



Maak kennis met

**Het beste van
Dirkzwager in 2013**

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 onze juridische kennisportal www.partnerinkennis.nl, de in 2013 geheel vernieuwde app KennisBoek en de internationale kennispagina www.legalknowledgeportal.com.

Zo hebben de juridische specialisten van Dirkwager in 2013 weer meer dan 1.000 digitale artikelen gepubliceerd en deze zijn goed voor ruim 1.500.000 pageviews op onze websites. Een resultaat waar wij trots op zijn en daar laten wij u graag van meegenieten.

In deze bundel vindt u de in 2013 vijf best gelezen juridische artikelen per kennispagina. Voor zo ver u die nog niet eerder heeft kunnen lezen, overzichtelijk per juridisch specialisme gebundeld en op volgorde van populariteit.

Wij wensen u veel leesplezier.

Dirkwager zorgt dat u het weet.

Inhoud

| | |
|---|-----|
| Inleiding | 1 |
| Aanbesteding, mededinging & staatssteun | 3 |
| Onderhandse aanbesteding; keuzevrijheid in uit te nodigen ondernemers | 5 |
| Is de beste prijs garantie op boekingsites mededingingsrechtproof? | 7 |
| Contractsvrijheid kan gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel uitsluiten in private aanbesteding | 10 |
| Financiering van (muziek)cultuur geen staatssteun | 12 |
| Verplichting creëren maatschappelijke waarde | 14 |
| Aansprakelijkheid, schade & verzekering | 15 |
| Proportionele aansprakelijkheid en de 'kansschade' | 17 |
| Stuiting door aanmaning of mededeling kan ook plaatsvinden gedurende een aanhangig geding | 21 |
| De in beslag genomen gestolen auto en het recht van revindicatie | 24 |
| Kan een onderaannemer zich beroepen op algemene voorwaarden van de hoofdaannemer? | 26 |
| Wijziging Bedrijfsregeling Brandregres per 1 januari 2014 | 28 |
| Arbeidsrecht | 31 |
| Oeps, één dag te laat | 33 |
| Onderzoeks- en informatieplicht bij beëindiging met wederzijds goedvinden | 35 |
| Sociaal Plan, gouden handdruk en RVU | 37 |
| Payrolling: het einde in zicht? | 39 |
| Slotje erop? Het verbieden van sociale media tijdens en buiten werktijd | 41 |
| Gezondheidszorg | 45 |
| De Zorgbrede Governancecode in de zorginkoopprocedure | 47 |
| Wijzigingsvoorstel voor winstuitkering in de zorg | 51 |
| IGZ heeft slechts een afgeleid verschoningsrecht | 54 |
| Hof: vergoedingsbeleid CZ in strijd met de wet | 56 |
| Zorgverzekeraar moet 80% betalen aan niet-gecontracteerde aanbieder | 60 |
| Intellectuele eigendom & IT | 63 |
| Rechter spreekt verbod op gebruik sociale media uit | 65 |
| Inbreuk op merkrecht wegens onduidelijke, vage adword advertentie | 68 |
| Wat mag een IT-leverancier doen die op een (gouden) berg met persoonsgegevens zit? | 70 |
| Merkgebruik op Facebook, Twitter, YouTube, Google Adwords en in domeinnaam door wederverkopers en dealers toegestaan? | 75 |
| Hoge Raad staat bewijsbeslag in de cloud toe en neemt andere onduidelijkheden bewijsbeslag weg | 78 |
| Ondernemingsrecht | 85 |
| Een bedrijf beginnen in Duitsland – Rechtsvormen | 87 |
| Onbeperkt salderen per 1 juli 2013 | 90 |
| Schorsing uitvoerbaar bij voorraad verklaring | 92 |
| Bestuursbesluit tot bijeenroeping algemene vergadering; tegenstrijdig belang bestuurder? | 95 |
| Terzijdestelling statutaire blokkeringsregeling | 98 |
| Overheid & Vastgoed | 103 |
| Kan een huurder aanspraak maken op verjaring? | 105 |
| Huurtoeslag voor woonruimte en geïntegreerde woon-zorg contracten | 107 |
| Stempel verzonden is nog niet verzonden! | 112 |
| Is de mogelijkheid om ten onrechte in vooraftek gebrachte omzetbelasting bij koper na te heffen EU proof? | 114 |
| De vernietiging van een overeenkomst en diens voortbestaan | 116 |
| Particulier | 119 |
| Goederen verzwijgen die tot de nalatenschap behoren | 121 |
| Echtelijke woning na scheiding | 123 |
| Verhoogde schenkingsvrijstelling | 126 |
| Het is niet aan een notaris om de rechtmatigheid van een vonnis te betwisten | 128 |
| Deurwaarder kan beslag leggen op vermogen van erfgenamen nu zij de nalatenschap zuiver hebben aanvaard | 130 |
| Pensioen | 133 |
| Bruto en netto pensioenpremiestaffels: de tijd begint te dringen! | 135 |
| Oud-werknemers gebonden aan wijziging pensioenovereenkomst | 138 |
| WNT norm woningcorporaties onrechtmatig | 142 |
| Afkoop stamrecht 2014: update | 145 |
| Storting stamrecht 2014: update | 147 |
| Legal Knowledge Portal | 149 |
| Spain: Limit of cash payments foreseen by article 7 of the law 7/2012 has entered into force | 151 |
| Portuguese special tax regime for non-habitual residents, perhaps the best tax choice | 153 |
| Data privacy and protection law in India: understanding the regime | 155 |
| California PUC Adopts First in Nation Energy Storage Requirement | 158 |
| Opinions on Further Strengthening Quality Safety of Infant Milk Formula Products | 160 |

Aanbesteding, mededinging & staatssteun

www.dirkzwagerams.nl

Onderhandse aanbesteding; keuzevrijheid in uit te nodigen ondernemers

Bij een onderhandse aanbestedingsprocedure is de aanbestedende dienst vrij in de keuze welk bedrijven zij uitnodigt om een inschrijving in te dienen. Zo oordeelde de Haagse Rechtbank in een recent gepubliceerd vonnis. Het feit dat een inschrijver niet is uitgenodigd, is in dit geval niet zomaar onrechtmatig.

De Politieregio Hollands Midden (PHM) heeft voor een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure drie marktpartijen uitgenodigd om een inschrijving in te dienen. Deze partijen zijn geselecteerd op basis van overwegingen van een ad-hoc projectgroep. In die projectgroep zijn de ervaringen van de mogelijk in aanmerking komende marktpartijen besproken. BCB is niet uitgenodigd een inschrijving in te dienen.

Bij dagvaarding vordert BCB dat voor recht wordt verklaard dat PHM onrechtmatig heeft gehandeld door haar niet uit te nodigen voor de aanbestedingsprocedure. Tevens vordert zij vergoeding van door haar geleden schade.

De Rechtbank wijst beide vorderingen af. Met betrekking tot de gevorderde verklaring voor recht overweegt de Rechtbank dat onbetwist vaststaat dat opdracht voor bergingswerkzaamheden niet Europees aanbesteed hoefde te worden. Het drempelbedrag werd namelijk niet overschreden. Aangezien PHM ook geen aanbestedingsbeleid had, was zij vrij in de keuze voor (in dit geval) een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure. Het beginsel van de contractsvrijheid brengt mee dat PHM vrij is in de selectie van de bedrijven die zij uitnodigde om een inschrijving in te dienen. Op die keuze zijn de aanbestedingsrechtelijke beginselen nog niet van toepassing. Die hebben namelijk pas gelding bij aanvang van de inschrijvingsfase. Wel diende PHM de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen. In het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel. De Rechtbank overweegt dat de gevolgde procedure met de ad-hoc commissie op gespannen voet staat met dit beginsel van zorgvuldige voorbereiding. Aangezien BCB echter onvoldoende heeft onderbouwd dat

zij schade heeft geleden, kan een beslissing over de gevorderde verklaring voor recht echter achterwege blijven. De vorderingen worden dus afgewezen.

Aanbestedingswet 2012

De verwachting is dat de keuzevrijheid die aanbesteders bij onderhandse procedures hebben ook onder de Aanbestedingswet in stand blijft. Wel dienen aanbestedende diensten zich er bewust van te zijn dat op grond van artikel 1.4 Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit moeten kunnen onderbouwen welke ondernemingen zij waarom uitnodigen. De keuze voor ondernemers en de onderbouwing ervan zal een toets aan het zorgvuldigheidsbeginsel in ieder geval moeten kunnen doorstaan. Hetgeen vooral relevant is omdat ondernemers overlegging van de motivering voor de uitgenodigde ondernemers kunnen verlangen en eventueel in rechte kunnen laten toetsen. Indien een aanbestedingsbeleid beperkingen stelt aan de keuze voor ondernemers, zal in dat aanbestedingsbeleid gevolgd moeten worden.

Joris Bax

Telefoon: +31 (0)24 381 31 86

E-mailadres: bax@dirkzwager.nl

Is de beste prijs garantie op boekingsites mededingingsrechtproof?

De Consumentenbond heeft vorig jaar de Autoriteit Consument en Markt (ACM) opgeroepen onderzoek te doen naar online prijzen van hotels bij boekingsites. Uit een onderzoek van de Consumentenbond bleek namelijk dat bijvoorbeeld de prijzen van 5 verschillende hotels in Amsterdam in 83% van de gevallen (praktisch) gelijk waren. Dit wordt voornamelijk veroorzaakt doordat de meeste boekingsites een zogenaamde prijspariteitsclausule hanteren. Het is de vraag of dergelijke clausules in overeenstemming zijn met het mededingingsrecht.

Prijspariteitsclausule

In het algemeen houdt prijspariteit in dat een hotel aan een boekingsite een zelfde of lagere prijs moet garanderen die ook wordt aangeboden op de website van het hotel zelf, via het callcenter van het hotel, bij de receptie van het hotel, of bij andere boekingsites. Een duidelijk voorbeeld van een prijspariteitsclausule is artikel 2.2.2. van de algemene voorwaarden van Booking.com.

Kamervragen

Het hiervoor genoemde onderzoek van de Consumentenbond was voor het Kamerlid Bouwmeester (PvdA) aanleiding Kamervragen te stellen. In zijn antwoord op deze vragen deelde toenmalig minister Verhagen van Economische zaken vorig jaar mee dat er een gesprek had plaatsgevonden tussen de ACM en Koninklijke Horeca Nederland. Volgens de minister staat een prijspariteitclausule, voor zover de ACM ervan op de hoogte is, er echter niet aan in de weg dat een hoteleigenaar andere prijzen hanteert voor boekingen aan de balie of via de telefoon. De minister concludeerde dat er geen indicaties zijn dat er sprake is van een overtreding van de Mededingingswet door hotels onderling of tussen de boekingsites.

Situatie elders in de Europa

Niet enkel in Nederland hanteren boekingsites prijspariteitsclausules. Ook elders in Europa komen deze clausules voor.

Duitsland

In Duitsland heeft het hanteren van prijspariteitsclausules al geleid tot een rechtszaak. In het arrest van 15 februari 2012 oordeelde het Oberlandesgericht Düsseldorf in een procedure tussen JBM JustBook Mobile GmbH en HRS – Hotel Reservation Service, Robert Ragge GmbH (HRS), twee boekingssites, dat de door HRS gehanteerde prijspariteitsclausule in strijd is met het mededingingsrecht omdat daardoor de algemene onderlinge (prijs)concurrentie tussen boekingssites wordt belemmerd.

Het Bundeskartellamt, de Duitse tegenhanger van de ACM, is bovendien een onderzoek begonnen naar de door HRS gehanteerde prijspariteitsclausules. In een persbericht van Bundeskartellamt, wordt Andreas Mundt, President van het Bundeskartellamt, geciteerd:

“HRS is veruit de belangrijkste boekingssite in Duitsland. De beste prijs clausule verhindert dat andere boekingssites voet aan de grond krijgen door betere aanbiedingen te doen. Daarom zijn dergelijke clausules een bedreiging voor de concurrentie.”

Zwitserland

Ook in Zwitserland is het gebruik van prijspariteitsclausules niet onopgemerkt gebleven. In december vorig jaar startte de Wettbewerbskommission, de Zwitserse tegenhanger van de ACM, een onderzoek naar de prijspariteitsclausules die gehanteerd werden door Booking.com, Expedia en HRS. In een persbericht laat de Wettbewerbskommission weten:

“dat er indicaties zijn dat bepaalde clausules in de contracten tussen Booking.com, Expedia en HRS en hun afzonderlijke aangesloten hotelpartners de concurrentie tussen deze online boekingssites kunnen beïnvloeden. Dit geldt in het bijzonder de zogenaamde beste prijs clausules die hotels beperken in de mogelijkheid om via verschillende distributiekanaalen verschillende retailprijzen vast te stellen.”

Verenigd Koninkrijk

Tot slot is ook het Office of Fair Trading (OFT), de Britse tegenhanger van de ACM, een onderzoek gestart naar Booking.com en Expedia. Uit het persbericht van het OFT kan worden opgemaakt dat het OFT van mening is dat Booking.com en Expedia in strijd handelen met het mededingingsrecht. Volgens het OFT beperken de afzonderlijke overeenkomsten die Booking.com en Expedia met InterContinental Hotels Group hadden gesloten de mogelijkheid voor de boekingssites om korting te geven op de prijs van hotelkamers (room only). In de ogen van het OFT zijn de vermeende inbreuken naar hun aard concurrentiebeperkend omdat zij prijsconcurrentie tussen boekingssites verminderen en de drempels voor toetreding tot de markt en/of vergroting van het marktaandeel verhogen. Boekingssites worden door de prijspariteitsclausules

volgens het OFT immers belemmerd in het aanbieden van kortingen aan consumenten. In opdracht van het OFT heeft het Laboratorio di economia, antitrust, regolamentazione (LEAR) onderzoek gedaan naar de mededingingsrechtelijke bezwaren van prijspariteitsclausules. De resultaten van dit onderzoek zijn in september 2012 gepubliceerd in het rapport Can 'Fair' Prices Be Unfair? A Review of Price Relationship Agreements.

Slot

Het standpunt van oud-minister Verhagen dat hotels ook als zij prijspariteitsclausules accepteren, vrij zijn andere prijzen te hanteren voor boekingen aan de receptie of via de telefoon, lijkt te kort door de bocht. Meestal hebben de prijspariteitsclausules immers betrekking op elk aanbod. Ruimte om te differentiëren lijkt er niet te zijn. Als vervolgens gekeken wordt naar de ons omringende landen, vallen vooral de harde bewoordingen op waarin de diverse mededingingsautoriteiten van leer trekken tegen het gebruik van prijspariteitsclausules door boekingssites. In het licht daarvan is de conclusie van oud-minister Verhagen dat de ACM geen aanwijzingen heeft dat de boekingssites in strijd handelen met het mededingingsrecht op zijn minst opmerkelijk te noemen.

Eric Janssen

Telefoon: +31(0)24 381 31 27

E-mailadres: e.janssen@dirkzwager.nl

Contractsvrijheid kan gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel uitsluiten in private aanbesteding

De Hoge Raad heeft een arrest van het Hof Amsterdam vernietigd waarin was bepaald dat KLM in een private aanbesteding het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel heeft geschonden. Wegens de contractsvrijheid tussen partijen staat het KLM volgens de Hoge Raad namelijk vrij deze beginselen uit te sluiten nu het gaat om een private aanbesteding.

De zaak

KLM heeft voor schoonmaakwerkzaamheden een Request for Quotation (offerte-aanvraag) uitgeschreven voor twee verschillende contracten. Deze offerteaanvraag was gericht aan vier partijen die al schoonmaakwerkzaamheden verrichtten voor KLM. Partij A bleek na het indienen van de offertes de laagste prijs te hebben aangeboden. Vervolgens heeft KLM partijen een proefschoonmaak laten uitvoeren, waarna de offertes mochten worden aangepast. Ook na deze aanpassing had A de laagste prijs. KLM is echter buiten medeweten van partij A om met partij B gaan onderhandelen en partij B de mogelijkheid gegeven nogmaals haar prijs aan te passen. Vervolgens is het ene contract aan partij B gegund en het andere contract aan partij A.

Partij A gaf KLM te kennen het niet eens te zijn met de gang van zaken bij de aanbesteding van het eerste contract, maar KLM heeft geen aanleiding gezien terug te komen op de opdrachtverstrekking. Het tweede contract, dat aan A gegund was, wilde KLM alleen met A aangaan indien zij van verdere juridische stappen afzag. Dit heeft A niet aanvaard, waarop KLM heeft laten weten dat een andere partij die werkzaamheden gaat verrichten.

Gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel

A betreft KLM in rechte en stelt dat KLM bij de aanbesteding onrechtmatig heeft gehandeld wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel. De rechtbank oordeelt in eerste instantie dat KLM de private aanbesteding vrij mocht inrichten ook als dat tot ongelijke behandeling van partijen zou leiden, zolang dit voor alle partijen maar duidelijk kenbaar is.

Het hof daarentegen oordeelde dat KLM ook bij een private aanbesteding de beginselen van het aanbestedingsrecht moet eerbiedigen. Dat de Europese en Nederlandse wet- en regelgeving met betrekking tot overheidsaanbestedingen niet van toepassing is op KLM doet daaraan niets af volgens het hof. De keuze voor een aanbesteding brengt met zich mee dat KLM moet handelen overeenkomstig de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht. In de opgestelde aanbestedingsvoorwaarden heeft KLM zich een zekere mate van vrijheid van handelen voorbehouden, maar er is naar het oordeel van het hof niet met zoveel woorden afstand genomen van de werking van de aanbestedingsbeginselen.

Contractsvrijheid

De Hoge Raad oordeelt echter dat partijen in het kader van de contractsvrijheid de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel wel degelijk kunnen uitsluiten in de aanbestedingsvoorwaarden, mits het een private aanbesteding betreft. Het oordeel van het hof dat de door partijen overeengekomen aanbestedingsvoorwaarden deze beginselen niet (kunnen) uitsluiten wordt door de Hoge Raad dan ook niet gevolgd.

Commentaar

Sinds het beruchte *Conformed* van de Hoge Raad werd in de Nederlandse aanbestedingspraktijk veelal aangenomen dat ook bij aanbestedingen van private partijen de (Europese) aanbestedingsbeginselen in voorkomende gevallen een grote rol kunnen spelen en/of volledig opgeld kunnen doen. De Hoge Raad oordeelt echter in dit arrest dat private partijen in ieder geval de vrijheid toekomt om het beginsel van de contractsvrijheid te laten prevaleren boven de aanbestedingsrechtelijke kernbeginselen. Voorwaarde is wel dit vooraf in voldoende mate kenbaar wordt gemaakt aan geïnteresseerde partijen.

Tom Oudenhoven

Telefoon: +31 (0)24 381 31 87

E-mailadres: oudenhoven@dirkzwager.nl

Financiering van (muziek)cultuur geen staatssteun

In een uitspraak van 11 september 2013 heeft de rechtbank Amsterdam bevestigd dat een door de overheid verstrekt financieel voordeel aan een culturele (muziek)instelling lang niet altijd staatssteun oplevert. Voor het bestaan van staatssteun is namelijk vereist dat door het financiële voordeel de interstatelijke handel wordt beïnvloed. Bij financiering van culturele activiteiten is dat lang niet altijd het geval.

Casus

In 2004 heeft Stadsdeel Oost van de gemeente Amsterdam (de Gemeente) opdracht gegeven aan een Stichting om in het kader van een stedelijk vernieuwingsplan muziekmakerscentrum Muzyq te ontwikkelen. De Stichting kon de financiering voor de ontwikkeling echter uitsluitend rond krijgen als de gemeente zichzelf garant zou stellen voor de nakoming van een leasecontract dat de Stichting met een bank zou sluiten. Door de garantstelling kon de Stichting profiteren van lagere rentelasten in het kader van het leasecontract. Ondanks de lagere rentelasten is de Stichting haar verplichtingen ten opzichte van de bank niet nagekomen. De bank heeft vervolgens de garantie ingeroepen waarna de Gemeente heeft moeten afrekenen.

Een concurrent van de Stichting heeft zich op het standpunt gesteld dat de Gemeente onrechtmatig heeft gehandeld door de garantie te verstrekken, onder meer omdat het in strijd zou zijn met de staatssteunregels. Volgens de Gemeente is niet aan alle voorwaarden voor staatssteun voldaan. Het verlenen van de garantie had volgens haar geen enkel effect op de interstatelijke handel. De Stichting, althans Muzyq, bedient volgens de Gemeente uitsluitend regionale bands en concurreert niet om klandizie met buitenlandse muziekmakerscentra. Het staatssteunverweer van de Gemeente slaagt omdat de concurrent volgens de Rechtbank niet voldoende heeft gemotiveerd dat de interstatelijke handel door de verlening van de garantie wordt beïnvloed. Het feit dat Musyq eventueel wel de ambitie heeft om een internationale muziekstudio te worden, is volgens de Rechtbank niet genoeg om van beïnvloeding van de interstatelijke handel te kunnen spreken.

Vooraf dit laatste oordeel is noemenswaardig. Het Hof van Justitie van de EU heeft namelijk geoordeeld dat bij een staatssteunbeoordeling daadwerkelijke beïnvloeding

niet hoeft te worden bewezen, maar dat bewijs van iedere potentiële beïnvloeding volstaat.

Een staartje?

Hoewel het verstrekken van de garantie geen staatssteun is, is het nog niet zeker dat de Gemeente iedere aansprakelijkheid jegens de concurrent ontloopt. De Gemeente heeft de garantie volgens de rechtbank namelijk wel verstrekt in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel omdat de Gemeente wist dat zij concurrenten van de Stichting ermee zou benadelen. Als de concurrent kan bewijzen dat zijn marktaandeel is gedaald als gevolg van de garantie (waardoor bij hem schade/lagere omzet is ingetreden) dan moet de Gemeente toch op de blaren zitten.

Sjaak van der Heul

Telefoon: +31 (0)24 381 31 27

E-mailadres: vanderheul@dirkzwager.nl

Verplichting creëren maatschappelijke waarde

Wat houdt de verplichting tot het genereren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde in (artikel 1.4 lid 2 Aanbestedingwet 2012)? Doelstelling van een aanbesteding voor afvalverwerking was onder meer het stimuleren van nascheiding. De gunnings-systematiek zou deze doelstelling volgens een gegadigde voor de opdracht illusoir maken. De vorderingen tot aanpassing van de gunnings/vergoedingssystematiek worden door de kort gedingrechter in Assen echter afgewezen.

Volgens de rechter correspondeert de plicht tot het creëren van maatschappelijke waarde met de beginselplicht om het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving te hanteren. Daarbij gaat het om de totale prijs-kwaliteitsverhouding waarbij een aanbesteder een grote mate van vrijheid toekomt. Bij de onderhavige aanbesteding waren diverse doelstellingen en criteria geformuleerd waarbij het de aanbestedende dienst vrij stond om aan het criterium nascheiding een beperkt aantal punten toe te kennen.

Tony van Wijk

Telefoon: +31 (0)24 381 31 83

E-mailadres: vanwijk@dirkzwager.nl

Aansprakelijkheid schade & verzekering

www.dirkzwagerasv.nl

Proportionele aansprakelijkheid en de 'kansschade'

In zijn arrest van 21 december 2012, LJN BX7491, gaat de Hoge Raad uitvoerig in op het verschil tussen het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid en de 'kansschade'. Dit arrest is een vervolg op het arrest van de Hoge Raad van 5 juni 2009, LJN BH2624. Het gaat in deze zaak om een belastingadviseur die een beroepsfout heeft gemaakt door een onjuist advies te geven.

De casus

Verweerder in cassatie, de accountant, was werkzaam als vennoot bij een accountantsmaatschap. Nadat de maatschap aan hem was opgezegd, heeft de accountant opdracht gegeven aan een belastingadviseur om hem te adviseren over de fiscale consequenties van zijn uittreden, in het bijzonder over de fiscale mogelijkheden om de belastingdruk op de door hem ontvangen uittredingsvergoeding te beperken. Het door de belastingadviseur gegeven advies was gebaseerd op een geruisloze inbreng van de onderneming van de accountant in een nieuwe onderneming. De belastingadviseur is daarbij vergeten ook te wijzen op de mogelijkheid voortvloeiend uit de zogenoemde 'ruilarresten'. De Belastingdienst ging niet akkoord met het verzoek tot de zogenoemde geruisloze inbreng. Hierdoor moest de accountant f 75.00,00 meer aan de Belastingdienst betalen, dan hem was voorgehouden door de belastingadviseur. In de procedure is komen vast te staan dat de belastingadviseur bij zijn advisering toerekenbaar tekort is geschoten door geen melding te maken van de mogelijkheid van de zogenoemde 'ruilarresten' en ook door een geruisloze inbreng te adviseren.

De vraag die vervolgens beantwoord diende te worden is of, en in welke mate, de accountant door de tekortkoming van de belastingadviseur schade heeft geleden. Beoordeeld dient te worden wat er zou zijn gebeurd in de hypothetische situatie dat de accountant wel juist zou zijn geadviseerd en zou zijn gewezen op de fiscale mogelijkheden van de 'ruilarresten'. Daarbij is ook de vraag van belang of de accountant in dat geval had kunnen voldoen aan de vereisten die gelden voor toepassing van de 'ruilarresten'.

Het hof heeft – na een eerdere verwijzing door de Hoge Raad (HR 5 juni 2009, LJN BH2624) – de vordering aldus toegewezen en de belastingadviseur veroordeeld tot betaling van 60% van de schade die de accountant heeft geleden als gevolg van de door de belastingadviseur gemaakte beroepsfout, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. Het hof acht de kans dat de accountant, indien de belastingadviseur hem in zijn advies ook had gewezen op de mogelijkheid van de toepassing van de 'ruilarresten', zich daadwerkelijk op deze fiscale faciliteit had kunnen beroepen, 60%.

De onderhavige cassatieprocedure

In de onderhavige cassatieprocedure gaat het om de vraag of het hof terecht en met een toereikende motivering een percentage van 60% heeft aangenomen. Daarbij komt onder andere de vraag aan de orde langs welke weg het hof dit resultaat heeft bereikt. Heeft het hof het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid, het leerstuk van de 'kansschade' aangehouden of eenvoudigweg een begroting van de omvang van de schade gemaakt.

Proportionele aansprakelijkheid

In zijn arrest van 31 maart 2006, LJN AU6093 (Nefalit/Karamus) heeft de Hoge Raad de rechtsregel van de proportionele aansprakelijkheid aanvaard. Die houdt in, zeer kort samengevat, dat de rechter in gevallen waarin niet kan worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door een normschending (onrechtmatig handelen of toerekenbaar tekortschieten) van de aansprakelijkgestelde persoon of van iemand voor wie hij aansprakelijk is, dan wel door een oorzaak die voor risico van de benadeelde zelf komt (of door een combinatie van beide oorzaken) en waarin de kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt niet zeer klein noch zeer groot is, de aansprakelijk gestelde persoon mag veroordelen tot schadevergoeding in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door zijn normschending is veroorzaakt. In het arrest van de Hoge Raad van 24 december 2010, LJN BO1799 (Fortis/Bourgonje) heeft de Hoge Raad benadrukt dat terughoudendheid bij de toepassing van het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid op zijn plaats is.

'Kansschade'

Het leerstuk van 'kansschade' heeft de Hoge Raad onder andere aanvaard in de gevallen waarin een advocaat had verzuimd om tijdig hoger beroep in te stellen (bijvoorbeeld: HR 16 februari 2007, LJN AZ0419 en HR 19 januari 2007, LJN AZ6541). Verder wordt het leerstuk toegepast bij andere beroepsfouten, bijvoorbeeld bij een

accountant, een specialist of de belastingadviseur. Bij een beroep op dit leerstuk wordt gesteld dat door de onrechtmatige gedraging een op geld waardeerbaar verlies van een kans is ontnomen, waarbij de schade gelijk is aan de waarde van de ontnomen kans.

Ingeval is verzuimd (tijdig) hoger beroep in te stellen zal de schade vastgesteld moeten worden door te oordelen hoe de appelrechter, indien wel (tijdig) hoger beroep was ingesteld had behoren te beslissen. De rechter zal het toewijsbare bedrag aan schadevergoeding moeten schatten aan de hand van de goede en kwade kansen die de cliënt in het hoger beroep zou hebben gehad.

Proportionele aansprakelijkheid versus 'kansschade'

Het verschil tussen de proportionele aansprakelijkheid en 'kansschade' is er met name in gelegen dat het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid wordt toegepast wanneer de schade ook kan zijn veroorzaakt door een omstandigheid in de sfeer van de benadeelde. Het gaat dan om de fase van het condicio sine qua non-verband tussen de fout en de schade. Bij het leerstuk van 'kansschade' gaat het om het vaststellen van de omvang van de schade aan de hand van de goede en kwade kansen.

Bij proportionele aansprakelijkheid wordt gekeken naar het verleden (iemand heeft gerookt, maar is ook blootgesteld aan asbest). Bij het leerstuk van 'kansschade', zal de vraag beantwoord dienen te worden: wat zou er in de toekomst zijn gebeurd wanneer de fout wordt weggedacht?

Het oordeel van de Hoge Raad

De Hoge Raad komt in het onderhavige geval uiteindelijk tot het oordeel dat het hof gelet op het over en weer aangevoerde en onder afweging van de goede en kwade kansen, terecht heeft geoordeeld dat de accountant een kans van 60% had dat hij zich daadwerkelijk van de fiscale faciliteit van de 'ruilarresten' had kunnen bedienen. Aldus heeft het hof, zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting, toepassing gegeven aan het leerstuk van de 'kansschade' en geen toepassing gegeven aan het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid. Daarbij merkt de Hoge Raad nog op dat, nu het hof het condicio-sine-qua-nonverband tussen de normschending van de belastingadviseur en het verlies van de kans van de accountant op een gunstiger fiscale behandeling heeft vastgesteld volgens de gewone bewijsregels, zonder in dat verband de proportionele benadering te hanteren, geen grond bestaat voor de terughoudende benadering die – in geval van causaliteitsonzekerheid – volgens het arrest Fortis/Bourgonje bij toepassing van proportionele aansprakelijkheid op haar

plaats is. Het hof heeft voorts niet miskend dat (na vaststelling van het condicio-sine-qua-nonverband tussen de normschending en het verlies van de kans op succes) slechts ruimte bestaat voor het vaststellen van de schade aan de hand van een schatting van de goede en kwade kansen die de benadeelde zou hebben gehad wanneer die kans hem niet was ontnomen, indien het gaat om een reële (dat wil zeggen niet zeer kleine) kans op succes.

Sanne Rutten

Telefoon: +31 (0)26 353 83 45
E-mailadres: rutten@dirkzwager.nl

Stuiting door aanmaning of mededeling kan ook plaatsvinden gedurende een aanhangig geding

Op 17 april 2013 heeft de rechtbank Overijssel een vonnis gewezen over de verhouding tussen de artikelen 3:316 en 3:317 BW. Die artikelen regelen de verschillende wijzen waarop de verjaring van een rechtsvordering kan worden gestuit.

Casus

Eiseres heeft in eigen beheer een bedrijfshal gebouwd. Voor deze bedrijfshal heeft zij in december 2000, via de Rabobank als assurantietussenpersoon, bij Interpolis een opstalverzekering afgesloten. In de polis is een leegstandclausule opgenomen op grond waarvan het bij Interpolis gemeld moet worden als de bedrijfshal in gebruik zal worden genomen. In november 2004 brandt de bedrijfshal volledig af, waarna blijkt dat deze al in bedrijf was genomen. Interpolis weigert de schade te vergoeden omdat zij niet op de hoogte is gesteld van de ingebruikname van de bedrijfshal en van de bedrijfsactiviteiten die in de hal werden uitgevoerd.

Vervolgens heeft eiseres bij de voorzieningenrechter te Almelo in kort geding een vordering tot vergoeding van schade aanhangig gemaakt tegen de Rabobank, omdat de Rabobank verzuimd zou hebben om de informatie van de ingebruikname door te geven aan Interpolis. Nadat de voorzieningenrechter de vordering in eerste aanleg toewijst, wordt deze veroordeling bij arrest in kort geding van 10 maart 2009 weer ongedaan gemaakt.

