

Maak kennis met

Het beste van Dirkzwager in 2017



Dirkzwager
advocaten & notarissen

Inleiding

In het afgelopen jaar zorgde Dirkzwager er weer voor dat u de antwoorden op talloze juridische vraagstukken heeft weten te vinden. Onder andere tijdens de tientallen seminars van de Dirkzwager Academy, gegeven zowel bij ons op kantoor als op locaties in het gehele land, als tijdens op maat gemaakte *in house* workshops en lezingen. Daarnaast delen wij online onze kennis: via onze juridische kennisportal www.partnerinkennis.nl, de app KennisBoek en de internationale kennispagina www.weshare.law.

De juridische specialisten van Dirkzwager hebben ook in 2017 weer honderden actuele blogs gepubliceerd op onze kennispagina's en inmiddels bestaat dit archief uit duizenden artikelen, geschreven vanaf 2010.

In deze bundel vindt u de best gelezen juridische artikelen per kennispagina over 2017, overzichtelijk per juridisch specialisme gebundeld op volgorde van publicatiedatum.

Mocht u nog meer behoefte hebben aan juridische publicaties en uitingen kunt u ook een kijkje nemen in onze online [mediatheek](#). Hier vindt u, naast de digitale versie van ons magazine Samenspraak en inmiddels 35 gepubliceerde gratis e-books en whitepapers, ook onze wetenschappelijke artikelen en ons YouTube kanaal DirkzwagerTV.

Daarnaast ontvangen we u graag in persoon in onze [juridische bibliotheek](#) aan de Velperweg 2 te Arnhem, die wij openstellen voor cliënten en relaties. Onze informatiespecialisten staan klaar om u te ondersteunen bij uw research, en als u vragen heeft die méér kennis vereisen helpt een van onze juridische specialisten u verder. Dat alles onder het genot van een lekkere kop koffie.

Kortom, Dirkzwager zorgt dat u het weet.

Wij wensen u veel leesplezier!

Inhoud

Aanbesteding, mededinging & staatssteun	5
Relatieve beoordelingssystematiek: als een irreële prijs de rangorde bepaalt	7
Boete NS voor misbruik machtspositie aanbesteding Limburgs openbaar vervoer	10
Een merkbare verandering in de toepassing van het kartelverbod	14
Herstel van fout aanbesteder toegestaan, herstel van fout inschrijver niet	17
Is het een werk of toch een dienst?	20
Aansprakelijkheid schade & verzekering	23
Aansprakelijkheidsverzekeraar mag terugkomen op erkenning van aansprakelijkheid	25
Bestuurdersaansprakelijkheid van een tweedegraads bestuurder: Piercing The Corporate Veil 2.0	28
Wetsvoorstel affectieschade aangenomen door Tweede Kamer	33
Hoge raad: volledige zekerheid over brandoorzaak niet vereist voor aansprakelijkheid	34
Artikel 6:170 BW bij in- en uitleensituaties	38
Arbeidsrecht	43
Geen transitievergoeding voor AOW-gerechtigden; mogelijk (toch) leeftijdsdiscriminatie?	45
Hoge raad: "individuele omstandigheden wegen mee bij vaststellen billijke vergoeding"	47
Individuele omstandigheden bij het bepalen van de billijke vergoeding: de eerste toepassingen	50
Hoe zit het nu: wel of geen transitievergoeding voor langdurig zieken?	54
Ontslag wegens veelvuldig ziekteverzuim. Een dode letter?	58
Gezondheidszorg	63
Rechter: zorgverzekeraar mag niet op de stoel van de arts zitten	65
Hof: oordeel behandelend arts weegt zwaarder dan oordeel zorgverzekeraar	70
Meer duidelijkheid over inzagerecht inspecties zonder toestemming van de patiënt?	73
Moet bedenkelijk procesgedrag worden beloond of bestraft?	75
Kort geding en bodemprocedure: wedden op twee paarden?	78
Intellectuele eigendom & IT	81
Onrechtmatige reviews verwijderen: hoe pak je dat aan?	83
Productnaam WITTE WIEVENKAAS lijkt teveel op HEKSENKAAS	86
Help! Ik ben getroffen door ransomware: wat nu? Een korte juridische verkenning van de mogelijkheden	88
Tekenen niet zomaar een bewerkersovereenkomst, zeker niet als u helemaal geen bewerkter bent	93
Wet Bescherming Bedrijfsgegevens	97
Ondernemingsrecht	101
Aansluitplicht bij gasloos bouwen?	103
De komst van (ook) een centraal aandeelhoudersregister	106
Onbevoegde vertegenwoordiging	108
Eigendomsvoorbehoud in faillissement	115
De Invoering van het UBO-register is uitgesteld	118
Overheid & Vastgoed	119
Hoge Raad geeft duidelijkheid over het begrip "woning" in de overdrachtsbelasting	121
Versoepeling verkoopregels corporatiewoningen per 1 april 2017	122
Nieuw ROZ-model voor woonruimte 2017 gepubliceerd	125
Vermenging van het heersend en dienend erf leidt niet altijd tot tenietgaan erfdiensbaarheid	129
Zorgplicht van bomen, wanneer ben je aansprakelijk voor veroorzaakte schade	131
Nadere invulling "gevolgen van enige betekenis" in het kader van belanghebbendheid	133
Afdeling bestuursrechtspraak: onteigening windturbines mogelijk en saneringsvoorwaarden toelaatbaar	136
Particulier	141
Schenkingsvrijstelling eigen woning per 1 januari 2017	143
Het (ouderlijk) gezag van ongehuwde ouders	147
Testamentvormen III: de tweetrapsmaking	150
Europese Verklaring van Erfrecht	152
De ondertekening van een notariële akte door een blinde of slechtziende cliënt	154
Pensioen	157
Verhoging fiscale pensioenleeftijd per 1 januari 2018: De werkgever aan zet!	159
Pensioen in eigen beheer: wie is de instemmingsgerechtigde (gewezen) partner voor afkoop of omzetting in oudedagsverplichting?	160
Verjaring Premievordering Bedrijfstakpensioenfondsen	162
Pensioen in eigen beheer: 19 (!) vragen & antwoorden van de belastingdienst toegelicht	166
Pfw bindt de strijd aan met frauderende zorgbestuurders: over het hoe en waarom...	175
Legal Knowledge Portal	179
Bearer Shares At The NV A Thing Of The Past?	181
The implied duty of good faith in commercial contracts and its impact on deferred consideration clauses in corporate sale and purchase agreements	183
Spain: publication of the draft personal data protection law to replace the personal data protection law 15/1999	187
New Corporate Governance Code – the most important changes	190
Circular of the state council on several measures concerning the expansion of opening-up and active use of foreign capital	194

Aanbesteding, mededinging & staatssteun

Relatieve beoordelingssystematiek: als een irreële prijs de rangorde bepaalt

De rangordeparadox is het probleem dat zich voordoet wanneer een ongeldige inschrijving de rangorde van geldige inschrijvers bepaalt door een relatieve beoordelingssystematiek. De Hoge Raad bepaalde dat die rangorde in de regel in stand kan blijven na terzijdelegging van de ongeldige inschrijving. De mogelijkheid om bij een rangordeparadox geen herbeoordeling uit te voeren, is echter m.i. wel begrensd. Een rangorde gebaseerd op een vooraf verboden irreële prijs, kan niet in stand blijven. In een recente uitspraak lijkt de Rotterdamse voorzieningenrechter anders te overwegen.

De zaak

De gemeente Schiedam heeft de inhuur van derden aanbesteed met een Europese openbare procedure met als gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding. Voor het prijscriterium gold een relatieve beoordelingssystematiek: de score die een inschrijving ontvangt, hangt af van de laagste geoffreerde prijs. Een verliezende inschrijver – “Staffing” – verzet zich vervolgens tegen de gunningsbeslissing waarbij zij stelt dat de rangordeparadox zich voordoet. Staffing meent dat de rangorde is beïnvloed door de abnormaal lage of irreële prijs van een andere (eveneens verliezende) inschrijver. Als die inschrijving niet als referentiepunt zou zijn meegenomen in de beoordeling, dan zou Staffing hebben gewonnen. Zij vordert daarom herbeoordeling *zonder* inachtneming van de ongeldige inschrijving.

De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam wees de vorderingen van Staffing af omdat zij onvoldoende aannemelijk had gemaakt – met een rekenkundige onderbouwing – dat de laagste prijs “abnormaal laag” of “irreëel” was. Interessant is naar mijn mening vooral de volgende overweging ten overvloede:

4.11. Indien echter de desbetreffende inschrijving wel ongeldig had moeten worden verklaard, dan had dat Staffing evenmin kunnen baten. De Hoge Raad heeft immers beslist [...] dat, in een aanbestedingsprocedure met een relatieve beoordelingssystematiek, het alsnog terzijde stellen van een inschrijving aan welke oorspronkelijk een score was toegekend, nog niet verplicht tot aanpassing van de scores van de overige

inschrijvers. Ook dan blijft de aanbestedingsprocedure immers transparant, met voorwaarden die voor iedere inschrijver van tevoren kenbaar zijn, en waarbij de inschrijvers niet onderling verschillend behandeld worden.

Commentaar

Hier gaat de Rotterdamse voorzieningenrechter naar mijn mening te kort door de bocht. Hij formuleert namelijk te algemeen dat een rangorde in stand kan blijven na ecartering van de inschrijving die bij beoordeling het referentiepunt was. In het arrest van de Hoge Raad (zie ook dit artikel) waarnaar wordt verwezen, was de referentie-inschrijving weliswaar ongeldig, maar niet op een gebied dat de beoordeling *zelf* ondoorzichtig maakte. Dat inschrijvingen zouden worden afgezet tegen een inschrijving *zoals de daar ongeldig verklaarde inschrijving*, hadden inschrijvers op grond van de aanbestedingsstukken kunnen verwachten. Er was dus geen strijd met het transparantiebeginsel.

In de onderhavige zaak voert Staffing nu juist aan dat het referentiepunt op het prijs criterium een *te lage prijs* was. Dat is een wezenlijk andere situatie dan het geval waarin de referentie-inschrijving vanwege een geheel andere reden ongeldig is, zoals het ontbreken van een juiste handtekening onder de eigen verklaring (UEA). In deze zaak maakt Staffing dus het volgende transparantiebezwaar: haar inschrijving is beoordeeld op een wijze die zij als "behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver" niet hoefde te verwachten. Haar score is namelijk gebaseerd op een prijs die zodanig laag is dat zij daarmee bij inschrijving geen rekening had behoeven te houden.

De enige reden waarom de rangorde bij een abnormaal lage prijs toch in stand had kunnen blijven, is het feit dat de wettelijke bevoegdheid tot uitsluiting van een abnormaal lage inschrijving een discretionaire is. De aanbestedende dienst *kan* een abnormaal lage inschrijving uitsluiten (zie artikel 2.116 lid 4 Aanbestedingswet 2012). Een aanbestedende dienst kan er dus ook voor kiezen een abnormaal lage inschrijving *niet* uit te sluiten, zodat Staffing (toch) niet is beoordeeld aan de hand van een prijs waarmee zij geen rekening had hoeven houden. Uit de wettelijke regeling volgt dus nog niet dat een "abnormaal laag referentiepunt" tot herbeoordeling moet leiden.

De discretionaire ruimte die de aanbestedende dienst op grond van de wet heeft, kan uiteraard in de aanbestedingsstukken zijn uitgesloten, zodat (bijvoorbeeld) een inschrijving die niet "reëel" of "marktconform" is, per definitie ongeldig is. In dat geval kan een irreële respectievelijk niet-marktconforme inschrijving dus nooit een geldig referentiepunt voor een relatieve beoordeling vormen. Inschrijvers mogen er dan immers wél op vertrouwen niet aan de hand van die referentie te worden beoordeeld. Als dat toch gebeurt, dan handelt de aanbestedende dienst niet transparant. Ongeldig-

verklaring op die grond moet dan dus altijd tot een herbeoordeling leiden.

In de Rotterdamse zaak stond in de aanbestedingsstukken de volgende zin: "Het is niet toegestaan om per item irreële prijzen aan te bieden, dat wil zeggen een Prijs van € 0,-, of negatieve Prijzen aan te bieden op straffe van uitsluiting van deze aanbesteding:"

Die biedt geen discretionaire ruimte. Als de referentie-inschrijving een irreële prijs – bijvoorbeeld € 0,01 – had bevat, dan had de gemeente haar terzijde *moeten* leggen.

Een eventueel op dat referentiepunt gebaseerde rangorde kan namelijk niet in stand blijven. De gemeente *moet* dan herbeoordelen aan de hand van de opvolgend laagst geoffreerde prijs. In deze zaak was de referentieprijs overigens € 40.000,- en had Staf-fing onvoldoende onderbouwd dat die prijs irreëel was.

In de uitkomst van deze Rotterdamse zaak kan ik mij dus wel vinden, maar enkel omdat de uitsluiting vanwege een abnormaal lage prijs een discretionaire bevoegdheid betreft en omdat de referentieprijs bovendien niet irreëel was. De voorzieningenrechter overweegt echter dat de rangorde *altijd* in stand kan blijven als de rangordepara-dox zich voordoet. Die stelling lijkt mij onjuist.

Aanwijzing voor de praktijk

In de praktijk worden met regelmaat bepalingen in aanbestedingsstukken gehanteerd die erop neerkomen dat een rangorde na ongeldigverklaring altijd in stand blijft. Die bepalingen zijn gelet op het bovenstaande niet in alle gevallen houdbaar. Wanneer de aanbestedingsstukken zowel een relatieve beoordelingssystematiek als een minimum-eis (knock out-eis) van "reële prijzen" bevatten, raad ik aan in de stukken een bepaling als de volgende op te nemen:

In geval van ongeldigverklaring van een inschrijving na de beoordeling op het gunnings-criterium, blijft de rangorde van inschrijvers in stand. Indien de toekenning van scores/ punten op het prijscriterium echter is gebaseerd op een referentieprijs die na beoorde-ling irreëel [of niet-marktconform] blijkt, dan vindt een herbeoordeling op dat criterium plaats aan de hand van de opvolgende laagst geoffreerde prijs.

Frank Cornelissen

T: +31 (0)24 - 38 13 159

E: f.cornelissen@dirkzwager.nl

Boete NS voor misbruik machtspositie aanbesteding Limburgs openbaar vervoer

Volgens ACM heeft de NS bij de aanbesteding van het regionaal vervoer in Limburg misbruik van haar economische machtspositie gemaakt. ACM legt aan (kort gezegd) NS en Abellio daarvoor een boete op van ruim 40 miljoen euro.

Aanleiding onderzoek ACM

In 2014 startte de Provincie Limburg een openbare aanbestedingsprocedure voor een concessie voor openbaar trein- en busvervoer met een looptijd van december 2016 tot december 2031. Inschrijvers waren Abellio (dochtervennootschap van NS), Veolia en Arriva. De concessie werd in eerste instantie gegund aan NS, maar de Provincie trok die gunning in nadat bekend werd dat bij NS sprake was geweest van onregelmatigheden bij de aanbesteding. De concessie werd vervolgens gegund aan Arriva. Medio 2015 is ACM een onderzoek gestart naar het vermoeden van een overtreding van [artikel 24 Mededingingswet](#) (en artikel 102 Verdrag Werking van de Europese Unie) door de NS en Abellio bij de inschrijving op de aanbesteding.

Misbruik machtspositie

Artikel 24 van de Mededingingswet verbiedt het [misbruik maken van een economische machtspositie op de relevante markt](#). Volgens ACM heeft de NS een machtspositie door het exploitatierecht van het vervoer op de Hoofdrailnet (HRN)-concessie. Het HRN dekt het grootste deel van het personenvervoer per spoor in Nederland. De huidige HRN-concessie is (tot 1 januari 2025) onderhands aan de NS gegund.

Volgens ACM wilde de NS de aanbesteding voor het regionaal openbaar vervoer in Limburg koste wat het kost winnen. NS vond het namelijk een bedreiging als er ook een andere spoorvervoerdere in Limburg over hetzelfde traject zou rijden. De Limburgse aanbesteding diende daarbij als een testcase. Wat zou kunnen betekenen dat op den duur ook andere delen van het HRN regionaal aanbesteed zouden kunnen gaan worden. En dat wilde de NS kennelijk voorkomen.

De NS heeft volgens ACM door twee overtredingen misbruik van haar machtspositie gemaakt. Ten eerste heeft de NS haar machtspositie misbruikt door een verlieslatend bod in te dienen ([roofprijzen](#)). De kosten die de NS zou maken met het uitvoeren van

de Limburgse concessie waren hoger dan de opbrengsten die zij daarmee zou kunnen realiseren. Daarmee maakte de NS zich schuldig aan het hanteren van rooftprijzen.

Volgens vaste rechtspraak is het hanteren van rooftprijzen misbruikelijk, omdat daarmee de concurrentie wordt uitgesloten. Dat heeft zich in dit geval ook voorgedaan: de andere inschrijvers konden het bod van de NS niet evenaren of overtreffen zonder zelf verlies te lijden, ook al zouden zij net zo efficiënt zijn als de NS.

De tweede overtreding betreft een complex van verschillende gedragingen die dienstbaar waren aan het strategische doel van de NS om de kansen van de concurrenten om de aanbesteding te winnen te verminderen. Ten eerste gebruikte de NS vertrouwelijke informatie die zij had verkregen van een ex-directeur van Veolia waardoor de NS haar eigen bod kon verbeteren. Ten tweede benadeelde de NS haar concurrenten door traag en onvolledig te reageren op hun verzoeken om toegang tot bepaalde diensten en voorzieningen op stations. Tot slot speelde de NS vertrouwelijke informatie over haar concurrenten door aan haar eigen dochtervennootschap Abellio. Abellio gebruikte deze informatie bij het bepalen van haar eigen bod. Tegelijkertijd hield de NS bruikbare informatie over reizigersopbrengsten achter voor haar concurrenten, terwijl Abellio wel over die informatie kon beschikken.

Hoogte boete

Voor de boeteberekening heeft ACM als basisbedrag de gemiddelde opbrengst van de Limburgse concessie gedurende één jaar genomen. Vanwege de ernst van de overtreding bedraagt de boete 25% van dat bedrag. Doordat de NS niet de vereiste medewerking aan het onderzoek van ACM heeft verleend, is de boete met nog eens 5% verhoogd. Uiteindelijk legt ACM een boete op van ruim 40 miljoen euro.

Geen boete natuurlijke personen

Uit de publicatie van ACM blijkt dat ACM ook ten aanzien van een voormalige CFO en een voormalige CEO van de NS een boeterapport had opgesteld. In die rapporten was ACM kennelijk van mening dat zij feitelijk leidinggevers waren tijdens het misbruik van een economische machtspositie door de NS. Uit de besluiten blijkt dat ACM die stelling niet handhaaft en aldus afziet van het opleggen van een boete aan deze twee natuurlijke personen. Voor wat betreft de voormalige CFO stelt ACM dat hij weliswaar betrokken was bij de totstandkoming van het bod van de NS, maar dat onvoldoend is aangetoond dat sprake is geweest van voorwaardelijk opzet gericht op het door NS hanteren van een verboden rooftprijs. Voor wat betreft de voormalige CEO is volgens ACM onvoldoende gebleken dat hij ten aanzien van het complex van de gedragingen als geheel bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de verboden gedraging zich zal voordoen. De NS en vijf bestuurders worden nog wel strafrechtelijk vervolgd.

Aanbestedingsrechtelijke aspecten van het besluit: uitsluiting bij aanbestedingsprocedures?

Nu NS en Abellio zijn beboet wegens overtreding van de Mededingingswet voor misbruik van machtspositie, doet de vraag zich stellen of dit gevolgen heeft voor beide ondernemingen bij deelname aan aanbestedingsprocedures.

Het meest voor de hand liggend is dat NS en Abellio een risico lopen uitgesloten te worden. Niet wegens het sluiten van mededingingsbeperkende overeenkomsten (art. 2.87, lid 1, onder d Aw). NS en Abellio hebben volgens het besluit van ACM immers zelfstandig gehandeld en misbruik gemaakt van machtspositie. Daarbij is geen sprake van het sluiten van overeenkomsten

De overtreding zou aanbestedingsrechtelijk dus eerder gekwalificeerd moeten worden als een ernstige (beroeps)fout (art. 2.87, lid 1, onder c Aw). Overtreding van de Mededingingswet is volgens de Hoge Raad een ernstige (beroeps)fout. Omdat de ernstige (beroeps)fout een facultatieve uitsluitingsgrond is, zal die wel van toepassing moeten worden verklaard in de aanbestedingsstukken om tot uitsluiting over te kunnen gaan.

Kan uitsluiting worden voorkomen?

Ervan uitgaande dat de uitsluitingsgrond van toepassing is verklaard, moet NS/ Abellio in beginsel worden uitgesloten. Dat het besluit nog niet onherroepelijk is, is daarvoor in beginsel niet relevant. Niet uitsluiten is alleen aan de orde als er door de ondernemingen een succesvol beroep kan worden gedaan op:

- Het doorvoeren van zelfreinigende maatregelen waardoor NS/ Abellio aantoont voldoende betrouwbaar te zijn. Daarvan kan sprake zijn als NS/ Abellio aantoont dat de schade is of wordt vergoed, er is meegewerkt met de opheldering van de feiten en er concrete organisatorische, technische en/of personele maatregelen zijn genomen om verdere overtredingen te voorkomen. Uit het boetebesluit blijkt dat (in ieder geval NS) niet heeft meegewerkt aan het onderzoek. Sterker nog, ACM heeft een boeteverhoging opgelegd wegens belemmering van het onderzoek. NS en Abellio zullen dus met andere omstandigheden moeten komen om een succesvol beroep op zelfreinigende maatregelen te kunnen doen. De aanbestedende dienst heeft bij de beoordeling hiervan enige beoordelingsvrijheid, maar moet haar besluit wel kunnen motiveren.
- Er is een dwingende reden van algemeen belang. Voor succesvolle toepassing van deze mogelijkheid moet er sprake zijn van een noodsituatie waarbij bijvoorbeeld de openbare orde of openbare veiligheid in het gedrang komt. Hiervan is niet snel sprake.
- Uitsluiting is disproportioneel. Deze mogelijkheid lijkt nog het meest voor de hand te liggen. In ieder geval zolang het besluit nog niet onherroepelijk is. onder

omstandigheden kan het disproportioneel zijn NS/ Abellio uit te sluiten als het besluit niet onherroepelijk is. Het enkele feit dat het besluit niet onherroepelijk is, betekent echter niet dat uitsluiting reeds daarom disproportioneel is.

Omdat NS zich minder richt op regionaal treinvervoer, ligt het grootste gevaar op uitsluiting vooralsnog bij Abellio. Ook voor de gunning van concessieopdrachten voor treinvervoer mogen immers de facultatieve uitsluitingsgronden worden toegepast. Mocht de Staat der Nederlanden tot aanbesteding van de concessie van het hoofdrailnet overgaan in een periode van 3 jaar na vaststelling van de ernstige (beroeps)fout, dan kan ook NS mogelijk worden uitgesloten.

Het blijft dus afwachten op de eerste nieuwe aanbestedingsprocedure voor een vervoersconcessie om te bezien welke impact dit besluit heeft voor beide ondernemingen. Temeer nu het voor de hand ligt dat tegen het besluit en een mogelijke uitsluiting waarschijnlijk geprocedeerd zal worden.

Commentaar

Niet eerder heeft ACM een boete opgelegd voor het doen van een verlieslatend bod in een aanbesteding. Dat dit een staatsonderneming treft maakt het besluit nog meer bijzonder. De vraag wat voor een nut het heeft dat de NS een boete aan de Staat betaalt lijkt gerechtvaardigd. Daarmee wordt echter voorbij gegaan aan de gevolgen van deze boete voor de NS en Abellio, zoals negatieve publiciteit en mogelijke uitsluiting bij toekomstige aanbestedingsprocedures. ACM laat hiermee in elk geval zien dat een staatsbedrijf geen voorkeursbehandeling krijgt: ook zij moeten zich aan de mededingingsregels houden. ACM lijkt voor het opleggen van een boete aan de voormalige bestuurders vanwege feitelijk leiding geven de lat echter wel hoger te leggen dan in andere besluiten.

Natascha Linssen, mededingingsadvocaat Dirkzwager mr. Joris Bax, aanbestedings- en bouwrechtadvocaat Dirkzwager

Natascha Linssen

T: +31 (0)24 381 31 59

E: linssen@dirkzwager.nl

Een merkbare verandering in de toepassing van het kartelverbod

Bij arrest van 14 juli 2017 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een overeenkomst of een besluit van een ondernemersvereniging met een concurrentiebeperkend doel, in principe (behoudens toepasselikheden van een uitzondering) leidt tot een overtreding van het kartelverbod. Als gevolg van het arrest, is nader onderzoek naar de merkbaarheid van de mededingingsbeperking in zulke gevallen niet meer nodig.

Het geschil

In 2012 is een wettelijke regeling ingevoerd op grond waarvan veehouders op het gebied van antibiotica een zogenaamd één-op-één contract met een dierenarts moeten sluiten. Het doel van de wettelijke regeling is dat de betreffende dierenarts (in verband met dreigende resistentie) de verantwoordelijkheid krijgt voor het gebruik van antibiotica op een veehouderij. Voor andere diergeneesmiddelen geldt een dergelijke één-op-één verplichting niet, waardoor deze (ook) op recept van (en bij) andere dierenartsen of leveranciers kunnen worden verkregen.

De brancheorganisatie voor dierenartsen (KNMvD) heeft (via het aan haar gelieerde SGD) modelcontracten tussen dierenartsen en veehouders opgesteld en haar leden geadviseerd daarvan gebruik te maken. Op basis van de modelovereenkomst zouden veehouders worden gestimuleerd om zowel voor antibiotica als voor alle geneesmiddelen gebruik te maken van de dierenarts waarmee zij een één-op-één contract hadden.

Agib, een leverancier van diergeneesmiddelen (die geen antibiotica levert) stelt zich op het standpunt dat deze handelwijze van KNMvD en SGD in strijd is met het kartelverbod. Dit standpunt wordt door het Hof Arnhem Leeuwarden gevolgd. Uit de feitelijke, juridische en economische context en de bewoordingen van KNMvD en SGD maakt het Hof op zijn besluit hebben genomen dat een concurrentiebeperkend doel heeft, namelijk het uitsluiten van leveranciers van diergeneesmiddelen (zoals Agib) die geen één-op-één relatie hebben met een dierenarts.

Bij de Hoge Raad voeren KNMvD en SGD (onder meer) aan dat het Hof ten onrechte geen onderzoek heeft gedaan naar de merkbaarheid van de concurrentiebeperking. Op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad zou volgens hen een onderzoek naar de merkbaarheid van de concurrentiebeperking noodzakelijk zijn, zelfs als is

vastgesteld dat de overeenkomst (of in dit geval het besluit van de ondernemersvereniging KNMvD/SGD) een mededingingsbeperkend doel heeft. De Hoge Raad verwerpt het beroep onder verwijzing naar jurisprudentie van het Hof van Justitie over het Europese kartelverbod. Hij komt daarmee dus terug op zijn eerdere uitspraken en brengt de Nederlandse jurisprudentie opnieuw in lijn met Europese rechtspraak uit Luxemburg.

Commentaar

Het kartelverbod verbiedt afspraken die de concurrentie merkbaar beperken. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen overeenkomsten met een concurrentiebeperkend doel en overeenkomsten met een concurrentiebeperkend gevolg. Voor het vaststellen van een merkbaar concurrentiebeperkend gevolg is in het algemeen een uitgebreide juridische en economische analyse vereist waarvan onder meer een afbakening van de relevante markt onderdeel uitmaakt. De bewijslast om concurrentiebeperkende gevolgen vast te stellen is daarom in de regel hoog.

Van een concurrentiebeperkend doel is sprake als een overeenkomst naar zijn aard (en dus ongeacht de gevolgen) geacht wordt de concurrentie te beperken. Voorbeelden zijn prijsafspraken en markt- en klantverdeling. Tot deze uitspraak van de Hoge Raad werden hogere eisen gesteld om een overtreding van Nederlandse kartelverbod te bewijzen dan een overtreding van het Europese kartelverbod. In een Europees arrest van het Hof van Justitie is namelijk al in 2014 bepaald dat een merkbare beperking van de mededinging een gegeven is op het moment dat een concurrentiebeperkend doel is vastgesteld. Een concurrentiebeperkend doel leidt sindsdien altijd tot een inbreuk van het Europese kartelverbod.

Deze strenge lijn werd in Nederland niet gevolgd. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad en het College van beroep voor het bedrijfsleven was het merkbaarheids-criterium een afzonderlijke/additionele toets. Die toets hield in dat naast een concurrentiebeperkend doel moest worden aangetoond dat de betrokken ondernemingen geen zodanig zwakke positie op de relevante markt zouden hebben dat de afspraak de mededinging slechts in (zeer) geringe mate zou kunnen beperken. In de praktijk zijn diverse afspraken met concurrentiebeperkend doel aan het kartelverbod ontsnapt omdat merkbaarheid niet kon worden aangetoond..

De aanvullende merkbaarheidstoets behoort nu ook in Nederland tot het verleden. Dat maakt het bewijzen van kartelinbreuken, zowel door de Autoriteit Consument & Markt (ACM) in handhavingprocedures als door ondernemingen in civiele procedures gemakkelijker. Het arrest laat overigens onverlet de toepassing van de

bagatelbepaling uit de Mededingingswet. Op grond van daarvan ontsnappen ook afspraken met een concurrentiebeperkend aan het kartelverbod doel mits het markt-aandeel (op de relevante markt) van de betrokken ondernemingen kleiner is dan 10% en de afspraak de handel tussen lidstaten van de EU niet beïnvloedt.

Sjaak van der Heul

T: +31 (0)24 381 31 59

E: vanderheul@dirkzwager.nl

Herstel van fout aanbestedder toegestaan, herstel van fout inschrijver niet

Bij de aanbesteding van ICT systemen was zowel door Rijkswaterstaat (hierna: RWS) als een inschrijver een fout gemaakt. In een Nota van Inlichtingen is alsnog het juiste aantal testobjecten genoemd, maar het betreffende formulier om in te dienen was daarop niet aangepast. RWS komt er echter zonder kleerscheuren vanaf nu het RWS volgens de Haagse rechter is toegestaan om inschrijvers te verzoeken alsnog een aangepast, correct formulier in te dienen.

Een inschrijver was vergeten bij inschrijving een ondertekend inschrijvingsbiljet in te dienen. Hoewel RWS in eerste instantie herstel had geboden, prevaleert het gelijkheidsbeginsel en blijft de nadien (alsnog) uitgesproken ongeldigverklaring in stand.

Twee onjuiste inschrijfformulieren

Bij de inschrijving moest het 'Format Concept staat van ontleding van de inschrijfsom' (hierna: Bijlage J) worden verstrekt. In een Nota van Inlichtingen heeft RWS erkend dat in Bijlage J een foutief aantal testobjecten is genoemd en dat het gaat om 9 testobjecten in plaats van 8. Bijlage J is echter niet aangepast en door RWS is op TenderNed dan ook een verkeerde versie van Bijlage J geplaatst. Inschrijvers hebben vervolgens deze niet aangepaste versie ingediend.

Verder stond op TenderNed een verkeerde versie van de 'Format Staat van Prijzen per eenheid' (hierna: Bijlage K). Nu ook deze verkeerde versie was gebruikt, heeft RWS ook hier verzocht alsnog een aangepaste versie in te dienen.

Inschrijvers, waaronder de Combinatie, hebben aan beide verzoeken gehoor gegeven en de aangepaste versies van Bijlage J en K toegezonden aan RWS.

Een ontbrekend inschrijfformulier

De Combinatie was echter vergeten bij inschrijving het inschrijvingsbiljet (Bijlage D) in te dienen. Nadat dit was geconstateerd door RWS heeft hij de Combinatie per mail de mogelijkheid gegeven om alsnog de Bijlage D in te dienen. De Combinatie heeft dit direct gedaan

Ondanks herstel­mogelijkheid toch ongeldig­verklaring

Bij brief van 3 mei 2017 heeft RWS aan de Combinatie bericht dat hij voornemens is de opdracht te gunnen aan een andere inschrijver, omdat de inschrijving van de Combinatie ongeldig is wegens het ontbreken van het inschrijvingsbiljet (Bijlage D). Achteraf meende RWS dat het aanbestedingsrecht zich (toch) verzet tegen het bieden van herstel. Dat in eerste instantie de mogelijkheid tot herstel is geboden, zou daar volgens RWS niks aan af doen.

Wat vordert de Combinatie?

Primair vordert de Combinatie RWS te verbieden de opdracht aan de andere inschrijver te gunnen en RWS te gebieden tot heraanbesteding over te gaan. RWS zou de vooraf bekendgemaakte spelregels niet hebben gevolgd, dan wel de uitvraag hebben gewijzigd door het wijzigen van Bijlage J en Bijlage K. Daarnaast zou RWS het transparantiebeginsel hebben geschonden door de inschrijvers niet in te lichten over het niet in de beoordeling betrekken van de aangepaste Bijlage K. Volgens de Combinatie dient de oorspronkelijk ingediende Bijlage K van de gegunde partij als ingetrokken, dan wel als niet meer bestaand te worden beschouwd, omdat de gegunde partij ook een aangepaste versie van Bijlage K heeft ingediend. De inschrijving van de gegunde partij zou daardoor ook ongeldig zijn, waardoor tot heraanbesteding moet worden overgegaan.

Subsidiar vordert de Combinatie RWS te gebieden haar inschrijving geldig te verklaren en haar alsnog de opdracht te gunnen. Volgens de Combinatie is het ontbreken van het inschrijvingsbiljet aan te merken als een gebrek dat zich leent voor eenvoudig herstel, omdat Bijlage D geen informatie bevat die niet eveneens volgt uit de andere tijdig ingediende documenten. Ook is geen sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel nu zij geen voordeel heeft gehad van het later toezenden van het inschrijvingsbiljet, omdat de inschrijving hiermee niet inhoudelijk is gewijzigd. Tevens bepleit de Combinatie dat RWS met het bieden van een herstel­mogelijkheid het vertrouwen heeft gewekt dat haar inschrijving geldig was en voor inhoudelijke beoordeling en gunning in aanmerking zou komen. Het vertrouwensbeginsel zou naar oordeel van de Combinatie moeten prevaleren boven het gelijkheidsbeginsel.

Rechter wijst vorderingen af

Naar oordeel van de voorzieningenrechter is geen sprake van een ontoelaatbare wijziging van de uitvraag ná het sluiten van de inschrijvingen. Bijlage J is alleen gewijzigd voor wat betreft het aantal testobjecten. Dit betreft een wijziging reeds vóór het sluiten van de inschrijving, waarvan potentiële inschrijvers uitdrukkelijk op de hoogte zijn gebracht in een Nota van Inlichtingen. Het vragen om een bevestiging van de inschrijvers dat hun inschrijving betrekking heeft op het juiste aantal testobjecten, is naar

oordeel van de voorzieningenrechter dan ook niet strijdig met enig aanbestedingsrechtelijk beginsel. Wellicht kan het feit dat RWS ná het sluiten van de inschrijving aan de inschrijvers een aangepaste Bijlage K ter ondertekening heeft voorgelegd en tevens deze aangepaste versie bij de beoordeling heeft betrokken, gekwalificeerd worden als ontoelaatbare wijziging van de uitvraag. RWS heeft de beoordeling echter uitgevoerd aan de hand van de oorspronkelijke inschrijvingen en dus aan de hand van de oorspronkelijke versie van Bijlage K. Naar oordeel van de voorzieningenrechter is dan ook geen sprake van strijd met het transparantiebeginsel, nu de inschrijvingen zijn beoordeeld zoals deze bij het sluiten van de inschrijving zijn ontvangen.

Ook de subsidiaire vordering van de Combinatie wordt door de voorzieningenrechter afgewezen. De voorzieningenrechter stelt voorop dat een aanbestedende dienst bij de beoordeling van inschrijvingen moet uitgaan van de inschrijvingen zoals deze bij het sluiten van de inschrijving zijn ontvangen. Het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel verzetten zich in beginsel dan ook tegen wijziging of aanvulling van een inschrijving. Er bestaat een uitzondering op deze regel, maar deze uitzondering is niet van toepassing op de situatie dat een stuk (of informatie) ontbreekt dat (die) op straffe van uitsluiting moet worden verstrekt.

Het beroep van de Combinatie op het vertrouwensbeginsel biedt tevens geen soelaas. Uit vaste jurisprudentie volgt dat het gelijkheidsbeginsel in beginsel prevaleert boven het vertrouwensbeginsel. Dat RWS is teruggekomen op de door haar geboden herstel-mogelijkheid aan de Combinatie, is naar oordeel van de voorzieningenrechter dan ook terecht.

Commentaar

Het moge inmiddels duidelijk zijn dat het volledig ontbreken van inschrijfstukken in het algemeen niet mogen worden hersteld. Ik juich de inmiddels weer vaste lijn in de jurisprudentie toe, dat een ongeldige inschrijving gewoon ongeldig is en blijft, ook al heeft de aanbesteder deze ongeldigheid niet reeds ten tijde van het nemen van de gunningsbeslissing opgemerkt dan wel is in eerste instantie (ten onrechte dus) gelegenheid tot herstel geboden.

Het alsnog laten indienen van de Bijlagen J en K komt mij wel wat vreemd voor. Feit is dat er dan toch een gewijzigd biljet met een ondertekening ná inschrijving aan de inschrijving wordt toegevoegd. Ervan uitgaande dat vóór inschrijving duidelijk was wat de wijzigingen waren en de inschrijvers ook van deze wijzigingen zijn uitgegaan, kan ik me in het praktische oordeel van de rechter niettemin vinden.

Tony van Wijk

T: +31 (0)24 381 31 59

E: vanwijk@dirkzwager.nl

Is het een werk of toch een dienst?

Bij een aanbesteding is het van belang te bepalen of sprake is van een werk of een dienst. Een werk hoeft immers pas bij een veel hogere waarde (thans € 5.225.000) dan een dienst (thans € 209.000) Europees te worden aanbesteed. Het onderscheid tussen een werk en een dienst is echter niet altijd makkelijk te maken. We krijgen hier ook veel vragen over. Hieronder treft u daarom een praktisch stappenplan aan.

Stappenplan werk of dienst

Het uitgangspunt is dat alle activiteiten die als werk kunnen worden beschouwd limitatief (met CPV-code) staan opgesomd in bijlage II [Richtlijn 2014/24/EU](#). Alle activiteiten die daar niet genoemd zijn worden beschouwd als diensten. (NB: deze richtlijn is voor overheidsopdrachten, voor de nutssector en defensie-en veiligheidsopdrachten betreft het bijlage I [Richtlijn/2014/25/EU](#)).

Om te bepalen of uw opdracht een werk of een dienst is kan het volgende stappenplan gevolgd worden:

- Bepaal eerst welke CPV-code bij de opdracht hoort. Let er hierbij op dat u voldoende specifiek bent. Kijk onder de betreffende code of er nog een categorie of nadere specificering van toepassing is. Handig hiervoor is de [tool op Tendered](#) omdat u daar (door op "Toon in boomstructuur") direct kunt zien onder welke afdeling, groep, klasse en categorie de specifieke code valt. Een andere zoekmachine is die van [Europa Decentraal](#).
- Nadat is vastgesteld om welke CPV-code het gaat, moet bepaald worden of die CPV-code in bijlage II [Richtlijn 2014/24/EU](#) staat. De rechter kolom van die bijlage geeft aan welke CPV-code(s) de genoemde opdrachten omvat. Indien twee cijfers gevolgd worden door zes nullen, valt de gehele afdeling eronder inclusief onderliggende groepen, klassen en categorieën, worden drie cijfers gevolgd door vijf nullen dan valt de gehele groep eronder inclusief klassen en categorieën, etc. Hierbij kunt u weer de [tool op Tendered](#) gebruiken om nader te bezien welke afdelingen, klassen en categorieën er bij de betreffende CPV-code(s) horen. Let op: uitzonderingen worden aangegeven met 'met uitzondering van.' en dan een gedachtestreepje voor iedere code die is uitgezonderd.

- Staat de activiteit niet in bijlage II Richtlijn 2014/24/EU dan wordt het aangemerkt als een dienst (of levering) en geldt de (lagere) drempelwaarde voor diensten (en leveringen).

Iris Docter

T: +31 (0)24 - 381 31 87

E: docter@dirkwager.nl

Aansprakelijkheid schade & verzekering

Aansprakelijkheidsverzekeraar mag terugkomen op erkenning van aansprakelijkheid

Een verzekeraar is niet aan haar erkenning van aansprakelijkheid gebonden als komt vast te staan dat zij tot die erkenning is gekomen onder invloed van bedrog ([artikel 3:44 BW](#)). Het is dan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat de verzekeraar aan de eerder gedane erkenning wordt gehouden.

In een arrest van 13 december 2016 ([ECLI:NL:GHDHA:2016:3604](#)) oordeelde het gerechtshof dat de aansprakelijkheidsverzekeraar mocht terugkomen van een eerder gedane erkenning.

Feiten & omstandigheden

Op het strand van Domburg heeft verzekerde per ongeluk een balletje richting het slachtoffer gegooid. Hierdoor heeft het slachtoffer letsel opgelopen aan haar linker pink. Zij heeft verzekerde voor de door haar geleden schade aansprakelijk gesteld. Verzekerde heeft deze aansprakelijkstelling doorgeleid naar de aansprakelijkheidsverzekeraar.

In eerste instantie heeft de aansprakelijkheidsverzekeraar de aansprakelijkheid erkend. Nadien heeft verzekerde tegenover de door de aansprakelijkheidsverzekeraar ingeschakelde onderzoekers tegenstrijdige verklaringen afgelegd. Vast is komen te staan dat ten minste één van de verklaringen leugenachtig moet zijn geweest. Tegenover de politie heeft verzekerde vervolgens verklaard dat hij weliswaar heeft gezegd dat hij de bal heeft gegooid, maar dat hij dat eigenlijk helemaal niet wist.

De deelgeschilprocedure en de procedure in eerste aanleg

Op enig moment heeft het slachtoffer een deelgeschilprocedure aanhangig gemaakt tegen verzekerde en de aansprakelijkheidsverzekeraar. Het slachtoffer heeft verzocht een verklaring voor recht af te geven dat zowel verzekerde als de aansprakelijkheidsverzekeraar aansprakelijk zijn voor de schade die het slachtoffer heeft opgelopen en dat zij gehouden zijn deze te vergoeden. De deelgeschilrechter wijst alleen de verklaring voor recht ten aanzien van verzekerde toe.

