



Maak kennis met

Het beste van Dirkzwager in 2015

Dirkzwager
advocaten & notarissen

Inleiding

In het afgelopen jaar heeft Dirkwager er weer voor gezorgd dat veel mensen de antwoorden op juridische vraagstukken hebben weten te vinden. Via o.a. de Dirkwager Academy met on- en offline workshops en lezingen, via onze juridische kennisportal www.partnerinkennis.nl, de app KennisBoek en de internationale kennispagina www.legalknowledgeportal.com.

De juridische specialisten van Dirkwager hebben alleen al in 2015 meer dan 1.000 digitale artikelen gepubliceerd op onze kennispagina's en inmiddels bestaat dit archief uit ruim 7.000 artikelen geschreven vanaf 2010.

In deze bundel vindt u de in 2015 vijf best gelezen juridische artikelen per kennispagina. Voor zo ver u deze artikelen nog niet eerder heeft kunnen lezen, overzichtelijk per juridisch specialisme gebundeld op volgorde van publicatiedatum. Verrassend genoeg zijn niet alle artikelen ook daadwerkelijk in 2015 geschreven... Een bevestiging dat ons kennisplatform ook een archieffunctie vervult.

Mocht u nog meer behoefte hebben aan juridische publicaties en uitingen? Naast www.partnerinkennis.nl nodigen wij u ook van harte uit in onze vernieuwde mediatheek op www.dirkwagerbibliotheek.nl. Hier vindt u naast inmiddels 30 gepubliceerde gratis e-books en whitepapers ook onze wetenschappelijke artikelen en de Dirkwager KennisHangouts; de workshops die wij online hebben gehouden.

Wij wensen u veel leesplezier.

Dirkwager zorgt dat u het weet.

Inhoud

Aanbesteding, mededinging & staatssteun	3
Concept wetsvoorstel Aanbestedingswet gepubliceerd	5
De commissie geeft oriëntatiehulp ten behoeve van lokale steunmaatregelen	8
Terugkomen op gunningsvoornemen toegestaan?	11
Intrekken en heraanbesteden: Waar moet je op letten?	14
Nieuw in Nederland: schikken van een kartel met de ACM?	16
Aansprakelijkheid schade & verzekering	19
Hoofdaannemer niet altijd aansprakelijk voor fouten onderaannemer	21
Zorgplicht verzekeraar tijdens de looptijd van de verzekering: onderzoeks- en waarschuwingsplicht ten aanzien van het bereik van een ziekteverzuimverzekering?	24
Belang bij verklaring voor recht bestaat al als schade aanmemelijk is. Daarvoor is geen verzoek tot veroordeling tot schadevergoeding of verwijzing naar de schadestaat nodig.	28
Strafrechtelijk opzet betekent nog geen geslaagd beroep op een opzetclausule in het verzekeringsrecht	30
Langdurig zitten: het nieuwe risico voor de werkgever?	33
Arbeidsrecht	37
Uit dienst en ziek: Wie betaalt de rekening?	39
Wet Werk en Zekerheid, de transitievergoeding & overgangsrecht; wanneer geldt wat en welke maanden tellen mee?	41
Wijzingen cao woondiensten 2014-2016	44
Transitievergoeding ook verschuldigd bij gewijzigde arbeidsovereenkomst?	46
Medewerker weigert bloedtest, ontslag op staande voet gerechtvaardigd?	48
Gezondheidszorg	51
Mag een zorgverzekeraar beperkingen stellen aan het hoofdbehandelaarschap in de GGZ?	53
Jeugdwetperikelen: een gecertificeerde instelling mag geen beslissingen namens het college nemen	56
CZ Zorgkantoor stelt (te) vergaande eisen aan de governance van zorginstellingen	59
Nut en noodzaak van MSB's: zijn MSB's overbodig?	61
Menzis moet cessie toestaan; cessieverbod is onrechtmatig	65
Intellectuele eigendom & IT	69
Eerste kamer wil haast maken met meldplicht datalekken en boetebevoegdheid CBP	71
Donders benadeeld; merkregistratie Roy Donders te kwader trouw	77
De grenzen van de nieuwe boetebevoegdheid van het College Bescherming Persoonsgegevens	79
Wet Auteurscontractenrecht in werking per 1 juli 2015	86
EU rechter blokkeert doorgifte persoonsgegevens naar VS via 'safe harbor' regeling	90
Ondernemingsrecht	95
Wanneer is een vaststellingsovereenkomst vernietigbaar op grond van misbruik van omstandigheden?	97
Update: minimumloonwetgeving	101
Contractsovername bij inbreng van een eenmanszaak in een rechtspersoon: niet vanzelfsprekend	104
Per 1 januari 2016 nieuwe regeling aanwijzing verzekeringsplicht DGA	107
Checklist renteswaps	109
Overheid & Vastgoed	111
De uiterlijke feiten voor verjaring	113
WOB: Eindelijk misbruik van recht?	115
Nieuw ROZ-model huurovereenkomst kantoorruimte	121
Ondanks geldig hypotheekrecht gaat beslaglegger toch voor	125
Vormgeving beschermt vanaf 1 januari 2016 tegen beslag onder koper	127
Particulier	129
Geldlening tussen ouders en kinderen	131
De Europese erfrechtverordening en rechtskeuze in het testament	133
Restschuld echtelijke woning na scheiding eerlijk verdelen?	135
De particuliere koper op de executieveiling (update juni 2015)	137
Schenkingsvrijstelling voor de eigen woning mag over drie jaar worden verspreid	144
Pensioen	145
Transitievergoeding WWZ en pensioen: Een aantal aandachtspunten	147
Wet pensioencommunicatie door Tweede Kamer aangenomen	150
Veranderingen financieel toetsingskader voor pensioenfondsen op een rij!	156
Fiscale en civiele aandachtspunten nettopensioen: laatste stand van zaken	160
Achterstallige pensioenpremies bij overgang van onderneming	164
Legal Knowledge Portal	171
German law: subletting an apartment with "Airbnb" can lead to termination of tenancy agreement without notice	173
Implementation of MiFID II	175
The future of aviation insurance in 2015	177
Giving with one hand and taking with the other: HMRC responds to European court's rulings on VAT recovery for pension schemes	179
The 'entire agreement clause' vs. the haviltex standard	182

Aanbesteding, mededinging & staatssteun

www.dirkzwagerams.nl

Concept wetsvoorstel Aanbestedingswet gepubliceerd

Op vrijdag 3 april 2015 is het Concept wetsvoorstel Aanbestedingswet 2012 gepubliceerd. Deze wijziging van de Aanbestedingswet bevat voorstellen van de Nederlandse regering om de vorig jaar van kracht geworden nieuwe aanbestedingsrichtlijnen in de Aanbestedingswet te implementeren.

Een aantal van de belangrijkste wijzigingen:

- de mogelijkheid tot het doen van rechtstreekse betalingen aan onderaannemers wordt niet geïmplementeerd;
- de mogelijkheid om sociale diensten voor te behouden aan bijzondere organisaties wordt niet geïmplementeerd;
- in de nieuwe artikelen 1.10a en 1.10b zijn voorschriften opgenomen om belangenverstremgeling en het beperken van de mededinging te voorkomen;
- artikel 2.10 biedt de mogelijkheid om meerdere percelen aan 1 inschrijver te gunnen of het aantal percelen dat aan 1 inschrijver wordt gegund te beperken. Tevens heeft een inschrijver de mogelijkheid een inschrijving voor een combinatie van percelen in te dienen, maar uitsluitend als de aanbestedende dienst die mogelijkheid biedt:
 - het is aan de aanbestedende dienst om een gunningssystematiek op te zetten op basis waarvan een inschrijving voor een combinatie van percelen kan worden vergeleken met een inschrijving voor één enkel perceel.
- artikel 2.24 (diensten die niet (Europees) aanbesteed hoeven worden) is uitgebreid met onder andere:
 - advocaatdiensten;
 - notarisdiensten.
- in artikel 2.24a – 2.24b is het (quasi-)inbesteden geregeld. Belangrijke voorwaarden daarbij zijn:
 - de derde aan wie de opdracht wordt gegund (de gecontroleerde rechtspersoon) moet ten minste 80% van haar werkzaamheden uitvoeren voor de aanbestedende dienst;
 - de gecontroleerde rechtspersoon (de derde) die ook een aanbestedende dienst is, kan aan de controlerende aanbestedende dienst een opdracht gunnen zonder aanbesteding;

- in een (quasi-)inbestedingsconstructie mag privaat kapitaal deelnemen, maar alleen als aan dit privaat kapitaal geen controlerende en/ of blokkerende (stem) rechten zijn verbonden;
- horizontale inbestedingsconstructies zijn geregeld;
- in artikel 2.24c is geregeld dat aanbestedende diensten opdrachten aan elkaar kunnen gunnen zonder aanbestedingsprocedure;
- de zogenaamde 2B-diensten worden vervangen door 'nieuwe' 'sociale diensten'. Deze moeten worden aanbesteed met dezelfde procedure als die voor de B-diensten moest worden toegepast;
- het betreft uitsluitend in de Bijlage 14 bij Richtlijn 2014/24 genoemde concrete diensten;
- de procedure hoeft pas toegepast te worden als de opdracht een waarde van € 750.000,00 of meer heeft;
 - niet geregeld is of aan de procedure meerdere inschrijvers moeten deelnemen, of dat een enkelvoudig onderhandse gunning is toegestaan. Ook de Toelichting bij het wetsvoorstel laat dit in het midden. Wel verduidelijkt is dat als een aanbestedende dienst niet de in artikel 2.39 genoemde procedure toepast, dat dan een van de 'normale' procedures (openbaar, niet-openbaar, etc.) moet worden toegepast.
- aanbestedingsprocedures moeten digitaal/ elektronisch worden uitgevoerd. De termijnen zijn daarom standaard verkort;
- aanbestedende diensten mogen om concrete certificaten vragen (artikel 2.78a);
- er komt een nieuw Model Eigen Verklaring (Uniform Europees Aanbestedingsdocument). Dit model is nog niet definitief vastgesteld;
- de dwingende en facultatieve uitsluitingsgronden zijn uitgebreid (artikel 2.86 en 2.87);
- voor de beoordeling van de uitsluitingsgronden mag slechts 3 jaar worden teruggekeken (nu nog 4 jaar);
- van uitsluiting kan worden afgezien indien de inschrijver naar het oordeel van de aanbestedende dienst heeft aangetoond dat hij betrouwbaar is. Uit de Toelichting blijkt dat daarvan sprake is als:
 - de inschrijver een schadevergoeding heeft betaald; en/ of
 - heeft meegewerkt met de onderzoekende autoriteiten; en/ of
 - dat er concrete compliancemaatregelen zijn genomen;
- het enige gunningscriterium is EMVI (artikel 2.114), maar EMVI kan ook worden bepaald op basis van uitsluitend de *laagste kosteneffectiviteit* of de *laagste prijs*:
 - gunning op laagste prijs is dus nog steeds mogelijk, maar toepassing daarvan moet nog steeds worden gemotiveerd in de aanbestedingsstukken;
- in artikel 2.163a en verder is geregeld aan welke voorwaarden een *wijziging van een overeenkomst* moet voldoen, wil er geen sprake zijn van een *wezenlijke wijziging*;

- in een nieuw hoofdstuk 2A is de gunning van concessies voor diensten en werken geregeld:
 - alle concessieovereenkomsten voor diensten of werken waarvan de waarde gelijk is aan of meer is dan € 5.186.000,00 moeten worden aanbesteed.
- de aanbestedingsautoriteit, waarvan artikel 83 van de nieuwe richtlijn lijkt te spreken, wordt niet opgericht. In de Transponeringstabel bij de Algemene Richtlijn is vermeld dat handhaving al voldoende is geregeld bij de civiele rechter en de Commissie van Aanbestedingsexperts.

De Nederlandse regering biedt alle geïnteresseerde partijen tot 5 mei 2015 de mogelijkheid zienswijzen over het wetsvoorstel in te dienen door middel van een internetconsultatie. Een zienswijze wordt voornamelijk gevraagd voor de volgende onderwerpen:

- de verplichting tot elektronisch aanbesteden;
- de verkorting van de termijnen;
- het niet mogelijk maken van het rechtstreeks betalen van onderaannemers;
- het onverkort implementeren van de mogelijkheid om opdrachten voor te behouden aan sociale werkplaatsen;
- de keuze tot het niet implementeren van de mogelijkheid om sociale diensten voor te behouden aan bijzondere organisaties.

In het kader van de internetconsultatie is naast het formele wetsvoorstel ook een geconsolideerd conceptwetsvoorstel gepubliceerd. Daarin zijn alle wijzigingen opgenomen naast de oorspronkelijke tekst van de Aanbestedingswet. Tevens zijn transponeringstabellen alle richtlijnen gepubliceerd. Daaruit blijkt waar in de Aanbestedingswet welk artikel uit de Richtlijnen waar in de Aanbestedingswet is opgenomen en, als het niet is geïmplementeerd, de reden daarvoor.

Het wetsvoorstel zal na het sluiten van de internetconsultatie mogelijk nog worden aangepast naar aanleiding van de ontvangen zienswijzen. Vervolgens zal het wetsvoorstel worden ingediend bij de Tweede Kamer. Uiterlijk op 18 april 2016 moet de nieuwe Aanbestedingswet in werking treden. In juni 2015 zal Dirkzwager een lezing houden over de nieuwe Aanbestedingswet. U kunt u daar nu al voor inschrijven door een e-mail te sturen aan marketing@dirkzwager.nl.

Wij houden u uiteraard op de hoogte van het verloop van de implementatie.

Joris Bax

Telefoon: +31 (0)24 381 31 86

E-mailadres: bax@dirkzwager.nl

De commissie geeft oriëntatiehulp ten behoeve van lokale steunmaatregelen

Op 29 april 2015 heeft de Europese Commissie met betrekking tot zeven maatregelen waarbij voor louter lokale initiatieven overheidssteun wordt verleend, die geen staatssteun in de zin van de EU-regels is. In een persbericht legt de Europese Commissie uit dat de zeven besluiten voor zowel steunverlenende overheden als betrokken partijen extra oriëntatiehulp vormen om te bepalen welke maatregelen niet door de Commissie hoeven te worden goedgekeurd op grond van de EU-staatssteunregels.

Staatssteun

De criteria voor staatssteun staan in artikel 107 lid 1 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Er is sprake van staatssteun als een "maatregel":

- afkomstig is van de staat of met staatsmiddelen is bekostigd;
- die een of meer bepaalde ondernemingen;
- een voordeel verschaft;
- waardoor de mededinging wordt vervalst;
- en waardoor de handel tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed (interstatelijk effect).

Volgens vaste rechtspraak vereist de kwalificatie als staatssteun dat aan alle vijf in artikel 107 lid 1 VWEU genoemde voorwaarden is voldaan. In de onderhavige zeven zaken is de Europese Commissie tot de conclusie gekomen dat de lokale initiatieven de handel tussen de lidstaten niet significant ongunstig zullen beïnvloeden. Daarmee vormen de betreffende lokale initiatieven geen staatssteun als bedoeld in artikel 107 lid 1 VWEU.

De beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie

De zeven besluiten hebben betrekking op diverse klinieken, een stedelijke project-vennootschap, een visserij- en jachthaven, een nationaal buitensport trainingscentrum en golfclubs.

Ze passen overigens in een hele rij van besluiten waarin de Europese Commissie tot de conclusie kwam dat de betreffende lokale initiatieven geen gevolgen hadden voor de handel tussen de lidstaten:

- steun voor een zwembad
- steun voor de restauratie van een zeepier
- steun voor de restauratie van historische gebouwen
- steun voor de restauratie van een historische scheepswerf
- steun voor een museum
- steun voor de bouw van een gemeenlijk theater
- steun voor kleine jachthavens
- steun voor een skilift

Beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten

In de eerste alinea van het persbericht spreekt de Europese Commissie over een "significante" beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten. Gelet op de andere taalversies van het persbericht lijkt het te gaan om een "wezenlijke" beïnvloeding. Aangenomen moet worden dat aan het begrip "wezenlijk" geen zelfstandige betekenis toekomt. In het persbericht stelt de Europese Commissie immers dat een lokaal initiatief "geen of hoogstens marginale – voorzienbare effecten mag hebben op grensoverschrijdende investeringen in de sector of de vestiging van bedrijven binnen de eengemaakte markt van de EU".

Uit de jurisprudentie blijkt dat de handel tussen de lidstaten wordt beïnvloed indien door de steun:

- de export vanuit Nederland naar andere lidstaten voor de begunstigde onderneming(en) makkelijker wordt, of
- de export naar Nederland voor ondernemingen uit andere lidstaten moeilijker wordt.

Verder hoeft de beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten slechts aannemelijk te zijn. Hoewel er geén ondergrens is, de handel tussen de lidstaten niet merkbaar hoeft te worden beïnvloed en de Europese Commissie de (potentiële) beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten niet hoeft te bewijzen, moet uit het persbericht worden opgemaakt dat als de beïnvloeding marginaal is, er geen sprake is van beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten als bedoeld in artikel 107 lid 1 VWEU. De vraag is vervolgens, waar ligt de grens?

In het persbericht wordt opgemerkt dat de niet-vertrouwelijke versies van de besluiten, zodra eventuele vertrouwelijkheidskwesties zijn opgelost, in het staatssteunregister op de website van DG Concurrentie beschikbaar komen. We moeten dus nog enige tijd geduld hebben voor we het precieze toetsingskader kennen. In het persbericht wordt wel een tipje van de sluiters opgelicht. Als voorbeeld van een situatie waar een lokaal

initiatief de handel tussen lidstaten mogelijk niet negatief beïnvloedt noemt de Europese Commissie namelijk de situatie dat de begunstigde goederen levert of diensten verricht binnen een beperkt gebied binnen een lidstaat en waarschijnlijk geen klanten uit andere lidstaten zal aantrekken. Dit doet denken aan het toetsingskader dat is gehanteerd door de EFTA Surveillance Authority in het [besluit](#) met betrekking tot een recreatief waterpark in de Noorse gemeente Bømlo. De Raad van State heeft een vergelijkbaar toetsingskader gehanteerd in de zaak [Ridderstee Holiday](#).

Slot

Het lijkt erop dat de Europese Commissie van mening is dat een maatregel pas interstatelijk effect heeft als de handel tussen de lidstaten in ieder geval meer dan marginaal wordt beïnvloed. Hiermee is de aanpak van de Europese Commissie mogelijk iets soepeler dan op basis van jurisprudentie van het Hof van Justitie altijd werd aangenomen. In het licht van de [modernisering van het EU- staatssteunbeleid](#) (SAM) past de aanpak evenwel duidelijk in het streven van de Europese Commissie om zich te richten op zaken met een aanzienlijke impact op de interne markt. In verband hiermee kondigde Joaquin Almunia, destijds Eurocommissaris voor mededinging, reeds in een op 10 februari 2012 gehouden [speech](#) aan dat de Europese Commissie een vereenvoudigde behandeling voorstaat van zaken met een gering effect op de handel tussen de lidstaten. Het is alleen nog even wachten op de uitwerking.

Eric Janssen

Telefoon: +31 (0)24 381 31 27

E-mailadres: e.janssen@dirkzwager.nl

Terugkomen op gunningsvoornemen toegestaan?

Bij herbeoordeling van inschrijvingen en de daaropvolgende herziening van een gunningsvoornemen dient de aanbestedende dienst inschrijvers in alle gevallen tijdig te informeren. De intrekking van het oorspronkelijke gunningsvoornemen moet hij bovendien motiveren, aldus de Commissie van Aanbestedingsexperts in een recent [advies](#).

Feiten

Het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvA) betrof een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure voor het woonrijp maken van een woning. Op die procedure was het [ARW 2012](#) van toepassing.

Een ruime maand na verzending van het oorspronkelijke gunningsvoornemen stuurt de beklagde aanbesteder plotseling een brief met de mededeling dat de gunningsbeslissing is ingetrokken en dat een herbeoordeling van de inschrijvingen zal plaatsvinden. Motivering van de intrekking blijft vervolgens uit, ondanks herhaalde verzoeken daartoe van de klager. Enkele weken later volgt een brief van de aanbestedende dienst met de boodschap dat uit de herbeoordeling een nieuwe winnaar is gekomen. De herbeoordeling was volgens de beklagde nodig, nu hij er door een andere inschrijver op was gewezen dat de oorspronkelijke beoordelingscommissie ten onrechte varianten ten aanzien van het toepassen van natuursteen niet had meegewogen in haar oordeel.

Terughoudende omgang met klachten van verliezende inschrijvers

De CvA opent haar beoordeling van de (hoofd)klacht met een open deur van formaat:

“6.3.2. (...) de aanbestedende dienst [dient] (...) zeer terughoudend te zijn met het ingaan op suggesties van een afgewezen inschrijver, zoals de suggestie dat bij de beoordeling van de inschrijvingen eisen of criteria die in de aanbestedingsstukken zijn bepaald verkeerd zijn geïnterpreteerd en/of toegepast.”

Het spreekt voor zich dat een zorgvuldige aanbesteder op grond van een nauwelijks onderbouwde suggestie van een verliezende inschrijver niet snel tot een ander gunningsvoornemen zal komen. Een aanbestedende dienst mag echter in beginsel uit eigen beweging dan wel naar aanleiding van een klacht op een *voorlopige* gunningsbeslissing terugkomen. Dat is [volgens de rechtbank Den Haag](#) ook toegestaan na het

verstrijken van de opschortingstermijn voor definitieve gunning (Alcatel-termijn; art. 2.127 Aanbestedingswet 2012).

Geen intrekking zonder schriftelijke mededeling en motivering

In het aan haar voorliggende geval oordeelde de CvA dat de beklaagde zijn gunningsvoornemen niet had mogen intrekken en tot herbeoordeling had mogen overgaan zonder die (voorgenomen) intrekkingbeslissing eerst schriftelijk aan inschrijvers mede te delen en te motiveren. In dat geval hadden inschrijvers zich kunnen beraden over de vraag of en hoe zij tegen die beslissing hadden willen opkomen. De aanbestedder heeft daarom gehandeld in strijd met de beginselen van gelijkheid en transparantie.

Saillant detail

Een andere – inhoudelijk minder interessante – klacht die in deze zaak voorlag, is de klacht dat de oorspronkelijke beoordelingscommissie het bij het rechte eind had: de varianten hadden inderdaad niet moeten worden beoordeeld. De CvA overweegt:

“6.2.6 Hetgeen in 6.2.5 is overwogen laat naar het oordeel van de Commissie onverlet dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers [de aanbestedingsstukken] op dezelfde wijze zullen mogen interpreteren, in de zin dat [die stukken] het aanbieden van varianten ten aanzien van het toe te passen natuursteen in ieder geval niet [toestaan].” (onderstreping FJC)

De oorspronkelijke beoordelingscommissie had het dus bij het rechte eind en de herbeoordeling had dus überhaupt nooit mogen worden uitgevoerd. Verder betekent dit dat het oorspronkelijke gunningsvoornemen dus juist was.

Commentaar

Uit het advies van de CvA volgt dat aanbesteders bij intrekking van een gunningsvoornemen en herbeoordeling dus achtereenvolgens twee beslissingen moeten nemen:

- een schriftelijk besluit tot intrekking van het gunningsvoornemen met motivering daarvan, gevolgd door een termijn waarin inschrijvers zich kunnen beraden over vervolgstappen; en
- een beslissing houdende een herbeoordeling, gevolgd door een nieuwe Alcatel-termijn.

Overigens is niet uitgesloten dat het advies ook geldt voor een besluit tot heraanbesteding. Praktisch is deze formele benadering niet. Niet valt in te zien waarom beide besluiten niet gelijktijdig zouden kunnen worden genomen. Voornaamste bezwaar in het advies van de CvA lijkt immers te zijn dat het besluit tot intrekking niet onmiddellijk is gemotiveerd. Ik sluit dan ook niet uit dat een besluit houdende intrekking van een gunningsvoornemen met gelijktijdig de uitslag van een herbeoordeling en een motivering, toch rechtens toelaatbaar is.

Frank Cornelissen

Telefoon: +31 (0)24 381 31 27

E-mailadres: f.cornelissen@dirkzwager.nl

Intrekken en heraanbesteden: Waar moet je op letten?

Het komt in de praktijk geregeld voor dat een aanbesteder een aanbestedingsprocedure wenst in te trekken om de opdracht vervolgens (al dan niet gewijzigd) opnieuw aan te besteden. Dat mag echter niet zonder meer. Hieronder in het kort de hoofdregels.

Vrijheid om in te trekken

Vanwege de contractsvrijheid is een aanbestedende dienst niet verplicht om te gunnen. Het ontbreken van deze rechtsplicht geldt temeer indien een dergelijk intrekkingsoorzaak in de aanbestedingsstukken is opgenomen. Uitgangspunt is dus dat een aanbestedingsprocedure te allen tijde mag worden ingetrokken.

Niettemin moet een aanbestedende dienst ook bij een intrekking rekening houden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de algemene beginselen van aanbestedingsrecht (waaronder mede begrepen de precontractuele goede trouw). Een intrekking die uitsluitend is ingegeven door favoritisme (een winnaar die de aanbesteder niet bevalt) zou daardoor in principe nog steeds met succes kunnen worden aangevochten. Verder moet worden bedacht dat als op onzorgvuldige wijze is besloten tot het uitzetten van een aanbestedingsprocedure er vervolgens bij intrekking een plicht kan ontstaan de schade (inschrijfkosten) van een inschrijver te vergoeden. De Bossche voorzieningenrechter verwoorde de maatstaf voor een dergelijke schadevergoedingsplicht in 2008 als volgt: *“(..) een attitude van organen van het [Partij B] van de strekking: ‘We zien het eigenlijk niet zitten, maar laten we toch maar een aanbesteding houden, je weet nooit hoe een koe een haas vangt’”*.

Wanneer mag je (ongewijzigd) heraanbesteden?

Uitgangspunt om vervolgens tot heraanbesteding over te mogen gaan, is dat de opdracht wezenlijk wordt gewijzigd.

Het wezenlijk wijzigen van de opdracht bij een heraanbesteding kan achterwege blijven als:

- er procedurele gebreken aan de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure kleven waardoor een rechtmatige gunning niet meer mogelijk is;
- er geen dan wel slechts 1 geldige inschrijving is gedaan.

Wanneer is er sprake van een wezenlijke wijziging?

Van een wezenlijke wijziging van de opdracht is sprake als:

- die wijziging, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken zou zijn verwerkt, zou hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers of tot de keuze voor een andere inschrijving dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen;
- de opdracht door die wijziging wordt uitgebreid tot werken, leveringen of diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen; of
- het economisch evenwicht van de overeenkomst wijzigt op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld.

Verder volgt uit rechtspraak en adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts dat bij een intrekking en heraanbesteding de wijziging(en) betrekking moet(en) hebben op de specificaties van de opdracht zelf en niet op de wijze van beoordeling of de aan de inschrijver te stellen eisen. Dit om het risico van (ongeoorloofde) manipulatie in te perken.

Voor meer informatie

Dit artikel is een summier samenvatting van mijn annotatie die is gepubliceerd in het tijdschrift *Jurisprudentie Aanbestedingsrecht*. Daarin wordt de mogelijkheid tot intrekking en heraanbesteding uiteengezet aan de hand van de uitspraak van de Haagse kort gedingrechter van 24 april 2015 en advies nummer 153 van de Commissie van Aanbestedingsexperts.

Tony van Wijk

Telefoon: +31 (0)24 381 31 83

E-mailadres: vanwijk@dirkzwager.nl

Nieuw in Nederland: schikken van een kartel met de ACM?

De Autoriteit Consument en Markt (ACM) heeft besloten dat twee producenten van azijn, Carl Kühne KG (GmbH & Co.) en Burg B.V, in de periode van 2001 tot en met 2012 betrokken waren bij een verboden kartel. Kühne en haar leidinggevenden ontkomen aan een boete aangezien zij in ruil voor clementie het kartel bij de ACM hebben gemeld. De ACM heeft Burg en twee aldaar werkzame medewerkers die leiding hebben gegeven aan het kartel beboet. Voor het eerst heeft de ACM boetes met 10% verlaagd omdat Burg en haar medewerkers hun betrokkenheid hebben erkend. Daardoor kon de zaak vereenvoudigd worden afgedaan.

Het kartel

Uit de besluiten blijkt dat Kühne en Burg klassieke marktverdelingsafspraken hebben gemaakt. Zij hebben afgesproken om (t) het volume dat zij leverden aan gedeelde klanten op elkaar af te stemmen en (ii) ervan af te zien om elkaars niet-gedeelde klanten te beleveren. Naast het feit dat de zaken vereenvoudigd zijn afgehandeld, zijn de besluiten in het natuurazijnkartel om nog een aantal redenen interessant.

Merkbaarheid

Het kartelverbod verbiedt alleen afspraken die het doel of gevolg hebben dat de concurrentie merkbaar wordt beperkt. Bij overtredingen met een mededingingsbeperkend doel hoeft de ACM niet op basis van uitgebreid marktonderzoek de daadwerkelijke gevolgen op de markt vast te stellen. Het kartelverbod is desondanks niet van toepassing als het effect op de mededinging niet merkbaar is (ook wel bekend als het merkbaarheidsvereiste). In het onderzoek naar de merkbaarheid van de afspraken werd op basis van vaste Nederlandse rechtspraak totnogtoe altijd rekening gehouden met de concrete situatie, in het bijzonder met:

- de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen opereren,
- de aard van de diensten waarop deze overeenkomst betrekking heeft, en
- de structuur en het functioneren van de relevante markt.

De ACM stapt in haar besluiten uitdrukkelijk af van de lijn dat ook bij overeenkomsten met een concurrentiebeperkend doel onderzoek moet worden gedaan of aan het merkbaarheidsvereiste is voldaan. Onder verwijzing naar Europese rechtspraak besluit de ACM namelijk dat een merkbaar effect kan worden verondersteld als partijen betrokken zijn bij afspraken met een concurrentiebeperkend doel. Dat is het geval bij marktverdeling. De gevolgen van veronderstelde merkbaarheid van afspraken kunnen verstrekkend zijn. Afspraken met een relatief beperkte omvang kunnen daardoor niet langer met een beroep op het merkbaarheidsvereiste aan het kartelverbod ontsnappen als zij een concurrentiebeperkend doel hebben (tenzij een beroep op de nationale bagatelbepaling mogelijk is).

Schendig medewerkingsplicht

Als de ACM onderzoek doet naar een overtreding van het kartelverbod is eenieder wettelijk verplicht om zijn medewerking aan dat onderzoek te geven. Overtreding van die verplichting kan tot een boete leiden. De verplichte medewerking strekt echter niet zover dat een verplichting bestaat om aan de eigen veroordeling mee te werken. In een op bestraffing gericht onderzoek is de verdachte niet verplicht om ten behoeve daarvan een verklaring af te leggen. Dit zwijgrecht komt een verdachte niet toe als bij het onderzoek om informatie wordt verzocht die onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat.

De besluiten laten zien dat er een spanningsveld bestaat tussen de medewerkingsplicht en een gerechtvaardigd beroep op het zwijgrecht. Het verdient in ieder geval uitdrukkelijk aanbeveling om een beroep op het zwijgrecht zorgvuldig te motiveren. De ACM verhoogt namelijk de boete van een van beide medewerkers van Burg vanwege een schending van zijn medewerkingsplicht omdat hij zich ten onrechte zou hebben beroepen op zijn zwijgrecht. Waarom zijn beroep volgens de ACM in dit concrete geval ongerechtvaardigd was, blijkt helaas niet uit het besluit. Opvallend is bovendien dat de ACM de overtreding van de medewerkingsplicht uitsluitend heeft toegerekend aan de medewerker en niet aan Burg zelf. De boete van Burg wordt namelijk niet verhoogd.

Erkenning

De besluiten in de natuurazijnzaken bevatten een voor de praktijk belangrijk novum. De ACM heeft aan Burg en de feitelijk leidinggevenden een boetekorting gegeven van 10% omdat zij hun medewerking hebben verleend aan vereenvoudigde afhandeling van de zaak. Burg en de medewerkers hebben daarvoor onder meer de juistheid van de in het besluit beschreven feiten en omstandigheden evenals de juridische

kwalificatie moeten erkennen. Die erkenning heeft waarschijnlijk tot gevolg dat Burg niet in bezwaar en beroep zal gaan. De consequentie daarvan is dat de koerswijziging van de ACM ten aanzien van het merkbaarheidsvereiste niet aan de bestuursrechter wordt voorgelegd.

Bovendien heeft de beboete medewerker verklaard zich niet te zullen verzetten tegen het aanmerken van zijn (beweerde) overtreding van medewerkingsplicht als een boeteverzwarende omstandigheid. Voor verdachten in toekomstige kartelonderzoeken is dat een gemis omdat (i) de ACM niet door een rechter wordt gedwongen de overtreding van de medewerkingsplicht nader te motiveren, en (ii) de scheidslijn tussen zwijgrecht en medewerkingsplicht (via de rechtspraak) nog niet nader wordt afgebakend.

Bij de introductie van de vereenvoudigde afhandeling in de Nederlandse praktijk lijkt de ACM te zijn geïnspireerd door de Europese Commissie. In 2008 heeft de Europese Commissie al een schikkingsprocedure geïntroduceerd die sterke gelijkenissen vertoont met de door de ACM gehanteerde vereenvoudigde procedure in het kartel voor natuurazijn. Ook bij toepassing van de Europese schikkingsprocedure wordt de zaak vereenvoudigd afgedaan en een boetekorting van 10% gegeven als ondernemingen hun deelname aan het kartel erkennen.

Kartelprocedures zijn in het algemeen vanwege hun lange duur zeer belastend voor zowel ACM als de betrokken ondernemingen. Uit de praktijk van de Europese Commissie blijkt dat de schikkingsprocedure veel wordt gebruikt en als effectief handhavingsinstrument wordt ervaren. Voor ondernemingen die weinig heil zien in het aanvechten van een vermeende kartelinbreuk kan de introductie van de vereenvoudigde afhandeling van Nederlandse kartels een bruikbaar alternatief zijn voor procederen.

Sjaak van der Heul

Telefoon: +31 (0)24 381 31 27

E-mailadres: vanderheul@dirkzwager.nl

Aansprakelijkheid schade & verzekering

www.dirkzwagerasv.nl

Hoofdaannemer niet altijd aansprakelijk voor fouten onderaannemer

In de bouwwereld geldt dat een hoofdaannemer moet instaan voor de kwaliteit van het door zijn onderaannemer(s) geleverde werk. Partijen kunnen contractueel van die hoofdregel afwijken, maar doen zij dat niet en maakt een onderaannemer een fout, dan is de hoofdaannemer daar dus in beginsel voor aansprakelijk. “In beginsel”, want een onlangs gepubliceerd vonnis van de rechtbank Gelderland laat zien dat er – zij het zeer beperkt – ruimte is om van die hoofdregel af te wijken.

Hoofdaannemer aansprakelijk voor fouten onderaannemer...

Art. 7:751 BW bepaalt dat een aannemer bevoegd is (een deel van) het werk te laten uitvoeren door anderen, maar dat hij in dat geval onverminderd aansprakelijk blijft voor de deugdelijke nakoming van de aannemingsovereenkomst. Een hoofdaannemer is in de verhouding tot zijn opdrachtgever dus aansprakelijk voor fouten van onderaannemers.

Deze bepaling kan gezien worden als een uitwerking van art. 6:76 BW, waarin in meer algemene zin is bepaald dat een schuldenaar die bij de uitvoering van een op hem rustende verbintenis gebruikmaakt van de hulp van andere personen, voor de gedragingen van die hulppersonen op gelijke wijze aansprakelijk is als voor zijn eigen gedragingen.

...tenzij bijzondere omstandigheden

Geen van beide bepalingen kent een 'escape', waarmee aan aansprakelijkheid voor hulppersonen kan worden ontkomen. Wel is er art. 6:248 lid 2 BW, waarin is bepaald dat een tussen partijen als gevolg van een overeenkomst geldende regel niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Het woord “onaanvaardbaar” geeft echter aan dat een regel alleen onder zeer bijzondere omstandigheden buiten toepassing blijft.

Het oordeel in de Gelderse zaak

Dergelijke omstandigheden deden zich volgens de rechtbank Gelderland voor in een

zaak die leidde tot een vonnis van 15 oktober 2014, dat onlangs werd gepubliceerd op rechtspraak.nl. De rechtbank oordeelde – met verwijzing naar [art. 6:248 lid 2 BW](#) – dat de hoofdaannemer in die concrete zaak niet aansprakelijk was voor fouten van een door hem gecontracteerde onderaannemer.

Aan dat oordeel legde de rechtbank de volgende omstandigheden ten grondslag:

- de opdrachtgever had de onderaannemer voorgeschreven aan de hoofdaannemer;
- de opdrachtgever had zelf met de onderaannemer onderhandeld over onder andere de details van de werkzaamheden, de te gebruiken materialen, de aanneemsom en de begin- en opleverdatum;
- de hoofdaannemer was bij die onderhandelingen in het geheel niet betrokken; en
- de opdrachtgever liet zich in zijn keuze voor en onderhandelingen met de onderaannemer bijstaan door een architect.

Volgens de rechtbank had de opdrachtgever de hoofdaannemer dus een volledig uitonderhandelde overeenkomst voorggehouden; de hoofdaannemer hoefde slechts bij het kruisje te tekenen. Onder die omstandigheden achtte de rechtbank het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat de hoofdaannemer aansprakelijk zou zijn voor fouten van de onderaannemer.

Een kritische kanttekening

Bij eerste lezing lijkt er op dit billijkheidsoordeel van de rechtbank weinig af te dingen. Als de opdrachtgever kiest voor een constructie, waarbij de rol van de hoofdaannemer wel erg veel weg heeft van die van een stroman, is het redelijk dat niet de hoofdaannemer maar de opdrachtgever de uiteindelijke verantwoordelijkheid draagt voor het functioneren van de onderaannemer.

In die redenering blijft echter een belangrijk aspect onderbelicht. De aanneemsom die de onderaannemer aan de hoofdaannemer in rekening brengt, wordt door de hoofdaannemer doorbelast aan de opdrachtgever. Dit betekent dat de hoofdaannemer de vaste opslag voor winst en risico – in de regel 2 à 3 procent van de totale aanneemsom – niet enkel berekent over de prijs van zijn eigen werkzaamheden, maar ook over de prijs van de werkzaamheden die de onderaannemer uitvoert. De hoofdaannemer heeft er zodoende dus een direct financieel belang bij om als tussenschakel te fungeren. Dit aspect kwam in de [Gelderse zaak](#) wel ter sprake, maar werd door de hoofdaannemer succesvol gepareerd met de stelling dat een opslag voor risico “*niet betekent dat het risico van voorgeschreven onderaannemers en materiaal wordt overgenomen*”, maar dat dit slechts bedoeld is “*om toekomstige tegenvallers in de bedrijfsvoering of onvoorziene omstandigheden tijdens het werk op te vangen*”.

Men kan zich echter afvragen of wel relevant is waar de opslag voor bedoeld is. Feit is dat, indien een hoofdaannemer niet aansprakelijk is voor fouten van zijn

onderaannemer, hij het opslagpercentage wel berekent over de aanneemsom van de onderaannemer, maar hij ten aanzien van dat extra deel geen risico loopt. Mocht er bij de onderaannemer iets misgaan, dan kan de hoofdaannemer daar – bij een succesvol beroep op [art. 6:248 lid 2 BW](#) – immers niet voor worden aangesproken. Waarom zou de hoofdaannemer dan wel een opslag voor winst en risico mogen rekenen?

Verdedigbaar is dan ook dat, wanneer de hoofdaannemer als een soort stroman een volledig uitonderhandeld contract met een onderaannemer tekent, slechts één van de volgende twee situaties zich kan voordoen:

- ofwel de hoofdaannemer belast de aanneemsom van de onderaannemer een-op-een door aan de opdrachtgever – dus zonder een opslag voor winst en risico – en draagt in dat geval geen verantwoordelijk voor het doen en laten van de onderaannemer;
- ofwel de hoofdaannemer berekent over de aanneemsom van de onderaannemer een percentage voor winst en risico, maar is dan ook volledig aansprakelijk voor eventuele fouten van de onderaannemer.

De rechtbank Gelderland heeft echter niet gekozen voor of-of, maar voor en-en. Daarmee komt de hoofdaannemer mijns inziens goed weg.

Pieter Bloemendal

Telefoon: +31 (0)26 353 83 12

E-mailadres: bloemendal@dirkzwager.nl

Zorgplicht verzekeraar tijdens de looptijd van de verzekering: onderzoeks- en waarschuwingsplicht ten aanzien van het bereik van een ziekteverzuimverzekering?