De verhouding tussen de artikelen 3:316 en 3:317 BW

Nadat de kort gedingprocedure tot een einde is gekomen, heeft eiseres in november 2011 de onderhavige bodemprocedure aanhangig gemaakt tegen de Rabobank. In deze procedure stelt Rabobank zich – voor zover hier relevant – op het standpunt dat uit artikel 3:316 lid 2 BW volgt dat nu eiseres een rechtsvordering als bedoeld in artikel 3:310 BW heeft ingesteld en daarop eindarrest is gewezen, de verjaring slechts gestuit kan worden binnen zes maanden na 10 maart 2009, de dag waarop het gerechtshof Arnhem in kort geding eindarrest heeft gewezen. Met andere woorden, indien de verjaring eenmaal op grond van artikel 3:316 lid 1 is gestuit door het instellen van een eis, zou deze nadien alleen nog maar kunnen worden gestuit op de wijze als vermeld

in artikel 3:316 lid 2, oftewel enkel door het instellen van een nieuwe eis binnen de daar genoemde termijn van zes maanden en niet meer door een stuitingshandeling op de voet van artikel 3:317 BW (waarbij te denken valt aan een schriftelijke aanmaning of mededeling).

De rechtbank Almelo verwerpt het verjaringsverweer van de Rabobank onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 8 februari 2013. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad als volgt over de verhouding tussen de artikelen 3:316 en 3:317 BW:

“De omstandigheid dat een eis is ingesteld (...) en dat de verjaring op grond van artikel 316 leden 1 en 3 BW in beginsel wordt gestuit zolang op die eis (...) niet is beslist, laat onverlet dat de verjaring van de rechtsvordering tot nakoming van de verbintenis ook kan worden gestuit door een schriftelijke aanmaning of mededeling als bedoeld in artikel 3:317 lid 1 BW. Dit strookt met de wetsgeschiedenis van de artikelen 3:316 en 3:317 BW (Parl. Gesch. Boek 3, p. 934 en 936). Daarin is de in artikel 3:316 BW geregelde sturende werking van de eis toegelicht met de opmerking dat van een procespartij niet mag worden verlangd dat zij gedurende een geding aan de wederpartij aanmaningen blijft sturen om de verjaring te stuiten. Deze toelichting impliceert dat stuiting op de voet van art. 3:317 lid 1 BW (weliswaar niet moet, maar) ook kan plaatsvinden gedurende een aanhangig geding. Het vereiste van artikel 3:316 lid 2 BW dat binnen zes maanden een nieuwe eis wordt ingesteld, is bovendien (t.a.p.) toegelicht met de opmerking dat de schuldenaar de nieuwe eis moet instellen “om voor zich het profijt van de stuitende werking van de eerst ingestelde eis te behouden”. De bepaling van artikel 3:316 lid 2 BW moet dan ook aldus worden uitgelegd dat het niet (tijdig) instellen van een nieuwe eis of het niet (tijdig) opnieuw opvragen van bindend advies niet het intreden van de verjaring meebrengt, maar slechts tot gevolg heeft dat de stuitende werking van de eerder ingestelde eis of het eerdere gedane verzoek komt te vervallen (...).”

Conclusie

Uit het arrest van de Hoge Raad volgt aldus dat als niet binnen zes maanden na afwijzing van een ingestelde eis een nieuwe eis wordt ingesteld, de stuitende werking van de eerder ingestelde eis komt te vervallen. Dit laat echter onverlet dat de verjaring van een rechtsvordering ook tussentijds (dus nog ten tijde van het voeren van de procedure over de eerder ingestelde eis) kan worden gestuit door een schriftelijke aanmaning of mededeling als bedoeld in artikel 3:317 lid 1 BW. Als dan vervolgens de zes maanden termijn van artikel 3:316 lid 2 BW ongebruikt verstrijkt kan de partij tegen wie de verjaring wordt ingeroepen zich onverminderd beroepen op de ex artikel 3:317 BW verrichte stuitingshandeling(en).

Voor de onderhavige procedure betekende dit dat de rechtbank Overijssel moest beoordelen of er tijdens de kort gedingprocedure door eiseres stuitingshandelingen waren verricht op grond van artikel 3:317 BW. Het oordeel van de rechtbank Overijssel luidt dat dit het geval is geweest, omdat de (toenmalige) advocaat van eiseres in een fax van 10 april 2009 ondubbelzinnig namens eiseres het recht op nakoming jegens de Rabobank heeft voorbehouden.

Henderi Lenting

Telefoon: +31 (0)26 353 84 16

E-mailadres: lenting@dirkzwager.nl

De in beslag genomen gestolen auto en het recht van revindicatie

Het komt nogal eens voor dat onbewust een gestolen auto wordt gekocht, bijvoorbeeld via marktplaats.nl. Vaak zal de politie de boven water gekomen auto eerst in beslag nemen voor onderzoek. Het betreft dan vaak een omgekatte auto ('duplo-auto').

Als het Openbaar Ministerie de auto na afronding van het onderzoek wil teruggeven, kunnen er geschillen ontstaan over de vraag aan wie de auto moet worden teruggegeven.

De verzekeraar van de oorspronkelijke eigenaar heeft met het schadeloos stellen van de oorspronkelijke eigenaar voor de schade als gevolg van de diefstal van de auto, de eigendom verkregen van de gestolen auto.

Dit eigendom kan zij gedurende 3 jaar na de diefstal opeisen (het recht van revindicatie). De koper te goeder trouw van de auto via marktplaats.nl, dan wel het Openbaar Ministerie als de auto in beslag is genomen, zal de auto moeten afstaan aan de verzekeraar.

Het wil echter wel eens voorkomen dat het Openbaar Ministerie de auto toch teruggeeft aan de koper te goeder trouw, of dat de koper te goeder trouw met behulp van de zogeheten 'klaagschriftprocedure' het bewerkstelligt dat het Openbaar Ministerie de auto op last van de strafrechter moet teruggeven aan de koper te goeder trouw.

Dit kan ertoe leiden dat de koper te goeder trouw in die beslissingen van het Openbaar Ministerie dan wel van de rechtbank tot teruggave, ten onrechte bevestigd ziet dat hij rechthebbende is van de auto. Ten onrechte, omdat de koper te goeder trouw in een latere eventuele civiele procedure zal zien dat de auto toch moet worden afgestaan aan de verzekeraar.

Voor de verzekeraar is het dan ook verstandig al in een vroeg stadium te bewerkstelligen dat de in beslag genomen auto door het Openbaar Ministerie wordt afgegeven aan de verzekeraar, eventueel door middel van dezelfde hiervoor genoemde klaagschriftprocedure. Dit voorkomt immers een onnodige veronderstelling van de koper te goeder trouw dat hij rechthebbende is van de auto, en het voorkomt onnodige

kosten, al dan niet bij de civiele rechter, voor het opeisen van de auto nadat die door het Openbaar Ministerie is teruggegeven aan de koper te goeder trouw.

Peter van Huizen

Telefoon: +31 (0)26 353 84 41

E-mailadres: vanhuizen@dirkzwager.nl

Kan een onderaannemer zich beroepen op algemene voorwaarden van de hoofdaannemer?

Kunnen contractuele bepalingen ook tegen niet-contractpartijen worden ingeroepen? En kan een niet-contractpartij een beroep doen op een bepaling uit een contract van twee anderen? Zeker voor partijen in de bouwwereld, waar veelvuldig gebruik wordt gemaakt van contractuele tussenschakels, zoals projectmanagers en hoofdaannemers, zijn dit relevante vragen.

Aansprakelijkheid onderaannemer

Uit een arrest van de Hoge Raad van 20 januari 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BT7496), dat eerder op deze kennispagina werd besproken, blijkt dat een opdrachtgever in hoofdaanneming (hierna: 'opdrachtgever') de schade die hij lijdt door een fout van een onderaannemer, onder omstandigheden rechtstreeks op die onderaannemer kan verhalen.

Deze paardensprong van de opdrachtgever kan twee wonderlijke consequenties hebben:

1. Heeft de hoofdaannemer zijn aansprakelijkheid jegens de opdrachtgever naar tijd (verjaring/verval) en/of omvang (exoneratie) beperkt, dan kan het zijn dat de opdrachtgever door rechtstreeks de onderaannemer aan te spreken meer schade vergoed krijgt dan wanneer hij de hoofdaannemer had aangesproken. Als niet-contractpartij komt de onderaannemer immers in beginsel geen beroep toe op bepalingen uit de overeenkomst hoofdaannemer-opdrachtgever.
2. Bovendien kan de onderaannemer als uitgangspunt geen beroep doen op een met de hoofdaannemer overeengekomen beperking van aansprakelijkheid. Die afspraak geldt immers slechts tussen hoofdaannemer en onderaannemer, daar staat de opdrachtgever buiten.

Ad (1): beroep op de voorwaarden van een derde

Dat de opdrachtgever er zodoende van profiteert dat de hoofdaannemer (een deel van) het werk heeft uitbesteed, lijkt onrechtvaardig. Dat heeft ook het gerechtshof 's-Hertogenbosch onderkend, zoals blijkt uit een arrest van 25 februari 2008 (ECLI:NL:GHSHE:2008:BC4957). In die zaak deed een onderaannemer een beroep op

een verjaringsbeding uit de algemene voorwaarden van de hoofdaannemer. Het hof oordeelt als volgt:

"In deze situatie wist de opdrachtgever al dat hij bij eventuele fouten en daardoor ontstane schade er rekening mee zou moeten houden dat hem een exoneratiebeding zou worden tegengeworpen; het enkele feit dat het werk feitelijk door een onderaannemer werd uitgevoerd, maakt dit niet anders. Zou worden aangenomen dat de onderaannemer zich niet op de exoneratieclausule van de opdrachtnemer kan beroepen, dan zou de opdrachtgever er dus in zoverre voordeel bij hebben dat het werk niet door zijn contractuele wederpartij, maar door een derde werd uitgevoerd, hetgeen in strijd was met de kenbare partijbedoeling. Derhalve kan worden gesteld dat de onderaannemer zijn deel van de door de opdrachtnemer aangenomen prestatie verrichtte onder de voorwaarden van de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer, inclusief de exoneratieclausule, waardoor de opdrachtgever niet werd benadeeld."

Een onderaannemer kan zich jegens de opdrachtgever dus beroepen op een door de hoofdaannemer bedongen exoneratieclausule. De onderaannemer heeft zijn werkzaamheden immers onder die voorwaarde uitgevoerd, zo redeneert het hof. Hetzelfde geldt voor een beroep op een verjaringsbeding:

"Hoezeer er ook onderscheid moet worden gemaakt tussen een exoneratiebeding en een verjaringsbeding, voorgaande redenering gaat in gelijke mate op voor een verjaringsbeding (dat zelfs nog minder ver gaat dan een exoneratiebeding, omdat de wederpartij door alert te zijn en te blijven aan de werking van een verjaringsbeding kan ontkomen)."

Het hof overweegt tot slot dat het voorgaande uitzondering lijdt indien een beroep op het beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW), maar daarvan is naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad niet snel sprake.

Ad (2): beroep op eigen voorwaarden jegens een derde

Of het voorgaande ook geldt indien de onderaannemer zich jegens de opdrachtgever wil beroepen op een beding in de eigen algemene voorwaarden, zal binnenkort op deze kennispagina besproken worden.

Pieter Bloemendaal

Telefoon: +31 (0)26 353 83 12

E-mailadres: bloemendal@dirkzwager.nl

Wijziging Bedrijfsregeling Brandregres per 1 januari 2014

Per 1 januari 2014 zal er een nieuwe Bedrijfsregeling Brandregres gaan gelden. De nieuwe Bedrijfsregeling Brandregres 2014 zal alleen van toepassing zijn op schade ontstaan na 31 december 2013. Op dit moment geldt de Bedrijfsregeling Brandregres 2000. Al heel lang maken (brand)verzekeraars, die zijn aangesloten bij het Verbond van Verzekeraars, geen gebruik van de bij wet gegeven bevoegdheid, een uitgekeerde brandschade te verhalen op een aansprakelijke derde of diens verzekeraar. Indien er dekking bestond onder een verzekering van die derde, ontstond namelijk een vestzak-broekzak situatie. Men vond het destijds wenselijk dat alleen regres mogelijk was, wanneer geen dekking bestond onder een (AVP-) verzekering. Bijvoorbeeld in het geval sprake is van opzet of een misdrijf. Zo werd de vestzak-broekzak situatie tegengegaan. De afspraken hierover zijn vastgelegd in de thans geldende Bedrijfsregeling Brandregres 2000.

Bedrijfsregeling Brandregres 2000

De Bedrijfsregeling Brandregres 2000 heeft een behoorlijk groot toepassingsbereik. Het zijn niet alleen de brandverzekeraars die in beginsel geen regres nemen. Met een brandverzekering worden in artikel 7.2 van de Bedrijfsregeling Brandregres 2000 onder meer de navolgende verzekeringen gelijk gesteld:

- a) Brandverzekering;
- b) Inbraakverzekering;
- c) Diefstalverzekering;
- d) Stormschadeverzekering;
- e) Overstromingsverzekering;
- f) Waterleidingschadeverzekering;
- g) Verzekering tegen schade veroorzaakt door luchtverkeer;
- h) Koelhuisschadeverzekering;
- i) Brandverzekering, uitgebreid met dekking tegen andere gevaren dan brand;
- j) Verzekering van bedrijfsschade en andere indirecte schade, die het gevolg zijn van één van de hiervoor onder a. tot en met i bedoelde gevaren;

- k) Alle andere soorten verzekeringen, die krachtens besluit van het sectorbestuur Schadeverzekering van het Verbond van Verzekeraars als behorend tot of verwant aan het brandverzekeringsbedrijf beschouwd dienen te worden.

Op grond van de Bedrijfsregeling Brandregres 2000 hebben de verzekeraars, die bij het Verbond van Verzekeraars zijn aangesloten, in grote lijnen afgesproken dat zij:

Noch direct noch indirect verhaal zullen halen op particulieren die uitsluitend in hun particuliere hoedanigheid aansprakelijk zijn voor de door de brandverzekeraar uitgekeerde schade.

Hun verhaalsrecht jegens niet-particulieren zullen beperken tot een bedrag van € 500.000,- per schadegebeurtenis ontstaan na 2001. Afgesproken is verder dat dit recht jegens de niet-particulieren alleen zal worden uitgeoefend indien de aansprakelijkheid verband houdt met onzorgvuldig handelen of nalaten.

De wijziging in de Bedrijfsregeling Brandregres per 1 januari 2014

Tijdens de algemene ledenvergadering van het Verbond van Verzekeraar is op 19 december 2012 besloten de Bedrijfsregeling Brandregres met ingang van 1 januari 2014 te wijzigen.

In eerste instantie leek het erop dat onder de BBr 2014 onbeperkt regres mogelijk zou zijn op niet-particulieren (de zakelijke markt). Recentelijk is echter gebleken dat dit niet geval is. Onder de BBr 2014 blijft het vereiste van onzorgvuldig handelen voor de niet-particulier (de zakelijke markt) van kracht. Dit blijkt namelijk uit een circulair van het Verbond van Verzekeraar van 11 oktober 2013 (MSS-2013-19):

“Deze circulaire geeft ook een nadere uitleg van het criterium “onzorgvuldig handelen”. In de toelichting op de regeling staat dat de oude BBr op dit punt niet is gewijzigd. In de regeling zelf komt dit echter niet expliciet naar voren. Om deze onduidelijkheid weg te nemen, zal het begrip “onzorgvuldig handelen” op zo kort mogelijke termijn aan de tekst van de regeling worden toegevoegd; gelijk aan de oude regeling kan alleen op niet-particulieren worden verhaald als aan het criterium van “onzorgvuldig handelen” is voldaan”.

De BBr 2014 is overigens van toepassing wanneer de schade is ontstaan na 31 december 2013.

De enige voor de praktijk ingrijpende wijziging in de BBr 2014 is dat de financiële onder-en bovengrens (onder de BBr 2000 van respectievelijk € 2.500,- en € 500.000,-) wordt afgeschaft. Dit zou tot onbeperkte aansprakelijkheid van de schadeorzaker kunnen leiden.

Sanne Rutten

Telefoon: +31(0)26 353 83 45

E-mailadres: rutten@dirkzwager.nl

Arbeidsrecht

www.dirkzwagerarbeidsrecht.nl

Oeps, één dag te laat

De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is niet meer weg te denken in ons arbeidsrechtelijk bestel. Het merendeel van de werknemers krijgt bij aanvang van het dienstverband eerst één (of meerdere) arbeidsovereenkomst(en) voor bepaalde tijd aangeboden alvorens een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt verstrekt. Kenmerkend voor de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is dat deze van rechtswege eindigt wanneer de tijd waarvoor zij is aangegaan, is verstreken. Het is van belang om goed in de gaten te houden op welke datum de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd precies eindigt. Dat een vergissing van één dag een werkgever duur kan komen te staan, wordt bevestigd in een recente uitspraak van het Gerechtshof Den Bosch (LJN: BY1764).

De stilzwijgende voortzetting van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

Wat speelde er in deze zaak? De werkgever en de werknemer hadden een arbeidsovereenkomst gesloten voor de duur van zes maanden, ingaande op 12 september 2011. Op 12 maart 2012 (één dag na afloop van het contract) was de werknemer zoals gebruikelijk aan het werk gegaan en overhandigde de werkgever hem rond 15.00 uur een brief gedateerd op 9 maart 2012 met de mededeling dat zijn tijdelijke contract niet zou worden verlengd en daarom zijn dienstverband met ingang van 12 maart 2012 was geëindigd. Voorafgaand aan deze brief hadden partijen niet met elkaar gesproken over een verlenging dan wel beëindiging van het contract.

De werknemer beriep zich in rechte op artikel 7:668 lid 1 BW. Hij stelde dat zijn arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd stilzwijgend was voortgezet en daarom niet van rechtswege was geëindigd en vorderde doorbetaling van zijn loon.

In artikel 7:668 lid 1 BW is geregeld dat indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na het verstrijken van de tijd waarvoor zij is aangegaan zonder tegenspraak wordt voortgezet, de arbeidsovereenkomst wordt geacht voor dezelfde tijd, doch ten hoogste voor de duur van één jaar, op de vroegere voorwaarden wederom te zijn aangegaan.

Het Hof komt tot het oordeel dat de werknemer op grond van de gedragingen van de werkgever had mogen aannemen dat zijn arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd stilzwijgend werd voortgezet. De werkgever had de werknemer immers op 12 maart 2012 toegelaten tot zijn werk en hem zijn gebruikelijke werkzaamheden tot ongeveer 15.00 uur laten uitvoeren. Daarmee had de werkgever bij de werknemer het vertrouwen gewekt dat zijn arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd stilzwijgend werd voortgezet, aldus het Hof. Dat de werkgever zich één dag had vergist in de einddatum van de arbeidsovereenkomst (de werkgever verkeerde in de veronderstelling dat de arbeidsovereenkomst op 12 maart 2012 afliep in plaats van op 11 maart 2012), was spijtig, maar volgens het Hof een omstandigheid die voor rekening en risico van de werkgever behoorde te blijven. De vordering van de werknemer tot doorbetaling van zijn loon werd toegewezen.

Les voor de praktijk

Uit deze uitspraak blijkt maar weer hoe belangrijk het is om precies in de gaten te houden op welke datum een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt. Een vergissing van één dag kan ertoe leiden dat u opnieuw voor de duur van (maximaal) één jaar aan een werknemer gebonden bent, terwijl u nu juist besloten had om het contract niet te verlengen. Dat kan nogal vervelend zijn. Wilt u het contract dus niet verlengen, dan is het belangrijk dat u uw werknemer na afloop van het contract niet meer toelaat tot zijn of haar werkzaamheden zodat niet de indruk kan worden gewekt dat u de arbeidsovereenkomst wilt voortzetten.

Anique Sauvé

Telefoon: +31 (0)24 381 31 19
E-mailadres: sauve@dirkzwager.nl

Onderzoeks- en informatieplicht bij beëindiging met wederzijds goedvinden

Dat een handtekening van de werknemer onder een vaststellingsovereenkomst geen garantie biedt voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst, is inmiddels bekend en onlangs (opnieuw) bevestigd door het Hof Leeuwarden. Van belang is dat de werkgever zich ervan vergewist dat de werknemer beseft dat hij instemt met beëindiging van zijn dienstverband én de mogelijke gevolgen daarvan overziet. Dit betekent dat de werkgever de werknemer goed en volledig dient te informeren over zijn rechtspositie. Indien dit niet is gebeurd en de werknemer evenmin op andere wijze (juridisch) is bijgestaan, kan dit tot gevolg hebben dat de arbeidsovereenkomst niet is geëindigd.

In voornoemde zaak bij het Hof Leeuwarden ging het om twee Duitse werknemers die hun handtekening hadden gezet onder een in Nederlands opgestelde vaststellingsovereenkomst zonder een Duitse vertaling en zonder dat zij in de gelegenheid waren gesteld om over de overeenkomst juridisch advies in te winnen. Daar kwam bij dat de overeenkomst ook nog was geantedateerd (datum van 3 maanden eerder). Het Hof overwoog hier dat de werkgever niet uitsluitend uit de bereidheid van de werknemer tot het plaatsen van de handtekening mag afleiden dat de werknemer akkoord gaat met de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst. De werkgever moet zich er met een redelijke mate van zekerheid van vergewissen of de werknemer beseft dat zijn instemming wordt gevraagd met beëindiging van de arbeidsovereenkomst, zonder garantie op terugkeer, en of hij de mogelijke gevolgen hiervan voor zijn rechtspositie overzag.

Het Hof Leeuwarden neemt hier de overweging van het Hof Arnhem van 20 juli 2010 over. Ook in die zaak bleek louter de handtekening van de werknemer onder de vaststellingsovereenkomst niet voldoende te zijn. Het Hof Arnhem overwoog daarbij tevens dat een werkgever er alleen gerechtvaardigd op mag vertrouwen dat een werknemer instemt met beëindiging als sprake is van een daarop gerichte, duidelijke en ondubbelzinnige verklaring. Hiermee wordt in principe dezelfde maatstaf gehanteerd als in de situatie waarin de werknemer zelf ontslag neemt. Het gevolg van het ontbreken van wilsovereenstemming is dat de arbeidsovereenkomst niet is geëindigd

en het recht op loondoorbetaling in beginsel is blijven voortduren. Dit kan voor de werkgever achteraf nog behoorlijk in de papieren gaan lopen.

Wat in onderhavige zaak wellicht nog een saillant detail is, is dat de kantonrechter de loonvorderingen van de werknemers in eerste instantie heeft afgewezen. Dit terwijl naar mijn mening uit de feiten en omstandigheden toch evident blijkt dat de werkgever hier niet goed en zorgvuldig heeft gehandeld. De twee Duitse werknemers kregen immers een geantedateerde, enkel in het Nederlands opgestelde vaststellingsovereenkomst voorgelegd, zonder dat zij in de gelegenheid werden gesteld om juridisch advies in te winnen. Maar goed, één ding is zeker: een gerechtelijke uitkomst staat nooit op voorhand vast.

Renate Schoester

Telefoon: +31 (0)26 353 83 03

E-mailadres: peijs@dirkzwager.nl

Sociaal Plan, gouden handdruk en RVU

Bij een reorganisatie is vaak sprake van een Sociaal Plan tussen de werkgever en de vakbonden. In geval van boventalligheid en geen beschikbaarheid van andere passende arbeid volgt ontslag voor de betreffende werknemers. Sommige Sociale Plannen bieden de mogelijkheid dat een werknemer die niet op de ontslaglijst staat, vrijwillig kiest om plaats te maken voor een boventallige collega. Een plaatsmakers- of remplacantenregeling. Degene die kiest voor vrijwillig vertrek, de plaatsmaker, ontvangt dan een ontslaguitkering. Vraag is of dit fiscale problemen oplevert, een RVU?

RVU

Onder een regeling voor vervroegde uittreding (RVU) wordt verstaan een regeling die uitsluitend of nagenoeg uitsluitend ten doel heeft voorafgaand aan pensioen of AOW te voorzien in een financieel vangnet voor de ontslagen werknemer. Hiervoor geldt een kwalitatieve en een kwantitatieve toets door de Belastingdienst.

Kwalitatieve toets

Het ontslag mag niet leeftijdsafhankelijk zijn. Bij een reorganisatie (met gedwongen collectief ontslag) wil dit zeggen dat de boventalligheid en plaatsing op de ontslaglijst vastgesteld moeten worden aan de hand van het afspiegelings- of dienstjarenbeginsel. De plaatsmaker voldoet niet aan deze kwalitatieve toets.

Centraal Aanspreekpunt Pensioen (CAP)

Op 14 februari 2013 heeft het CAP van de Belastingdienst bij Vraag en Antwoord gepubliceerd, dat een belastinginspecteur geen RVU-beschikking mag geven aan de werkgever die een Sociaal Plan hanteert met een plaatsmakers- of remplacantenregeling. Hiervoor biedt de kwalitatieve toets geen ruimte. Gevolg is dat steeds op individuele basis de kwantitatieve toets moet worden gedaan, namelijk of de ontslagvergoeding een RVU oplevert. Hiervoor gelden met name financiële eisen, die toegepast worden op de individuele situatie van de werknemer die ontslagen wordt, in dit geval de vrijwillige plaatsmaker.

Toets Belastingdienst

Op grond van artikel 32ba lid 7 Wet op de Loonbelasting toetst de belastinginspecteur op verzoek van de werkgever of een ontslagvergoeding een RVU is. Bij een vrijwillig

vertrekregeling in een Sociaal Plan wordt een dergelijk algemeen verzoek niet meer in behandeling genomen. Reden is dat niet objectief vastgesteld kan worden of het collectieve ontslag als gevolg van de reorganisatie leeftijdsafhankelijk is. Dus moet steeds per persoon getoetst worden aan de hand van de financiële eisen van de kwantitatieve toets.

Advies

Indien een werkgever overweegt in een Sociaal Plan een vrijwillig vertrekregeling op te nemen, zal hieraan door de Belastingdienst geen goedkeuring op grond van artikel 32ba lid 7 Wet op de loonbelasting gegeven (kunnen) worden. Per persoon moet bekeken worden of een probleem ontstaat na toepassing van de kwantitatieve toets. Hierbij is maatwerk vereist, met een goed onderzoek naar optimale benutting van de mogelijkheden van de bestaande pensioenregeling en van de fiscale ruimte, steeds in het individuele geval.

Henk Hoving

Telefoon: +31 (0)24 381 31 26

E-mailadres: hoving@dirkzwager.nl

Payrolling: het einde in zicht?

Op 11 maart jl. verscheen op deze kennisportel een bijdrage van mijn kantoorgenoot mr. Van Schaick naar aanleiding van een spraakmakende uitspraak van de kantonrechter Rotterdam over payrolling. In deze uitspraak oordeelde de kantonrechter dat voor de toepassing van het afspiegelingsbeginsel door een payrollonderneming, moet worden afgespiegeld binnen de materieel werkgever (de inlener). De kantonrechter zette daarmee de beleidsregels van het UWV WERKbedrijf inzake payrolling opzij. Omdat de payrollonderneming het afspiegelingsbeginsel niet binnen de materieel werkgever had toegepast, wees de kantonrechter de tien ontbindingsverzoeken af. Recentelijk is de kantonrechter Almelo nog een stap verder gegaan. De kantonrechter Almelo verklaarde een payrollonderneming in zijn ontbindingsverzoeken niet ontvankelijk, omdat er tussen de onderneming en de werknemers geen arbeidsovereenkomst zou bestaan. Een opmerkelijke uitspraak.

Uitspraak

De kantonrechter overweegt dat de overeenkomst die de payrollonderneming met de werknemers heeft gesloten weliswaar de titel 'arbeidsovereenkomst' draagt, maar dat dit niet betekent dat hun arbeidsverhouding daardoor ook als arbeidsovereenkomst te gelden heeft.

Ter beoordeling van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst, moet worden gekeken naar hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven.

De kantonrechter acht in deze beoordeling van belang dat:

- de inlener de werknemers geselecteerd en geworven heeft; de inlener deze werknemers vervolgens heeft 'aangereikt' aan de payrollonderneming die daarop met de werknemers een als 'arbeidsovereenkomst' aangeduide overeenkomst heeft gesloten;
- de werknemers door de payrollonderneming exclusief ter beschikking zijn gesteld aan de inlener;

- de inlener het instructierecht had;
- de werknemers beoordeeld werden door de inlener;
- de inlener met de werknemers afspraken maakte over hun vakantiedagen;
- de te volgens opleidingen en wisselingen van werkplek;
- de payrollonderneming op geen enkel wijze gezag uitoefende.

De kantonrechter komt vervolgens tot de conclusie dat de arbeidsverhouding tussen de payrollonderneming en de werknemers niet kwalificeert als een arbeidsovereenkomst en in feite enkel en alleen heeft bestaan uit het plaatsen van de werknemers op de loonlijst van de payrollonderneming.

De payrollonderneming wordt daarom in zijn ontbindingsverzoeken niet ontvankelijk verklaard.

Tenslotte overweegt de kantonrechter dat hij partijen in de gelegenheid stelt om zich over deze beslissing uit te laten, alvorens een definitieve beslissing te geven. Hij wil namelijk een verrassingsuitspraak voorkomen. De zaak wordt daarom aangehouden.

Conclusie

Een zeer opmerkelijke (voorlopige) uitspraak, die tot veel ophef binnen de payrollsector zal leiden indien de kantonrechter bij zijn beslissing blijft. Wanneer een payrollonderneming niet meer als (formeel) werkgever wordt beschouwd, is dat een grote aanslag op het bestaansrecht van de constructie payroll. Immers, een onderneming kiest in de regel voor deze constructie om zijn verantwoordelijkheden als werkgever uit handen te geven.

Wanneer de ingezette lijn van de kantonrechter Almelo wordt doorgezet, zal dat niet alleen grote gevolgen hebben voor de payrollondernemingen, maar met name ook voor de zogenaamde inlener. Zij zullen dan namelijk niet meer als inlener kwalificeren, maar als werkgever met alle verplichtingen die daarmee gepaard gaan van dien.

Wij kijken met belangstelling uit naar de definitieve uitspraak van de kantonrechter Almelo. Zodra wij daarmee bekend zijn, zullen wij u daarvan op de hoogte stellen.

Anique Sauvé

Telefoon: +31 (0)24 381 31 19
E-mailadres: sauve@dirkzwager.nl

Slotje erop? Het verbieden van sociale media tijdens en buiten werktijd

Sociale media bieden werkgevers tal van mogelijkheden. Zo kunnen ze uitstekend worden ingezet om kennis en informatie omtrent een bepaald vakgebied uit te wisselen, om specifieke personen te vinden, om relaties te onderhouden en zelfs om marketing te bedrijven. Toch hebben sociale media volgens velen ook een keerzijde. Werkgevers vrezen er onder meer voor dat de arbeidsproductiviteit van werknemers daalt door het gebruik van sociale media tijdens werktijd, dat vertrouwelijke bedrijfsinformatie wordt onthuld, of dat op een andere manier (imago)schade wordt toegebracht aan de onderneming. Veel werkgevers vragen zich dan ook af of er mogelijkheden bestaan om het gebruik van sociale media door hun werknemers (tot op zekere hoogte) te verbieden.

Om deze vraag te beantwoorden is het van belang twee situaties van elkaar te onderscheiden, namelijk het gebruik van sociale media door werknemers tijdens en buiten werktijd. Als een werknemer sociale media gebruikt tijdens de werktijd gelden namelijk andere regels dan wanneer hij dit in zijn vrije tijd doet. Beide situaties komen in dit artikel aan de orde.

Het gebruik van sociale media tijdens werktijd

Als algemene regel kan gesteld worden dat een werkgever de bevoegdheid heeft om te beslissen of, en in welke mate, de werknemer toegang heeft tot sociale media tijdens werktijd. In het arbeidsrecht geldt namelijk als uitgangspunt dat een werknemer verplicht is om de arbeidsovereenkomst uit te voeren volgens de instructies van zijn werkgever (de werkgever heeft een instructiebevoegdheid). Dit betekent dat een werkgever kan en mag bepalen wat de werknemer op het werk moet doen en laten. Hieronder valt ook het doen en laten inzake de telecommunicatie, waar sociale media onder vallen. Tijdens de werktijd dient de werknemer zich dus aan de regels te houden die zijn werkgever hem oplegt, ook wat sociale media betreft.