Het slachtoffer start dan een bodemprocedure. In deze procedure vordert het slachtoffer een verklaring voor recht dat de aansprakelijkheidsverzekeraar gehouden is de

schade als gevolg van het ongeval en de nog te lijden schade aan het slachtoffer te vergoeden. Verder vordert het slachtoffer dat de aansprakelijkheidsverzekeraar een voorschot van € 250.000,- dient te betalen.

Het slachtoffer is van mening dat de aansprakelijkheidsverzekeraar gebonden is aan haar erkenning van aansprakelijkheid. Hierop mag niet worden teruggekomen. Op grond van artikel 7:954 BW is verzekeraar gehouden om de schade aan het slachtoffer rechtstreeks te voldoen. De rechtbank komt kort gezegd tot het oordeel dat de aansprakelijkheidsverzekeraar mocht terugkomen op haar erkenning van aansprakelijkheid. Tegen dit vonnis is het slachtoffer in hoger beroep gegaan.

De erkenning van aansprakelijk

In hoger beroep werpt het slachtoffer een aantal grieven op. Met name de grief die ziet op het wel of niet terecht terugkomen op de erkenning van aansprakelijkheid is interessant. Het gerechtshof overweegt hierover allereerst:

“Het staat een aansprakelijkheidsverzekeraar in beginsel niet vrij om terug te komen van een jegens een derde gedane erkenning dat zijn verzekerde jegens die derde aansprakelijk is. Zo is, wanneer een verzekeraar tot de erkenning van aansprakelijkheid is gekomen op grond van een rapport van een door hem ingeschakelde deskundige, daarvoor de enkele omstandigheid dat nadien een andere deskundige een andere visie omtrent de aansprakelijkheid geeft of het eerdere onderzoek als ondeugdelijk aanmerkt, niet voldoende, aangezien de omstandigheid dat het rapport van de deskundige achteraf onjuist of ondeugdelijk wordt bevonden, krachtens de in het verkeer geldende opvattingen in de verhouding tot de derde voor rekening van de verzekeraar en diens verzekerde behoort te komen (zie Hoge Raad 10 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0470, NJ 1992/606 en HR 19-09-2003, ECLI:NL:HR:2003:AF8270, NJ 2003/619). Een verzekeraar is niet aan haar erkenning gebonden als komt vast te staan dat zij tot die erkenning is gekomen onder invloed van bedrog (artikel 3:44 BW), aangezien het dan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat hij aan zijn erkenning wordt gehouden (zie Gerechtshof Den Haag 29 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2546).”

Gelet op de ernstige twijfel over de betrouwbaarheid van verzekerde heeft de aansprakelijkheidsverzekeraar terecht haar eerder gedane erkenning ingetrokken. Het zou naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn geweest als de aansprakelijkheidsverzekeraar in de gegeven omstandigheden aan haar aanvankelijke erkenning van aansprakelijkheid werd gehouden. De bewijslast met betrekking tot de toedracht van het ongeval is daarmee komen te rusten op het slachtoffer. Zij is in de gelegenheid gesteld alsnog bewijs te leveren maar daarin is zij niet geslaagd. Ook het

verwijt dat de rechtbank ten onrechte is voorbijgegaan aan hetgeen reeds in de deelgeschilprocedure was beslist faalt. Daarin is niet tussen het slachtoffer en de aansprakelijkheidsverzekeraar beslist dat het ongeval daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Verder overweegt het gerechtshof nog dat getuigen die werkzaam zijn voor een bedrijf waaraan een verzekeraar expertiseactiviteiten uitbesteedt, geen partijgetuigen (ex artikel 164 Rv) zijn. Deze personen zijn namelijk (in beginsel) niet in dienst van de aansprakelijkheidsverzekeraar geweest.

Het voorschot is onverschuldigd betaald

Met al het vorenstaande staat vast dat de rechtsgrond voor de betaling van een voorschot van € 23.174,20 (door de aansprakelijkheidsverzekeraar) is komen te vervallen. Tegen het oordeel van de rechtbank dat de aansprakelijkheidsverzekeraar dit bedrag kan terugvorderen is ook een grief gericht. Maar ook deze grief faalt. Het slachtoffer kan op grond van de zogenoemde 'directe actie' ex artikel 7:954 BW slechts betaling vorderen van hetgeen de aansprakelijkheidsverzekeraar aan verzekerde verschuldigd is. Hiermee staat dan ook vast dat het voorschot aan het slachtoffer onverschuldigd is betaald en derhalve kan worden teruggevorderd.

Sanne Rutten

T: +31 (0)26 353 84 21

E: rutten@dirkzwager.nl

Bestuurdersaansprakelijkheid van een tweedegraads bestuurder: Piercing The Corporate Veil 2.0

De Hoge Raad heeft op 17 februari 2017 een belangrijk arrest gewezen waaruit volgt dat art. 2:11 BW (de doorbraak van aansprakelijkheid naar de natuurlijke persoon achter de rechtspersoon-bestuurder) van toepassing is in alle gevallen waarin een rechtspersoon in zijn hoedanigheid van bestuurder aansprakelijk is op grond van de wet. Dat betekent dat voor vestiging van de aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder niet de aanvullende eis geldt dat ook de natuurlijke persoon achter de rechtspersoon-bestuurder een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.

Doorbraak van aansprakelijkheid naar de uiteindelijk bestuurder

In art. 2:11 BW is bepaald dat de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon tevens hoofdelijk rust op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is (de zogenaamde tweedegraads bestuurder). Dit gaat door totdat de laatste bestuurder is bereikt. De tweedegraads (of zoveelstegraads) bestuurder is uiteindelijk een natuurlijk persoon.

Dit is een vorm van 'piercing the corporate veil', die ertoe strekt te voorkomen dat natuurlijke personen aan bestuurdersaansprakelijkheid kunnen ontkomen door tussenschakeling van een rechtspersoon-bestuurder.

Wat we al wisten is dat art. 2:11 BW alle vormen van bestuurdersaansprakelijkheid uit Boek 2 BW doorschakelt naar de tweedegraads bestuurder. Daarbij kan onder meer gedacht worden aan de aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW (onbehoorlijke taakvervulling) en art. 2:138/248 BW (hoofdelijke aansprakelijkheid bestuurders bij faillissement).

In beginsel kan daardoor ook sprake zijn van (hoofdelijke) aansprakelijkheid van de tweedegraads bestuurder zonder dat is gebleken dat hem persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

De rechtsvraag die in onderhavige procedure voorlag is of dit doorschakelen ook geschiedt als sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid uit hoofde van art. 6:162 BW (onrechtmatige daad).

In de literatuur bestond tot nu toe verschil van mening over de vraag of art. 2:11 BW ook kan worden ingezet om bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW door te schakelen naar de tweedegraads bestuurder.^[1]

In een eerdere zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 23 mei 2014^[2] kwam de Hoge Raad helaas niet aan de beantwoording van deze vraag toe, omdat de curator in die kwestie niet de vaststelling van de aansprakelijkheid van de indirect bestuurder had gevorderd. Nu was er wel een kans om duidelijkheid te verstrekken.

Feitelijke achtergrond, rechtbank en hof

De Zuid-Afrikaanse onderneming Le Roux exporteert druiven. In dat kader heeft zij een overeenkomst met de Nederlandse onderneming Hyka B.V. De bestuurder van Hyka is Holding Kampschöer B.V. ("Holding"). De broers Willy en Fred Kampschöer zijn bestuurder van Holding.

Blijkbaar heeft Hyka bepaalde documenten valselijk opgemaakt met financieel nadeel voor Le Roux tot gevolg. Hoewel de schadeplichtigheid van Hyka in rechte komt vast te staan, staat een faillissement betaling van schade in de weg.

Le Roux spreekt vervolgens zowel Holding als Willy en Fred Kampschöer aan als tweedegraads bestuurders. De rechtbank oordeelt dat Holding en Willy een voldoende ernstig persoonlijk verwijt treft. Daarbij wordt de aansprakelijkheid van Holding via art. 2:11 BW doorgeleid aan Willy. De rechtbank oordeelt dat niet vaststaat dat ook aan Fred een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.

[1] Bevestigend: Huizink, *GS Rechtspersonen*, art. 11, aant. 5 en *Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009/476; ontkenkend: *Wezeman*, diss. (1998), p. 371 en *Lennarts*, diss. (1999), p. 263-164

[2] *JOR* 2014/229

In hoger beroep betoogt Le Roux dat ook Fred 'automatisch' aansprakelijk is gelet op de werking van art. 2:11 BW. Het hof^[3] gaat hier niet in mee en oordeelt dat voor aansprakelijkheid van een tweedegraads bestuurder nog steeds moet worden geëist dat hem persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. De Hoge Raad oordeelt anders.

Hoge Raad

In onderhavige kwestie kreeg de Hoge Raad in zijn arrest van 17 februari 2017^[4] eindelijk de kans om de vraag te beantwoorden of het doorschakelen van aansprakelijkheid naar de tweedegraads bestuurder ook geschiedt als sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid uit hoofde van art. 6:162 BW (onrechtmatige daad) en voorts of daarvoor een ernstig persoonlijk verwijt vereist is.

Het antwoord op de eerste vraag luidt bevestigend en het antwoord op de tweede vraag ontkennend.

De Hoge Raad overweegt:

“Noch uit de tekst, noch uit de ratio van art. 2:11 BW volgt dat een beperking is beoogd tot toepassing van art. 2:11 BW op een of meer bepaalde wettelijke grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid. Deze uitleg van art. 2:11 BW strookt met de opmerking van de minister van Justitie tijdens de parlementaire behandeling van deze bepaling, dat hem niet duidelijk is waarom de aansprakelijkheid ingevolge (thans) art. 6:162 BW tegenover schuldeisers en die uit (thans) art. 2:9 BW zouden zijn uitgesloten en dat deze wettelijke aansprakelijkheden te vergelijken zijn met die van art. 2:138 BW en art. 2:248 BW [...].

Een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder die uit hoofde van de wetsbepaling waaruit de aansprakelijkheid voortvloeit, een grond tot disculpatie heeft om de aanspraak af te weren, kan zich daarop beroepen, onafhankelijk van de rechtspersoon-bestuurder [...]. Of een wetsbepaling waaruit aansprakelijkheid voortvloeit, de mogelijkheid van disculpatie biedt, moet worden bepaald door uitleg van die bepaling.

Uit het voorgaande volgt dat art. 2:11 BW van toepassing is in alle gevallen waarin een rechtspersoon in zijn hoedanigheid van bestuurder aansprakelijk is op grond van de wet. Daaronder valt ook de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder die is

[3] Zie ook de interessante annotaties onder het arrest van het hof: JOR 2014/3 met annotatie van prof. mr. Bartman en mr. Van Leeuwen en JIN 2014/8 met annotatie van mr. Van der Kraan

[4] ECLI:NL:HR:2017:275

gebaseerd op art. 6:162 BW. Deze aansprakelijkheid rust dan tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder daarvan bestuurder is. Dit betekent dat voor vestiging van de aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder niet de aanvullende eis geldt dat de schuldeiser stelt, en zo nodig bewijst, dat ook die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Uit de aard van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW volgt echter wel dat als een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is op die grond, een bestuurder van die rechtspersoon-bestuurder aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW (alsnog) kan voorkomen door te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van de gedragingen waarop de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is gebaseerd. Deze bewijslastverdeling doet recht zowel aan de ratio van art. 2:11 BW als aan de vereisten voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW.

Uit het hiervoor overwogene volgt dat de klacht doel treft. De onherroepelijk vastgestelde aansprakelijkheid van Holding als bestuurder van [Hyka B.V.] jegens [Le Roux] ingevolge art. 6:162 BW [...], rust ingevolge art. 2:11 BW tevens hoofdelijk op [Fred], behoudens door hem te stellen en zo nodig te bewijzen omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt terzake kan worden gemaakt.”

Opmerkelijk is overigens dat A-G Timmersman in zijn Conclusie bij het arrest vaststelde dat Le Roux belang miste bij haar incidentele middel dat over onderhavige materie ging. De A-G hanteerde daarbij een onjuiste redenering. Hij stelde vast dat het hof de aansprakelijkheid van Kampschöer uit onrechtmatige daad had afgewezen. Omdat nu via de route van art. 2:11 BW uiteindelijk een oordeel dient te worden gegeven over zijn aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, meende de A-G dat het ingestelde middel vastliep op het eerdere oordeel van het hof.

Dat is niet juist, zo blijkt ook uit het arrest van de Hoge Raad: het enkele feit dat directe aansprakelijkheid van de tweedegraads bestuurder uit onrechtmatige daad is afgewezen, doet niet af aan het feit dat hij ‘automatisch’ via art. 2:11 BW in beginsel hoofdelijk aansprakelijk is indien de eerstegraads bestuurder aansprakelijk wordt geoordeeld.

Conclusie

Art. 2:11 BW schakelt ook aansprakelijkheid uit hoofde van art. 6:162 BW (onrechtmatige daad) door naar de tweedegraads bestuurder. Dat betekent dat voor vestiging van de aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder niet de aanvullende eis geldt dat ook de natuurlijke persoon achter de rechtspersoon-bestuurder een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.

De tweedegraads bestuurder die uit hoofde van de wetsbepaling waaruit de aansprakelijkheid voortvloeit, een grond tot disculpatie heeft om de aanspraak af te weren, kan zich daarop beroepen, onafhankelijk van de rechtspersoon-bestuurder. Of een wetsbepaling waaruit aansprakelijkheid voortvloeit, de mogelijkheid van disculpatie biedt, moet worden bepaald door uitleg van die bepaling.

Uit de aard van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW volgt wel dat als een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is op die grond, de tweedegraads bestuurder aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW (alsnog) kan voorkomen door te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat hem persoonlijk geen ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt van de gedragingen waarop de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is gebaseerd.

Kortom: als een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is ingevolge art. 6:162 BW, dan is iedere bestuurder daarvan in beginsel tevens hoofdelijk aansprakelijk, tenzij hem persoonlijk geen ernstig verwijt ter zake kan worden gemaakt.

Daan Baas

T: +31 (0)26 353 84 16

E: baas@dirkzwager.nl

Wetsvoorstel affectieschade aangenomen door Tweede Kamer

Wanneer slachtoffers zijn overleden of ernstig letsel hebben opgelopen door een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, kunnen hun nabestaanden c.q. naasten in de toekomst mogelijk aanspraak maken op vergoeding van affectieschade. Het daartoe strekkende wetsvoorstel affectieschade is op 9 mei 2017 door de Tweede Kamer met algemene stemmen aangenomen. Door een motie van Kamerleden Groothuizen (D66) en Van Nispen (SP) zal aan stiefouders en stiefkinderen eenzelfde vergoeding worden toegekend als aan biologische verwanten, indien sprake is van een relatie in gezinsverband met een duurzaam karakter.

Zoals wij eerder op deze Kennispagina schreven, beoogt het wetsvoorstel de positie van nabestaanden en naasten op twee manieren te verbeteren. Ten eerste creëert het wetsvoorstel een wettelijke grondslag voor de vergoeding van affectieschade. Ten tweede maakt het wetsvoorstel het voor naasten en nabestaanden mogelijk om zich met hun vordering tot vergoeding van affectieschade als benadeelde partij te voegen in het strafproces.

Het wetsvoorstel is een tweede poging om affectieschade vergoedbaar te maken. Een soortgelijk voorstel is in 2010 door de Eerste Kamer verworpen. In 2014 werd een nieuwe poging gedaan met het wetsvoorstel zorg- en affectieschade (zie hierover ook dit artikel op de Kennispagina). Inmiddels zijn de wetsvoorstellen zorg- en affectieschade losgekoppeld en is alleen het wetsvoorstel affectieschade bij de Tweede Kamer ingediend.

De Eerste Kamer zal zich nu over het wetsvoorstel buigen. Een datum daarvoor is nog niet bepaald. Wij houden u op deze Kennispagina op de hoogte.

Jaïke Silvius

T: +31 (0)26 353 83 05

E: silvius@dirkzwager.nl

Hoge raad: volledige zekerheid over brandoorzaak niet vereist voor aansprakelijkheid

Het komt geregeld voor dat verhaal van brandschade strandt op onduidelijkheid over de brandoorzaak. Het causaal verband tussen de fout en de schade kan dan niet met voldoende zekerheid worden vastgesteld. In een arrest van 14 juli 2017 maakt de Hoge Raad echter duidelijk dat “voldoende zekerheid” niet gelijkstaat aan “absolute zekerheid”.

Onderliggende zaak

De onderliggende zaak behelst een geschil tussen een verhuurder en een huurder van een woning. Op 28 november 2007 is deze woning door brand verloren gegaan. De brandverzekeraar van de verhuurder heeft de schade gedeeltelijk vergoed. De verhuurder wil de niet-gedekte schade verhalen op de huurder, die de woning direct voorafgaand aan de brand onbeheerd heeft achtergelaten terwijl er pannen op het vuur stonden. Dat zou volgens de verhuurder de oorzaak van de brand zijn en jegens hem een onrechtmatige daad opleveren.

Een technisch onderzoeker van de brandverzekeraar (A) heeft enkele dagen na de brand een bezoek gebracht aan de locatie en geconcludeerd dat de brand in de keuken is ontstaan, waar hoogstwaarschijnlijk een vlam in de pan is geslagen, waarna de gordijnen in brand zijn geraakt.

Ook de AVP-verzekeraar van de huurder heeft onderzoek laten doen naar de brandoorzaak, zowel door een schade-expert (B) als door een technisch expert (C). Beide experts hebben geconcludeerd dat de oorzaak van de brand niet meer kan worden achterhaald en dat meerdere oorzaken mogelijk zijn. C noemt als alternatieven onder meer mankementen in een gevelkachel, de elektrische installatie, de daarop aangesloten stroomverbruikers, het gastoestel en de afzuigkap.

De huurder heeft aansprakelijkheid afgewezen, waarna de verhuurder een procedure is gestart bij de rechtbank Breda. Hoewel partijen over meer geschilpunten hebben gedebatteerd, beperk ik mij in dit artikel tot de causaliteitsvraag (de brandoorzaak).

Procedureverloop in feitelijke instanties

In haar (niet-gepubliceerde) eindvonnis heeft de rechtbank als vaststaand aangenomen dat de huurder uit de woning is vertrokken nadat zij drie pannen met eten op het vuur had gezet en dat de brand in één van die pannen is ontstaan. In het verlengde daarvan heeft de rechtbank geoordeeld dat de brand het gevolg is van onrechtmatig handelen van de huurder en de vordering van de verhuurder (grotendeels) toegewezen.

De huurder is daarop in hoger beroep gegaan bij het gerechtshof 's-Hertogenbosch. In een eerste tussenarrest heeft het hof, net als de rechtbank, aangenomen dat de huurder het gas niet had uitgedraaid toen zij de woning verliet. Het hof neemt echter niet aan dat er op dat moment drie pannen op het vuur stonden. Het hof gaat ervan uit "*dat er in ieder geval een pan met aardappelen op het fornuis heeft gestaan en daarnaast mogelijk een pan met groenten, terwijl niet uitgesloten is dat er daarnaast nog een pan was met onbekende inhoud*". Juist die derde pan, waarvan de verhuurder had gesuggereerd dat dit een pan met vlees zou zijn geweest, krijgt in het vervolg van de procedure een centrale rol.

Anders dan de rechtbank, acht het hof zich zonder onderzoek niet in staat de brandoorzaak te beoordelen. In een tweede tussenarrest schakelt het hof daarom een deskundige in, die de vraag moet beantwoorden of op basis van de beschikbare verklaringen, rapporten en foto's met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld dat de brand is veroorzaakt door het gedrag van de huurder.

Blijkens een derde tussenarrest, gaat de deskundige er, net als de rechtbank en anders dan het hof, van uit dat er drie pannen op het vuur stonden, waaronder een "*pan met vlees met jus/vet/olie*". De deskundige acht het – hoewel een andere oorzaak volgens hem niet geheel is uitgesloten – het meest aannemelijk dat de vlam in die pan is geslagen. Hij baseert dat op verklaringen waaruit blijkt dat de brand is ontstaan in de keuken en dat na de brand drie gaskranen van de gaskookplaat in geopende stand zijn aangetroffen. Volgens de deskundige rechtvaardigt dat de conclusie dat er drie pannen met "*aardappelen, vlees en groente*" op het vuur stonden.

Het hof neemt de conclusies van de deskundige echter niet over. Het hof ziet geen reden om terug te komen op zijn eerdere oordeel dat niet vaststaat dat er voorafgaand aan de brand een pan met vlees op het vuur stond. De reden is dat de deskundige zijn oordeel uitsluitend heeft gebaseerd op gezichtspunten die het hof reeds had meegewogen. Dat brengt het hof tot het oordeel dat de oorzaak van de brand – volgens de

deskundige de pan met vlees – niet met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld en aansprakelijkheid van de huurder dus niet is komen vast te staan.

Bij eindarrest heeft het hof het vonnis van de rechtbank Breda vervolgens vernietigd en de vorderingen van de verhuurder (alsnog) afgewezen

Conclusie A-G De Bock

De verhuurder laat het er niet bij zitten en stelt cassatieberoep in.

Het woord is dan eerst aan A-G De Bock, die in haar conclusie de motivering van het hof analyseert. De A-G concludeert dat het hof de causaliteitsvraag kennelijk heeft versmald tot de vraag of met voldoende zekerheid kan worden geoordeeld dat het droogkoken van de pan met aardappelen – de enige pan waarvan volgens het hof zeker was dat deze op het vuur stond – de brandoorzaak is. De A-G is van mening dat dit een te enge benadering is, nu vaststaat dat de brand in de keuken is ontstaan en daar drie van de vier gaspitten hebben opengestaan, de deskundige een vlam in de pan wél een aannemelijke brandoorzaak acht en uit zijn rapport geen andere mogelijke schadeoorzaken blijken, zoals eerder door technisch expert C was gesuggereerd. De A-G acht het in dat licht onbegrijpelijk dat het hof de bevindingen van de deskundige niet heeft overgenomen en voegt daaraan toe:

“2.16 Voor zover uit de arresten van het hof zou moeten worden afgeleid dat het hof ervan uit is gegaan dat de op [de verhuurder] rustende bewijslast met betrekking tot het causaal verband tussen het onrechtmatig handelen van [de huurder] en de brand meebrengt dat precies moet worden vastgesteld hoe de brand zich in de keuken heeft ontwikkeld, berust dit oordeel op een onjuiste rechtsopvatting. Voldoende is immers dat in voldoende mate komt vast te staan dat de brand in de keuken het gevolg is geweest van het onrechtmatig handelen van [de huurder].”

Oordeel Hoge Raad

De Hoge Raad blijkt die visie te delen. In een beknopt arrest van 14 juli 2017 oordeelt de Hoge Raad dat het oordeel van het hof zonder nadere motivering onbegrijpelijk is, “nu uit die omstandigheden zonder meer kan [onderstreping auteur] volgen dat de brand is veroorzaakt doordat de vlam is geslagen in een pan met brandbaar materiaal en het hof niet in de motivering van zijn oordeel heeft betrokken hoe waarschijnlijk het is dat de brand door een andere oorzaak is ontstaan”. De Hoge Raad gaat dan ook over tot vernietiging van het arrest en verwijst de zaak naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, die het causaal verband opnieuw zal moeten beoordelen.

Praktische relevantie

Het is verleidelijk om in een arrest van de Hoge Raad algemene rechtsregels te lezen. Voorzichtigheid is echter op zijn plaats, zeker wanneer – zoals in dit geval – op grond van een motiveringsgebrek is gecasseerd. Het blijft immers een specifieke casus waarover de Hoge Raad heeft beslist. Toch lijkt er in dit geval, zowel bij de A-G als bij de Hoge Raad, een algemenere lijn te ontdekken.

Bekend was al dat:

- op grond van de hoofdregel uit art. 150 Rv in beginsel op de schadelijgende partij de bewijslast rust van het causaal verband (in de zin van: *condicio-sine-qua-non*verband);

en dat:

- om causaal verband te kunnen aannemen daarover voldoende zekerheid moet bestaan, maar absolute zekerheid niet vereist is (in de literatuur wordt wel gesproken over: “een redelijke mate van waarschijnlijkheid”).

Uit dit arrest lijkt te volgen dat:

- indien de (vaststaande) feiten en omstandigheden wijzen in de richting van een bepaalde schadeoorzaak, terwijl voldoende concrete aanwijzingen voor een andere schadeoorzaak ontbreken, niet – of in elk geval niet zonder nadere motivering – kan worden geoordeeld dat causaal verband niet is komen vast te staan.

Pieter Bloemendal

T: +31 (0)26 353 83 45

E: bloemendal@dirkzwager.nl

Artikel 6:170 BW bij in- en uitleensituaties

In in- en uitleensituaties kan de vraag aan de orde komen welke partijen kunnen worden aangesproken op grond van artikel 6:170 BW, de aansprakelijkheid voor ondergeschikten. Is dat alleen de formele werkgever (de uitlener) of ook de materiële werkgever (de inlener) en mogelijk zelfs een tussenschakel? In een arrest van 14 juli 2017 heeft de Hoge Raad daarover geoordeeld.

Feiten en omstandigheden

Het ging in de onderliggende zaak om het volgende. BAM Rail B.V. (BAM) heeft in opdracht van ProRail werkzaamheden aan het spoor uitgevoerd. J.M.V. Spoorwegveiligheid B.V. (JMV) en BAM hadden in dat kader ook een overeenkomst gesloten. JMV heeft daarvoor werknemers van A, onder wie een werktreinbegeleider (WTB-er), ter beschikking gesteld aan BAM. BAM was verzekerd bij Zurich.

De Leider Werkplek Beveiliging (LWB) is hoofdverantwoordelijk voor de veiligheid ter plaatse van de werkzaamheden. Hij geeft daartoe instructies aan de Lokale Leider Veiligheid (LLV) en de WTB-er. Een taak van de WTB-er is te controleren of de wissels in de juiste stand staan.

In de nacht van 19 op 20 februari 2008 waren, naast de WTB-er, een machinist en een gereedschapsmachinist op de trein aanwezig. De trein is een hogesnelheidswissel genaderd met een gemiddelde snelheid van 30 km/u. De betrokken WTB-er heeft de machinist opgedragen stapvoets te rijden. De WTB-er is niet uit de trein gestapt. Vervolgens heeft de WTB-er de machinist opdracht gegeven door te rijden. Het wissel bleek niet in de juiste stand te staan, waardoor de trein het wissel heeft opengereden. Het beweegbare puntstuk van het wissel is als gevolg daarvan beschadigd.

Zurich heeft als verzekeraar van BAM de schade die aan het wissel was toegebracht aan Pro Rail vergoed. Zurich heeft daarop, gesubrogeerd in de rechten van BAM, JMV aangesproken tot vergoeding van de schade onder meer op de grond dat de WTB-er een fout heeft gemaakt waarvoor JMV op grond van artikel 6:170 BW aansprakelijk zou zijn.

Vereisten van artikel 6:170 BW

Kortweg gelden drie vereisten voor aansprakelijkheid ex artikel 6:170 lid 1 BW:

- een rechtsbetrekking op grond waarvan de 'werkgever' zeggenschap heeft over de door de ondergeschikte te verrichten opdracht;
- een fout van de ondergeschikte; en
- voldoende verband tussen de opgedragen taak en de fout, het functioneel verband.

Bij de vraag of zeggenschap bestaat is beslissend is of de 'werkgever' de ondergeschikte instructies had *kunnen* geven. Het vereiste van zeggenschap wordt ruim uitgelegd. Artikel 6:170 BW geldt ook voor ondergeschikten die doorgaans zelfstandig en naar eigen inzicht handelen. Het bestaan van een arbeidsovereenkomst is geen noodzakelijke voorwaarde. De 'werkgever' hoeft verder geen verwijt te kunnen worden gemaakt. De vraag is of de ondergeschikte een fout heeft gemaakt. Met een fout wordt een toerekenbare onrechtmatige daad bedoeld (artikel 6:162 BW). Ten aanzien van het functioneel verband geldt dat de kans op de fout door de opdracht moet zijn vergroot. Ook dit vereiste kent een ruime uitleg.

In het arrest van de Hoge Raad van 14 juli 2017 ligt met name de vraag voor of JMV op grond van artikel 6:170 BW net als BAM aansprakelijk is tegenover ProRail voor een fout van de WTB-er en de schadevergoeding die Zurich heeft voldaan (gedeeltelijk) moet vergoeden.

Rechtbank en hof

De rechtbank heeft de vordering van Zurich afgewezen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vordering toegewezen. Het hof is van oordeel dat de WTB-er tegenover Pro Rail onzorgvuldig en onrechtmatig heeft gehandeld door af te gaan op zijn (onjuiste) visuele oordeel en zich niet van de stand van het wissel te vergewissen door af te stappen van de trein.

Het hof acht artikel 6:170 lid 1 BW toepasselijk. Volgens het hof is in het kader van het vereiste van ondergeschiktheid voldaan, omdat JMV zeggenschap had om de (naar het oordeel van JMV voldoende) gekwalificeerde medewerker al dan niet (in- en) uit te lenen en deze zo nodig niet (langer) op te roepen voldaan. Dat geldt ook voor het criterium van een functioneel verband tussen de opdracht waartoe JMV de WTB-er ter beschikking had gesteld en de schade. Het hof is daarbij van oordeel dat de bedoelde zeggenschap van JMV over de door haar uitgeleende WTB-er ook in dit verband volstaat.

Tegen het arrest van het hof is cassatie ingesteld.

Hoge Raad

Ook de Hoge Raad is van oordeel dat artikel 6:170 BW op de verhouding tussen JMV en de WTB-er toepasselijk is.

Zeggenschap?

De Hoge Raad overweegt voor wat betreft de vereiste zeggenschap (r.o. 3.4.2):

“Het bestaan van zeggenschap bij de aansprakelijk gehouden partij – hier: JMV – over de vraag of en op welke momenten de persoon die onrechtmatig heeft gehandeld, werkzaamheden voor een bepaalde derde – hier: BAM – dient uit te voeren, is in beginsel toereikend voor de voor toepassing van art. 6:170 lid 1 BW vereiste ondergeschiktheid (vgl. HR 13 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC3070, NJ 1989/896). Een andere opvatting, die zou meebrengen dat de benadeelde voor het antwoord op de vraag wie ingevolge art. 6:170 BW jegens hem aansprakelijk is, bekend moet zijn met de afspraken die tussen de verschillende in aanmerking komende ‘werkgevers’ met betrekking tot de instructiebevoegdheid van de ondergeschikte zijn gemaakt, zou afbreuk doen aan de door die bepaling beoogde bescherming van de benadeelde.”

Functioneel verband?

Ook is de Hoge Raad van oordeel dat functioneel verband bestaat (r.o. 3.4.4):

“De rechtsklacht van onderdeel 2.5, dat het hof heeft miskend dat voor het bestaan van een functioneel verband getoetst moet worden of de kans op de fout door de gegeven opdracht is vergroot en dat zeggenschap bestond over de gedragingen waarin de fout was gelegen, mist doel. Dat geldt ook voor de klacht, inhoudende dat voor zover het hof dit niet heeft miskend, het oordeel onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd is, omdat de algemene oproep- en uitleenmogelijkheid niets zegt over de mate waarin de kans op de fout is vergroot en de vraag of JMV over dat gedrag zeggenschap had. Het hof heeft kennelijk het door JMV aan BAM ter beschikking stellen van de betrokken WTB-er aange-merkt als de opdracht in de zin van art. 6:170 lid 1 BW en geoordeeld dat die opdracht de kans heeft vergroot op de (door het hof aangenomen) fout van de betrokken WTB-er, die taken had te verrichten met betrekking tot de veiligheid van het werk. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. Dat JMV terzake voor de toepasselijkheid van art. 6:170 BW voldoende zeggenschap had over de gedragingen van de betrokken WTB-er, volgt reeds uit hetgeen hiervoor in 3.4.2 is overwogen.”

Fout?

De Hoge Raad is echter genuanceerder over de vraag of de WTB-er onrechtmatig/onzorgvuldig heeft gehandeld. De daarop namens JMV gerichte klachten slagen. Het oordeel van het hof acht de Hoge Raad op dit punt onvoldoende goed gemotiveerd, voor zover het oordeel inhoudt dat de weersomstandigheden de betrokken WTB-er ertoe hadden moeten brengen van de trein af te stappen om de stand van de wissel te controleren. Daarbij wijst de Hoge Raad op de door JMV gestelde en niet kenbaar door het hof in zijn beoordeling betrokken omstandigheden dat:

- het zicht tijdens de onderhoudsnacht 50 tot 100 meter was;
- het zicht (daarom) goed was en de betrokken WTB-er het wissel goed kon zien;
- ook de machinisten op de werktrein hadden gezegd dat het wissel volgens hen goed lag; en
- het destijds gebruikelijk was om de stand van het wissel – behalve bij slecht zicht – vanuit de trein te beoordelen.

De Hoge Raad vervolgt:

“Het oordeel dat de betrokken WTB-er onrechtmatig heeft gehandeld “door af te gaan op zijn (onjuiste) visuele oordeel en zich niet van de stand van de wissel te vergewissen door af te stappen”, zoals het hof heeft overwogen, is zonder nadere motivering onbegrijpelijk, aangezien het hof niet duidelijk maakt waarom voor de betrokkenen het zicht op het wissel – dat zich op het relevante moment voor de, naar de vaststelling van het hof, tien tot twaalf meter lange bak bevond, terwijl in cassatie veronderstellenderwijs moet worden aangenomen dat het zicht minstens 50 meter bedroeg – ontoereikend was, noch waarom de betrokken WTB-er onrechtmatigheid kan worden verweten ter zake van zijn mening dat hij (en zijn collega's) de wisselstand correct konden waarnemen. Redengevend voor 's hofs oordeel dat de betrokken WTB-er onrechtmatig heeft gehandeld door op zijn waarneming te vertrouwen en niet af te stappen, kan evenmin zijn het feit dat diens inschatting onjuist is gebleken en dat aanzienlijke schade is ontstaan.”

De Hoge Raad heeft het geding verwezen naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch. Dat hof zal onder andere moeten beoordelen of de WTB-er een fout heeft gemaakt in de zin van artikel 6:170 BW.

Conclusie

Artikel 6:170 BW is onder de omstandigheden van deze zaak ook toepasselijk op de formele werkgever, JMV in dit geval. Of JMV daadwerkelijk aansprakelijk wordt geacht hangt af van de beoordeling van het hof 's-Hertogenbosch, dat zal moeten bepalen of het handelen van de WTB-er als een fout moet worden beschouwd.

Annelijn Bloo-Kroes

T: +31 (0)26 353 84 16

E: kroes@dirkzwager.nl

Arbeidsrecht

www.dirkzwagerarbeidsrecht.nl

Geen transitievergoeding voor AOW-gerechtigden; mogelijk (toch) leeftijdsdiscriminatie?

Bij beëindiging van een dienstverband dat langer heeft geduurd dan 24 maanden heeft een werknemer in beginsel recht op een transitievergoeding bij beëindiging van het dienstverband. Indien de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt, heeft deze geen recht op de transitievergoeding bij beëindiging. Vraag is of deze uitzondering kan worden gezien als leeftijdsdiscriminatie.

Uitzonderingen op de transitievergoeding

Op grond van artikel 7:673 BW geldt dat als een arbeidsovereenkomst die ten minste 24 maanden heeft geduurd en door of vanwege werkgever wordt beëindigd, de werknemer recht heeft op een transitievergoeding. De doelstelling van de transitievergoeding is tweeledig: (1) compensatie voor het ontslag en (2) de overgang naar ander betaald werk vergemakkelijken.

De uitzondering op het recht op transitievergoeding staat in artikel 7:673 lid 7 BW. De transitievergoeding is niet verschuldigd indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst:

- (sub a) geschiedt voor de dag waarop de werknemer de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt en de gemiddelde omvang van de arbeidsovereenkomst ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen (kortgezegd: een bijbaan van een jongere werknemer);
- (sub b) geschiedt in verband met of na het bereiken van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, of, indien geen andere leeftijd geldt, de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd (kortgezegd: bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd) of;
- (sub c) het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

Leeftijdsdiscriminatie?

Bij het vaststellen van deze uitzonderingen is er in de parlementaire behandeling uitgebreid ingegaan op de vraag of sprake is van leeftijdsdiscriminatie ten aanzien van

de AOW-gerechtigde leeftijd. De regering is tot de conclusie gekomen dat geen sprake is van leeftijdsdiscriminatie. Het verschil in behandeling op grond van leeftijd is objectief en redelijk gerechtvaardigd door een legitiem doel, aldus de regering. Het doel is om te voorkomen dat een transitievergoeding ten goede komt aan personen die niet langer zijn aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien nu zij een vervangend inkomen in de vorm van ouderdomspensioen ontvangen. Hierdoor is geen sprake van het vergemakkelijken van de overgang naar ander betaald werk. Op de eerste doelstelling van de transitievergoeding (compensatie voor het ontslag) wordt- in het kader van de leeftijdsdiscriminatie – niet ingegaan.

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft hier kortgeleden prejudiciële vragen over aangekondigd. Ook het Hof wijst op de compensatie voor het ontslag, wat een doelstelling van de transitievergoeding is. Onduidelijk is waarom deze doelstelling niet zou gelden voor een AOW-gerechtigde nu deze immers niet wordt gecompenseerd. In de onderhavige casus ging het om een AOW-gerechtigde die ervoor had gekozen aan het werk te blijven om in zijn levensonderhoud te kunnen voorzien. Hierdoor was deze werknemer nog wel aangewezen op het verrichten van arbeid. Het Hof vraagt zich onder meer af of in een individueel geval anders kan/moet worden beslist. Daarnaast stelt het Hof de vraag of artikel 7:673 lid 7 sub b BW in strijd is met richtlijn 2000/78 EG (welke onder andere ziet op leeftijdsdiscriminatie).

Slotsom

De prejudiciële vragen dienen nog officieel te worden gesteld aan de Hoge Raad, waarna het wachten is op antwoord. Ten aanzien van de individuele toets, ben ik van mening dat artikel 7:673 lid 8 BW hiervoor een uitkomst biedt. In dit artikel is opgenomen dat het niet toekennen van een transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan worden geacht, waardoor de rechter deze vergoeding alsnog kan toekennen. Dit zou een uitkomst kunnen zijn voor individuele gevallen, waaronder de geschetste casus. Daarnaast dient naar mijn mening ook de uitzondering voor de jongere werknemer met een dienstverband van minder dan 12 uur (op grond van artikel 7:673 lid 7 sub a BW) te worden getoetst aan de richtlijn 2000/78 EG. Bij deze uitzondering wordt immers ook een onderscheid gemaakt op leeftijd, waardoor ook hier sprake kan zijn van leeftijdsdiscriminatie. Voor nu is het afwachten wanneer de prejudiciële vragen aan de Hoge Raad zullen worden gesteld en welke vragen dit exact zullen zijn. Wordt vervolgd...

Annelinde Janssen

T: +31 (0)26 353 83 44

E: a.janssen@dirkzwager.nl

Hoge Raad: “individuele omstandigheden wegen mee bij vaststellen billijke vergoeding”

De Hoge Raad heeft op 30 juni 2017 een **belangwekkend arrest** gewezen met betrekking tot de **billijke vergoeding**. Een werkgever kan door de rechter veroordeeld worden tot betaling van een **billijke vergoeding**, naast de sinds 1 juli 2015 wettelijk verschuldigde transitievergoeding. Het gaat hierbij om situaties waarin de werkgever (ernstig) verwijtbaar gehandeld heeft. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de opzegging door de werkgever in strijd is met de daarvoor geldende regels (zoals in dit arrest aan de orde). In dit arrest van de Hoge Raad wordt duidelijkheid gegeven over de omstandigheden waarmee rekening moet worden behouden bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding.

Feitelijke instanties

In de onderhavige casus ging het om een kapster, geboren op 1 mei 1970, met een vast dienstverband voor 4,5 uur per week bij New Hairstyle, tegen een bruto maandsalaris van € 224,51.

Naar aanleiding van een discussie over het opnemen van vakantiedagen, heeft New Hairstyle in eerste instantie in 2014 geprobeerd het dienstverband met de werkneemster te beëindigen middels een vaststellingsovereenkomst zonder financiële vergoeding. De werkneemster heeft met dit voorstel niet ingestemd. Een jaar later heeft New Hairstyle zonder succes geprobeerd een ontslagvergunning te krijgen van het UWV. Na een nieuw conflict heeft New Hairstyle de arbeidsovereenkomst prompt opgezegd, zonder er acht op te slaan of dit juridisch mogelijk was. Na 25 dienstjaren werd de werkneemster ontslagen omdat New Hairstyle naar eigen zeggen “er klaar mee was”. Aan de werkneemster is uiteindelijk een transitievergoeding betaald van € 1.596,00 bruto.

Werkneemster heeft vervolgens in deze procedure (op grond van art. 7:681 lid 1, aanhef en onder a, BW) verzocht om een billijke vergoeding van € 57.699,07 bruto. De kantonrechter heeft New Hairstyle veroordeeld tot betaling aan werkneemster van een billijke vergoeding van € 4.000,- netto.

Het hof heeft de uitspraak van de kantonrechter bekrachtigd. Het hof overwoog dat New Hairstyle welbewust het dienstverband met de werknemster in strijd met de geldende wettelijke voorschriften heeft opgezegd. Voorts overwoog het hof:

“De billijke vergoeding dient voor deze werkgever een zodanig substantieel bedrag te beslaan dat hiermee een dergelijk handelen van de werkgever in de toekomst wordt voorkomen en de vergoeding moet dan ook een punitief en afschrikwekkend karakter hebben. Een werkgever mag in deze situatie niet met een koopje van zijn werknemer afkomen en de loonkosten van de werknemer die de werkgever als gevolg van zijn handelswijze bespaart mogen geen financieel voordeel voor de werkgever opleveren.”

Het hof liet de duur van het dienstverband en de gevolgen van het ontslag voor de werknemster buiten beschouwing voor de bepaling van de billijke vergoeding, nu die al in de transitievergoeding zouden zijn verdisconteerd. Er waren volgens het hof geen andere feiten en omstandigheden om rekening mee te houden.

