans WKKGZ). De Afdeling wijst erop dat ingevolge artikel 8, tweede lid, KWZ in een aanwijzing met redenen omkleed moet staan welke maatregelen de zorgbieder moet treffen. De staatssecretaris meende dat dit hier voldoende duidelijk was. De Afdeling vond echter van niet. De constatering dat de deskundigheid van de medewerkers onvoldoende zou zijn afgestemd op de doelgroep, was niet duidelijk genoeg. Voorts stond in de aanwijzing dat de daarin opgenomen opsomming van tekortkomingen niet limitatief was. De Afdeling oordeelde dat onvoldoende concreet was aangegeven op welke punten de instelling haar zorg diende te verbeteren.

5 Strafrecht

In de verslagperiode zijn twee interessante uitspraken gedaan in zogenaamde beklagzaken waarbij de zorginstelling zich beriep op het medisch beroepsgeheim om gegevens niet aan het Openbaar Ministerie c.q. de rechter-commissaris te hoeven overhandigen.

De ene zaak betreft een beslissing van de Rechtbank Overijssel van 7 september 2016 (ECLI:NL:RBOVE:2016: 3393). Het ging om de dood van een baby waarbij er een verdenking op kindermishandeling was gerezen. De rechtbank achtte zeer uitzonderlijke omstandigheden aanwezig om het medisch beroepsgeheim te doorbreken. Overigens staat volgens de rechtbank een melding aan het AMK een beroep op het verschoningsrecht niet in de weg.

De andere beslissing betrof een uitspraak van de Rechtbank Lelystad van 11 oktober 2016 (ongepubliceerd). In dit geval ging het om persoonsgegevens van een psychiatrische patiënt in het kader van het achterhalen van de dader van een, wat de officier van justitie noemde, laffe straatroof. De rechtbank achtte in dit geval onvoldoende aangetoond dat sprake was van zodanig uitzonderlijke omstandigheden dat doorbreking van het beroepsgeheim geëigend was.

Literatuur

Op 3 juni 2016 promoveerde E.R. de Jong op het proefschrift *Voorzorgverplichtingen – Over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling voor onzekere risico's*, Den Haag:

Boom juridisch 2016. In de beginfase van technologische ontwikkelingen is er vaak onzekerheid over de daarmee samenhangende en daaruit voortvloeiende risico's, ook op de lange termijn. Brengt bijvoorbeeld de nanotechnologie, een veelbelovende techniek waarbij wordt gewerkt met extreem kleine deeltjes, gezondheidsrisico's voor werknemers en consumenten met zich? Bij dergelijke onzekere risico's rijst steeds de vraag of al dan niet voorzorgsmaatregelen moeten worden getroffen. In dit proefschrift wordt in dat verband een aantal gezichtspunten ontwikkeld.

Op 29 september 2016 hield H. Nys, hoogleraar medisch recht aan de Katholieke Universiteit Leuven, zijn afscheidscollege: *De patiënt-arts relatie. Hoeksteen van het medisch recht*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2016.

In de zesde aflevering van *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2016 (p. 378-392) is de Kroniek rechtspraak Wet marktordening gezondheidszorg te vinden, van de hand van J.G. Sijmons. In hetzelfde nummer is een interessante beschouwing te vinden over het rapport van de commissie-Schnabel: D.P. Engberts, 'In geleerdheid gesmoord – De commissie-Schnabel over hulp bij zelfdoding aan mensen

die hun leven voltooid achten', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2016, afl. 6, p. 369-377.

Selectie van verdere literatuur:

- J.H.H.M. Dorscheidt, 'Een nieuwe Regeling beoordelingscommissie late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen – Goede inval of bedenkelijke manoeuvre?', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2016, afl. 6, p. 356-368.
 - G. de Groot, 'Kaderstellend programma van eisen Wkkgz-geschilleninstanties', *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2016, afl. 3, p. 53-63.
 - E. Pans, 'De nieuwe geschillenbeslechting in de zorg: (heel veel) superrechters gevraagd', *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2016, afl. 3, p. 64-70.
 - J.G. Sijmons, 'De functie van de kwaliteitsborging in het zorgstelsel', *Regelmaat* 2016, afl. 3, p. 220-234.
 - J.G. Sijmons, 'Geschillenbeslechting volgens de Wet kwaliteit klachten en geschillen zorg', *Tijdschrift Conflict-hantering* 2016, afl. 4, p. 25-29.
-

SOCIAAL-ECONOMISCH RECHT

ONDERNEMINGSRECHT

AAK20168204

Mr. N. Kreileman, Van der Heijden Instituut, OO&R, Radboud Universiteit Nijmegen

Regelgeving

Aanpassing WOR: meer zeggenschap OR over arbeidsrechtelijke aspecten pensioenregeling

Op 1 oktober 2016 is de Wet tot wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en de Pensioenwet in verband met de bevoegdheden van de ondernemingsraad inzake de arbeidsvoorwaarde pensioen in werking getreden (*Stb.* 2016, 249 en 331). De wet beoogt de onduidelijkheid weg te nemen die onder de oude regeling bestond over de reikwijdte van de medezeggenschapsrechten van de ondernemingsraad (hierna: OR) ten aanzien van de arbeidsrechtelijke aspecten van de pensioenregeling. Daarnaast zorgt de wet ervoor dat de OR meer te zeggen krijgt over de arbeidsvoorwaarde pensioen.

Sinds 1 oktober jl. bepaalt artikel 27 lid 1 onder a WOR dat de OR een instemmingsrecht heeft wanneer de werkgever regelingen op grond van een pensioenovereenkomst wil vaststellen, intrekken of wijzigen. De wettelijke bepaling verduidelijkt dat de instemming van de OR in de hiervoor beschreven gevallen vereist is, ongeacht of de pensioenuitvoerder een verzekeraar, een pensioenfonds, een premiepensioeninstelling of een buitenlandse pensioeninstelling is. Door de vervanging van de in de oude regeling gehanteerde term 'pensioenverzekering' door 'pensioenovereenkomst' in de thans vigerende bepaling, krijgt de OR bovendien meer zeggenschap over de arbeidsvoorwaarde pensioen. Naast een voorgenomen besluit tot vaststelling of intrekking van een pensioenovereenkomst, is nu ook een voorgenomen besluit tot *wijziging* van de overeenkomst aan de instemming van de OR onderworpen, indien de pensioenuitvoerder een pensioenfonds of een premiepensioeninstelling is. Dat was voorheen niet het geval. De wet breidt het instemmingsrecht ook op een ander punt uit. In het gewijzigde artikel 27 lid 7 WOR is bepaald dat onder 'regelingen op grond van een pensioenovereenkomst' in de zin van artikel 27 lid 1 onder a WOR ook 'regelingen opgenomen in een uitvoeringsovereenkomst die van invloed zijn op de pensioenovereenkomst' vallen. Hieronder worden in ieder geval begrepen: (i) regelingen over de wijze waarop de verschuldigde premie wordt vastgesteld; (ii) de maatstaven voor en de voorwaarden waaronder toeslagverlening plaatsvindt; en (iii) de keuze voor onderbrenging van de pensioenovereenkomst bij een binnenlandse of buitenlandse pensioenuitvoerder. Artikel 27 lid 3 WOR bevat een tweetal uitzonderingen op het instemmingsrecht van de OR. Allereerst heeft de OR nog altijd geen instemmingsrecht wanneer de arbeidsvoorwaarde pensioen reeds inhoudelijk in een cao of in een

regeling van arbeidsvoorwaarden vastgesteld door een publiekrechtelijk orgaan is vastgelegd. Daarnaast is de instemming niet vereist indien sprake is van een verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds als bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet. Dit laatste is nieuw.

Tot slot een enkele opmerking over het op 1 oktober 2016 ingevoerde artikel 31f WOR. Dit artikel bepaalt dat de ondernemer de OR zo spoedig mogelijk schriftelijk moet informeren over elke voorgenomen vaststelling, wijziging of intrekking van een uitvoeringsovereenkomst. Zo kan de OR zich beraden over de toepassing van het instemmingsrecht. Meent de OR dat sprake is van een voorgenomen besluit met invloed op de arbeidsvoorwaarde pensioen, dan stelt hij de ondernemer hiervan op de hoogte en kan de procedure van artikel 27 WOR worden gevolgd.

Voorstel toepasbaarheid Corporate Governance Code op one tier boards

De Monitoring Commissie Corporate Governance Code publiceerde op 3 juli 2016 een consultatiedocument met een voorstel voor de toepassing van de Code door vennootschappen met een *one tier board*. In een *one tier board* zijn bestuur en toezicht ondergebracht in één orgaan (het bestuur). De gedachte is dat de 'klassieke' bestuurstaken worden toebedeeld aan de uitvoerende bestuurders, terwijl de niet-uitvoerende bestuurders zich voornamelijk bezighouden met het uitoefenen van typische 'commissaris-taken', zoals het houden van toezicht op het bestuur. Niettemin dragen de uitvoerende en de niet-uitvoerende bestuurders tezamen bestuursverantwoordelijkheid. Omdat het monistische bestuursmodel steeds meer in zwang komt, acht de commissie het nuttig te verduidelijken hoe de Code door vennootschappen met een *one tier board* kan worden toegepast. Zij verduidelijkt dat als volgt.

Ten eerste worden het principe en de bestpracticebepalingen uit de huidige Code die betrekking hebben op vennootschappen met een *one tier board*, aangepast en uitgebreid. In de nieuwe redactie van de bestpracticebepalingen uit de huidige Code (III.8.1 t/m III.8.4) komen de onafhankelijkheidsvereisten die gelden voor de niet-uitvoerende bestuurders en de voorzitter van de *board* duidelijker naar voren. Zie concept-bestpracticebepalingen 2.8.1 en 2.8.3. Daarnaast is in concept-bestpracticebepaling 2.8.2 de taak van de voorzitter van de *board* verduidelijkt. Nieuw is de bepaling dat de niet-uitvoerende bestuurders verantwoording moeten afleggen over het uitgeoefende toezicht (concept-bestpracticebepaling 2.8.5). Uit de toelichting volgt dat zij dat zowel kunnen doen in een apart verslag van de niet-uitvoerende bestuurders als in het bestuursverslag. Voorts bepaalt concept-bestpracticebepaling 2.8.6 dat onder de uitvoerende bestuurders een eerstverantwoordelijke bestuurder moet worden aangewezen die leiding geeft aan de dagelijkse gang van zaken binnen de met de vennootschap verbonden onderneming. Ook deze bepaling komt in de huidige Code niet voor.

In de tweede plaats geeft de commissie in een *guidance* nadere inkleuring aan de wijze waarop vennootschappen met een *one tier board* de in de Code opgenomen principes en bestpracticebepalingen kunnen toepassen. Centraal staat de vraag hoe de collectieve verantwoordelijkheid en de taakverdeling tussen de uitvoerende en de niet-uitvoerende bestuurders vertaald kunnen worden naar de Code. Vermeldenswaard is tot slot de wijze waarop wordt omgegaan met besluiten waarvoor de Code goedkeuring van de raad van commissarissen vereist. Gekozen is voor een regeling die aansluit bij artikel 2:164a BW. Dat betekent dat een dergelijk besluit de goedkeuring behoeft van de meerderheid van de niet-uitvoerende bestuurders. Het is opvallend dat de commissie hierover opmerkt dat het ter keuze van de vennootschap is of het goedkeurende besluit al dan niet genomen moet worden buiten de aanwezigheid van de uitvoerende bestuurders. Ik ben benieuwd naar de reacties!

Rapport Modernisering personenvennootschappen aangeboden aan minister

De werkgroep Van Olffen heeft op 26 september 2016 het rapport *Modernisering personenvennootschappen* aan minister Van der Steur (Veiligheid en Justitie) overhandigd. Het rapport bevat aanbevelingen voor het oplossen van knelpunten en lacunes in het huidige personenvennootschapsrecht. Het voorstel beoogt zo bij te dragen aan de noodzakelijke modernisering en innovatie van dit rechtsgebied. De minister zal het rapport gaan betrekken bij de nota *Vernieuwing ondernemingsrecht*, die nog dit najaar naar de Tweede Kamer gaat. Het rapport zoals aangeboden aan de minister is te vinden op: www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/09/26/modernisering-personenvennootschappen. Het is nu afwachten of de wetgever eindelijk nieuw leven gaat blazen in het personenvennootschapsrecht!

Rechtspraak

Ontwikkelingen Meavita

Advocaat-generaal Timmerman adviseert de Hoge Raad de beschikking van de Ondernemingskamer (hierna: OK) in de *Meavita*-zaak te vernietigen. Zie Parket bij de Hoge Raad 2 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:856 en ECLI:NL:PHR:2016:857. De OK oordeelde in die zaak dat in het *Meavita*-concern sprake is geweest van wanbeleid (Hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, *JOR* 2016/61 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Meavita*)). Timmerman onderbouwt zijn advies als volgt.

In de eerste plaats is hij van oordeel dat de *Meavita*-beschikking niet tot stand is gekomen met het voorgeschreven aantal rechters. Onderaan de beschikking van de OK staat dat deze is ‘gegeven’ op 6 juni 2014 en is uitgesproken op 2 november 2015, bijna anderhalf jaar later dus. Van het wijzen van een uitspraak kan pas worden gesproken wanneer de uiteindelijke tekst van de uitspraak is vastgesteld en alle rechters zich met deze tekst hebben verenigd. De advocaat-generaal sluit uit dat de beschik-

king al op 6 juni 2014 is gegeven. Zijns inziens is de tekst pas op een datum gelegen na het defungeren van de voorzitter van het college op 1 mei 2015 vastgesteld. Dat betekent dat de *Meavita*-beschikking niet door het voorgeschreven aantal rechters is gegeven en dus nietig is.

Dit is volgens de advocaat-generaal echter niet het enige wat mis ging in de zaak *Meavita*. Timmerman meent voorts dat de OK haar oordeel over het verhaal van de onderzoekskosten op bestuurders en commissarissen onvoldoende heeft gemotiveerd. Uit vaste jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat de OK slechts in geval van individuele en concrete verwijtbaarheid kan bepalen dat de onderzoekskosten kunnen worden verhaald op degenen die verantwoordelijk zijn voor het wanbeleid (zie bijvoorbeeld HR 4 juni 1997, *NJ* 1997/671 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Text-lite*)). Nu de OK niets heeft overwogen over individuele en concrete verwijtbaarheid, adviseert de advocaat-generaal de Hoge Raad de *Meavita*-beschikking ook op dit punt te vernietigen. Wordt vervolgd!

Bestuurders aansprakelijk na tussentijdse dividenduitkering

In de zaak waarin de Hoge Raad op 23 september 2016 arrest heeft gewezen, was minder dan een jaar vóór het faillissement van de vennootschap een tussentijdse dividenduitkering gedaan (HR 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2172). Op grond van het oude artikel 2:216 BW mocht een vennootschap tussentijdse uitkeringen doen, mits de statuten dit toelieten en voor zover het eigen vermogen groter was dan het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal vermeerderd met de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden. Ten tijde van de uitkering waren de vrije reserves gelijk aan het in de tussentijdse balans vastgestelde bedrag. Op het eerste oog lijkt de uitkering de toets van artikel 2:216 (oud) BW dus te kunnen doorstaan. De curator betoogde echter dat een afwaardering van de post debiteuren had moeten plaatsvinden, omdat een deel van het bedrag uit vorderingen op problematische schuldenaren bestond en niet te verwachten was dat het hele bedrag zou worden geïnd. De curator sprak de bestuurders primair aan op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur (art. 2:248 lid 1 BW) en subsidiair wegens onrechtmatig handelen jegens de schuldeisers van de vennootschap (art. 6:162 BW). Meer subsidiair vorderde de curator een verklaring voor recht dat het dividendbesluit en de dividenduitkering nietig zijn c.q. vernietiging van het besluit en de uitkering op grond van artikel 2:216 (oud) BW dan wel artikel 42 Fw of artikel 47 Fw.

De Rechtbank Arnhem wees de primaire vordering toe. Zie Rb. Arnhem 23 mei 2012, *RO* 2012/55 en Rb. Arnhem 31 oktober 2012, *RO* 2012/55. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft vervolgens de vonnissen van de rechtbank vernietigd en de vorderingen van de curator afgevoerd. Het hof wees de primaire en secundaire vordering af, omdat het onvoldoende grond zag voor het standpunt van de curator dat een afwaardering van de post debiteuren had moeten plaatsvinden. Omdat er onvoldoende aanleiding was om aan te nemen dat de bestuurder

redelijkerwijs had moeten voorzien dat het dividendbesluit tot gevolg zou hebben dat de crediteuren niet meer zouden kunnen worden voldaan, waren volgens het hof ook de meer subsidiaire vorderingen niet voor toewijzing vatbaar. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 20 januari 2015, *JOR* 2015/99 m.nt. J. Barneveld.

De Hoge Raad volgt de rechtbank en de advocaat-generaal en vernietigt de uitspraak van het hof. Ons hoogste rechtscollege overweegt dat bij de beoordeling van de vraag of een vennootschap over voldoende vrije reserves beschikt voor een tussentijdse dividenduitkering, de vastgestelde jaarrekeningen tot uitgangspunt dienen. Ontbreekt een (vastgestelde) jaarrekening, dan moet aan de hand van de wel beschikbare financiële gegevens worden vastgesteld of de vennootschap ten tijde van de tussentijdse uitkering over de vereiste financiële ruimte beschikte. Volgens de Hoge Raad heeft het hof zonder goede grond geoordeeld dat de liquiditeit van de vennootschap een uitkering toestond. Vervolgens oordeelt hij dat het hof ten onrechte niet is uitgegaan van het wettelijke vermoeden van wetenschap van benadeling bij de bij de winstuitkering betrokkenen ex artikel 43 lid 1 sub 5, onder a en d Fw en artikel 45 Fw. De Hoge Raad laat de overweging van het hof dat een uitkeringsbesluit kwalificeert als een onverplichte rechtshandeling om niet in de zin van artikel 42 Fw in stand. Hoewel deze opvatting *communis opinio* is, heeft hij dit – voor zover ik heb kunnen nagaan – niet eerder met zoveel woorden gezegd. Ons hoogste rechtscollege heeft het geding naar het 's-Hertogenbosch verwezen ter verdere behandeling en beslissing.

Medezeggenschapsrechten OR ten aanzien van de toepassing van het verzwakte structuurregime

Op 1 juli 2016 oordeelde de Ondernemingskamer (hierna: OK) over een zaak die op het snijvlak van het ondernemingsrecht en het arbeidsrecht ligt (Hof Amsterdam (OK) 1 juli 2016, *JAR* 2016/210 m.nt. I. Zaal). In deze zaak stonden de bevoegdheden die de ondernemingsraad (hierna: OR) heeft ten aanzien van de toepassing van het 'verzwakte structuurregime' centraal. Behalve de ondernemingsrechtelijke medezeggenschapsrechten, kwamen ook de vennootschapsrechtelijke medezeggenschapsrechten van de OR aan bod. De onderneming in kwestie was Thomas Cook, een bekende internationale reisorganisatie.

Eerst gaat de OK in op de medezeggenschapsrechten van de OR op grond van de WOR. De OK oordeelt dat het besluit van de algemene vergadering over het al dan niet toepassen van het verzwakte structuurregime onder het adviesrecht van de OR ex artikel 25 lid 1 sub e WOR valt. De keuze van de werkgever om enkel functionarissen te benoemen die werkzaam zijn bij het concern, valt volgens de OK onder de reikwijdte van het adviesrecht. Vervolgens besteedt de OK aandacht aan de vennootschapsrechtelijke medezeggenschapsrechten van de OR. De OK bepaalt dat het besluit dat voor benoeming als commissaris slechts personen in aanmerking komen die in dienst zijn van het concern, een wezenlijke beperking behelst van het wettelijke recht van aanbeveling van de OR als geregeld in artikel 2:268 lid 5 en 6 BW.

De OK oordeelt dat het besluit tot benoeming van drie commissarissen daags voordat de vennootschap verplicht toepassing moest geven aan het (verzwakte) structuurregime, moet worden aangemerkt als een besluit dat uitvoering geeft aan het eerder genomen besluit over het toepassen van het verzwakte regime. Dat betekent niet alleen dat de vennootschap het wettelijke opschortingsrecht van een maand ex artikel 26 lid 6 WOR heeft genegeerd, maar ook dat het wettelijk aanbevelingsrecht van de OR ten onrechte niet in acht is genomen (art. 2:268 lid 5 en 6 BW). De OK beveelt de vennootschap het besluit tot het toepassen van het verzwakte regime in te trekken en de gevolgen daarvan ongedaan te maken, met uitzondering van de statutenwijziging. Onder de gevolgen valt in ieder geval het door de algemene vergadering genomen besluit tot benoeming van drie commissarissen. Nadat dit besluit 'ongedaan' is gemaakt, kan vervolgens een benoemingsbesluit worden genomen waarbij het aanbevelingsrecht van de OR wel in acht wordt genomen.

Literatuur

- G. van Solinge e.a., *Nederland, het Delaware van Europa?* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 135), Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- B.F. Assink e.a., *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 98), Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- S.M. Bartman, A.F.M. Dorrestijn & M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- J.H. Bennaars, *De rechtspositie van de bestuurder. Benoeming, beloning en ontslag van de vennootschapsbestuurder* (Monografieën Sociaal recht, deel 68), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

FINANCIËEL RECHT

AAK20168206

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. M.B.J. van Rijn, mr. A.W. van der Vegt, mr. J.W.P.M. van der Velden

PERIODE 1 AUGUSTUS – 30 SEPTEMBER 2016

1 Algemeen

Europese regelgeving

PRIIPS regulatory technical standards niet goedgekeurd door het Europees Parlement

Op 14 september 2016 heeft het Europees Parlement in plenaire zitting de concept-*regulatory technical standards*, die onder de PRIIPS-verordening waren opgesteld, af-

gekeurd. Het is nu aan de Europese Commissie om met nieuwe voorstellen te komen voor deze Verordening, die per 31 december 2016 in werking zou moeten treden. Gelet op deze ontwikkeling is het waarschijnlijk dat de PRIIPS-verordening op een later tijdstip in werking zal treden.

Stand van zaken Level II-maatregelen Europese Commissie
Op 14 september 2016 heeft de Europese Commissie een overzicht gepubliceerd van de stand van zaken en planning met betrekking tot 'Level II' wetgevende maatregelen op het gebied van financiële dienstverlening.

Nederlandse regelgeving

Consultatiedocument Wijzigingswet financiële markten 2018
Op 27 juli 2016 heeft het ministerie van Financiën het consultatiedocument voor het wetsvoorstel voor de Wijzigingswet financiële markten 2018 gepubliceerd. De consultatietermijn sloot op 8 september 2016. Het is de bedoeling dat de Wijzigingswet financiële markten 2018 medio 2018 in werking treedt. Het consultatiedocument bevat onder meer voorstellen tot de volgende wijzigingen in de Wft en andere wetgeving:

- Een verplichting om goedkeuring te hebben van DNB voor het ten behoeve van een onder toezicht van DNB staande financiële onderneming afgeven van een 403-verklaring of soortgelijke concerngaranties;
- De concentratie van bank- en effectenzaken bij de Rechtbank Amsterdam;
- Een verbod tot het leggen van derdenbeslag onder DNB op bepaalde tegoeden die financiële ondernemingen aanhouden bij DNB;
- Een aantal aanpassingen op de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen, waaronder de toepassing van het Europese beloningsplafond voor beheerders van beleggingsinstellingen binnen een groep;
- Verlenging van de termijn voor het nemen van een besluit op de aanvraag van een bankvergunning van dertien naar zesentwintig weken;
- Verruiming van de mogelijkheid voor de AFM om informatie op te vragen bij DUO ten behoeve van het toezicht op de naleving van de Wft-vakbekwaamheidseisen;
- Introductie van de bevoegdheid van DNB om onder bepaalde omstandigheden het depositogarantiestelsel in te zetten voor de financiering van een overdracht van deposito-overeenkomsten die worden aangehouden bij een bank in faillissement of waarop de noodregeling is toegepast.

Consultatie Wijzigingsbesluit financiële markten 2017
Op 27 juli 2016 is eveneens een consultatiedocument voor het ontwerp-Wijzigingsbesluit financiële markten 2017 gepubliceerd. De consultatietermijn sloot eveneens op 8 september 2016. Het is de bedoeling dat de voorgestelde wijzigingen per 1 juli 2017 van kracht worden. Het consultatiedocument bevat onder meer voorstellen tot de volgende wijzigingen:

- Een aanpassing van de mogelijkheid voor financiële dienstverleners die onder het zogenaamde nationale regime vallen provisies aan hen te laten betalen vanaf een door een beleggingsonderneming beheerde beleggingsrekening van de klant;
- Een uitbreiding van de diplomaplicht voor adviseren over een algemeen pensioenfonds en het vrijwillig aansluiten bij een bedrijfstakpensioenfonds;
- Een aantal aanpassingen in de regelgeving, gericht op adviezen die worden gegeven zonder de tussenkomst van een natuurlijk persoon (geautomatiseerd advies);
- Enkele andere wijzigingen, waaronder een verlaging van het bedrag van het *initial capital*-vereiste voor niet-risicovolle bedrijfsmodellen (art. 48 lid 1 Bpr Wft) en een aanpassing in het Besluit melding zeggenschap en kapitaalbelang in uitvoerende instellingen Wft.

Beleidsregel incident Wft en Bgfo

In 2015 heeft de AFM een voorstel voor een beleidsregel incident Wft/Bgfo geconsulteerd (zie *KwartaalSignaal* 137). Door middel van deze beleidsregel beoogde de AFM uitleg te geven aan de invulling van deze open norm in de praktijk. Naar aanleiding van de consultatiereacties heeft de AFM besloten dat dit begrip zich er niet voor leent om nader in te vullen omdat dit onvoldoende zou aansluiten bij de verschillende typen ondernemingen waarop de norm van toepassing is.

Consultatiedocument implementatie Verordening essentiële-informatiedocumenten

Op 16 augustus 2016 heeft het ministerie van Financiën een consultatiedocument gepubliceerd voor het wetsvoorstel tot implementatie van de Verordening essentiële-informatiedocumenten. De consultatietermijn sloot op 13 september 2016. De Verordening geeft invulling aan de vereisten voor essentiële-informatiedocumenten voor verpakte retailbeleggingsproducten en verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten, die in het kader van de verkoop van dergelijke producten aan klanten zullen moeten worden versterkt op grond van de PRIIPS-verordening. Zowel de PRIIPS-verordening als deze Verordening hebben rechtstreekse werking in de lidstaten en hoeven dus in beginsel niet te worden geïmplementeerd in nationale regelgeving. Echter, artikel 24 van de Verordening essentiële-informatiedocumenten stelt een aantal eisen aan het toezicht op de naleving van de bepalingen uit die Verordening. Over de meeste bevoegdheden beschikt de AFM reeds. Door middel van het Besluit uitvoering EU-verordeningen Wft wordt geregeld dat deze bevoegdheden ook kunnen worden ingezet in het kader van het toezicht op grond van deze Verordening. Verder wordt één bevoegdheid toegevoegd aan de huidige bevoegdheden van de AFM: de bevoegdheid tot het stellen van beperkingen aan of het verbieden van de verkoop van bepaalde verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten (art. 17 van de Verordening). Voorgesteld wordt om ook deze bevoegdheid in de Wft op te nemen.

Rechtspraak

- CbB 12 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:270, *CO Sociedad de Gestión y Participación, S.A en anderen / DNB*, vervolg op Rechtbank Rotterdam van 4 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR4191, HvJ EU 30 december 2013 (ECLI:NL:CBB:2013:301) en arrest HvJ EU van 25 juni 2015 (C-18/14) (Verklaringen van geen bezwaar);
- Gerechtshof Amsterdam (OK), 16 augustus 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3366; SNS; beoordeling van bezwaren die tegen twee benoemde deskundigen kenbaar zijn gemaakt; bepaling van een voorschot op de onderzoekskosten dat de deskundigen toekomt; bepaling van de datum waarvoor de deskundigen een bericht zullen inleveren.

Literatuur

- C.J.J.C. Arnouts, M.F. Mooibroek & J.G. Geertsema, 'Het primaat van het tuchtrecht', *WPNR* 2016, afl. 7119;
- D. Busch, 'Artikel 1:23a Wft gaat niet ver genoeg!', *FR* 2016, afl. 10;
- D. Busch & A. Lenaerts, 'Naar een gespecialiseerde overheidsrechter voor civiele beleggingsgeschillen. Een kritische bespreking van art. 1:23a Wft, mede in het licht van de gespecialiseerde geschilbeslechting door de OK, het Kifid, de Financial List en de Netherlands Commercial Court', in: A.M. van Amsterdam e.a. (red.), *Fraude / Financieel recht / Ondernemingskamer*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 151-189;
- J.M. van Dijk, *Over opinions – Handleiding voor het opstellen en beoordelen van Nederlandsrechtelijke legal opinions* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom juridisch 2016;
- R.E. van Esch, 'Rondom het nieuws. Wijziging Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Nrgfo) en reclame-uitingen in digitale media over kredieten en complexe producten', *FR* 2016, afl. 10;
- R.E. van Esch, 'De nieuwe wettelijke regeling met betrekking tot elektronische handtekeningen en online financiële dienstverlening in theorie en praktijk', *FR* 2016, afl. 9;
- J.S. Kruijt, 'Het concept wetsvoorstel beleggingsobjecten en beleggingsobligaties', *FR* 2016, afl. 10;
- R.E. Labeur & T.W.G. de Wit, 'Rondom het nieuws. Haast met herziening Venture Capital Verordening', *FR* 2016, afl. 9;
- C.W.M. Lievever, "Over opinions – Handleiding voor het opstellen en beoordelen van Nederlandsrechtelijke opinies", bespreking proefschrift van Jan Marten van Dijk', *Ondernemingsrecht* 2016/90;
- R. Maatman, "Uitbesteding in de financiële sector", bespreking proefschrift van Peter Laaper', *Ondernemingsrecht* 2016/107;
- E.J. van Praag, 'De retailklant in de FinTech wereld: een juridische verkenning', *Ondernemingsrecht* 2016/102;
- W.A.K. Rank, 'Vermogensscheiding bij beleggingsondernemingen, betaalinstanties en elektronisch geldinstellingen: van consultatie tot consolidatie?', *FR* 2016, afl. 10;

- G.P. Roth & J.S. Roepnarain, 'De Wet transparant toezicht financiële markten', *FR* 2016/9;
- R.J. Watson & T.W. Beenen, 'De PRIIPs-Verordening: essentiële informatie over verpakte beleggingsproducten', *FR* 2016, afl. 10;
- G.P. Roth, 'Informeel handhaven door DNB en de AFM: vloek of zegen?', in: A.M. van Amsterdam e.a. (red.), *Fraude / Financieel recht / Ondernemingskamer*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 95-103;
- J. Tegelaar & M. Haentjens, 'Brexit: financieelrechtelijke gevolgen', *Bb* 2016/74.

Varia

AFM Leidraad kwalificatie innovatieve dienstverlening

Op 23 augustus 2016 heeft de AFM de Leidraad kwalificatie innovatieve dienstverlening gepubliceerd. De leidraad beoogt beleggingsondernemingen duidelijkheid te geven over de ruimte die binnen het huidige wettelijk kader bestaat om vernieuwende bedieningsconcepten te bieden. Daarbij heeft de AFM ook gebruik gemaakt van het gedachtegoed zoals dit is opgenomen in het in 2013 gepubliceerde visiedocument *Dienstverlening op Maat*. De leidraad heeft een beperkter toepassingsbereik, aangezien de leidraad hoofdzakelijk is gericht op de kwalificatie van bedieningsconcepten.

Consultatie effectiviteit en gewenste mate van bescherming van Wft-bescherming voor zzp'ers en mkb

Op 1 september 2016 heeft het ministerie van Financiën een consultatiedocument gepubliceerd met betrekking tot de effectiviteit en de gewenste mate van bescherming van zzp'ers en mkb'ers bij financiële dienstverlening. De consultatietermijn sloot op 8 oktober 2016. Het ministerie wil met behulp van de consultatie informatie verzamelen over dit onderwerp aan de hand van een aantal vragen. Ook vraagt het ministerie naar kenmerken van zzp- en mkb-ondernemingen die aanleiding geven tot minder of meer bescherming, alsmede over de wenselijkheid en de gevolgen van eventuele aanpassing en/of uitbreiding hiervan. Tevens is het ministerie een LinkedIn-discussiegroep gestart die ten minste tot en met oktober 2016 zal doorlopen.

2 BELEGGINGSINSTELLINGEN

Europese regelgeving

ESMA heeft updates gepubliceerd van haar Q&A's over UCITS en de AIFMD

In beide richtlijnen gaat de ESMA in op het moment dat voor een beleggingsinstelling het moment aanvangt dat zij moet rapporteren over Securities Financing Transactions (SFT's). Bij een SFT gebruikt een beleggingsinstelling (een deel van) het door hem beheerde vermogen als onderpand om financiering voor zijn eigen bedrijfsvoering aan te trekken.

In haar update over UCITS gaat de ESMA voorts in op de uitleg van de term ‘gereguleerde markt’ in de UCITS-richtlijn, afwezigheid van een eis om het op de website gepubliceerde beloningsbeleid te vertalen, en de herbelegging van *cash collateral*.

Rechtspraak

- HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2015, *RvdW 2016/922, NJB 2016/1610*;
- HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012.

3 BELEGGINGSONDERNEMINGEN

Rechtspraak

- Rb. Midden-Nederland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4645 (Renteswap. Beroep dwaling verjaard);
- Rb. Amsterdam 27 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4846 (Beëindiging renteswap door bank na faillissement onderneming);
- Rb. Gelderland 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4944 (Manipulatie Euribortarieven. Renteswap-overeenkomst);
- HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012 en ECLI:NL:HR:2016:2015 (Is een cliëntenremisier die tevens adviesdiensten verricht bij de totstandkoming van de effectenleaseovereenkomst vergunningplichtig?);
- HR 16 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2117 (Beleggingsprofiel. Zorgplicht bank);
- Hof 's-Hertogenbosch 27 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4294 (Schending zorgplicht bank renteswap);
- Hof Amsterdam 11 oktober 2016, zaaknr. 200.153.823/01 (eindarrest) (vervolg op tussenarrest Hof Amsterdam 10 november 2015, *JOR 2016/37*) (*Lobevis Vastgoed B.V./ ABN AMRO bank N.V.*) (vernietiging renteswap wegens dwaling).

Literatuur

- F.A. Dankers, ‘MiFID II en de “undbundling” van beleggingsresearch’, *FR 2016*, afl. 9;
- F.M.A. ‘t Hart, ‘Verbod directe beloning?’, *FR 2016*, afl. 9.

4 KREDIETINSTELLINGEN

Internationale ontwikkelingen

Afronding Basel III

De afronding van het Basel III-framework, voorzien voor eind 2016 door het Basel Committee on Banking Supervision (BCBS), leidt tot stevige onderhandelingen tussen de in de Committee vertegenwoordigde Europese en Amerikaanse toezichthouders en centrale bankiers. Gevoelig ligt

vooral de mogelijke beperking van het gebruik van interne modellen om risico's te berekenen en het instellen van een minimum kapitaalvloer. Vanwege de mogelijk grote impact van de nieuwe regels spreken sommigen van Basel IV.

Europese banken en toezichthouders stellen zich op het standpunt dat de nieuwe regels niet tot substantieel hogere kapitaaleisen mogen leiden voor de, toch al in zwaar weer verkerende, banken. Zij vinden steun in de aankondiging van het toezichtorgaan op de BCBS en een communiqué van de G20, dat de afronding van Basel III niet gepaard mag gaan met een significante verhoging van de totale kapitaalvereisten in de bankensector.

Aan de andere kant stelt de G20 dat de nieuwe regels een *level playing field* dienen te bevorderen. Dit zou kunnen betekenen dat banken worden beperkt in de mogelijkheid om via interne modellen zelf risico's te wegen en zo de hoeveelheid benodigd kapitaal te berekenen. Hier zijn de Amerikanen voorstander van maar in Europa, waar interne modellen meer worden gebruikt, is men bezorgd dat dit hogere kapitaalseisen met zich meebrengt.

Europese regelgeving

MREL-vereisten

Op 23 september 2016 is de Gedelegeerde Verordening van de Commissie betreffende de criteria voor het vaststellen van het minimumvereiste voor eigen vermogen en in aanmerking komende passiva (MREL) in werking getreden. Om effectieve afwikkeling van een instelling haalbaar te maken is het essentieel dat zij over toereikende financiële middelen beschikt om verliezen te absorberen en zich te herkapitaliseren. Dit is in het bijzonder van belang voor de effectiviteit van het *bail-in*-instrument. Aan de hand van in de Verordening gegeven criteria bepalen afwikkelingsautoriteiten per instelling de hoogte van de MREL-vereisten. Zie: Gedelegeerde Verordening (EU) 2016/1450 van de Commissie van 23 mei 2016 (*PbEU 2016*, L 237/1).

Rechtspraak

- CBb 20 mei 2016, *JOR 2016/240* m.nt. C.M.W. Lieveerse (Overtreding bankverbod. Feitelijk leidinggeven. Inwinnen van deskundig advies);
- HvJ EU 19 juli 2016, *JOR 2016/241* m.nt. M.L. Lousse (Prejudiciële beslissing. Staatssteun Sloveense banken);
- HR 9 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2044 (Beroepsaansprakelijkheid taxateur commercieel vastgoed jegens bank als de financier).