Feit is echter dat deze instructiebevoegdheid van een werkgever niet onbegrensd is. De werknemer heeft namelijk een aantal grondrechten, waaronder het recht op privacy en het recht op vrije meningsuiting. Deze grondrechten worden gewaarborgd door internationale en nationale rechtsbronnen (internationale verdragen, de grondwet, andere

wetten en CAO's). Ook binnen zijn werkomgeving behoudt de werknemer deze grondrechten, zo volgt uit (Europese) rechtspraak. Het recht op privacy omvat onder meer het recht op communicatievrijheid, waardoor een werknemer recht heeft om normale sociale relaties te ontwikkelen met anderen.

Het recht van een werkgever om zijn instructiebevoegdheid uit te oefenen kan botsen met grondrechten van een werknemer. Dit heeft tot gevolg dat een werkgever niet alle instructies kan geven die hij wil. Instructies die in strijd zijn met grondrechten, moeten als nietig (onbestaand) worden beschouwd. Een werknemer hoeft dan ook geen gevolg te geven aan dergelijke instructies.

Ook de grondrechten van werknemers zijn echter niet onbegrensd. Deze rechten kunnen immers in botsing komen met (grond)rechten van andere individuen. Dit betekent dat een werkgever de grondrechten van zijn werknemers tot op zekere hoogte mag inperken. Om een inperking van grondrechten toelaatbaar te maken, is het noodzakelijk dat deze inperking een gerechtvaardigd doel dient en de inperking proportioneel is met het doel.

Toegesplitst op het gebruik van sociale media op de werkvloer betekent dit het volgende: op grond van zijn instructiebevoegdheid mag een werkgever eenzijdig regels invoeren, voor zover het gebruik van sociale media van invloed is op het werk. De werkgever beslist in de werksfeer of en in welke mate hij faciliteert dat zijn werknemers toegang hebben tot sociale media. Werkgevers zijn (vooralsnog) niet verplicht om faciliteiten en/of tijd beschikbaar te stellen, zodat een werknemer (online) op zijn werk met anderen in contact kan blijven. De werkgever mag bepaalde sites (zoals Facebook en Youtube) blokkeren.

Toch kan niet ieder gebruik van sociale media op de werkvloer worden verboden. Een beperkt (privé)gebruik dient door de werkgever aanvaard te worden. De duur en frequentie van dit gebruik dienen wel beperkt te zijn. Het is vaak lastig in te schatten of een werknemer meer tijd spendeert aan het gebruik van sociale media dan moet worden toegelaten. Wij voorzien u graag van advies op maat in concrete situaties waarbij u zich afvraagt hoe u dient om te gaan met het gebruik van sociale media gedurende werktijd.

Het gebruik van sociale media tijdens privétijd

Een werknemer staat in zijn vrije tijd niet onder het gezag van zijn werkgever. Dat heeft tot gevolg dat de werkgever zijn bevoegdheid om regels te stellen en instructies te geven niet kan invoeren ten aanzien van gedragingen van een werknemer in diens vrije tijd.

Bij uitstek gedurende de vrije tijd van een werknemer geldt als uitgangspunt dat hij zekere grondrechten geniet, waaronder het recht op privacy en het recht op vrijheid van meningsuiting. Hierdoor kan een werkgever zijn werknemers niet in het geheel verbieden om actief te zijn op sociale media.

In beginsel mag een werknemer in zijn vrije tijd dus met sociale media doen wat hij wil. Toch is deze vrijheid niet onbeperkt. Een werknemer is op grond van zijn arbeidsovereenkomst verplicht te handelen als een 'goed werknemer'. Dit heeft ook gevolgen voor handelingen buiten werktijd. De werknemer moet zich, ook al staat hij niet onder het gezag van zijn werkgever, aan een aantal regels houden. Zo mag een werknemer geen vertrouwelijke bedrijfsinformatie openbaar maken en moet hij zich ervan onthouden de werkgever in een kwaad daglicht te stellen. Als vuistregel kan gesteld worden dat een werknemer geen onnodige schade aan de werkgever mag toebrengen.

Het recht van vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy kunnen in bepaalde gevallen lijnrecht tegenover de geheimhoudingsplicht en de plicht om zich als een goed werknemer te gedragen staan. Het is moeilijk om vast te stellen waar de rechten van de werknemer eindigen en de verplichtingen (tot terughoudendheid) beginnen. Dit moet van geval tot geval worden bezien. Van belang in de beoordeling is onder meer welke soort uitlating(en) een werknemer doet.

Zo kan een werkgever optreden tegen uitingen van een werknemer die betrekking hebben op de werkgever als speler in de markt waardoor schade wordt toegebracht aan het klimaat van het bedrijf. Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als een werknemer de onderneming in een kwaad daglicht stelt door zich negatief uit te laten over de producten of cliënten van de werkgever, als de werknemer concurrenten van de werkgever aanprijst ten koste van de werkgever, etcetera. In het algemeen kan gesteld worden dat dit de vrijheid van meningsuiting te buiten gaat en dat de rechten en/of belangen van de werkgever in dergelijke gevallen prevaleren boven de (grond)rechten van de werknemer.

Uitlatingen van de werknemer over hoe hij de onderneming als werkgever vindt, zijn lastiger te beoordelen. Hierbij kunt u denken aan negatieve uitlatingen over de arbeidsvoorwaarden of wanneer leidinggevend, collega's en/of het management van de werkgever in een kwaad daglicht worden gezet. Dergelijke uitlatingen worden eerder beschermd door het recht op vrije meningsuiting, maar goed werknemerschap brengt wel met zich mee dat een werknemer niet vrijelijk mag roddelen over het

bedrijf c.q. individuen binnen het bedrijf. Uiteraard blijven wel de concrete omstandigheden van het geval van belang. Zo is bijvoorbeeld relevant of de werknemer die deze uitlatingen doet zijn onvrede al via andere kanalen heeft kunnen uiten (interne communicatie).

Tot slot kan de werknemer uitingen doen die volledig los staan van zijn arbeidsrelatie. Zo kan hij politieke of religieuze inzichten/opvattingen openbaar maken. Uitgangspunt is dat een werknemer alle uitingen kan doen, zolang die wettelijk toegelaten zijn. In uitzonderlijke gevallen kan een werkgever wel optreden tegen privé-uitlatingen van een werknemer. Hierbij kan men denken aan uitlatingen die strijdig zijn met een bepaalde ideologie die de core business van de werkgever vormt. Zo is het denkbaar dat een politieke partij optreedt tegen een werknemer die zich via de sociale media tot een andere politieke strekking bekent, of dat een professionele voetbalclub zijn werknemers verbiedt om op Twitter actief concurrerende voetbalclubs te supporteren.

Mocht een werknemer toch opmerkingen plaatsen waarmee hij de ruimte die door de grondrechten wordt geboden overschrijdt, dan kan dat voor de werkgever aanleiding zijn voor het treffen van (arbeidsrechtelijke) maatregelen, met als uiterste maatregel ontslag. Wij adviseren u in een dergelijke situatie graag over passende (vervolg) stappen.

Tot slot

Werkgevers kunnen werknemers dus (tot op zekere hoogte) voorschrijven hoe om moet worden gegaan met het gebruik van sociale media, zowel tijdens als buiten werktijd. Bepaald gebruik (zoals de werkgever als speler in de markt in een kwaad daglicht stellen) mag worden verboden. Het verdient sterkte aanbeveling om de richtlijnen en grenzen die de werkgever wil hanteren duidelijk te communiceren richting de werknemers. Dit maakt het voor werknemers namelijk lastig(er) om zich (achteraf) op het standpunt te stellen dat zij zich vrij acht(t)en in hun gebruik van en uitlatingen op sociale media. Werknemers die de vrijheid van meningsuiting c.q. het recht op privacy lijken te zien als onbeperkte rechten, kunnen in dat geval effectiever worden aangepakt.

Aletha ten Bokum

Telefoon: +31 (0)26 353 83 44

E-mailadres: tenbokum@dirkzwager.nl

Gezondheidszorg

www.dirkzwagergezondheidszorg.nl

De Zorgbrede Governancecode in de zorginkoopprocedure

Het komt steeds vaker voor dat zorgverleners naar de rechter stappen op het moment dat een zorgkantoor weigert een overeenkomst tot het leveren van zorg met hen te sluiten. In dit artikel zal worden ingegaan op een uitspraak van het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch van 11 december 2012 (LJN: BY6451) waarin het zorgkantoor CZ weigerde een overeenkomst van zorg te sluiten met een zorgaanbieder, Zorgpunt Thuiszorg B.V. (hierna: Zorgpunt). Zorgpunt is een besloten vennootschap, waarvan Jola Holding B.V. de enige aandeelhouder en bestuurder is. De heer Z op zijn beurt is bestuurder en enig aandeelhouder van Jola Holding B.V.

De voorwaarden bij de inkoopprocedure

CZ hanteert een zorginkoopprocedure (gebaseerd op de beginselen van het aanbestedingsrecht) die is opgenomen in het Zorginkoopdocument 2013. In het inkoopdocument is beschreven aan welke voorwaarden zorgaanbieders dienen te voldoen om voor een zorgcontract in aanmerking te komen. Zodra zorgaanbieders zich inschrijven, verklaren zij zich akkoord met de voorwaarden in het inkoopdocument. Onderdeel van deze voorwaarden zijn 'geschiktheidseisen' die onder meer inhouden dat de zorgaanbieder de Zorgbrede Governancecode aantoonbaar heeft ingevoerd. Uit een voetnoot bij deze bepaling blijkt dat de zorgaanbieder in ieder geval moet beschikken over een meervoudig samengesteld toezichthoudend orgaan (Raad van Commissarissen of Raad van Toezicht), die statutair verankerd is en ingeschreven is in het handelsregister.

In de Zorgbrede Governancecode is onder art. 4.2 lid 9 bepaald dat statutair moet worden vastgelegd op welke gronden en door wie (de leden van) het toezichthoudend orgaan kunnen worden geschorst en ontslagen, welke meerderheid van stemmen hiertoe vereist is en welke eventuele daarbij te hanteren procedures worden gevolgd. Voorts is in artikel 4.4 bepaald dat het toezichthoudend orgaan zodanig is samengesteld dat de leden ten opzichte van elkaar, de Raad van Bestuur en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren.

Het geschil

Zorgpunt heeft zich ingeschreven bij CZ voor de inkoopprocedure AWBZ 2013. Nadat CZ Zorgpunt in eerste instantie heeft laten weten in aanmerking te komen voor een zorgovereenkomst 2013, trekt CZ dat later in omdat haar gebleken zou zijn dat Zorgpunt niet voldoet aan de eisen in het inkoopdocument.

Zorgpunt is een besloten vennootschap waarvan de bestuurder tevens de enig aandeelhouder is (een directeur-groootaandeelhouder). De Raad van Commissarissen van Zorgpunt wordt benoemd en ontslagen door de algemene vergadering van aandeelhouders. Feitelijk betekent dit volgens CZ, dat het dus de bestuurder zelf is die zijn eigen toezichthouders benoemt en ontslaat. Naar de mening van CZ wordt dan niet voldaan aan de voorschriften van de Zorgbrede Governancecode omdat het toezicht hierdoor niet onafhankelijk zou zijn van het bestuur.

CZ vult haar bezwaren later nog aan, door er op te wijzen dat op grond van artikel 4.2 lid 9 van Zorgbrede Governancecode de gronden waarop leden van het toezichthoudend orgaan kunnen worden ontslagen, in de statuten verankerd moeten zijn. Datzelfde geldt voor de meerderheid van stemmen waarmee een lid van het toezichthoudend orgaan kan worden ontslaan. De statuten van Zorgpunt zouden hier niet aan voldoen. Uit deze statuten blijkt overigens dat Zorgpunt een zogenaamde 'facultatieve' Raad van Commissarissen kent, hiermee wordt bedoeld dat de algemene vergadering van aandeelhouders een besluit kan nemen om een Raad van Commissarissen in te stellen en weer op te heffen. Uit het vonnis volgt dat Zorgpunt hier wel toe over is gegaan, maar in de statuten zou, aldus CZ, onvoldoende uitvoering zijn gegeven aan artikel 4.2 negende lid van de Zorgbrede Governancecode.

Zorgpunt echter is het hier niet mee eens en start een kortgeding procedure tegen CZ. Bij de Rechtbank wordt CZ in het gelijk gesteld, waarna Zorgpunt in hoger beroep gaat bij het Hof.

Procedure in hoger beroep

Het Hof neemt net als de Rechtbank tot uitgangspunt dat CZ bij het voeren van de inkoopprocedure aan dient te sluiten bij de beginselen van het aanbestedingsrecht, waarbij sprake is van een objectieve, transparante en non-discriminatoire invulling van het inkoopbeleid. Van belang is op welke wijze een redelijk geïnformeerd en normaal zorgvuldige inschrijver de zin "De zorgaanbieder heeft aantoonbaar de Zorgbrede Governancecode ingevoerd" dient te begrijpen in de omstandigheden van dit geval.

Hoewel Zorgpunt inderdaad een meervoudig samengestelde Raad van Commissarissen had die kenbaar was uit het Handelsregister, gaat het om de vraag of artikel 4.2 lid 9 van de Zorgbrede Governancecode correct is ingevoerd. In het Inkoopdocument is duidelijk neergelegd dat de regeling omtrent het ontslag van de Commissarissen statutair dient te zijn vastgelegd. Zorgpunt had betoogd dat een uitwerking in een reglement voldoende was, maar hier gaat het Hof niet in mee. De regeling dient in de statuten te zijn opgenomen, omdat een reglement eenvoudig kan worden gewijzigd en daarmee de onafhankelijkheid van de Commissarissen onvoldoende zou zijn verzekerd.

Daarnaast had Zorgpunt betoogd dat haar statuten verwijzen naar bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek en dat daarmee de onafhankelijkheid van de Raad van Commissarissen zou zijn gewaarborgd. Ook dit betoog gaat echter niet op, waarbij het Hof bijzonder belang lijkt te hechten aan het feit dat de bestuurder van Zorgpunt tevens de enige aandeelhouder was. In de wetsartikelen is namelijk niet geregeld hoe de onafhankelijkheid van de Raad van Commissarissen is gewaarborgd in het geval waarin de bestuurder van de vennootschap tevens enig aandeelhouder is. Het Hof komt, net als de Rechtbank, tot de conclusie dat CZ terecht geweigerd heeft een overeenkomst tot zorg te sluiten met Zorgpunt.

Conclusie

Uit deze uitspraak volgt dat inschrijvers de verplichtingen uit de Zorgbrede Governancecode zorgvuldig na dienen te komen indien dit een voorwaarde is in het inkoopdocument. Als in de Zorgbrede Governancecode is opgenomen dat een regeling statutair moet zijn neergelegd, is het onvoldoende om de regeling in een op de statuten gebaseerd reglement neer te leggen. De onafhankelijkheid van het toezichthoudend orgaan moet in de statuten verankerd zijn en een verwijzing naar artikelen uit de wet is onvoldoende.

Het is jammer dat de discussie zich voornamelijk lijkt te hebben toegespitst op artikel 4 lid 9 van de Zorgcode en artikel 4.4 enigszins op de achtergrond is geraakt. De principiële vraag of een B.V. met één aandeelhouder die tevens bestuurder is kan voorzien in een onafhankelijke Raad van Toezicht als de directeur-groootaandeelhouder deze Raad kan benoemen en ontslaan en hoe dat dan vorm zou moeten worden gegeven, is in deze procedure niet beantwoord. Hoewel CZ dit later in enigszins cryptische bewoordingen wat af lijkt te zwakken, is het standpunt van CZ dat "Indien, zoals in het geval van Zorgpunt Thuiszorg B.V., dezelfde persoon of entiteit zowel bestuurder als aandeelhouder is, wordt naar onze mening van niet voldaan aan de

voorschriften van de ZGC". Het is echter zeer de vraag of CZ daarmee niet te veel nadruk legt op het benoemings- en ontslagrecht in plaats van op de samenstelling en functioneren van het toezichthoudend orgaan en aldus een te beperkte uitleg geeft aan de Zorgbrede Governancecode. Een aanwijzing dat dit het geval is, volgt uit de verscherpte eisen die het CIBG stelt aan voor B.V.'s met één aandeelhouder om de onafhankelijkheid van het toezichthoudend orgaan te waarborgen. Deze eisen zien op de samenstelling van het toezichthoudend orgaan en gaan (lang) niet zover als het standpunt van CZ.

Uit de hierboven besproken uitspraak van het Hof wordt in ieder geval wel duidelijk dat zorgaanbieders in de vorm van een B.V. met een directeur-groootaandeelhouder extra onder het vergrootglas liggen van zorgverzekeraars en veel aandacht zullen moeten besteden aan de wijze waarop in hun statuten de onafhankelijkheid van het toezicht is gewaarborgd. Met de opkomst van meer zorgaanbieders in B.V. vorm met één directeur-groootaandeelhouder is de verwachting dat het aantal procedures over dit punt nog zal toenemen totdat de rechter een duidelijke uitspraak heeft gegeven.

Lieke aan den Toorn

Telefoon: +31 (0)24 381 31 27

E-mailadres: aadentoorndirkwager.nl

Wijzigingsvoorstel voor winstuitkering in de zorg

Al ruim een jaar (sinds 9 februari 2012) is een wetsvoorstel aanhangig dat het mogelijk moet maken voor zorgaanbieders om winst uit te keren, met als doel private investeerders aan te trekken. Over dit wetsvoorstel is reeds eerder bericht, het betreffende artikel is op hier na te lezen. Met dit wetsvoorstel wordt winstuitkering voor ziekenhuizen en zelfstandige behandelcentra onder voorwaarden mogelijk gemaakt, om daarmee de kwaliteit, dienstverlening en doelmatigheid van de zorg te verbeteren.

Wetsvoorstel winstuitkering zorgaanbieders

De gedachte achter het wetsvoorstel is dat private investeringen de solvabiliteit en continuïteit van zorgaanbieder ten goede komen, leiden tot een betere bedrijfsvoering en meer innovatie en de toetreding van nieuwe zorgaanbieders vergemakkelijken. Dit zijn uiteraard allemaal voordelen, maar de regering houdt terecht ook oog voor de risico's die dergelijke private investeerders mee kunnen brengen. Niet alle investeerders hebben immers de kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg als hoogste prioriteit. Hoewel het maken van winst zeker niet tegengesteld hoeft te zijn aan het verhogen van de kwaliteit (het tegendeel zal eerder gelden), wil de regering voorkomen dat het maken van kortetermijnwinsten afbreuk zal doen aan de hoofddoelen, kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg. Voor de samenleving als geheel immers zijn dit toch de belangrijkste zaken indien het gaat om zorgverlening.

Vandaar dat de regering een aantal voorwaarden stelt aan de wijze waarop de zorgaanbieders hun eventueel gemaakte winsten mogen uitkeren. Met deze voorwaarden tracht de regering een balans te vinden tussen het vermijden van mogelijke risico's en het vermijden van te stringente voorwaarden die het animo om te investeren zouden wegnemen. De private investeerders dienen een langetermijnperspectief te hebben om de eventuele risico's tot een minimum te beperken.

Wijziging wetsvoorstel winstuitkering

Op 18 februari 2013 is een wijzigingsvoorstel ingediend op het wetsvoorstel dat al aanhangig is, waarmee aan winstuitkeringen door zorgaanbieders twee aanvullende eisen worden gesteld. Dit voorstel is gebaseerd op het Regeerakkoord. Daarnaast is

inmiddels duidelijk geworden dat de Wet cliëntenrechten zorg als zodanig niet zal worden ingevoerd. De regeling omtrent de winstuitkering door zorgaanbieders zal daarom worden opgenomen in de Wet Toelating Zorginstellingen (WTZi). De voorwaarden in dit wijzigingsvoorstel, die dus zullen gaan gelden naast de voorwaarden die al in het oorspronkelijke wetsvoorstel waren opgenomen, houden het volgende in.

Solvabiliteitseis

In de eerste plaats dienen de zorgaanbieders en zorgaanbiedergroepen een solvabiliteit van 20% of hoger te hebben voordat ze tot uitkering van winst over mogen gaan. Dit betekent dat het eigen vermogen minimaal 20% moet uitmaken van de totale balans. Daarbij hanteert men een voorzichtig beleid, wat inhoudt dat ongerealiseerde winsten niet worden mogen meegeteld, maar ongerealiseerde verliezen wel moeten worden meegenomen.

Winstgevende exploitatie

De tweede nieuwe voorwaarde komt er op neer, dat een zorgaanbieder pas over mag gaan tot het uitkeren van winst, indien de reguliere exploitatie winstgevend is. Er is sprake van een reguliere winstgevende exploitatie, indien de zorgaanbieder drie jaar achter elkaar winst heeft gemaakt. Pas als dit het geval is, mag de zorgaanbieder winst uitkeren. Wordt er gedurende één jaar verlies geleden, dan begint de periode van drie jaar opnieuw te lopen. De buitengewone baten en lasten vallen overigens niet onder de gewone bedrijfsuitoefening.

Toezicht

De Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) krijgt een toezichthoudende rol met betrekking tot deze twee nieuwe voorwaarden. De NZa zal zelfstandig proactief toezicht houden. Teneinde deze toezichthoudende rol te faciliteren, komt op de zorgaanbieder die winst heeft uitgekeerd de plicht te rusten om binnen drie maanden na de winstuitkering een verantwoording aan de NZa te zenden, waaruit blijkt dat hij alle voorwaarde in acht heeft genomen. Dit zijn dus de twee hierboven geschreven voorwaarden maar ook de overige voorwaarden die in het aanhangige wetsvoorstel en in de wet zijn opgenomen. Constataert de NZa een inbreuk, dan kan zij een dwangsom of een bestuurlijke boete opleggen.

Met de twee bovenstaande (extra) voorwaarden wordt nogmaals benadrukt dat investeren in de zorg weinig zinvol is als een investeerder enkel op zoek is naar winst op de korte termijn. Hiermee worden extra waarborgen ingebouwd, met als doel het waarborgen van de kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg. Volgens de bijlage met de

aanhangige wetsvoorstellen bij de Kamerbrief van VWS ('Van systemen naar mensen', brief van 8 februari 2013) is de planning thans dat het gewijzigde wetsvoorstel op 1 januari 2014 wordt ingevoerd.

Lieke aan den Toorn

Telefoon: +31 (0)24 381 31 27

E-mailadres: aandentoorn@dirkzwager.nl

IGZ heeft slechts een afgeleid verschoningsrecht

Op 12 februari 2013 heeft de Hoge Raad in een uitspraak bepaald dat de inspectie voor de gezondheidszorg (IGZ) geen gevolg mag geven aan een vordering van het Openbaar Ministerie tot uitlevering van een dossier van een patiënt. Op grond van artikel 7 lid 3 van de Kwaliteitswet zorginstellingen, artikel 87a van de Wet beroepen in de individuele gezondheidszorg en artikel 39 van de Gezondheidswet heeft de IGZ sinds 29 mei 2010 een wettelijk verankerde geheimhoudingsplicht die gekoppeld is aan een op dezelfde datum gecreëerde bevoegdheid om patiëntendossiers in te zien.

De geheimhoudingsplicht van de IGZ houdt in dat voor zover de betrokken beroepsbeoefenaar uit hoofde van zijn beroep tot geheimhouding verplicht is, een gelijke verplichting voor de betrokken IGZ-ambtenaar geldt. De Hoge Raad oordeelt nu dat de geheimhoudingsplicht die de IGZ heeft, een afgeleide geheimhoudingsplicht is. Daarom is IGZ ook afgeleid verschoningsgerechtigd. Dit betekent dat niet de afgeleid verschoningsgerechtigde zelf, maar de geheimhouder aan wie het recht wordt ontleend, hoort te beslissen over de vraag of het verschoningsrecht in het geding is en of daarvan gebruik moet worden gemaakt. De IGZ komt dus geen zelfstandige beoordeling toe.

Verder vindt de Hoge Raad dat het afgeleide beroepsgeheim zich niet alleen uitstrekt tot het zorgdossier, maar ook tot andere stukken die medische informatie van de patiënt bevatten, zoals het verslag van het inspectiebezoek en verslagen van gesprekken tussen de zorgverlener en de inspecteur.

Het afgeleide beroepsgeheim ziet alleen op stukken die informatie bevatten die van de betreffende zorgverlener afkomstig is. De klager in deze zaak kon daarom geen beroep doen op een mogelijk aan andere medische beroepsbeoefenaren of instanties toekomend verschoningsrecht. Het OM moet dus een vordering tot inzage doen bij de betreffende beroepsbeoefenaar, en vervolgens is het, indien en voor zover deze zich op zijn verschoningsrecht beroept, aan de rechter om te beoordelen of zich het zeer uitzonderlijke geval voordoet waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt, ook ten aanzien van datgene waarvan de wetenschap aan de verschoningsgerechtigde

in die hoedanigheid is toevertrouwd moet prevaleren boven het verschoningsrecht. Uit deze uitspraak volgt dat IGZ in de regel niet zal mogen meewerken aan verzoeken van het OM voor zover de stukken gezondheidsgegevens van een patiënt bevatten. Hij moet de beslissing of stukken ter beschikking worden gesteld aan de arts (of andere beroepsbeoefenaar) overlaten. Daarbij maakt het geen verschil of het gaat om het zorgdossier zelf of om stukken die informatie bevatten die onder de geheimhoudingsplicht van de zorgaanbieder bevatten bij wie die gegevens zijn opgevraagd. Overigens zou het OM deze zaken ook niet van IGZ mogen vorderen, zo blijkt uit haar eigen beleidsregels (o.a. informatieprotocol OM-IGZ). Een zorgaanbieder die geconfronteerd wordt met een instantie die zich niet aan deze regels houdt zal zich met succes kunnen beroepen op bovenstaande uitspraak.

Luuk Arends

Telefoon: +31 (0)24 381 31 28

E-mailadres: arends@dirkzwager.nl

Hof: vergoedingsbeleid CZ in strijd met de wet

Het Hof te 's-Hertogenbosch heeft in een uitspraak van 9 juli jl. bevestigd dat CZ de vergoeding die betaald wordt voor zorgverlening niet mag halveren als de zorg geboden wordt door zorgaanbieders waarmee CZ geen contract heeft gesloten. Volgens het Hof moet CZ een vergoedingspercentage van 75% hanteren. Deze uitspraak heeft grote gevolgen voor andere zorgverzekeraars en normaliseert de verhoudingen op de zorgmarkt.

Achtergrond

Zorgverzekeraars zijn niet verplicht om met alle zorgaanbieders contracten te sluiten voor het leveren van zorg aan verzekerden met een natura-polis. Sinds enkele jaren is sprake van toegenomen restrictief contactbeleid. Op grond van artikel 13 van de Zorgverzekeringswet moeten zorgverzekeraars ook de zorg die verleend wordt door niet-gecontracteerde aanbieders vergoeden.

Tot voor kort werd vrij algemeen een vergoedingspercentage van ongeveer 80% gehanteerd. Sinds enkele jaren zijn veel zorgverzekeraars het vergoedingspercentage echter fors naar beneden aan het bijstellen. Verschillende zorgverzekeraars vergoeden slechts 50 of 60% van de tarieven die normaliter betaald worden aan gecontracteerde aanbieders. Het was feitelijk wachten op de eerste procedure over de toelaatbaarheid van het aangescherpte vergoedingsbeleid.

Arrest Hof

Het Hof te 's-Hertogenbosch heeft nu geoordeeld dat een vergoedingspercentage van 50% in ieder geval niet geoorloofd is. Dit lage percentage hanteerde CZ in geval van zorgverlening door aanbieders van specialistische GGZ. Een aanbieder van specialistische GGZ, die van CZ geen contract kreeg, wendde zich tot de voorzieningenrechter omdat het vergoedingspercentage er feitelijk toe zou leiden dat geen enkele CZ-verzekerde zich nog langer onder behandeling van haar instelling zou stellen. Verzekerden zouden niet bereid zijn de helft van de kosten van dergelijke behandelingen voor eigen rekening te nemen. Het Hof oordeelde, net als de voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant, dat het lage percentage inderdaad een te hoge drempel opwerpt voor verzekerden om naar een niet-gecontracteerde aanbieder te

gaan. Bij de totstandkoming van deze wet heeft de wetgever namelijk bepaald dat de omvang van de vergoeding géén hinderpaal mag vormen voor het invoeren van zorg bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Dit wordt wel het 'hinderpaalcriterium' genoemd.

Een algemeen aanvaarde praktijknorm is volgens het Hof dat het vergoedingspercentage niet lager mag zijn dan 75 tot 80%. Dat betekent dat een percentage van 50% niet is toegestaan. Hoewel het Hof zich daarover niet expliciet uitlaat, betekent het oordeel feitelijk dat ook een vergoedingspercentage van 60% niet toegestaan is. De uitspraak van de voorzieningenrechter kan wat dat betreft verregaande gevolgen hebben voor andere zorgverzekeraars die het vergoedingspercentage in de loop der tijd stap voor stap hebben afgebouwd tot 60%.

Voor vele niet-gecontracteerde aanbieders in Nederland is de uitspraak in ieder geval een belangrijke opsteker. De uitspraak herstelt het evenwicht in de verhoudingen tussen zorgverzekeraars en verzekerden. Zorgverzekeraars hebben nu al de mogelijkheid om met bepaalde zorgaanbieders geen contract te sluiten. Als zij ook nog de mogelijkheid zouden hebben om de zorgaanbieders waarmee zij geen contract sluiten slechts 50 of 60% te betalen van de tarieven die gecontracteerde aanbieders ontvangen, dan krijgen zorgverzekeraars een enorme macht op de zorgmarkt. Zij hebben dan de mogelijkheid om een zorgaanbieder volledig buiten spel te zetten en zelfs van de markt te spelen. Voor patiënten is van belang dat het recht op vrije artskeuze voorlopig in stand blijft.

Wetsvoorstel aanpassing artikel 13 Zorgverzekeringswet

Wat nog resteert, is dat de Minister vorig jaar een wetsvoorstel heeft ingediend teneinde zorgverzekeraars in de toekomst meer vrijheid te geven bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding. Zorgverzekeraars zouden zelfs mogen besluiten om de zorgverlening door niet-gecontracteerde aanbieders niet langer te vergoeden. In de Tweede Kamer bestaat veel verzet tegen dit wetsvoorstel. Veel partijen vrezen de teloorgang van het recht op vrije artskeuze. Het is dan ook de vraag of de voorgestelde wet er ooit komt. Die discussie zal in de komende maanden verder gevoerd moeten worden. De uitkomst ervan zal van grote betekenis zijn voor het voortbestaan van vele zorgaanbieders die geen contract krijgen met een of meerdere zorgverzekeraars. Dat aspect zou in de Tweede Kamer meer aandacht mogen krijgen.

Ook vanuit formeel juridische optiek valt overigens de nodige kritiek te leveren op het wetsvoorstel van de Minister. De Minister wil artikel 13 aanpassen omdat EU-Richtlijn

2011/24/EU daartoe ruimte zou bieden. Deze argumentatie lijkt echter niet te kloppen. Feitelijk biedt de Richtlijn daartoe namelijk juist géén ruimte. Het Hof lijkt nu ook vraagtekens te plaatsen bij de redenering van de Minister die ten grondslag ligt aan het wetsvoorstel (die redenering had CZ overgenomen). Het Hof overweegt immers:

“Het is aan gereede twijfel onderhevig of artikel 7 lid 4 en lid 11 van de Richtlijn, waarop CZ zich heeft beroepen en die inhouden dat de vergoeding van grensoverschrijdende zorg niet lager mag zijn dan die voor zorg ontvangen op het eigen grondgebied, en dat een nationale terugbetalingsregeling niet mag leiden tot willekeurige discriminatie of ongerechtvaardigde belemmering van het vrije verkeer, dat toelaten. Er zijn kennelijk ook argumenten aan de Richtlijn te ontleen dat op grond daarvan juist geen onderscheid mag worden gemaakt tussen de verlening van zorg door een gecontracteerde, dan wel een niet-gecontracteerde zorgaanbieder (vgl. het artikel van prof. mr. J.W. van de Gronden in het Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 2013 (37) en mr. K. van der Touw, De Zorgverzekering (deel 11 ACIS-serie, p. 86-97)”

Daarmee wordt eens te meer onzeker of het wetsvoorstel van de Minister überhaupt kan leiden tot aanpassing van artikel 13. Genoemde EU-Richtlijn staat daar volgens velen aan in de weg. Het arrest van het Hof geeft wat dat betreft munitie aan diegenen die menen dat de Minister helemaal op de verkeerde weg is door te stellen dat EU-regelgeving deze wetswijziging mogelijk zou maken. Ook in dat opzicht is het arrest interessant.