De zorgplicht van een verzekeraar, die kan leiden tot een onderzoeks-, informatie- en/of waarschuwingsplicht ten opzichte van de verzekerde, was onderwerp van een onlangs gepubliceerd vonnis van de Rechtbank Gelderland van 24 december 2014 (ECLI:NL:RBGEL:2014:7904).

De rechtbank heeft geoordeeld dat Achmea als ziekteverzuimverzekeraar geen zorgplicht heeft geschonden door gedurende de looptijd van de verzekering geen onderzoek te doen naar de vraag of een bepaalde medewerker van haar verzekerde nog onder het bereik van de ziekteverzuimverzekering viel.

Casus

Een bedrijf in de textielbranche, X B.V., stapt per 1 januari 2012 over naar Achmea voor het verzekeren van de financiële risico's van loondoorbetaling aan werknemers gedurende de eerste twee ziektejaren. De verzekeringsovereenkomst wordt aangegaan via een verzekeringsagent, op basis van een opgave door X B.V. van de totale loonsom van het bedrijf.

Individuele werknemers en hun afzonderlijke lonen komen daarbij niet aan bod. Wel dient de werkgever via een digitaal meldpunt wijzigingen in zijn werknemersbestand en lonen door te geven, maar Achmea controleert die gegevens (vanwege de praktische uitvoerbaarheid van een dergelijke controle) niet op juistheid. Zij gaat uit van een juiste opgave door de werkgever en stemt daarop haar premie af.

In 2013 maakt X B.V. aanspraak op dekking voor de loondoorbetaling aan een van haar bestuurders die wegens ziekte is uitgevallen. Achmea weigert dekking omdat die bestuurder niet als werknemer in de zin van de polis kan worden beschouwd. In rechte komt (om voor dit artikel niet relevante redenen) vast te staan dat Achmea

zich terecht op het standpunt stelt dat de bestuurder niet als werknemer in de zin van de ziekteverzuimverzekering kan worden aangemerkt. De primaire vordering van X B.V. tot uitkering onder de ziekteverzuimverzekering wordt dan ook afgewezen. Subsidiair heeft X B.V. zich erop beroepen dat Achmea haar zorgplicht heeft geschonden. Kort gezegd, stelt X B.V. dat Achmea in juni 2012 via het digitale meldpunt een opgave heeft gekregen van het werknemersbestand van X B.V., inclusief de afzonderlijke lonen, en toen aan de bel had moeten trekken bij X B.V., omdat daaruit bleek dat de bestuurder een loon van circa EUR 74.000,- ontving. De vraag was of Achmea had moeten onderzoeken of, en waarschuwen dat, de bestuurder niet onder het bereik van de ziekteverzuimverzekering viel, zodat X B.V. desgewenst een afzonderlijke verzekering zou hebben kunnen sluiten.

Het vonnis

Onder verwijzing naar de conclusie van Advocaat-Generaal Wuisman voor het art. 81 RO-arrest van de Hoge Raad van 15 maart 2013 (ECLI:NL:PHR:2013:BZ0170) stelt de rechtbank voorop dat als iemand in het maatschappelijk verkeer met een ander in onderhandeling treedt over het sluiten van een overeenkomst, betrokken partijen hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van die wederpartij. Tegelijkertijd heeft een deelnemer aan het maatschappelijke verkeer een eigen verantwoordelijkheid voor zijn eigen belangen.

Bij de beantwoording van de vraag waar de eigen verantwoordelijkheid ophoudt en de onderzoeks-, informatie- en/of waarschuwingsplicht aanvangt, zijn alle omstandigheden van het geval van belang. Daarbij is onder andere de aard van het betrokken belang relevant (financieel nadeel). Ook de deskundigheid van de betrokken partijen en met name de evenwichtigheid daarin, weegt mee.

In dat kader is uiteraard van belang of de verzekeringnemer zich bij het aangaan van een verzekeringsovereenkomst laat bijstaan door een tussenpersoon. De verzekeraar zal volgens de rechtbank mogen aannemen dat de tussenpersoon erop toeziet dat de verzekeringnemer de door hem gewenste verzekeringsdekking verkrijgt.

In het onderhavige geval speelt die bijstand door de tussenpersoon een belangrijke rol: op diens advies heeft X B.V. de overstap naar Achmea gemaakt en volgens de rechtbank mocht Achmea ervan uitgaan dat in de aanloop naar het sluiten van de verzuimverzekering tussen de agent en X B.V. aan de orde is geweest welke werknemers daaronder zouden vallen. De rechtbank neemt de eigen verantwoordelijkheid van X B.V. aldus uitdrukkelijk in ogenschouw.

Voorts speelt mee dat de verzekeringsovereenkomst wordt aangegaan op basis van de totale te verzekeren loonsom en dus niet op basis van individuele werknemers en hun afzonderlijke lonen.

Achmea had aangevoerd dat het door X B.V. bepleite onderzoek naar aanleiding van de opgave door X B.V. via het digitale meldpunt van Achmea, praktisch niet uitvoerbaar is. Volgens de rechtbank geldt weliswaar dat de praktische uitvoerbaarheid van een bepaalde controle een omstandigheid kan zijn die meeweegt in het oordeel over de omvang van de zorgplicht van de verzekeraar, maar dat die praktische uitvoerbaarheid in het algemeen niet allesbepalend is. Uitgangspunt dient volgens de rechtbank te zijn dat de verzekeraar haar digitale systemen zo inricht dat zij in voldoende mate rekening kan houden met de belangen van de verzekeringnemer.

Het uiteindelijke oordeel van de rechtbank is dat niet van Achmea kon worden verwacht dat zij uit zichzelf zou informeren naar de positie van degene met een loonsom van ruim EUR 74.000,- (waar de rechtbank aan toevoegt dat het enkele feit dat iemand bestuurder is, niet zonder meer inhoudt dat hij niet onder de dekking van de verzuimverzekering zou kunnen vallen).

Commentaar

In een [eerder artikel](#) op de Kennispagina schreef ik al over de zorgplicht van de verzekeraar tijdens de looptijd van de verzekeringsovereenkomst. Die was ook hier in het geding – de ziekteverzuimverzekering was namelijk ingegaan op 1 januari 2012, terwijl het standpunt van X B.V. was dat Achmea op basis van het loonoverzicht van juni 2012 aan de bel had moeten trekken.

De rechtbank lijkt niet te hebben onderkend dat de door haar aangehaalde conclusie van Advocaat-Generaal Wuisman ziet op de zorgplicht voorafgaande aan de totstandkoming van een (verzekeringsovereenkomst) en niet op de zorgplicht tijdens de looptijd van zo'n overeenkomst.

In mijn ogen zou daarin wel degelijk een onderscheid moeten worden gemaakt.

Immers, dat van een verzekeraar in de precontractuele fase kan worden verwacht dat hij zo nodig onderzoek doet, informatie verschaft en/of de potentiële verzekeringnemer waarschuwt, ligt voor de hand. Partijen die zaken met elkaar wensen te doen, dienen immers (tot op zekere hoogte) met elkaars belangen rekening te houden en te voorkomen dat de ander dwaalt ten aanzien van de inhoud van de overeenkomst.

Als partijen vervolgens een verzekeringsovereenkomst sluiten, liggen de omvang van de dekking en de wederzijdse rechten en verplichtingen van zowel de verzekeraar als de verzekerde in de polisvoorwaarden vast. Om los daarvan een verregaande onderzoeks-, informatie- en/of waarschuwingsplicht voor de verzekeraar aan te nemen, is in mijn ogen in strijd met het uitgangspunt van ons verbintenissenrecht. Dat neemt natuurlijk niet weg dat de redelijkheid en billijkheid hun corrigerende werking kunnen doen – maar dan wel in uitzonderingsgevallen.

Gelukkig heeft de rechtbank in de onderhavige kwestie zwaar laten meewegen dat X B.V. werd bijgestaan door een verzekeringsagent. Het is bij uitstek zijn taak om ervoor te zorgen dat de beoogde dekking aansluit op de wensen van de potentiële verzekeringnemer en de eventuele knelpunten te signaleren en met zijn relatie te bespreken. Daar houdt het niet op; tijdens de looptijd van de verzekeringsovereenkomst dient de tussenpersoon periodiek te controleren of de dekking nog past bij de actuele situatie van de verzekerde. Het zou in mijn ogen niet terecht zijn als de zorgplicht van de verzekeraar zich tot dat gebied zou gaan uitstrekken.

Inrichting computersysteem verzekeraar

Een slotopmerking over de praktische uitvoerbaarheid van de zorgplicht van een verzekeraar: volgens de rechtbank dient een verzekeraar 'zijn computersystemen zo in te richten dat hij in voorkomende gevallen aan zijn onderzoeksplicht kan voldoen'. In mijn ogen is dat een onwerkbaar maatstaf omdat van geval tot geval afhankelijk is of er op een verzekeraar een onderzoeksplicht rust en zo ja, tot waar die zich uitstrekt. Daarnaast spelen privacyaspecten van de (potentiële) verzekerde een rol, waar de rechtbank zich geen rekenschap van lijkt te hebben gegeven.

Annet Van Duijn

Telefoon: +31 (0)26 353 83 43

E-mailadres: duijn@dirkzwager.nl

Belang bij verklaring voor recht bestaat al als schade aannemelijk is. Daarvoor is geen verzoek tot veroordeling tot schadevergoeding of verwijzing naar de schadestaat nodig.

Wanneer een verklaring voor recht wordt gevorderd dat aansprakelijkheid bestaat voor schade, dient een rechter ervan uit te gaan dat eiser daarbij belang heeft als de mogelijkheid van schade aannemelijk is. Dit geldt ook als niet tevens een veroordeling tot schadevergoeding of tot verwijzing naar de schadestaatprocedure is gevorderd. Zo oordeelde de Hoge Raad in het arrest van 27 maart 2015, (ECLI:NL:HR:2015:760). Tevens oordeelde de Hoge Raad dat een burgerlijke rechter ter zake de bewijsaardering niet is verbonden aan de aanvaarding van een beroep op noodweer door de strafrechter.

Feiten & omstandigheden

In de onderhavige procedure ging het om een aanrijding tussen twee mannen. Één van de mannen (de ex-man) heeft een relatie gehad met een vrouw. Die relatie is in 2006 door de vrouw beëindigd. De andere man (wiens auto is verzekerd bij AIG) heeft toen een relatie gekregen met deze vrouw. In 2006 heeft tussen deze twee mannen een confrontatie plaatsgevonden, waarbij de ene man (de ex-man van de vrouw) werd aangereden door een auto die werd bestuurd door de andere man (de nieuwe vriend van de vrouw). Beiden mannen werden na dit voorval strafrechtelijk vervolgd. Met name voor de procedure in cassatie is van belang dat de man die de aanrijding heeft veroorzaakt (de nieuwe vriend van de vrouw) in eerste aanleg werd veroordeeld voor poging tot doodslag en bedreiging met enig misdrijf tegen het leven gericht, waarbij het beroep op noodweer werd verworpen door de rechtbank. In hoger beroep werd het beroep op noodweer wel gehonoreerd. Dit had tot gevolg dat de veroorzaker van de aanrijding (de nieuwe vriend van de vrouw) ontslagen werd van alle rechtsvervolgging ten aanzien van de poging tot doodslag. Hij kreeg wel een werkstraf opgelegd voor de bedreiging met zware mishandeling.

De man die is aangereden (de ex-man) vordert in de onderhavige procedure een verklaring voor recht dat AIG (de verzekeraar van de man die de aanrijding heeft

veroorzaakt) aansprakelijk is voor de schade die hij als gevolg van de aanrijding lijdt. De rechtbank wijst de vordering af. Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en oordeelt dat AIG voor 75 % aansprakelijk is. Het hof leg hieraan het volgende ten grondslag:

“[betrokkene 1] is op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk voor de schade die [verweerder] heeft geleden doordat [betrokkene 1] met zijn auto tegen [verweerder] aan, en over hem heen is gereden (rov. 4.3.4). Het oordeel van het gerechtshof Amsterdam over het beroep van [betrokkene 1] op noodweer in de strafzaak, vormt geen onderdeel van de bewezenverklaring, zodat op dat punt geen sprake is van dwingend bewijs in de zin van art. 161 Rv; [betrokkene 1] kan zich in de onderhavige civiele zaak niet met succes op overmacht of noodweer beroepen (rov. 4.3.3 en 4.3.6).”

De cassatieprocedure

De twee vragen die in cassatie met name van belang zijn en worden beantwoord door de Hoge Raad zijn:

- 1) Heeft het Hof miskend dat de man die is aangereden (de ex-man) onvoldoende belang bij zijn vordering heeft nu hij slechts een verklaring voor recht vordert?
- 2) Moet de burgerlijke rechter het oordeel van de strafrechter ter zake een beroep op noodweer volgen?

Ten aanzien van de eerste vraag komt de Hoge Raad terug op zijn eerdere jurisprudentie (HR 30 maart 1951, NJ 1952, 29). De Hoge Raad oordeelt namelijk dat een rechter ervan uit moet gaan dat eiser een belang heeft als de mogelijkheid van schade aannemelijk is. Dit geldt ook indien niet tevens een verwijzing naar de schadestaat wordt gevorderd en/of om een veroordeling tot schadevergoeding wordt verzocht. Met betrekking tot de tweede vraag overweegt de Hoge Raad eerst dat de waardering van het bewijs aan het oordeel van de rechter is overgelaten, tenzij de wet anders bepaalt (artikel 152 lid 2 Rv). In artikel 161 Rv is een dergelijk bepaling neergelegd. Een op tegenspraak gewezen vonnis waarbij de Nederlandse strafrechter bewezen heeft verklaard dat iemand een feit heeft begaan, levert dwingend bewijs op van dat feit. De Hoge Raad oordeelt verder dat wanneer een beroep op noodweer slaagt, dit niet door artikel 161 Rv wordt bestreken. Dat oordeel maakt namelijk geen deel uit van de bewezenverklaring. Het heeft betrekking op de strafbaarheid van de verdachte (artikel 350 Sv). De aanvaarding van een beroep op noodweer door de strafrechter laat de vrijheid in de bewijswaardering van de burgerlijke rechter dan ook onverlet.

Sanne Rutten

Telefoon: +31 (0)26 353 83 45

E-mailadres: rutten@dirkzwager.nl

Strafrechtelijk opzet betekent nog geen geslaagd beroep op een opzetclausule in het verzekeringsrecht

Inleiding

Op 13 juli 2015 heeft de rechtbank Oost-Brabant geoordeeld dat het oordeel van een strafrechter niet altijd maatgevend is bij de uitleg van een opzetclausule in verzekeringsvoorwaarden.

Vader is strafrechtelijk veroordeeld wegens het opzettelijk toebrengen van zwaar lichamelijk letsel aan zijn drie maanden oude zontje. Vader heeft hem zodanig hard heen en weer geschud dat hersenletsel is ontstaan (shaken baby syndroom). Moeder verzocht vervolgens aan de aansprakelijkheidsverzekeraar van het gezin om dekking te verlenen voor de door haar zoon geleden en nog te lijden schade. De aansprakelijkheidsverzekeraar wees het dekkingsverzoek af met een beroep op de opzetclausule uit de verzekeringsvoorwaarden.

De rechtbank grijpt deze procedure aan om het verschil tussen de strafrechtelijke en civielrechtelijke beoordeling van opzet (nog eens) nader te ontleden. Hoe zit het ook alweer?

Uitleg van de opzetclausule in het verzekeringsrecht

Vooropgesteld dient te worden dat tussen partijen niet in geschil is dat de vader (civielrechtelijk) aansprakelijk is voor de door zijn zontje geleden en nog te lijden schade.

De verzekeraar is van mening dat zij niet tot dekking hoeft over te gaan nu de vader opzettelijk wederrechtelijk heeft gehandeld jegens zijn zontje. De verzekeraar beroept zich daarbij op het onherroepelijk geworden vonnis van de meervoudige strafkamer.

De opzetclausule die de verzekeraar hanteert betreft de clausule zoals deze door het Verbond van Verzekeraars in 2000 is vastgesteld en aanbevolen. Deze clausule wordt ook wel de 'nieuwe opzetclausule' genoemd. De rechtbank oordeelt dat er gekeken moet worden naar de bedoeling van de opzetclausule. In tegenstelling tot de zogenoemde 'oude opzetclausule', wordt opzet met de 'nieuwe opzetclausule' gekoppeld aan de gedraging zelf en niet meer aan het gevolg van de gedraging. Het opzettelijke karakter moet dus volgen uit de gedraging.

De rechtbank concludeert dat met de opzetclausule niet is bedoeld elk opzettelijk handelen of alle handelingen die onder een strafrechtelijke delictsomschrijving vallen, van dekking uit te sluiten. Volgens de rechtbank zou geconcludeerd kunnen worden dat het (net als bij de 'oude opzetclausule') moet gaan om handelen waarbij de dader welbewust opzettelijk wederrechtelijk heeft gehandeld (in de zin van oogmerk of zekerheidsbewustzijn). Handelen met voorwaardelijk opzet (bewust de mogelijkheid aanvaarden dat door het handelen schade kan ontstaan) zou in dat geval niet van dekking moeten zijn uitgesloten.

De rechtbank begrijpt uit de toelichting op de 'nieuwe opzetclausule' van het Verbond van Verzekeraars dat het oordeel van een strafrechter niet altijd maatgevend moet worden gevonden. Bij de toepassing van een opzetclausule gaat het immers om een civielrechtelijke uitleg in een civielrechtelijk kader. Het civiele recht hanteert een subjectievere invalshoek die noopt tot een grotere mate van terughoudendheid in het aanvaarden van opzet.

Strafrechtelijk opzet versus opzet in de zin van de opzetclausule

In het onderhavige geval oordeelt de rechtbank dat het onherroepelijke strafvonnis bewijs oplevert van het feit dat de vader zijn zontje meermaals heen en weer heeft geschud met zwaar lichamelijk letsel tot gevolg. Dit strafrechtelijke oordeel is echter gebaseerd op voorwaardelijk opzet, hetgeen in dit geval ziet op het gevolg van het handelen van de vader en niet op de gedraging zelf, aldus de rechtbank.

De civielrechtelijke beoordeling in de zin van de opzetclausule moet volgens de rechtbank een andere zijn. Bezien moet worden of de vader zijn zontje opzettelijk heeft geschud. Een positieve beantwoording van die vraag zou bewust handelen veronderstellen en daarvan is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake geweest. De vader zou impulsief en in paniek hebben gehandeld. De rechtbank ziet het handelen van de vader als verwijtbaar en wederrechtelijk, maar niet als een handelen dat een civielrechtelijk opzettelijk karakter (in de zin van de opzetclausule) in zich draagt. De rechtbank komt tot het oordeel dat er geen sprake is van civielrechtelijk opzettelijk wederrechtelijk handelen in de zin van de opzetclausule. De verzekeraar kan zich dan ook niet met succes op de opzetclausule beroepen, als gevolg waarvan zij in het onderhavige geval dekking moet verlenen.

Conclusie

Van belang is strafrechtelijk en civielrechtelijk opzettelijk handelen te scheiden wanneer een beroep wordt gedaan op een opzetclausule uit verzekeringsvoorwaarden.

Een veroordelend strafrechtelijk vonnis leidt niet zonder meer tot een geslaagd beroep op een opzetclausule. Civielrechtelijk moet gekeken worden naar de gedraging en niet naar het gevolg van de gedraging. Uit de omstandigheden van het geval moet vervolgens blijken of in het betreffende geval een beroep op de opzetclausule kan slagen. Vooral met betrekking tot de lichtste vorm van opzet – voorwaardelijk opzet – blijft lastig te voorspellen wanneer dit tot een succesvol beroep op een opzetclausule leidt.

Lieke Verlinden

Telefoon: +31 (0)26 353 84 63

E-mailadres: verlinden@dirkzwager.nl

Langdurig zitten: het nieuwe risico voor de werkgever?

Uit recent wetenschappelijk onderzoek volgt dat langdurig zitten slecht is voor ons. We lopen een grotere kans op diabetes, hart- en vaatziekten en een vroegtijdige dood. Mogelijk is er zelfs een verband met het krijgen van depressies en borstkanker. Geen goed nieuws dus voor werknemers met een sedentaire (“zittende”) baan. Maar wat betekent dit voor de werkgever? Kan die binnenkort de eerste claims tegemoet zien?

Juridisch kader

In artikel 7:658 BW is bepaald dat een werkgever die maatregelen moet nemen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn functie schade lijdt. Schiet de werkgever tekort in zijn zorgplicht, dan is hij jegens de werknemer aansprakelijk. Onder de zorgplicht wordt mede verstaan de verplichtingen die de werkgever krachtens de Arbeidsomstandighedenwet en andere publiekrechtelijke regelingen ter zake van arbeidsomstandigheden heeft.

Een werkgever schendt in beginsel zijn zorgplicht niet indien hij niet waarschuwt voor algemeen bekende gevaren, welke gevaren noodzakelijk aan het verrichten van de werkzaamheden zijn verbonden. Dit ligt soms anders als de werkgever verwezenlijking van het algemeen bekende gevaar bij de uitoefening van de werkzaamheden eenvoudig had kunnen wegnemen. Indien de werkgever dat vervolgens nalaat, kan er wel sprake zijn van schending van de zorgplicht.

Het is aan de werknemer conform de hoofdregel van artikel 150 Rv om te stellen en bij betwisting te bewijzen dat hij schade heeft geleden tijdens de uitvoering van zijn werkzaamheden. Pas als dat vaststaat is het aan de werkgever om te bewijzen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan.

Schade in de uitoefening van de werkzaamheden

In de eerste plaats zal het voor de werknemer niet eenvoudig zijn om te bewijzen dat de gezondheidsschade die hij heeft opgelopen daadwerkelijk het gevolg is van langdurig zitten. Er zijn immers tal van risicofactoren voor het krijgen van diabetes en hart- en vaatziekten. Al die risicofactoren hebben gemeen dat ze de kans op het ontstaan van deze aandoeningen vergroten.

In de tweede plaats zal het lastig zijn om aan te tonen dat de gezondheidsschade

(grotendeels) het gevolg is van langdurig zitten tijdens het werk. Uit onderzoek blijkt dat de gemiddelde Nederlander 85% van zijn vrije tijd zittend doorbrengt. De gezondheidsschade die eventueel ontstaat door langdurig zitten is derhalve veelal mede in privétijd ontstaan.

Om met zekerheid te kunnen vaststellen dat de schade (in hoofdzaak) is ontstaan door langdurig zitten op het werk is dan ook nagenoeg onmogelijk.

We komen dan al snel uit op de weg van de proportionele aansprakelijkheid. In gevallen waarbij onzeker is of er een causaal verband bestaat tussen de tekortkoming van de werkgever en de gezondheidsschade mag een rechter de schadevergoeding verminderen evenredig met de (op een gemotiveerde schatting berustende) mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen. Wel moet dan komen vast te staan dat de kans niet zeer klein is dat de schade is terug te voeren op de werkzaamheden alsmede dat sprake is van schending in de nakoming van de zorgplicht (HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092). In het arrest van 7 juni 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ1721) oordeelde de Hoge Raad dat een kans van 17% op een causaal verband tussen blootstelling en gezondheidsklachten niet voldoende was voor hantering van proportionele aansprakelijkheid. Voor het maken van een gemotiveerde schatting zal in de praktijk veelal een of meer deskundige(n) geraadpleegd moeten worden. Uit de jurisprudentie van de afgelopen jaren volgt dat proportionele aansprakelijkheid bij beroepsziektezaken zeer terughoudend wordt toegepast.

Invulling van de zorgplicht

Welke veiligheidsmaatregelen van een werkgever mogen worden verwacht hangt af van de bekendheid met het gevaar, de op dat moment bestaande kennis en inzichten en de omstandigheden van het geval. De gevaren van langdurig zitten zijn pas relatief kort bekend en met name onder de aandacht gebracht door het boek van de Britse onderzoeker James Levine uit 2010 (Get Up!), waarin hij zitten tot het nieuwe roken bestempelt.

Moeten werkgevers nu beleid gaan maken gericht op het voorkomen van langdurig zitten? Werkgevers moeten er in ieder geval rekening mee houden dat langdurig zitten tijdens het werk een nieuw risico vormt. Waar voorheen voornamelijk aandacht was voor het voorkomen van fysiek zwaar of repeterend werk, worden nu zaken als een gezonde levensstijl en de noodzaak van bewegen belangrijker. Dit levert overigens ook voordelen op voor de werkgever. Gezonde werknemers verzuimen minder.

De verwachting is dat langdurig zitten steeds meer onder de aandacht van werknemer en werkgever zal komen. Zo heeft ArboNed dit jaar zitten al tot 'modern arbeidsrisico' benoemd.

Maatregelen ter voorkoming of vermindering van langdurig zitten zullen met name neerkomen op het bewust maken van het belang van bewegen en het faciliteren van beweging tijdens de werkzaamheden. Inmiddels zijn er allerlei oplossingen bedacht om het langdurig zitten op de werkplek tegen te gaan, zoals bijvoorbeeld de bureau-fiets en verstelbare zit-stabureaus. Daarnaast kan de werkgever overgaan op staand vergaderen of "kantoorfitness" promoten.

Dit laatste is een simpele manier om medewerkers achter het bureau vandaan te krijgen. Het uitgangspunt is dat werknemers niet langer dan anderhalf uur aaneengesloten zitten, maar met enige regelmaat in beweging komen door bijvoorbeeld bij een collega binnen te lopen met een vraag in plaats van te mailen, zelf koffie te gaan halen of naar de printer te lopen, staand te bellen of te dicteren, etc.

Bij inmenging in de persoonlijke levensstijl van werknemers is voorzichtigheid wel geboden. Het is relatief eenvoudig werknemers te verplichten een veiligheidshelm te dragen of gehoorbescherming te gebruiken, maar medewerkers verplichten te bewegen, gezond te eten en niet meer te roken ligt veel gevoeliger. Het blijft dan ook de vraag wat de werkgever enerzijds moet doen en anderzijds hoe ver hij mag gaan om zijn medewerkers gezond en vitaal te houden. De eigen keuze/verantwoordelijkheid van de werknemer zal daarbij een belangrijke rol blijven spelen.

Conclusie

Het zal niet eenvoudig zijn om met succes een werkgever aansprakelijk te stellen voor de gevolgen van langdurig zitten. Dit komt enerzijds door de zware bewijslast die op de werknemer rust voor wat betreft de oorzaak van de klachten en anderzijds door het feit dat langdurig zitten een relatief nieuw gezondheidsrisico is waarmee de werkgever tot voor kort geen rekening behoefde te houden.

Fantine Polman-Groenewoud

Telefoon: +31 (0)26 353 84 16

E-mailadres: polman@dirkzwager.nl

Arbeidsrecht

www.dirkzwagerarbeidsrecht.nl

Uit dienst en ziek: Wie betaalt de rekening?

Met de invoering van de Wet beperking ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vangnetters geldt sinds 1 januari 2014 dat de Ziektewetuitkering van een zieke werknemer (ziekengeld) aan diens laatste werkgever kan worden toegerekend. Hetzelfde geldt voor een eventuele WGA-uitkering die volgt op het ziekengeld. De toerekening van het toegekende ziekengeld aan diens laatste werkgever vindt plaats door de introductie van de gedifferentieerde premie voor de Ziektewet, die afhankelijk is gesteld van de grootte van de werkgever en de uitstroom van die werkgever in de Ziektewet. Regelmatig doet zich de vraag voor ten aanzien van welke categorieën werknemers die terugvallen op de Ziektewet dit risico bestaat. Ik zal dat in het navolgende bespreken.

Er zijn vier situaties waarin een werknemer aanspraak kan maken op ziekengeld terwijl hij niet (meer) in dienstbetrekking is. Het betreft:

- Personen die geen arbeidsovereenkomst hebben gehad, maar wiens arbeidsverhouding op grond van de Ziektewet wel aan een arbeidsovereenkomst gelijk wordt gesteld (ook wel 'fictieve dienstbetrekking' genoemd). Deze personen verkeren sociaaleconomisch in een vergelijkbare positie als werknemers, zodat de wetgever ook hen graag de bescherming van de Ziektewet wilde bieden. Voorbeelden daarvan zijn de kleine aannemer (die geen zelfstandige of thuiswerker is), de bestuurder van een coöperatie met werknemersbestuur, musici e.d.
- Werknemers die binnen vier weken na het einde van het dienstverband ongeschikt tot werken worden (niet van toepassing indien de werknemer een WW-uitkering geniet en vervolgens ziek wordt).
- De werknemer wiens arbeidsovereenkomst eindigt binnen 104 weken na de eerste ziekte dag (de werknemer die ziek uit dienst gaat).
- De werknemer die een WW-uitkering geniet en die vervolgens ziek wordt. De eerste 13 weken van ziekte ontvangt de werknemer nog een WW-uitkering (artikel 20 lid 6 sub a Werkloosheidswet), daarna wordt de WW-uitkering stopgezet en maakt de werknemer aanspraak op ziekengeld (artikel 29 lid 2 sub d Ziektewet).

In de situatie van de eerste drie groepen personen wordt het verstrekte ziekengeld wel

meegenomen in de vaststelling van de gedifferentieerde premie voor de Ziektewet ([artikel 117b lid 1 sub b Wet financiering sociale verzekeringen](#)). In de situatie van de vierde groep personen gebeurt dit niet.

Het risico dat een werknemer binnen vier weken na het einde van het dienstverband een beroep doet op de Ziektewet, is dus beperkt tot de situatie waarin de werknemer géén WW-uitkering ontvangt. Als een werknemer niet ziek uit dienst gaat, dan is het waarschijnlijk dat hij wél aanspraak zal maken op een WW-uitkering. Dit betekent dat diens ex-werkgever niet geconfronteerd wordt met een hogere gedifferentieerde premie voor de Ziektewet als vervolgens toch sprake is van ziekte. Er is dan immers geen sprake van een beroep op de Ziektewet in de zin van nawerking (groep twee). De (ex-)werkgever heeft er dus belang bij dat een werknemer een WW-uitkering aanvraagt en ontvangt met ingang van de eerste werkloosheidsdag. Dit kan mede worden gefaciliteerd door, bijvoorbeeld in het kader van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, de fictieve opzegtermijn te compenseren.

Voor een werkgever is het dus gunstig dat een werknemer niet ziek uit dienst gaat. Dit betekent niet dat een nog zieke werknemer hersteld kan worden gemeld, zodat de werknemer niet ziek uit dienst gaat. De werknemer zal dan immers eerst een WW-uitkering moeten aanvragen en zich daarna alsnog ziek melden (hij is door de ziekte immers niet beschikbaar voor de arbeidsmarkt), waarna het UWV bij het toetsen van de ziekmelding relatief makkelijk kan achterhalen dat de werknemer al langer ziek is. Als blijkt dat de werknemer geen WW-uitkering had moeten aanvragen, maar ziekingeld, dan is het waarschijnlijk dat het UWV hem met terugwerkende kracht ziekingeld toekent. Alsdan zal ook bij de werkgever worden aangeklopt om na te gaan waarom geen ziek uit dienst melding is gedaan, alsmede of op de werkgever de verplichting rustte om bij de uitdiensttreding van de zieke werknemer een re-integratieverslag te overleggen (bij ziekte langer dan zes weken). Op beide verplichtingen staan bij overtreding sancties. Voor een werknemer is het voorts gunstiger ziek uit dienst te gaan. De aanspraak op een WW-uitkering wordt daardoor uitgesteld, zodat langer recht op een uitkering bestaat.

Menno van Schaick

Telefoon: +31 (0)24 381 31 50

E-mailadres: vanschaick@dirkzwager.nl

Wet Werk en Zekerheid, de transitievergoeding & overgangsrecht; wanneer geldt wat en welke maanden tellen mee?

Zoals eerder aangekondigd op dit kennisportal, treedt per 1 juli 2015 het nieuwe ontslagrecht in werking. Dit betekent dat per die datum ook de transitievergoeding wordt geïntroduceerd. In eerdere bijdragen hebben mijn collega's al een aantal praktijkvragen over de transitievergoeding behandeld. De transitievergoeding roept in de praktijk echter nog meer vragen op, met name in relatie tot het overgangsrecht.

In deze bijdrage wil ik ingaan op de volgende twee vragen:

- Een bepaalde tijd contract is aangegaan vóór 1 juli 2015, maar eindigt na 1 juli 2015. Mogen de maanden die vóór 1 juli 2015 zijn gewerkt, gebruikt worden voor de berekening van de transitievergoeding? Of belangrijker, is er überhaupt een transitievergoeding verschuldigd indien een bepaalde tijd contract is aangegaan vóór 1 juli 2015, maar eindigt na 1 juli 2015?
- Er wordt vóór 1 juli 2015 een (verzoek tot) opzegging gedaan of een ontbindingsprocedure gestart voor ontslag van een werknemer met een contract voor onbepaalde tijd, maar de werkelijke einddatum ligt na 1 juli 2015. Bent u dan als werkgever een transitievergoeding verschuldigd?

Bepaalde tijd contracten

Bent u als werkgever überhaupt een transitievergoeding verschuldigd als het bepaalde tijd contract is aangegaan vóór 1 juli 2015? Dit lijkt niet voor de hand te liggen aangezien ten tijde van het aangaan het bepaalde tijd contract nog helemaal geen sprake was van een transitievergoeding.

Niets is echter minder waar. Minister Asscher heeft in [zijn antwoorden op Kamervragen](#) op 9 januari jl. duidelijk aangegeven dat een werkgever een transitievergoeding verschuldigd is indien een bepaalde tijd contract eindigt op of na 1 juli 2015 en deze tenminste twee jaar heeft geduurd. Dus het maakt niet uit dat het contract is aangegaan

vóór 1 juli 2015. De maanden die een werknemer vóór 1 juli 2015 heeft gewerkt tellen bovendien mee voor het bepalen van het recht op een transitievergoeding.

Onbepaalde tijd contracten

Wat nu als u als werkgever vóór 1 juli 2015 een ontslagprocedure in gang zet, maar de werkelijke einddatum van de arbeidsovereenkomst ligt pas na 1 juli 2015? Bijvoorbeeld omdat de ontslagprocedure enige tijd in beslag neemt of nog een opzegtermijn in acht moet worden genomen. Bent u dan alsnog een transitievergoeding verschuldigd?

De wetgever heeft met deze vragen rekening gehouden en overgangsrecht uitgevaardigd. Het overgangsrecht schrijft voor dat het oude recht van toepassing blijft indien:

- Een verzoek om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst is gedaan vóór 1 juli 2015. Ook geldt dat indien een verzoek tot opzegging is gedaan vóór 1 juli 2015, en de opzegging op grond van dit verzoek na 1 juli 2015 wordt gedaan, het oude recht van toepassing is;
- Een geding is gestart vóór 1 juli 2015; hierbij kan gedacht worden aan ontbindingsprocedures.

Er is discussie mogelijk over de vraag of er toch niet een transitievergoeding verschuldigd is, ook al wordt gebruik gemaakt van het bovenstaande overgangsrecht. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat een procedure al vóór 1 juli 2015 wordt ingezet, en dus het overgangsrecht geldt, maar de werkelijke einddatum van het contract na 1 juli 2015 ligt. Ik vind het goed te verdedigen dat in die gevallen geen transitievergoeding verschuldigd is. Indien dit anders zou zijn, zouden de transitievergoeding en de vergoeding die de kantonrechter op grond van de bepalingen uit art. 7:677 e.v. BW kan toekennen, immers cumuleren.

Afsluiting

Als werkgever is het belangrijk u te beseffen dat vanaf 1 juli 2015 in beginsel iedere werknemer, dus zowel met een contract voor bepaalde tijd als een contract voor onbepaalde tijd, met een dienstverband dat twee jaar of langer heeft geduurd, recht heeft op een transitievergoeding. Voorwaarde is dat de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever is beëindigd.

De maanden dat het dienstverband vóór 1 juli 2015 heeft geduurd, worden meegeteld bij de berekening van de transitievergoeding. Houd daar dus als werkgever rekening mee zodat je niet met onverwachte kosten wordt geconfronteerd.

Het kan voor een werkgever dus raadzaam zijn om snel te handelen. Desalniettemin biedt een ontslagaanvraag vóór 1 juli 2015 geen garantie voor een “goedkoop” ontslag van een werknemer; een kantonrechter kan immers alsnog een vergoeding toekennen in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Op die gevallen is nog (gewoon) het oude recht van toepassing.

De invoering van de transitievergoeding blijft vragen oproepen. De komende tijd zullen mijn collega's en ik praktijkvragen blijven behandelen in onze bijdragen op dit kennisportal.

Harold Willems

Telefoon: +31 (0)24 381 31 50

E-mailadres: willems@dirkzwager.nl

Wijzingen cao woondiensten 2014-2016

Op 2 september 2015 is er na zeer moeizame onderhandelingen een onderhandelaarsakkoord bereikt over een nieuwe cao Woondiensten, die met terugwerkende kracht moet ingaan per 1 januari 2014. Welke invloed heeft de WWZ gehad? En komen bestuurders nu onder de werking van de cao?

WWZ

De cao is aangepast op een aantal WWZ-aspecten. Zo vervalt met ingang van 1 juli 2015 de wachtgeldregeling uit artikel 2.12 en 2.13. De reden daarvoor, zo staat in het akkoord, is de introductie van de transitievergoeding en de € 1 miljoen euro die werkgevers ter beschikking stellen voor mobiliteit van medewerkers. De wet (artikel 7:673b BW) maakt het mogelijk om bij cao een alternatief te introduceren voor de transitievergoeding, mits deze maar gelijkwaardig is. De tekst van het akkoord maakt niet helemaal duidelijk of de vakbonden en Aedes hiervoor hebben gekozen, het lijkt er voorsnog niet op. Uitgangspunt bij ontslag in de corporatiesector lijkt dus de 'gewone' transitievergoeding te zijn, de wachtgeldregeling vervalt maar er komt wel extra geld vrij voor mobiliteit.

Interessant is verder dat onderzocht zal gaan worden of het derde jaar WW door de sector kan worden bekostigd. Op grond van de WWZ wordt de WW-duur bekort tot 24 maanden, het derde jaar zouden de sociale partners in de branche zelf kunnen bekostigen.

Bestuurder onder de cao

Een heikel punt in de afgelopen jaren was enerzijds de vraag of de bestuurder onder de cao moet worden gebracht en anderzijds of het loongebouw wel marktconform is, dat zou nu bovengemiddeld zijn. Beide zaken zullen worden onderzocht. Echte knopen zijn dus nog niet doorgehakt. De mogelijkheid wordt onderzocht of en hoe het onderbrengen van de beloning van de (directeur) bestuurder een bijdrage levert aan een evenwichtige beloningsverhouding in de sector. De beloning van bestuurders is nu genormeerd door de WNT en voor de corporatiesector geldt een sectorale norm. Voor kleinere corporaties geldt naar verhouding een lagere bezoldigingsnorm dan de maximale, gewone WNT-norm van € 178.000,- bruto per jaar. Ik verwacht niet dat als de bestuurder onder de cao wordt gebracht, de beloning nog veel verder zal dalen.

De vraag is eerder of de nieuwe WNT-normen voor bestuurders (en andere topfunctionarissen in de zin van de WNT) wel in verhouding staan tot de beloning van de bestuurder. De beloning in de subtop is relatief hoog ten opzichte van de WNT-norm. Het akkoord wordt nu voorgelegd aan de leden van de vakbonden. Zodra de cao definitief is zal ik daar een nieuw blogbericht over publiceren.

Jokelien Brouwer-Harbach

Telefoon: +31 (0)26 353 83 03

E-mailadres: brouwer@dirkzwager.nl

Transitievergoeding ook verschuldigd bij gewijzigde arbeidsovereenkomst?

Sinds de invoering van het nieuwe ontslagrecht per 1 juli jl. is de werkgever aan de werknemer een transitievergoeding verschuldigd bij beëindiging of het niet verlengen van een (tijdelijk) arbeidsovereenkomst, mits deze ten minste 24 maanden heeft geduurd. Als gevolg van de nieuwe ketenregeling (7:668a BW), eveneens ingevoerd per 1 juli jl., is de periode waarbinnen tijdelijke contracten mag worden gesloten verkort van drie naar twee jaar (cao-afwijkingmogelijkheden daargelaten). Een nieuw arbeidscontract nadat de periode van twee jaar is verstreken wordt daardoor automatisch een contract voor onbepaalde tijd.

Stel nu dat de werkgever na een periode van twee jaar tijdelijke contracten de werknemer vast in dienst wil nemen maar tegen een minder aantal arbeidsuren of een lager salaris, is hij dan een transitievergoeding verschuldigd? En zo ja, moet dan de gehele transitievergoeding worden betaald of pro rato?