Literatuur

- B. Berger, P. Hüttel & S. Merler, ‘Total assets versus risk weighted assets: does it matter for MREL?’, *Bruegel Policy Contributions 2016*, afl. 12;
- M. Demertzis & G.B. Wolff, ‘What are the prerequisites for a euro-area fiscal capacity?’, *Bruegel Policy Contributions*, 2016, afl. 14;

- Roel Theissen, 'Interest Rate Risk in the Banking Book – IRRBB', *Ondernemingsrecht* 2016/103;
- N. Véron, 'The IMF's role in the euro-area crisis: financial sector aspects', *Bruegel Policy Contributions* 2016, afl. 13;
- J. Vickers, 'The Systemic Risk Buffer for UK Banks: A Response to the Bank of England's Consultation Paper', *Journal of Financial Regulation* 2016, afl. 2.

5 PENSIOENFONDSEN

Literatuur

- H.P. Breuker, 'Open en/of gesloten systeem van inhaal-indexatie en ongedaan maken van kortingen', *PensioenMagazine* 2016/122;
- G. Bierlaagh, 'Over bestuursverbod, onthoudingsregel en ontstentenis en belet', *PensioenMagazine* 2016/121;
- A.G. van Dijk, 'Governance van een pensioenfonds betekent ook effectieve taakuitoefening door de RvT', *TPV* 2016/30;
- C. van Ewijk e.a., *Pensioen 2020*, Deventer: Wolters Kluwer 2016;
- P.G. van der Graaff, 'Keuzevrijheid, en dan?', *TPV* 2016/28;
- W.J.J. Koeleman & M.A.T. Kortenhorst, 'FinTech in de pensioenwereld: en we noemen het PensionTech', *PensioenMagazine* 2016/101;
- E. Lutjens, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel XI. Pensioen*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Varia

CPB-notities over de toekomst van het pensioenstelsel

Het CPB heeft twee notities gepubliceerd over de toekomst van het pensioenstelsel. In de notitie *Afschaffing doorsneesystematiek: mogelijke transitiepaden* schetst het CPB mogelijke transitiepaden voor afschaffing van de doorsneesystematiek binnen de huidige uitkeringsovereenkomst. In de notitie *Aanvullende analyses toekomst pensioenstelsel* biedt het CPB inzicht in de uitkomsten van de verschillende SER-varianten voor een toekomstig pensioenstelsel. Het gaat daarbij met name in op zeer ongunstige en zeer gunstige scenario's.

6 VERZEKERAARS

Internationale ontwikkelingen

IAIS-consultatie International Capital Standard

Op 19 juli 2016 is de IAIS een publieke consultatie gestart voor een risicogebaseerde wereldwijde kapitaalstandaard

voor verzekeraars (ICS) (zie tevens *KwartaalSignaal* 133). Zoals eerder door de IAIS is aangekondigd volgen medio 2017 en eind 2019 volgende versies van de ICS. De eerste versie van de ICS is in december 2014 ter consultatie gepubliceerd. Met name wordt met de huidige versie feedback gevraagd op de volgende onderwerpen: waardering, kwalificatie van kapitaal en een standaardmethode ter berekening van het ICS kapitaalvereiste. De consultatietermijn sloot op 19 oktober 2016.

Europese regelgeving

Consultatie EIOPA voor implementing technical standards ten behoeve van het Insurance Product Information Document (IPID)

Op 1 augustus 2016 is EIOPA een consultatie gestart voor een voorstel voor *implementing technical standards* voor een gestandaardiseerd presentatiemodel van het Insurance Product Information Document (IPID) onder de Verzekeringsdistributierichtlijn. De consultatieperiode liep tot en met 24 oktober 2016. De doelstelling van het IPID is om ervoor te zorgen dat de klant over de relevante informatie over een schadeverzekeringsproduct kan beschikken om hem op eenvoudige wijze een keuze te kunnen laten maken tussen verschillende aanbiedingen en op deze wijze een onderbouwde keuze kan maken om een product al dan niet aan te schaffen.

Geactualiseerde methodologie voor de berekening van risicovrije rentetermijnstructuren

Op 30 september 2016 heeft EIOPA geactualiseerde technische documentatie gepubliceerd voor de methodologie om risicovrije rentetermijnstructuren te berekenen onder Solvency II.

Rechtspraak

- HvJ EU, 7 april 2016, *JOR* 2016/235 en 236, (*Masar / DAS en Büyüktipi / Achmea*) m.nt. J.B. Londonck Sluijck (prejudiciële beslissing, vrije advocaatkeuze onder een rechtsbijstandsverzekering).

Literatuur

- A.J.A.D. van den Hurk, 'Het consultatiedocument voor de Wet herstel en afwikkeling verzekeraars', *Ondernemingsrecht* 2016/97;
- A.J.A.D. van den Hurk, C.W.M. Lieverse, V.P.G. De Serière & D. Busch, 'Rondom het nieuws. Nieuwe regels voor herstel en afwikkeling van verzekeraars?', *FR* 2016, afl. 10.

7 FINANCIËLE MARKTEN

Europese regelgeving

Verordening Marktmisbruik

Ingevolge de Verordening Marktmisbruik (Verordening 596/2014) kwalificeren meerdere soorten informatie als voorwetenschap. Eén van deze soorten heeft betrekking op grondstofderivaten. Hoewel in artikel 7 lid 1 aanhef en onderdeel b Verordening Marktmisbruik is omschreven wanneer informatie omtrent grondstofderivaten als voorwetenschap kwalificeert, is ESMA gevraagd richtsnoeren vast te stellen waarin onder meer een verduidelijking van (een deel van) deze omschrijving is opgenomen. ESMA heeft deze richtsnoeren (*Final guidelines on commodity derivatives inside information*; ESMA 2016/1412) op 30 september 2016 gepubliceerd.

Implementatiewet Verordening en Richtlijn marktmisbruik

Met ingang van 3 juli jl. is de Verordening Marktmisbruik rechtstreeks toepasselijk in de lidstaten en diende de Richtlijn Strafsancties (2014/57/EU) geïmplementeerd te zijn. In voorgaand KwartaalSignaal meldden wij reeds dat de Eerste Kamer, in navolging van de Tweede Kamer, het voorstel Implementatiewet Verordening en Richtlijn marktmisbruik (34455) op 12 juli heeft afgedaan als hamerstuk. Op 10 augustus is de Implementatiewet dan ook gepubliceerd in het Staatsblad (*Stb.* 2016, 297). Het grootste deel van de Implementatiewet is op 11 augustus 2016 in werking getreden; slechts een klein deel van de Implementatiewet werkt terug tot 3 juli 2016.

Rechtspraak

- HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2213, Informatieverstrekking redding Fortis (maatstaf marktmanipulatie in de zin van art. 5:58 lid 1 aanhef en onderdeel d Wft).

Literatuur

- D.R. Doorenbos, ‘Openbaarmaking van voorwetenschap onder de Verordening marktmisbruik’, *Ondernemingsrecht* 2016/83;
- G.T.J. Hoff, ‘Met de billen bloot’, in: A.M. van Amsterdam e.a. (red.), *Fraude/Financieel recht/Ondernemingskamer*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 13-30;
- S.L. Honig, ‘De Verordening Marktmisbruik: veranderingen per 3 juli 2016’, *Bb* 2016/60.

Varia

Capital Markets Union – Mededeling van de commissie Kapitaalmarktenunie – Versnellen van de hervorming

Op 14 september 2016 heeft de Europese Commissie een Mededeling gedaan over de voortgang van het project

Kapitaalmarktunie (COM/2016/601). De eerste resultaten zijn geboekt. De Europese Raad van 28 juni 2016 heeft om een akkoord tegen eind 2016 gevraagd over de voorstellen voor eenvoudige, transparante en gestandaardiseerde (STS) securitisaties, om capaciteit op de bankbalansen vrij te maken en investeringskansen voor langetermijnbeleggers te bieden, en over het voorstel voor de vereenvoudiging van de prospectusregels waardoor ondernemingen gemakkelijker op zoek kunnen gaan naar investeringen door de kapitaalmarkten.

In de tweede fase wil de Commissie de hervormingen versnellen. Inefficiënties en verschillen in de nationale insolventiekaders genereren rechtsonzekerheid, hinderpalen voor het terugkrijgen van waarde door crediteuren en barrières voor de efficiënte herstructurering van levensvatbare ondernemingen in de EU, inclusief voor grensoverschrijdende groepen. De Commissie zal binnenkort een voorstel indienen over de herstructurering van ondernemingen en een tweede kans, zeer belangrijke elementen van een adequaat insolventiekader. Dat eerlijke ondernemers een tweede kans krijgen na een faillissement te boven te zijn gekomen is van cruciaal belang voor het waarborgen van een dynamisch ondernemingsklimaat en het bevorderen van innovatie.

Tot slot deelt de Commissie mee dat zij voorstellen zal bekijken voor een eenvoudig, efficiënt en concurrerend persoonlijk pensioenproduct van de EU. Voor persoonlijke pensioenen is een belangrijke rol weggelegd in het koppelen van langetermijnspaarders aan langetermijninvesteringskansen. De Commissie zal bij de besluitvorming over de meest geschikte verdere maatregelen om deze markten te ondersteunen haar aanpak baseren op de resultaten van de lopende publieke raadpleging. Opties die worden bekeken zijn onder meer een mogelijk wetgevingsvoorstel dat in 2017 zou kunnen worden ingediend.

MEDEDINGINGSRECHT

AAK20168211

Mr. M. Kuijper, mr. D.M.M. Coumans

EUROPEES MEDEDINGINGSRECHT

Handhaving

Europese Commissie legt producenten van vrachtwagens een recordboete op van € 2,93 miljard

Op 19 juli 2016 heeft de Europese Commissie (‘de Commissie’) aan vijf grote Europese vrachtwagenfabrikanten (DAF, Daimler, Iveco, MAN en Volvo/Renault) een recordboete opgelegd van € 2,93 miljard wegens overtreding van het kartelverbod. De vrachtwagenfabrikanten hebben gedurende een periode van 14 jaar heimelijke afspraken gemaakt over prijzen en over het al dan niet doorberekenen van kosten voor het naleven van strengere Europese milieunormen. Meer bepaald ging het om de coördinatie

van (i) fabrieksprijzen van vrachtwagens, (ii) de timing voor de introductie van technologie gericht op emissie-reductie om te voldoen aan de steeds strengere Europese emissienormen voor vrachtwagens en (iii) het doorberekenen aan klanten van de kosten van de nieuwe emissie-technologieën. Het boetebesluit van de Commissie is om meerdere redenen opvallend te noemen. De boete van in totaal € 2,93 miljard is met afstand de hoogste boete die de Commissie ooit heeft opgelegd. Verder hebben de vijf vrachtwagenfabrikanten gebruik gemaakt van de schikkingsprocedure van de Commissie. De vrachtwagenfabrikanten hebben op basis van deze procedure 10% boetekorting gekregen in ruil voor erkenning dat zij hebben deelgenomen aan het kartel en in dat verband aansprakelijk zijn. MAN heeft zelfs volledige boete-immuniteit gekregen omdat zij het bestaan van het kartel aan de Commissie heeft onthuld. MAN heeft hierdoor een boete van € 1,2 miljard ontlopen. De vier andere vrachtwagenfabrikanten (DAF, Daimler, Iveco en Volvo/Renault) hebben – naast de 10% boetekorting in verband met het volgen van de schikkingsprocedure – nog aanvullende kortingen gekregen (tussen de 10-40%) voor het verlenen van medewerking aan het onderzoek van de Commissie. Zij hebben onder meer bewijsmateriaal verstrekt, waarmee ze de Commissie hebben geholpen om het bestaan van het kartel aan te tonen. Wat verder opvalt is dat de Commissie in 2014 een onderzoek is gestart naar zes vrachtwagenfabrikanten: de vijf fabrikanten die nu zijn beboet én Scania. Scania heeft als enige besloten om niet te schikken; zij weigert schuld te bekennen en valt zodoende niet onder het schikkingsbesluit van de Commissie. Scania zal het onderzoek volgens de gewone kartelprocedure (zonder schikking) doorlopen. (Persbericht Europese Commissie 19 juli 2016, IP/16/2582.)

Steunmaatregelen voor Nederlandse voetbalclubs verenigbaar met Europese staatssteunregels

Op 4 juli 2016 heeft de Europese Commissie bekendgemaakt dat de maatregelen van een aantal Nederlandse gemeenten ter ondersteuning van de voetbalclubs Den Bosch, MVV, NEC, PSV en Willem II in overeenstemming is met de Europese staatssteunregels. In 2011 en 2012 verkeerden de vijf voetbalclubs in grote financiële problemen. Om de voetbalclubs voor een faillissement te behoeden, besloten de betrokken gemeenten om de voetbalclubs financieel te ondersteunen. Zo verrekende de gemeente Maastricht een vordering van € 1,7 miljoen die zij op MVV had met de koopsom van haar aankoop van het voetbalstadion en de trainingsfaciliteiten van de voetbalclub ter waarde van € 1,85 miljoen. De gemeente Den Bosch verrekende een vordering van € 1,65 miljoen op de voetbalclub met de koopsom voor de aankoop van 60% van de aandelen in de voetbalclub. Vervolgens verkocht zij deze aandelen voor een symbolische euro aan een stichting bestaande uit supportersclubs van Den Bosch. De gemeente Eindhoven besloot tot een sale-en-leaseback-transactie met PSV: de gemeente Eindhoven kocht de grond onder het Philipsstadion en een trainingsfaciliteit voor een prijs

van € 48.385.000 en leasede deze vervolgens terug aan PSV. De gemeente Nijmegen betaalde € 2,2 miljoen aan NEC in ruil voor het afzien van de koopoptie van NEC op het multifunctionele sportcomplex De Eendracht. NEC had deze koopoptie verworven omdat De Eendracht was gebouwd op grond waarvan NEC eigenaar was. Tot slot besloot de gemeente Tilburg om de huur van het stadion van Willem II met terugwerkende kracht te verlagen, wat in totaal resulteerde in een voordeel van € 2,4 miljoen voor de voetbalclub. Na jarenlang diepgaand onderzoek is de Commissie tot de conclusie gekomen dat de door de gemeenten Maastricht, Nijmegen, Tilburg en Den Bosch verleende steun kwalificeert als reddings- en herstructureringssteun en zodoende in overeenstemming is met de Europese staatssteunregels. De Commissie acht reddings- en herstructureringssteun in beginsel in overeenstemming met de Europese staatssteunregels als de ondernemingen in kwestie realistische vooruitzichten hebben op levensvatbaarheid en maatregelen hebben genomen om met de steun gepaard gaande concurrentieverstorende effecten te verminderen die zich als gevolg van de verleende staatssteun hebben voorgedaan. MVV, NEC, Willem II en Den Bosch hebben volgens de Commissie realistische herstructureringsplannen uitgevoerd, nu zij aanzienlijk hebben bijgedragen aan de kosten van hun herstructurering en ermee hebben ingestemd om maatregelen te nemen om verstoringen van de concurrentie te verminderen. Deze voetbalclubs hebben ermee ingestemd om het aantal werknemers te beperken, het aantal geregistreerde spelers te verminderen en de lonen van de spelers te verlagen. Met betrekking tot PSV concludeerde de Commissie dat de grondtransactie tussen de gemeente Eindhoven en PSV geen steun vormde in de zin van de Europese staatssteunregels, omdat de transactie onder marktconforme voorwaarden heeft plaatsgevonden. (Besluit Europese Commissie 4 juli 2016, SA.40168 (Willem II), SA.41612 (MVV), SA.41614 (Den Bosch), SA.41617 (NEC) en SA.41613 (PSV).)

Ierland moet € 13 miljard aan verboden belastingvoordeel terugvorderen van Apple

Op 30 augustus 2016 heeft de Europese Commissie bekendgemaakt dat Ierland in strijd met de staatssteunregels een belastingvoordeel van € 13 miljard aan Apple heeft toegekend. Ierland is verplicht de verboden steun van € 13 miljard terug te vorderen van Apple. Ierland is in 1991 en 2007 een tweetal fiscale *rulings* (belastingafspraken) met Apple overeengekomen, waarmee een methode werd goedgekeurd om de winst die werd behaald met Appleproducten in Europa aan twee Ierse vennootschappen toe te wijzen. Apple had zijn verkoopactiviteiten in Europa zo georganiseerd dat contractueel gezien klanten hun producten kochten van een Ierse vennootschap en niet van de winkels waar de producten fysiek aan de klanten werden verkocht. Op die manier boekte Apple alle verkooptransacties en de winst die daaruit voortvloeide rechtstreeks in Ierland. De Commissie is in 2014 een onderzoek gestart naar de fiscale *rulings*, in het bijzonder

of de methode om de belastbare winst van de twee Ierse vennootschappen te berekenen een onrechtmatig voordeel opleverde dat verboden is volgens de Europese staatssteunregels. Uit dit onderzoek is volgens de Commissie naar voren gekomen dat als gevolg van de fiscale *rulings* de door Apple betaalde belasting sinds 1991 aanzienlijk en kunstmatig is verlaagd. Bijna alle winst die de twee Ierse vennootschappen genereerde met de verkoop van Appleproducten binnen Europa werd toegewezen aan een zogenaamd hoofdkantoor. Dat hoofdkantoor bestond echter alleen op papier; het was in geen enkel land gevestigd en had geen werknemers of eigen gebouwen, aldus de Commissie. De winst die aan de fictieve hoofdkantoren werd toegewezen werd zodoende in geen enkel land belast. Als resultaat van de toewijzingsmethode die in de fiscale *rulings* werd goedgekeurd, bedroeg het effectieve tarief van de vennootschapsbelasting voor Apple in 2003 maar 1% van de winst van de Ierse vennootschappen en was dit in 2014 zelfs gedaald tot 0,005%. Apple betaalde volgens de Commissie dan ook beduidend minder belasting dan andere ondernemingen. De Commissie concludeert dat Apple als gevolg van de Ierse fiscale *rulings* een selectief voordeel geniet ten opzichte van andere ondernemingen waarvoor dezelfde nationale belastingregels gelden; de winsten van Apple worden vrijwel niet belast terwijl voor andere ondernemingen het normale tarief van 12,5% geldt. Deze selectieve bevoordeling van Apple is volgens de Commissie in strijd met de Europese staatssteunregels. (Persbericht Europese Commissie 30 augustus 2016, IP/16/2923.)

Rechtspraak

Onderneming kan mededingingsrechtelijk aansprakelijk zijn voor het handelen van een derde

Op 21 juli 2016 heeft het Europese Hof van Justitie van de Europese Unie ('het Hof') naar aanleiding van een prejudiciële vraag van een Letse rechter geoordeeld dat een onderneming aansprakelijk kan worden gesteld voor handelingen die een onafhankelijke dienstverrichter (een derde) voor haar heeft verricht. De vraag die bij het Hof voorlag had betrekking op een aanbesteding die de Letse gemeente Jurmala had uitgeschreven voor de bevoorrading van onderwijsinstellingen met levensmiddelen. Meerdere partijen, waaronder DIV un Ko ('DK'), Ausma Grupa ('AG') en Partikas Kompanija ('PK'), hadden zich op deze aanbesteding ingeschreven. Deze drie partijen hadden dezelfde dienstverrichter, MMD Lietas ('MMD'), ingehuurd om een offerte op te stellen en deze bij de gemeente in te dienen. Hierbij is van belang dat PK volledig onafhankelijk van de twee andere partijen een ontwerp-offerte had opgesteld en deze ter goedkeuring aan MMD had overhandigd. Een werknemer van MMD heeft die ontwerp-offerte vervolgens gebruikt om de prijzen van de offertes van de twee andere partijen op elkaar af te stemmen. Hierdoor was de offerte van AG 5% goedkoper dan die van PK en die van DUK weer 5% goedkoper dan die

van AG. De Letse mededingingsautoriteit was van mening dat DK, AG en PK als gevolg van het afstemmen van de offertes in strijd met de mededinging hadden gehandeld. De Letse rechter twijfelde echter of PK aansprakelijk kon worden gehouden voor het handelen van MMD en vroeg aan het Hof of een onderneming die niet op de hoogte was van het handelen van een van haar onafhankelijke dienstverrichter mededingingsrechtelijk aansprakelijk kan worden gehouden voor het handelen van die dienstverrichter. Het Hof overwoog dat voor zover een dienstverrichter op onafhankelijke wijze tegen vergoeding zijn diensten aanbiedt, hij moet worden onderscheiden van de onderneming waarvoor hij diensten verricht. De handelingen van een onafhankelijke dienstverrichter kunnen dus niet meteen aan de onderneming waarvoor hij zijn diensten verricht worden toegerekend. In bepaalde omstandigheden kan dat echter anders zijn en kan de onderneming waarvoor de onafhankelijke dienstverrichter werkt mededingingsrechtelijk aansprakelijk worden gehouden voor het handelen van die dienstverrichter. Dit is het geval als (i) de dienstverrichter in werkelijkheid werkte onder gezag of toezicht van de betrokken onderneming; of (ii) de onderneming op de hoogte was van de doelstelling om een mededingingsrechtelijke overtreding te begaan en de onderneming met haar eigen gedrag heeft willen bijdragen aan de verwezenlijking daarvan; of (iii) de onderneming de mededingingsversturende handelingen van haar concurrenten en van de dienstverrichter redelijkerwijs kon voorzien en bereid was om het risico ervan te aanvaarden. (HvJ EU 21 juli 2016, C-542/14 (*VM Remonts e.a.*)).

Heimelijke audio-opnamen kunnen als bewijs voor een overtreding van het kartelverbod worden gebruikt

Op 8 september 2016 heeft het Gerecht van de Europese Unie ('Gerecht') geoordeeld dat heimelijke opnamen van telefoongesprekken en aantekeningen hiervan gebruikt mogen worden als bewijsmateriaal om een overtreding van het kartelverbod vast te stellen. De Europese Commissie heeft in 2013 een boete opgelegd aan een aantal Noordzeegarnalenhandelaren die in de jaren 2000-2009 onder meer prijsafspraken hadden gemaakt en concurrentiegevoelige informatie hadden uitgewisseld. De Commissie heeft de deelname van Heiploeg – een van de Noordzeegarnalenhandelaren – aan het kartel onder andere vastgesteld op basis van heimelijke opnamen van telefoongesprekken tussen Heiploeg en een andere Noordzeegarnalenhändler en aantekeningen van deze gesprekken. Heiploeg is in beroep gegaan tegen het boetebesluit van de Commissie, in het bijzonder tegen het gebruik van de heimelijke opnamen van telefoongesprekken en de aantekeningen daarvan als bewijs voor haar deelname aan het kartel. Heiploeg betwistte zowel de rechtmatigheid van de wijze waarop de heimelijke opnamen in het bezit waren gekomen van de Commissie als de geloofwaardigheid van de aantekeningen van de telefoongesprekken. Het Gerecht oordeelde dat de heimelijke opnamen op rechtmatige wijze in het bezit waren gekomen van de Commissie, nu zij de opnamen had verkregen tijdens een inval (een on-

aangekondigde inspectie) bij een van de partijen die bij de kartelafspraken betrokken was. Het Gerecht was verder van oordeel dat de Commissie de heimelijke opnamen heeft mogen gebruiken als bewijs voor het vaststellen van een overtreding van het kartelverbod, omdat (i) de inhoud of de echtheid van de heimelijke opnamen nooit door de betreffende Noordzeegarnalenhandelaren, waaronder Heiploeg, is betwist; (ii) het verkregen bewijs uit de heimelijke opnamen in overeenstemming is met het overige bewijsmateriaal in de zaak; (iii) de heimelijke opnamen bijzonder waardevol zijn als bewijs, gezien de directe en rechtstreekse band van de opnamen van de telefoongesprekken met het voorwerp van het onderzoek (de kartelovertrekking); (iv) de heimelijke opnamen ook nadelig zijn geweest voor de Noordzeegarnalenhandelaar die deze opnamen heeft gemaakt nu de opnamen ook als bewijs tegen die betreffende Noordzeegarnalenhandelaar is gebruikt. Ten aanzien van het gebruik van de aantekeningen als bewijs voor de kartelovertrekking, was het Gerecht van oordeel dat de Commissie terecht gebruik heeft gemaakt van deze aantekeningen. De Commissie was zich namelijk bewust van het feit dat de schriftelijke aantekeningen niet noodzakelijkerwijs een exacte transcriptie waren van de telefoongesprekken. Daarnaast stemden de aantekeningen overeen met het andere bewijs in de zaak. (Gerecht 8 september 2016, T-54/14 (*Goldfish e.a. / Commissie*)).

Literatuur

- M.R. Baneke & S.M. Dielemans, ‘Toegang tot big data van de concurrent op basis van art. 102 VWEU’, *MP* 2016, afl. 4, art. 213.
- W. Knibbeler, ‘Eturas: ontvangst ongevraagde online informatie kan leiden tot onderling afgestemd feitelijk gedrag’, *M&M* 2016, afl. 4, p. 147-152.
- R. Elkerbout, ‘Het DHL-arrest: “Foutje, bedankt!” in een systeem van parallele clementieregelingen’, *M&M* 2016, afl. 4, p. 153-159.
- J.I. Kohlen & D.P. Kuipers, ‘Mededingingsproblemen in after-markets – terug bij af?’, *MP* 2016, afl. 4, art. 211.
- Y. de Vries, ‘Concentratiecontrole en innovatie: tijd voor iets nieuws?’, *MP* 2016, afl. 5-6, art. 219.
- E.M.H. Loozen, ‘Wijziging zorgspecifieke regels markten mededingingstoezicht: overbodig bij objectieve handhaving bestaande mededingingsregels’, *SEW* 2016, afl. 10, p. 414-424.

ECONOMISCH RECHT EN INTELLECTUELE EIGENDOM

AAK20168214

Mr. D.A.J.M. Melchers

PERIODE 1 APRIL 2016 – 15 SEPTEMBER 2016

Jurisprudentie (selectie)

Auteursrecht

Het begrip ‘mededeling aan het publiek’ en de Richtlijn naburige rechten

Inmiddels heeft het HvJ EU diverse arresten gewezen, waarin uitleg is gegeven aan het begrip ‘mededeling aan het publiek’. De in deze rechtspraak vastgestelde criteria zien voornamelijk op de uitleg van dit begrip zoals neergelegd in artikel 3, lid 1 van de Infosoc-richtlijn (Richtlijn 2001/29/EG). Nu komt het begrip ‘mededeling aan het publiek’ ook voor in artikel 8, lid 2 van de Richtlijn naburige rechten (Richtlijn 2006/115/EG). De vraag is of hier dezelfde criteria mogen worden toegepast. Onder meer deze vraag is in het arrest *Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH tegen GEMA* (zaak C-117/15 van 31 mei 2016) aan het HvJ EU voorgelegd.

Aanleiding voor het geschil was de aanwezigheid van televisietoestellen in de wachtkamers en trainingsruimte van een revalidatiecentrum. Door plaatsing van deze televisietoestellen werden patiënten in de gelegenheid gesteld televisieprogramma’s te bekijken.

De vraag die door de verwijzende rechter wordt gesteld is of in de thans voorgelegde casus sprake is van een ‘mededeling aan het publiek’ in de zin van de Infosoc-richtlijn of in de zin van de Richtlijn naburige rechten.

Het HvJ EU geeft gemotiveerd aan dat in de onderhavige zaak, waarin bij het uitzenden van televisieprogramma’s niet alleen de auteursrechten, maar ook de rechten van uitvoerende kunstenaars of producenten van fonogrammen worden getroffen, zowel artikel 3, lid 1 van de Infosoc-richtlijn als artikel 8, lid 2 van de Richtlijn naburige rechten moet worden toegepast. Het HvJ EU vervolgt door aan te geven dat hierbij dezelfde betekenis moet worden gegeven aan het begrip ‘mededeling aan het publiek’. Dit heeft tot gevolg dat ook dezelfde uitleggingscriteria van toepassing zijn. Deze in de rechtspraak ontwikkelde criteria, worden door het HvJ EU nogmaals herhaald (r.o. 35 t/m 52), waarna het HvJ EU de criteria toepast op de casus. In deze zaak, waarbij de exploitant van een revalidatiecentrum televisietoestellen heeft geplaatst waarop bewust televisieprogramma’s worden doorgegeven aan patiënten, is van een handeling bestaande in een ‘mededeling aan het publiek’ sprake; deze wordt door de exploitant vericht. De kring van patiënten van het revalidatiecentrum betreft personen in het algemeen. Deze kring is voorts niet ‘te klein of zelfs onbeduidend’ om niet van ‘een publiek’ te kunnen spreken. Deze groep vormt ook een ‘nieuw publiek’. Het HvJ EU vervolgt door te stellen dat de uitzenden-

ding van de televisieprogramma's door de exploitant als een extra dienst kan worden beschouwd, waardoor sprake kan zijn van een winstoogmerk. Het HvJ EU oordeelt dan ook dat deze uitzending een handeling bestaande in een 'mededeling aan het publiek' is.

Hyperlinken naar illegale content

De *Britt Dekker*-zaak heeft al de nodige aandacht gehad. Op 8 september jl. heeft het HvJ EU (in *GS Media tegen Sanoma*; zaak C-160/15) zich uiteindelijk over de door de Hoge Raad in deze zaak gestelde prejudiciële vragen uitgelaten. Kort nog even de feiten: de foto's van Britt Dekker die Sanoma heeft laten maken zijn vóór het verschijnen van de decembereditie van de *Playboy* al te zien via een door GeenStijl op haar website aanklikbare hyperlink. Deze foto's waren opgeslagen in een bestand op een Australische site voor dataopslag, *Filefactory.com*. GS Media (beheerder van de site GeenStijl) heeft deze hyperlinks niet willen verwijderen. De centrale vraag die door het HvJ EU moet worden beantwoord is 'of en onder welke omstandigheden het plaatsen op een website, van een hyperlink naar beschermde werken die zonder toestemming van de auteursrechthebbende vrij beschikbaar zijn op een andere website, een "mededeling aan het publiek" is in de zin van artikel 3, lid 1 van de Infosocrichtlijn' (Richtlijn 2001/29/EG). Het HvJ EU heeft reeds in eerdere arresten uitleggingscriteria vastgesteld, aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of er in een concrete situatie sprake is van een 'mededeling aan het publiek'. Ten aanzien van hyperlinks heeft het HvJ EU in de *Svensson*-zaak (C-466/12) geoordeeld dat het plaatsen hiervan naar beschermde werken die vrij beschikbaar zijn op een andere website, géén 'mededeling aan het publiek' is. In *Svensson* betrof het echter hyperlinks die waren geplaatst naar werken die met toestemming van de rechthebbende op een andere website vrij ter beschikking waren gesteld. Dit is in de onderhavige zaak anders. Het HvJ EU benadrukt het belang dat door de auteursrechthebbende toestemming wordt verleend voor de beschikbaarstelling op een website, maar is zich ook bewust van de werking van hyperlinks op het internet; deze dragen bij aan de goede werking van de vrijheid van meningsuiting en van informatie. Het HvJ EU realiseert zich ook dat het, met name voor particulieren, moeilijk kan zijn om na te gaan of er toestemming voor publicatie op het internet is gegeven. Het HvJ EU stelt dan ook dat wanneer een hyperlink naar een werk dat vrij beschikbaar is op een andere website, geplaatst is door een persoon die daarmee geen winstoogmerk heeft, rekening moet worden gehouden met de omstandigheid dat die persoon niet weet, en redelijkerwijs ook niet kan weten, dat dat werk zonder toestemming van de auteursrechthebbende was gepubliceerd op het internet. Echter, wanneer vaststaat dat deze persoon wist of moest weten dat de door hem geplaatste hyperlink toegang geeft tot een illegaal op het internet gepubliceerd werk, dan moet ervan uitgegaan worden dat de verstrekking van die link een 'mededeling aan het publiek' vormt. Wanneer het plaatsen van hyperlinks geschiedt met een winstoogmerk, kan worden verwacht dat de nodige

verificaties worden verricht om te onderzoeken of het werk waarnaar wordt gelinkt niet illegaal is gepubliceerd. In die situatie wordt kennis van het illegale karakter van de publicatie vermoed en levert die link een 'mededeling aan het publiek' op.

In de onderhavige zaak, waar door GS Media met een winstoogmerk hyperlinks zijn verstrekt, en waarbij GS Media wist dat door Sanoma geen toestemming was gegeven voor de publicatie van de foto's op internet, is door het plaatsen van de link sprake van een 'mededeling aan het publiek'.

Modellenrecht

De niet-geregistreerde gemeenschapsmodellenlicentie

In arrest van het HvJ EU van 22 juni 2016 inzake *Thomas Phillips GmbH tegen Grüne Welle Vertriebs GmbH* (zaak C-419/15) draait het om de positie van een licentiehouders van een ingeschreven gemeenschapsmodel, wanneer de licentie niet is ingeschreven in het register van gemeenschapsmodellen. Een van de vragen die aan de orde komen is of de licentiehouders die door de houder van het gemeenschapsmodel gemachtigd is om op te treden, dit ook mag indien de licentie niet is ingeschreven. Het gaat in dit arrest om de Gemeenschapsmodellenverordening (Verordening (EG) 6/2002), waarin regels zijn neergelegd die zien op de licentie van een gemeenschapsmodel (art. 32) en de derdenwerking hiervan (art. 33). Uitleg gevend aan artikel 33, lid 2, eerste volzin, van de Gemeenschapsmodellenverordening geeft het HvJ EU aan dat een licentiehouders gerechtigd is een inbreukvordering in te stellen ook wanneer de licentie niet in het register is ingeschreven. De vraag die daarop volgt is of de licentiehouders in de door hem op grond van artikel 32, lid 3 van de Gemeenschapsmodellenverordening geëntameerde inbreukprocedure dan ook vergoeding van zijn eigen schade mag vorderen. Het HvJ EU geeft gemotiveerd aan dat ook dit inderdaad mag.

Merkenrecht

Termijn voor vernieuwing inschrijving Uniemerks

In artikel 47 van de Verordening inzake het Uniemerks (Verordening (EG) 207/2009) zijn regels neergelegd over hoe de vernieuwing van de inschrijving van een Uniemerks dient plaats te vinden. In het derde lid van deze bepaling staat dat de aanvraag om vernieuwing moet worden ingediend binnen zes maanden voor het verstrijken van de maand waarin de beschermingsperiode eindigt. Binnen deze periode moeten ook de taksen worden betaald. In de derde volzin van artikel 47 wordt een aanvullende regel gegeven die stelt:

'De indiening van de aanvraag en de voldoening van de taksen kunnen nog binnen een extra termijn van zes maanden na het verstrijken van de in de eerste zin genoemde termijn geschieden, tegen betaling van een toeslag binnen deze extra termijn.'

Het arrest van het HvJ EU van 22 juni 2016 inzake *Nissan Jidosha* (zaak C-207/15 P) betreft een hogere voorziening waarbij om vernietiging van de beslissing van het Gerecht van de Europese Unie is verzocht, waarin de beslissing van het Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO) om de merkvernieuwing voor klasse 9 af te wijzen in stand is gelaten.

Nissan beschikte in deze zaak over een merkinschrijving voor de waren in de klassen 7, 9 en 12. In het verzoek om vernieuwing van de registratie heeft Nissan het EUIPO enkel verzocht de waren van de klassen 7 en 12 op te nemen. Dit verzoek is tijdens de termijn van zes maanden ingediend en is vervolgens door het EUIPO doorgevoerd. Het EUIPO heeft toen echter tevens de inschrijving van de waren voor klasse 9 doorgehaald. Nissan heeft vervolgens binnen de extra termijn zoals neergelegd in de tweede volzin van artikel 47, lid 3 alsnog verzocht om ook de waren van klasse 9 in haar merkvernieuwing op te nemen. De vraag is of dit kan. Het Gerecht vindt van niet en stelt (kort samengevat) dat een verzoek om vernieuwing in de extra termijn slechts mogelijk is indien in de oorspronkelijke periode van zes maanden geen verzoek om vernieuwing is ingediend. Het HvJ EU geeft gemotiveerd aan hier anders over te denken en vernietigt het bestreden arrest.

SOCIAAL RECHT

AAK20168216

Dr.mr.drs. J. Heinsius

Wetgeving

Brexit, presidentverkiezingen in de VS en Tweede Kamerverkiezingen in NL

De onderhavige KwartaalSignalen kennen qua actualiteit als nadeel, dat zij pas enige tijd na inzending ervan ter lezing verschijnen. Dat kan er dan al snel toe leiden, dat datgene wat bij het typen ervan actueel is bij lezing van deze stukjes alweer enige tijd geleden is en datgene wat bij het schrijven nog betrekkelijk ver weg is bij lezing van een KwartaalSignaal juist actueel is. Voorbeeld van het eerste kan in de eerste helft van oktober 2016 de Brexit zijn, voorbeelden van het laatste de verkiezingen van een nieuwe Amerikaanse president (m/v) of onze eigen Tweede Kamerverkiezingen. Het gevolg van alle drie deze gebeurtenissen kan zijn, dat de drie betreffende landen aan de vooravond staan van een grote beproeving van het voortbestaan van het arbeids- en socialezekerheidsrecht in hun huidige vorm. Wat zal er immers in het Verenigd Koninkrijk bijvoorbeeld gaan gebeuren met de in de wetgeving geïmplementeerde Europese Richtlijn betreffende collectief ontslag? En wat zou een ondernemer-president in de VS in een op het opnieuw 'groots' maken van diens natie gericht beleid doen met sowieso al schaars aanwezige 'lastige' federale werknemers beschermende wetgeving? En wat zou een PVVD-coalitie in ons eigen land bijvoorbeeld gaan doen met de vrijheid van werkgevers

beperkende Wet op de cao? Hoewel een poging tot beantwoording van deze – bij het typen ervan dus deels – nog hypothetische vragen interessant zou kunnen zijn en wellicht sneller dan gedacht ook daadwerkelijk sociaalrechtelijk relevant, zal het onderhavige KwartaalSignaal zich deze keer verder beperken tot ons eigen land. Gezien de grote aandacht voor de arbeidsovereenkomstenrechtelijke aspecten van de Wwz in eerdere versies, wordt deze keer eerst wat socialezekerheidswetgeving en -rechtspraak gesignaleerd.