Rol NZa

Opvallend is tot slot dat in het arrest ook de rol van de NZa aan bod komt. CZ had zich erop beroepen dat de NZa haar polisvoorwaarden had goedgekeurd. CZ zag daarin een bevestiging dat het percentage van 50% wel degelijk toegestaan is. De rol van de NZa ten aanzien van artikel 13 Zvw is echter een dubieuze. De NZa, die onder de politieke verantwoordelijkheid van de Minister valt, liet op 26 maart 2012 namelijk via haar website weten dat het hinderpaalcriterium helemaal niet meer geldt. Daarmee ging de NZa lijnrecht in tegen hetgeen de Minister op diezelfde dag stelde ten aanzien van artikel 13 Zvw. Op 26 maart 2012 had de Minister van VWS namelijk het beleidsvoornemen geuit om artikel 13 Zvw aan te passen teneinde zorgverzekeraars in de toekomst meer vrijheid te geven bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding. De Minister legde, als de toelichting op dit beleidsvoornemen, aan de Tweede Kamer uit dat thans nog altijd het hinderpaalcriterium geldt, maar dat het voornemen bestaat dit

criterium te schrappen. De Minister meende met andere woorden dat het hinderpaalcriterium geldend recht was, terwijl de NZa het tegenovergestelde beweerde.

Het Hof schaaft zich in zijn arrest van 9 juli jl. achter de uitleg die de Minister heeft gegeven ten aanzien van artikel 13 Zvw. Feitelijk oordeelt het Hof dus dat de uitleg die de NZa heeft gegeven, onjuist is. Ondertussen heeft de NZa, die toezicht moet houden op de uitvoering van de Zorgverzekeringswet, wél in 2012 beleidsregels vastgesteld waarin uitdrukkelijk wordt gesteld dat zorgverzekeraars volledig vrij zijn om zelf de hoogte van de vergoeding te bepalen. Dit dus terwijl de NZa wist dat de Minister – terecht – meende dat het hinderpaalcriterium nog altijd geldend recht was. Aan de hand van (o.a.) die beleidsregels zijn de polisvoorwaarden van zorgverzekeraars in de afgelopen periode getoetst. Het spreekt voor zich dat de NZa nimmer kritiek geuit heeft op de verlaging van de percentages tot 50 of 60%. De stellingname van de NZa, die dus lijnrecht inging tegen die van de Minister, is niet alleen opmerkelijk, maar heeft er feitelijk aan bijgedragen dat zorgverzekeraars de grenzen zijn gaan opzoeken. Waarom de NZa dit heeft gedaan, is een raadsel. Feitelijk wordt ook de NZa met deze uitspraak op de vingers getikt. Het is de vraag of de Minister hier nog iets mee gaat doen.

Koen Mous

Telefoon: +31 (0)24 381 31 53
E-mailadres: mous@dirkzwager.nl

Zorgverzekeraar moet 80% betalen aan niet-gecontracteerde aanbieder

De rechtbank Gelderland heeft in een uitspraak van 3 oktober 2013 geoordeeld dat VGZ, kort samengevat, 80% moet vergoeden van de declaraties die een niet-gecontracteerde GGZ-instelling, CrisisCare te Amsterdam, in het verleden heeft ingediend en alle door deze instelling nog in te dienen. De uitspraak van de rechtbank Gelderland vormt een bevestiging van uitspraken van de rechtbank Zeeland-West-Brabant en het Hof te 's-Hertogenbosch van eerder dit jaar.

Arrest Hof

Het Hof te 's-Hertogenbosch oordeelde op 9 juli 2013 dat een vergoedingspercentage van 50% niet geoorloofd is. Dit lage percentage hanteerde CZ in geval van zorgverlening door aanbieders van specialistische GGZ. Een aanbieder van specialistische GGZ, die van CZ geen contract kreeg, wendde zich tot de voorzieningenrechter omdat het vergoedingspercentage er feitelijk toe zou leiden dat geen enkele CZ-verzekerde zich nog langer onder behandeling van haar instelling zou stellen. Verzekerden zouden niet bereid zijn de helft van de kosten van dergelijke behandelingen voor eigen rekening te nemen. Het Hof oordeelde, net als de voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant, dat het lage percentage inderdaad een te hoge drempel opwerpt voor verzekerden om naar een niet-gecontracteerde aanbieder te gaan. Bij de totstandkoming van deze wet heeft de wetgever namelijk bepaald dat de omvang van de vergoeding géén hinderpaal mag vormen voor het invoeren van zorg bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Dit wordt wel het 'hinderpaalcriterium' genoemd.

Het Hof oordeelde dat een algemeen aanvaarde praktijknorm is dat het vergoedingspercentage niet lager is dan 75 tot 80%. Dat betekent dat een percentage van 50% niet is toegestaan. Hoewel het Hof zich daarover niet expliciet uitliet, betekende het oordeel feitelijk dat ook een vergoedingspercentage van 60%, zoals door veel andere zorgverzekeraars wordt gehanteerd, niet toegestaan is.

Vergoedingspercentage VGZ

VGZ paste haar vergoedingsbeleid echter niet aan en liet het op een procedure aankomen. De rechtbank oordeelde dat een vergoedingspercentage van 60% een te hoge drempel opwerpt om naar een niet-gecontracteerde aanbieder te gaan en

daarom ontoelaatbaar is. De rechtbank oordeelde dat VGZ een vergoedingspercentage van 80% dient te hanteren. Omdat VGZ al vanaf 1 januari 2012 een percentage hanteert van 60%, betekent de uitspraak dat VGZ over de in het verleden voor 60% betaalde declaraties een aanvullende betaling dient te verrichten (het verschil tussen 60% en 80%). Verder dient VGZ over alle toekomstige declaraties een percentage van 80% van het WMG-tarief te betalen.

Conclusie

De uitspraak van de rechtbank is algemeen geformuleerd en is daarom ook toepasbaar op andere situaties waarin 60% betaald is. De uitspraak is daarom ook van belang voor andere instellingen die in het verleden te weinig betaald hebben gekregen. De zaak zal mede daarom nog wel een staartje krijgen.

Koen Mous

Telefoon: +31 (0)24 381 31 53

E-mailadres: mous@dirkzwager.nl

Intellectuele eigendom & IT

www.dirkwagerIEIT.nl

Rechter spreekt verbod op gebruik sociale media uit

Mag je zomaar alles op social media verkondigen? Nee. Aan de ene kant staat de vrijheid van meningsuiting van de gebruiker van social media. Aan andere kant de gerechtvaardigde belangen van een ander, bijvoorbeeld een privacy belang of het belang van een bedrijf om zich tegen lichtvaardige of ongefundeerde verdachtmakingen te verweren. Waar de grens precies ligt, is moeilijk te zeggen. Als in jouw situatie echter een grens lijkt te zijn overschreden en je weet door wie, dan kun je optreden. Onlangs heeft de Rechtbank Amsterdam in zo'n procedure een opmerkelijk vonnis gewezen waarin zelfs een verstrekkend verbod werd uitgesproken.

Wat was er aan de hand?

In een eerder vonnis van 2 augustus 2012 oordeelde de Rechtbank Amsterdam dat B onrechtmatige uitspraken deed over A op Facebook, Hyves en Blogspot. De uitlatingen wekten de indruk dat A te maken zou hebben met prostitutie, seksueel misbruik, nazisme, aan allerlei psychische aandoeningen zou lijden en zich schuldig maakte aan kindermisbruik. B kon dit echter niet bewijzen. De uitlatingen vormden volgens de rechtbank dan ook een ernstige schending van A's privacy. De vrijheid van meningsuiting van B gaat niet zover dat hij daarmee anderen in de eer en goede naam mag aantasten. De rechtbank besloot daarom dat

- (1) de desbetreffende uitspraken binnen 5 dagen na het vonnis van internet moesten worden verwijderd en
- (2) vanwege de ernst van zijn uitingen B een verbod om in de toekomst vergelijkbare uitlatingen te doen.

B mocht dus geen uitspraken van deze strekking meer plaatsen op Facebook, Hyves, Blogspot of vergelijkbare sociale media.

Aanhoudende overtreding op een publiek toegankelijk profiel

B hield zich echter niet aan dit vonnis. Zo had hij verzuimd om binnen de opgelegde termijn onrechtmatige uitlatingen te verwijderen op zijn Hyves-pagina. A besloot

daarom opnieuw naar de rechter te stappen, waarbij A vordert dat de rechtbank B verbiedt om voor een periode van één jaar gebruiker/beheerder van een social media profiel te zijn en daarbij te bepalen dat het vonnis in de plaats zal treden van alle handelingen van B die noodzakelijk zijn voor het doen verwijderen van al zijn social media profielen, waaronder die op Hyves en Facebook. Ook vordert A dat de voorzieningenrechter toestemming geeft om dit vonnis en ook de geboden/verboden uit het vonnis van 2 augustus 2012, door middel van lijfswang ten uitvoer te leggen en B te gijzelen totdat de teksten en afbeeldingen op de profielen zijn verwijderd of in ieder geval voor drie dagen. B verweerde zich door te stellen dat zijn sociale mediaprofiel privé is en niet als publiek toegankelijk geldt. Aangezien zijn uitspraken echter te vinden waren door via Google te zoeken op naam van A, ziet de rechtbank het profiel als openbaar/publiekelijk.

Verdergaande maatregelen gerechtvaardigd

Op 4 december 2012 wijst de rechtbank vonnis. Daarin stelt de rechtbank vast dat B zich niet heeft gehouden aan de bij vonnis van 2 augustus 2012 opgelegde verboden en oordeelt daarom dat verdergaande maatregelen nu op zijn plaats zijn. B krijgt van de rechter een 'Facebook'-verbod en 'Hyves'-verbod: nog breder zelfs, het wordt hem zoals gevorderd een jaar lang verboden actief te zijn op (gebruiker danwel beheerder te zijn van) sociale mediaprofielen. B dient in dit kader binnen twee dagen al zijn sociale mediaprofielen te verwijderen. Omdat niet te verwachten is dat B hieraan zal meewerken, gaat de rechtbank nog een stap verder door te oordelen dat: *"A de mogelijkheid moet hebben de sociale mediaprofielen van B zelfstandig te (laten) verwijderen."* De rechtbank geeft A daarom een vervangende toestemming. Dit houdt in dat als B niet uit zichzelf de desbetreffende profielen verwijdert, A in zijn plaats contact mag opnemen met Facebook, Hyves etc. en de profielen kan laten verwijderen. Iets waar in beginsel de toestemming van B voor nodig is.

Commentaar

De strekking van deze veroordeling is duidelijk: B heeft een eerder vonnis genegeerd en bij de rechtbank het standpunt ingenomen dat hij niet van plan is mee te gaan werken aan veroordelingen. De rechtbank reageert hierop door vergaande maatregelen tegen zijn acties te treffen. Grote vraag is echter of de toewijzingen van de rechtbank praktisch uit te voeren zijn. Zal bijvoorbeeld een Amerikaanse onderneming als Facebook luisteren naar A en gevolg geven aan dit vonnis? Dit geldt voor alle aanbieders van sociale mediaprofielen, want daarbij komt nog dat B online gemakkelijk aliassen zou kunnen aanmaken zodat het voor A lastig wordt om aan te tonen dat het om een profiel gaat waarvoor zij de machtiging heeft dit te laten verwijderen. Mocht er

wel naar A geluisterd worden, betekent dat dan dat A het komende jaar het internet in de gaten moet houden om ieder profiel waarvan zij vermoedt dat dit in gebruik is bij B te laten verbieden? Dat levert een uitgebreid kat en muis-spel op.

Afgezien van de praktische bezwaren is het echter zeer interessant dat een verbod op sociale media wordt uitgesproken. Het vrij strenge oordeel van de Rechtbank Amsterdam is ongetwijfeld gekleurd door de persoon en (ernstige) omstandigheden van B in deze zaak. Toch kun je je afvragen waar de grens dan precies moet liggen. Wanneer is de rechtbank bereid de rechten van de ene persoon zodanig in te perken ten behoeve van die van een ander? Met het verwijderen van profielen wordt B wellicht ook getroffen in zijn vrijheid van meningsuiting in uitspraken die niets met A te maken hebben. En zou de rechtbank ook bereid zou zijn zo'n verbod op te leggen wanneer een bedrijf door een particulier wordt zwartgemaakt of wanneer er sprake is van (online) smaad in een business to business (B2B) verhouding?

Esther Mommers

Telefoon: +31 (0)26 353 83 23

E-mailadres: mommers@dirkzwager.nl

Inbreuk op merkrecht wegens onduidelijke, vage adword advertentie

De rechtbank Den Haag heeft bij vonnis in kort geding van 18 april 2013 de volgende adword advertentie verboden, die verscheen na het invoeren van het merk OTOLIFT:

Traplifit kopen – Traplift.nl
www.traplift.nl/

Tip: Tijdelijk 10% korting op alle Traplift modellen uit 2012!

Traplifit Modellen – Geef mij advies – Vrijblijvende offerte – Brochure Aanvragen

Ook een eerdere adword advertentie, waarin het OTOLIFT letterlijk werd gebruikt, is verboden.

De rechtbank oordeelt dat het door het gebruik van "otolift" in combinatie met voornoemde adword-advertentie voor de gemiddelde internetgebruiker

"onmogelijk of moeilijk is om te weten of de trapliften waarop de (...) AdWord-advertentie betrekking heeft, afkomstig zijn van X of een economisch met haar verbonden onderneming, dan wel, integendeel een derde. De tekst van de advertentie bevat immers slechts generieke aanduidingen van trapliften, die kunnen duiden op trapliften van zowel X als trapliften van derden. De advertentie maakt de internetgebruiker ook op geen enkele andere manier duidelijk dat Practicomfort geen trapliften van X verhandelt, maar daarvoor een alternatief biedt in de vorm van trapliften van derden. Door een advertentie die dermate vaag blijft over de herkomst van de aangeboden trapliften te laten verschijnen na invoering van het AdWord "otolift" zou de gemiddelde internetgebruiker kunnen menen dat de aangeboden trapliften afkomstig zijn van X of een aan haar gelieerde onderneming. Daaruit volgt dat de herkomstaanduidingsfunctie van het merk OTOLIFT in het geding is'. Wegens het ontbreken van deze duidelijkheid wordt de advertentie op vordering van X (de merkhouders) verboden.

De rechtbank acht het irrelevant of uit de website waarnaar gelinkt wordt, al dan niet wel duidelijk wordt dat Practicomfort een alternatief aanbiedt. Volgens vaste rechtspraak mag die website niet meetellen.

Ook een eerdere adword advertentie, waarin het merk OTOLIFT is gebruikt, wordt verboden. Die advertentie luidde als volgt:

Otolift – Tip: Grootste Traplift aanbod – Traplift.nl

www.traplift.nl/

Otolift vind u op Traplift.nl

Traplifit Modellen – Geef mij advies – Vrijblijvende offerte – Brochure Aanvragen

Practicomfort had uitdrukkelijk erkend en zelf aangevoerd dat de gemiddelde internetgebruiker bij het lezen van deze advertentie ervan uit zal gaan dat het bedrijf "een Otolift" te koop aanbiedt. Practicomfort had bovendien verklaard dat zij geen tweedehands OTOLIFT trapliften heeft verkocht en bijna niets in voorraad heeft, waardoor haar beroep op uitputting van de rechten van de merkhouders van OTOLIFT niet opgaat.

Joost Becker

Telefoon: +31 (0)26 353 83 77

E-mailadres: becker@dirkzwager.nl

Wat mag een IT-leverancier doen die op een (gouden) berg met persoonsgegevens zit?

Steeds meer IT-dienstverlening wordt tegenwoordig op afstand aangeboden. Waar vroeger de software, hardware en data op locatie bij de klant stonden, worden deze tegenwoordig steeds vaker volledig door de leverancier beheerd. De leverancier krijgt hierdoor de beschikking over een (potentieel interessante) verzameling gegevens. Wat mag de leverancier hier nu eigenlijk vanuit privacyrechtelijk perspectief mee?

Voorvraag 1: betreft het persoonsgegevens?

De eerste voorvraag die beantwoord moet worden is of de gegevens die geanalyseerd worden zijn aan te merken als "persoonsgegevens" of niet (zie artikel 1 sub a Wbp). Indien er sprake is van persoonsgegevens, dan zal moeten worden voldaan aan de eisen die de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) stelt. Hierna in dit bericht zal ik hier nader op in gaan.

Indien er echter geen sprake is van persoonsgegevens – bijvoorbeeld omdat alleen geaggreerde/groepsgewijze gegevens worden geanalyseerd – dan is de Wbp in het geheel niet van toepassing. Het kan zijn dat in de afspraken tussen leverancier en afnemer (bijvoorbeeld de bepalingen over geheimhouding) in dat geval nog wel beperkingen staan over de omgang met de verwerkte gegevens. Op deze situatie ga ik in dit bericht verder niet in, ik veronderstel dat er sprake is van de verwerking van persoonsgegevens.

Voorvraag 2: wat is de rol van de leverancier?

De leverancier of afnemer die zich afvraagt wat de leverancier nu wel of niet met de door hem beheerde persoonsgegevens mag doen, moet vervolgens de tweede (en zeer belangrijke!) voorvraag beantwoorden: wat is de rol van de leverancier? Hierbij zijn grofweg twee situaties te onderscheiden:

1. de "klassieke uitbesteding", waarbij de opdrachtgever bepaalde eigen activiteiten buiten de deur plaatst en waarbij de leverancier niets meer is dan de "verlengde

arm" van de opdrachtgever;

2. het door opdrachtgever afnemen van door de leverancier ontwikkelde diensten, waarbij de leverancier juist niet als "verlengde arm" van de opdrachtgever optreedt, maar zijn eigen koers vaart.

In het eerste geval kan worden gedacht aan bijvoorbeeld het uitbesteden van (onderdelen van) de eigen administratie aan een externe boekhouder of aan het inschakelen van een call center voor het afhandelen van (een deel van) het telefoonverkeer. Dergelijke dienstverleners bepalen veelal niet zelf wat er met de door hen verwerkte persoonsgegevens gebeurt, maar richten zich naar de opdracht van de opdrachtgever.

Tegenwoordig hebben steeds meer IT-diensten trekken van het tweede scenario. Bij dergelijke diensten ontstaat vaak een driehoeksverhouding van *leverancier-opdrachtgever-eindgebruiker*, waarbij de eindgebruiker zowel een band heeft met de opdrachtgever (bijvoorbeeld werkgever-werknemer) als met de leverancier (bijvoorbeeld door acceptatie van bepaalde eindgebruikersvoorwaarden).

Natuurlijk is de praktijk altijd weerbarstiger dan de theorie, want er zijn legio situaties denkbaar waarbij dit onderscheid helemaal niet zo scherp is te maken. Deze voorvraag is dan ook niet altijd even eenvoudig te beantwoorden. Het belang daarvan is echter wel groot, zoals we hierna zullen zien.

Gevolgen bij de klassieke uitbesteding

Het antwoord op de hiervoor vermelde (voor)vraag heeft grote juridische consequenties. De leverancier in scenario 1 ("verlengde arm") zal vanuit privacyrechtelijke optiek waarschijnlijk moeten worden aangemerkt als "bewerker".

Dat betekent ondermeer dat deze leverancier niet zelfstandig mag bepalen voor welke doeleinden de persoonsgegevens die hij beheert worden verwerkt. Die doeleinden (het "waarom" van de verwerking) worden namelijk vastgesteld door de "verantwoordelijke", of anders gezegd: door zijn klant. De klant is als "verantwoordelijke" kort gezegd verantwoordelijk (*what's in a name...*) en aansprakelijk voor alles wat er met de persoonsgegevens gebeurt die door deze klant worden beheerd.

Die klant heeft er – mede gelet op die verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid – geen enkel belang bij om als doelstelling vast te stellen dat de leverancier door de gegevens mag grasduinen. Dat zal dan ook in de regel geen door de leverancier vastgesteld verwerkingsdoel zijn. Alleen om die reden al zal de IT-leverancier in dit

scenario waarschijnlijk niets met de gegevens mogen doen. Overtreding hiervan zou door het College Bescherming Persoonsgegevens kunnen worden aangepakt.

Daar komt nog eens bij dat, als het goed is, in dit scenario tussen leverancier en opdrachtgever een zogenaamde “bewerkersovereenkomst” is gesloten ten aanzien van de verwerking van persoonsgegevens (zie artikel 14 Wbp). Die overeenkomst kan overigens ook onderdeel zijn van een meeromvattend contract. Onderdeel van een dergelijke overeenkomst is de afspraak dat de leverancier de persoonsgegevens niet anders dan in het kader van de dienstverlening zal verwerken. In artikel 18.1 van de ARBIT voorwaarden staat het bijvoorbeeld als volgt verwoord:

Wederpartij is niet gerechtigd om op enig moment de persoonsgegevens die zij ter beschikking krijgt op enigerlei wijze geheel of gedeeltelijk anders te (doen) gebruiken dan voor de uitvoering van de Overeenkomst een en ander behoudens afwijkende wettelijke verplichtingen.

Die afspraak wordt door de leverancier geschonden op het moment dat deze eigenstandig besluit de persoonsgegevens van zijn klanten voor eigen doeleinden te gaan gebruiken (zoals voor eigen statistische analyses). Dat betekent dat er sprake is van contractbreuk, hetgeen voor de opdrachtgever aanleiding zou kunnen geven de overeenkomst te ontbinden en/of schade op de leverancier te verhalen. Leveranciers dienen dus niet over een nacht ijs te gaan voordat ze dergelijke stappen zetten.

Let wel: het is zeker niet gezegd dat anonimiseren de oplossing vormt voor het hiervoor gesignaleerde issue. De handeling van het anonimiseren is namelijk als zodanig ook aan te merken als een verwerking van persoonsgegevens. En als die verwerking niet besloten ligt in de opdracht die de verantwoordelijke (de klant) aan zijn leverancier heeft verstrekt, dan mag de leverancier deze handeling dus in beginsel niet verrichten. Worden er echter in het geheel geen persoonsgegevens verwerkt, bijvoorbeeld door de analyse bij voorbaat al te beperken tot gegevens die niet te herleiden zijn tot natuurlijk personen, dan is de Wbp waarschijnlijk in het geheel niet van toepassing en spelen dergelijke beperkingen (dus) niet.

En de gevolgen bij de moderne uitbesteding

In het tweede scenario zijn de juridische consequenties geheel anders. In dit scenario verleent de IT-dienstverlener immers *eigen* diensten aan zijn opdrachtgever en eventuele derden (zoals werknemers van die opdrachtgever). Dit betekent dat de IT-dienstverlener waarschijnlijk moet worden aangemerkt als verantwoordelijke in de

zin van de Wbp. Met andere woorden: het IT-bedrijf bepaalt zelfstandig het privacy-beleid ten aanzien van de door hem geleverde diensten (en is daar vervolgens ook volledig voor aansprakelijk), de opdrachtgever heeft hier geen invloed op.

De gevolgen vanuit privacyrechtelijk perspectief zijn ook volledig anders: waar in een bewerkersrelatie de verantwoordelijke bepaalt of de verwerking is toegestaan of niet, wordt dit nu bepaald door de IT-leverancier zelf. Dit alles uiteraard binnen de kaders van de wet.

De IT-dienstverlener zal dan ook moeten voldoen aan alle eisen die de Wet bescherming persoonsgegevens stelt. Zo zullen de doeleinden van de persoonsgegevensverwerking moeten worden vastgesteld (artikel 7 Wbp). Deze doeleinden zullen vervolgens kenbaar moeten worden gemaakt aan de betrokkenen (artikel 33 Wbp). Dat laatste gebeurt overigens meestal via een privacy statement. Verder zullen de gegevens goed moeten zijn beveiligd (artikel 13 Wbp) en dient eventueel een melding te worden gedaan bij het CBP (artikel 27). Dit is overigens slechts een selectie van de eisen waaraan voldaan moet worden, voor een vollediger beeld zou de privacycheck doorlopen kunnen worden.

Iedere keer dat de IT-dienstverlener vervolgens – na het vaststellen en implementeren van zijn privacybeleid – iets wil doen met de persoonsgegevens – zoals het uitvoeren van een bepaalde statistische analyse – zal hij o.m. moeten toetsen of het doel van deze verwerking van persoonsgegevens is genoemd in dat privacy statement. Zo niet, dan zal moeten worden getoetst of dit doel toch ten minste is te verenigen met doeleinden die wel in dat statement staan genoemd (artikel 9 Wbp). Is dat ook niet het geval, dan is de verwerking in beginsel niet toegestaan.

Ook zal onderzocht moeten worden of er een grondslag aanwezig is voor de betreffende verwerking (artikel 8 Wbp). Voor verwerkingen die privacyrechtelijk gezien niet al te “spannende” consequenties hebben, zal die grondslag bij statistische analyses e.d. overigens meestal wel te vinden zijn in het gerechtvaardigd belang van artikel 8 sub f Wbp. Bij hele grootschalige of privacyrechtelijk anderszins “spannende” verwerkingen kan dit echter anders zijn.

Ten slotte

Tot zover enkele algemene aandachtspunten bij de vraag of een IT-leverancier al dan niet iets mag doen met de (potentieel) gouden berg(en) aan (big) data waarop hij zit. Zoals u ziet ligt het antwoord hierop zeer genuanceerd. Een IT-leverancier die veel

vrijheid wil hebben tot het maken van dergelijke analyses, ontkomt er haast niet aan de rol in te nemen van "verantwoordelijke" in de zin van de Wbp (scenario 2). Die rol gaat echter ook met een behoorlijke last gepaard, rondom onder meer transparantie richting de betrokkene en aansprakelijkheden voor het geval er iets mis gaat met de persoonsgegevens. Die last zal moeten worden afgewogen tegenover de lusten die het analyseren van persoonsgegevens met zich meebrengt.

Mark Jansen

Telefoon: +31 (0)26 353 83 23

E-mailadres: m.jansen@dirkzwager.nl

Merkgebruik op Facebook, Twitter, YouTube, Google Adwords en in domeinnaam door wederverkopers en dealers toegestaan?

Vorig jaar berichtten wij over de opvallende uitspraak van de rechtbank Den Haag inzake Talensshop.nl. Daarin werd de zegen gegeven voor vergaand online merkgebruik door wederverkopers, in dit geval ene V.V. verkoopt via Talensshop.nl met name Talens-producten. Hij mocht daarmee doorgaan omdat er sprake is van bona fide refererend merkgebruik. Tot voor kort. Het Hof Den Haag draait nu namelijk de eerdere beslissing terug: het wordt V. verboden inbreuk te maken op de Talens-merken en hij moet domeinnamen waarin het woord talens voorkomt op naam van Talens zetten. Deze uitspraak is richtinggevend voor alle dealers en wederverkopers die merkproducten verkopen en aanbieden.

Gebruik van social media en domeinnamen

Het gebruik door V. van Talensshop en Talensshop.nl wordt door het Hof gezien als gebruik van de naam waaronder de (web)winkel van V. zich bij het publiek ter identificatie aanbiedt, bijvoorbeeld op haar webpagina's, orders, facturen, packing slips, Twitter, Facebook en YouTube (ook als social media account) in e-mails en e-mail adressen. Het Hof neemt hiermee gebruik van de naam Talens aan.

Verwarringsgevaar

Het Hof oordeelt verder dat sprake is van verwarringsgevaar, omdat het woord Talens in zijn geheel wordt overgenomen terwijl het element shop en de domeinnaamextensie beschrijvend zijn. De diensten van Talensshop met betrekking tot uitsluitend Talens producten zijn ook soortgelijk. Daarnaast is het relevante publiek is hetzelfde: het gaat om eindverbruikers/consumenten van schilder- en tekenbenodigdheden. De Talens merken zijn ten slotte bekend. Inbreuk op de merken wordt ook daarom aangenomen.

Het woord ‘dealer’

Talens heeft een marktonderzoek overgelegd waaruit blijkt dat veel respondenten menen dat Talensshop de (officiële) webshop van Talens is, dit ondanks de disclaimers en de aanduiding 'onafhankelijk Talens dealer' op de website. Naar het oordeel van het Hof suggereert het woord dealer bovendien een bijzondere hand met Talens. Door die indruk te wekken, probeert V. in het kielzog van de bekende Talens merken te varen om te profiteren van de aantrekkingskracht, de reputatie en prestige ervan, zonder financiële vergoeding te betalen. V. heeft zich met Talensshop in een voordeliger positie gemanouvreerd en verkoop significant meer Talens-producten dan andere wederverkopers.

Ook niet actieve domeinnamen overdragen

Ten aanzien van door V. geregistreerde maar (nog) niet actieve domeinnamen waarin het merk Talens is opgenomen, overweegt het Hof dat aannemelijk is dat deze domeinnamen zijn geregistreerd met de intentie om ze te gebruiken voor soortgelijke webwinkels als Talensshop.

Disclaimers helpen niet

Zoals hiervoor opgemerkt, oordeelt het Hof dat het aanbrengen van disclaimers V. niet helpt. Disclaimers als "Deze website is geen onderdeel van Royal Talens", dermate onderaan de webpagina's en in klein lettertype zodat ze door de gemiddelde websitebezoeker niet of zelden zal worden waargenomen, baten V. niet aldus het Hof. Bovendien kwamen dit soort disclaimers niet voor op Facebook- en Twitter-pagina's, poststukken, paklijsten, in e-mails, nieuwsbrieven en blogs.

Geen eerlijk gebruik

Het Hof oordeelt dat omdat bij het publiek de indruk wordt gewekt van een bijzondere (commerciële) band, er geen sprake is van eerlijk gebruik van het merk door V. Dit geeft Talens een gegronde reden zich te verzetten tegen dergelijk merkgebruik (in reclame) voor zover de Talens merken daarin worden gebruikt anders dan ter aankondiging van verdere verhandeling van Talens-producten. Reclame maken voor de aankondiging van de verdere verhandeling van waren mag weliswaar, aldus het Hof, mits maar binnen de in dat verband geldende marges wordt gebleven. Zoals blijkt uit het voorgaande, vindt het Hof dat daarvan in casu geen sprake is.

Verbod

Het wordt V. verboden gebruik te maken van de Talens merken. Ook het Google Adword gebruik van talens wordt verboden. V. wordt ten slotte bevolen de talens-domeinnamen over te dragen aan Talens.

Joost Becker

Telefoon: +31 (0)26 353 83 77

E-mailadres: becker@dirkzwager.nl

Hoge Raad staat bewijsbeslag in de cloud toe en neemt andere onduidelijkheden bewijsbeslag weg

Het leggen van bewijsbeslag wordt steeds populairder. Toch was er in de praktijk nog onduidelijkheid over wat er wel en niet mogelijk is. De Hoge Raad heeft op 13 september 2013 in een prejudiciële beslissing enkelen knopen doorgehakt en daarmee diverse van deze onduidelijkheden weggenomen (of verminderd). Een korte analyse.

Bewijsbeslag gelegd op 16.000 e-mails

Aanleiding voor de uitspraak van de Hoge Raad is het volgende. In een zakelijk geschil tussen twee partijen (dat geschil laat ik verder even in het midden) heeft een partij gesteld te beschikken over 16.000 e-mails die zijn gelijk zouden aantonen. Hij was echter niet bereid deze e-mails aan de wederpartij te verschaffen. Daarop heeft de wederpartij verlof gevraagd aan de voorzieningenrechter tot het leggen van bewijsbeslag op die e-mails. Dit verlof is voorlopig toegewezen en het beslag is gelegd.

