

Maak kennis met

**Het beste van
Dirkzwager in 2012**

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 en de internationale kennispagina www.legalknowledgeportal.com.

Zo hebben de juridische specialisten van Dirkwager in 2012 meer dan 1.000 digitale artikelen gepubliceerd en deze zijn goed voor bijna 1.000.000 pageviews op onze sites. Een resultaat waar wij trots op zijn en daar laten wij u graag van meegenieten.

In deze bundel vindt u de in 2012 vijf best gelezen juridische artikelen per kennispagina. Voor zo ver u die nog niet eerder heeft kunnen lezen, overzichtelijk per juridisch specialisme gebundeld.

Wij wensen u veel leesplezier.

Dirkwager zorgt dat u het weet.

Inhoud

Inleiding	1
Aansprakelijkheid schade & verzekering	
Kabel- en leidingschade, boetes en aansprakelijkheden nav de 'grondroedersregeling' (WION)	5
Aansprakelijkheid makelaar jegens derden: zelfstandige controleplicht, beroep op exonerie	8
Burn-out schending zorgplicht door werkgever (artikel 7:658 lid 2 BW)	11
Bewijsproblematiek verzekeraar bij fraudeleuze melding autodiefstal	13
De aansprakelijkheid van de onderaannemer jegens de opdrachtgever 1/2	16
Arbeidsrecht	
De loonsanctie en het UWV	21
Twitter niet onder bereik relatiebeding	25
Uitbetalen vakantiedagen bij einde dienstverband.	27
Deelakkoord PvdA een VVD	30
Regeerakkoord: Bruggen slaan in het arbeidsrecht (?)	32
Gezondheidszorg	
Orthopedisch chirurg niet gebonden aan non-concurrentiebeding	37
Het beroepsgeheim van de huisarts onder druk?	41
Zorgverleners niet tuchtrechtelijk aansprakelijk voor softwarefouten	47
Hof: ontoelaatbare beperking van de toegang tot niet-gecontracteerde zorgaanbieders door CZ	50
Verplichting tot overdracht van honorariumomzetplafond	52
Intellectuele Eigendom en IT-recht	
Merken, handelsnamen, domeinnamen: wat bieden ze u?	55
Nieuwe wetgeving e-commerce op komst: Consument krijgt 14 dagen bedenktijd	56
De ingebrekestelling: waarom moet u hem versturen en wat moet daarin staan?	59
Waarom de cookiewet zou moeten worden afgezwakt en de privacywet zou moeten worden aangescherpt.	62
Mislukte SAP-implementatie: Budgetoverschrijding van 16 miljoen dollar geen tekortkoming	65
Ondernemingsrecht	
Tegenstrijdig belang	71
NMA richt haar pijlen ook op het MKB	73
Aansprakelijkheid voor besmetting met rhinovirus	75
Flex-weetje Vaststellen jaarrekening en kwijting/décharge	76
Dividenduitkering	78
Overheid	
Planschade en het normale maatschappelijk risico in art. 6.2 Wro: planschade niet voorzienbaar maar wel in de lijn der verwachtingen	83
Dijkverschuiving Wilnis	86
Overheid en contractsvrijheid: Hoge Raad over het voorbehoud 'goedkeuring college'	89
Ná alcateltermijn en contractering kort geding en ontbinding overeenkomst	92
Kan verhuurder de huurovereenkomst met een failliete huurder opzeggen in geval van een mogelijke doorstart?	96
Particulier	
De particuliere koper op de executieveiling	101
Afzullegaat	107
Uitspraak Rechtbank Breda 13 juli 2012 over bedrijfsopvolgingsfaciliteit	108
Kinderalimentatie en faillissement	110
De voordelen van papieren schenkingen	111
Pensioen	
Vrijstelling verplichte deelneming bedrijfstakpensioenfonds vanwege eigen pensioenregeling	115
Regeerakkoord: bruggen slaan op terrein Pensioen	118
Verplicht crisisplan pensioenfondsen	120
Overnemen betalingen pensioenpremies door UWV na faillissement	123
Werk aan de winkel voor pensioenuitvoerders in communicatie-uitingen	126
Vastgoed	
Verhuurder verkrijgt grond door verjaring	131
Gemeente mag permanente bewoning recreatiewoning regelen	134
Overgangsregeling BTW-verhoging voor onroerende zaken	135
Bruikleen of huur? Huur voor bepaalde tijd?	137
Kan verhuurder de huurovereenkomst met een failliete huurder opzeggen in geval van een mogelijke doorstart?	139
Legal Knowledge portal	
New rules concerning notional interest deduction	143
Chinese VAT reform pilot scheme – first launched in Shanghai	144
Social Security for Expats in China	150
Legal alert - amendments to transfer pricing rules in Russia	154
Contact via social media in principle private matter	163

Aansprakelijkheid schade & verzekering

Kabel- en leidingschade, boetes en aansprakelijkheden nav de 'grondroerdersregeling' (WION)

Voor (het voorkomen van) kabel- en leidingschade is sinds 1 juli 2008 andere regelgeving van toepassing. Waar voorheen direct aan de Klcmelding werd gedacht, schept de nieuwe regeling verplichtingen voor verschillende betrokkenen. Maar wat betekent het als zij de grondroerdersregeling niet nakomen? En wordt daarmee door de bestuursrechter hetzelfde omgegaan als door de civiele rechter?

Drietrapsraket

Het gaat in de nieuwe regeling om een drietrapsraket, namelijk de Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten ('Wion'), het Besluit informatie-uitwisseling ondergrondse netten ('Besluit'), en de Regeling informatie-uitwisseling ondergrondse netten ('Regeling'). Gezamenlijk wordt die drietrapsraket de '*grondroerdersregeling*' genoemd.

Mix bestuursrecht en privaatrecht

Privaatrechtelijk is de regeling een invulling van de onrechtmatige daad in de zin van het Burgerlijk Wetboek (meer specifiek: de daarin genoemde zorgvuldigheidsnorm van het 'handelen in strijd met de wet'). Anders gezegd: de (civiele) aansprakelijkheid voor kabel- en leidingschade blijft dus op onrechtmatige daad gebaseerd.

Door de bestuursrechtelijke sancties (boetes) is de grondroerdersregeling een ongewone mix tussen publiek- en privaatrecht. De ratio van de regeling is op 20 januari 2011 door de bestuursrechter in Arnhem toegelicht: het voorkomen van maatschappelijke kosten van graafincidenten, de veiligheid van het publiek en van betrokkenen, en het milieu. Dat betekent dat de bestuursrechter strikt omgaat met sancties op overtredingen.

Voorbeelden

De grondroerdersregeling schept verplichtingen voor 'de Dienst' (het Kadaster), de beheerder van een net, de grondroerder en de opdrachtgever: in andere artikelen over de Wion ben ik op de verplichtingen van die vier betrokkenen ingegaan.

Op niet-nakoming van die verplichtingen staat in veel gevallen een bestuurlijke sanctie. Bij de beheerder kan een bestuurlijke boete van maximaal € 100.000,- worden opgelegd. Bij de grondroerder is de maximale bestuurlijke boete in enkele gevallen ook € 100.000,-, en in andere gevallen € 450.000,-. Dat laatste maximum geldt ook voor de opdrachtgever.

In het verleden werd als er geen Klikmelding was gedaan, al snel door de civiele rechter aansprakelijkheid aangenomen voor kabel- en leidingschade (zie ten aanzien van schade uit 2002 het oordeel van de rechtbank Rotterdam in het vonnis van 9 juni 2010). Normaal gesproken wordt met een graafmelding in de zin van artikel 1m van de Wion (of destijds een Klikmelding) de plaats van de leidingen bekend (volgens de memorie van toelichting bij de Wion met een bandbreedte van 1 meter). In die zaak had de grondroerder concrete feiten en omstandigheden moeten aanvoeren waarom dit in dat geval anders lag (een zogenoemd 'causaal verband verweer'). Klik-tekeningen bijvoorbeeld moeten een zodanig betrouwbaarheidsgehalte hebben dat de ontvanger geen diepgravend onderzoek behoeft te doen (dit is geoordeeld in een niet-gepubliceerd vonnis van de kantonrechter in Zwolle van 1 mei 2001). Zie ook de noot van H.D. Ploeger onder een arrest van het hof Amsterdam van 1 september 2005 (NJF 2006, 52): de aannemer was alleen aansprakelijk als hij op de aanwezigheid van de kabel bedacht moest zijn.

Civielrechtelijk kan nog steeds ter afwending van aansprakelijkheid/een schadevergoedingsplicht bij kabel- en leidingschade van belang zijn of er proefsleuven zijn gegraven en er aan kabeldetectie is gedaan.

Bestuursrechtelijk maakt het graven van proefsleuven en andere werkzaamheden als kabeldetectie niets uit: indien geen graafmelding (voorheen dus Klikmelding) is gedaan voorafgaand aan de graafwerkzaamheden, is onzorgvuldig gegraven in de zin van de grondroedersregeling, en kan een bestuurlijke boete worden opgelegd (zie de uitspraak van de bestuursrechter in Utrecht van 19 april 2011: in dat geval werd een boete van € 10.000,- opgelegd).

Conclusie: bestuursrechter strikter dan civiele rechter

Kortom: gezien de hiervoor ook genoemde ratio van de grondroedersregeling, lijken bestuursrechters strikter in het aannemen van overtredingen en het opleggen van boetes (voor de hoogte van de boete is wel de aard en de ernst van de overtreding van belang). Dit terwijl de civiele rechter niet altijd aansprakelijkheid of een schadevergoedingsplicht aanneemt van een grondroerder (of opdrachtgever) die niet volgens

de grondroerdersregeling heeft gehandeld, als die grondroerder (of opdrachtgever) maar kan aantonen dat ook als hij bijvoorbeeld wel een graafmelding had gedaan, de schade was opgetreden. Hij moet daarbij ook aantonen dat hij andere maatregelen heeft getroffen (zoals proefsleuven graven en het verrichten van kabeldetectie).

Mascha Timpert-de Vries

T +31 (0)26 353 83 11

E timpert@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Aansprakelijkheid makelaar jegens derden: zelfstandige controleplicht, beroep op exoneratie

In een arrest van 17 februari 2012 heeft de Hoge Raad op drie aspecten een interessant arrest gewezen over de aansprakelijkheid van een makelaar o.g. jegens een derde. In deze kwestie ging het om verkoop van een bedrijfspand, waarbij de betreffende makelaar als makelaar verkoper betrokken was. Na levering aan de koper bleek dat de oppervlakte van het verkochte beduidend kleiner was dan in de brochure van de makelaar en op het verkoopbord was vermeld. De koper sprak vervolgens zowel de verkoper als diens makelaar aan, in verband met het feit dat hem een pand met een veel kleinere oppervlakte was geleverd dan hem was voorgespiegeld. Het hof veroordeelde de verkoper en de makelaar tot betaling van een bedrag van € 279.660,-. De Hoge Raad vernietigt echter het arrest van het hof.

Zelfstandige controleplicht makelaar t.a.v. door klant verstrekte gegevens?

In de brochure resp. op het verkoopbord van de makelaar was vermeld dat de oppervlakte van het gebouwde gedeelte van het verkochte object ca. 11.940 m² resp. 12.000 m² betref. Deze gegevens waren afkomstig van de verkoper c.q. de opdrachtgever van de makelaar. In de brochure was een exoneratieclausule (dat aansprakelijkheid m.b.t. de gegevens niet kan worden aanvaard) opgenomen, op de voet van elke pagina. Na de levering bleek de oppervlakte in werkelijkheid 10.185 m² te zijn.

Het hof had – kort gezegd – overwogen dat een makelaar zelf de oppervlakte dient op te meten, alvorens die aan aanstaande kopers ter kennis te brengen. Van een opdrachtgever (of een andere makelaar) afkomstige informatie dient de makelaar op juistheid te onderzoeken, aldus het hof.

De Hoge Raad overweegt echter dat de vraag of een makelaar die bij een transactie betrokken is gehouden is om zelfstandig te (laten) controleren of van de opdrachtgever of een derde ontvangen gegevens die onder zijn verantwoordelijkheid aan potentiële kopers worden meegedeeld, juist zijn, niet in haar algemeenheid kan worden beant-

woord. Dat antwoord is afhankelijk van de omstandigheden van het geval (van belang was hier met name dat de opdrachtgever het pand zelf had ontworpen en gebouwd – en dus goed op de hoogte mocht worden verondersteld met de maten ervan – en de makelaar in de brochure een voorbehoud had opgenomen). Omdat het hof niet alle relevante omstandigheden in haar oordeel had betrokken, acht de Hoge Raad de daarop gerichte klacht van de makelaar doeltreffend.

Exoneratieclausule geldend jegens derden?

Het hof had voorts het beroep van de makelaar op diens exoneratieclausule verworpen, omdat de koper als derde en niet als contractspartij kan worden aangemerkt.

Op dat punt overweegt de Hoge Raad dat de makelaar daar eveneens terecht over klaagt, omdat het antwoord op de vraag of – en zo ja, in hoeverre – een potentiële koper op de juistheid van de door een makelaar verstrekte informatie mag afgaan, onder meer afhankelijk is van eventuele mededelingen van de makelaar over de mate waarin hij voor de juistheid van die gegevens instaat. Daaraan kan niet afdoen dat hij jegens een potentiële koper niet in een contractuele verhouding staat.

Beroep op exoneratieclausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar?

Ten slotte klaagde de makelaar over de overweging van het hof dat het beroep op de exoneratieclausule (voor zover al mogelijk) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was, vanwege de omvang van de door de koper te lijden schade, bestaande in de jaarlijks te derven huurinkomsten.

Ook die klacht slaagt. Volgens de Hoge Raad kan niet worden gezegd dat de enkele omstandigheid dat de koper door de kleinere oppervlakte jaarlijks een aanzienlijk bedrag aan huurinkomsten derft, reeds aan het beroep op het exoneratiebeding in de weg staat, ongeacht de overige omstandigheden van het geval. Alle door de makelaar aangevoerde omstandigheden moeten worden meegewogen.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en verwijst de zaak naar een ander hof, dat vervolgens – met inachtneming van de overwegingen van de Hoge Raad – de zaak opnieuw dient te beoordelen.

Conclusie

Door een makelaar aan potentiële gegadigden (huurders/kopers) verstrekte onjuiste informatie over een object, leidt niet zonder meer tot aansprakelijkheid van die makelaar. Om tot een oordeel over de aansprakelijkheid te komen, dient te worden gekeken naar alle omstandigheden van het geval.

Overigens vernietigt de Hoge Raad in een op dezelfde dag gewezen uitspraak ook het arrest van het hof ten aanzien van de koper versus de opdrachtgever van de makelaar c.q. de verkoper, omdat het hof bij zijn oordeel dat het beroep van de verkoper op een exoneratiebeding in de transportakte naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, eveneens onvoldoende aandacht heeft besteed aan alle relevante omstandigheden.

Aernout Baarsma

T +31 (0)26 353 83 45

E baarsma@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Burn-out schending zorgplicht door werkgever (artikel 7:658 lid 2 BW)

In het kader van de zorgplicht van de werkgever bij een burn-out is veelal doorslaggevend of het 'gevaar' van psychisch letsel voorzienbaar was voor de werkgever en of door de werkgever een concrete norm is geschonden. Ook de vraag of, en zo ja, op welke wijze door de werkgever op klachten over de werkomstandigheden van de betrokken werknemer is gereageerd, is veelal een factor die meeweegt in het oordeel van de rechter.

Volgens heersende jurisprudentie wordt een schending van de zorgplicht slechts aangenomen, indien er sprake is van een uitzonderlijk hoge werkdruk en ook andere uitzonderlijke werkomstandigheden die tot de burn-out hebben kunnen leiden.

In de uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch van 15 januari 2008 (LJN: BC2747) oordeelde het Hof dat ondanks dat de werkdruk fors was, dat dit een onderdeel van de cultuur van het bedrijf was en dat daarover vaak was gesproken, niet was komen vast te staan dat er sprake was van een excessief hoge werkdruk in objectieve zin. Kortom, geen schending van de zorgplicht door de werkgever.

Een schending van de zorgplicht werd wel aangenomen in het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 25 augustus 2009 (LJN: BK0617), waarin vast stond dat de werknemer jarenlang stelselmatig een aanzienlijk aantal overuren had gemaakt van twintig uren per week en dat er sprake was van een permanente op de werknemer rustende druk. De werkgever was hiervan op de hoogte. Een soortgelijk oordeel is herhaald in het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 9 november 2010 (LJN: BO4408) waar ook meespeelde dat de werkgever wist van de bijzondere persoonskenmerken van de werkneemster die het risico op een burn-out kunnen vergroten.

In het kader van de voorzienbaarheid van het psychisch letsel voor de werkgever is het van belang of er door de werknemer is geklaagd over bijvoorbeeld een hoge werkdruk, werkstress en onderbezetting. Een werkgever mag namelijk afgaan op wat de werknemer hem verteld en mag er zonder nadere aanwijzingen van uitgaan dat de werknemer "tegen de normale werkbelasting opgewassen is". De werknemer moet op een of andere wijze kenbaar hebben gemaakt dat hij (inmiddels) een verhoogd risico

loopt op het krijgen van een burn-out.^[1] Vergelijk het arrest van het Hof Amsterdam van 20 september 2011 (JAR 2011, 274).

Let wel, bij een kenbaar risico past actieve zorg van de werkgever. Een deugdelijk beleid van de werkgever dient erop gericht te zijn om te voorkomen dat een werknemer door stelselmatige overbelasting daadwerkelijk een burn-out ontwikkelt. Dit betekent dat de werkgever voldoende adequaat op klachten van de werknemer over de (uitzonderlijke) werkomstandigheden dient te reageren en niet pas nadat een werknemer kenbaar heeft gemaakt dat zich bij hem burn-out klachten hebben ontwikkeld. Vergelijk het arrest van het Hof 's-Gravenhage van 27 september 2011 (JAR 2011, 276) en het reeds besproken arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 25 augustus 2009.

Kortom: bij een burn-out wordt slechts met terughoudendheid een schending van de zorgplicht door de werkgever aangenomen. Hierbij spelen de voorzienbaarheid van het (psychisch) letsel en de uitzonderlijkheid van de werkomstandigheden een doorslaggevende rol. Kenbaarheid van het risico maakt dat de werkgever een actief beleid dient te voeren ter voorkoming van een burn-out bij de werknemer.

[1] Vergelijk in dit kader ook Lindenbergh (AV & S 2003, pag. 18).

Lindy Westrik

T +31 (0)26 353 83 12

E westrik@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Bewijsproblematiek verzekeraar bij fraudeleuze melding autodiefstal

In 2011 werden er in Nederland meer dan tienduizend personenauto's gestolen. Aan een verzekerde wiens auto is gestolen moet in beginsel binnen dertig dagen na aangifte van de diefstal worden uitgekeerd onder de polis. Verzekeraars hebben dus niet onbeperkt de tijd de claim te beoordelen voordat zij moeten overgaan tot uitkering. In de meeste gevallen zal dit uiteraard niet tot problemen leiden. Echter, aangezien het percentage frauduleuze claims niet gering is, zal men zelfs bij de geringste vermoedens van fraude bedacht moeten zijn op de gevolgen van al dan niet uitkeren na dertig dagen: wie moet wat bewijzen.

Bewijs van autodiefstal

De hoofdregel in het bewijsrecht is nog altijd: wie stelt moet bewijzen. Echter, de eisen die aan het te leveren bewijs worden gesteld kunnen in bepaalde gevallen uiteenlopen. Bewijs van autodiefstal is hiervan een voorbeeld.

Het is vaste jurisprudentie dat aan het bewijs van een gestelde diefstal van een geparkeerde auto geen al te zware eisen mogen worden gesteld en dat de verzekerde zal kunnen volstaan met het leveren van bewijs van feiten en of omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat de beweerde diefstal heeft plaatsgevonden. Onder omstandigheden, mede afhankelijk van hetgeen door de verzekerde omtrent de toedracht van de diefstal is gesteld en van hetgeen door de verzekeraar ter betwisting is aangevoerd, kan de enkele aangifte van diefstal bij de politie als voldoende bewijs worden aanvaard.

De omstandigheid dat degene die de auto ten tijde van de gestelde diefstal onder zich had een substantieel en relevant strafrechtelijk verleden heeft, maakt het voorgaande niet anders. Wel zal er aanleiding kunnen bestaan om het bewijs van de diefstal niet geleverd te achten, als de betrokkene niet als getuige wordt gehoord door de politie of een expert van de verzekeraar.

De ratio van deze rechtspraak is dat, indien al te zware eisen worden gesteld aan het door de verzekerde te leveren bewijs van de gestelde autodiefstal, die verzekerde weinig heeft aan zijn verzekering, terwijl men er anderzijds op bedacht moet zijn dat,

indien juist weer te lichte eisen aan het bewijs worden gesteld, daarmee de deur wordt opengezet voor fraude.

Fraude

Een verzekeraar kan twijfelen aan de juistheid van de verklaringen van verzekerde omtrent een gemelde autodiefstal als na onderzoek tegenstrijdigheden in die verklaringen aan het licht zijn gekomen. Alhoewel deze tegenstrijdigheden niet altijd hoeven te leiden tot de conclusie dat de auto niet is gestolen, kan de rechtbank overwegen dat de aan het licht gekomen tegenstrijdigheden toch voldoende grond is aan te nemen dat verzekerde niet heeft bewezen dat de auto is gestolen en dat hij een onjuiste voorstelling van zaken heeft gegeven, zodat de verzekeraar uitkering mag weigeren.

Kortom, in het geval een verzekeraar bij vermoedens van fraude uitkering weigert en de verzekerde in rechte uitkering eist, volgt uit rechtspraak dat een gestelde autodiefstal al snel wordt aangenomen als die samengaat met een aangifte bij de politie en een aan de politie of een door de verzekeraar ingeschakelde onderzoeker afgelegde verklaring. Echter, als de verzekeraar de gestelde diefstal betwist en daarbij genoeg omstandigheden aan het licht brengt waardoor moet worden getwijfeld aan alle verklaringen van eiser (ook al hebben die verklaringen niet direct betrekking op de diefstal) dan wordt in het algemeen aangenomen dat de gestelde diefstal niet is bewezen. De verzekeraar hoeft in deze situatie dus alleen de gestelde diefstal gemotiveerd te betwisten. Het wordt anders als de verzekeraar de vermeende fraude moet bewijzen.

Bewijs van fraude

De stelling dat de verzekerde de verzekeraar heeft geprobeerd opzettelijk te misleiden is voor een verzekeraar vaak moeilijker te bewijzen dan het door een verzekerde te leveren bewijs van diefstal (mede vanwege de bewijswaarde van een aangifte bij de politie). Dit heeft te maken met de elementen 'opzet' en 'benadeling'. Immers, het ontbreken van relevante aanwijzingen dat de auto daadwerkelijk is gestolen en de aan het licht gekomen tegenstrijdigheden in de verklaringen van verzekerde omtrent de gemelde autodiefstal, zijn dan wel omstandigheden die leiden tot twijfel aan de juistheid van de gestelde diefstal, maar nog niet meteen omstandigheden die het door de verzekerde opzettelijk benadelen van de verzekeraar aantonen.

In het geval de verzekeraar meent dat vanwege opzettelijke misleiding alle dekking vervalt of dat hij als gevolg van die opzettelijke misleiding onterecht heeft uitgekeerd, zullen voornoemde omstandigheden dus niet meteen het gewicht hebben van een

gemotiveerde betwisting, maar zullen zij van dien aard moeten zijn dat daarmee het bewijs van opzettelijke misleiding wordt geleverd of leidt tot aanname van een bewijsvermoeden zodat verzekerde het tegendeel moet bewijzen.

Conclusie

Het bewijs van autodiefstal kan, mede vanwege de aangifte bij de politie, in tegenstelling tot het bewijs van opzettelijke misleiding, al snel worden aangenomen. Voldoende omstandigheden die wijzen op fraude kunnen daar succesvol tegenin worden gebracht. Wel komen die omstandigheden eerder tot hun recht als verweer tegen een gestelde diefstal dan als bewijs van fraude.

Een vóór uitkering voldoende afgerond fraudeonderzoek kan dus voorkomen dat de verzekeraar na uitkering, bij het terugvorderen van het uitgekeerde bedrag in een ongunstiger bewijsspositie terechtkomt.

Peter van Huizen

T +31 (0)26 353 84 41

E vanhuizen@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

De aansprakelijkheid van de onderaannemer jegens de opdrachtgever 1/2

Aanneming van werk is de overeenkomst die wordt gesloten tussen een aannemer en een opdrachtgever (artikel 7:750 BW). Veelal is sprake van één hoofdaannemer, die de opdracht uitbesteedt aan een aantal onderaannemers. Maakt één van de onderaannemers een fout, waardoor de opdrachtgever schade lijdt, dan kan de opdrachtgever zijn schade in de regel verhalen op de hoofdaannemer. Deze is immers in beginsel verantwoordelijk voor de door hem ingeschakelde hulppersonen (artikel 6:76 BW). Maar wat als de hoofdaannemer om wat voor reden dan ook onvoldoende verhaal biedt? Kan de opdrachtgever zijn schade dan – ondanks het ontbreken van een contractuele relatie – rechtstreeks op de onderaannemer verhalen?

Belangen van derden

De gevallen in de rechtspraak, waarin wanprestatie leidde tot aansprakelijkheid jegens een niet-contractspartij, zijn schaars. Dit terwijl de Hoge Raad al op 3 mei 1946 in het arrest Staat/Degens (NJ 1946, 323) oordeelde, dat de belangen die derden bij de behoorlijke nakoming van een contract kunnen hebben, niet onder alle omstandigheden verwaarloosd mogen worden.

Omstandigheden van het geval

Op 24 september 2004 gaf de Hoge Raad in het arrest Vleesmeesters/Alog (LJN AO9069) een vervolg aan dit inmiddels antieke arrest. Eisende partij was een onderhuurder (Vleesmeesters) die stelde schade te hebben geleden door wanprestatie van de hoofdhuurder (Alog). In rechtsoverweging 3.4 oordeelde de Hoge Raad als volgt:

“Indien de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet, kunnen de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Bij de beantwoording

van de vraag of deze normen zulks meebrengen, zal de rechter de terzake dienende omstandigheden van het geval in zijn beoordeling dienen te betrekken (...)."

De Hoge Raad noemt vervolgens negen omstandigheden die een rol kunnen spelen bij de vraag of een wanpresterende partij de schade die een derde daardoor lijdt moet vergoeden.

Aansprakelijkheid van de onderaannemer

In een recent arrest van 20 januari 2012 (LJN BT7496) plaatst de Hoge Raad het arrest Vleesmeesters/Alog in de context van aanneming van werk. Centraal staat de volgende casus. Een opdrachtgever geeft een (hoofd)aannemer opdracht tot het realiseren van een kapverdieping inclusief dak op een bestaand huis. Het aanbrengen van het dak en de dakgoten besteedt de (hoofd)aannemer uit aan een onderaannemer. Na voltooiing van de werkzaamheden constateert de opdrachtgever diverse gebreken aan het dak, waarvoor hij de onderaannemer aansprakelijk stelt.

De Hoge Raad buigt zich over de vraag of het toerekenbaar tekortschieten jegens de hoofdaannemer leidt tot aansprakelijkheid jegens de opdrachtgever. Na eerst de belangrijkste overwegingen uit het arrest Vleesmeesters/Alog te hebben herhaald, oordeelt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.4.3 als volgt:

"De onderaannemer zal in het algemeen binnen bepaalde grenzen rekening hebben te houden met de belangen van de opdrachtgever en de opdrachtgever zal in het algemeen erop mogen vertrouwen dat de onderaannemer dat doet."

Betekent dit dat de onderaannemer door toerekenbaar tekort te schieten jegens de hoofdaannemer, per definitie onrechtmatig handelt jegens de opdrachtgever? De Hoge Raad beantwoordt die vraag ontkennend:

"Anders dan het middel betoogt, levert een wanprestatie van de onderaannemer jegens de hoofdaannemer op zichzelf nog geen onrechtmatige daad jegens de opdrachtgever op."

Waarde van het arrest

Wat is nu de waarde van deze uitspraak? Het arrest biedt aan opdrachtgevers in hoofdaanneming in elk geval een handvat om eventuele schade rechtstreeks op een wanpresterende onderaannemer te verhalen. Steeds zal echter gekeken moeten worden naar de omstandigheden van het geval.

In zijn conclusie bij het arrest noemt advocaat-generaal Wissink alvast twee situaties waarin de opdrachtgever mogelijk bij iemand anders dan de onderaannemer aan zal moeten kloppen:

- indien het gaat om de kwaliteit van de gebruikte materialen: de toeleverancier of de producent;
- indien het gaat om de wijze van uitvoering van het werk en de onderaannemer gebonden was aan instructies van de hoofdaannemer: de hoofdaannemer.

Vervolg: juridische positie van de onderaannemer

In dit artikel werd enkel de positie van de opdrachtgever belicht. Interessant is echter ook wat de verweermogelijkheden zijn van een onderaannemer, die wordt aangesproken door de opdrachtgever in hoofdaanneming. Kan hij zich bijvoorbeeld beroepen op een met de hoofdaannemer overeengekomen aansprakelijkheidsbeperking? Deze en andere vragen over de juridische positie van de onderaannemer komen aan de orde in een later te verschijnen artikel.

Pieter Bloemendal

T +31 (0)26 353 83 12

E bloemendal@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Arbeidsrecht

www.dirkzwagerarbeidsrecht.nl

De loonsanctie en het UWV

In 2011 zijn ongeveer 50 uitspraken geweest door de Centrale Raad van Beroep (CRvB) waarin door werkgevers hoger beroep is ingesteld tegen een door het UWV opgelegde loonsanctie. Bijna alle werkgevers hebben hierin bot gevangen. Bij nadere bestudering blijkt dat veel werkgevers zich zonder vrucht op eenzelfde grond beroepen. Deze grond zal ik, na een korte uiteenzetting over de loonsanctie, hier bespreken.

De loonsanctie

De loonsanctie kan door het UWV worden opgelegd aan een werkgever op grond van de Wet WIA, indien er met de re-integratie van een werknemer geen bevredigend resultaat is behaald en de werkgever zonder deugdelijke grond te weinig re-integratie-inspanningen heeft verricht. De loonsanctie houdt in dat de werkgever verplicht wordt het loon van de werknemer maximaal 52 weken langer door te betalen. Omdat de werkgever al verplicht is de eerste 104 weken van ziekte het loon van de werknemer door te betalen, wordt door een loonsanctie de loondoorbetalingsperiode verlengd tot 156 weken. Indien de werkgever de door het UWV vastgestelde tekorten binnen die 52 weken herstelt, dan eindigt de loonsanctie zes weken nadat het UWV dit herstel heeft vastgesteld.