Oordeel Hoge Raad

De Hoge Raad zet een streep door het arrest van het hof. De Hoge Raad meent dat het hof onvoldoende acht heeft geslagen op de belangen van de werknemster. Daarnaast stelt de Hoge Raad dat de wetgever niet heeft beoogd aan de billijke vergoeding een punitief karakter toe te kennen, het gaat erom wat billijk is voor de werknemer.

De wet geeft geen uitsluitel over de wijze van berekening van de billijke vergoeding. Daarnaast is er in de wet geen minimum- of maximumbedrag vastgesteld voor de billijke vergoeding. De Hoge Raad heeft in het arrest van 30 juni 2017 duidelijkheid gegeven en heeft geconcludeerd dat werknemers recht hebben op een geïndividualiseerde berekening van de billijke vergoeding.

Zoals gezegd ging het in deze kwestie om een vernietigbare opzegging van de arbeidsovereenkomst. De werknemster had echter op grond van artikel 7:681 lid 1, aanhef en onder a, BW de vrijheid ervoor te kiezen in plaats van vernietiging van de opzegging een billijke vergoeding te verzoeken. De Hoge Raad overweegt dat de gevolgen van een dergelijk ontslag niet geacht kunnen worden in alle gevallen reeds volledig te zijn gecompenseerd door een eventuele transitievergoeding.

Bij het vaststellen van een billijke vergoeding kan volgens de Hoge Raad mede worden gelet op hetgeen de werknemer aan loon zou hebben genoten indien de opzegging zou zijn vernietigd. Het zal van de omstandigheden van het geval afhangen welke verdere duur van de arbeidsovereenkomst daarbij in aanmerking moet worden

genomen. Verder kunnen naar het oordeel van de Hoge Raad bij de berekening van de billijke vergoeding de volgende elementen van belang zijn: of de arbeidsovereenkomst ook op rechtmatige wijze beëindigd had kunnen worden (en op welke termijn), de duur van het dienstverband, de gevolgen van het ontslag, of de werknemer inmiddels al ander werk geeft gevonden (en welke inkomsten de werknemer daaruit geniet) en (andere) inkomsten van de werknemer die hij in redelijkheid in de toekomst kan verweven. Kortom, bij de begroting van de billijke vergoeding komt het aan op alle omstandigheden van het geval. Voor zover elementen van de vaststelling van de billijke vergoeding zien op de vergoeding van schade van de werknemer, zijn de wettelijke schadevergoedingsregels (artikel 6:95 e.v. BW) van overeenkomstige toepassing. Hierdoor lijkt de billijke vergoeding uit artikel 7:681 BW veel op de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding ex art. 7:681 (oud) BW, zoals deze voor 1 juli 2015 gold.

Conclusie

Het is voor werkgevers dus eens te meer van belang om bij het ontslag van een werknemer de wettelijke regels in acht te nemen. Indien de geldende wet- en regelgeving niet op de juiste wijze wordt gevolgd, kan dit verregaande (financiële) consequenties hebben. De rechter moet bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding in de toekomst een individuele afweging maken aan de hand van de persoonlijke situatie van de werknemer en alle omstandigheden van het geval, waardoor werkgevers geconfronteerd kunnen worden met substantie(e)l(e) (hogere) billijke vergoedingen dan sinds 1 juli 2015 het geval was. Het is de vraag hoe de rechters de schade van de werknemers precies zullen gaan berekenen in het kader van de berekening van de billijke vergoeding, maar het is voor werkgevers in elk geval verstandig zich bij een voorgenomen ontslag goed te laten informeren over de geldende wet- en regelgeving en de mogelijkheid van toekenning van een billijke vergoeding.

Maaïke de Jonge

T: +31 (0)26 353 84 84

E: m.dejonge@dirkzwager.nl

Individuele omstandigheden bij het bepalen van de billijke vergoeding: de eerste toepassingen

Mijn collega Maaïke de Jonge berichtte u [hier](#) eerder al over het arrest van de Hoge Raad, waarin is besloten dat individuele omstandigheden meewegen bij het vaststellen van de billijke vergoeding. In juli zijn meerdere uitspraken geweest, waarin dit arrest concreet wordt toegepast. Hieronder een overzicht van de billijke vergoedingen sindsdien.

Rechtbank Noord-Nederland 11 juli 2017: vergoeding € 60.000,- (ECLI:NL:RBNNE:2017:2726)

In deze zaak ging het om een ontslag op staande voet van een statutair bestuurder, welke zonder redelijke grond was gegeven. De bestuurder vorderde een billijke vergoeding ten hoogte van € 150.000. Dit bedrag was gebaseerd op (gemist inkomen uit loon) gedurende een periode van 6 maanden, welke overeenkomt met de duur van de opbouw van een functioneringsdossier, vermeerderd met de door de bestuurder te lijden inkomensschade, imagoschade, het gemis van de nog lopende earn-out-regeling en het preventieve en punitieve element. De rechtbank oordeelde dat de billijke vergoeding moet worden bepaald aan de hand van alle omstandigheden van het geval, waarbij tevens een vergelijking wordt gemaakt tussen de situatie zonder vernietigbare opzegging en de situatie waarin de werknemer zich nu bevindt. De rechtbank kende een billijke vergoeding toe van € 60.000. Deze vergoeding is gebaseerd op de volgende componenten: de inkomensschade van 6 maanden, een gemis aan omzet voor de beheer-b.v. van de bestuurder en een compensatie voor de imagoschade en psychische schade die de bestuurder heeft ondervonden van het ontslag.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 13 juli 2017: vergoeding € 14.634,- (ECLI:NL:GHSHE:2017:3241)

Hier werd de werknemer op staande voet ontslagen, vanwege het volgens de werkgever onvoldoende meewerken aan re-integratie. Het hof was van mening dat dit ontslag op staande voet onterecht was en veroordeelde werkgever tot betaling van een billijke vergoeding van € 14.634,-. Deze vergoeding kwam overeen met het gemis aan

loon welke de werknemer had genoten als de opzegging zou zijn vernietigd, rekening houdende met de langdurige ziekte van werknemer (neerkomend op een compensatie van 30% van het loon gedurende 22 maanden).

**Rechtbank Noord-Nederland 13 juli 2017: vergoeding € 25.000,-
(ECLI:NL:RBNNE:2017:2700)**

Werknemer was in deze zaak met een briefje (met onder andere de tekst: "morgen is je laatste werkdag") op staande voet ontslagen door zijn werkgever. Dit ontslag op staande voet werd onterecht gegeven, waardoor de rechtbank de werkgever veroordeelde tot betaling van een billijke vergoeding van € 25.000,-. In deze billijke vergoeding werd de gemiste inkomensschade opgenomen ten hoogte van 6 maanden, welke periode overeenkomt met een gemiddeld functioneringstraject (een bedrag van € 17.500,-). Daarnaast werd in deze vergoeding de psychische schade van werknemer meegenomen (en begroot op: € 7.500,-).

**Rechtbank Limburg 17 juli 2017: vergoeding € 44.911,-
(ECLI:NL:RBLIM:2017:6879)**

In deze zaak heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbonden op grond van een verstoorde verhouding. Werknemer heeft op zijn beurt om een billijke vergoeding verzocht. De kantonrechter heeft de billijke vergoeding toegekend, nu de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. De werkgever heeft immers enkel aangestuurd op beëindiging van de arbeidsovereenkomst en heeft geen medewerking verleend aan de voortzetting van een verbetertraject met de werknemer. De kantonrechter begroot de billijke vergoeding (die uiteindelijk neerkomt op een bedrag van € 44.911,-) op verschillende componenten. Ten eerste begroot de kantonrechter een bedrag van € 15.000,- voor de mate van verwijtbaarheid van het handelen van de werkgever, geabstraheerd van de gevolgen voor de werknemer. Het andere deel van de billijke vergoeding wordt door de kantonrechter begroot op inkomensderving. De kantonrechter oordeelt dat de arbeidsovereenkomst waarschijnlijk nog drie jaar had geduurd en begroot deze schade dan ook op de inkomensderving, met aftrek van de door de werknemer te ontvangen WW-uitkering. Vervolgens brengt de kantonrechter een deel van de transitievergoeding in mindering op deze inkomensschade, omdat ook de transitievergoeding (deels) als doel heeft inkomensschade te compenseren.

**Rechtbank Noord-Nederland 18 juli 2017: vergoeding € 15.000,-
(ECLI:NL:RBNNE:2017:2796)**

Hier ging het om een ontbindingsverzoek tijdens werknemer, die door ernstig verwijtbaar handelen/en of nalaten van werkgever geen enkel vertrouwen meer had in

een vruchtbare voortzetting van het dienstverband en dat voortzetting van het dienstverband ook niet langer kon worden geveerd. De kantonrechter wijst het ontbindingsverzoek toe en is van mening dat ruimte is voor een billijke vergoeding. De werkgever heeft ernstig verwijtbaar gehandeld, door de rol van werkgever niet voldoende in acht te nemen richting de werknemer. De kantonrechter houdt bij de begroting van de billijke vergoeding rekening met het handelen namens werkgever en de gevolgen van het ontslag voor werknemer. De kantonrechter acht een overbruggingsperiode van 6 maanden redelijk voor werknemer om een nieuwe baan te vinden. Op grond van het salarisniveau van werknemer en de te ontvangen transitievergoeding, begroot de kantonrechter de billijke vergoeding op een bedrag van € 15.000,-.

Rechtbank Midden-Nederland 24 juli 2017: vergoeding één jaarsalaris (ECLI:NL:RBMNE:2017:3808)

De werknemer werd op staande voet ontslagen. Vervolgens vordert werknemer tot vernietiging van het ontslag op staande voet en een billijke vergoeding van € 50.000,-, welke wordt gebaseerd op het door werknemer te lijden inkomensverlies tot aan AOW-gerechtigde leeftijd. Daarbij wordt tevens aangevoerd dat de werknemer geen aanspraak kan maken op een WW-uitkering en dat de werknemer een beperkt arbeidsverleden heeft, dat hem weinig zicht op een nieuwe baan biedt. De kantonrechter begroot de billijke vergoeding op het verlies aan inkomen gedurende één jaar. Daarbij speelt een rol dat de werknemer een 62-jarige man is met een lichamelijke beperking en eenzijdige werkervaring. Tevens overweegt de kantonrechter dat de arbeidsmarkt voor de werknemer niet zo slecht is als wordt betoogd, waardoor één jaarsalaris redelijk wordt geacht (waarin mede de uitkering van de transitievergoeding zit inbegrepen).

Rechtbank Limburg 27 juli 2017: vergoeding: € 4.252,50 (ECLI:NL:RBLIM:2017:7257)

In deze zaak wordt de werknemer op staande voet ontslagen wegens een woede uitbarsting. De kantonrechter oordeelt dat het ontslag onterecht is gegeven, waardoor aan de werknemer een billijke vergoeding toekomt. De kantonrechter houdt bij de begroting van de billijke vergoeding rekening met het loon dat de werknemer nog zou hebben genoten bij werkgever als de opzegging zou zijn vernietigd. Omdat de kantonrechter het aannemelijk acht dat tevens sprake was van een verstoorde verhouding, houdt de kantonrechter rekening met de termijn voor een 'normale' beëindiging middels ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De billijke vergoeding wordt begroot op inkomensderving over de periode tussen het ontslag op staande voet

en de eerste mogelijkheid tot ontbinding door de rechter. Op deze inkomensderving wordt de schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging in mindering gebracht. De billijke vergoeding komt neer op twee maandsalarissen.

Welke lijn valt uit deze uitspraken te herleiden?

Allereerst valt het op dat de rechters in de begroting veelal rekening houden met de inkomensderving indien de arbeidsrelatie had voortgeduurd. Hierbij wordt zowel gekeken naar andere ontslaggronden (bijvoorbeeld de duur van een ontbindingsprocedure) als naar de inkomensderving tot het moment waarop de rechter het aannemelijk vindt dat de arbeidsovereenkomst zou zijn geëindigd. Daarnaast valt het op dat bij de begroting van de billijke vergoeding tevens rekening wordt gehouden met andere vergoedingen waar de werknemer aanspraak op maakt. Dit ziet op de transitievergoeding en de vergoeding wegens onregelmatige opzegging, maar tevens op de aanspraak op een WW-uitkering. De billijke vergoeding wordt dus niet 'naast' al deze vergoedingen toegekend, maar is meer een 'rest-vergoeding', waarbij rekening wordt gehouden met het totaal aan vergoedingen. Tot slot blijkt uit enkele uitspraken dat de rechter rekening houdt met psychische gevolgen voor de werknemer en de mate waarin de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Deze lijn komt overeen met de bedoeling van de billijke vergoeding en de parlementaire geschiedenis daaromtrent. Indien (mogelijk) aanspraak is op een billijke vergoeding, doet de werkgever er goed aan om alsnog inzichtelijk te maken waarom de arbeidsovereenkomst op een korte termijn zou zijn geëindigd. Op die manier lijkt het (gelet op bovenstaande jurisprudentie) mogelijk om de billijke vergoeding zoveel mogelijk te beperken.

Annelinde Janssen

T: +31 (0)26 353 83 44

E: a.janssen@dirkzwager.nl

Hoe zit het nu: wel of geen transitievergoeding voor langdurig zieken?

Op dit moment is een werkgever bij ontslag van een langdurig zieke werknemer een transitievergoeding verschuldigd (verondersteld dat de werkgever het initiatief tot het ontslag neemt en de werknemer minimaal 2 jaar in dienst geweest is). Dit wordt in de praktijk door veel werkgevers als onrechtvaardig ervaren. Dit met name omdat een werkgever tijdens de eerste twee ziektejaren ook al minimaal 70% van het loon moet doorbetalen en daarnaast kosten maakt voor de re-integratie van de werknemer.

Overwogen opties (afgewezen)

Naar aanleiding van de voornoemde signalen van een onrechtvaardigheidsgevoel heeft de voormalige regering verschillende opties ter aanpassing van de wetgeving bekeken. Onder meer:

- De verplichting om een transitievergoeding te betalen bij een ontslag wegens langdurige ziekte in zijn geheel laten vervallen. De regering achtte deze optie echter “niet wenselijk” (zonder dit nader te motiveren) en meende dat de constructie daarnaast in strijd zou zijn met het beginsel van gelijke behandeling;
- Regelen dat een werkgever de kosten die tijdens de ziekteperiode worden gemaakt voor de re-integratie tweede spoor (bij een andere werkgever dus) in mindering kan brengen op de transitievergoeding. De vermindering zou kunnen plaatsvinden zonder dat de toestemming van de werknemer vereist zou zijn. Ook voor deze optie is niet gekozen, met name omdat de kosten voor re-integratie in het tweede spoor niet goed te onderscheiden zijn van re-integratiekosten in het eerste spoor (bij de eigen werkgever). Kosten die gemaakt worden in het eerste spoor kunnen immers ook bijdragen aan re-integratie in het tweede spoor. Daarnaast gaan er voor een werkgever (hoge) administratieve lasten gepaard met deze optie, helemaal als deze kosten worden afgezet tegen de geringe tegemoetkoming in verhouding tot het gedeelte van de transitievergoeding dat alsnog verschuldigd blijft.
- Regelen dat een werkgever de kosten die tijdens de ziekteperiode worden gemaakt voor de re-integratie – zowel in het eerste als tweede spoor – in mindering kan brengen op de transitievergoeding. De voormalige regering achtte ook deze optie

strijdig met het beginsel van gelijke behandeling. Daarom is deze optie aan de kant geschoven.

Een wetsvoorstel

De voormalige regering is echter met een optie gekomen die ze wel wenselijk achtte: werkgevers compenseren voor (in beginsel) de betaalde transitievergoeding en de eventueel daarop in mindering gebrachte transitie- en inzetbaarheidskosten. Dit laatste om te voorkomen dat het in mindering brengen van deze kosten op de transitievergoeding tot gevolg heeft dat de compensatie lager wordt. In maart 2017 is in dit kader een wetsvoorstel ingediend. Belangrijke uitgangspunten van dit voorstel zijn de volgende:

- UWV verstrekt de compensatie, vanuit het Algemeen werkloosheidsfonds. Daar staat een verhoging van de (uniforme) premie tegenover;
- Er wordt geen onderscheid gemaakt naar de aard van de arbeidsovereenkomst. Dat betekent dat de beoogde regeling zowel van toepassing is bij het niet verlengen van een tijdelijke arbeidsovereenkomst (waarbij de werknemer bij het van rechtswege eindigen van de overeenkomst ziek is) als op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde of onbepaalde tijd die worden beëindigd vanwege het niet langer kunnen verrichten van de bedongen arbeid (na ommekomst van de periode gedurende welke het opzegverbod bij ziekte van de werknemer geldt).
- Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen de wijze van beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Dat betekent onder meer dat de regeling ook toepasselijk is als er na ommekomst van de periode gedurende welke het opzegverbod bij ziekte van de werknemer geldt een beëindigingsovereenkomst (vaststellingsovereenkomst) gesloten wordt vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid.
- Er wordt een aantal beperkingen aangebracht in de hoogte van de compensatie die aan een werkgever wordt verleend. Ten eerste wordt niet meer compensatie verstrekt dan de transitievergoeding waar een werknemer recht op zou hebben op het moment dat de periode van verplichte loondoorbetaling eindigt. Ten tweede bedraagt de compensatie niet meer dan het bedrag van het betaalde brutoloon tijdens de ziekte van de werknemer. Tot slot wordt een eventuele periode van een verlengde loondoorbetalingsplicht vanwege een loonsanctie niet meegenomen bij de berekening van de compensatiehoogte.
- De voorgestelde regeling heeft terugwerkende kracht tot en met 1 juli 2015, zodat ook werkgevers die reeds een vergoeding bij ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid betaald hebben hiervoor alsnog gecompenseerd worden.

Kort en goed wordt met het voorstel beoogd:

- om cumulatie van kosten te voorkomen (loondoorbetaling tijdens ziekte en een vergoeding bij ontslag)
- te zorgen dat een werkgever geen baat meer heeft bij een slapend dienstverband, zodat zo'n constructie in de toekomst niet/minder gebruikt zal worden. Bij een slapend dienstverband houdt een werkgever een dienstverband uitsluitend in stand om te vermijden dat er een transitievergoeding betaald moet worden.

Wetsvoorstel controversieel verklaard

Het onderwerp van het wetsvoorstel ligt politiek gevoelig. De Tweede Kamer heeft het wetsvoorstel (daarom) in april 2017 – tijdens de eerste procedurele vergadering in de nieuwe samenstelling – ‘controversieel verklaard’. Het parlement verwacht bij controversieel verklaarde onderwerpen dat er onder een nieuw kabinet (wellicht) een andere beslissing wordt genomen. Door het wetsvoorstel controversieel te verklaren, houdt de nieuwe coalitie keuzevrijheid om beleidsafspraken te maken in het regeerakkoord.

De controversieelverklaring van het wetsvoorstel had tot gevolg dat het voorstel tot de formatie niet werd behandeld. De met het wetsvoorstel beoogde doelen kunnen dus pas op een (veel) later moment worden bereikt dan oorspronkelijk beoogd. Dit is met name nadelig voor werkgevers, gelet op de voor hen beoogde kostenbesparing. Het is echter ook nadelig voor langdurig zieke werknemers van wie het dienstverband slapend wordt gehouden om het betalen van een transitievergoeding (en de daarmee gemoeide kosten) te vermijden. Deze werknemers kunnen een beëindiging met betaling van transitievergoeding namelijk niet afdwingen.

Regeerakkoord: hoe nu verder?

Op 10 oktober 2017 is het regeerakkoord ‘Vertrouwen in de toekomst’ gepubliceerd. In dit akkoord staat onder meer het navolgende:

“Enkele ‘scherpe randen’ aan de verplichting tot het betalen van een transitievergoeding, worden verlicht, vooral voor MKB-ers. Dit betreft het doorzetten van twee voorstellen die momenteel in de Kamer liggen (uit de Kamerbrief ‘Oplossingen voor knelpunten op de arbeidsmarkt’): compensatie voor werkgevers voor verschuldigde transitievergoeding bij ontslag van een werknemer wegens langdurige arbeidsongeschiktheid (...).”

Er wordt dus (nog steeds) beoogd dat het wetsvoorstel de eindstreep zal halen. Toch zal het enige tijd duren voordat er duidelijkheid is. Op zijn vroegst zal het voorstel per

1 januari 2019 tot wet verheven worden. Tot die tijd is het afwachten en blijft het uitgangspunt dat de transitievergoeding bij een ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid geheel voor rekening van de werkgever komt.

Aletha Dera-ten Bokum

T: +31 (0)26 353 83 44

E: dera@dirkzwager.nl

Ontslag wegens veelvuldig ziekteverzuim. Een dode letter?

Sinds de inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid is in de wet geregeld dat een werkgever de arbeidsovereenkomst alleen mag opzeggen als hij daarvoor een redelijke grond heeft. In artikel 7:671 lid 3 BW wordt een limitatieve opsomming gegeven van de redelijke gronden waarop een werkgever de arbeidsovereenkomst kan opzeggen. Eén van deze gronden betreft de grond “veelvuldig ziekteverzuim”. De wet zegt daarover het volgende: “onder een redelijke grond wordt verstaan het bij regelmaat niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid als gevolg van ziekte of gebreken van de werknemer met voor de bedrijfsvoering onaanvaardbare gevolgen, mits het bij regelmaat niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid niet het gevolg is van onvoldoende zorg van de werkgever voor de arbeidsomstandigheden van de werknemer en aannemelijk is dat binnen 26 weken, geen herstel zal optreden en dat binnen die periode de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht.”

Onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering

De crux zit hem in de zinsnede “met voor de bedrijfsvoering onaanvaardbare gevolgen”. Een werkgever die op deze grond naar een beëindiging van de arbeidsovereenkomst streeft, dient aannemelijk te maken dat de regelmatige uitval van zijn werknemer onaanvaardbare gevolgen voor zijn bedrijfsvoering heeft. Een recente uitspraak van de kantonrechter Zeeland West-Brabant (ECLI:NL:RBZWB:2017:6312), toont opnieuw aan dat de lat om op deze grond een beëindiging van de arbeidsovereenkomst te realiseren zeer hoog ligt. Terecht kan daarom de vraag gesteld worden of deze redelijke grond in werkelijkheid geen dode letter betreft.

Uitspraak kantonrechter Zeeland West-Brabant 6 september 2017

Het ging in deze zaak om een werkneemster in de functie van tweede vervangend filiaalleidster, die sinds 7 november 2003 bij Aldi in dienst was. Sinds 2010 had de betreffende werkneemster maar liefst 69% van de werkbare dagen verzuimd wegens ziekte. De kantonrechter stelt dan ook vast dat sprake is van een frequent en hoog ziekteverzuim gedurende een langere periode waardoor sprake is van “regelmatig ziekteverzuim” in de zin van de wet.

Naar het oordeel van de kantonrechter heeft Aldi echter niet aannemelijk gemaakt dat het hoge ziekteverzuim tot onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering leidt. Weliswaar staat volgens de kantonrechter vast dat de collega's van het filiaal waarin werkneemster werkzaam is hebben moeten overwerken door het verzuim van de werkneemster, maar dat dit door die collega's zelf wordt ervaren als een onevenredige druk en dat dit ook in arbotechnische zin tot onaanvaardbare constante overbelasting van die collega's leidt, is niet aannemelijk gemaakt.

Verder overweegt de kantonrechter dat grotere werkgevers worden geacht meer mogelijkheden te hebben dan kleinere werkgevers, om bij plotselinge uitval voor vervanging te zorgen waardoor er volgens de kantonrechter niet snel sprake zal zijn van een verstoring van de bedrijfsvoering of van een onevenredige druk op collega's in verband met de ziekmeldingen van een werknemer. Van Aldi mag gezien haar personeelsomvang en de gelijke aard van de werkzaamheden binnen de filialen volgens de kantonrechter worden verwacht dat zij ook organisatie-breed maatregelen treft om langdurig zieke werknemers te vervangen en dat zij zich bij het zoeken van oplossingen niet beperkt tot louter het eigen filiaal. Volgens de kantonrechter valt niet in te zien dat Aldi geen mogelijkheden heeft om bij uitval van een werknemer op centraal niveau of vanuit andere filialen voor vervanging te zorgen door bijvoorbeeld een flexibele pool op te richten. Op die manier zou Aldi een structurele oplossing voor het vervangen van zieke werknemers kunnen bieden. De kantonrechter is daarom van oordeel dat het frequente en onevenredig hoge ziekteverzuim van de werkneemster, niet tot onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering van Aldi leidt.

Uitspraak kantonrechter Limburg 30 maart 2017

Deze uitspraak is in lijn met verschillende eerdere uitspraken, waaronder ook een recente uitspraak van de kantonrechter Limburg (ECLI:NL:RBLIN:2017:2900). In die zaak overwoog de kantonrechter met betrekking tot de gevolgen voor de bedrijfsvoering:

“Daarentegen geldt dat AZL weliswaar stelt dat het hoge ziekteverzuim tot organisatorische problemen heeft geleid en nog steeds leidt, in die zin dat het noodzaakt tot een voortdurend en niet langer verantwoord beroep op de collegialiteit van de directe collega's van [verweerder] , maar dat AZL daarmee onvoldoende concrete feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit – indien ze komen vast te staan – volgt dat het ziekteverzuim zodanig verstoring werkt op het arbeidsproces of zodanig zwaar drukt op de andere werknemers dat het van de werkgever in redelijkheid niet verlangd kan worden de arbeidsovereenkomst voort te zetten. Hoewel het aannemelijk

is dat het frequente ziekteverzuim van [verweerder] zowel financieel als organisatorisch gezien nadelige gevolgen heeft voor AZL, geldt als uitgangspunt dat ziekteverzuim van de werknemer voor rekening en risico van de werkgever dient te komen. Dat het inschakelen / inhuren van zzp-ers of uitzendkrachten kosten en tijd (inwerken in systemen en klantenkennis) met zich meebrengt, en dat dit alsmede het overnemen van werkzaamheden tot een verhoogde werkdruk voor de andere werknemers leidt en AZL omzet derft (omdat [verweerder] zijn declarabele uren niet draait) is ongetwijfeld juist. Daarmee is echter naar het oordeel van de kantonrechter onvoldoende aannemelijk gemaakt dat het ziekteverzuim van [verweerder] zodanige ingrijpende organisatorische en financiële gevolgen heeft voor AZL, dat de arbeidsovereenkomst moet eindigen. Dat de situatie ook ten koste gaat van de dienstverlening naar haar klanten, zoals AZL stelt, zal ook juist zijn, maar niet gebleken is dat dit invloed heeft gehad op de omvang van haar klantenbestand of heeft geleid tot persistente klachten van die kant.

Anders gezegd en samenvattend: het – inderdaad frequente en telkens langdurige -ziekteverzuim van [verweerder] is wellicht *verstorend* voor de bedrijfsvoering en van enige invloed op de productiviteit en winstgevendheid van AZL als ondernemer, maar van haar als werkgever (zeker van deze omvang) mag worden gevergd dat zij dit probleem anders oplost dan door ontbinding van de arbeidsovereenkomst. *Onaanvaardbaar* voor de bedrijfsvoering is de situatie naar het oordeel van de kantonrechter niet.”

Kort en goed

Deze uitspraken illustreren dat het in ieder geval voor grotere werkgevers, naar huidig recht onmogelijk lijkt een arbeidsovereenkomst vanwege veelvuldig ziekteverzuim te beëindigen. Ondanks een ziekteverzuim van maar liefst 69% sinds 2010 in de Aldi-zaak, achtte de kantonrechter geen redelijke grond voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst aanwezig.

Ingeval van onafgebroken arbeidsongeschiktheid, komt de arbeidsongeschiktheid van een werknemer gedurende twee jaar voor rekening en risico van de werkgever. Na ommekomst van deze twee jaar stopt de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever en is hij gerechtigd het dienstverband te beëindigen.

Tegen deze achtergrond is het bijzonder wrang dat werkgevers die te maken hebben met een werknemer die jaar in jaar uit zeer frequent verzuimt en vaker niet op de

werkvloer aanwezig is dan wel, kennelijk tot in de lengte van dagen de rekening daarvoor dienen te betalen. De betreffende Aldi-medewerkster was de afgelopen 7,5 jaar bij elkaar genomen in totaal meer dan 5 jaar afwezig geweest wegens arbeidsongeschiktheid. En toch was er geen grond van beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens veelvuldig ziekteverzuim. Dat voelt onrechtvaardig.

Anique Sauvé

T: +31 (0)26 353 84 85

E: sauve@dirkzwager.nl

Gezondheidszorg

www.dirkzwagergezondheidszorg.nl

Rechter: zorgverzekeraar mag niet op de stoel van de arts zitten

Op 4 januari 2017 heeft de Voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant uitspraak gedaan in een kort geding dat aanhangig was gemaakt door een revalidatie-instelling en een drietal patiënten. De procedure had betrekking op het machtigingsvereiste dat CZ en Zorg en Zekerheid per 1 januari 2016 hadden geïntroduceerd voor (o.a.) medisch specialistische revalidatie. Op grond van dit vereiste moeten verzekerden van CZ en Zorg en Zekerheid toestemming vragen aan hun verzekeraar alvorens in behandeling te kunnen komen. Volgens de revalidatie-instelling en een drietal patiënten gingen de zorgverzekeraars daarbij te zeer op de stoel van de behandelend arts zitten. Bovendien zouden veel aanvragen ongemotiveerd afgewezen worden.

De Voorzieningenrechter komt in het vonnis tot de conclusie dat de beide zorgverzekeraars in de voorgelegde drie casussen inderdaad onvoldoende hebben gemotiveerd waarom tot afwijzing is overgegaan. De rechtbank spreekt daarbij in termen van "zonder enige motivering", "een volstrekt onredelijke eis" en "onbegrijpelijk". Nog belangrijker is dat de rechtbank bij herhaling aangeeft dat het oordeel van de behandelend arts uitgangspunt dient te zijn voor zorgverzekeraars. Enkele citaten uit het vonnis ter illustratie:

4.6. De voorzieningenrechter onderschrijft dat zorgverzekeraars niet gebonden zijn om 'blind te varen' op het oordeel van de behandelend medisch specialist, maar dit laat onverlet dat het in beginsel slechts de behandelend arts is die de beslissing neemt of de patiënt al dan niet is aangewezen op medisch specialistische revalidatiezorg. Indien een revalidatiearts op basis van zijn specialistische deskundigheid heeft getoetst of er een indicatie is voor medisch specialistische revalidatiezorg en tot de conclusie komt dat de patiënt daarop is aangewezen, dan dient de zorgverzekeraar dit oordeel van de revalidatiearts als uitgangspunt te nemen. Indien een zorgverzekeraar twijfels heeft over de door de behandelend arts gegeven indicatie, dient zij zich te richten tot die behandelend arts die de indicatie heeft afgegeven. Het staat een zorgverzekeraar niet vrij om de indicatie van de behandelend arts niet te volgen, zonder te motiveren waarom en op basis waarvan. Voor afwijking van het oordeel van de revalidatiearts is slechts plaats indien de

revalidatiearts evident niet blijkt te handelen overeenkomstig de normen die binnen de beroepsgroep gelden voor de indicatiestelling.

4.8. {...} De voorzieningenrechter is dan ook van oordeel dat de zorgverzekeraars ervan uit dienen te gaan dat de revalidatiearts in het kader van stepped care het benodigde onderzoek heeft gedaan, alvorens te komen tot de incidentie medisch specialistische revalidatiezorg, nu dit immers is vastgelegd in protocollen van de NVR.

4.9. {...} Bij de zorgaanvraag dient dan ook vermeld te worden, ofwel dat de eerstelijnszorg is doorlopen en om welke redenen dit niet heeft geleid tot het gewenste resultaat, dan wel dat eerstelijnszorg geen optie is en om welke reden het geen zin heeft eerst de eerstelijnszorg te ondergaan. De voorzieningenrechter volgt [eiseres] in haar stelling dat er op grond van literatuur, wetgeving, regelgeving en protocollen niet gebleken is van enig document met enige statuur waaruit de verplichting voortvloeit om eerst 'eerste lijnsbehandelingen' te volgen voordat een patiënt in aanmerking komt voor een medisch specialistische revalidatiebehandeling. Uit de protocollen van het NVR volgt ook dat stepped care niet inhoudt dat eerst daadwerkelijk minder ingrijpende eerstelijnszorg moet worden doorlopen voordat de indicatie medisch specialistische revalidatiezorg mag worden gegeven.

4.11. De zorgverzekeraar dient de professionele autonomie van de revalidatiearts in stand te laten en mag niet op de stoel van de behandelend arts gaan zitten. Bij de doelmatigheidstoetsing bestaat het gevaar dat het behandel domein van de revalidatiearts wordt betreden, omdat de door de zorgverzekeraar gevraagde informatie soms ligt op de scheidslijn van het medisch domein; echter het opvragen van de informatie kan ook een verplichting van de zorgverzekeraar zijn bij het uitvoeren van een maatschappelijke en wettelijke taak om de doelmatigheid van de zorg te toetsen. In het geval een revalidatiearts bijvoorbeeld medisch specialistische revalidatiezorg indiceert die is te verlenen door drie hulpverleners, en de zorgverzekeraar weigert akkoord omdat zij meent dat eerst zorg door twee hulpverleners moet worden verleend, dan gaat de zorgverzekeraar feitelijk op de stoel van de revalidatiearts zitten, hetgeen niet toelaatbaar is.

4.16. {...} Zoals hiervoor reeds is overwogen staat het een zorgverzekeraar niet vrij om de indicatie van de behandeld arts niet te volgen, zonder te motiveren waarom en op basis waarvan en is voor afwijking van het oordeel van de revalidatiearts slechts plaats indien de revalidatiearts evident niet blijkt te handelen overeenkomstig de normen die binnen de beroepsgroep gelden.

De voorzieningenrechter gaat ervan uit dat de revalidatiearts met zijn indicatie uiteraard eerst heeft meegewogen of die combibehandeling zoals thans door CZ wordt voorgesteld nog zinvol zou zijn. Kennelijk heeft de revalidatiearts een dergelijke combizorg niet zinvol geacht. Zoals hiervoor reeds is overwogen staat het een zorgverzekeraar niet vrij om de indicatie van de behandelend arts niet te volgen, zonder te motiveren waarom en op basis waarvan en is voor afwijking van het oordeel van de revalidatiearts slechts plaats indien de revalidatiearts evident niet blijkt te handelen overeenkomstig de normen die binnen de beroepsgroep gelden.

Uit deze citaten blijkt duidelijk dat de rechter van oordeel is dat het oordeel van de behandelend revalidatiearts steeds uitgangspunt moet zijn. Zorgverzekeraars zullen het oordeel van deze arts in principe moeten respecteren.

Ondanks de duidelijke oordelen van de Voorzieningenrechter worden de vorderingen van de revalidatie-instelling, die vroegen om een generiek ge- of verbod, niet toegewezen. De rechter oordeelt dat in dit in kort geding (nog) niet vast te stellen is dat de zorgverzekeraars *stelselmatig* tot ongemotiveerde afwijzing overgaan. De rechter heeft immers slechts drie complete dossiers beoordeeld. Weliswaar is hij in die drie gevallen tot de conclusie gekomen dat de afwijzing op onredelijke gronden heeft plaatsgevonden, maar dit betekent volgens de rechter niet automatisch dat ook in de andere gevallen sprake is van ongemotiveerde afwijzingen. Deze dienen steeds op individuele basis beoordeeld te worden, aldus de rechter. De wijze waarop de rechter zich uitlaat over de in de drie casussen gehanteerde afwijzingsgronden geeft de zorginstelling waarschijnlijk voldoende vertrouwen dat de afwijzingen ook in de overige gevallen onhoudbaar zullen blijken te zijn. De zorgverzekeraars hanteren immers, zo blijkt ook uit het vonnis (zie met name r.o. 4.18.1), vrijwel altijd dezelfde afwijzingsgronden en over die afwijzingsgronden blijkt de rechter kritisch te oordelen. De overwegingen van de rechter laten de zorgverzekeraars weinig ruimte om in soortgelijke gevallen tot afwijzing over te gaan. De zorgverzekeraars zullen het oordeel van de behandelend arts als uitgangspunt noemen nemen. Slechts indien blijkt dat deze evident niet volgens de beroepsnormen handelt, geeft dat reden tot ingrijpen, aldus de rechter. Daarmee krijgt de uitspraak in zekere zin toch een generieke werking (via precedentwerking).

Tot slot is nog van belang dat de rechter zich in het vonnis óók uitlaat over de mate waarin CZ en Zorg en Zekerheid informatie opvragen in het kader van de beoordeling van machtigingsaanvragen. In rechtsoverweging 4.10 merkt de rechter op dat de

uit gevraagde gegevens "noodzakelijk en proportioneel" dienen te zijn. De rechter merkt vervolgens op:

Voor de hand ligt daarom dat de revalidatiearts ten aanzien van doorlopen eerstelijnszorg inzichtelijk dient te maken wat het doel was van de behandeling en waarom het doel niet is bereikt. De noodzaak van het vermelden van het aantal behandelingen en andere details is niet zonder meer in alle gevallen aanwezig. De door Z&Z gehanteerde richtlijn dat uit dient te worden gegaan van een minimaal aantal behandelingen door een fysiotherapeut en een psycholoog is naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter dan ook niet toelaatbaar. Allereerst niet omdat in sommige gevallen eerstelijnszorg niet geïndiceerd wordt geacht door de revalidatiearts. Ten tweede geldt dat voor iedere patiënt die wel eerstelijnszorg ondergaat, geldt dat de frequentie van die eerstelijnszorg maatwerk zal zijn en het aantal behandelingen dan ook niet vooraf op een minimum aantal kan worden gesteld.

De rechter gaat ook in op de informatie die CZ opvraagt. De rechter merkt hierover op (4.10):

Ook hier geldt dat CZ bij haar verzoek om informatie de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht dient te nemen. Het criterium is of die gevraagde informatie proportioneel is en noodzakelijk, of dat er ook met minder informatie kan worden volstaan. Het beginsel van subsidiariteit vereist dat per geval dient te worden bezien of er niet op een minder bezwarende wijze tot informatie kan komen dan bijvoorbeeld door overlegging van behandelverslagen. De zorgverzekeraar dient uit te gaan van vertrouwen in de revalidatiearts. Mogelijke fouten in het systeem van [eiseres] kunnen altijd nog worden achterhaald via materiële controle achteraf. De opvraag van gedetailleerde informatie lijkt een aanwijzing dat dit vertrouwen onvoldoende aanwezig is, zonder gebleken gegronde reden. Indien een reden zou zijn voor wantrouwen dan dient de reden daarvoor bekend te worden gemaakt.

Met deze laatste opmerkingen laat de rechter zich uitermate kritisch uit over de gegevensverstrekking die de zorgverzekeraars kennelijk noodzakelijk achten. Ik zou me kunnen voorstellen dat ook deze kritiek de zorgverzekeraars aanleiding zal geven om tot aanpassing van hun beleid over te gaan.

Conclusie

De rechter is duidelijk van mening dat de beide zorgverzekeraars te ver zijn gegaan. Een zorgverzekeraar mag niet op de stoel van de behandelend arts gaan zitten en moet het oordeel van deze arts respecteren. Daarnaast blijkt uit het vonnis dat de door de zorgverzekeraars gehanteerde afwijzingsgronden niet houdbaar zijn. Met dit oordeel lijkt duidelijk te zijn dat het machtigingsvereiste geen aanleiding mag vormen tot een complete heroverweging. Dit zal voor veel zorgaanbieders goed nieuws zijn.

Noot: de auteur van dit artikel, Koen Mous, is als advocaat van de revalidatie-instelling en de drie patiënten bij deze casus betrokken

Koen Mous

T: +31 (0)24 381 31 09

E: mous@dirkzwager.nl

Hof: oordeel behandelend arts weegt zwaarder dan oordeel zorgverzekeraar

Wanneer een verzekerde vergoeding verlangt van diens zorgverzekeraar voor een bepaalde geneeskundige behandeling komt het regelmatig voor dat de zorgverzekeraar de gevraagde vergoeding weigert. De zorgverzekeraar stelt zich dan vaak op het standpunt dat de verzekeraar beoordeelt in hoeverre bepaalde behandelingen voor vergoeding in aanmerking komen op grond van de zorgverzekering en de zorgregelgeving. Het Hof Arnhem-Leeuwarden maakte echter korte metten met dit generieke standpunt en stelde zorgverzekeraar Univé op twee cruciale punten in het ongelijk.

Zorgverzekeraar mag niet op de stoel van de arts gaan zitten

De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant oordeelde reeds op [4 januari 2017](#) en op [15 februari 2017](#) dat de zorgverzekeraar niet op de stoel van de arts mag gaan zitten (waarover mijn collega mr. Mous in zijn artikelen van [4 januari](#) en [20 april](#) jl.). In zijn arrest van [25 juli 2017](#) trok het Hof Arnhem-Leeuwarden deze lijn verder door, door – kort samengevat – te oordelen dat er in de gegeven omstandigheden meer gewicht toekwam aan het oordeel van de behandelend arts dan aan het oordeel van (de medisch adviseur van) de zorgverzekeraar.

In de betreffende casus ging het om een 25-jarige patiënte met de ziekte van Lyme. In Nederland had de patiënte diverse artsen geconsulteerd en behandelingen ondergaan, die niet tot verbetering van haar medische toestand hadden geleid. Eind 2014 consulteerde de patiënte een arts in Duitsland. Hoewel Univé het eerste consult en onderzoek vergoedde, gaf Univé aan géén verdere behandelingen meer te vergoeden. Het gevolg was een kort geding waarin de patiënte nakoming van de zorgverzekeringsovereenkomst vorderde, waaronder betaling van kosten van onderzoek en geneesmiddelen die de buitenlandse arts voorschreef. In [eerste aanleg](#) wees de Voorzieningenrechter de vordering van de patiënte toe. Univé heeft tegen dat vonnis hoger beroep ingesteld.