Rechter vraagt aan Hoge Raad of het verlof terecht is verleend

Zoals gezegd is het verlof tot het leggen van bewijsbeslag *voorlopig* door de rechter verleend. De rechter staat vervolgens voor de beslissing om het verlof al dan niet definitief te verlenen (met andere woorden: is het verlof terecht verleend of niet?).

Indien het verlof onterecht was, wordt het direct opgeheven. Het vergt weinig fantasie om te bedenken wat er vervolgens met die 16.000 e-mails zal gebeuren. Er staat dus nogal wat op het spel.

De voorzieningenrechter besluit – m.i. heel zorgvuldig – de kwestie niet lichtvaardig aan te pakken en om vragen te stellen aan de Hoge Raad (sinds enige tijd mogelijk). Die vragen hebben allemaal betrekking op aspecten van het bewijsbeslag waarover in de juridische wereld tot nu toe verschillend werd gedacht.

Hoge Raad verwijt wetgever daadkracht

In het antwoord van de Hoge Raad volgt allereerst een duidelijk signaal aan de wetgever: de Hoge Raad had veel liever gezien dat de wetgever de nu verlangde duide-

lijkheid had gegeven. Nu die duidelijkheid ontbreekt, neemt de Hoge Raad het initiatief en geeft hij regels.

3.3.3 Uit het recht van de ons omringende landen blijkt dat de vraag of een zodanig beslag mag worden gelegd en zo ja, onder welke voorwaarden, uiteenlopend kan worden beantwoord. Om die reden zou het de voorkeur hebben verdiend dat de wetgever de in dit kader van belang zijnde afwegingen en keuzes had gemaakt.

Hoge Raad wijst op terughoudend gebruik bewijsbeslag

Veder valt op dat de Hoge Raad in de prejudiciële beslissing bij herhaling benadrukt dat het leggen van bewijsbeslag niet altijd noodzakelijk is. Er kan ook met minder verstrekkende middelen worden volstaan. Zie in dat kader de volgende citaten.

3.3.2 Een bewijsbeslag is een ingrijpend dwangmiddel waardoor onder omstandigheden aan de wederpartij of de derde onder wie het beslag wordt gelegd, aanzienlijke hinder of schade kan worden toegebracht. Beslaglegging is niet steeds nodig om tegemoet te komen aan de belangen van de verzoeker. Indien immers een partij voor het bewijs van haar stellingen is aangewezen op de medewerking van haar wederpartij, en deze die medewerking zonder voldoende grond weigert, kan de in de in de hoofdzaak oordelende rechter, mede gelet op art. 21 Rv, daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.

3.7.1 (...) Daartoe is nodig dat gegronde vrees bestaat dat de betrokken bescheiden anders verloren gaan, en dat de beoogde bewijsvoering niet op andere, voor de beslagene minder ingrijpende wijze kan plaatsvinden (zie de MvT bij art. 1019b Rv, Kamerstukken II 2005/06, 30 392, nr. 3, p. 20: de keuze van de maatregelen dient te worden geleid door overwegingen van proportionaliteit en subsidiariteit).

3.9.2 Vraag 2.1 moet aldus worden beantwoord dat aan de stelplicht van degene die verlof vraagt om bewijsbeslag te leggen, hoge eisen moeten worden gesteld (...)

Bewijsbeslag mag ook bij onrechtmatige daad

In de wet staat het bewijsbeslag alleen expliciet vermeld in een hoofdstuk dat gaat over inbreuk op intellectuele eigendom. Dat riep de vraag op of bewijsbeslag ook gelegd kan worden in kwesties die niet over intellectuele eigendom gaan. Daarover bestond immers geen expliciet wetsartikel. Op basis van een citaat van de Minister van Justitie bij een wetsvoorstel werd door een deel van de rechters aangenomen dat een dergelijk beslag niettemin wel kon. Zekerheid bestond hierover echter niet.

De Hoge Raad hakt nu echter, zonder al te veel omhaal van woorden, de knoop door: bewijsbeslag kan ook in andere zaken dan IE-kwesties worden gelegd. Redengevend hiervoor lijkt te zijn dat de minister dit kennelijk ook vindt en het op grond van jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens kennelijk niet in strijd is met grondrechten. Zie in dat kader deze overwegingen:

3.4.2 Met deze opmerkingen van de minister stemt overeen dat de mogelijkheid om ook in niet-IE-zaken bewijsbeslag te leggen, door de meerderheid van de rechtsgeleerde schrijvers en ook door de meeste feitenrechters die zich hierover hebben uitgesproken, wordt aanvaard, zoals blijkt uit de conclusie van de Advocaat-Generaal, nrs. 2.3-2.13.

3.4.3 Uit de arresten van het EHRM van 30 maart 1989 (Chappell/Verenigd Koninkrijk, no. 10461/83, ECLI:NL:XX:1989:AD0700, NJ 1991/522) en 16 december 1992 (Niemitz/Duitsland, no. 13710/88, ECLI:NL:XX:1992:AD1800, NJ 1993/400) volgt dat een zodanig beslag niet in strijd hoeft te komen met art. 8 EVRM.

(...)

3.6.1 Mede gelet op het vorenoverwogene moet worden aangenomen dat de art. 730 en 843a Rv voldoende grondslag bieden voor het leggen van een bewijsbeslag ook in niet-IE-zaken; de art. 1019a leden 1 en 3, 1019b leden 3 en 4 en 1019c Rv zijn, voor zover nodig, overeenkomstig van toepassing.

Lat voor de verzoekende partij ligt hoog

De Hoge Raad wijst er verder op dat wie een verlot tot het leggen van bewijsbeslag vraagt, aan veel eisen moet voldoen. Gelet op de afwegingen die de Hoge Raad, lijkt de lat daarbij bovendien hoog te liggen.

De verzoekende partij moet namelijk (citaten uit rechtsoverweging 3.7.1):

1. de stukken aanduiden: *“de in beslag te nemen bescheiden zo precies te worden omschreven als in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van de verzoeker kan worden verlangd, omdat de beslaglegging niet mag ontaarden in een fishing expedition”*
2. aannemelijk maken dat wederpartij die stukken heeft: *“aannemelijk te maken dat de in beslag te nemen bescheiden zich onder de wederpartij of de derde bevinden”*

3. de grondslag/aanleiding voor het beslag te vermelden: *“rechtsbetrekking te worden gesteld met het oog waarop het verlot wordt gevraagd”*
 4. de locatie van het beslag te vermelden: *“de identiteit van de wederpartij of de derde onder wie het beslag moet worden gelegd [vermelden]”*
 5. belang bij beslag duidelijk maken: *“zijn belang bij de beslaglegging voldoende aannemelijk te maken”*
 6. noodzaak van maatregel aantonen: *“alsmede feiten en omstandigheden waaruit volgt dat de beslaglegging met het oog daarop noodzakelijk is”*
 1. duidelijk maken dat bewijs anders verloren gaat: *“Daartoe is nodig dat gegronde vrees bestaat dat de betrokken bescheiden anders verloren gaan”*
 2. proportionaliteit aantonen: *“en dat de beoogde bewijsvoering niet op andere, voor de beslagene minder ingrijpende wijze kan plaatsvinden”*
- vervolgstappen aankondigen: *“De verzoeker dient ook te vermelden of een eis in de hoofdzaak is of wordt ingesteld”*

Beslag en inzage in beslagen gegevens van elkaar onderscheiden

De Hoge Raad benadrukt verder dat het recht op het leggen van bewijsbeslag nog helemaal niets zegt over inzage in de door dat bewijsbeslag getroffen bescheiden. Zie in dat kader deze overweging:

3.6.2 Het rechterlijke verlot om het bewijsbeslag te leggen geeft geen verdergaande aanspraken dan de bewaring van de in beslag genomen bescheiden; noch dit verlot, noch de beslaglegging zelf geeft de beslaglegger dan ook recht op afgifte, inzage of afschrift. De verzoeker ontleent aan het verlot ook niet het recht bij de beslaglegging aanwezig te zijn (art. 702 lid 1 in verbinding met 443 lid 2 Rv).

Er moeten dus twee fasen worden onderscheiden: eerst veilig stellen bewijs (=bewijsbeslag), daarna de discussie voor de rechter of er ook inzage zou moeten worden verkregen in dat bewijs.

Versleutelde bestanden hoeven niet ter plekke ontsleuteld, mogen wel mee

Een ander discussiepunt voor de praktijk is hoe om te gaan met versleutelde bestanden. Moet degene onder wie bewijsbeslag wordt gelegd meewerken aan de ontsluiting (zijn wachtwoord afgeven)? De Hoge Raad beantwoordt die vraag ontkennend. Over het al dan niet verplicht ontsleutelen van bestanden kan ook later nog wel worden beslist (zoals in de inzageprocedure). Wel mag de deurwaarder het versleutelde

bestand in beslag nemen. Zie in dat kader deze overwegingen:

3.9.9 Een medewerkingsplicht als hier bedoeld hoeft niet te worden aangenomen indien tijdens de beslaglegging een gegevensdrager wordt aangetroffen waarop een of meer versleutelde of met een toegangscode beschermde bestanden staan. Indien redelijke grond bestaat om te vermoeden dat deze bestanden zijn aan te merken als bescheiden in de zin van het beslagverlof, kan de deurwaarder deze gegevensdrager zelf in beslag nemen indien de bestanden niet voor hem toegankelijk worden gemaakt. De rechter in de hoofdzaak beoordeelt of de wederpartij of de derde is gehouden de toegang tot de bestanden te verschaffen; hetzelfde geldt voor de consequenties voor het geval dit ten onrechte wordt geweigerd.

Degene waaronder beslag wordt gelegd moet meewerken aan beslag in de cloud

De Hoge Raad bepaalt verder dat indien er aanwijzingen zijn dat de gegevens waarvoor toestemming is gegeven om in bewijsbeslag te nemen in de cloud of elders zijn opgeslagen, degene waaronder bewijsbeslag wordt gelegd er medewerking aan moet verlenen dat ook die gegevens in beslag worden genomen:

3.9.10 Indien tijdens de tenuitvoerlegging van het beslagverlof echter redelijke gronden blijken te bestaan om te vermoeden dat de beslagene of de derde digitale bestanden elders dan op een aangetroffen gegevensdrager (bijvoorbeeld 'in the cloud') bewaart, en dat deze bestanden vallen onder het beslagverlof, dient hij – onverminderd hetgeen hiervoor in 3.3.2 is vermeld – deze bestanden voor de deurwaarder toegankelijk te maken. De rechterlijke toestemming tot beslaglegging omvat in dit soort gevallen immers uit haar aard mede een tot de beslagene of de derde gericht bevel om de noodzakelijke medewerking te verlenen aan de beslaglegging omdat die toestemming anders zinloos zou zijn.

Hoe dat praktisch gezien uitwerkt zal moeten worden bezien. Volgens de wet kan de deurwaarder zich laten vergezellen door de “sterke arm” indien er niet wordt medegewerkt aan een beslag. Het is mij echter niet duidelijk wat dit zou toevoegen bij cloudsituaties (of een weigerachtige opeens wel inlogt op het systeem wanneer een politieagent dat vordert waag ik te betwijfelen...). Wel zou dit de discussie over strafbaarheid van deze weigering wellicht weer vereenvoudigen (vgl. artikel 184 e.v. Sr).

Ik ga er verder in ieder geval van uit dat indien deze medewerking niet wordt verleend, er sprake is van onrechtmatig handelen en dat – indien dat is gevorderd – dwangsommen worden verbeurd. We zullen moeten zien hoe dit cloudbeslag zich in de praktijk uitwerkt.

Ten slotte: er is meer dan bewijsbeslag alleen

Let op: naast het bewijsbeslag bestaan er diverse andere vormen van beslag, waaronder het beslag tot afgifte (onder meer op auteursrechtelijk beschermde werken). Op grond daarvan wordt in de praktijk nog wel eens beslag tot afgifte van inbreukmakende software gevorderd (bijvoorbeeld door de BSA). Deze vorm van beslag – en andere vormen – staan los van het bewijsbeslag. In de praktijk blijkt dat de (strengel!) waarborgen die gelden bij bewijsbeslag niet altijd opgaan bij andere vormen van beslag (zowel om juridische als praktische redenen). Hier dient rekening mee gehouden te worden.

Mark Jansen

Telefoon: +31 (0)26 353 83 23

E-mailadres: m.jansen@dirkzwager.nl

Ondernemings- recht

www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl

Een bedrijf beginnen in Duitsland – Rechtsvormen

Net als in Nederland bestaan er in Duitsland verschillende rechtsvormen waaruit kan worden gekozen. Deze rechtsvormen zijn grofweg in drie categorieën onder te brengen. Zo bestaan er de ‘Einzelfirma’ (eenmanszaak), ‘Personengesellschaften’ (personenvennootschappen) en ‘Kapitalgesellschaften’ (kapitaalvennootschappen). De verschillende rechtsvormen worden in dit artikel kort toegelicht.

‘Einzelfirma’ (eenmanszaak)

Een eenmanszaak ontstaat wanneer een particulier persoon een bedrijf opricht. De eigenaar is met zijn gehele (persoonlijke) vermogen onbeperkt aansprakelijk voor aangegane verbintenissen en veroorzaakte schade. Winst of verlies van de opgerichte onderneming komen voor rekening van de ondernemer.

‘Personengesellschaften’ (personenvennootschappen)

Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)

Een GbR is vergelijkbaar met een Nederlandse maatschap. De GbR kan vormvrij worden opgericht en hoeft niet te worden ingeschreven in het handelsregister. Winst en verlies wordt in gelijke delen tussen de vennoten verdeeld, onafhankelijk van de aard en omvang van de inbreng van partners.

De GbR heeft – in beperkte mate – handelsbevoegdheid, zo is een GbR gemachtigd deel te nemen aan externe rechtsbetrekkingen, het sluiten van overeenkomsten en juridische claims. Daarnaast kan een GbR worden aangeklaagd en vervolgd.

Offene Handelsgesellschaft (oHG)

De oHG is vergelijkbaar met de Nederlandse vof (vennootschap onder firma). Ze kan worden opgericht door twee of meer natuurlijke personen of rechtspersonen die onderling een overeenkomst sluiten. Het doel van een oHG is het exploiteren van een handelsbedrijf onder een gemeenschappelijke firmanaam. Hierbij is het verplicht het toevoegsel oHG te gebruiken. Een oHG wordt ingeschreven in het Duitse handelsregister. Net als bij een GbR is er geen minimumkapitaal voorgeschreven en is de aansprakelijkheid hetzelfde. Alle vennoten van een oHG zijn onbeperkt aansprakelijk tegenover crediteuren van de vennootschap.

Kommanditgesellschaft (KG)

De KG is een variant op de oHG en vergelijkbaar met de Nederlandse cv (commanditaire vennootschap). In tegenstelling tot een oHG kent een KG twee soorten vennoten:

- de beherende vennoot (Komplementär), deze is onbeperkt aansprakelijk;
- de commanditaire vennoot (Kommanditist), deze is alleen aansprakelijk voor zijn ingebrachte investering en niet voor gemaakte schulden van de KG.

De commanditaire vennoot mag geen handelingen verrichten in naam van de vennootschap. Een KG is interessant voor een Nederlandse ondernemer die enkel kapitaal ter beschikking wil stellen.

GmbH & Co. KG

Een GmbH & Co. KG is een Kommanditgesellschaft waarin een GmbH als persoonlijk aansprakelijke (complementaire) vennoot deelneemt. Er is dus geen natuurlijk persoon die onbeperkt aansprakelijk is voor schulden van de onderneming. Deze rechtsvorm komt in Duitsland veel voor omdat zij in bepaalde situaties een belastingvoordeel oplevert. Commanditaire winsten vallen alleen onder de inkomstenbelasting en niet onder de vennootschapsbelastingen.

‘Kapitalgesellschaften’ (kapitaalvennootschappen)

Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

De GmbH is de populairste rechtsvorm in Duitsland en vergelijkbaar met de Nederlandse B.V.

Voor het oprichten van een GmbH is een “Stammkapital” nodig en wordt tenminste één “Geschäftsführer” aangewezen. Dit moet een natuurlijk persoon zijn. Voor meer informatie over het oprichten van een GmbH verwijs ik naar mijn artikel “Oprichting van een GmbH”.

Aktiengesellschaft (AG)

Een AG is vergelijkbaar met de Nederlandse N.V. Deze rechtsvorm is vooral voor grote ondernemingen aantrekkelijk omdat het stamkapitaal is opgedeeld in aandelen die onder de aandeelhouders worden verdeeld. De aandeelhouders zijn slechts aansprakelijk voor hun aandeel. Er is een minimum “Stammkapital” vereist van 50.000 euro.

Een AG wordt vertegenwoordigd door een bestuur en heeft als toezichthoudend orgaan een raad van commissarissen.

Unternehmergesellschaft mit beschränkter Haftung (UG)

Sinds 2008 bestaat ook de mogelijkheid een zogenoemde UG op te richten. Een UG kan worden gezien als een mini-GmbH en kan worden opgericht met een startkapitaal vanaf 1 euro. Wel moet elk jaar 25% van de winst worden gereserveerd voor het opbouwen van kapitaal. Wanneer een bedrag van 25.000 euro is bereikt wordt de UG omgezet in een GmbH.

Algemeen

Wanneer een onderneming in Duitsland wordt opgericht dan moet deze binnen een maand gemeld worden bij het ‘Gewerbeamt’ of ‘Ordnungsamt’ van de gemeente waar het bedrijf is gevestigd. Daarnaast moet de opgerichte vennootschap worden ingeschreven in het handelsregister. Dit doet een Duitse notaris. Het handelsregister wordt bij het ‘Amtsgericht’ (kantongerecht) gevoerd.

Susanne Hermsen

Telefoon: +31 (0)26 353 83 78

E-mailadres: hermsen@dirkzwager.nl

Onbeperkt salderen per 1 juli 2013

Per 1 juli 2013 kunnen opwekkers van lokale duurzame elektriciteit onbeperkt hun verbruik salderen met hun eigen productie. Dit kan ongeacht van welke energieleverancier de elektriciteit wordt afgenomen. Ook kondigt het ministerie van Economische Zaken een 'fiscale stimulans' aan voor energie die kleinschalig 'in de nabijheid' wordt geproduceerd. Deze stimulans wordt uitgewerkt voor het Belastingplan 2014.

Publicatie Staatscourant

Op 5 december 2012 is de wijziging van de Elektriciteitswet 1998, de Gaswet en de Warmtewet (wijzigingen samenhangend met het energierapport 2011) in de Staatscourant gepubliceerd. Daarbij wordt tevens de salderingsregeling in artikel 31c van de Elektriciteitswet 1998 gewijzigd.

Artikel 31c van de Elektriciteitswet 1998 komt als volgt te luiden:

1. Voor afnemers als bedoeld in artikel 95a, eerste lid, die duurzame elektriciteit invoeden op het net, berekent de leverancier het verbruik ten behoeve van de facturering en inning van de leveringskosten door de aan het net onttrokken elektriciteit te verminderen met de op het net ingevoede elektriciteit, waarbij de vermindering maximaal de hoeveelheid aan het net onttrokken elektriciteit bedraagt.

2. Voor afnemers als bedoeld in artikel 95a, eerste lid, die niet-duurzame elektriciteit invoeden op het net, berekent de leverancier het verbruik ten behoeve van de facturering en inning van de leveringskosten door de aan het net onttrokken elektriciteit te verminderen met de op het net ingevoede elektriciteit, met een maximum van 5 000 kWh aan op het net ingevoede elektriciteit, voor zover het saldo van de aan het net onttrokken minus de op het net ingevoede elektriciteit niet minder dan nul bedraagt.

3. Indien de door de afnemer, bedoeld in het eerste en tweede lid, op het net ingevoede hoeveelheid elektriciteit groter is dan de hoeveelheid die ingevolge die leden in mindering wordt gebracht op de aan het net onttrokken elektriciteit, betaalt de leverancier aan de betreffende afnemer voor het meerdere een redelijke vergoeding.

Zogenaamde kleinverbruikers (verbruikers met een aansluiting op het net met een doorlaatwaarde die niet hoger is dan 3 x 80A) kunnen vanaf de inwerkingtreding van deze wetswijziging de duurzaam opgewekte elektriciteit onbeperkt salderen met hun verbruik. Een aantal energieleveranciers staat dit nu al toe, maar door deze wetswijziging wordt dit bij alle energieleveranciers mogelijk.

Eerste Kamer

De wijzigingswet is nu in behandeling bij de Eerste Kamer. De verwachting is dat de hiervoor besproken wetswijziging op 1 juli 2013 in werking treedt.

Salderen bij collectief opwekken

Saldering blijft voorlopig alleen mogelijk via de aansluiting waarmee zowel elektriciteit aan het net wordt geleverd als elektriciteit van het net wordt afgenomen (het salderen achter de meter). Via deze wetswijziging wordt het zogenaamde salderen vóór de meter niet mogelijk gemaakt. Het kabinet kiest een andere route om collectieve lokale duurzame elektriciteitsproductie aantrekkelijker te maken. In het regeerakkoord "Bruggen slaan" van Mark Rutte en Diederik Samsom staat dat dit fiscaal wordt gestimuleerd door invoering van een verlaagd tarief in de eerste schijf van de energiebelasting op elektriciteit die 1) afkomstig is van coöperaties van particuliere kleinverbruikers, 2) aan deze verbruikers geleverd wordt en 3) in hun nabijheid is opgewekt. In het Belastingplan voor 2014 wordt dit verder uitgewerkt.

Maarten Kole

Telefoon: +31 (0)26 353 83 71

E-mailadres: kole@dirkzwager.nl

Schorsing uitvoerbaar bij voorraad verklaring

Bij incident kan de schorsing van de uitvoerbaarheid bij voorraad van een vonnis worden verzocht wanneer blijkt dat een van de partijen voor de beslissing van belang zijnde feiten, waarvan kennis is genomen na de uitspraak, niet heeft aangevoerd.

Juridisch kader

Artikel 350 van het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: "Rv") bepaalt als hoofdregel dat het instellen van hoger beroep er voor zorgt dat de tenuitvoerlegging van het vonnis in eerste aanleg wordt geschorst. Het vonnis mag zodoende, zolang er in hoger beroep niet is beslist over het geding, niet ten uitvoer worden gelegd.

Om deze hoofdregel te passeren vraagt een eisende partij in eerste aanleg vrijwel altijd aan de rechter om het vonnis 'uitvoerbaar bij voorraad' te verklaren. Uitvoerbaarheid bij voorraad is een eigenschap van een vonnis die meebrengt dat de executie ervan kan worden aangevangen los van de vraag of er hoger beroep is ingesteld. Wanneer er door de wederpartij geen verweer wordt gevoerd op deze vordering zal de rechter in de regel het vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaren. Slechts bij hoge uitzondering, zoals bij een vonnis tot faillietverklaring, is een vonnis op grond van de wet van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad.

Tegen een vonnis dat niet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard kan een partij in hoger beroep bij incident opkomen. Zo bepaalt artikel 234 Rv dat uitvoerbaarheid bij voorraad alsnog kan worden gevorderd, hangende het hoger beroep. De tegenhanger wordt gevonden in artikel 351 Rv waarin de mogelijkheid wordt geboden om, wederom hangende het hoger beroep, bij incident te vorderen dat de uitvoerbaarheid bij voorraad van het vonnis in eerste aanleg wordt geschorst. Bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van de incidentele vorderingen heeft de hoge raad uitgemaakt dat rekening moet worden gehouden met de volgende punten:

1. dat de incidentele eiser belang moet hebben bij de door hem verlangde opheffing of wijziging van de voorwaarde (schorsing of toewijzing van de uitvoerbaar bij voorraad verklaring);

2. dat bij de in het licht van de omstandigheden van het geval te verrichten afweging van de belangen van partijen moet worden nagegaan of, bijvoorbeeld in verband met de spoedeisendheid van het voldoen aan de veroordeling zonder dat zekerheid behoeft te worden gesteld, het belang van degene die de veroordeling verkreeg, zwaarder weegt dan dat van de veroordeelde bij behoud van de bestaande toestand tot op het rechtsmiddel is beslist, en
3. dat bij deze belangenafweging de kans van slagen van het aangewende rechtsmiddel in de regel buiten beschouwing moet blijven.

Daarbij geldt nog dat de toewijzing van een vordering op grond van artikel 234 Rv danwel op grond van artikel 351 Rv enkel kans van slagen heeft als aan de vordering feiten en omstandigheden ten grondslag worden gelegd die zich voor hebben gedaan na de uitspraak van de eerste rechter die kunnen rechtvaardigen dat van die eerdere beslissing wordt afgeweken. Ook klaarblijkelijke juridische of feitelijke misslagen geven aanleiding tot toewijzing.

De casus van artikel 351 Rv in combinatie met artikel 21 Rv

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (LJN:CA2252) heeft zich recentelijk mogen buigen over een vordering op grond van artikel 351 Rv. Partijen hadden in eerste aanleg discussie gevoerd waarbij de uitleg van een artikel van de statuten van een van de partijen centraal stond. De rechter in eerste aanleg had vonnis gewezen welke uitvoerbaar bij voorraad werd verklaard. Na het gewezen vonnis werd duidelijk dat een van de partijen een ongepubliceerde uitspraak van het hof Arnhem bewust buiten de procedure in eerste aanleg had gehouden. Een arrest waarin het hof Arnhem haar licht laat schijnen over de in het geding zijnde statutaire bepaling, kortom van groot belang voor de oordeelsvorming van de rechter in eerste aanleg. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat het bewust achterhouden van een voor de zaak relevante uitspraak een gedraging is die kan rechtvaardigen dat van een uitvoerbaar bij voorraadverklaring kan worden afgeweken. Het bewust achterhouden van voor het geschil relevante feiten is namelijk in strijd met de waarheidplicht van artikel 21 Rv, waarin is bepaald dat:

"Partijen zijn verplicht de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Wordt deze verplichting niet nageleefd, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken dat hij gerade acht".

Dat een rechter zich 'gerade acht' houdt in dat hij in overeenstemming met de concrete omstandigheden kan reageren op de schending van de verplichting van een partij. In

casu heeft dat er toe geleid dat de vordering op grond van artikel 351 Rv werd toegevoegd, nu het hier ging om een nieuw feit.

Tot besluit

Stel als eisende partij in eerste aanleg altijd een nevenvordering in waarbij verzocht wordt de uitspraak uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Voor de gedaagde geldt dat ook hij op moet letten. Voer ten eerste (uiterst) subsidiair verweer tegen de nevenvordering en vorder bij antwoord daarnaast kostenveroordeling en uitvoerbaarverklaring bij voorraad van die kostenveroordeling. Dit wordt vaak vergeten. Reparatie achteraf op grond van artikel 234 Rv of op grond van artikel 351 Rv blijkt vaak een hoge horde om te nemen.

Sebastiaan van de Kant

Telefoon: +31 (0)26 353 83 71

E-mailadres: vandekant@dirkzwager.nl

Bestuursbesluit tot bijeenroeping algemene vergadering; tegenstrijdig belang bestuurder?

De nieuwe tegenstrijdig belang regeling roept nieuwe vragen op, zelfs ten aanzien van het bijeenroepen van een algemene vergadering (AvA). Aan een voorzieningenrechter werd de vraag voorgelegd of een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft indien hij in de bestuursvergadering moet beraadslagen en besluiten omtrent een verzoek van een aandeelhouder tot het bijeenroepen van een AvA waarin het ontslag van deze bestuurder wordt geagendeerd. (Rb. Noord Nederland, 07-06-2013, nr C/18/140773).

De casus was als volgt:

X B.V. heeft twee aandeelhouders A B.V. (70%) en B B.V. (30%). De bestuurder van B B.V. is de heer B. De heer B en A B.V. zijn samen bestuurders van X B.V.

De meerderheidsaandeelhouder en bestuurder A B.V., stuurt namens X B.V. op 13 maart 2013 een brief aan de heer B waarin aan hem wordt meegedeeld dat hij is geschorst en dat er een AvA van X B.V. wordt bijeengeroepen, waarbij zijn ontslag staat geagendeerd. A B.V. meldt dat zij als meerderheidsaandeelhouder het bestuur van X B.V. heeft verzocht een dergelijke vergadering bijeen te roepen. Naar het oordeel van A B.V. kon het voltallige bestuur van X B.V. niet over dit verzoek beslissen, aangezien de heer B gezien de aard van het verzoek een tegenstrijdig belang had met X B.V. Aldus kon hij gezien het bepaalde in artikel 2: 239 lid 5 en 6 BW in de bestuursvergadering waarin dit verzoek zou zijn geagendeerd niet bij de beraadslaging en besluitvorming omtrent het verzoek aanwezig zijn. In genoemde artikelen staat dat een bestuurder niet deel neemt aan de beraadslaging en besluitvorming, indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Daarom had de enige andere bestuurder A B.V. zelf besloten het eigen verzoek (als aandeelhouder) te honoreren.

Kort daarna wordt de bewuste door A B.V. bijeengeroepen AvA van X B.V. gehouden en wordt de heer B ontslagen.

De heer B betwist de geldigheid van de bijeenroeping van de AvA door de bestuurder A, en derhalve zijn ontslag door die AvA, omdat hij als bestuurder van X B.V. niet bij de beraadslaging en besluitvorming omtrent de bijeenroeping van die vergadering was betrokken.

A B.V. richt zich daarop tot de voorzieningenrechter en vraagt een machtiging tot bijeenroeping van een AvA waarin het ontslag van de heer B nogmaals wordt geagendeerd. De heer B stelt dat dit niet mogelijk is, omdat er eerst een formeel verzoek tot het bijeenroepen van een AvA moet worden gedaan aan het bestuur van X B.V. en dat vervolgens het voltallige bestuur van X B.V. daaromtrent moet beslissen. Pas als het bestuur geen uitvoering geeft aan het verzoek, kan de voorzieningenrechter de verzoeker machtigen een AvA bijeen te roepen, maar niet eerder.

De wet bepaalt dat een of meer aandeelhouders die tezamen meer dan 1/100ste van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen het bestuur en de raad van commissarissen schriftelijk kunnen verzoeken een AvA bijeen te roepen. In het verzoek moeten zij de onderwerpen van de vergadering vermelden. Het bestuur en de raad van commissarissen dienen vervolgens binnen 4 weken na het verzoek een AvA bijeen te roepen, tenzij een zwaarwegend belang van de vennootschap zich hiertegen verzet. Geven het bestuur en de raad van commissarissen geen gevolg aan het verzoek, dan kan de verzoeker de voorzieningenrechter verzoeken hem machtiging te verlenen om de AvA zelf bijeen te roepen. De voorzieningenrechter toetst of de hiervoor beschreven voorwaarden zijn vervuld en of de verzoeker een redelijk belang heeft. Het verzoek wordt afgewezen als een zwaarwegend belang van de vennootschap zich tegen het houden van een AvA verzet.

De voorzieningenrechter koos in dit geval voor een praktische oplossing. Hij oordeelt dat A B.V. en de heer B op 13 maart 2013 hebben getwist over het rechtsgeldig bijeenroepen van de bewuste AvA en dat daaruit volgt (omdat A B.V. zowel bestuurder als aandeelhouder was) dat het verzoek tot bijeenroeping aan het bestuur van X B.V. is gedaan. De ratio van de wettekst is naar het oordeel van de voorzieningenrechter dat aandeelhouders niet te lichtvaardig gebruik maken van het middel van de rechterlijke autorisatie tot het bijeenroepen van een AvA. Nu de heer B stelt dat de vergadering van 29 maart niet rechtsgeldig was, zijn inmiddels meer dan 4 weken verstrekken sinds het verzoek van A B.V. tot bijeenroeping van een AvA. Aangezien de verzoeker een

redelijk belang heeft bij het bijeenroepen van de AvA wordt de machtiging verleend. Immers het formeel volgen van de procedure die door bestuurder B wordt voorgesteld, waarbij A B.V. opnieuw de vennootschap moet verzoeken om een AvA te houden, leidt uitsluitend tot een tijdverlies van 4 weken en dient geen ander belang van de bestuurder B.