Na de aanvraag van een uitkering op grond van de Wet WIA door de werknemer, toetst het UWV of het re-integratieverslag compleet is. Indien het verslag compleet is, volgt daarna een inhoudelijke toetsing van de re-integratie-inspanningen. Deze toetsing begint met een beoordeling van het met de re-integratie bereikte resultaat. Wanneer dit resultaat bevredigend is, dan zal geen loonsanctie volgen. Een bevredigend resultaat is bereikt wanneer de werknemer gekomen is tot een werkhervatting die min of meer aansluit bij de resterende functionele mogelijkheden van de werknemer. Indien hier geen sprake van is, dan is er ook sprake van een bevredigend resultaat wanneer de werknemer werkzaamheden verricht waarmee hij tenminste 65% van zijn loon van vóór de arbeidsongeschiktheid verdient. De werkzaamheden moeten altijd een structureel karakter hebben.

Als geen bevredigend resultaat is behaald, dan toetst het UWV de re-integratie-inspanningen van de werkgever. Deze inspanningen worden mede getoetst op grond van de bestaande re-integratieverplichtingen die voortvloeien uit de wet en enkele regelin-

gen, zoals de Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar en de Regeling beleidsregels beoordelingskader poortwachter. Hoofdcriterium voor het UWV is of werkgever en werknemer 'in redelijkheid hebben kunnen komen tot de re-integratie-inspanningen die zijn verricht'. Indien geen sprake is van voldoende re-integratie-inspanningen, maar de werkgever daarvoor een deugdelijke grond had, dan volgt geen loonsanctie. Er is in ieder geval sprake van een deugdelijke grond indien de werknemer geen resterende arbeidsmogelijkheden meer heeft.

Vaak voorkomende valkuil

De loonsanctie is een zwaar middel. De financiële consequenties van een loonsanctie voor een werkgever zijn groot. Bovendien is het voor een werkgever moeilijk om gedurende de eerste 104 weken van arbeidsongeschiktheid zelfstandig te beoordelen of de re-integratie-inspanningen redelijk zijn.

In de jurisprudentie van 2011 valt op dat werkgevers zich vaak tegen een loonsanctie verweren door te stellen dat zij altijd zijn uitgegaan van (de juistheid van) het advies van de bedrijfsarts (of arbodienst). In die zaken heeft de verzekeringsarts van het UWV meestal méér resterende arbeidsmogelijkheden dan de bedrijfsarts vastgesteld bij de werknemer. Omdat de werkgever zijn re-integratie-inspanningen baseert op de resterende arbeidsmogelijkheden van de werknemer en daarbij afgaat op het oordeel van de bedrijfsarts, zal de werkgever als gevolg daarvan veelal te weinig re-integratie-inspanningen hebben verricht. Ook kan het zijn dat de bedrijfsarts volgens het UWV eerder had moeten concluderen dat re-integratie bij de eigen werkgever niet meer mogelijk was, zodat de werkgever te laat het tweede spoor heeft ingezet.

In dergelijke gevallen oordeelt de CRvB altijd dat de verantwoordelijkheid voor de re-integratie bij de werkgever ligt. Of de onvoldoende re-integratie-inspanningen feitelijk te wijten zijn aan de bedrijfsarts of aan een door de werkgever ingehuurd re-integratiebureau, doet daar niet aan af. Dat is wrang, omdat het niet onredelijk lijkt dat een werkgever mag afgaan op het oordeel van de bedrijfsarts. De bedrijfsarts is hiertoe immers de bevoegd deskundige; niet de werkgever.

Een goed voorbeeld is de uitspraak van de CRvB van 26 januari 2011 (LJN: BP2226). De werkneemster had een dienstverband van 32 uur per week. Vanwege haar arbeidsongeschiktheid hervatte zij de werkzaamheden in haar eigen werk in beginsel voor 16 uur per week. Omdat de re-integratie eerste spoor niet voldoende perspectief bood, werd het tweede spoor ingezet. Na een sollicitatietraining en een beroepskeuze-onderzoek is de werkneemster bij een andere werkgever werkzaamheden gaan

verrichten. De werkgever heeft steeds geprobeerd de arbeidsongeschikte werkneemster meer uren te laten werken. De werkneemster gaf echter bij elke urenuitbreiding aan dat haar klachten toenamen, wat door de bedrijfsarts werd bevestigd. De werkneemster bleef daarom aan het einde van de wachttijd steken op 12 uur aan passende werkzaamheden per week bij de andere werkgever. De verzekeringsarts en later de bezwaarverzekeringsarts oordelen dat de werkneemster inzetbaar was in functies met een rugsparend karakter waarbij zij haar houding kon afwisselen. Een urenbeperking was voorts volgens de bezwaarverzekeringsarts niet nodig, indien rekening werd gehouden met de beperkingen die eerder door de arbodienst waren vastgesteld. Beide verzekeringartsen menen daarom dat de werkneemster zodoende 20 uur per week passende werkzaamheden had kunnen verrichten. De werkgever beriep zich er vervolgens op dat hij altijd de adviezen van de bedrijfsarts had opgevolgd, maar zonder resultaat. De werkgever had niet enkel uit mogen gaan van het oordeel van de bedrijfsarts, alsmede niet van de klachten van de werkneemster dat haar pijn toenam bij het werken van meer uren. Hij had, mede naar aanleiding van de rapportages van de arbodienst, meer re-integratie-inspanningen moeten verrichten.

Bedrijfsarts en werkgever moeten dus oppassen dat ze de arbeidsongeschikte werknemer – hoe goed bedoeld ook – niet teveel vrijheid geven in het bepalen van diens mogelijkheden tot het verrichten van arbeid. Ook moeten zij niet teveel de werkzaamheden afstemmen op de (vaak wisselende) klachten van de werknemer. Indien zij dat toch doen, is het mogelijk dat de werkgever uiteindelijk een loonsanctie krijgt opgelegd.

Deskundigenoordeel UWV

Wanneer er op enig moment geen volledige zekerheid bestaat over het voldoende zijn van de re-integratie-inspanningen, dan kan een werkgever het beste een deskundigenoordeel verzoeken bij het UWV. Dit oordeel kost thans € 50,00 en biedt een goede vooruitblik op de uiteindelijke beoordeling van de re-integratieactiviteiten. Het oordeel biedt een hoop voordelen en kan gedurende de re-integratie van de werknemer meer dan eens worden verzocht. Een voordeel is dat werkgever en werknemer weten hoe het UWV op dat moment oordeelt over de verrichte re-integratie-inspanningen. Zij weten dan of zij de re-integratie-inspanningen moeten aanpassen of ongewijzigd kunnen voortzetten. Een tweede voordeel is dat de werkgever daarmee richting het UWV toont dat hij zijn verantwoordelijkheid om de werknemer te laten re-integreren voldoende serieus neemt: hij laat de beoordeling immers niet enkel aan de bedrijfsarts over. Een derde voordeel komt voort uit de uitspraak van de CRvB van 20 juli 2011 (LJN: BR2382). De CRvB heeft hier geoordeeld dat een deskundigenoordeel als valide

argument kan worden ingebracht tegen een opgelegde loonsanctie. Als uit het deskundigenoordeel volgt dat de re-integratie-inspanningen voldoende zijn, dan kan het UWV daar later niet op terugkomen. Het UWV kan dan enkel nog een loonsanctie opleggen omdat tussen het moment van het deskundigenoordeel en het moment van het eindoordeel de inspanningen alsnog onvoldoende zijn gebleken. Het zal echter niet altijd makkelijk zijn voor het UWV om dit aan te tonen.

Het deskundigenoordeel biedt zodoende een grote mate van zekerheid tegen een prijs die vele malen lager is dan die van een loonsanctie. Het verdient daarom aanbeveling om na het eerste ziektejaar en tijdens het tweede ziektejaar het UWV een deskundigenoordeel te verzoeken. Hiermee kan meer zekerheid worden verkregen over de verrichte re-integratie-inspanningen.

Menno van Schaick

T +31 (0)24 381 31 50

E vanschaick@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerarbeidsrecht.nl

Twitter niet onder bereik relatiebeding

In het arbeidsrecht spelen social media zoals Facebook, Linked In en Twitter een steeds grotere rol. Zo ook in relatie tot het vaak fel bevochten concurrentie- en relatiebeding. Marieke Botter besteedde in een bijdrage op deze kennisportal eerder al aandacht een uitspraak waarin schending van het relatiebeding werd aangenomen wegens het accepteren van een relatie van de voormalig werkgever via Linked In.

In de uitspraak van 21 februari 2012 wordt aandacht besteed aan het medium Twitter in relatie tot een concurrentie- en relatiebeding. Interessant is dat het Gerechtshof Den Haag oog blijkt te hebben voor het verschil in karakter tussen Linked In en Twitter.

In de procedure stelde de ex-werkgever geen vertrouwen te hebben in de integriteit van de werknemer als het gaat om het correct naleven van het relatie- en geheimhoudingsbeding. De werknemer had toegezegd geen zaken te doen met cliënten die hij kende vanuit zijn dienstverband met de ex-werkgever, ook niet als hij benaderd zou worden. De zaak speelde in de recruitmentbranche, gericht op finance.

Om het gebrek aan vertrouwen te onderbouwen, wees de ex-werkgever op een aantal tweets van de werknemer. Uit de berichten zou blijken dat de werknemer –vanuit zijn nieuwe dienstverband- al een tijdje op zoek was naar zzp-ers in finance. Het Hof neemt dit mee in zijn oordeel en overweegt dat de werknemer zich mogelijk op glad ijs begeeft als het gaat om zijn relatiebeding.

Echter, er is geen sprake van het 'onderhouden van zakelijke contacten', zoals verboden door het relatiebeding. Ook niet indien hierbij de volgers op Twitter worden betrokken.

Het volgen op Twitter is een eenzijdige actie vanuit de volger en niet specifiek geïnitieerd vanuit de twitteraar. Een uitnodiging daarvoor en een acceptatie daarvan zijn (anders dan bijvoorbeeld bij de persoonlijke accounts op Facebook of Linked In) niet nodig, aldus het Hof. Het gaat bij een tweet zoals hier aan de orde in feite om een moderne vorm van adverteren gericht op gegadigden voor werk die zich (onweersproken) doorgaans bij meerdere bedrijven zoals de ex-werkgever en nieuwe werkgever hebben ingeschreven en dus regelmatig in beide "kaartenbakken" zullen zitten.

Het is aardig om te zien dat het Hof zich rekenschap geeft van hoe sociale media als Linked In, Facebook en Twitter werken. Een aardig voorbeeld van moderne rechtspraak. Word ongetwijfeld vervolgd. Overigens is ook de moderne advocaat tegenwoordig actief op Twitter: **@ArbeidsrechtAdv**

Jokelien Brouwer-Harbach

T +31 (0)26 353 83 03

E brouwer@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerarbeidsrecht.nl

Uitbetalen vakantiedagen bij einde dienstverband. Hoe hoog is de rekening?

Bij het einde van het dienstverband hebben werknemers soms nog een aanzienlijk aantal niet genoten vakantiedagen. In de wet is geregeld dat een werknemer in dat geval recht heeft op uitbetaling van zijn niet genoten vakantiedagen. Maar hoeveel is één vakantiedag waard? Met andere woorden: welk bedrag dient een werkgever voor de niet genoten vakantiedagen uit te keren? Recentelijk heeft de rechtbank Amsterdam (LJN: BW1486) zich hierover uitgelaten.

Juridisch kader

In de wet is geregeld dat de vergoeding voor niet genoten vakantiedagen gelijk moet zijn aan het bedrag van het laatstverdiende loon over de periode overeenkomstig de nog openstaande vakantie (artikel 7:641 BW). Anders gezegd: één vakantiedag is één dag loon waard. Wat onder het 'laatstverdiende loon' moet worden verstaan is niet in de wet geregeld. Volgens de Hoge Raad moet onder het laatstverdiende loon in de zin van artikel 7:641 BW worden verstaan: het gehele tussen werkgever en werknemer overeengekomen loon. Wat het gehele tussen werkgever en werknemer overeengekomen loon precies is en welke emolumenten daaronder vallen, is door de Hoge Raad niet benoemd.

Ook het Europese Hof heeft zich uitgesproken over het uitbetalen van niet genoten vakantiedagen bij einde dienstverband. Volgens het Europese Hof heeft een werknemer tijdens zijn vakantie recht op zijn normale loon en is de hoogte van dit loon tijdens vakantie, bepalend voor de hoogte van zijn vergoeding voor niet genoten vakantiedagen na einde dienstverband. Onder dit zogenaamde 'vakantieloon' moet naar het oordeel van het Europese Hof niet alleen het basissalaris van de werknemer worden begrepen maar alle componenten die intrinsiek samenhangen met de taken van de werknemer en waarvoor hij een financiële vergoeding ontvangt. Kortom: is sprake van een intrinsiek verband tussen de taken van de werknemer en de beloning die hij daarvoor ontvangt, dan moet dit beloningscomponent in de vergoeding voor niet genoten vakantiedagen worden betrokken. Het is volgens het Europese Hof aan de nationale rechter om dit intrinsieke verband vast te stellen.

Uitspraak rechtbank Amsterdam

In de zaak die speelde bij de rechtbank Amsterdam had de werknemer bij het einde van zijn dienstverband nog 628 openstaande vakantie-uren. De werkgever had hem daarvoor een vergoeding betaald overeenkomstig zijn vaste salaris vermeerderd met 8% vakantietoeslag. De werknemer betoogde dat zijn werkgever had verzuimd zijn (structurele) bonus en het werkgeversdeel pensioenpremie in deze vergoeding te betrekken.

De werknemer ontving ieder jaar een substantiële bonus, waarvan de hoogte afhankelijk was van zowel zijn eigen prestaties als die van zijn team. Naar het oordeel van de kantonrechter vormde de bonus daarmee een vergoeding voor de aan de werknemer opgedragen taken en kon worden gesproken van een intrinsiek verband tussen de beloning en de opgedragen taken. Dit betekende naar het oordeel van de kantonrechter dat de (gemiddelde) bonus moest worden betrokken in de vergoeding voor zijn niet genoten vakantiedagen.

Ten aanzien van het werkgeversdeel pensioenpremie overwoog de kantonrechter dat als de werknemer zijn vakantiedagen zou hebben opgenomen toen hij nog in dienst was, de werkgever tijdens deze periode het werkgeversdeel pensioenpremie zou hebben doorbetaald. Aangezien in de Europese rechtspraak is bepaald dat een werknemer bij de uitbetaling van zijn vakantiedagen niet in een nadeligere positie mag komen te verkeren dan wanneer hij zijn vakantiedagen tijdens zijn dienstverband zou hebben opgenomen, oordeelde de kantonrechter dat het werkgeversdeel pensioenpremie in de vergoeding voor niet genoten vakantiedagen moest worden betrokken.

Conclusie

Terwijl in eerdere rechtspraak al eens is bepaald dat een dertiende maand en een ploegentoeslag in de vergoeding voor niet genoten vakantiedagen moet worden betrokken, kan uit bovengenoemde uitspraak van de kantonrechter Amsterdam worden afgeleid dat ook het werkgeversdeel pensioenpremie en onder omstandigheden een bonus, in de vergoeding voor niet genoten vakantiedagen moet worden meegenomen.

Voor wat betreft het werkgeversdeel pensioenpremie plaats ik hierbij overigens mijn vraagtekens. Weliswaar zal een werkgever de pensioenpremie doorbetalen indien een werknemer zijn vakantiedagen tijdens zijn dienstverband opneemt, maar feitelijk zal de werknemer zijn pensioendeelneming door de uitdiensttreding niet voortzetten, waardoor het werkgeversdeel pensioenpremie vanaf datum uitdiensttreding geen pensioenbestemming kent. Daarnaast vraag ik me af of de vereiste intrinsieke samen-

hang met de taken van de werknemer ten aanzien van het werkgeversdeel pensioenpremie wel verondersteld mag worden. De kantonrechter Amsterdam heeft zich over dit laatste niet uitgelaten.

In de praktijk blijkt dat werkgevers vaak alleen het basissalaris van de werknemer vermeerderd met 8% vakantietoeslag tot uitgangpunt nemen voor de vergoeding voor niet genoten vakantiedagen. Dat is niet in lijn met de zojuist besproken rechtspraak en brengt het risico met zich dat de werknemer achteraf een loonvordering instelt. In het kader van een vaststellingsovereenkomst kunnen hierover afspraken worden gemaakt waarbij in de praktijk met regelmaat wordt overeengekomen – bijvoorbeeld met het oog op een vrijstelling van werkzaamheden – dat de niet genoten vakantiedagen als opgenomen worden beschouwd en derhalve niet verzilverd.

Anique Sauvé

T +31 (0)24 381 31 19

E sauve@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerarbeidsrecht.nl

Deelakkoord PvdA een VVD

Het net door Rutte en Samson gepresenteerde deelakkoord grijpt behoorlijk in op eerder gemaakt afspraken en zal de nodige reparatiewetgeving met zich brengen. In het akkoord worden de forensentaks en de langstudeerboete teruggedraaid. Hetzelfde geldt voor de eigen bijdrage in de GGZ en het liggeld voor zieken. Tenslotte wordt ook ingegrepen in de verhoging van de AOW-leeftijd.

Vitaliteitsregeling

De dekking voor deze voorstellen komt uit een verhoging van de belasting op verzekeringen en wijzigingen in de onlangs ingevoerde vitaliteitsregeling, die in de plaats is gekomen van de spaarloonregeling en de levensloopregeling. Het is onder andere de vraag of de eerder afgekondigde overgangsregelingen voor levensloopregelingen blijven gelden.

Eigen bijdrage en zorguitval

In haar brief van 28 september jl., heeft de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport de eerste bevindingen van het onderzoek naar de gevolgen van de invoering van de eigen bijdrage in de GGZ gepresenteerd. De alom verwachte zorguitval ten gevolge van de eigen bijdrage blijkt zich vrij breed voor te doen. Het al dan niet gedeeltelijk terugdraaien van deze maatregelen heeft – los van het effect op de cliënten – mogelijk grote gevolgen voor diverse GGZ instellingen die zich hebben voorbereid op de zorguitval.

Langstudeerboete

Voor de langstudeerboete is interessant wat er gaat gebeuren met hen die reeds in aanmerking komen voor deze boete.

Verhoging AOW

Voor aanstaande AOW'ers met lage inkomens voorziet het akkoord in een aantal verzachtende maatregelen. Een van de maatregelen is de doorwerkbonus voor werknemers van 61 tot 65 jaar die via deze bonus als ze 6 maanden na hun 65e doorwerken tot anderhalf jaar eerder met pensioen kunnen gaan. Ook hier is reparatiewetgeving nodig en deze maatregel zal ongetwijfeld ook van invloed zijn op de beslissingen die de pensioenfondsen de komende tijd moeten gaan nemen over de pensioendatum.

Al met al wederom ingrijpende wijzigingen die mogelijk al snel van belang kunnen zijn voor uw strategisch personeelsbeleid. Via ons kennisportal houden wij u op de hoogte van de ontwikkelingen!

Buby den Heeten

T +31 (0)24 381 31 26

E denheeten@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerarbeidsrecht.nl

Regeerakkoord: Bruggen slaan in het arbeidsrecht (?)

De inhoud van het Regeerakkoord d.d. 29 oktober 2012 brengt een ingrijpende hervorming van het ontslagrecht mee. Hierna worden de belangrijkste wijzigingen, ten opzichte van het huidige ontslagrecht, in 10 punten samengevat.

Belangrijkste wijzigingen

- 1 De ontbindingsprocedure bij de kantonrechter vervalt, behalve in geval van opzegverboden of bij tussentijdse beëindiging van tijdelijke arbeids-overeenkomsten (zonder tussentijdse opzegmogelijkheid).
- 2 De ontslagvergunningaanvraag bij het UWV vervalt. Daarvoor in de plaats komt een adviesaanvraagprocedure bij het UWV. De criteria voor rechtmatige opzegging zullen nauwkeurig worden vastgelegd.
- 3 De adviesaanvraag bij het UWV kan worden vervangen door een vergelijkbare andere toets die in een CAO is vastgelegd
- 4 De opzegtermijn blijft 4 maanden, afhankelijk van de duur van de arbeids-overeenkomst. Tenzij sprake is van een financiële onmogelijkheid, is de werkgever een transitiebudget verschuldigd van een kwart maandsalaris per dienstjaar met een maximum van 4 maandsalarissen.
- 5 Een opgezegde werknemer kan zich tot de rechter wenden, die de opzegging zal toetsen aan criteria die hetzelfde zijn als de criteria die het UWV hanteert.
- 6 Indien de werkgever is afgeweken van een negatief ontslagadvies van het UWV, kan de rechter de opzegging ongedaan maken.
- 7 Indien de rechter een opzegging onterecht vindt of in hoofdzaak aan de werkgever te wijten, kan hij een vergoeding toekennen. Deze vergoeding bedraagt een half maandsalaris per dienstjaar, met een maximum van EURO 75.000.
- 8 De duur van een WW-uitkering wordt maximaal 24 maanden; 12 maanden gerelateerd aan het laatstverdiende salaris en 12 maanden gerelateerd aan het wettelijk minimumloon.
- 9 De WW-premie voor werkgevers wordt verhoogd.
- 10 Bij CAO kan worden afgeweken van het afspiegelingsbeginsel.

De bovengenoemde 10 punten behoeven natuurlijk nadere uitwerking. Op dit moment is ook nog veel onduidelijk, bijvoorbeeld waar het gaat om overgangsrecht. Aannemelijk is op dit moment al wel dat de ontslagverhoudingen in Nederland

ingrijpend zullen veranderen. De komende tijd zal leren hoe die veranderingen hun beslag zullen krijgen. Mettertijd zal zich ook aftekenen of het Regeerakkoord in het arbeidsrecht bruggen, of juist gaten, zal slaan.

Eric Boerma

T +31 (0)26 353 83 36

E boerma@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerarbeidsrecht.nl

Gezondheids- zorg

www.dirkzwagergezondheidszorg.nl

Orthopedisch chirurg niet gebonden aan non-concurrentiebeding

De voorzieningenrechter van de rechtbank Almelo heeft in een vonnis in kort geding op 27 april jl. geoordeeld dat een door een maatschap van orthopedisch chirurgen gevorderd verbod tot nakoming van een non-concurrentiebeding moet worden afgewezen. De maatschap vorderde dat het een orthopedisch chirurg die uit de maatschap was getreden zou worden verboden om bij een ander ziekenhuis in de directe omgeving te gaan werken. Het non-concurrentiebeding dat was overeengekomen stond er naar het oordeel van de voorzieningenrechter in de gegeven omstandigheden niet aan in de weg dat de orthopedisch chirurg in de directe omgeving gaat werken.

De feiten

In deze zaak ging het om een orthopedisch chirurg die op 1 januari 2011 was getreden tot een maatschap van orthopedisch chirurgen in het MST in Enschede. De orthopedisch chirurg had een non-concurrentiebeding ondertekend op grond waarvan het hem was verboden om na opzegging van de maatschap tijdens de kennismakingsperiode van één jaar gedurende vijf jaar praktijk als orthopedisch chirurg uit te oefenen of indirect bij een dergelijke praktijkuitoefening betrokken te zijn in een gebied dat begrensd wordt door een cirkel met een straal van 20 kilometer met het MST in Enschede als middelpunt.

De orthopedisch chirurg had de maatschap tijdens de kennismakingsperiode opgezegd en hij was gaan werken bij OCON dat de orthopedische zorg binnen de Ziekenhuis Groep Twente (ZGT) uitvoert. OCON en de ZGT hebben vestigingen in Almelo en Hengelo. De orthopedisch chirurg was gevestigd in de locatie Almelo van de ZGT op ruim 28 kilometer afstand van het MST. In Almelo deed hij al zijn poliklinieken en spreekuren. Omdat de orthopedische chirurgie in de ZGT gelateraliseerd is kon hij zijn operaties echter alleen uitvoeren in Hengelo dat binnen het door het non-concurrentiebeding bestreken gebied van 20 kilometer ligt.

De standpunten van partijen

De maatschap MST vorderde in kort geding dat het de orthopedisch chirurg zou worden verboden om zijn werkzaamheden binnen OCON en de ZGT onmiddellijk te staken op straffe van een dwangsom. De orthopedisch chirurg stelde zich op het

standpunt dat het non-concurrentiebeding in strijd is met het kartelverbod in artikel 6 van de Mededingingswet. Verder was hij van mening dat hij het non-concurrentiebeding terecht had vernietigd op grond van dwaling of misbruik van omstandigheden. Hij voerde ook het verweer dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was dat de maatschap hem aan het non-concurrentiebeding wilde houden.

De beslissing van de rechter

De voorzieningenrechter komt tot het oordeel dat aannemelijk is dat de bodemrechter de orthopedisch chirurg niet zal verbieden om bij OCON in dienst te treden. De vaststaande feiten en omstandigheden zijn voor dat oordeel doorslaggevend.

De voorzieningenrechter vindt het in de eerste plaats van belang dat de orthopedisch chirurg slechts een deel van zijn werkzaamheden (de operaties) en dan ook nog het deel waarin hij de minste directe contacten met zijn patiënten heeft verricht in een gebied dat onder de reikwijdte van het non-concurrentiebeding valt. Bovendien lijkt de maatschap ook niet of nauwelijks rechtstreekse concurrentie van de orthopedisch chirurg te duchten te hebben. De orthopedisch chirurg legt zich namelijk toe op wervelkolomchirurgie, terwijl hij bij de maatschap geen patiënten heeft gezien die daarvoor in aanmerking kwamen.

Voor zover er al concurrentie te verwachten zou zijn als gevolg van de overstap van de orthopedisch chirurg naar OCON heeft hij volgens de voorzieningenrechter een heldere toezegging gedaan. Er is geen enkele reden om te veronderstellen dat de orthopedisch chirurg of OCON de uitvoering van die toezegging zou gaan frustreren. De voorzieningenrechter vindt ook van belang dat de orthopedisch chirurg er belang bij heeft om zijn ambities te kunnen realiseren om zich op de wervelkolomchirurgie toe te leggen.

Al tijdens de sollicitatieprocedure heeft de orthopedisch chirurg aan de maatschap kenbaar gemaakt dat hij zich in de wervelkolomchirurgie wilde specialiseren. Daarvoor was van groot belang dat hij in het MST met een neurochirurg samen zou kunnen werken. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de maatschap de orthopedisch chirurg tijdens zijn sollicitatieprocedure heeft voorgelaten dat samenwerking met de neurochirurg op het gebied van de wervelkolomchirurgie mogelijk was, terwijl de maatschap wist of had behoren te weten dat de vooruitzichten op die samenwerking bepaald niet rooskleurig waren.

Dat betekent naar het oordeel van de voorzieningenrechter dat alleszins aannemelijk is dat de gerechtvaardigde door de maatschap gewekte verwachtingen die de orthope-

disch chirurg bij zijn intreden in de maatschap had zijn beschaamd. Nu de maatschap de orthopedisch chirurg niet de mogelijkheden heeft kunnen bieden waarop hij mocht rekenen kan zij het hem volgens de voorzieningenrechter niet kwalijk nemen dat hij zijn heil elders heeft gezocht. Het is daarom onredelijk dat de maatschap de orthopedisch chirurg aan het non-concurrentiebeding wil houden.

Geen van al deze argumenten is volgens de voorzieningenrechter op zichzelf van doorslaggevende betekenis maar de combinatie van al die argumenten en de samenhang tussen die argumenten brengen de voorzieningenrechter tot de verwachting dat de bodemrechter de overstap van de orthopedisch chirurg naar OCON niet met een beroep op het non-concurrentiebeding zal beletten of beboeten. Daarom wordt het in kort geding gevorderde verbod afgewezen en wordt de maatschap in de kosten van het kort geding veroordeeld.

Commentaar

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter kan niet met voldoende zekerheid worden vastgesteld dat er sprake is geweest van dwaling. Vervolgens wijst de voorzieningenrechter de vordering om het non-concurrentiebeding na te leven af omdat het beroep op het beding naar het oordeel van de voorzieningenrechter naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Iedere tussen partijen als gevolg van een overeenkomst geldende regel is, zoals artikel 6:248 lid 2 BW bepaalt, niet van toepassing voor zover dat in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De beslissing van de voorzieningenrechter is op dit artikel gebaseerd.

Eén van de argumenten die de voorzieningenrechter aanvoert om zijn oordeel te onderbouwen is dat de maatschap tijdens de sollicitatieprocedure geen juiste voorstelling van zaken heeft gegeven over de mogelijkheden tot samenwerking met de neurochirurg. Daarom vindt de voorzieningenrechter dat alleszins aannemelijk is dat de gerechtvaardigde door de maatschap gewekte verwachtingen die de orthopedisch chirurg had zijn beschaamd.

Deze omstandigheden zouden echter eerder een beroep op dwaling rechtvaardigen. Als een partij onjuiste informatie geeft en daardoor bij de wederpartij een onjuiste voorstelling van zaken veroorzaakt of belangrijke informatie die hij had moeten mededelen verzwijgt, kan een overeenkomst op grond van artikel 6:228 BW worden vernietigd indien aannemelijk is dat de partij die dwaalde niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gecontracteerd als hij wel een juiste voorstelling van zaken had

gehad. Het is opmerkelijk dat de voorzieningenrechter enerzijds oordeelt dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat de overeenkomst op grond van dwaling terecht is vernietigd maar vervolgens (onder andere) op grond van argumenten die juist een beroep op dwaling kunnen rechtvaardigen tot het oordeel komt dat een beroep op het non-concurrentiebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Pieter Bergkamp

T +31 (0)24 381 31 53

E bergkamp@dirkzwager.nl

www.dirkzwagergezondheidszorg.nl

Het beroepsgeheim van de huisarts onder druk?

Eind vorig jaar liet de Inspectie voor de Gezondheidszorg zich kritisch uit over het optreden van de behandelaars van Tristan van der V. enkele jaren eerder: volgens de Inspectie hadden zij destijds hun geheimhoudingsplicht moeten doorbreken, omdat het dramatische schietincident op 9 april 2011 in Alphen aan den Rijn dan wellicht had kunnen worden voorkomen.

De Inspectie verweet de behandelaars dat zij ten onrechte de KNMG-richtlijn over het beroepsgeheim en de daaruit voortvloeiende zwijgplicht en het verschoningsrecht niet zouden hebben gevolgd. Zij zouden onvoldoende hebben stilgestaan bij een 'mogelijk persistent (ernstig) gevaar voor patiënt zelf en voor derden ten gevolge van mogelijk vuurwapenbezit, in combinatie met zijn fascinatie voor vuurwapens.' De Inspectie achtte dit ook mogelijk op grond van de KNMG-richtlijn 'Beroepsgeheim arts jegens politie en justitie'.

De uitspraak van de Inspectie is een teken dat de maatschappelijke opvattingen over het beroepsgeheim veranderd lijken te zijn. Het beroepsgeheim schijnt niet meer zo absoluut als voorheen.

Medio februari bracht de KNMG een herziene handreiking beroepsgeheim en politie/justitie uit. In dit artikel ga ik in op deze handreiking, de betekenis daarvan en de vraag of in de handreiking blijkt van een veranderde maatschappelijke opvatting.