Wet aanpassing bestuurlijke boete SZW-wetgeving

Hoe de toekomst ook moge gaan worden, in ons land is momenteel in ieder geval nog sprake van een weliswaar niet als optimaal, maar – met steun van bijvoorbeeld familie, vrienden, mantelzorgers en andere vrijwilligers, bureaus, kerken en/of voedselbanken – toch – zeker in mondiaal perspectief – als fatsoenlijk aan te duiden socialezekerheidsstelsel. Gejuridiseerd blijkt dit niet alleen uit het enkele bestaan van vele socialezekerheidswetten, maar ook uit het controleren van toepassing daarvan door onafhankelijke rechters en het naar aanleiding daarvan zo nodig door de wetgever doorvoeren van aanpassingen. Illustratief voorbeeld hiervan is de Wet tot wijziging van de socialezekerheidswetten in verband met de regeling van de bestuurlijke boete van 23 augustus jl. (*Stb.* 2016, 318). Uitgaande van het beginsel dat sancties in overeenstemming behoren te zijn met de ernst van een overtreding, de mate waarin deze verwijtbaar is en er rekening moet worden gehouden met de omstandigheden waaronder een overtreding plaatsvond, is door die wet onder meer de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving aangepast. Aanleiding daarvoor was een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) van 24 november 2014 (ECLI:NL:CRVB:2014:3754), waarin onze hoogste socialezekerheidsrechter negatief oordeelde over de bij en krachtens laatstgenoemde wet vastgelegde en -gestelde bestuurlijke boetes bij schending van de inlichtingenplicht. Deze waren te rigide en dat is aangepast. De aanpassingswet houdt wat dat betreft onder meer in, dat bij voorgenoemde schending geen hogere bestuurlijke boete mag worden opgelegd dan de maximale boete uit het Wetboek van Strafrecht, waarbij het onderscheid tussen opzet en geen opzet een belangrijke rol speelt. Ook de minimumboetes zijn in de onderhavige wet geschrapt en tevens wordt met de wet een bredere toepassing beoogd van het instrument van de waarschuwing. In dat laatste geval moet overigens wel een te veel betaalde uitkering worden terugbetaald. Zie over de onderhavige wijzigingswetgeving desgewenst nader *NJB* 2016/1687, p. 2345, desbetreffende literatuur (bijv. H. Nummerdor-Buijs & J.C. de Wit, 'De bestuurlijke boete in de Participatiewet na de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep bezien vanuit het perspectief van de wetgever, het bestuursorgaan, de rechter en de burger', *Gst.* 2016/101) en/of de wetsgeschiedenis (*Kamerstukken* 34396). Ook het Boetebesluit socialezekerheidswetten is 19 september jl. trouwens gewijzigd (*Stb.* 2016, 342).

Rechtspraak

Op welke dienstbetrekking ziet artikel 29 ZW?

Dat het bij de toepassing van socialezekerheidswetgeving in ons land niet altijd goed gaat, blijkt tevens uit een uitspraak van de CRvB van 18 augustus jl. (ECLI:NL:CRVB:2016:3109). In de feiten leidend tot deze uitspraak was er sprake van een situatie waarin een werknemer met diens werkgever twee arbeidsovereenkomsten ziend op nagenoeg gelijke werkzaamheden had; eentje voor bepaalde tijd en eentje voor onbepaalde tijd. En toen de eerste arbeidsovereenkomst tijdens ziekte van de werknemer van rechtswege eindigde en daarmee ook de plicht van de werkgever om ziend op die overeenkomst ingevolge artikel 7:629 BW loon bij ziekte door te betalen, ontstond de vraag of de zieke werknemer een recht op uitkering ingevolge de Ziektewet (ZW) had. Een ogenschijnlijk simpel positief te beantwoorden vraag, omdat de werknemer ook in de zin van laatstgenoemde wet ziek was en in de zin van artikel 29 ZW geen aanspraak meer kon maken op loondoorbetaling van de werkgever. Het UWV zag dat echter anders; de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen werkgever en werknemer bestond immers nog en ingevolge daarvan voorzag artikel 7:629 BW in een plicht tot loonbetaling. Ratio van deze beslissing was, dat het bestuursorgaan UWV beide arbeidsovereenkomsten ziend op (nagenoeg) gelijke werkzaamheden bij de bestuursrechtelijke uitvoering van de Ziektewet kennelijk als één *dienstbetrekking* in de zin van artikel 29 ZW zag. In het kader daarvan was er – ondanks het juridisch-technische eindigen van de *arbeidsovereenkomst* voor bepaalde tijd – nog steeds sprake van een recht op loondoorbetaling in de zin van artikel 29 ZW jo. 7:629 BW – de *dienstbetrekking* voor onbepaalde tijd was er immers nog. De CRvB ziet dit als bestuursrechter echter anders. Partijen mochten, ook volgens de toepasselijke cao, hun ‘parallele’ arbeidsovereenkomsten sluiten zoals zij wensten en zij hadden daartoe daarin ook specifieke redenen genoemd. Dat beide arbeidsovereenkomsten niet wezenlijk van elkaar verschilden, maakt dat niet anders. Aldus kon de zieke werknemer na het eindigen van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor de resterende ziekteperiode een ZW-uitkering krijgen, terwijl de werkgever ziend op de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tevens loon had door te betalen. *Overall* kan daarmee worden geconcludeerd, dat werknemers, die met hun werkgever zowel een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde als eentje voor bepaalde tijd hebben, in geval van ziekte bij het eindigen van laatstgenoemd contract meer zekerheid hebben gekregen. En dat hoeft – ondanks de beperkte (resterende) ZW-uitkeringsduur van in beginsel 104 weken na intreden ziekte – niet verkeerd uit te pakken. De rol in onze economie van flexibele arbeidskrachten – waartoe ook werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd worden gerekend – mag immers niet worden onderschat (bijna 25% in 2014).

Scriptiesuggestie

Incidenten in Rio veroorzaakt door een topsporter...

Bij het schrijven van deze regels is de sportzomer van 2016 inmiddels voorbij. In het vorige KwartaalSignaal werd ingegaan op het ontslag op staande voet van de wielrenwerknemer Rasmussen en werden uitgaande daarvan scriptiesuggesties gedaan. Op het moment van schrijven daarvan waren de Olympische Spelen in Rio nog niet begonnen. En dat is in zekere zin jammer, want ook bij dat sportevenement was er sprake van een vanuit sociaalrechtelijk perspectief interessante gebeurtenis. Kort na aanvang van het mondiaal grootste sportevenement was er in Brazilië sprake van het door NOC*NSF naar huis sturen van turner Yuri van Gelder. Na het hebben bereikt van de finale van diens turnonderdeel was er sprake van ‘incidenten’ en deze hadden – aldus berichtgeving op bijvoorbeeld teletekst – tot het heenzenden van de turner geleid. Door de aanvankelijke stilte tijdens de leiding van het zogenoemde TeamNL leidde dit in ons land spoedig tot speculaties. Daarbij zullen vele incidenten – met hun al snel gewelddadige of strafrechtelijke connotatie – in de hoofden van vele sportliefhebbers voorstelbaar zijn geweest. Cocainegebruik in de gymzaal? Seksuele intimidatie van turnsters? Diefstal in het Holland Heineken House? Stomdronken belediging van ons staatshoofd? Niets daarvan. Het was even wachten op een antwoord op de vraag waar het bij de incidenten om was gegaan, maar in een door Van Gelder na diens terugkeer in ons land aangespannen kort geding kwam ogenschijnlijk ook de duidelijkheid. Na het behalen van de finale had de turner enkele biertjes genuttigd in vorenbedoeld clubhuis van TeamNL e.a., was hij zijn topprestatie vervolgens elders gaan vieren en dientengevolge pas in de vroege uurtjes teruggekeerd in het atletenverblijf. Aldaar was hij kennelijk nog wat luidruchtig geweest en had hij vervolgens tot in de middag uitgeslapen. Bij de training van die dag was Van Gelder dan ook afwezig, ook al had hij de avond ervoor nog één of meerdere sms-berichten van de trainer van de turndelegatie ontvangen met de aansporing aanwezig te zijn. Dat was – ogenschijnlijk – alles en – ogenschijnlijk – voldoende om de turner naar huis te sturen. En daarmee werd het ook sociaalrechtelijk interessant. Want wat was eigenlijk de juridische grondslag van dit naar huis sturen?

...leidend tot een scriptiesuggestie alhier

Ter beantwoording van deze vraag komt het mooi uit dat elders al ‘Het Olympische drama van Yuri van Gelder’ is verschenen. In deze lezenswaardige ‘Focus’ (NJB 2016/1607) schrijft prof. S.C.G. Van den Bogaert er welhaast letterlijk over (p. 2254). Citerend uit voorgenoemd kort geding (ECLI:NL:RBGEL:2016:4504) valt immers te lezen, dat vooral het door Van Gelder missen van de training werd beschouwd als een tekortkoming in de nakoming van de voor hem uit artikel 6.3 van de tussen hem en NOC*NSF gesloten ‘Topsportersovereenkomst’ voortvloeiende verplichting zich te gedragen overeenkomstig hetgeen van een lid van de Nederlandse afvaardiging top-

sporters mag worden verwacht. Een overeenkomst dus als rechtsgrondslag. Verbintenisrechtelijk zal het dan ook niet verbazen, dat de kortgedingrechter tevens oordeelde dat er slechts ruimte zou zijn voor diens ingrijpen, als het naar huis sturen van de atleet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Maar hoe kan de overeenkomst worden gekwalificeerd en hoe verschilt deze formeel en materieel met de toenmalige arbeids-overeenkomst van Rasmussen? En leidt dit wellicht tot de noodzaak van een aparte titel 'Topsportovereenkomst' in Boek 7 Burgerlijk Wetboek?

Literatuur

Algemeen

- B. Barentsen & S.F. Sagel, 'Kroniek van het Sociaal Recht', *NJB* 2016/1819.
- C. O'Brien, 'Civis capitalist sum: Class as the new guiding principle of EU free movement rights', *Common Market Law Review* 2016, afl. 4.
- J. van Drongelen, *Mens arbeid recht. Een verslag van een zoektocht naar de relatie tussen overheid, markt en veranderende gedachten over de arbeid(er)*, Zutphen: Paris 2016.

Wet werk en zekerheid

- D.M.A. Bij de Vaate & W.H.A.C.M. Bouwens, 'Voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz', *TRA* 2016/68.
- F.A. Chorus, S. van Waegeningh, 'In staat van ontbinding? De voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz', *ArbeidsRecht* 2016/33.
- P. Kruit, 'Statistiek Ontbindingsprocedure: de balans opgemaakt na een jaar Wwz', *ArbeidsRecht* 2016/35.

Overig arbeidsovereenkomstenrecht

- J.P.H. Zwemmer, 'Over het werkgeverschap van de personeelsvereniging en groepsaansprakelijkheid bij het intra-concern detacheren van werknemers', *Ondernemingsrecht* 2016/78.

Internationaal arbeidsrecht

- F. Laagland, 'Navigeren door het labyrint van grensoverschrijdende detachering. De fundamentele verkeersvrijheden, de Detacheringsrichtlijn en het internationaal privaatrecht', *ArA* 2016, afl. 2.

Collectief arbeidsrecht

- N. Zekic, 'Collectief bedongen werkgelegenheids-garanties', *ArA* 2016, afl. 2.

BELASTINGRECHT

AAK20168218

Mr. L.J.A. Pieterse

Wet- en regelgeving

Prinsjesdag

Met Prinsjesdag is een pakket belastingmaatregelen afgekondigd. Zo is een maatregel voorgesteld om sluiproutes te dichten waarmee onder meer de heffing in box 3, de bekende vermogensrendementsheffing, kan worden uitgesteld of ontlopen. Het kan, om een voorbeeld te noemen, aantrekkelijk zijn om box 3-vermogen tijdelijk te parkeren in een zogenoemde flits-bv, waarin de betrokkene een substantieel belang heeft. Het gevolg van deze exercitie is dat – kort en goed – 'tot bijna 50% van het rendement op dit vermogen onbelast (kan) blijven' (*Kamerstukken II* 2016/17, 34552, 3, p. 9). De bedoelde (tijdelijke) vermogensoverheveling zal niet worden verboden maar onaantrekkelijk worden gemaakt, zo volgt uit het Belastingplan 2017. Vanaf volgend jaar zal het in de bv ondergebrachte vermogen namelijk ook in box 3 belast blijven, zij het dat de wet zal worden uitgerust met een tegenbewijsregeling.

Voorgesteld is eveneens om de fiscale aftrek te schrappen van uitgaven voor monumentenpanden, een regeling die zo'n 14.000 gebruikers kent. De regeling die particuliere eigenaren van rijksmonumenten in staat stelt de kosten van onderhoud van zo'n pand onder bepaalde voorwaarden fiscaal af te trekken, zal worden vervangen door een 'veel doelmatiger subsidieregeling' (*Kamerstukken II* 2016/17, 32156, 74, p. 2). Het beëindigen van de fiscale aftrekmogelijkheid zal geen gevolgen hebben voor lopende projecten met onomkeerbare financiële verplichtingen. Om dat te realiseren, en deze projecten te ontzien, zal in 2017 en 2018 een niet-fiscale overgangsregeling gelden.

Verder is bekend geworden dat de aftrek van scholingsuitgaven per 2018 zal worden afgeschaft. Bij de effectiviteit en doelmatigheid van deze fiscale aftrek, waarvan vooral hoogopgeleiden blijken te profiteren, kunnen namelijk vraagtekens worden geplaatst (*Kamerstukken II* 2016/17, 34556, 3, p. 3). Een deel van de 'opbrengst' van deze maatregel zal worden ingezet voor een gerichte uitgavenregeling in de vorm van scholingsvouchers voor de mensen die uit zichzelf minder snel geneigd zijn scholing te volgen, maar waarvan het maatschappelijk belang van scholingsdeelname groot is (*Kamerstukken II* 2016/17, 34556, 3, p. 3-4).

Een ander thema dat aandacht verdient, is pensioen in eigen beheer. Dat zal worden uitgefaseerd (zie over de aankondiging daarvan *KwartaalSignaal* 140, AAK20168147), en dat zal pensioenadviseurs niet alleen veel werk opleveren, maar vermoedelijk ook de nodige hoofdbreken, onder meer als het gaat over de bescherming van de belangen van de (gewezen) partner van de directeur-groootaandeelhouder.

Verder vinden enkele wijzigingen in de vennootschapsbelasting plaats. Een van de maatregelen is dat de regels

ten aanzien van de innovatiebox zullen worden aangescherpt. In deze box geldt een verlaagd tarief voor winst uit innovatieve activiteiten. Deze winst moet dan wel terug te voeren zijn op uitgaven die door de belastingplichtige zelf zijn gedaan (de zogenoemde nexusbenadering). Voor zover een belastingplichtige speur- en ontwikkelingswerk uitbesteedt aan verbonden lichamen, komt het daarmee corresponderende deel van de winst niet in aanmerking voor het lucratieve regime van de innovatiebox. De nexusbenadering zal vanaf 2017 ook in Nederland gaan gelden, omdat in OESO-verband ervoor is gekozen deze benadering te volgen (*Kamerstukken II* 2016/17, 34552, 3, p. 14 e.v.). Verder worden onder meer enkele heffingslekken in de overnameholdingbepaling gerepareerd (zie *Kwartaal-Signaal* 140, AAK20168147). Deze bepaling tracht paal en perk te stellen aan bovenmatige schuldfinanciering bij overnames.

In een special van het Weekblad Fiscaal Recht van 6 oktober 2016 zijn de belangrijkste ontwikkelingen samengebracht en van uitgebreid commentaar voorzien ('Fiscaaltechnische hoofdlijnen van fiscaal beleid 2017', *WFR* 2016/190 e.v.).

Evaluatie Belastingheffing excessieve beloningsbestanddelen

Wetgeving wordt wel eens geëvalueerd. Zo is onlangs een evaluatie uitgevoerd naar de belastingheffing over excessieve beloningsbestanddelen (zie *NTFR* 2016/2399. Zie daarover ook 'Onthuld: zo pak je topbeloningen aan', *NRC Handelsblad* 4 oktober 2016). Tot deze categorie beloningsbestanddelen worden bijvoorbeeld bepaalde, excessieve gouden handdrukken gerekend. Deze handdrukken worden zwaar belast (maximaal 52% inkomstenbelasting). Ook zogenoemde lucratieve belangen worden progressief belast, en daarmee veel zwaarder dan reguliere beleggingen die immers onder het regime van de vermogensrendementsheffing vallen. Bij lucratieve belangen gaat het om participaties in fondsen (participatiemaatschappijen) die enorme opbrengsten genereren, althans rendementen die in geen verhouding staan tot het geïnvesteerde kapitaal of het feitelijk gelopen risico. De regeling lijkt goed te werken en voorziet in een behoefte (p. 14 van de evaluatie).

Technisch gezien kent de regeling een aantal knelpunten op het gebied van de samenloop van het aanmerkelijk belang en het lucratief belang. Deze zien bijvoorbeeld op de vraag of er doorschuifmogelijkheden zijn voor het lucratief belang in geval van overlijden of echtscheiding. Ook in internationale situaties is er sprake van een ingewikkelde samenloop met andere regelingen' (p. 14-15).

Verboden staatssteun Apple?

De Europese staatssteunregels zijn in deze kolommen geregeld de revue gepasseerd (zie onder meer *KwartaalSignaal* 139 (AAK20168071) en 140 (AAK20168147)). Ook de afgelopen periode is weer het nodige te doen geweest over de toepassing van deze regels. Eind augustus is bekend geworden dat de Europese Commissie tot de conclusie is gekomen dat Ierland technologieus Apple de afgelopen jaren omstreeks € 13 miljard aan onterechte belasting-

voordelen heeft toegekend (zie 'Apple krijgt naheffing van 13 miljard euro', *NRC Handelsblad* 30 augustus 2016, p. 1, S.C.W. Douma, 'Apple'tje-eitje' (Opinie), *NTFR* 2016/2189, p. 1-3 en de analyse van G.F. Gunn in *NTFR* 2016/2225, p. 44-46). Volgens de Europese Commissie zijn deze voordelen ontstaan doordat Ierland aan Apple *rulings* heeft afgegeven die de verschuldigde belasting sinds 1991 aanzienlijk hebben verlaagd. Het zal geen verbazing wekken dat de Verenigde Staten niet ingenomen zijn met de manier waarop de Europese Commissie *rulings* aanpakt en probeert om belastingen met terugwerkende kracht te innen ('VS en EU botsen hard over belastingzaak Apple', *NRC Handelsblad* 25 augustus 2016 en 'Apple-strijd wordt steeds politieker', *NRC Handelsblad* 2 september 2016). Ook oud-eurocommissaris Neelie Kroes (VVD) is – in een opinieartikel in *The Guardian* – kritisch over de beslissing van de Europese Commissie om Apple aan te pakken. Zij meent dat belastingontwijking weliswaar moet worden bestreden, maar dan bij voorkeur door wetgeving die via een transparant proces tot stand moet komen. Enkele fragmenten uit haar opinieartikel zijn gepubliceerd in *NRC Handelsblad* 6 september 2016, p. 8.

Jurisprudentie

Deelnemingsvrijstelling

De fiscus bemoeit zich in principe niet met de belastingheffing in andere landen. Soms heeft het belastingstelsel in een ander land invloed op de manier waarop Nederland een bepaalde regeling toepast. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. De regeling houdt in dat voordelen uit hoofde van een deelneming onbelast zijn. Dit is anders indien sprake is van een zogenoemde laagbelaste beleggingsdeelneming (art. 13 lid 9 Wet VpB 1969). Een deelneming is laagbelast indien zij niet is onderworpen aan een belasting naar de winst die resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde winst (toetswinst). De Hoge Raad heeft onder meer beslist dat de toetswinst zoveel mogelijk moet worden bepaald volgens de keuzen die zijn gemaakt voor de buitenlandse fiscale winstbepaling (HR 9 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2036, V-N 2016/45.13).

Zzp'er kan huur woning fiscaal aftrekken

Thuiswerkende zzp'ers die een woning huren en minimaal 10% van deze woning voor de onderneming gebruiken, kunnen het huurrecht als ondernemingsvermogen etiketteren en deze keuze leidt ertoe dat het bedrag van de betaalde huur ten laste van de winst kan worden gebracht. Dat heeft de Hoge Raad beslist in een zaak die de landelijke pers heeft gehaald (HR 12 augustus 2016, ECLI:NL:HR:2016:1899, V-N 2016/41.6). Tegenover de aftrek van de huur staat dat voor privégebruik van de woning een bedrag aan de winst moet worden toegevoegd, de zogenoemde bijtelling (art. 3.19 lid 1, Wet IB 2001). De zaak is aangespannen door een zzp'er die een bedrag van € 9835

opvoerde als huisvestingskosten, en een bedrag van € 2700 voor privégebruik bijtelde. Deze (voor belastingplichtigen gunstige) verwerkingwijze is volgens de Hoge Raad dus correct. Belangenorganisatie ZZP Nederland is verheugd over het arrest en verwacht 'dat het fiscale voordeel een stimulans zal zijn voor thuiswerken' ('Hoge Raad: huur aftrekpost voor zzp'er', *NRC Handelsblad* 18 augustus 2015). Voor zzp'ers met een eigen woning verandert er niets. Zij kunnen alleen huisvestingskosten aftrekken als hun werkruimte voldoet aan bepaalde voorwaarden, zoals een aparte opgang en apart sanitair (art. 3.16 lid 1, Wet IB 2001). De bedoelde belangenorganisatie bepleit een generieke maatregel voor huurders en woningbezitters, om de verschillen in fiscale behandeling weg te nemen.

Ondernemer ontsnapt aan tbs-regeling en aftrekuitsluiting belastingschulden

De vermogensrendementsheffing kan soms wrang uitpakken. Dat is algemeen bekend, ook bij een ondernemer (een directeur-groootaandeelhouder) die de aandelen in zijn bv van de hand wilde doen. Hij schonk de aandelen in zijn bv aan zijn dochters onder de last hem daarbij een bepaald bedrag schuldig te blijven. De met deze schulden corresponderende vorderingen vielen bij hem onder de vermogensrendementsheffing, terwijl de uit de schenking voortvloeiende belastingschuld niet in mindering kon worden gebracht op de vorderingen (art. 5.3 Wet IB 2001, de zogenoemde aftrekuitsluiting voor belastingschulden). Om dit effect te voorkomen droeg de ondernemer zijn vorderingen over aan zijn bv, samen met de belastingschuld waarvoor hem renteloos uitstel van betaling was verleend. Aangezien de fiscus geen toestemming verleende voor de overname van de belastingschuld door de bv, bleef de ondernemer daarvoor aansprakelijk. Wel had de bv tegenover de ondernemer de verplichting om de belastingschuld namens hem te betalen.

De fiscus was van mening dat het recht van de ondernemer inhoudende dat de bv de belastingschuld zou betalen, moest worden aangemerkt als een – progressief te belasten – terbeschikkingstelling van vermogen aan de bv (art. 3.92 Wet IB 2001). Dit zou betekenen dat de ondernemer een rentebate zou moeten aangeven ter zake van het ter beschikking gestelde vermogen. De Hoge Raad volgt dit standpunt van de staatssecretaris niet, maar bevestigt de uitspraak van het gerechtshof. Dat had geoordeeld dat het belang bij de belastingschuld niet langer belanghebbende maar de bv aanging, waartegenover stond dat de tussen belanghebbende en de bv overeengekomen koopprijs verrekend was, zodat van een vordering van belanghebbende op de bv geen sprake meer was, aldus de Hoge Raad in zijn arrest van 12 augustus 2016, ECLI:NL:HR:2016:1900, V-N 2016/40.10 en 'Hoge Raad geeft Frits Goldschmeding gelijk in belastingzaak', *FD* 14 augustus 2016).

Scriptiesuggestie(s)

Een goede scriptie schrijven blijkt een lastige opgave te zijn. Tips van een zelfverklaarde professional zijn te vinden via <https://artikel104.nl/scripties>. Verder biedt de

uitgave *Fiscale methodologie. Over de kunst van het schrijven van papers en scripties* studenten handreikingen (zie www.bju.nl/juridisch/catalogus/fiscale-methodologie-2#).

De basis voor een interessante scriptie wordt gelegd bij de keuze van het onderwerp. Behalve onderstaande suggesties, kan ook de – hierna opgenomen – literatuurlijst inspiratie bieden voor een geschikt onderwerp.

- Draagplicht in het belastingrecht. Op verschillende plaatsen in het belastingrecht duikt het begrip 'draagplicht' op, bijvoorbeeld in de sfeer van (buitenlandse) samenwerkingsverbanden (zie ook HR 12 augustus 2016, ECLI:NL:HR:2016:1900, V-N 2016/40.10 en HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO0389, *BNB* 2011/284, inzake de verwerking van een regresvordering). Het lijkt aangewezen om een verkenning uit te voeren naar onder meer de betekenis van dit begrip in het belastingrecht.
- Bankenbelasting. Verdient de bankenbelasting heroverweging? (Zie *WFR* 2016/174 en 175.)
- Omzetbelasting. Deze belasting is met recht een Europese belasting te noemen, maar optimaal functioneert zij niet. Zie daarover G.J. van Norden, 'Verbetering van de performance van de Europese btw – VAT Action Plan 2016' (Opinie), *NTFR* 2016/1945, p. 1-5.
- Aftrekbeperving voor aan- en verkoopkosten van deelnemingen (art. 13 lid 1, Wet op de vennootschapsbelasting 1969). Over de reikwijdte van deze aftrekbeperving bestaat de nodige onduidelijkheid (zie bijv. A.W. Hofman, 'Aftrekbeperving voor aan- en verkoopkosten', *FBN* 2016/35, p. 6-9).
- Fiscaliteit in het Caribisch Koninkrijk. Nederland heeft een bijzondere relatie met enkele overzeese gebieden. Deze relatie én de belastingheffing in het Caribisch Koninkrijk leveren voldoende stof op voor een interessante scriptie. Zie ter oriëntatie: P. Kavelaars, J. Adeler, D. Beeks & L. Lopez Ramirez, *Het fiscale stelsel in het Caribisch Koninkrijk* (3e druk), Den Haag: Sdu Uitgevers 2016.
- Elektronisch berichtenverkeer. Het berichtenverkeer met de Belastingdienst is sinds 1 november 2015 deels gedigitaliseerd. Deze nieuwe vorm van communiceren roept tal van vragen op. Zo kan de vraag worden gesteld wat de gevolgen zijn voor het moment van verzending en ontvangst van berichten (zie A.M.E. Nuyens & P.J. Draijer, 'Fiscus gaat digitaal: afscheid van de blauwe envelop na 100 jaar trouwe dienst', *WPNR* 2016, afl. 7116, p. 614-621).
- Belastingrechtspraak. De rechter, ook de belastingrechter, kan een deskundige inschakelen als hem dat geraden voorkomt. Aan de inzet van een deskundige zitten haken en ogen (zie L.M. Koenraad, 'De bestuursrechter en zijn deskundige', *Expertise en Recht* 2016, afl. 4, p. 156-163).
- De (positie van de) belastingkamer van de Hoge Raad. Volgens Schenk is de houding van de Hoge Raad in belastingzaken te gouvernementeel (S.F.F.J. Schenk, 'De A-G als CliniClown' (Column), *WFR* 2016/150, p. 976-977). Heeft Schenk gelijk en houdt de Hoge Raad te veel rekening met de belangen van de fiscus? Anders gezegd:

zit de Hoge Raad te veel op schoot bij politici, zoals *Het Financieele Dagblad* op 29 september 2016 kopte? (p. 7).
 – Rechtsvinding. In *FED* 2016/98 is een publicatie van J.W. van den Berge opgenomen. De auteur schrijft over maatschappelijke aspecten van beslissingen als factor van rechtsvinding. Dit nagenoeg onuitputtelijke onderwerp biedt beslist aanknopingspunten voor een scriptie. Zo kan de vraag worden gesteld in hoeverre de Hoge Raad expliciet rekening houdt met (onwenselijke) gevolgen van een bepaalde beslissing, of – een andere vraag – op welke terreinen van het recht ruimte bestaat om maatschappelijke aspecten of opvattingen mee te wegen. Een andere vraag is bijvoorbeeld of de invloed van deze factoren afhangt van de aard van de betrokken rechtsnorm.

Literatuur

In de nazomer is onder grote belangstelling het boek *Geloofwaardig belasting heffen* gelanceerd. Bij die gelegenheid gingen schrijver L.G.M. Stevens en zijn mede-auteur A.M. Lejour dieper in op de uitgangspunten van het boek en kwamen enkele constructieve oplossingen voor hervorming van het bestaande belastingstelsel aan bod. Ook werd gedebatteerd over de vraag wat nodig is om te komen tot herstel van een geloofwaardig belastingstelsel. Volgens de auteurs is fiscaal herstelbeleid dringend nodig én haalbaar. Daarbij denken zij aan de ontmanteling van pensioen in eigen beheer, het afzwakken van spanningen tussen ondernemen en beleggen, het stroomlijnen van ondernemingsfaciliteiten en het herstellen van een globaal evenwicht met een rechtsvormneutrale belastingheffing. Ook vinden zij het noodzakelijk om de vennootschapsbelasting te harmoniseren.

Verder verschenen enkele lezenswaardige feestbundels, ook wel vriendenbundels genoemd, een fenomeen dat gerust op de Nationale Inventaris Immaterieel Cultureel Erfgoed kan worden geplaatst, als het al niet staat op deze lijst gebruiken, feesten en gebeurtenissen die als traditie beschouwd kunnen worden. Zo werd J.A.R. van der Geld eind september bedacht met een bundel, aangeboden ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar Belastingrecht aan Tilburg University (zie de hierna opgenomen literatuurlijst). Ook C.B. Bavinck, die omstreeks dezelfde tijd afscheid nam, en wel als raadsheer in de belastingkamer van de Hoge Raad, ‘ontving’ een bundel opstellen: *Systeem en symmetrie*, een boek (eveneens opgenomen op de literatuurlijst) waarin een keur aan onderwerpen de revue passeert, zoals bespiegelingen over de fiscale winstbepaling, staatssteun, formeelrechtelijke aspecten en zo meer.

Het afgelopen jaar kon ook een betrekkelijke nieuwkomer in het fiscale circuit worden verwelkomd. Het betreft R. Arendsen, volgens sommigen de aardigste man in het fiscale veld (dat bevolkt wordt door een bonte verzameling individuen, die soms als ‘types’ aangemerkt kunnen worden). Op 16 september jongstleden sprak Arendsen te Leiden zijn goed bezochte oratie uit: *Eenvoudig belasting heffen. Tussen droom en daad* (Den Haag: Sdu Uitgevers 2016). De auteur legt de inherente ingewikkeldheden bloot

die gerelateerd zijn aan het gegevensverwerkende karakter van de belastingheffing. Zijn analyse resulteert in een toetsingskader voor invoerbaarheid en uitvoerbaarheid van belastingwetgeving.

Een enkeling viel de eer te beurt te worden gelauwerd. Zo is aan M.F. de Wilde, een bescheiden fiscalist, de dissertatieprijs 2014-2015 van de illustere Vereniging voor Belastingwetenschap toegekend voor zijn in 2015 verdedigde proefschrift over de belastingheffing van multinationals: *‘Sharing the pie’; Taxing multinationals in a global market.*

- J.P. Boer, ‘Doorschrijven van werkzaamheids- naar ondernemings sfeer’, *NTFR-B* 2016/25, p. 1-6.
- J.N. Bouwman, ‘Van fiscale eenheid naar verliesoverdracht; het blijft gewoon complex?’ (Opinie), *NTFR* 2016/2092, p. 1-5.
- P. Blokland, ‘Waar blijven de beloofde SW-besluiten? (I)’, *WPNR* 2016, afl. 7116, p. 622-623.
- S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese btw*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- S.M.H. Dusarduijn, J.L.M. Gribnau & F.J. Elsweier (red.), *Van der Geldbundel*, Tilburg: Tilburg University 2016.
- J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting* (12e druk), Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- N.C.G. Gubbels, ‘Meerouderschap in de Successiewet’, *WPNR* 2016, afl. 7120, p. 727-728.
- E.C.G. Okhuizen (red.), *Hoofdzaken formeel belastingrecht* (3e druk), Den Haag: Boom juridisch 2016.
- P. Kavelaars, J. Adeler, D. Beeks & L. Lopez Ramirez, *Het fiscale stelsel in het Caribisch Koninkrijk* (3e druk), Den Haag: Sdu Uitgevers 2016.
- Q.W.J.C.H. Kok, ‘De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting in EU-rechtelijk perspectief’, *TFO* 2016/146.1.
- J. Lamens, ‘De bevooroordeelde rechter’ (Opinie), *NTFR* 2016/2398, p. 1-3.
- C. Maas & L.J.A. Pieterse (red.), *Systeem en symmetrie. Opstellen aangeboden aan mr. C.B. Bavinck*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- A.L. Mertens, ‘Commissarisbeloningen na de Wet DBA’, *FBN* 2016/34, p. 4-6.
- R.M.P.G. Niessen-Cobben, *Wegwijs in de Algemene wet inzake rijksbelastingen* (9e druk), Den Haag: Sdu Uitgevers 2016.
- J. Roes, *Grensoverschrijdende transacties en btw*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2016.
- D.S. Smit, ‘BEPS en het Europese arm’s-length beginsel’, *WFR* 2016/162, p. 1048-1053.
- F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet* (21e druk), Den Haag: Sdu Uitgevers 2016.
- L.G.M. Stevens & A.M. Lejour, *Geloofwaardig belasting heffen. Fiscale uitdagingen voor nu en later*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- J.C. van Straaten, *Wegwijs in de Overdrachtsbelasting* (21e druk), Den Haag: Sdu Uitgevers 2016.
- J.J. Vetter & A.J. Tekstra, *Invordering van belastingen* (9e druk), Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- B.G. van Zadelhoff, ‘Vrijstelling overdrachtsbelasting voor verkrijging btw-bouwterrein’, *FBN* 2016/33, p. 3-4.

MEDIARECHT

AAK20168222

J.M. Breemen, V.E. Breemen

Regelgeving en beleid

Op nationaal beleidsniveau wordt hier ten eerste aandacht geschonken aan de stimulering van innovatie en vernieuwing in de journalistiek. Tussen 2010 en 2014 bracht het Stimuleringsfonds voor de journalistiek de Tijdelijke subsidieregeling Persinnovatie ten uitvoer op basis van artikel 8.3 Mediawet 2008. In 2010 stelde de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap € 8 miljoen beschikbaar via het Stimuleringsfonds voor innovatieprojecten binnen de pers. Voor 2016 zijn geen extra middelen beschikbaar gesteld voor dergelijke projecten. In plaats daarvan wil de staatssecretaris dat het fonds haar koers en werkwijze ter stimulatie van innovatie in de journalistiek voortzet vanuit middelen die op reguliere wijze beschikbaar zijn gesteld. De huidige Tijdelijke subsidieregeling Journalistieke Innovatie op basis van artikel 8.15a Mediawet 2008 is een voortzetting van de 'oude' Tijdelijke subsidieregeling Persinnovatie, maar de vorm is aangepast aan de huidige situatie (Toelichting bij de Regeling van het Stimuleringsfonds voor de Journalistiek van 24 augustus 2016, nr. 26108, tot vaststelling van een tijdelijke subsidieregeling journalistieke innovatie ronde 12 2016, *Stcrt.* 2016, 45630). In 2012 is daar de Tijdelijke subsidieregeling voor Vernieuwende Journalistiek bijgekomen. Deze opereert onder de naam *The Challenge: Reinventing Journalism*. Waar de Tijdelijke subsidie-regeling Persinnovatie met name betrekking heeft op projecten van gevestigde mediapartijen is *The Challenge* bedoeld voor vernieuwing in de totstandkoming van journalistieke producten en diensten van media-start-ups. De regeling die in 2017 wordt uitgevoerd is de derde editie van *The Challenge* (Toelichting bij de Regeling van het Stimuleringsfonds voor de Journalistiek van 5 september 2016 nr. 26130, tot vaststelling van een Tijdelijke subsidieregeling voor vernieuwende journalistiek 2017 (*The Challenge*), *Stcrt.* 2016, 49893). Voor beide regelingen geldt dat versterking en vernieuwing van de journalistiek in Nederland het uitgangspunt voor de subsidieverstreking is. Beoordeling van de projectideeën, projectplannen en uiteindelijke aanvragen geschiedt op basis van drie punten: bijdrage aan journalistieke functies, innovatief karakter en haalbaarheid (art. 3 lid 4 en art. 7 lid 1 van de tijdelijke subsidieregeling Journalistieke Innovatie en art. 2 lid 4 en art. 7 lid 1 sub a van *The Challenge*-regeling).

Het Stimuleringsfonds stelt op basis van artikel 8.15 Mediawet 2008 ook subsidies beschikbaar voor het doen van onderzoek ten behoeve van de bedrijfstak als geheel. Stichting Free Press Unlimited heeft op 17 mei 2016 bijvoorbeeld een subsidiebijdrage gekregen voor onderzoek naar verbetering van het klokkenluidersplatform *Publeaks*. Dit digitale platform, gestart in september 2013, voorziet in veilige communicatie tussen klokkenluiders en de media in Nederland. Met op het moment 24 aange-

sloten Nederlandse uitgevers beoogt het communicatie tussen media en publiek te versterken. Het onderzoek moet gebruiksgemak en toegankelijkheid van het platform verbeteren voor zowel journalisten als hun bronnen. Uiteindelijk moet dit leiden tot meer kwantiteit en kwaliteit van binnenkomende tips, meer publicaties en versterking van de Nederlandse journalistiek (*Stcrt.* 2016, 41812).