Het Hof neemt in zijn arrest in aanmerking dat de Duitse arts – anders dan de medisch adviseur van Univé – de patiënte zelf heeft gezien en onderzocht, dat de Duitse arts zelf diverse testen bij patiënte heeft uitgevoerd, dat de Duitse arts de klachten van

patiënte in persoonlijke consulten heeft besproken en deze dus persoonlijk heeft kunnen registreren en interpreteren. Voorts overweegt het Hof dat de Duitse arts – anders dan de medisch adviseur van Univé – een specialist is op het gebied van de ziekte van Lyme. Om die reden weegt het oordeel van de Duitse arts zwaarder dan die van de medisch adviseur van Univé. Voorts overweegt het Hof:

“3.14 Gelet op het voorgaande behoeft niet verder te worden besproken in hoeverre Univé bij de beoordeling van de doelmatigheid en doeltreffendheid van de behandeling kan treden in de beoordeling van een door een medisch specialist gestelde diagnose. Ook indien de door Univé gestelde beoordelingsruimte bestaat, acht het hof immers de diagnose van de Duitse arts tegenover de betwisting door Univé voorshands voldoende aannemelijk.”

Dit arrest bevestigt opnieuw dat zorgverzekeraars het oordeel van de behandelend arts in principe moeten respecteren.

Stand wetenschap en praktijk

Om voor vergoeding krachtens de zorgverzekering in aanmerking te komen dient een (voorgeschreven) geneeskundige behandeling in overeenstemming te zijn met de stand van de wetenschap en praktijk als bedoeld in artikel 2.1 lid 2 van het Besluit zorgverzekeringen. Ten aanzien hiervan stelt het Hof voorop dat het aan de verzekerde is – en andersom dus niet aan de zorgverzekeraar – om aannemelijk te maken dat de door de behandelende arts voorgeschreven behandeling in overeenstemming is met de stand van de wetenschap en de praktijk. Daarbij moet niet uitsluitend de *Nederlandse* wetenschap en praktijk in aanmerking worden genomen. Het begrip ziet op de *internationale* stand van de wetenschap en de praktijk (onder verwijzing naar een arrest van het Hof van justitie van de EU van 12 juli 2001, C-157/99). Nu de patiënte een beroep deed op diverse internationale richtlijnen, rapporten en wettelijke regelingen (naar buitenlands recht), en Univé daar onvoldoende tegenover heeft gesteld, concludeert het hof dat de betreffende behandeling (in casu: langdurige behandeling met antibiotica) in overeenstemming is met de stand van de wetenschap en praktijk. Opvallend is dat zelfs een door het Zorginstituut Nederland ('ZIN') gegeven negatief advies, alsook een aantal andersluidende uitspraken van de Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen ('SKGZ') niets aan dat oordeel afdoen, aldus het hof.

Conclusie

Het besproken arrest is om twee redenen belangwekkend. Het oordeel bevestigt dat een zorgverzekeraar niet op de stoel van de behandelend arts mag gaan zitten.

Daarnaast blijkt uit het arrest dat zorgverzekeraars gehouden kunnen worden om over te gaan tot vergoeding van een behandeling, indien een verzekerde (of een zorgaanbieder) erin slaagt om voldoende gemotiveerd aan te tonen dat de betreffende behandeling in overeenstemming is met de *internationale* stand van de wetenschap en praktijk. Voor verzekerden en zorgaanbieders aldus goed nieuws.

Stefan Donkelaar

T: +31 (0)24 381 31 09

E: donkelaar@dirkzwager.nl

Meer duidelijkheid over inzagerecht inspecties zonder toestemming van de patiënt?

In een eerder [artikel](#) op deze kennispagina hebben wij al uiteengezet dat de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) een wettelijke bevoegdheid heeft om patiëntdossiers zonder toestemming van de patiënt in te zien. De IGZ heeft deze bevoegdheid onder andere op grond van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) en de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG). Daarnaast heeft de Inspectie Jeugdzorg (IJZ) sinds inwerkingtreding van de Jeugdwet en soortelijke bevoegdheid op grond van de Jeugdwet.

Deze wetten bepalen uitdrukkelijk dat de Inspecties deze inzagebevoegdheid alleen mogen uitoefenen 'voor zover dat voor de vervulling van hun toezicht noodzakelijk is'. In de praktijk was het niet duidelijk wanneer de Inspecties precies van deze bevoegdheid gebruik mochten maken. Daarom heeft de voormalige minister van VWS in 2009 een brief gestuurd aan de Eerste Kamer waarin hij kort gezegd heeft uitgelegd dat de Inspecties alléén gebruik mogen maken van hun inzagebevoegdheid als het vragen van toestemming van de betreffende patiënt *onmogelijk is of onevenredig belastend is*. In alle overige gevallen moet toestemming worden gevraagd aan de patiënt, aldus de minister.

Volgens [staatssecretaris Van Rijn](#) van VWS heeft deze brief echter geleid tot de situatie dat, hoewel de Inspecties formeel de bevoegdheid hebben om zonder toestemming patiëntendossiers in te zien, zij deze in de praktijk terughoudend kunnen toepassen. Het coördineren en het organiseren van het vragen van toestemming aan de patiënten kost de Inspecties namelijk onevenredig veel tijd. Dit heeft gevolgen voor de efficiëntie en de effectiviteit van het toezicht. Dit geldt vooral bij niet voorziene situaties, waarin de Inspecties snel actie moeten ondernemen. Bovendien is het volgens Van Rijn in de praktijk nog altijd niet helder wanneer en op welke wijze de Inspecties hun inzagebevoegdheid mogen hanteren. De [discussie](#) die in 2014 is gevoerd over de vraag of de IGZ van haar inzagebevoegdheid gebruikt mocht maken in het kader van een landelijk thematisch onderzoek naar de overdracht van patiëntengegevens tussen ziekenhuis,

verpleeg- en verzorgingshuizen, thuiszorg en huisarts, kan hierbij als voorbeeld worden genoemd.

Daarom hebben de Inspecties nu een beleidskader opgesteld dat meer duidelijkheid zal moeten verschaffen hoe de Inspecties hun inzagebevoegdheid hanteren. In dit beleidskader zijn de volgende (aanvullende) uitgangspunten geformuleerd:

- Het uitgangspunt is dat de Inspecties de wettelijke bevoegdheid hebben om zonder voorafgaande toestemming dossiers van patiënten in te zien voor zover dat *redelijkerwijs* noodzakelijk is voor de uitoefening van hun toezicht. Het proportionaliteitsbeginsel of evenredigheidsbeginsel is hierbij van toepassing.
- Primaire doel van de inzagebevoegdheid van de Inspecties is inzicht te krijgen in het handelen van individuele zorg- en jeugdhulpaanbieders en daarmee antwoord te krijgen op de vraag of er goede zorg of verantwoorde jeugdhulp is verleend. Inzage in patiëntgegevens is slechts een gevolg van deze noodzaak en dus niet het primaire doel.
- Indien de Inspecties hun inzagebevoegdheid mogen uitoefenen, zijn zij óók bevoegd om hiervan kopieën te maken.
- Aan de inzagebevoegdheid van de Inspecties is geheimhouding gekoppeld. Een ambtenaar van de Inspecties heeft een van de zorgaanbieder afgeleid medisch beroepsgeheim en daarmee ook een afgeleid verschoningsrecht.

Dit beleidskader somt nog eens een aantal punten op die gelden indien Inspecties van hun inzagebevoegdheid gebruikmaken. Met het beleidskader lijkt het uitgangspunt te worden verlaten dat Inspecties alleen gebruik mogen maken van hun inzagebevoegdheid als het vragen van toestemming van de betreffende patiënt onmogelijk is of onevenredig belastend is. Het beleidskader kiest namelijk als uitgangspunt dat de Inspecties de wettelijke bevoegdheid hebben om zonder voorafgaande toestemming dossiers van patiënten in te zien. Toch kan niet worden gezegd dat het beleidskader verder andere uitgangspunten formuleert dan die op grond van de wet ook al gelden. Bovendien maakt het beleidskader nog steeds niet duidelijk wanneer het precies 'redelijkerwijs noodzakelijk' is dat van de Inspecties van hun inzagebevoegdheid gebruik maken. Of het beleidskader de praktijk dan ook echt handvatten geeft hoe de Inspecties met hun wettelijke inzagebevoegdheid omgaan, valt daarom te bezien.

Marloes Hulshof

T: +31 (0)24 381 31 35

E: m.hulshof@dirkzwager.nl

Moet bedenkelijk procesgedrag worden beloond of bestraft?

Het is een blijvend punt van discussie: hoe om te gaan met ondoordacht, amateuristisch of zelfs actief trainerend procesgedrag dat een wederpartij onnodig op kosten jaagt en een al even onnodige (extra) druk legt op het gerechtelijk apparaat? Soms wordt dergelijk gedrag beloond, meestal vanuit een nogal principiële of juist opportunistische toepassing van bepaalde beginselen en uitgangspunten van burgerlijk procesrecht. Soms, echter, wordt incapabiliteit of subversiviteit ook genadeloos bestraft. Twee recente, sprekende voorbeelden van de ene en de andere benadering.

Beloning

In het eerste geval was hoger beroep ingesteld, maar geen memorie van grieven genomen. Appellant stond vervolgens 'ambtshalve peremptoir', wat in normaal Nederlands zoiets betekent als het zich geconfronteerd zien met een allerlaatste (verval) termijn om de betreffende proceshandeling te verrichten. Appellant nam op de bewuste roldatum echter niet de memorie van grieven, maar wierp een incident op (in dit geval een vordering tot schorsing van een in eerste aanleg uitgesproken uitvoerbaarverklaring bij voorraad). Dit is een nogal eens voorkomende vertragingstactiek, die er primair toe dient om verder uitstel te verkrijgen. Soms liggen hier legitieme motieven aan ten grondslag, maar vaker gaat het enkel om het zo lang mogelijk uitstellen van het uiteindelijk onvermijdelijke: het (na een kansloos hoger beroep) definitief worden van een onwelgevallige uitspraak in eerste aanleg.

Een procespartij is met een dergelijke uitstelmanoeuvre echter slechts geholpen als op de incidentele vordering 'eerst en vooraf' moet worden beslist (artikel 209 Rv). Indien dat namelijk niet het geval is, dan is de proceshandeling in de hoofdzaak (in dit geval het nemen van een memorie van grieven) ten onrechte niet verricht, en zijn de kansen van de appellerende partij definitief verkeken (zie HR 2 maart 2012, NJ 2012/158).

Wanneer moet op een incidentele vordering nu 'eerst en vooraf' worden beslist? Indien 'de aard van de zaak' dit meebrengt (nogmaals artikel 209 Rv). Dit vrij ruim geformuleerde criterium biedt de rechter de ruimte om aan de hand van een belangenafweging en met een beroep op een goede procesorde incidenten af te serveren die enkel en alleen worden opgeworpen om extra tijd te winnen.

In de hier besproken casus oordeelde de rolraadsheer dat er geen noodzaak was om 'eerst en vooraf' op het incident te beslissen. In principe zou het doek hiermee voor appelland definitief moeten vallen. Niets is echter minder waar. De rolraadsheer redt appelland namelijk door in het door hem ingediende processtuk (dus de conclusie in het door hemzelf opgeworpen incident) een aantal grieven – en daarmee een memo-rie van grieven, lees: het in te dienen processtuk – te ontwaren. Voor de wederpartij, zo voegt de rolraadsheer er met opvallend gemak aan toe, moet dit ook allemaal duidelijk zijn geweest. Conclusie: er kan (inhoudelijk) worden voortgeproceed.

Bestrafing

De tweede zaak kent een voor het elementaire rechtsgevoel bevredigender uitkomst. Hier was door appelland (in eerste aanleg gedaagde) ten overstaan van de kantonrech-ter een nogal warrig en vrijblijvend verweer gevoerd (van het type: 'ik-schiet-met-hagel-en-wellicht-raak-ik-iets'), dat door de kantonrechter – mogelijk na met eigen ogen een met aard en inhoud van het verweer corresponderende algehele opstelling bij appelland te hebben geconstateerd – was afgeserveerd.

In hoger beroep helpt het hof appelland door (in het verlengde van een daartoe strek-kende grief van appelland) te oordelen dat het verweer van appelland in eerste aanleg als een reconventionele vordering (een 'tegenvordering' tegen de vordering waarte-gen hij zich diende te verweren) had moeten worden opgevat. Het hof legitimeert dit oordeel door in algemene termen te benadrukken dat geen al te hoge eisen mogen worden gesteld aan de wijze waarop een in persoon procederende partij (zoals appel-lant in dit geval) een reconventionele vordering indient.

Ook hier had de wederpartij volgens het hof bovendien een reconventionele vordering in het bewuste verweer (moeten) kunnen ontwaren. Het hof kent bij dit oordeel kenne-lijk (en opvallend genoeg) weinig gewicht toe aan het feit dat de conclusie van ant-woord slechts terloops en in een bijzin vermeldde dat de eisende partij ten onrechte een bedrag van appelland had ontvangen als sleutelgeld dat hij 'terug wilde vorderen'. Ook vindt het hof het klaarblijkelijk van weinig belang dat de gemachtigde die appel-lant tijdens de mondelinge behandeling in eerste aanleg bijstond (mogelijk of waar-schijnlijk een jurist), tijdens die mondelinge behandeling letterlijk de woorden sprak: 'nu ik begrijp dat [de reconventionele vordering] thans niet meer kan worden ingesteld'.

Gelukkig laat het hof het hier echter niet bij, maar stoot door naar een inhoudelijke beoordeling van de (beweerdelijke) reconventionele vordering. 'Ook een in persoon procederende partij dient zijn tegenvordering (...) deugdelijk te onderbouwen', aldus het hof in algemene termen. En hieraan, zo vervolgt het hof, zijn algemene

uitgangspunt toespitsend op de aan zijn oordeel onderworpen zaak, heeft het 'in eerste aanleg in elk geval geschort'.

Beslissend – gelet op de herstelfunctie van het hoger beroep – is echter dat de in eerste aanleg ontbrekende onderbouwing naar het oordeel van het hof ook in hoger beroep niet is geleverd. De vordering is namelijk 'wederom onvoldoende' onderbouwd. Op dit punt aangeland kan zelfs het (zich voor het overige uiterst welwillend getoond hebbende) hof appellant niet meer helpen door vergoelijkend te wijzen op zijn gebrek aan kennis of ervaring. In hoger beroep werd hij namelijk (verplicht) bijgestaan door een advocaat. De volgens het hof op zich gegronde grief kan dus uiteindelijk niet tot vernietiging van het vonnis leiden. En hiermee is alsnog recht geschied.

Tom van Malssen

T: +31 (0)24 381 31 35

E: vanmalssen@dirkzwager.nl

Kort geding en bodemprocedure: wedden op twee paarden?

Kort gedingen en bodemprocedures die elkaar doorkruisen: het komt nogal eens voor in zaken waarin én een voorlopige ordemaatregel moet worden getroffen (bijvoorbeeld een verbod om iets te doen) én een principieel rechtsoordeel moet worden geveld (bijvoorbeeld een beoordeling van de uiteindelijke juridische grondslag voor een dergelijk verbod). De hoofdregel – in juristenjargon wel bekend als de ‘afstemmingsregel’ – is in dit soort gevallen dat een rechter in kort geding zijn vonnis af dient te stemmen op het (waarschijnlijke) oordeel van de bodemrechter (zie o.a. HR 24 april 2015, NJ 2015 / 266). Maar wat als in de kortgedingprocedure door u of uw wederpartij cassatie is ingesteld en er ook een vonnis van de bodemrechter ligt? Kan de Hoge Raad dan (door u of uw wederpartij) met een beroep op de afstemmingsregel naar het oordeel van de bodemrechter worden gemanoeuvreed?

Het antwoord luidt, kort samengevat, neen. Dit antwoord is dogmatisch op verschillende manieren te onderbouwen. In een recent arrest in kort geding kiest ons hoogste rechtscollege voor een soort ‘kwalitatieve’ benadering die uitgaat van de ‘aard’ van de cassatieprocedure. Deze ‘aard’ houdt in dat het onderzoek in cassatie *‘is beperkt tot de toepassing van het recht in en de motivering van de bestreden uitspraak tegen de achtergrond van de stukken van het geding als bedoeld in art. 419 lid 2 Rv* [‘De feitelijke grondslag der middelen kan alleen worden gevonden in de bestreden uitspraak en in de stukken van het geding’- TvM], *aan de hand van voorgedragen klachten.* Heel kort door de bocht: de grenzen van de rechtsstrijd in cassatie (uiteindelijk bepaald door de feitelijke grondslag van de cassatiemiddelen) laten ambtshalve kruisbestuiving met de inhoud van de bodemprocedure niet toe.

Interessant is dat de Advocaat-Generaal in zijn Conclusie bij het zojuist aangehaalde arrest een andere dogmatische benadering had gekozen om tot een vergelijkbare conclusie te komen, een benadering van meer ‘temporele’ aard: de Hoge Raad toetst een bestreden uitspraak *‘ex tunc*’ (letterlijk: ‘vanaf toen’, en concreet: naar de feitelijke situatie ten tijde van beoordeling door de hoogste feitenrechter), als gevolg waarvan een *‘herbeoordeling van de vordering’* door de Hoge Raad zelf niet plaatsvindt.

De benadering van de Advocaat-Generaal lijkt vooral te zijn toegespitst op de 'overzichtelijke' situatie waarin de bodemrechter vonnis wijst nadat de hoogste feitenrechter reeds in hoger beroep arrest in kort geding had gewezen. In de door de Advocaat-Generaal in zijn Conclusie aangehaalde literatuur wordt echter ook (meer of minder impliciet) de situatie geadresseerd waarin de Hoge Raad *indirect* wordt geconfronteerd met de 'afstemmingsregel', namelijk via de band van het bestreden arrest in kort geding van het Hof waarin de bewuste regel niet of niet voldoende, en al dan niet anticiperend op een nog niet bestaand maar wel te verwachten oordeel van de bodemrechter, zou zijn toegepast.

De 'kwalitatieve' benadering van de Hoge Raad biedt voor een dergelijke, niet ambts-halve en (slechts) 'indirecte' toepassing van de afstemmingsregel naar mijn oordeel de ruimte, vooropgesteld dat de tegen een kortgedinguitspraak in hoger beroep gerichte rechts- en/of motiveringsklachten voldoende feitelijke grondslag hebben en niet (anderszins) afstoten op de grenzen van de procedure in cassatie (bijvoorbeeld omdat nader feitenonderzoek nodig zou zijn waarvoor in cassatie geen plaats is).

Dit is echter voor de fijnproevers. De praktische les is vooral dat als je op twee paarden wedt, je er rekening mee moet houden dat ééntje op enig moment uit de route gaat lopen.

Tom van Malssen

T: +31 (0)24 381 31 35

E: vanmalssen@dirkzwager.nl

Intellectuele eigendom & IT

Onrechtmatige reviews verwijderen: hoe pak je dat aan?

Het internet biedt talloze mogelijkheden om bedrijven te beoordelen door reviews te publiceren. En dat is ook een goede zaak. Ondernemers die zich onderscheiden op kwaliteit en service worden beloond, terwijl ondernemers die steken laten vallen worden gestraft. Maar wat doet u als u wordt geconfronteerd met een onrechtmatige review? In dit blog leggen wij uit wanneer een review onrechtmatig is, en geven wij een aantal praktische tips hoe daarmee om te gaan.

Optreden tegen onrechtmatige reviews

Klanten zijn tegenwoordig mondig op het internet. Dat is goed voor de kwaliteit van dienstverlening, maar brengt ook risico's met zich mee. Het is namelijk heel eenvoudig om een bedrijf online te 'besmeuren'. Iedereen is het er wel over eens: als u een negatieve ervaring bij een bedrijf hebt, dan mag u best een negatieve review plaatsen. Dit slaat echter om als de review *onrechtmatig* is. Als u geconfronteerd wordt met een onrechtmatige review dan kunt u daartegen optreden. U kunt de plaatser van de review sommeren. En als dat niet lukt, dan kunt u bij de rechter uw gelijk halen. Maar wanneer is een review onrechtmatig. Wat betekent dat nou eigenlijk?

Onrechtmatigheid

Om een antwoord te vinden op de vraag wanneer een review onrechtmatig is, maakt de rechter – die daar uiteindelijk over oordeelt – een afweging tussen enerzijds de vrijheid van meningsuiting van de plaatser van de review, en anderzijds het recht op bescherming van de reputatie van degene op wie de review is gericht. Beide (grond) rechten zijn in principe gelijkwaardig. Er moeten dus omstandigheden zijn die ertoe leiden dat in een concreet geval het recht op bescherming van de reputatie zwaarder weegt dan de vrijheid van meningsuiting.

Uit de Nederlandse rechtspraak over onrechtmatige publicaties kunnen we twee aspecten afleiden die met name de balans kunnen doen omslaan, en een review onrechtmatig kunnen maken: (1) de (on)juistheid van de review en (2) onnodig grievende of beledigende bewoordingen. (Zie bijvoorbeeld [deze](#) uitspraak van de Voorzieningenrechter te Rotterdam.)

Een review moet in principe een juiste weergave van de feiten zijn. De plaatser van de review heeft een zekere mate van vrijheid om die feiten te verwoorden. Als hij een negatieve ervaring heeft gehad bij een bedrijf, dan mag de plaatser zijn ontevredenheid laten blijken. Dat hij de feiten daarbij ruim interpreteert en dus *iets* te ver gaat, dan valt dat binnen het bereik van zijn vrijheid van meningsuiting. Overdrijven mag, maar de plaatser moet zich wel houden aan de feitelijke gang van zaken. Iemand die nooit contact heeft gehad met een bedrijf, maar tóch een (zeer) negatieve review plaatst, die gaat te ver.

Daarnaast zien wij in de praktijk terug dat bedrijven niet zozeer moeite hebben met klanten die een negatieve review plaatsen, maar wel met (niet-)klanten die grievende of beledigende opmerkingen plaatsen. Een klant die een onderneming online uitscheldt en beticht van allerlei vervelende zaken, die gaat al snel te ver. Ook hierbij heeft de plaatser van de review wel een zekere mate van vrijheid. Als een klant boos is, dan mag hij dat best uiten. Zolang hij daarin maar niet te ver gaat. Onnodig 'grievende' of beledigende reviews zullen al snel onrechtmatig zijn.

Kortgezegd komt het op het volgende neer: hoe meer de review (feitelijk) onjuist, beledigend en grievend is, hoe groter de kans dat de review onrechtmatig is.

Anonimiteit van de plaatser

Veel bedrijven hebben te maken met (niet-)klanten die onder een valse naam of pseudoniem reviews plaatsen. Hoewel u als ondernemer geen bezwaar hebt tegen een anonieme positieve review, hebt u dat wel als de review negatief is. Veel bedrijven proberen met ontevreden klanten in contact te komen, om de negatieve ervaring van de klant uit te praten. Een anonieme plaatser van een review is vaak echter onbereikbaar. De plaatser is daardoor moeilijk te achterhalen. In sommige gevallen zijn er (technische) mogelijkheden om de identiteit van de plaatser van de review alsnog te achterhalen.

Als dat niet lukt, en de plaatser van een review weigert om (vrijwillig) medewerking te verlenen, dan resteert de mogelijkheid om het platform waarop de review is geplaatst aan te spreken. Het platform heeft immers zelf ook de plicht om haar website vrij te houden van onrechtmatige reviews. Bovendien is het platform onder omstandigheden verplicht om de NAW- en/of ip-gegevens van de plaatser van de review vrij te geven. Als het platform niet meewerkt, dan kan medewerking worden afgedwongen bij de rechter.

Praktische tips

- Probeer te achterhalen wie de review heeft geplaatst. Als dit een bekende klant is, dan is het misschien mogelijk om er samen uit te komen. Wie weet is de klant bereid om de review te verwijderen, of om een naschrift te plaatsen. (N.B. zorg er in ieder geval voor dat u de klant niet (direct) onder druk zet. Bedreiging is helemaal uit den boze.) Een correcte mail kan al veel bereiken.
- Als de review anoniem geplaatst is, is het in sommige gevallen alsnog mogelijk om de plaatser te achterhalen door zijn gebruikersnaam na te trekken of door te proberen om uit de review af te leiden wie het geplaatst heeft. Vaak is de plaatser wel in aanraking met uw bedrijf geweest. Reviews worden niet vaak willekeurig geplaatst.
- Soms is het mogelijk om contact te leggen met de plaatser van de review via het platform waarop het is geplaatst. Probeer dat, maar let wel op dat de reactie altijd netjes en correct dient te zijn. Dit geldt natuurlijk des te meer als uw reactie op het platform ook gelezen kan worden door derden.
- Neem contact op met het platform waarop de reviews zijn geplaatst. Als de review evident onrechtmatig is (de review bestaat bijvoorbeeld uit grove beledigingen), dan is het platform misschien bereid om de review te verwijderen. In sommige gevallen is zij daar op grond van de wet ook toe verplicht. Vaak bieden platforms de mogelijkheid om een melding te maken van een onrechtmatige review.
- Vraag (goede) klanten om een review te plaatsen op hetzelfde platform. Doordat de negatieve review wordt overschaduwd door positieve review, wordt de impact van de negatieve review op de totaalscore van uw bedrijf kleiner. Let wel op dat het plaatsen van nep-reviews in principe niet is toegestaan, omdat dit misleidende reclame kan zijn. Bovendien verbiedt de Reclamecode Social Media (RSM) adverteerders – waar uw onderneming ook onder kan vallen – om valse online-profielen te gebruiken om berichten te plaatsen.

Als het u desondanks niet lukt om een onrechtmatige review te verwijderen of aan te passen, dan kan een advocatenbrief mogelijk een oplossing brengen.

Jeroen Lubbers

T: +31 (0)26 353 83 93

E: lubbers@dirkzwager.nl

Productnaam WITTE WIEVENKAAS lijkt teveel op HEKSENKAAS

De merkhouders van HEKSENKAAS heeft met succes oppositie gevoerd tegen WITTE WIEVENKAAS. In hoger beroep beslist het Hof Den Haag dat de beide productnamen teveel op elkaar lijken.

Overeenstemming

Het Hof is, anders dan het BBIE, van oordeel dat het bestanddeel WITTE WIEVEN en het bestanddeel HEKSEN het meest onderscheidend en dominerend zijn. Dit omdat ze vooraan de merken staan en het bestanddeel KAAS kort gezegd beschrijvend is voor de onderhavige waren (melk- en melkproducten, kaas en kaassauzen).

Er is begripsmatige overeenstemming tussen 'heksen' en 'witte wieven', aldus het Hof:

"dat het begrip/woord 'heksen' in de Benelux in het algemeen aldus wordt begrepen dat daarmee worden aangeduid vrouwelijke magische wezens die toverkracht bezitten, die zij hoofdzakelijk aanwenden voor kwaadaardige doeleinden, die angst inboezemen en veelal geïsoleerd leven" en dat "ook witte wieven door een deel van het publiek worden gezien als veelal geïsoleerd levende vrouwelijke magische wezens met veelal kwaadaardige bedoelingen, die angst in boezemen en daarmee als een soort heksen".

Beide zijn dus bovennatuurlijke magische vrouwelijke verschijningen met een negatieve connotatie, hetgeen volgens het Hof een zodanig bijzondere categorie wezens/verschijnselen is dat ook dan sprake is van begripsmatige overeenstemming.

Ondanks het feit dat KAAS beschrijvend is, mag dit wel meetellen in de beoordeling van deze zaak:

"Het hof is van oordeel dat er, gelet op het in merk en het teken voorkomende element KAAS en de daarvoor voorkomende letters EN (doordat de daarvoor geplaatste woorden meervoudsvormen zijn), die beide met een stomme e-klank worden uitgesproken"

Zelfde waren

Geoordeeld wordt dat de relevante waren die vergeleken moeten worden identiek zijn, of (soort)gelijk.

Gelet dus op de overeenstemming van de (merk)tekens en de identieke althans

soortgelijke waren, wordt verwarringsgevaar aangenomen. Daarbij wordt ook de uniciteit van het merk meegewogen, in die zin dat er geen andere producten bestonden waarbij als merk een combinatie wordt gebruikt van een beschrijvende aanduiding en een fictief wezen

Oppassen met productnamen

Deze uitspraak laat zien dat het oppassen geblazen is in de foodsector met productnamen die op het eerste oog visueel en auditief weliswaar verschillen, maar begripsmatig teveel lijken.

Joost Becker

T: +31 (0)26 353 83 77

E: becker@dirkzwager.nl

Help! Ik ben getroffen door ransomware: wat nu?

Een korte juridische verkenning van de mogelijkheden

Het afgelopen weekend stond grotendeels in het teken van een ongekende, massale cyberaanval met ransomware 'WannaCry'. Getroffen worden door malware als ransomware is uitermate vervelend. In de meeste gevallen zit er niets anders op dan het getroffen opslagmedium formatteren en een backup terugplaatsen. Dataverlies is dus bijna een gegeven bij dit soort infecties. Wat kunt u doen om besmetting te voorkomen? Moet u een besmetting met ransomware melden bij de Autoriteit Persoonsgegevens? En wie kunt u aansprakelijk stellen voor eventueel geleden schade? Een korte verkenning.

Wat kan ik doen om ransomware infecties te voorkomen?

Er verschijnen op internet al heel veel lijstjes met vuistregels. De meest overzichtelijke (en betrouwbare) vind ik toch wel die van het Nationaal Cyber Security Centrum van het Ministerie van Justitie en Veiligheid. Op 12 december 2013 heeft het [NCSC een factsheet gepubliceerd met 10 vuistregels \(pdf\) voor veilig internetten](#). De hoofdregels zijn als volgt.

- Installeer een antivirusprogramma, maak geregeld scans en activeer firewall
- Installeer steeds de software-updates van besturingssystemen en applicaties (MS Windows, MacOS, iOS, MS Office, Adobe etc.)
- Gebruik sterke wachtwoorden (niet opslaan in internetbrowsers, is handig maar gevaarlijk) en *two-factor-authentication* (na invoeren gebruikersnaam/wachtwoord ook nog een SMS of e-mail krijgen voordat je kunt inloggen)
- Maak alleen verbinding met vertrouwde en beveiligde wifi-netwerken voor het versturen van gevoelige gegevens; versleutel thuis uw draadloze netwerk met WPA2 of AES-encryptie
- Open geen berichten en onbekende bestanden die u niet verwacht of niet vertrouwt
- Installeer alleen apps via de officiële applicatiewinkels
- Controleer het adres van websites op veiligheid (is het hangslotje aanwezig?); geen hangslotje = geen gevoelige gegevens invullen

- Popups: Sluit pop-ups in uw browser af met Alt+F4, nooit op 'akkoord', 'ok', de 'x' of 'nee' klikken omdat daardoor malware kan worden geïnstalleerd op uw computer; maak gebruik van pop-upkiller software
- Bedenk goed wat u met wie deelt op internet
- Gebruik uw gezond verstand: als het te goed is om waar te zijn, dan is dat meestal ook zo.

Die vuistregels zijn wellicht hoog over maar nog steeds actueel. In aanvulling hierop zou ik graag nog opmerken:

- Bedenk dat het niet normaal is dat u op uw kantooradres e-mails krijgt van uw bank, verzekeraar, energiemaatschappij, of andere instellingen waar u privé zaken mee doet. Hoe authentiek die berichten soms zijn, je kunt er bijna van op aan dat dit *phishing* mails zijn die bedoeld zijn om (inlog)gegevens af te troggelen of om malware te installeren. Bij twijfel: email deleten. Dat houdt in direct permanent verwijderen (= shift + delete) en de interne systeembeheerder op de hoogte stellen. Anders blijven die berichten in uw verwijderde items staan en bestaat de kans dat eventueel iemand anders er per ongeluk alsnog op klikt.
- Train uw werknemers periodiek over internetdreigingen en wat je moet doen om infecties te voorkomen. Neem dit mee in interne cursussen, stel een goed handboek op hoe om te gaan met bestanden, data en gegevens, zowel in als buitenshuis. Bedenk dat een infectie iedereen kan raken.
- Bij een infectie van een werkstation: ontkoppel het station (trek de netwerkkabel eruit, zet de tablet/smartphone volledig uit) en voorkom anderszins dat de computer toegang heeft tot het bedrijfsnetwerk en het internet.
- Tref de noodzakelijke technische maatregelen om infectiehaarden uit te sluiten: Sluit of beveilig bijvoorbeeld USB poorten; voer pop-up killers in; etc. Ik ben de eerste om toe te geven dat een hermetisch afgesloten IT-omgeving onmogelijk is en vaak ook niet praktisch is.
- Wat je kunt doen, moet je doen. De wet vereist een passend beschermingsniveau, geen perfect beschermingsniveau. Dit wil echter ook niet zeggen dat je rustig achterover kunt leunen. Wat er redelijkerwijs van u wordt verwacht is dat u doet wat u kunt doen rekening houdend met de aard van de gegevens (hoe gevoeliger hoe hoger de eis aan de maatregel) en stand van de techniek.

Ransomware besmetting per definitie meldingsplichtig datalek?

Volgens de Autoriteit Persoonsgegevens wel. In haar [beleidsregels \(pdf\)](#) is hierover opgenomen:

“Bij een malware-besmetting moet u ervan uitgaan dat er sprake kan zijn van een datalek. Bepaalde typen malware doorzoeken de besmette apparatuur op waardevolle persoonsgegevens zoals e-mailadressen, gebruikersnamen en wachtwoorden en creditcardgegevens, om de gevonden gegevens vervolgens weg te sluisen naar een server die in handen is van de aanvaller. Een dergelijke malware-besmetting stelt de getroffen persoonsgegevens dus bloot aan onbevoegde kennisname en andere vormen van onrechtmatige verwerking. Andere typen malware maken bestanden ontoegankelijk voor de rechtmatige eigenaar door ze te blokkeren ('ransomware') of te versleutelen ('crypto-ware'). Door deze vormen van malware worden de getroffen persoonsgegevens dus blootgesteld aan onbevoegde aantasting of wijziging.”

Overigens kun je bij dit standpunt best wel vraagtekens zetten. Het is bijvoorbeeld maar de vraag of er echt sprake is van “aantasting of wijziging” of dat andere onbevoegd kennis hebben kunnen nemen van de inhoud van de bestanden en derhalve bij de persoonsgegevens hebben gekund. In veel gevallen zijn ‘ransomware’ hackers uit op het betaald krijgen voor het ontsleutelen van het opslagmedium of de bestanden en doen ze daar inhoudelijk niets mee. Als je kunt uitsluiten dat bestanden of persoonsgegevens daaruit door onbevoegden zijn geraadpleegd of verkregen of aangetast/wijzigd, zou je niet hoeven melden. Niettemin zal het denk ik moeilijk zijn om aan de meldingsplicht te ontkomen.

Verder geldt natuurlijk dat je als organisatie zorg moet dragen voor een adequate bescherming van persoonsgegevens tegen verlies en onrechtmatige verwerking. Dit is ook gesanctioneerd met een boete. U zult er dus voortdurend voor moeten zorgen dat de beveiliging up-to-date is. Daarbij moet niet alleen gedacht worden aan technische beveiliging (updaten software, antivirus e.d.) waar nu veel aandacht voor is, maar ook aan organisatorische beveiliging. Hieronder valt ook het (verder) bewust maken van werknemers in het ordentelijk verwerken van persoonsgegevens en omgaan met data. Zie hiervoor meer uitgebreid het eerdere blog van mijn kantoorgenoot Mark Jansen: <http://www.dzw.gr/03eb5>.

Kan ik iemand aansprakelijk stellen voor mijn schade?

Ik zal u direct uit te droom helpen. Dat hangt er maar zeer van af en zal door de bank genomen echt niet eenvoudig zijn. Allereerst hangt het af van de soort schade die geleden is en wat de oorzaak van die schade is. Bij evidente fouten of contractuele tekortkomingen is een en ander zeker mogelijk, maar heel eenvoudig zal dit niet zijn. We lopen de meest in het oog springende actoren even af:

- **Degene die de aanval heeft geïnitieerd** zal onrechtmatig handelen en gehouden kunnen worden de geleden schade te vergoeden. Ik denk dat hij ook strafrechtelijk laakbaar handelt (computervredebreuk) Maar praktisch punt: wie is het en waar hij is woonachtig? Je komt dus midden in allerlei internationaal privaatrechtelijke vraagstukken als wie is over bevoegde rechter, welk recht is van toepassing. Daarnaast roept het allerlei causaliteitsvraagstukken op.
- **Microsoft of een andere leverancier van essentiële software voor gaten in de software?** Dat zal niet gemakkelijk zijn. Doorgaans zal in hun gebruiksvoorwaarden een algehele uitsluiting van aansprakelijkheid staan. Daarbij komt dat software nooit “full proof” zal/kan zijn tegen elke dreigingsvorm. Daarnaast hangt het er ook sterk van af wat er precies aan de hand is. Niettemin geldt er doorgaans ook wel een zorgplicht om te zorgen dat gaten worden gedicht. Loopt u echter enorm achter met het updaten van het systeem dan zal er al snel sprake kunnen zijn van eigen schuld? Of is de besmetting het gevolg van iemand die op een linkje klikte in een email die niet te vertrouwen blijkt? Daarnaast geldt dat je het dan moet opnemen tegen (vaak) Amerikaanse mologgen op grond van toepasselijk Amerikaans recht voor een Amerikaanse rechtbank.
- **Uw IT-leverancier die verantwoordelijk is voor ‘beheer’?** Dit kan maar dat zal sterk afhangen wat de afspraken precies inhouden. Als de beheerder tevens al uw bedrijfsdata en applicaties host dan zal hij als bewerker verantwoordelijk zijn voor een adequate dienstverlening. De beveiligingseisen die de wet (met name de Wet bescherming persoonsgegevens) aan u opleggen, gelden (als het goed is) ook voor uw bewerker doordat u die eisen heeft doorgezet aan hem. Niet ondenkbaar is dat de desbetreffende IT-leverancier een rechtmatig beroep toekomt op overmacht als het gaat om het ‘exploit’ in softwarepakket van een derde. Waar je hem hooguit op zou kunnen aanspreken is op het nakomen van zijn verplichtingen om tijdig te patchen, mits overeengekomen. Daarbij speelt ook nog mee de complexiteit dat het te snel uitvoeren van een securitypatch mogelijk tot gevolg heeft dat andere delen van uw systeem buiten werking raken omdat de desbetreffende patch haastwerk was en onvoldoende doorgetest is. Het zal dan vaak kiezen zijn tussen twee kwaden.
- **Uw IT-leverancier voor het maken van geen of foutieve back-ups?** Indien u dit met uw IT-leverancier ook verantwoordelijk is voor het maken van back-ups (wat je concreet zult moeten afspreken!) en die back-up blijkt niet in orde te zijn, zal er snel sprake zijn van In veel gevallen worden door IT-leveranciers hun aansprakelijkheid voor verlies van data volledig uitgesloten. Het kan zijn dat een beroep op een

dergelijke uitsluiting van aansprakelijkheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is en door de rechter opzij wordt gezet, maar dit gebeurt in Nederland bij hoge uitzondering.

- **De werknemer die op de infectie-link klikt uit het phishing mailtje:** Waar gehakt wordt, vallen spaanders. Het is niet eenvoudig om als werkgever werknemers aan te spreken op fouten of onhandig handelen. De lat hiervoor ligt heel erg hoog. Pas bij opzettelijk of bewust roekeloos handelen zal dit aan de orde kunnen komen. Maar in de praktijk zal dit niet snel spelen bij dergelijke phishing-perikelen. Hier zal ook meespelen de achtergrond van de desbetreffende medewerker. Van een beveiligings-expert bij een cybersecurity beveiliging zal bijvoorbeeld meer mogen worden verwacht dan van een leek op dat terrein. Dit wil overigens niet zeggen dat het geen zin heeft om werknemers niet te informeren. Je wilt dit soort ellende natuurlijk altijd voorkomen.

Conclusie

Duidelijk is dat juridisch de nodige voetangels en klemmen zitten aan malware infecties in het algemeen en ransomware in het bijzonder. De enige 'oplossing' is: formateren en back-up terugplaatsen met dataverlies tot gevolg. De ongekennde massale aanval legt nog weer eens bloot hoe afhankelijk we zijn van IT en van IT-leveranciers. Blijf waakzaam en maak goede back-ups.

Ernst-Jan van de Pas

T: +31 (0)26 353 83 23

E: vandepas@dirkzwager.nl

Teken niet zomaar een bewerkersovereenkomst, zeker niet als u helemaal geen bewerker bent

Steeds meer organisaties vereisen dat leveranciers en partners waarmee persoonsgegevens worden uitgewisseld een bewerkersovereenkomst sluiten. Regelmatig wordt het ondertekenen van de bewerkersovereenkomst zelfs (min of meer) afgedwongen. Er wordt vaak onvoldoende kritisch gekeken of het wel terecht is dat überhaupt een bewerkersovereenkomst wordt voorgelegd. Dat kan vervelend uitpakken. In deze blog zet ik uiteen waarom.

De bewerkersovereenkomst

Wanneer het verwerken van persoonsgegevens wordt uitbesteed aan een bewerker, dan is het op grond van de wet verplicht met die bewerker een schriftelijke overeenkomst te sluiten (artikel 14 Wbp).

Voorbeeld: het uitbesteden van administratiewerkzaamheden aan een administratiekantoor, het uitbesteden van IT-diensten aan een IT-dienstverlener of het uitbesteden van het uitvoeren van mailings aan een marketingbureau.

Eigenschap bewerker: niet voor eigen doeleinden

De kern van een bewerkersovereenkomst is dat de gegevens alleen in opdracht van de verantwoordelijke mogen worden verwerkt en niet voor eigen doeleinden. Het gaat om uitbestede / gedelegeerde verwerkingsactiviteiten (die een verantwoordelijke ook zelf had kunnen verrichten).

Eigenschap verantwoordelijke: wel voor eigen doeleinden

Daarin verschilt (de rol van) de bewerker ook het meest duidelijk van (de rol van) de verantwoordelijke. De verantwoordelijke verwerkt namelijk de gegevens wel voor eigen doeleinden.

Oftewel, de verantwoordelijke heeft een eigen klantrelatie met de betrokkene, terwijl de bewerker die relatie niet heeft.