Het antwoord op deze vraag is niet in de wet zelf geregeld en gezien het feit dat de wet slechts enkele maanden oud is, is er evenmin jurisprudentie hierover. Wel zijn er aanknopingspunten te vinden in de parlementaire geschiedenis (memorie van toelichting) en bij toelichting van het Ministerie SZW. Zo is op de [factsheet WWZ](#) van voornoemd ministerie te lezen dat bij een deeltijdontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden de berekening van de transitievergoeding plaatsvindt over dat deel van het contract dat wordt beëindigd. Met andere woorden, er is dan een pro rato transitievergoeding verschuldigd. Het na een periode van twee jaar tijdelijke contracten aanbieden van een nieuw (vast) contract voor een minder aantal arbeidsuren kan de facto worden aangemerkt als een soort deeltijdontslag. Parallel hieraan kan derhalve betoogd worden dat de werkgever voor de arbeidsuren die komen te vervallen c.q. niet meer worden aangeboden, een transitievergoeding is verschuldigd.

Verder is in de [memorie van toelichting](#) bepaald dat geen transitievergoeding is verschuldigd als een werkgever bij het eindigen van een contract voor bepaalde tijd de werknemer een (gelijkwaardig of beter) nieuw contract heeft aangeboden maar de werknemer hiervan geen gebruik heeft gemaakt. Cruciaal is dus de vraag of de

werkgever een tenminste gelijkwaardig contract heeft aangeboden. Is dit niet het geval, dan is de werkgever – a contrario redenerend – in beginsel de transitievergoeding aan de werknemer verschuldigd. Maar wanneer is sprake van een 'gelijkwaardig' contract? In de literatuur is min of meer betoogd dat aangesloten zou moeten worden bij de criteria die gelden voor 'passende arbeid' in de zin van de WW. Een andere optie is om aansluiting te zoeken bij het begrip 'uitwisselbare functies' in het kader van het afspiegelingsbeginsel. Van 'passende arbeid' is doorgaans (veel) sneller sprake dan van een 'uitwisselbare functie'. Als het aanbieden van 'passende arbeid' dus het criterium zou worden, dan zal minder snel een transitievergoeding zijn verschuldigd dan wanneer het moet gaan om een 'uitwisselbare' functie.

Uit het voorgaande blijkt dat, ondanks dat er bepaalde aanknopingspunten zijn, discutabele situaties denkbaar zijn. Is bijvoorbeeld een nieuw contract waarbij alleen de leaseauto uit de arbeidsvoorwaarden is gehaald nog gelijkwaardig te noemen ten opzichte van het vorige contract? En heeft een werkgever die iemand graag wil behouden voor zijn organisatie maar wegens formatiewijziging niet dezelfde functie kan aanbieden en daarom een passende functie heeft voorgesteld, een gelijkwaardig contract aangeboden?

Bovenstaande vragen zijn zonder meer casuïstisch en zullen zeer waarschijnlijk in jurisprudentie nader uitgekristalliseerd moeten worden. Uiteraard houden wij u graag op de hoogte en kunt u voor meer informatie of vragen altijd contact opnemen met een van onze arbeidsrechtsspecialisten.

Renate Peijs-Schoester

Telefoon: +31 (0)26 353 83 03

E-mailadres: peijs@dirkzwager.nl

Medewerker weigert bloedtest, ontslag op staande voet gerechtvaardigd?

Onaantastbaarheid van het menselijk lichaam versus de gerechtvaardigde belangen van de werkgever

Een werknemer die sinds 2006 in dienst is, wordt met ingang van 26 januari 2009 gedetacheerd bij BP. BP gebruikt een protocol dat voorschrijft dat iedereen moet worden gekeurd op loodblootstelling, omdat bij BP wordt gewerkt met loodhoudende benzine. Bij het begin van de werkzaamheden wordt een 0-meting gedaan, zodat later vastgesteld kan worden of in de bloedwaarde verandering is gekomen.

De werknemer weigert deze bloedtest te ondergaan op "principiële gronden" (inbreuk lichamelijke integriteit). Op 28 januari wordt de werknemer op non-actief gesteld. In plaats van in te gaan op een uitnodiging voor een gesprek over het gebeurde, meldt de werknemer zich op 29 januari ziek. Vervolgens wordt hij op 30 januari 2009 op staande voet ontslagen.

Het hof dat in hoger beroep over deze zaak moet oordelen, doet dat aan de hand van de door de Hoge Raad in het Hyatt-arrest geformuleerde criteria.

Het hof heeft allereerst onderzocht en geoordeeld dat de bloedafname, een legitiem doel dient. BP, de opdrachtgever van de werkgever, had deze eis immers gesteld in verband met het voorkomen van mogelijke gezondheidsrisico's voor de werknemers. Voorts heeft het hof onderzocht of de bloedtest een geschikt middel was om de loodblootstelling te onderzoeken, waarmee het hof aan het noodzakelijkheids criterium heeft getoetst. Vervolgens heeft het hof een belangenafweging gemaakt tussen het belang van de werkgever bij de bloedafname (het voorkomen van gezondheidsrisico's) ten opzichte van de belangen van de werknemer, die zich beriep op een ongerechtvaardigde inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam. Het hof heeft hiermee getoetst aan het proportionaliteitscriterium en daarbij geoordeeld dat ook deze belangenafweging in het voordeel van de werkgever moet uitvallen, waarbij ook een rol heeft gespeeld, dat de werknemer in het hoger beroep niet heeft toegelicht waarom zijn beroep op de lichamelijke integriteit moest worden gehonoreerd. De niet nader toegelichte, hem moverende en persoonlijke redenen waren voor het hof niet zwaarwegend genoeg.

Tenslotte heeft het hof geoordeeld dat het doel, het vaststellen of er gezondheidsrisico's waren voor de werknemer, niet op een voor de werknemer minder ingrijpende wijze kon worden bereikt. Hiermee heeft het hof getoetst aan het subsidiariteitscriterium. Hoewel het hof al deze criteria niet met zoveel woorden heeft genoemd, concludeert de Advocaat-Generaal dat het hof de criteria wel correct heeft getoetst en de Hoge Raad concludeerde dan ook dat de in het middel aangevoerde klachten niet tot cassatie konden leiden.

Menig werkgever kan te maken krijgen met dezelfde vragen als waarvoor de werkgever in kwestie en BP in deze casus werden gesteld. Veelal zijn dergelijke verplichtingen vastgelegd in een protocol of een handboek. Het is verstandig om dit soort verplichtingen vooraf te toetsen aan de hierboven genoemde criteria om ervoor te zorgen dat een eventuele (vergaande) sanctie effectief is, waardoor het noodzakelijke beleid ook goed kan worden gehandhaafd. Wij adviseren u graag bij de beoordeling van een dergelijk protocol of handboek.

Buby Den Heeten

Telefoon: +31 (0)24 381 31 26

E-mailadres: denheeten@dirkzwager.nl

Gezondheidszorg

www.dirkzwagergezondheidszorg.nl

Mag een zorgverzekeraar beperkingen stellen aan het hoofdbehandelaarschap in de GGZ?

Steeds meer zorgverzekeraars stellen beperkingen aan de personen die als hoofdbehandelaar mogen optreden in de GGZ. Dergelijke beperkingen zijn in strijd met het systeem van de Zorgverzekeringswet, dat er van uitgaat dat de wetgever de omvang van het basispakket vaststelt.

In de afgelopen jaren hebben verschillende zorgverzekeraars in hun polisvoorwaarden en hun contracten met zorgaanbieders beperkingen gesteld aan het hoofdbehandelaarschap in de GGZ. Meerdere zorgverzekeraars hebben bepaald dat enkel een psychiater, een klinisch psycholoog of een psychotherapeut als hoofdbehandelaar mag optreden. Met name de GZ-psycholoog, de verslavingsarts en de specialist ouderengeneeskunde mogen volgens veel zorgverzekeraars niet als hoofdbehandelaar fungeren. Daarmee hanteren de zorgverzekeraars een beperktere definitie van het begrip 'hoofdbehandelaar' dan de Minister van VWS en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa). Daarnaast worden steeds vaker voorwaarden gesteld aan de mate van betrokkenheid van de hoofdbehandelaar bij een behandeling.

De Zorgverzekeringswet bepaalt dat iedereen een basisverzekering moet afsluiten. Daarnaast bepalen de wet en de daarop gebaseerde regels welke risico's deze verplichte verzekering moet dekken en daarmee op welke vormen van zorg de basiszorgverzekering betrekking heeft. In het Besluit zorgverzekering wordt nader uitgewerkt wat de inhoud en omvang van de prestaties zijn waarop verzekerden krachtens een zorgverzekering recht hebben. Uit de toelichting blijkt dat zorgverzekeraars niet bevoegd zijn met verzekerden afspraken te maken over een *beperkter* pakket. Zij kunnen enkel voorwaarden van *procedurele* of *administratieve* aard stellen. Zorgverzekeraars kunnen met andere woorden geen eisen in de polisvoorwaarden opnemen die de *inhoud* van het pakket beperken. Ook de aard en de omvang van de verzekerde zorg worden bij wettelijk voorschrift geregeld.

De aard, inhoud en omvang van de zorg die aan een specifieke patiënt geleverd wordt, is nauw verweven met het beroep van de zorgverlener of in het geval van gespecialiseerde GGZ, het beroep van de hoofdbehandelaar. Het is volgens het Besluit zorgverzekering namelijk deze beroepsbeoefenaar die vanuit zijn beroepsmatige verantwoordelijkheid in samenspraak met de patiënt de onderzoeks- en behandelingswijze bepaalt. Tot en met 2013 volgde uit de regelgeving van de NZa dat alle zorgverleners met een Big-registratie die bevoegd en bekwaam zijn om patiënten te classificeren volgens de systematiek van de DSM-IV-TR als hoofdbehandelaar in de gespecialiseerde GGZ mochten optreden. Deze omschrijving werd als onduidelijk ervaren. De Minister van VWS heeft daarop na overleg met de veldpartijen, waaronder Zorgverzekeraars Nederland (ZN), bij brief van 2 juli 2013 bepaald dat personen met de volgende beroepen als hoofdbehandelaar in de basis GGZ en gespecialiseerde GGZ kunnen optreden: psychiater, klinisch psycholoog, klinisch neuropsycholoog, psychotherapeut, specialist ouderengeneeskunde, verslavingsarts, klinisch geriater, verpleegkundig specialist GGZ of een GZ-psycholoog. De eerste zeven zijn door de veldpartijen als hoofdbehandelaar in de gespecialiseerde GGZ aangewezen.

Inmiddels is deze visie ook in de regelgeving van de NZa verwerkt. De NZa-regels bepalen dat *“hoofdbehandelaars in de gespecialiseerde GGZ (...) BIG-geregistreerd [zijn] en (...) een GGZ-specifieke opleiding gevolgd [hebben] te weten: psychiater, klinisch psycholoog, klinisch neuropsycholoog, psychotherapeut, specialist ouderengeneeskunde, verslavingsarts in profielregister KNMG, klinisch geriater, verpleegkundig specialist GGZ en GZ-psycholoog”*. De genoemde beroepsbeoefenaars zijn bevoegd als hoofdbehandelaar op te treden en te beoordelen welke zorg een verzekerde nodig heeft.

Zorgverzekeraars die een groot deel van de door de Minister en de NZa aangewezen beroepsbeoefenaren uitsluiten, beperken naar ons oordeel de inhoud en de omvang van de zorg. Dit is in strijd met de Zorgverzekeringswet en de daarop gebaseerde regelgeving. Hetzelfde geldt voor de voorwaarden die gesteld worden ten aanzien van de mate van betrokkenheid van een hoofdbehandelaar bij een behandeling. De aard, inhoud en omvang van het verzekerde pakket kan enkel bij wettelijk voorschrift worden bepaald. Bepalingen in polisvoorwaarden die daar een beperking op aanbrengen zijn nietig.

Vooralsnog gaan zorgverzekeraars ervan uit dat zij volledig vrij zijn in het stellen van beperkingen aan de invulling van het hoofdbehandelaarschap in de GGZ. De steeds verdergaande beperkingen zullen uiteindelijk tot een onhoudbare situatie leiden. De

bedrijfsvoering van veel zorgaanbieders in de GGZ komt steeds vaker onder druk te staan door de – veelal onrealistische – eisen die gesteld worden aan het hoofdbehandelaarschap. Het is daarom wachten op de eerste procedures over dit onderwerp.

Koen Mous en Lieske de Jongh

Koen Mous

Telefoon: +31 (0)24 381 31 53

E-mailadres: mous@dirkzwager.nl

Jeugdwetperikelen: een gecertificeerde instelling mag geen beslissingen namens het college nemen

Tot 1 januari 2015 bestonden verschillende wetten en verschillende bekostigingsregimes voor hulp en zorg aan jeugdigen. Geestelijke gezondheidszorg aan jeugdigen werd bijvoorbeeld bekostigd op grond van de Zorgverzekeringswet, zorg aan verstandelijk gehandicapte kinderen vaak op grond van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten en jeugdzorg op grond van de Wet op de jeugdzorg. De toegang tot de verschillende vormen van zorg werd ook op uiteenlopende wijze geregeld. Bovendien werden aan bijvoorbeeld de kwaliteit van zorgverlening verschillende eisen gesteld. Met de invoering van de Jeugdwet heeft de wetgever zowel de regels met betrekking tot de toegang tot 'jeugdhulp', de kwaliteitseisen die daaraan gesteld worden als de bekostiging daarvan gelijk willen trekken. De verantwoordelijkheid voor zowel de bekostiging als de regie bij de verlening van jeugdhulp is neergelegd bij de gemeenten en in meer in het bijzonder het college van burgemeester en wethouders (hierna: het college). De kernbepaling van de Jeugdwet, artikel 2.3, bepaalt dat het college een jeugdhulpvoorziening treft indien dit naar zijn oordeel noodzakelijk is.

De snelle invoering van de Jeugdwet gecombineerd met het feit dat gemeenten tot afgelopen 1 januari voor geen enkele vorm van jeugdhulp verantwoordelijk waren, maakt het voor gemeenten uiteraard lastig om over de noodzakelijke expertise te beschikken om te beoordelen óf jeugdigen zijn aangewezen op jeugdhulp en op welke vorm van jeugdhulp. Het hoeft dan ook niet te verbazen dat gemeenten in veel gevallen medewerkers van bijvoorbeeld jeugdhulpinstellingen of gecertificeerde instellingen (dit zijn de oude provinciale Bureaus Jeugdzorg) de inhoudelijke beoordeling laten verrichten, waarna de vaststelling van de aanspraak op jeugdhulp door het college plaatsvindt. De betreffende medewerkers maken bij deze constructie vaak onderdeel uit van een zogenaamd sociaal (wijk)team of jeugdhulpteam.

Een andere gebruikte constructie is dat het college deze medewerkers ook laat *beslissen* over de inzet van jeugdhulp, terwijl het college daarvoor verantwoordelijk blijft. De beslissingsbevoegdheid wordt in dit geval met andere woorden gemandateerd.

In een uitspraak van 16 februari 2015 oordeelt de meervoudige kamer van de rechtbank Gelderland over mandatering van de beslissingsbevoegdheid voor het verlenen van jeugdhulp en de bevoegdheid om een verzoek tot het verstrekken van een machtiging gesloten jeugdhulp door het college aan een gecertificeerde instelling (GI).

Casus

Op 5 februari 2015 heeft de GI Jeugdbescherming Gelderland een verzoek tot opnemning van een jeugdige in een gesloten accommodatie voor jeugdhulp ingediend bij de rechtbank Gelderland. In het verzoekschrift heeft de GI gesteld dat de gemeente (bedoeld zal zijn het college), die op grond van artikel 6.1.8 eerste lid Jeugdwet bevoegd is tot het indienen van dit verzoek, de bevoegdheid hiertoe aan de GI heeft gemandateerd. Dit houdt in dat de GI de bevoegdheid heeft gekregen om in naam van het college een besluit te nemen. Het besluit van de GI geldt als besluit van het college. De schriftelijke mandaatverlening was door de GI overgelegd bij het verzoekschrift. Daaruit bleek dat het college mandaat had verleend aan de GI om in de casus van de betreffende jeugdige onder andere een verleningsbeslissing af te geven en een verzoekschrift in te dienen.

Het mandateren van bevoegdheden is toegestaan, tenzij een wettelijk voorschrift anders bepaalt of de "*aard van de bevoegdheid zich hier tegen verzet*" (zie artikel 10:3 Algemene wet bestuursrecht). Dit is bijvoorbeeld het geval bij 'zware' bevoegdheden zoals de mogelijkheid disciplinaire straffen op te leggen. De Jeugdwet sluit mandatering op zichzelf niet uit. De rechtbank oordeelde in deze zaak echter wel dat de aard van de bevoegdheid om een beslissing te nemen tot het verlenen van jeugdhulp en de bevoegdheid een verzoek tot opnemning in een gesloten accommodatie zich verzetten tegen mandaatverlening aan (specifiek) een GI.

De rechtbank voert hiervoor aan dat artikel 6.1.8 tweede lid Jeugdwet bepaalt namelijk dat een GI, in afwijking van hetgeen het eerste lid bepaalt, dit verzoek tot opnemning kan indienen als de GI een kindbeschermingsmaatregel voor de betreffende jeugdige uitvoert. Overigens ligt ook de bevoegdheid te beslissen over de verlening van jeugdhulp aan jeugdigen aan wie kindbeschermingsmaatregel is opgelegd bij de GI (artikel 3.5 Jeugdwet). Omdat de wet in deze gevallen expliciet bepaalt dat de GI een verzoek kan indienen, is de rechtbank van oordeel dat mandatering van de bevoegdheid aan GI om het verzoek in te dienen in andere gevallen niet is toegestaan. Mandatering is in dat geval in strijd met de aard van de bevoegdheid. Daarnaast merkt de rechtbank op dat artikel 3.2 tweede lid Jeugdwet expliciet bepaalt dat een GI *geen jeugdhulp* mag bieden om belangenverstrengeling te voorkomen.

Ook dit zou een reden zijn om aan te nemen dat de aard van de bevoegdheid zich verzet tegen mandaatverlening. Waarom dit uit dit verbod zou volgen is onduidelijk. De beslissing een verzoek tot opname van een jeugdige in een gesloten accommodatie op te nemen houdt namelijk niet in dat de GI hiermee jeugdhulp verleent. Daarnaast beschikt een GI, als gezegd, net als het college over de bevoegdheid dit type beslissingen voor jeugdigen voor wie een kindbeschermingsmaatregel geldt. Op zichzelf is het feit dat een GI hierover oordeelt dus geen aanleiding om belangenverstrengeling aan te nemen.

Ook het nemen van de verleningsbeslissing kan volgen de rechtbank niet gemandateerd worden, omdat artikel 2.11 Jeugdwet stelt dat het college de uitvoering van deze wet, met uitzondering van de vaststelling van rechten en plichten, niet door derden kan laten verrichten.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt inderdaad dat de formulering van artikel 2.11 Jeugdwet in navolging van artikel 2.6.4 Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo 2015) ten doel heeft mandaatverlening aan "*anderen dan bestuursorganen uit [te sluiten] wat betreft het vaststellen van rechten en plichten van de belanghebbenden.*" De bepalingen staat er volgens de toelichting op de Wmo 2015 echter niet aan in de weg dat mandaat aan ondergeschikten wordt verleend. Hoewel in deze casus aangevoerd kan worden dat een GI een bestuursorgaan is en daarmee wellicht niet als 'derde' in de zin van artikel 2.11 Jeugdwet geldt, is het standpunt dat de rechtbank in deze inneemt ook verdedigbaar. Overigens blijkt uit de onderbouwing van dit standpunt door de rechtbank dat de regiefunctie van gemeenten de doorslag heeft gegeven bij de vaststelling dat mandaatverlening in deze casus niet mogelijk was. Dit geldt zowel voor het oordeel over mandatering voor het nemen van verleningsbeslissing als bij het indienen van het verzoek een machtiging tot opname in een gesloten accommodatie. Ondanks deze mandaatgebreken geeft de rechtbank uiteindelijk wel een machtiging af. Het betreft echter niet een machtiging op basis van het verzoek van GI van 5 februari 2015, maar van een gewijzigd verzoekschrift van 11 februari 2015 van het college dat is ingediend nadat de kinderrechter de beslissing op het verzoek van de GI had aangehouden en de zaak had verwezen naar een zitting van de meervoudige kamer van de rechtbank.

Lieske De Jongh

Telefoon: +31 (0)24 381 31 28

E-mailadres: dejongh@dirkzwager.nl

CZ Zorgkantoor stelt (te) vergaande eisen aan de governance van zorginstellingen

Eind maart 2015 heeft CZ Zorgkantoor instellingen die zorg verlenen op grond van de Wlz geïnformeerd over de eisen die CZ – in het kader van de zorginkoop 2016 – stelt ten aanzien van de governance van zorginstellingen. De eisen die CZ stelt gaan veel verder dan de eisen die voortvloeien uit de Zorgbrede Governancecode 2010.

Aanleiding voor de brief van CZ is een beleidsbrief van de Minister van VWS d.d. 22 januari jl., waarin de Minister liet weten voornemens te zijn om – in goed overleg met de sector – tot 'uitbreiding' van de Zorgbrede Governancecode 2010 over te gaan. CZ heeft dit overleg kennelijk niet willen afwachten en is geheel zelfstandig overgegaan tot herdefiniëring van governance-voorschriften. In de brief schrijft CZ dat de door haar gestelde eisen voortvloeien uit de Zorgbrede Governancecode 2010. CZ noemt 13 voorschriften die uit deze code zouden voortvloeien en die volgens CZ statutair verankerd moeten worden. CZ stelt verder als voorwaarde dat effectief uitvoering wordt gegeven aan de voorschriften en dat zowel die verankering als die uitvoering voor CZ kenbaar moet zijn.

Opvallend is dat de nogal vergaande eisen van CZ geen directe grondslag vinden in de Zorgbrede Governancecode 2010 en als zodanig evenmin voortvloeien uit de beleidsbrief van de Minister. Opmerkelijk is bovendien dat CZ stelt dat het 'pas toe of leg uit'-beginsel, dat zo kenmerkend is voor de Zorgbrede Governancecode 2010, geheel of gedeeltelijk (de brief is op dit punt niet erg duidelijk) buiten toepassing stelt.

Zorginstellingen doen er verstandig aan goed nota te nemen van de eisen die CZ stelt bij de zorginkoop. Instellingen die niet voldoen aan de eisen van CZ lopen het risico uitgesloten te worden van de zorginkoopprocedures. Een pragmatische oplossing is dan om de statuten in overeenstemming te brengen met de door CZ gedicteerde voorschriften. Instellingen die principiële bezwaren hebben tegen het dictaat van CZ kunnen een stap naar de rechter overwegen. Het zou niet de eerste keer zijn dat een rechter tot de conclusie komt dat een voorschrift dat een zorgverzekeraar of zorgkantoor stelt bij de zorginkoop zodanig onredelijk is dat dit voorschrift niet gehandhaafd

kan worden. Wellicht dat dit ook geldt voor de eisen die CZ nu stelt. Of deze eisen de toets der kritiek kunnen doorstaan, is onzeker. In het verleden heeft de rechter weliswaar geoordeeld over concrete voorschriften die gesteld worden bij inkoopprocedures en die betrekking hebben op de naleving van de Zorgbrede Governancecode 2010, maar voorschriften als nu door CZ gesteld worden zijn nog niet eerder aan een redelijkheidstoets onderworpen.

De door de Minister aangekondigde aanscherping van governance-voorschriften is op zichzelf een goede zaak, zeker indien dit – zoals de Minister beoogt – in overleg met de brancheorganisaties en de zorginstellingen geschiedt. De handelwijze van CZ is echter prematuur. Bovendien zijn de eisen die CZ stelt erg formalistisch en gaan ze voorbij aan de inhoud. Verschillende eisen zijn ook erg vaag, hetgeen rechtsonzekerheid in de hand werkt. Het is daarom de vraag waarom CZ de uitkomst van het debat dat de Minister wil aangaan met de sector niet gewoon afwacht.

Koen Mous

Telefoon: +31 (0)24 381 31 53

E-mailadres: mous@dirkzwager.nl

Nut en noodzaak van MSB's: zijn MSB's overbodig?

In de afgelopen weken zijn berichten in de media (o.a. Financieel Dagblad en Zorgvisie) verschenen waarin gesteld wordt dat de vorming van 'medisch specialistische bedrijven' (MSB's) per 1 januari jl. overbodig was. Deze berichten hebben zelfs tot vragen geleid van CDA-Kamerlid Hanke Bruins Slot aan Minister Schippers van VWS. De antwoorden van de Minister laten zien dat medisch specialisten ook zonder de vorming van een MSB hun positie als fiscaal ondernemer hadden kunnen behouden. Daarmee is echter niet gezegd dat de oprichting van MSB's zonder nut of noodzaak was.

Achtergrond

In vrijwel alle ziekenhuizen zijn eind 2014 één of meerdere MSB's opgericht. Dit zijn zelfstandige bedrijven waarin alle (of een groot aantal) van de in een ziekenhuis werkzame vrijgevestigde medisch specialisten zijn verenigd. De vorming van MSB's was het rechtstreekse gevolg van het vervallen van het zelfstandig declaratierecht van medisch specialisten. De NVZ en de Orde van Medisch Specialisten (inmiddels de Federatie van Medisch Specialisten) zijn er – op basis van informatie van VWS – vanuit gegaan dat het fiscaal ondernemerschap van de medisch specialist hierdoor zou komen te vervallen. Dit was reden voor de NVZ en de Orde om nieuwe organisatie-modellen voor te stellen, die zouden moeten leiden tot instandhouding van het fiscaal ondernemerschap. In een brief van 17 december 2013 hebben de NVZ en de Orde enkele concrete fiscaal transparante en niet-transparante modellen uitgewerkt.

De Staatssecretaris van Financiën heeft naar aanleiding daarvan per brief van 18 december 2013 bevestigd dat het fiscaal ondernemerschap in beginsel komt te vervallen doordat medisch specialisten vanaf 1 januari 2015 geen zelfstandig declaratierecht meer hebben. De Staatssecretaris liet zich in de brief niet uit over de door de NVZ en de Orde gepresenteerde modellen. Daarmee was niet alleen onduidelijk of de door de NVZ en de Orde gepresenteerde modellen voldeden, maar ook of deze modellen – bij uitsluiting – nodig waren om het fiscaal ondernemerschap veilig te stellen. De Staatssecretaris liet zich bijvoorbeeld niet uit over de vraag of, en zo ja hoe, medisch specialisten die gewoon deel bleven uitmaken van hun eigen maatschap (en dus géén onderdeel zouden gaan uitmaken van een groter MSB) hun fiscale positie zouden kunnen behouden.

Vreemd genoeg ging vrijwel iedereen er zondermeer van uit dat medisch specialisten die per 1 januari 2015 deel bleven uitmaken van de eigen maatschap hun positie als fiscaal ondernemer per definitie zouden kwijtraken. Om die reden hebben medisch specialisten massaal MSB's opgericht. Het is opmerkelijk dat pas nu aandacht bestaat voor de vraag of de vorming van deze MSB's wel nodig was. Al langer bestond namelijk de indruk dat medisch specialisten ook op andere wijze in fiscale zin ondernemer konden blijven.

Behoud van fiscaal ondernemerschap met of zonder MSB

Zoals opgemerkt, hebben de NVZ en de Orde enkele fiscaal transparante en niet-transparante modellen uitgewerkt. Het transparante model betrof een overkoepelende 'supermaatschap' waarbij alle bestaande (maatschappen van) medisch specialisten zich zouden aansluiten. Het verlies van het zelfstandig declaratierecht zou daarbij gecompenseerd moeten worden door het 'laden' van deze supermaatschap met allerlei ondernemersrisico's. Daarbij kan worden gedacht aan het investeren in bedrijfsmiddelen (apparatuur), het in dienst nemen van personeel of het anderszins lopen van financiële risico's. Volgens de NVZ en de Orde zou uit de overeenkomst die de supermaatschap sluit met het ziekenhuis moeten blijken dat deze maatschap voldoende 'substantie' heeft om de conclusie te rechtvaardigen dat sprake is van fiscaal ondernemerschap.

Indien een supermaatschap via het 'laden' van de onderneming met ondernemersrisico's het fiscaal ondernemerschap kan veilig stellen, geldt dat – als vanzelfsprekend – óók voor een maatschap met een beperktere omvang. Medisch specialisten die gewoon in regulier maatschapsverband bleven samenwerken konden met andere woorden evenzeer in fiscale zin ondernemer blijven door het verlies van het zelfstandig declaratierecht te compenseren door anderszins ondernemersrisico's te (gaan) lopen. Uiteraard dienen deze risico's – conform bestaande jurisprudentie – wel reële en substantiële betekenis te hebben. Of en in hoeverre het verlies van het zelfstandig declaratierecht in een individueel geval daadwerkelijk gecompenseerd moet worden, hangt uiteraard af van de maatschap in kwestie. Zeer waarschijnlijk waren er ook vóór 1 januari 2015 al maatschappen die met relatief veel gemak voldeden aan de criteria die in de jurisprudentie waren neergelegd ten aanzien van het fiscaal ondernemerschap.

Overigens kan het fiscaal ondernemerschap van de vrijgevestigd medisch specialist óók voortvloeien uit artikel 3.5 Wet IB. Dit artikel bepaalt dat het zelfstandig uitgeoefend bedrijf als onderneming heeft te gelden en de beoefenaar van een zelfstandig beroep als ondernemer. Bij de beoordeling van de vraag of een medisch specialist

heeft te gelden als beoefenaar van een zelfstandig beroep is onder andere relevant of de medisch specialist de werkzaamheden zelfstandig en voor eigen rekening verricht en daarbij ondernemersrisico's loopt. Ook bij een beroep op dit artikel zal met andere woorden relevant zijn in hoeverre de medisch specialist daadwerkelijk ondernemersrisico's loopt.

Veel medisch specialisten zullen eind 2014 de indruk hebben gehad dat er een verplichting bestond om onderdeel te gaan uitmaken van een MSB. Dit is niet juist. Ongeacht de aard van de samenwerking die medisch specialisten met elkaar aangaan, kan voldaan worden aan de criteria van fiscaal ondernemerschap. Het is opmerkelijk dat dit signaal pas nu, na de oprichting van talloze MSB's, publiekelijk doorkomt, terwijl daar ook in 2014 al aandacht voor gevraagd is.

Nut en noodzaak

Daarmee is echter niet gezegd dat de oprichting van MSB's geen enkel doel diende. Voor het merendeel van de maatschappen betekende het verlies van het zelfstandig declaratierecht wel degelijk dat compenserende maatregelen nodig waren om het fiscaal ondernemerschap te behouden. Het geven van voldoende substantie aan het ondernemerschap is voor individuele maatschappen en medisch specialisten vaak lastiger dan voor een MSB. De vorming van MSB's betekende met andere woorden dat het fiscaal ondernemerschap bereikbaar bleef voor een grote groep medisch specialisten. Uiteraard heeft de MSB-vorming ook anderszins positieve aspecten. De MSB-vorming stimuleert ondernemerschap en risico- en kostenbeheersing. Bovendien kan MSB-vorming leiden tot een verregaande gelijkshakeling van belangen van de voorheen in afzonderlijke maatschappen verenigde medisch specialisten. Dat dit laatste op dit moment niet (overal) de verf komt, is een realiteit. De vraag is echter of de oplossing hiervoor gezocht moet worden in ontmanteling van de bestaande MSB's. Een verbetering van de interne organisatie van MSB's lijkt een meer voor de hand liggende oplossing. MSB's zijn jonge ondernemingen die een leerproces zullen moeten doormaken. De interne organisatie moet geprofessionaliseerd worden. MSB's moeten bovendien (meer) vanuit één financieel en zorginhoudelijk belang gaan opereren. Ook in de relatie met het ziekenhuis kan nog een heleboel verbeterd worden. Er zal een proces van integratie van de MSB's met de ziekenhuisorganisatie in gang gezet moeten worden. MSB's worden nu nog te vaak gezien als opzichzelfstaande vehikels 'die er nu eenmaal moeten zijn', maar te weinig bijdragen aan de goede gang van zaken in het ziekenhuis. Daar zal spoedig verandering in moeten komen. Indien dit niet (snel) gebeurt, zal de roep om terugkeer naar de oude maatschapstructuur alleen maar luider worden. Dat deze terugkeer gevolgen kan hebben voor de fiscale positie

van (in ieder geval) een deel van de medisch specialisten, is een feit. Bovendien zou een dergelijke ontwikkeling betekenen dat kansen die de MSB-vorming biedt onbenut blijven.

Conclusie

De MSB-vorming heeft plaatsgevonden vanuit de veronderstelling dat deze noodzakelijk was. Met de constatering dat die veronderstelling niet juist was, is niet gezegd dat de vorming van MSB's 'dus' nutteloos en zelfs zinloos was. De MSB-vorming biedt kansen, maar die kansen moeten wel benut worden. Dit is enkel mogelijk door de MSB's door te ontwikkelen tot intern goed georganiseerde ondernemingen, die een daadwerkelijke én zichtbare bijdrage leveren aan de ziekenhuisorganisatie.

Koen Mous

Telefoon: +31 (0)24 381 31 53

E-mailadres: mous@dirkzwager.nl

Menzis moet cessie toestaan; cessieverbod is onrechtmatig

De voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland heeft bij uitspraak d.d. 28 augustus 2015 (ECLI:NL:RBGEL:2015:5489) geoordeeld dat Menzis onrechtmatig handelt door met ingang van 1 januari 2015 een cessieverbod te hanteren in haar polisvoorwaarden.

Achtergrond

Sinds 1 januari 2015 hanteert Menzis een cessieverbod in haar polisvoorwaarden. Op basis van dit verbod is het verzekerden niet toegestaan om hun vordering op Menzis (die strekt tot vergoeding van zorg) over te dragen aan – bijvoorbeeld – de zorgaanbieder die de zorg levert. Indien een patiënt zijn vordering toch overdraagt, weigert Menzis om de zorgkosten rechtstreeks aan de zorgaanbieder (waarmee geen contract is gesloten) te betalen. Dit heeft tot gevolg dat deze zorgaanbieder een factuur moet sturen aan de verzekerde, dat de verzekerde zich tot zijn zorgverzekeraar moet wenden om de zorg vergoed te krijgen en dat de verzekerde vervolgens de factuur van de zorgaanbieder moet betalen.

Als gevolg van het cessieverbod zou iedere (ex)-patiënt, waaronder patiënten met een verslaving, een groot geldbedrag op zijn rekening gestort krijgen. Juist vanwege de vaak nog bestaande financiële problematiek is de kans reëel dat het geld niet direct gebruikt wordt of gebruikt kan worden om de factuur van de zorgaanbieder te vergoeden. Niet omdat de patiënt er bewust voor kiest om de factuur niet te vergoeden, maar omdat zijn beperkte belastbaarheid tot gevolg heeft dat zelfs het doen van een eenvoudige betaling op problemen stuit. In gevallen waarin sprake is van schuldsanering of andere schuldeisers die beslag hebben gelegd, is (directe) aanwending van het bedrag voor betaling van de factuur van de zorgaanbieder zelfs onmogelijk. Dit kan er niet alleen toe leiden dat de zorgaanbieder geen vergoeding voor de uitgevoerde behandeling ontvangt, maar heeft ook als belangrijk risico dat de (ex)-patiënt terugvalt in het patroon waarvoor hij net behandeld is en hij er weer een schuld en een schuldeiser bij heeft. Hierbij hebben noch de verzekerde noch de zorgaanbieder noch de zorgverzekeraar belang. Het is in het belang van alle partijen om ervoor te zorgen dat het geld bij de zorgaanbieder terechtkomt en om ervoor te zorgen dat de verzekerde na de behandeling niet opnieuw behandeld hoeft te worden.

Om dit te voorkomen maken veel zorgaanbieders gebruik van een 'akte van cessie', een akte waarin de patiënt zijn vordering op zijn zorgverzekeraar overdraagt aan de zorgaanbieder, die de declaratie vervolgens rechtstreeks kan indienen bij de zorgverzekeraar. Cessie heeft als belangrijk voordeel dat de patiënt ná zijn behandeling in ieder geval niet belast wordt met de financiële afwikkeling ervan. Hij hoeft de zorgkosten niet bij zijn zorgverzekeraar te declareren en hij hoeft zich zelf niet druk te maken over betaling van de factuur van de zorgaanbieder, handelingen die voor gezonde mensen vaak al complex zijn en die voor mensen met een lage stressbestendigheid of lage belastbaarheid bijna onuitvoerbaar zijn. De patiënt kan zich door de cessie concentreren op zijn verdere herstel.

Het door Menzis geïntroduceerde cessieverbod leek een einde te maken aan deze praktijk. Menzis meende dat het om allerlei redenen van belang was dat het geld wél op de rekening van de patiënt zou worden overgemaakt. Het belangrijkste argument van Menzis was dat het administratief belastend was om het geld aan de zorgaanbieder over te maken. Zo zou onder andere het handmatig aanpassen van het rekeningnummer tijd – en daarmee geld – kosten. GGZ Momentum meende dat het cessieverbod van Menzis geen enkel redelijk doel dient en – vanwege de zwaarwegende belangen van patiënten en zorgaanbieders – zelfs onrechtmatig was. Om die reden vroeg zij in kort geding een verbod om jegens haar en haar patiënten een beroep te doen op het cessieverbod.

Uitspraak rechter

De rechter overweegt in zijn uitspraak van 28 augustus 2015 dat het cessieverbod substantieel nadeel toebrengt aan de belangen van patiënt en zorgaanbieder. Volgens de rechter weegt het door Menzis gestelde belang, dat volgens de rechter onvoldoende werd onderbouwd, niet op tegen de zwaarwegende belangen van patiënten en zorgaanbieders. De rechter meent dat Menzis de afwikkeling van de declaraties nodeloos bemoeilijkt. Het handelen van Menzis is volgens de rechter onrechtmatig. De rechter verbiedt Menzis om jegens patiënten van GGZ Momentum een beroep te doen op het cessieverbod.

Betekenis

Hoewel de uitspraak ziet op de relatie tussen Menzis en GGZ Momentum, is de uitspraak ook relevant voor andere zorgaanbieders, die immers een beroep kunnen doen op de door de rechter geformuleerde rechtsregel. De uitspraak is óók relevant omdat er geluiden zijn dat ook andere zorgverzekeraars overwegen een cessieverbod te introduceren per 1 januari 2016. Het valt te hopen dat deze uitspraak tot een herbezinning leidt.

Zorgverzekeraars moeten zich bewust zijn van hun maatschappelijke positie en daarbij het belang van een goede zorgverlening centraal stellen. Dat is nu evident niet gebeurd. Niemand is erbij gebaat dat grote sommen geld op rekening van psychiatrische patiënten of verslaafden worden overgemaakt. Menzis had dat moeten inzien. Het is vreemd dat Menzis het op een procedure heeft laten aankomen. Het gebruik van een cessieverbod is simpelweg niet uit te leggen. De rechter heeft dat nu bevestigd.

Noot: de auteurs van dit stuk ([Koen Mous](#) en [Steef Verheijen](#)) stonden GGZ Momentum bij in de procedure die tot deze uitspraak heeft geleid.

Koen Mous

Telefoon: +31 (0)24 381 31 53

E-mailadres: mous@dirkzwager.nl

Intellectuele eigendom & IT

www.dirkzwagerIET.nl

Eerste kamer wil haast maken met meldplicht datalekken en boetebevoegdheid CBP

Onlangs heeft de Tweede Kamer de wet die een meldplicht datalekken en een boetebevoegdheid voor het CBP introduceert met algemene stemmen aangenomen. Gedurende de behandeling van de wet heeft de Tweede Kamer enkele wijzigingen op het oorspronkelijke voorstel aangebracht. De Eerste Kamer heeft vervolgens laten weten dat zij graag het wetsvoorstel nog voor de komende kamerwisseling zou willen behandelen (dus nog voor juni dit jaar). Het zou dus wel eens snel kunnen gaan met dit wetsvoorstel. Een goed moment om te kijken waar we nu staan.