Status handreiking

Anders dan een KNMG-richtlijn is een handreiking geen bindende regeling, waaraan leden van de KNMG zich moeten houden. Een handreiking heeft de status van advies en is bedoeld als praktisch hulpmiddel. In de handreiking staat expliciet dat de handreiking is geen nieuwe richtlijn is en dus geen nieuwe normen bevat.

Geheel vrijblijvend is dit advies echter niet. In jurisprudentie wordt door de rechter wel eens verwezen naar een handreiking, bijvoorbeeld om te beargumenteren of een arts zijn geheimhoudingsplicht wel of niet op de juiste wijze in acht genomen heeft.

Ook in eerdergenoemd inspectierapport over de zorgverlening aan Tristan van der V. bevatte een verwijzing naar de toenmalige handreiking. Kennis van de inhoud van de handreiking is dus van belang.

Wanneer zijn vragen over geheimhoudingsplicht aan de orde?

In het algemeen doet de vraag over de reikwijdte van de geheimhoudingsplicht zich voor in gevallen waarin patiënten van oordeel zijn dat de behandelend of keurend arts zijn beroepsgeheim geschonden heeft. De vraag is dan of hij dat onder de gegeven omstandigheden mocht. Voorbeelden van zaken waarin dit speelt zijn echtscheidingszaken waarin medische verklaringen worden afgegeven over de geestelijke gezondheidstoestand van een van beide partners, zaken waarin meldingen van kindermishandeling worden gedaan en zaken waarin melding wordt gedaan van (andere) strafbare feiten begaan door een patiënt.

Inmiddels hebben zich in de (tucht)jurisprudentie echter ook enkele casus voorgedaan waarbij de rechter van oordeel was dat de betreffende arts zijn geheimhoudingsplicht ten onrechte niet opzij had gezet. Deze zaken zijn nog een (grote) uitzondering, maar laten zien dat ook de rechtspraak inmiddels niet meer altijd uitgaat van een absoluut recht op geheimhouding, en het soms dus zelfs een plicht van de zorgverlener acht om het beroepsgeheim te doorbreken.

Geheimhouding tenzij ...

In beginsel heeft een arts een geheimhoudingsplicht ten aanzien van alle zaken die hij in zijn hoedanigheid als arts waarneemt of verneemt van en over zijn patiënt. Dit is een ruime plicht. Niet alleen vallen hieronder medische, maar ook niet-medische aangelegenheden. Het kan bovendien gaan om zaken die hij buiten zijn patiënt om te weten komt.

De geheimhoudingsplicht mag alleen doorbroken worden als daarvoor een wettelijke grondslag is of wanneer er een conflict van plichten bestaat. Van een wettelijke grondslag is bijvoorbeeld sprake in het geval van bepaalde infectieziekten, en wel op grond van de Wet publieke gezondheid. Een wettelijke grondslag bestaat er sinds 2010 ook ten opzichte van de Inspectie voor de gezondheidszorg. Op grond van de Kwaliteitswet zorginstellingen en de Wet big heeft de inspectie namelijk in het kader van de op haar rustende toezichthoudende taak inzage in medische dossiers. Dat recht op inzage is er overigens niet zonder meer. De inspectie mag pas tot inzage zonder toestemming van de patiënt overgaan als het vragen van toestemming vooraf van de Inspectie in redelijkheid niet kan worden gevergd of niet mogelijk is. Als het gaat om inzage in een enkel individueel geval, zal het vragen van toestemming in de regel wel mogelijk zijn. Vooral bij grootschalige onderzoeken of bij onderzoeken naar gevallen waarin de patiënt is overleden doet deze uitzondering op de geheimhoudingsplicht zich dus voor.

... conflict van plichten

Een conflict van plichten kan ontstaan wanneer een arts kennis krijgt van een misdrijf, gepleegd door een patiënt. Er ontstaat dan een spanningsveld tussen enerzijds de plicht om de geheimhoudingsplicht na te leven en anderzijds het belang om ernstige schade te voorkomen. Een beroep op een conflict van plichten kan pas worden gehonoreerd als de arts de volgende zaken in acht heeft genomen:

- 1 alles is in het werk gesteld om eerst toestemming van de patiënt te krijgen om de geheimhoudingsplicht te doorbreken;
- 2 de arts verkeert in gewetensnood als hij blijft zwijgen;
- 3 er is geen andere oplossing mogelijk;
- 4 het niet doorbreken van de zwijgplicht levert ernstige schade op voor een ander of voor de patiënt zelf;
- 5 het is vrijwel zeker dat door doorbreking van de geheimhoudingsplicht die schade kan worden voorkomen of beperkt.

Het ligt voor de hand dat een arts die op grond van een conflict van plichten zijn geheimhoudingsplicht doorbreekt hiervan aantekening maakt in het dossier, met vermelding van de afwegingen die hij hierbij heeft gemaakt. Dit is geen wettelijke plicht, maar de KNMG beveelt dit wel aan. Hetzelfde geldt overigens als de vraag naar het eventueel doorbreken van de geheimhoudingsplicht zich voordoet en de arts besluit om zijn plicht niet te doorbreken.

In de handreiking worden tal van voorbeelden gegeven van situaties waarin de het doorbreken van de geheimhoudingsplicht geoorloofd is. In vrijwel al die gevallen gaat het om situaties waarin het vrijwel zeker is dat een patiënt (opnieuw) een ernstig delict gaat plegen. Bijvoorbeeld een patiënt die aan zijn psychiater vertelt dat hij zijn ex-vrouw gaat opzoeken en 'rake klappen' gaat geven, hetgeen de arts als reële dreiging inschat. Of de kinderarts die bij een baby het 'shaken baby syndroom' constateert, vaststelt dat de vader hiervoor waarschijnlijk verantwoordelijk acht, en de vader een direct gevaar acht voor de baby en andere kinderen. In twijfelgevallen kan de arts het beste (geanonimiseerd) overleggen met een collega.

Geheimhouding in strafrecht niet meer zo absoluut

De geheimhoudingsplicht gaat in het strafproces gepaard met een zogeheten verschoningsrecht: de arts hoeft als getuige geen vragen te beantwoorden als hij daarmee zijn geheimhoudingsplicht zou schenden. Dit verschoningsrecht kan een arts ook inroepen tegenover de politie. De rechter toetst dit verschoningsrecht marginaal. Dat betekent dat hij een beroep op het verschoningsrecht honoreert zolang voldoende duidelijk is dat de arts de vragen niet kan beantwoorden zonder zijn beroepsgeheim te schenden.

In het Erasmus MC-arrest van 21 oktober 2008 heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat in gevallen waarin de arts zelf verdacht wordt van een strafbaar feit (bijvoorbeeld dood of ernstig lichamelijk letsel door schuld), het belang van waarheidsvinding prevaleert boven het verschoningsrecht en het daaraan ten grondslag liggende maatschappelijk belang dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het toevertrouwde om bijstand en advies tot een arts moet kunnen wenden. In geval van een ernstig vermoeden van verwijtbaar minder zorgvuldig of onzorgvuldig medisch handelen met voor de patiënt ingrijpende of fatale gevolgen, moet de patiënt er volgens de rechtbank, die hierover in eerste instantie oordeelde, er ook op kunnen vertrouwen dat medisch handelen ook een objectief en zo volledig mogelijk onderzoek wordt ingesteld. De Hoge Raad is het met deze redenering eens. De Hoge Raad heeft bovendien in het oordeel betrokken dat de rechtbank bij haar afweging groot gewicht heeft gehecht aan de veronderstelde toestemming van de patiënte. Het beroep op het verschoningsrecht kan daarom niet dienen tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de patiënt.

Sinds deze uitspraak is ook in lagere rechtspraak het beroep op het verschoningsrecht meermalen niet meer gehonoreerd als er een (serieuze) verdenking was van een misdrijf tegen de arts zelf.

Afgeleid beroepsgeheim

De geheimhoudingsplicht geldt niet alleen voor de arts zelf, maar ook voor anderen die in zijn praktijk werkzaam zijn, zoals secretariële medewerkers en doktersassistenten. Op dit moment is een zaak bij de Hoge Raad aanhangig over de reikwijdte van de geheimhoudingsplicht van de Inspectie die een dossier onder haar hoede had dat door een zorgverlener aan haar was verstrekt. Het ging om een gynaecoloog die borstvergrotingen uitvoerde in een kliniek te Den Haag. Op verzoek van de Inspectie had deze dossiers aan de Inspectie verstrekt. De Inspectie had deze dossiers vervolgens op vordering van de Officier van Justitie aan de Officier van Justitie verstrekt. Hoewel de Hoge Raad zelf nog niet tot een uitspraak is gekomen, is het oordeel van de Advocaat-Generaal op 7 februari 2012 wel al gepubliceerd. Deze oordeelt dat de Inspectie een afgeleide geheimhoudingsplicht heeft en om die reden niet zelfstandig tot een beslissing mag komen om dossiers aan de Officier van Justitie te verstrekken. Om die reden diende de Inspectie zich te richten naar het oordeel van de arts als 'originair verschoningsgerechtigde'. Als de Hoge Raad dit oordeel volgt, zou dit een belangrijke extra bescherming vormen voor de geheimhoudingsplicht in alle situaties waarin sprake is van een afgeleid beroepsgeheim. Door de Inspectie een inzagerecht toe te kennen is het beroepsgeheim immers kwetsbaarder geworden. Hetzelfde geldt

voor alle situaties waarin derden betrokken zijn bij verwerkingen van medische persoonsgegevens. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin elektronische patiëntendossiers zijn opgeslagen bij een externe server. Als de Hoge Raad dezelfde betekenis geeft aan 'afgeleid beroepsgeheim' zullen medische gegevens niet toegankelijk worden via een 'achterdeur'.

Bijzondere gevallen waarin geheimhoudingsplicht niet of minder geldt

In de handreiking wordt ook aandacht besteed aan strafbare feiten die tegen hulpverleners worden gepleegd. In toenemende mate hebben zorgverleners, zeker in de acute zorgverlening (spoedeisende hulp, huisartsenposten) te maken met geweld door patiënten of degenen die patiënten vergezellen. Volgens de handreiking mag aangifte worden gedaan, tenzij het agressieve gedrag van de patiënt een symptoom is van zijn ziekte. In dat geval moet de arts terughoudend zijn met het doen van aangifte. Pas als er intern geen oplossing kan worden gevonden, is aangifte dan een optie. Overigens moet de arts of de instelling zich ook inspannen om onveilige situaties zoveel mogelijk te voorkomen.

Een andere situatie waarin volgens de handreiking soepeler mag worden omgegaan met de geheimhoudingsplicht is bij grootschalige ongevallen en rampen (bijvoorbeeld Koninginnedag Apeldoorn 2009 of het schietincident in Alphen aan den Rijn in april 2011). In die situaties mogen artsen, zo mogelijk met toestemming van het slachtoffer, maar anders zo nodig met met diens veronderstelde toestemming informatie verstrekken aan politie of justitie in het kader van hun hulpverlenende taken informatie geven over het verblijf van de betrokkene in het ziekenhuis, zodat voor betrokkenen duidelijk is waar het slachtoffer zich bevindt.

Tot slot beschrijft de handreiking allerlei situaties waarin het beroepsgeheim onder druk staat, zoals bij het binnentreden van de praktijk of instelling, bij inbeslagneming van dossiers of andere gegevensdragers en inbeslagneming van incidentmeldingsgegevens.

Weinig nieuws in de handreiking

Buiten het implementeren van de ruimere bevoegdheid die in de jurisprudentie te lijkt te zijn gecreëerd voor het inbeslagnemen van medische dossiers als de arts zelf verdacht wordt van een strafbaar feit, bevat de handreiking niet veel nieuws. Het lijkt erop dat de Inspectie in haar rapport naar aanleiding van het schietincident in Alphen aan den Rijn in ieder geval bij de KNMG niet veel weerklank heeft gevonden. En dat is maar goed ook. Als die visie de heersende opvatting in het recht zou worden, ontstaat

voor zorgverleners daarmee feitelijk een spreekplicht op het moment dat aan de voorwaarden die in de KNMG-richtlijn worden beschreven is voldaan. Het lijkt erop dat de inspectie de maatschappelijke druk niet kon weerstaan om hard te oordelen over een situatie, die met de wetenschap van achteraf wellicht voorkomen had kunnen worden. Het signaal dat de inspectie daarmee afgeeft, leidt tot onzekerheid bij zorgverleners, gevaar voor onterechte doorbrekingen van het beroepsgeheim (met mogelijk strafrechtelijke of tuchtrechtelijke procedures voor die zorgverleners tot gevolg) en patiënten die meer op hun hoede zullen zijn alvorens hulp te zoeken of vrijuit te spreken tegen zijn zorgverlener. Dat is een onwenselijke ontwikkeling en het is maar zeer de vraag of drama's als Alphen aan den Rijn daarmee worden voorkomen.

Luuk Arends

T +31 (0)24 381 31 28

E arends@dirkzwager.nl

www.dirkzwagergezondheidszorg.nl

Zorgverleners niet tuchtrechtelijk aansprakelijk voor softwarefouten

Een individuele beroepsbeoefenaar kan er niet voor verantwoordelijk worden gehouden als patiëntengegevens als gevolg van een fout in de software onbedoeld beschikbaar worden voor andere zorgverleners. Dat is althans het oordeel van het Centraal Tuchtcollege in een uitspraak tegen een apotheker d.d. 14 juni 2012.

Casus

De betreffende apotheker had de patiëntengegevens van haar patiënten opgenomen in een elektronisch patiëntenbestand. Op 28 juli 2008 heeft de klager deze apotheker een brief geschreven waarin hij met het oog op de komst van het EPD aan de apotheker verbod om zonder zijn nadrukkelijke schriftelijke toestemming medische gegevens op een andere wijze aan derden te verstrekken. Expliciet gaf hij hierbij aan hij met derden 'medici en niet-medici' bedoelde.

De apotheker heeft in reactie op de brief van de klager aan hem meegedeeld dat zij aan zijn verzoek gevolg zou geven. Vervolgens heeft de apotheker in 2008 deelgenomen aan een nationaal OZIS verbetertraject, waarbij de via OZIS beschikbare patiëntenbestanden zijn opgeschoond. Bij deze opschoning zijn de patiëntgegevens van klager abusievelijk weer opengesteld voor derden.

Als gevolg daarvan zijn patiëntgegevens van klager in strijd met zijn brief van 2008 en zonder zijn toestemming verstrekt aan een samenwerkingsverband tussen openbare apotheken in de regio en het ziekenhuis. Dit wordt door de klager ontdekt en aan de apotheek meegedeeld. De apotheker schrijft daarop een excuusbrief, waarin zij een verklaring geeft waarom ze patiëntgegevens per ongeluk weer opvraagbaar zijn geworden.

Regionaal Tuchtcollege

In de tuchtprocedure klaagt de patiënt desondanks over het feit dat de gegevens beschikbaar zijn gekomen voor andere zorgverleners. Het regionaal tuchtcollege verklaart de klacht gegrond. Het regionale tuchtcollege is van oordeel dat met de wijze waarop in eerste instantie werd gepoogd te voorkomen dat de gegevens voor andere zorgverleners beschikbaar werden, het risico in het leven werd geroepen dat de blokkering bij een eventuele latere geautomatiseerde statuswijziging verloren zou

gaan, tenzij afzonderlijke waarborgen zouden zijn getroffen om tegen te gaan dat dit risico zich zou verwezenlijken. Nu blijkt dat patiëntengegevens inderdaad voor andere zorgverleners beschikbaar werden, terwijl niet gebleken is dat de apotheker waarborgen had getroffen om dit te voorkomen en klager bovendien expliciet kenbaar had gemaakt dat hij geen toestemming gaf voor verstrekking van zijn gegevens van derden, acht het tuchtcollege dit tuchtrechtelijk verwijtbaar.

Dat de gegevens niet ter beschikking zijn gekomen aan anderen die daarin geen inzage mochten hebben en dat de apotheker nadien correct heeft gehandeld om het probleem op te lossen doet hieraan volgens het tuchtcollege niet af. Het regionaal tuchtcollege legt daarom een waarschuwing op.

Centraal Tuchtcollege

Het Centraal Tuchtcollege vernietigt de uitspraak van het regionaal tuchtcollege en verklaart de klacht alsnog ongegrond. Volgens het Centraal Tuchtcollege maakte de apotheker gebruik van een algemeen geaccepteerd softwaresysteem, waarbij het softwarehuis de apotheker heeft voorgehouden dat de privacy van haar patiënten zou worden beschermd door de wijze waarop de apotheker de gegevens van de klager had afgeschermd.

Er was geen aanleiding om aan te nemen dat de apotheker redelijkerwijs niet op de deskundigheid van het softwarehuis had mogen vertrouwen. De apotheker had er daarom niet op bedacht hoeven zijn dat als gevolg van de 'landelijke opschoningsactie aangebrachte blokkeringen door een script van datzelfde softwarehuis ongedaan zouden worden gemaakt. Toen dat bekend werd heeft de apotheker volgens het Centraal Tuchtcollege adequaat gehandeld. De apotheker is bovendien overgeschakeld op andere software in de apotheek, om de privacy van haar patiënten in de toekomst beter te waarborgen.

Beschouwing

Uit de uitspraak kan worden gedestilleerd dat een individuele beroepsbeoefenaar er in ieder geval voor moet zorgen dat wanneer hij gebruik maakt van software om zijn patiëntendossiers elektronisch te beheren ervoor moet zorgen dat die software aan de algemene standaard voor veiligheidseisen voldoet.

Wanneer hij gebruik maakt van een algemeen erkend softwaresysteem van een softwareleverancier, mag de individuele beroepsbeoefenaar normaal gesproken op de deskundigheid van die leverancier vertrouwen. Ook is duidelijk dat een individuele

beroepsbeoefenaar het verzoek van een patiënt om zijn gegevens niet zonder zijn uitdrukkelijke (schriftelijke) toestemming beschikbaar te stellen aan derden in beginsel moet opvolgen, ook al gaat het daarbij om andere zorgverleners.

Luuk Arends

T +31 (0)24 381 31 28

E arends@dirkzwager.nl

www.dirkzwagergezondheidszorg.nl

Hof: ontoelaatbare beperking van de toegang tot niet-gecontracteerde zorgaanbieders door CZ

In een eerder artikel heb ik bericht over de vonnissen van de rechtbank Breda over de mate waarin een zorgaanbieder de vergoeding voor zorgverlening door niet-gecontracteerde zorgaanbieders kan beperken. In de betreffende zaak was sprake van zorgverlening waarvoor de NZa maximumtarieven had vastgesteld.

Het tarief voor de zorg die de betreffende zorgaanbieder (een verslavingskliniek) verleende, bedroeg ongeveer 25 duizend euro. CZ vergoedde de behandelingen aanvankelijk op basis van dat maximumtarief. Op enig moment stelde CZ echter dat het 'marktconforme tarief' – op basis van eigen berekeningen – slechts 5 duizend euro bedroeg en besloot daarom om voortaan nog slechts (75% van) dat bedrag te vergoeden aan deze zorgaanbieder. Daarmee dreigde een enorm gat te ontstaan in de begroting van de zorgaanbieder, die naar de rechter stapte. De voorzieningenrechter oordeelde – kort samengevat – dat sprake was van een zodanig verlaagde vergoeding dat feitelijk een drempel opgeworpen werd voor verzekerden om zich tot deze niet-gecontracteerde zorgaanbieder te wenden.

CZ kondigde destijds al aan in hoger beroep te gaan tegen de vonnissen. Inmiddels heeft het Hof te 's-Hertogenbosch arrest gewezen. De zorgaanbieder werd wederom in het gelijk gesteld. Het Hof volgde CZ niet in haar redenering dat het 'marktconforme tarief' vastgesteld kan worden door het gemiddelde te berekenen van de tarieven die andere (gecontracteerde) aanbieders hanteren voor alle kortdurende en langdurende behandelingen.

Het enkele feit dat CZ haar beleid op haar website kenbaar had gemaakt, betekende volgens het Hof niet dat verzekerden 'dus' hebben ingestemd met het beleid, zoals CZ meende. Naar het oordeel van het Hof is het gewraakte beleid van CZ bovendien niet in overeenstemming met de polisvoorwaarden van de CZ en ook niet met artikel 13 van de Zorgverzekeringswet. Artikel 13 van de Zorgverzekeringswet (Zvw) bepaalt dat iedere verzekerde het recht heeft om zich tot een niet-gecontracteerde aanbieder te wenden en dan recht heeft op *“een door de zorgverzekeraar te bepalen vergoeding van*

de voor deze zorg of dienst gemaakte kosten''. Uit de wetsgeschiedenis bij artikel 13 van Zorgverzekeringswet volgt dat zorgverzekeraars weliswaar kunnen bepalen dat zorgverlening door niet-gecontracteerde zorgaanbieders niet volledig wordt vergoed, maar dat de vergoeding niet zodanig laag mag zijn dat verzekerden zich feitelijk niet meer tot dergelijke aanbieders zullen (kunnen) wenden. Het Hof spreekt in deze zaak expliciet uit dat de wetgever met artikel 13 Zvw bedoeld heeft te verbieden dat een te hoge drempel wordt opgeworpen voor verzekerden om zich tot een niet-gecontracteerde aanbieder te wenden. Het Hof oordeelde dat de drempel die CZ opwierp in ieder geval te hoog was.

CZ had nog bepleit dat geen betekenis (meer) moest worden gehecht aan artikel 13 Zvw, omdat de Minister van VWS inmiddels had aangekondigd dit artikel te willen wijzigen teneinde zorgverzekeraars meer vrijheid te geven bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding die aan niet-gecontracteerde aanbieders betaald wordt. Het Hof ging terecht aan dat argument voorbij door op te merken dat het hier slechts een voornemen betreft van een bovendien demissionaire Minister.

Het arrest zal belangrijke gevolgen hebben voor de relatie tussen zorgverzekeraars en niet-gecontracteerde aanbieders. Van belang is daarbij dat zorgverzekeraars in hun polisvoorwaarden tot voor kort vergoedingpercentages hanteerden van 75-100%. Sinds 1 januari 2012 zijn er echter zorgverzekeraars die een percentage van 60% te hanteren. Het is de vraag of daarmee niet evenzeer de grens van het toelaatbare wordt overschreden. Nadere rechtspraak zal dat moeten uitwijzen.

Koen Mous

T +31 (0)24 381 31 53

E mous@dirkzwager.nl

www.dirkzwagergezondheidszorg.nl

Verplichting tot overdracht van honorariumomzetplafond

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam oordeelde op 28 maart jl. dat de redelijkheid en billijkheid onder omstandigheden met zich kan brengen dat een zelfstandig behandelcentrum (ZBC) verplicht is het toegekende honorariumomzetplafond over te dragen aan een andere kliniek, die – in dit geval – opgericht was door de in het ZBC werkzame specialisten.

Hoewel de voorzieningenrechter als uitgangspunt neemt dat het honorariumomzetplafond bij vertrek verbonden blijft aan de instelling en hierop slechts onder “zeer specifieke omstandigheden” een uitzondering wordt gemaakt, zijn de door de rechter in deze zaak beschreven “zeer specifieke omstandigheden” feitelijk helemaal niet zo specifiek, maar juist vrij algemeen.

Zo wijst de rechter op het feit dat de specialisten bevoegd waren hun toelatingsovereenkomst op te zeggen en op het feit dat de zorgverzekeraars als voorwaarde voor contractering gesteld hadden dat het in het ZBC opgebouwde honorariumomzetplafond zou worden overgeheveld naar het nieuwe behandelcentrum.

Op basis van de overwegingen van de voorzieningenrechter zou juist in zeer veel gevallen een plicht tot overdracht bestaan. Het valt te verwachten dat dit oordeel in verdere jurisprudentie wel (op zijn minst) genuanceerd zal worden.

Koen Mous

T +31 (0)24 381 31 53

E mous@dirkzwager.nl

www.dirkzwagergezondheidszorg.nl

Intellectuele Eigendom en IT-recht

Merken, handelsnamen, domeinnamen: wat bieden ze u?

Herkenning door het publiek is van essentieel belang voor bedrijven. Zowel de bedrijfsnaam als de naam van de aangeboden producten en diensten moeten zich daarom onderscheiden van de namen van concurrenten. Naast de naam kan ook gebruik worden gemaakt van andere onderscheidingstekens zoals logo's, kleuren en vormen. Hoe groter de onderscheidingskracht van de naam of het teken, hoe gemakkelijker het is om een goede marktpositie te verwerven en te behouden.

Het belang om onderscheidingstekens te beschermen

De concurrent moet niet met (nagenoeg) dezelfde naam voor zijn onderneming of product op de markt kunnen komen. Dan gaat de concurrent er immers vandoor met de vruchten van uw investeringen in naamsbekendheid en productontwikkeling. Als ondernemer wilt u exclusiviteit voor de gekozen onderscheidingstekens. Merken en handelsnamen bieden u die exclusiviteit.

Ook op internet moet uw bedrijf optimaal gevonden kunnen worden door het publiek. Een herkenbare domeinnaam – bij voorkeur uw bedrijfs- of productnaam gecombineerd met de .nl, .com of .eu extensie – is daarbij een belangrijk hulpmiddel. Bij de keuze van een bedrijfs- of productnaam moet derhalve ook worden onderzocht of de overeenstemmende domeinnaam nog wel beschikbaar is. In beginsel geldt namelijk: “wie het eerst komt, wie het eerst maalt”.

Het belang van deze pagina

De keuze van de juiste handelsnaam, domeinnaam en het juiste merk blijkt in de praktijk niet zo eenvoudig. De gekozen naam kan al in gebruik zijn bij een ander bedrijf of ongeschikt zijn om als merk of als handelsnaam te dienen.

Op op onderstaande vervolgpagina's worden de belangrijkste aspecten van merken, handelsnamen en domeinnamen op een rij gezet. Aangegeven wordt hoe exclusieve rechten kunnen worden verkregen en tegen wie de houder zich op grond daarvan kan beschermen. Voorts worden enkele handige tips gegeven over merken, handelsnamen en domeinnamen.

Nieuwe wetgeving e-commerce op komst: Consument krijgt 14 dagen bedenktijd

Op 7 juni 2011 is een persbericht verschenen op de website van het Europees Parlement waarin wordt aangegeven dat vertegenwoordigers van het Europees Parlement, de Europese Commissie en de Europese Raad een voorlopig compromis hebben bereikt over onder meer de bedenktijd bij e-commercetransacties. Wat houdt het compromis in? Enkele eerste kritische opmerkingen.

Achtergrond: jarenlange discussie

In Europa wordt al jaren gesproken over het versterken van consumentenbescherming bij online aankopen. Hoewel e-commercewetgeving al lange tijd bestaat (zoals de Richtlijn Koop op Afstand uit 1997 en de Richtlijn Elektronische Handel uit 2000), zijn de betreffende richtlijnen in de verschillende Europese lidstaten verschillend omgezet waardoor er tussen lidstaten verschillende regels gelden.

Hierdoor is een onwenselijke lappendeken van de consumentenbescherming ontstaan, aldus het persbericht. Het is de bedoeling dat een nieuwe richtlijn voor consumentenbescherming dit gelijk gaat trekken. Een bijna onmogelijke opgave, omdat dit betekent dat sommige lidstaten dan extra beschermingsmaatregelen zullen moeten nemen en andere lidstaten hun beschermingsniveau naar beneden zullen moeten bijstellen. Dit levert in ieder geval interessante discussies op.

Inhoud van compromis

Na uren van onderhandelen hebben vertegenwoordigers van genoemde de betrokken partijen een compromis gesloten over enkele bottlenecks. Uit het (summiere) persbericht volgt dat rechten van consumenten op sommige punten behoorlijk worden verstevigd, voor het overige is er niet veel nieuws onder de zon:

- 1 In de nieuwe richtlijn zullen consumenten 14 dagen bedenktijd krijgen bij online aankopen. Nu is dat nog 7 werkdagen.
- 2 Als de consument niet tijdig wordt gewezen op het bestaan van zijn herroepingsrecht dan wordt deze termijn verlengd tot 1 jaar (!). Nu is dat nog 3 maanden.

- 3 Als de consument een beroep doet op zijn herroepingsrecht dan moet de online retailer binnen 14 dagen het aankoopbedrag aan de consument terugbetalen. Nu is dat nog 30 dagen.
- 4 De online retailer moet het gekochte product binnen 30 dagen na de aankoopdatum afleveren. Deze termijn geldt in feite nu ook al.
- 5 De online retailer hoeft niet op te draaien voor de verzendkosten voor retournering van aankopen van boven de 40 euro zoals eerst werd geëist door het EP, maar moet wel bij de aankoop aangeven wat die kosten bedragen, zodat de consument zich hiervan bewust is en dit mee kan nemen in zijn aankoopbeslissing.
- 6 Deze regels gaan ook gelden voor tupperware-achtige thuisverkoop situaties (home party sales) en online veilingen. Bij veilingen geldt dit alleen voor aankopen van professionele verkopers op bijvoorbeeld Marktplaats.nl of Ebay.com, niet voor (niet-professionele) privé personen.
- 7 Deze regels gelden weer niet voor aankoop van muziek, films of software. Dat is ook niet nieuw, zei het dat de huidige Wet koop op afstand daarbij nog uitgaat van de verkoop van verzegelde dragers, zoals cd's, dvd's en die verzegeling verbroken is (dat is vandaag de dag wel een beetje ouderwets). Ook voor producten die op maat worden gemaakt en (papieren) kranten en tijdschriften gelden deze regels niet. Ook dat is niet nieuw.
- 8 Ook dient de online retailer de klant goed te informeren over zijn identiteit en locatie. Dit is ook niet nieuw.

Richtlijn consumentenbescherming

Hoewel deze regels nog niet vaststaan omdat ze nog moeten worden geaccordeerd door de Europese Parlement en de Europese Raad en worden geïncorporeerd in de nieuwe richtlijn, maakt dit compromis wel duidelijk dat er een aantal veranderingen op stapel staan die gunstig zijn voor consumenten. Tegelijk lijken zij ook niet veel nieuws onder de Nederlandse zon in te houden. Toch ben ik erg benieuwd naar de uiteindelijke inhoud van de nieuwe richtlijn en wat dit voor e-commerce in Nederland betekent. Volgens het persbericht zouden we in juni/juli 2011 meer moeten weten. Word dus vervolgd!

Ernst-Jan van de Pas

T +31(0)26 353 83 23

E vandepas@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerIET.nl

Merken, handelsnamen en domeinnamen: het beschermen waard!

De gespecialiseerde advocaten van de sectie IE-IT van Dirkzwager zijn graag beschikbaar om u met raad en daad bij te staan. Te allen tijde kunt u zich voor meer informatie omtrent de in deze brochure vermelde onderwerpen, of andere onderwerpen inzake IE- en IT-recht, wenden tot één van de advocaten van de sectie IE-IT. Op de contactpagina treft u de overige contactgegevens van de sectie.

T +31 (0)26 353 83 77

E ieit@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerIEIT.nl

De ingebrekestelling: waarom moet u hem versturen en wat moet daarin staan?