De voorzieningenrechter gaat niet in op de vraag of het feit dat bestuurder B een tegenstrijdig belang had juist is. Ik meen dat dit wel het geval is. Hij moest immers zelf oordelen over het bijeenroepen van een AvA waarbij hij zelf ontslagen zou worden. Dat lijkt mij een direct persoonlijk belang dat strijdig is met het belang van de vennootschap. In dat geval mag hij ingevolge artikel 2: 239 lid 6 BW niet aan de beraadslaging en besluitvorming deelnemen en kan A B.V. zelf tot het bijeenroepen van de AvA besluiten. Zou hij wel bij de beraadslaging en besluitvorming betrokken zijn, dan zou dit leiden tot staking van stemmen en het niet bijeenroepen van de AvA, waardoor A B.V. gedwongen zou zijn de rechterlijke machtiging in te roepen, hetgeen in het onderhavige geval gebeurde. Een dergelijke gang van zaken is naar mijn mening niet door de regeling van artikel 2: 220 BW bedoeld. Het zou ook voor de rechterlijke macht vervelend worden als in gelijksoortige gevallen telkens om een machtiging zou worden verzocht.

Problemen als de onderhavige zijn gemakkelijk te voorkomen door de statuten op dit punt aan te passen. Immers artikel 2: 219 BW bepaalt dat naast het bestuur en de raad van commissarissen, de bevoegdheid tot het bijeenroepen van een algemene vergadering ook aan anderen kan worden verleend, bijvoorbeeld aan iedere bestuurder afzonderlijk. Ook een statutaire voorziening die bepaalt dat ingeval van staken van stemmen binnen het bestuur het besluit door de AvA wordt genomen zou een oplossing kunnen zijn. Immers de oproeping tot een AvA kan door iedere bestuurder worden gedaan, mits dit maar geschiedt op basis van een rechtsgeldig besluit van de het bestuur.

Karen Verkerk

Telefoon: +31 (0)26 365 55 57

E-mailadres: verkerk@dirkzwager.nl

Terzijdestelling statutaire blokkeringsregeling

Sinds de wetwijziging van 1 oktober 2012 (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht) is het op grond van artikel 2:195 lid 7 Burgerlijk Wetboek mogelijk dat de rechtbank op verzoek van een curator de statutaire blokkeringsregeling geheel of gedeeltelijk buiten toepassing verklaart. De rechter mag op grond van voormelde bepaling het verzoek slechts toewijzen indien de belangen van de verzoeker dat bepaaldelijk vorderen en de belangen van anderen daardoor niet onevenredig worden geschaad. Onlangs moest de Rechtbank Midden-Nederland oordelen over een dergelijk verzoek.

De casus

Een failliet verklaarde vennootschap (hierna aan te duiden als: "X") was houder van gewone en preferente aandelen in het kapitaal van een vennootschap (hierna aan te duiden als: de "BV"). Op grond van de blokkeringsregeling opgenomen in de statuten van de BV ontstaat er bij faillissement van X een verplichting voor de curator om de door X gehouden aandelen in de BV aan te bieden en wordt de prijs voor de aan te bieden aandelen vastgesteld door drie onafhankelijke deskundigen.

X had samen met de andere houders van aandelen een aandeelhoudersovereenkomst gesloten. In deze aandeelhoudersovereenkomst is een bepaling (hierna aan te duiden als: de "Bepaling") opgenomen die voorziet in de uittreding van X. De Bepaling luidt als volgt: "BV heeft het recht de preferente aandelen van X tot uiterlijk zes jaar na ondertekening van deze overeenkomst in te kopen (mits daartoe toestemming wordt verkregen van de financierende bank). De door X gehouden preferente aandelen zullen uiterlijk na zes jaar na ondertekening van deze overeenkomst worden overgenomen door A en B, pro rata parte met hun respectievelijke belang in de gewone aandelen van de BV, indien op dat moment nog geen exit is bereikt. De prijs van de preferente aandelen bij inkoop door de BV en bij aankoop door A en B is gelijk aan de nominale waarde, gestorte agio en bijgeschreven rente."

Het verzoek van de curator strekt er primair toe om de blokkeringsregeling, meer in het bijzonder voormelde bepaling ter zake van de vaststelling van de prijs, op grond van artikel 2:195 lid 7 Burgerlijk Wetboek geheel terzijde te stellen en subsidiair om de blokkeringsregeling terzijde te stellen voor zover op basis van deze bepalingen de waarde van de aandelen lager uitvalt dan op basis van de Bepaling.

Het oordeel van de rechtbank

Naar het oordeel van de rechtbank kan de onderbouwing van het verzoek door de curator niet de conclusie rechtvaardigen dat voldaan is aan het vereiste van artikel 2:195 lid 7 Burgerlijk Wetboek dat de belangen van X het terzijde stellen van de blokkeringsregeling in de statuten bepaaldelijk vorderen. Daarvoor zou immers tenminste vereist zijn dat indien de betreffende blokkeringsregeling buiten toepassing zou worden verklaard, de curator de weg van de Bepaling zou kunnen volgen voor het overdragen van de aandelen van X aan de BV, A en/of B. Daarvan is evenwel geen sprake omdat, zo overweegt de rechtbank, uit de bepaling voor de BV geen plicht voortvloeit om de preferente aandelen van X te kopen, maar alleen een recht, zodat de methode van prijsbepaling van de Bepaling niet aan de BV kan worden tegengeworpen. Bovendien geldt dat bij het buiten toepassing verklaren van de statutaire blokkeringsregeling het artikel van de aandeelhoudersovereenkomst van toepassing blijft, waarin de verplichting is opgenomen voor een aandeelhouder die failliet wordt verklaard, om haar aandelen terstond aan alle overige aandeelhouders aan te bieden. Bij gebreke van een statutaire blokkeringsregeling geldt alsdan, aldus de rechtbank, artikel 2:195 lid 1 Burgerlijk Wetboek dat (evenals de statutaire blokkeringsregeling) prijsbepaling door een deskundige voorschrijft. De rechtbank constateert dat de curator niet om het buiten toepassing verklaren van deze wettelijke blokkeringsregeling heeft verzocht.

De door de curator aangevoerde bedoeling van de aandeelhouders met de Bepaling, namelijk het in het leven roepen van een zogenaamde bodemprijs, betekent, zo overweegt de rechtbank, niet automatisch dat partijen die situatie ook hebben willen laten gelden voor faillissement. Immers, bij faillissement is het belang van de overige aandeelhouders erin gelegen om zo spoedig mogelijk de aandelen van de failliete vennootschap te laten overdragen aan een andere partij, zodat deze aandeelhouder weer een bijdrage kan leveren aan het voortbestaan van de vennootschap. In een dergelijk geval ligt het niet voor de hand om daarmee te moeten wachten totdat de zeer ruime termijn van zes jaar na ondertekening van de overeenkomst (die geldt voor de afnameplicht van A en B op grond van de Bepaling) is verstreken. Daarbij komt nog, aldus de rechtbank, dat X beschikt over zowel preferente aandelen als gewone aandelen waarvoor de Bepaling niet geldt. In een dergelijk geval zou derhalve voor de overdracht van alle aandelen van X een tweesporenbeleid moeten worden gevolgd: de Bepaling voor de waardering van de preferente aandelen en de regeling van de statuten voor de waardering van de gewone aandelen. De rechtbank acht niet aanneemelijk dat de aandeelhouders destijds een dergelijke complexe regeling bij faillissement voor ogen heeft gestaan. Gelet op het voorgaande heeft X er naar het oordeel van de rechtbank er in ieder geval niet op mogen vertrouwen dat de regeling van de

Bepaling ook zou gelden in het geval dat zij failliet zou gaan vóór het verstrijken van de daarin bepaalde termijn van zes jaar na ondertekening van de overeenkomst.

Voorts overweegt de rechtbank dat overigens ook niet geconcludeerd kan worden dat de belangen van anderen door een dergelijke terzijdestelling niet onevenredig zouden worden geschaad. De BV zelf is immers overeenkomstig de statutaire blokkeringsregeling aangewezen als eerste gegadigde voor het overnemen van de aandelen van X en heeft mitsdien als eerste het recht om de aandelen over te nemen tegen een marktconforme prijs die door drie onafhankelijke deskundigen wordt vastgesteld. Indien de statuten terzijde zouden worden gesteld, zou deze status komen te vervallen en zou de curator in beginsel vrij zijn om haar aandelen conform de aandeelhoudersovereenkomst juncto artikel 2:195 lid 1 Burgerlijk Wetboek aan de aandeelhouders aan te bieden. Door terzijdestelling van de statuten wordt dan ook het belang van de BV om de aandelen van X in te kopen onevenredig geschaad.

Het verzoek van de curator wordt door de rechtbank afgewezen.

Commentaar

De curator trachtte in deze procedure door een beroep te doen op het bepaalde in artikel 2:195 lid 7 Burgerlijk Wetboek zich te verzekeren van een bodemprijs voor de door X gehouden aandelen in de BV. Hij slaagt daarin niet omdat uit de aandeelhoudersovereenkomst, die met begeleiding van advocaten tot stand is gekomen, niet valt af te leiden dat (het de bedoeling van partijen is geweest dat) deze bodemprijs ook geldt voor de situatie waarin een aandeelhouder verplicht is zijn aandelen aan te bieden ingeval van faillissement. Gelet hierop zou ook indien de curator wel een beroep zou hebben gedaan op het buiten toepassing verklaren van de wettelijke blokkeringsregeling hij in zijn poging niet zijn geslaagd.

Het oordeel van de rechtbank dat de belangen van de BV om de aandelen in te kopen onevenredig wordt geschaad indien de statutaire blokkeringsregeling buiten toepassing wordt verklaard, vind ik niet duidelijk. Dat het belang van de BV wordt geschaad door het buiten toepassing laten van de statutaire blokkeringsregeling is duidelijk. Op grond van de wettelijke blokkeringsregeling en de aandeelhoudersovereenkomst is de BV immers geen gegadigde voor de aandelen van X. Dit feit betekent naar mijn mening nog niet dat deze schending van de belangen van de BV onevenredig is. De rechter geeft niet aan waarom hij van mening is dat de schending onevenredig is. Mocht het enkele feit van het niet kunnen optreden als gegadigde voldoende zijn om van onevenredige schending van belangen te spreken dan zal aan toewijzing van het verzoek op grond van artikel 2:195 lid 7 Burgerlijk Wetboek in de praktijk niet worden toegekomen. Er is immers altijd wel een ander wiens belangen door het buiten

toepassing verklaren van de statutaire blokkeringsregeling worden geschaad. Naar mijn mening moet de schending van het belang van de anderen door het buiten toepassing verklaren van de statutaire blokkeringsregeling in de afweging van het belang dat de verzoeker heeft bij het buiten toepassing verklaren van de statutaire blokkeringsregeling onevenredig worden geschonden. Deze belangafweging maakt de rechter niet.

Aanbeveling

Ter voorkoming van verrassingen verdient het aanbeveling om bij het redigeren van aandeelhoudersovereenkomsten rekening te houden met de mogelijkheid dat een verzoek wordt gedaan tot het buiten toepassing laten van de wettelijke- en/of statutaire blokkeringsregeling.

Peter-Jan Hopmans

Telefoon: +31 (0)24 381 27 35

E-mailadres: hopmans@dirkzwager.nl

Overheid & Vastgoed

www.dirkzwageroverheidenvastgoed.nl

Kan een huurder aanspraak maken op verjaring?

Op deze kennispagina werd al eerder een artikel gepubliceerd over een uitspraak van de rechtbank Rotterdam, waarin werd geoordeeld over een verjaringsverweer dat werd gevoerd door een huurder. In die uitspraak werd geoordeeld dat niet de huurder maar de verhuurder op grond van inbezitneming door de huurder eigenaar van een stuk grond zou kunnen worden. Deze bijzondere constructie gaat eraan voorbij dat een huurder houder is van het gehuurde en dus niet bezitter. Het ligt dan ook voor de hand te concluderen dat een huurder ook geen bezitter kan zijn van een naast het gehuurde gelegen strook grond. In een recente uitspraak van het hof Amsterdam werd over een vergelijkbare situatie geoordeeld. In dit artikel zal ik op deze uitspraak ingaan.

Inhoud van de zaak

In deze nieuwe zaak in de gemeente Haarlemmermeer werd door een particulier een beroep gedaan op verjaring van een strook gemeentegrond. Hij zou deze strook in bezit hebben genomen en vervolgens zou de termijn van 20 jaar, die van toepassing is op bevrijdende verjaring, zijn gaan lopen. Inmiddels zou deze ook zijn voltooid. Dientengevolge zou het eigendom van de bewuste strook grond van de gemeente zijn overgegaan op de particulier.

Om dit verweer te kunnen beoordelen heeft de rechter ten eerste gekeken of voldaan werd aan de vereiste van bezit. In casu zou er dus sprake moeten zijn van inbezitneming. Hierbij wordt artikel 3:113 lid 2 BW aangehaald. Deze bepaling brengt tot uitdrukking dat inbezitneming van een goed van een ander slechts kan bestaan in een zodanige machtsuitoefening dat na verkeersopvatting de oorspronkelijke bezitter niet meer als zodanig kan gelden, dus dat de macht van de oorspronkelijke bezitter over de zaak is geëindigd. Het Hof Amsterdam oordeelt dat in deze casu hier niet aan is voldaan. Deze conclusie baseert zij ten eerste op het feit dat het gebruik van de strook grond na zijn uiterlijke vorm (deze strook werd gebruikt als tuin, afgesloten door een hoge heg) evenzeer zou kunnen duiden op gebruik door een houder, dat wil zeggen als gebruiker van een goed voor een ander. Deze conclusie baseert het Hof mede op het feit dat de verweerder niet de eigenaar is van de woning met ondergrond maar

slechts huurder. Het Hof legt hier dan ook een expliciet verband tussen het feit dat de particulier houder is van de strook die hij primair gebruikt (huurt) en dat het dus voor de hand ligt dat hij tevens pretendeert houder te zijn van de strook grond die hij daarbij in gebruik heeft genomen.

Hierbij merkt het Hof nog op dat tijdens de ingebruikneming van de grond de particulier mogelijk zichzelf dezelfde rechten toebedacht als zijn burens die expliciet toestemming hadden gekregen van de gemeente om vergelijkbare stroken grond in gebruik te nemen. In die situaties is in ieder geval houderschap ontstaan. Tijdens de behandeling van de zaak is niet gebleken op welke wijze de verweerder zou hebben geuit dat hij eigenaar van de grond zou zijn. Hij heeft zich immers ook niet anders gedragen dan zijn burens.

Commentaar

Deze uitspraak laat zien dat er ook anders gedacht kan worden over een beroep op verjaring door een huurder. Een huurder wordt houder van het door hem gehuurde. Het ligt dan voor de hand dat wanneer hij een stuk grond bij het gehuurde trekt, hij ook houder wordt van dat stuk grond. Het lijkt immers moeilijk over dat specifieke stuk grond wel eigendomspretenties te uiten. Aan de eis van ondubbelzinnigheid van de eigendomspretentie kan dan niet worden voldaan. Er kan derhalve geen sprake zijn van een inbezitneming en er kan geen verjaringstermijn zijn gaan lopen. Dat is in ieder geval het standpunt van het Hof Amsterdam. Uit deze uitspraak blijkt temeer dat de rechtspraak in Nederland op dit punt nog moet worden uitgekristalliseerd. Indien één van beide uitspraken die hier zijn genoemd bij de Hoge Raad wordt beoordeeld kan mogelijk meer duidelijkheid worden gerealiseerd. Op dat moment zullen wij hier uiteraard bericht van doen op onze kennispagina.

Thijs Liebregts

Telefoon: +31 (0)24 381 31 86

E-mailadres: liebregts@dirkzwager.nl

Huurtoeslag voor woonruimte en geïntegreerde woon-zorg contracten

In het kader van het scheiden van wonen en zorg was reeds langer bekend dat de lage Zorg Zwaarte Pakketten (ZZP) 1 en 2 per 1 januari 2013 geëxtramuraliseerd gaan worden, waarna ZZP 3 volgt op 1 januari 2014. Op 28 september 2012 is er een brief gekomen van de staatssecretaris van VWS gekomen over de uitwerking van het extramuraliseren van lichte zorgzwaartepakketten. Het gevolg van de extramuralisering is in feite dat straks alleen de component zorg nog wordt vergoed. Dit heeft consequenties voor de verhuur- en financierbaarheid en van het zorgvastgoed. Zo is het de vraag of er aanspraak bestaat op huurtoeslag indien zorginstellingen vrijgekomen appartementen verhuren. Een zelfde vraag doet zich voor of geïntegreerde contracten 'wonen en zorg' mogelijk zijn.

De verhuur van woonruimte

Bij de vraag of bij de verhuur van woonruimte aanspraak gemaakt kan worden op huurtoeslag moet onderscheid worden gemaakt tussen zelfstandige woonruimte en onzelfstandige woonruimte. Ten aanzien van zelfstandige woonruimte, dat wil zeggen woonruimte waarbij de bewoner beschikt over een eigen ingang, toilet, was- en kookgelegenheid, staat de Wet op de huurtoeslag er niet aan in de weg dat zorginstellingen vrijgekomen appartementen verhuren. Ten aanzien van onzelfstandige woonruimte ligt de zaak iets genuanceerder.

Een huurder van onzelfstandige woonruimte komt op grond van artikel 11 lid 1 aanhef en sub b en lid 2 van de Wet op de huurtoeslag slechts voor huurtoeslag in aanmerking indien:

1. de woonruimte deel uitmaakt van een woongebouw of woning die geheel of gedeeltelijk wordt verhuurd ten behoeve van begeleid wonen, groepswonen door ouderen of een daarmee vergelijkbare woonvorm;
2. de woonruimte eigendom is van een rechtspersoon zonder winstoogmerk, die mede op het gebied van de volkshuisvesting werkzaam is;
3. de verhuurder een rechtspersoon is zonder winstoogmerk, die mede op het gebied van de volkshuisvesting werkzaam is;

4. het woongebouw waarin de woonruimte zich bevindt of de woning door de Belastingdienst is aangewezen.

De eerste voorwaarde is ingevoegd bij wetsvoorstel 25090 (Kamerstuk 25090 nr. 3). Uit de toelichting blijkt dat voor bewoners van onzelfstandige woonruimten alleen nog recht op huurtoeslag bestaat als deze woonruimten onderdeel uitmaken van projecten van begeleid wonen en groepswonen voor ouderen. Onder projecten voor begeleid wonen worden verstaan, projecten waarbij sprake is van een lichte vorm van begeleiding in het zelfstandig wonen.

Verder maakt de toelichting duidelijk dat in het geval van begeleid wonen of groepswonen door ouderen alleen aanspraak kan worden gemaakt op huurtoeslag indien de AWBZ in een dergelijk geval geen toepassing vindt. In dit kader heeft de staatssecretaris er op gewezen dat er geen sprake kan zijn van dubbelsubsidiëring van het wonen (bijvoorbeeld zowel vanuit de AWBZ als vanuit de huurtoeslag), en dat er geen sprake kan zijn van subsidiëring van zorgbestanddelen met volkshuisvestingsgelden (Kamerstuk 25090 nr. 197b). Daarnaast moet er volgens de staatssecretaris bij begeleid wonen sprake zijn van professionele begeleiding en bij het groepswonen van het bewust voor deze woonvorm kiezen.

De tweede voorwaarde is ingevoegd bij de nota van wijzigingen van 17 januari 1997 (Kamerstuk 25090 nr. 7). Uit de toelichting blijkt dat met "rechtspersonen zonder winstoogmerk, die mede op het gebied van de volkshuisvesting werkzaam zijn", zowel de toegelaten instellingen als de zogeheten niet-winstbeogende instellingen worden bedoeld.

De derde voorwaarde is ingevoegd bij de nota van wijzigingen van 20 maart 2003 (Kamerstuk 28777 nr. 4). Uit de toelichting volgt dat deze voorwaarde is ingevoegd om te voorkomen dat een rechtspersoon zonder winstoogmerk het woongebouw waarin de onzelfstandige woonruimtes zich bevinden dan wel de onzelfstandige woonruimtes zelf doorverhuurt aan een rechtspersoon met winstoogmerk, die vervolgens de onzelfstandige woonruimte aan de huurder verhuurt.

De vierde voorwaarde is ingevoegd bij de tweede nota van wijzigingen van 4 februari 1997 (Kamerstuk 25090 nr. 47), met dien verstande dat de onzelfstandige woonruimte eerst werd aangewezen door de minister. Blijkens de toelichting is deze voorwaarde ingevoegd omdat het criterium "soortgelijke woonvormen als begeleid wonen of groepswonen door ouderen" een zekere mate van beoordelingsvrijheid in zich heeft.

Door middel van wetsvoorstel 29765 (Kamerstuk 29765 nr. 3) is de gehele uitvoeringsorganisatie overgeheveld naar de Belastingdienst Toeslagen. De regels voor de aanwijzing staan in artikel 3 van het Besluit op de huurtoeslag.

Conclusie

Een zorginstelling kan zelfstandige woonruimte verhuren, zonder de aanspraak op huurtoeslag van de huurders in gevaar te brengen.

In geval van onzelfstandige woonruimte zal (i) er sprake moeten zijn van woonruimte die geheel of gedeeltelijk wordt verhuurd ten behoeve van begeleid wonen, groepswonen door ouderen of een daarmee vergelijkbare woonvorm, (ii) zal de woonruimte eigendom moeten zijn van een rechtspersoon zonder winstoogmerk die mede op het gebied van de volkshuisvesting werkzaam is, (iii) zal de verhuurder een rechtspersoon zonder winstoogmerk moeten zijn die mede op het gebied van de volkshuisvesting werkzaam is en (iv) zal de woonruimte door de Belastingdienst moeten zijn aangewezen, wil de huurder aanspraak kunnen maken op huurtoeslag. Een zorginstelling die de onzelfstandige woonruimte van een woningcorporatie huurt, kan vrijgekomen onzelfstandige woonruimte dus (onder)verhuren zonder het recht op huurtoeslag in gevaar te brengen, mits de zorginstelling mede werkzaam is op het gebied van de volkshuisvesting. De Belastingdienst heeft dit bevestigd. Volgens het ministerie van BZK is een rechtspersoon reeds op het gebied van de volkshuisvesting werkzaam, op het moment dat woonruimte wordt verhuurd. Er wordt dus niet de eis gesteld dat uit de statuten van de zorginstelling blijkt dat de instelling mede werkzaam is op het gebied van de volkshuisvesting. Volgens de Belastingdienst wordt een zorginstelling niet specifiek gecontroleerd op het uitvoeren van werkzaamheden op het gebied van volkshuisvesting, omdat het een in het "Handboek" vermelde uitzondering is.

Geïntegreerde woon/zorg contracten

Bij de vraag of geïntegreerde contracten er aan in de weg staan dat huurders aanspraak kunnen maken op huurtoeslag, moet op de eerste plaats onderscheid worden gemaakt tussen zelfstandige woonruimte en onzelfstandige woonruimte. Ten aanzien van zelfstandige woonruimte staat de Wet op de huurtoeslag er niet aan de weg dat er geïntegreerde contracten worden gesloten. Ten aanzien van onzelfstandige woonruimte ligt het weer genuanceerder. Er moet onderscheid worden gemaakt tussen begeleid wonen projecten enerzijds en groepswonen door ouderen en daarmee vergelijkbare woonvormen anderzijds.

Begeleid wonenprojecten

Ten aanzien van onzelfstandige woonruimte die deel uitmaakt van begeleid wonenprojecten staat in artikel 3 lid 2 aanhef en onder d van het Besluit op de huurtoeslag dat een woongebouw of een woning waarvan onzelfstandige woonruimte deel uitmaakt slechts kan worden aangewezen indien er een gescheiden huur- en zorgovereenkomst is. Deze bepaling is ingevoegd bij Besluit van 26 januari 2004 (Stb 2004, 43). Uit de toelichting volgt dat het voorschrift dat er bij begeleid wonenprojecten sprake moet zijn van een gescheiden huur- en zorgcontract onverlet laat dat het huurcontract een clause bevat over beëindiging van de huur ingeval de zorgverlening stopt. Dit is een voor de praktijk belangrijke toevoeging omdat daarmee kan worden voorkomen dat er met succes een beroep wordt gedaan op huurbescherming op het moment dat de zorgverlening wordt beëindigd. In principe wil de Belastingdienst een apart huurcontract en een apart zorgcontract, omdat de huurtoeslag alleen over het huurgedeelte gaat. Bij een gemengd contract kan er volgens de Belastingdienst toch huurtoeslag worden toegekend als duidelijk is welk gedeelte betaald wordt voor het wonen.

In dit kader moet wel worden opgemerkt dat als het zorgdeel het woningdeel overheerst, de bewoner volgens het ministerie van BZK strikt genomen geen aanspraak heeft op huurtoeslag. Het ministerie van BZK heeft echter meegedeeld dat er op dit moment niet actief wordt gecontroleerd of het zorgdeel overheerst. In ieder geval staat de enkele koppeling tussen de huur- en de zorgovereenkomst niet aan het recht op huurtoeslag in de weg.

Groepswonen door ouderen en daarmee vergelijkbare woonvormen

Ten aanzien van begeleid groepswonen door ouderen en daarmee vergelijkbare woonvormen staat in artikel 3 lid 3 aanhef en onder a van het Besluit op de huurtoeslag dat een woongebouw of een woning waarvan onzelfstandige woonruimte deel uitmaakt slechts kan worden aangewezen indien alle huurders van de desbetreffende woonruimten zijn genoemd in één overeenkomst van huur en verhuur.

Deze bepaling stond in artikel 3 lid 4 onder a van het Huursubsidiebesluit. Uit de toelichting volgt dat deze voorwaarde voortvloeit uit de eis dat er sprake moet zijn van een sterke mate van gemeenschappelijkheid; de gemeenschappelijkheid moet mede het doel zijn van het wonen in de onzelfstandige woonruimte en niet een toevallige bijkomstigheid (zoals bijvoorbeeld bij kamerverhuur het geval is). Overigens dient bedacht te worden dat het hierbij in beginsel gaat om bewoners zonder zorgvraag. Bij deze variant is er dus van koppelen van wonen en zorg meestal geen sprake.

Conclusie

Ten aanzien van begeleid wonenprojecten moeten in principe dus afzonderlijke huur- en zorgovereenkomsten worden gesloten, waarbij het uitdrukkelijk wel mogelijk is dat beide overeenkomsten worden gekoppeld. Voor wat betreft groepswonen door ouderen en daarmee vergelijkbare woonvormen moet er zelfs één overeenkomst worden gesloten. Het koppelen van wonen en zorg speelt hier echter geen rol, omdat de bewoners in beginsel geen zorgvraag hebben.

Eric Janssen

Telefoon: +31 (0)24 381 31 27

E-mailadres: e.janssen@dirkzwager.nl

Robert Rijkstra

Telefoon: +31 (0)26 353 84 08

E-mailadres: rijpstra@dirkzwager.nl

Stempel verzonden is nog niet verzonden!

Wanneer is een besluit door een overheidsorgaan verzonden? Op wie rust de bewijslast? Deze vragen blijven de gemoederen bezig houden.

In het bestuursrecht is het vaak belangrijk om met zekerheid te weten wanneer een bepaalde brief aan een burger of bedrijf is verzonden. De termijn waarbinnen bezwaar kan worden gemaakt tegen een besluit is zes weken en vangt in de meeste gevallen aan op de dag na die, waarop het besluit aan de aanvrager is toegezonden (art. 3: 41, 3: 42 en 6: 7, 6: 8 Awb).

De termijn begint dus niet te lopen op het moment dat het besluit is ontvangen, maar op het moment dat het besluit is toegezonden. Dat hoeft lang niet altijd dezelfde dag te zijn als de datum die op de brief staat. De beste manier voor een bestuursorgaan om discussies daarover te voorkomen is, om het besluit per TPG Post aangetekend te versturen. De verzendadministratie van TPG Post wordt door de Raad van State als bewijs geaccepteerd. Maar als het bestuursorgaan een besluit niet aangetekend heeft verstuurd en er ontstaat discussie over de vraag op welke dag de brief precies is verzonden, dan is het volgens de Raad van State de taak van het bestuursorgaan om aannemelijk te maken dat het besluit op de gestelde datum is verzonden. Daarvoor is in ieder geval vereist dat het besluit is voorzien van de juiste adressering en een verzenddatum en dat sprake is van een deugdelijke verzendadministratie bij het overheidsorgaan (zie Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State 9 mei 2012, nummer 201106649/1/A3.)

Veel bestuursorganen hanteren de gewoonte om twee data op een brief te vermelden: de datum waarop de brief is geschreven en de datum waarop de brief is verzonden. Dat laatste gebeurt vaak met behulp van een stempel. In een uitspraak van 19 december 2012 (201203917/1/A3) heeft de Raad van State zich uitgelaten over de vraag, wat de betekenis is van zo'n stempel wanneer de brief niet aangetekend is verstuurd. Het Dagelijks Bestuur van het Stadsdeel Amsterdam-Noord had een bezwaarschrift niet ontvankelijk verklaard omdat het te laat was binnengekomen. De betrokkene betwistte dat het besluit, gedateerd 13 december 2010, op 21 december 2010 was verzonden zoals door het Stadsdeel Amsterdam-Noord was beweerd. Als bewijs voerde het

Stadsdeel aan, dat op de brief een stempel stond: verzonden 21 december 2010. De brief was niet aangetekend verstuurd. De rechtbank vond die stempel niet doorslaggevend en oordeelde daarom dat het Stadsdeel de bezwaarmaker ten onrechte niet ontvankelijk had verklaard wegens termijnoverschrijding. Het Stadsdeel ging in beroep bij de Raad van State.

De Raad van State vond dat de rechtbank terecht had overwogen dat het plaatsen van een stempel met de tekst "verzonden 21 december 2010" niet voldoende was om aannemelijk te maken dat het besluit op die datum daadwerkelijk via de postkamer het Stadsdeeltkantoor had verlaten. Immers, bij gebreke van een door een medewerker van de postkamer vermelde verzenddatum of een deugdelijke verzendadministratie was slechts aannemelijk geworden dat de brief op 21 december 2010 de kamer van de behandelend ambtenaar had verlaten, aldus de Raad van State. Daarom was de Raad van State evenals de rechtbank van mening dat het stadsdeel niet aannemelijk had gemaakt dat de brief op 21 december 2010 was verzonden. Aan een oordeel over de vraag of de bezwaarmaker het vermoeden van een tijdige ontvangst had ontzenuwd, kwam de Raad van State niet toe. Die beoordeling (van een soort tegenbewijs) hoeft immers pas plaats te vinden als het bestuursorgaan de verzending op de door hem gestelde datum aannemelijk heeft gemaakt. De stempel "verzonden 21 december 2010" is daartoe niet voldoende.

Conclusie

Bestuursorganen doen er goed aan om brieven die een besluit bevatten waartegen binnen zes weken bezwaar kan worden gemaakt, altijd aangetekend te verzenden. Doen zij dat niet, dan blijven er discussies ontstaan over de precieze einddatum van de bezwaretermijn. Een stempel "Verzonden op" is niet voldoende om die discussie in het voordeel van het bestuursorgaan te beslechten. Zo'n stempel is zelfs niet voldoende om een vermoeden van verzending op de gestelde datum te creëren. Daarvoor moet op zijn minst een deugdelijke verzendadministratie op de postkamer worden bijgehouden.

Maarten Baneke

Telefoon: +31 (0)24 381 31 86

E-mailadres: baneke@dirkzwager.nl

Is de mogelijkheid om ten onrechte in vooraftrek gebrachte omzetbelasting bij koper na te heffen EU proof?