Vergelijking bewerker – verantwoordelijke

Schematisch bezien levert dat de volgende, wat grofmazige, vergelijking op.

	verantwoordelijke	bewerker
doelen	verwerkt voor eigen doeleinden	verwerkt voor doeleinden opdrachtgever
"eigendom"	verwerkt "eigen" gegevens	verwerkt "andermans" gegevens
nieuwe initiatieven	kan gegevens voor nieuwe doeleinden verwerken	mag gegevens alleen voor bestaande doeleinden verwerken
klantrelatie	heeft klantrelatie met betrokkene	heeft geen klantrelatie met betrokkene
aansprakelijkheid	is volledig aansprakelijk voor naleving privacyrecht	is alleen aansprakelijk voor bewerkingshandelingen

Overigens is de praktijk weerbarstiger dan dit eenvoudige schema. Ter illustratie wijs ik op de [opinie van de artikel 29 werkgroep uit 2010 over de begrippen "verantwoordelijke" en "bewerker"](#).

Niet iedere derde partij is een bewerker

In de praktijk zien we dat partijen denken dat met iedere derde partij waarmee persoonsgegevens worden uitgewisseld een bewerkersovereenkomst moet worden gesloten. Dat is niet het geval. Dat is alleen het geval voor zover de betreffende derde partij (deels) kwalificeert als bewerker.

Bij uitwisseling met verantwoordelijke spelen hele andere vragen

Bij de uitwisseling van persoonsgegevens met een partij die kwalificeert als verantwoordelijke, spelen hele andere vragen. Een dergelijke uitwisseling is een "verwerking" die (dus) moet voldoen aan alle eisen die de wet stelt.

Voorbeeld: het doorzenden van gegevens van personeelsleden aan een pensioenfonds, het doorzenden van gegevens aan de leasemaatschappij, het doorzenden van een dossier aan een opvolgend behandelaar, etc.

Er zal dus een grondslag voor de verwerking moeten zijn, de verwerking zal in overeenstemming moeten zijn met het doelbindingsbeginsel, de verwerking zal goed beveiligd moeten zijn en de transparantie zal moeten zijn gewaarborgd. Zie voor de details onze gratis online tool ["de privacycheck"](#).

De verschillende vragen in een schema

In de kern komen de verschillende vragen hier op neer (grofweg samengevat).

Uitwisseling met een verantwoordelijke	Uitwisseling met een bewerker
<ul style="list-style-type: none">• grondslag checken;• doelbinding checken;• juistheid/relevantie gegevens checken;• transparantie naleven (afspraken of de verzender of ontvanger transparant is);• bij internationale situaties buiten EER: check exportverbod.	<ul style="list-style-type: none">• kwaliteit bewerker checken;• bewerkersovereenkomst sluiten;• toezien op bewerker;• bij internationale situaties buiten EER: check exportverbod.

Een verantwoordelijke die een bewerkersovereenkomst sluit zet zich klem

Een partij die kwalificeert als verantwoordelijke, maar desondanks een bewerkersovereenkomst sluit (bijv. onder druk van de wederpartij), zet zichzelf klem. In de bewerkersovereenkomst zegt hij immers toe gegevens niet voor eigen doeleinden te gaan gebruiken, terwijl de kern van de rol van verantwoordelijke nu juist is dat gegevens wel degelijk voor eigen doeleinden worden gebruikt.

Een verantwoordelijke die een bewerkersovereenkomst sluit, sluit dus een overeenkomst waarvan hij weet dat hij deze niet zal (kunnen) nakomen. Dat kan leiden tot ontbinding van de bewerkersovereenkomst en daarmee, wegens samenhang, waarschijnlijk ook tot ontbinding van de hoofdovereenkomst. Zo kan, in theorie in ieder geval, het ondertekenen van het verkeerde privacyrechtelijke contract leiden tot het verlies van contracten. Een bepaald onwenselijk gevolg. Uiteraard valt te bezien of in de praktijk die soep zo heet wordt gegeten, hiervoor is – voor zover mij bekend – nog geen rechtspraak.

Bij wanprestatie bestaat in beginsel ook aanspraak op schadevergoeding. Als vervolgens blijkt dat de betreffende partij geen verhaal biedt, zou dit zelfs tot bestuurdersaansprakelijkheid kunnen leiden. De vraag bij dit alles is overigens wel welke schade er precies is geleden (dat gaat het bestek van deze blog wat te buiten).

Angst voor boetes en claims

De neiging om maar met iedereen bewerkersovereenkomsten te sluiten lijkt voort te komen uit angst voor boetes van de Autoriteit Persoonsgegevens en claims van betrokkenen bij bijvoorbeeld datalekken.

Die angst is bij uitwisseling met een verantwoordelijke grotendeels onterecht. Zowel de verstreckende als de ontvangende verantwoordelijke is immers zelf – *what's in a name* – verantwoordelijk voor naleving van de privacywetgeving. Mocht er bij de ontvangende verantwoordelijke een datalek optreden, dan is die partij verantwoordelijk voor dat datalek.

De verstreckende verantwoordelijke zou met betrekking tot het datalek hooguit een afgeleide aansprakelijkheid kunnen hebben wegens het onvoldoende waarborgen van een zorgvuldige verwerking van persoonsgegevens. Dat is niet ondenkbaar, maar je loopt wel snel aan tegen vragen van onder meer het causaal verband (en de werkbaarheid in de praktijk).

Wel is het uiteraard zo dat de verstreckende verantwoordelijke aangesproken zou kunnen worden op de verstrekking van persoonsgegevens als zodanig. Als die uitwisseling van persoonsgegevens niet rechtmatig was, dan kunnen daar boetes of claims uit voortvloeien. Dat wordt echter niet opgelost door het sluiten van een bewerkersovereenkomst. Dat wordt opgelost door ervoor te zorgen dat de uitwisseling zelf rechtmatig is (of achterwege gelaten wordt).

Resumerend

Met andere woorden:

- onderteken geen bewerkersovereenkomst als u geen bewerker bent;
- leg geen bewerkersovereenkomsten voor aan partijen die geen bewerker zijn;
- toets de inhoud van de bewerkersovereenkomst alvorens deze te ondertekenen;
- bent u de verzendende partij? Denk dan vooraf na over de hoedanigheid van de ontvangende partij en neem de maatregelen die daarbij horen (zie schema hierboven);
- bent u de ontvangende partij? Toets dan voordat u verder iets met de gegevens doet of de juiste maatregelen zijn genomen (zie schema hierboven);
- let er bij dit alles op dat één partij beide hoedanigheden (verantwoordelijke en bewerker) tegelijkertijd kan hebben (voor verschillende onderdelen van het verwerkingsproces).

Heeft u vragen over het privacyrecht? Neem dan gerust contact op.

Mark Jansen

T: +31 (0)26 353 83 67

E: m.jansen@dirkzwager.nl

Wet Bescherming Bedrijfsgeheimen

Op 10 november 2017 is het voorstel voor de Wet Bescherming Bedrijfsgeheimen gepubliceerd. Vanaf 2018 zijn bedrijfsgeheimen wettelijk beschermd.

Bedrijfsgeheimen

De wet regelt de “bescherming van niet-openbaargemaakte know how en bedrijfsinformatie”, oftewel bescherming van bedrijfsgeheimen. Een bedrijfsgeheim is beschermd tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruik en het openbaar maken ervan. Het wetsvoorstel strekt tot implementatie van de Richtlijn 2016/943/EU. Die richtlijn geeft aan wat precies onder een bedrijfsgeheim wordt verstaan en tegen welke vormen van inbreuk daarop (onrechtmatig verkrijgen, gebruiken of openbaar maken) kan worden opgetreden. Ook worden wettelijke regels voorgeschreven over het inzetten van juridische procedures, en welke maatregelen en rechtsmiddelen dienaangaande kunnen worden ingezet.

Know how bescherming

Volgens de toelichting op het wetsvoorstel is het belang bij bescherming van bedrijfsgeheimen evident:

Gezien het belang van de bevordering van innovatie en concurrentie, stelt de richtlijn geen exclusieve rechten vast op knowhow of informatie die als bedrijfsgeheim is beschermd (...)

Bedrijven die in Nederland last hebben van oneerlijke handelspraktijken rond bedrijfsgeheimen kunnen tot nu toe via het civiele recht een beroep doen op contractuele bescherming of onrechtmatige daad (...). Zolang er echter nog geen sprake is van een contract, is de bescherming op dat terrein beperkt en voor de beoordeling of sprake is van een onrechtmatige daad, bevinden de toe-eigeningsactiviteiten zich vaak in een schemergebied. Dit wetsvoorstel biedt een specifieke basis om op te komen tegen de onrechtmatige verkrijging, door bepaalde activiteiten als onrechtmatig te bestempelen (...)

Vanwege de bijzondere aard van bescherming, die aansluit bij die van IE-rechten, wordt de bescherming van bedrijfsgeheimen neergelegd in een afzonderlijke wet. Ook de bescherming van IE-rechten – zoals octrooien, auteursrechten en modellen – is in afzonderlijke wetten neergelegd.

Geheimhoudingscontract

Ook onrechtmatig is het door een persoon gebruiken van bedrijfsgeheim als daardoor in strijd wordt gehandeld met een geheimhoudingsovereenkomst of met een andere verplichting om het bedrijfsgeheim niet openbaar te maken (*non-disclosure*). Datzelfde geldt voor een inbreuk op een contractuele of andere verplichting tot beperking van het gebruik van het bedrijfsgeheim (*restricted use*).

Dit betekent dat het handelen in strijd met een geheimhoudingscontract onrechtmatig is. Contractbreuk is dus een grond om op te treden onder de nieuwe Wet bescherming bedrijfsgeheimen.

Juridische procedures

Houders van bedrijfsgeheimen zijn vaak huiverig om een rechtszaak te starten over zaken die nu juist geheim moeten blijven. Het wetsvoorstel neemt die vrees weg. Deelnemers aan de procedure en zij die toegang hebben tot documenten betreffende de procedure mogen geen (vermeende) bedrijfsgeheimen gebruiken of openbaar maken die de rechter op verzoek als vertrouwelijk heeft aangemerkt en waarvan zij kennis hebben genomen als gevolg van die deelname of toegang.

De rechtsmiddelen die een houder van bedrijfsgeheimen kan eisen in een juridische procedure, zijn onder meer de volgende:

- verbod of staking van het gebruik van bedrijfsgeheimen, op last van een dwangsom
- een verbod op de productie van goederen middels het bedrijfsgeheim
- beslag en bewijsbeslag
- afgifte
- recall
- vernietiging van documentatie en aanverwanten
- schadevergoeding
- proceskosten

Bij de schadevergoeding licht de wetgever expliciet toe dat zowel direct als indirect gebruik van een bedrijfsgeheim tot schadelijking leidt:

Het maakt niet uit of de inbreukmaker het bedrijfsgeheim direct of indirect verkreeg. Een fabrikant die een eindproduct op de markt brengt waarin hij een halffabricaat heeft verwerkt waarvan hij wist of had moeten weten dat dat werd vervaardigd met behulp van een onrechtmatig verkregen bedrijfsgeheim, is schadelijking, evenals degene die het halffabricaat zelf vervaardigde met behulp van het bedrijfsgeheim

Wat kunt u doen?

Indien de bescherming van bedrijfsgeheimen essentieel is voor uw onderneming, is het aan te raden daarover geheimhoudingscontracten af te sluiten. U kunt zodoende zowel derden met wie u samenwerkt en bedrijfsgeheimen deelt als werknemers aan geheimhouding binden. De Wet Bescherming Bedrijfsgeheimen versterkt de positie van de houder van bedrijfsgeheimen hiertoe aanzienlijk.

Op 9 juni 2018 moet het wetgevingsproces zijn afgerond.

Joost Becker

T: +31 (0)26 353 83 77

E: becker@dirkzwager.nl

Ondernemings- recht

Aansluitplicht bij gasloos bouwen?

In 2050 dienen woningen en gebouwen niet meer met aardgas te worden verwarmd. Een toekomstbestendige gebouwde omgeving begint met het ontwikkelen van nieuwbouwwoningen zonder aardgasinfrastructuur. Steeds meer gemeenten onderzoeken de mogelijkheid om gasloos te bouwen. Ten einde in te kunnen spelen op deze ontwikkelingen, is het belangrijk dat de aansluitplicht van netbeheerders wordt aangepast.

Aansluitplicht netbeheerder

Een netbeheerder heeft op grond van de Gaswet de taak om iedereen die daarom verzoekt te voorzien van een aansluiting (artikel 10 lid 6 Gaswet). Een potentiële afnemer heeft echter niet de verplichting om zich aan te sluiten op een gasnet. Vanuit de Gaswet geldt er voor een gemeente dus geen belemmering om bij de ontwikkeling van een bepaald gebied ervoor te kiezen geen aardgasdistributienet aan te laten leggen.

Toekomstige bewoners zouden de netbeheerder echter achteraf om een gasaansluiting kunnen vragen. De netbeheerder is verplicht om deze aansluiting te realiseren. Daar gelden twee uitzonderingen op:

1. Indien de bewoner zich in een gebied bevindt waarin zich een warmtenet bevindt of gaat bevinden dat is aangemerkt:
 - In een warmteplan dat is opgesteld door een gemeente.
 - In een bestemmingsplan van de gemeente voorafgaand van de inwerkingtreding van wijziging in het Bouwbesluit 2012 met betrekking tot warmteplannen (deze lijst kan dus niet meer groeien).
 - In de postcodelijst warmtegebieden van de ACM (Bijlage 1 gebiedsindeling gas RNB).
2. Indien het gaat om een aansluiting buiten de bebouwde kom in een gebied waar het onrendabel is om een gasvoorziening te realiseren.

Het College van Beroep voor het Bedrijfsleven heeft in een uitspraak van 25 juli 2016 aangegeven dat een beroep van een netbeheerder op deze uitzonderingen niet in strijd is met het recht op keuzevrijheid van leverancier, dan wel het discriminatieverbod. Het recht op keuzevrijheid bestaat alleen voor iemand die recht heeft op een

aansluiting. De Gaswet kent een uitzondering op dat recht voor warmtegebieden. Van discriminatie is volgens het CBB ook geen sprake. De Gaswet staat toe dat er ongelijkheid bestaat tussen afnemers binnen en buiten een warmtegebied (ECLI:NL:CBB:2016:243).

Warmteplan

Op grond van het Bouwbesluit 2012 kan een gemeente besluiten dat bepaalde bouwwerken onder omstandigheden moeten worden aangesloten op een distributienet voor warmte. Er is dan dus geen sprake van een vrije keuze ten aanzien van de warmtebron.

Van zo een aansluitplicht kan alleen sprake zijn wanneer een gemeente voor een gebied een warmteplan heeft vastgesteld. De aansluitplicht is ingevolge artikel 6.10 lid 3 van het Bouwbesluit van kracht:

1. zolang het in het warmteplan geplande aantal aansluitingen niet is bereikt;
2. de duur van het warmteplan niet is verlopen; en
3. de aansluitafstand niet groter is dan 40 meter.

De aansluitplicht op het warmtenet geldt alleen voor te bouwen bouwwerken met een of meer verblijfsgebieden. Een verblijfsgebied is een gebied waarin het verblijven van personen de kenmerkende activiteit is (bijvoorbeeld woningen, scholen, kantoren en ziekenhuizen). Aan deze verplichting hoeft niet te worden voldaan indien er een gelijkwaardig alternatief is waarmee tenminste dezelfde mate van energiezuinigheid en bescherming van het milieu wordt bereikt (artikel 1.3 Bouwbesluit).

Per warmtenet dient een apart warmteplan te worden opgesteld. De volgende informatie dient in een warmteplan worden opgenomen:

1. De periode waarvoor het warmteplan geldt. Dit mag ten hoogste tien jaar zijn.
2. Het gebied waarvoor het warmteplan geldt.
3. Het voor de betreffende periode geplande aantal aansluitingen op het warmtenet.
Dit ziet op het aantal aansluitingen dat benodigd is voor een gezonde exploitatie van het warmtenet.
4. De mate van energiezuinigheid en bescherming van het milieu die wordt bereikt met aansluiting op het warmtenet. Dit moet concreet in het warmteplan worden aangegeven zodat eenvoudig kan worden getoetst of sprake is van een aan aansluiting op het warmtenet gelijkwaardige oplossing.

In de toelichting op de definitie van 'warmteplan' staat dat een warmteplan kan worden vastgesteld door een gemeente die wil overgaan tot de aanleg van een nieuw warmtenet. In de literatuur wordt echter betoogd dat een warmteplan ook kan worden vastgesteld voor een warmtenet dat reeds (deels) is aangelegd, maar waarvan het geplande aantal aansluitingen nog niet is bereikt.

Huidige regels niet voldoende voor Netbeheerders

Met een warmteplan kan een gemeente bereiken dat zogenaamde 'verblijfsgebieden' worden aangesloten op een bepaald warmtenet. Een warmteplan biedt voor de netbeheerders echter geen zekerheid dat de netbeheerder in een dergelijk gebied gevrijwaard is van een aansluitplicht. Het warmteplan is slechts geldig voor ten hoogste 10 jaar. Na deze periode is er weer een besluit van de gemeenteraad nodig. De gemeente kan het warmteplan bovendien zonder overleg met de netbeheerder weer intrekken. Wanneer het warmteplan niet meer van kracht is, geldt de gasaansluitplicht weer.

Bovendien kan er geen warmteplan worden opgesteld voor 'all electric' gebieden. Voor 'all electric' gebieden is er nu niets in de Gaswet geregeld. Ook in dergelijke situaties geldt er dus nog steeds een aansluitplicht voor de netbeheerder.

Artikel 5.3 van de Wet STROOM bood meer ruimte voor gasloze gebieden. Op grond van dit wetsvoorstel zouden er gebieden kunnen worden aangewezen waar er geen aansluitplicht zou gelden, omdat daar warmtenetten worden aangelegd dan wel het om 'all electric' gebieden gaat. De koppeling met het warmteplan zou daarmee worden losgelaten. Dit wetsvoorstel is echter op 22 december 2015 door de Eerste Kamer verworpen. In het nieuwe wetsvoorstel (Wet Voortgang Energietransitie) dat op 8 december 2016 bij de Tweede Kamer is ingediend, is artikel 5.3 van de Wet STROOM niet meegenomen.

Conclusie

Het doel is om in 2050 geen gebruik meer te maken van de gasnetten ten behoeve van de verwarming van woningen en gebouwen. Het is dus geldverspilling om nu nog gasleidingen in nieuwe gebiedsontwikkelingen neer te leggen. Netbeheerders hebben op dit moment echter onvoldoende juridische mogelijkheden om deze verspilling tegen te gaan. Dit zou alsnog in de Gaswet geregeld moeten worden.

Maarten Kole

T: +31 (0)26 353 83 39

E: kole@dirkzwager.nl

De komst van (ook) een centraal aandeelhoudersregister

Op 19 januari 2017 is door de kamerleden Groot en Gesthuizen een initiatiefwetsvoorstel inzake de instelling van een centraal aandeelhoudersregister ingediend (“Wet centraal aandeelhoudersregister”). Het wetsvoorstel kunt u hier inzien.

Aanleiding wetsvoorstel

De kamerleden zijn van mening dat de huidige registratie van aandeelhouders van besloten en niet-beursgenoteerde naamloze vennootschappen ernstig tekortschiet. Waar bij het Kadaster kan worden achterhaald wie de eigenaar is van een registergoed, kunnen de eigenaren van besloten en niet-beursgenoteerde naamloze vennootschappen soms moeilijk of zelfs helemaal niet worden achterhaald. Alleen enig aandeelhouders (100% belangen) van deze vennootschappen worden centraal geregistreerd in het handelsregister.

Doelstelling wetsvoorstel

Het wetsvoorstel beoogt volgens de memorie van toelichting de instelling van een Centraal Aandeelhoudersregister, waarin informatie over aandelen en aandeelhouders wordt verzameld en ontsloten voor publieke diensten, notarissen en Wwft-instellingen. Daardoor ontstaat zicht op wie schuil gaan achter vennootschappen en wordt een waardevolle bijdrage geleverd aan het doel dat hiermee wordt gediend: voorkoming en bestrijding van financieel-economische criminaliteit door middel van rechtspersonen en bijdragen aan rechtszekerheid in het rechtsverkeer.

Verhouding met het UBO-register

Er is naast een Centraal Aandeelhoudersregister tevens een openbaar register voor zogenaamde Ultimate Beneficial Owners (het “UBO-register”) op komst. Ook in dit UBO-register komt informatie te staan over de natuurlijke personen die, al dan niet achter de schermen, bij een vennootschap of een andere juridische entiteit ‘aan de touwtjes trekken’. Voor meer informatie over het UBO-register verwijs ik u graag naar dit artikel.

Enkele verschillen tussen het UBO-register en het centraal aandelhoudersregister

De regelingen inzake het beoogde UBO-register en het beoogde Centraal Aandelhoudersregister streven grotendeels hetzelfde doel na. Volgens Groot en Gesthuizen is het UBO-register in sommige opzichten breder en in andere opzichten weer smaller dan het centraal aandelenregister, maar hebben beide registers hun eigen toegevoegde waarde en vullen zij elkaar aan.

Enkele (in de toelichting bij het Centraal Aandelhoudersregister genoemde) verschillen zijn als volgt:

- Het Centraal Aandelhoudersregister heeft alleen betrekking op B.V's en (niet beursgenoteerde) N.V's, terwijl het UBO-register niet enkel ziet op B.V's en N.V's, maar ook op stichtingen, verenigingen en personenvennootschappen.
- In het UBO-register worden alleen belangen van meer dan 25% geregistreerd; in het Centraal Aandelhoudersregister zal ieder belang worden opgenomen.
- Beide registers op een andere wijze gevuld. De gegevens in het UBO-register zullen afkomstig zijn van de UBO's zelf, de gegevens in het Centraal Aandelhoudersregister zullen berusten op notariële akten. Dit brengt bijvoorbeeld een verschil in de betrouwbaarheid van de gegevens met zich.
- De informatie in het UBO-register wordt openbaar toegankelijk, de informatie in het Centraal Aandelhoudersregister is alleen raadpleegbaar voor de rijksbelastingdienst, andere aangewezen publieke diensten, notarissen en aangewezen Wwft-instellingen.

Vervolg

De komst van het UBO-register vloeit voort uit de Europese (vierde) anti-witwasrichtlijn van 20 mei 2015 en dient te zijn geïmplementeerd op uiterlijk 26 juni 2017. Op dit moment zijn we in afwachting van het eerste wetsvoorstel met betrekking tot het UBO-register.

Aldus gaan de wetgevingstrajecten inzake het UBO-register en het Centraal aandelhoudersregister parallel verlopen. Dirkwager houdt deze wetgevingsprocessen nauwlettend in de gaten.

Karin Harmsen

T: +31 (0)26 353 83 64

E: harmsen@dirkwager.nl

Onbevoegde vertegenwoordiging

Een volmacht is de bevoegdheid die iemand (de volmachtgever) verleent aan een ander (de gevolmachtigde) om in zijn naam een rechtshandeling te verrichten, bijvoorbeeld het aangaan van een overeenkomst. Wanneer achteraf blijkt dat de overeenkomst is gesloten door iemand die weliswaar stelde te handelen op basis van een volmacht, maar daarover niet bleek te beschikken, is de achterman (de pseudo-volmachtgever) in beginsel niet gebonden. Dat kan anders zijn wanneer sprake was van schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid waarop de andere contractant heeft vertrouwd en die toegerekend moet worden aan de achterman.

Onlangs deed de Hoge Raad een interessante uitspraak over de leer van onbevoegde vertegenwoordiging. Ik begin met een schets van de casus.

De feiten

Vereenvoudigd weergegeven deed zich het volgende voor. A heeft ten behoeve van de aanschaf van een vastgoedportefeuille een hypothecaire geldlening verkregen van een bank (hierna: 'de Bank') ter grootte van circa € 3 miljoen. A moest deze geldlening uiterlijk op 14 juni 2013 terugbetalen.

Op 10 juni 2013 heeft A telefonisch contact met zijn advocaat (hierna: 'de Advocaat'), over de mogelijkheden van A om voormelde geldlening terug te betalen.

In een e-mail van 11 juni 2013 heeft de Advocaat aan notaris Y (hierna: 'de Notaris') en in kopie aan B, voor zover hier van belang, samengevat het volgende meegedeeld:

"In de hierboven kort aangeduide zaak kreeg ik van uw cliënt [B] door dat aankoop en levering van de vastgoedportefeuille van mijn cliënt, A, ten overstaan van u zal gaan plaatsvinden.

Kort samengevat is de situatie thans aldus dat mijn cliënt vorig jaar november een geldlening heeft ontvangen van de Bank (bijgaand de overeenkomst van geldlening) en waarbij een optierecht werd verleend en een hypotheekrecht. Van de overeenkomst optierecht en de akte van hypotheek voeg ik hierbij afschriften.

Alle onroerende zaken welke genoemd staan op de akte van hypotheek zullen door B, althans een door hem aan te wijzen derde, van mijn cliënt worden gekocht voor een

koopsom van EUR 3.225.000,- waarbij de hypotheeknemer (de Bank) vóór of uiterlijk 14 juni 2013 een bedrag (terugbetaling lening met (extra) rente) dient te ontvangen van EUR 2.916.434,11."

Op 12 juni 2013 heeft de Notaris aan de Advocaat en B een concept-koopovereenkomst gezonden, met daarbij de mededeling "(...) en bevestig ik de afspraak ter ondertekening op hedenmiddag om 17.00 uur op mijn kantoor". In de concept-koopovereenkomst staat B vermeld als de koper van de vastgoedportefeuille en A als verkoper.

In een brief van 12 juni 2013 heeft de Advocaat aan A meegedeeld:

"Ik ontving zojuist de hierbij gevoegde (concept) koopovereenkomst van de Notaris met zijn bevestiging dat ondertekening van de koopovereenkomst hedenmiddag om 17.00 uur zal plaatsvinden bij hem op kantoor.

Van A heb ik inmiddels begrepen dat hij wil dat ik toch nog afzie van de koopovereenkomst omdat hij de verwachting heeft van partij Z (hierna: 'de Herfinancier') EUR 1.500.000,- in lening te kunnen krijgen en vervolgens is er nog een 'derde' partij die enkele percelen zou willen kopen voor EUR 1.500.000,-(...)"

In een e-mail van 13 juni 2013, om 10.25 uur, heeft de Advocaat het volgende, voor zover hier van belang, aan A meegedeeld:

"Ik heb via de makelaar gisteren eerlijk aan B doorgegeven wat op dit moment het 'probleem' is waar u mee zit. De bieding van B is weliswaar redelijk, onder de gegeven omstandigheden, maar leidt ertoe dat jullie nog grote financiële problemen houden omdat jullie niet alle schuldeisers kunnen voldoen. Niet uit te sluiten valt dat wellicht ook andere onroerende zaken moeten worden verkocht. Maar dat kan dan wel onderhands dus tegen gunstigere verkoopprijzen.

Met A heb ik uitdrukkelijk afgesproken dat 13 juni écht de laatste dag is dat hij nog mogelijkheden heeft om alternatieven te vinden. Met A besprak ik voorts dat bij gebreke van afwikkeling op 13 dezer, hij onvoorwaardelijke medewerking zal verlenen aan ondertekening van de koopovereenkomst op het kantoor van de Notaris.

Ik stel voor dat wij vandaag regelmatig telefonisch contact hebben en dat bij gebreke van schriftelijke bevestigingen van ontvangst van gelden door de Notaris vóór of uiterlijk 13 juni 2013, 15:00 uur, A zich committeert om te tekenen ten overstaan van de Notaris. (...)
Op 13 juni 2013, voor of uiterlijk 15.00 uur moet ik bevestiging hebben ontvangen van de Notaris van de koopsom van de Herfinancier alsmede de lening. Bij gebreke daarvan

wordt gekozen voor de verkoopoptie aan B en zal op kantoor van de Notaris om 16:00 uur ondertekening van de koopovereenkomst plaatsvinden."

In een e-mail van 13 juni, 16.08 uur, heeft de Advocaat, voor zover hier van belang, het volgende aan B meegedeeld:

"Ik kreeg enkele minuten geleden van mijn cliënt door dat hij erin is geslaagd een lening te verkrijgen van een particuliere partij in combinatie met verkoop van beperkte onroerende goederen, welke lening en verkoopopbrengst voldoende is om de volledige schuldenpositie aan de Bank af te lossen. De beoogde verkoop van de bij jou bekende portefeuille zal dientengevolge dus niet plaatsvinden."

In een e-mail van 13 juni, 16.26 uur, heeft de Advocaat aan A meegedeeld:

*"Beste A,
Ontzettend gefeliciteerd!!! Weliswaar heeft het de nodige zenuwen teweeg gebracht maar uiteindelijk is het toch gelukt om met verkoop van een beperkt deel van de vastgoedportefeuille, voldoende geld te vergaren om de Bank af te kopen.*

Zoals ik al aangaf, sluit ik niet uit dat van de kant van partij B een claim gaat worden ingediend omdat, naar zijn stelling, een koopovereenkomst tot stand is gekomen over de portefeuille voor een koopsom van EUR 3.225.000,-. Ik kan niet ontkennen dat ik partij B heb meegedeeld dat er een deal was op EUR 3.225.000,-. Of die zeer korte sms-wisseling voldoende is voor een rechter om een vordering van B toe te wijzen kan ik op dit moment niet inschatten. Het is echter een feit dat ik van die zijde wel 'enige' actie verwacht. Overigens heeft A mij wel uitdrukkelijk toestemming gegeven om een deal te sluiten voor EUR 3.200.000,- (+ nog een beetje meer)."

Het geschil

Na eerst beslag te hebben gelegd op de vastgoedportefeuille, start B een procedure tegen A waarin hij primair nakoming vordert van de – naar zijn stelling – op 11 juni 2013 tussen partijen tot stand gekomen koopovereenkomst. De vordering strekt ertoe om A te doen veroordelen om de vastgoedportefeuille aan B te leveren tegen betaling van de overeengekomen koopprijs van € 3.225.000,-, op straffe van verbeurte van een dwangsom. Voor het geval A niet meer tot levering van alle onroerende zaken in staat is, heeft B subsidiair gevorderd dat A zal worden veroordeeld tot nakoming van de koopovereenkomst voor dat gedeelte van de vastgoedportefeuille dat nog wel door hem kan worden geleverd, en tot betaling van een boete. Daarnaast vordert B schadevergoeding, met wettelijke rente.

A heeft aangevoerd dat geen koopovereenkomst tot stand is gekomen tussen de Advocaat en B. De Advocaat was niet bevoegd namens hem een zodanige overeenkomst te sluiten. De Advocaat had geen andere bevoegdheid dan met een eventuele derde uit zijn eigen netwerk een overeenkomst te sluiten voor het geval A niet tijdig zelf een oplossing voor zijn financiële problemen zou kunnen vinden. In reconventie heeft A de opheffing gevorderd van het conservatoire beslag en schadevergoeding.

Eerste aanleg

De rechtbank heeft in haar eindvonnis de vorderingen van B afgewezen, het beslag opgeheven en voor recht verklaard dat B aansprakelijk is voor de schade die A heeft geleden als gevolg van het conservatoire beslag.

Hoger beroep

Het hof overweegt onder meer dat niet is komen vast te staan of A de Advocaat een volmacht had verstrekt tot het verkopen van diens vastgoedportefeuille. Maar ook indien geen volmacht is verleend, kan A toch gebonden zijn indien B gerechtvaardigd heeft vertrouwd op het bestaan van een toereikende volmacht van de Advocaat op grond van feiten en omstandigheden die voor risico van A komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid. Het hof verwijst op dit punt naar een eerder arrest van de Hoge Raad waaruit dit met zoveel woorden volgt.

Het Hof vindt in dit geval de volgende omstandigheden van belang. B, die ervan op de hoogte was dat A op 14 juni 2013 zijn hypotheek aan de Bank moest aflossen en de Advocaat kende als de advocaat die A had bijgestaan in een procedure met betrekking tot de vastgoedportefeuille, heeft de Advocaat benaderd met de vraag of de vastgoedportefeuille van A te koop was. De Advocaat heeft daarop kennelijk bevestigend gereageerd. Vervolgens heeft de Advocaat op 11 juni 2013 de aangehaalde e-mail met bijlagen aan de Notaris van B gezonden. Blijkens die e-mail is de Advocaat ervan op de hoogte dat de op de hypotheekakte vermelde registergoederen zullen worden gekocht door B dan wel een door hem aan te wijzen derde, is hij (de Advocaat) op de hoogte van de afgesproken koopsom en beschikt hij – gezien de bijlagen – over alle voor de verkoop en levering van de vastgoedportefeuille relevante documenten. Deze e-mail heeft B in kopie ontvangen. De Advocaat verwijst in die e-mail naar A als zijn “cliënt”.

Tijdens de comparitie van partijen in eerste aanleg heeft de Advocaat verklaard dat B wist dat hij voor A als advocaat optrad en dat hij denkt dat hij op 11 juni 2013

telefonisch en per SMS aan B heeft meegedeeld dat er een deal was voor dat bedrag (kennelijk: € 3.225.000,=). Ook in zijn e-mail van 13 juni 2013 aan A heeft de Advocaat geschreven niet te kunnen ontkennen dat hij partij B heeft meegedeeld dat er een deal was op € 3.225.000,= en dat hij – nu aan anderen is verkocht – wel enige actie van B verwacht.

Bovengenoemde feiten en omstandigheden brengen volgens het Hof mee dat bij B naar verkeersopvattingen de schijn werd gewekt dat de Advocaat bij het doen van die verklaringen A ter zake de verkoop vertegenwoordigde, zodat hij daarop mocht vertrouwen.

Daarbij hecht het hof, anders dan de rechtbank, waarde aan het gegeven dat de Advocaat advocaat is en blijkens de bewoordingen van (onder meer) zijn e-mail van 11 juni 2013 ook in die hoedanigheid handelde. Het Hof stelt dat niet is gebleken dat B is meegedeeld dat de rol van de Advocaat een andere was.

A heeft er nog op gewezen dat het optreden van de Advocaat niets anders is geweest dan dat van een makelaar, maar dat betoog miskent dat de Advocaat nu eenmaal geen makelaar is, maar advocaat en ook in die hoedanigheid heeft gehandeld. Dat B de Advocaat in dezen niettemin als makelaar en niet als advocaat heeft beschouwd, is onvoldoende concreet toegelicht zodat het hof daaraan voorbij gaat.

De conclusie van het Hof is dat het handelen van de Advocaat, ook als een volmacht van A ontbreekt, kan worden toegerekend aan A.

Daarbij kan in het midden blijven of A (ook) door zijn eigen toedoen (waaronder ook nalaten wordt begrepen) de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft gewekt. Uit de brief van de Advocaat aan A leidt het hof af dat A op de hoogte was van de overeenkomst die de Advocaat met B had gesloten. Met name de zinsnede “Van A heb ik inmiddels begrepen dat hij wil dat ik toch nog afzie van de koopovereenkomst” duidt daarop.

Vast staat dat A geen contact met B heeft gezocht. Naar vaste rechtspraak (zie eerdergenoemd arrest van de Hoge Raad van 2 december 2011) kan echter ook zonder dergelijk eigen toedoen de schijn van vertegenwoordiging aan A worden toegerekend namelijk wanneer, zoals in dit geval, de wederpartij gerechtvaardigd heeft vertrouwd op grond van feiten en omstandigheden die voor A's risico komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan

worden afgeleid. Nu is geoordeeld dat dat het geval is, is niet meer van belang of A, zoals hij aanvoert, verkoop aan B wilde vermijden en geen volmacht aan de Advocaat heeft willen verstrekken.

Cassatie

A legt de zaak vervolgens voor aan de Hoge Raad en bestrijdt het oordeel van het hof dat bij B naar verkeersopvattingen de schijn is gewekt dat de Advocaat A vertegenwoordigde, zodat B daarop mocht vertrouwen, en dat dit handelen van de Advocaat kan worden toegerekend aan A.

De Hoge Raad begint met een verwijzing naar drie eerdere arresten (1, 2 en 3) en stelt voorop:

“uitgangspunt moet zijn dat voor toerekening van schijn van volmachtverlening aan de vertegenwoordigde ook plaats kan zijn ingeval de wederpartij gerechtvaardigd heeft vertrouwd op volmachtverlening aan de in werkelijkheid onbevoegde tussenpersoon op grond van feiten en omstandigheden die voor risico van de onbevoegd vertegenwoordigde komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid.”

Dit risicobeginsel gaat niet zo ver dat voor toepassing daarvan ook ruimte is in gevallen waarin het tegenover de wederpartij gewekte vertrouwen uitsluitend is gebaseerd op verklaringen of gedragingen van de onbevoegd handelende persoon. Uit het arrest ING/Bera volgt dat de rechter in zijn uitspraak mede feiten of omstandigheden dient vast te stellen die de onbevoegd vertegenwoordigde betreffen en die rechtvaardigen dat laatstgenoemde in zijn verhouding tot de wederpartij het risico van de onbevoegde vertegenwoordiging draagt.

Naar het oordeel van de Hoge Raad heeft het Hof in deze zaak voormelde regels op juiste wijze toegepast. Het hof heeft zijn oordeel dat, ook als geen volmacht is verleend, A toch is gebonden aan de door de Advocaat gesloten koopovereenkomst, immers niet alleen gebaseerd op feiten en omstandigheden die zijn voorgevallen tussen de Advocaat, B en de door deze ingeschakelde Notaris. Het hof heeft dit oordeel mede gebaseerd op bijkomende feiten en omstandigheden die A betreffen en rechtvaardigen dat hij in zijn verhouding tot B het risico van de onbevoegde vertegenwoordiging draagt.

In dit verband is met name de omstandigheid van belang dat de Advocaat beschikte over alle voor de verkoop en levering van de vastgoedportefeuille relevante

documenten. A heeft aangevoerd dat de Advocaat daarover nog beschikte wegens zijn betrokkenheid bij een eerder door hem voor A gevoerde, andere procedure met betrekking tot de vastgoedportefeuille. Ook als daarvan wordt uitgegaan, neemt dit niet weg dat het hier om een omstandigheid gaat die A betreft en heeft kunnen bijdragen aan het vertrouwen bij B. In het door A gevoerde verweer ligt immers besloten dat de Advocaat de desbetreffende documenten – zij het met een ander doel – van hem heeft ontvangen. Deze omstandigheid kan dus meewegen in het oordeel van het hof dat A in zijn verhouding tot B het risico van de onbevoegde vertegenwoordiging draagt.

Het hof heeft voorts in zijn oordeel betrokken dat B wist dat de Advocaat advocaat is en dat hij al eerder A had bijgestaan in een procedure met betrekking tot de vastgoedportefeuille. Ook heeft het hof erop gewezen dat de Advocaat ter comparitie met betrekking tot het onderhavige contact tussen de Advocaat en B heeft verklaard “dat B wist dat hij voor A als advocaat optrad”. Mede omdat vaststaat dat A ermee had ingestemd dat de Advocaat in zijn eigen netwerk naar een potentiële koper voor de vastgoedportefeuille zocht, kunnen ook deze omstandigheden bijdragen tot het oordeel van het hof dat de door de Advocaat gewekte schijn aan A moet worden toegerekend.

Tot slot

In dit nieuwe arrest trekt de Hoge Raad de eerder ingezette lijn door. Bij de toerekening van schijn van volmachtverlening aan de vertegenwoordigde kan de rechter het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij baseren op feiten en omstandigheden die voor risico van de onbevoegd vertegenwoordigde komen. Het tegenover de wederpartij gewekte vertrouwen kan niet uitsluitend gebaseerd worden op verklaringen of gedragingen van de onbevoegd handelende persoon. De rechter dient in zijn uitspraak mede feiten of omstandigheden vast te stellen die de onbevoegd vertegenwoordigde betreffen en die rechtvaardigen dat laatstgenoemde in zijn verhouding tot de wederpartij het risico van de onbevoegde vertegenwoordiging draagt.

Jeroen Naus

T: +31 (0)24 381 31 38

E: naus@dirkzwager.nl

Eigendomsvoorbehoud in faillissement

Leveranciers van goederen plegen doorgaans in hun algemene voorwaarden een eigendomsvoorbehoud te bedingen. Dit houdt in dat de goederen alvast door de leverancier aan de koper worden geleverd, maar dat de leverancier eigenaar van die goederen blijft totdat de koopsom is betaald. Betaalt de koper niet, dan kan de leverancier met een beroep op het eigendomsvoorbehoud de geleverde goederen bij de koper terughalen.

Het eigendomsvoorbehoud werkt ook in faillissement. Het faillissement, dat kan worden beschouwd als een algemeen beslag op het vermogen van de gefailleerde, raakt namelijk enkel de vermogensbestanddelen van de gefailleerde. Daaronder vallen niet de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken, omdat de gefailleerde daarvan nog geen (volwaardig) eigenaar is. Dit betekent dat de leverancier het eigendomsvoorbehoud ook tegen de curator kan invoeren en zo zijn zaken kan terugvorderen.

Afkoelingsperiode en bodembeslag

Toch kan de curator de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud bemoeilijken, of in sommige gevallen zelfs negeren. Te denken valt bijvoorbeeld aan een door de rechtbank afgekondigde afkoelingsperiode (meestal voor de duur van 2 maanden), die de curator de mogelijkheid geeft de boedel te inventariseren zonder dat schuldeisers hun rechten kunnen uitoefenen. Dit betekent dat de leverancier onder eigendomsvoorbehoud vooralsnog moet wachten alvorens zijn goederen kunnen worden opgehaald. Risico is bovendien dat de Belastingdienst in de tussentijd bodembeslag legt op de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken. Hoe voorkomen kan worden dat de fiscus die zaken vervolgens uitwint, beschreven wij al eerder in [dit artikel](#).

Gebruik, verbruik en (door)verkoop

Daarnaast is de curator onder omstandigheden zelfs bevoegd om de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken te gebruiken, verbruiken en (door) te verkopen – in ieder geval gedurende de afkoelingsperiode. Dit kan immers van belang zijn in verband met het realiseren van een doorstart 'going concern'. Aangenomen wordt dat de curator in het geval van verbruik en verkoop wel gehouden is de factuurwaarde aan de leverancier te vergoeden, althans een schadevergoeding tot maximaal het bedrag

van de verrijking van de boedel of de verarming van de leverancier. De leverancier heeft voor dat bedrag dan een boedelvordering op de curator. Om discussies achteraf met de curator hierover te voorkomen, zou de leverancier de rechter-commissaris zonodig op voorhand kunnen verzoeken aan de afkoelingsperiode de voorwaarde te verbinden dat de curator gehouden is een vergoeding te voldoen aan leveranciers wiens zaken tijdens de afkoelingsperiode worden verkocht of verbruikt.