Samenvatting wetsvoorstel

De wet die nu ter goedkeuring bij de Eerste Kamer ligt houdt, heel in het kort, het volgende in:

- veel inbreuken op beveiligingsmaatregelen zullen straks moeten worden gemeld bij het College Bescherming Persoonsgegevens ('hacks', datalekken, etc.);
- als de inbreuk waarschijnlijk privacygevolgen heeft voor de betrokken consument, moet ook de consument worden geïnformeerd, tenzij de gegevens die gehackt zijn al voldoende versleuteld waren;
- er moet bovendien een overzicht worden bijgehouden van alle inbreuken die zijn gemeld;
- in bewerkersovereenkomsten moeten voortaan ook afspraken worden gemaakt over de nakoming van alle verplichtingen rondom beveiligingsinbreuken;
- de bestaande boete op schending van de meldplicht of het exportverbod wordt verhoogd van 4.500 euro naar 20.250 euro;
- het College Bescherming Persoonsgegevens krijgt de bevoegdheid om op andere overtredingen van de wet een boete op te leggen tot maximaal 810.000 euro;
- die hogere boete mag echter alleen worden opgelegd nadat het College een bindende aanwijzing aan de overtreder heeft gegeven, tenzij de overtreding opzettelijk is begaan of het gevolg is van ernstige verwijtbare nalatigheid;
- het College mag bovendien een boete van maximaal 810.000 euro of 10% van de omzet van rechtspersonen opleggen indien de bindende aanwijzing niet wordt nageleefd;

- het College moet voorafgaand aan het opstellen van beleidsregels over de uitoefening van boetes overleggen met het ministerie van Justitie en van BZK;
- het College Bescherming Persoonsgegevens mag samenwerkingsverbanden aangaan met andere toezichthouders en in dat kader informatie uitwisselen;
- het College Bescherming Persoonsgegevens wordt in plaats van de ACM de bevoegde toezichthouder bij inbreuken op de beveiliging bij telecomaانبieders.

Ik zal op enkele van deze punten hierna wat verder ingaan.

Meldplicht inbreuken

Op grond van het wetsvoorstel moet het CBP “onverwijld” in kennis worden gesteld “van een inbreuk op de beveiliging, bedoeld in artikel 13, die leidt tot de aanzienlijke kans op ernstige nadelige gevolgen dan wel ernstige nadelige gevolgen heeft voor de bescherming van persoonsgegevens”.

Er moet dus voldaan zijn aan in feite twee eisen: (1) een inbreuk op de beveiligingsmaatregelen die (2) voldoende ernstig is.

Eerste criterium: inbreuk op de beveiliging

De verwijzing naar artikel 13 Wbp doet denken dat als er geen voldoende passende beveiligingsmaatregelen zijn genomen, er ook geen sprake is van een meldplicht. Die kritiek is ook al wel eerder door diverse schrijvers geuit. De wetgever heeft die kritiek ter harte genomen, door in de nota naar aanleiding van het verslag in voetnoot 6 het volgende op te merken:

De verwijzing naar artikel 13 Wbp verwijst naar de algemene verplichting om persoonsgegevens op een passende manier te beveiligen. Voor de meldplicht datalekken is evenwel niet van belang of de beveiliging van de gelekke gegevens passend was, een inbreuk op de beveiliging met ernstige nadelige gevolgen voor de bescherming van de verwerkte persoonsgegevens volstaat.

De gedachte lijkt te zijn dat ieder IT-systeem toch wel enige beveiliging kent. Het doorbreken van die (minimale) beveiliging zou dan vervolgens voldoende zijn om aan het eerste criterium uit het wetsvoorstel te voldoen.

Toch is de vraag of deze redenering helemaal sluitend is. Het komt immers regelmatig voor dat gegevens open en bloot op het Internet worden geplaatst op een “geheime” URL die met educated guessing zo achterhaald is. Of wat te denken van een server die onbeveiligd aan het internet wordt gekoppeld. Het is maar de vraag of bij dergelijke handelingen wel sprake is van een inbreuk op de beveiligingsmaatregelen.

Dit soort juridisch-technische discussies zouden we niet hebben als de wetgever als bepalend criterium het *gevolg* in de wet had opgenomen (“gegevens liggen (mogelijk op straat”), in plaats van de *oorzaak* (“de beveiliging is (mogelijk) doorbroken”). Het is mij niet bekend waarom daarvoor niet gekozen is.

Tweede criterium: voldoende ernstige inbreuk

De inbreuk moet bovendien voldoende ernstige gevolgen hebben. De gedachte is dat voorkomen moet worden dat de verantwoordelijken veel meldingen moeten doen en het CBP veel meldingen moet verwerken. Het lastige is wel dat de wetgever aan de bedrijven en instellingen zelf overlaat om te beoordelen wat voldoende ernstig is:

Gelet op de diversiteit van de normadressaten van de Wbp (van een zzp'er tot een multinational) en de diversiteit van de door hen verwerkte persoonsgegevens past een meer risicogerichte benadering. Met de toevoeging van het criterium dat sprake moet zijn van «ernstige» nadelige gevolgen voor de bescherming van de verwerkte persoonsgegevens wordt een afbakening aangebracht tussen ernstige datalekken waarvan de toezichthouder (onverwijld) op de hoogte moet worden gebracht en gevallen waarin dat niet noodzakelijk is. Hierbij zijn aard en omvang van de inbreuk en de aard van de gelekke persoonsgegevens doorslaggevend. De verantwoordelijke zal een dergelijke beoordeling voor de door hem verwerkte persoonsgegevens zelf moeten maken.

Het Cbp zal deze afweging door de verantwoordelijke door middel van richtsnoeren (beleidsregels) kunnen ondersteunen. In de beleidsregels kan een verdere uitwerking en invulling worden gegeven aan datalekken die zodanig ernstig zijn dat zij aan Cbp gemeld moeten worden en incidenten waarbij dat niet het geval is.

Zolang die onduidelijkheid bestaat, zullen bedrijven en instellingen die zich geconfronteerd zien met een inbreuk dat vermoedelijk – al was het maar zekerheidshalve (mede vanwege de forse boete) – gaan melden bij het CBP.

Dat effect zal vermoedelijk dankzij het amendement Schouw nog groter worden. Sinds deze wijziging moeten ook inbreuken worden gemeld die een *aanzienlijke kans* op ernstige nadelige gevolgen hebben voor de bescherming van persoonsgegevens. In de toelichting is het volgende te lezen:

Indieners zijn van mening dat de meldplicht alleen een belangrijke toevoeging aan de bescherming van persoonsgegevens biedt indien datalekken niet slechts worden gemeld in die gevallen waarbij reeds sprake is geweest van ernstige nadelige gevolgen. De toezichthouder, het College bescherming persoonsgegevens, moet ook

kunnen optreden indien de aanzienlijke kans bestaat op ernstige nadelige gevolgen voor de bescherming van persoonsgegevens.

Het is de vraag wat dit criterium precies inhoudt. Moet nu bijvoorbeeld ook een melding worden gedaan als gegevens zijn buitgemaakt die op een zwakke wijze versleuteld zijn? Of waarbij een niet al te sterk wachtwoord is gebruikt? Of over een hele andere boeg: moet straks gemeld worden als ontdekt wordt dat gebruikte beveiligingspasjes te kopiëren zijn, omdat dit wel eens zou kunnen impliceren dat vreemden het gebouw binnen zijn geweest en aldus persoonsgegevens hebben buitgemaakt? Of moet gemeld worden dat een systeembeheerder zijn wachtwoord op een post-it heeft staan onderaan zijn beeldscherm, in de gedachte dat misbruik van dit wachtwoord (en daarmee van verwerkte persoonsgegevens) wel erg op de loer ligt? Ook hier is de vraag waar de grens ligt.

Het CBP zou dus wel eens overstelpt kunnen gaan worden met meldingen. Daar gaat voor het CBP natuurlijk weer een prikkel vanuit om te komen met duidelijk beleid. Ik ben erg benieuwd of dergelijk beleid er zal zijn voordat de wetgeving van kracht is (en hoe het er uit zal gaan zien).

Altijd melden aan CBP, soms aan betrokkene

De wet verplicht om inbreuken die aan deze criteria voldoen altijd te melden aan het College.

Dat moet onverwijld gebeuren, dus zonder uitstel c.q. zo snel mogelijk. Bedrijven en instellingen doen er dus verstandig aan alvast te gaan werken aan draaiboeken e.d. hoe te handelen bij een datalok. Anders wordt deze termijn mogelijk niet gehaald. Er moet bovendien een melding worden gedaan aan de betrokkene (de consument) indien "de inbreuk waarschijnlijk ongunstige gevolgen zal hebben voor diens persoonlijke levenssfeer". In de toelichtende documenten valt hierover het volgende te lezen:

Het gaat bij dit criterium om een beoordeling van de «waarschijnlijke» gevolgen van onrechtmatige verwerking en misbruik van de geleeke persoonsgegevens voor de persoonlijke levenssfeer van betrokken personen. Hier valt met name te denken aan vormen van fraude (financiële fraude, identiteitsfraude) en aantasting van goede naam en reputatie. Het Cbp kan hier door middel van beleidsregels (bijvoorbeeld aan de hand van voorbeelden) nadere duiding aan geven.

Ook hier is het afwachten met welke beleidsregels het CBP komt. Overigens zal het ook, los van die beleidsregels en dit hele wetsvoorstel, onder omstandigheden in het

kader van het schadebeperkend handelen (c.q. eigen schuld van de betrokkene) verstandig zijn de betrokkene te informeren.

De betrokkene hoeft (op grond van lid 6) niet te worden geïnformeerd als de betreffende persoonsgegevens "onbegrijpelijk of ontoegankelijk zijn voor eenieder die geen recht heeft op kennisname van de gegevens", dus als ze voldoende goed versleuteld zijn. Ook hier is de vraag welke versleuteling volstaat. Bovendien is de (juridisch-technische) vraag of de Wet bescherming persoonsgegevens überhaupt van toepassing is op het uitlekken van adequaat versleutelde gegevens, nu die gegevens mogelijk niet (langer) als persoonsgegevens kwalificeren. Ook die vragen zullen zich ongetwijfeld in de praktijk nader uitkristalliseren.

Introductie forse maximale boete

Verder introduceert het wetsvoorstel een maximale boete van (maar liefst) 810.000 euro (of iets preciezer, want de wet noemt geen bedrag: de zesde categorie van artikel 23 Sr).

Deze maximale boete komt te staan op overtreding van zo ongeveer de gehele Wbp. Opvallende afwezige in de opsomming van artikelen waarop de boete komt te staan is artikel 14 Wbp. Het niet sluiten van een bewerkersovereenkomst is dus straks niet beboetbaar (wel kan een last onder dwangsom worden opgelegd). Verder staat een boete op het niet verlenen van medewerking aan een onderzoek door het CBP (artikel 5:20 Awb).

Die boete kan direct worden opgelegd wanneer de overtreding opzettelijk is gepleegd of het gevolg is van ernstige verwijtbare nalatigheid. In de toelichting op dit amendement valt te lezen dat hiermee bedoeld wordt op "grof, aanzienlijk onzorgvuldig, onachtzaam dan wel onoordeelkundig handelen". In alle andere gevallen moet het College eerst een zogenaamde "bindende aanwijzing" hebben gegeven.

Hetzelfde amendement heeft ook een afzonderlijke boete geïntroduceerd voor het niet-naleven van de bindende aanwijzing. Die constructie heeft toch wat weg van een dubbele boete voor wat materieel dezelfde overtreding is. De bindende aanwijzing van het College zal immers in de praktijk zien op het opheffen van de overtreding van de wet. Het niet opvolgen van die aanwijzing zou onder de nieuwe wet een boete kunnen opleveren omdat (1) de wet nog steeds overtreden wordt en (2) de bindende aanwijzing niet wordt opgevolgd (omdat de wet nog steeds wordt overtreden). De praktijk zal leren of de soep zo heet wordt gegeten.

Bovendien vraag ik me nog steeds af wat de bindende aanwijzing nu precies toevoegt op de al bestaande mogelijkheid voor het CBP om een last onder dwangsom op te leggen.

Meer armslag voor het CBP

In een eerdere versie van het wetsvoorstel was opgenomen dat het CBP beleidsregels omtrent het gebruik van boetes diende vast te stellen en dat deze beleidsregels ter goedkeuring aan het ministerie voorgelegd dienden te worden. Dit is bij amendement komen te vervallen. In plaats hiervan is nu nog slechts opgenomen dat het CBP met het ministerie dient te overleggen over dergelijke beleidsregels. Dit geeft het CBP aldus veel meer armslag.

Ten slotte

Tot zover enkele gedachten over het wetsvoorstel zoals het nu bij de Eerste Kamer ligt. De Tweede Kamer heeft veel meer armslag gegeven aan het CBP dan in het oorspronkelijke voorstel was vervat. Niettemin roept ook de huidige tekst nog diverse vragen op. Behoudens een novelle moeten we het echter vermoedelijk met deze wettekst straks doen. De wetgever zou er m.i. goed aan doen de wet niet eerder in werking te laten treden dan nadat de nodige verduidelijkende beleidsregels en (zo nodig) aanvullende regelgeving is geïntroduceerd.

Mark Jansen

Telefoon: +31 (0)26 353 83 23

E-mailadres: m.jansen@dirkzwager.nl

Donders benadeeld; merkregistratie Roy Donders te kwader trouw

Toen ene M. Janssen door het succes van de televisieserie van "Roy Donders: stylist van het Zuiden" de potentie zag in het registreren van het merk ROY DONDERS, had hij naar het oordeel van de rechtbank Zeeland-West-Brabant op grond van zijn professie, directeur van een marketingbureau (te weten JanssenConcepts) "*kunnen en dienen te onderzoeken of het merk al door Roy Donders werd gebruikt*". De rechtbank neemt in elk geval aan dat er op internet genoeg aanwijzingen waren dat het merk reeds werd gebruikt als dienstmerk.

JanssenConcepts had daarvan, als zij al geen wetenschap gehad zou hebben van het voorgebruik door eiser Donders, in elk geval behoren te weten. De rechtbank vervolgt:

De stelling dat er geen intentie was om Donders te benadelen, wordt gepasseerd. Indien JanssenConcepts de merken enkel zou hebben geregistreerd voor gebruik door [eiser] zelf in samenwerking met JanssenConcepts, zou JanssenConcepts de merken niet voor zichzelf in stand hebben gehouden toen bleek dat [eiser] geen interesse had in een samenwerking met JanssenConcepts. De stelling van JanssenConcepts dat [eiser] zelf geen interesse had in de merken ROY DONDERS is door Janssen c.s. niet feitelijk onderbouwd, zodat daaraan voorbij wordt gegaan. Uit de e-mail van de manager van [eiser] van 29 augustus 2014 blijkt slechts dat [eiser] geen interesse had in een samenwerking met Janssen. Dit wordt ondersteund door de vaststelling dat JanssenConcepts zelf het merk ROY DONDERS nog niet heeft gebruikt en dat er ook geen concrete plannen bestaan om het merk te gaan gebruiken. Janssen heeft daarentegen wel het merkdepot gebruikt om het gebruik door [eiser] van het merk ROY DONDERS te beletten door kort gezegd Jumbo te sommeren de verkoop van het juichpak met het merk ROY DONDERS te staken.

De conclusie van het vorenstaande is dat JanssenConcepts te kwader trouw handelde toen zij het merk ROY DONDERS deponeerde. Ook overigens is de rechtbank van oordeel dat JanssenConcepts onrechtmatig jegens Donders heeft gehandeld door de naam Roy Donders als merk te deponeren.

De doorhaling van de registratie te kwader trouw wordt bevolen. Janssen wordt bovendien veroordeeld tot schadevergoeding.

Les uit deze uitspraak is om voorzichtig te springen met het merk-gebruik en -registratie van namen van BN'ers.

Joost Becker

Telefoon: +31 (0)26 353 83 77

E-mailadres: becker@dirkzwager.nl

De grenzen van de nieuwe boetebevoegdheid van het College Bescherming Persoonsgegevens

Onlangs is de wet goedgekeurd op grond waarvan het College Bescherming Persoonsgegevens (forse) boetes kan opleggen op overtreding van veel artikelen uit de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). Deze boetebevoegdheid is echter niet onbegrensd. In dit artikel verken ik enkele beperkingen.

Inleiding

Tot op heden kon het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP) alleen een boete opleggen vanwege schending van de meldplicht. Voor het overige kon het CBP een last onder dwangsom of bestuursdwang opleggen. Die middelen gaf het CBP overigens al behoorlijke armslag. Boetes opleggen was verder echter niet mogelijk.

Nieuwe boetebevoegdheden

Dankzij de nieuwe wet komt daar binnenkort vrij radicaal verandering in:

- de boete op schending van de meldplicht vervalt;
- er komt een boete van de 4e categorie (=22.500) te staan op het niet aanwijzen van een NL-vertegenwoordiger door verantwoordelijke van buiten de EU;
- data-export naar een land dat door EU-besluit als onveilig is aangemerkt;
- er komt een boete van de 6e categorie (=810.000) of maximaal 10% van de jaaromzet te staan op schending van bijna alle beginselen uit de Wbp
- er komt een boete van de 6e categorie (=810.000) of maximaal 10% van de jaaromzet te staan op het niet-naleven van een door het CBP opgelegde bindende aanwijzing.

Waar vroeger (heel bewust) alleen op overtreding van een formaliteit in de Wbp (meldingsplicht) een boete stond, draait de wetgever nu dus 180 graden en stelt juist (forse) boetes op overtreding van de materiele normen.

Beperking 1: niet iedere overtreding van de Wbp is beboetbaar

De allereerste beperking is dat niet op overtreding van alle bepalingen een boete is gesteld. De volgende wetsbepalingen kunnen namelijk overtreden worden, zonder dat een boete kan volgen:

- het uitbesteden van de verwerking van persoonsgegevens zonder deugdelijke bewerkersovereenkomst (artikel 14 Wbp);
- het niet vooraf melden bij het CBP van een verwerking waarop voorafgaand onderzoek van toepassing is (artikel 32 Wbp);
- het niet deugdelijk vaststellen van de identiteit van een betrokkene bij uitoefening rechten en communiceren met wetelijk vertegenwoordigers indien betrokkene minderjarig is (artikel 37 Wbp).

Het is mij niet duidelijk waarom er voor gekozen is op overtreding van deze bepalingen van de Wbp – met in potentie vrij ernstige gevolgen – geen boete te stellen.

Beperking 2: vaak eerst bindende aanwijzing vereist

De tweede beperking voor de boete is dat deze alleen direct mag worden opgelegd in drie situaties:

- bij opzettelijk handelen (“willens en wetens”);
- bij voorwaardelijke opzet (“willens en wetens aanmerkelijke kans op intreden negatieve gevolgen aanvaarden (incl. behoren te weten)”);
- bij ernstig verwijtbare nalatigheid (“een situatie die het gevolg is van grof, aanzienlijk onzorgvuldig, onachtzaam dan wel onoordeelkundig handelen”).

In alle andere gevallen moet het CBP eerst een zogenaamde bindende aanwijzing opleggen (de “*last zonder dwangsom*”, naast de al bestaande “*last onder dwangsom*”). Praktisch gesproken geeft dat tijd de overtreding alsnog ongedaan te maken. De indeling in de hiervoor genoemde drie categorieën roept nog wel wat vragen op. Er is in de Kamer veel over gedebatteerd, maar er zijn maar weinig concrete voorbeelden genoemd. De paar voorbeelden die wel worden genoemd, zijn niet altijd even overtuigend en worden bovendien niet consequent gehanteerd. Zo is bijv. opvallend dat het heimelijk filmen op een Eerste Hulp (de VUmc-casus) zowel wordt genoemd als een sprekend voorbeeld van opzettelijk handelen (categorie 1), als van ernstig verwijtbaar nalatig handelen (categorie 3).

Verder heeft de staatssecretaris in een brief benadrukt dat de opzet niet gericht hoeft te zijn op overtreding van de Wet bescherming persoonsgegevens. Het enkele verweer “*ik wilde helemaal niet de Wbp overtreden*” is dus niet voldoende om onder een boete uit te komen. Op zichzelf lijkt me dat nog wel aanvaardbaar. Niettemin roept het wel allerlei nieuwe vragen op, juist omdat de Wbp bestaat uit allemaal open normen die nader geïnterpreteerd moeten worden. Van opzettelijk overtreden van de wet lijkt in zoverre alleen sprake te kunnen zijn bij die situaties waar (behoorlijk) evident is dat een beginsel uit de Wbp wordt overtreden. In de meer “grijze gevallen” dat er discussieruimte is of bepaalde gedraging een schending van een beginsel is, lijkt het me ook lastig volhouden dat de wet opzettelijk wordt overtreden.

Het is hier dus duidelijk wachten op beleidsregels van het College Bescherming Persoonsgegevens, om te zien hoe zij het de drie categorieën waar direct een boete mag worden opgelegd in de praktijk interpreteren en hoe ze, meer algemeen, met de nieuwe bevoegdheden zullen omgaan.

Beperking 3: Openbaar Ministerie heeft primaat (“una via” beginsel)

Een andere belangrijke beperking ligt gelegen in het zogenaamde “una via” beginsel. Dat wil zeggen dat voor dezelfde gedraging in beginsel maar één keer bestraffing volgt.

Dit komt terug in artikel 5:44 Awb, dat van toepassing is op boeteoplegging door het CBP. In dit artikel staat (samengevat) het volgende:

- het CBP legt geen boete op als de strafzaak al is begonnen of als er als een strafbeschikking door het OM is uitgevaardigd;
- het CBP moet met het OM overleggen als de overtreding van de Wbp tevens een misdrijf is;
- als de overtreding van de Wbp tevens een misdrijf is, mag het CBP alleen een boete opleggen als het OM afziet van vervolging of daarover niet binnen 13 weken iets aan het Cbp heeft laten horen.

Waarom is dit relevant? Welnu, de verklaring is eigenlijk heel simpel: een heleboel vormen van schending van de privacy zijn ook strafbaar gesteld als misdrijf. In die gevallen waar de WBP en het Wetboek van Strafrecht dezelfde gedraging verbieden, gaat in principe het Openbaar Ministerie voor.

Relevant is hierbij steeds of sprake is van "dezelfde gedraging", ook wel "hetzelfde feit" genoemd. De Hoge Raad heeft daarover enkele jaren terug het volgende geoordeeld (en dit is onlangs nog herhaald):

2.9.1 Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van "hetzelfde feit", dient de rechter in de situatie waarop art. 68 Sr ziet de in beide tenlasteleggingen omschreven verwijten, en in de situatie waarop art. 313 Sv ziet de in de tenlastelegging en de in de vordering tot wijziging van de tenlastelegging omschreven verwijten te vergelijken. Bij die toetsing dienen de volgende gegevens als relevante vergelijkingsfactoren te worden betrokken.

(A) De juridische aard van de feiten.

Indien de tenlastegelegde feiten niet onder dezelfde delictsomschrijving vallen, kan de mate van verschil tussen de strafbare feiten van belang zijn, in het bijzonder wat betreft (i) de rechtsgoederen ter bescherming waarvan de onderscheidene delictsomschrijvingen strekken, en

(ii) de strafmaxima die op de onderscheiden feiten zijn gesteld, in welke strafmaxima onder meer tot uitdrukking komt de aard van het verwijt en de kwalificatie als misdrijf dan wel overtredding.

(B) De gedraging van de verdachte. Indien de tenlasteleggingen respectievelijk de tenlastelegging en de vordering tot wijziging daarvan niet dezelfde gedraging beschrijven, kan de mate van verschil tussen de gedragingen van belang zijn, zowel wat betreft de aard en de kennelijke strekking van de gedragingen als wat betreft de tijd waarop, de plaats waar en de omstandigheden waaronder zij zijn verricht.

2.9.2. Opmerking verdient dat reeds uit de bewoordingen van het begrip "hetzelfde feit" voortvloeit dat de beantwoording van de vraag wat daaronder moet worden verstaan, mede wordt bepaald door de omstandigheden van het geval. Vuistregel is nochtans dat een aanzienlijk verschil in de juridische aard van de feiten en/of in de gedragingen tot de slotsom kan leiden dat geen sprake is van "hetzelfde feit" in de zin van art. 68 Sr.

Er zijn behoorlijk wat delicten die je ook als een onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens kunt kwalificeren. Ik heb een korte zoektocht door het Wetboek van Strafrecht ondernomen en kwam daarbij al het volgende tegen (zonder ook maar de pretentie te hebben volledig te zijn):

- Artikel 138ab lid 1 jo. Lid 2: hacken en vervolgens aftappen gegevens
- Artikel 139a: heimelijk afluisteren/aftappen gesprek dat in woning plaatsvindt
- Artikel 139b: heimelijk afluisteren/aftappen gesprek dat buiten plaatsvindt
- Artikel 139c: aftappen/opnemen gegevens
- Artikel 139d: aftapmiddel ter plaatse doen zijn
- Artikel 139e: beschikken over afgetapte gegevens
- Artikel 139f: maken van of beschikken over heimelijke camera-opnames
- Artikel 139g: openbaren heimelijke camera-opnames
- Artikel 161sexies lid 1: opzettelijk computer of netwerkapparatuur verstoren of beveiligingsmaatregelen opheffen
- Artikel 161sexies lid 2: verspreiden wachtwoorden
- Artikel 161 septies: door schuld verstoren of vernielen computer- en netwerkapparatuur of opheffen beveiliging
- Artikel 231b: opzettelijk misbruik persoonsgegevens ihkv identiteitsfraude
- Artikel 272: schending beroepsgeheim
- Artikel 273 lid 1 sub 2: verhandelen van door hack verkregen computergegevens
- Artikel 273d lid 1: opzettelijk kennismaken of bekendmaken van gegevens via telecomnetwerk verstuurd door medewerkers telecomaandbieders
- Artikel 317 lid 2: afpersing door dreiging computergegevens te vernietigen
- Artikel 318 lid 1 Sr: dreiging van ter beschikking stellen gegevens
- Artikel 350a: opzettelijk wissen/wijzigen/ontoegankelijk maken digitale gegevens
- Artikel 350b lid 1: door schuld wissen/wijzigen/ontoegankelijk maken digitale gegevens
- Artikel 350b lid 2: door schuld aanbieden/verspreiden gegevens bedoeld om schade aan te richten in computers
- Artikel 350c: opzettelijk computer of netwerkapparatuur verstoren of beveiligingsmaatregelen opheffen
- Artikel 350d: verspreiden wachtwoorden
- Artikel 441b Sr: heimelijk fotograferen in niet-openbare plaats

Van al deze delicten zou gezegd kunnen worden dat het (veelal) ook onrechtmatige verwerkingen van persoonsgegevens betreft. Enkele van deze delicten vallen met name op, omdat zowel de juridische aard van de feiten en gedragingen wel sterk op elkaar lijken:

Strafrecht	Wet bescherming persoonsgegevens
Artikel 161sexies lid 1: opzettelijk computer of netwerkapparatuur verstoren of beveiligingsmaatregelen opheffen	Ongedaan maken van beveiligingsmaatregelen ex. artikel 13 WBP
Artikel 161 septies: door schuld verstoren of vernielen computer- en netwerkapparatuur of opheffen beveiliging	Niet treffen van c.q. ongedaan maken van beveiligingsmaatregelen ex. artikel 13 WBP
Artikel 272: schending beroepsgeheim	Overtreding artikel 12 Wbp
Artikel 350b lid 1: door schuld wissen/wijzigen/ontoegankelijk maken digitale gegevens	Ontbreken passende beveiliging ex. artikel 13 Wbp
Artikel 350b lid 2: door schuld aanbieden/verspreiden gegevens bedoeld om schade aan te richten in computers	Ontbreken passende beveiliging ex. artikel 13 Wbp (immers, kennelijk kunnen virussen viral gaan)
Artikel 350c: opzettelijk computer of netwerkapparatuur verstoren of beveiligingsmaatregelen opheffen	Ongedaan maken van beveiligingsmaatregelen ex. artikel 13 WBP
Artikel 350d: verspreiden wachtwoorden	Ongedaan maken van beveiligingsmaatregelen ex. artikel 13 WBP (mits gedaan door interne medewerker)

Let wel, ik pretendeer zeker niet dat het hier per definitie over "hetzelfde feit" gaat. Ik verken alleen de grenzen van de bevoegdheden van het CBP. En daarbij valt de parallel tussen deze wetsartikelen me toch op.

In dit kader citeer ik graag een passage uit de wetsgeschiedenis van de nieuwe wet over voorwaardelijke opzet:

De CDA-fractie haalt een ander sprekend voorbeeld aan, ditmaal uit de Verenigde Staten. De winkelketen Target installeerde geavanceerde beveiligingssoftware om zijn netwerk te monitoren. Ondanks dat er alarmbellen afgingen, deed het bedrijf niets. Het resultaat was dat de gegevens van 40 miljoen creditcardhouders gestolen werden. In dat soort zaken moet je redelijkerwijs vermoeden dat het fout gaat als je niets doet. Dat lijkt mij logisch.

Stel dat in deze casus de gegevens niet waren gestolen, maar gewist. Dat doet dan toch wel sterk denken aan artikel 350b Sr (schuld hebben aan o.m. wijziging van digitaal opgeslagen gegevens). Deze schuldvariant van dit delict is overigens destijds heel bewust bij amendement door de Tweede Kamer geïntroduceerd (naast de opzetvariant die de regering introduceerde). Dit wetsartikel (schuld aan verlies van gegevens) zou bij allerlei beveiligingsincidenten dus in de toekomst nog wel eens een rol kunnen spelen.

Ook hier is het afwachten op beleidsregels van het CBP hoe zij hier mee om wenst te gaan. Mocht het CBP hier geen of onvoldoende rekening mee houden, dan is dit una via beginsel uiteraard waarschijnlijk één van de bewaargronden bij de eerste opgelegde boete.

Ten slotte

Er zitten dus wel enkele "mitsen en maren" aan de nieuwe boetebevoegdheid van het CBP. In dit artikel heb ik er alvast enkele behandeld. In de tussentijd is het wachten op de beleidsregels van het CBP. We houden u op de hoogte.

Ps. Op het moment van schrijven van dit artikel is de nieuwe wet al in het Staatsblad gepubliceerd. De wet is daarmee nog **niet** in werking getreden. Dat gebeurt middels een koninklijk besluit, dat nog moet verschijnen (zie in dat kader ook de wetstechnische informatie over artikel 34a Wbp).

Mark Jansen

Telefoon: +31 (0)26 353 83 23

E-mailadres: m.jansen@dirkzwager.nl

Wet Auteurscontractenrecht in werking per 1 juli 2015

Vandaag treedt de Wet auteurscontractenrecht in werking. De wet heeft als belangrijkste doel om makers van auteursrechtelijke werken beter te beschermen. De wijzigingen in het auteurscontractenrecht zien er met name op om hun positie ten opzichte van exploitanten te versterken op het gebied van het overeenkomstenrecht.

Hoofdpunten auteurscontractenrecht

De hoofdpunten uit de wet zijn:

- aanpassing van het schriftelijkheidsvereiste voor exclusieve licenties;
- makers krijgen een recht op een billijke vergoeding voor de verlening van exploitatierechten.
- makers hebben recht op een aanvullende billijke vergoeding als er een ernstige onevenredigheid bestaat tussen de ontvangen vergoeding en de opbrengsten van de exploitatie. Dit wordt ook wel de bestsellerbepaling genoemd;
- makers hebben het recht om een overeenkomst met een exploitant geheel of gedeeltelijk te ontbinden als het werk onvoldoende geëxploiteerd wordt. Deze bepaling wordt de non-usus bepaling genoemd;
- makers kunnen onduidelijke of onredelijk lange aanspraken op de exploitatie van toekomstige werken en andere onredelijke bezwarende bedingen vernietigen;
- de wet geldt ook voor (uitvoeringen van) uitvoerend kunstenaars.

Van de rechten genoemd in het nieuwe Hoofdstuk 1A van de Auteurswet (over de exploitatieovereenkomst) kan de maker geen afstand doen. Het gaat dus om dwingend recht dat niet door exploitanten "weggecontracteerd" kan worden. Bovendien wordt geregeld dat de nieuwe regels ook van toepassing zijn op contracten waarbij gekozen is voor buitenlands recht, mits de exploitatiehandelingen geheel of in overwegende mate in Nederland plaatsvinden of dienen plaats te vinden.

Schriftelijke overdracht en exclusieve licentie

Hoofdstuk 1A is van toepassing op overeenkomsten die als hoofddoel hebben het verlenen van exploitatiebevoegdheden. De voorwaarden voor verlening van een exclusieve licentie wordt gelijkgetrokken met de voorwaarden voor overdracht van het auteursrecht. Dat betekent dat zowel voor de overdracht als voor de exclusieve

licentieverlening een akte (een schriftelijke overeenkomst met handtekeningen) vereist is. Voor zowel overdracht als het verstrekken van een exclusieve licentie gaat dus de eis van een akte gelden. Dat is momenteel bij het naburig recht al het geval. (Maar volgens het naburige recht moet momenteel ook een niet-exclusieve licentie schriftelijk worden gesloten. Die eis gaat verdwijnen.) Het aktevereiste gold tot op heden niet voor exclusieve auteursrechtelijke licenties.

Het nieuwe Hoofdstuk 1A van de Auteurswet, het hoofdstuk waarin bovenstaande over exploitatieovereenkomsten is geregeld, geldt slechts voor natuurlijke personen. Deze regels gelden dus niet voor de "fictieve makers" van artikel 7 en 8 Aw. De werkgever of de rechtspersoon die als maker van een werk moet worden aangemerkt kan dus geen gebruik maken van de regels omtrent de exploitatieovereenkomst.

Billijke vergoeding

De maker heeft volgende de nieuwe wet recht op een billijke vergoeding voor het verlenen van exploitatiebevoegdheden. De billijke vergoeding kan worden vastgesteld door de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap. Er kunnen hierover nadere regels worden gesteld in verband met de vaststelling van de billijke vergoeding.

Nieuwe exploitatiemogelijkheden

Nieuwe onvoorziene, exploitatiemogelijkheden konden in het verleden nogal wat moeilijkheden opleveren bij de uitleg van overeenkomsten, bijvoorbeeld voor de vraag of de royaltybepalingen uit het oude contract op zo'n nieuwe exploitatiemogelijkheid ook van toepassing is. De nieuwe wet bepaalt dat de maker die bevoegdheden heeft verleend ten aanzien van ten tijde van het sluiten van de overeenkomst nog onbekende exploitaties, recht heeft op een aanvullende billijke vergoeding, ook als de exploitatiebevoegdheid inmiddels is overgedragen aan een derde. In dat geval dient de derde de aanvullende vergoeding te voldoen.

Bestseller clause

Indien de maker volgens het contract een vergoeding ontvangt die gelet op de wederzijdse prestaties een ernstig onevenredig is in verhouding tot de opbrengst van de exploitatie van het werk, kan de rechter worden gevraagd met terugwerkende kracht de overeenkomst aan te passen.

Non usus

Ontbinding van een schriftelijk contract was tot op heden mogelijk op basis van de algemene ontbindingsmogelijkheid uit het Burgerlijk Wetboek. Uit onderzoek is echter

gebleken dat het gewone overeenkomstenrecht te algemeen is om partijen bij de uitleg van exploitatiecontracten houvast te bieden. Daarom is er een nieuwe ontbindingsmogelijkheid in de wet gekomen: in geval een exploitant een werk niet binnen een redelijke termijn na het sluiten van de overeenkomst in voldoende mate exploiteert, of als niet langer in voldoende mate wordt geëxploiteerd. Dit niet (voldoende) exploiteren mag niet aan de maker toe te rekenen zijn. Om ontbinding te voorkomen, moet een exploitant een zodanig zwaarwichtig belang hebben bij de instandhouding van de overeenkomst, dat het belang van de maker daarvoor naar redelijkheid en billijkheid zal moeten wijken. Het is de vraag hoe dat in de praktijk gaat uitwerken.

De wet regelt voorts dat de maker (tenzij nakoming blijvend onmogelijk is) de exploitant schriftelijk een redelijke termijn voor nakoming moet gunnen.

Indien het auteursrecht door de exploitant is overgedragen aan een derde partij, kan de maker zijn uit de ontbinding voortvloeiende rechten ook tegen deze derde geldend maken. Denk daarbij bijvoorbeeld aan een recht op teruglevering van het overgedragen auteursrecht. Werkt de exploitant of de derde daar niet aan mee? In dat geval kan de maker een procedure starten voor de rechter om om de vaststelling van een redelijk bedrag te verzoeken dat alsdan door de exploitant of de derde aan de maker moet worden voldaan, naast een eventuele schadevergoeding.

Vernietigbaarheid (royalty) bedingen

Een beding dat voor een onredelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn aanspraak op de exploitatie van toekomstige werken van de maker inhoudt, is vernietigbaar. Onredelijk bezwarende bedingen in een contract zijn ook vernietigbaar. In de Memorie van Toelichting worden hier twee voorbeelden van gegeven. Zo is "een bepaling waarbij royalty's worden gebaseerd op brutobedragen waarop onbeperkt aftrekposten, zoals promotiekosten en dergelijke, in mindering kunnen worden gebracht, zodat netto niets aan de maker wordt uitgekeerd onredelijk bezwarend." Ook is de "bij platencontracten wel voorkomende verplichte aansluiting bij een bepaalde aan de exploitant gelieerde muziekuitgever" hoogstwaarschijnlijk onredelijk bezwarend. De bepalingen over vernietigbaarheid zijn alleen van toepassing op overeenkomsten waarbij de maker het auteursrecht geheel of gedeeltelijk overdraagt of op overeenkomst waarbij door de maker een exclusieve licentie wordt verleend.

Geschillen over exploitatie

Er komt voorts een wettelijke basis om een geschillencommissie in te stellen die geschillen tussen makers en exploitanten kan beslechten. De Minister van Veiligheid en Justitie zal een geschillencommissie instellen voor de beslechting van geschillen over

exploitatieovereenkomsten. Deze commissie zal onder andere uitspraken kunnen doen over de open normen (bijv. redelijke termijn, billijke vergoeding en onredelijk bezwarend) uit het wetsvoorstel. Wordt een geschil niet binnen drie maanden na de uitspraak alsnog voorgelegd aan de rechter, dan geldt de uitspraak als overeengekomen tussen partijen.

Overgangsrecht

Het huidige recht blijft van toepassing op contracten die zijn gesloten voordat de wet in werking is getreden. De ontbindingsbepalingen, de bevoegdheid om tussentijds op te zeggen en de mogelijkheid om bepalingen te laten vernietigen gaan echter ook gelden voor 'oude' contracten.

Overige regels

Daarnaast bevat de wet nog een aantal andere punten, waaronder een aanpassing van het filmrecht en dat makers van wetenschappelijke artikelen - waarvoor het onderzoek geheel of gedeeltelijk met Nederlandse publieke middelen is bekostigd - het recht krijgen om de manuscriptversie na verloop van een redelijke termijn via open access beschikbaar te stellen voor het publiek, mits de bron van de eerste openbaarmaking daarbij duidelijk wordt vermeld.

Wij houden u op de hoogte van de ontwikkelingen op het gebied van het auteurscontractenrecht.

Joost Becker

Telefoon: +31 (0)26 353 83 77

E-mailadres: becker@dirkzwager.nl

EU rechter blokkeert doorgifte persoonsgegevens naar VS via 'safe harbor' regeling

Het Europese Hof van Justitie (HvJEU) heeft in zijn arrest van 6 oktober 2015 (C-362/14) een baanbrekende uitspraak gedaan. Met zijn uitspraak blokkeert het vooralsnog de doorgifte van persoonsgegevens naar VS ondernemingen die de zgn 'Safe Harbor principes' hebben aanvaard. Veel online diensten maken daar thans gebruik van.

Ongeldigverklaring 'Safe Harbor beschikking' EU Commissie

Het Hof verklaart namelijk de 'Safe Harbor beschikking' van de EU Commissie (2000/520) ongeldig. De achtergrond van die beschikking is het volgende. Volgens de EU-privacy regels is doorgifte van persoonsgegevens van EU burgers naar landen buiten de EU niet toegestaan, tenzij in dat land voldoende gewaarborgd is dat een passend beschermingsniveau voor die persoonsgegevens wordt geboden. In bedoelde beschikking staat dat in geval van doorgifte van persoonsgegevens naar VS bedrijven die de 'Safe Harbor principes' hebben aanvaard er een passend beschermingsniveau voor die gegevens is, althans in de ogen van de EU Commissie. Door de ongeldigverklaring van de beschikking geldt dus dat doorgifte aan VS ondernemingen niet toegestaan is, tenzij op een andere manier de bescherming van privacy voldoende is gewaarborgd.

Klacht tegen doorgifte gegevens door Facebook Ierland naar Facebook USA

De aanleiding voor deze uitspraak is de volgende zaak. Maximilian Scherms, een Oostenrijker, heeft een klacht ingediend bij de Ierse privacy toezichthouder over de doorgifte van door hem op zijn facebook-account geplaatste persoonsgegevens door Facebook Ierland naar de servers van Facebook in de VS.

De klacht is gebaseerd op de onthullingen van Snowden over het opeisen bij VS bedrijven en het vervolgens ongebreideld doorzoeken van persoonsgegevens van EU burgers door de Amerikaanse veiligheidsdienst (NSA). Volgens Scherms blijkt daaruit dat de bescherming van zijn gegevens volgens EU-normen onvoldoende gewaarborgd is als deze gegevens worden doorgegeven aan een VS onderneming.

Der Ierse privacy toezichthouder wijst de klacht af met verwijzing naar de 'Safe Harbor beschikking' van de EU Commissie en dat Facebook de 'Safe Harbor principes' heeft aanvaard.