Op het gebied van de toekomst van het mediabeleid is er te doen geweest over de procedure van benoeming van de raad van toezicht van de NPO. Met name de onafhankelijkheid en transparantie van de benoeming en procedure zijn onderwerp geweest van kritiek. Over de zomer heeft de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap zijn besluit op het Wob-verzoek met betrekking tot informatie over de benoeming in twee delen openbaar gemaakt (*Kamerstukken II* 2015/16, 32827, 86 en 89). Op basis van artikel 3 Wet openbaarheid van bestuur kan eenieder een verzoek om informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid richten tot een bestuursorgaan of een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf.

Op basis van weigeringsgronden uit de Wob heeft de staatssecretaris besloten bepaalde informatie niet of deels openbaar te maken. Zo ziet de staatssecretaris op basis van artikel 11 lid 1 Wob bijvoorbeeld af van openbaring van informatie uit interne beraadstukken die persoonlijke beleidsopvattingen weergeven. Deze beperking op de informatieplichting moet garanderen dat ambtenaren en externen bij intern beraad vrijelijk en openhartig kunnen communiceren. Persoonlijke beleidsopvattingen zijn: 'meningen, opinies, commentaren, voorstellen, conclusies met de daartoe aangevoerde argumenten'. Ook maakt de staatssecretaris geen ontvangen sollicitaties, lijsten met kandidaten en persoonlijke aantekeningen van de leden van de sollicitatiecommissie en het secretariaat openbaar. Volgens hem zou dit leiden tot onevenredige benadeling van de personen die de informatie betreft en weegt dit belang zwaarder dan het openbaarheidsbelang. Stukken met persoonsgegevens worden op basis van artikel 10 lid 2 sub e Wob deels geopenbaard, namelijk met verwijdering van de persoonsgegevens. Hierbij vindt een afweging plaats tussen het belang van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en het algemeen publiek belang bij goed en democratisch bestuur, waarbij volgens de staatssecretaris in dit geval het eerste belang zwaarder moet wegen. Wat de staatssecretaris verder wel (deels) openbaar maakt, zijn voorbeeld-interviewvragen aan kandidaten, bespreekpunten en mailcorrespondentie.

Op Europees niveau signaleerden we eerder de aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa 'on the protection of journalism and safety of journalists and other media actors' (*KwartaalSignaal* 140, p. 8151 (AAK20168150)). Vermeldenswaardig is dan ook dat, op internationaal niveau, de Mensenrechtenraad van de Verenigde Naties eind september een resolutie heeft aangenomen over deze problematiek (zie *www.coe.int*). Een kernonderwerp in de 'baanbrekende' resolutie over de veiligheid van journalisten is het tegengaan van straffeloos-

heid met betrekking tot aanvallen op journalisten: Staten moeten zorgen voor een veilige en stimulerende omgeving voor journalisten om hun werk zonder belemmeringen te kunnen uitvoeren. Het belang hiervan wordt nog eens onderstreept door de recentste alerts op het internetplatform ter bescherming en versterking van de veiligheid en vrijheid van journalisten (een initiatief van de secretaris-generaal van de Raad van Europa in samenwerking met journalistenorganisaties). Die vragen o.a. aandacht voor de moord op de Russische onderzoeksjournaliste Anna Politkovskaya die tien jaar geleden plaatsvond. Ondanks diverse veroordelingen in die zaak is het daadwerkelijke brein achter de moord een decennium na dato nog niet opgespoord en berecht (zie over het platform o.a. *Kwartaal-Signaal* 138, p. 8012 (AAK20168012)).

Binnen de EU heeft de Europese Commissie eveneens in september plannen gepubliceerd voor de aanpassing van het auteursrecht aan de realiteit van de *digital single market* (zie o.a. Voorstel voor een Richtlijn [...] inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt, Brussel, 14 september 2016, COM(2016)593 final, en Voorstel voor een Verordening [...] tot vaststelling van voorschriften inzake de uitoefening van auteursrechten en naburige rechten die van toepassing zijn op bepaalde online-uitzendingen van omroeporganisaties en doorgifte van televisie- en radio-programma's, Brussel, 14 september 2016, COM(2016)594 final). De voorstellen zijn gedaan tegen de achtergrond van digitale technologieën, waardoor muziek, films, tv, radio, boeken en de pers op nieuwe manieren worden gecreëerd, verspreid en verkregen. De relevantie voor het mediarecht ligt bijvoorbeeld in de doelstellingen van de Europese Commissie om culturele diversiteit en beschikbaarheid van online content (met name televisie en radioprogramma's) te bevorderen en de regels voor alle online actoren te verduidelijken. Daarbij beoogt de Commissie een balans tussen de bescherming van creatoren en de culturele industrie enerzijds, en toegang tot cultuur, kennis en onderwijs voor burgers, ook grensoverschrijdend. Een ander nieuw (en niet onbekritiseerd) aspect in dit opzicht is het voorstel voor een naburig recht voor 'persuitgevers', gezien hun rol in een pluralistische samenleving en democratisch debat. Te midden van de opkomst van nieuwsaggregatoren en social media krijgen zij hierdoor een eigen recht om licentieovereenkomsten te sluiten met online serviceproviders, zaken aan te spannen wegens auteursrechtinbreuk, etc.

Rechtspraak

De nationale rechtspraak heeft zich de afgelopen maanden beziggehouden met uitingen op diverse sociale media, zoals Twitter, WhatsApp en Facebook. Steeds draait het om de vraag of de uitlating in kwestie onrechtmatig is, of dat een geslaagd beroep op de vrijheid van meningsuiting kan worden gedaan. Hoewel elke uitspraak afhangt van de omstandigheden van het geval, zijn er een paar terugkerende factoren die de rechter meeweegt, waaronder het bereik van een publicatie. Zo had een Heerlens politicus een ambtenaar in functie (te weten: een of-

ficier van justitie) beledigd via een tweet door haar te vergelijken met een 'kampbeul'. Volgens de rechter was die belediging 'in het openbaar' geuit, namelijk op een 'een sociaal netwerk met een groot publieksbereik' waar berichten snel verder kunnen worden verspreid. Ondanks dat de tweet afkomstig was van een politicus, werd deze niet gezien als een constructieve bijdrage aan een publiek debat. Het beroep op de vrijheid van meningsuiting ging niet op en de twitteraar werd veroordeeld tot een boete (Rb. Limburg 22 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:7288). Een tweede zaak ging daarentegen om een besloten (zij het omvangrijke) WhatsApp-groep van (Turkse) ouders van schoolgaande kinderen, waarin zij de school o.a. in verband brachten met 'landverraders en terroristen'. Toch wees de kortgedingrechter het verbod daarop toe: dergelijke uitlatingen waren onrechtmatig. Wel toegestaan was bijvoorbeeld 'Gülenschool'. Middels het verbod kon schadelijke beeldvorming voor de school worden beperkt, maar rectificatie werd geweigerd omdat de uitlatingen niet publiek waren (Vzr. Rb. Noord-Holland 19 september 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:7720). Een derde zaak betreft een tussenvorm: de Arubaanse rechter kwalificeerde Facebook als een 'betrekkelijk openbaar medium' (Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba 19 augustus 2016, ECLI:NL:OGEEA:2016:510). Dat gebeurde in een arbeidsgeschil: een *post* met grof taalgebruik over een leidinggevende had geleid tot ontslag op staande voet. De rechter stelde dat de betreffende opmerkingen 'ruim' buiten de uitingvrijheid vielen, nu dat recht niet kon worden ingezet om 'onbelemmerd met schuttingtaal over collega's op social media te spreken'. Vanwege de negatieve impact op het imago van het bedrijf bleef het ontslag in stand.

Een recente zaak van het Europese Hof van Justitie ging ook over de toelaatbaarheid van een uiting op internet. Het betrof de volgende variant: GeenStijl had een hyperlink geplaatst naar foto's die een andere site zonder toestemming van Playboy online had gezet. De rechtzittende, Playboy, had deze foto's nog niet zelf gepubliceerd. Is dit een auteursrechtelijke 'mededeling aan het publiek'? Volgens het Hof moet voor de onrechtmatigheidsvraag worden beoordeeld of de links al dan niet met winstoogmerk zijn verstrekt. Zo niet, dan is het volgende criterium dat de persoon in kwestie geen kennis had of kon hebben van het illegale karakter van de publicatie; zo wel, dan wordt die kennis vermoed (HvJ EU 8 september 2016, C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644, *GS Media BV t. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*). De uitspraak is kritisch ontvangen vanwege de rechtsonzekerheid die de uitleg van het Hof oproept, en de mogelijke gevolgen voor de vrijheid van meningsuiting (zie o.a. de bijdrage van Van Eechoud en Poort in het literatuuroverzicht hieronder).

Een traditioneler medium stond ten slotte centraal in een uitspraak van de andere Europese rechter, het EHRM. De Poolse opiniemaker Ziemiński was eigenaar, hoofdredacteur en journalist bij een lokaal weekblad. In 2005 publiceerde hij daarin over economische plannen voor de regio, zoals het ontwikkelen van een kwartelboerderij ter

bestrijding van de werkloosheid. Hij bekritiseerde dit, maar noemde geen namen. Toch waren de betrokkenen herkenbaar vanwege de context van de publicatie, en de plaatselijke burgemeester spande een zaak aan. Als gevolg werd Ziemiński in 2006 veroordeeld wegens belediging, volgens de Poolse rechter geuit 'via een massamedium'. Dat vocht de opiniemaker aan voor het EHRM, dat uiteindelijk concludeerde tot schending van artikel 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting). Voor het Hof woog zwaar dat de uiting bijdroeg aan een publiek debat. Daarbij herhaalde het dat de grenzen van acceptabele kritiek ruimer zijn als het gaat over politici. Verder had de uitspraak van de nationale rechter het satirische en ironische karakter van de gebruikte bewoordingen (waaronder 'dumskull' en 'dim-witted official') moeten meenemen, waarbij een zekere mate van overdrijving of zelfs provocatie is toegestaan (EHRM 5 juli 2016, 1799/07, ECLI:CE:ECHR:2016:0705JUD000179907 (*Ziemiński t. Polen*, nr. 2)).

Literatuur

- E.J. Dommering, *Het verschil van mening. Geschiedenis van een verkeerd begrepen idee*, Amsterdam: Prometheus-Bert Bakker 2016.
- EHRM 22 april 2013, *NJ* 2016/321 m.nt. E.J. Dommering (*Animal Defenders International / Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 21 oktober 2014, *NJ* 2016/336 m.nt. E.J. Dommering (*Vural / Turkije*).
- EHRM 1 december 2015, *NJ* 2016/337 m.nt. E.J. Dommering, (*Cengiz e.a. / Turkije*).
- N. Helberger, 'Facebook is a new breed of editor: a social editor', *Media Policy Project Blog* 15 september 2016 (beschikbaar via <http://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2016/09/15/facebook-is-a-new-breed-of-editor-a-social-editor/>).
- M. van Eechoud & J. Poort, 'Hof van Justitie legt bom onder het internet', *NJB* 2016/1886.
- W. Hins, 'Mediavrijheid onder toezicht', *Ars Aequi* 2016, afl. 9, p. 606 (AA20160606).
- T. McGonagle, *Freedom of expression and defamation. A study of the case-law of the European Court of Human Rights*, Council of Europe 2016.
- J. Moeller, D. Trilling, N. Helberger, K. Irion & C.H. de Vreese, 'Shrinking core? Exploring the differential agenda setting power of traditional and personalized news', *info* 2016, afl. 6, p. 26-41.

TELECOMMUNICATIERECHT

AAK20168224

N.A.N.M. van Eijk

Wet- en regelgeving

De uitwerking van de Europese verordening over roaming (zie *KwartaalSignaal* 138 (AAK20168013), de verordening gaat ook over netneutraliteit) heeft nog een mooi relletje

opgeleverd. In de verordening, die per juni 2017 effectief wordt, is bepaald dat de tarieven voor het mobiel bellen in het buitenland in principe hetzelfde moeten zijn als in het thuisland ('Roam like at Home'). Daar zijn echter uitzondering op mogelijk onder meer om misbruik te voorkomen. Daartoe diende een *fair use policy* (fup) te worden uitgewerkt in nadere richtsnoeren van de Europese Commissie. Begin september werd een concept naar buiten gebracht dat veel kritiek kreeg. Zo zou het gelijke tarief in het buitenland maar voor negentig dagen gelden en werd tevens verplicht om iedere 30 dagen weer contact te leggen met het thuisnetwerk. Commissievoorzitter Juncker stuurde eigenhandig het voorstel terug naar de tekentafel. In een nieuwe versie zijn de eerdere beperkingen verdwenen en worden er als zodanig geen limieten meer gesteld aan tijd en volume (IP/16/3111, d.d. 21 september). Wel mogen aanbieders bij misbruik ingrijpen, maar dat moeten ze zelf aantonen. De conceptregeling noemt als voorbeelden van misbruik een klein nationaal gebruik versus een groot internationaal gebruik of een simkaart die alleen maar in bepaalde periodes in het buitenland actief is. De aanbieder kan vervolgens bij geconstateerd misbruik een beperkte opslag in rekening brengen.

Brussel heeft verder een al eerder aangekondigd voorstel tot herziening van de bestaande telecommunicatieregels gepubliceerd. Deze 'Electronic Communications Code' (<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposed-directive-establishing-european-electronic-communications-code>) is een 258 pagina's dik document dat de bestaande richtlijnen herzielt en aanvult. Enige van de belangrijkste voorstellen: alle Europeanen moeten over snel internet kunnen beschikken en daarvoor wordt een aantal belemmeringen om te investeren in nieuwe netten weggenomen. Zo hoeven degenen die netwerken aanleggen in buitengebieden niet meteen derde partijen op hun netwerk toe te laten. Een andere maatregel om tot betere bandbreedte te komen gaat over de volgende generatie mobiele communicatie, 5G. De Europese commissie wil veel meer greep hebben op de introductie ervan. Meer greep op de regulering moet verder komen uit de uitbreiding van de taken en introductie van bindende besluiten van het samenwerkingsverband van telecommtoezichthouders, de BEREC. Beide laatste punten liggen per definitie gevoelig want in het verleden waren lidstaten niet bereid om te veel macht af te staan. Er zal waarschijnlijk ook veel discussie komen over het voorstel om voortaan zogenaamde *Over The Top*-(OTT-)diensten te gaan reguleren die online concurreren met traditionele aanbieders. Daarbij gaat het onder meer om WhatsApp en Skype die een alternatief vormen voor traditioneel telefoneren. Dergelijke partijen zouden bijvoorbeeld aan dezelfde veiligheidseisen moeten gaan voldoen als de 'KPN's' van deze wereld.

Jurisprudentie

In de Telecommunicatiewet zit een relatief nieuw hoofdstuk 11a, getiteld 'Continuïteit'. Het beoogt zeker te stellen dat telecommunicatienetwerken goed blijven functioneren.

Aanbieders moeten passende technische en organisatorische maatregelen nemen om de risico's voor de veiligheid en integriteit van hun netwerken en diensten te beheersen. Dit impliceert het opstellen van een zogenaamd continuïteitsplan (geregeld in het Besluit continuïteit openbare elektronische communicatienetwerken en -diensten, *Stb.* 2012, 514). In een eerste geschil over deze regels heeft de Rechtbank Rotterdam bepaald dat terecht een dwangsom is verbeurd wegens het niet nakomen van de verplichting om zo'n plan op te stellen (ECLI:NL:RBROT:2016:7081). Het verweer dat er geen sprake meer was van telecommunicatieactiviteiten wordt door de rechter van de hand gewezen: men was bij de ACM geregistreerd als aanbieder van telecommunicatiediensten en ook was er sprake van een overeenkomst met Tele2 voor het inkopen van ondersteunende diensten.

Van een meer principiële impact is het oordeel van het Europese Hof van Justitie waarbij wordt vastgesteld dat nationale rechters ruimte hebben om zelfstandig tarieven vast te stellen voor zogenaamde vaste en mobiele gespreksafgifte (ECLI:EU:C:2016:692 d.d. 15 september 2016, zaak C-28/15). Het gaat om een langlopende Nederlandse zaak: de hoogste rechter, het CBB, stelde deze tarieven vast, terwijl dit niet in lijn was met aanbevelingen van de Europese Commissie. De ACM, die de regels van de Europese Commissie wilde volgen, kwam daarmee in een spagaat. Reden voor het CBB om in een vervolprocedure prejudiciële vragen te stellen. De kern van de antwoorden komt erop neer dat nationale rechters kunnen afwijken om rekening te houden met nationale verschillen en de daadwerkelijke en evenredige realisatie van geformuleerde doelstellingen en belangen, zoals het belang van eindgebruikers.

Literatuur

- E.J. Dommering, *Het verschil van mening. Geschiedenis van een verkeerd begrepen idee*, Amsterdam: Prometheus-Bert Bakker 2016.
- *Computerrecht* 2016, afl. 3, themanummer over big data.
- S. Eskens, O. van Daalen & N. van Eijk, '10 Standards for Oversight and Transparency of National Intelligence Services', *Journal of National Security Law & Policy*, (8) 2016, afl. 3 (<http://jnsplp.com/2016/07/25/10-standards-oversight-transparency-national-intelligence-services/>).

INFORMATICARECHT

AAK20168225

Prof.mr. S. van der Hof

Beleid- en regelgeving

Big data

In oktober 2016 verscheen het adviesrapport van de expertgroep big data en privacy. De opdracht van de expertgroep was om 'de relatie tussen big data en profilering en

de bescherming van grondrechten verder te verkennen en oplossingsrichtingen uit te werken voor het verenigen van twee doeleinden: benutten van de mogelijkheden van big data enerzijds en het behoud van het vertrouwen van de samenleving in het internet anderzijds.' Het advies richt zich op het gebruik van bigdatatoepassingen door het bedrijfsleven. Eerder verscheen reeds een rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, getiteld *Big Data in een vrije en veilige samenleving*. Zie voor het adviesrapport en brief van minister Kamp (EZ) aan de Kamer: www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/10/04/kamerbrief-over-rapport-expertgroep-big-data-en-privacy. Zie voor het rapport van de WRR en bijbehorende achtergrondstudies: www.wrr.nl/projecten/project/article/big-data-privacy-en-veiligheid/.

Elektronische uitwisseling van medische gegevens

In oktober 2016 heeft de Eerste Kamer ingestemd met het voorstel van Wet cliëntenrechten bij elektronische verwerking van gegevens. Het wetsvoorstel houdt geen verplichting in voor de elektronische uitwisseling van gegevens in de medische context. Het biedt wel aanvullende voorwaarden voor de elektronische verwerking van medische gegevens naar aanleiding van de kritiek op het eerdere, door de Eerste Kamer in 2011 verworpen Wetsvoorstel elektronisch patiëntendossier. De aanvullende voorwaarden zien o.m. op het implementeren van *dataprotectie by design* als basis voor de digitale gegevensuitwisselingen, intensivering van toezicht op de veiligheid en decentrale toegankelijkheid van medische dossiers. Zie voor meer informatie: www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/33509_clientenrechten_bij. In september 2016 publiceerde de KNMG een bijgewerkte Richtlijn Omgaan met medische gegevens waarin tevens aandacht is voor de elektronische verwerking van medische gegevens, zoals ook via WhatsApp of sociale media. Zie voor de KNMG-richtlijn: www.knmg.nl/actualiteit-opinie/nieuws/nieuwsbericht/geactualiseerd-knmg-richtlijn-omgaan-met-medische-gegevens-1.htm. Er was ook al een KNMG-handreiking voor het gebruik van social media door artsen, zie www.knmg.nl/pdf/sociale-media/.

Rechtspraak en andere uitspraken

Overtreding regels kopen op internet

Consumenten die via internet bestellen hebben een bedenktijd, ook wel aangeduid als het herroepingsrecht. Dit houdt in dat de consument de online koopovereenkomst in beginsel tot 14 dagen na ontvangst van de bestelling zonder opgaaf van reden mag ontbinden. In dat geval ontvangt de consument hetgeen reeds is betaald voor het betreffende product alsmede de bezorgkosten terug. De Autoriteit Consument en Markt heeft aan de webwinkels van T.O.M. B.V. en haar beide directeuren beboet met een totaalbedrag van € 500.000. De boetes zijn opgelegd vanwege het overtreden van deze wettelijke regels als ook het onjuist en misleidend informeren van de consument.

Klanten die geen bankrekeningnummer op hun retourformulier vermeldde, ontvingen het door hen reeds betaalde bedrag niet retour. Zij moesten zich eerst zelf melden bij de betreffende webwinkel, maar ontvingen dan slechts een tegoedbon – niet het betaalde bedrag. De bezorgkosten werden evenmin terugbetaald door de webwinkels. Het bedrijf heeft bezwaar aangetekend tegen de uitspraak. Zie voor de uitspraak en andere informatie: www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/16371/Boetebesluit-webwinkels-TOM-BV-en-leidinggeevenden/.

Weigering Facebook om identiteitsgegevens te verstrekken onrechtmatig

Internetdienstverleners, zoals sociale media of online fora, kunnen in bepaalde omstandigheden gehouden zijn om de identiteitsgegevens van hun klanten te verstrekken. In de hier voorliggende zaak had eiseres Facebook verzocht om de gegevens van een Facebookgebruiker te verstrekken om deze persoon te kunnen opsporen. Eiseres had intiem beeldmateriaal met de Facebookgebruiker gedeeld maar begon te twijfelen over de identiteit van de persoon die zich als een ander leek voor te doen. In een chatgesprek waarin zij de Facebookgebruiker confronteert met haar twijfels over diens identiteit dreigt laatstgenoemde om het beeldmateriaal op internet te publiceren. Jezelf als een ander voordoen is volgens de kortgedingrechter als zodanig niet onrechtmatig. Wel kan sprake van oplichting zijn als iemand onder valse identiteit onbedoeld intieme foto's verkrijgt die niet zouden zijn verstuurd ware de echte identiteit van de persoon bekend geweest. Ook kan sprake

zijn van inbreuk op portretrecht, indien wordt bedreigd met openbaarmaking van compromitterende foto's. Ook al zijn de foto's (nog) niet op internet geplaatst, toch handelt de Facebookgebruiker onrechtmatig jegens de eiseres en handelt Facebook derhalve eveneens onrechtmatig door te weigeren om identiteitsgegevens van de Facebookgebruiker te verstrekken (Rb. Gelderland 3 oktober 2016, ECLI: NL:RBGEL:2016:5230, C/05/306004/KG ZA 16-324).

Literatuur

- G. Hasselbalch & P. Tranberg, *Data Ethics – The New Competitive Advantage*, PubliShare 2016.
- B.H.M. Custers (red.), *The Future of Drone Use, Opportunities and Threats from Ethical and Legal Perspectives* (IT and Law series), Den Haag: Springer 2016.
- M. Hildebrandt & B. van den Berg, *Information, freedom and property: the philosophy of law meets the philosophy of technology*, New York: Routledge 2016.
- A.A. Gillespie, *Cybercrime: key issues and debates*, New York: Routledge 2016.
- M. Horten, *The closing of the net*, Cambridge: Polity Press 2016.
- G. Christou, *Cybersecurity in the European Union: resilience and adaptability in governance policy*, Londen: Palgrave 2016.
- M.L. Jones, *Ctrl + Z : the right to be forgotten*, New York: New York University Press 2016.

STAATS- EN BESTUURSRECHT

CONSTITUTIONEEL RECHT

AAK20168227

G. Boogaard, J. Uzman, Universiteit Leiden

Politiek staatsrecht

De looptijd van dit KwartaalSignaal is vanaf augustus 2016 tot en met oktober 2016. Daarin is weer veel gebeurd, waarover we het nog gaan hebben. De looptijd van oud-premier De Jong was echter vanaf april 1915 tot juli 2016. Dat is de helft van de geschiedenis van ons Koninkrijk. Vanaf de invoering van het algemeen kiesrecht in 1917 tot het uit de hand gelopen referendum over het associatieverdrag met Oekraïne: Piet de Jong was erbij. In de tussentijd was hij onderzeebootkapitein, Kamerlid, senator, staatssecretaris, minister en minister-president. Tussen 1967 en 1971 leidde hij een kabinet dat, naar eigen zeggen, vooral op de winkel paste. Deze pragmatische leiderschapstijl was destijds en is nog altijd een belangrijke voorwaarde voor succes in de Nederlandse politiek. Minister-president Rutte memoreerde de altijd uitgestoken hand van zijn ambtsvoorganger dan ook nadrukkelijk onder de redenen voor zijn bewondering voor de markante oud-premier.

Vanwege zijn hoge leeftijd was De Jong bezig zelfs de geschiedschrijving te overleven. Op 10 oktober presenteerden Van Baalen en Van Kessel van het Centrum voor Parlementaire Geschiedenis (CPG) een door hen geredigeerde bundel over kabinetformaties tussen 1977 en 2012. De formatie van het kabinet-De Jong, na het mislukken van Biesheuvel, werd daarin dus niet meer beschreven. Dat was 40 jaar geleden al gedaan, door Maas, die de formaties tussen 1959 en 1973 documenteerde.

Ter gelegenheid van de overhandiging van de nieuwe bundel spraken de voorzitters van de Eerste en Tweede Kamer en de vicepresident van de Raad van State. Gezamenlijk gaven deze drie leiders van Hoge Colleges van Staat een staaltje klassiek politiek staatsrecht weg. Hun toespraken (zie: www.tweedekamer.nl) zijn wellevend en beschaafd, maar ieder voor zich probeert toch gewoon het dekbed een beetje meer de eigen kant op te trekken. Namens de Eerste Kamer constateerde Broekers-Knol dat de kabinetformatie in de beschreven periode vertrok uit de vertrekken van de senaat. Alsof het voormalig paleis van de mislukte stadhouder Willem V, waarin Rutte en Samsom uiteindelijk hun kabinet bij elkaar kwartetten, meer allure heeft dan de robuuste Mauritsstoren, de elegante Amalia van Solms-galerij, het knusse kabinet van Mary Stuart, 's lands oudste politieke vergaderzaal en nog zo wat politieke geschiedenis. Tussen dit soort gezellige borrelpraat door, leek het de voorzitter van de Eerste Kamer wel 'wijs' om ook vanaf de nieuwe locatie rekening te blijven met de Eerste Kamer. 'Het besef dat een kabinet ook moet kunnen vertrouwen op vruchtbare samenwerking met de Eerste Kamer der Staten-Generaal' leek haar 'van onverminderd belang'. Tweede

Kamer-voorzitter Arib, de voorzitter van het instituut dat het initiatief van de formatie in 2012 naar zich toe had getrokken, deed haar best om de overgang zoveel mogelijk te relativieren. Arib benadrukte hoe de uiteindelijke uitvoering van de motie-Kolfschoten uit 1971 eigenlijk past in een heel lange traditie van parlementarisering van de regeringsvorming. Weinig nieuws onder de zon, derhalve. Vicepresident Donner, grootmeester in het dekbedsjorren, bewaakte de herinnering aan en de belangen van de koning in het formatieproces. Eén succesvolle formatie zonder het paleis is nog lang geen bewijs van koninklijke overbodigheid, betoogde hij. En zolang de Koning de bewindslieden uiteindelijk moet benoemen (art. 43 Grondwet), moet hij minimaal fatsoenlijk geïnformeerd blijven gedurende het proces.

Zo subtiel als deze twee dames en een heer het spel speelden, wordt het politieke staatsrecht niet altijd (meer?) beoefend. Kamerlid Van Klaveren (voorheen PVV, tegenwoordig VNL) moest een reactie schrijven op het advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State over zijn initiatiefwetsvoorstel om een referendum uit te schrijven over het Nederlandse EU-lidmaatschap (*Kamerstukken II* 2015/2016, 34423, 4). De Afdeling Advisering vond onder andere dat verklaringen van politici die hun standpunt op voorhand uitleveren aan de uitslag van een referendum 'op gespannen voet met de Grondwet handelen' en nodigde de initiatiefnemer uit om daar zijn licht eens wat nader op te laten schijnen. Dat vond Van Klaveren niet nodig. Hij constateerde dat hij 'op een principieel ander standpunt stond' en verwees verder in een enkele zin naar zijn eigen Memorie van Toelichting.

Soms wordt het politieke staatsrecht overigens helemaal niet gespeeld, maar regeren de toevalligheden. Zo passeerde het initiatiefwetsvoorstel van het Kamerlid Dijkstra (D66) voor een nieuw systeem van donoregistratie de Tweede Kamer omdat Wassenberg (PvdD) zijn trein had gemist en zijn geplande tegenstem dus niet had kunnen uitbrengen. Het altijd alerte *parlement.com* wist zelfs hiervoor een precedent uit het archief te graven: in 1900 werd de leerplicht met slechts één stem verschil ingevoerd. Graaf Schimmelpenninck was vlak voor de stemming van zijn paard gevallen en had toen wegens de daarmee verbandhoudende ongemakken niet aan de stemming kunnen deelnemen. Of de nieuwe Donorwet ook de stemming in de Eerste Kamer zal gaan overleven, is nog ongewis. De senaat heeft om te beginnen maar eens voorlichting gevraagd aan de Afdeling Advisering van de Raad van State over een door Dijkstra doorgevoerde wijziging waar de Afdeling Advisering zich nog niet over had kunnen uitlaten (*Kamerstukken I* 2016-2017, 33506, B). De bedoelde nota van wijziging werd voor de gelegenheid door de Eerste Kamer opgewaarderd tot een 'systeemaanpassing' om deze handelwijze te rechtvaardigen.

Geparkeerd werd ook het initiatiefwetsvoorstel van Voortman (GroenLinks) en Van Weyenberg (D66) om de Wet openbaarheid van bestuur aan te passen met de Wet

open overheid. Tegen hun idee om het openbaarheidsregime uit te breiden wordt een stevige lobby gevoerd, onder andere door de Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG). Die lobby heeft alvast opgeleverd dat minister Blok van de Eerste Kamer de gelegenheid heeft gekregen om het eigen 'ABDTOPConsult' (onderdeel van de Algemene Bestuursdienst) een 'impactanalyse' te laten uitvoeren naar de gevolgen van de voorgestelde wijzigingen (*Kamerstukken I* 2016/17, 33328, E).

Als bolwerk tegen overhaastheid werd de senaat dus ook in dit kwartaal niet overtroffen. Daar zijn de senatoren zelf overigens trots op, want op 27 september heeft de Eerste Kamer uit haar midden een tijdelijke commissie werkwijze ingesteld die moet onderzoeken hoe 'de noodzakelijke waarborgen voor een zorgvuldige afhandeling van wetgeving' gewaarborgd blijven als steeds vaker spoedeisende voorstellen door de Eerste Kamer worden geduwd.

Goed nieuws kwam er voor wie met gefronste wenkbrauwen het voornemen volgde om het kiesrecht voor de Eerste Kamer ook aan de eilandsraden van de BES-eilanden toe te kennen (*Kamerstukken* 33131). Dat voornemen is van de baan. In plaats daarvan is het nu de bedoeling om op de eilanden speciale kiescolleges samen te stellen die samen met de leden van de Provinciale Staten in het Europese deel van het koninkrijk de Eerste Kamer zullen gaan kiezen (*Kamerstukken* 34341). Gelukkig voor ons vak ontstond meteen een nieuwe gelegenheid om de wenkbrauwen te fronsen, namelijk ten aanzien van de wijze waarop deze aanpassing werd doorgevoerd. Omdat het hier een wijziging van de Grondwet betreft, gaat het om zogenaamde verklaringswetten. De wet verklaart, aldus artikel 137 lid 1 Grondwet, dat een verandering in de Grondwet, zoals zij die voorstelt, in overweging zal worden genomen. Dat is dan de eerste lezing, waarna verkiezingen moeten volgen en de tweede lezing kan worden aangevangen. Het aanpassingsvoorstel om met aparte kiescolleges te gaan werken was een novelle. Is dat logisch? Een verklaringswet treedt in werking, *verklaart* vervolgens dat er reden is om een aanpassing op de Grondwet te overwegen en gaat meteen daarna uitgewerkt de boeken in. Verklaringswetten kan je, voor zover wij weten, bijvoorbeeld niet intrekken, zoals het ook niet meer mogelijk is om de toestemming voor het huwelijk tussen Juliana en Bernhard weer in te trekken. Omdat de novelle tegelijk met het oorspronkelijke voorstel in werking treedt, gaan we straks iets meemaken wat neerkomt op het wijzigen van een verklaring tijdens het verklaren. Het toch al mystieke leerstuk van de samenval van rechtsmomenten wordt zo wel heel erg ver opgerekt. De Eerste Kamer is echter akkoord gegaan, dus *parlement.com* kan dit als nieuw potentieel precedent in de annalen bijschrijven.

Constitutioneel procesrecht

In het constitutioneel procesrecht (de combinatie van alle leerstukken die samen de staatsrechtelijke rol van de rechter vormen) zijn twee uitspraken te vermelden. Dat is allereerst het vonnis van de Rechtbank Den Haag in

de zaak van de Club Actieve Nietrokers (CAN) tegen de Staat over de algemene toelaatbaarheid van rookruimtes (Rb. Den Haag 14 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11025). Deze uitspraak is een teleurstelling voor de actieve niet-rokers, omdat de vordering wordt afgewezen. Maar het vonnis is ook een aflevering in het technische feuilleton over de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen. Dat vereist enige uitleg.

Sinds het zogenaamde *Spoorwegstaking*-arrest uit 1986 (HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402) zijn vele lichten studenten opgevoed met de leer dat de rechtstreekse werking van een verdragsbepaling een eigenschap van die bepaling is. De kwestie ligt dus digitaal. Als een bepaling eenieder verbindend is, dan kan hij altijd voor de rechter worden ingeroepen. Als een bepaling niet eenieder verbindend is, dan kan hij dat nooit. In technische termen heet dat de dichotome benadering.

Met het *Rookverbod*-arrest uit 2014 (HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928), een zaak waarin de CAN wel succes had, lijkt de Hoge Raad de dichotome benadering te hebben ingeruild voor de zogenaamde contextuele benadering. In de contextuele benadering ligt de inroepbaarheid van het internationale recht niet voor eens en voor altijd vast, maar moet de rechter per geval in elke concrete zaak kijken of de bepaling *in die context* 'zonder meer als objectief recht kan functioneren'. Het door CAN ingeroepen artikel 8 lid 2 van het WHO-Kaderverdrag, dat Staten verplicht effectieve wettelijke maatregelen te nemen tegen blootstelling aan tabaksrook in 'indoor public spaces', is op zichzelf genomen te vaag om onder de klassieke *Spoorwegstaking*-criteria rechtstreeks te werken. Voor zover het eindresultaat al voldoende precies is, blijft onduidelijk op welke termijn de maatregelen effectief moeten zijn. Onder de oude criteria zou de zaak daarop zijn gestrand. Maar dat gebeurde in 2014 niet. In het concrete geval waar de Hoge Raad in het *Rookverbod*-arrest over moest oordelen, ging het niet in algemene zin over de vraag wanneer 'indoor public spaces' rookvrij moeten zijn. Het ging, veel specifieker, om de vraag hoe het alsnog uitzonderen van kleine kroegen zonder personeel zich verhoudt tot de algemene verplichting om op termijn rookvrij te worden. In *die* context van *dat* geval is de bepaling wel helder. Want wat er verder ook zij van de termijn waarop er nergens meer gerookt mag worden, duidelijk is wel dat het telkens minder, minder, minder moet worden. Door een eenmaal ingevoerd rookverbod voor de horeca toch weer uit te zonderen voor kleine cafés, wat het gedoogkabinet Rutte-I had gedaan, werd er niet minder maar meer gerookt en dat is in ieder geval in strijd met artikel 8 lid 2 WHO-Kaderverdrag.

In de theorie van de contextuele benadering is dus beslissend dat in dit geval een eenmaal ingevoerd verbod weer werd ingetrokken. Als de uitzondering voor kleine cafés al vanaf het begin had gegolden, was de context anders geweest en had de bepaling mogelijk niet kunnen worden ingeroepen bij de rechter.

In de meest recente procedure waarin de rechtbank afgelopen september uitspraak deed, doet de CAN weer een beroep op artikel 8 lid 2 van het WHO-Kaderverdrag. Ditmaal om rookruimten, die immers ook ‘indoor public space’ zijn, in zijn geheel te laten verbieden. Maar voor die eis biedt artikel 8 lid 2, aldus de rechtbank, geen steun. Daarmee is een belangrijke eigenschap van de contextuele benadering gerealiseerd: in het ene concrete geval kan een verdragsbepaling *wel* worden ingeroepen, in het andere concrete geval *niet*.

De zaak lijkt dus redelijk beklonken. Maar wie nog een technisch onderwerp voor zijn of haar masterscriptie zoekt, kan zich afvragen of de Hoge Raad in het *Rookverbod*-arrest en de Rechtbank Den Haag onlangs wel werkelijk de contextuele benadering toepassen. Er is namelijk nog steeds een andere lezing van beide uitspraken mogelijk. In die lezing heeft de Hoge Raad in het *Rookverbod*-arrest niet zozeer de context van het geval beslissend geacht, maar heeft hij bij wege van verdragsinterpretatie in artikel 8 lid 2 WHO-Kaderverdrag een (connexe) *standstill*-bepaling gelezen en die vervolgens beoordeeld op de geschiktheid om in de nationale rechtsorde onmiddellijk als objectief recht te functioneren. Die *standstill*-bepaling kan in alle gevallen worden ingeroepen omdat die in zichzelf glashelder is: er mogen alleen maar maatregelen worden getroffen tegen roken. Volgens deze lezing is de Hoge Raad in het *Rookverbod*-arrest helemaal niet omgegaan en is de oude dichotome benadering uit het *Spoorwegstaking*-arrest nog altijd onverkort van kracht. Zo valt ook de motivering van de Rechtbank Den Haag uit te leggen, omdat deze omstandig betoogt dat een totaal rookverbod als algemene norm niet uit artikel 8 lid 2 WHO-Kaderverdrag volgt en dat het artikel daarom niet kan worden ingeroepen. De norm in zijn algemeenheid is dus te vaag. Als de rechtbank werkelijk de contextuele benadering hadden willen volgen, dan had ze bijvoorbeeld moeten ingaan op het argument van CAN dat rookruimten in de praktijk oprukken en daardoor steeds meer rookvrije ‘indoor public space’ verloren gaat. Doordat de rechtbank aan dit argument niet meer toekomt omdat de CAN zich niet kan beroepen op een voldoende duidelijk algemeen rookverbod, lijkt het dichotome denken nog lang niet ingewisseld voor de werkelijke contextuele benadering.