Betalen om goederen op te mogen halen

Indien de curator – al dan niet na afloop van de afkoelingsperiode – de leverancier in staat stelt zijn goederen op te halen, mag de curator hiervoor dan een vergoeding vragen? Het antwoord luidt: ja. Uit vaste rechtspraak volgt dat de curator een redelijke vergoeding mag vragen voor kosten die gepaard gaan met de uitlevering van goederen van individuele schuldeisers, zoals een leverancier onder eigendomsvoorbehoud. Het moet dan wel gaan om kosten die (uitsluitend) met de *uitlevering* verband houden en niet met het inventariseren van activa en het beoordelen van aanspraken, aangezien die laatstgenoemde werkzaamheden tot de wettelijke taak van de curator behoren. Hierover schreven wij al eerder in [dit artikel](#). Het is als leverancier dus raadzaam om na te gaan of de door de curator gevraagde bijdrage een redelijke is en enkel de kosten van de uitlevering dekt (bijvoorbeeld op urenbasis) en niet, verkappt, ook andere kosten.

Identificeerbaarheid

Tot slot is het ook mogelijk dat de curator het eigendomsvoorbehoud in zijn geheel betwist – bijvoorbeeld omdat de goederen niet zijn te identificeren (welke afgeleverde dozen zijn nu wel betaald en welke niet) of omdat zij deel zijn gaan uitmaken van een andere zaak (bijvoorbeeld omdat zij als onderdeel in een andere zaak zijn verwerkt). Het eigendomsvoorbehoud kan in een dergelijke situatie wellicht wel rechtsgeldig zijn overeengekomen, maar heeft niet langer werking zodat de goederen niet kunnen worden teruggevorderd. Om discussies te voorkomen is het raadzaam om geleverde goederen te voorzien van stickers met gegevens waaruit kan worden afgeleid tot welke leverantie deze hebben behoord en gegevens van uw bedrijf, zodat aan de hand van de pakbonnen kan worden vastgesteld welke goederen wel zijn betaald en welke niet en dat dit goederen zijn afkomstig van u. Er moet een link kunnen worden gelegd tussen de onbetaald gelaten factuur en de op *die* factuur betrekking hebbende afgeleverde goederen.

Conclusie

Hoewel het eigendomsvoorbehoud de leverancier een sterke positie geeft in faillissement, zijn er omstandigheden die maken dat het recht van de leverancier wordt bemoeilijkt. Het is dan ook van belang het eigendomsvoorbehoud goed te regelen en alert te zijn in faillissement.

Maartje ter Horst

T: +31 (0)24 381 31 49

E: terhorst@dirkzwager.nl

De invoering van het UBO-register is uitgesteld

De invoering in Nederland van het zogenaamde “UBO-register” is uitgesteld. Het ministerie van Financiën liet op 23 juni 2017 weten dat het wetsvoorstel pas in de tweede helft van 2017 wordt verwacht.

Het UBO-register vloeit voort uit de Europese vierde anti-witwasrichtlijn. Deze richtlijn diende op 26 juni 2017 te zijn geïmplementeerd in de lidstaten. Deze deadline zal Nederland dus niet halen. Eerder dit jaar, op 31 maart 2017, werd al wel een concept wetsvoorstel ingediend ter consultatie.

Het UBO-register is een nieuw register waarin informatie omtrent ultimate beneficial owners van vennootschappen zal worden opgenomen en openbaar zal worden gemaakt. Bent u benieuwd welke gegevens in het UBO-register zullen worden gepubliceerd? Dirkzwager informeerde u daarover in dit en dit artikel.

Karin Harmsen

T: +31 (0)26 353 83 64

E: harmsen@dirkzwager.nl

Overheid & Vastgoed

www.dirkzwageroverheidenvastgoed.nl

Hoge Raad geeft duidelijkheid over het begrip ‘woning’ in de overdrachtsbelasting

De overdracht van een woning wordt tegen een verlaagd tarief aan overdrachtsbelasting belast. De verkrijger dient namelijk 2% overdrachtsbelasting te betalen over de waarde van de woning, terwijl dit voor overige onroerende zaken in principe 6% betreft. In de praktijk heeft dit tot de nodige discussies tussen een verkrijger en de belastinginspecteur geleid, aangezien er in de wet niet wordt omschreven wat er precies onder een ‘woning’ dient te worden verstaan. Met name bij kantoorvilla’s en transformatiepanden verschilden men weleens van mening. De Hoge Raad heeft vandaag een viertal arresten gewezen waarin duidelijkheid wordt geschapen.

Een onroerende zaak geldt volgens de Hoge Raad als woning als deze oorspronkelijk voor bewoning is ontworpen en gebouwd. Of het pand naar aard en inrichting ook geschikt is om als woning te dienen, is hierbij niet van doorslaggevend belang. Ook wanneer een pand na een mogelijke verbouwing met het oog op een andere bestemming dan wonen vrij gemakkelijk weer voor bewoning geschikt te maken is, valt deze onder de definitie van een ‘woning’. Het feit dat een verkrijging eventueel niet bijdraagt aan de doorstroming op de woningmarkt doet hier niets aan af.

Wanneer men ondanks deze definitie van de Hoge Raad toch niet tot een slotsom komt dan kan er mede betekenis worden toegekend aan eisen of beperkingen die voortvloeien uit publiekrechtelijke voorschriften.

Arresten:

[ECLI:NL:HR:2017:290](#)

[ECLI:NL:HR:2017:291](#)

[ECLI:NL:HR:2017:294](#)

[ECLI:NL:HR:2017:295](#)

Daan Bastiaans

T: +31 (0)26 365 55 32

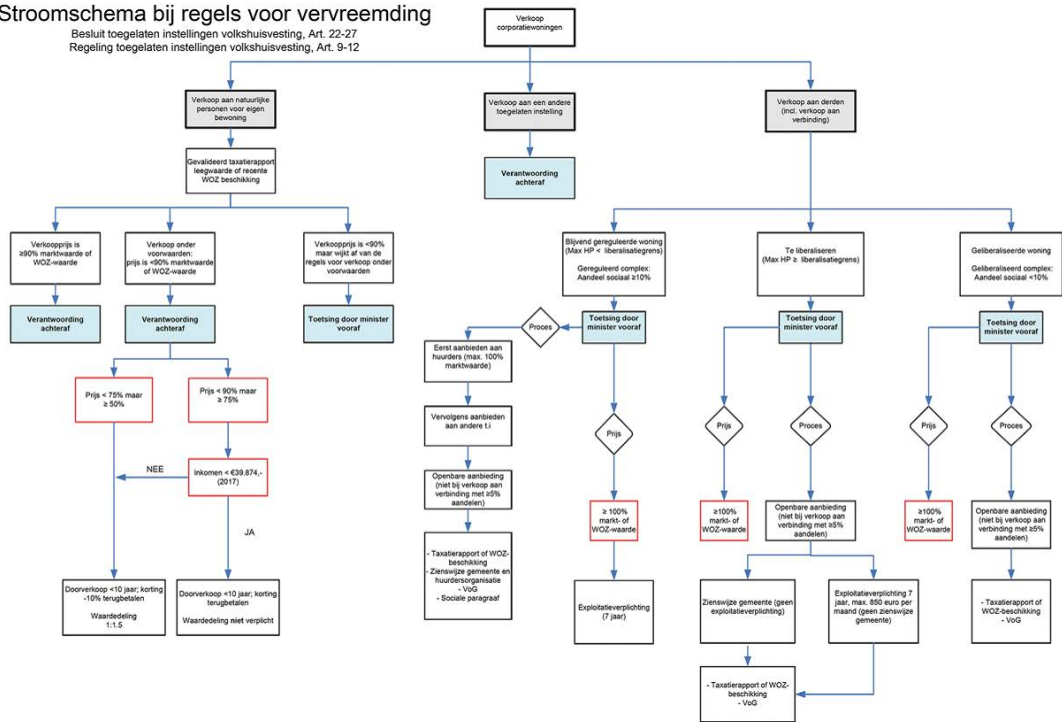
E: bastiaans@dirkzwager.nl

Versoepeling verkoopregels corporatiewoningen per 1 april 2017

Op 1 april 2017 heeft minister Plasterk het Besluit toegelaten instellingen volkshuisvesting 2015 ('Btiv') gewijzigd. De verkoop van corporatiewoningen aan (buitenlandse) beleggers is hierdoor een stuk eenvoudiger geworden. Veel drempels voor investeerders zijn weggenomen.

In onderstaand stroomschema ziet u de nieuwe regels in één oogopslag.

Stroomschema bij regels voor vervreemding



Zienswijzen van gemeenten en huurdersorganisaties

Eén van de belangrijkste wijzigingen heeft betrekking op de verplichte zienswijzen. De minister versoepelt de regeling omtrent de zienswijzen mede omdat hij ervan uitgaat dat toegelaten instellingen, de gemeente en de huurdersorganisatie op grond van

de Woningwet gezamenlijk bepalen wat de inzet van de toegelaten instelling op lokaal niveau is. Zij doen dat via prestatieafspraken, waarbij onder andere afspraken worden gemaakt over de verkoop van woningen en de besteding van verkoopopbrengsten.

De zienswijzen van gemeenten en de huurdersorganisatie is met de inwerkingtreding van de nieuwe regels alleen nog verplicht bij gereguleerde woningen.

Bij potentieel te liberaliseren woningen (woningen met een huurprijs onder de huurtoeslaggrens ad € 710,68 maar met meer dan 145 WWS punten) zijn de zienswijzen van de gemeente eveneens niet meer verplicht, mits de koper (of zijn rechtsopvolger) deze woningen minimaal zeven jaar exploiteert in de huurmarkt met een maximale huurprijs ad € 850,- per maand. Daarnaast dienen er prestatieafspraken te zijn gemaakt waarin is opgenomen dat er goedkope woningen worden bijgebouwd met een maximale huur van maximaal € 568,68 (i.v.m. de passendheidtoets). Indien een corporatie méér potentieel te liberaliseren woningen verkoopt dan het aantal goedkope woningen dat wordt bijgebouwd, dan zijn zienswijzen weer verplicht. In de praktijk zal dit waarschijnlijk betekenen dat de verkopende corporatie de koper zal introduceren bij de gemeente, waarbij er vrijwillige afspraken worden gemaakt tussen de koper en de gemeente en welke afspraken vervolgens aan de koopovereenkomst zal worden gehecht.

Bij geliberaliseerde woningen zijn zienswijzen niet langer verplicht.

Winstdeling is komen te vervallen

Uit een evaluatie van de (oude) verkoopregels van corporatiewoningen is het de minister gebleken dat beleggers (nagenoeg) geen gereguleerde woningen willen aankopen omdat de oude regels hen verplichtte om de eventuele verkoopwinst op termijn over een periode van 30 jaar te delen met de verkopende corporatie (50%-50%). Gevolg was ook dat de verkopende corporaties zich met langdurige, hoge administratielasten geconfronteerd zagen. De minister heeft de winstdelingsplicht laten vervallen. Wel heeft de minister daarbij de eis gesteld dat vervreemding van gereguleerde woningen tegen de marktwaarde van de woongelegenheden moet plaatsvinden en dat voor alle blijvend gereguleerde woningen een exploitatieplicht van zeven jaar geldt. Door bij de (taxatie van de) verkoop niet langer van de 'leegwaarde' maar van de 'marktwaarde' uit te gaan, kunnen geen kortingen meer op de aankoopprijs worden verstrekt en daarmee vervalt ook de grondslag voor de winstdeling, zo redeneert de minister.

Sociale paragraaf

Bij aankoop van gereguleerde woningen geldt eveneens een exploitatieplicht van zeven jaar. Tevens geldt dan dat de koper zich in de koopovereenkomst dient te

committeren aan een sociale paragraaf (bijv. IVBN Gedragscode verkoop (complexen) huurwoningen 2007).

VOG

In alle gevallen dient de corporatie bij de goedkeuringsaanvraag een Verklaring Omtrent Gedrag ('VOG') van de koper te overleggen. Dit vereiste geldt ook voor buitenlandse investeerders. Dirkwager heeft ervaring met aanvragen van VOG door buitenlandse investeerders.

Overgangsrecht

Op verzoeken tot goedkeuring die vóór 1 april 2017 zijn ingediend bij de Autoriteit Wonen ('Aw') blijven de oude verkoopregels gelden.

Meer weten over dit onderwerp? Neem contact op met Robert Rijpstra, advocaat bij Dirkwager en gespecialiseerd in het juridisch begeleiden van gestructureerde verkoopprocessen.

Robert Rijpstra

T: +31 (0)26 353 83 54

E: rijpstra@dirkwager.nl

Nieuw ROZ-model voor woonruimte 2017 gepubliceerd

Vandaag heeft de Raad voor Onroerende Zaken “ROZ” een nieuwe modelhuurovereenkomst voor woonruimte gepubliceerd. Het model is tweeledig en bestaat uit de Huurovereenkomst Woonruimte 2017 en Algemene Bepalingen Woonruimte 2017. Het nieuwe ROZ-model voor Woonruimte 2017 volgt het ROZ-model voor Woonruimte 2003 op. Met dit nieuwe model heeft de ROZ beoogd om aan te sluiten bij de huidige praktijk door onderwerpen als tijdelijke verhuur, verhuur aan specifieke groepen en onderverhuur van woningen via AirBnB in het model te verwerken. In dit artikel zal ik kort een aantal vernieuwingen in het ROZ-model voor Woonruimte 2017 ten opzichte van het ROZ-model voor Woonruimte 2003 behandelen.

Nieuw in het ROZ-model voor Woonruimte 2017

In de nieuwe Huurovereenkomst Woonruimte 2017 en Algemene Bepalingen Woonruimte 2017 ([hier](#) te downloaden) is een aantal toevoegingen gedaan om de modellen uit 2003 aan te passen aan de huidige praktijk voor de huur en verhuur van woonruimte. Ik bespreek hierna de voornaamste.

Mogelijkheden voor tijdelijke verhuur

Met de invoering van de Wet doorstroming huurmarkt 2015 per 1 juli 2016 heeft de verhuurder de mogelijkheid gekregen om woonruimte tijdelijk te verhuren zonder dat de huurder huurbescherming toekomt. De ROZ heeft deze wijziging in het nieuwe model Huurovereenkomst Woonruimte 2017 verwerkt. De overeenkomst biedt in de considerans vier smaken met betrekking tot de duur van de overeenkomst waar de verhuurder en huurder voor kunnen kiezen:

- Verhuur voor *onbepaalde tijd*;
- Verhuur voor *onbepaalde tijd* met een minimum van twaalf (12) maanden;
- Verhuur voor *bepaalde tijd* voor maximaal twee jaar of korter (bij zelfstandige woonruimte) en vijf jaar of korter (bij onzelfstandige woonruimte);
- Verhuur voor *bepaalde tijd* langer dan twee jaar (bij zelfstandige woonruimte) en langer dan vijf jaar (bij onzelfstandige woonruimte).

Deze keuze dient vervolgens ook in art. 3 van de Huurovereenkomst Woonruimte 2017 te worden gemaakt.

Optie 1: wanneer voor optie 1 wordt gekozen gaan partijen een overeenkomst voor onbepaalde tijd aan. Huurder en verhuurder kunnen de overeenkomst van meet af aan opzeggen. Huurder geniet vanaf het begin van de huurovereenkomst huurbescherming.

Optie 2: betreft een opvallende keuze van de ROZ. De gangbare praktijk was vóór 1 juli 2016 zo dat een overeenkomst voor de duur van één jaar werd gesloten welke vervolgens werd voortgezet voor onbepaalde tijd. Zowel huurder als verhuurder konden deze overeenkomst gedurende het eerste jaar niet opzeggen. Dit had als voordeel voor verhuurders dat er geen te snelle mutaties in het huurdersbestand zouden plaatsvinden. Sinds de wetwijziging per 1 juli 2016 is het echter de vraag of deze constructie mogelijk is. Een overeenkomst die wordt aangegaan voor de bepaalde tijd van één jaar is immers door huurder tussentijds opzegbaar.

De ROZ licht deze keuze in haar Handleiding Huurovereenkomst Woonruimte 2017 als volgt toe:

Hoewel de ROZ aanleiding heeft te veronderstellen dat de wetgever met de invoering van voornoemde wet geen verandering heeft beoogd in deze bestaande praktijk (vóór de wetwijziging van 1 juli 2016), onderkent de ROZ dat daaromtrent in de literatuur inmiddels discussie is ontstaan. Uit de discussie volgt dat er een behoefte is om de bestaande praktijk voort te zetten. Deze discussie is in de jurisprudentie nog niet uitgekristalliseerd en derhalve bestaat hierover nog geen rechtszekerheid.

Ten aanzien van de formulering van optie 2 wordt nog opgemerkt dat er, vanwege het woordgebruik van de minister (te weten "contracten voor onbepaalde duur waarbij een minimumtermijn is bedongen") in reactie op Kamervragen naar aanleiding van de inwerkingtreding per 1 juli 2016 van de Wet doorstroming huurmarkt 2015, voor is gekozen om die oude tekstuele bepaling (artikel 3) aan te passen en zoveel als mogelijk bij het woordgebruik van de minister aan te sluiten. De ROZ heeft daarmee geen wijziging van de bestaande praktijk willen bewerkstelligen.

De ROZ wenst hier dan ook nogmaals te benadrukken dat zij geen enkele aansprakelijkheid aanvaardt voor nadelige gevolgen van het gebruik van de door haar aangeboden tekst.

De toekomstige jurisprudentie naar aanleiding van de voortzetting van deze 'gangbare praktijk' na 1 juli 2016 zal moeten uitwijzen of optie 2 ook daadwerkelijk kan bewerkstelligen dat een huurder gedurende het eerste jaar van de huurovereenkomst niet kan opzeggen. De ROZ houdt in ieder geval duidelijk een slag om de arm.

Optie 3: bij optie 3 maakt de verhuurder gebruik van de nieuw geschapen mogelijkheid in art. 7:271 lid 1 onder b BW. De huurder geniet bij deze optie géén huurbescherming. De verhuurder zal de huurder wel tijdig voor het verstrijken van de bepaalde tijd (niet eerder dan drie maanden, uiterlijk één maand) dienen te berichten over het aflopen van de huurovereenkomst. Doet de verhuurder dit niet (of niet tijdig) dan loopt de huurovereenkomst voor onbepaalde tijd door. Opeenvolgende huurovereenkomsten voor bepaalde tijd worden gezien als een voortzetting voor onbepaalde tijd van de eerdere huurovereenkomst. Aan de huurder komt in dat geval alsnog huurbescherming toe.

Optie 4: betreft de variant waarbij huurder en verhuurder een minimumduur overeenkomen (van minimaal 2 of 5 jaar) waarbinnen zowel huurder als verhuurder niet kunnen opzeggen. De overeenkomst wordt vervolgens voor onbepaalde tijd voortgezet.

Mogelijkheden voor verhuur aan bepaalde doelgroepen

Met de inwerkingtreding van de Wet doorstroming huurmarkt 2015 op 1 juli 2016 hebben verhuurders de mogelijkheid gekregen om te verhuren aan een specifieke, in de wet genoemde, doelgroep. In artikelen 7:274 a-f BW zijn deze groepen opgesomd. Het gaat om: gehandicapten, ouderen, jongeren onder 28 jaar, studenten, promovendi en grote gezinnen. Wanneer aan de in de voorgaande artikelen daartoe gestelde voorwaarden is voldaan kan de verhuurder de overeenkomst met een beroep op dringend eigen gebruik opzeggen indien de huurder niet langer tot de genoemde doelgroep behoort.

In art. 1.2. van de Huurovereenkomst Woonruimte 2017 dient de verhuurder, indien deze van bovengenoemde mogelijkheid gebruik wil maken, een keuze te maken voor één van de in de wet genoemde groepen.

Aanpak overlast

De ROZ heeft in het nieuwe model geprobeerd de aanpak van overlast door verhuurders 'meer handen en voeten te geven'. De Algemene Bepalingen Woonruimte 2017 bepalen in art. 2.1. expliciet dat onderverhuur via AirBnB of soortgelijke organisaties niet is toegestaan zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de verhuurder. In

art. 11.1 onder d van de Huurovereenkomst Woonruimte 2017 is een specifieke boete-bepaling voor onderverhuur opgenomen.

Boetebepaling

De boetebepaling is nu in de huurovereenkomst zelf opgenomen in plaats van in de bij de huurovereenkomst behorende algemene bepalingen, zoals het geval was bij het ROZ-model voor Woonruimte 2003. Verder is het boetebeding in art. 11 van de Huurovereenkomst Woonruimte 2017 zeer uitgebreid geformuleerd.

De ROZ stelt zelf in haar Handleiding Woonruimte 2017 de volgende bedragen voor waarvan zij meent dat deze niet onredelijk zijn:

Artikel 11.1:

- een boete van € 20,00 per dag, met een maximum van € 4.000,00;
- een boete van € 35,00 per dag, met een maximum van € 7.000,00;
- een boete van € 50,00 per dag, met een maximum van € 10.000,00;
- een boete van € 1.500,00 per overtreding en € 75,00 per dag met een maximum van € 15.000,00;
- een boete van € 5.000,00 per overtreding en € 100,00 per dag met een maximum van € 25.000,00;

Artikel 11.2:

een boete van € 10,00 per dag met een maximum van € 2.000,00. Indien verhuurder een professionele partij is, is dit artikel 11.2 niet van toepassing.

Het staat verhuurders en huurders uiteraard vrij om zelf de bedragen in de Huurovereenkomst Woonruimte 2017 in te vullen. De ROZ heeft met deze verschuiving en met de tekstuele uitbreiding en wijziging van het boetebeding naar eigen zeggen gepoogd 'in lijn te zijn met Europese jurisprudentie'. Toekomstige rechtspraak zal moeten uitwijzen of de boetebepaling in deze editie van het ROZ-model voor Woonruimte Europa bestendig is.

Heeft u vragen met betrekking tot het gebruik van het nieuwe ROZ-model voor Woonruimte 2017? Neemt u dan gerust contact op met mij of een van [onze andere huurrechtsspecialisten](#).

Rutger Fabritius

T: +31 (0)24 381 31 25

E: fabritius@dirkzwager.nl

Vermenging van het heersend en dienend erf leidt niet altijd tot tenietgaan erfdiensbaaheid

Rechtbank Noord-Holland 19 juli 2017, [ECLI:NL:RBNHO:2017:6032](#). De casus die centraal staat in de uitspraak van rechtbank Noord-Holland van 19 juli 2017 betreft een drietal percelen waarop een erfdiensbaaheid is gevestigd – één dienend erf en twee heersende erven – waarvan één heersend erf en het dienend erf eigendom zijn geworden van een woningstichting in 2001 en 2002. Een erfdiensbaaheid is een last waarmee een perceel, het dienende erf, ten bate van een ander perceel, het heersende erf, is belast. De erfdiensbaaheid in deze zaak stamt uit 1979 en is bij iedere verkoop opnieuw in de akte van levering opgenomen. Eiseres en gedaagde hebben de percelen in 2015 en 2011 in eigendom verkregen van de woningstichting.

Eiseres is van mening dat de erfdiensbaaheid in 2002 is tenietgegaan, omdat de woningstichting toen twee percelen – zowel het dienend als één heersend erf – in handen kreeg waardoor er sprake is van vermenging. Door het tenietgaan van de erfdiensbaaheid in 2002 had de woningstichting deze erfdiensbaaheid niet in de akte van levering kunnen opnemen, omdat de erfdiensbaaheid niet meer bestond en – om hieraan rechten te kunnen ontlenen – opnieuw gevestigd had moeten worden. Voor de vestiging van een erfdiensbaaheid dient echter overeenstemming tussen partijen te bestaan. Eiseres betoogt dat gedaagde geen rechten kan ontlenen aan de erfdiensbaaheid en eist daarom dat gedaagde niet langer de onderdoorgang onder haar huis mag gebruiken om zijn perceel te bereiken.

Het oordeel van de rechtbank

De rechtbank beoordeelt allereerst of er sprake is van vermenging en vervolgens of de erfdiensbaaheid daadwerkelijk tenietgaat door deze vermenging.

Vermenging

Gedaagde voert als verweer dat er twee heersende erven zijn en ten behoeve van deze percelen één recht van erfdiensbaaheid is gevestigd. Nu de woningstichting

maar van één van de percelen eigenaar was, zijn niet alle percelen waarop de erfdiensbaaheid ziet in één hand gekomen en is er dus geen sprake van vermenging. Verwezen wordt hierbij naar een arrest van het gerechtshof Den Haag (ECLI:NL:GHSGR:2012:BY6540). De rechtbank verwerpt dit verweer omdat – in tegenstelling tot de casus van het gerechtshof – het niet één heersend erf betreft dat gesplitst is, maar het twee reeds bestaande heersende erven zijn. De rechtbank is daarom van oordeel dat er sprake is van vermenging.^[1]

Tenietgaan erfdiensbaaheid

Uit artikel 5:83 BW volgt dat als beide percelen door verschillende personen gehuurd worden van een woningstichting, de erfdiensbaaheid door vermenging pas tenietgaat als deze huurperiode eindigt. Gedaagde betoogt dat in casu hierdoor wordt voorkomen dat de erfdiensbaaheid is tenietgegaan. De woningstichting heeft de percelen immers altijd aan derden in gebruik gegeven in plaats van hier zelf gebruik van te maken. De ratio achter het tenietgaan door vermenging is dat de erfdiensbaaheid geen betekenis heeft als de betrokken erven in één hand komen. Het heersend en het dienend erf werden in dit geval echter niet door de woningstichting zelf gebruikt, waardoor deze stelling niet opgaat. De erfdiensbaaheid behield zijn functie in de periode dat de percelen in eigendom waren van de woningstichting en is niet tenietgegaan door vermenging, zo oordeelt de rechtbank. De erfdiensbaaheid blijft rusten op het perceel van eiseres.

John Wijnmaalen

T: +31 (0)26 365 55 58

E: wijnmaalen@dirkzwager.nl

[1] Opmerkelijk is dat rechtbank Noord-Holland met dit oordeel impliceert dat een erfdiensbaaheid gedeeltelijk teniet kan gaan door vermenging. De erfdiensbaaheid op het heersend erf dat niet door de woningstichting is verkregen, gaat immers niet teniet door vermenging.

Zorgplicht van bomen, wanneer ben je aansprakelijk voor veroorzaakte schade

Op 19 juli 2017 lag een geschil omtrent de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van een omgewaaide boom voor bij de Rechtbank Gelderland. De vraag was of er sprake was van schending van een zorgplicht. De rechtbank oordeelt dat voor beantwoording van de vraag of de zorgplicht is geschonden van belang is of gedaagden de bomen niet regelmatig hebben gecontroleerd en nagelaten hebben onderhoud te plegen.

In dit geschil dient eerst nader onderzoek door een deskundige plaats te vinden. Daaruit moet blijken of bij de controle van de bomen in het weiland van gedaagden in de zomer van 2015 aanwijzingen hadden moeten worden waargenomen dat de bewuste zomereik verminderd stabiel en breukvast was en onderhoud behoefde. Immers, een boom valt niet met de eerste slag, maar wel door een windworp.

Feiten

In de nacht van 17 of 19 november 2015 is een zomereik op het weiland van gedaagden omgewaaid en (gedeeltelijk) terechtgekomen op de kantoorunits van eisers. Eisers hebben een adviesbureau ingeschakeld die onderzoek heeft verricht naar de gezondheidstoestand van de omgewaaide boom. Hierbij is houtrot waargenomen, alsmede inzinkingen en een holte in de stamvoet. Het adviesbureau is van mening dat de boom duidelijk visueel waarneembare symptomen van verminderde stabiliteit en breukvastheid vertoonde. Hierdoor was een verhoogde kans op windworp te voorzien geweest.

Gedaagden hebben contra-expertise laten verrichten door een boomtechnisch adviseur. Deze stelt dat de bevindingen van het voornoemde adviesbureau eenzijdig en onvolledig zijn. Er zou geen sprake zijn van verhoogde gevaarstelling, noch sprake van grote zichtbare uiterlijke kenmerken van de boom die verminderde breukvastigheid en stabiliteit aantonen.

Oordeel rechtbank

De rechtbank oordeelt dat voor beantwoording van de vraag of de zorgplicht door gedaagden is geschonden van belang is of zij de bomen niet regelmatig hebben gecontroleerd en nagelaten hebben onderhoud te plegen. Gedaagden hadden dan de slechte of risicovolle bomen moeten (laten) verwijderen. Daarnaast is de rechtbank van mening dat gelet op de toelichting van eisers niet de conclusie kan worden getrokken dat de bomenrij niet werd onderhouden.

Wat betreft de verweten schending van de zorgplicht is de rechtbank van oordeel dat op grond van de thans voorliggende stukken (rapporten van adviesbureau en boomtechnisch adviseur) niet met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld of er sprake was van uiterlijk waarneembare afwijkingen of gebreken. Die hadden dan aanleiding moeten zijn voor gedaagden om maatregelen te nemen. Gelet hierop heeft de rechtbank behoefte aan nadere voorlichting door een deskundige.

Conclusie

Het is belangrijk bomen goed te onderhouden of deze nu op uw eigen grond staan of op gepachte gronden. Vooral als deze op een risicovolle plek staan waar zij schade (aan anderen) kunnen berokkenen. De kans op aansprakelijkheidstelling wordt sterk verminderd indien u kunt aantonen dat de bomen altijd goed onderhouden zijn.

Heeft u vragen omtrent de zorgplicht rondom aanwezige bomen of andere beplanting op uw eigen grond of op gepachte gronden, neem dan contact op met José Jochemsen-Vernooij, advocaat Food & Agri.

José Jochemsen-Vernooij

T: +31 (0)26 353 83 09

E: jochemsen@dirkzwager.nl

Nadere invulling “gevolgen van enige betekenis” in het kader van belanghebbendheid

In een eerdere **bijdrage** van mijn kantoorgenoot **Jelmer Keur** is gesignaleerd dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in een uitspraak van 16 maart 2016 ([ECLI:NL:RVS:2016:737](#)) een nieuwe koers heeft ingezet bij de beoordeling of partijen belanghebbende zijn in het omgevingsrecht. I

In deze zaak, waarin een vergunning attractiepark “Walibi Holland” centraal stond, overweegt de Afdeling uitdrukkelijk dat zij vanaf deze uitspraak een ander criterium gaat hanteren om te beoordelen of een natuurlijk persoon belanghebbende is in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) met betrekking tot een omgevingsvergunning voor “milieu”. Vanaf deze datum verlangt de Afdeling voor belanghebbendheid dat aannemelijk moet zijn dat ter plaatse van de woning of het perceel van de betrokkene “gevolgen van enige betekenis” kunnen worden ondervonden als gevolg van een verleende omgevingsvergunning voor milieu. Dit moet bovendien naar “objectieve maatstaven” worden gemeten.

Nadere invulling en het uitgangspunt

In een uitspraak van 23 augustus 2017 ([ECLI:NL:RVS:2017:2271](#)) heeft de Afdeling dit criterium nader ingevuld. Hierover bleek in de rechtspraak onduidelijkheid. Met een nadere invulling van het criterium en een uitgebreide toelichting daarop in de uitspraak hoopt de Afdeling tegemoet te komen aan een behoefte in de rechtspraak. Het uitgangspunt is dat degene die rechtstreeks feitelijke gevolgen ondervindt van een activiteit die het besluit toestaat, in beginsel belanghebbende is bij dat besluit. Maar die feitelijke gevolgen moeten wel iets voorstellen. Daarom wordt het criterium ‘gevolgen van enige betekenis’ gehanteerd als correctie op dit uitgangspunt. Gevolgen van enige betekenis ontbreken als de gevolgen van de activiteit voor de woon-, leef- of bedrijfssituatie van betrokkene zo gering zijn dat een persoonlijk belang bij het besluit ontbreekt. Daarbij spelen de factoren afstand tot, zicht op, planologische uitstraling van en milieugevolgen (zoals geur, geluid, licht, trilling, emissie, risico) van de activiteit een rol. Ook aard, intensiteit en frequentie van de feitelijke gevolgen kunnen van belang zijn.

Norm niet bepalend en kring van belanghebbenden

Als bepaalde milieugevolgen zijn genormeerd door een afstandseis, een contour of een grenswaarde, is deze norm niet bepalend voor de vraag of iemand belanghebbende is bij het besluit. De kring van belanghebbenden kan afhankelijk zijn van de aard van het besluit. Zo hoeft die kring bij een handhavingsbesluit niet altijd samen te vallen met die bij een besluit tot vergunningverlening.

Bestuursorgaan stelt vast, bestuursrechter oordeelt

Bij besluiten over activiteiten in het omgevingsrecht is het doorgaans de taak van het bestuursorgaan om bij de bestuurlijke voorprocedure de kring van belanghebbenden vast te stellen. Als (hoger) beroep wordt ingesteld, is het aan de bestuursrechter om te oordelen over de vraag wie belanghebbenden zijn bij een besluit. De rechtzoekende hoeft niet zelf aan te tonen dat hij belanghebbende is. Alleen als de vraag aan de orde is of “gevolgen van enige betekenis” ontbreken en dus de vraag of er aanleiding is de correctie toe te passen, kan en mag van de rechtzoekende worden gevraagd uit te leggen welke feitelijke gevolgen hij van de activiteit ondervindt of vreest te zullen ondervinden.

Gevolgen van een mestbassin

Hoe pakt dit criterium nu uit in de uitspraak van 23 augustus 2017? De Afdeling overweegt dat hoewel het mestbassin op een afstand van ongeveer 300 m tot 600 meter van de woningen van de appellanten ligt, het college niet heeft weersproken dat de appellant en anderen ter plaatse van hun woningen de geur van het in gebruik zijnde mestbassin waarnemen. De Afdeling wijst in dit kader op het aanvankelijk door het college in het besluit op bezwaar ingenomen standpunt dat het aannemelijk is dat alle bezwaarmakers geuroverlast kunnen ondervinden. Er zijn ter plaatse van de woningen van betrokkenen dus feitelijke milieugevolgen als gevolg van het mestbassin. Dit betekent dat appellant en anderen belanghebbende zijn bij het besluit, tenzij geoordeeld moet worden dat “gevolgen van enige betekenis” voor hen ontbreken. Met betrekking tot deze laatste vraag is van belang dat de geurhinder zich met name voordoet als het mestbassin net gevuld is en de wind in de richting van de betreffende woningen staat, dat de geurhinder niet continue maar wel regelmatig plaatsvindt en dat geur van mest doorgaans als penetrant wordt ervaren. Onder deze omstandigheden bestaat geen

grond voor het oordeel dat voor de betreffende omwonenden van het mestbassin gevolgen van enige betekenis ontbreken, aldus de Afdeling. Er is dus sprake van belanghebbendheid.

Heeft u vragen over belanghebbendheid? Neem contact op met [Jasper Molenaar](#).

Jasper Molenaar

T: +31 (0)26 353 84 09

E: molenaar@dirkzwager.nl

Afdeling bestuursrechtspraak: onteigening windturbines mogelijk en saneringsvoorwaarden toelaatbaar

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft twee recente uitspraken gedaan over het verwijderen van bestaande turbines in het kader van of als voorwaarde voor het verlenen van een vergunning voor nieuwe windturbines. In de eerste uitspraak bevestigt de Afdeling dat de onteigening van bestaande windturbines mogelijk is. In de tweede uitspraak keurt de Afdeling een saneringseis goed waarmee het onteigeningsinstrument voor de verwijdering van windturbines volledig buiten beeld blijft.

Verwijdering bestaande turbines met onteigening afdwingen

In de eerste [uitspraak](#) van 23 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2275, over het bestemmingsplan Buitengebied van de gemeente Zeewolde heeft de Afdeling impliciet geoordeeld dat de verwijdering van bestaande windturbines door middel van onteigening kan worden afgedwongen. De Afdeling overwoog dat het geringe draagvlak onder de eigenaren van de windturbines voor het plan van de raad om de windturbines te verwijderen er niet toe leidt dat de windturbines niet kunnen worden verwijderd. Voor onteigening is namelijk geen toestemming van de eigenaren van de windturbines nodig. Kortom, de niet meewerkende eigenaar/exploitant moet dan maar worden onteigend.

Het ging in die zaak om windturbines die waren wegbestemd met de bestemming "Agrarisch" zonder de aanduiding "windturbine" en met de bestemming natuur "Bos-Natuur". In een geheel ander plan, het (ontwerp) Rijksinpassingsplan Windpark Zeewolde, werd voorzien in de realisering van 93 nieuwe turbines, waarbij het RIP er niet toe verplichtte, maar er wel op was gericht om de 221 bestaande turbines in de provincie Flevoland te verwijderen.

Saneringseis toelaatbaar: initiatiefnemer moet zelf verwijdering bestaande turbines regelen

In de tweede [uitspraak](#) van 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2332, windturbines Afrikahaven te Amsterdam, oordeelde de Afdeling over de in de Provinciale Ruimtelijke

Verordening van de provincie Noord-Holland neergelegde voorwaarde, dat het bouwen op opschalen van één windturbine niet eerder geschiedt dan na verwijdering van ten minste twee andere windturbines op het grondgebied van de provincie, en dat daartoe een overeenkomst tussen de aanvrager van de nieuwe turbine en de eigenaren van de te verwijderen windturbine moet worden overgelegd.

Het Havenbedrijf, dat de nieuwe turbines wilde plaatsen, en de gemeente Amsterdam hadden aangevoerd dat de provinciale saneringseis in strijd was met de Onteigeningswet en de planschaderegeling in de Wet ruimtelijke ordening. In plaats van de verwijdering bij het Havenbedrijf neer te leggen zou de provincie met het oog op de verwijdering van de te saneren windturbines gebruik moeten maken van haar bevoegdheden op grond van de Wro, te weten het wegbestemmen van de windturbines en de onteigening ervan op grond van de Onteigeningswet. De saneringseis leidt volgens het Havenbedrijf en de gemeente tot hogere kosten voor een initiatiefnemer dan de onteigeningsvergoeding of planschadevergoeding.

De Afdeling bestuursrechtspraak overwoog dat de Wro regels stelt over de wijze waarop aan degene die in de vorm van een inkomensderving of een vermindering van de waarde van een onroerende zaak schade lijdt of zal lijden als gevolg van onder meer het wegbestemmen van gebruik van gronden een tegemoetkoming in die schade wordt toegekend. Met het wegbestemmen en het toekennen van een tegemoetkoming is echter nog niet bereikt dat ongewenste bouwwerken door de eigenaar van de gronden waarop de bouwwerken staan, worden verwijderd. Om verwijdering te bereiken kan worden overgegaan tot onteigening van de gronden. De Onteigeningswet stelt regels over de te volgen procedure en de omvang van de schadevergoeding bij onteigening van gronden tegen de wil van de eigenaar. Deze wet sluit volgens de Afdeling echter niet uit dat op een andere, minnelijke wijze zonder verkrijging van eigendom van gronden wordt bereikt dat ongewenste bouwwerken worden verwijderd. Hoewel het Havenbedrijf kosten zal moeten maken om te kunnen voldoen aan de saneringseis, gaat het hier niet om kosten die de provincie zelf zou moeten maken als de aanvrager van een omgevingsvergunning voor de bouw van een windturbine daarvoor geen zorg zou dragen. De saneringseis strekt tot het stimuleren van vermindering van het aantal windturbines in de provincie, door van degene die met gebruikmaking van de in het vierde lid neergelegde regeling voor herstructureringsgebieden planologische medewerking wenst voor de bouw van een windturbine te verlangen dat hij zorgt voor een ruimtelijke kwaliteitsverbetering die deze medewerking kan rechtvaardigen. Daarbij vindt de Afdeling van belang dat voor het Havenbedrijf geen verplichting bestaat om windturbines te bouwen.

Commentaar

Met andere woorden: onteigening ter verwijdering van bestaande turbines is –volgens de Afdeling bestuursrechtspraak – mogelijk, maar de overheid mag de verwijdering ook op het bordje leggen van de initiatiefnemer voor een nieuwe turbine of nieuw windpark, door een saneringseis te stellen in het kader van de verlening van de vergunning voor een nieuwe turbine. De Onteigeningswet staat in die gevallen buiten spel, omdat (de voorbereiding van) de vergunningaanvraag voor een nieuwe turbine al strandt vanwege het niet bereiken van overeenstemming tussen de initiatiefnemer en de eigenaar van de bestaande turbine. Aan onteigening ter realisering van het bestemmingsplan komen we dan niet toe.

Deze redenering lijkt mij alleen houdbaar indien de realisering van de aan te vragen nieuwe windturbine niet evident in het belang is van een goede ruimtelijke ordening. Zo overwoog de Afdeling in de uitspraak over de Afrikahaven fijntjes dat het Havenbedrijf geen windturbines hoeft te bouwen. Als de nieuwe turbines ook volgens de overheid moeten worden gerealiseerd, en daarvoor is of wordt een nieuw bestemmingsplan vastgesteld (zoals het RIP Windpark Zeewolde) ligt het niet in de rede om zo'n saneringseis te stellen. Met een dergelijke eis kan immers niet zeker worden gesteld dat het windpark binnen de planperiode daadwerkelijk kan worden gerealiseerd. Het houdt dan immers op als de eigenaren van de bestaande turbines niet meewerken.

Bij de verwijdering van bestaande windturbines om plaats te maken voor nieuwe turbines kan dus worden onderscheiden tussen windparken die door de overheid worden geïnitieerd dan wel gesteund in het belang van een goede ruimtelijke ordening, en initiatieven vanuit de markt die niet zijn opgenomen in de plannen van de overheid maar waartegen vanuit ruimtelijke ordeningsperspectief niet per se bezwaar bestaat. Maar dan wel op voorwaarde dat bestaande turbines door de initiatiefnemer worden gesaneerd.

Ik ga er overigens van uit dat de realisering van nieuwe turbines niet door middel van onteigening kan worden afgedwongen, maar dat hiervoor de gedoogplicht op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht (en straks de Omgevingswet) het geëigende instrument is. Waarbij de niet meewerkende eigenaar, die aanspraak heeft op een volledige schadevergoeding, naar mijn oordeel niet hoeft te rekenen op bedragen die in de buurt komen van de zeer aanzienlijke bedragen die initiatiefnemers op dit moment plegen te betalen.

Heeft u vragen over onteigening of over het opleggen van een gedoogplicht in verband met de realisering van een nieuwe turbine of het verwijderen van een bestaande turbine? Belt of mailt u met Hanna Zeilmaker, Joske Hagelaars of Roos Molendijk, advocaten bij Dirkzwager en gespecialiseerd in onteigening en gedoogplichten.