Indien een onroerende zaak in de BTW is verkregen en voor met BTW belaste prestaties wordt gebruikt, ontstaat er een herzieningsperiode van tien jaar gedurende welke de inspecteur van de belastingdienst de mogelijkheid heeft om de in vooraftrek gebrachte BTW ter zake van de onroerende zaak terug te vorderen. Dit laatste zal hij doen op het moment dat blijkt dat de onroerende zaak voor minder dan negentig procent voor met BTW belaste prestaties wordt gebruikt.

In de casus waarover de advocaat-generaal van het Hof van Justitie EU een conclusie heeft geschreven naar aanleiding van een prejudiciële vraag van de Hoge Raad, betreft het de doorverkoop van een onroerende zaak waarbij ten tijde van de levering is geopteerd voor een met BTW belaste levering. Dit heeft tot gevolg dat een nieuwe herzieningstermijn van tien jaar is ontstaan gedurende welke de onroerende zaak voor met BTW prestaties moet worden gebruikt. In de uitspraak van het Hof van Justitie EU is in 2000 geopteerd voor een met BTW belaste levering. Enkele maanden nadat de levering heeft plaatsgevonden is het betreffende object vrij van BTW verhuurd. Kort daarop heeft doorlevering van het pand plaatsgevonden. De aan- en verkoper heeft ter zake van het niet voldoen aan het 90% procent criterium van belast gebruik, van de inspecteur een naheffingsaanslag opgelegd gekregen die verband houdt met de door de voorgaande verkoper ten onrechte in vooraftrek gebrachte BTW. Deze BTW was ten onrechte in vooraftrek gebracht aangezien na het optieverzoek het object niet meer voor met BTW belaste prestaties is gebruikt.

Thans heeft de advocaat-generaal in zijn conclusie aangegeven dat de zesde richtlijn het niet toelaat dat de oorspronkelijk toegepaste BTW aftrek (van de oorspronkelijke verkoper derhalve) wordt herzien in die zin, dat diens koper het bedrag van de aftrek geheel of gedeeltelijk terug moet betalen. Zijn belangrijkste argument hiervoor is dat op die wijze het BTW bedrag wordt geheven van een ander dan de belastingplichtige die de aftrek heeft toegepast.

Een en ander brengt met zich mee dat de ratio van artikel 12 Wet Omzetbelasting op losse schroeven komt te staan. Het is dus thans afwachten hoe het Hof van Justitie zal besluiten en in het verlengde daarvan de Hoge Raad zijn uitspraak gaat doen. Met andere woorden, wordt vervolgd.

John Wijnmaalen

Telefoon: +31 (0)26 365 55 58

E-mailadres: wijnmalen@dirkzwager.nl

De vernietiging van een overeenkomst en diens voortbestaan

Als een overeenkomst (juridisch) vernietigd is, kunnen partijen dan nog steeds aan een bepaling uit die overeenkomst gebonden zijn? Op 11 oktober 2013 heeft de Hoge Raad een belangwekkende uitspraak gedaan op het terrein van het verbintenissenrecht. Het volgende was het geval.

Partij A kocht van partij B (kort samengevat) een bedrijfspand dat aan zes verschillende huurders was verhuurd. In de koopovereenkomst waren deze partijen overeengekomen dat de verkoper aan de koper garandeerde dat op het moment van levering van het bedrijfspand, het pand zou zijn verhuurd voor een huurprijs van tenminste € 300.220,00 per jaar voor huurder 1 en huurder 2. Ook garandeerde de verkoper dat er op die datum geen betalingsachterstanden in de huurbetalingen zouden zijn en dat de met de huurders gemaakte afspraken volledig zouden blijken uit de schriftelijke huurovereenkomsten.

Nadien bleek dat de verkoper zijn garantiebepalingen had geschonden omdat er ten tijde van de levering van het bedrijfspand sprake was van huurachterstanden en dat er buiten de schriftelijke huurovereenkomsten om nadere afspraken waren gemaakt met de huurders, waaraan de koper, als zijnde de nieuwe verhuurder, in beginsel óók was gebonden.

De koper spande hierop een gerechtelijke procedure aan tegen de verkoper en vorderde onder meer vernietiging van de overeenkomst vanwege dwaling en terugbetaling van de koopprijs. Daarnaast vorderde de koper een schadevergoeding voor de waardevermindering van het bedrijfspand.

De rechtbank wees in eerste aanleg het beroep op dwaling af en daarmee ook de terugbetaling van de koopprijs. Wel zag de rechtbank voldoende aanleiding om de verkoper te veroordelen tot betaling van de gevorderde schadevergoeding.

Het gerechtshof wees in hoger beroep het beroep op dwaling toe en veroordeelde de verkoper tot terugbetaling van de koopprijs vanwege de vernietiging van de koopovereenkomst. Daarnaast veroordeelde het gerechtshof de verkoper tot betaling van

schadevergoeding aan de koper omdat de verkoper tekort zou zijn geschoten in de nakoming van de garantiebepalingen.

De verkoper stelde cassatie in tegen het arrest van het gerechtshof omdat deze zich niet kon vinden in de beslissing tot terugbetaling van de koopprijs én de schadevergoeding.

De Hoge Raad oordeelde dat wanneer er sprake is van een vernietiging van een overeenkomst, dit in beginsel ook de in die overeenkomst opgenomen garantiebepalingen treft zodat er van een tekortkoming in de nakoming van die bepalingen geen sprake meer kan zijn. Zodoende kan er geen schadevergoeding worden toegekend op grond van een tekortkoming in de nakoming. De Hoge Raad vult aan dat uit het simpele feit dat er sprake is van dwaling, niet volgt dat de wederpartij (de verkoper) jegens de dwalende (de koper) schadeplichtig is.

Charlotte Raaimakers

Telefoon: +31 (0)24 381 31 87

E-mailadres: raaimakers@dirkzwager.nl

Particulier

www.dirkzwagerparticulier.nl

Goederen verzwijgen die tot de nalatenschap behoren

Het komt wel eens voor dat bij de verdeling van een nalatenschap goederen verzwegen worden. Wat is de consequentie eigenlijk van het verzwijgen van goederen die tot de gemeenschap behoren?

Ouderlijke boedelverdeling

In een zaak waar het gerechtshof Den Haag recentelijk uitspraak heeft gedaan, was in het testament van de overleden man een zogenaamde ouderlijke boedelverdeling vastgelegd. Tot 2003 kon een ouderlijke boedelverdeling (hierna: OBV) in een testament worden opgenomen. De OBV is een vorm van een langstlevende testament, waarbij alle goederen van een nalatenschap aan de langstlevende worden toebedeeld en de kinderen een vordering krijgen die in principe pas opeisbaar is bij het overlijden van de langstlevende partner.

In 2003 is de wet waarin het erfrecht is geregeld geheel herzien. Tegenwoordig is een soortgelijke langstlevende constructie standaard in de wet geregeld. Dit heet de wettelijke verdeling. Oude OBV's zijn echter nog steeds geldig en worden nog steeds uitgevoerd. In deze casus vond het overlijden plaats in 1998. De kinderen, een zoon en drie (stief)dochters hebben een beroep gedaan op hun legitieme portie waardoor zij door het destijds geldende erfrecht erfgenaam zijn geworden.

Boedelbeschrijving

De weduwe van de overleden man heeft vervolgens bij een notaris een boedelbeschrijving laten opmaken. Hierbij heeft zij een bankrekening in België, die op naam van haar en haar overleden echtgenoot stond, verzwegen. De zoon was op de hoogte van het bestaan van de bankrekening en heeft navraag gedaan bij de weduwe en de notaris. De notaris heeft toen navraag gedaan bij de Belgische bank en een opgave van de rekening en het saldo ontvangen. De boedelbeschrijving werd vervolgens aangepast. In 2003 komt de weduwe zelf te overlijden.

De zoon vordert voor recht te verklaren dat de weduwe haar aandeel in de verzwegen bankrekening verbeurd heeft, in verband met schending van artikel 4:1110 (oud) BW en artikel 3:194 lid 2 BW. Volgens het Hof is vast komen te staan dat de weduwe wist van het bestaan van de rekening en dat zij deze rekening opzettelijk verborgen heeft gehouden.

De rekening stond mede op haar naam en direct na het overlijden van de man heeft zijn een bezoek gebracht aan de Belgische bank. Haar aandeel in de nalatenschap betreffende deze rekening verbeurt zij aan de andere deelgenoten. Het aandeel van de weduwe moet alsnog gelijkelijk verdeeld worden onder de zoon en de stiefdochters.

Schenkeningen

De zoon stelt tevens dat de weduwe na het overlijden van de man aan haar drie dochters een schenking heeft gedaan van 100.000 gulden ieder en dat deze schenking is gedaan vanuit een niet opgegeven geldbron die tevens tot de nalatenschap behoorde. De dochters erkennen, na enig aandringen, deze schenkingen te hebben ontvangen, maar stellen dat hun moeder dit uit eigen middelen heeft gedaan. Het hof kan niet vaststellen dat deze schenkingen uit het eigen vermogen van de weduwe zijn gedaan en oordeelt dat de weduwe ook bij de tweede boedelbeschrijving opzettelijk gelden heeft verzwegen. De weduwe kon nu als gevolg van schending van artikel 3:194 lid 2 BW geen aanspraak maken op deze verzwegen geldbron. De nalatenschap dient met de waarde van de schenkingen te worden verhoogd.

Slot

Artikel 3:194 lid 2 BW stelt een sanctie op het verzwijgen, zoekmaken of verborgen houden van goederen die in een gemeenschap vallen. Het komt regelmatig voor dat een erfgenaam een goed van de nalatenschap, zoals een (buitenlandse) bankrekening of sieraden verzwijgt voor andere erfgenamen. De consequentie hiervan is vergaand, de erfgenaam die het goed verzwegen heeft verbeurt zijn aandeel in het goed.

Eric Linde

Telefoon: +31 (0)26 365 55 61

E-mailadres: linde@dirkzwager.nl

Echtelijke woning na scheiding

De geschillen over de financiële afwikkeling van een gezamenlijke woning van ex-partners na een echtscheiding/uit elkaar gaan na samenleving nemen toe in de familierechtpraktijk. Met de nu al enige jaren durende economische crisis en de daarmee gepaard gaande waardedalingen van woningen en de niet vlottende verkoopmarkt, blijken convenanten (waarin de afspraken tussen ex-partners voor na de echtscheiding/het uit elkaar gaan zijn opgenomen) op dit punt vaak te summier geformuleerd.

De ex-partners komen in de huidige markt regelmatig voor indertijd niet verwachte omstandigheden te staan met nadelige financiële gevolgen van dien; bijvoorbeeld het jarenlang uitblijven van de voorgenomen verkoop van de voormalige echtelijke woning, een veel lagere verkoopopbrengst dan verwacht als de woning wel wordt verkocht en (als een ex-partner de woning alleen op zijn/haar naam wenst te krijgen) het uitblijven van de eerder verwachte toestemming van de hypotheekverstrekker om de andere ex-partner te ontslaan uit de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de hypotheekschuld.

Hiermee gaan gepaard geschillen over het verdelen van de onderwaarde en de verdeling van de lasten van de echtelijke woning tot verkoop aan derden/overname van de woning door een ex-partner. Ook bij paren die ten tijde van de echtscheiding goed met elkaar overweg konden, ontstaan in de loop der jaren dikwijls discussies omdat de toekomstplannen door deze omstandigheden worden gedwarsboemd. Het is niet wenselijk aansprakelijk te blijven voor de hypotheek van de "oude" echtelijke woning terwijl je er zelf niet woont en bovendien hierdoor geen ander huis kunt kopen (al dan niet met een nieuwe partner). Het risico blijft je daarbij boven het hoofd hangen dat de hypotheekverstrekker van indertijd bij jou verhaal komt halen als de bewoner (de voormalige partner) zijn/haar hypotheeklasten niet meer betaalt. Dit komt in deze crisistijd met bijvoorbeeld het verlies van een baan vaker voor. (En kan bovendien verder doorwerken in het niet meer kunnen betalen van kinder- en/of partneralimentatie als daarvan sprake is.) Ook valt het ex-partners vaak tegen met een schuld (vanwege onderwaarde op de woning) uit een relatie te komen.

Een voorbeeld van een door een verschil van uitleg over de in een convenant gemaakte afspraken over de voormalige echtelijke woning en de hypotheekschulden, is de

uitspraak in kort geding van het Gerechtshof Den Haag. De achtergrond van dit kort geding is dat partijen gehuwd zijn geweest in gemeenschap van goederen en eind 2005 zijn gescheiden. Een paar jaar later, in 2008, maken partijen (in het kader van een procedure bij de Rechtbank) aanvullende afspraken over de voormalige echtelijke woning:

“- Tot het moment dat zal blijken dat de man de echtelijke woning van partijen, gelegen aan de [adres] in eigendom kan verkrijgen zal de man deze woning blijven bewonen en zorg dragen voor betaling van de hypotheekschuld.

- Zodra de man financieel in de gelegenheid is de woning in eigendom te verwerven, zal hij zulks bewerkstelligen onder ontslag van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vrouw. Tot dat moment zal de eigendom van de woning ten name van beide partijen blijven, hetzelfde geldt voor de hypothecaire geldlening.

- Van de zijde van de man zal geen aanspraak worden gemaakt op de zogenaamde onderwaarde en van de zijde van de vrouw zal bij eventueel te constateren overwaarde in de toekomst, ook hiervan afstand worden gedaan.”

Medio 2011 heeft de advocaat van de vrouw de man aangeschreven en gesommeerd de woning op zijn naam te doen zetten dan wel de woning te koop aan te bieden voor derden. De man heeft hierop gereageerd dat hij wel degelijk de afspraken uit 2008 voor zo ver mogelijk is nagekomen; financieel was hij nog niet in de gelegenheid de woning geheel in eigendom te verwerven en het is niet aan de vrouw over een verkoop van de woning te beslissen omdat de financiële consequenties daarvan uitsluitend voor hem zijn.

Bij de Voorzieningenrechter bij de Rechtbank vordert de vrouw in kort geding dan een veroordeling van de man tot de op zijn naam stelling van de voormalige echtelijke woning waarbij de vrouw wordt ontslagen uit haar hoofdelijke aansprakelijkheid betreffende de hypothecaire schulden en mocht dat niet worden toegewezen dan vordert de vrouw dat de woning wordt verkocht aan derden voor een bepaald bedrag op verbeurte van een dwangsom. Deze rechter wijst de vorderingen van de vrouw af. Zij gaat hiertegen in hoger beroep.

Het Hof achtte het meest in de rede liggen dat de partijen beiden bij het aangaan van de overeenkomst ter zake te woning en de hypotheekschulden niet hebben voorzien dat er zoveel tijd zal gaan verstrijken als thans het geval is, waarbij bovendien ook voor

hen niet voorzienbaar was dat de marktomstandigheden in die periode ook nog eens drastisch veranderden. Hetzelfde geldt voor het ontstaan van een onderwaarde als thans aan de orde. Het Hof betreft daarbij dat het een feit van algemene bekendheid is dat de waarde van onroerende zaken, ook woningen, sedert 2008 fors is gedaald. Het Hof is van mening dat de man aannemelijk heeft gemaakt dat hij het niet voor elkaar heeft gekregen en voorlopig ook niet voor elkaar zal krijgen de woning met de daaraan verbonden hypothecaire lening over te nemen met een ontslag van de vrouw uit haar hoofdelijke aansprakelijkheid en dat hij voldoende heeft voldaan aan de in 2008 overeengekomen inspanningsverplichting jegens de vrouw. Het enkele tijdsverloop is geen aanleiding de overeenkomst aan te vullen zoals door de vrouw is gewenst alsmede worden haar vorderingen niet toegewezen. De omstandigheid dat de vrouw dan vooralsnog in de onverdeeldheid zal (moeten) blijven maakt dat niet anders. Daarbij speelt een rol dat de man tot op heden aan zijn financiële verplichtingen jegens de hypotheekverstrekker voldoet en de vrouw tot op heden niet door de bank aangesproken is. Het Hof vindt de vordering van de vrouw thans niet voldoende spoedeisend en bekrachtigt de uitspraak van de Rechtbank waarbij de vrouw in de kosten van de procedure wordt veroordeeld.

Aan te raden is in convenanten bij echtscheiding niet alleen afspraken voor de komende (korte) tijd te maken zoals eerder het gebruik was maar ook zo goed mogelijk afspraken te maken hoe te handelen voor het geval de uitvoering van de afspraken omtrent een woning langer (jaren) op zich zouden kunnen wachten.

Opvallend verder in casu is dat de rechter zowel bij de Rechtbank als bij het Hof van mening was dat de vrouw in de kosten van de procedure moest worden veroordeeld. Over het algemeen bij geschillen tussen ex-partners worden de kosten gecompenseerd (ieder van partijen draagt zijn/haar eigen kosten), ook al wordt één van de partijen in het ongelijk gesteld. Kennelijk vonden de rechters dat mevrouw onder de huidige marktomstandigheden waarbij ze vooralsnog geen “last” had van haar hoofdelijke aansprakelijkheid uit de hypotheek niet te hard moest klagen. Evenwel wordt deze verbondenheid door ex-partners aan de hypotheek van de “oude woning” over het algemeen als zwaar ervaren. Enkele jaren geleden was deze vrouw om die reden waarschijnlijk wel in het gelijk gesteld.

Bauke Lien van Riel

Telefoon: +31 (0)26 353 83 50

E-mailadres: vanriel@dirkzwager.nl

Verhoogde schenkingsvrijstelling

Zoals u wellicht via de media heeft vernomen is tijdens Prinsjesdag een nieuwe vrijstelling van schenkbelasting bekend gemaakt. Van 1 oktober 2013 tot 1 januari 2015 geldt een verhoogde vrijstelling van € 100.000,-. De enige voorwaarde die daarbij geldt is dat de schenking moet worden gebruikt voor de aankoop, verbouwing of onderhoud van de eigen woning, dan wel voor het (deels) aflossen van de hypotheekschuld.

Voordelen ten opzichte van de huidige regeling zijn:

- er worden geen nadere voorwaarden gesteld aan de relatie tussen de schenker en ontvanger, er kan dus belastingvrij worden geschonken aan kinderen, kleinkinderen, broers, zussen, neven en nichten en andere vrienden en bekenden;
- de leeftijd van de ontvanger is niet van belang.

De huidige regeling in de wet kent voor de schenking van ouders aan kinderen een eenmalige vrijstelling van € 51.407,-, (mits verband houdend met de eigen woning en met een leeftijdsgrens van 40 jaar) en een jaarlijkse vrijstelling van € 5.141,-. Voor schenkingen aan anderen (niet zijnde kinderen) geldt een jaarlijkse vrijstelling van € 2.057,-.

De hiervoor genoemde vrijstellingen worden dus tijdelijk verruimd, waardoor er tot € 40.000,- aan belasting bespaard kan worden.

Voor kinderen die reeds een schenking van hun ouders hebben gekregen en daarbij beroep hebben gedaan op de reeds bestaande eenmalige hoge vrijstelling, geldt dat de genoten vrijstelling in mindering wordt gebracht op het bedrag van € 100.000,-, het overige bedrag mag alsnog vrij van schenkbelasting geschonken worden.

Deze nieuwe regeling biedt u de mogelijkheid om alvast vermogen over te hevelen naar een volgende generatie, zonder dat daar nu schenkbelasting over is verschuldigd. Dit kan er tevens voor zorgen dat er in de toekomst minder erfbelasting is verschuldigd door uw erfgenamen. Daarnaast zorgt u ervoor dat uw box 3-vermogen kleiner wordt, hetgeen voordelig kan zijn bij de vaststelling van de hoogte van de eigen bijdrage in een zorginstelling (AWBZ-bijdrage). De vrijstelling bedraagt maximaal

€100.000,-, echter bij elke schenking boven de normale vrijstellingen maakt u al gebruik van dit belastingvoordeel. De enige voorwaarde is dat de schenking wordt gebruikt voor de eigen woning.

Wij adviseren u graag over de mogelijkheden bij deze tijdelijke regeling.

Annick Schenkenberg van Mierop

Telefoon: +31 (0)26 365 55 68

E-mailadres: schenkenbergvanmierop@dirkzwager.nl

Het is niet aan een notaris om de rechtmatigheid van een vonnis te betwisten

X is door de kantonrechter bij vonnis veroordeeld tot betaling van achterstallige huurpenningen aan Y, welk vonnis uitvoerbaar bij voorraad is verklaard. Notaris N heeft vervolgens in opdracht van Y zijn medewerking verleend aan de voorgenomen executie van voornoemd vonnis door voorbereidingen te treffen tot openbare verkoop van de woning van X. De veiling die stond gepland, heeft niet plaatsgevonden. Het vonnis is in hoger beroep vernietigd. Thans is N door X aansprakelijk gesteld. X heeft gesteld dat N onrechtmatig heeft gehandeld door de opdracht tot veiling aan te nemen. Volgens X had het N aanstonds en zonder diepgaand onderzoek duidelijk moeten zijn dat het vonnis van de kantonrechter niet executabel was.

De kantonrechter heeft de vordering van X afgewezen en in verband hiermee het volgende overwogen. Artikel 21 Wna meldt dat de notaris verplicht is hem bij of krachtens de wet opgedragen of door een partij verlangde werkzaamheden te verrichten, maar de notaris moet zijn diensten weigeren wanneer de handeling in strijd is met het recht of de openbare orde; wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben, of wanneer de notaris een ongegronde reden heeft voor dienstweigering. In beginsel moet de notaris zijn ministerie verlenen indien hij een opdracht van een partij krijgt maar hij dient deze opdracht ook als zelfstandig openbaar ambtenaar zorgvuldig te beoordelen, waarbij van hem een kritische houding wordt verwacht. De notaris heeft met belangen van de opdrachtgever en de wederpartij te maken. De notaris heeft immers een eigen verantwoordelijkheid in die zin dat marginaal moet worden getoetst of voor zijn aan te nemen opdracht voldoende grond bestaat en dat betekent in dit geval niet dat het aan de notaris is om de rechtmatigheid van een vonnis ter discussie te stellen. De rechtmatigheid staat vast totdat een hogere rechter, dan wel dezelfde rechter na verzet, anders heeft beslist.

Ondanks het hoger beroep dat X had ingesteld, diende N uit te gaan van de juistheid van het vonnis van de kantonrechter zolang daarop nog niet was beslist. Hieruit volgt

dat N ervan uit diende te gaan dat X aan Y een bedrag was verschuldigd. De door X aangevoerde argumenten, te weten dat het vonnis feitelijke en juridische misslagen zou bevatten en de verkoop van de woning voor X een noodtoestand zou opleveren, leveren geen omstandigheden op waardoor N zijn verplichting tot uitvoering van de opdracht tot openbare verkoop moest weigeren. De aangevoerde bezwaren betreffen weliswaar gronden om de tenuitvoerlegging van het vonnis te schorsen, maar dat is voorbehouden aan een hogere rechter en staat niet ter beoordeling aan de notaris.

Nu X niet vrijwillig aan het vonnis van de kantonrechter wilde voldoen, was de aankondiging van de N openbare verkoop van het huis van X waarop reeds executoriaal beslag lag, een logische volgende stap. In het kader van de ministerieplicht is N na daartoe strekkende opdracht terecht overgegaan tot het treffen van voorbereidingen ten behoeve van de veiling.

Door: Anita van Wijk / Hanneke Meeuwissen / Ruben Berentsen

Ruben Berentsen

Telefoon: +31 (0)26 365 55 62

E-mailadres: berentsen@dirkzwager.nl

Deurwaarder kan beslag leggen op vermogen van erfgenamen nu zij de nalatenschap zuiver hebben aanvaard

Bij een zuivere aanvaarding van een nalatenschap bent u als erfgenaam ook verplicht de schulden van de nalatenschap uit uw eigen vermogen te voldoen. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Oost-Brabant oordeelde recentelijk in een dergelijke zaak die een deurwaarder had voorgelegd.

De casus

Mevrouw X heeft ten gunste van de bank een recht van hypotheek gevestigd in verband met een aan haar verstrekte geldlening. Enkele jaren later komt mevrouw te overlijden. De erfgenamen van mevrouw X hebben de nalatenschap, waaronder de schuld aan de bank, zuiver aanvaard. Uit de verkoopopbrengst van de woning en uit de overige baten van de nalatenschap kan niet de gehele schuld aan de bank betaald worden en er blijft een restschuld over van € 80.000,-. De bank geeft de deurwaarder opdracht om executoriaal beslag te leggen op het vermogen van de erfgenamen, omdat zij in gebreke blijven met de terugbetaling van de restschuld. De deurwaarder twijfelt of dit mogelijk is, omdat de wet in artikel 4:223 BW bepaalt dat een schuldeiser gedurende de vereffening van de nalatenschap alleen bevoegd is zijn vordering op de goederen der nalatenschap ten uitvoer te leggen.

Executoriale titel

De voorzieningenrechter oordeelt eerst dat een notariële akte, de hypotheekakte, executoriale kracht heeft. De bank wenst de hypotheekakte immers te gebruiken als executoriale titel om het restant van de geldlening te executeren.

Zuivere aanvaarding

De erfgenamen zijn mevrouw X opgevolgd in haar voor overgang vatbare rechten en in bezit en houderschap en worden van rechtswege schuldenaar van de schulden die niet teniet zijn gegaan bij haar overlijden. In dit geval zijn de erfgenamen schuldenaar geworden van de vordering die de bank heeft. Door de nalatenschap zuiver te aanvaarden, zijn de erfgenamen verplicht de schulden van de nalatenschap ten laste van hun eigen vermogen te voldoen. Er is door de zuivere aanvaarding geen sprake van

een vereffening en de beperking die de deurwaarder aanhaalde is hier niet van toepassing. De hypotheekakte levert een executoriale titel op en kan jegens de erfgenamen ten uitvoer worden gelegd.

Bart Lotgerink

Telefoon: +31 (0)24 381 27 37

E-mailadres: lotgerink@dirkzwager.nl

Pensioen

www.dirkzwagerpensioen.nl

Bruto en netto pensioenpremiestaffels: de tijd begint te dringen!

Het besef lijkt steeds meer te komen: werkgevers moeten met de pensioenregeling van hun medewerkers aan de slag. Op deze kennisportal is al een aantal keer een bijdrage verschenen over de fiscale beperking van de pensioenopbouw per 1 januari 2014 (en mogelijk ook per 1 januari 2015), waardoor regelingen waarbinnen momenteel fiscaal optimaal wordt opgebouwd, moeten worden aangepast. Dit is echter niet de enige aanpassing die aandacht verdient. Per 1 januari 2015 moeten alle bruto premiestaffels van beschikbare premieregelingen worden omgezet naar netto staffels.

Verschil bruto en netto premiestaffel

Pensioen mag niet ongelimiteerd worden opgebouwd. Om te voorkomen dat niet ook de pensioenaanspraak belast wordt, dient de pensioenopbouw binnen fiscaal maximale grenzen plaats te vinden. Daarvoor zijn zogenoemde premiestaffels ontwikkeld. In het verleden werd voor beschikbare premieregelingen veelal uitgegaan van een bruto premiestaffel. Daarin is rekening gehouden met 10% administratiekosten en 8% risicopremie voor premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid (PVA). Deze kosten worden dan uit de bruto premie betaald en wat resteert, wordt aangewend voor de opbouw van ouderdomspensioen. In de praktijk blijkt echter dat de administratiekosten en de risicopremie PVA lager zijn. Daardoor wordt er van de bruto premie voor de opbouw van ouderdomspensioen meer gebruikt dan fiscaal toegestaan. Dit is vanaf 1 januari 2015 niet langer toegestaan.

Bij een netto staffel zijn de betreffende inhoudingen er daarentegen al afgehaald, met een netto premie (die dus volledig wordt aangewend voor de opbouw van ouderdomspensioen) als resultaat. Vervolgens worden de werkelijke administratiekosten en de risicopremies aan de netto staffel toegevoegd. De totale fiscaal maximale premie kan dan lager komen te liggen.

Overgangsrecht

Het hierbij behorende fiscaal besluit van 20 december 2009 kende een overgangsregime van (circa) 5 jaar. Deze datum ligt dichterbij dan soms verondersteld wordt. Allereerst omdat een aantal werkgevers reeds voor het komende jaar een nieuwe

uitvoeringsovereenkomst met de pensioenuitvoerder moet sluiten (de uitvoeringsovereenkomst kent veelal een looptijd van vijf jaar). Daarnaast omdat werkgevers niet zomaar van de ene op de andere dag de premiestaffels kunnen aanpassen: in beginsel is instemming van de medewerkers vereist en (indien van toepassing) dient ook de OR hierin betrokken te worden. Dit traject kan enige tijd vergen en goed voorsorteren is hierbij van belang.

Arbeidsvoorwaarde pensioen

Het hiervoor genoemde wijzigingstraject kan enige tijd vergen, omdat een werkgever niet zomaar tot wijziging van de premiestaffel kan overgaan. Hoewel de fiscale regelgeving noopt tot een wijziging van de pensioenregeling, betekent dit nog niet dat de fiscale regels automatisch en dwingend doorwerken in de pensioenregeling. De werkgever is aan zet en zal met de medewerkers tot overeenstemming moeten komen over een wijziging van de pensioenregeling. Dit zal niet altijd zonder slag of stoot gaan. Waar een bruto staffel nu nog tot een hogere (en zelfs fiscaal bovenmatige) opbouw kan leiden voor het ouderdomspensioen (bijvoorbeeld omdat de uitvoeringskosten waarmee in de staffel rekening is gehouden feitelijk lager uitpakken), kan de netto staffel leiden tot een lagere opbouw voor het ouderdomspensioen en dus ook een lagere bijdrage vanuit de werkgever.

Kortom: de premiepercentages in de staffels – en daarmee dus ook de werkgeversbijdrage die daar veelal aan gerelateerd is – kunnen door de overgang naar een netto staffel lager uitpakken. Het zal de nodige overtuigingskracht en wellicht ook compenserende maatregelen verlangen, wil een medewerker met een dergelijke wijziging instemmen. Voor zover instemming geweigerd wordt, kan een werkgever uitsluitend tot (eenzijdige) wijziging van de pensioenregeling overgaan, indien voor de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang aanwezig is dat het belang van de medewerker naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient te wijken. Bij de toets aan dit zwaarwichtig belang kan instemming van de OR goed van pas komen.

Advies

In verband met de diverse fiscale ontwikkelingen is er sowieso geen ontkomen aan om de huidige pensioenregeling goed te laten beoordelen. Wordt er bijvoorbeeld fiscaal optimaal opgebouwd en wordt uitgegaan van een bruto of netto premiestaffel? Geen enkele werkgever wil geconfronteerd worden met een pensioenregeling die fiscaal niet toelaatbaar is en dus onzuiver is, dat is één ding dat zeker is.

Niet alleen een pensioenadviseur speelt in dit traject een belangrijke rol, maar ook een pensioenadvocaat. Steeds vaker trekken zij hierin gezamenlijk op, ook omdat de huidige rechtspraak – waarin onder andere wijzigingstrajecten ten tijde van de Wet VPL in 2005/2006 onder de loep worden genomen – leert dat pensioen steeds meer een juridische aangelegenheid wordt. Bij Dirkzwager kunt u vertrouwen op een efficiënt en goed doordacht wijzigingstraject, waarin de pensioenadvocaat en de pensioenadviseur tezamen op zoek zullen gaan naar een pensioenregeling die zowel draagvlak bij de werkgever als bij de medewerkers heeft.

Frederique Hoppers

Telefoon: +31 (0)24 381 31 26

E-mailadres: hoppers@dirkzwager.nl

Oud-werknemers gebonden aan wijziging pensioenovereenkomst

De Hoge Raad heeft op 6 september 2013 een belangrijk arrest gewezen over de werking van een eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst door de werkgever ten opzichte van oud-medewerkers c.q. pensioengerechtigden. Er is na het einde van de arbeidsovereenkomst geen sprake van een “uitgewerkte” rechtsverhouding tussen de werkgever en de oud-werknemers, aldus de Hoge Raad. Het onderwerp van de “uitgewerkte rechtsverhouding” houdt de gemoederen al lange tijd bezig, zowel bij wijziging van de pensioenregeling als bij andere wijzigingen, zoals die op het terrein van de bijdrage in de ziektekostenverzekering na invoering van de Zorgverzekeringswet. De rechtspraak en literatuur geven tot nu toe geen eenduidig beeld. Hierin is (in ieder geval ten aanzien van pensioen) verandering gekomen door het arrest van de Hoge Raad.