Wie toch liever een masterscriptie schrijft over internationale rechterlijke dialogen, kan terecht bij de tweede uitspraak die in het kader van het constitutioneel procesrecht hier gesignaleerd wordt: de tussenuitspraak van de Rechtbank Den Haag waarin deze de preliminaire verweren van Knoops tegen de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in het *Wilders*-proces verwierp (Rb. Den Haag 14 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:12362). Knoops had uit een Amerikaans vaatje staan tappen en pleit voor de invoering van een *political question doctrine* naar Amerikaanse model. De rechtbank gaat daar, wat ons betreft terecht, niet in mee. De rechter wordt hier immers niet gevraagd zich uit te spreken over ‘het soort democratie dat wij zouden moeten hebben’, zoals Knoops stond te beweren, want in het soort rechtsstaat dat wij al lang hebben

staat niemand boven de wet. Dus doet de rechtbank ook in dit geval wat hem in artikel 113 Grondwet is opgedragen: strafbare feiten berechten. De politieke context en de publieke status van de verdachte zullen meewegen bij de strafbaarheid van de uitlatingen, zoals ze dat altijd doen.

Hoe dat precies zal uitvallen, bespreken wij bij een volgend signaal.

BESTUURS(PROCES)RECHT

AAK20168229

Prof.mr.dr. A.T. Marseille

Wetgeving

Naar rechtseenheid tussen de HR en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Sinds januari 2016 is bij de Tweede Kamer het wetsvoorstel Wet organisatie hoogste bestuursrechtspraak (*Kamerstukken II* 2015/16, 34389, 1-3) aanhangig. Het wetsvoorstel houdt kort gezegd in dat twee van de vier hoogste bestuursrechters verdwijnen. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) en de Centrale Raad van Beroep (CRvB) worden opgeheven. De zaken van het CBb worden ondergebracht bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS), die van de CRvB bij de gerechtshoven. Bij de discussie over de voors en tegens van de plannen van de regering speelt het onderwerp rechtseenheid een voorname rol. In een piramidaal systeem met een hoogste rechter, zoals dat in Nederland geldt voor de civiele en strafrechtspraak, is rechtseenheid minder een punt van zorg en discussie dan in een systeem, zoals dat op dit moment geldt voor de bestuursrechtspraak, met vier hoogste rechters. Hoe kan die rechtseenheid dan worden gegarandeerd? Dat we in Nederland binnenkort mogelijk van vier naar twee hoogste bestuursrechters gaan, maakt die vraag niet minder prangend.

De Tweede Kamerleden Recourt en Taverne zagen als oplossing een prejudicieel stelsel waarin de ABRvS aan de Hoge Raad een prejudiciële beslissing zou moeten vragen over rechtseenheidskwesties. Een motie van die strekking werd op 30 april 2015 door de Tweede Kamer aanvaard (*Kamerstukken II* 2014/15, 29279, 235). Noch de Hoge Raad, noch de ABRvS bleken geporteerd van een prejudicieel stelsel. Minister Van der Steur benoemde daarop in het najaar van 2015 een commissie onder voorzitterschap van Michiel Scheltema, de regeringscommissaris voor algemene regels van bestuursrecht, om te adviseren over hoe kan worden voorzien in rechtseenheid binnen het bestuursrecht en tussen het bestuursrecht en andere rechtsgebieden. In augustus 2016 bracht de commissie haar rapport uit (*Kamerstukken II* 2015/16, 34389, 4; zie over het rapport: J. Kennis & Y.E. Schuurmans, ‘Rapport Commissie rechtseenheid bestuursrecht’, *NJB* 2016/1755).

De commissie begint haar bijzonder helder en precies geformuleerde rapport met de constatering dat rechtseenheid van groot belang is, dat rechtseenheid moeilijker is

te bereiken in een systeem met meerdere hoogste rechters dan in een stelsel met één hoogste rechter en dat er op het punt van de rechtseenheid in het bestuursrecht in Nederland in het afgelopen decennium al heel veel is bereikt. Deels valt dat op het conto van de vier hoogste bestuursrechtelijke instanties te schrijven, die zich hebben ingespannen om zo veel mogelijk één lijn te kiezen bij het beantwoorden van vergelijkbare rechtsvragen, deels op dat van de wetgever, die met de mogelijkheid om een advocaat-generaal conclusies te laten nemen en om zaken te verwijzen naar een grote kamer van vijf leden, een handje heeft geholpen.

Dat wil niet zeggen dat er niet nog van alles te verbeteren valt. In de eerste plaats bestaan er nog steeds allerlei inconsistenties en zorgt de voortgaande rechtsontwikkeling bij voortdurend voor mogelijke nieuwe inconsistenties. In de tweede plaats blinken de instrumenten waarvan op dit moment gebruik wordt gemaakt voor het bereiken van rechtseenheid niet uit in transparantie. Opvallend is met name dat partijen zo goed als buitenspel staan en dat rechtseenheid niet kan worden afgedwongen en dus louter op initiatief van de hoogste rechters tot stand komt.

Het zou dus goed zijn als er iets gebeurt. Maar wat? De commissie beantwoordt die vraag in drie stappen. In de eerste plaats stelt ze voor een algemene bepaling in de Awb op te nemen die het belang van rechtseenheid benadrukt. Die zou moeten luiden: 'De Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State en de Hoge Raad bevorderen over en weer de eenheid en consistentie van het recht.' De commissie benadrukt dat dat uitgangspunt niet alleen de consistentie en rechtseenheid binnen het bestuursrecht betreft, maar ook die tussen het bestuursrecht aan de ene kant en het civiele en het strafrecht aan de andere kant.

In de tweede plaats inventariseert de commissie een aantal mogelijke opties voor rechtseenheidsvoorzieningen. De prejudiciële procedure zoals voorgesteld in de motie-Recourt/Taverne valt af. De belangrijkste reden is dat het eenrichtingsverkeer dat eigen is aan die procedure (de Hoge Raad vertelt de ABRvS hoe het zit) maar voor een deel van de rechtseenheidsvragen een oplossing biedt: wel in situaties waarin de bestuursrechter kan profiteren van de straf- of privaatrechtelijke expertise van de Hoge Raad, maar niet in situaties waarin de Hoge Raad aansluiting zoekt bij het bestuursrecht. Daarnaast betreft een prejudiciële procedure een extra procedure die moet worden doorlopen ten opzichte van die waarin de rechtseenheidsvraag opkomt. Dat zorgt voor een aanzienlijke vertraging van de afdoening van de zaak. Een dergelijk nadeel kleef ook aan een tweede optie, een extern rechtseenheidscollege.

De optie die de voorkeur van de commissie heeft, is het instellen van gemengde rechtseenheidskamers in zowel de Hoge Raad als de ABRvS, waarin leden van beide colleges zitting hebben. Die voorkeur komt voort uit een analyse van de verschillende soorten rechtseenheidsvragen waar hoogste rechters mee geconfronteerd kunnen worden.

In de eerste plaats zijn er de als 'belangrijk' aangeduide rechtseenheidsvragen, die in een rechtseenheidskamer moeten worden behandeld. De commissie noemt als

voorbeelden (van in het verleden besliste zaken), zaken over de overschrijding van de redelijke termijn en over het maken van een uitzondering op de verplichting griffierecht te betalen. In de tweede plaats zijn er 'middelzware' vragen. Die kunnen in een gewone meervoudige kamer of een grote kamer worden behandeld, zij het dat daarin dan wel een of meerdere leden van het andere rechtscollege zitting moeten hebben. Een voorbeeld biedt de vraag of het ontbreken van een rechtsmiddelenclausule tot verschoonbaarheid van een termijnoverschrijding moet leiden. In de derde plaats zijn er 'lichte' vragen, die kunnen worden beantwoord zonder gebruik te maken van een formele rechtseenheidsvoorziening. Een voorbeeld is de vraag naar de consequentie van het ontbreken van een (leesbaar) poststempel voor de vaststelling of een beroep op tijd is ingediend.

De voorgestelde rechtseenheidskamer bestaat uit vijf rechters, waarvan drie afkomstig zijn uit de instantie waar de zaak aanhangig is en twee uit de andere instantie. Op dit moment is het mogelijk dat raadsheren van de Hoge Raad staatsraad in buitengewone dienst zijn en in die hoedanigheid zitting hebben in een door de ABRvS gevormde grote kamer. Het omgekeerde (een staatsraad die raadsheer in buitengewone dienst is in de Hoge Raad) is op dit moment niet mogelijk. Artikel 5a van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren bepaalt dat alleen wie reeds als president, vice-president of raadsheer lid is in de Hoge Raad, raadsheer in buitengewone dienst kan zijn. De ratio van deze beperking is dat alleen personen die zijn ingevoerd in de werkwijze en oordeelsvorming door de Hoge Raad van meerwaarde zouden zijn voor die instantie. De commissie ziet daarin geen belemmering om staatsraden als raadsheer in buitengewone dienst bij de Hoge Raad te benoemen. Immers, de reden voor zo'n benoeming is in hun geval juist hun expertise op het terrein van het bestuursrecht. De commissie adviseert dan ook de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) te wijzigen. In artikel 72 Wet RO zou een nieuw lid moeten worden ingevoegd dat bepaalt dat van de Hoge Raad ten minste drie leden van de ABRvS deel uitmaken die zijn benoemd tot 'raadsheer voor rechtseenheid'.

Wordt een zaak in een rechtseenheidskamer behandeld, dan werkt de procedure als volgt. De ABRvS (of de Hoge Raad, als het een zaak betreft die daar aanhangig is) formuleert de rechtsvragen die aanleiding zijn voor verwijzing. Partijen krijgen de gelegenheid zich uit te laten over de formulering van die rechtsvragen. Vervolgens kunnen partijen en anderen binnen een door de ABRvS (dan wel de Hoge Raad) te stellen termijn schriftelijke opmerkingen maken en wordt om een conclusie van een advocaat-generaal gevraagd, waarna de rechtseenheidskamer een beslissing in de zaak kan nemen.

Over de 'anderen' die de gelegenheid krijgen opmerkingen te maken, merkt de commissie op dat juist bij zaken waarin de rechtseenheid een prominente rol speelt het van belang is dat de rechter zich een beeld vormt van de gevolgen van zijn uitspraak voor de rechtspraak. Het privaatrecht en het belastingrecht kennen al regelingen

voor de inbreng van anderen dan partijen. De toepassing daarvan houdt onder meer in dat de Hoge Raad een oproep publiceert tot het maken van schriftelijke opmerkingen. Die praktijk zou ook bij 'belangrijke' rechtseenheidszaken kunnen worden toegepast. Daarnaast noemt de commissie de mogelijkheid dat de rechtseenheidskamer bepaalde personen en organisaties gericht uitnodigt om van zich te laten horen. Het kan uiteraard ook voorkomen dat een partij in een procedure bij de ABRvS of de Hoge Raad zijn zaak door een rechtseenheidskamer behandeld wil zien. Die kan daar uiteraard om verzoeken. De commissie merkt op dat als het een gemotiveerd verzoek betreft dat wordt afgewezen, die afwijzing een deugdelijke motivering vergt die in de uitspraak is opgenomen.

Of de voorstellen van de commissie wet zullen worden, hangt mede af van de afloop van het debat over het wetsvoorstel Wet organisatie hoogste bestuursrechtspraak. Op het moment van schrijven van deze kroniek stond de Tweede Kamer op het punt daarover te gaan stemmen. Hoe dan ook legt het rapport van de commissie een gedegen basis voor verdere discussie over de te treffen rechtseenheidsvoorziening(en) in het bestuursrecht.

Incorporatie van de Onteigeningswet in de Omgevingswet

Op 1 juli 2016 is het wetsvoorstel Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet in consultatie gegaan (zie: www.internetconsultatie.nl/omgevingswet_grondeigendom). Het voorstel houdt in dat de Onteigeningswet wordt opgenomen in de Omgevingswet en dat de onteigeningsprocedure op een aantal punten wordt gewijzigd.

Als een overheid grond wil kopen om bepaalde ruimtelijke ontwikkelingen mogelijk te maken (zoals de aanleg van een bedrijventerrein, snelweg of woonwijk) zal zij als regel contact leggen met de eigenaar van de grond, om te kijken of men het eens kan worden over de verkoop. Lukt dat niet, dan kan een onteigeningsprocedure worden gestart. Die bestaat op dit moment uit twee fasen. De eerste fase houdt in dat het overheidsorgaan dat wil onteigenen aan de Kroon vraagt een onteigeningsbesluit te nemen. In reactie daarop legt de Kroon gedurende zes weken een ontwerpbesluit ter inzage. Uiterlijk zes maanden daarna volgt het koninklijk besluit (KB). Zodra dat er is, start de tweede fase. Het overheidsorgaan dat om het KB heeft gevraagd verzoekt de civiele rechter de onteigening uit te spreken en een schadevergoeding vast te stellen. Met de onteigeningsbeslissing van de rechter en de vaststelling van de schadevergoeding is de onteigening een feit.

Bijzonder aan de huidige regeling van de onteigening is dat het onteigeningsbesluit niet een beslissing van het bestuur maar van de rechter is en tevens dat die rechter niet de bestuursrechter maar de civiele rechter is. Er wordt al heel lang gediscussieerd over de vraag of de onteigeningsprocedure niet wat strakker kan worden vormgegeven en of de rechter die erbij betrokken is niet de bestuursrechter zou moeten zijn. De bestuursrechter is immers al sinds jaar en dag de rechter die de rechtmatigheid van besluiten beoordeelt en kan sinds 1994 ook oordelen over geschillen over door de overheid te betalen

schadevergoeding. Het in consultatie gebrachte voorstel houdt een voorzichtige verschuiving in van het civiele naar het bestuursrecht. In de voorgestelde procedure neemt het bestuursorgaan (als dat niet tot overeenstemming komt met de eigenaar) zelf het onteigeningsbesluit. Voordat het zover is, moet het bestuursorgaan een ontwerpbesluit ter inzage leggen en advies inwinnen bij een onafhankelijke adviescommissie. Tegen het onteigeningsbesluit is beroep mogelijk bij de rechtbank en hoger beroep bij de ABRvS. Beide instanties doen uitspraak binnen zes maanden na indiening van het verweerschrift. De schadevergoedingsprocedure begint met een verzoek van het bestuursorgaan aan de (civiele rechter van de) rechtbank tot schadeloosstelling van de persoon op wie de onteigening betrekking heeft. Het verzoek kan worden gedaan vanaf het moment dat het onteigeningsbesluit is vastgesteld. Wordt het niet gedaan binnen twaalf maanden nadat het onteigeningsbesluit onherroepelijk is geworden, dan vervalt het besluit. De rechtbank stelt eerst een voorlopige schadeloosstelling vast (op het niveau van het laatste aanbod). Vervolgens worden deskundigen benoemd en vindt een plaatsopneming plaats. Tegen de beschikking waarmee de rechtbank de definitieve schadeloosstelling vaststelt, is cassatieberoep bij de Hoge Raad mogelijk. De door de onteigende gemaakte kosten van rechtsbijstand worden in beginsel volledig vergoed.

Het in consultatie gebrachte voorstel heeft tot nogal uiteenlopende reacties geleid. Als onbevangen buitenstaander was ik geneigd de voorgestelde procedure te zien als de met de meeste waarborgen voor de burger omklede besluitvormings- en geschilbeslechtsprocedure denkbaar. Dat niet iedereen dat vindt, blijkt uit een bijdrage van Sluysmans & Wiegerink aan de Gemeentestem (J.A.M.A. Sluysmans & R.T. Wiegerink, 'Onteigenen volgens de Omgevingswet: fundamentele kritiek op een fundamentele herziening', *Gst.* 2016/111). Hun belangrijkste argument lijkt dat de nieuwe procedure een verlies van rechtszekerheid voor de betrokken burger inhoudt, omdat het onteigeningsbesluit alleen ter toetsing aan de rechter wordt voorgelegd als de betrokkene daar beroep tegen instelt. Problematisch daarbij vinden zij dat de beslissing de betrokkene niet (zoals nu nog het geval is) via een deurwaarder bereikt, maar door toezending of uitreiking door het bestuursorgaan. Dat zou als risico hebben dat de betrokkene die het niet eens is met het besluit, daartegen niet (tijdig) opkomt. In zijn reactie op de bijdrage van Sluysmans & Wiegerink (G.A. van der Veen, 'Een beetje nieuw water bij de oude wijn', *Gst.* 2016/120; de reactie van Sluysmans & Wiegerink daarop is te vinden in *Gst.* 2016/121) stelt Van der Veen dat – mocht dit werkelijk als reëel probleem moeten worden gezien – er een mouw aan te passen is met een voorziening als een 'beroep van rechtswege'. De bestuursrechter kan dan vervolgens de betrokkene aanschrijven of hij zijn beroep wil handhaven. Voor het overige blijkt uit de reactie van Van der Veen een grote mate van waardering voor het voorstel, met name omdat daarin het onteigeningsbesluit wordt genomen door het orgaan dat daarvoor meest is aangewezen: het

bestuursorgaan dat ter realisering van zijn plannen wil onteigenen. Van der Veen is ook positief over het feit dat het onteigeningsbesluit wordt getoetst door de bestuursrechter in plaats van door de civiele rechter, al was het maar omdat onder de huidige regeling de civiele rechter de KB's die hem worden voorgelegd uiterst marginaal beoordeelt (zie: G.A. van der Veen, 'De Hoge Raad en de taakverdeling bij toetsing van Kroonbesluiten inzake onteigening', in: E.W.J. de Groot & R.D. Harteman, *Bijzonder geschikt voor het werk*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2012, p. 131-138). Tussen de regels door valt te lezen dat Van der Veen vindt dat de wetgever nog wel wat verder had mogen gaan. Waarom zou de bestuursrechter niet zowel over het onteigeningsbesluit als over de schadeloosstelling kunnen oordelen?

Literatuur

Evaluatieonderzoek relativiteitseis en passeren gebreken

Een publicatie van al van iets langer geleden, maar die nog niet in deze kroniek is besproken en ook overigens opmerkelijk weinig de aandacht heeft getrokken, betreft de evaluatie van de artikelen 8:69a Awb (relativiteitseis) en 6:22 Awb (passeren gebreken). De relevante gegevens over het onderzoek: A.G.A. Nijmeijer, B.J. Schueler, F.A.G. Groothuijse, S. Hillegers, T.E.P.A. Lam, R. Ortlep & R.J.N. Schlössels, *Evaluatie artikel 8:69a Awb en artikel 6:22 Awb. Een onderzoek naar het relativiteitsvereiste en het passeren van gebreken in de (rechts)praktijk*, Den Haag: WODC 2015; www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/2422-evaluatie-artikel-622-awb-bevoegdheid-om-gebreken-te-passeren.aspx. Bij de bespreking van het evaluatieonderzoek beperk ik me tot het belangrijkste onderdeel ervan, de relativiteitseis. Artikel 8:69a Awb bepaalt dat de bestuursrechter een besluit niet vernietigt op de grond dat het in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel, als die regel of dat beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept. De invoering van de relativiteitseis kan worden gezien als de meest fundamentele wijziging van het bestuursprocesrecht sinds de invoering van de Awb. Niet langer is het voor een belanghebbende in alle gevallen mogelijk om een besluit van een bestuursorgaan in volle omvang ter toetsing aan de bestuursrechter voor te leggen.

De relativiteitseis gold voor een deel van het bestuursrecht al voor 1 januari 2013. In de per 31 maart 2010 in werking getreden Crisis- en herstelwet (Chw) was een bepaling opgenomen (art. 1.9 Chw) van gelijke strekking. Uit het evaluatieonderzoek naar de werking van de procesrechtelijke bepalingen van de Chw was al het een en ander bekend over de effecten van de relativiteitseis. Weliswaar bleek het niet mogelijk vast te stellen in hoeveel gevallen de relativiteitseis ertoe leidde dat besluiten in stand bleven die zonder de gelding van de relativiteitseis zouden zijn vernietigd, maar duidelijk werd wel dat in ongeveer 1 op de 10 zaken waarin de relativiteitseis van toepassing

was, de toetsing van het bestreden besluit door de rechter beperkter was dan de appellatant had gehoopt (zie: A.T. Marseille e.a., 'De Crisis- en herstelwet. Veel ambitie, nauwelijks effect', *NJB* 2015/2).

Het evaluatieonderzoek naar de werking van artikel 8:69a Awb bestaat uit twee onderdelen. In de eerste plaats is jurisprudentieonderzoek verricht, in de tweede plaats zijn interviews gehouden met rechters, rechtshulpverleners en vertegenwoordigers van bestuursorganen. Het onderzoek heeft een schat aan relevante informatie opgeleverd, maar evenzeer wordt duidelijk dat er ook ontzettend veel is dat we nog niet weten. Door de wijze van gegevensverzameling (het onderzoek is gebaseerd op uitspraken die op rechtspraak.nl zijn gepubliceerd), konden de onderzoekers wel een representatief beeld geven van de jurisprudentie van de ABRvS, maar niet van die van de rechtbanken. Voor de interviews geldt dat die vooral laten zien welke variatie aan indrukken en opvattingen er bij ervaringsdeskundigen bestaat. Het onderzoek is op dit punt veeleer explorerend dan toetsend van aard.

Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt in de eerste plaats dat de werking van het relativiteitsvereiste – een enkele uitzondering daargelaten – beperkt is tot geschillen op het terrein van het omgevingsrecht. Daarnaast levert het jurisprudentieonderzoek een duidelijk beeld op van de wijze waarop de rechter beoordeelt of de relativiteitseis hem ertoe dwingt bepaalde argumenten bij de toetsing van het bestreden besluit buiten beschouwing te laten. Die beoordeling bestaat uit maximaal vijf stappen (zie p. 50 van het rapport). De onderzoekers constateren dat de rechter bij de vraag die hij moet beantwoorden als hij de eerste stap zet (valt het belang van de eiser binnen het beschermingsbereik van de gesteldelijk geschonden norm?) een royale opstelling kiest. Voor een bevestigend antwoord is niet vereist dat de betreffende norm een recht toekent aan individuele burgers. Ook als een norm primair strekt tot bescherming van een algemeen belang, is de rechter bereid aan te nemen dat die tevens de belangen van individuele burgers beschermt. Sprake moet dan wel zijn van parallelle belangen of van nauwe verwevenheid. De royale opstelling van de rechter bij de beoordeling van het beschermingsbereik van de norm wordt gecompenseerd doordat de rechter wel eist dat het belang van de eiser feitelijk wordt geschaad of dreigt te worden geschaad. De onderzoekers noemen een uitspraak van de ABRvS van 6 november 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:1835) als voorbeeld (p. 45). Daarin wordt het volgende overwogen:

'Anders dan het college stelt, vrezen [appellanten] voor een toename van geluidhinder ter plaatse van hun eigen woningen en niet ter plaatse van de voorziene woningen. [appellanten] kunnen zich in het kader van een goede ruimtelijke ordening beroepen op het belang van behoud van een goed woon- en leefklimaat ter plaatse van hun woningen, omdat het plan woonbebouwing mogelijk maakt waarvan zij nadelige effecten voor hun woonsituatie vrezen. Gelet hierop staat artikel 8:69a van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) niet aan een eventuele vernietiging van het plan op deze beroepsgrond in de weg. [appellanten] hebben evenwel niet aannemelijk gemaakt dat de voorziene woningen zullen leiden tot een onaantwoordbare toename van geluidhinder ten gevolge van weerkaatsing van het wegverkeerslawaai, zodat het betoog faalt.'

Kort maar goed: de bestuursrechter is – mede vanwege het gebruik van de term ‘kennelijk’ in artikel 8:69a Awb – snel bereid aan te nemen dat een norm waarvan een appelland stelt dat die is geschonden, (mede) strekt ter bescherming van diens belang, maar is desondanks alleen bereid te beoordelen of sprake is van schending van die norm, als appelland aannemelijk maakt dat hij zelf wordt geraakt door de schending van die norm. Noodzakelijk is derhalve dat het ‘daadwerkelijke’ of ‘achterliggende’ belang van appelland wordt geschaad. De onderzoekers zeggen daarover (p. 2):

‘Het is opvallend dat juist deze elementen niet direct te herleiden zijn tot de tekst van artikel 8:69a Awb. In zoverre wordt – via de memorie van toelichting – meer in de wet gelezen dan er in staat. Het relativiteitsvereiste blijkt niet exact te zijn geformuleerd volgens de bedoeling van de wetgever. De Afdeling heeft er een interpretatie aangegeven die wel steun vindt in de bedoelingen die blijken de wetgeschiedenis aan het relativiteitsvereiste ten grondslag liggen.’

De interviews die deel uitmaken van het evaluatieonderzoek zijn erop gericht meer te weten te komen over hoe de relativiteitseis in de praktijk werkt. Uit de interviews blijkt een grote verscheidenheid van opvattingen daarover. Soms is die verscheidenheid goed te verklaren (rechtshulpverleners van vergunninghouders zijn enthousiaster over de relativiteitseis dan rechtshulpverleners van derden die zich tegen een verleende vergunning keren), soms wat minder goed. Zo zijn er rechters die opmerken dat de toepassing van het relativiteitsvereiste steeds minder tijd kost, omdat er inmiddels meer ervaring mee is opgedaan, maar is er ook een rechter die stelt dat de toepassing tijdrovend is, omdat het beschermingsbereik van wettelijke voorschriften moeilijk is vast te stellen. Nog weer een andere (eerlijke en/of opportunistische) rechter merkt op dat het ambtshalve een punt maken van relativiteit een kwestie is van ‘tijd over hebben’ (p. 53). Bij sommige inschattingen van rechters zat ik instemmend te knikken, bij andere een stuk minder. Zo kan ik me goed voorstellen dat de beperking die het relativiteitsvereiste betekent voor de processuele mogelijkheden van concurrenten, ertoe leidt dat die minder vaak dan in het verleden ageren tegen een aan hun concurrent verleende vergunning. Hun kans op succes is kleiner dan in het verleden (p. 55). Maar ik geloof er eerlijk gezegd niets van dat door de gelding van het relativiteitsvereiste er meer tijd is voor ‘echte conflictoplossing’, omdat de rechter zijn aandacht kan richten op de normen die er gelet op de betrokken belangen toe doen (p. 54-55). Want – om het te houden bij geschillen tussen concurrenten – voor een ondernemer die wil voorkomen dat een concurrent zich vlak in de buurt vestigt, is de kern van het conflict waarschijnlijk dat hij zich in zijn rechtszekerheid voelt aangetast (‘ik ben ervan uitgegaan dat het bestuursorgaan de regels goed zou toepassen en dat die andere ondernemer dus geen vergunning zou krijgen’). Voor zover het regels betreft die niet strekken ter bescherming van het belang van de appellerende ondernemer, kan de rechter geen klaarheid brengen in dat dat conflict. Hij mag niet meer toetsen of het bestuursorgaan die regels juist heeft toegepast, waardoor de ondernemer niet komt te weten of hij daadwerkelijk in zijn rechtszekerheid is aangetast.

Een interessant punt in de interviews is het effect van de relativiteitseis op de behandeling van bezwaren. Het feit dat bepaalde aspecten van een besluit kunnen zijn onttrokken aan de toetsing door de rechter zou het bestuursorgaan in de verleiding kunnen brengen daar bij de behandeling van een bezwaar minder of geen aandacht aan te besteden. Waarom zou je een fout in een besluit herstellen als de rechter het besluit op dat punt, vanwege de gelding van het relativiteitsvereiste, niet kan vernietigen? Of er veel opportunistische bestuursorganen zijn bij wie dergelijke gedachten opkomen en die daar ook naar handelen, konden de onderzoekers niet met zekerheid vaststellen. De interviews met rechtshulpverleners en vertegenwoordigers van bestuursorganen gaven echter geen aanleiding om te veronderstellen dat opportunisme op dit punt voor het bestuur de dominante drijfveer is.

Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding

Als in kronieken zoals deze over een proefschrift of preadvies wordt opgemerkt dat het te belangwekkend is om er in kort bestek recht aan te doen, voel je als lezer aankomen dat over die publicatie verder niets meer wordt gezegd. Voor het proefschrift van Lukas van den Berge (*Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht*, Den Haag: BJu 2016) geldt zeker dat het te rijk is om er in deze kroniek volledig recht aan te doen. Toch zal ik er iets over zeggen, zij het minder dan ik zou willen. Bijzonder aan zijn zeer helder en bijna jargonloos geschreven boek vind ik dat hij een poging waagt een veelheid van ontwikkelingen die zich de afgelopen decennia in het bestuursrecht hebben voorgedaan, onder één noemer te brengen. Wie zou beweren dat hij daarin niet voor honderd procent is geslaagd heeft misschien een punt, maar slaat toch de plank mis. Want wat zijn boek zo waardevol maakt, is dat je als lezer door wat Van den Berge schrijft steeds wordt uitgedaagd verder na te denken over de uiteenlopende onderwerpen die hij aan de orde stelt. Ergens in zijn voorwoord schrijft Van den Berge dat een van zijn collega’s in de discussies over het boek materiaal voor nog vijf proefschriften aandroeg. Voor zijn eigen boek geldt iets soortgelijks: het biedt meer dan voldoende inspiratie om zelf weer eens aan een proefschrift te willen beginnen.

Van den Berge start zijn betoog met de van Nonet en Selznick afkomstige notie (op dit moment – toeval of niet – bijzonder populair bij beoefenaren van het bestuursrecht, zie bijvoorbeeld: Michiel Scheltema, ‘Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat?’, *NTB* 2015/37 en D. Allewijn, ‘Het rapport “De praktijk van de nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht”’, *NTB* 2016/29) dat in het recht een ontwikkeling is te zien van *repressive law* via *autonomous law* naar *responsive law*. In reactie op *repressive law* kenmerkt *autonomous law* zich door een strikte scheiding tussen de taak van de wetgever en het bestuur aan de ene kant en die van de rechter aan de andere kant. Voor de rechter geldt dat die ‘zich niet mengt in politieke conflicten en beleidsbeslissingen overlaait aan de democratisch gecontroleerde wetgever’ (p. 4). Dat

heeft voordelen, maar ook nadelen. Een nadeel is dat de nadruk op de geheel gescheiden verantwoordelijkheden ertoe kan leiden dat het rechtssysteem onvoldoende voorziet in concrete maatschappelijke behoeften. Slaagt een rechtssysteem daar wel in, dan kan worden gesproken van *responsive law*, in de woorden van Van den Berge ‘een rechtsopvatting die rekening houdt met de particuliere relaties en de bredere maatschappelijke context van het recht’ (p. 5). Hij duidt die rechtsopvatting verder aan als relationeel recht en onderzoekt in zijn proefschrift hoe dat gestalte zou kunnen krijgen zonder dat al te zeer afbreuk wordt gedaan aan de klassieke waarden van het autonome recht. Daartoe onderzoekt hij in het eerste deel van het proefschrift de filosofische en ideeënhistorische grondslagen van de autonome en relationele tradities. In het tweede deel wordt onderzocht hoe beide tradities in de bestuursrechtelijke doctrine naar voren komen.

In het derde en laatste deel past Van den Berge de verworven inzichten toe op drie centrale bestuursrechtelijke noties die de afgelopen decennia voortdurend in discussie zijn: besluit, relativiteit en evenredigheid. Hij beziet hoe opvattingen in de bestuursrechtelijke literatuur en beslissingen van rechter en wetgever moeten worden geplaatst in de discussie over autonoom versus relationeel recht. Zijn beschouwingen daarover bevatten tal van *eye-openers*, maar doen je als lezer ook beseffen hoe moeilijk het vaak is om met zekerheid ergens een grote lijn te ontwaren of van een ‘voortgaande ontwikkeling’ te kunnen spreken. Illustratief is het hoofdstuk over evenredigheid. Aan de hand van recente jurisprudentie van met name de ABRvS (alcoholslot, asiel- en boetesbesluiten, gaswinning) betreft Van den Berge de stelling dat de bestuursrechter meer dan in het verleden bereid is bij de toetsing van besluiten aan het evenredigheidsbeginsel de zwaarte van de betrokken belangen en ingrijpendheid van het bestreden besluit bij zijn oordeel te laten meewegen. Maar voor bijna alle uitspraken die hij noemt, zou ook kunnen worden berekend dat het om een uitzonderlijke casus gaat of dat sprake is van een minder indringende toetsing dan op het eerste gezicht lijkt. Bovendien, dat Van den Berge alleen recente uitspraken noemt, wil niet zeggen dat in een minder recent verleden geen uitspraken zijn gedaan die evenzeer als onderbouwing van zijn stelling zouden kunnen dienen. Overigens is Van den Berge zelf voorzichtig in zijn conclusies en belangrijker nog: wat hij schrijft helpt de discussie verder, wat het belang van zijn proefschrift onderstreept.

Overige literatuur

- V.M. Bex-Reimert & L.A. Super, ‘Geloofwaardig? De rol van de bestuursrechter in asielzaken’, *JBplus* 2016, p. 141-156.
- L.J.A. Damen, ‘De invloed van bestuursrechtelijke annotaties op de rechtspraak’, *NTB* 2016/35.
- R. Groenheide, D.T. van der Leek & A.G.M. van der Zande, ‘Het Wetsvoorstel organisatie hoogste bestuursrechtspraak (34389). Eindstation of tussenhalte’, *NTB* 2016/28.
- N. Jak, ‘Semipublieke instellingen en de Wet open overheid’, *NJB* 2016/1475.
- J.A.F. Peters, ‘Het klassieke b-orgaan in de nieuwe tijd’, *JBplus* 2016, p. 177-195.
- J.M.J. van Rijn van Alkemade, *Effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarre publieke rechten* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2016.
- S.A.L. Sanders & E.C.J. Wouters, ‘De vergunning van rechtswege en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad’, *NTB* 2016/34.
- L.F. Wiggers-Rust, ‘“Ius ét iustitia” en de correctie Langemeijer’, *NJB* 2016/1755.

EUROPEES RECHT

AAK20168234

Maarten Aalbers, Thomas Weber, Europa Instituut Leiden

Institutioneel

HvJ EU, 28 juli 2016, C-379/15, ECLI:EU:C:2016:603
(Association France Nature Environnement)

– Feiten

Uit het arrest *Inter-environnement Wallonie* van 2012 volgt dat nationale rechters, wanneer zij een besluit vernietigen wegens strijd met het EU-recht, in uitzonderlijke gevallen de gevolgen van de nietigheid tijdelijk kunnen opschorten (HvJ EU 28 februari 2012, C-41/11, ECLI:EU:C:2012:103 (*Inter-environnement Wallonie*)). Dit kan enkel wanneer de vernietigde maatregel op correcte wijze het Europees recht implementeerde, en wanneer opschorting, gelet op een dwingend vereiste zoals de bescherming van het milieu, noodzakelijk is ter voorkoming van een rechtvacuüm. In het arrest *Association France Nature Environnement* licht het Hof deze bevoegdheid nader toe: een prejudiciële verwijzing is (bijna) altijd noodzakelijk.

In het onderhavige geschil werd een ministeriële regeling bestreden omdat deze in strijd zou zijn met Richtlijn 2001/42/EG betreffende de beoordeling van de gevolgen voor het milieu van bepaalde plannen en programma’s. De verwijzende rechter vond dat de nationale regeling evident in strijd was met de richtlijn, en dus nietig moest worden verklaard. Dit zou echter de rechtmatigheid van elke eerder genomen maatregel op basis van de regeling in twijfel trekken. Aangezien in het Franse bestuursrecht hiervoor geen verjaringstermijn geldt, zou dat tot een golf aan rechtszaken kunnen leiden. Dat zou het rechtszekerheidsbeginsel aantasten en een rechtvacuüm creëren met betrekking tot de bescherming van het milieu, wat nu juist het doel van de richtlijn is.

In deze context wendde de Conseil d’État zich tot het Hof met twee vragen: ten eerste, of de *Inter-environnement*-doctrine hier van toepassing kon zijn, en ten tweede, of de nationale rechter dit zelfstandig kan vaststellen, of dat hij in alle gevallen verplicht is om eerst een prejudiciële vraag te stellen.

– Uitspraak

Met betrekking tot de eerste vraag herhaalt het Hof de uitzondering van *Inter-Environnement Wallonie*. Dit is een uitzonderlijke mogelijkheid, die per geval moet worden uitgeoefend en geenszins een algemene bevoegdheid geeft aan de nationale rechter om de voorrang van EU-recht opzij te zetten. De nationale rechter moet zich ervan verzekeren dat aan alle voorwaarden uit dat arrest voldaan is: 1) de bestreden bepaling geeft uitoefening aan een maatregel van Unierecht; 2) de vaststelling van een nieuwe regeling zou de nadelige gevolgen van de nietigverklaring niet kunnen beperken; 3) nietigverklaring zou een rechtsvacuüm creëren en daarmee indruisen tegen een wezenlijke doelstelling van het Unierecht; en 4) handhaving van de gevolgen van de bestreden regeling duurt niet langer dan absoluut noodzakelijk.

Gelet op bovenstaande criteria kan de *Inter-environnement*-uitsondering in dit geval worden toegepast, volgens het Hof. Maar is een prejudiciële vraag altijd noodzakelijk om dit vast te stellen? Hier is het Hof stellig: gezien de zeer uitzonderlijke aard van de bevoegdheid, en het feit dat de vraag wordt gesteld door de hoogste bestuursrechter, rust op de Conseil d'État een plicht om zich tot het Hof te wenden, wanneer enige twijfel rijst over de toepassing van het Unierecht. Dit kan alleen anders zijn, indien de rechter zich ervan verzekert dat er sprake is van een *acte clair*, volgens de bekende CILFIT-doctrine. Het Hof sluit niet uit dat dit ook hier het geval zou kunnen zijn, maar benadrukt dat dit alleen kan als er niet de geringste twijfel bestaat, wat uitvoerig moet worden aangetoond.