Het versturen van een deugdelijke ingebrekestelling kan cruciaal zijn voor de uitkomst van een juridische procedure. Opvallend genoeg wordt hier vaak weinig aandacht aan besteed of wordt een overeenkomst – doorgaans bij hoog oplopende frustratie – direct ontbonden zonder ingebrekestelling. Dit kan u duur komen te staan. Zo blijkt maar weer eens uit een uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 7 december 2011 tussen CTA Consulting en SoundSight Music. In deze bijdrage wordt ingegaan op deze uitspraak en op bovenstaande vragen.

Wat was er aan de hand?

SoundSight is een muziekproductiebedrijf dat voor opdrachtgevers diverse muziekstukken componeert. SoundSight beschikt over een database van 10.000 afgewezen voorstellen en wil deze via een webshop online te koop gaan aanbieden. Daarvoor heeft zij een website nodig, een database, een betalingssysteem en hostingdiensten. SoundSight raakt in gesprek met CTA voor het leveren daarvan. CTA brengt een offerte uit, die per e-mail wordt geaccordeerd door SoundSight, althans voor wat betreft het opstarten van het eerste traject (opstellen functionele productspecificaties). CTA gaat vervolgens voortvarend van start en voert alle geoffreerde werkzaamheden uit, ook die geen betrekking hebben op het eerste traject.

SoundSight is echter niet tevreden over het verloop van het project en besluit vlak voor de oplevering van de eerste versie van de website om de overeenkomst te beëindigen. Vast staat verder dat SoundSight de facturen van CTA onbetaald heeft gelaten (op 500 euro na met betrekking tot het eerste traject) en dat SoundSight weliswaar mondeling heeft aangegeven niet tevreden te zijn over het project, maar dat zij nooit een ingebrekestelling heeft gestuurd.

CTA is van mening dat de overeenkomst nooit (rechtsgeldig) is beëindigd en vordert (onder meer) betaling van de openstaande facturen alsmede schadevergoeding. Op haar beurt vordert SoundSight vergoeding voor de door haar geleden schade.

Oordeel van de rechter: Geen ingebrekestelling = geen verzuim CTA = geen ontbinding = SoundSight moet facturen betalen en schade vergoeden

De rechtbank stelt eerst vast wat de inhoud van de overeenkomst was. Was de offerte van 28 juli 2008 volledig aanvaard of alleen maar voor het eerste deel? Aangezien SoundSight geen blijk van enig bezwaar heeft gegeven tegen het uitvoeren van de overige geoffreerde werkzaamheden, oordeelt de rechtbank dat SoundSight impliciet (tevens) haar toestemming had gegeven voor het uitvoeren daarvan. Alleen over de prijs van het database abonnement bestond naar het oordeel van de rechtbank geen overeenstemming. Daarover mogen partijen zich later nog uitaten.

Voor ontbinding is noodzakelijk dat CTA in verzuim is ten aanzien van de nakoming van de overeengekomen werkzaamheden of dat het niet meer (blijvend) mogelijk is dat die werkzaamheden nog correct worden nagekomen. De rechtbank oordeelt dat de werkzaamheden nog kunnen worden uitgevoerd (de website kon nog steeds worden opgeleverd) en stelt vast dat CTA ten onrechte niet in gebreke is gesteld. SoundSight heeft nog geprobeerd om met een beroep op de redelijkheid en billijkheid aan te voeren dat het versturen van een ingebrekestelling niet nodig was. De rechter maakt daar korte metten mee en overweegt dat het versturen van een ingebrekestelling niet nodig is als dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is en oordeelt: *“Gelet op de functie van een ingebrekestelling zal niet snel aan dit criterium worden voldaan”*.

Nu een ingebrekestelling ontbrak oordeelt de rechtbank dat er geen sprake is van verzuim, dat de overeenkomst daardoor niet is ontbonden en dus nog van kracht is, dat SoundSight ten onrechte de facturen van CTA onbetaald heeft gelaten en veroordeelt SoundSight tot betaling daarvan. Omdat CTA de overeenkomst zelf gedeeltelijk heeft ontbonden, namelijk voor dat deel dan nog niet was uitgevoerd, wordt SoundSight veroordeeld tot betaling van vervangende schadevergoeding. Die schadevergoeding houdt in de voor die werkzaamheden overeengekomen vergoedingen minus de besparingen die CTA heeft genoten als gevolg van het feit dat zij die resterende werkzaamheden niet hoeft te verrichten.

De functie en inhoud van een ingebrekestelling

Deze uitspraak laat weer eens zien wat het belang van een goede ingebrekestelling is. Als er wel een deugdelijke ingebrekestelling was gestuurd, dan zou deze zaak heel anders kunnen hebben gelopen. Opvallend is dat de rechtbank refereert ook aan de functie van de ingebrekestelling. Wat houdt dit eigenlijk in? Waarom moet u die

versturen? Een ingebrekestelling is niet bedoeld om verzuim vast te stellen of te creëren, maar dient om de schuldenaar nog een laatste (reële) kans te geven om deugdelijk te presteren. Doet hij dat niet dan raakt hij in verzuim (zie bijvoorbeeld HR 22 oktober 2004, LJN AO9490).

Wat moet in een ingebrekestelling staan? Op grond van artikel 6:82 BW moet een ingebrekestelling een schriftelijke aanmaning zijn waarin (in beginsel) aan de schuldenaar een redelijke termijn voor de nakoming wordt gesteld. Een redelijke termijn is een redelijke termijn, niet standaard 14 dagen of 30 dagen wat vaak wordt gedacht. Afhankelijk van de situatie kan dit zelfs enkele maanden beslaan of slechts een paar uur. Daarnaast moet ook vermeld worden wat er gebeurt als uw wederpartij niet binnen de gestelde termijn alsnog presteert. Denk in ieder geval aan een aansprakelijkstelling voor uw schade of aan het vooruitzicht dat u dan overgaat tot ontbinding van de overeenkomst. Dit laatste wordt in de praktijk vaak als erg dwingend en dreigend gezien en daarom weggelaten ("We hebben ze nog wel nodig"). U loopt dan wel het risico dat een rechter uw ingebrekestelling onvoldoende acht, met als gevolg dat uw vorderingen die daarop gestoeld zijn, worden afgewezen (zie ook hiervoor).

Moet u altijd een ingebrekestelling versturen? Nee, het versturen van een ingebrekestelling is op grond van de wet (artikel 6:83 BW) niet altijd nodig. Zo hoeft dit bijvoorbeeld niet als er aan fatale leveringstermijn (of betalingstermijn) is afgesproken die wordt overschreden of als uw wederpartij aangeeft dat hij niet meer zal nakomen. Ook bij een onrechtmatige daad of schadeclaim die voortvloeit uit wanprestatie is een ingebrekestelling niet vereist. Maar let op! In veel contracten en algemene voorwaarden staat dat er altijd een ingebrekestelling nodig is voordat u kunt ontbinden en schadevergoeding kunt claimen. Dit gebeurt onder meer in de FENIT en ICT-Office voorwaarden. Dit hoeft niet erg te zijn, maar u moet hier wel op bedacht zijn. Dergelijke afspraken die tussen partijen zijn overeengekomen "overrulen" namelijk het wettelijke systeem.

Ernst-Jan van de Pas

T +31 (0)26 353 83 23

E vandepas@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerIETT.nl

Waarom de cookiewet zou moeten worden afgezwakt en de privacywet zou moeten worden aangescherpt.

Over de nieuwe cookiewet is erg veel te doen geweest. De meeste berichten gaan over (allerlei technische details rondom) de uitleg van die wet. In deze korte bijdrage wil ik laten zien dat er vraagtekens geplaatst kunnen worden bij het bestaan en de achterliggende gedachte van de cookiewet.

Cookies zelf zijn passief

Over cookies doen allerlei (spook)verhalen de ronde. Het is van belang de feiten niet uit het oog te verliezen. Cookies zijn kleine tekstbestandjes waarin een beperkte hoeveelheid informatie kan worden opgeslagen (ongeveer 4 kilobyte). Cookies doen uit zichzelf helemaal niets. Ze zijn daarmee ook niet te vergelijken met virussen, trojans of andere (kwaadaardige) programma's.

Analyse van cookies vindt op servers plaats

Cookies worden geplaatst, en later weer uitgelezen of bewerkt, door de software van een webserver. Het is op die server waar de inhoud van het cookie (vaak niet meer dan een uniek getal of een gebruikersnaam) verder kan worden geanalyseerd. En het is die verdere analyse – die dus op de server van de websitehouder plaatsvindt en niets meer met het oorspronkelijke cookie te maken heeft – die mogelijk privacy-rechtelijke implicaties heeft. Ik zal dat hierna uitwerken.

Voor analyse persoonsgegevens bestaat al lang een wettelijk kader

In een marketingcontext worden cookies veelal gebruikt om advertenties toe te spitsen op de individuele behoeften van de betreffende internetter. Die herleidbaarheid naar individuele behoeften, brengt waarschijnlijk met zich mee dat de betreffende verwerking dient te voldoen aan de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). Uit de opinie van de gezamenlijke privacytoezichthouders over het begrip persoonsgegevens blijkt immers (kort samengevat) dat al van persoonsgegevens wordt gesproken als de gegevens *individualiseerbaar* zijn (*identificeerbaarheid* is niet vereist). Het analyseren van die individualiseerbare gegevens is dus aan te merken als een *verwerking van persoonsgegevens* en die verwerking dient daarmee (dus) te voldoen aan de Wbp.

Hoewel dat kader niet uitblinkt in duidelijkheid

De Wbp bevat al vanaf dag 1 een juridisch kader voor het verwerken van persoonsgegevens voor marketingdoeleinden. Algemeen wordt aangenomen dat de grondslag voor het verwerken van persoonsgegevens in het kader van marketingdoeleinden is gelegen in artikel 8 sub f WBP. In de memorie van toelichting bij de WBP staat zelfs letterlijk dat *'wanneer een bedrijf zijn cliëntgegevens wil benutten voor het doen van een mailing om een nieuw product onder hun aandacht te brengen (directmarketing)'* in beginsel kan worden aangenomen dat dit gerechtvaardigde belang voor de gegevensverwerking bestaat.

Het lastige is echter: de grondslag van artikel 8 sub f Wbp (het gerechtvaardigd belang) is de meest vage grondslag die er is voor het verwerken van persoonsgegevens. Deze grondslag vereist namelijk dat bij een concrete verwerking moet worden afgewogen of het belang van de betrokkenen niet prevaleert boven het belang van de verantwoordelijke. Daarbij moeten alle relevante omstandigheden van het geval, waaronder ook de proportionaliteit en de subsidiariteit, worden meegewogen. Dat is voor een abstracte regel wellicht nog wel logisch om zo te bepalen, maar dit maakt dit wetsartikel in de praktijk wel verdraaid lastig toepasbaar. Waar ligt immers de grens? Wanneer moet je aannemen dat een marketingactie te ver gaat en het privacybelang van de betrokkenen moet prevaleren?

In plaats van duidelijke norm, strenge regels over gebruikte hulpmiddelen

In plaats van deze vage norm aan te scherpen, heeft de wetgever ervoor gekozen om een veelgebruikt middel voor het uitvoeren van dergelijke online marketinganalyses te verbieden (het cookieverbod), kennelijk in de gedachte dat hiermee de privacy van de internetter beter wordt geborgd. Wat mij betreft een hele vreemde keuze, omdat het cookie zelf niet zo veel doet en de privacyimplicaties juist gelegen zijn in de achterliggende verwerking op de server. Het is alsof (de productie van) de video-recorder wordt verboden omdat met een dergelijk apparaat inbreuk op intellectuele eigendomsrechten gemaakt zou kunnen worden.

Voorts wordt maar tot op zekere hoogte erkend dat cookies (om allerlei technische redenen) ook zeer nuttige toepassingen hebben. Cookies die "functioneel" van karakter zijn mogen zonder toestemming worden geplaatst. Dit leidt dan ook tot hele lastige discussie over welke cookies als functioneel zijn te beschouwen en dus niet onder het cookieverbod zouden moeten vallen. Het is nu al wel te voorzien dat die discussie over het al dan niet functioneel zijn van een handeling die onder het cookie-

verbod valt of zou kunnen vallen, bij de ontwikkeling van iedere nieuwe techniek steeds opnieuw weer zal opspelen. Alleen al omwille van de rechtszekerheid, maar ook omwille van de verdere innovatie in de ICT, lijkt me dit niet wenselijk.

Onverklaard verschil tussen online en offline marketing

Bovendien leidt dit verbod tot lastig te verklaren verschillen in normen voor online en offline marketing. Bij offline marketing worden immers, net zo goed als bij online marketing, uitgebreide profielen van consumenten opgebouwd en gebruikt voor diverse marketingacties. Het enkele bestaan van initieven als Postfilter om je uit te schrijven voor de ontvangst van dergelijke offline (veelal gepersonaliseerde) reclame, evenals het gegeven dat in adressenbestanden wordt gehandeld, bevestigt dit. Deze offline verwerking van persoonsgegevens moet nog steeds worden getoetst aan de vage norm van artikel 8 sub f WBP.

Was het niet veel logischer geweest om de norm van artikel 8 sub f Wbp te concretiseren, zodat zowel voor online als offline marketing duidelijk is wat er wel en wat er niet in het kade van marketingactiviteiten met persoonsgegevens mag worden gedaan?

Nu moet immers zowel voor offline als online marketing worden getoetst of wordt voldaan aan artikel 8 sub f Wbp, zij het dat bij online marketing ook om toestemming aan de betrokkenen moet worden gevraagd wanneer in dat marketingproces cookies als hulpmiddel zijn gebruikt.

Wanneer daarbij ook nog bedacht wordt dat de cookiewet door de OPTA en de Minister in de in de praktijk wordt uitgelegd als het verbod op het online volgen (zie daarvoor over eerdere blogberichten), dan zou zelfs kunnen worden geconcludeerd dat eigenlijk sprake is van een normverschuiving: voor profielenopbouw in online marketing is toestemming nodig, terwijl voor profielenopbouw bij offline marketing een gerechtvaardigd belang volstaat. Dat verschil is naar mijn idee niet goed te verklaren c.q. te rechtvaardigen. Verdient de privacy van de burger bij offline marketing volgens de wetgever dan geen bescherming?

Mark Jansen

T +31 (0)26 353 83 23

E m.jansen@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerIET.nl

Mislukte SAP-implementatie: Budgetoverschrijding van 16 miljoen dollar geen tekortkoming

In deze zaak tussen Nalco en IBM oordeelde het Gerechtshof Den Haag onlangs dat IBM niet toerekenbaar tekort is geschoten jegens opdrachtgever Nalco, ondanks een budgetoverschrijding van maar liefst 16 miljoen dollar (op een oorspronkelijke raming van circa 10 miljoen dollar) en een te late oplevering (januari 2005 in plaats van april 2004). Hoe kan dit?

Relevante feiten

Ik hoor u denken: Dat heeft vast en zeker te maken met de inhoud van de gemaakte afspraken en de relevante feiten. En dat is juist. De relevante feiten luiden als volgt: Op 20 december 2002 heeft Nalco met IBM een overeenkomst gesloten voor de configuratie en de Europese implementatie door IBM van SAP-software. De omvang van de werkzaamheden is nader uitgewerkt in een bijlage (Statements of Work, of SOW). Daarin zijn geen harde opleverdata overeengekomen en de diensten zouden door IBM op basis van nacalculatie ('on a time and materials basis') worden verricht. IBM heeft een inspanningsverbintenis om de opleverdata te halen ('to use its reasonable efforts to meet such dates'). IBM zou Nalco schriftelijk informeren indien zij vertragingen verwacht of zou tegenkomen.

De oorspronkelijke totale ingeschatte kosten bedroegen circa 10.000.000 USD voor de uitrol in Europa. De uitrol van Noord Amerika viel in eerste instantie niet binnen het project. Gedurende het project werd de omvang van het werk (scope) bijgesteld en werden in dat kader nieuwe afspraken gemaakt, welke afspraken op 9 juli 2004 in een 'Change Authorisation' zijn vastgelegd. Daarin is een nieuwe schatting van de planning vastgesteld, zijn nieuwe uren- en kosteninschattingen opgenomen en is de scope van het werk uitgebreid (nu ook met uitrol van Noord Amerika).

Geen sprake van een tekortkoming

Nalco meent dat IBM toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomst en verplicht is de schade te vergoeden die zij als gevolg daarvan heeft geleden. Nalco stelt daartoe dat IBM (a) het project niet in april 2004 maar pas in

januari 2005 heeft opgeleverd en het budget van circa 10.000.000 USD met 16.000.000 USD (!) heeft overschreden (b) Nalco niet tijdig heeft geïnformeerd dat het oplevertijdstip mogelijk niet zou worden gehaald en (c) software (code) heeft geleverd die niet naar behoren werkten.

De rechtbank heeft de vordering van Nalco op 29 juli 2009 afgewezen. In hoger beroep worden de vorderingen ook afgewezen. Kort samengevat oordeelt het hof dat Nalco eraan voorbij gaat dat er nieuwe afspraken zijn gemaakt in de Change Authorisation. Daarmee heeft Nalco ingestemd met een wijziging van het oorspronkelijke overeengekomen oplevertijdstip en het oorspronkelijk overeengekomen budget. Omdat IBM het gewijzigde oplevertijdstip en het nader geschatte budget uiteindelijk wel heeft gehaald, is naar het oordeel van het hof geen sprake van een toerekenbaar tekortschieten door IBM.

Ook de stelling van Nalco dat IBM haar niet tijdig heeft geïnformeerd, wordt niet gehonoreerd door het hof. Naar het oordeel van het hof was Nalco al enkele maanden voor april 2004 op de hoogte van het feit dat de oorspronkelijke opleverdatum van april 2004 niet haalbaar zou zijn en het budget niet toereikend zou zijn.

Nalco rechten voorbehouden?

Nalco voert nog aan dat zij haar reeds opgebouwde rechten ten aanzien van de overschrijding van de oorspronkelijke opleverdatum en het oorspronkelijke budget heeft voorbehouden en stelt dat de enkele omstandigheid dat zij het 'Change Authorisation' heeft ondertekend, niet betekent dat zij geacht zou kunnen worden afstand te hebben gedaan van enig recht of enige vordering die zij uit hoofde van de oorspronkelijke overeenkomst jegens IBM zou hebben.

Het hof is echter (zeer kort samengevat) van oordeel dat uit de Change Authorisation voldoende duidelijk naar voren komt dat partijen hun oorspronkelijke afspraken hebben verlaten en dat Nalco daarbij geen voorbehoud meer heeft gemaakt ten aanzien van haar eerder opgebouwde rechten:

“Met de 'Change Authorisation' hebben partijen immers niet alleen een nieuw oplevertijdstip afgesproken maar zijn zij daarenboven overeengekomen om dat te doen in de vorm van een wijziging van de overeenkomst, meer bepaald een wijziging van de eerste SOW en het daarin opgenomen oorspronkelijke oplevertijdstip. Voorts heeft Nalco zich in de 'Change Authorisation' niet alle rechten voorbehouden, zoals in haar brief van 25 juni 2004, maar heeft zij zich alleen haar overige rechten voorbehouden,

haar rechten dus die geen betrekking hebben op het oorspronkelijke oplevertijdstip en budget, voorbehouden."

Commentaar

Deze zaak is een voorbeeld van een klassiek IT-geschil waarin budgetten (zeer ruim) worden overschreden en opleverdata niet worden gehaald. De uitkomst van de kwestie lijkt op eerste gezicht misschien wrang maar na bestudering van de feiten en de tussen partijen gemaakte (nieuwe) afspraken is de uitkomst toch goed te begrijpen.

Deze zaak toont ook aan dat als tussendoor nadere afspraken worden gemaakt over het afronden van het project of het bijstellen van het project, goed moet worden opgepast dat eerder opgebouwde rechten niet worden prijsgegeven. Soms is uitdrukkelijk de bedoeling als discussies moeten worden afrond maar soms ook niet. In dat laatste geval is het van belang om een goed voorbehoud te maken. In deze kwestie vond het gerechtshof dat het in het 'Change Authorisation' opgenomen voorbehoud te mager was en overrule dat nieuwe magere voorbehoud het kennelijk eerder bij brief gemaakte ruimere voorbehoud.

Deze zaak laat aan de andere kant ook zien hoe weerbarstig de praktijk kan zijn bij dit soort grootschalige IT-projecten en hoe lastig het is om die IT-projecten budgettair en qua doorloop in de hand te houden. Het is dan ook wederom een aansporing voor iedereen die met dit soort zaken bezig is, om (1) goede contracten op te stellen met heldere afspraken over doorlooptijd en prijs en vooral ook (2) tussendoor ook aan goed contractmanagement te doen.

Ernst-Jan van de Pas

T +31 (0)26 353 83 23

E vandepas@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerIEIT.nl

Ondernemings- recht

Tegenstrijdig belang

Op 31 mei 2011 is door de Eerste Kamer het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht ^[1] aangenomen. Het wetsvoorstel bevat, onder andere, een nieuwe regeling voor tegenstrijdig belang. De huidige regeling, gericht op vertegenwoordiging, verdwijnt en wordt vervangen door een regeling waarin besluitvorming centraal staat.

In de nieuwe regeling is bepaald dat bestuurders en commissarissen in geval van tegenstrijdig belang niet deelnemen aan de besluitvorming ter zake. Bij tegenstrijdig belang is voortaan steeds de raad van commissarissen of de algemene vergadering van aandeelhouders bevoegd.

Schending van de huidige regeling van artikel 2:256 BW leidde tot ongeldigheid (nietigheid) van de rechtshandeling die tot stand kwam als gevolg van een besluit waarbij een bestuurder ten onrechte als vertegenwoordiger van de vennootschap had opgetreden. De wederpartij bij die rechtshandeling werd daardoor ook getroffen door het gebrek in de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Onder de nieuwe regeling kan de vernietiging van een dergelijk besluit worden ingeroepen, wanneer een belanghebbende meent dat de belangen van de vennootschap door de rechtshandeling zijn geschaad. De verrichte rechtshandeling blijft in beginsel intact, hetgeen de rechtszekerheid ten goede komt.

In rechtspraak naar aanleiding van artikel 2:256 BW is de invulling van die regeling al behoorlijk uitgekristalliseerd. In het arrest Bruil ^[2] heeft de Hoge Raad een concrete toets gegeven voor het beantwoorden van de vraag of er sprake is van tegenstrijdig belang. Deze toets houdt in dat er voor een succesvol beroep op tegenstrijdig belang (door een derde) steeds sprake moet zijn van een persoonlijk belang van de bestuurder. Een louter kwalitatief tegenstrijdig belang (bijvoorbeeld, bestuurder is tevens bestuurder bij de wederpartij van de vennootschap) volstaat niet.

Ook staat sinds het arrest Nieuwe Steen ^[3] vast dat wanneer de algemene vergadering van aandeelhouders geen gebruik maakt van haar bijzondere vertegenwoordigingsbevoegdheid bij tegenstrijdig belang van een bestuurder, die bestuurder niettemin vertegenwoordigingsbevoegd blijft, ook wanneer de bestuurder de algemene vergadering van aandeelhouders niet tijdig over zijn tegenstrijdig belang heeft geïnformeerd.

De Hoge Raad heeft zich in oktober 2011 ^[4] nogmaals uitgesproken over tegenstrijdig belang. Voormelde overwegingen werden in dit arrest herhaald. Het vonnis bevat echter ook een nieuwe overweging: de verplichting van het bestuur om de algemene vergadering van aandeelhouders tijdig te informeren ingeval van een tegenstrijdig belang strekt zich uit tot alle vergadergerechtigden, dus ook tot houders van (bewilligde) certificaathouders. In deze zaak werd door een bestuurder betoogd dat hij de algemene vergadering van aandeelhouders niet hoefde te informeren over een tegenstrijdig belang, omdat hij tevens bestuurder was van de enige aandeelhouder van die vennootschap.

De aandeelhouder moest volgens de bestuurder daarom geacht worden op de hoogte te zijn van het tegenstrijdig belang. Met die opvatting is de Hoge Raad het nadrukkelijk niet eens, hij overweegt dat de informatieverplichting van de bestuurder inhoudt dat de algemene vergadering van aandeelhouders, te weten, alle vergadergerechtigden, over een tegenstrijdig belang worden geïnformeerd. Daar doet de 'samenloop' op het niveau van het bestuur van de vennootschap en de aandeelhouder van de vennootschap niet aan af.

Naar alle waarschijnlijkheid komt de huidige regeling per 1 juli 2012 te vervallen. De werking van de nieuwe regeling zal ongetwijfeld nader invulling krijgen in de praktijk alsmede in komende rechtspraak.

Eva Nass

T +31 (0)26 353 83 10

E nass@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl

[1] Wetsvoorstel Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen.

[2] Hoge Raad 29 juni 2007, JOR 2007/169.

[3] Hoge Raad 21 maart 2008, JOR 2008/124.

[4] Hoge Raad 14 oktober 2011, JOR 2011/363.

NMa richt haar pijlen ook op het MKB

Bij besluit van 20 december 2011 heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) vastgesteld dat tien glazenwassers in 2006 het kartelverbod hebben overtreden. De betreffende glazenwassers hebben toentertijd afgesproken om de straten uit de nog op te leveren nieuwbouwwijk De Hoornse Zoom in de gemeente Delft onderling te verdelen, waardoor (toekomstige) bewoners van deze wijk de vrijheid zou worden ontnomen om een glazenwasser naar keus in te schakelen.

Hoewel de marktverdelingsafpraak van de glazenwassers wordt aangemerkt als zeer ernstige inbreuk op het mededingingsrecht, heeft de NMa slechts boetes opgelegd van EUR 1.000,- per deelnemende glazenwasser. De hoogte van de boete wordt namelijk vastgesteld aan de hand van de omzet die met de zaak is gemoeid, danwel de omzet van de betrokken ondernemingen. Logischerwijs is de betrokken omzet bij een glazenwasserskartel beduidend lager dan de betrokken omzet van de kartels waarbij multinationals zijn betrokken. Dit neemt uiteraard niet weg dat een boete van EUR 1.000,- voor de glazenwassers (veelal eenmanszaken) wel degelijk hard aan kan komen.

Saillant detail is dat de glazenwassers geen uitvoering hebben kunnen geven aan de gemaakte marktverdelingsafpraak, omdat de FIOD reeds in de branche had ingegrepen vanwege vermoedelijke fraude met omzet- en loonbelasting en het vermeende afpersen van pachters in de glazenwasserbranche. Het feit dat de afspraak niet ten uitvoer is gelegd, betekent echter niet dat de NMa geen boete kan opleggen op het moment dat een mededingingsbeperkend doel is vastgesteld.

Het besluit van de NMa maakt duidelijk dat zij niet noodzakelijkerwijs terugschrikt om MKB'ers te beboeten die het kartelverbod overtreden. Waarschijnlijk beoogt de NMa aldus een signaal af te geven aan het MKB inhoudende dat ook het MKB rekening moet houden met de bepalingen uit de Mededingingswet. De NMa zal namelijk ook handhavend optreden bij afspraken van het MKB die het doel hebben om de mededinging op de relevante markt merkbaar te beperken.

Het Hoofdbedrijfschap Ambachten heeft inmiddels het initiatief genomen om een openbaar register te gaan gebruiken waarin particuliere glazenwassers kunnen worden opgenomen, indien zij de keuzevrijheid van de consument respecteren, als glazenwasser herkenbaar zijn en legitimatie dragen. De NMa juicht een dergelijke

kwaliteitsregeling toe zolang deze niet mededingingsbeperkend uitpakt. Daarvoor is het op grond van (onder meer) de op (Europese) rechtspraak gebaseerde Richtsnoeren samenwerking ondernemingen noodzakelijk dat de eisen voor toetreding tot het register objectief, niet-discriminerend en vooraf duidelijk zijn.

Sjaak van der Heul

T +31 (0)24 381 31 27

E vanderheul@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl

Aansprakelijkheid voor besmetting met rhinovirus

De uitbraak van het gevaarlijke Rhinovirus heeft hippisch Nederland stilgelegd. Nadat het virus eerder al was uitgebroken in Heumen, Berg en Dal en Driel, zouden er afgelopen week weer nieuwe gevallen de kop hebben opgestoken. Reden voor de Koninklijke Nederlandse Hippische Sportbond (KNHS) om de Nederlandse Indoorkampioenschappen van afgelopen weekend en komend weekend af te gelasten. Uit angst voor besmettingen hebben vele andere ruitersportverenigingen hebben dit voorbeeld gevolgd. Ruiters wordt geadviseerd om niet van huis te gaan.

Maar wat nu als een ruiter zijn met Rhino besmette paard toch meeneemt naar gelegenheden waar andere paarden zijn. Is deze ruiter aansprakelijk voor de schade van andere eigenaren als gevolg van het overbrengen van het Rhinovirus?

Deze vraag dient te worden beantwoord aan de hand van het zogenaamde Zeuggeel 113 arrest van de Hoge Raad uit 1984. (NJ 1984, 415). Het ging in dit arrest om een besmet varken van boer Swinkels dat uitbreekt en terecht komt in de varkensstal van boer Bardoel waar het andere varkens besmet. Boer Bardoel stelt boer Swinkels aansprakelijk voor de door hem geleden schade. De Hoge Raad wijst de aansprakelijkheid af. Volgens de Hoge Raad zou boer Swinkels slechts dan aansprakelijk zijn indien hij op de hoogte was of behoorde te zijn van de besmetting en hij met het oog daarop het contact met andere varkens had behoren te voorkomen.

Dus als een ruiter weet dat zijn paard besmet is met levensgevaarlijke Rhinovirus en zijn paard desalniettemin bewust in contact laat komen met andere paarden, dan is hij in beginsel aansprakelijk voor de schade van besmetting van andere paarden.

Marieke van Dongen

T +31 (0)24 381 31 27

E vandongen@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl

Flex-weetje Vaststellen jaarrekening en kwijting/décharge

De wetgever is al enige jaren bezig met nieuwe wetgeving die de B.V. aanzienlijk flexibeler zal maken (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht). Dit wetsvoorstel zal op 1 oktober 2012 in werking treden.

Reden voor ons om u alvast voor te bereiden op deze nieuwe wetgeving en wekelijks een zgn. "Flex-weetje" op onze kennispagina's te publiceren.

Vaststellen jaarrekening en kwijting/décharge

Wist u dat onder het nieuwe B.V.-recht: Het vaststellen van de jaarrekening tevens weer automatisch kan strekken tot kwijting aan de bestuurders en eventuele commissarissen?

Toelichting

Onder het huidige recht strekt vaststelling van de jaarrekening niet automatisch tot kwijting aan een bestuurder of een commissaris. Hiervoor is een apart aandeelhoudersbesluit nodig.

Het nieuwe recht bepaalt in artikel 2:210 lid 5 BW dat indien alle aandeelhouders tevens bestuurder van de vennootschap zijn, de ondertekening van de jaarrekening door alle bestuurders en commissarissen tevens geldt als vaststelling van de jaarrekening door de algemene vergadering. Bovendien strekt de vaststelling dan tevens tot kwijting aan de bestuurders en commissarissen. Een apart besluit is dus niet meer nodig. Voorwaarde hiervoor is wel dat alle andere vergadergerechtigden (denk aan certificaathouders of pandhouders met vergaderrechten) in de gelegenheid zijn gesteld om kennis te nemen van de jaarrekening en met deze wijze van vaststelling hebben ingestemd.