Schrems gaat hiertegen in beroep bij de Ierse High Court. Die stelt vervolgens prejudiciële vragen aan het HvJEU, met name in hoeverre de 'Safe Harbor beschikking' de bevoegdheden van de nationale privacy toezichthouders beperkt om zelf te onderzoeken of een derde land (de VS) een passend beschermingsniveau biedt voor daarheen doorgegeven persoonsgegevens van EU burgers.

Hoe komt het Hof tot de ongeldigverklaring?

In zijn antwoord neemt het Hof mee een beoordeling van de geldigheid van de 'Safe Harbor beschikking' van de EU Commissie. Zolang de beschikking niet ongeldig is verklaard zijn de toezichthouders immers daar aan gebonden. De ongeldigverklaring en de daaraan ten grondslag gelegde motivering leveren het baanbrekende karakter van de uitspraak op.

Zoals reeds gezegd stelt het EU privacy recht als eis dat bij doorgifte persoonsgegevens naar een land buiten de EU dat derde land een 'passend beschermingsniveau' voor die gegevens moet bieden. Ontbreekt dat dan is doorgifte naar dat land niet toegestaan.

Het Hof overweegt eerst dat de uitdrukking 'passend beschermingsniveau' van het EU privacy recht zo moet worden opgevat "dat die vereist dat het derde land, op grond van zijn nationale wetgeving of zijn internationale verbintenissen, een niveau van bescherming van de grondrechten en de fundamentele vrijheden biedt dat in grote lijnen overeenkomt met het niveau dat binnen de Unie wordt gewaarborgd op grond van richtlijn 95/46, gelezen in samenhang met het Handvest".

Het Hof benadrukt dat het dus moet gaan om een beschermingsniveau dat wordt geboden door de nationale rechtsorde van dat derde land waarheen de persoonsgegevens worden doorgegeven. Gekeken moet worden zowel naar de wetgeving als naar de praktijk van naleving van rechtsregels in dat land. Volgens het Hof moet dit niet eenmalig maar periodiek worden beoordeeld.

Vervolgens stelt het Hof vast dat de 'Safe Harbor beginselen' op basis van een systeem van zelf regulering alleen gelden voor de VS ondernemingen die deze beginselen aanvaarden, dus niet voor de overheidsinstanties van de VS.

Het Hof constateert dat de EU Commissie bij de vaststelling van de 'Safe Harbor beschikking' niet heeft onderzocht of de nationale wetgeving en de praktijk van naleving daarvan in de VS waarborgen voor een passend beschermingsniveau bieden. Bovendien staat er in de beschikking dat de 'Safe Harbor principes' moeten wijken voor verplichtingen van de VS ondernemingen op grond van wetgeving van de VS indien daar tegenstrijdigheden in bestaan. Hierdoor is het volgens het Hof dus mogelijk dat op grond van wetgeving in de VS of eisen van nationale veiligheid of algemeen belang de grondrechten van EU burgers inzake privacy worden aangetast in relatie tot hun persoonsgegevens die aan VS ondernemingen zijn doorgegeven.

Dat hiervan ook geen sprake is blijkt bovendien uit mededelingen van de EU Commissie waarin is vastgesteld "*dat de Amerikaanse autoriteiten zich toegang konden verschaffen tot de vanuit de lidstaten doorgegeven persoonsgegevens en deze konden verwerken op een wijze die met name onverenigbaar is met de doelstellingen waarvoor zij werden doorgegeven en verder ging dan strikt noodzakelijk was voor en evenredig was aan de bescherming van de nationale veiligheid. Ook heeft de Commissie vastgesteld dat er voor de betrokkenen geen administratieve of gerechtelijke beroepsmogelijkheden waren om toegang tot de hen betreffende gegevens te verkrijgen of om deze in voorkomend geval te doen rectificeren of wissen*".

Deze situatie in de VS is een aantasting van het grondrecht privacy voor EU burgers wier gegevens aan een VS onderneming zijn doorgegeven. Zodoende komt het Hof tot de conclusie dat de beschikking van de Commissie daarmee in strijd is en dus ongeldig moet worden verklaard.

Bevoegdheden nationale privacy toezichthouders

Ten aanzien van de bevoegdheden van de toezichthouders overweegt het Hof het volgende. In de 'Safe Harbor' beschikking van de Commissie staat dat de nationale toezichthouders van de EU lidstaten niet mogen toetsen of daarmee wel voldaan wordt aan het EU privacy recht en eventueel maatregelen te nemen om alsnog naleving af te dwingen. De Commissie heeft echter die bevoegdheid tot beperking van bevoegdheden van de toezichthouders niet, aldus het Hof. Dat is ook een reden om de beschikking van de Commissie ongeldig te verklaren.

Wat gaat er nu gebeuren?

De Ierse privacy toezichthouder zal nu alsnog moeten onderzoeken of de doorgifte van persoonsgegevens van EU Facebook abonnees naar de VS voldoende waarborgen biedt voor een passend niveau van bescherming van die persoonsgegevens aldaar.

Concludeert de toezichthouder op basis van dat onderzoek dat dit niet het geval is dan zal hij de doorgifte van die gegevens moeten opschorten. Gezien de analyse van de situatie in Amerika door het Hof valt te verwachten dat die opschorting er ook gaat komen.

Over de betekenis en de gevolgen van deze uitspraak is veel meer nog te zeggen. In nadere berichten op deze pagina zullen wij daar nog op ingaan.

Jaap Kronenberg

Telefoon: +31 (0)26 353 83 77

E-mailadres: kronenberg@dirkzwager.nl

Ondernemings- recht

www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl

Wanneer is een vaststellings- overeenkomst vernietigbaar op grond van misbruik van omstandigheden?

De vaststellingsovereenkomst is een overeenkomst, waarbij twee of meer partijen een bindende regeling treffen, soms ter voorkoming van een geschil, maar meestal om een bestaand geschil op te lossen. In dat geval wordt met de overeenkomst in feite een tussen partijen bereikte schikking geformaliseerd. Hoewel de overeenkomst naar zijn aard dus gericht is op het beëindigen van discussies, moest het Hof Amsterdam zich onlangs buigen over een zaak waarin een partij een vaststellingsovereenkomst wilde vernietigen, op grond van de stelling dat sprake zou zijn van misbruik van omstandigheden.

De feiten

S'Energy en Delta zijn de voormalige partners in een 'joint venture' die tot stand is gekomen doordat zij gezamenlijk de meerderheid van de aandelen hebben verworven in de vennootschap 'Sunergy'. Die vennootschap richtte zich op de ontwikkeling en het vermarkten van een innovatieve commerciële zonnecel.

De samenwerking heeft partijen niet gebracht wat zij ervan verwachtten en dat heeft geleid tot onoverbrugbare verschillen van inzicht ten aanzien van het te voeren beleid binnen Sunergy. Uiteindelijk besluiten partijen hun samenwerking te beëindigen, doordat S'Energy haar aandelen in Sunergy overdraagt aan Delta tegen de overeengekomen koopprijs van € 32 miljoen. Partijen leggen de tussen hen tot stand gekomen regeling neer in een vaststellingsovereenkomst. Deze overeenkomst bevat een algehele en finale kwijtingsclausule en verder is opgenomen dat partijen afstand doen van hun recht om de vaststellingsovereenkomst te vernietigen, te ontbinden of in een procedure ontbinding te vorderen.

S'Energy heeft ter uitvoering van de vaststellingsovereenkomst haar aandelen in Sunergy aan Delta geleverd en Delta heeft de overeengekomen koopprijs ad € 32 miljoen aan S'Energy betaald.

Vervolgens zijn twee rapporten van deskundigen verschenen, waaruit kan worden afgeleid dat ten tijde van de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst de aandelen een waarde vertegenwoordigden van circa € 800 miljoen.

Tegen deze achtergrond vordert S'Energy onder andere een verklaring voor recht dat Delta zich schuldig heeft gemaakt aan misbruik van omstandigheden en dat Delta op die grond aansprakelijk is voor de schade die S'Energy als gevolg daarvan lijdt. De rechtbank wijst de vorderingen van S'Energy af, nu partijen elkaar over en weer algehele kwijting hebben verleend. S'Energy legt de zaak vervolgens voor aan het Hof te Amsterdam.

Oordeel Hof

Het hof neemt bij de beoordeling van het geschil tot uitgangspunt dat partijen een vaststellingsovereenkomst hebben gesloten, waarmee zij elkaar over en weer finale kwijting hebben verleend en dat de bestuurder van S'Energy zich bewust was van de inhoud daarvan. Vervolgens komt het hof toe aan de beoordeling van het door S'Energy gestelde wilsgebrek, namelijk dat de overeenkomst tot stand is gekomen onder invloed van omstandigheden waarvan Delta misbruik heeft gemaakt.

Art. 3:44 lid 4 BW omschrijft misbruik van omstandigheden als volgt:

Misbruik van omstandigheden is aanwezig, wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid, bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het tot stand komen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden.

S'Energy heeft een opsomming gegeven van de volgende groepen van omstandigheden die voor haar beroep op het wilsgebrek relevant zouden zijn:

- *Drooglegging*: een samenstel van gedragingen en nalaten van Delta waarmee zij heeft bewerkstelligd dat S'Energy geen inkomsten uit Sunergy ontving en dat Sunergy aangewezen bleef op haar zittende aandeelhouders, van wie S'Energy niet in staat was voldoende te investeren (terwijl Delta dat niet of onvoldoende deed).
- *Afhankelijkheid*: het opgesloten houden van het vermogen van S'Energy in Sunergy, door het verkopen van haar aandelen aan derden praktisch onmogelijk te maken.
- *Drukmiddelen*: Delta kondigde aan Sunergy niet meer te zullen financieren en failliet te laten gaan, waardoor S'Energy ruim € 300 miljoen (de waarde van haar aandelen Sunergy) zou verliezen.

S'Energy stelt dat deze omstandigheden maken dat het sluiten van de vaststellingsovereenkomst en de daarin vervatte overname van de aandelen tegen een prijs van € 32 miljoen in casu misbruik van omstandigheden oplevert, nu S'Energy vanwege die omstandigheden niet anders kon dan akkoord gaan met die transactie.

Delta verweert zich met de stelling dat S'Energy zeer hooggespannen, volstrekt irreële verwachtingen had van Sunergy en dat zij probeerde daar derden/investeerders en ook Delta in mee te slepen, met naar verwachting desastreuze gevolgen; daaraan heeft Delta weerstand geboden. Delta is van mening dat haar niet te verwijten valt dat Delta uiteindelijk de vaststellingsovereenkomst met S'Energy heeft gesloten.

Het Hof merkt op dat voor een geslaagd beroep op misbruik van omstandigheden niet nodig is dat de omstandigheden in kwestie zijn ontstaan als gevolg van (laakbaar) handelen van Delta. Ook als de omstandigheden buiten haar toedoen bestonden en/of zijn ontstaan is het maken van misbruik daarvan mogelijk. De vraag of en in hoeverre de *drooglegging*, *afhankelijkheid* en *drukmiddelen* door Delta zijn veroorzaakt kan in dit kader onbesproken blijven. Delta erkent op zichzelf de feiten die S'Energy noemt. Haar verweer is louter gericht op de duiding daarvan. Het staat vast dat daardoor een patstelling was ontstaan, nu Sunergy geen winst maakte en een grote behoefte aan kapitaalinjecties had.

De vraag die dan voorligt is, aldus het Hof, of de gedragslijn van Delta, te weten het sluiten van deze vaststellingsovereenkomst met S'Energy, daarmee door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen.

Dat Delta op die uitkoop heeft aangestuurd en daarover hard heeft onderhandeld is, naar het oordeel van het hof, anders dan S'Energy stelt, op zichzelf niet in strijd met enige op Delta rustende rechtsplicht. Delta moest weliswaar rekening houden met de belangen van S'Energy, maar mocht ook haar eigen belangen in het oog houden. Die eigen belangen lieten een voortzetting van de bestaande toestand niet toe. Het aandringen op een vaststellingsovereenkomst ter beëindiging van de joint venture en het S'Energy op dat punt geen alternatief laten is op zich dan ook geen misbruik van omstandigheden. Dat geldt ook voor het in die vaststellingsovereenkomst opnemen van een algehele en finale kwijtingsclausule. Deze lag geheel in de lijn die met de vaststellingsovereenkomst werd beoogd, te weten het eens en voor al een eind maken aan de joint venture en wat daarmee samenhangt.

Maar...

volgens het hof zou tóch sprake kunnen zijn van misbruik van omstandigheden, als

blijkt dat de in de vaststellingsovereenkomst opgenomen prijs, ten opzichte van de waarde die het aandelenpakket van S'Energy in februari 2009 vertegenwoordigde, zoveel lager was *dat het verschil in redelijkheid zakelijk niet verklaarbaar of gerechtvaardigd is te achten*.

Het hof overweegt daartoe dat Delta wetenschap had dat S'Energy op dat moment geen reële alternatieven had, zodat het beroep op vernietiging van de kwijtingsclausule, die S'Energy in beginsel belet om daarover een procedure te voeren, dan slaagt. Het hof wil een deskundige benoemen om zich over de waarde van de aandelen per februari 2009 te laten voorlichten. Zodra het deskundigenrapport beschikbaar is, zal de zaak een vervolg krijgen.

Jeroen Naus

Telefoon: +31 (0)24 381 31 38

E-mailadres: naus@dirkzwager.nl

Update: minimumloonwetgeving

Eerder berichtten wij u al over de gevolgen van de Duitse minimumloonwetgeving voor buitenlandse werkgevers. Gezien de recente ontwikkelingen op het gebied van minimumloonwetgeving is het tijd voor een kleine update:

I) Wie valt er onder de minimumloonwetgeving?

a. Wist u dat ook de bemanning van schepen en vliegtuigen onder de minimumloonwetgeving kan vallen?

Schepen, die onder een Duitse vlag varen, vallen in beginsel onder de minimumloonwetgeving. Maar ook schepen onder de vlag van een ander land kunnen onder de minimumloonwetgeving vallen. Dit geldt zowel voor de binnenscheepvaart als ook voor schepen die voor de Duitse kust door Duitse wateren varen. Anders dan wat betreft de transitvrachtwagenchauffeurs is er nog geen uitzondering voor de bemanning van schepen gemaakt. Hetzelfde geldt voor de bemanning van vliegtuigen die op Duitse luchthavens landen of door de Duitse luchtruimte vliegen. De bondsminister voor arbeid en sociale aangelegenheid heeft herhaaldelijk benadrukt dat er geen uitzonderingen van een heel gebied beslaande minimumloon gemaakt moeten worden.

b. Wist u dat de werknemers van buitenlandse bedrijven, die slechts enkele dagen in Duitsland werkzaam zijn ook onder de minimumloonwetgeving vallen?

In beginsel geldt de minimumloonwetgeving voor iedereen die in Duitsland werkzaam is. Ook buitenlandse werkgevers die hun werknemers slechts voor een montage of enkele uren naar Duitsland sturen, moeten bepaalde regels in de minimumloonwetgeving nakomen. Dit geldt dus ook voor het uitlenen van werknemers, zoals bijvoorbeeld in het geval van detachering.

c. Wist u dat aannemers die in Duitsland onderaannemers inschakelen, borg staan voor de uitbetaling van onderaannemers aan hun personeel conform de minimumloonwetgeving?

Hoofdaannemers moeten erop toezien – en staan indien nodig garant – dat (buitenlandse) onderaannemers, werkzaam in Duitsland, de regels van de minimumloonwetgeving naleven. Gezien de behoorlijke boetes, die op kunnen lopen tot € 500.000,-, zal dit ook

invloed hebben op de keuze van onderaannemers bij aanbestedingen of grote bouwprojecten. Het is buitenlandse werkgevers dan ook aan te bevelen op de hoogte te zijn van de gevolgen van de nieuwe wetgeving en hierdoor in te kunnen spelen op de behoeftes van hun potentiële contractpartners

d. Wist u dat amateur-sporters niet onder de minimumloonwet vallen?

In een gesprek met de Duitse Voetbal Bond (DFB) en de Duitse Olympische Sport Bond (DOSB) bevestigde de bondsminister voor arbeid en sociale aangelegenheden, dat de minimumloonwetgeving niet op amateur- sporters van toepassing is. Een groot aantal sportverenigingen in Duitsland betaalt hun amateur- sporters een kleine maandelijke vergoeding van enkele honderd euro's. Bij de invoering van de minimumloonwetgeving ontstond verwarring maar ook onrust of ook zij het minimumloon van € 8,50 per uur verschuldigd zijn.

II) Bent u op de hoogte van de gevolgen die de minimumloonwetgeving voor uw bedrijf kan hebben?

a. Weet u welke toeslagen en betalingen met het minimumloon verrekend mogen worden en welke boven op de minimumloon vergoed moeten worden?

Het minimumloon bedraagt € 8,50 per uur. Anders dan in Nederland bestaat er geen glijdende schaal ten opzichte van de leeftijd van werknemers. Toeslagen voor nachtwerk of voor gevarensituaties mogen niet met het bedrag van € 8,50 verrekend worden, maar moeten boven op dit bedrag vergoed worden. Ook fooi mag niet verrekend worden maar moet steeds boven op het minimumloon uitbetaald worden. Het ter beschikking stellen van werkkleding maakt eveneens geen deel uit van het loon en kan dus niet worden verrekend. Moeilijker ligt het wat betreft eenmalige betalingen zoals bijvoorbeeld een dertiende maand of een (variabele) bonus. Hierbij moet worden gekeken of de betaling als tegenprestatie voor het verrichte werk wordt gedaan of als beloning voor loyaliteit jegens de werkgever (bonus). Werkgevers die vrijwillige betalingen zeker op het minimumloon willen aanrekenen kunnen eventuele onduidelijke juridische situaties door een zogenaamde "Änderungskündigung" (aanpassing in de arbeidsovereenkomst) opnieuw ordenen.

b. Wist u dat voor de meeste branches een meldplicht geldt als u als buitenlandse werkgever medewerkers in Duitsland laat werken?

Een heel belangrijk en in de media nog onderbelicht aspect van de nieuwe wetgeving is de vergaande meldplicht van buitenlandse werkgevers en de controlemogelijkheden

van de Duitse douane. Voor heel veel branches geldt deze meldplicht, waarvoor de Duitse douane maar liefst zes verschillende Duitstalige formulieren ter beschikking stelt. Bij het uitzoeken welk formulier op de concrete situatie van een buitenlandse werkgever van toepassing is, moet de werkgever door een aantal informatiepagina's heen klikken en het systeem van regel en uitzondering begrijpen en voor zichzelf toetsen. Het invullen van het formulier is echter niet voldoende. In veel gevallen is de buitenlandse werkgever verplicht een Duits adres voor een ontvangstbevoegde persoon aan te geven en moet hij tevens op een adres in Duitsland de Duitstalige arbeidsovereenkomst, Duitstalige salarisoverzichten en andere eveneens Duitstalige documentatie voor een inspectie van de Duitse douane ter beschikking stellen. Het is buitenlandse werkgevers nadrukkelijk aan te bevelen deze regelgeving na te leven, de Duitse douane heeft aangekondigd tot 2019 1.600 extra werknemers aan te nemen om te controleren of bedrijven de minimumloonwetgeving in Duitsland nakomen.

Kristin Schenkel

Telefoon: +31 (0)26 353 83 10

E-mailadres: schenkel@dirkzwager.nl

Contractsovername bij inbreng van een eenmanszaak in een rechtspersoon: niet vanzelfsprekend

Wanneer iemand een onderneming start, kan hij of zij ervoor kiezen dat te doen als een eenmanszaak of door middel van een rechtspersoon, zoals bijvoorbeeld een besloten vennootschap. Welke rechtsvorm men kiest om de onderneming in onder te brengen, hangt meestal af van afwegingen zoals verwachte bedrijfsomvang, financiële risico's of fiscale voordelen.

Natuurlijk is de rechtsvorm waarmee men ooit eens is gestart, niet in marmer gebeiteld. Gaandeweg kunnen er dingen anders komen te liggen. Zo kan bijvoorbeeld de onderneming een bepaalde groei doormaken, die maakt dat risico's hoger worden of aanvankelijke fiscale voordelen komen te vervallen. Het is dan (natuurlijk) mogelijk om van rechtsvorm te veranderen.

Het meest ziet men dit in de praktijk terug bij een omzetting van een eenmanszaak in een besloten vennootschap. De bedoeling is dan dat de ondernemer de aandelen in de nieuw opgerichte BV krijgt. Hij betaalt dan deze aandelen, of anders gezegd: stort deze vol, door inbreng van de eenmanszaak in de BV. De betaling met de eenmanszaak is te vergelijken met een betaling in natura.

De gedachte bij de inbreng van de eenmanszaak in de BV is dat niet alleen alle activa van de eenmanszaak overgaan naar de BV, maar ook alle schulden en lopende verplichtingen. Er zou zodoende een einde moeten komen aan de persoonlijke aansprakelijkheid van de ondernemer, wat eigen is aan de rechtsvorm van de eenmanszaak.

Voor de bestaande schulden van de eenmanszaak geldt ingevolge de wet dat deze schulden pas schulden van de BV worden, indien de BV de schulden van de eenmanszaak heeft overgenomen ("schuldovername"). De akte van oprichting van de BV, waarin de volstorting van de aandelen in de vorm van inbreng van de onderneming in de BV, is hiertoe voldoende. Deze schuldovername heeft pas werking jegens de schuldeiser indien deze zijn toestemming geeft nadat partijen hem van de overname kennis hebben gegeven (art. 6:155 BW).

Het werkt echter anders bij de lopende contracten, die de eenmanszaak is aangegaan met derden. Contractsovername (art. 6:159 BW) is namelijk, anders dan schuldovername, een driepartijenovereenkomst, waarbij in dit verband de eenmanszaak zijn gehele rechtsverhouding tot de wederpartij met medewerking van deze laatste bij overeenkomst overdraagt aan de BV. Het rechtsgevolg van een voltooide contractsovername is dat alle tot die rechtsverhouding behorende rechten en verplichtingen overgaan op de BV, mits de wederpartij daaraan zijn medewerking heeft verleend.

Het gaat in de praktijk niet altijd goed bij de contractsovername. Het komt voor dat de ondernemer zijn wederpartijen niet uitdrukkelijk in kennis stelt van het feit dat de eenmanszaak is ingebracht in de BV en dat het de bedoeling is dat voortaan de BV het contract uitvoert, daaraan gebonden is en dus ook de risico's draagt die daaruit voortvloeit. Soms kan de wederpartij door omstandigheden er pas na enige tijd achter komen dat er überhaupt een BV was, terwijl de wederpartij al die tijd in de veronderstelling was dat hij nog steeds zaken deed met de eenmanszaak. En zoals dat gaat, gebeurt dat natuurlijk net pas wanneer de BV niet meer in de staat is om te voldoen aan de verplichtingen uit het contract. Kan de ondernemer er zich dan nog met vrucht op beroepen dat niet hij (als eenmanszaak) maar enkel de BV aansprakelijk is ten opzichte van de wederpartij?

Het is inderdaad mogelijk dat een overeenkomst stilzwijgend is overgegaan van de eenmanszaak naar de BV, ondanks dat de wederpartij niet uitdrukkelijk heeft ingestemd met deze contractsovername. In de rechtspraak zijn daar een aantal voorbeelden van te vinden, recentelijk nog in een [uitspraak](#) van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

De lijn die uit de rechtspraak kan worden gedestilleerd, is dat – zoals in veel situaties – het antwoord op de vraag of een overeenkomst stilzwijgend is overgegaan, afhangt van de omstandigheden van het geval. Zo is bijvoorbeeld van belang of er met de wederpartij plotseling gecorrespondeerd werd namens de BV en niet meer namens de eenmanszaak, of dat bijvoorbeeld betalingen gingen naar of afkomstig waren van een bankrekeningnummer dat op naam van de BV stond en niet (langer) op naam van de eenmanszaak. Wanneer deze omstandigheden gedurende een langere periode spelen en de wederpartij ageert daar op geen enkele wijze tegen, kan het zo zijn dat de wederpartij moet worden geacht af te hebben geweten van het bestaan van de BV, dat de BV het contract (verder) uitvoerde. Bij gebrek aan enig protest van de wederpartij tegen deze gang van zaken, kan hij worden geacht stilzwijgend de BV als opvolgend contractspartij te hebben geaccepteerd.

Voorkomen is echter beter dan genezen, daarom luidt het advies de contractspartijen van de eenmanszaak te informeren over de inbreng in een BV.

Chris Diks

Telefoon: +31 (0)24 381 31 20

E-mailadres: diks@dirkzwager.nl

Per 1 januari 2016 nieuwe regeling aanwijzing verzekeringsplicht DGA

Per 1 januari 2016 treedt een nieuwe regeling aanwijzing directeur-grotaandeelhouder (DGA) in werking. Deze regeling bepaalt wanneer een DGA als werknemer voor de werknemersverzekeringen moet worden aangemerkt. Als een DGA als werknemer moet worden beschouwd, is hij verplicht verzekerd voor de Ziektewet, de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen en de Werkloosheidswet. De nieuwe regeling vervangt de oude regeling. Wij schreven al eerder over het concept van deze regeling.

De nieuwe regeling was noodzakelijk in verband met de introductie van de Flex B.V. per 1 oktober 2012. Daarnaast is in de nieuwe regeling een aantal ontwikkelingen uit de jurisprudentie verwerkt. Hieronder bespreken we belangrijkste wijzigingen. De nieuwe regeling beoogt voor het merendeel de bestaande situatie te continueren, zonder dat aanpassing van de statuten daarvoor nodig is. De regeling is alleen van toepassing op statutaire bestuurders van een N.V. en van een B.V. Degene die een arbeidsverhouding met een vennootschap heeft staat formeel gesproken onder gezag van de vennootschap en is daarmee in dienstbetrekking. Niet als dienstbetrekking wordt beschouwd de arbeidsverhouding van de DGA. Onder een DGA wordt in de regeling verstaan de bestuurder:

- die al dan niet samen met zijn echtgenoot houder is van een zodanig aantal aandelen dat hij (al dan niet samen met zijn echtgenoot) zelf kan besluiten over zijn ontslag; of
- die samen met bloed- en aanverwanten tot en met de derde graad (al dan niet samen met zijn echtgenoot) houder is van aandelen die ten minste tweederde van de stemmen vertegenwoordigen zodat hij over zijn ontslag kan besluiten;
- die een zodanige zeggenschap heeft door tussenkomst van een of meer rechtspersonen waarvan hij bestuurder is en door tussenkomst van vennootschappen waarvan hij aandelen houdt, dat hij hierdoor over zijn ontslag kan besluiten;
- die behoort tot een groep van bestuurders die samen alle aandelen van de vennootschap bezitten en alle aandeelhouders een gelijk of nagenoeg gelijk deel van de vennootschap vertegenwoordigen (de zogenaamde nevengeschiktheid).

Net als in de oude regeling gaat het om het vaststellen van de feitelijke macht op basis van de statuten bij het ontslag van de statutaire bestuurder. Onderzocht moet worden of de DGA een beslissende stem heeft. De regeling ziet overigens alleen op statutaire bestuurders.

Door de nieuwe regeling in combinatie met alle mogelijkheden die de Flex B.V. heeft, heeft de bestuurder het zelf in de hand om te bepalen of hij al dan niet als DGA wordt aangemerkt. De flexibiliteit van de Flex B.V. werkt dus door naar de sociale verzekering. Als een bestuurder of de vennootschap zekerheid wil over de positie, kan aan de inspecteur of aan het UWV gevraagd worden om een beslissing te nemen over de verzekeringsplicht. Het UWV beslist over een verzoek van de werknemer en de inspecteur beslist op een verzoek van de werkgever (ofwel de vennootschap). In de regeling wordt verder een aantal praktische voorbeelden gegeven. Ook de positie en mogelijkheden van een stichting administratiekantoor (STAK) worden daarbij besproken.

De nieuwe regeling leidt tot meer duidelijkheid en lost een aantal vragen op. De inrichting van de statuten en de wijze van besluitvorming over ontslag van een bestuurder is dus erg belangrijk. De notaris kan hierover adviseren.

Ton Lekkerkerker

Telefoon: +31 (0)26 365 55 47

E-mailadres: lekkerkerker@dirkzwager.nl

Checklist renteswaps

In deel I van de rentederivaten-reeks, kunt u lezen hoe rentederivaten werken en dat rentederivaten een marktwaarde kennen. In deel II van de rentederivaten-reeks worden de risico's die verbonden zijn aan rentederivaten uiteen gezet. In deel III van de rentederivaten-reeks is nader ingegaan op de juridische mogelijkheden die er zijn als u schade heeft geleden ten gevolge van risico's die verbonden zijn aan rentederivaten.

In dit laatste deel kunt u in kaart brengen of er juridische mogelijkheden zijn om de financiële instelling die u de renteswap verstrekt heeft, aan te spreken en eventueel schadevergoeding te vorderen.

Doe de renteswap check en weet of u in actie moet komen:

[checklist rentederivaten](#)

Wilt u hierover van gedachten wisselen, dan kunt u altijd (vrijblijvend) contact opnemen met Chantal van den Borne via borne@dirkzwager.nl.

Chantal van den Borne

Telefoon: +31 (0)26 353 83 30

E-mailadres: borne@dirkzwager.nl

Overheid & Vastgoed

www.dirkzwageroverheidenvastgoed.nl

De uiterlijke feiten voor verjaring

Op 22 oktober 2014 heeft de rechtbank Oost-Brabant twee uitspraken gedaan in vergelijkbare zaken, die een verschillende uitkomst hadden. In de eerste zaak oordeelde de rechtbank dat een bewoner, die een stuk gemeentegrond bij zijn erf had getrokken, geen eigenaar van de grond is geworden door verjaring. In de tweede zaak oordeelde de rechtbank dat een andere bewoner door verjaring wél eigenaar van een stuk gemeentegrond is geworden.

Feiten

De gemeente wil enkele straten in een villawijk reconstrueren. In verband daarmee moeten nutsvoorzieningen vervangen worden, die zich bevinden in stroken gemeentegrond. De gemeente start rechtszaken tegen twee bewoners, die beiden het aan hun perceel grenzende deel van de strook gemeentegrond gebruiken. De gemeente vordert onder meer dat de rechtbank voor recht verklaart dat de gemeente eigenaar is van de stroken grond. De bewoners stellen echter dat zij door verjaring (artikel 3:306 jo. 3:105 BW) eigenaar van de betreffende stroken grond zijn geworden, omdat zij de grond (meer dan) twintig jaar geleden bij hun erf hebben getrokken.

Verjaring

De rechtbank overweegt in beide zaken dat voor het verkrijgen van de eigendom van de betreffende strook grond vereist is dat de verkrijger gedurende een periode van 20 jaar onafgebroken het ondubbelzinnige bezit van de strook grond heeft gehad. Of er sprake is van ondubbelzinnig bezit moet worden beoordeeld naar verkeersopvattingen op grond van de uiterlijke feiten. Uit die uiterlijke feiten moet blijken dat gedaagde pretendeerde de eigenaar van de strook grond te zijn en wel op een zodanige manier, dat de gemeente uit de handelswijze van gedaagde moet hebben kunnen afleiden dat zij haar eigendom van de strook grond na verloop van 20 jaar zou kunnen verliezen. Als dat niet het geval is, is er geen sprake van ondubbelzinnig bezit.

Geen ondubbelzinnig bezit

In de eerste zaak is de rechtbank van oordeel dat geen sprake is geweest van ondubbelzinnig bezit van de gedaagde. Tussen de bestrating van de straat en de strook grond langs het erf van gedaagde is, zo constateert de rechtbank, geen hekwerk of ondoordringbaar struikgewas aangebracht. Er staat op een gedeelte van de strook wel een taxushaag, maar die staat ongeveer op de grens tussen het erf van gedaagde en

de strook grond. Verder is de strook grond deels bestraat met klinkers en staan er lage struiken op. Op grond van deze uiterlijke omstandigheden kan niet worden geconcludeerd dat de gemeente er op bedacht moest zijn dat zij haar eigendom zou gaan verliezen. De gedaagde is derhalve geen eigenaar van de grond geworden op grond van verjaring. De rechtbank wijst de vorderingen van de gemeente dan ook toe. De rechtbank verklaart voor recht dat de gemeente eigenaar is van de strook grond en wijst de gevorderde ontruiming toe.

Wel ondubbelzinnig bezit

In de tweede zaak oordeelt de rechtbank dat wél sprake is geweest van ondubbelzinnig bezit. De gedaagde heeft tussen de bestrating van de straat en de strook grond een hoge heg geplaatst. Achter de heg heeft gedaagde op de strook grond een aarden wal aangebracht. De heg is ondoordringbaar en met de aarden wal daarachter maakt zij het voor derden onmogelijk de strook grond vanaf de straat te bereiken. Op grond van deze uiterlijke omstandigheden had de gemeente er, volgens de rechtbank, op bedacht moest zijn dat zij haar eigendom zou gaan verliezen. Gedaagde heeft de strook grond namelijk zo afgeschermd van de straat dat de gemeente de strook grond niet meer kan betreden. De gedaagde heeft de eigendom derhalve op grond van verjaring verkregen en de rechtbank wijst de vorderingen van de gemeente dan ook af.

Conclusie

In beide zaken is het de vraag of de gemeente er op bedacht had moeten zijn dat zij haar eigendom door verjaring zou gaan verliezen. Uit de uitspraken van de rechtbank Oost-Brabant blijkt dat voor het antwoord op deze vraag beslissend is of de grond zodanig is afgeschermd dat deze niet door derden betreden kan worden. Als dat het geval is, bijvoorbeeld doordat een ondoordringbare haag geplaatst is, moet de gemeente erop bedacht zijn dat zij haar eigendom na verloop van 20 jaar kan verliezen. Degene die de grond in bezit heeft genomen, wordt in een dergelijk geval door verjaring eigenaar van de grond.

Bart Van Meer

Telefoon: +31 (0)26 353 83 09

E-mailadres: vanmeer@dirkzwager.nl

WOB: Eindelijk misbruik van recht?

Misbruik van de Wet Openbaarheid van Bestuur is al vele jaren een doorn in het oog van vele overheden. Partijen die om één of andere reden een gemeente, provincie of de centrale overheid willen dwars zitten dienen onzinnig WOB-verzoeken in, of dienen onevenredig veel WOB-verzoeken in. Daarmee belasten zij het bestuursapparaat.

Sinds de invoering van de Wet dwangsom niet tijdig beschikken wordt er nog op een andere manier misbruik gemaakt: door indiening van WOB-verzoeken waarop niet tijdig wordt gereageerd hopen indieners een dwangsom van het bestuursorgaan te incasseren. Aan die vorm van misbruik lijkt nu paal en perk te zijn gesteld door een paar uitspraken van rechtbanken en van de Raad van State in november/december 2014.

De Wet Openbaarheid van Bestuur (WOB) geeft aan iedereen het recht om bij een bestuursorgaan schriftelijk informatie op te vragen over bestuurlijke aangelegenheden. Daarvoor hoeft geen belang te worden aangetoond. Iedereen kan dus schriftelijke informatie opvragen, zonder dat daarbij hoeft te worden aangegeven waarom hij/zij een belang heeft bij die informatie. De beslissing van het bestuursorgaan op het verzoek is een beschikking als bedoeld in de Algemene wet Bestuursrecht. Die beschikking moet zo spoedig mogelijk worden genomen, en uiterlijk binnen vier weken vanaf de dag dat het verzoek is ontvangen. Die termijn kan één keer met vier weken worden verdaagd. Verder zijn er nog een paar andere uitstelmogelijkheden, maar daarvan moet het bestuursorgaan tijdig mededeling doen aan de aanvrager. Als het bestuursorgaan daarmee te laat is, kan de aanvrager het bestuursorgaan met een simpele brief in gebreke stellen. Beslist het bestuursorgaan daarna nog niet binnen twee weken, dan verbeurt het bestuursorgaan een dwangsom van € 20,- per dag gedurende de eerste veertien dagen, daarna € 20,- per dag de volgende veertien dagen en nog eens € 40 per dag de derde termijn van veertien dagen. De aanvrager hoeft niet aan te tonen dat hij schade heeft geleden door de vertraging.

Als het bestuursorgaan wel op tijd een besluit neemt, maar de aanvrager het daar niet helemaal mee eens is, kan hij een bezwaarschrift indienen. Als dat bezwaarschrift gegrond wordt verklaard, kan de aanvrager een proceskostenvergoeding vragen, gebaseerd op het Besluit proceskosten bestuursrecht. Al gauw enkele honderden euro's.

Er zijn in Nederland een aantal partijen die zich presenteren als een “juridisch adviesbureau” maar die in werkelijkheid weinig anders doen dan het indienen van zeer grote hoeveelheden WOB-verzoeken bij allerlei overheden. Als daarop niet tijdig wordt beschikt wordt aanspraak gemaakt op de dwangsom. Als er wel tijdig wordt beschikt, maar niet 100 % naar wens van de verzoeker, wordt een bezwaarschrift ingediend, waarbij aanspraak wordt gemaakt op een proceskostenvergoeding voor de juridisch gemachtigde.

Door indiening van WOB-verzoeken die verscholen zitten in een brief die voor het grootste deel over een heel ander onderwerp gaat, zodat het WOB-verzoek door de ambtenaar over het hoofd wordt gezien, of door indiening van zeer ingewikkelde en bewerkelijke WOB-verzoeken, krijgen deze partijen voor elkaar dat de overheden aan hen telkens proceskostenvergoedingen moeten betalen. Dit misbruik van de WOB is voor vele overheden al jaren een doorn in het oog. Een door minister Opstelten aangekondigde wetswijziging om dit misbruik tegen te gaan, is in december 2014 ingediend bij de Tweede Kamer, maar is nog lang geen wet. Met uitspraken van 19 november 2014, 11 december 2014 en 18 december 2014 hebben respectievelijk de Raad van State, de rechtbank Midden-Nederland en de rechtbank Gelderland een grens gesteld aan de behandeling van WOB-verzoeken, die kennelijk alleen maar bedoeld zijn om proceskostenvergoedingen of dwangsommen van bestuursorganen te incasseren.

Raad van State 19 november 2014 (ECLI:NL:RvS:2014:4129)

Een persoon, vertegenwoordigd door een juridisch gevolmachtigde, diende beroep in bij de Officier van Justitie tegen een aantal verkeersboetes. De juridisch gevolmachtigde van de appellante deed vervolgens een groot aantal WOB-verzoeken bij de dienst Centrale Verwerking Openbaar Ministerie (CVOM), officieel een dienst van het Openbaar Ministerie en daarmee een dienst van de Minister van Veiligheid en Justitie. De minister weigerde om het WOB-verzoek in behandeling te nemen, omdat hij vond dat er sprake was van misbruik van recht. De aanvraagster ging van dat besluit in beroep bij de rechtbank Rotterdam. De rechtbank verklaarde het beroep niet ontvankelijk omdat hij het met de minister eens was, dat de gemachtigde van de aanvraagster misbruik van recht maakte. De Raad van State liet de uitspraak van de rechtbank Rotterdam in stand. Ook hij vond, dat de aanvraagster misbruik van recht maakte. Daarvoor waren de navolgende overwegingen van belang.

De Raad van State stelde vast, dat de aanvraagster maar liefst zes WOB-verzoeken had ingediend met betrekking tot één en dezelfde verkeersboete, in plaats van alle informatie in één verzoek in te dienen. Daarmee maakte de aanvraagster de behandeling

van het verzoek om informatie nodeloos ingewikkeld en verwarrend, wat de kans op fouten in de hand werkte. De Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wahv) kent bovendien een aparte regeling voor het opvragen van documentatie met betrekking tot de verkeersboete. Het had voor de hand gelegen, dat de aanvraagster die mogelijkheid zou benutten, aldus de Raad van State. In plaats daarvan had de aanvraagster een WOB-verzoek ingediend, dat de mogelijkheid bood om een dwangsom of een proceskostenvergoeding te vragen. Volgens de Raad van State waren de juridisch gevolmachtigden van de aanvraagster van die mogelijkheid op de hoogte.

Van de zes WOB-verzoeken waren er een aantal, waarin dezelfde informatie werd opgevraagd. De aanvraagster en haar juridisch gevolmachtigde konden niet uitleggen, waarom het verzoek een paar keer was herhaald.

Daarnaast was een WOB-verzoek “verstopt” in het beroepschrift tegen de verkeersboete zelf.

Verder hadden de gemachtigden van de aanvraagster WOB-verzoeken ingediend bij de Centrale Verwerking Openbaar Ministerie, maar toegezonden aan een postbus of faxnummer dat niet toebehoorde aan de cluster WOB van die dienst, terwijl die adressen wel bekend waren bij de juridisch gemachtigden.