– Relevantie uitspraak

Het is begrijpelijk dat een nationale rechter zich tot het Hof dient te wenden alvorens de uitzonderlijke bevoegdheid van *Inter-environnement* toe te passen. Een andere conclusie zou de voorrang en uniforme toepassing van het Unierecht onnodig aantasten. Toch liet het Hof de deur op een kier: het is niet uit te sluiten dat een nationale rechter zelfstandig tot een dergelijk oordeel komt. Dit is met name van belang voor lagere rechters, voor wie de verplichting tot het stellen van een prejudiciële vraag niet geldt.

Economische en Monetaire Unie

HvJ EU 20 september 2016, gevoegde zaken C-8/15 P, C-9/10 P en C-10/15 P ECLI:EU:C:2016:701 (Ledra Advertising e.a.)

De Commissie en de Europese Centrale Bank (ECB) kunnen aansprakelijk worden gesteld voor schade die wordt geleden als gevolg van hun onrechtmatig handelen in het kader van het Europees Stabiliteitsmechanisme (ESM). Dit bepaalde het Hof in C-8/15 P tot en met C-10/15 P *Ledra Advertising e.a.* In casu werd de schadevergoeding echter niet toegekend. Het arrest is een kleine maar principiële stap in de richting van aansprakelijkheid voor han-

delen van EU-instellingen buiten de Europese rechtsorde. Het opent de deur voor veel zaken, maar of deze succes zullen opleveren is te betwijfelen.

– Feiten

In de lente van 2012 kwamen verschillende Cypriotische banken in zwaar weer terecht. Cyprus vroeg om financiële steun voor herkapitalisering. De eurogroep stemde in met financiële steun, op voorwaarde dat twee grote banken zouden worden afgewikkeld, met aanzienlijke verliezen voor rekeninghouders, waaronder de appellanten, tot gevolg. Op 24 april 2013 verstrekte het ESM financiële steun aan Cyprus onder de voorwaarden als overeengekomen in een memorandum van overeenstemming (*Memorandum of Understanding*, kortweg MoU). Deze MoU werd onderhandeld door de Commissie, de ECB en het Internationaal Monetair Fonds enerzijds (gezamenlijk de troika), en Cyprus anderzijds, en ondertekend door Cyprus en de Commissie, handelend in naam van het ESM.

De appellanten verzochten om schadevergoeding van de Commissie en de ECB, in overeenstemming met de artikelen 268 en 340 VWEU. Alternatief eisten ze vernietiging van de bestreden paragrafen in de MoU. Het Gerecht wees beide middelen af. In hoger beroep voor het Hof verzoeken de eisers om vernietiging van het arrest. Ze stellen dat de MoU *de facto* wel degelijk van de Commissie en de ECB afkomstig zou zijn, en dat de *bail-in*-clausule als gevolg waarvan zij hun geld verloren, in strijd zou zijn met het recht op eigendom als vastgelegd in artikel 17 van het Handvest van Grondrechten.

– Uitspraak

Het Hof stelt vast dat de Commissie en de ECB in de onderhandelingen handelden uit naam van het ESM, maar dat hun deelname daarin niet betekent dat het Memorandum aan hen kan worden toegerekend. Hun handelen bindt alleen het ESM, en daarmee vallen zij buiten de Europese rechtsorde, zoals ook volgt uit *Pringle*. Een actie tot nietigverklaring van de MoU is dan ook niet ontvankelijk.

Dit neemt volgens het Hof echter niet weg dat de instellingen aansprakelijk zijn volgens de artikelen 268 en 340 VWEU, voor enig onrechtmatig handelen dat zij begaan bij het aannemen van het Memorandum. In het bijzonder de Commissie, die het algemeen belang van de Unie behartigt en toeziet op de toepassing van de Verdragen, is verplicht om toe te zien op de verenigbaarheid van door het ESM gesloten memoranda met het Unierecht. Het Gerecht heeft zich volgens het Hof dus ten onrechte onbevoegd verklaard om het verzoek tot schadevergoeding te behandelen.

Het Hof vernietigt dus de beslissing van het Gerecht, en maakt gebruik van haar bevoegdheid om de zaak zelf af te doen. Voor niet-contractuele aansprakelijkheid van Unieinstellingen in de zin van artikel 340 VWEU moet voldaan zijn aan drie voorwaarden: (1) een voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel die rechten toekent aan particulieren; (2) het bestaan van schade en (3) een causaal verband tussen de gedraging en de schade. De rechtsregel in casu is artikel 17 lid 1 van het Handvest,

dat het recht op eigendom vastlegt. Het Hof brengt in herinnering dat hoewel lidstaten enkel gebonden zijn door het Handvest wanneer zij Unierecht ten uitvoer brengen, dit niet geldt voor instellingen: zij zijn altijd gebonden door het Handvest, dus ook in het kader van hun werkzaamheden voor het ESM.

Het Hof concludeert echter dat er in casu geen sprake is van een onevenredige beperking van artikel 17(1) Handvest. De bestreden maatregelen zagen immers op een door de Unie nagestreefde doelstelling van algemeen belang, namelijk de stabiliteit van het bankwezen en de eurozone in het geheel. Aan de eerste voorwaarde voor niet-contractuele aansprakelijkheid, een voldoende gekwalificeerde schending, is dus niet voldaan.

In de parallel lopende zaak *Mallis* (C-105/15, ECLI:EU:C:2016:702) oordeelde het Hof dat een verklaring van de Eurogroep, waarin de *bail-in* werd aangekondigd, geen handeling is die rechtsgevolgen beoogt, en dat deze ook niet indirect kan worden toegerekend aan de Commissie of de ECB. De handelingen van dit informele overleg tussen ministers van Financiën van de eurozone blijft hiermee buiten schot van de actie tot nietigverklaring van artikel 263 VWEU.

– Relevantie uitspraak

De uitspraak levert de appellanten weliswaar niets op, maar is niettemin van groot principieel belang. Aansprakelijkheid (of gebrek daaraan) van EU-instellingen voor hun handelen buiten de Verdragen was het onderwerp van veel discussie, in het licht van de eurocrisis en de intergouvernementele maatregelen die daarop volgden. In het bijzonder het ESM, dat is gebaseerd op een verdrag en dus buiten de Europese rechtsorde staat, kan zeer ingrijpende maatregelen nemen, zonder dat het benadeelden dezelfde rechtsbescherming biedt als het EU-recht. Met dit arrest heeft het Hof deze kritiek willen ondervangen. Voor de actie tot nietigverklaring is in het kader van het ESM vooralsnog geen plaats, maar in ieder geval is er de mogelijkheid van niet-contractuele aansprakelijkheid. Dit brengt het ESM een beetje dichterbij de Europese rechtsorde, en zou de deur kunnen openen voor veel schadeclaims. Een kleine kanttekening is hierbij wel op zijn plaats: het leerstuk van de niet-contractuele aansprakelijkheid is in het EU-recht bijzonder nauw, en bevat een streng relativiteitsvereiste. Of gedupeerde spaarders dus veel baat zullen hebben bij de uitspraak, valt nog te bezien.

Mededinging

HvJ EU 7 september 2016, C-121/15, ECLI:EU:C:2016:637 (ANODE t Premier Ministre)

– Feiten

In het prejudiciële arrest *ANODE* heeft de Franse Conseil d'État het Hof gevraagd uitleg te geven over de reikwijdte van artikel 106 (2) VWEU. In deze zaak staat de vraag centraal welke bevoegdheden lidstaten hebben om alge-

mene belangen uit te zonderen van volledige mededinging. Meer specifiek moest het Hof zich uitspreken over de materiële reikwijdte van Richtlijn 2009/73/EG (hierna: de Aardgasrichtlijn). Staat deze richtlijn het toe dat een Staat intervenueert in de markt door leveringsprijzen van gas te bepalen? Op basis van artikel 106 (2) VWEU ex artikel 14 VWEU kunnen lidstaten gasleveranciers belasten met een zogeheten dienst van algemeen economisch belang (DAEB) om universele toegankelijke gasprijzen te waarborgen.

In casu heeft de Franse overheid op basis van wetgeving een DAEB in de energiesector aangewezen om zodoende redelijke gasprijzen voor de consument te verzekeren. Voor de Conseil d'État voerde ANODE aan dat de Franse wetgeving in strijd was met de doelstellingen van Richtlijn 2009/73/EG. Deze doelstellingen hebben betrekking op een vrije marktwerking en de totstandbrenging van een interne markt op het gebied van aardgas. Daartoe heeft de Conseil d'État het Hof gevraagd uitleg te geven over de wisselwerking tussen deze richtlijn en artikel 106 (2) VWEU.

– Uitspraak

Deze prejudiciële vraag bood het Hof de kans om de werking van het evenredigheidsbeginsel op basis van artikel 106 (2) VWEU te verduidelijken. Het Hof heeft zich gebaseerd op het arrest *Federutility*. In dat arrest zijn de criteria waaraan een DAEB moet voldoen, uiteengezet. Ook is in dit arrest door het Hof duidelijk gemaakt hoe een DAEB een inbreuk op de mededinging kan rechtvaardigen.

Analoog aan dit arrest legt het Hof in r.o. 43 van *ANODE* uit dat een DAEB ex artikel 106 (2) VWEU een instrument van economisch of fiscaal beleid vormt dat verzoend kan worden met de belangen van de Unie bij naleving van de mededingingsregels en het behoud van eenheid van de gemeenschappelijke markt. Daarbij moet er daadwerkelijk sprake zijn van algemeen belang dat naar aard en inhoud voldoet aan de kenmerken van continuïteit, universaliteit en gelijkheid en de Uniebeginselen van non-discriminatie, doeltreffendheid en evenredigheid.

Aan de hand van de eerste categorie kan een rechter vaststellen of er *prima facie* sprake is van een DAEB. Op basis van de Uniebeginselen van non-discriminatie, doeltreffendheid en evenredigheid kan een rechter controleren of een openbare dienstverplichting *prima facie* strijdig is met het Unierecht.

Vervolgens heeft het Hof in *ANODE* de nationale rechter geïnstrueerd om aan de hand van de volgende criteria de evenredigheid van de DAEB ex artikel 106, lid 2 VWEU te controleren:

- de voorlopigheid en aanpasbaarheid van een DAEB-aanwijzing;
- de aard en inhoud van een DAEB;
- de kenmerken van de gebruikers of afnemers;
- de vergelijking met andere instrumenten.

Op basis van deze leidraad kan een ingeroepen algemeen belang door de nationale rechter getoetst worden aan de evenredigheidstoets van artikel 106 (2) VWEU, eerste

volzin. Zij kan op basis van deze Verdragsbepaling *prima facie* beoordelen of een overheidsmaatregel een algemeen belang beoogt of kennelijk ongeschikt is ten aanzien van het te bereiken doel.

– *Relevantie uitspraak*

Sinds het arrest *Federutility* is de discussie over de reikwijdte van artikel 106 (2) VWEU volop in beweging geweest. Dit vindt zijn oorzaak in de omvangrijke jurisprudentie omtrent diensten van algemeen economisch belang sindsdien. Door de introductie van artikel 14 VWEU met het Verdrag van Lissabon is de bevoegdheid van de lidstaten om een DAEB aan te wijzen benadrukt door de lidstaten. Het arrest *ANODE* laat zien dat beginselen van Unierecht, en dan in het bijzonder het evenredigheidsbeginsel, enerzijds begrenzingen vormen voor lidstaten om de mededinging te vervalsen maar anderzijds lidstaten de mogelijkheid bieden om DAEB te rechtvaardigen. Het is de taak van de nationale rechter om op basis van de rechtstreekse werking van artikel 106 (2), eerste volzin, te controleren of een DAEB voldoet aan het evenredigheidsbeginsel.

HvJ EU 15 september 2016, C-28/15, ECLI:EU:C:2016:692 (Koninklijke KPN t ACM)

– *Feiten*

Dit arrest stelt de uitleg van de richtlijn voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten 2002/21/EG (hierna Kaderrichtlijn) centraal. Deze Kaderrichtlijn vereist dat nationale regelgevende instanties toezicht houden op de toegang tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten. Artikel 4 van de Kaderrichtlijn vereist dat de lidstaten een doeltreffend stelsel van rechtsbescherming creëren voor gebruikers en aanbieders van die elektronische communicatienetwerken tegen besluiten van nationale regelgevende instanties (NRI's). In Nederland is deze richtlijn omgezet in de telecomwet en is de Onafhankelijke Post en Telecomautoriteit (OPTA) aangewezen als regelgevende instantie. Inmiddels is de OPTA een onderdeel van de Autoriteit Consument en Markt (ACM).

De prejudiciële procedure draait om het geding tussen de OPTA en haar opvolger de ACM en de mobiele-telecomoperators Koninklijke KPN, Tele2, Ziggo en Vodafone (hierna: mobiele telecomaangebieders). Op basis van artikel 4 van Kaderrichtlijn heeft de OPTA bij besluit mobiele-telecomaangebieders een specifiek kostenberekenningsmodel opgelegd (het zogeheten Bulric-model). Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) heeft dit besluit vernietigd en geoordeeld dat de Kaderrichtlijn de ACM toestaat om af te wijken van het Bulric-model. Vervolgens heeft ACM geoordeeld dat afwijking van het Bulric-model tot te hoge tarieven voor de consument leidt en daarmee strijdig is met het Unierecht. Dit oordeel baseert de ACM op Commissieaanbeveling 2009/396 (hierna: de Aanbeveling) waarin de Bulric-kostenmethode door de Commissie als passend middel is beschreven. Dit besluit is wederom voorgelegd aan het CBb. Hierop heeft het CBb het Hof

verzocht uitleg te geven over de bevoegdheden van NRI ten aanzien van het opleggen van tarieven. Het CBb is van mening dat de ACM alleen strenge tariefverplichtingen mag opleggen op basis van beleidsdoelstellingen die evenredig zijn aan hun doel en vraagt het Hof of deze zienswijze juist is.

– *Uitspraak*

Het Hof herinnert de ACM aan de werking van artikel 288 VWEU. Op basis van deze Verdragsbepaling hebben aanbevelingen geen bindend karakter. Daarnaast stelt ook artikel 19 (2) van de Kaderrichtlijn dat NRI's mogen afwijken van de Kaderrichtlijn. NRI's hebben in hun regulerende functie een ruime bevoegdheid om te beoordelen of marktregulering noodzakelijk is. Daarbij mag de ACM een evenwicht vinden tussen efficiëntie en duurzame mededinging enerzijds en de voordelen voor consumenten anderzijds. De Aanbeveling 2009/396 is hier richtinggevend, maar niet bindend. Als een NRI beoordeelt dat het Bulric-model niet passend is, dan kunnen zij daar gemotiveerd van afwijken. De rechterlijke toetsing van besluiten van NRI's moet voldoen aan het doeltreffendheidsbeginsel. Om een doeltreffend en gelijkwaardig rechtsbeschermingsstelsel te borgen mag de rechter volgens het Hof slechts afwijken van de aanbeveling indien de feitelijke en specifieke kenmerken van de markt van de betrokken lidstaat dat vereisen. Ten aanzien van de vaststelling van het CBb dat een NRI een evenredigheidstoets moet uitvoeren op basis van de Kaderrichtlijn oordeelt het Hof dat een NRI alle redelijke maatregelen mag treffen die gericht zijn op de doelstellingen van de richtlijn:

- 1 het bevorderen van concurrentie bij de levering van elektronische- en telecomdiensten;
 - 2 het bijdragen aan de ontwikkeling van de interne markt; en
 - 3 het bevorderen van de belangen van de Unieburgers.
- Daarmee dienen deze maatregelen inderdaad evenredig te zijn aan deze drie doelstellingen. Overigens biedt de Kaderrichtlijn een lijst met maatregelen die proportioneel geacht worden met het Unierecht. Het vastleggen van kostenmethodes en het opleggen van tarieven is toegestaan als dit bijdraagt aan kostenefficiëntie, duurzame mededinging en consumentenvoordeel, oordeel het Hof. De nationale rechter moet erop toezien dat de evenredigheidstoetsing door een NRI gebaseerd is op deze doelstellingen. Dat betekent niet dat een NRI daadwerkelijk moet aantonen dat deze doelstellingen worden bereikt, voegt het Hof hier aan toe.

– *Relevantie uitspraak*

Deze uitspraak is interessant vanuit verschillende gezichtspunten. Ten eerste is de zaak interessant vanuit het oogpunt van nationale rechtsbescherming bij mededingingsinbreuken. Ten tweede geeft de zaak een goed inzicht in de werking van *soft law*-instrumenten in het mededingingsrecht. Tot slot gaat de zaak specifiek in op de werking van het evenredigheidsbeginsel binnen het mededingingsrecht.

De Kaderrichtlijn vereist dat er sprake is van een doeltreffende rechtsbescherming van besluiten van een NRI – in casu de ACM. Daarbij kent het Hof veel gewicht toe aan de aanbeveling van de Commissie, die weliswaar geen bindende werking heeft – maar wel bijdraagt aan de doeltreffendheid en gelijkwaardigheid van het mededingingsrecht wanneer het toegepast wordt in een nationale procedure. Het specifieke kostenmodel in kwestie is in beginsel de gedragscode die door de ACM moet worden toegepast, tenzij de nationale rechter aan de hand van de feiten van oordeel is dat de nationale markt specifieke kenmerken heeft ten opzichte van andere markten. Deze redenering van het Hof voldoet mijns inziens zeker aan de doelstellingen van de Kaderrichtlijn. Daarom is het opmerkelijk dat het Hof de zienswijze van het CBb – de nationale rechter moet controleren of de ACM het evenredigheidsbeginsel juist heeft toegepast – niet met een volmondig ja beantwoordt. Nu lijkt het Hof de standaarden van de Commissie – die gedragsregels vormen en geen rechtsregels – te transformeren naar een rechtsregel, waarbij de ACM een specifiek kostenmodel moet toepassen, tenzij. Mijns inziens beperkt deze interpretatie de speelruimte van zowel de ACM als de nationale rechter. Bij het controleren of er sprake is van geschikte instrumenten moet de nationale rechter in het mededingingsrecht rekening houden met veranderende marktomstandigheden en algemene belangen die specifiek kunnen gelden voor een lidstaat. Deze visie heeft het Hof bijvoorbeeld duidelijk omschreven ten aanzien van diensten van algemeen economisch belang in het recente arrest *ANODE* (zie hierboven). Om te controleren of er minder ingrijpende maatregelen voorhanden waren voor de ACM moet het CBb, mijns inziens, een teleologische interpretatie van de richtlijn kunnen uitvoeren die verder gaat dan het toetsen aan specifieke kostenmodellen, die immers door de dynamiek van de markt kunnen veranderen.

VOLKENRECHT

AAK20168238

Ige F. Dekker, Nico J. Schrijver

1 Naar een kernwapenvrije wereld

De problematiek van de kernwapens blijft de internationale gemoederen nog altijd stevig in beroering brengen. In de verslagperiode is dat het geval via een uitspraak van het Internationaal Gerechtshof over de schending van internationale verplichtingen door kernwapenstaten en een meerderheidsbeslissing van de AVVN om tot kernontwapening te komen.

Op 5 oktober 2016 deed het Internationaal Gerechtshof uitspraak in de zaak die de Republiek van de Marshall-eilanden op 24 april 2014 had aangespannen tegen de kernwapenstaten India, Pakistan en het Verenigd Koninkrijk. De klacht was dat deze Staten hun verplichtingen tot het beëindigen van de kernwapenwedloop en het nastreven van kernontwapening niet waren nagekomen. Het

Internationaal Gerechtshof kon de klacht tegen deze drie kernwapenstaten in behandeling nemen, omdat deze destijds de automatische rechtsmacht van het Internationaal Gerechtshof onder artikel 36, lid 2 Statuut IGH hebben aanvaard. Dit is ook voor de Marshall-eilanden sinds 2013 het geval. Dat gold evenwel niet voor de eveneens gedaagde kernwapenstaten China, Frankrijk, Rusland, Verenigde Staten, Israël en Noord-Korea, hetgeen maakte dat de zaken tegen deze Staten al in een vroeg stadium van de rol waren gevoerd.

Van de drie overgebleven kernwapenstaten is uitsluitend het Verenigd Koninkrijk partij bij het Non-Proliferatieverdrag van 1968 (NPV). Dit verdrag, waarbij ook de Marshall-eilanden zich in 1995 hebben aangesloten, behelst onder meer de verplichting van kernwapenstaten om ernst te maken met nucleaire ontwapening (art. VI). Nu India en Pakistan geen partij zijn bij het NPV, stelden de Marshall-eilanden dat deze verdragsverplichting heden ten dage ook als een verplichting onder internationaal gewoonterecht bestaat.

In zijn uitspraak van oktober 2016 stelt het IGH dat alleen sprake kan zijn van een rechtsgeschil tussen Staten als deze duidelijk tegengestelde meningen hebben over de nakoming of niet-nakoming van bepaalde internationale verplichtingen. Dat vereist onder meer dat de gedaagde zich ervan bewust moet zijn, althans had kunnen zijn, dat zijn opvattingen duidelijk tegenover die van de ander staan. De Marshall-eilanden voerden ten minste twee van hun verklaringen in multilaterale fora aan, waarbij zij kernwapenstaten dringend hadden opgeroepen om tot daadwerkelijke en veilige kernwapenontwapening te komen. Het Hof oordeelde echter dat deze verklaringen van een algemeen karakter waren en bovendien eerder aansporingen dan een beschuldiging van schending van internationale verplichtingen betroffen. Bovendien waren geen van de drie gedaagde Staten met naam en toenaam genoemd. Om die reden bestond er volgens het Hof tussen de Marshall-eilanden en elk van de drie kernwapenstaten geen duidelijk rechtsgeschil. Het Hof besliste dan ook, met negen tegen zeven stemmen, dat de bezwaren van India en Pakistan en het Verenigd Koninkrijk tegen de rechtsmacht van het Hof terecht waren en het besliste ten slotte met tien tegen zes stemmen dat het niet de zaken ten gronde kan gaan behandelen; in de procedure tegen het Verenigd Koninkrijk was de stemverhouding iets anders vanwege zijn gebondenheid aan het NPV, namelijk respectievelijk acht (met doorslaggevende stem van de president) tegen acht en negen tegen zeven. Zie de uitspraken en de voorgeschiedenis van deze zaak op de website van het Hof, www.icj-cij.org.

In de AVVN nam Oostenrijk, gesteund door vijf andere landen (Brazilië, Mexico, Nigeria, Zuid-Afrika en Ierland), het initiatief om in 2017 twee ontwapeningsconferenties te houden. Dit met als doel om in twee rondes een juridisch bindend verdrag tot verbod voor kernwapens voor te bereiden, zoals deze reeds bestaan voor chemische en biologische wapens en clusterbommen. In feite is dit in lijn met een toespraak die president Obama bij aanvang van zijn ambtsperiode in 2009 in Praag heeft gehouden. Maar

in 2016 lijken de internationale spanningen weer enorm te zijn toegenomen, getuige de crisissituaties rondom Oekraïne en Syrië. Er wordt zelfs gesproken van een nieuwe of hernieuwde Koude Oorlog. Om die reden menen de Verenigde Staten dat nucleaire afschrikking cruciaal blijft voor internationale veiligheid en een initiatief tot kernontwapening nu niet aan de orde kan zijn. Toch stemden op 27 oktober 2016 123 Staten voor de AVVN resolutie *Taking Forward Multilateral Nuclear Disarmament Negotiations*, terwijl 38 Staten tegenstemden en 16 zich onthielden. Tot de voorstemmers behoorden vrijwel alle ontwikkelingslanden en enkele westerse Staten die geen lid van de NAVO zijn, waaronder Ierland, Oostenrijk en Zweden. Tegen stemden de grote kernwapenmogendheden Rusland, Frankrijk, VS en VK, alsmede alle NAVO-staten minus – opvallend genoeg – Nederland dat zich als enige NAVO-staat onthield. Ook China onthield zich van stemming. Zie brief van de minister van Buitenlandse Zaken aan de Tweede Kamer d.d. 27 oktober 2016, *Kamerstuk 33873*, 23 en VN doc. A/C.1/71/L.41, 27 oktober 2016.

2 Philip Morris vs Uruguay

Op 8 juli 2016 deed een internationaal arbitrage-tribunaal een geruchtmakende uitspraak in een investeringsgeschil tussen de megatabaksfabrikant Philip Morris en Uruguay. Philip Morris vorderde een vergoeding van 25 miljoen dollar voor de economische schade die het bedrijf zou hebben geleden als gevolg van een aantal antirookmaatregelen die Uruguay in 2008 en 2009 had genomen. Met deze maatregelen zou Uruguay het Bilaterale Investeringsverdrag (BIT) met Zwitserland – Philip Morris heeft een vestiging in Lausanne – uit 1988 schenden. Het tribunaal, ingesteld onder auspiciën van het aan de Wereldbank gelieerde International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), oordeelde dat Uruguay met de gewraakte maatregelen het BIT niet had geschonden. Het wees de vordering van Philip Morris af, en veroordeelde het gigantische tabaksbedrijf tot vergoeding van een deel van Uruguays proceskosten (7 miljoen dollar) en tot vergoeding van alle kosten van het tribunaal zelf (1,5 miljoen dollar).

Philip Morris begon zijn actie in 2010 en richtte zijn pijlen met name op twee antirookmaatregelen. De ene betrof een beperking van de varianten waaronder een bedrijf zijn sigaretten mocht verkopen, de zogenoemde Single Presentation Regulation (SPR). Daardoor kan Philip Morris geen 13 maar 7 soorten Marlboro's aan de man brengen (en moest het bijvoorbeeld de varianten Gold, Blue en Fresh Mint uit de markt in Uruguay nemen). Op grond van de andere maatregel moeten de tekstuele en grafische waarschuwingen tegen roken op een pakje sigaretten ten minste 80% van de oppervlak van een pakje beslaan (de zogenoemde 80/80 Regulation, eerder was dat nog 50%). Uruguay stelde dat het met deze maatregelen voldeed aan de uitvoering van het Tabaksontmoedigingsverdrag (*Framework Convention on Tobacco Control* (FCTC, 2003) van de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO)). Philip Morris stelde zijn vordering vooral op de bewering

dat Uruguay met deze maatregelen (1) zijn investering in Uruguay (indirect) onteigende, en (2) de investeerder niet 'fair and equitable' behandelde. Bovendien claimde Philip Morris een 'denial of justice' vanwege onder meer het feit dat de twee hoogste rechters in Uruguay inzake de 80/80 Regulation tot tegengestelde uitspraken waren gekomen. Het is vooral de behandeling van de eerste twee gronden door het tribunaal die de uitspraak voor de ontwikkeling van het investeringsrecht interessant maakt. Op de hoofdonderdelen was het tribunaal, dat bestond uit drie arbiters, in zijn oordeel unaniem. De arbiter benoemd door Philip Morris had op onderdelen een afwijkende mening.

(1) Wat de *onteigeningsclaim* betreft, stelt het tribunaal dat geen van de twee maatregelen een vorm van indirecte onteigening, verboden onder artikel 5 van het BIT, oplevert. Het tribunaal benadrukt dat een merkrecht geen absoluut recht is op het gebruik van het betreffende product, vrij van overheidsregelingen maar een exclusief recht ter bescherming tegen het gebruik van het merk door derden op een commerciële markt. Dit recht wordt door de 80/80 Regulation niet wezenlijk aangetast. Evenmin leidt de SPR-regeling, in de ogen van het tribunaal, tot een substantiële vermindering van de waarde van Philip Morris' investeringen in Uruguay, een noodzakelijke voorwaarde om überhaupt van onteigening te kunnen spreken. Hoewel de investering zonder de SPR-regeling wellicht meer had opgebracht, blijft de waarde daarvan volgens het tribunaal ruim voldoende en kan er dus geen sprake zijn van een indirecte onteigening.

Met de maatregelen, zo stelt het tribunaal, voldeed Uruguay aan haar nationale en internationale verplichtingen om de publieke gezondheid te beschermen en te bevorderen. Zij zijn een geldige uitoefening van de zogenoemde *police powers* die een Staat ten behoeve van de behartiging van publieke belangen bezit. Het gebruik van deze soevereine bevoegdheden kan, naar algemeen internationaal recht, geen onteigening opleveren, mits voldaan is aan de eisen van goede trouw, non-discriminatie en proportionaliteit. Op basis van deze gewoonterechtelijke regelingen verworpt het tribunaal de onteigeningsclaim in zijn geheel.

(2) Dat lot treft eveneens Philip Morris' bewering dat de maatregelen een schending zouden zijn van Uruguays verplichting, neergelegd in artikel 3(2) van het BIT, om buitenlandse investeerders een 'fair and equitable treatment' te geven. Deze grond – kortweg vaak de FET-standaard genoemd – wordt sinds het begin van deze eeuw meer en meer door multinationals in investeringszaken ingeroepen, en niet zelden zonder succes. Maar in de onderhavige zaak loopt het anders. Het tribunaal stelt dat de beide maatregelen redelijk waren en zeker niet 'arbitrary, grossly unfair, unjust, discriminatory or ... disproportionate'. Daarbij gaat het tribunaal ervan uit dat een Staat voor de bescherming van de publieke gezondheid beschikt over een *margin of appreciation*. Dit begrip, dat naar de mening van het tribunaal niet alleen geldt in het kader van de rechten van de mens maar ook in het

internationaal investeringsrecht, impliceert dat investeringstribunalen terughoudend moeten zijn ten aanzien van de afwegingen die een Staat voor de bescherming van publieke belangen maakt.

Onderdeel van de FET-claim is vaak ook de klacht dat door het opreden van de gaststaat de zogenoemde *legitimate expectations* van de investeerder zijn geschonden en/of dat de stabiliteit van het nationale rechtsregime is ondermijnd. Ook daarmee maakt het tribunaal in deze zaak relatief korte metten. Van specifieke toezeggingen aan Philip Morris, die zulke verwachtingen hadden kunnen wekken, is niet gebleken. Mede gezien de beperkte invloed van de maatregelen op de investeringen van het bedrijf, moet geconcludeerd worden dat de maatregelen het rechtsregime voor de investeringen niet gewijzigd hebben ‘outside of the acceptable margin of change’.

Deze opvallende uitspraak komt op een moment dat de wijze van het beslechten van internationale investeringsgeschillen, in zowel de internationale als nationale politieke arena’s, sterk ter discussie staat. Zie daarover nader *KwartaalSignaal* 133, AAK20147674. Deze zaak laat in ieder geval zien dat het huidige stelsel van internationale investeringsgeschillenbeslechting niet altijd zo slecht functioneert als wel wordt beweerd. Ook kleine, relatief arme landen kunnen een klaterende overwinning boeken tegen een zeer machtige multinational. Zeker, Uruguay had een sterke casus en misschien mag ook niet onderschat worden dat het tribunaal, zoals elke verantwoordelijke rechter betaamt, zich rekenschap heeft gegeven van de niet altijd ontorechte kritiek op de uitkomsten van eerdere investeringsgeschillen tussen ontwikkelingslanden en westerse multinationals.

De uitspraak – ongeveer 170 bladzijden lang – alsmede de *dissenting opinion* en de beslissing van het tribunaal inzake de rechtsmacht in deze zaak uit 2013 zijn te vinden onder: www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf.

MENSENRECHTEN

AAK20168240

Dr. Ingrid Leijten (afdeling Staats- en bestuursrecht, Universiteit Leiden), mr. Floris Tan (Grotius Centre for International Legal Studies, Universiteit Leiden)

Europa

Ontwikkelingen binnen de Raad van Europa en de Europese Unie

De ontwikkelingen op het terrein van mensenrechten staan nooit stil. Dit blijkt ook weer uit de vele interessante (EHRM-)uitspraken die in de afgelopen periode zijn gedaan. Voordat deze worden besproken, kunnen twee recente ontwikkelingen die een (potentieel) gevaar voor de mensenrechtenbescherming vormen, hier echter niet onbenoemd blijven. Om te beginnen is er de situatie in

Turkije sinds de coupoging van 15 juli jl., die leidt tot gereede zorg over de bescherming mensenrechten. Amnesty International komt met bewijs dat er sprake is van foltering van gedetineerden, maar ook procedurele rechten en het discriminatieverbod worden veronachtzaamd. De talloze ontslagen, die bovendien een beperking inhouden van het recht op respect voor privéleven zoals uitgelegd door het EHRM, vormen een treurigstemmende illustratie. Dan was er ook nog het Brexit-referendum. Naast over vele andere nog deels onvoorzienbare effecten, wordt ook volop gespeculeerd over de gevolgen van een Brexit voor de mensenrechten in het Verenigd Koninkrijk – niet alleen in EU-verband. Zo is de positie van het EVRM en de Human Rights Act in de Britse rechtsorde er niet zekerder op geworden. De Tories geven de voorkeur aan een eigen Bill of Rights, maar dat die minder zou omvatten dan het EVRM plus de bijbehorende rechtspraak, lijkt op basis van de Britse kritiek op dit systeem buiten kijf te staan. Al met al reden om te stellen dat ‘behaalde resultaten’ op het terrein van mensenrechten ‘geen garanties voor de toekomst’ bieden.

In EU-verband springt vanuit mensenrechtelijk perspectief verder de ontwikkeling van het privacyrecht in het oog. In mei zijn een nieuwe richtlijn met betrekking tot dataprotectie in de strafrechtspleging (Richtlijn 2016/680/EU) en ook de nieuwe algemene Verordening gegevensbescherming (Verordening (EU) 2016/679) in werking getreden. In mei 2018 wordt de verordening toepasselijk, en moet de richtlijn zijn omgezet in nationaal recht. De komende twee jaar zullen de nationale wetgevers dan ook hard aan de slag gaan, terwijl discussie over bijvoorbeeld het immer controversiële recht om vergeten te worden en data te laten wissen (art. 17 van de verordening) niet uit zal blijven.

Rechtspraak

Berichten uit de Grote Kamer van het EHRM

In de afgelopen signaalperiode (13 april 2016 – 17 oktober 2016) was sprake van maar liefst twaalf Grote Kameruitspraken. De belangwekkende uitspraak in *Murray t. Nederland* (nr. 10511/10) over levenslange gevangenisstraf wordt onder het kopje *Nederland in Straatsburg* besproken. Ook de overige uitspraken van de Grote Kamer zijn doorgaans een uitgebreide discussie waard; vanwege de beperkte ruimte zullen ze hier echter slechts kort worden belicht. Om te beginnen heeft het Hof in twee zaken een schending van het discriminatieverbod aangenomen. In *Izettin Doğan e.a. t. Turkije* (nr. 62649/10) ging het om aanhangers van het Alevi-geloof die onder andere klagen over het feit dat hun gebedshuizen en -diensten niet als zodanig werden erkend. De Grote Kamer concludeert dat deze inmenging in de godsdienstvrijheid onverenigbaar was met de neutraliteit en onpartijdigheid waartoe de Staat verplicht is. Naast een schending van artikel 9 EVRM was tevens sprake van een schending van dit artikel in samenhang met artikel 14 EVRM, nu de privileges

die moslims ten deel vielen werden onthouden aan de aanhangers van het Alevi-geloof. In *Biao t. Denemarken* (nr. 38590/10) stond de Deense gezinsherenigingswetgeving centraal. Biao mocht zijn vrouw niet naar Denemarken halen vanwege het vereiste dat geen sterkere banden mochten bestaan met een ander land – in hun geval Ghana – dan met Denemarken. Dit vereiste bestond niet langer voor wie meer dan 28 jaar Deens staatsburger was, wat voor de genaturaliseerde Biao niet gold. De Grote Kamer concludeert dat er geen zwaarwegende redenen waren onafhankelijk van etnische afkomst die het indirect discriminatoire effect van deze regel konden rechtvaardigen.

Een volgende categorie Grote Kamer-uitspraken betreft de uitzetting van vreemdelingen. Om te beginnen werd de zaak *Khan t. Duitsland* (nr. 38030/12) van de rol geschrapt op grond van artikel 37 lid 1 onder c EVRM. Khan had een moord gepleegd terwijl zij ontoerekeningsvatbaar was. Inmiddels waren er garanties van de Duitse autoriteiten dat zij op basis van een uit 2009 daterend besluit daartoe niet zou worden uitgezet. Dit was reden voor het Hof om de klacht niet verder te behandelen. Een eventueel nieuw uitzettingsbesluit zou Khan weer kunnen aanvechten. In *J.K. e.a. t. Zweden* (nr. 59166/12) werden de aan de orde zijnde uitzettingsbesluiten wel nader onderzocht. In dit kader concludeert het Hof dat de situatie in Irak duidelijk is verslechterd. De mogelijkheden van de Iraakse autoriteiten om bescherming te bieden aan personen zoals klagers die moeten vreezen voor Al-Qaeda, waren duidelijk verminderd. Er zou dan ook sprake zijn van een reëel risico van behandeling in strijd met artikel 3 EVRM, en dus van schending op het moment dat zij zouden worden uitgezet.