Indien sprake is van pensioenaanspraken brengt het einde van de arbeidsovereenkomst nog niet mee, dat de rechtsverhouding tussen de betrokken partijen als “uitgewerkt” moet worden aangemerkt. In dat geval wordt die rechtsverhouding, zij het met gewijzigde hoedanigheid van de partijen, voortgezet in de pensioenovereenkomst. Nu het in dit geding erom gaat wat in de aldus voortgezette rechtsverhouding geldt, valt niet in te zien waarom de enkele omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst is geëindigd, zou moeten meebrengen dat de aanspraak op indexatie in de pensioenfase onaantastbaar zou zijn.

Of – en zo ja, in hoeverre – die aanspraak kan worden aangetast, is afhankelijk van de wet en de regels die de uitvoering van de pensioenovereenkomst beheersen alsmede van de inhoud van die overeenkomst.

Hoe luidt de casus?

De vereniging van oud-medewerkers ECN & NRG (OMEN) had de Stichting Energieonderzoek Centrum Nederland en twee daaraan gelieerde partijen (samen ECN) gedagvaard om door de rechter te laten vaststellen, dat zij niet bevoegd waren de pensioenregeling eenzijdig te wijzigen voor de oud-medewerkers, die op 1 januari

2007 niet meer in dienst waren. De oude pensioenregels (dat wil zeggen een gegarandeerde indexatie) zouden vanaf die datum op hen toegepast moeten blijven worden.

De rechtbank wees deze vorderingen af. Het hof oordeelde dat ECN bevoegd was tot eenzijdige wijziging op grondslag van het criterium van artikel 19 Pensioenwet. Het hof oordeelde vervolgens dat bij ECN een voldoende zwaarwichtig belang ontbreekt ten opzichte van de groep oud-medewerkers om de indexatie vanaf 1 januari 2007 te wijzigen in een voorwaardelijke aanspraak (in plaats van voorheen een onvoorwaardelijke).

Beide partijen stelden beroep in cassatie in. In het incidentele cassatieberoep van OMEN oordeelt de Hoge Raad, zoals hierboven aangegeven. Uitgangspunt is de contractuele bevoegdheid van ECN in artikel 18 pensioenreglementen (die van 1990 en 1999), dat de werkgever de pensioenregeling eenzijdig kan wijzigen of intrekken na overleg met de betrokken werknemers. Gebruikmaking van deze bevoegdheid is in beginsel geoorloofd en niet afhankelijk van de afweging van artikel 19 Pensioenwet, aldus de Hoge Raad in het incidentele cassatiebewijs van ECN. Omdat tot de wijziging besloten werd in 2006, met invoeringsdatum 1 januari 2007, geldt nog de Pensioen- en spaarfondsenwet en niet de Pensioenwet (die op 1 januari 2007 van kracht werd). Beperking van deze contractuele bevoegdheid tot eenzijdige wijziging is alleen aan de orde indien sprake is van misbruik van bevoegdheid (artikel 3:13 BW), of indien het uitoefenen hiervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (artikel 6:248 lid 2 BW).

Van belang is dat onder het regiem van de PSW niet een vergelijkbare bepaling gold als artikel 19 Pensioenwet, met toetsing aan het hiervoor genoemde zwaarwichtig belang aan de zijde van de werkgever.

De Hoge Raad verwijst verdere behandeling van het geschil naar een ander gerechtshof (Den Haag). Hierover zullen we te zijner tijd nog wel horen, hoewel het principiële geschil door de Hoge Raad beslist is. Er moet alleen nog geoordeeld worden of de gebruikmaking van de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid door ECN ingeperkt wordt door misbruik van bevoegdheid en/of de onaanvaardbaarheidstoets.

Reactie 1: Positief

De uitspraak van de Hoge Raad is verheugend. Ik ben het hiermee eens. Belangrijk is dat een duidelijk oordeel gegeven wordt door onze hoogste rechter over de gebon-

denheid van ex-werknemers en pensioengerechtigden aan een gewijzigde of nieuwe pensioenregeling. In het voorontwerp van de Wet herziening FTK (zie mijn bijdrage op deze portal van 4 september 2013) wordt een nieuw artikel 19a Pensioenwet voorgesteld, dat overeenkomt met de hier behandelde uitspraak van de Hoge Raad. Het onderwerp speelt een belangrijke bij de invaarproblematiek, namelijk de mogelijkheid voor pensioenuitvoerders om opgebouwde aanspraken en rechten (volgens het uitkeringscontract) collectief in te varen in het systeem van reële ambitie. Naast de invoering van artikel 19a Pensioenwet wordt artikel 83 Pensioenwet gewijzigd, om een en ander juridisch te faciliteren.

Reactie 2: Wat valt onder de opgebouwde pensioenaanspraak?

Opmerkelijk is dat de Hoge Raad niet ingaat op een belangrijk aspect dat de advocaat-generaal (Timmerman) noemt. In artikel 1 Pensioenwet wordt gedefinieerd wat verstaan moet worden onder het begrip "pensioenaanspraak", namelijk het recht op een nog niet ingegaan pensioen, uitgezonderd overeengekomen voorwaardelijke toeslagverlening. Vraag is of overeengekomen onvoorwaardelijke toeslagverlening in toekomstige jaren steeds tot de opgebouwde pensioenaanspraak van artikel 20 Pensioenwet behoort. Zo ja, dan kunnen toekomstige onvoorwaardelijke toeslagen (indexeringen) niet aangetast worden in geval van eenzijdige wijziging door de werkgever op grond van artikel 19 Pensioenwet. De aanspraak op toekomstige onvoorwaardelijke indexering blijft dan voortbestaan.

De advocaat-generaal bespreekt wanneer sprake is van een overeengekomen onvoorwaardelijke toeslagverlening. Hij stelt dat naast de formulering van de bepaling ook de achterliggende financiering relevant is. Indien hieruit afgeleid moet worden dat sprake is van een onvoorwaardelijk toegezegde indexering, dan verbiedt artikel 20 Pensioenwet, dat deze aanspraak eenzijdig door de werkgever gewijzigd wordt op grond van een zwaarwichtig belang van de werkgever. Hierover gaat een belangrijke uitspraak van het gerechtshof Amsterdam van 12 juni 2012 (de zogenaamde Delta Lloyd uitspraak). Door beide procespartijen is cassatieberoep ingesteld. De uitspraak van de Hoge Raad moet worden afgewacht. Hierover wordt u te zijner tijd geïnformeerd via deze portal.

In de onderhavige zaak gaat de Hoge Raad aan deze door de advocaat-generaal aangestipte problematiek geheel voorbij, naar ik begrijp omdat de PSW en niet de Pensioenwet toegepast moet worden. De artikelen 19 en 20 Pensioenwet, althans bepalingen van gelijke strekking, ontbraken in de tot 2007 geldende PSW. In de

literatuur is omstreden of onder de PSW aantasting van opgebouwde pensioenaanspraken (on)mogelijk was.

Henk Hoving

Telefoon: +31 (0)24 381 31 26

E-mailadres: hoving@dirkzwager.nl

WNT norm woningcorporaties onrechtmatig

Op woensdag 30 oktober 2013 heeft de rechtbank Den Haag de Regeling houdende vaststelling van de indeling van woningcorporaties in klassen met daarbij horende bezoldigingsmaxima ten aanzien van topfunctionarissen buiten werking gesteld. Eisers waren onder andere de verenigingen van toezichthouders in en bestuurders van woningcorporaties.

De bedoelde Regeling werd door minister Blok (van Wonen en Rijksdienst) op 26 november 2012 vastgesteld. Zie mijn bijdrage op deze kennispagina van 4 december 2012. Het gaat om een nadere (lees: strengere) beloningsregeling voor topfunctionarissen van toegelaten instellingen krachtens artikel 70 Woningwet (kortweg woningcorporaties). De maximale bezoldiging wordt in deze Regeling uitsluitend gekoppeld aan het aantal woongelegenheden, in acht klassen.

Ministeriële bevoegdheid

Op grond van de artikelen 2.6 lid 1 en 2.9 lid 2 WNT kan de minister die het aangaat een lager bezoldigingsmaximum vaststellen. Bij de indeling in klassen van bepaalde rechtspersonen of instellingen (bijvoorbeeld woningcorporaties en zorginstellingen) moet de minister criteria vaststellen die ondermeer betrekking hebben op de omvang (artikel 2.7 lid 1).

Bij het vaststellen van strengere normbedragen moet de minister rekening houden met (artikel 2.9 lid 2):

de bezoldiging voor vergelijkbare functies bij overheden;
de bezoldiging in relevante andere sectoren van de arbeidsmarkt;
de verhouding met de bezoldiging van het overige personeel binnen de betreffende rechtspersonen en instellingen;
maatschappelijke opvattingen over de hoogte.

Oordeel rechtbank

De rechtbank oordeelt dat minister Blok de artikelen 2.7 lid 1 en 2.9 lid 2 WNT, in samenhang bezien, niet correct heeft toegepast.

De Regeling voldoet niet aan het materiële zorgvuldigheidsbeginsel. Hiermee bedoelt de rechtbank

- het beginsel van de minste pijn;
- het evenredigheidsbeginsel;
- het beginsel van gelijkheid voor openbare lasten (de Regeling mag niet tot een onevenredig zware last voor sommige getroffenen ten opzichte van anderen leiden);
- het beginsel van een fair balance (van artikel 1 EP EVRM).

Motiveringsgebrek

Een adequate motivering ontbreekt. Niet wordt duidelijk gemaakt waarom bij de vaststelling van de bedragen geen rekening gehouden is met de factoren van artikel 2.9 lid 2 WNT in het licht van de taken en verantwoordelijkheden van topfunctionarissen van woningcorporaties.

Verder mogen de gekozen factoren niet leiden tot een onevenredige benadeling van topfunctionarissen die door de Regeling worden geraakt. De conclusie van de rechtbank is dat minister Blok met de Regeling verder heeft ingegrepen dan nodig, althans dat topfunctionarissen van woningcorporaties onevenredig worden getroffen door de Regeling, zowel topfunctionarissen als onderdeel van de sector als geheel, als topfunctionarissen van sommige woningcorporaties ten opzichte van die van anderen.

Huiswerk overdoen

Minister Blok moet dus opnieuw, ditmaal aan de hand van de criteria van de artikelen 2.7 lid 1 en 2.9 lid 2 WNT nadere regels vaststellen. Het ligt voor de hand dat de minister ditmaal kiest om met de sector om tafel te gaan, hoewel hij hiertoe niet wettelijk verplicht is.

Commentaar

Naar mijn mening heeft de rechtbank de minister terecht op de vingers getikt, voor het "blok" gezet. De Regeling voor woningcorporaties is teveel haastwerk geweest, de minister moet zijn huiswerk overdoen. Een zorgvuldige voorbereiding van een ministerieel besluit, binnen de kaders van de formele wetgeving (WNT) en de verplichtingen die gelden op grond van verdragen, is essentieel in de rechtstaat. Dit geldt met name indien ingegrepen wordt in de contractsvrijheid tussen private partijen, en nog in versterkte mate indien inbreuk gemaakt wordt op het eigendomsrecht van artikel 1 EP EVRM. Deze juridische waarborgen gelden ook in de context van politieke besluitvorming met een groot maatschappelijk draagvlak.

Kortom, de uitspraak van de rechtbank Den Haag getuigt van onafhankelijkheid van de rechtsprekende macht ten opzichte van de wetgevende en uitvoerende machten.

Gelukkig waakt de rechtsprekende macht voor fundamentele rechtsbeginselen. Al met al een moedige, maar vooral ook terechte uitspraak.

De verwachting is dat minister Blok hoger beroep zal aantekenen, naar mijn verwachting zonder succes.

Ook in andere sectoren, bijvoorbeeld in de zorg, kan de minister een scherpere bezoldigingsnorm voor topfunctionarissen vaststellen. Ook dan gelden dezelfde wettelijke vereisten van de artikelen 2.6 lid 1 en 2.9 lid 2 WNT en verder die van artikel 1 EP EVRM.

Henk Hoving

Telefoon: +31 (0)24 381 31 26

E-mailadres: hoving@dirkzwager.nl

Afkoop stamrecht 2014: update

Op 18 oktober 2013 heeft het kabinet geantwoord aan de Tweede Kamer (nota naar aanleiding van het Verslag Belastingplan 2014), dat de werkgever de ontslagvergoeding vóór 15 november 2013 moet hebben overgemaakt aan de stamrecht B.V. of andere uitvoerder (bank of verzekeraar).

Dit wil zeggen dat gebruikmaking van de eenmalige 80%-regeling in 2014 alleen mogelijk is indien sprake is van op 31 december 2013 bestaande aanspraken, die voor 15 november 2013 daadwerkelijk gestort zijn, als financiering van het betreffende recht op periodieke uitkeringen (stamrecht).

Verder is voor de kwalificatie van een bestaande aanspraak van belang of de aanspraak op 31 december 2013 voldoende bepaald is en aan de wettelijke voorwaarden voor de toepassing van artikel 11 lid 1, onderdeel g Wet op de loonbelasting 1964 voldoet. De datum waarop het ontslag plaatsvindt is derhalve niet de beslissende factor. Hieraan voegt het kabinet toe dat in het algemeen pas zal worden overgegaan tot de toekenning van een aanspraak op periodieke uitkeringen ter vervanging van gederfd of te derven loon (stamrecht), als het ontslag vaststaat. Op dat moment zal in beginsel ook de storting van de koopsom plaatsvinden, maar dat kan ook voor of na de vaststaande ontslagdatum. Er kan desondanks sprake zijn van onduidelijkheid over de fiscale behandeling. Stel dat de ontslagdatum gelegen is in 2014, maar de beëindigingsvergoeding, als storting op het stamrecht, daadwerkelijk betaald wordt in 2013. Niet uitgesloten is dat het kabinet nadere regels zal vaststellen dat de bedoelde formele ontslagdatum in 2014 niet later mag vallen dan rekening houdend met de feitelijke ontslagdatum (bijvoorbeeld de datum waarop de vaststellingsovereenkomst getekend is) en de vanaf dat moment geldende opzegtermijn.

Om fiscale risico's te voorkomen verdient het aanbeveling om uitdrukkelijke instemming van de Belastingdienst te vragen over de toepassing van de stamrechtvrijstelling indien de formele ontslagdatum in 2014 ligt en de betaling in 2013 plaatsvindt.

Afspraken over ontslag en de aanwending van een beëindigingsvergoeding zijn maatwerk, waarvoor de specialisten van de sectie arbeidsrecht van Dirkzwager de gespecialiseerde kennis in huis hebben.

Henk Hoving

Telefoon: +31 (0)24 381 31 26

E-mailadres: hoving@dirkzwager.nl

Storting stamrecht 2014: update

De stamrechtvrijstelling geldt ook nog gedurende de eerste zes maanden van 2014, indien het ontslag aangezegd is vóór 1 januari 2014 en binnen korte termijn (uiterlijk eind juni 2014) wordt uitgevoerd. De betaling van de ontslagvergoeding, als storting op een door de werknemer bedongen stamrecht, kan in die situatie ook nog in 2014 (eerste halfjaar) plaatsvinden.

Dit schrijft Staatssecretaris Weekers op 8 november 2013 als antwoord op Kamervragen over het wetsvoorstel Belastingplan 2014.

Natuurlijk moet ook voldaan worden aan de overige stamrechtvoorwaarden, die ik hieronder kort langs loop.

Ten eerste moeten de aard en omvang van de vrijgestelde stamrechtenaanspraak op 31 december 2013 voldoende bepaald zijn. Dit wil zeggen dat uiterlijk op 31 december 2013 een stamrechtovereenkomst getekend moet zijn. Hieruit moet blijken dat de werkgever aan zijn werknemer een aanspraak toekent op periodieke uitkeringen ter vervanging van gederfd of te derven loon. De periodieke uitkeringen mogen niet later ingaan dan in het jaar waarin de werknemer de pensioengerechtigde leeftijd bereikt.

Ten tweede moet uit de stamrechtovereenkomst blijken dat het bedrag ter financiering van de aanspraak bij een in de wet aangewezen aanbieder wordt ondergebracht.

Ten derde moet op 31 december 2013 de ontslagdatum vaststaan.

Wordt aan deze drie voorwaarden voldaan, dan geldt het overgangsrecht voor de stamrechtvrijstelling, met een uiterste betaling van de ontslagvergoeding als storting op het bedongen stamrecht op 30 juni 2014.

80%-regeling in 2014

In 2014 bestaat eenmalig de mogelijkheid om op 31 december 2013 bestaande aanspraken, die vóór 15 november 2013 daadwerkelijk gestort zijn, af te kopen met gebruikmaking van de 80%-regeling. Dit wil zeggen dat slechts 80% van de uitkering in de belastingheffing wordt betrokken. Kortom, 20% van de uitkering wordt in 2014 niet belast.

Mochten er opnieuw relevante ontwikkelingen zijn over de afschaffing van de stemrechtvrijstelling en het overgangsrecht, dan houden wij u hiervan op de hoogte via deze kennispagina. Tevens wordt verwezen naar de eerdere bijdragen over dit onderwerp op deze kennispagina (die van 1 en 25 oktober 2013).

Henk Hoving

Telefoon: +31 (0)24 381 31 26

E-mailadres: hoving@dirkzwager.nl

Legal Knowledge Portal

www.legalknowledgeportal.com

Spain: Limit of cash payments foreseen by article 7 of the law 7/2012 has entered into force

On October 31st, 2012, Law 7/2012 entered into effect, modifying the Spanish tax and budget legislation and adapting the financial regulation to boost the actions designed to prevent and fight against frauds (“anti-fraud law”).

The anti-fraud law contains many novelties, such as the obligation to declare assets abroad, modifications of the general regime of tax liability, modifications of the law on VAT, of article 108 of the Spanish Securities Market law, etc.

Among all the measures to fight vs. fraud, the limit of €2,500 for payments in cash is undoubtedly the one that has been most remarked by the public opinion.

A) Scope of application:

Paragraph 1 of article 7 of the anti-fraud Law writes *“a transaction where one of the parties intervenes as a professional or a business owner can't be paid in cash if the amount equals or exceeds €2,500 or its counter value in a foreign currency”*. It then reads that *“Nevertheless, this limit will be €15,000 or its counter value in a foreign currency when the payer is an individual and proves he/she is a non-resident individual in Spain.”*

As regards the term “cash”, the Law specifies it means: (1), bank notes and coins, national or foreign, (2) checks to the bearer, and (3) any other physical means, such as electronic ones, designed to be used as bearer instruments.

In order to calculate the limits stipulated before, the amounts of all the operations or payments for goods or service rendering that could have been made in installments will be added up.

Payments and deposits to credit institutions are excluded.

B) Proof:

The burden of proof to fulfill this limitation falls on the intervening parties in the operations that, because of the amount, can't be paid in cash. The latter must keep hold of the proof that it was made with a means of payment different from cash for 5 years.

C) Offence:

Failure to fulfill this limiting measure will imply a serious regulatory infringement. Both payers and receivers of complete or partial amounts will be considered as infringers, and they will be jointly and severally liable of the committed infringement and of the penalty.

D) Penalty:

This serious regulatory infringement is sanctioned by a proportional fine of 25% of the amount paid in cash for operations adding up to, or exceeding €2,500 (or €15,000 or its counter value in a foreign currency if the payer is a non-resident individual).

E) Exemption for reporting:

The anti-fraud law foresees an exemption of liability for the one who is party in the transaction, if he/she reports the other party before the Tax Authorities (www.aeat.es), within 3 months counting from the payment.

The Tax Authorities, with their usual agility, have already implemented an online reporting service that can be entered by clicking on the following link: https://www.agenciatributaria.gob.es/AEAT.sede/Inicio/Procedimientos_y_Servicios/Otros_servicios/Denuncia_de_pagos_en_efectivo/Denuncia_de_pagos_en_efectivo/Tramites/Tramites.shtml

F) Statute of limitations of the infringement and the penalty:

The infringement will become statute barred after 5 years, starting from the day the infringement occurs.

The penalty derived from infringing will become statute barred after 5 years, starting from the day after the resolution imposing the sanction is enforceable.

G) Coming into effect:

This regulation has entered into force and is applicable to payments in cash since November, 19th, 2012.

Álvaro Marco Asencio

Spain

Adarve Abogados

Email: adarve@legalknowledgeportal.com

www.legalknowledgeportal.com

Portuguese special tax regime for non-habitual residents, perhaps the best tax choice

In 2009 the Portuguese Government approved a special tax scheme for non-habitual residents, aiming to attract international talent in high value added activities and wealthy individual and their families to the country. With recent improvements to this regime, it has now been rated one of the most attractive in Europe.

Under this system non habitual residents will be exempt from tax on: (i) salaries; (ii) pensions; (iii) business and professional income relating to high value added services of a scientific, artistic or technical nature; (iv) income from intellectual or industrial property or from industrial, commercial or scientific information; (v) rental income; (vi) investment income and (vii) capital gains, provided that such income has a non Portuguese source and could have been taxed^[1] under an existing Double Tax Treaty or, if no such treaty with the concerned jurisdiction exists, under the rules of the OECD Model Tax Convention (black listed jurisdictions excluded).

But if the income has its source in Portugal, non-habitual residents are then entitled to a flat rate of 20% on employment, self-employment and business and professional income, relating to high value added services as mentioned above.

To qualify for non-habitual resident status individuals shall: (i) have remained in the country for a continuous or intermittent period of more than 183 days in the relevant fiscal year, or if they have spent less time shall have a dwelling in Portugal at 31 December of such year, which they intend to use as their habitual residence; (ii) have not been taxed as a resident in Portugal in the five years prior to that qualification; (iii) apply for the non-habitual resident condition when obtaining a tax identification number or until 31 March following to the relevant fiscal year.

The status is granted for a renewable period of 10 consecutive years. If during this term qualified individuals cease to use the scheme for some time, they do not lose the right to use it in the remaining period.

At its origin the non-habitual residents tax regime was designed mainly as an incentive to R&D activities and new technologies and to the return of highly qualified Portuguese nationals domiciled abroad, but because the Portuguese general tax system offers other interesting tax planning opportunities (no inheritance and gift tax[2] and no wealth tax) it is becoming increasingly popular among high net worth and wealthy individuals and families alike in and outside Europe.

António Alfaia de Carvalho

Portugal

Carvalho Matias & Associados

Email: carvalho-matias@legalknowledgeportal.com

www.legalknowledgeportal.com

Data privacy and protection law in India: understanding the regime

Right to privacy has long been read into Article 21 (right to life and personal liberty) of the Constitution of India. However, with the proliferating use of the internet and the exorbitant rise in transfer of data through multiple technologies, the concepts of ‘data privacy’ and ‘data protection’ have started demanding greater attention than ever before. Therefore, such concepts were introduced in the Information Technology Act, 2000 (Act) through Section 43-A (Compensation for failure to protect data) and Section 72-A (Punishment for disclosure of information in breach of lawful contract).

Section 43-A primarily deals with compensation for negligence in implementing and maintaining reasonable security practices and procedures in relation to sensitive personal data or information (“SPDI”). Section 72-A deals with personal information and provides punishment for disclosure of information in breach of lawful contract or without the information provider’s consent.

On 13 April 2011, the Ministry of Communications and Information Technology (MCIT), Government of India, notified the Information Technology (Reasonable Security Practices and Procedures and Sensitive Personal Data or Information) Rules, 2011 (Rules). Further, on 24 August 2011, the MCIT released a press note (Press Note) which clarified a number of provisions of the Rules. Amongst others, the Press Note clarified that the Rules relate to SPDI and are applicable to body corporate (i.e. organisation) or any person located in India. The Press Note exempts outsourcing companies in India from the provisions of collection and disclosure, as set out under the Rules.

Essentially, SPDI consists of the following:

- Passwords;
- Financial information such as bank account or credit card or debit card or other payment instrument details;
- Physical, physiological and mental health condition;
- Sexual orientation;
- Medical records and history;
- Biometric information.

Section 43-A of the Act defines 'reasonable security practices and procedures' to mean security practices and procedures designed to protect such information from unauthorised access, damage, use, modification, disclosure or impairment, as may be specified in an agreement between the parties or as may be specified in any law for the time being in force...

In light of the above, the Rules now stipulate that the requirement of 'Reasonable Security Practices and Procedures' will be satisfied if a body corporate has implemented such security practices and standards and have comprehensive documented information security programmes and policies that are commensurate with the information assets being protected.

The Rules also set out that International Standards (IS / ISO / IEC 27001) is one such standard (Standards) which could be implemented by a body corporate. If any industry association, etc are following standards other than IS / ISO / IEC 27001 for data protection, they need to get their codes (Codes) approved and notified by the Central Government.

The Rules state that the bodies corporate who have implemented the Standards or Codes need to get the same certified or audited by independent auditors approved by the Central Government. The audit is required to be carried out by the auditor at least once a year or as and when there is a significant upgradation of processes and computer resources.

The Rules provide that a body corporate should obtain prior consent from the information provider regarding purpose of usage of the SPDI. The information should be collected only if required for a lawful purpose connected with functioning of the body corporate and if collection of such information is necessary.

The body corporate is required to take reasonable steps to ensure that the information provider knows that the information is being collected, the purpose of collecting such information, the intended recipients and the name and address of the agency collecting and retaining the information. The information should be used only for the purpose for which it is collected and should not be retained for a longer period than is required.

The Rules further provide that a body corporate is required to permit the information provider to review / amend the SPDI and give an option to withdraw consent at any time, in relation to the information so provided. In case of withdrawal of consent, the

body corporate has the option not to provide the goods or services for which the concerned information was sought.

The Rules give a body corporate the liberty to transfer SPDI to those body corporate(s), located anywhere, who ensure(s) the same / equal level of data protection that is adhered to by the body corporate as per the Rules. However, the transfer may be permitted only if the same is necessary for the performance of lawful contract between the body corporate and information provider or where such information provider has consented to the transfer.

Apart from applicable legal obligations or information sought by Government agencies, a body corporate is required to obtain permission from the information provider prior to disclosure of such information to a third party, unless such disclosure has been agreed to in a contract between the parties.

The Rules require that a body corporate handling SPDI shall provide a privacy policy. Such privacy policy shall contain the prescribed details such as type of information collected, purpose for collection of information, disclosure policy, security practices and procedures followed, etc. The privacy policy is required to be made available to information providers and is required to be clearly published on website of the body corporate.

According to the Rules, a body corporate is required to designate a Grievance Officer to address grievances of its information providers and should publish the name and contact details of such Grievance Officer on its website. The Grievance Officer is required to redress the grievances within one month.

Undoubtedly, the concept of data privacy and protection is at a nascent stage in India. Framers of the Rules have attempted to adopt ideas from jurisdictions which have long standing and mature data protection regulations. These Rules are only therefore a first step. Stringent implementation of the law and healthy development of the data privacy and protection jurisprudence in the long run is what one needs to watch out for.

Supratim Chakraborty

India

Khaitan & Co

Email: khaitan@legalknowledgeportal.com

www.legalknowledgeportal.com

California PUC Adopts First in Nation Energy Storage Requirement

In a decision unprecedented in the United States, on October 17, 2013 the California Public Utilities Commission (CPUC) voted unanimously to adopt an energy storage requirement for the state's investor-owned utilities. The decision in Rulemaking 10-12-007 implements the goals of California Assembly Bill 2514 which required the CPUC to determine appropriate targets and deadlines for California load serving entities to procure viable and cost effective energy storage systems. Since passage of this legislation in 2010, the CPUC has worked to develop a framework for policies and guidelines pertaining to energy storage including consideration of various energy storage technologies and their applicability to various end uses along the "value chain" of generation, transmission, distribution, and behind-the-meter. The decision requires regulated entities to acquire 200 MW of energy storage capability by 2014 and a total of 1.325 GW of energy storage by 2020. The CPUC identified the objectives of this requirement as promoting grid optimization, integration of renewable energy, and reduction of greenhouse gas emissions.

For years, energy storage has been discussed as a possible solution to the challenges presented by the variability of renewable resources such as wind and solar power. For example, energy storage would allow wind energy generated at night during low load periods to be stored and "time-shifted" to higher load periods during the day. This capability essentially makes such variable, intermittent resources dispatchable and more amenable to incorporation into utilities' resource plans. However, while some energy storage technologies such as pumped hydro are mature and well known, other technologies, including various thermal, chemical, and mechanical systems, are still developing and generally remain more expensive as compared to other energy options. This latter challenge has been compounded recently by the low cost of natural gas and the ability to regulate or supplement variable resources with cost-effective natural gas-fired generation.

Industry stakeholders have been monitoring developments in California since passage of AB 2514. Now, with the adoption of this first-in-the-nation energy storage requirement

paired with what are arguably aggressive targets and procurement deadlines, the question is: Will other states follow suit? The National Association of Regulatory Utility Commissioners has been considering this issue and various state regulatory commissions around the country have undertaken their own investigations into energy storage technologies. While the CPUC's decision does not immediately solve the challenges associated with the state of energy storage technology or its costs, the California experience in the coming years may be instructive as to what is feasible from both a regulatory standpoint and from the perspective of effective integration of energy storage resources into the grid. Utilities, regulators, and energy storage technology vendors will likely be watching with great interest as this unprecedented experiment unfolds.

USLAW

Lewis Roca Rothgerber

United States of America

uslaw@legalknowledgeportal.com

www.legalknowledgeportal.com

Opinions on Further Strengthening Quality Safety of Infant Milk Formula Products

On June 16, 2013, the Opinions on Further Strengthening the Quality Safety of Infant Milk Formula Products (the “Opinions”) were jointly issued by the China Food and Drug Administration, the Ministry of Industry and Information Technology, the Ministry of Public Security, the Ministry of Agriculture, the Ministry of Commerce, the National Health and Family Planning Commission, the General Administration of Customs, the State Administration for Industry and Commerce and the General Administration of Quality Supervision, Inspection and Quarantine.

The Opinions aim at improving the quality of infant milk formula products through a more strict supervision scheme. According to the Opinions, infant milk formula products are to be administered in strict accordance with the administrative measures for drugs. The Good Manufacturing Practices for Powdered Milk Formula for Infants and Young Children (GB23790-2010) shall be comprehensively implemented.

Secondly, the enterprises involved are required to take primary responsibility:

- infant milk formula producers must have their own milk sources, which ensures the quality of the raw materials and ingredients;
- exporters or their agencies responsible for the export of infant milk formula products to China shall be recorded accordingly at Chinese customs or relevant quality control departments;
- Importers must ensure the formula is compliant with the applicable national standards. Moreover, they are required to provide a quality exam report of the imported infant milk formula products and keep their import and sale activities on the record.

Finally, relevant authorities should strengthen their supervision over the producing enterprises, the import procedures and the qualification of the infant milk formula product suppliers.

Consumers and the media are supported to assist in the quality supervision.

HIL International Lawyers & Advisers

China

Email: hil@legalknowledgeportal.com

www.legalknowledgeportal.com

Maak kennis met **Dirkzwager**
advocaten & notarissen

Advocatuur Arnhem

Postbus 3045
6802 DA Arnhem
Kantoor Velperpoort
Velperweg 1
6824 BZ Arnhem
T +31 (0)26 353 83 00
F +31 (0)26 351 07 93

Notariaat Arnhem

Postbus 111
6800 AC Arnhem
Kantoor Velperpoort
Velperweg 1
6824 BZ Arnhem
T +31 (0)26 365 55 55
F +31 (0)26 365 55 00

Advocatuur Nijmegen

Postbus 55
6500 AB Nijmegen
Kantoor Stella Maris
Van Schaeck Mathonsingel 4
6512 AN Nijmegen
T +31 (0)24 381 31 31
F +31 (0)24 322 20 74

Notariaat Nijmegen

Postbus 1104
6501 BC Nijmegen
Kantoor Stella Maris
Van Schaeck Mathonsingel 4
6512 AN Nijmegen
T +31 (0)24 381 27 27
F +31 (0)24 324 07 26

E info@dirkzwager.nl

I www.dirkzwager.nl