Daarnaast was gebleken dat de aanvraagster met haar juridisch gevolmachtigde een no cure no pay afspraak had gemaakt; zij hoefde dus alleen te betalen als er een proceskostenvergoeding of dwangsom zou kunnen worden geïncasseerd. De hoogte van het honorarium was dan gerelateerd aan de ontvangen vergoeding.

Uit al die omstandigheden leidde de Raad van State af, dat het de aanvraagster en haar gemachtigden in werkelijkheid niet ging om het ontvangen van de gevraagde informatie, maar alleen om het incasseren van een proceskostenvergoeding of een dwangsom. Daarvoor is de Wet Openbaarheid van Bestuur niet bedoeld, aldus de Raad van State. De omstandigheid dat men voor een aanvraag om informatie geen belang hoeft te hebben, doet er niet aan af dat het doel van de aanvraag wel moet zijn: het ontvangen en openbaar maken van informatie. Als dat niet het doel van de aanvraag is, is er misbruik van recht.

Uit de uitspraak blijkt, dat de Raad van State meewoog dat de gemachtigden van de aanvraagster soortgelijke procedures voor anderen hadden gevoerd met hetzelfde doel. De aanvraagster klaagde erover dat dit gedrag van haar gemachtigden niet aan haar kon worden toegerekend, omdat zij daarvoor geen opdracht had gegeven. Dat

betoog werd door de Raad van State verworpen. Het gedrag van de juridisch gemachtigden van de aanvrager mocht wel degelijk aan haar worden toegerekend.

Ook een beroep van de aanvrager op artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) werd verworpen. Artikel 6 EVRM stelt dat onderdanen van lidstaten een behoorlijke toegang tot de rechter moeten hebben. Dat artikel staat er niet aan in de weg, dat de toegang tot de rechter in bepaalde gevallen kan worden beperkt, mits die beperkingen niet in essentie het recht op toegang tot de rechter schaden, aldus de Raad van State. Dat brengt mee dat een lidstaat wel degelijk kan optreden tegen misbruik van recht.

De Raad van State concludeert dat de rechtbank het beroep van de aanvrager terecht niet ontvankelijk had verklaard.

Rechtbank Gelderland 18 december 2014 (ECLI:NL:RBGEL:2014:7847)

Nadat de rechtbank Midden-Nederland in een (niet gepubliceerde) uitspraak van 11 december 2014 soortgelijk misbruik eveneens niet ontvankelijk had verklaard, was in december 2014 de beurt aan de rechtbank Gelderland.

Aanvrager diende een verzoek in bij B&W van Montferland waarbij zij alle documenten opvroeg die betrekking hadden op de laatste bekeuring die in 2013 door een opsporingsambtenaar was uitgeschreven. Daarin ging zij heel ver. Ze vroeg zelfs het proces-verbaal van beëdiging van de verbalisant en zijn akte tot aanstelling. B&W zonden dit verzoek door naar de politie Oost-Nederland, omdat een deel van de gevraagde informatie daar beruiste. Tegen die doorzending maakte de aanvrager bezwaar. B&W wezen het bezwaar af, in navolging van het advies van de gemeentelijke commissie voor de bezwaarschriften. Daarbij wees de commissie erop dat de juridisch geïncasseerde van de aanvrager een bijna gelijkkluidend verzoek had ingediend, bij meerdere gemeenten, namens een inwoner van de Filipijnen. Daaruit leidde de commissie af dat de juridisch gemachtigde van de aanvrager als enig doel had: het incasseren van proceskosten of dwangsommen. Op een verzoek om één en ander uit te leggen had de juridisch geïncasseerde niet schriftelijk gereageerd, maar B&W uitgenodigd om één en ander bij hem thuis te komen bespreken, op een door hem genoemd tijdstip. De rechtbank was het met B&W eens, dat de juridisch gemachtigde, en daarmee ook de aanvrager, misbruik maakte van de WOB, en daarom niet ontvankelijk was in het beroep. Daarvoor overweegt de rechtbank het volgende. Vastgesteld was, dat tussen de aanvrager en de gemachtigde was afgesproken dat de aanvrager alleen hoefde te betalen, als er een proceskostenvergoeding of een dwangsom zou worden geïncasseerd. De juridisch gemachtigde was dus rechtstreeks gebaat bij het verbeuren van dwangsommen. Ook hier was gebleken dat de juridisch geïncasseerde een zeer groot aantal vergelijkbare verzoeken bij 398 andere gemeenten in Nederland had gedaan.

Tijdens de zitting konden noch de aanvrager, noch de juridisch geïncasseerde aangeven wat zij met de opgevraagde informatie wilden doen. Dat gold met name ook met betrekking tot de aanvraag uit de Filipijnen.

Daarnaast stelde de rechtbank vast, dat de juridisch geïncasseerde steeds nagenoeg dezelfde, zeer summier bezwaarschriften indiende, maar dan wel om een proceskostenvergoeding vroeg.

Al die omstandigheden brachten de rechtbank tot de conclusie dat de aanvrager en haar gemachtigde niet beoogden om informatie te verkrijgen, maar slechts tot doel hadden om procedures te genereren en daarmee proceskostenvergoedingen of dwangsommen te incasseren.

De rechtbank wees er nog op, dat de juridisch geïncasseerde kennelijk onredelijk gebruik had gemaakt van procesrecht, en dat dit de mogelijkheid bood om hem te veroordelen in de kosten die B&W hadden moeten maken in verband met het beroep (artikel 8:75 lid 1 Awb). Alleen omdat B&W niet hadden aangegeven dat zij kosten hadden gemaakt, werd er geen vergoeding aan B&W uitgekeerd. Maar het beroep van de juridisch geïncasseerde werd niet ontvankelijk verklaard.

Conclusie

Uit deze uitspraken kan worden afgeleid, dat bestuursorganen voortaan WOB-verzoeken niet ontvankelijk kunnen verklaren als zij aannemelijk kunnen maken dat het verzoek niet is bedoeld om werkelijk informatie te krijgen, maar uitsluitend, of voornamelijk, om proceskostenvergoedingen of dwangsommen te incasseren. Dat is een grote stap vooruit. ^[1] Natuurlijk spelen de feitelijke omstandigheden dan wel een grote rol. Uit de uitspraken komt naar voren dat de navolgende feitelijke omstandigheden belangrijk (kunnen) zijn:

- de aanvrager kan geen redelijk belang bij zijn verzoek aantonen; (het feit dat de WOB daar niet om vraagt doet daar niet aan af);
- tussen de aanvrager en de juridisch geïncasseerde is de afspraak gemaakt dat er alleen een salaris hoeft te worden betaald als er een proceskostenvergoeding of dwangsom wordt geïncasseerd;
- de juridisch geïncasseerde blijkt zeer veel andere soortgelijke verzoeken te hebben ingediend;
- de verzoeken worden (bewust) zodanig ingediend (verstopt, of onnodig herhaald, of toegezonden aan een onjuist adres), dat een adequate afhandeling wordt gefrustreerd en de kans op fouten wordt verhoogd.

[1] Het ingediende wetsvoorstel zal hier nog verder paal en perk aan stellen.

Naast deze WOB-verzoeken bestaat dan nog de categorie, waarbij het de verzoeker niet uitdrukkelijk gaat om geldelijk gewin, maar om het bestuursorgaan dwars te zitten en onnodig te belasten. In het verleden heeft de Raad van State aangegeven dat ook hier sprake kan zijn van misbruik van bevoegdheid. In de praktijk heeft dat helaas tot nu toe nog niet geleid tot niet-ontvankelijk verklaringen door rechtbanken. Dat kwam omdat door de rechtbanken zeer hoge eisen werden gesteld aan de bewijsbaarheid van het kennelijke doel om het bestuursorgaan dwars te zitten. Mogelijk dat ook op dit vlak door deze recente uitspraken een nieuwe wind gaat waaien. De WOB is niet bedoeld om overheidsorganen geld uit de zak te kloppen. De wet is ook niet bedoeld om burgers de mogelijkheid te geven om bestuursorganen met onzinnige werkzaamheden te belasten.

Maarten Baneke

Telefoon: +31 (0)26 353 84 11

E-mailadres: baneke@dirkzwager.nl

Nieuw ROZ-model huurovereenkomst kantoorruimte

Op 19 februari 2015 heeft de Vereniging Raad voor Onroerende Zaken (ROZ) de vernieuwde ROZ-modelhuurovereenkomst kantoorruimte en andere bedrijfsruimte in de zin van art. 7:230a BW gepresenteerd. De vorige versie van het model stamde uit 2003 en was, volgens ROZ, dringend aan vervanging toe.

De nieuwe standaard huurovereenkomst en de algemene bepalingen voor kantoorruimte en andere bedrijfsruimte zijn, zo stelt ROZ, transparanter, evenwichtiger en bevatten duidelijk gemarkeerde keuzes. Ook zijn er een aantal pijnpunten uit het model gehaald in het voordeel van de huurder. In dit artikel worden de belangrijkste verschillen met het model van 2003 besproken.

Wijzigingen in het ROZ model huurovereenkomst kantoorruimte en andere bedrijfsruimte

- In de kop van de huurovereenkomst zijn de woorden 'nemen het volgende in aanmerking' toegevoegd. Partijen kunnen hier de partijbedoeling opnemen.
- Artikel 1: met het oog op de invoering van het verplichte Energie Prestatie Certificaat (EPC) is in artikel 1.5 van de modelhuurovereenkomst een tekst opgenomen waarin door partijen moet worden aangegeven of de huurder bij het aangaan van de huurovereenkomst een kopie van het EPC van de verhuurder heeft ontvangen. De verhuurder is sinds 1 januari 2008 verplicht een EPC te verstrekken bij de verhuur van bedrijfsruimte/
- Artikel 3: vaste huurperiodes kunnen worden vastgelegd. In die periode mag bijvoorbeeld alleen de huurder opzeggen. De opzegtermijn is flexibel en niet meer standaard, zoals voorheen het geval was, één jaar.
- Artikel 4: als met BTW wordt verhuurd en de huur eindigt door handelingen van de huurder, lijdt de verhuurder schade. Die schade is nu omschreven als exploitatiekosten en stichtingskosten. Ook is de einddatum van de herzieningsperiode toegevoegd.
- Artikel 6: er is een artikel (6.2) toegevoegd, waarin partijen kunnen aangeven of over de waarborgsom wel of geen rente moet worden vergoed.
- Artikel 8: dit artikel over 'Incentives' luidt: 'Partijen verklaren dat er tussen partijen geen andere incentives zijn overeengekomen dan in deze huurovereenkomst

vermeld.' Met het artikel is voor partijen duidelijk welke afspraken er zijn gemaakt en wordt voorkomen dat er ineens losse afspraken boven water komen waarvan de (toekomstige) huurder of verhuurder geen weet meer heeft.

- Artikel 9: er zijn twee artikelen (9.1 en 9.2) toegevoegd die ervoor moeten zorgen dat partijen niet vergeten dat er mogelijk sprake is van asbest en/of verontreiniging en dat daarover vervolgspraken moeten worden gemaakt.
- Artikel 10: dit artikel is toegevoegd om partijen de ruimte te bieden om afspraken te maken over duurzaamheid.

Wijzigingen in de algemene bepalingen huurovereenkomst kantoorruimte en andere bedrijfsruimte

- De volgorde van de artikelen is gewijzigd. Deze is nu bijna gelijk aan de ROZ-modelhuurovereenkomst winkelruimte.
- Artikel 4.4: dit artikel bepaalt dat de weigering of intrekking van een vergunning, ontheffing of toestemming geen gebrek opleveren, tenzij deze het gevolg is van een doen of nalaten van de verhuurder.
- Artikel 5.5: de verhuurder mag voorschriften geven met betrekking tot het plaatsen van reclames en overige van buitenaf zichtbare wijzigingen. Zo mag hij voorschriften geven ten aanzien van de uitvoering, plaats en afmeting. De verhuurder mag plaatsing van reclame en dergelijke niet op onredelijke gronden weigeren.
- Artikel 6.3: onderhuur is onder bepaalde voorwaarden toegestaan.
- Artikel 7.4: als de verhuurder op grond van de wet verplicht is een energielabel op te hangen in het gehuurde, stelt de huurder hem daartoe in de gelegenheid.
- Artikel 7.5: de huurder en de verhuurder mogen zonder schriftelijke toestemming van de verhuurder of huurder geen veranderingen of toevoegingen aanbrengen waardoor de energie-index van het gehuurde, die is vermeld in het energielabel, aantoonbaar verslechterd.
- Artikel 9.2: de verhuurder vergoedt de kosten die de huurder maakt om (meer) schade aan het gehuurde te voorkomen, voor zover deze schade niet aan de huurder is toe te rekenen.
- Artikel 10: de verhuurder is onder meer aansprakelijk als hij een gebrek aan het gehuurde niet tijdig verhelpt.
- Artikel 11.1: in dit artikel worden definities gegeven van onderhoud, herstel en vernieuwing.
- Artikel 11.5: dit artikel bepaalt wat (in ieder geval) voor rekening van de huurder is. Vernieuwing is bij een aantal leden, waaronder leden d, e en f, weggelaten.
- Artikel 12.2: de huurder mag zonder toestemming van de verhuurder veranderingen en toevoegingen in het gehuurde aanbrengen die voor de exploitatie van het bedrijf van huurder nodig zijn.

- Artikel 12.5: bij het aanbrengen van veranderingen en toevoegingen dient de huurder steeds onderzoeken of er sprake is van aanwezigheid van asbest op de locatie waar de veranderingen/toevoegingen zullen plaatsvinden.
- Artikel 13.4: de verhuurder zal passende maatregelen nemen om aantasting van het huurgenot door renovatie en onderhoudswerkzaamheden aan het gehuurde zo veel mogelijk te beperken.
- Artikel 13.5: aan dit artikel is toegevoegd de verhuurder de gedeelten van het gehuurde waartoe de huurder geen exclusief gebruikrecht heeft, mag aanpassen en verplaatsten, mits het gebruik door de huurder als omschreven in artikel 1.2 van de huurovereenkomst mogelijk blijft.
- Artikel 14.2: indien enige bepaling van de huurovereenkomst de toestemming van de verhuurder of huurder vereist, zal de (ver)huurder deze toestemming niet op onredelijke gronden weigeren of vertragen.
- Artikel 15: partijen zijn verplicht elkaar schriftelijk op de hoogte stellen van relevante wijzigingen in hun organisatie, waaronder wijzigingen in de vennootschappelijke structuur worden begrepen.
- Artikel 18.4: de huurder moet zijn deel van de servicekosten zelfstandig kunnen vaststellen.
- Artikel 19: dit artikel over omzetbelasting is aangepast naar de huidige wetgeving.
- Artikel 21: de huurder is vrij in de keuze van een verzekeringsmaatschappij voor een verzekering voor opstal of inventaris en goederen.
- Artikel 22.8: indien de huurder of verhuurder niet binnen redelijke termijn meewerkt aan de inspectie en/of vastlegging van de bevindingen en afspraken in het inspectierapport, is de partij die op vastlegging aandringt bevoegd de inspectie buiten de aanwezigheid van de nalatige partij uit te voeren en het rapport bindend voor partijen vast te stellen.
- Artikel 23.1: de huurder mag betalingen van de huurprijs alleen verrekenen als de vordering door de rechter is vastgesteld.
- Artikel 24.3: als de huur met 15% of meer toeneemt, is de huurder verplicht op verzoek van de huurder een nieuwe bankgarantie af te geven of de waarborgsom bij te storten tot een bedrag dat is aangepast aan de nieuwe betalingsverplichting.
- Artikel 26.2: bij toerekenbare tekortkoming is het woord 'ernstige' uit het artikel gehaald.
- Artikel 27.1: de verhuurder staat ervoor in dat de huurovereenkomst aan de voorschriften van de Vereniging van Eigenaren of vergelijkbare voorschriften voldoet.
- Artikel 28: dit artikel over de kosten van verzuim is wederkerig gemaakt.
- Artikel 29: de boetebepaling is beperkt doordat deze niet meer ziet op alle artikelen, maar slechts op een aantal artikelen uit de algemene bepalingen.

Hoewel de ROZ stelt dat er een aantal pijnpunten uit het model zijn gehaald in het voordeel van de huurder, blijft het ROZ-model een verhuurdersmodel. Voor huurders is het derhalve nog steeds noodzakelijk bijzondere bepalingen aan het model toe te voegen.

Heeft u vragen over het vernieuwde ROZ-model? Neem dan contact op met

Robert Rijpstra

Telefoon: +31 (0)26 353 84 08

E-mailadres: rijpstra@dirkzwager.nl

Ondanks geldig hypotheekrecht gaat beslaglegger toch voor

Ondanks het feit dat hypotheekhouder H een geldig hypotheekrecht heeft op een appartement, moet hij in dit geval toch het beslag tegen zich laten gelden, aldus het hof Den Haag in onderhavige casus.

Hypotheekrecht hoogste in rang

Normaal gesproken geldt ten aanzien van de opbrengst van onroerend goed bij executie of faillissement het hypotheekrecht als hoogste in rang als het gaat om de onderlinge verhouding van crediteuren. Een eventuele beslaglegger zal dus het recht van een hypotheekhouder tegen zich moeten laten gelden (artikel 3:268 BW). In onderstaande zaak lag het echter net even anders.

Afstand van hypotheekrecht?

X is eigenaar van een aantal appartementen in hetzelfde complex. Op deze appartementen is een hypotheekrecht gevestigd ten gunste van H. Bij notariële akte heeft H enkele jaren later afstand gedaan van het hypotheekrecht op de appartementen, behalve van het hypotheekrecht op appartement A-21. Twee maanden later legt een schuldeiser van X beslag op appartement A-13. H meent dat dit beslag niet tegen haar kan worden ingeroepen omdat de notaris een fout heeft gemaakt en het niet de bedoeling was van H om afstand te doen van het hypotheekrecht dat H ook had op appartement A-13. Volgens H bestaat er dus nog steeds een rechtsgeldig hypotheekrecht op appartement A-13.

Geen geldige afstand van het hypotheekrecht

Uit de tekst van de notariële akte blijkt volgens het Hof dat het niet anders kan dan dat H afstand heeft gedaan van het hypotheekrecht op A-13. De notariële akte verleent echter ten gunste van de beslaglegger geen dwingende bewijskracht (artikel 157 lid 2 Rv) ten aanzien van de waarheid van wat partijen hebben verklaard. De notariële akte heeft alleen dwingende bewijskracht tussen de partijen bij die akte en hun rechtsverkrijgers, en de beslaglegger hoort daar niet bij. Uit correspondentie tussen de notaris en H blijkt echter dat H niet expliciet afstand heeft willen doen van het hypotheekrecht op appartement A-13. Het had dus op de weg van de beslaglegger gelegen om te bewijzen dat dit wel het geval was, maar de beslaglegger heeft dit nagelaten. Ook is er geen reden aan te nemen dat X (de eigenaar van het appartementencomplex) ervan

uitgang of ervan uit mocht gaan dat H afstand wilde doen van A-13. Het hof concludeert op basis van bovenstaande dat H geen afstand wilde doen van het hypotheekrecht op appartement A-13. Nu de titel ontbreekt is de afstand van het hypotheekrecht daarmee niet rechtsgeldig tot stand gekomen. H had dus toch een geldig hypotheekrecht op appartement A-13.

Beslaglegger wordt beschermd dankzij inzage openbare registers

Ondanks het geldig hypotheekrecht van H op appartement A-13 wordt de beslaglegger volgens het hof beschermd door de wet (artikel 3:36 BW). H brengt daartegen in dat niet aan de voorwaarden voor bescherming is voldaan, want volgens haar heeft de beslaglegger geen kennis genomen van de notariële akte en kan hij dus ook niet vertrouwen op de juistheid ervan. Het hof oordeelt dat het voldoende is dat de beslaglegger de openbare registers daadwerkelijk heeft ingezien. De beslaglegger kan dit bewijzen door een 'hypotheclair bericht object' te overleggen waaruit blijkt dat hij twee dagen voor de beslaglegging inzage heeft gehad in de openbare registers waarin stond vermeld dat appartement A-13 niet was belast met een hypotheek. Dit betekent dat H geen beroep kan doen op de onjuistheid van de veronderstelling van de beslaglegger dat op appartement A-13 geen hypotheek rustte. H kan in dit geval haar hypotheekrecht niet aan de beslaglegger tegenwerpen.

Bron: GHDHA:2015:281

Vastgoedveilingen: Ruben Berentsen, Anita van Wijk, Marleen Vermeulen, Mitzi Litjens

Ruben Berentsen

Telefoon: +31 (0)26 365 55 62

E-mailadres: berentsen@dirkzwager.nl

Vormerkung beschermt vanaf 1 januari 2016 tegen beslag onder koper

Door het inschrijven van een koopovereenkomst bij het kadaster op grond van artikel 7:3 BW (de zogeheten "Vormerkung") kan de overdracht van het verkochte niet worden gefrusteerd door onder meer een executoriaal- of derdenbeslag of een mogelijke tweede verkoop. Het doel van Vormerkung is het beschermen van de koper in zijn recht op nakoming van de koopovereenkomst.

Eerder werd echter duidelijk dat een consequentie van voornoemde situatie is, dat een gelegd derdenbeslag (ten laste van de verkoper) onder de koper wél doel treft. Schuldeisers kunnen de Vormerkung omzeilen nu zij derdenbeslag op de te betalen koopprijs, in plaats van op de onroerende zaak, kunnen leggen. Dit blijkt mogelijk onder de huidige wetgeving. Door onder de koper beslag te leggen, kan de koper de koopprijs niet aan de notaris betalen en zo frustreert de levering.

Ingevolge de instemming van de Tweede Kamer en de Eerste Kamer op het wetsvoorstel inzake verbetering van de Vormerkung treedt op **1 januari 2016** een wetswijziging in teneinde de werking van Vormerkung te verbeteren.

De wijzigingen zijn als volgt:

a. Koper geniet bescherming van de Vormerkung, doordat de levering niet meer wordt geblokkeerd door een beslag op de koopprijs

Wanneer er ná Vormerkung derdenbeslag wordt gelegd, zoals voornoemd omschreven, kan de koper zijn koopprijs (in weerwil van het beslag) gewoon betalen aan de notaris en kan de levering plaatsvinden.

b. Beslagleggers op de onroerende zaak kunnen zich verhalen op het 'surplus' van de betaalde koopprijs aan verkoper

Wanneer er ná Vormerkung ten laste van verkoper beslag wordt gelegd op de onroerende zaak, kan dit beslag na de levering van de de zaak veranderd worden in een

beslag op de koopprijs die de notaris onder zich houdt. Het beslag wordt geconverteerd naar een beslag op de ontvangen koopprijs in plaats van op de verkochte en inmiddels geleverde onroerende zaak.

Dit houdt in dat na betaling van eventuele anterieure beslagleggers en hypotheekhouders de posterieure beslaglegger, dit wil zeggen de beslaglegger na Vormerkung, zich kan verhalen op het gedeelte van de koopprijs wat normaliter overblijft (surplus) voor de verkoper.

Concluderend hebben de wijzingen tot gevolg dat een koper ná Vormerkung beter beschermd wordt tegen posterieure beslagleggers en voornoemde beslagleggers nu als bijkomend voordeel hebben dat met een beslag op de onroerende zaak kan worden volstaan. Het beslag op de onroerende zaak wordt na levering geconverteerd op het surplus van de ontvangen koopprijs die de notaris onder zich houdt (artikel 507b Rv).

Let op, door overgangsrecht geldt de wetswijziging echter nog niet voor een posterieur derdenbeslag onder de koper dat vóór 1 januari 2016 is gelegd.

Stb. 2015, nrs. 396 en 397

John Wijnmaalen

Telefoon: +31 (0)26 365 55 58

E-mailadres: wijnmaalen@dirkzwager.nl

Particulier

www.dirkzwagerparticulier.nl

Geldlening tussen ouders en kinderen

Bij de aankoop van een nieuw huis is de vraag hoe het huis wordt gefinancierd. In deze tijd, waarin het soms moeilijk is om een financiering bij de bank te krijgen, worden steeds vaker geldleningen tussen ouders en kinderen gesloten. In dit artikel wordt ingegaan op de fiscale gevolgen en eisen van zo'n geldlening. Bovendien wordt de mogelijkheid tot het vestigen van zekerheid beschreven.

Renteloze geldlening

Tussen ouders en kind kan worden afgesproken dat er geen rente over de geldlening is verschuldigd. De belastingdienst ziet een renteloze geldlening jaarlijks als een schenking van 6% van het geleende bedrag. Als de geldlening beneden de € 80.000,- blijft en een ouder heeft in het betreffende kalenderjaar geen andere schenkingen aan het kind gedaan dan is er niet zoveel aan de hand. Er geldt immers een jaarlijkse vrijstelling voor schenkbelasting tussen ouders en kinderen van € 5.229,- (tarief 2014). 6% maal € 80.000,- is € 4.800,-. Dit bedrag blijft beneden de jaarlijkse vrijstelling en er is geen schenkbelasting over de renteloze geldlening verschuldigd. Bij hogere renteloze geldleningen is wel schenkbelasting verschuldigd.

Zakelijke rente

Vaak is het aantrekkelijk wel een rente overeen te komen. Als aan specifieke voorwaarden is voldaan kan het kind de rente aftrekken voor de inkomstenbelasting. Om te zorgen dat buiten de sfeer van de schenkbelasting wordt gebleven is het van belang om een zakelijke rente overeen te komen. Deze zakelijke rente kan lager zijn dan 6%.

Kwijtschelding van de rente

Bij de uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 2 september 2014, nr.13/01247 was de vraag aan de orde in hoeverre een kind de rente kan aftrekken voor de inkomstenbelasting als de renteschuld aan de ouders wordt voldaan uit een schenking van de ouders, terwijl er geen sprake was van een kasrondje. De renteaftrek bij een kind is niet mogelijk als die schenking een kwijtschelding inhoudt, zie HR 8 juni 1994, nr 28.569. In de casus van het Hof Arnhem-Leeuwarden werd de rente niet betaald, maar bijgeboekt bij de geldlening. Vervolgens werd de jaarlijkse schenking door de ouders gebruikt om de bijgeboekte rente aan te zuiveren. Hierdoor is sprake geweest van een verrekening van de schenking met de rentebedragen. De rente is hierdoor volgens het Hof aftrekbaar, terwijl niet eerst het bedrag van de schenking daadwerkelijk aan het

kind is overgeboekt en vervolgens weer terug is betaald aan de ouders. Het zogenaamde kasrondeje heeft niet plaatsgevonden en toch is de rente aftrekbaar voor de inkomstenbelasting. Het verschil tussen kwijtschelding van de rente en verrekening van de rente met de schenking is echter flinterdun. Het is daarom verstandig om een en ander duidelijk vast te leggen en het niet aan te laten komen op een procedure bij het Hof. Voor verrekening is vereist dat eerst civielrechtelijk een schenking wordt gedaan en daarna pas de schuld uit de schenking met de renteschuld wordt verrekend. Als het kasrondeje niet uw voorkeur heeft is het van belang om de schenking (op papier) goed vast te leggen.

Op de geldlening moet worden afgelost

Het voordeel van het overeenkomen van rente is dat de kinderen de rente kunnen aftrekken voor de inkomstenbelasting. Hierbij moet u er wel rekening mee houden dat voor geldleningen die zijn afgesloten na 1 januari 2013 de rente alleen aftrekbaar is als er daadwerkelijk op de geldlening wordt afgelost. Als na 1 januari 2013 aflossingsvrije leningen worden afgesloten tussen ouders en kinderen is de rente sowieso niet aftrekbaar voor de inkomstenbelasting.

Registratie van de geldlening bij de belastingdienst

De rente is voor de kinderen alleen aftrekbaar indien de geldlening wordt geregistreerd bij de belastingdienst.

Zekerheidsstelling voor de terugbetaling van de geldlening

Als een ouder geld leent aan een kind wordt de ouder schuldeiser van het kind. Als het kind meerdere schuldeisers heeft neemt een ouder geen bijzondere positie in geval van bijvoorbeeld faillissement. Een ouder kan zich voor deze situatie wel een bijzondere positie verschaffen door bijvoorbeeld een particuliere hypotheek te verkrijgen op het huis van het kind. Zo wordt de ouder in vervelende situatie met voorrang behandeld boven andere schuldeisers.

Fiscale gevolgen ouders

Voor de ouders vormt de vordering op de kinderen een vermogensbestanddeel dat valt in box 3 en daar met 1,2% inkomstenbelasting wordt belast. De van de kinderen ontvangen rente wordt niet belast.

Ineke Meuwese

Telefoon: +31 (0)26 365 55 68

E-mailadres: meuwese@dirkzwager.nl

De Europese erfrechtverordening en rechtskeuze in het testament

Op 17 augustus 2015 treedt de Europese Erfrechtverordening in werking. Hieronder bespreek ik de mogelijkheid van het maken van een rechtskeuze in een testament voor en na deze datum.

Met het uitbrengen van een rechtskeuze wordt bepaald welk recht van toepassing is op de erfopvolging (wie zijn erfgenaam?). Na de inwerkingtreding van de verordening bepaalt de rechtskeuze ook welk recht van toepassing is op de afwikkeling van de nalatenschap.

De mogelijkheid tot het uitbrengen van een rechtskeuze bestaat al in Nederland en biedt thans de mogelijkheid om expliciet te kiezen voor ofwel het recht van de het land van de nationaliteit ofwel het recht van het land van de gewone verblijfplaats. Een rechtskeuze die voor 17 augustus aanstaande is of wordt gedaan blijft geldig nadat de verordening in werking treedt.

Waar nu bepaalde lidstaten een gemaakte rechtskeuze niet (volledig) accepteren, omdat zij eigen regels hanteren voor bijvoorbeeld een woning gelegen in hun lidstaat, beoogt de verordening een einde te maken aan deze onzekerheid. De gemaakte rechtskeuze in een testament zal in iedere lidstaat geaccepteerd moeten worden. Vanaf 17 augustus 2015 wordt de keuze ten aanzien van ons huidige recht beperkt en is het alleen nog maar mogelijk te kiezen voor het recht van het land van de nationaliteit. Als er echter geen rechtskeuze in het testament wordt vermeld dan geldt het recht van de laatste gewone verblijfplaats van de erflater. Door uitdrukkelijk in het testament op te nemen dat er geen rechtskeuze wordt gemaakt, wordt er impliciet een keuze gemaakt voor het recht van de laatste gewone verblijfplaats.

Voor iemand die in Nederland woont, hier zijn vermogen heeft, een Nederlandse partner heeft, maar niet de Nederlandse nationaliteit heeft, is het straks niet meer mogelijk om Nederlands recht van toepassing te verklaren op zijn nalatenschap. Mocht dit echter wel de bedoeling zijn dan zijn er twee opties:

- geen rechtkeuze uitbrengen waardoor het recht van de gewone verblijfplaats ten tijde van het overlijden van toepassing is; of
- nog vóór 17 augustus 2015 een rechtkeuze voor Nederlands recht uitbrengen.

Het kan dus goed zijn om ruim voor deze tijd uw testament en een eventueel gemaakte rechtskeuze nog eens te laten beoordelen door een specialist.

Annick Schenkenberg Van Mierop

Telefoon: +31 (0)26 365 55 68

E-mailadres: schenkenberg@dirkzwager.nl

Restschuldschuld echtelijke woning na scheiding eerlijk verdelen?

Ja: het uitgangspunt bij echtscheiding (/uit elkaar gaan bij samenlevers met een gezamenlijke koopwoning en hypotheek) is, dat de ex-echtgenoten beiden voor de helft delen in de restschuldschuld van de woning na de verkoop ervan aan derden of de overname ervan door een van de ex-echtgenoten. Dit geldt in elk geval voor een gemeenschap van goederen en vaak ook bij huwelijkse voorwaarden waarbij men de woning en de hypotheek op beider naam heeft.

De ex-echtgenoot met (veel) minder inkomen (draagkracht) dan de andere vindt dit vaak oneerlijk. Het hebben van minder inkomen en vele andere persoonlijke omstandigheden zijn echter geen reden af te wijken van voornoemd uitgangspunt. Niet vergeten moet worden dat de ex-echtgenoot met minder inkomen in de betere vastgoedtijden in het verleden ook voor de helft meedeelde in de overwaarde op de woning. Tegenwoordig is vaker sprake dan voorheen van een restschuldschuld en de ex-echtgenoten moeten in hun onderlinge verhouding de restschuldschuld bij helfte dragen. Voor de hypotheekverstrekker (bank) geldt dat ze hoofdelijk aansprakelijk blijven voor de gehele restschuldschuld; betaalt de ene ex-echtgenoot meer af dan de andere omdat de bank bij diegene aanklopt na de echtscheiding, dan kan hij/zij het meerdere dat is betaald dan de helft van de restschuldschuld verhalen op de andere ex-echtgenoot.

Probleem daarbij kan zijn dat de ex-echtgenoot met minder inkomen het geld simpelweg niet heeft om zijn/haar aandeel in de restschuldschuld te voldoen. Het is dan de vraag of degene die meer dan zijn/haar aandeel betaalt in de restschuldschuld, het meerdere ooit terugkrijgt van de ex-echtgenoot. Aan te raden bij een echtscheiding is met de bank in overleg te gaan voor oplossingen; bijvoorbeeld het splitsen van de restschuldschuld zodat ieder alleen nog met zijn/haar eigen aandeel in de restschuldschuld te maken heeft (hieraan werken banken wel minder vaak aan mee dan in het verleden) of als er spaargeld is een bedrag ineens betalen met kwijtschelding van een deel van de restschuldschuld/een redelijke betalingsregeling voor het overige enz.

Alleen in zeer uitzonderlijke gevallen vindt een rechter dat de ene ex-echtgenoot meer moet dragen van de restschuld dan de andere na echtscheiding. Een recent voorbeeld uit de rechtspraak: de man is kostwinner en verliest zijn baan bij de politie na een veroordeling voor seksueel misbruik van een dochter van partijen. De vrouw kan de vaste lasten niet alleen dragen en moet de echtelijke woning verkopen. Bij de hypotheekverstrekker is een betalingsachterstand ontstaan. De rechter vindt dat de vrouw niet benadeeld hoeft te worden voor het strafbare gedrag van de man; hij is draagplichtig voor de gehele restantschuld inclusief het rentecomponent. Rechtbank Amsterdam, 18 februari 2015, [ECLI:NL:RBAMS:2015:785](#).

Dirkzwager Particulier

Telefoon: 088 24 24 100

E-mailadres: info@dirkzwager.nl

De particuliere koper op de executieveiling (update juni 2015)

De afgelopen jaren is het aantal executieveilingen fors gestegen. Het veilen van huizen is steeds transparanter geworden, mede door de rol van het notariaat, en het kopen van een huis op de veiling wordt door de nieuwe wetgeving steeds interessanter voor de particuliere koper. U als particuliere koper bent dan ook van harte welkom op de veiling. Wanneer u voornemens bent als particuliere koper op de veiling een woning voor eigen bewoning te kopen, dient u rekening te houden met een aantal belangrijke zaken. De aankoop van een woning op een executieveiling wijkt namelijk op een aantal essentiële punten af van de koop van een woning in het reguliere traject.

Informatie inwinnen

Als particuliere koper dient u goed beslagen ten ijs te komen alvorens tot aankoop van een woning op een veiling over te gaan. Het is aan te raden vooraf zoveel mogelijk informatie te verzamelen over de woning die u op de veiling wilt aankopen. U kunt voor informatie terecht bij de veilende notaris, bij de makelaar of op de huizensite www.funda.nl. Het staat u vrij om zelf langs te gaan bij de te veilen woning en in de buurt eventueel navraag te doen. U kunt zich in dit traject het best laten bijstaan door een notaris en/of makelaar. Ook is veel informatie omtrent de te veilen woning gepubliceerd op de veilingssites www.veilingbiljet.nl of www.veilingnotaris.nl.

In de meeste gevallen zijn op de veiling van een woning de Algemene Veilingvoorwaarden Executieveilingen 2006 (hierna te noemen: AVVE 2006) van toepassing verklaard. Ook deze voorwaarden zijn op de hiervoor vermelde veilingssites te raadplegen.

Vanwege de veranderde wetgeving, waarover verderop meer wordt uitgelegd, zullen er op termijn nieuwe algemene veilingvoorwaarden beschikbaar komen en worden toegepast.

Aan de hand van de veilingopdracht en de van toepassing zijnde algemene veilingvoorwaarden stelt de notaris de bijzondere veilingvoorwaarden per te veilen object vast. Deze voorwaarden, de akte vaststelling veilingvoorwaarden genoemd, worden uiterlijk 30 dagen voor de veiling aan de belanghebbenden verzonden en op de genoemde veilingssites gepubliceerd.

Opdrachtgever

In de regel geeft een bank een opdracht om de woning in het openbaar te verkopen; de reden hiervan is meestal wanbetaling door de eigenaar van de woning of beslaglegging op de woning. In Nederland schrijft de wet voor dat een veilingopdracht via de notaris dient te worden afgewikkeld. Omdat een veiling een ingrijpende procedure is, is het veilingtraject met allerlei waarborgen omkleed, zoals het officieel aanzeggen van de veiling door een deurwaarder (het schriftelijk bevestigen van de veilingopdracht aan de eigenaar door slechts de notaris is niet voldoende).

Twee trajecten mogelijk in een executieprocedure

In de executieprocedure is een tweetal procedures denkbaar.

1. Tot twee weken voor de datum van veiling is het mogelijk om via de website van www.veilingbiljet.nl of www.veilingnotaris.nl een onderhands bod op de te veilen woning uit te brengen. Dit bod dient tezamen met een kopie van uw geldig legitimatiebewijs en een recente goedgeheidsverklaring tijdig te worden ingezonden. Bij twijfel over de inhoud van de goedgeheidsverklaring (ook wel bankverklaring genoemd), is het verstandig te allen tijde vóór het verstrijken van de biedingstermijn de veilende notaris te raadplegen.

Indien de bank een uitgebracht bod accepteert, wordt de door de bank en koper ondertekende koopakte middels een verzoekschrift bij de rechtbank ingediend. Indiening gebeurt door een advocaat of notaris. Alle belanghebbenden ontvangen van de rechtbank een uitnodiging en worden in de regel bij de mondelinge zitting bij de rechtbank uitgenodigd. Na de (mondelinge) zitting doet de rechter uitspraak door middel van een beschikking. Na afgifte van de beschikking is de koop pas definitief. De notaris kan nu de akte van levering opmaken en passeren, waarna de eigendom van de woning overgaat op de koper.

2. Indien de bank op geen van de uitgebrachte onderhandse biedingen ingaat of er is geen onderhands bod op de te veilen woning uitgebracht, wordt de woning in het openbaar geveild in de veilingzaal. Voor de procedure in de veilingzaal omtrent inzet en afslag wordt verwezen naar de hiervoor vermelde websites www.veilingbiljet.nl en/ of www.veilingnotaris.nl.

Indien u "mijn" roept in de veilingzaal, bent u koper van de geveilde woning.

U dient zich naar de veilende notaris in de zaal te begeven en uw geldige legitimatiebewijs en goedgeheidsverklaring te tonen. De notaris beslist te allen tijde of de getoonde goedgeheidsverklaring afdoende is. U tekent bij de notaris een volmacht, welke wordt gehecht aan het proces-verbaal van inzet en afslag. Uiterlijk binnen 3 dagen na de veiling (recht van beraad) bericht de bank of de woning aan de koper op de veiling wordt gegund. Vaak vereisen veilende banken dat er vóór de gunning

van de geveilde woning, een waarborgsom of bankgarantie wordt gestort c.q. wordt gesteld bij de veilende notaris. Tevens dient in de regel vrij snel na de gunning het bedrag aan veilingkosten en vaak ook de overdrachtsbelasting bij de notaris te worden betaald. In de meeste gevallen dient 6 weken na de gunning de koopsom en de overige nog niet betaalde kosten via de notaris te worden voldaan. Voor de exacte betaaltermijnen van de diverse bedragen dient u de akte vaststelling veilingvoorwaarden, gepubliceerd op de veilingwebsites, te raadplegen.

Internetveilen

Nederland is verdeeld in zestien regio's waarbinnen geveild wordt, de zogenaamde regioveilingen. Op een groot aantal van deze regioveilingen is het mogelijk om naast het bieden in de veilingzaal, tevens een bod via internet uit te brengen. Voorafgaand aan het bieden via internet dient een potentiële koper zich te registreren bij de notaris. Op www.veilingbiljet.nl staat voor de koper overzichtelijk vermeld bij welke notaris hij/zij zich kan registreren. Tevens is op deze website een button te vinden, waaronder voor het publiek alle belangrijke voorwaarden met betrekking tot het internetbieden zijn vermeld.