Een Grote Kamer-uitspraak die zeker niet onopgemerkt mag blijven is die in de zaak *Ibrahim e.a. t. het Verenigd Koninkrijk* (nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08 en 40351/09). Geklaagd werd hier door vier mannen die twee weken na de terreuraanslagen in de Londense metro in 2005 een mislukte zelfmoordaanslag pleegden. Drie van hen werden meteen aangehouden en zonder aanwezigheid van een advocaat verhoord. De vierde klager werd later als getuige verhoord, zonder advocaat en zonder op het zwijgrecht gewezen te zijn, waarna hij zichzelf begon te belasten. De verkregen informatie werd vervolgens gebruikt in de strafprocessen. Volgens de Grote Kamer van het Hof was er bij het verhoor van de eerste drie klagers een dringende noodzaak om het leven en de fysieke integriteit van personen te beschermen, welke een tijdelijke beperking van het recht op een advocaat rechtvaardigde. Bij de vierde klager echter niet: toen tijdens zijn getuigenverhoor bleek dat hij had meegewerkt aan de aanslag had hij juridische bijstand moeten krijgen en op zijn zwijgrecht gewezen moeten worden. In zijn geval was er geen sprake van een eerlijk proces, terwijl het Hof voor wat betreft de andere klagers concludeert dat hun processen als geheel gezien geen artikel 6-schending opleverden. Niet minder interessant is de zaak *Avotijnš t. Letland* (nr. 17502/07), ook over artikel 6 lid 1 EVRM.

Deze zaak laat zien dat de *Bosphorus*-presumptie nog steeds geldt (ook na Advies 2/13 waarin het HvJ EU de toetreding tot het EVRM in verband bracht met een gevaar voor de autonomie van EU-recht), dat wil zeggen, dat bij het ten uitvoer leggen van EU-recht sprake is van een presumptie van gelijkwaardige grondrechtenbescherming. Volgens de Grote Kamer was er in dit geval geen sprake van manifeste tekortkomingen die het vermoeden van gelijkwaardige bescherming weerlegden. De redenen hiervoor kunnen binnen het bestek van deze bijdrage niet worden uiteengezet; de geïnteresseerde lezer zij verwezen naar de uitspraak en/of de vele commentaren hierop. Een laatste artikel 6-uitspraak, die eveneens de verhouding tussen verschillende rechtsordes betreft, is *Al-Dulimi en Montana Management Inc. t. Zwitserland* (nr. 5908/08). Hierin ging het om het bevrozen van tegoeden van klager op basis van Resolutie 1483 (2003) van de VN-veiligheidsraad. Het Hof concludeert dat nu deze resolutie de nationale rechter niet expliciet verbiedt nationale maatregelen ter implementatie van besluiten van de VN-veiligheidsraad te toetsen, dit ten onrechte niet was gedaan. Gezien de vergaande (mensenrechtelijke) effecten had de nationale rechter moeten nagaan of het feit dat klager op de betreffende VN-lijst stond, niet arbitrair was. Dat er toegang bestond tot een *delisting*-procedure kon dit gebrek niet goedmaken. (Over de interpretatie van de Grote Kamer valt het een en ander op te merken, zie bijvoorbeeld de recente annotatie van Ryngaert in *Ars Aequi* (AA20160766).)

Andere uitspraken die niet artikel 6 maar wel de strafrechtelijke procedure betreffen zijn *Buzadji t. de Republiek Moldavië* (nr. 23755/07) en *Jeronovičs t. Letland* (nr. 44898/10). In de eerstgenoemde zaak heeft het Hof zijn rechtspraak inzake artikel 5 lid 3 EVRM verhelderd door duidelijk te maken dat het vereiste van het geven van relevante en voldoende gronden voor detentie geldt vanaf het moment dat de eerste beslissing wordt genomen over voorlopige hechtenis. Hiervoor leek een redelijke verdenking in eerste instantie voldoende voor voorlopige hechtenis. *In casu* voldeed de motivering niet, en dat het hier ging om huisarrest kwam daarbij geen rol van betekenis toe. *Jeronovičs* gaat over de procedurele bescherming onder artikel 3 EVRM. In 2009 was *Jeronovičs*' zaak van de rol geschrapt nadat Letland had verklaard dat er sprake was van een schending van (onder andere) artikel 3. Het Hof maakt nu duidelijk dat dit niet betekent dat de Staat niet langer verplicht is om een effectief onderzoek uit te voeren. De zaak had heropend moeten worden omdat de verklaring van de Staat en de geboden compensatie niet betekenden dat vervolging en veroordeling van de verantwoordelijken niet langer nodig was. Artikel 3 EVRM was derhalve geschonden.

De laatste set Grote Kamer-uitspraken betreft zaken tegen Hongarije. In de zaak *Baka t. Hongarije* (nr. 20261/12) nam de Grote Kamer een schending aan van artikel 6 lid 1 EVRM en van artikel 10 EVRM. Het ging hier om het ontslag van de president van het Hongaarse Hoogerechtshof nadat hij zich kritisch had uitgelaten

over wetsvoorstellen in verband met de nieuwe Hongaarse grondwet. Kort na zijn uitlatingen werden nadere voorstellen gedaan met het gevolg dat hij, drieënhalf jaar voordat zijn ambtstermijn ten einde was, niet kon worden voorgedragen als president van de Kúria, het nieuwe Hooggerechtshof. Hij kon hiertegen niet in rechte opkomen. Volgens het Hof kon worden betwijfeld of de nieuwe wetgeving voldeed aan de vereisten van de *rule of law*. Gezien het belang van procedurele rechtvaardigheid en een onafhankelijke beoordeling van het ontslag van een rechter, leidde dit tot de conclusie dat artikel 6 lid 1 was geschonden. Baka's ontslag vormde volgens het Hof tevens een inmenging in zijn vrijheid van meningsuiting. Hierdoor kwam de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in het geding en nu de inmenging bovendien niet met de nodige waarborgen tegen misbruik was omkleed, was ook artikel 10 geschonden. De tweede Hongaarse zaak (*Karácsony e.a. t. Hongarije* (nr. 42461/13 en 44357/13)) ging over parlementariërs die een boete kregen voor het demonstreren tegen voorgestelde wetgeving waardoor het parlementaire debat zou zijn verstoord. De Grote Kamer concludeert dat de sanctie niet proportioneel was vanwege procedurele tekortkomingen. De parlementariërs werden niet betrokken in de procedure, laat staan dat zij konden worden gehoord (in 2014 is de wetgeving hierover aangepast). Opnieuw een schending van artikel 10 EVRM.

De uitspraken in *Baka* en *Karácsony* waren, net als die in *Buzadji* (en *Murray*, zie hieronder), unaniem, terwijl aan de overige hier besproken uitspraken steeds een of meerdere *dissenting opinions* gehecht zijn.

Must reads uit Luxemburg

Vanuit Luxemburg is het oog deze periode gevallen op twee strafrechtelijke zaken. De eerste zaak (C-614/14 (*Ognyanov*)) betreft het Bulgaarse systeem waarin rechters zich moeten verschonen en tuchtrechtelijk aansprakelijk zijn, nadat ze een prejudiciële vraag stellen aan het HvJ EU, omdat zij door het juridisch en feitelijk kader te schetsen hun onpartijdigheid zouden verliezen. Het HvJ EU is stellig: het nationale recht mag rechters niet beletten prejudiciële vragen te stellen, en dergelijke vragen kunnen op zich geen schending opleveren van artikel 47 lid 2 (recht op onpartijdig gerecht) of artikel 48 lid 1 (onschuldpresumptie) EU-Grondrechtenhandvest (Hv). Daarmee wijst het ook meteen het argument af dat de regeling een hoger beschermingsniveau zou bieden door het recht op een onpartijdig gerecht en de onschuldpresumptie beter te waarborgen. De tweede zaak betreft de Grote Kamer-uitspraak in C-486/14 (*Kossowski*), die gaat over het *ne bis in idem*-recht uit artikel 50 Hv en artikel 54 Schengen Uitvoeringsovereenkomst (SUO). Het HvJ EU verduidelijkt wanneer een strafzaak in een andere lidstaat eerder 'ten gronde' is beoordeeld. Dat is niet het geval waar een beslissing is genomen de vervolging te staken bij gebrek aan bewijs, terwijl het slachtoffer en een mogelijke getuige niet zijn gehoord. Hoewel *in casu* de strafvervolging van *Kossowski* in Polen onherroepelijk was beëindigd, stond het *ne bis in idem*-recht er daarom

niet aan in de weg dat hij vervolgens in Duitsland voor datzelfde feit strafrechtelijke verantwoording moest afleggen.

Nederland in Straatsburg

De zaken tegen Nederland uit de afgelopen signaalperiode deed het EHRM eenentwintig keer af door middel van een ontvankelijkheidsbeslissing; vier keer wees het een arrest. Eén van deze arresten is de belangwekkende Grote Kamer-uitspraak in *Murray t. Nederland* (nr. 10511/10), die in de context van het debat over de levenslange gevangenisstraf nogal wat stof heeft doen opwaaien. De zaak draait om *Murray*, die in 1980 op Curaçao is veroordeeld tot levenslange gevangenisstraf. Behandeling was nodig om zijn hoge recidiverisico omlaag te brengen, maar tbs was toentertijd niet mogelijk op de Antillen. Zonder behandeling bleken gratieverzoeken en de in 2011 ingevoerde herbeoordeling kansloos. In 2013 oordeelde een kamer van het EHRM nog unaniem dat geen schending van artikel 3 (verbod op onmenselijke en vernederende behandeling) had plaatsgevonden, maar de Grote Kamer komt unaniem tot het tegengestelde oordeel. Levenslange gevangenisstraf is op zichzelf niet strijdig is met artikel 3 EVRM, maar moet wel *de facto* en *de jure* in te korten (*reducible*) zijn. Bovendien moet al vanaf de aanvang van de straf een uitzicht op vrijlating bestaan, met herbeoordelingsmomenten waarop wordt bezien of nog wel een legitiem penologisch doel wordt gediend. De eerste herbeoordeling moet binnen vijftientig jaar plaatsvinden, en de gedetineerde moet de mogelijkheid hebben te werken aan zijn resocialisatie. Daarbij dient te worden onderzocht of er behandelmogelijkheden zijn in het specifieke geval, en waar mogelijk moeten deze ook geboden worden. Doordat Nederland geen behandelmogelijkheden bood terwijl deze een noodzakelijke voorwaarde waren voor *Murray* om vrijgelaten te kunnen worden, was zijn gevangenisstraf daarmee *de facto* niet voor vermindering vatbaar (*irreducible*) en in strijd met artikel 3 EVRM.

Twee van de andere Nederlandse zaken betroffen ook artikel 3-kwesties, maar dan in verband met *non-refoulement*, namelijk *R.B.A.B. e.a. t. Nederland* (nr. 7211/06) en *A.M. t. Nederland* (nr. 29049/09). Klagers in *R.B.A.B.* zijn een Soedanees gehuwd stel en hun drie kinderen die dreigden uitgezet te worden naar Soedan. Volgens klagers zou hun uitzetting artikel 3 EVRM schenden, dit vanwege een reëel risico dat de twee dochters slachtoffer zouden worden van vrouwenbesnijdenis. Het EHRM besluit echter unaniem dat dit niet zo is. Onbetwist is dat vrouwenbesnijdenis in Soedan gebruikelijk is, en dat artikel 3 dit gebruik verbiedt; volgens het Hof moet echter in het concrete geval worden beoordeeld of een reëel risico bestaat, ook omdat het gebruik afneemt. Omdat vrouwenbesnijdenis doorgaans in beslissende mate afhangt van de houding van de familie en de ouders in deze zaak duidelijk tegenstanders zijn, kunnen zij bewerkstelligen dat hun dochters dit wordt bespaard. In *A.M. t. Nederland* gaat het om een Afghaanse asielzoeker wiens verzoek door Nederland was afgewezen omdat hij zou vallen onder artikel

1F Vluchtelingenverdrag (kortweg een uitzondering voor oorlogsmisdadigers). Hoewel klager tegen dit besluit en zijn voorgenomen ongewenstverklaring beroep instelde, ging hij tegen beide voor hem negatief uitgevallen rechterlijke uitspraken niet in hoger beroep. Het EHRM oordeelt dat dit voor het uitputten van de nationale rechtsmiddelen in de zin van artikel 35 lid 1 EVRM ook niet noodzakelijk was. Een rechtsmiddel hoeft pas benut te worden indien het een effectief rechtsmiddel in de zin van artikel 13 EVRM vormt, maar hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) heeft geen automatisch schorsende werking, en dat is voor appel in de context van artikel 3 EVRM wel vereist. Hoewel de zaak ontvankelijk was, is artikel 13 EVRM niet geschonden. Dit omdat de procedure in eerste aanleg wel effectief was, en artikel 13 niet vereist dat een mogelijkheid tot hoger beroep bestaat. Ook de artikel 3-klacht wordt afgewezen, met name omdat ook voor deze klager het reële individuele risico niet voldoende is gebleken, en dat risico bovendien niet reeds kan worden aangenomen op basis van de minderheid waartoe klager behoort. Hoewel Nederland daarmee voldoet aan de EVRM-vereisten, is interessant dat het erop lijkt dat asielaanvragers de ABRvS kunnen passeren en direct naar Straatsburg kunnen stappen.

Ten slotte wees het Hof nog een inhoudelijke uitspraak in *Özçelik t. Nederland* (nr. 69810/12). In deze zaak oordeelde het over redres voor termijnschendingen in de context van artikel 5 lid 4 EVRM. Wanneer de beoordeling van rechtmatigheid van detentie niet spoedig is in de zin van lid 4, bestaat een rechtstreeks recht op schadeoostelling, ex artikel 5 lid 5 EVRM. Dat de Nederlandse rechter de erkenning van de schending als afdoende genoegdoening had aangemerkt, voldoet daarom niet. Het EHRM oordeelt unaniem, en onder verwijzing naar de eerder aangetroffen schending in *Emin t. Nederland* (nr. 28260/07), dat Nederland artikel 5 lid 4 en lid 5, geschonden heeft.

Nederland was verder betrokken bij eenentwintig ontvankelijkheidsbeslissingen. Deze kunnen worden uitgesplitst in kennelijk ongegronde klachten (tien, waarvan zeven *non-refoulement*-zaken), klachten die niet alle nationale rechtsmiddelen hebben uitgeput (één), schrapingen van de rol wegens minnelijke schikking (vier), omdat de grondslag aan de klacht was komen te vervallen (drie), of omdat klager de klacht niet wenste te handhaven (één).

Twee ontvankelijkheidsbeslissingen verdienen echter meer aandacht. *Hunde* (nr. 17931/16) betrof een uitgeprocedeerde asielzoeker die, voor zover relevant, klaagde over de omstandigheden in de 'Vluchtelingengarage' voor uitgeprocedeerden in Amsterdam, onder artikel 2 (recht op leven) en 3 (verbod op onmenselijke en vernederende behandeling). Eerder had het Europees Comité voor Sociale Rechten al geoordeeld dat Nederland zich niet hield aan zijn verplichting in bed-bad-brood te voorzien, maar dit leidt niet direct tot aanname van een schending van de positieve verplichting te voorkomen dat mensen leven in omstandigheden die niet voldoen aan artikel 3 EVRM.

Aangezien klager een met waarborgen omklede procedure had gehad en hij een periode van vier weken had gekregen waarin nog in huisvesting en levensonderhoud werd voorzien, voldeed de Staat aan zijn verplichtingen. Bovendien bestond nog een andere opvangmogelijkheid, waarvan het Hof het niet problematisch acht dat voor toegang vereist is dat de vreemdeling meewerkt aan zijn uitzetting. De klacht is daarmee kennelijk ongegrond. De laatste beslissing die hier wordt gesignaleerd gaat over de klachtprocedure naar aanleiding van de niet-vervolgving van Dutchbat-commandanten Karremans, Franken en Oosterveen (*Mustafić-Mujić*, nr. 49037/15). Klagers in deze zaak zijn nabestaanden van Bosnische mannen die om het leven zijn gebracht ten tijde van de val van Srebrenica, nadat zij van de Nederlandse compound waren weggestuurd. Zij zijn tevens de door de Hoge Raad in 2013 in het gelijkgestelde partijen in een civiele procedure tegen de Staat (HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9225 en ECLI:NL:HR:2013:BZ9228). De onderhavige zaak betreft de strafvervolgving van de Dutchbat-commandanten, die volgens klagers vereist is onder de procedurele onderzoeksverplichting onder artikel 2 EVRM. Het EHRM stelt voorop dat effectief onderzoek moet worden gedaan, maar dat het de beslissing vervolging in te stellen grotendeels aan de Staat zelf overlaat. Van het onderzoek naar het gebeurde in Srebrenica oordeelt het Hof dat dit zeer nauwgezet en uitgebreid is geweest, aangezien in de context van de VN, een parlementaire enquête, een NIOD-onderzoek en de civiele procedure heel gedetailleerde informatie aan het licht is gebracht. Bovendien wordt in deze laatste twee onderzoeken ook specifiek de zaak van klagers meegenomen, inclusief de rol van de verscheidene Dutchbat-commandanten daarin. Het onderzoek zelf voldoet daarom aan alle daaraan te stellen eisen, aldus het Hof. Verder overweegt het dat uit het EVRM geen individueel recht op vervolging of wraak voortvloeit, en dat ook de klachten aangaande een gebrek aan onafhankelijkheid van het onderzoek en de rechter geen doel treffen. Daarmee wordt de zaak afgedaan als kennelijk ongegrond.

Literatuur

- Alice Donald & Philip Leach, *Parliaments and the European Court of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2016.
- Eman Hamdan, *The Principle of Non-Refoulement under the ECHR and the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Leiden: Brill Nijhoff 2016.
- Paul Johnson, *Going to Strasbourg. An Oral History of Sexual Orientation Discrimination and the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2016.
- Laurens Lavrysen, *Human Rights in a Positive State. Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Cambridge/Antwerpen/Portland: Intersentia 2016.

- Paulien de Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR. The prohibition of abuse of rights in Article 17 of the European Convention on Human Rights*, Cambridge/Antwerpen/Portland: Intersentia 2016.
 - Patricia Popelier, Sarah Lambrecht & Koen Lemmens (red.), *Criticism of the European Court of Human Rights. Shifting the Convention System: Counter-Dynamics at the National and EU Level*, Cambridge/Antwerpen/Portland: Intersentia 2016.
 - Europese Unie, Fundamental Rights Agency & de Raad van Europa, *Handbook on European law relating to access to justice*, Luxemburg: Publications Office of the European Union 2016 (te raadplegen op <http://fra.europa.eu/en/publication/2016/handbook-european-law-relating-access-justice>).
-

STRAFRECHT

STRAF(PROCES)RECHT

AAK20168245

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

Wetgeving

1 *Staatsblad*

Stb. 2016, 313 – Wet aanpassing witwaswetgeving

Op 23 augustus jl. heeft de Eerste Kamer een wet aangenomen die voorziet in ‘wijziging van het Wetboek van Strafrecht met het oog op het verbeteren van de mogelijkheden tot bestrijding van verwerven en voorhanden hebben van uit misdrijf afkomstige voorwerpen’. Er wordt met deze wet een nieuwe strafbaarstelling geïntroduceerd die ziet op het verwerven en voorhanden hebben van voorwerpen afkomstig uit een door de dader zelf gepleegd strafbaar feit. Deze bepaling moet bijdragen aan een effectieve aanpak van het witwassen van misdaadgeld (*Kamerstukken II 2015/16, 34294, 3, p. 1*). Aan het onderliggende wetsvoorstel is in *KwartaalSignaal 137* reeds aandacht besteed. Aanleiding voor deze nieuwe strafbaarstelling was de restrictieve invulling die de Hoge Raad sinds een aantal jaar aan het begrip witwassen geeft, waaronder het enkele verwerven en voorhanden hebben van opbrengsten uit eigen misdrijf niet werden begrepen. Onder de aangepaste regeling is dat wel het geval. Het wetsvoorstel is in de Eerste Kamer zonder beraadslaging en zonder stemming aangenomen. De regeling treedt op 1 januari 2017 in werking (*Stb. 2016, 378*).

Stb. 2016, 353 – Wet middelenonderzoek bij geweldplegers

De Eerste Kamer heeft op 28 september jl. eveneens ingestemd met het Wetsvoorstel middelenonderzoek bij geweldplegers. De nieuwe wet heeft tot doel om alcohol- en drugsgerelateerd geweld terug te dringen en introduceert in een nieuw artikel 55d Sv de wettelijke bevoegdheid voor opsporingsambtenaren om verdachten van geweldsmisdrijven te laten meewerken aan een zogeheten middelenonderzoek. Deze medewerking kan worden bevolen ten aanzien van geweldsmisdrijven waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten en in geval van bepaalde zedenmisdrijven. Een bevel tot medewerking kan echter alleen worden gegeven indien een vermoeden bestaat dat de verdachte het strafbare feit ook daadwerkelijk onder invloed van alcohol of drugs heeft gepleegd. Het is dus niet de bedoeling dat een dergelijk middelenonderzoek standaard bij alle geweldsmisdrijven wordt uitgevoerd. Onder de nieuwe regeling is de opsporingsambtenaar evenwel niet meer volledig afhankelijk van de vrijwillige medewerking van de verdachte indien hij vermoedt dat er alcohol of drugs in het spel is.

De nieuwe regeling maakt het voorts mogelijk geweldplegers strenger te straffen indien het middelenonderzoek uitwijst dat het geweld onder invloed van alcohol of drugs

is gepleegd. In de huidige praktijk beschikt de rechter vaak niet over deze informatie, omdat daarvan in het proces-verbaal veelal geen melding wordt gemaakt en doorgaans ook niet bekend zal zijn hoeveel alcohol of drugs een verdachte tot zich heeft genomen (*Kamerstukken I 2015/16, 33799, E, p. 1-2*). Dit beperkt de rechter in de mogelijkheden om daar als afzonderlijke strafverhogende factor in individuele strafzaken rekening mee te houden, hetgeen wel de wens is van de wetgever. In de Eerste Kamer is aandacht gevraagd voor de vaststelling van het causaal verband tussen het middelengebruik en het gepleegde delict en daaropvolgende de strafverhoging. De minister stelt in dit verband het volgende (*Kamerstukken I 2015/16, 33779, G, p. 1*):

‘Middelengebruik leidt in het algemeen tot ontremming, maar dat betekent niet dat een oorzakelijk verband tussen het middelengebruik en het geweld zonder meer kan worden aangenomen. Of het gebruik in het concrete geval ook heeft geleid tot of heeft bijgedragen aan het geweld zal telkens afzonderlijk moeten worden beoordeeld, onder meer aan de hand van verklaringen van getuigen, de waarnemingen van verbalisanten en de uitslag van het onderzoek naar het gebruik van middelen.’

Bij aanwezigheid van een dergelijk causaal verband moet het alcohol- en drugsgebruik volgens de Aanwijzing kader voor strafvordering en OM-afdoening leiden tot een verhoging van 75% van de strafmaat. Het kan echter ook – afhankelijk van de persoonlijke omstandigheden van de geweldpleger – leiden tot het vorderen en/of stellen van voorwaarden die gericht zijn op gedragsbeïnvloeding (*Kamerstukken I 2015/16, 33799, E, p. 1-2*). Daarbij wordt desgevraagd door de minister benadrukt dat in het concrete geval van dit uitgangspunt kan worden afgeweken, indien de impact van het delict, de persoonlijke omstandigheden van de verdachte of het reclasseringsadvies daartoe aanleiding geven (*Kamerstukken I 2015/16, 33799, G, p. 1-2*).

De wetgever verwacht dat de genomen maatregelen zullen leiden tot een afname van onder invloed van alcohol of drugs gepleegd (huiselijk) geweld vanwege het afschrikwikkende effect dat van het gericht inzetten van dergelijke middelenonderzoeken en de daaropvolgende strafverhoging zou uitgaan (*Kamerstukken II 2013/14, 33799, 3, p. 3*). De nieuwe regeling treedt naar verwachting op 1 januari 2017 gefaseerd in werking.

2 *Kamerstukken*

34157 en 34159 – Implementatiewetsvoorstel recht op rechtsbijstand en wetsvoorstel tot aanpassing van de regeling van de verdachte, zijn raadsman en enige dwangmiddelen

Op 15 november jl. heeft de Eerste Kamer ingestemd met het Wetsvoorstel tot implementatie van Richtlijn 2013/48/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2013 betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op

de hoogte te laten brengen vanaf de vrijheidsbeneming en om met derden en consulaire autoriteiten te communiceren tijdens de vrijheidsbeneming (*PbEU* 2013, L 294) (*Kamerstukken I* 2015/16, 34157, C), alsmede met het daarmee samenhangende Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met aanvulling van bepalingen over de verdachte, de raadsman en enkele dwangmiddelen (*Kamerstukken I* 2015/16, 34159, A). Beide wetsvoorstellen zijn zonder stemming door de Eerste Kamer aangenomen. Binnenkort zullen beide wetten in het Staatsblad worden geplaatst en zal bij koninklijk besluit een datum voor inwerkingtreding worden bepaald. Deze zal echter niet meer liggen voor het verstrijken van de implementatietermijn van Richtlijn 2013/48/EU op 27 november 2016. Met de aanstaande inwerkingtreding van beide wettelijke regelingen zal het recht op rechtsbijstand tijdens het politieverhoor niet meer alleen krachtens de jurisprudentie gelden (zie HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3608, *NJ* 2016/52 m.nt. A.H. Klip; zie voor een uitgebreide bespreking van dit arrest ook *KwartaalSignaal* 138), maar ook voortvloeien uit het Wetboek van Strafvordering.

In dit verband verdient overigens ook vermelding dat inmiddels duidelijkheid bestaat over de juridische status van de beleidsbrief 'Raadsman bij verhoor per 1 maart 2016' van het Openbaar Ministerie van februari jl. (*Stert.* 2016, 8884), op basis waarvan sinds 1 maart jl. het recht op rechtsbijstand tijdens het verhoor – in afwachting van de inwerkingtreding van de genoemde wettelijke regeling – wordt geëffectueerd. In het voorjaar heeft de Nederlandse Vereniging voor Strafrechtadvocaten – samen met een aantal anderen – in kort geding betoogd dat deze beleidsbrief onrechtmatig zou zijn en buiten werking zou moeten worden gesteld, nu de daarin beschreven gang van zaken rond de aanwezigheid van een raadsman tijdens het verhoor zodanig beperkend zou zijn, dat deze in strijd zou komen met de reikwijdte van het recht op rechtsbijstand zoals de Hoge Raad dat heeft erkend in bovengenoemd arrest van 22 december 2015. De Rechtbank Den Haag stelde hieromtrent vervolgens bij tussenuitspraak prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, welke op 13 september 2016 zijn beantwoord (ECLI:NL:HR:2016:2068). Volgens de Hoge Raad was de in de beleidsbrief omschreven gang van zaken niet zodanig beperkend dat het recht op rechtsbijstand tijdens het verhoor als gevolg daarvan illusoir zou worden. Van strijd met het Europees recht was dan ook geen sprake. Gelet op dit oordeel zag de Rechtbank Den Haag in zijn uitspraak van 7 oktober jl. geen aanleiding de genoemde Beleidsbrief OM buiten werking te stellen en wees de vordering in kort geding af (ECLI:NL:RBDHA:2016:11981).

Jurisprudentie

HR 1 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2454 – *Dynamische verkeerscontrole*

Recentelijk heeft de Hoge Raad een streep gezet door het arrest van het Hof Amsterdam van 21 december 2015

(ECLI:NL:GHAMS:2015:5307; zie voor een uitgebreide bespreking *KwartaalSignaal* 138) waarin het hof oordeelde dat sprake was van misbruik van bevoegdheid in het kader van de inzet van de zogenoemde dynamische verkeerscontrole en dat daarom de als gevolg van die controle aangetroffen verdovende middelen moesten worden uitgesloten van het bewijs. Naar het oordeel van de Hoge Raad is van *détournement de pouvoir* echter geen sprake, nu de toezichtsbevoegdheid van het vragen naar een rijbewijs en een kentekenbewijs (art. 160 lid 1 en 4 WVV 1994) in het onderhavige geval weliswaar mede, maar niet uitsluitend is gebruikt met het oog op opsporingsdoeleinden. We laten de Hoge Raad zelf aan het woord (r.o. 3.4):

'Vooropgesteld moet worden dat het uitoefenen van controlebevoegdheden als bedoeld in art. 160, eerste en vierde lid, WVV 1994 verband dient te houden met de naleving van de bij of krachtens de WVV 1994 gegeven voorschriften (vgl. HR 26 november 1957, *NJ* 1958/351). Indien daadwerkelijk inzage is gevorderd in het rijbewijs en/of de kentekenpapieren van het voertuig, mag worden aangenomen dat de bevoegdheden van art. 160, eerste en vierde lid, WVV 1994 zijn uitgeoefend ter controle van de naleving van de bij of krachtens de WVV 1994 vastgestelde voorschriften.

Zolang een dergelijke controlebevoegdheid, uitgevoerd door een daartoe bevoegde opsporingsambtenaar, mede is uitgeoefend ter controle van de naleving van de bij of krachtens de WVV 1994 vastgestelde voorschriften als bedoeld in het eerste en het vierde lid van art. 160 WVV 1994 is die uitoefening derhalve in beginsel rechtmatig, ook indien die bevoegdheid daarnaast het verrichten van opsporingshandelingen mogelijk maakt waarop deze bepalingen niet zien. Die omstandigheid brengt immers nog niet mee dat de controlebevoegdheid uitsluitend is gebruikt voor een ander doel – te weten: voor het verrichten van opsporingshandelingen – dan waarvoor deze is verleend. Voorts geldt dat het bestaan van een redelijk vermoeden dat iemand zich heeft schuldig gemaakt aan een strafbaar feit niet in de weg staat aan het uitoefenen van deze controlebevoegdheden door opsporingsambtenaren, mits bij aanwending van die bevoegdheden tegenover een verdachte de aan deze als zodanig toekomende waarborgen in acht worden genomen (vgl. HR 21 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9670, *NJ* 2006/653).'

Met dit oordeel sluit de Hoge Raad aan bij zijn eerdere jurisprudentie met betrekking tot het gebruik van toezichtsbevoegdheden voor opsporingsdoeleinden. Nu ook naar het rijbewijs en kentekenbewijs is gevraagd, is naar het oordeel van de Hoge Raad deze controlebevoegdheid niet *uitsluitend* ingezet ten behoeve van de opsporing, ook al hebben de verbalisanten in het onderhavige geval – bij gelegenheid van hun verhoor ten overstaan van de rechter-commissaris – aangegeven dat zij alleen om het rijbewijs vragen omdat dit een jurisprudentieel vereiste is om een verkeerscontrole te mogen uitvoeren (vgl. het in het citaat genoemde arrest van de Hoge Raad uit 2006). De Hoge Raad hanteert daarmee kennelijk een tamelijk formele invulling van het begrip *détournement de pouvoir*, waarbij het gebruik van een bevoegdheid in feite altijd is toegestaan wanneer deze feitelijk of formeel mede wordt gebruikt voor het doel dat door de wetgever is beoogd, ook al staat dat doel niet langer voorop (zie voor onderscheidingen in de literatuur over de vraag wanneer sprake is van (on)zuiverheid van oogmerk G.P.A. Aler, *De politiebevoegdheid bij opsporing en controle*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982, p. 318). Het oogmerk van de inzet doet er in een dergelijke opvatting in feite nog maar weinig toe. Dat andere (opsporings)motieven bij de inzet domineren en toezicht op de WVV – op zijn best gesteld – een bijzaak is, staat in de optiek van de Hoge Raad aan de rechtmatigheid van de inzet niet in de weg.

Toch komt de Hoge Raad het Hof Amsterdam in zijn uitspraak enigszins tegemoet door in te gaan op het risico van etnisch profileren. Het hof maakte een principieel punt van de inzet van deze bevoegdheid, omdat de gewraakte wijze waarop de dynamische verkeerscontrole werd ingezet, uitnodigt tot zogenaamde ‘strafvorderlijke *fishing expeditions*: opsporingsactiviteiten op basis van vage risicokenmerken zonder enige verdenking ter zake van enig strafbaar feit, waardoor informatie kan worden vergaard die bij een reguliere verkeerscontrole niet toegankelijk zou zijn’. Het probleem is vervolgens dat de selectie van de te controleren auto’s plaatsvindt op basis van risicokenmerken die niet tot de verkeerswetgeving in relatie staan. Wat voorkomen moet worden, is dat bepaalde etnische groepen onevenredig vaak worden lastiggevalen. In deze zaak hadden verbalisanten mede als reden voor de selectie opgevoerd dat zij de combinatie van een dure auto met een Hindoestaans/Surinaamse bestuurder en een Oost-Europees type op de bijrijdersstoel opvallend vonden. De Hoge Raad wijdt aan dit risico/probleem een overweging ten overvloede (r.o. 3.7):

‘Art. 160, eerste en vierde lid, WVV 1994 bevatten geen aanwijzingen omtrent de selectie van de bestuurders ten aanzien van wie de in die bepalingen genoemde bevoegdheden kunnen worden uitgeoefend. Hetgeen hiervoor onder 3.4 is vooropgesteld laat evenwel onverlet de mogelijkheid dat de rechter bevindt dat de politie bij de uitoefening van voornoemde controlebevoegdheden de te controleren persoon of personen heeft geselecteerd op een wijze die onverenigbaar is met het uitgangspunt dat personen niet worden gediscrimineerd wegens onder meer hun ras of hun godsdienst of levensovertuiging. Indien de rechter tot de bevinding komt dat bij die selectie een in dit opzicht niet gerechtvaardigd onderscheid is gemaakt, zal hij moeten bepalen welk rechtsgevolg in de gegeven omstandigheden moet worden verbonden aan de onrechtmatigheid van de uitoefening van de controlebevoegdheid, rekening houdend met factoren als de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt.

Bij verkeerscontroles als in deze zaak aan de orde kan een dergelijke bevinding in het bijzonder in beeld komen indien de selectie van het voor een verkeerscontrole in aanmerking komend voertuig uitsluitend of in overwegende mate is gebaseerd op etnische of religieuze kenmerken van de bestuurder of andere inzittenden van dat voertuig.’

De inzet van een dynamische verkeerscontrole kan dus onrechtmatig zijn indien de selectie op oneigenlijke gronden is geschied. In de onderhavige zaak is daar volgens de Hoge Raad echter niet van gebleken, nu ook betekenis is toegekend aan omstandigheden als de wijk waarin de auto reed en de ervaringen met de verhuurmaatschappij die als kentekenhouders van de auto stond geregistreerd. De Hoge Raad werpt echter ook hier een drempel op, want alleen als de selectie *uitsluitend of in overwegende mate* is gebaseerd op etnische of religieuze kenmerken, is de inzet onrechtmatig. Het is de vraag of dit zo’n gelukkige formulering zal blijken te zijn, nu zij opsporingsambtenaren de nodige ruimte geeft om de wijze waarop zij gebruik maken van hun discretionaire bevoegdheden *mede* te laten beïnvloeden door etnische kenmerken van te onderzoeken personen.

Literatuur

Proefschriften

- J.G.H. Altena-Davidsen, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- E.M. Moerman, *Inburgeren in de opsporing. Over de juridische positie van de burger in de opsporing van strafbare feiten* (diss. Rotterdam), Enschede: Gildeprint 2016.
- K.M. Pitcher, *Judicial Responses to Pre-trial Procedural Violations in International Criminal Proceedings* (diss. Amsterdam UvA), 2016 (uitgave in eigen beheer; verschijnt in 2017 bij T.M.C. Asser Press).
- L.D. Yaney, *Theories of Co-Perpetration in International Criminal Law* (diss. Tilburg), 2016 (uitgave in eigen beheer).
- R. Robroek, *De macht over het strafproces* (diss. Groningen), Den Haag: Boom juridisch 2016.

Overig

- D. Abels, D. Bruin & H. van der Wilt, *Complex Criminality*, Den Haag: Eleven International Publishing 2016.
- D. Abels e.a., *Vereenvoudiging verdengkingscriteria. De gevolgen van de voorgenomen wijziging van de verdengkingscriteria voor de opsporingspraktijk*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2016.
- E.A. Ankumah (red.), *The International Criminal Court and Africa. One Decade On*, Cambridge: Intersentia 2016.
- C. Beccaria, *Over misdaden en straffen* (vertaald en toegelicht door S.A.M. Stolwijk), Den Haag: Boom juridisch 2016.
- I. Giesen e.a., *De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. Een tussentijdse evaluatie mede in het licht van de mogelijke invoering in het strafrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2016.
- R.S.B. Kool e.a., *Civiel schadeverhaal via het strafproces. Een verkenning van de rechtspraktijk en regelgeving betreffende de voeging benadeelde partij*, Den Haag: Boom juridisch 2016.
- B.J. Koops, C. Conings & F. Verbruggen, *Zoeken in computers naar Nederlands en Belgisch recht* (preadviezen voor de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht), Oosterwijk: Wolf Legal Publishers 2016.
- L. van Lent e.a., *Klachten tegen niet-vervolgving (artikel 12 Sv-procedure); Doorlooptijden, instroom, verwachtingen van klagers en het belang van procedurele rechtvaardigheid*, Utrecht: Mouton Centre UU 2016 (zie www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/2446-vooronderzoek-art12-sv-procedure.aspx).
- P.A.M. Mevis, J.H.J. Verbaan & B.A. Salverda, *Onderzoek aan in beslag genomen elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken ten behoeve van de opsporing en vervolging van strafbare feiten*, Rotterdam: Erasmus Universiteit 2016.
- L. Noyon, *Als vreemde ogen dwingen. Een onderzoek naar de positie van de transcultureel gedragskundige in een strafrechtelijke context*, Den Haag: Boom juridisch 2016.

- A. Pahladsingh, *Crimmigration law in the European Union (Part 2). The Return Directive: return decision and detention*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016.
- L. Stevens e.a., *De tenlastelegging als grondslag voor de rechterlijke beslissing. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de inrichting van de tenlastelegging en de gebondenheid eraan bij het bewijs, de kwalificatie en de straftoemeting in Nederland, België, Frankrijk, Italië en Duitsland*, Amsterdam: Vrije Universiteit 2016.
- M.S. Thomas e.a., *Snel, Betekenisvol en Zorgvuldig. Een tussenevaluatie van de ZSM-werkwijze*, Den Haag: Boom juridisch 2016.
- M. van Weerden e.a., *Evaluatie Supersnelrecht*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2016.
- M. van der Wolf e.a., *Op zoek naar nieuw evenwicht. Derde evaluatie van de Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden*, Den Haag: Boom juridisch 2016.
- M.A.H. van der Woude, *Chain Reactions in Criminal Justice. Discretion and the Necessity of Interdisciplinary Research*, Den Haag: Eleven International Publishing 2016.