Wil een vennootschap dat te allen tijde de jaarrekening door de algemene vergadering wordt vastgesteld en er afzonderlijk over décharge wordt beslist, dan is het is mogelijk om deze automatische vaststelling en kwijting in de statuten uit te sluiten. Mochten de statuten thans nog een bepaling bevatten dat vaststelling van de jaarrekening niet automatisch strekt tot kwijting aan de bestuurder en commissaris

(en dat zal veelal het geval zijn), dan dienen de statuten op dit punt gewijzigd te worden om gebruik te kunnen maken van de automatische vaststelling en kwijting. Voorwaarde is wel – zoals al aangegeven – dat alle aandeelhouders tevens bestuurder van de vennootschap dienen te zijn.

Zowel onze vestiging in Arnhem als onze Nijmeegse vestiging kent specialisten op het gebied van het ondernemingsrecht. Mocht u meer willen weten over de gevolgen van de invoering van de Flex-BV voor uw onderneming, neemt u dan gerust contact op met de sectie ondernemingsrecht notariaat in Arnhem of een van de notarissen in Nijmegen. Op basis van een korte checklist bekijken wij of wijziging van uw statuten noodzakelijk of wenselijk is.

Marèl Baak

T +31 (0)26 365 55 57

E baak@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl

Dividenduitkering

De wetgever is al enige jaren bezig met nieuwe wetgeving die de B.V. aanzienlijk flexibeler zal maken (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht). Dit wetsvoorstel zal op 1 oktober 2012 in werking treden.

Reden voor ons om u alvast voor te bereiden op deze nieuwe wetgeving en wekelijks een zgn. "Flex-weetje" op onze kennispagina's te publiceren.

Voorschriften voor dividenduitkering wijzigen

Wist u dat onder het nieuwe B.V.-recht:

De voorschriften voor een dividenduitkering wijzigen?

Toelichting

De formele uitkeringstoets (zijn er voldoende vrije reserves) bij een dividenduitkering wordt vervangen door een materiële uitkeringstoets. Onder het nieuwe recht heeft het bestuur bij een dividenduitkering een vetorecht in die zin dat een dividenduitkering geen gevolgen heeft zolang het bestuur geen goedkeuring heeft verleend. Het bestuur mag deze goedkeuring alleen weigeren indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de B.V. na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. De bestuurders zijn hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan indien zij ten tijde van de uitkering wisten of behoorden te voorzien dat de B.V. niet langer aan haar verplichtingen kan voldoen. Een soortgelijke aansprakelijkheid geldt ook voor aandeelhouders die de uitkering ontvingen, zij het dat zij maximaal het door hen ontvangen bedrag dienen terug te betalen.

Zowel onze vestiging in Arnhem als onze Nijmeegse vestiging kent specialisten op het gebied van het ondernemingsrecht. Mocht u meer willen weten over de gevolgen van de invoering van de Flex-BV voor uw onderneming, neemt u dan gerust contact op met de sectie ondernemingsrecht notariaat in Arnhem of een van de notarissen in Nijmegen. Op basis van een korte checklist bekijken wij of wijziging van uw statuten noodzakelijk of wenselijk is.

Marèl Baak

T +31 (0)26 365 55 57

E baak@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl

Overheid

www.dirkzwageroverheid.nl

Planschade en het normale maatschappelijk risico in art. 6.2 Wro: planschade niet voorzienbaar maar wel in de lijn der verwachtingen

In de uitspraak Vugts van 29 februari 2012 geeft de Afdeling bestuursrechtspraak voor het eerst invulling aan het bepaalde in art. 6.2 Wro, dat schade vallend binnen het normale maatschappelijke risico voor rekening van de aanvrager blijft.

De eigenaar van een tussenwoning had een verzoek om tegemoetkoming in planschade ingediend ter zake van planschade als gevolg van de bouw van een vrijstaande woning met garage aan de achterzijde van zijn woning. Volgens aanvrager had de bouw van de woning geleid tot daling van de situeringswaarde en tot verlies van privacy, uitzicht en zonlichttoetreding.

De eigenaar van een tussenwoning had een verzoek om tegemoetkoming in planschade ingediend ter zake van planschade als gevolg van de bouw van een vrijstaande woning met garage aan de achterzijde van zijn woning. Volgens aanvrager had de bouw van de woning geleid tot daling van de situeringswaarde en tot verlies van privacy, uitzicht en zonlichttoetreding.

Geen voorzienbaarheid t.t.v. de aankoop...

Volgens de Raad van State was van voorzienbaarheid geen sprake. De Raad van State houdt vast aan het bekende criterium dat om voorzienbaarheid (ten tijde van de aankoop van de woning door aanvrager, in dit geval in 1985) aan te nemen is vereist dat er een concreet beleidsvoornemen is dat openbaar is gemaakt. Een dergelijk beleidsvoornemen hoeft niet een formele status te hebben. Van een concreet beleidsvoornemen ten tijde van de aankoop was geen sprake.

... maar wel binnen het normale maatschappelijke risico!

De appellanten –te weten de eigenaren van de nieuwe woning die de tegemoetkoming in planschade dienden te betalen- hadden betoogd dat de vrijstelling voor de oprichting van een vrijstaande woning diende te worden beschouwd als een normale

maatschappelijke ontwikkeling. Gelet op de structuur en het karakter van de omgeving was volgens appellanten sprake van een centrumgebied waar bebouwing kan worden verwacht, en behoort uitzichtschade in een bestaande woonkern tot het normale maatschappelijke risico.

NMR: alle relevante omstandigheden wegen mee

De Raad van State stelt voorop dat de vraag of schade als gevolg van een planologische ontwikkeling als bedoeld in artikel 6.1, tweede lid, van de Wro tot het normale maatschappelijke risico behoort, moet worden beantwoord met inachtneming van alle van belang zijnde omstandigheden van het geval. Van belang is onder meer of de planologische ontwikkeling als een normale maatschappelijke ontwikkeling kan worden beschouwd waarmee de benadeelde rekening had kunnen houden in die zin dat die ontwikkeling in de lijn der verwachtingen lag, ook al bestond geen concreet zicht op de omvang waarin, de plaats waar en het moment waarop deze ontwikkeling zich zou voordoen. Omstandigheden die in acht worden genomen zijn verder de aard van de maatregel en de aard en de omvang van het daardoor veroorzaakte nadeel.

Concrete omstandigheden in zaak Vugts

De Raad van State neemt de volgende omstandigheden in aanmerking:

- In de directe omgeving van de bouwlocatie is uitsluitend sprake van percelen met een woonbestemming
- Het bouwplan voegt zich goed in het karakter van de buurt
- De locatie behoort tot het (centrum)dorpse woonmilieu
- De ontwikkeling sluit (dus) aan op de plaatselijke situatie
- Het bouwplan is in overeenstemming met het ruimtelijke beleid
- De aantasting op de bestaande stedenbouwkundige structuur en van het woonklimaat is gering gezien de afmetingen van het object, de al bestaande bouw mogelijkheden en de afstand tot de woning
- Inbreiding van woningen in een woonkern is een normale maatschappelijke ontwikkeling.

Onder deze omstandigheden lag de planologische wijziging in de lijn der verwachtingen.

Schade boven het wettelijk forfait van 2%

In deze zaak was het wettelijke forfait van 2 %, waarin het NMR is verdisconteerd, vanwege het overgangsrecht niet van toepassing. Gelet op de overwegingen van de Raad van State ga ik ervan uit dat een in de lijn der verwachtingen liggende plano-

logische wijziging die leidt tot planschade die het forfait van 2 % overstijgt, niet voor vergoeding in aanmerking komt.

Hanna Zeilmaker

T +31 (0)24 381 31 87

E zeilmaker@dirkzwager.nl

www.dirkzwageroverheid.nl

Dijkverschuiving Wilnis

Op 17 april 2012 heeft het gerechtshof 's-Gravenhage in de bekende Wilnis-zaak een tussenarrest gewezen en daarbij nader onderzoek bevolen naar de dijkverschuiving. Voordat ik toekom aan een bespreking van dit arrest, volgt eerst een korte samenvatting van de zaak tot nu toe.

Dijkdoorbraak

In de nacht van 25 op 26 augustus 2003 is een gedeelte van de kade (een veendijk), gelegen tussen de polder Groot – Mijdrecht en de omliggende ringvaart verschoven in de richting van het achterliggende land, waaronder de woonwijk Veenzijde 1 te Wilnis. Hierdoor is het achterland overstroomd en is er schade ontstaan, waarvoor de gemeente Wilnis de eigenaar en beheerder van de kade, het Hoogheemraadschap Amstel, Gooi en Vecht, aansprakelijk stelt. De gemeente legt aan haar vordering op het Hoogheemraadschap primair ten grondslag de opstalaansprakelijkheid als bedoeld in artikel 6:174 BW.

Hoge Raad

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 17 december 2010 – kort samengevat – geoordeeld dat de omstandigheid dat een opstal voldoet aan de geldende veiligheidsvoorschriften, niet in de weg staat aan het oordeel dat de opstal gebrekkig is in de zin van artikel 6:174 BW. De vraag of een opstal gebrekkig is, hangt af van verschillende omstandigheden, zoals de aard en de functie van de opstal, de toestand van de opstal ten tijde van de verwezenlijking van het gevaar en het van de opstal te verwachten gebruik door derden. Ook moet de grootte van de kans op verwezenlijking van het gevaar en de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van het nemen van veiligheidsmaatregelen daartegen in aanmerking worden genomen en, bij overheidsaansprakelijkheid, de aan overheden toekomende beleidsvrijheid en ter beschikking staande middelen.

In het specifieke geval van de dijkverschuiving in Wilnis stelt de Hoge Raad dat daarbij – onder meer – gelet moet worden op de naar objectieve maatstaven te meten kenbaarheid van zowel het gebrek als het daaraan verbonden gevaar van kadeverschuiving bezien in het licht van de toenmalige stand van de wetenschap en de techniek en de (technische) mogelijkheid tot het nemen van afdoende veiligheidsmaatregelen.

Het gerechtshof 's-Gravenhage na terugverwijzing door de Hoge Raad

Na terugverwijzing van de zaak door de Hoge Raad naar het gerechtshof 's-Gravenhage, heeft dit gerechtshof op arrest van 17 april 2012 een tussenarrest gewezen.

Het gerechtshof stelt vast dat de Hoge Raad meent dat het enkele feit dat de kade is verschoven in het algemeen voldoende zal zijn voor de aanname van het vermoeden dat de kade niet voldeed aan de daaraan in de gegeven omstandigheden te stellen eisen, *behoudens door het Hoogheemraadschap te leveren tegenbewijs*.

Hiervoor zagen we reeds dat bij de vraag of een opstal gebrekkig is, mede een rol speelt of de het gebrek en het daaraan verbonden gevaar van kadeverschuiving naar die stand van de wetenschap bekend waren.

Het gerechtshof stelt voorop dat van het hoogheemraadschap weliswaar verwacht mag worden dat zij zich op de hoogte houdt van de ontwikkelingen binnen de relevante wetenschappelijke inzichten, maar dat zij niet zelf onderzoek of veldexperimenten dient uit te voeren naar mogelijke faalfactoren van waterkeringen noch dat zij onmiddellijk beleidsmatige consequenties dient te trekken uit nieuwe wetenschappelijke theorieën en modellen die binnen het betreffende vakgebied niet voldoende zijn getoetst en aanvaard. Ook oordeelt het gerechtshof dat het hoogheemraadschap vanwege eindigende financiële mogelijkheden een redelijke termijn moet worden gegund om de nieuwe verworvenheden en inzichten geleidelijk in de praktijk te brengen en te onderwerpen aan prioriteitstelling.

Vervolgens onderzoekt het gerechtshof wat de stand van de wetenschap was ter zake van veendijken die blootstonden aan langdurige droogte. Het gerechtshof komt daarbij tot het oordeel dat op het moment van de dijkverschuiving niet bekend was dat langdurige droogte een risico kon vormen voor (veen)kades en dat de kade daarom niet (langer) voldeed aan de daaraan in de gegeven omstandigheden te stellen eisen.

Na deze vaststelling komt het gerechtshof toe aan de vraag of de dijkverschuiving in Wilnis is veroorzaakt door de langdurige droogte. De gemeente bestrijdt dat dit het geval is en voert aan, onder overlegging van een deskundigenrapport, dat het voorval is gebeurd omdat de sterkte van de kade onvoldoende was voor de belasting, wat zou komen omdat het hoogheemraadschap niet tijdig het contragewicht van de kade voldoende groot heeft gemaakt. Daarnaast heeft de gemeente tegen het door het hoogheemraadschap overgelegde deskundigenrapport van GeoDelft ingebracht dat er gebreken klevan aan het laboratoriumonderzoek dat door GeoDelft is uitgevoerd en dat het horizontale glijvlak van de verschuivende kade niet op NAP 09,0 meter ligt

maar op NAP -6,5 meter; De gemeente heeft ter zake van deze laatste stelling aangevoerd dat een ter plaatse aanwezige ingenieur als getuige kan verklaren dat hij op NAP -6.5 meter een afschuifvlak heeft gezien.

Nadat het hof heeft vastgesteld dat aannemelijk is dat er voorafgaand aan de dijkverschuiving sprake was van een extreme droogte, biedt het gerechtshof de gemeente de gelegenheid om de volgens haar aanwezige ingenieur te laten horen over de vraag of hij op NAP -6,5 meter een afschuifvlak heeft gezien. Daarnaast acht het gerechtshof het noodzakelijk dat nader wordt onderzocht of het laboratoriumonderzoek van GeoDelft en de mede op grond daarvan uitgevoerde berekeningen volgens de regelen der kunst zijn uitgevoerd en of daarbij van juiste uitgangswaarden is uitgegaan

Charlotte Raaimakers

T +31 (0)24 381 31 87

E raaimakers@dirkzwager.nl

www.dirkzwageroverheid.nl

Overheid en contractsvrijheid: Hoge Raad over het voorbehoud 'goedkeuring college'

In een recent arrest van 1 juni 2012 heeft de Hoge Raad een belangrijk arrest gewezen over het voorbehoud "goedkeuring college". Deze uitspraak leidt tot een nog zorgvuldigere formulering van een dergelijk voorbehoud.

De gemeente Almere onderhandelt met een supermarktketen over de vestiging van een supermarkt binnen de gemeente en – vooruitlopend daarop – over een tijdelijke vestiging op huurbasis. De onderhandelingen over de vestiging van een tijdelijke supermarkt vonden hun weerslag in een intentieovereenkomst waarover geleidelijk meer overeenstemming werd bereikt. Die overeenstemming kwam in het najaar van 2009 tot stand (de versie van 22 september 2009). In het laatste concept bepaalde artikel 12.1:

"Deze overeenkomst is aangegaan onder de opschortende voorwaarde van instemming door het College. Indien deze instemming wordt geweigerd, of niet binnen twee maanden na ondertekening is verkregen, treden Partijen in overleg over aanpassing van de Overeenkomst, teneinde alsnog instemming van het College te verkrijgen. Wordt dan niet binnen één maand de alsnog bedoelde instemming verkregen dan is de Overeenkomst ontbonden, zonder dat partijen aan de onderhandelingen over deze Overeenkomst over en weer enig recht tot schadeloosstelling kunnen ontleen (...)"

In november 2009 meldt de advocaat van de gemeente dat het college kan instemmen met de inhoud van de concept intentieovereenkomst indien daarin enkele aanvullende bepalingen/nadere voorwaarden worden.

Daarop dagvaardt de supermarktketen de gemeente in kort geding en vordert veroordeling de grond voor de tijdelijke supermarkt te verhuren en ter beschikking te stellen, althans de onderhandelingen over de totstandkoming van de Intentieovereenkomst te hervatten.

De kort geding rechter veroordeelt de gemeente om de onderhandelingen te hervatten. De supermarktketen gaat in hoger beroep waarna het hof de gemeente veroordeelt tot nakoming van de intentieovereenkomst in de versie van 22 september 2009 onder oplegging van een dwangsom. De feiten en omstandigheden kunnen de conclusie dragen dat de supermarktketen erop mocht vertrouwen dat de intentieovereenkomst, inhoudende het ter beschikking stellen van een stuk grond door de gemeente ten behoeve van de exploitatie van een tijdelijke supermarkt, tot stand zou komen. Aan dat oordeel doet niet af dat door de gemeente gedurende de onderhandelingen een voorbehoud van goedkeuring door B&W is gemaakt, aldus het hof.

De zaak scharniert om de vraag of het voorbehoud goedkeuring college, meebrengt dat er nog geen overeenkomst is zolang er nog geen goedkeuring is, danwel dat er wel al een overeenkomst is maar dan onder de opschortende voorwaarde van goedkeuring. Anders gezegd: is er sprake van een totstandkomingsvoorbehoud of van een opschortende voorwaarde. Een totstandkomingsvoorbehoud ziet op de geldigheid van c.q. de binding aan de overeenkomst. Deze is afhankelijk gesteld van de volgens het voorbehoud vereiste goedkeuring. Een dergelijk voorbehoud wordt gemaakt door de persoon die niet vertegenwoordigingsbevoegd is. Het gevolg van een totstandkomingsvoorbehoud is dat partijen overeenstemming kunnen hebben bereikt over de tekst van een overeenkomst, zonder daaraan juridisch al gebonden te zijn. Binding ontstaat pas na goedkeuring door het college. De gemeentelijke onderhandelaar is in een dergelijk geval wel bevoegd om namens de gemeente te onderhandelen over de tekst maar niet om de gemeente al juridisch aan de tekst te binden.

Wordt de vereiste goedkeuring gezien als een opschortende voorwaarde, dan veronderstelt dit volgens de wet dat een overeenkomst is tot stand gekomen, maar dat de werking van de daaruit voortvloeiende verbintenissen van partijen is opgeschort zolang de vereiste goedkeuring ontbreekt. Binding aan de overeenkomst ontstaan al voordat het college goedkeuring heeft verleend, zij het dat de werking van de verbintenissen uit de overeenkomst van die goedkeuring afhankelijk is. Dit veronderstelt dat de gemeentelijke onderhandelaar bevoegd was om namens de gemeente te onderhandelen over de tekst en de gemeente al juridisch daaraan te binden.

Het belang van het onderscheid schuilt vooral in het feit dat een opschortende voorwaarde kan worden getoetst aan artikel 6:23 lid 1 BW. Dat bepaalt dat wanneer de partij die bij de niet-ervulling belang had, de vervulling heeft belet, de voorwaarde als vervuld geldt indien redelijkheid en billijkheid dit verlangen.

Het hof had de voorwaarde van goedkeuring door het college uitgelegd als een opschortende voorwaarde, het beroep daarop getoetst aan artikel 6:23 lid 1 BW en geoordeeld dat redelijkheid en billijkheid verlangen dat de voorwaarde als vervuld geldt. Binding dus.

De Hoge Raad oordeelt dat het hof het voorbehoud van artikel 12 van de intentie-overeenkomst heeft kunnen uitleggen als een opschortende voorwaarde in de zin van artikel 6:21 BW. De Hoge Raad oordeelt verder dat artikel 160 lid 1, aanhef en onder e, gemeentewet (de bevoegdheid van het college tot het aangaan van privaatrechtelijke rechtshandelingen) niet uitsluit dat met instemming van het college onderhandelingen over een voorgenomen privaatrechtelijke rechtshandeling namens de gemeente door ambtenaren kunnen worden gevoerd en dat als resultaat van die onderhandelingen een rechtshandeling tot stand komt onder de voorwaarde van goedkeuring door het college. In een dergelijk geval kan een zodanige voorwaarde (door partijen of de rechter) worden aangemerkt als opschortende voorwaarde in de zin van artikel 6:21 BW, zodat in voorkomend geval ook artikel 6:23 lid 1 BW toepassing kan vinden. Daartoe is niet nodig dat de onderhandelaars van de zijde van de gemeente een mandaat (van het college) hebben om de gemeente te binden, omdat vanwege de opschortende voorwaarde de overeenkomst de gemeente pas bindt nadat de voorwaarde in vervulling is gegaan (of op grond van artikel 6:23 BW geacht wordt in vervulling te zijn gegaan). Ook de oordelen van het hof dat artikel 6:23 lid 1 BW kan worden toegepast en de redelijkheid en billijkheid verlangen dat de opschortende voorwaarde als vervuld heeft te gelden, houden in cassatie stand.

Gevolg van deze uitspraak is dat het voorbehoud “goedkeuring college” (lees: besluitvorming college) met nog meer aandacht en zorgvuldigheid dient te worden geformuleerd.

Frank Delissen

T +31 (0)24 381 31 87

E delissen@dirkzwager.nl

www.dirkzwageroverheid.nl

Ná alcateltermijn en contractering kort geding en ontbinding overeenkomst

Tijdens de alcateltermijn wees een afgewezen inschrijver de aanbesteder erop dat de winnaar op een voorgeschreven moment tijdens de uitvoering niet over de vereiste vergunning zal beschikken. Enige maanden na de Alcateltermijn en contractering wordt duidelijk dat de winnaar inderdaad de vereiste vergunning niet (op tijd) zal verkrijgen. De afgewezen inschrijver start daarop alsnog een kort geding en met succes.

Er is volgens de Amsterdamse voorzieningenrechter geen sprake van rechtsverwerking en de aanbesteder is gehouden de inschrijving van de winnaar alsnog ongeldig te verklaren althans de gesloten overeenkomst te ontbinden. Bovendien staat het de aanbesteder vrij de aanbestedingsprocedure te heropenen en te gunnen aan de opvolgend inschrijver.

De feiten

De Dienst Afval Energie-Bedrijf van de gemeente Amsterdam (DAEB) heeft de verwerking van afvalstromen Europees aanbesteed. Onder meer gold als eis dat de inschrijver moet beschikken over een milieuvergunning en dat er voor calamiteiten een alternatieve locatie beschikbaar moet zijn.

Inschrijver "X" is door DAEB aangewezen als de winnaar. De inschrijving van Icova is afgewezen bij brief van 17 november 2011. In de brief is vermeld dat als Icova tegen deze afwijzing bezwaren heeft er binnen 15 dagen een kort geding aanhangig moet worden gemaakt.

Icova maakt bezwaar tegen de afwijzing bij brief van 30 november 2011. Het is haar bekend dat X voor wat betreft de alternatieve locatie gebruik maakt van de locatie van "Y". Y zou niet over een milieuvergunning beschikken.

Bij brief van 30 november 2011 erkent DAEB dat gebruik wordt gemaakt van de locatie van Y en dat Y geen vergunning heeft. Echter, volgens DAEB hoeft pas bij de uitvoering op 1 juni 2012 een milieuvergunning aanwezig te zijn. Icova laat daarop weten dat zij nauwlettend in de gaten zal houden of Y tijdig over een geldige vergunning zal beschikken en indien dat niet het geval is DAEB alsnog in rechte zal betrekken.

DAEB heeft vervolgens bij brief van 5 december 2011 de opdracht definitief aan X gegund.

Op 12 april 2012 sommeert Icova DAEB de inschrijving X ongeldig te verklaren. Omdat aan deze sommatie geen gehoor wordt gegeven, start Icova een kort geding. Onder de gedingstukken bevindt zich een brief van de directeur van Y aan de Commissaris van de Koningin waaruit volgt dat de door Y aangevraagde omgevingsvergunning op z'n vroegst op 10 augustus 2012 onherroepelijk kan worden.

Alcateltermijn geen vervaltermijn

Het eerste verweer van DAEB en X is dat Icova een kort geding tijdens de Alcateltermijn had moeten beginnen. Nu zou ze te laat zijn. De voorzieningenrechter wijst dit verweer van de hand. Volgens hem is de Alcateltermijn een opschortingstermijn voor de aanbesteder om binnen 15 dagen niet de overeenkomst te sluiten respectievelijk de opdracht definitief te gunnen. Het is geen vervaltermijn voor inschrijvers op binnen 15 dagen een kort geding te beginnen.

Aanvullende rechtsbescherming naast WIRA

De Europese rechtsbeschermingsrichtlijnen en de implementatie daarvan via de Wet Implementatie Rechtsbeschermingsrichtlijnen Aanbesteden (WIRA) bevatten minimumharmonisatie. Als het nationale recht meer rechtsbescherming biedt, dan moet het nationale recht toegepast worden. Het Nederlandse recht kent de figuur van rechtsverwerking op grond waarvan bij te lang stil zitten onder bijzondere omstandigheden een partij zijn rechten ter zake verliest. Om die reden moet volgens de rechter (ook) worden beoordeeld of Icova wellicht haar rechten heeft verwerkt door (pas) in april tot dagvaarding over te gaan.

Icova niet te laat met dagvaarden

Bij de beoordeling of er sprake is van rechtsverwerking overweegt de rechter dat Icova nimmer het vertrouwen heeft gewekt dat zij haar aanspraak niet meer geldend zal maken. De rechter volgt DAEB en X in hun stelling dat Icova ook tijdens de Alcateltermijn een kort geding had kunnen starten. Daarin had Icova kunnen vorderen dat het DAEB wordt verboden de opdracht definitief te gunnen totdat duidelijk is dat over de vereiste vergunning tijdig kan worden beschikt. De rechter vindt het echter (toch) te ver gaan dat Icova na de waarschuwing en de reactie van DAEB verplicht zou zijn direct een kort geding te starten. Er is dus geen sprake van rechtsverwerking.

Milieuvergunning was vereist

Bij de eis dat er een alternatieve locatie moet zijn, was niet specifiek opgenomen dat er voor die locatie ook (op 1 juni 2012) een milieuvergunning moest zijn. Uit de systematiek van de aanbestedingsdocumentatie en de context zouden echter volgen dat er ook voor deze alternatieve locatie op 1 juni 2012 een geldige vergunning moet zijn.

Ontbinding overeenkomst

Nu X respectievelijk Y niet over de benodigde vergunning beschikt, moet er volgens de rechter ervan uit worden gegaan dat X niet aan haar verplichtingen kan voldoen. DAEB moet daarom de overeenkomst met X ontbinden.

Belangenafweging

Bij de belangenafweging verwijst de rechter naar de belangenafweging die op grond van de WIRA mag plaatsvinden bij een vordering tot vernietiging van de overeenkomst. Economische belangen mogen op grond van WIRA bij deze belangenafweging niet worden meegewogen. DAEB en X hebben in het kader van de belangenafweging uitsluitend economische redenen aangevoerd. Voorts was ten tijde van de zitting de startdatum van 1 juni 2012 nog niet aangevangen en heeft Icova gemeld dat zij, als zittende dienstverlener, in staat is om de uitvoering per die datum voort te zetten.

Geen nieuwe aanbesteding maar gunnen aan opvolgend inschrijver

Door de contractering met X is de aanbestedingsprocedure beëindigd. Volgens de voorzieningenrechter valt niet in te zien welk aanbestedingsrechtelijk belang zich ertegen zou verzetten dat de doorlopen aanbestedingsprocedure wordt heropend en de opdracht aan de opvolgende inschrijver wordt gegund. Door terug te grijpen op het oude aanbestedingsresultaat is geen sprake van een wezenlijke wijziging. Alle voorwaarden blijven hetzelfde en bovendien heeft Icova verklaard haar inschrijving gestand te doen.

Tip voor aanbesteder: neem in aanbestedingsdocumentatie een vervaltermijn/rechtsverwerkingsclausule op

Het is juist dat de Alcateltermijn van 15 dagen in de WIRA (slechts) een opschortingstermijn is jegens de aanbesteder en geen vervaltermijn jegens de inschrijvers. Algemeen wordt aangenomen dat dit anders wordt, als in de aanbestedingsdocumenten ook expliciet is opgenomen dat binnen deze 15 dagentermijn een kort geding aanhangig moet worden gemaakt op straffe van verval van recht.

Uit het vonnis blijkt niet dat een dergelijke bepaling in de aanbestedingsdocumentatie was opgenomen. Aanbesteders doen er dus verstandig aan erop toe te zien dat in de aanbestedingsdocumentatie ook een dergelijke vervaltermijn respectievelijk rechtsverwerkingsclausule wordt opgenomen.

Tip voor inschrijver: klaag gemotiveerd tijdens de Alcateltermijn en blijf alert

Het lijkt me juist dat –ook indien een rechtsverwerkingsclausule in de aanbestedingsdocumentatie is opgenomen- een inschrijver niet te laat is als hij tijdens de Alcateltermijn de aanbesteder waarschuwt en zich alle rechten voorbehoudt en onverwijld tot dagvaarding overgaat zodra duidelijk is dat de winnaar inderdaad niet aan de uitvoeringseisen voldoet. Tip voor inschrijvers is dus dat indien het vermoeden bestaat dat de winnaar niet aan de uitvoeringseisen zal voldoen, hierover gelijk tijdens de Alcateltermijn gemotiveerd aan de bel te trekken bij de aanbesteder teneinde naderhand desgewenst alsnog rechtsmaatregelen te kunnen nemen.

Tip voor aanbesteder: neem wachtkamerconstructie op in aanbestedingsdocumentatie

Volgens de Amsterdamse voorzieningenrechter is het toegestaan een aanbestedingsprocedure te heropenen en de opdracht te gunnen aan de opvolgend inschrijver. Dit is in lijn met een uitspraak van de Haagse voorzieningenrechter op 13 december 2010. Niettemin is een andere Haagse rechter in een uitspraak op 24 januari 2012 van oordeel dat er niet teruggevallen kan worden op het oude aanbestedingsresultaat door de nummer twee van destijds te vragen of hij zijn aanbieding gestand wenst te doen. Tip voor de aanbesteder is daarom om in de aanbestedingsdocumentatie een soort van “wachtkamerbepaling” op te nemen (waarmee inschrijvers zich dus door in te schrijven akkoord moeten verklaren) op grond waarvan de aanbesteder zich het recht voorbehoudt om bij problemen met de winnaar (binnen een bepaalde periode na de gunning/ afwijzing) alsnog naar de opvolgende inschrijver te gaan.

Tony van Wijk

T +31 (0)24 381 31 87

E vanwijk@dirkzwager.nl

www.dirkzwageroverheid.nl

Kan verhuurder de huurovereenkomst met een failliete huurder opzeggen in geval van een mogelijke doorstart?

De kantonrechter van de Rechtbank Amsterdam heeft in een kort geding beslist dat een verhuurder niet de ontruiming van een winkelpand kan eisen nu de curators een partij aandragen voor een doorstart en deze partij als huurder in de plaats willen stellen.

Opzeggen huurovereenkomst

Sinds 2010 huurt huurder voor 5 jaar een winkelruimte. Nadat huurder begin juli 2012 door de rechtbank failliet is verklaard, zegt verhuurder op grond van artikel 39 Faillissementswet de huurovereenkomst op. Dit artikel bepaalt dat zowel verhuurder als curator(s) de huur tussentijds kunnen opzeggen indien huurder failliet is. De verhuurder kan zich op deze manier eenvoudig ontdoen van een insolvente huurder, maar de verhuurder mag door de opzegging geen misbruik van zijn bevoegdheid maken of handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid.