Waarborgsom en/of bankgarantie

1. In een executieprocedure dient na het uitbrengen van een onderhands bod, gevolgd door ondertekening van de koopakte bij de veilende notaris, spoedig een bankgarantie te worden gesteld of een waarborgsom te worden gestort, veelal ter grootte van 10% van de koopprijs (de procedure via de rechtszaal zoals hiervoor beschreven).
2. Ook bij veiling van de woning via de veilingzaal moet in de meeste gevallen voor de gunning een waarborgsom gestort worden c.q. een bankgarantie worden gesteld bij de veilende notaris ter grootte van meestal 10% van de koopprijs.

Om de hiervoor genoemde redenen is het zaak dat u op korte termijn aan de gestelde verplichtingen kunt voldoen; indien u niet aan deze vereisten voldoet kunt u conform de veilingvoorwaarden die van toepassing zijn verklaard in gebreke worden gesteld, met alle nadelige gevolgen van dien.

Wel of geen bedenktijd?

Bij een reguliere overdracht kan de koper die de woning koopt voor eigen bewoning een beroep doen op de bedenktijd van 3 dagen, zonder opgaaf van redenen.

De bedenktijd gaat lopen wanneer aan de koper een afschrift van de door koper en verkoper ondertekende koopakte ter hand is gesteld.

De particuliere koper op een veiling die een woning koopt voor eigen bewoning kan

wel een beroep doen op de bedenktijd als hij/zij een onderhands bod uitbrengt op de hiervoor vermelde wijze en de ondertekende koopakte ter goedkeuring wordt ingediend bij de rechtbank.

Een beroep op de bedenktijd is echter niet mogelijk indien een particulier een woning aankoopt via de veilingzaal.

Benadrukt moet worden dat zowel het traject in de rechtszaal als in de veilingzaal beide als executieveiling worden aangemerkt. Derhalve zijn op beide veilingprocedures de algemene en bijzondere veilingvoorwaarden van toepassing.

Een particuliere koper dient zich de dag na sluiting van de onderhandse biedingen-termijn beschikbaar te houden voor de ondertekening van de koopakte in verband met de bedenktijd. De door beide partijen ondertekende koopakte moet uiterlijk één week voor de veiling bij de voorzieningenrechter van de betreffende rechtbank zijn ingediend.

De termijn van behandeling door de rechter na indiening van de koopakte verschilt bij de diverse rechtbanken. Er is hierdoor geen concrete tijdlijn aan te geven waarbinnen u daadwerkelijk de akte van levering bij de veilende notaris kunt ondertekenen.

Verzekering / risico-overgang

Op 1 januari 2015 is lid 4 aan artikel 525 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering toegevoegd. Dit artikel houdt in dat het risico van de tot bewoning bestemde onroerende voor rekening van koper is vanaf het moment van de inschrijving van het proces verbaal van toewijzing bij het Kadaster of, indien de rechter een onderhandse bieding in het executietraject goedkeurt, vanaf het moment van inschrijving van de akte van levering bij het Kadaster.

Kosten

Over het algemeen komen de veilingkosten voor rekening van de veilingkoper. Sinds de wetswijziging per 1 januari 2015 is hier wel het nodige in veranderd. Indien sprake is van een tot bewoning bestemde onroerende zaak worden, voorzover verschuldigd, aan de koper geen andere kosten of heffingen in rekening gebracht dan:

- de verschuldigde overdrachtsbelasting of omzetbelasting
- het honorarium van de notaris
- het kadastrale recht en de kosten van kadastrale recherche
- de kosten van ontruiming.

De notaris dient zorg te dragen voor een duidelijk overzicht waarop alle kosten staan vermeld waar de koper op de veiling rekening mee dient te houden. Vaak staan de kosten vermeld in de akte vaststelling veilingvoorwaarden, gepubliceerd op de veilingwebsites. Informeer vooraf bij de veilende notaris naar de hoogte van de veilingkosten!

Overdrachtsbelasting

De berekening van de overdrachtsbelasting in het executietraject wijkt iets af van de berekening van de overdrachtsbelasting in het reguliere traject.

Bij een veiling wordt er niet alleen overdrachtsbelasting geheven over de koopprijs. De veilingkoper dient er rekening mee te houden dat overdrachtsbelasting verschuldigd is over de koopprijs alsmede over een deel van de hiervoor vermelde veilingkosten. Laat u bij twijfel ook hierover informeren door de veilende notaris.

Geén ontbindende voorwaarde financiering voor koper

Bij een executieveiling is het voor een koper niet mogelijk om een ontbindende voorwaarde ten aanzien van de financiering op te nemen c.q. te bedingen.

Wél ontbindende voorwaarden verkoper

In geval van acceptatie van een onderhandse bieding door de bank, wordt in de regel door de bank de clause in de koopakte opgenomen, dat de eigenaar van de te veilen woning tot het moment van mondelinge behandeling van de koopakte bij de rechtbank, de veiling kan voorkomen door de achterstand in de betaling en gemaakte veilingkosten te voldoen.

Ook wordt in de koopakte de bepaling opgenomen dat het de bank vrijstaat om (ter zitting) een hoger bod te accepteren. De rechter bepaalt voor welke koopprijs aan welke bidder "ge Gund" wordt.

Veranderingen in de wet per 1 januari 2015

De wetgever heeft gemeend dat de executieprocedure transparanter moet worden en toegankelijker moet worden gemaakt voor de particuliere koper met als doel een hogere opbrengst van de te veilen woning te realiseren ten gunste van de bank en de eigenaar. Ten opzichte van de wet die voor 1 januari 2015 gold, zijn de volgende veranderingen doorgevoerd.

- Het is niet meer noodzakelijk dat een veiling wordt gepubliceerd in een plaatselijk verspreid dagblad. Hiervoor in de plaats moet de aankondiging van een te veilen pand worden gepubliceerd op een of meer toegankelijke websites (www.veilingbiljet.nl of www.veilingnotaris.nl). De aankondiging moet tenminste 30 dagen voor de veiling plaatsvinden.
- Het is toegestaan om de woning alleen via internet, alleen via de veilingzaal of in combinatie (zgn. hybride veilen, zowel via de veilingzaal als via internet) te veilen.
- Indien sprake is van een tot bewoning bestemde onroerende zaak worden, voorzover verschuldigd, aan de koper geen andere kosten of heffingen in rekening gebracht dan:

- de verschuldigde overdrachtsbelasting of omzetbelasting
- het honorarium van de notaris
- het kadastrale recht en de kosten van kadastrale recherche
- de kosten van ontruiming.
- De geëxecuteerde (voormalig eigenaar van de woning) alsmede degene die zich op het moment van inschrijving van het proces-verbaal van toewijzing c.q. de akte van levering (na goedkeuring onderhandse bieding in het executietraject door de rechter) zonder recht of titel in de verkochte zaak bevindt en als zodanig niet bekend was aan de koper, zal op grond van dit proces-verbaal c.q. akte van levering, tot ontruiming worden genoodzaakt.
- De tot bewoning bestemde onroerende zaak is voor risico van de koper vanaf het moment van de inschrijving van het proces-verbaal van toewijzing bij het Kadaster, of bij goedkeuring van een onderhands bod in het executietraject door rechter, vanaf het moment van inschrijving van de akte van levering bij het Kadaster.
- De bank roept het huurbeding voorafgaand aan de veiling van een tot bewoning bestemde onroerende zaak in, tenzij er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat:
 - de instandhouding van de huurovereenkomst in het belang is van de opbrengst bij de openbare verkoop
 - ook met instandhouding van de huurovereenkomst kennelijk een voldoende opbrengst zal worden verkregen om alle hypotheekhouders die het beding hebben gemaakt en dit jegens de huurder kunnen inroepen, te voldoen of
 - er geen personen krachtens huurovereenkomst gebruik kunnen maken van het bezwaarde goed op het moment van bekendmaking van de veiling (op de algemeen toegankelijke websites zoals www.veilingbiljet.nl of www.veilingnotaris.nl)

De termijn van ontruiming die de rechter mag bepalen bedraagt ten hoogste 6 maanden.

- De machtigingen voor het in beheer nemen en onder zich nemen, kunnen naast een advocaat, ook door een notaris worden ingeroepen.
- De hypotheekgever alsmede iedereen die de tot bewoning bestemde onroerende zaak gebruikt, is verplicht om mee te werken aan bezichtiging van de te veilen woning. Deze verplichting geldt vanaf het moment van de aanzegging van de veiling door de deurwaarder. De bank kan bij weigering de bezichtiging laten plaatsvinden met behulp van de sterke arm.
- Ook degene(n) die beslag hebben gelegd op de te veilen woning, mogen een onderhands bod ter goedkeuring in het executietraject voorleggen aan de voorzieningenrechter.

In het verzoekschrift wordt ook om ontruiming verzocht. De ontruiming mag niet plaatsvinden voor de inschrijving van de akte van levering bij het Kadaster (zoals reeds eerder gemeld).

Zowel een advocaat als de behandelend veilingnotaris mogen dit verzoekschrift bij de voorzieningenrechter indienen.

- Zowel het verzoekschrift goedkeuring verdeling opbrengst als het verzoekschrift tot zuivering mogen beide door de behandelend veilingnotaris worden verzocht.

De goedkeuring verdeling opbrengst wordt aan de voorzieningenrechter voorgelegd om te bepalen of de (gehele) veilingopbrengst aan de executerende bank mag worden overgemaakt.

De goedkeuring zuivering wordt aan de voorzieningenrechter voorgelegd om goedkeuring te verkrijgen om alle ten laste van de geëxecuteerde gevestigde hypotheek en/of beslagen bij het Kadaster door te halen, zodat een woning aan de koper wordt geleverd die vrij is van hypotheek en/of beslagen ten laste van de geëxecuteerde.

Vragen en/of opmerkingen?

Deze brochure geeft informatie over het kopen van een woning als particulier op een executieveiling. Ondanks het feit dat er heel wat komt kijken bij het kopen op een executieveiling kan het heel interessant zijn om op die manier een woning te kopen. Mocht u naar aanleiding van deze informatie nog vragen hebben, neem dan contact op met één van onze veilingmedewerkers: Anita van Wijk, senior juridisch medewerker, bereikbaar op 026 – 365 55 35 en via a.vanwijk@dirkzwager.nl of Marleen Vermeulen, senior juridisch medewerker, bereikbaar op 026 – 365 55 38 en via m.vermeulen@dirkzwager.nl.

De veilende notaris bij Dirkzwager is mr. Ruben Berentsen. Hij is tevens een bestuurslid van de regioveiling Vastgoedveiling Gelderland.

Aan de onderhavige brochure kunnen geen rechten worden ontleend. Laatst bijgewerkt op 4 juni 2015.

Ruben Berentsen

Telefoon: +31 (0)26 365 55 62

E-mailadres: berentsen@dirkzwager.nl

Schenkingsvrijstelling voor de eigen woning mag over drie jaar worden verspreid

In een eerder artikel schreef ik over de verhoging van de schenkingsvrijstelling voor de eigen woning die is opgenomen in het pakket belastingplan 2016. Voorgesteld wordt om de eigenwoningvrijstelling in 2017 te verhogen naar € 100.000. Van deze vrijstelling kan maar één keer gebruik worden gemaakt. Een recente wijziging van het voorstel maakt het echter wel mogelijk om de schenking te verspreiden over drie achtereenvolgende kalenderjaren.

De vrijstelling geldt zowel voor een schenking van ouder aan kind, als andere gevallen. Wel moet degene aan wie de schenking wordt gedaan tussen de 18 en 40 jaar zijn en moet de schenking worden besteed aan de eigen woning of het afbetalen van de eigenwoningsschuld. Wordt de schenking verspreid over drie achtereenvolgende kalenderjaren, dan mag degene aan wie de schenking wordt gedaan ook in het laatste jaar niet ouder zijn dan 39 jaar.

Het belastingplan 2016 zal nu in behandeling worden genomen door de Eerste Kamer.

Annick Schenkenberg van Mierop

Telefoon: +31 (0)26 365 55 68

E-mailadres: schenkenberg@dirkzwager.nl

Pensioen

www.dirkzwagerpensioen.nl

Transitievergoeding WWZ en pensioen: Een aantal aandachtspunten

In eerdere bijdragen is ingezoomd op de transitievergoeding die een werkgever verschuldigd is indien de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd of ontbonden nadat deze minimaal twee jaar geduurd heeft. De werkgever is deze ook verschuldigd als besloten wordt om de arbeidsovereenkomst (die minimaal twee jaar geduurd heeft) niet te verlengen. Specifiek ten aanzien van pensioen geldt een aantal bijzondere regels.

Loonbegrip

Allereerst is het van belang om te weten of bij de vaststelling van de transitievergoeding rekening moet worden gehouden met het werkgeversdeel pensioenpremie. In het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding staat opgesomd welke looncomponenten al dan niet moeten worden meegerekend bij het vaststellen van de vergoeding. Het besluit spreekt voor het loonbegrip bij de transitievergoeding zowel over het salaris, vaste looncomponenten en variabele looncomponenten. Dat roept de vraag op of ook het werkgeversdeel pensioenpremie moet worden meegeteld. Dit blijkt volgens de toelichting op genoemd besluit niet de bedoeling te zijn.

Transitievergoeding bij pensioengerechtigden?

In de parlementaire geschiedenis is meerdere malen opgemerkt dat de werkgever geen transitievergoeding verschuldigd is op het moment dat de arbeidsovereenkomst eindigt *vanwege* het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Dit einde kan ontstaan door een pensioenontslagbeding in de arbeidsovereenkomst of cao (de arbeidsovereenkomst eindigt dan van rechtswege) of door opzegging door de werkgever. Onder de Wet Werk en Zekerheid is opzegging in die situatie mogelijk zonder dat een ontslagvergunning van het UWV WERKbedrijf vereist is. In deze situatie is géén transitievergoeding verschuldigd. Dit staat verwoord in artikel 7:673 lid 7 BW, welk artikel per 1 juli a.s. gaat gelden. Maar hoe zit het met de situatie waarin de werkgever besloten heeft om de werknemer in dienst te houden, ondanks het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, dus een einde arbeidsovereenkomst *na* het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd? Of de situatie waarin de werknemer pas na zijn pensioenleeftijd gaat solliciteren en vervolgens bij de werkgever in dienst treedt? De redactie van artikel 7:673 lid 7 BW lijkt ook in die situaties uit te gaan van het niet

verschuldigd zijn van een transitievergoeding. Er wordt namelijk ook gesproken over het niet verschuldigd zijn van de transitievergoeding bij een beëindiging *na* het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Overigens sluit de redactie niet helemaal aan bij wat de regering hierover in de parlementaire geschiedenis opmerkt. De regering noemt namelijk dat de zorgplicht niet zover reikt dat een werkgever ook een transitievergoeding verschuldigd zou moeten zijn aan werknemers die als gevolg van het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd worden ontslagen, nu deze werknemers niet langer worden voorzien in hun inkomsten en zijn aangewezen op het verrichten van arbeid. De formulering is ietwat ongelukkig, door uitsluitend te verwijzen naar een einde dienstverband *als gevolg van het* bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Tegelijkertijd echter zou het tweede deel van deze redenering wel een vingerwijzing kunnen zijn voor het niet verschuldigd zijn van de transitievergoeding. Immers, ook medewerkers die niet ontslagen worden als gevolg van het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, maar eerst nadien met ontslag geconfronteerd worden, zijn evenmin voor het voorzien in hun inkomen aangewezen op het verrichten van arbeid. Kortom, het lijkt erop dat het niet toekennen van een transitievergoeding ook geldt voor een tweede beëindiging van de arbeidsovereenkomst na de pensioengerechtigde leeftijd.

Pensioenplafond?

In de huidige aanbeveling van de Kring van Kantonrechters – waarin de kantonrechtersformule uitgewerkt werd – was een zogenoemd pensioenplafond opgenomen. Kort gezegd komt het pensioenplafond erop neer dat, indien een vergoeding volgens de kantonrechtersformule hoger uitpakt dan de verwachte inkomensderving tot de pensioengerechtigde leeftijd, deze verwachte inkomstenderving als maximum geldt. Dit pensioenplafond komt niet terug in het BW. Voor de transitievergoeding geldt (kennelijk) dus geen maximering voor wat betreft de verwachte inkomstenderving tot de pensioenleeftijd. De enige maximering die geldt, is dat de vergoeding niet hoger kan zijn dan € 75.000,- of één jaarsalaris indien de medewerker meer dan € 75.000,- per jaar verdient. Het is goed om dit aspect in ogenschouw te nemen bij de afweging een oudere medewerker al dan niet voor ontslag voor te dragen. Het betreft namelijk veelal medewerkers die, door hun leeftijd en lange dienstverband, aanspraak kunnen maken op een hoge transitievergoeding (en dus zelfs een hogere vergoeding dan de verwachte inkomstenderving).

Het mag duidelijk zijn dat HR bij de implementatie van de WWZ specifiek rekening moet houden met de situatie van oudere medewerkers. Op dit kennisportal wordt regelmatig aandacht besteed aan het HR-beleid voor 50-plussers en AOW-plussers.

Frederique Hoppers

Telefoon: +31 (0)24 381 31 26

E-mailadres: hoppers@dirkzwager.nl

Wet pensioencommunicatie door Tweede Kamer aangenomen

De Tweede Kamer heeft op 5 maart jl. unaniem ingestemd met het wetsvoorstel van staatssecretaris Klijnsma om de pensioencommunicatie van pensioenuitvoerders te verbeteren. In dit wetsvoorstel wordt voorgesteld om de communicatie te verbeteren door deze meer aan te laten sluiten bij de wensen van de deelnemers en duidelijker te communiceren over onzekerheden. In deze bijdrage zal worden ingezoomd op de achtergrond van het wetsvoorstel, de concrete wetswijzigingen en de betekenis van het wetsvoorstel voor de werkgever. Weliswaar wordt in het wetsvoorstel ingezoomd op de communicatie vanuit de pensioenuitvoerder, maar het wetsvoorstel heeft ook consequenties voor de communicatie door de werkgever.

Achtergrond wetsvoorstel

Het pensioenbewustzijn van de Nederlanders is laag. Weliswaar zijn er informatie-uitingen, zoals het UPO en de startbrief, maar deze worden lang niet altijd begrijpelijk bevonden. Bovendien blijkt uit deze informatie-uitingen soms een te rooskleurig beeld over de hoogte van het pensioen en wordt er onvoldoende inzicht geboden in de risico's. Doelstelling van het wetsvoorstel is dan ook het bewerkstelligen van een zodanige pensioencommunicatie dat de pensioendeelnemer weet hoeveel pensioen hij kan verwachten, kan nagaan of dat voldoende is en zich bewust is van de risico's van de pensioenvoorziening. Daarnaast moet de pensioencommunicatie de deelnemer laten zien welke keuzemogelijkheden hij heeft. Het bieden van handelingsperspectief wordt essentieel bevonden bij het bereiken van de pensioendeelnemer. Het perspectief van de deelnemer staat dus centraal in de nieuwe wetgeving.

Hoofdelementen van het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel valt in 6 elementen onder te verdelen:

1. Algemene eisen aan pensioencommunicatie;
2. Meer mogelijkheden tot digitale verstrekking en aanbieding van informatie;
3. Beschikbaar zijn van basisinformatie over de pensioenregeling;
4. Een jaarlijks pensioenoverzicht van de opbouwde pensioenaanspraken;
5. Uitbreiding van het pensioenregister;
6. Inzicht in de koopkracht en risico's van het toekomstig pensioeninkomen.

Hoewel bovengenoemde elementen nauw met elkaar samenhangen, zullen in het onderstaande per element de belangrijkste wijzigingen toegelicht worden.

Ad 1. Algemene eisen pensioencommunicatie

De huidige Pensioenwet kent de open norm dat de communicatie *tijdig, duidelijk en begrijpelijk* moet zijn. De beoogde nieuwe pensioenwetgeving gaat uit van de normen *tijdig, duidelijk, correct en evenwichtig*. Daarnaast wordt in de beoogde nieuwe pensioenwetgeving opgenomen dat de communicatie moet aansluiten op de behoeften en kenmerken van de deelnemer en het bevorderen van de keuzemogelijkheden van de pensioenregeling en in de gevolgen van belangrijke levensgebeurtenissen. Deze normen gelden specifiek voor de pensioenuitvoerder. In het (nieuwe) artikel 48 Pensioenwet staat namelijk vermeld dat de informatie die de *pensioenuitvoerder* beschikbaar stelt correct, duidelijk en evenwichtig moet zijn.

Ad 2. Meer mogelijkheden digitale verstrekking

Artikel 49 van de Pensioenwet wordt aangepast, in die zin dat de pensioenuitvoerder mag kiezen tussen een schriftelijke of een digitale informatieverstrekking. De huidige pensioenwetgeving heeft daarentegen als uitgangspunt dat de pensioeninformatie schriftelijk verstrekt moet worden, tenzij de deelnemer expliciet toestemming geeft voor digitale verstrekking. Betekent dit nu dat deelnemers in de nieuwe pensioenwetgeving een elektronische verstrekking moeten 'dulden'? Dit is niet het geval. Op basis van het wetsvoorstel kunnen deelnemers bezwaar maken tegen de elektronische verstrekking en moet het mogelijk blijven om informatie schriftelijk te verstrekken aan degenen die dat liever willen. Deze digitale verstrekking speelt bijvoorbeeld een rol bij de basisinformatie over de pensioenregeling die bij indiensttreding door de pensioenuitvoerder verstrekt moet worden. Ook kan gedacht worden aan de periodiek te verstrekken informatie (zoals de jaarlijkse pensioenoverzichten). Het wetsvoorstel heeft voor wat betreft de digitale verstrekking ook gevolgen voor de werkgever. De werkgever moet op grond van het huidige artikel 7 Pensioenwet de werknemer binnen één maand na aanvang van de werkzaamheden informeren over het al dan niet doen van een aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst. Nu nog staat in artikel 7 Pensioenwet vermeld dat de werkgever dit schriftelijk moet doen. De Pensioenwet wordt uitgebreid, in die zin dat de werkgever ook de mogelijkheid heeft om de werknemer dit via de elektronische weg te laten weten. Opvallend is overigens dat specifiek voor deze situatie, de medewerker uitdrukkelijk moet instemmen met het elektronisch verstrekken van de informatie. De regel dat elektronische informatie is toegestaan, tenzij de medewerker bezwaar heeft gemaakt, geldt dus uitsluitend voor de relatie deelnemer-pensioenuitvoerder.

Digitale verstrekking bestaat overigens niet slechts uit het bieden van de mogelijkheid om informatie te 'halen'. Het uitsluitend opnemen van informatie op een website is dus onvoldoende. De pensioenuitvoerder zal een aanvullende handeling moeten verrichten, die maakt dat de informatie 'gebracht' wordt. Het meest voor de hand liggende voorbeeld is informatieverstrekking via de e-mail. Dat roept tegelijkertijd de vraag op wat de consequenties zijn, indien een deelnemer een bericht niet krijgt, bijvoorbeeld omdat hij van e-mailadres is gewisseld. De wetgever merkt op dat het wenselijk is dat pensioenuitvoerders zoveel mogelijk gaan werken met een Berichtenbox van mijnoverheid.nl. Vanuit de Berichtenbox kunnen attenderingsmails of andere elektronische berichten worden verstuurd naar de deelnemer, met de melding dat een bericht klaar staat.

Ad 3. Basisinformatie over de pensioenregeling

De huidige pensioenwetgeving gaat er nu nog van uit dat de basisinformatie over de pensioenregeling uitsluitend verstrekt moet worden bij indiensttreding, in de startbrief. De wetgever vindt het onwenselijk dat uitsluitend op dat moment een verplichte communicatie-uitlating over de basispensioenregeling plaatsvindt. Tegen deze achtergrond heeft de wetgever in het wetsvoorstel laten terugkomen de verplichting van de pensioenuitvoerder om ook op de openbare website van de uitvoerder basisinformatie over de pensioenregeling te verstrekken (zie artikel 46a van de beoogde nieuwe Pensioenwet).

Ook deze regeling heeft consequenties voor de werkgever, nu de werkgever in de beoogde nieuwe pensioenwetgeving de verplichting opgelegd krijgt om ervoor zorg te dragen dat de werknemer (via de pensioenuitvoerder) een brief krijgt met basisinformatie over de pensioenregeling, waarin de werknemer tevens moet worden gewezen op de website van de pensioenuitvoerder.

De zogenoemde startbrief zal overigens beperkter van omvang worden. Uit onderzoek is gebleken dat de huidige startbrief te lang en te weinig aansprekend wordt bevonden, met als gevolg dat deelnemers de startbrief vaak niet lezen. Het aantal verplichte informatie-elementen bij indiensttreding wordt beperkt. Zo hoeft bijvoorbeeld in deze brief geen informatie meer verschaft te worden over de toeslagverlening en de omstandigheden die het functioneren van de pensioenuitvoerder raken. Daarvoor in de plaats komt overigens wel een tweetal andere verplichte elementen van informatieverstrekking. Zo moeten in de basisinformatie over de pensioenregeling de persoonlijke omstandigheden van de werknemer worden geschetst die een actie van hem zouden kunnen vergen. In de basisinformatie moet daarnaast duidelijk een verwijzing moeten worden opgenomen naar de website van het pensioenregister en (zoals gezegd) de website van de pensioenuitvoerder.

In de parlementaire geschiedenis wordt overigens ook expliciet aandacht besteed aan de rol van de werkgever. Opgemerkt wordt dat de werkgever verantwoordelijk is voor het tijdig verstrekken van deze basisgegevens (via de pensioenuitvoerder). Het is dus van belang dat de pensioenuitvoerder en de werkgever over deze gegevensuitwisseling goede afspraken maken. Ook zal bekeken worden of het melden van een nieuwe deelnemer door de werkgever via de Belastingdienst en het UWV aan de pensioenuitvoerder een mogelijkheid is, zodat de werkgever niet separaat de pensioenuitvoerder hoeft te berichten. De werkgever kan overigens ook gebruik maken van een checklist die de Pensioenfederatie heeft opgesteld, waarmee nieuwe werknemers wegwijs worden gemaakt in het onderwerp pensioen.

Ad 4. Een jaarlijks pensioenoverzicht van de opgebouwde pensioenafspraken

Het huidige UPO is behoorlijk omvangrijk, doordat hierin ook wordt vooruit gekeken naar een te bereiken pensioen. In het wetsvoorstel wordt het UPO een stuk beperkter, doordat hierin slechts de pensioenopbouw verantwoord wordt. Het beoogde, nieuwe UPO kijkt dus alleen naar het verleden.

Deze wijziging heeft uitsluitend consequenties voor de verhouding deelnemer-pensioenuitvoerder. Het is namelijk de pensioenuitvoerder die deze overzichten moet toezenden. Indirect kan de werkgever hier wel de gevolgen van ondervinden, bijvoorbeeld in het kader van onderhandelingen over een minnelijke beëindigingsregeling met een oudere medewerker. Voor die onderhandelingen kan het soms behulpzaam zijn als de werkgever inzicht krijgt in de toekomstige pensioensituatie van de werknemer met behulp van het UPO, zodat de beëindigingsregeling daarop afgestemd kan worden. Dat inzicht wordt nu een stuk beperkter, maar het staat een werkgever natuurlijk altijd vrij om in samenspraak met de werknemer alsnog de gewenste informatie bij de pensioenuitvoerder op te vragen. Op verzoek moet die informatie namelijk alsnog beschikbaar worden gesteld.

Ad 5. Uitbreiding van het pensioenregister

Het wetsvoorstel heeft gelijk ook consequenties voor het zogenoemde pensioenregister. De wetgeving beoogt het pensioenregister uit te breiden met nieuwe functionaliteiten. Die functionaliteiten moeten de deelnemer de mogelijkheid bieden om zelf informatie naar zich toe te halen over bijvoorbeeld hoeveel pensioen hij krijgt, of dat voldoende is en welke actie mogelijk of nodig is. De doelomschrijving van het pensioenregister wordt hierop aangepast. Een en ander zal zijn beslag gaan krijgen in artikel 51 van de beoogde nieuwe Pensioenwet. Nadere regels over het pensioenregister zullen bij algemene maatregel van bestuur gesteld worden.

De uitbreiding van het pensioenregister heeft niet direct gevolgen voor de relatie werknemer-werkgever. Het is de pensioenuitvoerder die dit pensioenregister moet inrichten en in stand houden.

Ad 6. Koopkracht en risico's

Artikel 51 Pensioenwet schrijft tevens voor dat het pensioenregister drie scenario's moet schetsen, te weten het pessimistische, het verwachte en het optimistische scenario.

Drie Nota's van Wijziging

Tijdens de parlementaire behandeling zijn drie Nota's van Wijziging voorgesteld. De Eerste Nota van Wijziging ziet erop dat aan de basisinformatie over de pensioenregeling ook wordt toegevoegd informatie die wordt verstrekt over de uitvoering van de pensioenregeling. Het gaat hier met name over basisinformatie over de financiële situatie van het pensioenfonds, waaronder de beleidsdekkingsgraad. De wetgever acht het (toch) wenselijk dat deze basisinformatie in de nieuwe startbrief en op de website van het pensioenfonds wordt opgenomen.

Daarnaast ziet de Eerste Nota van Wijziging op een aanpassing van artikel 43 Pensioenwet, met tot gevolg dat toekomstige pensioengerechtigden informatie moeten krijgen die specifiek in het kader van de pensioeningang van belang is. Het gaat hier om een redelijke periode voorafgaand aan de pensioeningang, waarbij de informatieverstrekking met name ziet op een aantal belangrijke keuzemogelijkheden. Het betreft hier bijvoorbeeld de keuze voor een zogenoemd hoog-laag pensioen, de keuze om eerder of later met pensioen te gaan, de keuze om nabestaandenpensioen om te ruilen in ouderdomspensioen en de mogelijkheid om in het geval van een premieovereenkomst of kapitaalovereenkomst te 'shoppen' voor de uitkeringsfase. De redelijke periode wordt niet geconcretiseerd, maar de wetgever merkt op dat dat afhangt van de keuzes die kunnen worden gemaakt. Ook introduceert de wetgever in de Eerste Nota van Wijziging de mogelijkheid om het te bereiken pensioen niet uitsluitend in reële pensioenbedragen weer te geven, maar ook in een nominaal pensioenbedrag. De overige wijzigingen behelzen meer redactionele wijzigingen.

De Tweede Nota van Wijziging ziet op het verzoek van waardeoverdracht voor zover dit nettopensioen betreft. Aan het verzoek kan pas gehoor worden gegeven, indien de ontvangende pensioenuitvoerder ook een regeling voor nettopensioen uitvoert.

De Derde Nota van Wijziging ziet op twee technische correcties.

Overigens zijn ook nog een tweetal amendementen en vijf moties aangenomen. Een in het oog springend amendement ziet erop dat deelnemers één keer per jaar mogen wisselen tussen digitale en schriftelijke communicatie. Daarnaast valt op de motie waarin wordt verzocht te onderzoeken of de derde pijler kan worden toegevoegd aan het pensioenregister.

Tot slot

Nadat ook de Eerste Kamer de Wet pensioencommunicatie aangenomen zal hebben, betekent dit dat pensioen-uitvoerders hun communicatiebeleid kritisch moeten evalueren en op een aantal punten moeten aanpassen. Ook zal dit er naar verwachting toe gaan leiden dat pensioenuitvoerders met de werkgever opnieuw om tafel moeten gaan om door te spreken over een goede afstemming in de communicatie. Via dit kennisportal wordt u op de hoogte gehouden van nieuwe ontwikkelingen op het gebied van de Wet pensioencommunicatie.

Frederique Hoppers

Telefoon: +31 (0)24 381 31 26

E-mailadres: hoppers@dirkzwager.nl

Veranderingen financieel toetsingskader voor pensioenfondsen op een rij!

Pensioenfondsen moeten voldoen aan een financieel toetsingskader (FTK), welk kader onder andere verwoord staat in de Pensioenwet en het Besluit FTK. Zo zijn er regels geformuleerd over de minimale hoogte van de premie, het (minimaal) vereist eigen vermogen, hoe te handelen bij een reserve- en dekkingstekort en het beleggingsbeleid. Deze regels hebben steeds als insteek het daadwerkelijk kunnen waarmaken van de pensioentoezeggingen die aan deelnemers gedaan zijn. Het 'oude' FTK leidde in de praktijk in toenemende mate tot knelpunten, die onder andere resulteerden in abrupte, omvangrijke kortingen van de pensioenaanspraken en –uitkeringen, hogere pensioenpremies en het regelmatig uitblijven van indexaties. Het per 1 januari 2015 geldende nieuw FTK (nFTK) beoogt deze knelpunten weg te nemen. In deze bijdrage volgt per thema een overzicht van de belangrijkste, nieuwe toezichtkaders.

Herstelplansystematiek

Voor de vaststelling van de financiële positie van het pensioenfonds wordt voortaan niet langer uitgegaan van de actuele dekkinggraad, maar van de beleidsdekkinggraad. Dit is het voortschrijdend gemiddelde van de dekkinggraden in de afgelopen 12 maanden.

Het onderscheid tussen het kortetermijnherstelplan (met een looptijd van 3 jaar) en het langetermijnherstelplan (met een looptijd van 15 jaar) verdwijnt. Het kortetermijnherstelplan moest worden opgesteld bij een dekkingstekort, dus als de actuele dekkinggraad van het fonds onder het minimaal vereist eigen vermogen (MVEV) zat, dus onder 105%. Een langetermijnhersteltermijn was aan de orde bij een reservetekort, dus als de actuele dekkinggraad onder het vereist eigen vermogen (VEV) zat. De hoogte van het VEV is afhankelijk van de situatie van het fonds (waaronder het beleggingsprofiel), maar kwam gemiddeld neer op circa 121%. Het VEV moet zodanig zijn vastgesteld dat slechts een kans bestaat van maximaal 2,5% dat het fonds een jaar later in onderdekking raakt.

Het nFTK gaat uit van één herstelplan, met een looptijd van 10 jaar. DNB kan overigens

een kortere periode vaststellen (bijvoorbeeld bij een vergrijsd deelnemersbestand). Als overgangsmaatregel geldt in 2015 een herstelperiode van 12 jaar en in 2016 een herstelperiode van 11 jaar. Dat herstelplan moet worden opgesteld bij een beleidsdekkinggraad beneden het VEV. In dat herstelplan mogen de maatregelen tijdsevenredig worden gespreid (dus over 12, 11 respectievelijk 10 jaar). Dit ziet ook op de eventuele kortingsmaatregel (als ultimum remedium). De korting moet in het eerste jaar dan onvoorwaardelijk toegepast worden; in de daarop volgende jaren is de korting voorwaardelijk (afhankelijk van de dekkinggraad). Ieder jaar moet opnieuw een herstelplan worden opgesteld voor de komende 10 jaar, als op dat moment wederom de dekkinggraad beneden het niveau van het VEV zit. De herstelmaatregelen worden dan vastgesteld op basis van het reservetekort van dat nieuwe meetmoment. Het herstelplan vervalt zodra de beleidsdekkinggraad boven het VEV zit. Met dit nFTK doet zich niet langer de situatie voor dat kort aan het eind van de looptijd van het herstelplan, bij een dekkinggraad beneden het niveau van het VEV, alsnog de abrupte maatregel van een omvangrijke korting genomen moet worden. Het VEV gaat overigens iets omhoog, met circa 5 procentpunt. Dit komt gemiddeld neer op een VEV van circa 126%.

Indien zich bij het fonds de situatie voordoet dat aaneengesloten in een periode van 5 jaar een dekkingstekort bestaat (waarbij zowel de actuele als de beleidsdekkinggraad onder het niveau van het MVEV zit), moeten er direct maatregelen (zoals een korting) genomen worden. Ook hier mag de korting gespreid worden, met dien verstande dat alle kortingen onvoorwaardelijk zijn.

Kostendekkende premie

De Pensioenwet schrijft voor dat de premie minimaal kostendekkend moet zijn. Bij het vaststellen van de kostendekkende premie moet onder andere rekening worden gehouden met de premie die actuariael benodigd is voor de aangroei van pensioenverplichtingen (technische voorzieningen), een opslag voor de uitvoeringskosten van het fonds en een opslag voor de buffer (VEV).

Het nFTK biedt twee methoden om de premie te dempen: door kort gezegd rekening te houden met de rente van de afgelopen 10 jaar of het verwacht rendement (voor maximaal 5 jaar vastgezet). Indien gedempt wordt aan de hand van het verwacht rendement, geldt als aanvullende eis voor de kostendekkende premie dat een opslag voor de voorwaardelijke indexatie vereist is. Als deze opslag hoger is dan de opslag voor de buffer (het in stand houden van het VEV), gaat de opslag voor indexatie voor. De voorwaarde in het oude FTK dat in geval van een dekking- of reservetekort de premie moet bijdragen aan herstel, vervalt. Het premiebeleid van het fonds moet vooraf worden vastgelegd.

Onder zeer strenge voorwaarden is premiekorting mogelijk: zo moet de beleidsdekkingsgraad uitstijgen boven het VEV en moeten de ambities (inclusief indexatie) de afgelopen 10 jaar zijn waargemaakt.

Indexatie

Er is een toeslagdrempel geïntroduceerd: een minimale dekkingsgraad van 110%. Ook formuleert het nFTK een indexatieregeling, die er in de praktijk op neerkomt dat maximaal 0,1% geïndexeerd mag worden voor iedere procent dat de beleidsdekkingsgraad uitstijgt boven 110%. Het nFTK formuleert tevens een aantal strenge regels rondom inhaalindexatie en compensatie kortingen. De beleidsdekkingsgraad moet fors uitstijgen boven de dekkingsgraad waarin volledige indexatie mogelijk is (waarbij 20% van dat verschil benut mag worden). Vooraf moet het fonds het indexatiebeleid vastleggen.

Beleggingen

Ook onder het nFTK geldt de prudent person regel (zie artikel 135 PW en 13/13a Besluit FTK), maar er gaat een verduidelijking in lagere regelgeving volgen. Die verduidelijking ziet onder andere op governance eisen, onderbouwing fonds dat strategisch beleggingsbeleid past binnen prudent person en regels met betrekking tot de uitbesteding van vermogensbeheer. In geval van een reservetekort mag het fonds het risicoprofiel niet vergroten. Daarop is overigens een eenmalige uitzondering gemaakt (namelijk per 1 januari 2015 is dit wel mogelijk geweest).

Financieel crisisplan

Het pensioenfonds moet op grond van artikel 29b Besluit FTK een financieel crisisplan vooraf gereed hebben. Overigens stond dit voorheen verwoord in de Beleidsregel DNB financieel crisisplan. Dit financieel crisisplan wordt als onderdeel van de actuariële en bedrijfstechnische nota opgenomen. Doelstelling van dit plan is dat het fonds gedwongen wordt om vooraf na te denken over het realiteitsgehalte en de effectiviteit van herstelmaatregelen.

Haalbaarheidstoets

Er is een haalbaarheidstoets geïntroduceerd, ter vervanging van de continuïteitsanalyse. Die toets moet ook aandacht besteden aan slecht weer-scenario's. De toets moet inzicht geven in de samenhang van de financiële opzet met het verwachte

pensioenresultaat en de risico's die daarbij gelden. Kan het beoogde resultaat wel behaald worden, wat is de bandbreedte etc.?

Zo'n haalbaarheidstoets moet in ieder geval worden uitgevoerd bij de implementatie van het nFTK en bij de introductie van een nieuwe pensioenregeling.

UFR

Niet als gevolg van het nFTK, maar toch het vermelden waard: per 15 juli 2015 is een nieuwe UFR vastgesteld, gelijk aan het 10-jaars voortschrijdend gemiddelde van de 20-jaars forwardrentes. Aan de hand van deze UFR moet het pensioenfonds de pensioenverplichtingen berekenen. De hoogte van de UFR is dus onder andere van invloed op de hoogte van de dekkingsgraad van het fonds. De nieuwe UFR heeft bij veel fondsen geleid tot een lagere dekkingsgraad.

Binnenkort verschijnt op dit kennisportal het whitepaper Pensioen & Financieel Toezicht. Daarin wordt naast aandacht voor het nFTK ook aandacht gevraagd voor andere actualiteiten in wet- en regelgeving en rechtspraak die het pensioentoezicht betreffen.

Frederique Hoppers

Telefoon: +31 (0)24 381 31 26

E-mailadres: hoppers@dirkzwager.nl

Fiscale en civiele aandachtspunten nettopensioen: laatste stand van zaken

Recent heeft PFZW aangekondigd bezig te zijn met een netto ouderdomspensioenproduct. Ook andere pensioenfondsen zijn hier momenteel serieus mee bezig.