Hanna Zeilmaker

T: +31 (0)24 381 31 86

E: zeilmaker@dirkzwager.nl

Particulier

www.dirkzwagerparticulier.nl

Schenkingsvrijstelling eigen woning per 1 januari 2017

Per 1 januari 2017 is de schenkingsvrijstelling eigen woning verruimd. De vrijstelling van € 100.000,- , is thans *structureel* (dus niet meer tijdelijk) en geldt voor *iedereen* die tussen 18 en 40 jaar oud is (dus niet meer alleen voor eigen kinderen).

De vrijstelling lijkt in veel opzichten op de tijdelijk verhoogde vrijstelling zoals deze van 1 oktober 2013 tot en met 31 december 2014 gold. De belangrijkste verschillen zijn dat de verkrijger nu moet voldoen aan de leeftijdseis (tussen 18 en 40 jaar) en dat de vrijstelling gespreid over (maximaal) drie kalenderjaren mag worden benut. De hoofdregel dat slechts éénmaal van de vrijstelling gebruik mag worden gemaakt indien wordt verkregen van dezelfde schenker (of diens partner) blijft gelden.

Onvoorwaardelijk

Tot 1 januari 2017 moest voor een beroep op de schenkingsvrijstelling ten behoeve van de eigen woning een opschortende of een ontbindende voorwaarde worden gekoppeld aan de schenking. Per 1 januari 2017 is deze verplichting komen te vervallen.

Vanaf 1 januari 2017 wordt de vrijstelling voor de eigen woning slechts verleend voor zover de schenking onvoorwaardelijk is. Hierop bestaat één uitzondering: het is toegestaan dat de schenking wordt gedaan onder de ontbindende voorwaarde dat de schenking vervalt voor zover deze niet conform de voorwaarden van de vrijstelling is besteed aan de eigen woning. Dit betekent dat de schenker mag eisen dat de schenking tijdig wordt besteed aan de eigen woning.

Eigen woning

Wat moet worden verstaan onder het begrip 'schenking ten behoeve van de eigen woning'? Het moet gaan om een schenking van de woning zelf (die voor de verkrijger als een eigen woning gaat kwalificeren), of van een geldsom die wordt aangewend voor:

- de verwerving van een eigen woning of een woning in aanbouw (artikel 3.111 lid 1 of lid 3 Wet IB 2001);
- de verbetering of het onderhoud van een dergelijke woning;

- de afkoop van rechten van erfpacht, opstal of beklemming met betrekking tot de eigen woning; dan wel
- het aflossen van een eigenwoningschuld of een restschuld.

Een verschil met de vroegere ouder-kindvrijstelling is dat het begrip restschuld alle restschulden omvat die reteren na vervreemding van een eigen woning, ook restschulden waarvan de rente voor de heffing van inkomstenbelasting niet aftrekbaar is omdat de restschuld is ontstaan voor 29 oktober 2012.

Het is van groot belang om te realiseren dat alleen aan de voorwaarde van besteding wordt voldaan als de verkrijger de schenking besteedt aan diens eigen eigen woning, en dus ook alleen voor de aflossing van diens eigen deel van de eigenwoningschuld. Een aflossing van een schuld voor zover deze verband houdt met het gedeelte van de eigen woning dat eigendom is van de partner van de verkrijger waarmee deze ongehuwd samenwoont of buiten gemeenschap van goederen is gehuwd, kwalificeert niet als aflossing van de eigenwoningschuld.

Woning in buitenland

De eigen woning van de verkrijger hoeft niet in Nederland te zijn gelegen. Ook met betrekking tot een in het buitenland gelegen eigen woning geldt de schenkingsvrijstelling. Vereist is wel dat controleerbaar is dat de schenking daadwerkelijk is besteed aan deze eigen woning, zodat als voorwaarde wordt gesteld dat de woning is gelegen in een land waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten waarin de uitwisseling van fiscale informatie is geregeld. Uiteraard dient de woning ook materieel te voldoen aan de voorwaarden van een eigen woning in de zin van artikel 3.111 lid 1 of lid 3 Wet IB 2001.

Gedeeltelijke besteding aan andere doeleinden dan eigen woning

De schenking behoeft overigens niet geheel te worden besteed aan de eigen woning. In de relatie ouder-kind geldt dat het bedrag van de jaarlijkse vrijstelling (in het jaar 2017: € 5.320,-), of als nog niet eerder van een verhoogde vrijstelling gebruik is gemaakt het bedrag van de eenmalig verhoogde vrijstelling (in het jaar 2017: € 25.526,-), vrij kan worden besteed. Bij een verkrijging van een derde kan een bedrag van € 2.129,- (in het jaar 2017) aan iets anders dan aan de eigen woning worden besteed.

Spreiding over (maximaal) 3 jaar

De nieuwe wetgeving biedt de mogelijkheid om de schenking voor de eigen woning te spreiden over een periode van (maximaal) drie achtereenvolgende kalenderjaren, mits

aan de overige voorwaarden van de vrijstelling wordt voldaan. Hierbij is het bedrag van de verhoogde vrijstelling van toepassing dat geldt in het eerste kalenderjaar waarop een beroep op de vrijstelling is gedaan. Alle schenkingen moeten dus uiterlijk 31 december van het derde kalenderjaar aan de eigen woning zijn besteed. Dit moet blijken uit schriftelijke bescheiden. Voor zover de schenking niet of niet tijdig is besteed aan de eigen woning, is de verhoogde vrijstelling niet van toepassing en dient de verkrijger dit schriftelijk aan de inspecteur te melden. Dit moet worden gedaan uiterlijk 31 mei van het derde kalenderjaar volgend op het jaar waarvoor het beroep op de verhoogde vrijstelling is gedaan.

Samenloop met eerder genoten verhoogde vrijstelling

In hoeverre kan de structurele schenkingsvrijstelling vanaf 1 januari 2017 nog worden toegepast als een verkrijger al eerder voor een verkrijging in de relatie met dezelfde schenker een beroep heeft gedaan op een verhoogde vrijstelling?

Bij schenkingen aan kinderen gelden vanaf 1 januari 2017 overgangsregels, waarbij kinderen in drie categorieën worden ingedeeld.

- Kind heeft *vóór 1 januari 2010* een schenking ontvangen waarbij de 'bestedingsvrije' schenkingsvrijstelling is toegepast.
- Dit kind heeft na 1 januari 2017 nog tot een bedrag van € 27.650,- recht op de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning, mits het kind (of diens partner) ten tijde van de schenking de leeftijd van 40 jaar nog niet heeft bereikt en het kind niet reeds een beroep heeft gedaan op de 'inhaalvrijstelling', dan wel op de tijdelijke schenkingsvrijstelling.
- Indien het kind vanwege een schenking in het kalenderjaar 2015 of 2016 een beroep heeft gedaan op de 'inhaalvrijstelling', kan dit kind daarnaast nog recht hebben op een schenkingsvrijstelling van € 46.824,- voor de eigen woning indien het kind de leeftijd van 40 jaar nog niet heeft bereikt. De 'bonusvrijstelling' geldt dan echter alleen voor de kalenderjaren 2017 en 2018.
- Kind heeft tussen *1 januari 2010 en 31 december 2014* een schenking ontvangen waarbij een verhoogde schenkingsvrijstelling is toegepast.
- Dit kind kan geen beroep meer doen op een verhoogde schenkingsvrijstelling. Volgens de regering is dit gerechtvaardigd omdat het kind in de periode van 1 oktober 2013 tot en met 31 december 2014 de gelegenheid heeft gehad om een aanvullende schenking tot € 100.000,- voor een eigen woning te ontvangen.
- Kind heeft tussen *1 januari 2015 en 31 december 2016* een schenking ontvangen waarbij een verhoogde schenkingsvrijstelling is toegepast.

- Dit kind heeft alleen voor het kalenderjaar 2017 of 2018 recht op een verhoogde schenkingsvrijstelling voor de eigen woning ten bedrage van € 46.824,-, mits het kind de leeftijd van 40 jaar nog niet heeft bereikt.

Als van een *derde* in de periode van 1 oktober 2013 tot en met 31 december 2014 een schenking is verkregen en de begiftigde een beroep heeft gedaan op de tijdelijk verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning, kan voor een verkrijging van deze zelfde derde (of diens partner) geen beroep meer worden gedaan op de vrijstelling.

Inge Rutgers

T: +31 (0)24 381 27 23

E: rutgers@dirkzwager.nl

Het (ouderlijk) gezag van ongehuwde ouders

Artikel 198 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat wanneer ongehuwde en niet als partner geregistreerde 'levensgezellen' een kind krijgen, de vrouw van rechtswege (automatisch) ouder is. Indien de andere levensgezel ook ouder wilt worden, moet die andere levensgezel het kind erkennen of adopteren, dan wel van die andere levensgezel het ouderschap gerechtelijk worden vastgesteld. In de praktijk wordt doorgaans gekozen voor de meest eenvoudige van de drie opties, te weten: erkenning. Erkenning kan plaatsvinden bij een akte van erkenning, opgemaakt door de ambtenaar van de burgerlijke stand, of bij een notariële akte.

Bij veel ongehuwde partners leeft de gedachte dat zodra de andere partner (door de erkenning) juridisch ouder is geworden, deze ook het gezag over het kind heeft. Echter, om het gezag over het kind te krijgen is een afzonderlijke handeling nodig. Op verzoek van beide ouders dient in het gezagsregister te worden aangetekend dat zij het gezag over hun minderjarige kind gezamenlijk uitoefenen. Is deze aantekening er niet, dan geldt de hoofdregel dat alleen de moeder het gezag over het kind uitoefent.

Indien alleen de moeder het ouderlijk gezag uitoefent, kunnen zich problemen gaan voordoen ingeval van overlijden van de moeder, ingeval van (feitelijke) scheiding en ingeval van vertrek/verhuizing naar het buitenland. Het overlijden van de moeder met eenhoofdig gezag brengt (een tijdelijk en/of ongewenst) ontbreken van gezag met zich mee. Een eventuele door de moeder gemaakte voogdijregeling zet de andere ouder wellicht buiten spel. Ingeval sprake is van een scheiding van ongehuwde ouders/partners kan de scheiding extra gecompliceerd worden als deze (onnodig) wordt bezwaard met procedures over het ouderlijk gezag.

Wetsvoorstel 34605: koppeling erkenning en gezamenlijk gezag voor ongehuwde en niet-geregistreerde partners

In november 2016 is een wetsvoorstel ingediend met onder meer als doel om het bestaande onderscheid met betrekking tot de uitoefening van gezag tussen (kinderen geboren uit) gehuwde ouders en ongehuwde ouders weg te nemen. Het wetsvoorstel voorziet in een systeem dat als hoofdregel inhoudt dat als het ouderschap van de

'andere' ongehuwde partner door erkenning tot stand komt, die ongehuwden van rechtswege (automatisch) gezamenlijk het gezag uitoefenen.

De kern van de voorgestelde regeling staat vermeld in het nieuw voorgestelde artikel 253b van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en is als volgt:

"Een persoon die op grond van artikel 203, eerste lid, onder a, een minderjarig kind erkent, oefent van rechtswege gezamenlijk met de moeder het gezag uit over dit kind vanaf het tijdstip van die erkenning, tenzij [...]:

- a. één of beide ouders onbevoegd is tot het gezag;
- b. het gezag van één van beide ouders is beëindigd en de andere ouder het gezag uitoefent;
- c. een voogd met het gezag over het kind is belast;
- d. de voorziening in het gezag over het kind is komen te ontbreken;
- e. de ouder die het gezag heeft, dit gezamenlijk met een ander dan een ouder uitoefent;
- f. de moeder en de erkenner gezamenlijk door overlegging van een daartoe strekkende notariële akte of ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand verklaren dat het gezag alleen door de moeder wordt uitgeoefend [...]."

Omdat de erkenning meestal geschiedt bij een door de ambtenaar van de burgerlijke stand opgemaakte akte, krijgt deze de taak om vast te stellen of een van de onder a. tot en met f. genoemde feiten zich voordoet. Doet zich een van de onder a. tot en met f. genoemde feiten zich voor, dan ontstaat er dus geen automatisch gezamenlijk ouderlijk gezag.

Uiteraard is ook voorzien in de mogelijkheid dat beide ouders niet gezamenlijk het gezag willen uitoefenen. Tenslotte kan de rechtbank op gezamenlijk verzoek, of op verzoek van één van hen, het gezamenlijk gezag beëindigen (artikel 1:253n lid 1 BW nieuw).

Erkenning werkt vanaf het tijdstip waarop zij is gedaan. Dit geldt ook voor de erkenning die geschiedt bij notariële akte. In theorie zou het automatisch ontstaan van gezamenlijk gezag vanaf de notariële erkenning onwenselijke gevolgen kunnen hebben. Immers, er staat dan nog niet vast of een van de belemmeringsgronden zoals genoemd onder a. tot en met f. zich voordoet. Daarom bepaalt artikel 1:253b lid 3 BW (nieuw) dat het gezamenlijk gezag niet ontstaat bij de notariële akte van erkenning, maar (pas) vanaf het tijdstip dat de ambtenaar van de burgerlijke stand heeft vastgesteld dat geen van die gronden van toepassing is.

Op grond van het wetsvoorstel kan de moeder die van rechtswege alleen het ouderlijk gezag uitoefent, om uitreisproblemen en luchthaven-discussies te voorkomen, de

rechtbank verzoeken om hiervan een aantekening in het gezagsregister te plaatsen.

De voorgestelde regeling is niet alles omvattend. Ingeval het juridische ouderschap van de andere ongehuwde partner tot stand komt door gerechtelijke vaststelling van het vaderschap of door eenouderadoptie, ontstaat het ouderlijk gezag niet van rechtswege (automatisch). In die gevallen dient nog steeds te worden terug gevallen op de huidige regeling: aantekening op beider verzoek in het gezagsregister.

Inge Rutgers

T: +31 (0)24 381 27 23

E: rutgers@dirkzwager.nl

Testamentvormen III: de tweetrapsmaking

Het maken van een testament is niet verplicht, maar kan in veel gevallen wel belangrijk zijn. Zo regelt een goed testament onder meer dat het vermogen bij de juiste persoon komt, er niet onnodig veel erfbelasting hoeft te worden betaald en de langstlevende partner verzorgd achterblijft.

In voorgaande artikelen werden de wettelijke verdeling en het combinatietestament besproken. Een andere testamentvorm is het tweetrapstestament (ook wel radartestament genoemd). De constructie kan overigens ook worden toegepast in andere testamentvormen, we spreken dan over een tweetrapsmaking (voorheen *fidei-commis*).

Voorbeeld I

Marc en Anne zijn gehuwd en hebben twee dochters: Laura en Lianne. Marc benoemt in zijn testament Anne tot zijn enige erfgenaam. Daarnaast bepaalt hij dat alles wat Anne van hem erft bij haar overlijden toekomt aan zijn twee dochters. Hierdoor staat het Anne niet vrij om het erfdeel aan een ander dan haar dochters na te laten.

Voorbeeld II

Marc en Anne zijn gescheiden en hebben twee dochters (Laura en Lianne). Laura is inmiddels samen met Alexander. Marc benoemt zijn twee dochters tot zijn enige erfgenamen. Voorts bepaalt hij dat alles wat Laura van hem erft bij haar overlijden toekomt aan haar zus Lianne. Het staat daardoor Laura niet vrij om het erfdeel aan haar partner Alexander na te laten. Daarnaast wordt voorkomen dat het erfdeel bij de ex-partner van Marc via een omweg terecht komt.

Er kunnen verschillende redenen zijn om een tweetrap in het testament op te nemen. Het kan de bedoeling zijn om het vermogen binnen de familie te houden, een ex-partner of de partners van kinderen uit te sluiten. De regeling kan in dat geval 'streng' worden gemaakt, zodat de erfgenaam een gekregen erfdeel niet aan iemand naar eigen keuze kan nalaten.

De regeling kan ook uit fiscaal oogpunt worden opgesteld, omdat onder bepaalde omstandigheden lagere belastingtarieven van toepassing kunnen zijn.

Voorts is het van belang dat wordt nagedacht over de vraag of de erfgenaam de erfenis mag opmaken of de erfenis in stand moet laten.

De tweetrapsmaking kan met name uitkomst bieden wanneer het de bedoeling is dat vermogen binnen de familie blijft, bij een echtscheiding of wegens fiscale voordelen.

Graag adviseren wij u welke testamentvorm bij u past.

Annick Schenkenberg van Mierop

T: +31 (0)26 365 55 61

E: schenkenberg@dirkzwager.nl

Europese Verklaring van Erfrecht

Bent u erfgenaam van iemand die in Nederland is overleden, maar een buitenlandse nationaliteit heeft, een buitenlandse woon- of verblijfplaats, een buitenlands testament of in het buitenland gelegen onroerend goed heeft, dan kan het zijn dat u een Europese verklaring van Erfrecht nodig heeft.

Wat is Europese Verklaring van Erfrecht (EVvE) en wanneer kunt u de Verklaring gebruiken?

De EVvE wordt gebruikt om bewijs te leveren van de rechten van alle erfgenamen, de toewijzing van bepaalde goederen aan de erfgenamen of legatarissen, alsmede om de bevoegdheden van de executeur van de nalatenschap vast te stellen. Met de verklaring kunnen de erfgenamen bijvoorbeeld toegang krijgen tot buitenlandse bankrekeningen van de erflater, de tenaamstelling van deze rekeningen wijzigen en een woning op naam krijgen. De verklaring heeft mogelijk geen effect buiten de lidstaten. Of de verklaring zijn werking ook heeft in andere landen dan een lidstaat, is afhankelijk van het recht van dat land.

Hieronder volgt een voorbeeld wanneer de EVvE gebruikt wordt.

Voorbeeld

Jan is overleden in Nederland. Marie is zijn enige erfgenaam. Jan heeft bezittingen in Nederland en een vakantiewoning in Frankrijk. Marie wenst als erfgenaam de vakantiewoning op haar naam te zetten. Met behulp van de EVvE kan de Franse bevoegde autoriteit controleren of Marie daadwerkelijk de enig erfgenaam van Jan is en vervolgens de vakantiewoning op haar naam zetten.

Voorwaarden voor gebruik EVvE?

De verklaring kan alleen worden afgegeven, indien er sprake is van overlijden op of na 17 augustus 2015. De EVvE kan worden gebruikt als er sprake is van erfopvolging; elke vorm van overgang of overdracht van goederen, rechten en verplichtingen naar aanleiding van een overlijden. Erfopvolging kan geschieden krachtens wet maar ook op grond van een testament. De verklaring wordt afgegeven om in een andere lidstaat te gebruiken.

Wie kan de EVvE aanvragen?

De EVvE kan worden aangevraagd door de erfgenamen, executeurs en beheerders

van de nalatenschap. De legataris kan naar Nederlands erfrecht geen EvvE aanvragen.

Wie mag de EvvE afgeven?

In Nederland is de notaris de bevoegde autoriteit om de EVvE af te geven. Afhankelijk van de vraag of er een rechtskeuze is gemaakt voor Nederlands recht is de notaris bevoegd om de verklaring af te geven.

Geen rechtskeuze

Als de erflater in zijn testament geen rechtskeuze heeft gemaakt, dan is de Nederlandse notaris bevoegd om een verklaring af te geven, indien de erflater zijn gewone verblijfplaats in Nederland had. De 'gewone verblijfplaats' hoeft niet altijd de gemeente te zijn waar de erflater stond ingeschreven. Als de erflater nauwere banden heeft met ander land, bijvoorbeeld omdat de erflater feitelijk in het buitenland woont en zijn huisarts en tandarts daar bezoekt, dan kan het zijn dat de Nederlandse notaris niet bevoegd is op grond van de verblijfplaats van de erflater.

Heeft de erflater geen gewone verblijfplaats in een lidstaat, dan kan de Nederlandse notaris alsnog bevoegd zijn om een EVvE af te geven, indien de erflater bezittingen had in Nederland. Dit kan bijvoorbeeld een (vakantie)woning zijn of Nederlandse bankrekeningen. Hiervoor gelden echter wel extra voorwaarden, zo moet de erflater de Nederlandse nationaliteit hebben of moet de erflater vijf jaar voorafgaand aan het overlijden diens gewone verblijfplaats in Nederland hebben gehad.

Wel rechtskeuze

Heeft de erflater wel een rechtskeuze gemaakt voor het Nederlands recht, dan is de Nederlandse notaris ook bevoegd. Het is hierbij echter wel van belang dat indien de erflater zijn gewone verblijfplaats niet in Nederland had, alle belanghebbenden de bevoegdheid van de notaris uitdrukkelijk aanvaarden. Dit kan tegelijkertijd worden gedaan met de aanvaarding van de nalatenschap of van de executeursbenoeming. De aanvaarding kan ook plaatsvinden door het sluiten van een overeenkomst door alle belanghebbenden.

Advies en aanvragen

Bij een overlijden krijgt u al snel te maken met internationale aspecten. Graag beoordelen we voor u of u een EvvE nodig heeft en indien gewenst stellen wij de EvvE voor u op.

Annick Schenkenberg van Mierop

T: +31 (0)26 365 55 61

E: schenkenberg@dirkzwager.nl

De ondertekening van een notariële akte door een blinde of slechthziende cliënt

De ondertekening van de notariële akte door de verschijnende persoon is een belangrijk onderdeel in het proces dat leidt tot de totstandkoming van die akte. De betekenis van het plaatsen van de handtekening kan als volgt worden omschreven: een gedraging die in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als een aanvaarding van hetgeen in die akte is vermeld, aangezien anderen (waaronder de wederpartij en de notaris) ervan uit mogen gaan dat degene die de handtekening onder de akte plaatst, zich met de inhoud daarvan verenigt.

Aan de ondertekening van een notariële akte gaat het nodige vooraf. Op grond van artikel 43 Wet op het notarisambt krijgen de partijen bij de akte en de bij het verlijden van de akte eventueel verschijnende andere personen tijdig van tevoren de gelegenheid om van de inhoud van de akte kennis te nemen. In de praktijk betekent dit dat de bij de akte betrokken partijen tijdig voor de ondertekening van de akte een concept van de akte met een daarbij behorende toelichting krijgen toegestuurd. Tijdens de afspraak, waarbij de akte wordt ondertekend, doet de notaris aan de verschijnende personen mededeling van de (zakelijke) inhoud van de akte en geeft de notaris een toelichting op de akte. Zo nodig wijst de notaris daarbij tevens op de gevolgen die voor partijen uit de inhoud van de akte kunnen voortvloeien. Indien het geen akte betreft als bedoeld in artikel 43 lid 2 Wet op het notarisambt (akte die in tegenwoordigheid van getuigen wordt verleden) en de verschijnende personen verklaren van de inhoud van de akte kennis te hebben genomen en met beperkte voorlezing in te stemmen, dient de notaris een beperkt gedeelte van de akte letterlijk voor te lezen, te weten:

- a. de voornamen, de naam en de plaats van vestiging van de notaris en de datum en de plaats van het verlijden van de akte;
- b. de gegevens van de verschijnende personen en van de partijen;
- c. het slot.

Wil aan de ondertekening de gemelde betekenis van aanvaarding kunnen worden toegekend, dan ligt het voor de hand dat degene die ondertekent zekerheid heeft dat

de akte die hij tekent, dezelfde akte is als die hij wil aanvaarden. Voor een cliënt die kan zien is dat geen enkel probleem. De cliënt ziet de notaris immers voorlezen uit de akte dat hem onmiddellijk daarna ter ondertekening wordt voorgelegd. Voor een blinde of slechtziende cliënt is dat anders. Deze zal fysiek gezien wellicht in staat zijn om een handtekening te zetten, maar zonder dat voor hem zekerheid zal kunnen bestaan dat die handtekening staat onder de akte die hij wil aanvaarden en zonder dat voor hem zekerheid zal kunnen bestaan dat voorlezing uit die akte heeft plaatsgevonden.

De vraag is vervolgens of de bijstand van de notaris voldoende vervangende zekerheid oplevert voor de eigen waarnemingen van de blinde of slechtziende cliënt dat hij instemt met het door hem gewenste en door de notaris voorgelezen akte. Het antwoord is: ja. De tussenkomst van de notaris, wiens ambtshandelingen met zoveel wettelijke waarborgen zijn omgeven, levert voldoende zekerheid en vertrouwen op voor de blinde of slechtziende cliënt tegen misbreuk. Eén voorbeeld van die wettelijke waarborgen is de onderworpenheid van de notaris aan het tuchtrecht.

Kan de notaris de blinde of slechtziende cliënt de akte gewoon zelf laten ondertekenen? Of dient dat achterwege te blijven, maar kan de akte worden gepasseerd met inachtneming van artikel 43 lid 4, derde zin Wet op het notarisambt? De notaris vermeldt dan in de akte dat de blinde of slechtziende cliënt verklaart niet te kunnen tekenen wegens diens handicap. De laatstbedoelde weg expliciteert de grotere verantwoordelijkheid van de notaris bij dergelijke passeerafspraken. Dat is wellicht de meest zuivere manier, maar de praktijk waarin de zelf tekent, is ook verdedigbaar. Voor de notaris is niet (altijd) na te gaan in hoeverre de handicap van de blinde of slechtziende cliënt hem belet zelf te constateren of hem de voorgelezen akte daadwerkelijk wordt voorgelegd.

Of hij nu zelf tekent of niet, voor de blinde of slechtziende cliënt ontbreekt de vanzelfsprekendheid die personen zonder handicap hebben, dat zijn handtekening terecht komt onder het document waaruit de voorlezing heeft plaatsgevonden en dus ook onder het document met de door hem gewenste inhoud. Dat is uit een oogpunt van transparantie zwak en misschien wel onvoldoende. De notaris doet er in dergelijke gevallen goed aan de akte in tegenwoordigheid van getuigen te verlijden (artikel 39 lid 2 Wet op het notarisambt), ongeacht of de verschijnende persoon zelf tekent of de vervangende verklaring aflegt van artikel 43 lid 4, derde zin Wet op het notarisambt. Indien er voor wordt gekozen om de akte in tegenwoordigheid van getuigen te verlijden, dient op grond van artikel 43 lid 2 Wet op het notarisambt algehele voorlezing van de akte plaats te vinden.

Het is vreemd dat de Wet op het Notarisambt geen bijzondere voorschriften kent voor een verschijnende persoon die doof, doofstom of blind is. Dat is een omissie.

Bij het passeren van akten voor lichamelijk gehandicapten dient de notaris zich af te vragen wat de optimale hulpmiddelen zijn die bij het proces van passeren dienst kunnen doen. Afhankelijk van de aard van de handicap kan worden gedacht aan de bijstand van een bijzondere tolk, bijvoorbeeld een schrijftolk ingeval sprake is van een slechthorende of dove cliënt.

Inge Rutgers

T: +31 (0)24 381 27 23

E: rutgers@dirkzwager.nl

Pensioen

www.dirkzwagerpensioen.nl

Verhoging fiscale pensioenleeftijd per 1 januari 2018: De werkgever aan zet!

Verhoging fiscale pensioenleeftijd per 1 januari 2018: de werkgever aan zet!

Bent u al gestart met het nieuwe pensioenwijzigingstraject? Zo nee, dan begint de tijd te dringen! Een op het eerste oog eenvoudige wijziging – verhoging van de fiscale pensioenleeftijd per 1 januari 2018 – blijkt in de praktijk weerbarstiger. Veel pensioenregelingen zullen moeten worden gewijzigd en dat heeft zowel gevolgen aan de pensioenpremiekant als aan de pensioenuitkeringenkant. Daar zult u de ondernemingsraad en de werknemers actief in moeten betrekken en het woord “compensatie” zal dan ongetwijfeld vallen.

Nu kan ik me goed voorstellen dat u in deze zomermaanden weinig van doen wilt hebben met het onderwerp pensioen. U zit wellicht liever willen genieten van la douce France of bella Italia. Alle begrip daarvoor. Vandaar dat ik het pensioenwijzigingstraject aan de hand van het schaakspel heb toegelicht. U kunt zich de Koning te rijk voelen, met een Dame aan uw zijde en uitzicht op de Toren, wanneer u de spelregels vanuit uw vakantiestoel doorneemt.

U bent aan zet, dus download [hier](#) het eBook waarin ik alle regels in schaaktermen toelicht.

Frédérique Hoppers

T: +31 (0)26 353 84 86

E: hoppers@dirkzwager.nl

Pensioen in eigen beheer: wie is de instemmingsgerechtigde (gewezen) partner voor afkoop of omzetting in oudedagsverplichting?

Pensioen in eigen beheer: wie is de instemmingsgerechtigde (gewezen) partner voor afkoop of omzetting in oudedagsverplichting?

Op 1 april 2017 is de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer in werking getreden. Zoals reeds aangegeven in een artikel van mijn kantoorgenoot Ton Lekkerker moet de directeur groot-aandeelhouder (DGA) het pensioen in eigen beheer premievrij maken en vervolgens kan de DGA kiezen om de opgebouwde aanspraken om te zetten in een oudedagsverplichting of af te kopen. Omzetting of afkopen kan de DGA tot en met 31 december 2019. Indien de DGA besluit zijn pensioen in eigen beheer om te zetten of af te kopen heeft dat ook gevolgen voor (een deel van) de pensioenvoorziening voor de partner. Afkopen of omzetten is dan ook alleen mogelijk met schriftelijke toestemming van de (gewezen) partner.

Rest de vraag wie aan te merken is als de instemmingsgerechtigde (gewezen) partner. Onduidelijkheid rondom deze vraag is aanleiding geweest voor de Belastingdienst om hieraan aandacht te besteden in haar reeks Vraag & Antwoorndocumenten (17-023).

De vraag luidt als volgt:

'Wie is instemmingsgerechtigde partner dan wel instemmingsgerechtigde gewezen partner in de zin van artikel 38n, vierde lid, Wet LB?'

Partner

Voor de invulling van het begrip partner wordt verwezen naar artikel 1 Pensioenwet en volgens dit artikel wordt onder partner verstaan: de echtgenoot of geregistreerd partner van de DGA dan wel de partner in de zin van de tussen de DGA en zijn BV gesloten pensioenovereenkomst. Echter, ingeval een niet gehuwde en niet geregistreerde partner van de DGA geen recht heeft op (een deel van) de in eigen beheer verzekerde pensioenaanspraak, is geen schriftelijke instemming vereist.

Gewezen partner

Degene die na scheiding, verbreking van geregistreerd partnerschap of partnerrelatie in de zin van de pensioenovereenkomst gerechtigd is tot (een deel van) het in eigen beheer verzekerde pensioen is de instemmingsgerechtigde gewezen partner van de DGA. Let wel, als de DGA een partner heeft en een *ex*-partner met recht op een deel van het in eigen beheer verzekerde pensioen, moet elk van hen schriftelijk toestemming verlenen.

Kortom: een DGA dient in het oog te houden dat een (gewezen) partner schriftelijk toestemming moet geven bij afkoop dan wel omzetting van het pensioen in eigen beheer. Bij ontbreken van toestemming van de (gewezen) partner kan het pensioen in eigen beheer niet worden gewijzigd en worden de opgebouwde aanspraken premievrij voortgezet. Het is aldus zaak het een en ander met de (gewezen) partner te bespreken en afspraken te maken omtrent de instemming. Eventuele compensatiemaatregelen en/of maatregelen die zien op wijziging van de huwelijkse voorwaarden of het testament zullen in het kader van die instemming waarschijnlijk onderwerp van gesprek worden.

Jaleesa van den Hof

T: +31 (0)26 353 84 85

E: vandenhof@dirkzwager.nl

Verjaring Premievordering Bedrijfstakpensioenfond

Verjaring premievordering bedrijfstakpensioenfond

Op 9 mei 2017 heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden arrest gewezen over de verjaring van premievorderingen van een bedrijfstakpensioenfond jegens een werkgever. Het hof bevestigt daarmee de uitspraak van de Rechtbank te Utrecht van 5 oktober 2015. Hoewel tot voor kort de meeste rechters aansluiting zochten bij een verjaringstermijn van vijf jaar, brengt het hof hierop een belangrijke nuance aan. Een nuancering die in dit geval ongunstig voor de werkgever uitpakte.

Casus

De kwestie die bij het hof voorlag, deed zich voor tussen het bedrijfstakpensioenfond voor het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf en een werkgever. In 2013 heeft het bedrijfstakpensioenfond geconstateerd dat de werkgever al sinds 2004 onder de werkingssfeer van dat fonds valt. Het fonds heeft naar aanleiding van deze constatering de werkgever op 14 januari 2014 gesommeerd om met terugwerkende kracht vanaf 2004 pensioenpremies te voldoen. De werkgever heeft zich vervolgens verweerd met onder meer de stelling dat de premievordering niet verder kan gaan dan de periode 2008-2013, omdat de vordering over de jaren 2004 tot en met 2007 volgens de werkgever verjaard zou zijn.

In eerste aanleg

De kantonrechter overweegt dat op dit verjaringsvraagstuk artikel 3:308 BW van toepassing is. Daarin staat kort gezegd verwoord dat rechtsvorderingen tot betaling van onder meer geldsommen verjaren door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag volgende op die waarop de vordering opeisbaar is geworden. In de procedure stond centraal de vraag hoe deze *opeisbaarheid* gelezen moet worden. Gaat de termijn bijvoorbeeld pas lopen vanaf het moment dat het bedrijfstakpensioenfond de werkgever als potentieel deelnemer signaleert, of gaat deze termijn gelijk lopen op het moment dat de verplichte deelneming is ontstaan, dus al in 2004? In dat laatste geval is een deel van de vordering gezien de vijfjaarstermijn al verjaard.

De kantonrechter overweegt dat het aan de werkgever is om zich bij een bedrijfstakpensioenfond te melden. Van een bedrijfstakpensioenfond kan volgens de kantonrechter niet verlangd worden om bij iedere werkgever na te gaan of sprake is van een werkgever die (mogelijk) valt onder het verplichtstellingsbesluit. In het verlengde

daarvan overweegt de kantonrechter dat de verjaring pas gaat lopen vanaf 2013, dus vanaf het moment dat het bedrijfstakpensioenfonds op de hoogte raakt van de (activiteiten van de) werkgever. De premievordering over de periode 2004-2013 is dan dus niet verjaard.

De werkgever is het niet eens met deze uitspraak en gaat in hoger beroep. De werkgever herhaalt zijn standpunt uit eerste aanleg en stelt dat de vordering al is verjaard omdat de vordering opeisbaar is vanaf het moment dat de verplichte deelneming is ontstaan (in 2004). Volgens het fonds is de vordering echter opeisbaar nadat de premie is vastgesteld en opgelegd en de betalingstermijn van 14 dagen na verzending van de nota is verstreken. Omdat in dit geval de verschuldigde premie over de jaren 2004 t/m 2008 bij facturen van 14 januari 2014 in rekening zijn gebracht bij werkgever, waren de premiebedragen op 29 januari 2014 opeisbaar zodat de verjaringstermijn van vijf jaar nog niet is verstreken. Oftewel: hoe moet die opeisbaarheid van de verjaringstermijn nu gelezen worden?

Gerechtshof

Het hof overweegt dat allereerst dient te worden vastgesteld welke verjaringstermijn van toepassing is. In artikel 7 Uitvoeringsreglement is bepaald dat de premie per loontijdvak wordt vastgesteld. Het pensioenfonds stuurt hiervoor aan de werkgever een premienota. Naar hun aard betreft dit *periodieke vorderingen*. In de pensioenwet- en regelgeving is echter geen verjaringstermijn voor premievorderingen opgenomen. Daarom gaat ook het hof, net als de rechtbank, uit van de toepasselijkheid van artikel 3:308 BW. Daarin staat kort gezegd verwoord dat rechtsvorderingen tot betaling van onder meer geldsommen verjaren door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag volgende op die waarop de vordering opeisbaar is geworden. Het artikel stelt niet de voorwaarde dat de schuldeiser – in dit geval werkgever – bekend moet zijn met de (omvang van de) vordering en/of opeisbaarheid daarvan.

Het hof overweegt vervolgens dat op grond van artikel 6:38 BW een verbintenis, indien geen tijd voor nakoming is bepaald, terstond dient te worden nagekomen en dat terstond nakoming kan worden gevorderd. Dit artikel mist echter in het onderhavige geval toepassing, omdat het Uitvoeringsreglement aangeeft wanneer een premievordering dient te worden voldaan en constitueert daarmee het moment van opeisbaarheid. Zo geldt op grond van artikel 7 lid 1 Uitvoeringsreglement de verplichting voor het fonds om aan de werkgever een premienota te sturen. De premie dient binnen 14 dagen na versturen te zijn voldaan door de werkgever. Daarnaast is het fonds op grond van artikel 9 Uitvoeringsreglement verplicht haar werknemers aan te melden en de vereiste

gegevens te verschaffen. Indien een werkgever deze verplichting niet tijdig nakomt, is het fonds op grond van artikel 10 Uitvoeringsreglement bevoegd om de premie naar beste weten vast te stellen. De werkgever is vervolgens aan deze vaststelling gebonden en dient op grond van artikel 7 lid 4 Uitvoeringsreglement de premies aan het fonds te voldoen. Tot slot bepaalt artikel 8 Uitvoeringsreglement dat de werkgever door het enkele verloop van de betalingstermijn in verzuim is. Oftewel: alle feiten samen genomen zijn de premievorderingen in casu opeisbaar geworden op 28 januari 2014 (14 dagen na het versturen van de premienota), zoals ook is gesteld door het pensioenfonds. De verjaringstermijn vangt daarom aan op 29 januari 2014 waardoor de premievordering over de periode 2004-2013 dus niet is verjaard.

Kanttekening

Deze constatering doet niet af aan het gegeven dat van rechtswege een premie- en bijdragevordering ontstaat indien een werkgever onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds komt te vallen en daarmee een verplichting tot aanmelding (en daarmee tot premiebetaling) krijgt. Er is dus geen administratieve handeling van het fonds vereist om een werkgever als verplicht deelnemer aangemerkt te krijgen. Daar wringt mijns inziens tegelijkertijd de schoen. Enerzijds kan een werkgever wel verplicht worden om met terugwerkende kracht premies te betalen, omdat de deelneming automatisch (op grond van de wet) zou zijn ontstaan. Aan het moment waarop het fonds zich meldt en dientengevolge de administratieve handeling van de aanmelding plaatsvindt, wordt geen betekenis toegekend. Anderzijds wordt door het Gerechtshof, daar waar het de door het fonds te incasseren premies betreft, kennelijk wel betekenis toegekend aan het moment waarop het fonds zich meldt (met een premienota). Nota bene op basis van artikelen in het Uitvoeringsreglement omtrent de premiebetaling welke artikelen lijken te zijn opgesteld voor de "klassieke" situatie waarin werkgevers wel bekend zijn met de deelneming en periodiek gegevens moeten aanreiken op basis waarvan binnen een bepaalde termijn een premienota met betalingstermijn wordt vastgesteld. Dit is een wezenlijk andere situatie dan de situatie die bij het Gerechtshof voorlag waarin de werkgever en het fonds jarenlang niet bij elkaar in beeld waren; dat geeft te denken over of de uitkomst van die procedure wel zo terecht is.

Bpf-check

Het voorgaande illustreert in ieder geval weer dat een werkgever er verstandig aan doet om regelmatig een zogenoemde Bpf-check te doen. Zeker op het moment dat de bedrijfsactiviteiten wijzigen, een bedrijf(sonderdeel) overgenomen wordt of het verplichtstellingsbesluit wijzigt, is het verstandig om deze check uit te voeren. Werkgevers

die deze check niet of onvoldoende uitvoeren, kunnen op enig moment geconfronteerd worden met een sommatiebrief van het bedrijfstakpensioenfonds, waarin met terugwerkende kracht pensioenpremies geclaimd worden.

Is deze uitkomst wel redelijk?

Hopelijk wordt dit verjaringsvraagstuk aan de Hoge Raad voorgelegd, nu de (lagere) rechtspraak over de verjaringsproblematiek niet eenduidig is. Ik zou het in het bijzonder toejuichen wanneer de Hoge Raad zich niet alleen buigt over de verantwoordelijkheid van de werkgever (tot het doen van een bpf-check), maar ook de (on)evenwichtigheid van deze uitkomst en de verantwoordelijkheid van het pensioenfonds hierin betreft. Het pensioenfonds beschikt over meer dan voldoende handhavingsmogelijkheden, waardoor de premievorderingen niet zo in tijd hoeven op te lopen. De ervaring leert dat lang niet altijd door het fonds voortvarend wordt omgegaan met aansluitingsdossiers. Bovendien is lang niet altijd helder voor betrokkenen dat de werkgever zich had moeten aansluiten. Mogelijk speelt dit aspect niet direct in het kader van de beoordeling van de verjaringstermijn een rol, maar in ieder geval zal dit aspect naar mijn overtuiging een rol moeten spelen in het licht van de beoordeling of het incasseren van de premievordering met terugwerkende kracht (over zo'n ruime periode) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid al dan niet aanvaardbaar is.

De verdeeldheid omtrent de verjaring toont hoe dan ook aan dat andere verweren omtrent de premiebetaling bij een deelneming met terugwerkende kracht óók gevoerd zullen moeten worden. Daartoe biedt recente rechtspraak de nodige ruimte. Zo heeft de Hoge Raad op 23 september 2016 (in de kwestie tussen BAM Geleiderail en pensioenfonds PMT) beslist dat de betaling van pensioenpremies met terugwerkende kracht onaanvaardbaar is, waarbij onder meer een rol speelde dat:

- de werkgever een "alleszins pleitbaar standpunt" innam dat zij er redelijkerwijs van had mogen uitgaan dat de verplichte deelneming niet aan de orde was, en
- de werkgever al een (andere) pensioenregeling kende.

Dit arrest heeft al navolging gekregen, getuige de uitspraak van de kantonrechter Amsterdam van 17 oktober 2016, waarin de premievordering evenzeer vanuit billijkheidsoverwegingen in tijd beperkt werd.

Frédérique Hoppers

T: +31 (0)26 353 84 86

E: hoppers@dirkzwager.nl

Pensioen in eigen beheer: 19 (!) vragen & antwoorden van de belastingdienst toegelicht

Op 1 april 2017 treedt de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer (PEB) in werking.