Doorstart en indeplaatsstelling

De curators van de failliete huurder hebben de activa van de winkel in het kader van een doorstart verkocht aan partij A. Op grond van artikel 7:307 van het Burgerlijk Wetboek willen de curators partij A als huurder in de plaats stellen van de failliete huurder, zodat hij de betreffende winkel kan exploiteren op de oorspronkelijke locatie.

Een rechter kan het verzoek om indeplaatsstelling slechts toewijzen indien de huurder een zwaarwegend belang heeft bij de overdracht van de huurovereenkomst en zal een verzoek afwijzen indien de voorgestelde huurder onvoldoende waarborgen biedt voor een nakoming van de overeenkomst of een behoorlijke bedrijfsvoering. In geval van een faillissement kan ook de curator een dergelijk verzoek bij de rechter indienen.

Kort geding

In een kort geding heeft verhuurder de ontruiming van het winkelpand gevorderd. Verhuurder stelt dat huurder de huur regelmatig niet op tijd heeft betaald en dat huurder heeft ingestemd met een tussentijdse beëindiging indien zij opnieuw in gebreke zou blijven met tijdige betaling van de huur. Dit laatste was volgens verhuur-

der het geval. De curators betwisten deze instemming en ook de kantonrechter ziet dit onvoldoende gebleken.

Vervolgens beoordeelt de kantonrechter of verhuurder de huurovereenkomst op grond van artikel 39 Faillissementswet op kan zeggen, of dat er sprake is van misbruik van de bevoegdheid zoals de curators hebben aangevoerd. Gezien het feit dat er geen betalingsachterstand (meer) is en de curators de huur voor het komende kwartaal hebben gereserveerd, is er voldoende zekerheid voor de betaling van de huur. Het ondernemingsplan en de goede locatie van het winkelpand geven volgens de kantonrechter tevens voldoende waarborgen voor de toekomst.

De belangen van huurder wegen bovendien zwaarder dan de belangen van verhuurder nu deze enkel nog aanvoert dat opzegging vereist is omdat hij op de vrije markt een hogere huurprijs kan bedingen. Deze stelling van verhuurder is onvoldoende onderbouwd. De kantonrechter gaat ervan uit dat ook de rechter in de bodemprocedure zal oordelen dat de huuropzegging door verhuurder misbruik van het recht oplevert en in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.

Voor wat betreft de indeplaatsstelling bekijkt de kantonrechter of de curators, in afwachting van het oordeel van de rechter, op voorhand recht hebben op en belang hebben bij voortzetting van de huur door partij A. Omdat de goede locatie van groot belang is voor een succesvolle doorstart, hebben de curators er groot belang bij en kunnen zij zo voldoende zekerheid bieden aan de verhuurder. Hiermee is aan de voorwaarden van artikel 7:307 BW voldaan. De kantonrechter beslist dan ook dat verhuurder moet gedogen dat partij A de winkelruimte gebruikt totdat de indeplaatsstelling in de bodemprocedure is behandeld.

Tips

Zoals uit het voorgaande volgt had de verhuurder mogelijk al eerder tot een beëindiging van de huurovereenkomst kunnen komen. Deze afspraak was echter niet duidelijk vastgelegd, waardoor hij bij de rechter aan het kortste eind trok. De inschakeling van Dirkzwager advocaten kan dit soort onduidelijkheden voorkomen.

Ronny Saedt

T +31 (0)24 381 31 83

E saedt@dirkzwager.nl

www.dirkzwageroverheid.nl

Particulier

www.dirkzwagerparticulier.nl

De particuliere koper op de executieveiling

U bent voornemens als particuliere koper op de veiling een woning te kopen voor eigen bewoning. Hieronder volgt een korte opsomming van zaken waar u rekening mee dient te houden. De aankoop van een woning op een executieveiling wijkt op een aantal essentiële punten af van de koop van een woning in het reguliere traject.

Informatie inwinnen

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

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

Opdrachtgever

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

Twee trajecten mogelijk in een executieprocedure

In de executieprocedure is een tweetal procedures denkbaar:

- 1 Tot twee weken voor de datum van veiling is het mogelijk om via de website van www.veilingbiljet.nl of www.veilingnotaris.nl een onderhands bod op de te veilen woning uit te brengen. Dit bod dient tezamen met een kopie geldig legitimatiebewijs en een recente gegoedheidsverklaring tijdig te worden ingezonden.
Bij twijfel over de inhoud van de gegoedheidsverklaring (ook wel bankverklaring genoemd), is het verstandig te allen tijde vóór het verstrijken van de biedings-termijn de veilende notaris te raadplegen.
Indien de bank een uitgebracht bod accepteert, wordt de door de bank en koper ondertekende koopakte middels een verzoekschrift bij de rechtbank ingediend. Indiening gebeurt door een advocaat. Alle belanghebbenden ontvangen van de rechtbank een uitnodiging en worden in de regel bij de mondelinge zitting bij de rechtbank uitgenodigd. Na de (mondelinge) zitting doet de rechter uitspraak door middel van een beschikking. Na afgifte van de beschikking is de koop pas definitief. De notaris kan nu de akte van levering opmaken en passeren, waarna de eigendom van de woning overgaat op de koper.
- 2 Indien de bank op geen van de uitgebrachte onderhandse biedingen ingaat of er is geen onderhands bod op de te veilen woning uitgebracht, wordt de woning in het openbaar geveild in de veilingzaal. Voor de procedure in de veilingzaal omtrent inzet en afslag wordt verwezen naar de hiervoor vermelde websites van Veilingbiljet en/of Veilingnotaris. Indien u "mijn" roept in de veilingzaal, bent u koper van de geveilde woning.
U dient zich naar de veilende notaris in de zaal te begeven en uw geldige legitimatiebewijs en gegoedheidsverklaring te tonen. De notaris beslist te allen tijde of de getoonde gegoedheidsverklaring afdoende is. U tekent bij de notaris een volmacht, welke wordt gehecht aan het proces-verbaal van inzet en afslag. Uiterlijk binnen 3 dagen na de veiling (recht van beraad) bericht de bank of de woning aan de koper op de veiling wordt gegund. Vaak vereisen veilende banken dat er voor de gunning van de geveilde woning, een waarborgsom of bankgarantie wordt gestort c.q. wordt gesteld bij de veilende notaris. Tevens dient in de regel vrij snel na de gunning het bedrag aan veilingkosten en vaak ook de overdrachtsbelasting bij de notaris te worden betaald. In de meeste gevallen dient 6 weken na de gunning de koopsom en de overige nog niet betaalde kosten via de notaris te worden voldaan. Voor de exacte betaaltermijnen van de diverse bedragen dient u de akte vaststelling veilingvoorwaarden, gepubliceerd op www.veilingbiljet.nl of www.veilingnotaris.nl te raadplegen.

Internetveilen

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

Waarborgsom en/of bankgarantie

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

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

Wel of geen bedenktijd?

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

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

De particuliere koper op een veiling die een woning koopt voor eigen bewoning kan wel een beroep doen op de bedenktijd als hij/zij een onderhands bod uitbrengt op de hiervoor vermelde wijze en de ondertekende koopakte ter goedkeuring wordt ingediend bij de *rechtbank*.

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

Benadrukt moet worden dat zowel het traject in de rechtszaal als in de veilingzaal beide als executieveiling worden aangemerkt. Derhalve zijn op beide veilingprocedures de algemene en bijzondere veilingvoorwaarden van toepassing. Een particuliere koper dient zich de dag na sluiting van de onderhandse biedingstermijn beschikbaar te houden voor de ondertekening van de koopakte in verband met de bedenktijd. De door beide partijen ondertekende koopakte moet uiterlijk *één week* voor de geplande veilingdatum bij de voorzieningenrechter van de betreffende rechtbank zijn ingediend.

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

Verzekering / risico-overgang

Conform de AVVE 2006 gaat het risico over op het moment van gunnen van de woning door de bank. In het executietraject via de *rechtszaal* is dit het moment van goedkeuring van de koopakte door de rechter; in het executietraject via de *veilingzaal* is dit het moment van gunning van de woning door de bank. De koper dient er rekening mee te houden dat hij/zij tijdig een opstalverzekering afsluit.

Eventuele beschadigingen die door de eigenaar zijn aangebracht aan de woning zijn *vanaf het moment van gunning* voor rekening en risico van de koper.

Kosten

Over het algemeen komen de veilingkosten voor rekening van de veilingkoper. De notaris dient zorg te dragen voor een duidelijk overzicht waarop alle kosten staan vermeld waar de koper op de veiling rekening mee dient te houden. Vaak staan de kosten vermeld in de akte vaststelling veilingvoorwaarden, gepubliceerd op www.veilingbiljet.nl of www.veilingnotaris.nl.

Win vooraf informatie in bij de veilende notaris omtrent de hoogte van de veilingkosten!

Overdrachtsbelasting

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

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

Geen ontbindende voorwaarde financiering voor koper

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

Wel ontbindende voorwaarden verkoper

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

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

Ontwerp-wetsvoorstel executieveilingen

De wetgever heeft gemeend dat de executieprocedure transparanter moet worden en toegankelijker moet worden gemaakt voor de particuliere koper met als doel een hogere opbrengst van de te veilen woning te realiseren ten gunste van de bank en de eigenaar. Hiertoe is een wetsvoorstel opgesteld dat nu bij de Raad van State ligt ter advisering.

Het ontwerp-wetsvoorstel introduceert onder meer de volgende veranderingen:

- Het invoeren van een bezichtigingsbeding wat het mogelijk maakt voorafgaand aan de veiling de woning te bezichtigen;
- De veilingkosten komen voor rekening van de bank;
- Risico-overgang pas bij moment van levering van de woning en niet al bij gunning;
- Indien bij het opstarten van de veiling blijkt dat de woning zonder toestemming van de bank is verhuurd, kan de bank het huurbeding bij de rechtbank invoeren. De rechter bepaalt dan of en op welke termijn de huurders de te veilen woning moeten verlaten. In het ontwerp-wetsvoorstel wordt voorgesteld altijd het huurbeding door de bank te laten invoeren, zodat de veilingkoper te allen tijde weet wanneer en in welke staat de veilingkoper de woning aantreft.

Het is thans nog onzeker of en zo ja op welke termijn voormelde veranderingen van kracht worden.

Vragen en/of opmerkingen?

Bij twijfel aarzelt u niet om contact op te nemen met één van de veilingmedewerkers van Dirkzwager advocaten & notarissen N.V. te Arnhem, te weten:

Hanneke Meeuwissen, notarisklerk, bereikbaar op 026 – 365 55 38 en via meeuwissen@dirkzwager.nl of Anita van Wijk, notarisklerk, bereikbaar op 026 – 365 55 35 en via a.vanwijk@dirkzwager.nl.

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

Ruben Berentsen

T +31 (0)26 365 55 62

E berentsen@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerparticulier.nl

Afzullegaat

In de meeste langstlevende testamenten zijn de langstlevende partner en de kinderen samen tot erfgenamen benoemd, ieder voor een gelijk deel. Vervolgens wordt door middel van verschillende regelingen bereikt dat de kinderen hun erfdeel pas kunnen opeisen bij het overlijden van de langstlevende ouder. Voorbeelden van langstlevende regelingen die in een testament kunnen voor komen zijn; de ouderlijke boedelverdeling, de wettelijke verdeling en een vruchtgebruikregeling. Bij deze regelingen krijgen de kinderen “op papier” al wel een erfdeel waarover ze erfbelasting moeten betalen.

Het is fiscaal zinvol om in een langstlevende testament een afzullegaat op te nemen. Door middel van een afzullegaat kan optimaal gebruik worden gemaakt van de vrijstelling voor de erfbelasting van de langstlevende partner. De langstlevende partner heeft een vrijstelling voor de erfbelasting van € 603.600,- terwijl de kinderen slechts een vrijstelling hebben van € 19.114,-. In de situaties dat de langstlevende partner en de kinderen allemaal voor een gelijk deel tot erfgenaam zijn benoemd, verkrijgen de kinderen “op papier” vaak meer dan hun vrijstelling en moet er dus erfbelasting worden betaald, terwijl de langstlevende partner een deel van zijn of haar vrijstelling onbenut laat. Door middel van een afzullegaat wordt het “papierene” erfdeel van de kinderen verkleind ten gunste van de langstlevende partner waardoor er een besparing van erfbelasting optreedt. Dit “fiscale trucje” gaat alleen maar op als er met zoveel woorden een afzullegaat in het testament is opgenomen.

In de Week van het testament, 16 april tot en met 20 april, staat ook het notariaat van Dirkwager stil bij uw testament. De wetgeving omtrent nalaten, erfbelasting en schenken is in beweging en er is veel veranderd. Mogelijk heeft dit gevolgen voor uw testament. De (kandidaat-)notarissen van Dirkwager adviseren u graag over uw (huidige) testamenten. Voor het maken van een afspraak of meer informatie kunt u contact opnemen met ons secretariaat via 026 365 55 68 (Arnhem) of 024 381 27 38 (Nijmegen). Als u in de week van het testament een afspraak maakt dan is de eerste bespreking van een half uur gratis.

Ineke Meuwese

T +31 (0)26 365 55 68

E meuwese@dirkwager.nl

www.dirkwagerparticulier.nl

Uitspraak Rechtbank Breda 13 juli 2012 over bedrijfsopvolgingsfaciliteit

Op 13 juli 2012 heeft de Rechtbank Breda een zeer opmerkelijke – en nu al geruchtmakende- uitspraak gedaan (LJN BX3386) inzake de bedrijfsopvolgingsfaciliteit (“BOF”). De uitspraak heeft tot grote consternatie geleid. Er zijn Kamervragen gesteld. Het Ministerie van Financiën heeft aangekondigd in beroep te gaan.

De rechtbank oordeelde dat de BOF van 2007 in strijd is met het discriminatieverbod van artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR) en artikel 14 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Door de rechtbank werd daardoor de BOF ook toegepast op de vererving van privévermogen, waarvoor de BOF niet geschreven is. Alhoewel deze uitspraak zag op een specifieke situatie, kan deze toch grote gevolgen hebben voor nog niet definitief opgelegde aanslagen erfbelasting en schenkbelasting.

De feiten in het berechte geval lagen als volgt. In 2007 erfde belanghebbende verpachte landbouwgronden, machines en een boerderij. Het stond vast dat geen sprake was van ondernemingsvermogen, maar van privévermogen. Belanghebbende stelde zich op het standpunt dat het niet toekennen van de BOF een ongeoorloofde discriminatie opleverde. Hij stelde dat aan hem ook de BOF toe zou moeten komen, waardoor 75% van de verkrijging vrijgesteld zou zijn van successierecht.

De rechtbank gaat in de uitspraak zeer uitgebreid in op de (wets-)geschiedenis van de BOF. De achtergrond is het voorkomen van liquiditeitsproblemen als ondernemingsvermogen wordt geschonken, of vererft. In de loop van de jaren is de regeling steeds meer verruimd. De rechtbank komt na uitvoerige overwegingen tot de conclusie dat de BOF in de loop van de jaren veel ruimer is geworden dan te rechtvaardigen is. Zo is in de huidige regeling niet van belang of er daadwerkelijke liquiditeitsproblemen zijn. Alles afwegende concludeert de rechtbank dat sprake is van een onaanvaardbare discriminatie bij de belastingheffing tussen ondernemingsvermogen en privévermogen. Op grond daarvan wordt de BOF door de rechtbank ook toegepast bij de vererving van het privévermogen. Daardoor werd de aanslag van belanghebbende aanzienlijk verminderd.

Hoger beroep

Zoals was te verwachten heeft de Belastingdienst beroep aangetekend tegen deze uitspraak. De Belastingdienst lijkt het hoger beroep vol vertrouwen tegemoet te zien. Daarbij wordt verwezen naar uitspraken van andere rechters, waaronder de Hoge Raad, die de Belastingdienst al eerder in het gelijk hebben gesteld, door een beroep op het gelijkheidsbeginsel af te wijzen.

Het is nog niet duidelijk of de Belastingdienst de weg van een hoger beroep bij het gerechtshof heeft gekozen, of probeert gebruik te maken van de mogelijkheid om rechtstreeks cassatie in te stellen bij de Hoge Raad (de zogenaamde "sprongcassatie"). Sprongcassatie kan alleen met instemming van de belanghebbende.

Gevolgen van de uitspraak voor de praktijk

De praktijk heeft behoefte aan snelle duidelijkheid, omdat massaal bezwaar is ingediend tegen opgelegde aanslagen erf- en schenkbelasting, onder verwijzing naar de uitspraak van de Rechtbank Breda. De Belastingdienst verwacht als gevolg van de uitspraak van de rechtbank op jaarbasis volgens eigen zeggen circa 30.000 bezwaren erfbelasting en mogelijk meer dan 20.000 bezwaren schenkbelasting.

Deze aantallen hebben de Staatssecretaris van Financiën ertoe gebracht om de bezwaren aan te wijzen als een zogenaamd "massaal bezwaar".

Massaal bezwaar is een in artikel 25a van de Algemene Wet inzake rijksbelasting opgenomen regeling, die kan worden ingezet als een groot aantal bezwaren is gericht tegen de beslissing op eenzelfde rechtsvraag die zich lenen voor niet-individuele behandeling. In de regeling gaat het om de rechtsvraag of de BOF zowel vóór als na 1 januari 2010 in strijd is met het gelijkheidsbeginsel.

De regeling voor massaal bezwaar geldt voor de bezwaarschriften waarop op 23 oktober 2012 nog geen uitspraak is gedaan. De regeling geldt ook voor de bezwaarschriften die daarna worden ingediend tot de dag voorafgaande aan de dag waarop de Hoge Raad geheel of gedeeltelijk tegemoetkomt aan het standpunt van een belanghebbende in een aangespannen procedure.

Als de Belastingdienst niet geheel in het gelijk wordt gesteld, worden ook de aanslagen herzien van de belastingplichtigen die geen bezwaar hebben ingediend. Bezwaar indienen tegen openstaande aanslagen is dus niet meer nodig. Het heeft overigens geen zin om bezwaar aan te tekenen tegen aanslagen die al definitief (onherroepelijk) vaststaan. Deze zullen door de Belastingdienst worden afgewezen.

Ton Lekkerkerker

T +31 (0)26 365 55 47

E lekkerkerker@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerparticulier.nl

Kinderalimentatie en faillissement

Op 12 oktober 2012 heeft de Hoge Raad een belangrijk arrest gewezen. Als een alimentatieplichtige failliet wordt verklaard en vanwege dat faillissement verzoekt de kinderalimentatie op nihil te stellen, dan moet de rechter die over dat verzoek tot nihilstelling heeft te oordelen, bijzondere omstandigheden daargelaten, ervan uitgaan dat de alimentatieplichtige niet over draagkracht beschikt om een onderhoudsbijdrage te betalen en dient die rechter het verzoek derhalve toe wijzen.

Geniet de alimentatieplichtige gedurende het faillissement wel inkomen dan is het aan de rechter-commissaris in het faillissement om een bedrag te bepalen dat voor kinderalimentatie kan worden aangewend. De rechtbank die over het verzoek tot nihilstelling heeft te oordelen kan en mag niet vooruitlopen op deze aan de rechter-commissaris voorbehouden afweging.

Het is dus de rechter-commissaris in het faillissement die in belangrijke mate bepaalt of gedurende het faillissement al dan niet kinderalimentatie kan en dient te worden betaald. De rechter die over het verzoek tot nihilstelling beslist dient te volgen.

Marius Werker

T +31 (0)26 353 83 50

E werker@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerparticulier.nl

De voordelen van papieren schenkingen

Een schenking kunt u doen door een bedrag aan uw kind over te maken of door het geld te geven. Indien u echter erfbelasting wilt besparen, maar nog niet direct veel geld wilt of kunt overmaken, dan is schenken op papier een goede mogelijkheid.

Bij schenken op papier stelt ons kantoor een schenkingsakte voor u op. Hierin geeft u aan welk bedrag u schenkt aan uw kind, bijvoorbeeld (een deel van) de overwaarde van uw huis. Uw kind krijgt het geld niet op het moment van schenken, maar pas nadat u bent overleden of als u en uw partner beiden zijn overleden. U doet direct aangifte voor de schenkbelasting en uw kind is, afhankelijk van het bedrag, dan ook direct schenkbelasting verschuldigd. Indien u echter maximaal € 115.708,- (tarief 2012) schenkt, is deze belasting 10%. Indien u dan jaarlijks rente betaalt aan uw kinderen, hoeven zij over dit bedrag bij uw overlijden geen 20% erfbelasting te betalen. Uw kinderen besparen door schenken op papier kortom erfbelasting. Het is wel van belang dat u de rente (meestal 6%) daadwerkelijk jaarlijks betaalt, anders vindt de belastingdienst dat er geen echte schenking is geweest en moet er alsnog erfbelasting worden betaald bij overlijden.

De voordelen van schenken op papier op een rijtje:

u kunt nu al schenkingen doen, ook al zit uw vermogen vast in stenen of aandelen;
uw kinderen besparen tot 10% erfbelasting;
u betaalt uw kinderen jaarlijks rente, dit geldt niet als schenking.

Het is van belang dat u genoeg inkomen of vermogen hebt voor het doen van de jaarlijkse rentebetaling. Ook moet u genoeg vermogen hebben om de schuld die u aan uw kind heeft in box 3 in aftrek te kunnen brengen.

Eric Linde

T: +31 (0)26 365 55 61

E.: linde@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerparticulier.nl

Pensioen

www.dirkzwagerpensioen.nl

Vrijstelling verplichte deelneming bedrijfstakpensioenfonds vanwege eigen pensioenregeling

Een groot aantal werkgevers is verplicht al hun werknemers aan te melden bij een bedrijfstakpensioenfonds, namelijk indien de bedrijfsactiviteiten vallen onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds. Sommige werkgevers hebben echter al een eigen pensioenregeling, op het moment dat de verplichte deelneming van toepassing wordt. Deze werkgevers kunnen – onder bepaalde voorwaarden – in aanmerking komen voor de vrijstelling “in verband met een bestaande pensioenvoorziening” (artikel 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf). Maar zijn er nog meer situaties denkbaar waaronder een werkgever een beroep op deze vrijstellingsgrond kan doen? De Rechtbank Rotterdam heeft zich recent over dit vraagstuk uitgelaten.

Vrijstellingsbesluit

Het ministerie van SZW kan op verzoek van de sociale partners een verplichtstellingsbesluit nemen, waardoor voor werkgevers in een bepaalde bedrijfstak een verplichte deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds geldt. Zo zijn veel zorginstellingen bijvoorbeeld verplicht deelnemer in het Pensioenfonds Zorg en Welzijn en geldt voor een groot aantal werkgevers in de Metalelektro een verplichte deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor de Metalelektro. Is sprake van een verplichte deelneming, dan is de werkgever verplicht om in beginsel al haar werknemers bij het bedrijfstakpensioenfonds aan te melden en de premies af te dragen.

Onder bepaalde voorwaarden kan een werkgever echter een vrijstellingsverzoek indienen, zodat niet langer de verplichte pensioendeelneming voor de werknemers van deze werkgever geldt. Eén van deze vrijstellingsgronden staat verwoord in artikel 2 van het Vrijstellingsbesluit Wet Bpf. Deze vrijstellingsgrond wordt ook wel de vrijstelling “in verband met een bestaande pensioenvoorziening” genoemd. Dit artikel regelt een vrijstelling in twee verschillende situaties:

- 1 De vrijstelling als gevolg van de invoering van de verplichtstelling. In de literatuur wordt betoogd dat hieronder ook wordt verstaan de wijziging van de verplichtstelling waardoor de werkingssfeer wordt uitgebreid. Ter illustratie: werkgever X

heeft een eigen pensioenregeling sinds januari 2006. In november 2006 wordt door sociale partners een verzoek bij het ministerie SZW ingediend tot verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds, waarbij werkgever onder deze bedrijfstak valt. Of: in november 2006 wordt een aanvraag ingediend tot wijziging van de verplichtstelling, waardoor de werkgever alsnog onder de bedrijfstak (en dus: de verplichte deelneming) komt te vallen.

- 2 De vrijstelling als gevolg van een wijziging van de bedrijfsactiviteiten. Er zijn situaties denkbaar waarin de werkgever aanvankelijk niet onder het verplichtstellingsbesluit valt, maar door een wijziging van de bedrijfsactiviteiten wél.

Essentieel bij de beoordeling of een beroep kan worden gedaan op deze vrijstelling, is de zogenoemde tijdigheidseis. Voor het vrijstellingsverzoek van punt 1 betekent dit dat de eigen pensioenregeling minimaal zes maanden moet gelden vóór de aanvraag van sociale partners tot verplichtstelling. Voor het vrijstellingsverzoek van punt 2 betekent dit dat de eigen pensioenregeling al moet gelden minimaal zes maanden vóórdat de verplichte deelneming van toepassing wordt.

Daarnaast geldt voor beide situaties (punten 1 en 2) de aanvullende eis dat de eigen pensioenregeling ten minste actuariel en financieel gelijkwaardig is aan de regeling van het betreffende bedrijfstakpensioenfonds.

Uitspraak

De uitspraak van de rechtbank Rotterdam is allereerst interessant, omdat hierin het aantal situaties waaronder een beroep kan worden gedaan op het vrijstellingsverzoek in de zin van punt 1, min of meer wordt uitgebreid. Zo wordt overwogen dat ook een ingrijpende wijziging in het pensioenreglement van het bedrijfstakpensioenfonds als een nieuw wijzigingsbesluit inzake verplichtstelling tot deelneming kan worden aangemerkt. Gevolg: heeft de werkgever zes maanden vóór de aanvraag van het ingrijpend gewijzigde pensioenreglement al een eigen pensioenregeling, dan kan een beroep worden gedaan op de vrijstellingsmogelijkheid. Welke ingrijpende wijziging van het pensioenreglement deed zich in de kwestie die bij de rechtbank Rotterdam voorlag, voor? De omzetting van een pensioenfonds voor prepensioen (PreTEX) naar een pensioenfonds voor ouderdomspensioen (Bpf TEX).

Daarnaast is de uitspraak leerzaam, omdat hierin nader wordt ingegaan op de gelijkwaardigheidseis. Overwogen wordt dat de gelijkwaardigheid (pas) aanwezig moet zijn op het moment van indiening van het vrijstellingsverzoek.

Tot slot

Een verplichte deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds is voor een aantal werkgevers een onderbelicht item. Niet altijd wordt stilgestaan bij een eventuele verplichte deelneming. De werkgever gaat er van uit dat er geen verplichte pensioenregeling is en biedt een "eigen" pensioenregeling aan haar werknemers aan. Zowel bij de start van de bedrijfsactiviteiten, bij een wijziging van de bedrijfsactiviteiten als bij een wijziging van het personeelsbestand (bijvoorbeeld als gevolg van fusies/overnames) doet een werkgever er verstandig aan zich de vraag te stellen of sprake is van een verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds. Geen enkele werkgever wil geconfronteerd worden met de toepasselijkheid van twee verschillende pensioenregelingen. Nog los van de onvoorziene premielast die daarmee gemoeid is, ontstaan er namelijk forse fiscale problemen. Vandaar dat het goed is om een zogenoemde "Bpf-check" door de pensioenadvocaten van Dirkzwager te laten uitvoeren.

Frederique Hoppers

T +31 (0)24 381 31 26

E hoppers@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerpensioen.nl

Regeerakkoord: bruggen slaan op terrein Pensioen

Het regeerakkoord van de ondertekenaars Mark Rutte en Diederik Samson van 29 oktober 2012 bevat ook belangrijke informatie over pensioen.

Verhoging AOW-leeftijd

De AOW-leeftijd wordt geleidelijk verhoogd tot 66 jaar in 2018 en tot 67 jaar in 2021. Daarna wordt de AOW-leeftijd gekoppeld aan de stijging van de levensverwachting. Dit is een verdere aanscherping ten opzichte van de eerder door het parlement vastgestelde verhogingen van de AOW-leeftijd: vanaf 2013 tot 2019 oplopend naar 66 jaar en in 2023 naar 67 jaar.

Veertig jaar werken, pensioen van 70% gemiddeld verdiende loon

Als maatschappelijk aanvaarde norm wordt vastgesteld dat iedereen met 40 jaar werken redelijk in staat moet zijn om een pensioen bij elkaar te sparen van 70% van het gemiddeld verdiende loon.

Het fiscale kader (Witteveen-kader) wordt op deze nieuwe (aangescherpte) norm gebaseerd. Dit leidt tot een verlaging van het maximale jaarlijkse opbouwpercentage voor nieuwe pensioenopbouw met 0,4% tot maximaal 1,75% van het pensioengevend loon. Er was al eerder een verlaging aangekondigd van 2,25 naar 2,15%. Voor pensioenopbouw op basis van een eindloonregeling wordt de jaarlijkse opbouw maximaal 1,5%.

Boven inkomen € 100.000 geen pensioenopbouw

Boven een inkomen van € 100.000 (drie keer modaal) kan niet langer fiscaal gunstig pensioen worden opgebouwd. Pensioenpremie die betrekking heeft op een inkomen boven € 100.000 is voor de werknemer niet langer aftrekbaar van het belastbaar loon. Het werkgeversdeel voor pensioenopbouw met betrekking tot salaris boven € 100.000 is direct belast. Dit gaat ook gelden voor het pensioen in de derde pijler (op individuele basis bij een verzekeraar).

Voor een deel bouwen de aangescherpte regels voort op al bestaande/nieuwe wetgeving, die zijn beslag krijgt per 1 januari 2013 (verhoging AOW-leeftijd) en 2014 (fiscaal kader). Hoe de uitwerking precies vormgegeven zal worden zal de komende

weken/maanden blijken. Duidelijk is dat hierover nog het nodige te doen zal zijn.
Op deze kennispagina houden wij u hiervan steeds op de hoogte.

Henk Hoving

T +31 (0)24 381 31 26

E hoving@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerpensioen.nl

Verplicht crisisplan pensioenfondsen

Sinds 1 mei 2012 moeten alle pensioenfondsen beschikken over een financieel crisisplan. Dit is gebaseerd op de artikelen 143 en 145 Pensioenwet. In de actuariële en bedrijfstechnische nota (abtn) moet het pensioenfonds opnemen op welke wijze uitvoering gegeven wordt aan de plicht een beheerste en integere bedrijfsvoering te waarborgen. Hiertoe behoort ook de beschrijving van de financiële sturingsmiddelen: inzetbaarheid van premiebeleid, beleggingsbeleid en beleid inzake aanpassing van de pensioenaanspraken en voorwaardelijke toeslagverlening

Doel en inhoud van het financieel crisisplan:

- voorbereiden van het fondsbestuur op een financiële crisissituatie
- vooraf duidelijk maken aan de deelnemers hoe met hun pensioen wordt omgegaan in tijden van crisis.