CRIMINOLOGIE

AAK20168248

Gabry Vanderveen

In dit criminologische KwartaalSignaal zal ik niet ingaan op de gebruikelijke Nederlandstalige tijdschriften op het gebied van de criminologie. Dit keer wil ik een andere bron van publicaties over onderzoek belichten: de website van Politie & Wetenschap (www.politieenwetenschap.nl). Hier vind je (vooral) toegepast onderzoek naar en voor de (Nederlandse) politie in brede zin. Voor studenten die een scriptie willen schrijven met een duidelijk maatschappelijk relevant thema bieden de onderzoeksrapporten, die gratis zijn te downloaden, volop inspiratie. Hier aandacht voor drie recente publicaties.

Boeven vangen: proactieve controle en etnisch profileren

In een eerder KwartaalSignaal is al aandacht besteed aan het etnografisch onderzoek van Landman & Kleijer-Kool (2016) met als centrale vraag hoe proactief optreden van politieagenten eruitziet. Het rapport is samen met een persbericht begin oktober verschenen en heeft voor behoorlijk wat media-aandacht gezorgd. Naast de bevindingen van empirisch onderzoek schetst het rapport de achtergrond waartegen proactief politietoedreden plaatsvindt. De controlebevoegdheden van de politie zijn de afgelopen tien, vijftien jaren verruimd. Zo heeft de wijziging van de Gemeentewet en de Wet wapens en munitie preventief fouilleren mogelijk gemaakt. Dankzij de invoering van de Wet op de uitgebreide identificatieplicht (WUID) mag de politie een identiteitsbewijs vorderen 'voor zover dit redelijkerwijs noodzakelijk is voor de uitvoering van de politietoedreden', het criterium 'een redelijke verdenking van een strafbaar feit' is dus verschoven naar 'redelijkerwijs noodzakelijk'. Ook met de zogenoemde dynamische verkeerscontroles is

de nadruk op opsporing binnen de verkeershandhaving toegenomen. Jurisprudentie over dit laatste is volop in ontwikkeling (zie de conclusie van A-G Hartevelt, ECLI:NL:PHR:2016:460).

Overvallen in beeld: verzet door slachtoffers

Een bijzonder onderzoek naar effecten van verzet door slachtoffers van Lindegaard, Bernasco & de Vries (2016). Bijzonder omdat de data *niet* bestonden uit retrospectieve beschrijvingen van daders, slachtoffers en omstanders zoals in eerder onderzoek hiernaar. In deze studie is gekeken naar camerabeelden van 58 overvallen afkomstig uit politiedossiers om zo het gedrag (zoals lichaamsbewegingen) van alle betrokkenen bij een overvalssituatie systematisch in detail te analyseren. Uit het onderzoek blijkt dat slachtoffers die weerstand bieden *meer* gevaar lopen om geconfronteerd te worden met geweld door de overvallers dan slachtoffers die geen weerstand bieden. Bovendien blijkt het bieden van weerstand geen effect te hebben op de kans dat de overval zonder succes wordt afgebroken. De onderzoekers adviseren slachtoffers onvoorwaardelijke medewerking aan overvallers te bieden. Dat komt in grote lijnen overeen met wat jaarlijks ongeveer duizend winkeliers in een training leren over hoe zij geweld in geval van een overval kunnen voorkomen. Dergelijke trainingen zijn gebaseerd op het RAAK-principe: Rustig blijven, Accepteren (geen verzet plegen), Afgeven (van geld of goederen) en Kijken (onthoud kenmerken van daders). Deze adviezen kunnen op basis van dit onderzoek verder worden aangescherpt.

Hoewel enerzijds de winkeliers wordt geadviseerd om mee te werken en geen verzet te bieden, zijn anderzijds de maatschappelijke reacties op winkeliers (of andere burgers) die wél verzet bieden en erin slagen de dader tegen te houden of aan de politie over te dragen, positief. Uit ontwikkelingen in de jurisprudentie blijkt dat de Hoge Raad het begrip 'noodweer' en 'wederrechtelijke aanranding' ruimer is gaan interpreteren, in lijn met de politiek die de participerende burger die ingrijpt aanmoedigt (Mehlbaum & van Steden 2016). Dit onderzoek laat zien dat deze burgers meer kans lopen slachtoffer te worden van geweld.

Opsporing zonder aangifte

De aangiftebereidheid van slachtoffers van mensenhandel in de prostitutie is laag maar de politie ziet een aangifte wel als belangrijke start van een opsporingsonderzoek. Goderie (2016) interviewde deskundigen en analyseerde relevante jurisprudentie, waaronder uitspraken van het Europees Hof van de Rechten van de Mens. In het voorwoord stelt mr. H.J. Bolhaar (voorzitter van het College van procureurs-generaal) dat de bestrijding van het ernstige delict mensenhandel niet alleen afhankelijk moet zijn van de bereidheid van slachtoffers om aangifte te doen, want slachtoffers zijn bijvoorbeeld bang voor hun uitbuiters of bang het land te worden uitgezet.

Het onderzoek van Goderie schetst het wettelijk kader voor de aanpak van mensenhandel en de opgestelde richtlijnen die de principes voor de opsporing en vervolging

duidelijk maken. Ook beschrijft zij de mogelijkheden die er zijn om zonder aangifte van een slachtoffer succesvol een opsporingsonderzoek te starten en verdachten te vervolgen en te laten berechten. Voldoende andere bewijsmiddelen moeten dan wel voorhanden zijn. Deze kunnen verkregen worden met kansrijke opsporingsmethoden als het beginnen van een onderzoek op basis van een melding, digitaal onderzoek, heimelijke doorzoeking en observaties door de politie. Kortom, er zijn voldoende mogelijkheden voor de politie om meer verdachtegericht opsporingsonderzoek te doen.

Scriptiesuggestie

De suggestie voor een scriptiethema ontleen ik aan het onderzoek van Goderie (2016). Volgens enkele van haar respondenten wordt niet ambtshalve (zonder aangifte van een slachtoffer) opgespoord vanwege een gebrek aan capaciteit. Zij vindt dit een deels valide argument. Maar zij stelt ook dat wanneer wel aangiften van slachtoffers worden verkregen, de kwaliteit niet altijd optimaal is. Problemen met de coherentie, consistentie, betrouwbaarheid en compleetheid heeft grote gevolgen voor de bewijswaarde van een aangifte. Het tegen wil en dank verkrijgen van een aangifte van een slachtoffer, vanuit het idee dat dit noodzakelijk is voor het opsporingsonderzoek, kan leiden tot 'kwalitatief ondermaatse bewijsmiddelen'. Goderie (p. 88) beveelt onderzoek aan naar de effecten van dergelijke aangiften op de opbrengst: 'zaken die om verkeerde redenen niet tot een veroordeling van een verdachte leiden.' Een analyse van jurisprudentie kan hier inzicht in geven.

Literatuur

- M. Goderie, *Mensenhandel in de prostitutie opsporen zonder aangifte? Een vervolgonderzoek om de doorzettingsmacht van de politie te verduidelijken*, Apeldoorn/Amsterdam: Politie en Wetenschap/Reed Business 2016. Laatst geraadpleegd 31 oktober 2016 via www.politieenwetenschap.nl/cache/files/5836ab98702a2PK81.pdf.
 - W. Landman & L. Kleijer-Kool, *Boeven vangen. Een onderzoek naar proactief politieoptreden*, Apeldoorn/Amersfoort: Politie & Wetenschap/Twynstra Gudde 2016. Laatst geraadpleegd 31 oktober 2016 via www.politieenwetenschap.nl/cache/files/5836ab4705b74PW91.pdf.
 - M.R. Lindegaard, W. Bernasco & T. de Vries, *Overvallen in beeld. Gedrag van daders, slachtoffers en omstanders*, Apeldoorn/Amsterdam: Politie en Wetenschap/Reed Business 2016. Laatst geraadpleegd 31 oktober 2016 via www.politieenwetenschap.nl/cache/files/5836ae852ad2dPW90.pdf.
 - S. Mehlbaum & R. van Steden (2016). *Tussen 112 bellen en een rotschop geven: burgermoed vanuit maatschappelijk, politiek en juridisch perspectief*, Amsterdam/Den Haag: Vrije Universiteit/ Stichting Maatschappij en Veiligheid 2016. Laatst geraadpleegd 31 oktober 2016 via www.maatschappijenveiligheid.nl/wordpress/wp-content/uploads/2016/09/TUSSEN-112-BELLEN-EN-EEN-ROTSCHOP-GEVEN.pdf.
 - PHR 7 juni 2016, ECLI:NL:PHR:2016:460 (Conclusie A-G Harteveld: vrijspraak in zaak 'dynamische verkeerscontrole' onterecht).
-

RECHTSTHEORIE

RECHTSGESCHIEDENIS

AAK20168250

C.J.H. Jansen

Op donderdag 22 september 2016 heeft Javier E. Rodríguez Diez zijn proefschrift, getiteld *Potestas alienandi. Transfer of ownership by a non-owner from Roman law to DCFR (Vervreemdingsbevoegdheid. Eigendomsoverdracht door een niet-eigenaar vanaf het Romeinse recht tot het DCFR)*, verdedigd aan de Erasmus Universiteit. Zijn promotoren waren prof. L.C. Winkel en prof. T. Wallinga. Dit proefschrift brengt verschillende leerstukken en noties uit het Romeinse recht bij elkaar (waarbij Rodríguez Diez overigens aangeeft dat het gebruik van moderne terminologie voor de beschrijving van het Romeinse recht misleidend kan zijn, maar onvermijdelijk is). Het uitgangspunt in het Romeinse recht is dat alleen een eigenaar eigendom kan overdragen. Op dit uitgangspunt bestonden uitzonderingen: er waren de nodige gevallen waarin een eigendomsoverdracht door een niet-eigenaar toch mogelijk was (bijvoorbeeld omdat de levering plaatsvond met toestemming van de eigenaar of omdat de wet dit bepaalde, zoals in het geval van een wettelijke beheerder, een *curator*). Dat een niet-eigenaar geen eigendom kon overdragen, hing samen met de rol van de directe vertegenwoordiging die niet mogelijk zou zijn in het Romeinse recht. Daarnaast schiet een (modern) jurist (en student) onmiddellijk het *nemo plus-adagium* ('niemand kan meer recht op een ander overdragen dan hij zelf heeft'; D. 50,17,54) te binnen. Rodríguez Diez laat zien dat dit adagium in de Romeinse oudheid zich tot een retorische topos (een gemeenplaats) heeft ontwikkeld in het Romeinse recht en niet het belang had dat wij er tegenwoordig aan toekennen. Het sloot niet uit dat een niet-eigenaar toch eigendom overdroeg. In de 19e eeuw schrijvende Duitse juristen, zoals F.C. von Savigny, hebben de leer van de directe vertegenwoordiging tot grondslag gemaakt van de eigendomsoverdracht door een niet-eigenaar. Deze opvatting heeft ook in het moderne recht van andere continentale landen verspreiding gevonden (waarbij overigens het belang van het *nemo plus*-uitgangspunt slonk door de bescherming van derde verkrijgers te goeder trouw).

Rodríguez Diez heeft een knap proefschrift geschreven. Het verraadt een groot inzicht in de Romeinse rechtsbronnen en bevat scherpe analyses van de vele Digestenteksten op het gebied van de Romeinse eigendomsoverdracht (*traditio, mancipatio, in iure cessio*), de toepasselijke acties en excepties, de rol van de *voluntas* (de toestemming) van de eigenaar, et cetera. Daarnaast heeft hij veel literatuur verwerkt. Ik mis eigenlijk alleen het Groningse proefschrift van J.H.M. van Swaaij, *Beschikken en rechtsovergang* (2000). De dissertatie verdient kortom alle lof.

Marcel Verburg staat onder meer bekend als de geschiedschrijver van het ministerie van Justitie. De reeks *Geschiedenis van het Ministerie van Justitie 1798-1998*

kent sinds kort drie delen. In 1994 verscheen het eerste deel, gewijd aan de lotgevallen van het ministerie tussen 1798 en 1898. 2001 was het geboortjaar van het tweede deel. Hierin stond de gang van zaken op het departement tussen 1898 en 1940 centraal. Dit jaar ten slotte publiceerde Verburg het derde deel: *Geschiedenis van het Ministerie van Justitie 1940-1945. Een departement in oorlogstijd*. Eigenlijk is de ondertitel van het boek enigszins misleidend. Het gaat in wezen om twee departementen: het ministerie van Justitie in Den Haag/Apeldoorn, naar welke laatste gemeente de bezetter het ministerie had verplaatst in februari 1943, en het ministerie van Justitie in Londen, waarnaar de Nederlandse regering en de koningin enkele dagen na de inval van de Duitsers in mei 1940 was uitgeweken. Het departement kende in deze tijd drie ministers: P.S. Gerbrandy (die al spoedig in Londen tevens tot minister-president was benoemd), secretaris-generaal J.R.M. van Angeren vanaf maart 1942 tot juli 1944 en vervolgens de Engelandvaarder G.J. van Heuven Goedhart vanaf juli 1944. In Nederland waren gedurende de oorlog drie (waarnemende) secretarissen-generaal verantwoordelijk voor het reilen en zeilen op het departement: J.G. Tenkink tot half maart 1941, J.P. Hooijkaas tot 1 juli 1941 en J.J. Schrieke tot het einde van de oorlog in 1945. Laatstgenoemde was een NSB'er.

Het overheersende beeld van de opstelling van de ambtenaren op het ministerie in Den Haag/Apeldoorn is er een van – in de woorden van J.C.H. Blom – 'doormodderen'. Het zoeken van oplossingen voor urgente praktische vragen bepaalde de dagelijkse gang van zaken op het ministerie. De ambtenaren namen nauwelijks de tijd voor reflectie op hun taak in bezet Nederland. Doorwerken in het belang van het Nederlandse volk was het credo (in overeenstemming met de aanwijzingen van de regering uit 1937). Sommige ambtenaren belandden in het verzet, anderen waren lid van de NSB. De Joodse ambtenaren verdwenen allemaal zonder protest van het departement. Over de Jodenvervolging zei Schrieke in oktober 1941 tijdens een onderhoud met Hooijkaas – inmiddels weer afdelingschef bij de afdeling Wetgeving – die bij hem kwam protesteren over de bedreiging van de Joden:

'U bent dit keer voor de Joden opgekomen. U behoeft in geen enkel geval, op geen enkel moment bij mij te komen voor joodsche belangen; hiervoor zal ik niets doen. Ik hoop, dat deze verklaring duidelijk is. De verklaring is aldus: U bent een mensch en ik ben een mensch. Menschelijk betreur ik, dat de Joden worden doodgeranseld. Het gaat mij ook ter harte. Dit is een kwestie, die niet tot mijn ressort behoort. Zij behoort niet tot het ressort van het Nederlandsche volk. De Duitse Regeering neemt het standpunt in, dat de Joden geen onderdeel vormen van het Nederlandsche volk.' (Et cetera, citaat op p. 276 van het boek van Verburg.)

Het miserabele lot van de Joden was niet onbekend bij de regering in Londen. Verburg heeft er een intrigerend hoofdstuk (8) aan gewijd in zijn boek. Regeringen in ballingschap uit Oost-Europa meldden op grote schaal door Duitsers begane wrede daden. Een verslag uit Polen van medio 1942 bevatte de volgende mededeling:

'Inmates of the Warsaw and some provincial ghettos were sent in cattletrucks to three "extermination camps", mainly to those in Tremblinka, Belzec, and Sobibor. It is reported that on arrival at the camp the survivors were stripped naked and killed by various means, including poison gas and electrocution. The dead were buried in hugh machine-made graves.' (Citaat op p. 111 van het boek van Verburg.)

Dat deze berichten ook doordrongen tot leden van de Nederlandse regering, blijkt bijvoorbeeld uit een lezing die O.C.A. van Lidth de Jeude, minister van Oorlog van 1942 tot 1945 in de Nederlandse regering in ballingschap, hield in Manchester op 8 mei 1943. Hij vertelde over de moordinstallaties in Polen, 'waar dagelijks duizenden slachtoffers – joden, zwakzinnigen en anderen – ver'gast' worden met koolmonoxyde. (...) Millioenen slachtoffers worden zodoende vermoord en Hitler en de zijnen dringen aan op een sneller tempo.' Van Lidth de Jeude eindigde laconiek: 'Mijn speech was een succes en bracht de hoorders, die een rustig leven leiden, weer eens in ruw contact met de oorlogsgruwelen.' (Zie *Londense dagboeken van Jhr.ir. O.C.A. van Lidth de Jeude januari 1940-mei 1940* (Band 2 (januari 1943-mei 1945)), Den Haag: Instituut voor Nederlandse Geschiedenis 2001, p. 980.) Een bericht uit de Antilliaanse krant *Amigoe di Curaçao*, afkomstig van de minister van Buitenlandse Zaken in Londen, E.N. van Kleffens, lijkt te bevestigen dat de Nederlandse regering op de hoogte was van de ernst van wat er gebeurde in Polen. Kleffens was gevraagd de mededelingen van de Amerikaanse rabbijn Stephen Wise over de Nazi-misdaden tegen de Joden te bevestigen. De krant rapporteerde zijn antwoord als volgt: 'Het bericht volgens hetwelk Duitsland er naar streeft de Joodse bevolking van Polen en talloze Joden uit de bezette gebieden, die gedeporteerd zijn, systematisch uit te roeien, is blijkens bericht van den Minister van Buitenlandse Zaken aan geen twijfel onderhevig.' Zie *Amigoe di Curaçao* 30 december 1942, voorpagina.

Ik sluit af. Het toegankelijke boek van Verburg bevat nog veel meer interessants (zoals over het nationaal-socialistische strafrecht en het politievraagstuk dat de gemoederen nog steeds bezighoudt), mede omdat hij veelvuldig gebruik heeft gemaakt van egodocumenten (zoals dagboeken). Het is een aanrader voor iedere jurist die in de Tweede Wereldoorlog is geïnteresseerd.

RECHTSSOCIOLOGIE

AAK20168251

Heleen Weyers

Herijking van rechten: schieten op bewegende doelen

Een groot thema in het afgelopen jaar was de herijking van de rechtsbijstand. Eind vorig jaar bracht de commissie-Wolfsen haar eindrapport uit en in juni van dit jaar werd het rapport samen met de reactie van de regering besproken in de Tweede Kamer (ook de Orde van Advocaten heeft in 2015 een commissie in het leven geroepen die moet adviseren over de gefinancierde rechtsbijstand).

De opdracht van de commissie-Wolfsen was om een goede balans te vinden tussen effectieve toegang tot het recht voor minder draagkrachtigen en het beheersbaar houden van de kosten voor de overheid. In het eerste nummer van *Rechtstreeks* van dit jaar wordt door middel van een interview met Aleid Wolfsen een mooie inkijk in de werkwijzen in de rechtsbijstand gegeven. Verder komen er allerlei praktische onderwerpen aan de orde. Bijvoorbeeld de afstemming tussen het Juridisch Loket en de Raad voor de Rechtsbijstand en de gevolgen – zoals lange procedures en nieuwe conflicten – van de hopeloos complexe regelgeving ten aanzien van toevoegingen in het familierecht.

Praktische gegevens over de gefinancierde rechtshulp is te vinden in de *Monitor gesubsidieerde rechtsbijstand* die de Raad voor de Rechtsbijstand ieder jaar publiceert. Men constateert, net als in voorgaande jaren, een afname van het beroep op het stelsel. Een afname die zowel te vinden is in de eerste lijn (het Juridisch Loket) als in de tweede lijn (toevoegingen verkregen via de Raad voor Rechtsbijstand). De belangrijkste verklaringen voor de afnames zijn: de betekenis van de nulde lijn (dat betreft websites waarmee mensen zelf hun rechtsprobleem kunnen aanpakken); aanzienlijke beperking van de openingstijden van de balies van het Juridisch Loket en verhoging van de eigen bijdrage. De laatste twee afnames zijn bijzonder te noemen als men weet dat de commissie-Wolfsen stelt dat het bij hun advies niet om bezuinigingen gaat. In de *Monitor* wordt ook gekeken naar klanttevredenheid en de auteurs geven inzicht in de verdeling van zaken waarin sprake is van gefinancierde rechtsbijstand onder advocaten. Sommige advocaten doen slechts incidenteel dergelijke zaken; een kleine groep advocaten doet er heel veel.

Sedert 2014 is de staatscommissie Herijking ouderschap werkzaam. Deze commissie is ingesteld omdat veel kinderen niet meer opgroeien in het standaardgezin met aan het hoofd een (gehuwde) vader en moeder. De vraag is of dat gevolgen moet hebben voor het afstammings- en gezagrecht. Dat veel kinderen in een andere situatie opgroeien heeft meerdere redenen. Denk aan het feit dat veel relaties eindigen in een scheiding (in 2014 waren bijvoorbeeld 35.700 kinderen betrokken bij een echtscheiding) en dat de ouders een nieuwe partner vinden. En aan het feit dat in nogal wat gezinnen grootouders, doordat beide partners werken, medeverantwoordelijk worden voor de opvoeding van kinderen. Uit de wet volgt dat een kind niet meer dan twee juridische ouders kan hebben; dat niet meer dan twee personen het gezag over een kind kunnen hebben. Een belangrijke vraag voor de commissie is of deze wettelijke regel aan herziening toe is. Het tijdschrift *Justitiële verkenningen* heeft het aanstaande rapport van de staatscommissie aangegrepen om een nummer uit te brengen over ontwikkelingen in het moderne gezins- en familieleven. Een vraag daarbij is of en hoe het familierecht met deze maatschappelijke ontwikkelingen zou moeten meegroeien. Duidelijk wordt onder andere dat meer dan 50% van de eerstgeboren kinderen buiten het huwelijk (of geregistreerd partnerschap) wordt geboren en dat de rol van grootouders in de zorg van kinderen aanzienlijk groter is dan voorheen.

Wetsevaluaties zijn een belangrijk instrument voor het waarborgen van de kwaliteit van wetgeving. Het is dan ook zaak dat die evaluaties goed worden aangepakt. Carolien Klein Haarhuis van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) heeft onderzocht hoe de verschillende ministeries omgaan met het verrichten en gebruiken van wetsevaluaties. Duidelijk wordt dat de evaluaties voor het overgrote deel worden uitbesteed aan externe partijen. Geen van de departementen heeft een eigen evaluatieafdeling (hoewel sommige onderzoeksinstituten zoals het WODC ook evaluatieonderzoek doen). Wel zijn er stafafdelingen die de evaluatiefunctie ondersteunen en stimuleren. Het blijkt dat beleidsdirecties weinig tijd hebben voor wetsevaluaties. Dat maakt dat men vaak te laat begint en belangrijke meetkansen mist, zoals een monitoringssysteem of het vormen van een controlegroep. Klein Haarhuis constateert dat er inmiddels wel het een en ander in gang is gezet en dat het 'evaluatievermogen' groeit.

Ten slotte, wie na het lezen van het vorige Kwartaal-Signaal nog meer wil weten over schuldsanering kan terecht bij de afscheidsrede van Nick Huls. In *Vergeef ons vaker onze schulden* kijkt hij terug op zijn en andermans onderzoek naar schuldsanering in Nederland en in het buitenland.

- Nick Huls, *Vergeef ons vaker onze schulden. Naar een schone lei 2.0*, Den Haag: Boom juridisch 2016.
- C.M. Klein Haarhuis, *Evaluatievermogen bij beleidsdepartementen. Praktijken rond uitvoering en gebruik van ex post beleids- en wetsevaluaties* (Cahier 2016-5), Den Haag: WODC 2016.
- Mirko Noordegraaf & Suzan Verberk, 'Herijking rechtsbijstand: "Verrassend eenvoudig". Interview met Aleid Wolfsen, voorzitter commissie rechtsbijstand', *Rechtstreeks* 2016, afl. 1 (www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/rechtstreeks-2016-1.pdf).
- S.L. Peters, M. van Gammeren-Zoetewey & L. Combrink-Kuiters, *Monitor Gesubsidieerde Rechtsbijstand 2015*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016 (www.rvr.org/binaries/content/assets/rvrorg/informatie-over-de-raad/monitor/monitor-grb-2015.pdf).
- M. ter Voert, *Scheidingen 2015. Gerechtelijke procedure en gesubsidieerde rechtsbijstand* (Factsheet 2016-2), Den Haag: WODC 2016.

RECHTSECONOMIE

AAK20168252

Heico Kerkmester, Louis Visscher

In deze rubriek besteden wij aandacht aan twee bijdragen van Ben van Velthoven en Peter van Wijck, die al vele jaren als rechtseconoom actief zijn aan de Universiteit Leiden en vooral veel hebben geschreven dat voor beleidsmakers interessant is. Verder vonden er aan de Erasmus Universiteit Rotterdam weer enkele promoties plaats in het programma European Doctorate in Law & Economics, die wij noemen in de literatuurlijst.

Conflictoplossing

In een bundel waarin het verschijnsel conflicten vanuit verschillende invalshoeken wordt bekeken, verzorgden Van Velthoven en Van Wijck het hoofdstuk *Conflictoplossing vanuit rechtseconomisch perspectief*. Zij beschrijven hierin de rechtseconomische theorie van geschilbeslechting alsmede empirisch onderzoek op dit terrein (met name het zogenaamde Deltaonderzoek), en bespreken op basis hiervan het justitiële beleid in Nederland.

Volgens het rechtseconomische standaardmodel wordt schikkings- en procedeedrag bepaald door de inschatting die partijen maken van de kans dat ze een procedure winnen, het resultaat dat ze dan behalen en de proceskosten die ze moeten dragen. Alleen als de verwachte opbrengst hoger is dan de verwachte kosten, zal iemand in actie komen. Deze kosten en baten van procederen hebben op hun beurt invloed op de schikkingsfase: als iemand geloofwaardig met een proces kan dreigen, kan het voor de wederpartij aantrekkelijker zijn te schikken. Uit dit alles blijkt dat de proceskosten een belangrijke factor vormen en de regels betreffende proceskostenveroordeling kunnen het schikkings- en procedeedrag dus beïnvloeden. Dit heeft vervolgens weer invloed op de 'schaduwwerking van het recht': als bijvoorbeeld gelaedeerden vanwege de hoge kosten niet geloofwaardig kunnen dreigen met een proces, dan kan het aansprakelijkheidsrecht geen preventieve prikkels aan potentiële schadeveroorzakers geven, met mogelijk meer schadeveroorzakende gedragingen tot gevolg.

Theoretisch is te verwachten dat zaken waarin de rechterlijke uitspraak relatief eenvoudig te voorspellen is, zullen worden geschikt om zo hoge proceskosten te voorkomen. Uit empirisch onderzoek blijkt inderdaad een selectie-effect en de zaken die aan de rechter worden voorgelegd zijn niet representatief voor alle geschillen. In het Nederlandse onderzoek naar de geschilbeslechtingsdelta is onderzocht hoe geschillen de verschillende fases doorlopen en welke factoren bepalen of een geschil helemaal wordt uitgedeed of op een andere manier eindigt. De auteurs bespreken de resultaten uit dit onderzoek gedetailleerd. Het type probleem (meer materieel of meer emotioneel) blijkt veel invloed te hebben op de beslissing een probleem al dan niet door te zetten. Maar ook de verwachte kosten en baten blijken relevant te zijn. Slechts een klein percentage van de zaken wordt uiteindelijk door de rechter beslist.

Op basis van de theoretische en empirische inzichten bespreken de auteurs beleidsopties zoals het verhogen van griffierechten, bezuinigingen op de gesubsidieerde rechtsbijstand en maatregelen ter vereenvoudiging van procedures en ter bevordering van een meer effectieve geschilbeslechting. De eerste twee opties kunnen leiden tot een beperking van de toegang tot het recht (empirisch onderzoek ondersteunt deze voorspelling) en in dit kader bespreken de auteurs drie ontwikkelingen die alle de toegang tot het recht juist weer kunnen vergroten: de groei van rechtsbijstandsverzekeringen, het experiment met *no cure no pay* en initiatieven met *third party litigation funding*.

Strafrecht- en beleid

Nobelprijswinnaar Gary Becker vestigde in 1968 definitief zijn naam met het artikel *Crime and Punishment: an Economic Approach*. In het tijdschrift *Recht der Werkelijkheid* gingen Van Velthoven en Van Wijck in hun bijdrage ‘Becker’s theory on crime and punishment, a useful guide for law enforcement policy in The Netherlands?’ na of Beckers theorie bijna 50 jaar na dato nog behulpzaam kan zijn bij de strafrechtshandhaving.

De theorie van Becker heeft een positieve component in de zin dat crimineel handelen wordt verklaard doordat de dader een hoger nut ontleent aan wetsovertredingen dan aan alternatieve activiteiten, rekening houdend met met name strafzwaarte en pakkans. Bij Van Velthoven en Van Wijck staat echter de normatieve component van de theorie van Becker centraal, te weten de vraag welke middelen dienen te worden ingezet ter handhaving van de diverse strafrechtsbepalingen. Becker ziet als doelstelling het minimaliseren van het totale verlies dat is gemoeid met de maatschappelijke kosten van wetsovertredingen, het functioneren van het handhavingsapparaat en het tenuitvoerleggen van straffen. Dat brengt met zich dat alleen een extra euro aan handhaving en/of straffen moet worden uitgegeven, indien dit minstens een euro aan besparing op de kosten van wetsovertredingen oplevert.

Een probleem is volgens de auteurs dat empirische gegevens over de impact van verschillende interventies en de hiermee gemoeide kosten en baten nagenoeg ontbreken. Dit zou te overzien zijn als een ‘onzichtbare hand’ ertoe zou leiden dat min of meer vanzelf een economisch optimaal beleid zou worden gehanteerd, maar het is onwaarschijnlijk dat dit het geval is. Van Velthoven en Van Wijck wijzen erop dat de slachtoffers van delicten onvoldoende prikkels hebben om zich te organiseren als lobbygroep en zo invloed te kunnen uitoefenen. Zij zien de alom aanwezige klacht van burgers dat te weinig aan criminaliteitsbestrijding wordt gedaan, als bevestiging van hun stelling. Verder stuit de praktische toepassing van de theorie van Becker op het bezwaar dat deze gericht is op de optimale preventie van toekomstige delicten, terwijl algemeen een proportionele vergelding als een belangrijk doel van het strafrechtstelsel wordt gezien. Terwijl het bijvoorbeeld vanuit het perspectief van Becker vaak aanbeveling verdient om de pakkans te verlagen (en zo opsporings- en bestraffings-

kosten te besparen) en tegelijkertijd de strafzwaarte te verhogen, botst dit met het uitgangspunt dat de strafzwaarte in proportie dient te zijn met de ernst van het betreffende delict. Ook hebben burgers er bezwaar tegen als een wetsovertreder niet zijn rechtvaardige straf krijgt, maar hier op basis van economische overwegingen aan ontkomt.

Als mogelijke oplossing om de theorie van Becker toch nuttig te kunnen gebruiken, suggereren Van Velthoven en Van Wijck om bij het hanteren van een maatstaf voor maatschappelijke welvaart rekening te houden met zowel het doel van afschrikking als dat van vergelding en hiertussen een afweging te maken. Verder is het nuttig om gebruik te maken van de inzichten die kunnen worden verworven met empirische studies naar de effecten, kosten en baten van de verschillende instrumenten die ter preventie of handhaving kunnen worden ingezet, zoals de ervaring met deze studies in de Verenigde Staten leert. Dergelijke studies zijn in Nederland nog maar weinig uitgevoerd maar voorbeelden die er al wel zijn, hebben geleid tot de conclusie dat de baten van het langer straffen van veelplegers de kosten overtreffen en dat hetzelfde geldt voor het in bouwverordeningen voorschrijven dat in nieuwbouwwoningen inbraakwerend glas wordt geplaatst.

Literatuur

- Yugank Goyal, *Institutions in Informal Markets* (diss. Rotterdam), 16 juni 2016.
- Shilpi Bhattacharya, *Competition Law and the Bounded Rationality of Firms* (diss. Rotterdam), 23 juni 2016.
- Rahul Sapkal, *How Law And Law Enforcement Affect Labour Markets In Developing Countries* (diss. Rotterdam), 13 oktober 2016.
- B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck, ‘Conflictoplossing vanuit rechtseconomisch perspectief’, in: G.E. Frerks, B.A. de Graaf & E.R. Muller, *Conflict. Over conflict en conflictbeheersing*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 463-494.
- B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck, ‘Becker’s theory on crime and punishment, a useful guide for law enforcement policy in The Netherlands?’, *Recht der Werkelijkheid* 2016, afl. 1, p. 6-31.



Beslag- en executierecht geschetst – 1e druk

Het beslag- en executierecht wordt systematisch behandeld waarbij praktische stroomschema's dit complexe rechtsgebied inzichtelijk maken voor studenten en praktijkjuristen.

ISBN: 978-90-6916-807-4
Auteur: K.J. Krzeminski
Druk: 1e druk 2016
Pagina's: 170
Prijs: € 24,50



Arbeidsrecht geschetst – 2e druk

Een heldere inleiding in de hoofdlijnen van het arbeidsrecht. De tekst wordt waar mogelijk verduidelijkt in schema's. Een studiehulp bij het bestuderen en doorgronden van de leer- en handboeken.

ISBN: 978-90-6916-738-1
Auteur: G.C. Boot
Druk: 2e druk 2016
Pagina's: 146
Prijs: € 24,50



Burgerlijk procesrecht geschetst – 6e druk

In deze uitgave in de geschetstreeks wordt het algemene burgerlijk procesrecht behandeld. De regelingen in de Wet op de rechterlijke organisatie en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering vormen hierbij de grondslag.

ISBN: 978-90-6916-764-0
Auteurs: A.L.H. Ernes & M.L.H. Reumers
Druk: 6e druk 2016
Pagina's: 146
Prijs: € 24,50



Verbintenissenrecht geschetst – 3e druk

Een heldere inleiding in de hoofdlijnen van het verbintenissenrecht. De tekst wordt waar mogelijk verduidelijkt in schema's. Een studiehulp bij het bestuderen en doorgronden van de leer- en handboeken.

ISBN: 978-90-6916-789-3
Auteurs: R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas (red.)
Druk: 3e druk 2016
Pagina's: 236
Prijs: € 29,50



Huurrecht geschetst – 3e druk

Een weergave van het nieuwe huurrecht zoals dat geldt met ingang van 1 januari 2017. De tekst wordt – waar mogelijk en zinvol als studiehulp – verhelderd in schema's.

ISBN: 978-90-6916-967-5
Auteur: Z.H. Duijnstee-Imhoff
Druk: 3e druk 2016
Pagina's: 164
Prijs: € 24,50



Insolventierecht 2017/2018

Alle relevante wet- en regelgeving op het gebied van het insolventierecht zoals deze geldt op 1 november 2016.

ISBN: 978-90-6916-836-4
Redactie: C.M. Harmsen
Druk: 5e druk 2016
Prijs: € 29,50



Aanbestedingsrecht 2016/2018 – nu ook een studenteneditie

Bevat de belangrijkste Europese en Nederlandse aanbestedingswet- en regelgeving. Teksten zoals deze gelden op 1 juli 2016.

ISBN: 978-90-6916-767-1
Redactie: A. Stellingwerff Beintema & G.W.A. van de Meent
Druk: 3e druk 2016
Prijs: € 69,50/studenteneditie: € 29,50



Socialezekerheidsrecht 2016

Selectie wet- en regelgeving betreffende de arbeidsovereenkomst. Opgenomen zijn de actuele teksten zoals deze gelden op 1 september 2016.

ISBN: 978-90-6916-761-9
Redactie: Ars Aequi Libri
Druk: 2e druk 2016
Prijs: € 29,50



Personen-, familie- & erfrecht 2016/2017

Selectie wet- en regelgeving betreffende personen-, familie- & erfrecht. Opgenomen zijn de actuele teksten zoals deze gelden op 1 september 2016.

ISBN: 978-90-6916-863-0
Redactie: W.M. Schrama & Y. Yildiz
Druk: 4e druk 2016
Prijs: € 29,50



Internetrecht 2016/2017

Wet- en regelgeving op het gebied van internetrecht. Teksten zoals deze gelden op 1 september 2016.

ISBN: 978-90-6916-857-9
Redactie: Ars Aequi Libri
Druk: 6e druk 2016
Prijs: € 24,50



Arbeidsovereenkomst 2016/2017 en aanverwante regelgeving

Selectie wet- en regelgeving betreffende de arbeidsovereenkomst. Opgenomen zijn de actuele teksten zoals deze gelden op 1 september 2016.

ISBN: 978-90-6916-839-5
Redactie: Ars Aequi Libri
Druk: 2e druk 2016
Prijs: € 15

De jonge meesters van Pels Rijcken

Fotograaf: Marie Cécile Thijs



Kennis van het recht. Wat kan er voor een advocaat of notaris nog meer belangrijk zijn? Jouw persoonlijke ontwikkeling, vinden wij. Dat je verschillende vaardigheden en persoonlijk leiderschap ontwikkelt. Daarom heeft Pels Rijcken 'De Verrijking'. Een opleidingsprogramma dat je hele carrière blijft doorgaan. Pels Rijcken is één van de weinige kantoren die zo'n uitgebreid programma op maat biedt. Wat kan dit voor jou betekenen? Maak een afspraak met een van onze recruiters. Ga naar werkenbijpelsrijcken.nl of scan de QR-code.



Pels Rijcken **Bron van inzicht**

Pels Rijcken
& Droogleever
Fortuijn *advocaten
en notarissen*