Specifiek bij nettopensioenregelingen van pensioenfondsen gelden bijzondere aandachtspunten. Wanneer het gaat om bedrijfstakpensioenfondsen (in plaats van ondernemingspensioenfondsen) zijn er zelfs aanvullende aandachtspunten. Sommige aangestipte aandachtspunten zijn achterhaald, andere punten blijken binnen de context van de Pensioenwet en Besluit uitvoering Pensioenwet niet helemaal juist te zijn. Geldt er bijvoorbeeld nu wel of niet een verplichte werkgeversbijdrage in nettopensioen van minimaal 10%? En hoe werkt dit door ten opzichte van werknemers die niet willen deelnemen in een nettopensioenregeling? Een andere belangrijke vraag is hoe we de vrijwilligheid moeten opvatten, zowel vanuit het perspectief van de werknemer als de werkgever. Moet de werkgever bijvoorbeeld dispensatie vragen van een nettopensioenregeling bij een bedrijfstakpensioenfonds en zo ja, voorziet het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 (Vrijstellingsbesluit) in deze dispensatiemogelijkheid? Op deze vragen wordt in onderhavige bijdrage ingegaan.

Achtergrond

Als gevolg van het nieuwe Witteveenkader per 1 januari 2015 is de fiscaal gefaciliteerde pensioenopbouw afgetopt bij een jaarsalaris van € 100.000,- bruto. In het verlengde hiervan heeft de wetgever het mogelijk gemaakt om binnen de tweede pijler tonplussers te laten sparen voor een nettopensioen, overigens alleen op basis van een pensioenregeling met het karakter van een premieovereenkomst. Op fiscaal terrein geldt hiervoor de vrijstelling van vermogensrendementsheffing (box 3 IB), zodat er toch nog een fiscaal voordeel verbonden is aan sparen voor pensioen.

Vrijwilligheid

Een belangrijke randvoorwaarde voor dit nettopensioen is de vrijwilligheid voor de werknemer. Maar hoe verhoudt deze vrijwilligheid zich tot het uitgangspunt dat bij een bedrijfstakpensioenfonds aangesloten werkgevers verplicht zijn om een nettopensioenregeling van het fonds aan pensioendeelnemers aan te bieden? Met die verplichtstelling wordt nadrukkelijk niet bedoeld dat de pensioendeelnemer verplicht

is om deel te nemen aan het nettopensioen. Dat blijft altijd een vrijwillige keuze van de deelnemer. De verplichtstelling betekent slechts dat de werkgever de nettopensioenregeling moet aanbieden, voor zover het betreffende bedrijfstakpensioenfonds een nettopensioenregeling heeft.

Dispensatie/vrijstelling van de verplichtstelling

De werknemer kan dus altijd afzien van het nettopensioen dat aangeboden wordt. De werkgever daarentegen moet de nettopensioenregeling van het bedrijfstakpensioenfonds wel ter keuze aanbieden. Hierop is vorig jaar veel kritiek geweest, omdat dit onder andere tot oneerlijke concurrentie van bedrijfstakpensioenfondsen ten opzichte van verzekeraars zou kunnen leiden. Uiteindelijk heeft dit geresulteerd in een aanpassing van het Vrijstellingsbesluit, met als uitgangspunt dat verplicht gestelde werkgevers zelf mogen kiezen of zij de nettopensioenregeling laten uitvoeren door het voor hen geldende (verplichte) fonds of een verzekeraar (zie artikel 4a van het Vrijstellingsbesluit). betreft.

Zo op het eerste oog lijkt een werkgever dus niet te hoeven vrezen voor een verplichte aanbieding van nettopensioen van het eigen bedrijfstakpensioenfonds. Echter, dit uitgangspunt verdient nuancering. Er hoeft namelijk uitsluitend geen nettopensioenregeling (ook niet bij een verzekeraar) te worden aangeboden, voor zover het bedrijfstakpensioenfonds geen nettopensioenregeling kent. Als het bedrijfstakpensioenfonds zo'n nettopensioenregeling wel kent, geldt weliswaar dat de werkgever dispensatie kan vragen, maar daar is een belangrijke voorwaarde aan verbonden. Uit de voorwaarde van artikel 7 lid 8 vloeit namelijk voort dat de werkgever pas in aanmerking kan komen voor een vrijstelling, als er minimaal een gelijkwaardige nettopensioenregeling bij een verzekeraar wordt aangeboden. Die gelijkwaardigheid ziet niet uitsluitend op de hoogte van de in te leggen premies, maar ook op de hoogte van de werkgeversbijdrage.

Werkgeversbijdrage

In het licht van bovenstaande vrijstellingsvoorwaarde van een minimaal gelijke werkgeversbijdrage, is het interessant om na te gaan of er bij een nettopensioenregeling van een pensioenfonds een verplichte werkgeversbijdrage geldt. Met regelmaat lees ik terug dat bij een nettopensioenregeling in een pensioenfonds een minimale werkgeversbijdrage van 10% geldt. Bij dispensatie van een nettopensioenregeling in een bedrijfstakpensioenfonds, doordat de werkgever de nettopensioenregeling door een verzekeraar wil laten uitvoeren, geldt dan op grond van het Vrijstellingsbesluit tenminste een gelijke werkgeversbijdrage. Is dit wel een terechte uitlating? Kamerlid Ladders heeft hier vorig jaar al vragen over gesteld.

Die minimale werkgeversbijdrage van 10% is geënt op artikel 120 lid 2 sub a Pensioenwet en houdt verband met de productafbakeningseisen van pensioenfondsen ten opzichte van verzekeraars. In genoemd artikellid wordt gerefereerd aan de zuivere premieovereenkomst, dus waarbij de premies tot de pensioendatum belegd worden. Artikel 120 lid 2 noemt echter ook twee andere premieovereenkomsten, waar de minimale werkgeversbijdrage niet geldt. Zo is er ook de premieovereenkomst waarbij de premies ingelegd worden en eerst bij einde deelneming omgezet worden in een kapitaal. In dat geval wordt de werkgever dus in beginsel niet geconfronteerd met een minimale werkgeversbijdrage! Pensioenfondsen moeten hierop bedacht zijn bij de vormgeving van het nettopensioenproduct.

Deze toelichting is overigens ook door de regering verschaft in reactie op de motie van Kamerlid Lodders en blijkt bovendien uit de tekst van artikel 41 Besluit uitvoering Pensioenwet, waarin niet uitsluitend de zuivere premieovereenkomst als nettopensioenregeling genoemd wordt.

Overigens is het ook interessant om na te gaan of er nog een andere grondslag voor een minimale werkgeversbijdrage bestaat, bijvoorbeeld in de arbeidsovereenkomst of cao. Discussie hierover is mogelijk, hoewel hierover momenteel opvallend genoeg weinig gediscussieerd wordt. Het verdient mijns inziens aanbeveling dat cao-partners zich hierover gaan uitlaten. Mijns inziens ligt het meer voor de hand om de huidige premieverdelingen uitsluitend toe te passen op fiscaal gefaciliteerde pensioenopbouw en dus niet op nettopensioenregelingen. Uitgangspunt bij nettopensioenregelingen is niet voor niets dat dit uit het (netto) loon van de werknemer betaald wordt.

Fiscale voorwaarde: gelijke bijdrage aan vergelijkbare werknemers

Stel dat de werkgever een bijdrage in de nettopensioenregeling verstrekt, al dan niet omdat de Pensioenwet daartoe (via artikel 120) verplicht. Op grond van de Wet IB moet de werkgever eenzelfde vergoeding aan vergelijkbare werknemers verstrekken die besloten hebben niet deel te nemen in het nettopensioen. Die vergoeding vindt dan in de loonsfeer plaats. Het is verstandig dit punt in ogenschouw te nemen bij de afweging een bepaalde werknemer al dan niet een directe bijdrage te verlenen voor nettopensioen.

Kortom

Het nettopensioenproduct kent dus een aantal fiscale en civiele aandachtspunten. Werkgevers die verplicht deelnemer zijn in een bedrijfstakpensioenfonds worden voor de keuze gesteld zodra het bedrijfstakpensioenfonds het nettopensioenproduct geïntroduceerd heeft. Wordt al dan niet dispensatie aangevraagd? En zo ja, dan zal aangetoond moeten worden dat een gelijkwaardig nettopensioenproduct bij een

verzekeraar (minimaal gelijke premie etc.) gerealiseerd is. Bovendien is het op basis van de specifieke kenmerken van de nettopensioenregeling bij het pensioenfonds noodzakelijk om na te gaan of er een minimale werkgeversbijdrage geldt. Tot slot moet in geval van een bijdrage rekening gehouden worden met een gelijke bijdrage aan vergelijkbare werknemers die besloten hebben niet deel te nemen in de aangeboden nettopensioenregeling.

Frederique Hoppers

Telefoon: +31 (0)24 381 31 26

E-mailadres: hoppers@dirkzwager.nl

Achterstallige pensioenpremies bij overgang van onderneming

Op 1 september 2015 heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden uitspraak gedaan in een kwestie waarbij het bedrijfstakpensioenfonds de verkrijgende werkgever bij een overgang van onderneming aanspreekt tot betaling van de onbetaald gelaten pensioenpremies. Een uitspraak die ook voor andere bedrijven in een overgang van onderneming-situatie, zoals bij een juridische fusie of een activa-/passiva transactie, zeer interessant is.

Casus

GOM is een schoonmaakbedrijf dat verplicht deelnemer is in het bedrijfstakpensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf (hierna: het Bpf Schoonmaak). In 2008 heeft GOM de activa gekocht van VBG. Ook VBG was verplicht deelnemer in het Bpf Schoonmaak. In de koopovereenkomst wordt gerefereerd aan een betalingsachterstand met betrekking tot de pensioenregeling ("pensioenachterstand"), waarbij binnen een bepaalde termijn de hoogte van de pensioenachterstand moet worden medegedeeld en eerst hierna een definitieve koopprijs zal worden vastgesteld. Ook is in de koopovereenkomst een vrijwaringsclausule opgenomen, die er kort gezegd op neer komt dat verkoper de koper vrijwaart voor alle claims van o.a. de pensioenuitvoerder die betrekking hebben op of voortvloeien uit de periode van vóór de transactiedatum. De activa-/passiva transactie heeft geresulteerd in een zogenoemde overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 e.v. Burgerlijk Wetboek (BW). Na de overgang heeft de kopende partij (GOM) de pensioenregeling voor de werknemers bij het Bpf gecontinueerd, eenvoudigweg omdat ook GOM voor haar werknemers verplicht deelnemer is in het Bpf.

Op enig moment heeft het Bpf zich gemeld bij de kopende partij, GOM, met de sommatie om de achterstallige pensioenpremies (waarbij het een achterstand betreft die is ontstaan vóór de transactiedatum) te voldoen. De verkopende partij is na het sluiten van de koopovereenkomst in staat van faillissement verklaard, hetgeen de vordering van het Bpf jegens GOM nog beter verklaart.

Kernvraag is of het Bpf jegens de kopende partij (in dit geval GOM) een zelfstandig vorderingsrecht heeft terzake van pensioenpremies die vóór het moment van overgang achterstallig zijn geworden en zo ja, waarop deze zelfstandige grondslag dan is gebaseerd. Dit laatste is van belang voor de afbakening; wanneer moet de kopende

partij wel rekening houden met het voldoen van achterstallige premies en wanneer niet?

In eerste aanleg heeft de kantonrechter in een tussenuitspraak overwogen dat ook pensioen een arbeidsvoorwaarde is en daardoor bij overgang van onderneming in beginsel mee overgaat van de vervreemder naar de verkrijger, inclusief de verplichting om de voor de overgang van onderneming onbetaald gelaten premies af te dragen. De kantonrechter concludeert vervolgens dat een redelijke wetsuitleg van de bepalingen rondom Wet overgang van onderneming de conclusie rechtvaardigt dat een Bpf een zelfstandig vorderingsrecht kan ontleen aan deze wet voor de inning van onbetaald gelaten premies.

In het tussentijds hoger beroep dient GOM twee grieven in, waarbij in het bijzonder ter discussie wordt gesteld (1) welke pensioenverplichtingen via de Wet overgang van onderneming mee overgaan en (2) of een Bpf aan de Wet overgang van onderneming daadwerkelijk een zelfstandig vorderingsrecht kan ontleen.

Gaat een pensioenverplichting mee over?

Het hof gaat allereerst in op de vraag of een pensioenregeling bij een Bpf tot de "rechten en verplichtingen voortvloeiende uit de arbeidsovereenkomst" als bedoeld in artikel 7:663 BW behoort. Dit wetsartikel schrijft onder meer voor dat bij een overgang van onderneming alle rechten en verplichtingen voortvloeiende uit de arbeidsovereenkomst gerespecteerd moeten worden. Het gerechtshof overweegt dat genoemd artikel ook voor pensioenovereenkomsten/pensioentoezeggingen geldt. Daarbij moet wel rekening worden gehouden met het hierop volgende artikel (artikel 7:664 BW) dat een aantal uitzonderingen formuleert, in welk geval de pensioentoezegging toch niet gerespecteerd hoeft te worden ('de pensioenuitzonderingen'). In onderhavige kwestie doen deze pensioenuitzonderingen zich niet voor (en geldt dus de hoofdregel), omdat in het tweede lid van artikel 7:664 BW een uitzondering op de pensioenuitzonderingen geformuleerd staat. Deze uitzondering komt neer op de situatie waarin een overgaande deelnemer reeds verplicht is deel te nemen in een bedrijfstakpensioenfonds voorafgaand aan de overgang en ook na de overgang daartoe verplicht is. Terug naar de casus: de verkoper was vóór de overgang onderworpen aan een verplichte deelneming van de werknemers in het Bpf Schoonmaak en ook de koper is onderworpen aan diezelfde verplichte deelneming in het Bpf Schoonmaak. Kortom: artikel 7:663 BW, waaruit onder meer voortvloeit dat alle rechten en verplichtingen voortvloeiende uit de arbeidsovereenkomst gerespecteerd moeten worden, vindt toch toepassing. Tot zover is de redenering goed te volgen.

Ik vind het echter merkwaardig dat het gerechtshof deze vraag vervolgens niet specifiek beantwoordt in de context van welke aspecten zien op de pensioenovereenkomst en welke aspecten hierop geen betrekking hebben, maar slechts de pensioenuitvoering behelzen. Uitsluitend de rechten en verplichtingen voortvloeiende uit de pensioenovereenkomst – die de rechtsbetrekking tussen werkgever en werknemer behelzen – vallen namelijk onder de regels van de Wet overgang van onderneming. Met andere woorden: is de verplichting van de werkgever om de premies te voldoen, een verplichting die onderdeel uitmaakt van de pensioenovereenkomst, of betreft dit een verplichting die een werkgever slechts jegens een fonds uit hoofde van een uitvoeringsovereenkomst of uitvoeringsreglement heeft? In deze laatste situatie gaat de verplichting tot premiebetaling niet mee over. Zeker onder de Pensioenwet, waarin een duidelijke scheiding is aangebracht tussen enerzijds de pensioenovereenkomst en anderzijds de uitvoering, zie ik aanleiding om bij deze laatste situatie aansluiting te zoeken. Uiteraard is voor dit vraagstuk ook de tekst van de pensioenovereenkomst relevant. Het Bpf Schoonmaak lijkt op deze discussie voor te sorteren door te verwijzen naar artikel 2 lid 2 Pensioenwet, waarin staat vermeld dat met een pensioenovereenkomst gelijk wordt gesteld de rechtsbetrekking tussen een werkgever en een werknemer met betrekking tot pensioen in geval van een verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds. Echter, ook hier staat weer de rechtsbetrekking tussen werkgever en werknemer centraal en niet de rechtsbetrekking tussen werkgever en het fonds (zoals onder meer de premieplicht uit hoofde van het uitvoeringsreglement)!

Kortom: de motivering van het gerechtshof is ietwat summier. De overweging dat pensioenverplichtingen mee overgaan kan ik tot op zekere hoogte volgen, maar...

geldt dit dus ook voor de verplichting tot betaling van de pensioenpremies?

Deze vraag behandelt het gerechtshof – mijns inziens ten onrechte – in de context van de tweede volzin van artikel 7:663 BW. In de tweede volzin van genoemd wetsartikel staat slechts het volgende vermeld:

“Evenwel is die werkgever nog gedurende één jaar na de overgang naast de verkrijger hoofdelijk verbonden voor de nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, die zijn ontstaan vóór dat tijdstip.”

Met de woorden “die werkgever” wordt volgens het hof de vervreemdende werkgever bedoeld, terwijl met het woordje “naast” bedoeld wordt op de verkrijgende werkgever. Met andere woorden: de verkrijgende partij is voor de (pensioen)verplichtingen die mee zijn overgegaan sowieso aansprakelijk! Daarvoor geldt geen beperking in tijd of iets dergelijks. Deze tweede volzin van artikel 7:663 BW lijkt mij daardoor minder interessant; slechts als de vervreemdende partij zou zijn aangesproken is het relevant

welke mogelijkheden de tweede volzin hiertoe biedt. GOM is niet de vervreemdende partij, maar de verkrijgende partij.

Meer van belang is of de verkrijgende partij überhaupt kan worden aangesproken, dus of de premiebetaling kwalificeert als een pensioenverplichting die mee is overgegaan. Daar wordt redelijk summier op ingegaan, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis bij zowel de Pensioen- en Spaarfondsenwet als later bij de Pensioenwet. Er is een aantal malen de vraag gesteld of de overgang van pensioenaanspraken ingevolge artikel 7:663 BW betekent dat de nieuwe werkgever aansprakelijk is voor bijvoorbeeld de affinanciering van de backserviceverplichtingen die bestaan op het moment van de overgang en die nog niet door de vorige werkgever zijn voldaan. Die vraag is weliswaar bevestigend beantwoord, maar het valt te betwijfelen of deze overwegingen zo ruim moeten worden uitgelegd dat alle uitvoeringsaspecten (waaronder de premiebetaling zoals in het onderhavige geval) hieronder moeten worden verstaan. Ter vergelijking: als de backserviceverplichting in het gegeven voorbeeld niet bij de verkrijger kon worden afgedwongen, zou dit rechtstreeks de pensioenovereenkomst hebben geraakt. De eindloonregeling zou dan feitelijk niet meer een aanspraak op pensioen conform het eindloon hebben betekend. Als de premie daarentegen niet door GOM hoeft te worden nabetaald, hebben de werknemers nog net zo'n zelfde pensioenaanspraak in vergelijking tot wanneer de premies wel betaald zouden zijn. Met andere woorden: de pensioenovereenkomst zou nog steeds gerespecteerd zijn gebleven.

Voor een bedrijfstakpensioenfonds geldt bovendien sinds een arrest van de Hoge Raad uit 2012 het adagium ‘geen premie, toch recht’. Ook als de premies niet worden voldaan, kan een deelnemer een pensioenaanspraak jegens een Bpf geldend maken. Met andere woorden: de deelnemer heeft de beschermingsbepaling van artikel 7:663 e.v. niet nodig om zijn pensioenaanspraak geldend te kunnen maken. Toch merkt het gerechtshof op dat dit aspect niet tot een ander oordeel leidt. Met andere woorden: de aansprakelijkheid van de koper jegens de overgegangene werknemers ziet op de pensioenpremies die voorafgaand aan datum overgang onverschuldigd zijn gebleven, waarbij het volgens het hof vooralsnog niet relevant lijkt of de pensioenpremies verschuldigd zijn jegens een verzekeraar of jegens een pensioenfonds. Dit laatste is slechts van belang bij de vraag of de pensioenuitvoerder een zelfstandig vorderingsrecht heeft, waarover in het onderstaande meer.

Biedt de Wet overgang van onderneming een zelfstandig vorderingsrecht aan het Bpf?

Na bevestigende beantwoording van bovenstaande tweede vraag, besteedt het gerechtshof aandacht aan een derde vraag. Die vraag luidt of het Bpf (naast de

overgegangene werknemers) op grond van artikel 7:663 BW een *zelfstandig* vorderingsrecht jegens GOM heeft. Ook deze vraag beantwoordt het hof bevestigend.

Het hof besteedt in dit verband allereerst aandacht aan de uit de pensioenovereenkomst afgeleide verplichtingen, waaronder de verplichting om de statuten, het pensioen- en het uitvoeringsreglement op grond van artikel 4 Wet Bpf na te leven. Vervolgens wordt via de boeg van artikel 7:664 lid 2 BW en artikel 7:663 BW opgemerkt dat de verplichte betaling van de pensioenpremie door VBG aan GOM mee is overgegaan. Dit is echter een overweging die past bij de tweede vraag (of een plicht tot premiebetaling mee overgaat) en niet hoort bij de vraag of de Wet overgang van onderneming naast het recht aan werknemers, ook een recht aan een Bpf geeft om premies te incasseren.

Het hof merkt vervolgens (ten overvloede?) op dat in dit geval zowel de kopende partij als de verkopende partij verplicht deelnemer zijn in het Bpf Schoonmaak en diensten-gevolge verplicht zijn om de statuten en reglementen van dat Bpf na te leven. Ik begrijp de juridische relevantie van deze toevoeging niet. Deze toevoeging heeft eerder geleid tot de constatering dat de pensioenovereenkomst mee overgaat (de uitzondering op de pensioenuitzondering ex 7:664 lid 2 BW vindt daardoor namelijk toepassing en daarmee de hoofdregel van artikel 7:663 BW), maar beantwoordt nog immer niet de vraag waar dat zelfstandig vorderingsrecht van een Bpf op gebaseerd is. Weliswaar heeft de kopende partij ook in de jaren voorafgaand aan de overname eenzelfde uitvoeringsreglement moeten naleven, maar in die periode reikte de verplichting niet verder dan het voldoen van de premies voor het personeel dat *op dat moment* bij de kopende partij in dienst was.

Kortom

Kopende partijen lijken 'veilig' voor achterstallige pensioenpremie's, daar waar zich één van de pensioenuitzonderingen van artikel 7:664 BW voordoet. Bijvoorbeeld als de koper een verzekerde pensioenregeling heeft voor het 'eigen' personeel en die regeling ook gaat aanbieden aan de overgegangene werknemers. In dat geval gaan de pensioenverplichtingen immers sowieso niet mee over en kom je in beginsel aan aansprakelijkheid van de kopende partij niet toe.

Daar waar de pensioenuitzonderingen echter niet aan de orde zijn, zoals in de kwestie die bij het gerechtshof voorlag, bevinden kopers zich op minder veilig terrein. Het is evident dat in dat geval de pensioenovereenkomst van de verkoper gerespecteerd moet worden, maar betekent dit ook dat achterstallige pensioenpremie's dan voldaan moeten worden en kunnen alleen werknemers de koper daarop aanspreken of ook de pensioenuitvoerder? Het arrest van het gerechtshof maakt mijns inziens onvoldoende inzichtelijk waar de scheidslijn zit tussen pensioenverplichtingen in de zin van de

pensioenovereenkomst (die door de Wet overgang van onderneming mee overgaan) en pensioenverplichtingen die meer of slechts de uitvoering behelzen.

Waar het hof bij deze beoordeling geen onderscheid lijkt te willen maken tussen een verzekerde pensioenregeling of een regeling uitgevoerd door een (verplicht)gesteld bedrijfstakpensioenfonds, laat het hof dit onderscheid juist wel weer terugkomen bij de vraag waarop een zelfstandig vorderingsrecht van het Bpf gebaseerd is. Voor dit vraagstuk verwijst het hof namelijk allereerst naar artikel 4 Wet Bpf; dat artikel geldt niet voor de verzekerde pensioenregeling. Vervolgens verwijst het hof wederom naar de bepalingen uit de Wet overgang van onderneming, maar daarmee is nog niet de vraag beantwoord waarom nu juist het Bpf – naast de werknemers voor wie deze wettelijke bepalingen in het leven zijn geroepen – aanspraken kan ontleen aan de Wet overgang van onderneming. Die wet is immers ter bescherming van de werknemers in het leven geroepen. De werknemer heeft bij een onderbrenging van de pensioenregeling bij het bedrijfstakpensioenfonds die bescherming niet nodig, omdat ook bij het onbetaald blijven van de pensioenpremie's een pensioenaanspraak geldend kan worden gemaakt. Hooguit dat sprake is van een afgeleid belang, nu bij grote premieachterstanden de financiële positie van het fonds minder wordt en daardoor een groter risico ontstaat op hogere premies, het uitblijven van indexaties en het doorvoeren van kortingsmaatregelen.

Bovendien wordt niet duidelijk waarom het volgens het hof bij dit vraagstuk relevant is dat de uitvoeringsovereenkomst niet wijzigt, dus dat voor de kopende partij hetzelfde uitvoeringsreglement gold als voor de verkopende partij. Dit aspect is uitsluitend van belang bij de beoordeling of de uitzondering op de pensioenuitzondering ex 7:664 lid 2 BW toepassing vindt, dus of de pensioenovereenkomst al dan niet mee overgaat. Tot slot roept deze overweging bij mij de vraag op of het gerechtshof hiermee bedoelt dat een verzekeraar sowieso nooit een zelfstandig vorderingsrecht jegens de koper terzake achterstallige pensioenpremie's heeft.

Hopelijk levert het vervolg van deze procedure over dit soort vraagstukken meer duidelijkheid.

Due diligence

De uitspraak illustreert in ieder geval dat het belangrijk is om goed boekenonderzoek rondom pensioen te doen op het moment van overgang van onderneming, zoals (soms) bij een activa-/passiva transactie of een juridische fusie. De pensioenachterstanden kunnen fors zijn en daardoor van wezenlijke invloed zijn op de koopprijs, zeker op het moment dat de kopende partij zich realiseert dat zij ook een reëel risico loopt dat een pensioenuitvoerder achterstallige pensioenpremie's van vóór de overnamedatum op haar kan verhalen.

De advocaten op het gebied van het arbeids- en pensioenrecht kunnen een kopende of verkopende partij niet uitsluitend op arbeidsrechtelijke terrein, maar ook op pensioenterrein behulpzaam zijn.

Frederique Hoppers

Telefoon: +31 (0)24 381 31 26

E-mailadres: hoppers@dirkzwager.nl

Legal Knowledge Portal

www.legalknowledgeportal.com

German law: subletting an apartment with “Airbnb” can lead to termination of tenancy agreement without notice

The Berlin regional court ruled that unauthorized subletting of an apartment is a violation of a tenancy agreement that allows the landlord to immediately terminate the tenancy agreement without further notice and warning (LG Berlin, Az 67 S 360/14).

Berlin is popular among tourists. They often use the website AirBnB to rent apartments short-term. The tenant of an apartment in Berlin sublet his apartment via AirBnB to tourists for a period of 12 days. However, he did not ask his landlord for prior permission. After the landlord found out that the tenant used the apartment in this particular way, he terminated the contract of tenancy without prior notice or warning. The tenant argued that the landlord was either obliged to grant permission for the short-term lease or to give him fair warning before terminating the tenancy agreement.

German Law requires the landlord's prior permission for such sub-letting. However, such permission cannot be unreasonably denied (Sec. 540 German Civil Code – BGB). In special constellations, the landlord cannot deny such permission, e.g. when the subtenant is a family member of the tenant. However, this was not the case here. As a consequence the conduct of the tenant was a breach of the tenancy agreement. According to German Law, the landlord can terminate the tenancy agreement without notice in case of an unauthorized subletting. Hereafter, the tenant must hand over the apartment immediately. But even in this case, German Law usually requires a fair warning of the tenant before the termination of the tenancy agreement, so that the tenant may refrain from breaching the agreement. This is due to the harsh effect a termination of the tenancy can have for the tenant.

The importance of the case at hand is that in the view of the court, a warning of the tenant prior to the termination of the tenancy agreement was not required since the breach of contract was especially severe. It was clear for the tenant that he was not allowed to sublease. He also subleased the whole apartment and not only a part of it. Further, the landlord had already previously terminated the tenancy agreement on different grounds. Despite this, the tenant nevertheless sublet the apartment without

prior permission. The Berlin Regional Court found that because of these special circumstances, it was obvious for the tenant that a sublease would never be permitted by the landlord.

The decision is highly relevant due to the popularity of subletting networks like "AirBnB" in larger cities like Berlin. However, landlords should not be tempted to terminate tenancy agreements without a fair warning. Without the special circumstances in this case, the court might have required a prior warning or notice for the tenant before terminating the tenanc

Buse Heberer Fromm

Germany

E-mailadres: buse@legalknowledgeportal.com

www.legalknowledgeportal.com

Implementation of MiFID II

The Swedish Securities Market Commission has published a report with proposals on how the Directive (MiFID II) and the Regulation (MiFIR) on markets in financial instruments should be implemented in to Swedish law. The regulations are coming into force on January 3, 2017. The Securities Market Commission proposes, inter alia, the following changes in Sweden:

The prohibition against receiving compensation from third parties will apply to all advisory services, independent or not, to non-professional clients. The same should apply for portfolio management provided to non-professional clients. The Inquiry proposes that the prohibition be designed so that benefits from a third party that may have a negative effect on clients' interests be forbidden and that the Swedish Financial Authority be given the right to prescribe in detail the benefits in question. If an independent advisor or portfolio manager accepts a benefit from a third party the advisor/manager must forward this benefit to the client.

If the investment firm has informed the client that the advice is independent, the firm may not accept and retain benefits from any third party. The same shall apply to institutions which provide portfolio management and securities firm providing portfolio management and independent investment advice to professional clients. Only companies that do not receive and retain compensation from other than the client who exclusively provides advice on external products can call themselves independent advisors or act in the capacity to provide independent advice.

An investment firm, when rendering services to clients, may not accept benefits from anyone other than the client, unless the client has been informed of the benefit and the benefit is designed to enhance the quality of the service concerned and does not prevent the firm from complying with its duty to act in the best interest of its clients. The prohibition on accepting and retaining benefits from third parties that may have a negative impact on clients' interests will also apply to insurance companies and insurance intermediaries when they provide financial advice to consumers in the course of their ordinary business. The same shall apply according the rule stating that only companies that do not receive compensation from other than the client and who exclusively provides advice on external products may call themselves independent advisors or act in the capacity to provide independent advice. Fund Management and

AIF-managers may in its regular operations only give advice on funds that the company or the administrator manages itself, why the prohibition on accepting and retaining benefits is not relevant for these types of businesses. If a fund management company or an AIF-Manager gives advice affordable support in a side business license should be rules on commissions apply.

Commission prohibition should be designed in such way that there are commissions paid in correlation with advice or portfolio management that are to be prohibited. Correlation should be interpreted restrictively in order to prevent circumvention of the commission prohibition. Commission prohibition should not be able to be circumvented by, for example, the client being asked to self-complete the purchase, for example, via an Internet service. If the clients transaction in such cases leads to a compensation that in some way could give the adviser benefit, it is a compensation in correlation with advice that could be prohibited. Even if the clients orders are executed by a different company and this company is the primarily receiver of the compensation, it may be a case of a prohibited compensation, if the compensation finally reaches the adviser or any company with close connection to the advisor.

Hökerberg & Söderqvist

Sweden

E-mailadres: hokerberg-soderqvist@legalknowledgeportal.com

www.legalknowledgeportal.com

The future of aviation insurance in 2015

The year 2014 was devastating for the aviation world. Major incidents resulting in the tragic loss of hundreds of victims covered the headlines throughout the year, including the most recent disappearance of an AirAsia Jet carrying 162 people. The weight of these catastrophes on relatives and loved ones is unimaginable.

These disasters also affect the aviation insurance market. But, what will the consequences look like moving forward into 2015? [Allianz released its global claims review study](#) for 2014, which said that the cost of aviation claims along with those catastrophic losses are pushing rates higher. It said, "The increasing complexity of aircraft design has implications for claims cost."

International military aggression fuels increased war-risk insurance rates

Malaysia Airlines Flight MH17 was shot down over Ukraine last July, and fighting broke out at a Tripoli airport while militants attacked a Karachi airport last June. These war-risk incidents resulted in [substantial losses for insurers](#) and thus resulted in war-risk insurance rates going up dramatically. They could also affect the aviation hull and liability market.

Specifically pertaining to the war risk market, ratings agency AM Best predicted a surge in premiums as a result of global conflicts, saying, "For the niche aviation war risk market, losses ... will considerably outweigh premiums written and insurers are expected to react with substantial rate increases. The rate increases will be constrained by the high level of capacity serving the aviation market."

Global insurance firm Willis' head of transportation broking and chief executive of Aerospace, Philip Smaje, estimated that [hull war rates could rise as high as 300 percent](#) due to the recent disasters

Incidents resulting from weather inclemency take a toll

The disappearance of Malaysia Airlines Flight MH370; the loss of an Air Algerie flight in Mali during a sandstorm; the crash of a TransAsia Airways plane in Taiwan that went down trying to land in typhoon conditions; and the recent loss of Virgin Galactic SpaceShipTwo, which was underwritten by aviation underwriters rather than space

underwriters, are all examples of recent tragedies that can affect insurance rates in 2015 as well.

“Given the recent losses vs. premiums collected, that would suggest aviation insurance rates in general will increase,” said Dominic Burke, CEO of London-based brokerage Jardine Lloyd Thompson Group P.L.C. However, “the aviation market behaves in its own distinctive way,” he said.

Aviation travel is still one of the safest and most reliable forms of transportation. However, chances are likely that there could be an increase in premiums due to these tragic events of 2014.

USLAW

United States of America

E-mailadres: uslaw@legalknowledgeportal.com

www.legalknowledgeportal.com

Giving with one hand and taking with the other: HMRC responds to European court's rulings on VAT recovery for pension schemes

On 25 November 2014, HMRC issued its long-awaited response to the decisions in *PPG Holdings*^[1] and *ATP Pension Services*^[2] in the form of Revenue and Customs Briefs 43 (2014) and 44 (2014). In the latest instalment of this long-running VAT recovery saga, HMRC seems to have opened the door to claims for refunds, prompting some commentators to predict a £2 billion windfall for pension schemes. However, on closer inspection, it looks as though many pension schemes will find themselves disadvantaged and may end up worse off under the new rules.

A tale of two cases

Key principles emerging:

- Defined Benefit (and Defined Contribution) schemes – employers can recover VAT on services where there is “a direct and immediate link” between the service provided and the employer’s own taxable supplies (*PPG Holdings*)
- Defined Contribution – pooled investments in schemes may correctly be regarded as a Special Investment Fund and are therefore exempt from VAT (*ATP Pension Services*)

HMRC’s new policies

HMRC Brief 43 (2014)

The fundamental change is that HMRC no longer distinguishes between day-to-day administrative costs (VAT on which was previously deductible) and costs incurred relating to the investment management of assets of the scheme (VAT on which was *not* previously deductible). Instead, the employer will potentially be able to deduct input VAT if it receives the supply of services of either type. In determining who receives the

[1] Fiscale Eenheid PPG Holdings v Inspecteur van de Belastingdienst (Case C-26/12)

[2] ATP Pension Service A/S (Case C-464/12)

supply of services HMRC states that the fundamental criterion to be established is “economic reality” and the actual recipient of the supplies. HMRC says the employer must produce contemporaneous evidence that the services are provided to the employer and in particular that the employer is a party to the contract for those services and had paid for them.

HMRC permits as a transitional arrangement the continuation of invoices being split where a scheme receives both administrative and investment management services. In this case the 30%/70% split can be applied, with VAT on 30% of the invoice being treated as referable to administrative services and therefore recoverable.

Comment

The good news is that it is now possible for an employer to deduct input tax where it couldn't before. HMRC has finally conceded that it is not reasonable to maintain a distinction between the administration of a pension scheme and the management of its assets. Therefore any employer who can meet the new criteria can deduct input VAT without needing to distinguish between administration and investment costs.

The bad news is that HMRC appears to be giving with one hand and taking considerably more with the other. It is not certain that schemes which have previously been able to deduct VAT with regard to some services will be able to continue to do so, due to the new HMRC requirement for the services to be commissioned and received by the employer. In assessing whether the services have been received by the employer, HMRC believes that the most useful starting point is to examine the agreements between the parties. The problem lies in the fact that in many cases advisers' contracts are with the scheme trustees and not the employers themselves. If HMRC's view prevails this could represent a significant increase in employers' costs of running DB schemes. It remains to be seen whether HMRC's interpretation of the decision in *PPG Holdings* is legally correct.

HMRC Brief 44 (2014)

In light of the *ATP* judgment HMRC now accepts that pension funds that have all of the following characteristics are Special Investment Funds (**SIFs**) for the purposes of the fund management exemption and so all the services of managing and administering those funds should be, and always should have been, exempt from VAT. Those characteristics are:

- 1 They are solely funded (whether directly or indirectly) by persons to whom the retirement benefit is to be paid;
- 2 The pension customers bear the investment risk;

- 3 The fund contains the pooled contributions of several pension customers; and
- 4 The risk borne by the pension customers is spread over a range of securities.

Only fund management and administration services that are integral to the operation of the pension fund will qualify for exemption.

Comment

Brief 44 is likely to have much less impact on pension schemes than Brief 43 but there are still issues around certainty. For example it is unclear what HMRC means by “solely funded” by persons to whom the benefit is to be paid. Furthermore, it does not change the fact that defined benefit schemes' investment funds are not SIFs as found in *Wheels*.

Claims and retrospective action

- It will be possible to claim a refund of VAT already paid subject to the usual rules on capping (claims for repayment will not be considered for periods ending more than 4 years before the date on which the claim is made).
- Claims should provide clear evidence and provide copies of any documentation used to calculate the claim on request.
- In relation to claims made under the changes outlined in Brief 44, HMRC may reject all or part of a claim if it takes the view that repayment would unjustly enrich the claimant (for example, if it was not the claimant who bore the burden of the tax in question).

Next steps

- Schemes should take steps to protect their position and seek legal/tax advice as soon as possible on their current billing arrangements to optimise the VAT position.
- It would not be wise to continue to rely on the transitional provisions without first checking with HMRC, given that the description of the transitional provisions in HMRC Brief 43 is vague.
- Employers should review whether refunds can be obtained and apply to HMRC as soon as possible, producing all necessary evidence.

Where possible consider restructuring how schemes outsource their administration and how contracts with service providers might be bought within the new rules.

Wedlake Bell

United Kingdom

E-mailadres: wedlakebell@legalknowledgeportal.com

www.legalknowledgeportal.com

The 'entire agreement clause' vs. the haviltex standard

Commercial contracts often contain an 'entire agreement clause'. An entire agreement clause stipulates that the written agreement contains all the arrangements between the parties and usually reads along the lines of: "This agreement constitutes the entire agreement between the parties". This article discusses the effect of an entire agreement clause in a contract drawn up under Dutch law.

Origin of the entire agreement clause

The entire agreement clause comes from US and English law and is related to the 'parol evidence rule' which applies in these traditions. Based on this principle, a written contract contains all the agreements between the parties and evidence from outside this contract is not admitted. This parol evidence rule is not absolute, however; sometimes the court rules that evidence from outside the written contract may nonetheless be admitted. If the parties want to be certain that the parol evidence rule is applied, they include an entire agreement clause in the contract.

Interpretation of contracts under Dutch law

The inclusion of an entire agreement clause has blown over from the English and American legal traditions to the Netherlands. However, Dutch law does not have the parol evidence rule (or an equivalent to this). The so-called Haviltex standard is the main rule in the Netherlands. Based on the Haviltex standard, what is decisive for the interpretation of a contractual provision is what the parties could both reasonably have attributed to this provision in the given circumstances and what they could reasonably expect from each other in this respect. In interpreting a contract, the court can therefore take note for instance of statements made by the parties and draft versions of the final agreement.

Haviltex vs. entire agreement clause

An entire agreement clause excludes these means of evidence (extrinsic to the contract). In its decision of 5 April 2013, the Supreme Court confirmed, however, that in interpreting commercial contracts, the Haviltex standard is the starting point and the circumstances of the case must therefore be taken into account. On grounds of the Haviltex standard, the effect of an entire agreement clause also changes depending on

the circumstances of the case. These days, parties often include an entire agreement clause or copy it from a model contract more or less unthinkingly, without realising its effect. In such a case, it makes sense that in interpreting the contract, the court should nonetheless assign some significance to, for example, statements made and actions performed before the contract was concluded, despite the entire agreement clause. In short: whether the entire agreement clause defeats the Haviltex standard also depends on the circumstances of the case.

Conclusion

An entire agreement clause has a different effect in Dutch law than it does in English or US law. Including an entire agreement clause in a contract which is subject to Dutch law does not automatically mean that in interpreting the contract, the court will not assign any significance to, for example, statements made and actions performed before the contract was concluded.

Dirkzwager advocaten & notarissen

The Netherlands

E-mailadres: dirkzwager@legalknowledgeportal.com

www.legalknowledgeportal.com

Maak kennis met **Dirkzwager**
advocaten & notarissen

Vestiging Arnhem

Postbus 111
6800 AC Arnhem
Velperweg 1
6824 BZ Arnhem

Vestiging Nijmegen

Postbus 55
6500 AB Nijmegen
Van Schaeck Mathonsingel 4
6512 AN Nijmegen

T +31 (0)88 24 24 100

F +31 (0)88 24 24 111

E info@dirkzwager.nl

I www.dirkzwager.nl