Op grond van de Beleidsregel van DNB van 5 december 2011 moet het financieel crisisplan bestaan uit (artikelen 4 t/m 12):

- beschrijving crisissituatie
- dekkingsgraad waarbij korten nodig is om er uit te komen
- maatregelen die ter beschikking staan
- mate van inzetbaarheid van de maatregelen
- indicatie financiële effect van de maatregelen
- evenwichtige belangenafweging
- communicatie met belanghebbenden
- besluitvormingsproces
- beoordeling actualiteit financieel crisisplan.

Onderzoek DNB en AFM

Recent is een sectorbreed onderzoek naar de kwaliteit van financiële crisisplannen afgerond door DNB en AFM. Veertig financiële crisisplannen zijn beoordeeld op basis van de Pensioenwet en de Beleids-regel. Hieruit blijkt dat er gemiddeld bij de helft van de plannen sprake is van een slechte (10%) of onvoldoende (40%) beheersings-score. Grote pensioenfondsen blijken niet beter te scoren dan kleine.

Verbetering moet met name op de volgende onderdelen gerealiseerd worden:

- duidelijkere prioritering van de te treffen maatregelen
- duidelijkheid over het moment van korten op pensioenen
- het in besluitvormingsprocessen rekening houden met calamiteiten
- duidelijkheid over wat het pensioenfonds richting deelnemers communiceert, op *welk moment*, en *hoe*
- hoe invulling wordt gegeven aan evenwichtige belangenafweging.

Communicatie en evenwichtige belangenbehartiging

Informatie over het crisisplan moet helder en begrijpelijk zijn, maar ook juist, tijdig en volledig. Bij de communicatie blijken fondsen te volstaan met het plaatsen van een financieel crisisplan op de website. Dit is geen begrijpelijk communicatiemiddel voor deelnemers, aldus het onderzoek van DNB en AFM. Niet alleen het plan moet worden gecommuniceerd. Ook is van belang hoe er gecommuniceerd wordt, indien sprake is van een crisis.

Pensioenfondsen lijken weinig na te denken over de centrale boodschap die zij in verschillende situaties aan de belanghebbenden willen communiceren. Ook is vaak geen sprake van een visie van het bestuur over het op evenwichtige wijze afwegen van de belangen om te komen tot een verdeling van lasten om de crisis op te lossen. Een passage '*we zullen rekening houden met een evenwichtige belangenbehartiging*' volstaat niet. Dit is geen motivering van de wijze waarop er rekening wordt gehouden met evenwichtige belangenafweging. Kortom, waarom is naar de mening van het fondsbestuur sprake van het op evenwichtige wijze rekening houden met de verschillende groepen belanghebbenden. Welke bijdrage levert welke groep om de crisis op te lossen. Bij herstellpremies en bijstortingen van de werkgever kan de financiële positie in verband met de continuïteit van de bedrijfsvoering van belang zijn bij de evenwichtige belangenafweging.

Wat te doen

Uit het onderzoek van DNB en AFM blijkt dat veel financiële crisisplannen verbeterd en meer toegespitst moeten worden. Het is van belang om daarbij onderscheid te maken tussen het financieel crisisplan en een kortetermijnherstelplan. Beide hebben verschillende functies en doelen.

Het nut en de noodzaak van het hebben van een kwalitatief goed financieel crisisplan zijn nog steeds onverminderd actueel, gelet op de ontwikkelingen in de financiële sector. Van de fondsbesturen wordt verwacht dat zij kritisch beoordelen of en zo ja,

in hoeverre invulling gegeven wordt aan de wettelijke verplichting van het hebben van een financieel crisisplan, als onderdeel van de abtn. Om concrete handreikingen te doen zijn de algemene uitkomsten van het onderzoek bekend gemaakt via de website van AFM, met een voorbeeld van een goed financieel crisisplan, een lijst met goede en slechte voorbeelden en een lijst met aandachtspunten.

Henk Hoving

T +31 (0)24 381 31 26

E hoving@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerpensioen.nl

Overnemen betalingen pensioenpremie door UWV na faillissement

Tot voor kort stelde het UWV zich op het standpunt dat bij een verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds werknemers van een failliete onderneming geen beroep konden doen op de overnemingsregel van artikel 61 van de Werkloosheidswet (WW). Een onjuist standpunt, zo besliste de Centrale Raad van Beroep recent.

Overnemingsregel

In artikel 61 WW is bepaald dat een werknemer recht heeft op een uitkering indien hij geldelijk nadeel ondervindt doordat de werkgever de bedragen die hij in verband met de dienstbetrekking met de werknemer aan derden verschuldigd is, niet heeft betaald. Een dergelijke situatie doet zich bijvoorbeeld voor als de werkgever pensioenpremie aan een pensioenuitvoerder verschuldigd is, op grond van een met de werknemer gesloten pensioenovereenkomst. De pensioenpremie over ten hoogste het jaar onmiddellijk voorafgaand aan de datum waartegen de dienstbetrekking door de curator is opgezegd, komen voor overneming in aanmerking. Dit is bepaald in artikel 64 WW.

Uitspraak

De werkgever kan het pensioen onderbrengen bij een pensioenverzekeraar of (onder omstandigheden) bij een pensioenfonds. Soms is sprake van een verplichte deelneming van de werkgever in een bedrijfstakpensioenfonds, namelijk als de werkgever valt onder de reikwijdtebepaling van een verplichtstellingsbeschikking van het ministerie van SZW. In dat geval moeten (in beginsel) alle deelnemers worden aangemeld bij het bedrijfstakpensioenfonds.

In de casus die bij de Centrale Raad van Beroep voorlag was sprake van een verplichte deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds Vervoer. De werkgever was failliet, de curator zegde vervolgens de dienstverbanden met de werknemers op, waarna een van deze werknemers ten aanzien van de achterstallige pensioenpremie jegens het UWV een beroep deed op de overnemingsregel. Het UWV weigerde echter de premiebetaling over te nemen en voerde twee redenen aan.

Allereerst zou de deelnemer geen geldelijk nadeel hebben ondervonden van de achterstallige premiebetaling. Het UWV voerde in dit kader aan dat ook indien geen premies zouden zijn afgedragen, pensioenaanspraken geclaimd kunnen worden. De Centrale Raad van Beroep overweegt dat deze stelling onvoldoende onderbouwd is.

Het standpunt van het UWV is mijns inziens niet alleen onvoldoende onderbouwd, maar ook incorrect. Zelfs indien deelnemers toch pensioenaanspraken van het fonds kunnen claimen indien geen premiebetalingen gedaan zijn, kan er nadeel ontstaan. Het niet betalen van pensioenpremies kan immers zijn weerslag hebben op de financiële positie van het fonds, waarvan ook deelnemers nadeel kunnen ondervinden (zoals bijvoorbeeld het uitblijven van toeslagverlening of het toepassing van een kortingsmaatregel).

Ten tweede stelde het UWV dat geen beroep gedaan kan worden op de overnemingsregel, omdat de werkgever geen pensioenovereenkomst zou hebben gesloten met het pensioenfonds. Over dit punt overweegt de Centrale Raad van Beroep dat de verplichting tot premiebetaling voortvloeit uit de wet (artikel 4 Wet verplichte deelneming bedrijfstakpensioenfonds).

De Centrale Raad van Beroep komt terecht tot deze conclusie, hoewel een andere redenering meer voor de hand ligt. Van een pensioenovereenkomst is namelijk ook bij een verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds gewoon sprake. In artikel 2 lid 2 Pensioenwet is namelijk vastgelegd dat een verplichte deelneming wordt gelijkgesteld met een pensioenovereenkomst. De redenering van het UWV is naar mijn mening dan ook uiterst opmerkelijk. Het is zuur voor de werknemer dat hij tot aan de Centrale Raad van Beroep heeft moeten procederen om steun te krijgen voor zijn standpunt.

Bestuurdersaansprakelijkheid achterstallige pensioenpremies

In het voorgaande heb ik stil gestaan bij de verhouding van de werknemer tot het UWV. Een ander interessant aspect is de rol van bestuurders in dit soort situaties. Onder meer in (dreigende) faillissementssituaties wordt het optreden van de bestuurder kritisch onder de loep genomen. In sommige situaties kan een bestuurder (of medebeleidsbepaler) persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor (bijvoorbeeld) achterstallige pensioenpremies.

Bestuurders moeten bedacht zijn op wettelijke bepalingen die specifiek in de situatie van pensioen eerder kunnen leiden tot persoonlijke bestuurdersaansprakelijkheid. De (tijdige) meldingsplicht van een bestuurder, indien de onderneming niet meer in

staat is de pensioenpremies te voldoen, staat hierbij centraal. Op dit kennisportal staat meer nuttige informatie over deze meldingsplicht. Daarnaast zijn onze medewerkers van de vakgroep Pensioen graag bereid een en ander nader toe te lichten.

Frederique Hoppers

T +31 (0)24 381 31 26

E hoppers@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerpensioen.nl

Werk aan de winkel voor pensioen-uitvoerders in communicatie-uitingen

De AFM heeft in haar nieuwsbrief van oktober 2012 opnieuw de aandacht van pensioenuitvoerders gevraagd om tijdig, duidelijk, begrijpelijk en transparant te communiceren.

Uit de consumentenmonitor 2012 blijkt dat pensioenuitvoerders nog het nodige werk moeten verzetten op het vlak van communicatie, onder meer omdat veel deelnemers en gepensioneerden geen reëel beeld hebben van hun pensioenaanspraken.

Pensioenregister en UPO's

Uit onderzoek van de AFM is gebleken dat niet alle deelnemers hun aanspraken kunnen zien via het Pensioenregister, omdat pensioenuitvoerders niet alle gegevens aanleveren. Ook bij de UPO's heeft de AFM verbeterpunten opgemerkt. In sommige gevallen bleek het UPO te omvangrijk en daardoor ontoegankelijk.

Pensioenopbouwers doen er dan ook verstandig aan niet blind te varen op de aanspraken die staan weergegeven in het pensioenregister en de UPO's, maar hier zelf kritisch naar te kijken.

AOW-gat

De verschuiving van de AOW-leeftijd naar de verjaardag en de (beoogde) verhoging van de AOW-leeftijd kunnen ertoe leiden dat de AOW-leeftijd niet langer aansluit bij de pensioenleeftijd in het pensioenreglement.

De AFM noemt in haar nieuwsbrief dat pensioenuitvoerders deelnemers proactief en uitdrukkelijk op een mogelijk probleem in hun pensioensituatie moet wijzen, zodat deelnemers hiertegen tijdig actie kunnen ondernemen.

Kortingsmaatregel

In de consumentenmonitor is naar voren gekomen dat ruim vier op de tien pensioenopbouwers bij een pensioenfonds niet op de hoogte zijn of het pensioenfonds al dan niet moet gaan korten op de pensioenaanspraken. Dit is opmerkelijk. Pensioenfondsen zullen daarom binnenkort door de AFM worden geïnformeerd over de communicatie rondom kortingen, meer specifiek wat de AFM van de fondsen aan communicatie op

dit terrein verwacht. Ook op dit kennisportal is informatie over de kortingsmaatregel terug te vinden. Binnenkort volgt bovendien een uitgebreide bijdrage waarin de kortingsmaatregel vanuit juridisch perspectief kritisch wordt beschouwd.

Frederique Hoppers

T +31 (0)24 381 31 26

E hoppers@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerpensioen.nl

Vastgoed

www.dirkzwagervastgoed.nl

Verhuurder verkrijgt grond door verjaring

In een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam d.d. 18 mei 2011 is geoordeeld over een bijzonder aspect van het leerstuk van verjaring. Aan bod kwam de verjaring van de eigendom van een aantal stukken grond. Een beroep op verjaring houdt in dit geval in dat de eiser stelt de grond in bezit te hebben genomen. Dit bezit wordt na het verloop van een vaststaande termijn van rechtswege omgezet in eigendom. Eiser verzoekt vervolgens aan de rechtbank deze eigendomsoverdracht in te schrijven in de daartoe aangewezen registers.

Het bijzondere van het verzoek in deze kwestie was dat dit werd ingediend door een huurder van een stuk grond. Hij stelde door verjaring eigenaar te zijn geworden van gronden grenzend aan het door hem gehuurde. Normaal wordt een beroep op verjaring gedaan door een eigenaar van een stuk grond, die grond van een naburig eigenaar in bezit heeft genomen. Hier speelt de vraag of ook een huurder zich op verjaring kan beroepen. Een korte uiteenzetting van de casus en het oordeel van de rechter is op zijn plaats.

In de Rotterdamse zaak huurde de eiser een aantal percelen grond van zijn moeder. Zij was in 2000 overleden. Haar nalatenschap was ten tijde van de procedure nog niet afgewikkeld. De eiser is ten tijde van de procedure dus nog altijd huurder van de percelen. Hij huurt de gronden immers van de erfgenamen in de nalatenschap. Eiser had in de loop der jaren een aantal percelen grond in gebruik genomen welke niet tot het gehuurde behoorden maar wel grensden aan het gehuurde. Deze percelen waren in eigendom bij een derde. De eiser verzocht de rechter in deze zaak voor recht te verklaren dat deze percelen door middel van verjaring zijn eigendom waren geworden.

Verjaring van de eigendom van onroerende zaken

Indien zoals in deze kwestie een beroep wordt gedaan op bevrijdende verjaring gelden hiervoor een aantal vereisten. Deze vereisten volgen uit artikel 3:105 jo. 3:306 BW en zijn:

- a er moet sprake zijn van bezit;
- b de bezitter is niet te goeder trouw en;
- c er moet een termijn van 20 jaar zijn verlopen sinds het bezitsverlies van de eigenaar.

De eerste voorwaarde schept de meest interessante vragen in deze situatie. Bezit is volgens artikel 3:107 lid 1 BW *'het houden van een goed voor zichzelf'*. Dit bezit moet in deze kwestie worden gerealiseerd door inbezitneming. Dit houdt in dat er sprake moet zijn van *feitelijke macht en meer dan enkele op zichzelf staande machtsuitoefeningen*. De eiser had bij zijn bewijsvoering foto's gevoegd die aantoonde dat hij de bereikbaarheid van een aantal van de betreffende percelen had beperkt. Toegang was enkel nog mogelijk via zijn gehuurde perceel. De percelen waren door hem afgebakend met bomen en vormden optisch een geheel met het door hem gehuurde. Tevens maakte hij feitelijk gebruik van de percelen door hier auto's te parkeren. Gezien deze omstandigheden is de rechtbank van oordeel dat eiser de betwiste stukken grond feitelijk is gaan houden.

Vervolgens kwam echter de vraag aan de orde of de eiser de stukken grond wel voor zichzelf is gaan houden. De eiser was huurder en dus houder van die grond voor een ander, te weten de verhuurder. Vanuit dat perspectief kan hij volgens de rechter geen houder voor zichzelf zijn van de grond grenzend aan het gehuurde. Ook deze grond houdt hij niet voor zichzelf maar voor een ander. De rechtbank oordeelt dat hij de stukken grond gezien de bestaande huurovereenkomst niet voor zichzelf zou kunnen houden, maar voor de eigenaar van het perceel. In dit geval betreft het dus zijn moeder. Volgens deze redenering kon de moeder middellijk bezitter worden van de percelen die haar zoon in gebruik nam. In het vonnis wordt dan ook bevestigd dat niet de zoon maar de moeder bezitter is geworden van een tweetal percelen grond.

Vervolgens wordt gekeken naar de overige voorwaarden die aan een bevrijdende verjaring zijn verbonden. Aan de voorwaarde onder b.) wordt eenvoudig voldaan nu er geen sprake is van goede trouw. Eveneens werd voldaan aan de voorwaarde onder c.). De eiser toonde middels foto's aan dat uiterlijk in 1980 sprake was van de eerder omschreven inbezitneming.

De rechtbank concludeert dat niet eiser maar diens moeder middels verjaring van rechtswege eigenaar is geworden van twee percelen grond. Dat eiser door vererving (mede)eigenaar van deze gronden zal worden is een toevalligheid die los staat van deze constatering.

Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat in de rechtspraak wordt aangenomen dat een huurder geen aanspraak kan maken op verjaring van eigendom van gronden die grenzen aan het door hem gehuurde. De huurder is geen bezitter van het door hem gehuurde.

Hij houdt deze grond immers niet voor zichzelf, maar voor een ander (de verhuurder). De eigenaar kan middels de handelingen van de huurder wel middellijk bezitter worden van de gronden naast het door hem verhuurde. Wanneer vervolgens wordt voldaan aan de overige criteria van verjaring kan de eigenaar van het gehuurde van rechtswege, en dus zonder zelf enige handelingen te verrichten, eigenaar worden van de aangrenzende gronden die zijn huurder in gebruik heeft genomen.

Thijs Liebregts

T +31 (0)24 381 31 86

E liebregts@dirkzwager.nl

www.dirkzwagervastgoed.nl

Gemeente mag permanente bewoning recreatiewoning regelen

De minister van Infrastructuur en Milieu maakt gebruik van het voorstel van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) om gemeenten zelf de vergunningverlening in geval van onrechtmatige bewoning van recreatiewoningen te laten regelen. Om deze reden heeft de minister op 10 februari 2012 het wetsvoorstel 'Vergunning onrechtmatige bewoning recreatiewoningen' ingetrokken.

In het algemeen geldt dat het niet is toegestaan om permanent in een recreatiewoning te wonen vanwege strijd met een bestemmingsplan of een beheersverordening. De gemeente kan evenwel een vergunning verlenen aan onrechtmatige bewoners die reeds vóór 1 november 2003 in een recreatiewoning wonen. Met de bestaande regels wordt echter niet altijd voldoende zekerheid geboden aan de bewoners over de toekomst van hun bewoning. Teneinde deze specifieke groep bewoners zekerheid te geven heeft de Tweede Kamer vorig jaar een wetsvoorstel aangenomen. Dit wetsvoorstel regelde dat onder voorwaarden een persoonlijke omgevingsvergunning voor permanente bewoning van een recreatiewoning in strijd met het bestemmingsplan of beheersverordening moet worden verleend.

Op voorstel van de VNG heeft de minister er nu voor gekozen om het wetsvoorstel in te trekken en gemeenten zelf de vergunningverlening te laten regelen via een beleidsregel. De VNG heeft hiertoe een *voorbeeldbeleidsregel* opgesteld die door gemeenten als uitgangspunt kan worden gebruikt. De VNG heeft hierbij grotendeels aangesloten bij het ingetrokken wetsvoorstel. De beleidsregel biedt de voorwaarden op grond waarvan een gemeente een persoonlijke omgevingsvergunning moet verlenen. Kort gezegd is voor de vergunningverlening van belang dat de bewoner kan aantonen dat hij uiterlijk vanaf 1 november 2003 tot aan het moment van het indienen van de aanvraag tot de vergunning onafgebroken in de recreatiewoning heeft gewoond. Daarnaast mag de bewoner nog niet eerder door de gemeente op de bewoning zijn aangesproken.

Mariëlla Wensink

T +31 (0)26 353 84 08

E wensink@dirkzwager.nl

www.dirkzwagervastgoed.nl

Overgangsregeling BTW-verhoging voor onroerende zaken

Het algemene BTW-tarief wordt per 1 oktober 2012 verhoogd van 19% naar 21%. Het moment van de levering of de dienst is bepalend voor het BTW-tarief; heeft de levering of dienst vóór 1 oktober 2012 plaatsgevonden dan geldt nog het tarief van 19%. Het moment van facturering of betaling is niet relevant.

Zonder overgangsregeling zou de koper van een nieuwbouwwoning die hij vóór 1 oktober 2012 koopt, maar waarvan de (op)levering pas na 30 september 2012 plaatsvindt, over de gehele bouwsom 21% BTW verschuldigd zijn (omdat het moment van leveren bepalend is voor het BTW-tarief).

De wetgever heeft daarom een overgangsregeling vastgesteld, die inhoudt dat het BTW-tarief van 19% van toepassing blijft op (bouw)termijnen waarvan de verschuldigdheid vóór 1 oktober 2012 is ontstaan. Deze uitzondering geldt alleen voor overeenkomsten die zijn gesloten vóór 1 oktober 2012, waarbij de ondernemer een onroerende zaak oplevert na 30 september 2012 en waarbij de vergoeding is verschuldigd in termijnen.

De overgangsregeling is onlangs nog uitgebreid. De toepassing hiervan geldt alleen voor overeenkomsten terzake de aankoop van nieuwbouwwoningen die zijn gesloten vóór 27 april 2012. In dat geval geldt dat op bouwtermijnen die na 30 september 2012 vervallen ook nog het BTW-tarief van 19% van toepassing is. Hierop is wel een beperking aangebracht, de termijnen mogen namelijk niet later vervallen dan na 1 oktober 2013.

De Staatssecretaris van Financiën heeft een goedkeuring aangekondigd die inhoudt dat de overgangsregeling ook geldt voor apart overeengekomen verbouwingen waarbij de vergoeding vervalt in termijnen. Onder verbouwing wordt in dit verband verstaan werkzaamheden die gericht zijn op een verandering van de inrichting, de aard en/of de omvang van de onroerende zaak.

Ontvangt u na 1 oktober 2012 een BTW-factuur of gaat u zelf een BTW-factuur versturen, controleer dan goed waarop de BTW-factuur betrekking heeft. Met name particulieren hebben belang bij een zo laag mogelijk BTW-tarief.

Anouk Bisseling

T +31 (0)26 365 55 58

E bisseling@dirkzwager.nl

www.dirkzwagervastgoed.nl

Bruikleen of huur?

Huur voor bepaalde tijd?

Bij het opstellen van een bruikleenovereenkomst is zorgvuldigheid vereist. Een bruikleenovereenkomst kan immers snel als huurovereenkomst – met alle huurbescherming van dien – worden gekwalificeerd. Een huurovereenkomst is niet altijd gemakkelijk te beëindigen voor een verhuurder. Dit blijkt maar weer uit onderstaande zaak van Rechtbank Rotterdam.

De zaak

Vanwege een incident dient een huurder zijn woning te verlaten. De woningstichting gaat op zoek naar een andere woning en biedt de huurder in de tussentijd een andere woonruimte aan. In een brief laat de woningstichting weten dat de huurder de eerste maand kosteloos in de woning kan verblijven. Er wordt geen huurovereenkomst of gebruiksovereenkomst getekend.

Omdat er na een maand nog geen vervangende woonruimte is, brengt de woningstichting de huurder maandelijks een bedrag van € 452,88 in rekening voor het gebruik van de tijdelijke woonruimte. Na drie maanden vordert de woningstichting de voorzieningenrechter om de huurder te veroordelen de woning te ontruimen en te verlaten. De woningstichting voert aan dat er tussen haar en de huurder een bruikleenovereenkomst heeft bestaan die per 31 januari 2012 ten einde is gekomen, zodat huurder thans zonder recht of titel in de woning verblijft.

Huurovereenkomst of bruikleenovereenkomst?

De voorzieningenrechter oordeelt dat er geen sprake is van een bruikleenovereenkomst. Het kenmerkend verschil tussen een bruikleenovereenkomst en een huurovereenkomst is gelegen in het al dan niet verschuldigd zijn van een tegenprestatie in ruil voor het gebruik. Bij een bruikleenovereenkomst gaat het om het gebruik van de woning om niet, terwijl er bij een huurovereenkomst sprake is van een voldoende vastomlijnde tegenprestatie. De hoogte van de tegenprestatie is niet doorslaggevend, zodat het standpunt van de woningstichting dat de door de huurder betaalde vergoeding geen redelijke markconforme tegenprestatie betreft, niet kan slagen.

Beëindigen van een huurovereenkomst

De vraag of de huurovereenkomst per 31 januari ten einde is gekomen, beantwoordt de voorzieningenrechter ontkennend. Een huurovereenkomst voor bepaalde tijd moet altijd opgezegd worden en eindigt niet eerder dan dat de huurder de opzegging van verhuurder heeft aanvaard of wanneer de rechter onherroepelijk heeft beslist op de beëindigingvordering. Van een schriftelijke aanvaarding door huurder of van een beëindigingsovereenkomst is hier geen sprake, zodat niet gesteld kan worden dat de huurovereenkomst beëindigd is.

Tenslotte beroept de verhuurder zich op het feit dat er sprake is van een huurovereenkomst die naar zijn aard slechts van korte duur is en dat huurder daarom geen aanspraak kan maken op de wettelijke huurbescherming. Zoals uit een eerder artikel van mijn collega mr. Ronny Saedt blijkt, is een rechter echter zeer terughoudend bij het toepassen van deze bepaling. De voorzieningenrechter oordeelt dat de overeenkomst niet als zodanig opgevat kan worden. De vorderingen van verhuurder worden afgewezen.

Conclusie

Een bruikleenovereenkomst zal snel als huurovereenkomst kunnen worden gekwalificeerd indien de huurder voor het gebruik een bepaalde tegenprestatie is verschuldigd. Alsdan ontstaat huurbescherming. Voorts eindigt een huurovereenkomst voor bepaalde tijd niet na afloop van de termijn. Een huurovereenkomst voor woonruimte dient altijd opgezegd te worden. Het opnemen van een einddatum geeft enkel aan wanneer er op zijn vroegst kan worden opgezegd. Een huurovereenkomst eindigt pas als de huurder instemt met de opzegging, dan wel indien de rechter onherroepelijk toewijzend op de beëindigingvordering heeft beslist.

Denise Staring-Sauer

T +31 (0)26 353 84 08

E staring@dirkzwager.nl

www.dirkzwagervastgoed.nl

Kan verhuurder de huurovereenkomst met een failliete huurder opzeggen in geval van een mogelijke doorstart?

De kantonrechter van de Rechtbank Amsterdam heeft in een kort geding beslist dat een verhuurder niet de ontruiming van een winkelpand kan eisen nu de curators een partij aandragen voor een doorstart en deze partij als huurder in de plaats willen stellen.

Opzeggen huurovereenkomst

Sinds 2010 huurt huurder voor 5 jaar een winkelruimte. Nadat huurder begin juli 2012 door de rechtbank failliet is verklaard, zegt verhuurder op grond van artikel 39 Faillissementswet de huurovereenkomst op. Dit artikel bepaalt dat zowel verhuurder als curator(s) de huur tussentijds kunnen opzeggen indien huurder failliet is. De verhuurder kan zich op deze manier eenvoudig ontdoen van een insolvente huurder, maar de verhuurder mag door de opzegging geen misbruik van zijn bevoegdheid maken of handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid.

Doorstart en indeplaatsstelling

De curators van de failliete huurder hebben de activa van de winkel in het kader van een doorstart verkocht aan partij A. Op grond van artikel 7:307 van het Burgerlijk Wetboek willen de curators partij A als huurder in de plaats stellen van de failliete huurder, zodat hij de betreffende winkel kan exploiteren op de oorspronkelijke locatie. Een rechter kan het verzoek om indeplaatsstelling slechts toewijzen indien de huurder een zwaarwegend belang heeft bij de overdracht van de huurovereenkomst en zal een verzoek afwijzen indien de voorgestelde huurder onvoldoende waarborgen biedt voor een nakoming van de overeenkomst of een behoorlijke bedrijfsvoering. In geval van een faillissement kan ook de curator een dergelijk verzoek bij de rechter indienen.

Kort geding

In een kort geding heeft verhuurder de ontruiming van het winkelpand gevorderd. Verhuurder stelt dat huurder de huur regelmatig niet op tijd heeft betaald en dat huurder heeft ingestemd met een tussentijdse beëindiging indien zij opnieuw in gebreke zou blijven met tijdige betaling van de huur. Dit laatste was volgens verhuurder het geval. De curators betwisten deze instemming en ook de kantonrechter ziet dit onvoldoende gebleken.

Vervolgens beoordeelt de kantonrechter of verhuurder de huurovereenkomst op grond van artikel 39 Faillissementswet op kan zeggen, of dat er sprake is van misbruik van de bevoegdheid zoals de curators hebben aangevoerd. Gezien het feit dat er geen betalingsachterstand (meer) is en de curators de huur voor het komende kwartaal hebben gereserveerd, is er voldoende zekerheid voor de betaling van de huur. Het ondernemingsplan en de goede locatie van het winkelpand geven volgens de kantonrechter tevens voldoende waarborgen voor de toekomst. De belangen van huurder wegen bovendien zwaarder dan de belangen van verhuurder nu deze enkel nog aanvoert dat opzegging vereist is omdat hij op de vrije markt een hogere huurprijs kan bedingen. Deze stelling van verhuurder is onvoldoende onderbouwd. De kantonrechter gaat ervan uit dat ook de rechter in de bodemprocedure zal oordelen dat de huuropzegging door verhuurder misbruik van het recht oplevert en in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.

Voor wat betreft de indeplaatsstelling bekijkt de kantonrechter of de curators, in afwachting van het oordeel van de rechter, op voorhand recht hebben op en belang hebben bij voortzetting van de huur door partij A. Omdat de goede locatie van groot belang is voor een succesvolle doorstart, hebben de curators er groot belang bij en kunnen zij zo voldoende zekerheid bieden aan de verhuurder. Hiermee is aan de voorwaarden van artikel 7:307 BW voldaan. De kantonrechter beslist dan ook dat verhuurder moet gedogen dat partij A de winkelruimte gebruikt totdat de indeplaatsstelling in de bodemprocedure is behandeld.

Tips

Zoals uit het voorgaande volgt had de verhuurder mogelijk al eerder tot een beëindiging van de huurovereenkomst kunnen komen. Deze afspraak was echter niet duidelijk vastgelegd, waardoor hij bij de rechter aan het kortste eind trok. De inschakeling van Dirkzwager advocaten kan dit soort onduidelijkheden voorkomen.

Ronny Saedt

T +31 (0)24 381 31 83

E saedt@dirkzwager.nl

www.dirkzwagervastgoed.nl

Legal
Knowledge
portal

www.legalknowledgeportal.com

New rules concerning notional interest deduction

After much discussion and negotiation, the famous Belgian “notional interest deduction” has not been cancelled but the rules have been tightened up.

As a reminder, the notional interest deduction allows Belgian resident companies as well as Belgian branches of non-resident companies to claim a tax deduction calculated on the basis of a fixed percentage of their adjusted net equity.

Under the rules to date, the rate of notional interest to be applied on this adjusted net equity was fixed on a year to year basis by reference to the average interest rate on Belgian government 10 year bonds, subject to a maximum cap of 6,5 %.

In addition, the unused part of notional interest deduction could be carried forward for a maximum of 7 years.

Under the new rules to be applied by the new Belgian government the maximum interest rate is reduced to 3% (3,5% for small and medium sized companies) for 2012, 2013, and 2014. For the following years, this maximum rate may be modified.

Furthermore, for the future, the possibility to carry forward the unused notional interest deduction will be cancelled. However, the unused NID as per 31 December 2011 will be subject to specific rules. Under these rules, the deduction will be the last operation in the tax return and will be limited to 60 % of the otherwise taxable income (except for the first 1 million euros) and the unused portion of the deduction will be available for carry-forward to the following year.

In general terms these new rules are less strict than what many companies feared and, indeed, some pundits had predicted that the whole notional interest deduction would be abolished.

Christelle Wils

Belgium

Cruyplants Eloy Wagemans & Partners

E cruyplants-eloy-wagemans@legalknowledgeportal.com

www.legalknowledgeportal.com

Chinese VAT reform pilot scheme – first launched in Shanghai

Value-added tax (“VAT”) is a general tax on consumption that is levied on the value added to goods and services at each stage in the production and distribution chain and is borne ultimately by final consumers.

The history of VAT in the People’s Republic of China (“China”) is not long. VAT was first introduced in 1979 as an experiment conducted only in certain provinces, and was officially imposed in 1984 when the State Council promulgated The Regulation on VAT (Draft) effective as of 1 October 1984. Since then VAT has been contributing a substantial portion to the tax revenue of the state. The first VAT reform was undertaken in 1993 whereby The Provisional Regulation on Value-Added Tax (“VAT Regulation”) officially codifying Chinese VAT system was promulgated by the State Council on 13 December 1993 and came into force as of 1 January 1994. Furthermore, The Detailed Rules for the Implementation of the Provisional Regulation on Value-Added Tax (“VAT Implementation Rules”) was issued jointly by the Ministry of Finance (“MOF”) and the State Administration of Taxation (“SAT”), following the promulgation of the VAT Regulation.

The most recent VAT reform took place in 2008. During this reform, the VAT Regulation was amended and re-promulgated on 10 November 2008. At the same time, the VAT Implementation Rules were amended as well. Following the coming into force of the amendments to the VAT Regulation and to the VAT Implementation Rules on 1 January 2009, Chinese businesses are permitted to deduct the input VAT on fixed assets, for instance, transportation vehicles, machinery or equipment purchased as capital goods, and Chinese VAT has been converted from a production-based tax (which explicitly prohibits deduction of the input VAT on fixed assets purchased) into a consumption-based one.

According to Article 1 of the VAT Regulation and Article 2 of the VAT Implementation Rules, sale and/or importation of goods, and/or provision of processing, repair and/or components-replacing services in connection with goods within China are subject to VAT. For other transactions, for instance, transfer of intangible assets, supply/transfer of immovable property, and provision of services other than processing, repair and/or

components-replacing services, a different tax, business tax ("BT") at the rate of 5%, is levied based on the turnover generated by businesses. However, these transactions are supposed to fall within the scope of VAT based on the nature of VAT being a general tax on consumption. It is clear that the current scope of Chinese VAT only covers a limited area of consumption. Thus Chinese VAT currently in existence is not considered a real VAT, but a quasi-VAT.

China has been planning to promulgate a VAT law ("Chinese VAT Law"), which entails a through VAT reform to be conducted to merge BT with VAT and turn the current quasi-VAT system into a real VAT system ("Chinese VAT Reform"). The Chinese VAT Reform as planned will be implemented nationwide as of 1 January 2013. The Chinese government has consulted both domestic and foreign (in particular, European) experts specializing in indirect tax for the implementation of the Chinese VAT Reform and the draft of the Chinese VAT Law. As a first step a pilot scheme will be first launched to test the water.

Pilot Scheme

An Executive Meeting of the State Council was held on 26 October 2011 during which it was decided that the pilot scheme for the Chinese VAT Reform ("Pilot Scheme") would be first launched in Shanghai. On 16 November 2011 the MoF and the SAT jointly issued The Pilot Scheme for Merging BT with VAT (CaiShui-2011-No. 110, "Circular 110") following the approval of the State Council.

On the same day the MoF and the SAT jointly issued The Circular on the Implementation of the Pilot Scheme for Merging BT with VAT on Transportation and Chosen Modern Services Sectors in Shanghai (CaiShui-2011-No. 111, "Circular 111") to circulate The Rules on the Implementation of the Pilot Scheme for Merging BT with VAT on Transportation and Chosen Modern Services Sectors, The Regulation on Relevant Matters with respect to the Pilot Scheme for Merging BT with VAT on Transportation and Chosen Modern Services Sectors, and The Regulation on the Transitional Policy with respect to the Pilot Scheme for Merging BT with VAT on Transportation and Chosen Modern Services Sectors (collectively "Pilot Scheme Implementation Rules").

In Short the Circular 110 serves as the guidance on how and when the Pilot Scheme will be implemented, first in pilot regions for transportation and chosen modern services sectors, then nationwide for some of these sectors, while the Circular 111 and the Pilot Scheme Implementation Rules serve as the detailed rules for implementing the Pilot Scheme, in particular, in Shanghai as of 1 January 2012.

Businesses and Sectors Affected

According to the Circular 111 and the Pilot Scheme Implementation Rules, as of 1 January 2012 businesses registered in Shanghai and engaging in the following sectors (“VAT Taxable Services”) will be affected and will be subject to VAT instead of BT:

General Taxpayer & Small-scale Taxpayer

To simplify the VAT collection procedures and reduce the costs incurred by tax authorities and by taxpayers with respect to the collection and payment of VAT, the same as for the VAT Regulation, the Pilot Scheme Implementation Rules differentiate between two types of taxpayers for VAT purposes, i.e. general taxpayer and small-scale taxpayer. A general taxpayer is granted the right of deduction and is eligible to issue VAT Fapiao that is, in principle, required for deduction of input VAT, while a small-scale taxpayer has no right of deduction and is not eligible to issue VAT Fapiao. By default all taxpayers for VAT purposes are considered small-scale taxpayers unless they are recognized by tax authorities as general taxpayers. To file an application with tax authorities for recognition as a general taxpayer, taxpayers should either reach certain turnover thresholds or have maintained sound and accurate books of accounts.

We note that general taxpayers that engage in sale and/or importation of goods, and/or provision of processing, repair and/or components-replacing services in connection with goods, and in the meantime also engage in the VAT Taxable Services, need not re-apply to be recognized as general taxpayers in order to enjoy the right of deduction and issue VAT Fapiao for the VAT Taxable Services.

The turnover threshold for businesses engaging in the VAT Taxable Services to be recognized as general taxpayers within the framework the Pilot Scheme is currently set at RMB5 million per year, subject to adjustment by the MOF and the SAT. We estimate that most (if not all) small businesses are not eligible to be recognized as general taxpayers due to the foregoing high threshold.

Impacts on Businesses

For businesses (mostly small businesses) that do not reach the turnover threshold therefore do not qualify as general taxpayers, the tax burden on them is alleviated (tax changed from 5% BT to 3% VAT) except for businesses in transportation sectors (tax changed from 3% BT to 3% VAT).

For businesses that are already recognized or are eligible to be recognized as general taxpayers, the overall tax burden on them is supposed to be alleviated, but to what extent the taxes payable can be reduced varies from sector to sector depending on how much deductible input VAT will be accumulated by such businesses.

We believe that for businesses engaging in consulting services, the provision of which does not require the utilization of expensive hardware and software, or part (or the whole) of which will not be subcontracted out, for instance, law firms, it is more beneficial to remain a small-scale taxpayer than a general taxpayer. However, as stated in the Pilot Scheme Implementation Rules businesses are obliged to apply to be recognized as general taxpayers in the event that their annual turnover reaches the threshold.

Moreover it is notable that the Circular 110 states that the treatment of importation and exportation of the VAT Taxable Services is similar to that of the importation and exportation of goods, i.e. importation of the VAT Taxable Services is subject to import VAT, while exportation is either zero-rated or exempted. This indicates that when foreign businesses provide the VAT Taxable Services to businesses registered in Shanghai, the latter will be obliged to pay VAT on such VAT Taxable Services, and when businesses registered in Shanghai provide the VAT Taxable Services to foreign businesses, no output VAT will be levied on the payment received for such services. In the Pilot Scheme Implementation Rules this is not further specified though.

Transitional Policy

To ensure that BT incentives currently applicable to the VAT Taxable Services will continue to apply after the Pilot Scheme is launched, the Pilot Scheme Implementation Rules state that taxpayers engaging in the VAT Taxable Services within pilot regions will enjoy certain VAT-exemption policies within an indefinite period, or within a specified period where applicable.

Such VAT-exemption policies cover, among others, transfer / licensing of patented or unpatented technology, and entrusted development of technology (inclusive of technical consultancy and technical services in connection with such transfer or development, in order to help the transferee or the entrusting party to master the transferred or developed technology), subject to recognition by Technology and Science Committees at provincial level.

New Concepts and Conclusion

Even though the rules with respect to collection and payment of VAT provided in the Pilot Scheme Implementation Rules are, in general, similar to those provided in the VAT Regulation and the VAT Implementation Rules, we note that there are new concepts that we assume are borrowed or derived from the European Union (EU) VAT system, for instance, non-economic activity and VAT grouping.

Under the EU VAT system, there are concepts of taxable person and economic activity. Taxable person refers to any person who independently carries out any economic activity, whatever the purpose or results of that activity, and economic activity refers to any activity of producers, traders or persons supplying services. Economic activities fall within the scope of VAT and are subject to VAT, and taxable persons are responsible for paying VAT due on the economic activities which they engage in to the revenue department. In contrast, non-economic activities fall outside the scope of VAT and are therefore not subject to VAT, and persons engaging in non-economic activities are non-taxable persons. Non-economic activities refer to, among others, activities in which government authorities and other bodies governed by public law engage as public authorities, even where they collect dues, fees, contributions or payments in connection with such activities.

The Pilot Scheme Implementation Rules state that the provision of transportation and chosen modern services during non-economic activities does not constitute provision of the VAT Taxable Services.

The VAT grouping scheme utilized in the EU VAT system refers to the scheme of treating a number of independent (but often affiliated) businesses that are closely bound to one another by financial, economic and organizational links as a single taxable person for VAT purpose. Internal transactions within the group are eliminated for VAT purposes, and the profits and losses of the members of the group can be offset against each other, which is one of the most important benefits granted by the VAT grouping scheme. Such scheme is usually introduced for purposes of reducing administrative and compliance cost and minimizing the opportunity for VAT evasion.

The Pilot Scheme Implementation Rules only briefly state that two or more taxpayers may be taxed as if they were one taxpayer, subject to the approval of the MOF and the SAT. This means that in order to implement such VAT grouping scheme within pilot regions specific regulations need to be drafted and issued.

If the Pilot Scheme is proved successful, the Chinese VAT Reform will be implemented nationwide, as planned. Eventually China will abolish the VAT Regulation, the VAT Implementation Rules, the Pilot Scheme and the Pilot Scheme Implementation Rules, and promulgate the Chinese VAT Law to completely abolish business tax in all sectors, and convert Chinese VAT into a real VAT. We believe that the to-be-promulgated Chinese VAT Law will have similar features and concepts of VAT to those under the EU VAT system, and like the EU VAT system there will be special schemes for small businesses, and for farmers, etc. However the Chinese VAT system after the promulgation of the Chinese VAT Law would still be a lot simpler than the EU VAT system given the special status of the European Union, an economic and political union containing 27 member states.

Wenxin Fang

China

Hil International Lawyers & Advisers

E hil@legalknowledgeportal.com

www.legalknowledgeportal.com

Social Security for Expats in China

As of 15 October 2011, all expats in China are formally required to participate in China's social insurance policy. In this article, Kristie Tien gives an in-depth insight into the new policy, as well as the impact it has on all foreigners living and working in China.

Introduction and background

China's new social insurance policy came into effect through the Social Insurance Law (effective as of 1 July 2011) and the Interim Measures on the Social Security System for Expatriates (effective as of 15 October 2011). Together these regulations form the backbone of the "New Policy" for expats, although further implementing measures and guidelines are still required.

Under the New Policy, all expatriates are now allowed to receive social insurance benefits similar to those for Chinese citizens (with the exception of housing funds). They will consequently need to pay social insurance premiums. The New Policy comprises five separate funds, including pension, medical care, work-related injury, unemployment and maternity insurance.

Previously, similar social insurance contributions for expats existed in certain provinces but these were either optional (Shanghai), or compulsory for only certain kinds (Beijing). The New Policy therefore has great implications for expats and their employers in China; the expatriates' take-home monthly pay will shrink because part of their wages will be put into social insurance funds, and their employers' costs will increase considerably.

Expatriates

The term expatriate comprises all foreigners who work in China and hold a working permit. It includes expats employed by Chinese and overseas-funded companies, social groups, law firms and foundations that register in China, as well as those foreigners assigned to China on secondment by overseas-registered companies. It also includes expats working for branches and representative offices.

Exemption for Germans and South Koreans

Expats whose home countries have executed an agreement or treaty with China can, under certain conditions, be partly exempted from participation. At this moment only Germany and South Korea have made use of this opportunity.

Implementation – Beijing first

In order for the New Policy to be made applicable, implementation rules need to be taken on a local level. Beijing has so far been the only province/region to have taken this step by making public the “The Notice of Social Security for Expatriates in Beijing” (the “Beijing Notice”), which came into effect on 15 October as well. The Beijing Notice gives instructions to employers on how to implement the New Policy by deducting the social insurance contributions from the employees’ monthly salaries. It obliges the employer to download the “Social Insurance Administration Software” and to register each expatriate in a local Social Insurance Administration Centre, bringing a number of documents such as the employees passport, his/her Employment Permit, Residence Permit, registration form and a photo.

Expats in Beijing are therefore the first to be affected by the New Policy. Although we cannot say for certain, we expect that regions with large expat communities – like Shanghai – will follow Beijing and issue similar implementation rules shortly.

Rates

The social insurance rates differ from province to province. In major cities like Shanghai and Beijing, the rate could add up to approximately half of the employee’s income, and will be jointly paid by the employer and employee. However, as the rates are subject to caps, most of the contributions will be kept artificially lower. The caps will be adjusted on a yearly basis.

Beijing

- rate could add up to 44,8% of the employee’s monthly income – which will be jointly paid by the company (32.5 to 34.3%) and employee (10.5% + RMB 3)- monthly salary is subject to a cap of RMB 12,603
- this would mean that most employers pay maximum RMB 4,323, whereas the employees pay maximum RMB 1326 per month.

Shanghai

- rate could add up to 48% of the employee’s monthly income – which will be jointly paid by the company (37%) and employee (11%) – monthly salary is subject to a cap of RMB 11,6881
- this would mean that most employers pay maximum RMB 4,325, whereas the employees pay maximum RMB 1,286 per month.

Penalty for non-compliance

If the employer fails to complete social security registration and no correction is made within the time frame stipulated by the relevant authorities, the employer shall be subject to a fine of one to three times the amount of the contribution payable.

In addition, the executives and relevant personnel directly responsible shall be fined between RMB 500 to 3,000. Lastly, employers shall be subject to an “overdue fine” in case of late payment, which amounts to 0.05% of the contribution payable per day of late payment.

Objections to the policy

Many questions about the usefulness to foreigners of participating in the New Policy have been raised. Expats will pay high premiums, but shall not likely enjoy the full benefits. Some argue that at least seconded employees should be allowed to opt-out since they remain employed by a foreign company and are unlikely to enjoy the benefits from the scheme. Others argue that all expatriates should be able to opt-out of medical insurance if they are otherwise covered and that they should not have to contribute to unemployment insurance, for the simple reason that once unemployed, their visa becomes invalid and they cannot remain in China.

Conclusion

Expats in Beijing are currently required to participate in the New Policy and it is inevitable that expats in other major cities like Shanghai will follow shortly.

Companies employing expats (including representative offices) should start reserving cash in order to comply with the financial obligations under the New Policy. Companies in Beijing should pay particular attention, as application for them works back to 15 October. Moreover, those persons affected by the New Policy should contact their embassies and inform them of the financial burden it is bringing them. Requests should be made to start negotiation the terms of exemption treaties.

There are possibilities to restructure the employment of expat staff so that the New Policy does not apply to them. These depend on the specific circumstances of the persons and enterprises involved.

HIL International Lawyers & Advisers has an excellent team of employment lawyers with profound experience in advising on social security compliance issues in China. We would be delighted to assess your situation and provide advice on whether and how the unnecessary application of the New Policy can be avoided.

As implementation rules in Shanghai have not been issued yet, we cannot say for certain that these details are correct. The rates are based on those applicable to Chinese nationals with Shanghai Hukou (registered permanent residence)
For a full review of the special, please click [Special – Social Security Expats](#)

Kristie Tien

China

Hil International Lawyers & Advisers

E ht@legalknowledgeportal.com

www.legalknowledgeportal.com

Legal alert - amendments to transfer pricing rules in Russia

The Russian Parliament and the President approved amendments to the Tax Code regarding transfer pricing rules on July 18, 2011, which will be applied from January 1, 2012 onwards. This alert provides an overview of the new rules.

Hellevig, Klein & Usov provides, among others, the following services:

- Analysis of transfer pricing risks taking into account the new rules and recommendations to minimize such risks
- Development of transfer pricing strategy and recommendations on how to implement it;
- Advice to select and apply the appropriate transfer pricing methods;
- Support in preparing the necessary transfer pricing documentation;
- Conducting comparability analysis;
- Support in transfer pricing reporting;
- Support in tax disputes and tax audits;
- Support and advice on any other issues related to transfer pricing and taxes in general.

Should you have any questions regarding the new transfer pricing rules or other legal issues, please to contact us.

Avenir is now Awara – the holding company of which Hellevig, Klein & Usov is part has changed its name and is now known as Awara Group <http://www.avenirgroup.com>.

Applicability (controlled transactions)

The new rules will put extra administrative burden, among others, on Russian companies trading with their foreign related companies. These amendments will affect international companies selling products to or buying products from their Russian subsidiaries and other related companies in Russia. Transfer pricing rules will apply to cross-border related-party transactions deriving income in the amount of RUR 100 and RUR 80 million in 2012 and 2013, respectively. Starting from 2014, all cross-border related-party transactions will be subject to transfer pricing rules.

By and large, the amendments to the Tax Code significantly narrow the sphere of transactions to which transfer pricing rules apply. Within Russia, transfer pricing rules will apply to related-party transactions only. According to the general rule, domestic related-party transactions are subject to transfer pricing rules only if the aggregate value of such transactions exceeds RUR 3 billion (RUR 2 billion in 2013; RUR 1 billion from 2014). Lower threshold values apply to certain domestic related-party transactions, such as, for instance, transactions involving an entity subject to unified tax on imputed income, in which case transfer pricing rules apply if the aggregate value of the transactions between the parties exceeds RUR 100 million.

In brief, cross-border related-party transactions are always subject to transfer pricing rules, while as a general rule, domestic related-party transactions are subject to transfer pricing rules only if the aggregate value of the transactions exceeds the above-referenced threshold values.

Transfer pricing documentation

Under the new rules, when taxpayers have cross-border related-party transactions, they are required to keep so-called transfer pricing documentation, but only if the aggregate revenue from controlled transactions exceeds RUR 100 million (RUR 80 million in 2013; from January 1, 2014 no threshold).

The rules do not set forth a specific form for the documentation, but regulates its content. Transfer pricing documentation should provide for, among other relevant information:

- 1 The activities of the parties to such transactions;
- 2 A list of the parties with which such transactions were executed;
- 3 A description of the transaction, including the terms of the transaction, the method applied for determining the price, terms of payment, and other relevant information;
- 4 A functional analysis clarifying the functions performed and risks assumed by the parties;
- 5 The reason why a certain transfer pricing method is used;
- 6 Sources of information;
- 7 Information about received income and expenses incurred in a controlled transaction;
- 8 Calculation of the arm's length range (comparability analysis); and
- 9 Information on any relevant tax adjustments made by the taxpayer, if any.

Please note that a transfer pricing policy is one of the key documents to justify prices. As a rule, this policy covers, among other things:

- the existing objective economic “commercial” conditions for the business a company;
- a description of risks associated with the business of a company;
- a description of factors affecting a company’s pricing;
- a procedure for assessing risks and other factors affecting a company’s pricing;
- a description of the markets in which a company operates and the characteristics allowing to demarcate between these markets;
- pricing methods, including bonuses and discounts;
- justification for the market nature of prices (including dependence on the terms of supply, the terms of payment, etc.)

The transfer pricing documentation should also provide for other information that affected the pricing of the transactions.

N.B.: It is recommended to start planning the process of complying with the new transfer pricing rules as early as possible.

Comparability analysis

Comparability analysis is a key aspect of compliance with the new rules. Now it is important for taxpayers to conduct a comparability analysis justifying the prices that they apply. In the course of such analysis taxpayers have to collect and select information on internal and external comparable transactions (comparables).

We strongly advise starting making comparability analysis at an early stage.

Comparables mean transactions between non-related parties. A transaction may be qualified as a comparable after conducting a comparability analysis. A comparability analysis conducted under prescribed rules allows selecting comparables, which are most suitable for comparability analysis purposes. Comparables may be internal (in-house), transactions between the taxpayer and non-related parties; and external, transactions between third non-related parties. It is usually required to find at least four comparables; they may include internal comparables.

Main Steps

Conducting comparability analysis is a rather time-consuming and complicated process, which can be broken down in the following main steps:

- 1 Collecting and systemizing the necessary information about the taxpayer and its controlled transactions;
- 2 Analyzing the collected information for the purposes of comparability analysis, conducting functional analysis;
- 3 Determining the required comparability parameters;
- 4 Identifying sources of information on comparables that meet the defined comparability parameters;
- 5 Searching for and identifying comparables required for the analysis;
- 6 Collecting information on and selecting the comparables;
- 7 Analyzing the collected information on the selected comparables;
- 8 Conducting comparability analysis;
- 9 Making comparability adjustments, if necessary;
- 10 Establishing the arm's length range;
- 11 Preparing a report on comparability analysis.

Factors to consider

Transactions comparable to controlled transactions must occur in similar commercial and/or financial conditions to those of controlled transactions.

The following factors should be considered to determine comparability of transactions:

- 1 Characteristics of goods (services) subject of transactions;
- 2 The functions performed by the parties to the transactions, including the characteristics of the assets used by the parties to the transaction, risks that they are taking and allocation of responsibilities between the parties, as well as other terms and conditions of transactions (functional analysis);
- 3 Terms and conditions of agreements (contracts) entered into between the parties affecting the price of goods (services);
- 4 Economic conditions of the parties to the transactions, including the characteristics of the markets for goods (services) affecting the price of goods (services);
- 5 Market (commercial) strategies of the parties to a transaction affecting the price of goods (services).

Information requirements

When conducting a comparability analysis, taxpayers should use:

- 1 The information available at the time of execution of controlled transactions, but no later than December 31 of the calendar year in which the controlled transactions were executed; or
- 2 Data of Russian accounting records for the three calendar years preceding the calendar year in which controlled transactions were executed; or
- 3 Data of Russian accounting records for the three calendar years preceding the calendar year in which the prices for the controlled transactions were set.

Transfer pricing reporting

Under the new rules, taxpayers are required to provide tax authorities with reports on controlled transactions if the value of the transactions exceeds RUR 100 million (RUR 80 million in 2013; from January 1, 2014 no threshold) by May 20 of the following year. These reports should indicate the calendar year to which they refer, the subject of the transaction, information on the parties of the transactions, and revenue received from such transactions.

Tax authorities may request taxpayers to present the relevant transfer pricing documentation. Taxpayers are required to provide the documentation within 30 days from the date of such request, but tax authorities may not request this documentation before June 1 of the following year.

Arm's length range

The previous transfer pricing rules provided for a price range within which applied prices are valid (safe harbor) as long as they do not deviate more than 20% from prices applied by independent parties on the market (arm's length rule). The new rules abolish this range and require that prices applied in controlled transactions generally correspond to prices applied by independent parties on the market for comparable transactions. These new rules also introduce procedures for calculating the price range within which the price of goods and services should fall (arm's length range). To identify comparable transactions, a so-called functional analysis should be conducted and certain transfer pricing methods applied.

Related parties

Compared to the previous rules, the new transfer pricing rules expand the scope of related parties. According to the previous rules, related-party transactions arose when one of the parties to a transaction owned at least 20% of the charter capital of the other

party or when the parties are individuals, with one party officially subordinated to the other, or are family relations.

In essence, according to the new rules, the following transactions are considered as related-party transactions:

- 1 Transactions in which one of the parties own directly or indirectly more than 25% of the charter capital of the other party;
- 2 Transactions between sister companies, if the mutual parent company owns more than 25% in both sister companies;
- 3 Transactions between a company and a party authorized to appoint the general director or at least 50% of the members of its supervisory or management board;
- 4 Transactions between companies of which the general director or at least 50% of their supervisory or management board have been appointed by the same party;
- 5 Transactions between companies of which 50% of their supervisory or management board consists of the same individuals or their close relatives;
- 6 Transactions between a company and its general director;
- 7 Transactions between companies that have the same general director; and
- 8) Transactions within company chains (including individuals) in which each company owns more than 50% of the charter capital in the following company.

As before, courts may on other grounds deem parties to a transaction as related parties, if the relationship between the parties is such that the other party can influence the other party's decision-making.

Transfer pricing methods

The new transfer pricing rules increases the number of transfer pricing methods that can be applied to evaluate and determine the arm's length range. The earlier hierarchy of methods is replaced with the best method principle which consists in selecting the most appropriate method to a specific situation, while the comparable uncontrolled price method generally remains the primary method.

Comparable uncontrolled price (CUP) method

The new rules provide that the CUP method is the primary method (except for trading companies that must apply resale minus method on a priority basis) for evaluating the appropriateness of applied prices.

Applying the CUP method requires that there is at least one comparable transaction between independent parties on the market to which the transaction under review can be compared, as well as that sufficient information is available on that transaction. Transactions executed between the taxpayer and third parties may also be qualified as comparable transactions.

Resale minus method

The resale minus method may be used when goods acquired from a related-party are resold by the purchaser to a third party. The method allows determining whether the purchase price of the acquired goods conforms to market prices by comparing the gross margin of the purchaser (at resale) to gross margins in comparable transactions where resold goods have been acquired from an independent party. This is the primary method for trading companies.

Cost plus method

According to the new rules, the cost plus method is mainly applicable to services specified by law. This method allows comparing the gross profit on cost that the seller receives in a controlled transaction with the gross profit on cost received by a seller in comparable independent transactions and thus allows determining whether the applied price conforms to market prices.

Comparable profit method

The comparable profit method should be used if there is not enough information available on comparable transactions to apply the resale minus or the cost plus method. Under the comparable profit method, the company's operational profit is compared to the profit of companies in comparable transactions taking into consideration the company's functions and risks, as well as the assets available.

Profit split method

The profit split method should be used when the profit from a transaction is split between two or more parties, unless one of the above methods can be applied. This method is in particular applicable to transactions involving intellectual property rights. Profit should be split by the parties in proportion to their contributions to the transaction.

Sources of information

When conducting comparability analysis taxpayers, in addition to information about their own activities, may use any publicly available sources of information. Tax authorities are permitted to use the following sources of information for comparability analysis purposes:

- 1 Prices and quotations on Russian and foreign trade exchanges;
- 2 Customs statistics;
- 3 Official information on prices published by government bodies or foreign governments or international organizations as well as information on prices available in other similar public databases;
- 4 Information from agencies publishing information on prices;
- 5 Companies' internal information on comparable transactions;
- 6 Companies' financial and statistical reports;
- 7 Information from independent appraisals.

In addition to the above, a company is allowed to use other information necessary for determining the market price as required by the applied transfer pricing method.

Transfer pricing audits

The new law authorizes tax authorities to conduct transfer pricing audits to control that taxes are duly paid. In general, such audits should not last more than six months, but tax authorities may extend such audits up to 21 months in certain cases.

Burden of proof

Although taxpayers are under documentation and reporting obligations, the burden of proof lies with tax authorities, and tax authorities must demonstrate that a price is not in line with prices applied on the market.

Symmetrical adjustments

If a party to a transaction has been imposed additional taxes due to the fact that it had not applied market prices, the other party to the transaction is entitled to adjust its taxes accordingly, i.e. in practice to decrease its taxes. Such symmetrical adjustments, however, apply to domestic transactions only.

Advance pricing agreements (APA)

The new transfer pricing law also introduces advance pricing agreements. An advance pricing agreement is entered into between a taxpayer and tax authorities. The subject-matter of an advance pricing agreement is the method for determining prices of

controlled transactions. Advance pricing agreements are only available for so-called major taxpayers. A taxpayer must pay duties in the amount of RUR 1.5 million for consideration of an application for entering into an APA.

Penalties

If the prices applied in controlled transactions do not conform to market prices, tax authorities may add to a taxpayer's taxable income the revenue that the taxpayer would have earned if correct pricing would have been applied (tax adjustments).

From 2014 onwards, in addition to tax adjustments a special penalty of 20% will be imposed on taxpayers not applying market price rates. From 2017 onwards, this penalty will be increased to 40%, unless the breach relates to the financial years 2014-2016 in which case the 20% penalty rate will apply

Permanent establishments

The new rules also touch upon the taxation of permanent establishments of foreign legal entities in Russia and provide that the revenue of a permanent establishment should be determined taking into consideration the permanent establishment's functions, assets and assumed risks.

Should you have any questions or require any further assistance regarding the new transfer pricing rules, please do not hesitate to contact us.

Artem Usov

Russia

Hellevig, Klein & Usov

E aware@legalknowledgeportal.com

www.legalknowledgeportal.com

Contact via social media in principle private matter

The use of social media: private or not? This question is being posed increasingly, whether or not in relation to non-solicitation and secrecy clauses contained in employment contracts.

In my contribution of 3 April 2012, I drew your attention to a ruling of the Court of Appeal in The Hague, in which a distinction was made between the use of LinkedIn and Twitter. In that case, the employee did not breach the provisions of the non-solicitation clause with his tweets. The Subdistrict Court in Maastricht was of the opinion that 'conversations' via social media must be considered as private and therefore fall under the fundamental right of freedom of expression, unless a commercial character is explicitly evident. Once again it was concluded that the non-solicitation clause was not breached.

In this case the ex-employer (a dance school) argued that in contravention of his non-solicitation clause the employee had actively approached students to persuade them to transfer to his school of dance. In proceedings the employer submitted prints of Hyves, Facebook and Twitter, on the basis of which such was apparently evident. The Court was of the opinion that from the submitted, printed pages it was evident that the employee maintained contact with the persons listed on those pages, but that it was not evident that he had actively approached those persons. In expressing this opinion, the Subdistrict Court considered that conversations via social media, such as Hyves, Twitter, Facebook, WhatsApp, etc., must in principle be considered as occurring in the private sphere of the parties concerned – and therefore falling under the fundamental right of freedom of expression – unless a commercial character was clearly evident and unambiguous therefrom to every party. In this case the employee, for instance, should have explicitly asked his contacts on those media (friends), if already registered at the employer, to transfer to his dance school. This was not evident to the Subdistrict Court.

Unfortunately, it is not evident from the judgment what the substance of the contacts via social media entailed. The Court sets the bar for breaching the non-solicitation clause very high; persuading others to transfer must be literally evident. The employer will most likely not appreciate informal, friendly contacts with customers. It will increase the temptation to transfer. On the other hand, social media are making it simply easier to

maintain contacts with a variety of individuals. Whereas that need not result in a breach of a non-solicitation clause, I wonder whether the request to transfer must be literally evident from the contact. It can also be evident from the entirety of circumstances that an employee is actively recruiting.

Jokelien Brouwer

Dirkzwager advocaten & notarissen

The Netherlands

E brouwer@dirkzwager.nl

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