Aanleiding voor de Belastingdienst om vandaag een 19-tal V&A's (Vraag & Antwoord) op www.belastingdienstpensioensite.nl te publiceren. Het is zeker interessant om daarvan kennis te nemen.

Er wordt antwoord gegeven op bijvoorbeeld de vraag: wanneer kunnen elders verzekerde aanspraken uiterlijk worden teruggehaald naar het eigen beheer? Of hoe fiscaal om te gaan met een situatie waarin de B.V. in onderdekking verkeert en daardoor niet aan haar verplichtingen uit hoofde van de ODV (oudedagsverplichting) kan voldoen? Maakt dat verschil ten opzichte van de situatie waarin de in eigen beheer verzekerde aanspraken niet zijn omgezet, maar juist gehandhaafd? Mag een nabestaande de partnerpensioenuitkering eigenlijk ook afkopen? En hoe moet zowel de afkoopwaarde als afkoopkorting in verschillende praktijksituaties worden vastgesteld? Hieronder per Vraag & Antwoord een toelichting.

Vraag & Antwoord 17-001

Het betreft hier de afkoop van pensioen in eigen beheer in combinatie met een in eigen beheer gehouden stamrecht. De vraag luidt als volgt:

“Kan de dga in deze situatie het in eigen beheer verzekerde pensioen volledig afkopen zonder gevolgen voor de fiscale behandeling van het loonstamrecht?”

Het betrof hier de situatie waarin het opgebouwde pensioen van de dga volledig in eigen beheer verzekerd is en de BV naast de pensioenverplichting ook nog een loonstamrechtverplichting heeft.

De dga wil vervolgens de opgebouwde pensioenaanspraak in eigen beheer afkopen met toepassing van de afkoopkorting, maar de middelen van de BV blijken niet toereikend om zowel aan de pensioen- als aan de loonstamrechtverplichting te voldoen (onderdekking).

Voornoemde vraag wordt ontkennend beantwoord. In dit afkoopscenario ontstaan er wél fiscale gevolgen voor het loonstamrecht. Er is in zo'n situatie feitelijk sprake van

afkoop dan wel prijsgeven van een deel van het loonstamrecht, met gevolg dat de waarde in het economisch verkeer van het loonstamrecht direct in de heffing betrokken wordt. Van dit fiscale gevolg zou geen sprake zijn geweest indien de beschikbare middelen van de BV evenredig zouden zijn verdeeld over de verplichtingen uit het pensioen en loonstamrecht. Daarbij zij overigens wel opgemerkt dat gedeeltelijke afkoop van een in eigen beheer verzekerde pensioenaanspraak niet mogelijk is. Gelet echter op het feit dat de afkoop niet berekend wordt over de waarde in het economisch verkeer, maar over de fiscale balanswaarde, voorziet het Vraag & Antwoord in een schets van de situatie waarin afkoop gewoon mogelijk is zonder dat dit fiscale gevolgen heeft voor de verplichting van het loonstamrecht.

Vraag & Antwoord 17-003

Het betreft hier de afkoop van een in eigen beheer verzekerde stamrecht en lijfrente. De vraag luidt als volgt:

“Is deze mogelijkheid van afkoop ook van toepassing voor in eigen beheer verzekerde lijfrenten en stamrechten?”

Het antwoord op deze vraag is logischerwijs “nee”. Afkoop is immers alleen mogelijk in geval van aanspraken ingevolge een pensioenregeling waarvan het eigen beheerlichaam als verzekeraar optreedt.

Vraag & Antwoord 17-004

Het betreft hier de afkoop van de pensioenaanspraak in eigen beheer in de situatie van onderdekking. De vraag luidt als volgt:

“Een BV verzekert de opgebouwde pensioenaanspraak van de dga volledig in eigen beheer. De middelen van de BV zijn echter niet toereikend om de pensioenverplichting volledig na te komen (onderdekking). De BV heeft wel voldoende middelen om de terzake van de afkoop verschuldigde loonheffingen in te houden en af te dragen aan de Belastingdienst. Is afkoop van de in eigen beheer verzekerde pensioenaanspraken in deze situatie mogelijk?”

De vraag wordt bevestigend beantwoord. Doorslaggevend is dat de BV over voldoende middelen beschikt om de verschuldigde loonheffingen in te houden en af te dragen aan de Belastingdienst. Zijn hiervoor voldoende middelen aanwezig, dan is afkoop dus mogelijk. Uitzondering hierop is (zie Vraag & Antwoord 17-001) de situatie waarin de afkoop van een in eigen beheer verzekerde pensioen leidt tot een aantasting van aanspraken ingevolge een stamrecht of lijfrente die bij dezelfde BV zijn verzekerd.

Vraag & Antwoord 17-005

Het betreft hier het afkopen of omzetten in een ODV van in eigen beheer verzekerde aanspraken op ingegaan partner- en/of wezenpensioenen. De vraag luidt als volgt:

“Na het overlijden van de dga zijn de uitkeringen van het partnerpensioen voor de partner en het wezenpensioen voor de kinderen jonger dan 30 jaar ingegaan. Het partnerpensioen en het wezenpensioen zijn volledig in eigen beheer verzekerd. Kunnen de aanspraakgerechtigden van het partnerpensioen en het wezenpensioen individueel beslissen of gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om de pensioenaanspraak af te kopen of om te zetten in ODV?”

Deze vraag wordt bevestigend beantwoord. De aanspraakgerechtigden van het partner- en het wezenpensioen kunnen ieder voor zich beslissen of gebruik wordt gemaakt van de afkoop- of omzettingmogelijkheid. Het betreft hier immers een aanspraak ingevolge een pensioenregeling als bedoeld in artikel 38n lid 1 Wet op de loonbelasting.

Vraag & Antwoord 17-006

Hier wordt ingegaan op de vraag of een elders verzekerde pensioenaanspraak in de afkoop wordt betrokken. Het antwoord is logischerwijs 'nee'. De afkoop heeft immers betrekking op pensioenaanspraken die zijn ondergebracht in het eigenbeheerlichaam. Dga's die elders verzekerde aanspraken in de afkoop willen betrekken, zullen binnen de coulanceperiode tot uiterlijk 30 juni 2017 een overdracht naar het eigenbeheerlichaam moeten regelen.

Vraag & Antwoord 17-007

In deze vraag wordt ingegaan op de uiterste termijn voor overdracht van een eventueel extern verzekerd pensioen naar het eigenbeheerlichaam. De vraag luidt als volgt:

“Op welk moment moet het bij een professionele verzekeraar verzekerde deel van de opgebouwde pensioenaanspraak uiterlijk naar het eigenbeheerlichaam worden overgedragen en aan welke voorwaarden moet worden voldaan?”

De termijn voor het desgewenst terughalen van het extern verzekerde deel naar het eigen beheerlichaam is onder voorwaarden verlengd tot en met 30 juni 2017. Het is niet zo dat uiterlijk op dat moment ook een daadwerkelijke overdracht van het externe verzekerde deel moet plaatsvinden. Doorslaggevend is dat het *verzoek* tot overdracht binnen deze zogenoemde coulanceperiode door de professionele verzekeraar is ontvangen. De Belastingdienst attendeert er in de Vraag & Antwoord overigens ook op dat het terughalen van het elders verzekerde pensioen naar een eigenbeheerlichaam

alleen dan nog mogelijk is voor zover het reeds in eigen beheer verzekerde deel van de pensioenaanspraak nog niet is afgekocht of omgezet in een ODV.

Vraag & Antwoord 17-008

Hier wordt ingezoomd op het aanwenden van de ODV voor lijfrente in de uitkeringsfase. De vraag luidt als volgt:

“Kan de ODV ook in de uitkeringsfase nog worden aangewend voor het verkrijgen van een lijfrente, lijfrenterekening of lijfrentebeleggingsrecht?”

Deze vraag wordt ontkennend beantwoord. Na ingang van de pensioenuitkering kan de ODV niet alsnog worden aangewend voor het verkrijgen van bijvoorbeeld een lijfrente. Dat heeft te maken met de voorwaarde uit artikel 38p van de Wet op de Loonbelasting voor het uitkeren van de ODV. Beslissend is of de uitkeringen van de ODV al zijn ingegaan. Zo ja, dan kan er niet alsnog een lijfrente worden aangekocht.

Vraag & Antwoord 17-009

Het gaat hier om de afwikkeling van een ODV in de situatie van onderdekking. De vraag luidt als volgt:

“Kan de dga het resterende deel van de ODV bij liquidatie van de BV prijsgeven zonder heffing van loon- en inkomstenbelasting?”

Het betreft hier de situatie waarin de middelen van de BV niet toereikend zijn voor volledige dekking van de ODV. De DGA en de BV willen de ODV afwikkelen door de aanwezige bezittingen van de BV af te storten bij bijvoorbeeld een verzekeraar of bank ter verkrijging van een lijfrente, waarna de vennootschap geliquideerd zal worden. De volledige ODV kan echter niet volledig worden aangewend ter verkrijging van een lijfrente, vanwege genoemde situatie van onderdekking. Desalniettemin is het volgens de Belastingdienst onder voorwaarden mogelijk om op een moment dat de DGA de AOW-leeftijd bereikt de aanwezige bezittingen van de BV te gebruiken voor bijvoorbeeld een lijfrente, de BV te liquideren en het resterende deel van de ODV prijs te geven zonder heffing van loon- en inkomstenbelasting. Er moet dan wel aan een drietal voorwaarden voldaan zijn, wil dit prijsgeven zonder fiscale gevolgen zijn:

- onderdekking bij de BV is het gevolg van gewone ondernemingshandelingen en niet veroorzaakt door andere factoren als bijvoorbeeld dividenduitkeringen;
- aanwezige bezittingen van de BV worden aangewend ter verkrijging van de lijfrente;
- het eigen beheerlichaam wordt geliquideerd direct na aanwending van de aanwezige bezittingen te verkrijgen van zijn lijfrente.

Vraag & Antwoord 17-010

Deze Vraag & Antwoord gaat in op de handhaving van de op 1 juli 2017 in eigen beheer verzekerde pensioenaanspraken. De vraag is als volgt geformuleerd:

“Een BV heeft de dga een pensioen toegezegd. De door de dga opgebouwde pensioenaanspraak is volledig in eigen beheer verzekerd. De dga heeft aangegeven dat hij de op 1 juli 2017 in eigen beheer verzekerde pensioenaanspraak wil handhaven. Is dit mogelijk en wat moet daarvoor worden geregeld?”

Deze vraag wordt bevestigend beantwoord. Handhaving van de tot en met uiterlijk 30 juni 2017 in eigen beheer verzekerde pensioenaanspraken is mogelijk. In dat geval hoeft er, anders dan bij afkoop of omzetting, niets te gebeuren. Als vanzelfsprekend moet wel de opbouw vanaf 1 juli 2017 worden stopgezet. Daarvoor moet in ieder geval de pensioentoezegging worden aangepast. Wordt die verdere opbouw niet stopgezet, dan is sprake van een fiscaal onzuivere pensioenregeling met alle fiscale gevolgen van dien (een volledige belasting van de pensioenaanspraak plus revisierente).

Vraag & Antwoord 17-011

In deze Vraag & Antwoord wordt ingezoomd op het prijsgeven van in eigen beheer verzekerde pensioenaanspraken op de pensioeningangsdatum wegens onderdekking vanaf 1 april 2017. Dit betreft dus een scenario waarin de DGA besluit om de in eigen beheer verzekerde pensioenaanspraken te handhaven (en dus niet af te kopen of om te zetten). De vraag luidt als volgt:

“Op de ingangsdatum van de pensioenuitkeringen is de vermogenspositie van de BV ontoereikend om de pensioenverplichtingen volledig na te komen. Kan voor de gehandhaafde pensioenaanspraken in eigen beheer nog gebruik worden gemaakt van de mogelijkheid om het pensioen op pensioeningangsdatum in geval van onderdekking gedeeltelijk prijs te geven met toepassing van artikel 19b, achtste lid, Wet LB (tekst 2016) en het besluit van 18 maart 2013, nr. BLKB 2013/27M?”

Deze vraag wordt bevestigend beantwoord. Er bestaat nog steeds de mogelijkheid om een pensioen in geval van onderdekking op de pensioeningangsdatum gedeeltelijk prijs te geven, uiteraard mits voor zover voldaan is aan de voorwaarden uit het besluit van 18 maart 2013.

Vraag & Antwoord 17-013

Hierin wordt ingegaan op de situatie waarin de pensioenverplichting op de fiscale balans eerder onjuist gewaardeerd is en vervolgens wordt afgekocht of omgezet naar een ODV. De vraag luidt als volgt:

“Heeft de onjuiste waardering van de pensioenverplichting op de fiscale balans van de BV invloed op de omvang van de voor de afkoop of omzetting te hanteren afkoop- of omzettingswaarde?”

Deze vraag wordt ontkennend beantwoord. Mijns inziens logisch, omdat voor het prijsgeven, afkoop of omzetten wordt uitgegaan van de waarde die de pensioenverplichting op grond van de fiscale regels op dat moment heeft.

Vraag & Antwoord 17-014

Het gaat hier om de te hanteren grondslagen van de fiscale balanswaarde pensioenverplichting in eigen beheer bij afkoop of omzetting in een ODV. De vraag luidt als volgt:

“Tegen welke grondslagen moet de ‘fiscale balanswaarde’ als bedoeld in artikel 38n, derde lid, Wet LB worden berekend?”

De fiscale balanswaarde van de pensioenverplichting is de waarde waarvoor de in eigen beheer verzekerde pensioenaanspraken kan worden afgekocht of omgezet (artikel 38o, tweede lid resp. artikel 38n, tweede lid Wet op de Loonbelasting). In het derde lid van artikel 38n Wet op de Loonbelasting is de fiscale balanswaarde omschreven als *“de voor de toepassing van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 in aanmerking te nemen waarde”*. Met laatstgenoemde heeft de wetgever willen benadrukken dat als de eerder in de aangifte vennootschapsbelasting opgenomen balanswaarde van de pensioenverplichting is berekend tegen onjuiste rekengrondslagen, deze waarde niet kan dienen als uitgangspunt voor de fiscale balans waarde op het moment van afkoop of omzetting. Dit correspondeert met de eerder genoemde Vraag & Antwoord 17-013. Voor wat betreft de te hanteren rekengrondslagen verwijst de Belastingdienst maar een aantal arresten van de Hoge Raad.

Vraag & Antwoord 17-015

Het gaat hier om de afkoopwaarde en de afkoopkorting bij de afkoop van het ouderdomspensioen ná het overlijden van de partner. De vraag luidt als volgt:

“Wat is de afkoopwaarde van de af te kopen aanspraak op ouderdomspensioen en wat is de omvang van de afkoopkorting?”

In de Vraag & Antwoord wordt bevestigd dat voor de afkoopwaarde gekeken moet worden naar de fiscale balanswaarde op het moment van afkoop, terwijl voor de afkoopkorting gekeken moet worden naar de fiscale waarde van de pensioenaanspraak op de eindbalans van het boekjaar 2015. Er kan in de geschetste situatie voor

de afkoopkorting desalniettemin geen rekening worden gehouden met de op de eindbalans van het boekjaar 2015 opgenomen pensioenverplichting voor de aanspraak op partnerpensioen. In het betreffende voorbeeld wordt namelijk alleen de aanspraak op ouderdomspensioen van de dga afgekocht (de partner van de dga is immers in 2016 overleden).

Vraag & Antwoord 17-016

Hierin wordt ingegaan op de afkoopwaarde en de afkoopkorting bij een afkoop van een reeds ingegaan partnerpensioen. De vraag luidt als volgt:

“Wat is de afkoopwaarde van de af te kopen aanspraak op partnerpensioen en wat is de omvang van de afkoopkorting?”

Het in het Vraag & Antwoord weergegeven rekenvoorbeeld bevestigt dat moet worden gekeken naar de fiscale balanswaarde van de pensioenverplichtingen op het moment van afkoop en dus niet (bijvoorbeeld) op het eerdere moment van overlijden van de dga of de eindbalans van het boekjaar 2015. Het voorbeeld maakt ook inzichtelijk dat de afkoopkorting daarentegen een ander moment kent, namelijk de fiscale waarde eindbalans boekjaar 2015. Daarbij mag in het gegeven voorbeeld uitsluitend rekening worden gehouden met de aanspraak op partnerpensioen; het is voor de afkoopkorting niet mogelijk om ook rekening te houden met de fiscale balanswaarde van een pensioenverplichting voor het ouderdomspensioen. Het is immers niet de aanspraak op ouderdomspensioen dat wordt afgekocht, maar de aanspraak op partnerpensioen (het partnerpensioen is immers al ingegaan).

Vraag & Antwoord 17-017

Het gaat hier om een situatie waarin de nabestaande de aanspraak op partnerpensioen wil omzetten in een ODV:

“Na het overlijden van een dga zijn de partnerpensioenuitkeringen voor de nabestaande partner ingegaan. Het partnerpensioen is volledig in eigen beheer verzekerd. De nabestaande wil de aanspraak op partnerpensioen omzetten in een ODV. Op het moment van omzetten is de betreffende nabestaande 50 jaar. De nabestaande wil de uitkeringen van de ODV na het omzetten direct laten ingaan. Is dit mogelijk?”

De Belastingdienst beantwoordt deze vraag ontkennend. Het daadwerkelijk laten ingaan van de ODV is gezien de leeftijd van de nabestaande immers niet mogelijk. De ODV-uitkeringen mogen namelijk pas gaan lopen vanaf de voor de ODV-gerechtigde geldende AOW-leeftijd minus vijf jaar. Alternatief voor de nabestaande in dit scenario is opteren voor het afkoopsomscenario in plaats van het omzettingsscenario of het

saldo van de ODV aan te wenden voor het verkrijgen van een lijfrenteproduct. Er bestaat immers ook de mogelijkheid van een direct ingaande levenslange lijfrente.

Vraag & Antwoord 17-018

Het gaat hier om de overdracht van de pensioenverplichting aan een ander eigenbeheerlichaam ná 31 maart 2017. De vraag luidt als volgt:

“Is het binnen de regels van de Wet LB mogelijk om na 31 maart 2017 of het einde van de overgangperiode van het besluit van 22 maart 2017, nr. 2017-7412, Staatscourant 2017, nr. 18118 deze pensioenverplichting over te dragen naar een ander eigenbeheerlichaam?”

Dit is inderdaad mogelijk. Dat houdt verband met de extra overgangstermijn op basis van het besluit van 22 maart 2017, als gevolg waarvan een dergelijke overdracht mogelijk is tot uiterlijk 30 juni 2017.

Vraag & Antwoord 17-019

Het gaat hier om de mogelijkheid om een ouderdomsspensioen met uitgestelde pensioeningangsdatum om te zetten in een ODV. Meer specifiek is de vraag:

“Wat is de uitkeringsperiode van de ODV?”

In het bewuste voorbeeld heeft de dga de ingangsdatum van de pensioenuitkeringen uitgesteld tot de datum waarop hij de 70-jarige leeftijd zal bereiken. Bij het omzetten van de pensioenaanspraak in een ODV is de DGA 68 9/12 jaar. De Belastingdienst noemt in het Vraag & Antwoord dat de ODV-uitkeringen moeten ingaan direct na het omzetten van de pensioenaanspraken in de ODV, waarna de waarde van de ODV in dit specifieke geval moet worden uitgekeerd gedurende een periode van 17 jaar. De verplichting om direct uit de ODV uit te keren, houdt verband met het feit dat de bewuste DGA al ouder is dan twee maanden na de AOW-leeftijd. Genoemde periode van 17 jaar houdt verband met het uitgangspunt van 20 jaar dat verminderd moet worden met het aantal jaren tussen het uitkeren van de eerste ODV-termijn en de AOW-leeftijd van (in het geval van het voorliggende voorbeeld) 65 jaar.

Vraag & Antwoord 17-020

Dit houdt verband met de mogelijkheid om de pensioenwaarde in het economische verkeer fiscaal geruisloos af te waarderen naar de fiscale balanswaarde. De wetgever heeft aan dit fiscaal geruisloos afwaarderen de aanvullende voorwaarde verbonden dat het in 2016/2017 opgebouwde pensioen niet meer dan 250% kan zijn ten opzichte van de opbouw in 2015. De vraag luidt:

“Hoe kan de opbouw van pensioen in 2016/2017 worden vergeleken met de opbouw in 2015?”

De Belastingdienst merkt op dat alleen rekening wordt gehouden met de toename van de opgebouwde pensioenaanspraken die het gevolg is van de stijging van de pensioengevende diensttijd en/of de pensioengrondslag. Een toename van de opgebouwde pensioenaanspraak als gevolg van een toegepaste indexatie wordt niet mede in aanmerking genomen. Dat geldt evenzeer voor de situatie waarin sprake is van onderlinge ruil van ouderdomspensioen en partnerpensioen. Een vergelijking van de pensioenopbouw tussen beide perioden wordt hiermee vergemakkelijkt.

Vraag & Antwoord 17-021

Het gaat hier om de situatie waarin een dga opteert voor een ODV, maar op de pensioeningangsdatum onvoldoende middelen aanwezig blijken te zijn om de ODV volledig na te komen (onderdekking). De vraag luidt als volgt:

“Kan de DGA de ODV vanwege de onderdekking gedeeltelijk prijsgeven bij ingang van de uitkeringen met een beroep op artikel 19b, achtste lid, Wet LB (tekst 2016)?”

Deze vraag wordt helaas ontkennend beantwoord. De mogelijkheid van een gedeeltelijk prijsgeven van aanspraken staat namelijk niet open voor een ODV. Dit in tegenstelling tot de situatie waarin de dga bijvoorbeeld geopteerd zou hebben voor een handhaving van de pensioenaanspraken. Voor de pensioenaanspraken staat deze mogelijkheid van gedeeltelijk prijsgeven onder omstandigheden namelijk wel voor.

Ik vraag me overigens wel af hoe deze Vraag & Antwoord zich verhoudt tot Vraag & Antwoord 17-009, waarin ten aanzien van de ODV wel ruimte tot prijsgeven wordt geboden in een onderdekkingssituatie, zij het in combinatie met een situatie van liquidatie.

Tot slot

Hopelijk is met het voorgaande meer inzicht geboden in de praktische toepassing van de uitfasering van het pensioen in eigen beheer. Wij volgen in ieder geval, ook ná 1 april 2017, de ontwikkelingen op de voet en houden u hiervan graag op de hoogte!

Frédérique Hoppers

T: +31 (0)26 353 84 86

E: hoppers@dirkzwager.nl

Pfzw bindt de strijd aan met frauderende zorgbestuurders: over het hoe en waarom...

Afgelopen week berichtte het FD over het Pensioenfonds Zorg en Welzijn (PFZW) en haar strijd tegen malafide zorgaanbieders. PFZW bleek in 2016 15 keer beslag te hebben gelegd bij een fraudeur of sjoemelende instelling. Ook in 2017 blijkt er al bij zeker één voormalig bestuurder van een thuiszorginstelling (conservatoir) beslag te zijn gelegd op onder andere zijn woning. PFZW zal hier niet uniek in zijn, getuige een tweetal recente uitspraken waarin de aansprakelijkstelling van een pensioenfonds jegens een bestuurder van een werkgever standhoudt. Ook andere bedrijfstakpensioenfondszen zullen soms genoodzaakt zijn om harder op te treden tegen instellingen die nalatig zijn in de pensioenpremiebetaling. Zeker nu fondsen zelf het risico lopen. Zij moeten immers pensioenaanspraken honoreren, ook als er geen premies zijn geïncasseerd. Ook de bestuurder van de zorginstelling kan hierbij in beeld raken. Met name dit laatste wordt door de bestuurder niet altijd voldoende gerealiseerd.

Verplichte premiebetaling

Het optreden van PFZW houdt verband met het uitblijven van de verplichte premiebetaling door zorginstellingen die vallen onder de reikwijdtebepaling van het verplichtstellingsbesluit voor deelneming in PFZW (en niet over een vrijstelling beschikken). In geval van zo'n verplichte deelneming zijn de pensioenpremies op grond van de wet automatisch verschuldigd, waarbij het uitvoeringsreglement van PFZW nadere regels omtrent de premiebetaling stelt. Mochten die premies niet op tijd betaald worden, dan kunnen deze, na schriftelijke aanmaning, zelfs bij dwangbevel door het pensioenfonds worden geïncasseerd.

Bestuurdersaansprakelijkheid

Het is echter niet alleen de betreffende zorginstelling die in beeld komt. Ook de bestuurder kan in beeld komen. Artikel 23 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna: Wet Bpf) stelt nadere regels omtrent de hoofdelijke aansprakelijkheid van de (gewezen) bestuurders van werkgevers die verplicht

deelnemer in een bedrijfstakpensioenfonds zijn. De bewuste bepaling beoogt misbruik van rechtspersonen tegen te gaan door de bestuurders van de rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk te stellen naast die rechtspersonen zelf. Uitgangspunt is dat de rechtspersoon zonder meer aansprakelijk is voor de betaling van de premiebijdrage, terwijl de bestuurder slechts hoofdelijk aansprakelijk is in geval van verwijtbaar handelen of nalaten. Met andere woorden: de niet- betaling van de premies moet het gevolg zijn van aan de bestuurder te wijten onbehoorlijk bestuur. De crux zit in het feit dat de wet een onbehoorlijk bestuur veronderstelt, indien niet tijdig een zogenoemde melding betalingsonmacht is gedaan. In dat geval is het aan de bestuurder om dat onbehoorlijk bestuur aan de hand van bewijsstukken te weerleggen. Dat blijkt in de praktijk behoorlijk lastig te zijn.

Kortom: bestuurders moeten zeer alert zijn op een tijdige melding betalingsonmacht, willen zij niet geconfronteerd worden met een persoonlijke aansprakelijkheidsstelling vanuit het bedrijfstakpensioenfonds. Zo'n persoonlijke aansprakelijkheidsstelling zou dan gepaard kunnen gaan met beslagleggingen, zoals kennelijk in 2017 ook al vanuit PFZW gebeurd is. Wanneer moet de melding dan plaatsvinden? Dit staat verwoord in het Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000: binnen 14 dagen (in de regel nadat de premies voldaan hadden moeten zijn).

Melding betalingsonmacht: nieuwe rechtspraak

Een recent arrest van het Hof Den Haag van 14 februari 2017 toont aan dat zo'n melding betalingsonmacht cruciaal is voor de beoordeling van de bestuurders-aansprakelijkheid. Ook in dat arrest werd de bestuurder persoonlijk aansprakelijk gesteld voor de achterstallige pensioenpremies op grond van (o.a.) de niet-tijdige melding betalingsonmacht. In casu was niet aan de meldingsverplichting voldaan, omdat het Hof strenge eisen aan die melding stelt. De melding moet volgens het Hof zeer expliciet worden gedaan en onder vermelding van de omstandigheden die hebben geleid tot de betalingsonmacht. De enkele mededeling van de werkgever dat wanneer de pensioenpremies daadwerkelijk betaald moeten worden dit "kan leiden tot een deconfiture van de onderneming", was volgens het Hof onvoldoende. Ook blijkt uit genoemd arrest dat niet snel het wettelijk vermoeden van onbehoorlijk bestuur bij niet-tijdige melding kan worden weerlegd. Argumenten dat geen sprake zou zijn van kwade opzet en dat in de prijsstelling richting klanten geen rekening is gehouden met een verplichte deelneming, gaan in ieder geval niet op. Mogelijk speelt in dit verband ook een rol het gegeven dat de bestuurder volgens het hof geen enkel bedrag aan premies betaald heeft en op meerdere momenten tekort was geschoten in de informatieverstrekking richting het pensioenfonds.

Er is zelfs nóg recenter een uitspraak geweest, waarin evenzeer een bestuurdersaansprakelijkheid vanwege de niet-tijdige melding betalingsonmacht is aangenomen. Bij uitspraak van 12 april 2017 overwoog de rechtbank in vergelijkbare zin en trok de bestuurder dus opnieuw aan het kortste eind.

Al met al is het dus goed om er bedacht op te zijn dat niet alleen de werkgever een verplichting heeft aangaande de premiebetaling, maar dat ook de bestuurder in beeld kan komen. Persoonlijke bestuursaansprakelijkheid ligt op de loer, zeker wanneer er geen tijdige melding betalingsonmacht is gedaan. Voor fondsen zal de prikkel om bestuurders aan te spreken alleen maar groter worden, naar mate zal blijken dat de werkgever – bijvoorbeeld vanwege de slechte financiële situatie – geen verhaal biedt.

Frédérique Hoppers

T: +31 (0)26 353 84 86

E: hoppers@dirkzwager.nl

Legal Knowledge Portal

www.weshare.law

Bearer Shares At The NV A Thing Of The Past?

The Netherlands has two types of capital companies: the NV (public limited company) and the BV (private limited company). One major difference between the two company forms has to do with the shares. The introduction of the flex BV (Flex Private Limited Company) has diminished the differences in this area. The 'tackling' of bearer shares could cause the NV and BV to grow closer to each other as far as shares are concerned.

Share characteristics

The NV is characterised by openness: the shares are in principle freely marketable and not registered (hence its status as a 'public company'). The shares of a BV are in principle not freely marketable and are indeed registered (hence the 'private' nature of the BV). With the introduction of the flex BV, it has also become possible to stipulate that the shares in the BV are indeed freely marketable: share transfer restrictions are no longer mandatory in the company's articles of association.

Freely marketable shares

Because the shares in the NV are, in principle, always freely marketable, entrepreneurs who want to have the company listed on a stock market will usually opt for the NV as the company's form. The distinction between the NV and the BV in terms of the free marketability of shares has been largely eliminated with the introduction of the flex BV. The important difference remains that shares in a BV do not include any bearer shares, which can be privately transferred.

Bearer shares

At the moment of writing, the NV allows the possibility of both registered shares and bearer shares. A restriction on bearer shares seems to be imminent, however, as evidenced by the letter from State Secretary Eric Wiebes in the context of preventing money laundering and terrorism financing.

The state secretary writes:

'[...] Dutch public companies (hereafter: NVs) can issue bearer shares. Bearer shares of unlisted NVs are not registered and are freely marketable by private instrument.'

Shareholders remaining anonymous can result in abuse, tax evasion and money laundering.[...]

and also:

'[...] The result for which the government is aiming is to have bearer shares that currently can still be kept at home in tangible form only available in book-entry form in future. [...]

Three measures are aimed at achieving this:

- It will be mandatory for bearer shares to be put in the custody of an intermediary or central institute.
- Bearer shares will only be able to be transferred in book-entry form.
- The rights of holders of bearer shares will be suspended as long as the requirements of registering these and putting them into custody are not satisfied.

The Global Forum of the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) also seems to find the potential anonymity allowed by the current form of bearer shares in the Netherlands to be undesirable. Page 24 of the '[peer review report](#)' from 2013 states:

'52. Public limited liability companies ('NV's', added by author) are allowed to issue bearer shares ('toonderaandelen', added by author). Some bearer shares are in circulation at present, but there are insufficient mechanisms in place to ensure the availability of information on the owners of bearer shares.'

The aforementioned letter from the state secretary also states that the government will put a draft online for consultation at the beginning of 2017 and hopes to present a legislative proposal to the Lower House of Parliament in the second half of 2017. It therefore looks as if bearer shares in their current form will soon be a thing of the past. I am not entirely convinced that this will actually be achieved. Nonetheless, we will keep you abreast of the developments.

Dirkzwager advocaten & notarissen

The Netherlands

E: webmaster@dirkzwager.nl

The implied duty of good faith in commercial contracts and its impact on deferred consideration clauses in corporate sale and purchase agreements

Jurisdictions around the world (including in the United States, France, Germany and Holland) generally recognise, to some extent, the principle that contracting parties owe each other a duty of good faith in the performance of their contractual obligations. This piece will look at the differing approaches taken in several jurisdictions and how English law has developed in this regard.

US doctrine

In the United States, the principle of good faith is enshrined in the Uniform Commercial Code Section 1-304 which provides that "every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement".

The case of *American Capital Acquisition Partners v LPL* shows the relationship of earn out mechanisms and good faith obligations in US law:

- Under the agreement for ACA's sale of its subsidiary (CC) to LPL, CC could receive additional earn-out consideration if it met certain gross revenue or margin targets post-completion. When CC failed to meet the performance metrics, ACA and CC officers brought suits claiming, amongst other things, that LPL diverted revenue opportunities and resources to another subsidiary so CC would not meet the earn-out targets.
- The court allowed the seller's claim for breach of the implied good faith obligation not to divert revenue and resources away from CC.
- It is important to note however that the court dismissed the seller's claim that the implied covenant of good faith also imposed on the buyer an obligation to enhance its own technology to allow CC to meet earn out targets – practically speaking, if seller anticipates buyer will need to take additional measures for seller to realise earn-out targets, the transaction agreement should expressly impose that obligation on buyer.

France and Germany

The duty of good faith is adopted in various continental jurisdictions, including through the Civil Codes of France and Germany:

- In France a general obligation to negotiate in good faith (*négociations de bonne foi*) applies, meaning that parties to negotiations have a general duty to act loyally and honestly towards each other.
- Section 242 of the German Civil Code (BGB) establishes the general obligation to execute contracts in good faith.

The Dutch approach to good faith

The concept of 'good faith' in the Dutch legal system follows the approach of its European neighbours, and perhaps goes even further:

- The Dutch Civil Code (DCC) provides that "the relationship between parties to an agreement is governed as well by the principles of reasonableness and fairness" (Article 6:248 DCC).
- Dutch law equates the words 'reasonableness and fairness' to the principle of good faith; that is, taking into account the reasonable interests of the other(s) during negotiations.
- The principle of good faith also extends to govern the pre-contractual negotiations between, say, buyer and seller. A party who decides, at an advanced stage of negotiations, to walk away can be held liable for the terms of such contract for not acting in good faith. This is in direct conflict with English law which recognises the self-interests of each negotiating party.
- The Dutch law doctrine of good faith in the pre-contractual relationship stage is considered to be one of the most progressive amongst civil law countries.
- Interestingly, this good faith principle also affects the mechanics of the due diligence process. English DD transactions are predicated on the 'caveat emptor' principle so that the buyer is responsible himself for investigating the target. In Dutch law however, this principle is not applied as strictly. The failure of the buyer to carry out an inspection cannot be held against the buyer if the seller has withheld information which he should have disclosed. In some cases the seller will have a duty to disclose information, to act in good faith, where, for example, the buyer has a distorted view of in respect of the sale.

English law

England stands out as one of the few jurisdictions that does not recognise a universal implied duty of good faith between contracting parties:

"...in keeping with the principles of freedom of contract and the binding force of

contract, in English contract law there is no legal principle of good faith of general application...” – Chitty on contracts, 31st Ed.

Note that this is separate from duties of good faith which are owed because of:

- a fiduciary relationship between contracting parties;
- an expressly agreed contractual term; or
- specific contractual relationships e.g. partnership, agency, employment contracts.

There is concern that implying good faith would create too much uncertainty by creating obligations that are potentially vague/subjective. English law also recognises that parties are free to pursue their own self-interests.

English case-law on the matter

For a long time, commentators have suggested that a general duty of good faith would be introduced into English law as a result of efforts to standardise contract law within the European Union. Such a duty is already recognised in most EU Member States’ systems of law (see above) and, following *Yam Seng v ITC*, it seemed inevitable that the principle would be extended further to the English jurisdiction. However, for now, it seems that the reluctance to recognise a duty of good faith in commercial contracts stands.

- *Yam Seng v ITC*^[1] – Leggatt J found that a duty of good faith could be implied into contracts as a matter of English law with ITC being in breach of an “implied duty of honesty”. The judge placed emphasis on ‘relational contracts’ where a high degree of communication is required for the agreement to operate effectively – thus raising the question whether this could be applied to earn out provisions in share purchase agreements where the seller may maintain a significant interest in the target company and in many cases a day-to-day involvement in the target business post-completion.
- Note however that the Court of Appeal rejected the use of good faith as a “general organising principle” in *MSC v Cottonex Anstalt*^[2] whilst the concept of relational contracts was rejected in *Globe Motors*^[3]. Accordingly, *Yam Seng* may now have limited application.

[1] The High Court decision in *Yam Seng PTE Ltd v International Trade Corporation Ltd* [2013] EWHC 111 (QB) is available at <http://lql.kn/d16a6>.

[2] *MSC Mediterranean Shipping Company S.A. v Cottonex Anstalt* [2016] EWCA Civ 789.

[3] *Globe Motors Inc v TRW LucasVarity Electric Steering Ltd* [2016] EWCA Civ 396.

Recent developments in English law and the current position

- As noted above, there seems to be a general unwillingness in English law to recognise an implied covenant of good faith. This trend has arguably been reinforced by the recent Court of Appeal decision in *MSC v Cottonex Anstalt*.
- The comments of the Court do not constitute binding guidance. However it is clear from the analysis that the Court was unconvinced by the enthusiasm for the development of good faith which was shown at first instance in the case. The Court remained unconvinced by the underlying principle and espoused concerns that recognising such a doctrine would provide parties with as much scope to challenge the terms of commercial contracts as to support them.

In English law, without the application of good faith principles, when drafting an earn-out clause, every attempt must be made to address conceivable future scenarios relating to the post-closing operation of the target business in order to minimise the scope for future disputes.

Wedlake Bell

United Kingdom

E: wedlakebell@legalknowledgeportal.com

Spain: publication of the draft personal data protection law to replace the personal data protection law 15/1999

The Ministry of Justice has published the draft Personal Data Protection Law to replace Personal Data Protection Law 15/1999 (LOPD, its Spanish acronym) in order to adapt the Spanish regulations to the General Data Protection Regulation 2016/679 (GDPR), passed by the European Union on April 2016. This draft is submitted to public consultation on the Ministry of Justice's website, open to citizens' participation until July 19th.

First of all, we must bear in mind that Personal Data Protection is a fundamental right within the Spanish system and, as such, it must be regulated by an organic law pursuant to article 81.1 of the Spanish Constitution, which must be passed by absolute majority of the Congress, pursuant to article 82.2 of the same. We must also keep in mind for the sake of the analysis we make in this paper that, as it is a draft, it can vary significantly before being passed as an Organic Law.

As it is mandatory, the Spanish state respects and reproduces in this draft the text of the GDPR, introducing some specifications on several aspects, among which the following ones can be stressed out:

- Regulation of deceased persons' personal data treatment, granting the heirs the right to access, rectification and erasure, unless expressly prohibited by the deceased or forbidden by law.
- Presumption of veracity for the data collected directly from the data subject.
- The age for consent is lowered to 13 years old, (former Organic Law 15/1999 set it at 14, and the GDPR establishes it at 16 years old, enabling member states to lower it but not under 13).
- Consent is excluded as the sole basis for making especially-protected data processing legitimate.
- Conditions for lawfulness of data processing aiming at providing credit information, as well as other specific obligations for the entities who maintain these systems and for the creditors, who are considered as joint controllers.

- Specific regulations for personal data processing:
 - Regarding administrative infringements and sanctions, being closer to criminal infringements and sanctions.
 - When used for video surveillance
 - In the advertising exclusion systems (Robinson list and similar) and the internal complaints in private entities
- New obligation for controllers: blocking obligation
- Legal and economic regime of the Spanish Agency of Data Protection, as well as its functions, powers and relations with the rest of public institutions including judicial bodies and regional authorities for data protection.
- Legal framework for data protection regional authorities.
- Infringements qualification, following the Spanish administrative sanctions general regime, in the following way:
 - Very grave infringements: approximately match the ones foreseen in GDPR article 83.5 (fines up to 20 000 000 EUR, or up to 4 % of the total worldwide annual turnover of the preceding financial year), usually breaches of processing principles, of the rights of the data subjects and of the conditions imposed for especially-protected data processing and non-compliance with the resolutions of the data protection authorities.
 - Grave infringements: generally match the ones foreseen by GDPR article 83.4 (fines up to 10 000 000 EUR, or up to 2 % of the total worldwide annual turnover of the preceding financial year), mainly those regarding non-compliance with obligations of the GPDR for controllers and processors and personal data processing for minors without fulfilling the required conditions.
 - Minor infringements: include among others and generically: non-compliance of merely formal obligations (especially some regarding joint controllers, controllers and processors among them) and ill-compliance of other obligations.
- Sanctions for institutions, authorities and other public entities when they act as controllers or processors will only consist in a reprimand and the indication of the corresponding measures to cease or correct the effects of the infringement and, if the data protection agency decides so, the institution of disciplinary measures.

It can be observed that some of the changes are stricter than the GDPR (such as the exclusion of the consent as the sole legal basis to process especially-protected data), so it will be worth watching its path through the Congress in order to be prepared to fulfill all the dispositions of the future Organic Law (whose entry into force is foreseen on May, 25th, 2018, matching with the date of enforcement of the GDPR), and thus avoiding any possible sanction.

Adarve Abogados

Spain

E: adarve@legalknowledgeportal.com

New Corporate Governance Code – the most important changes

On 8 December 2016, the Corporate Governance Code Monitoring Committee (the ‘Committee’), published the revised Corporate Governance Code (the ‘Code’). The most important changes relate to the focus on long-term value creation and the introduction of culture as an element of good corporate governance. The Code has also been simplified as overlapping provisions as well as provisions that were contrary to the law and other regulations have been amended. Finally, new corporate governance developments have been added to the Code.

The new Code applies to Dutch listed companies in respect of the financial year commencing on 1 January 2017 or thereafter. This means that the first report on compliance with the new Code will be issued in 2018. Where the Code requires that regulations, rules or procedures are adjusted in line with the amended provisions, the company is expected to act in accordance with the Code if it has amended such on 31 December 2017 at the latest. The Committee recommends that companies discuss the most important aspects of corporate governance and compliance with the Code as a separate agenda item during the annual general meeting in 2018.

The Code works on the basis of the ‘apply or explain’ principle. This principle means that listed companies must apply the principles and best practice provisions or explain with reasons why a principle or best practice provision is not being applied.

On 17 January 2017, I already discussed the most important proposed changes on this [knowledge page](#). Here, I will briefly explain them again and will also highlight which changes the Committee has made in the final revised Code compared to the proposal.

1 Long-term value creation and taking interests into consideration (Best Practice Principle 1.1) The most important change the revised Code is introducing is to place long-term value creation centre stage. The Committee indicates that the malpractices of recent years (the bookkeeping scandal at Ahold and the liquidation of Imtech, for example) can in many cases be traced back to realisation of

short-term profits. Long-term value creation requires directors and supervisory directors – based on the Code, the board is obliged to engage the supervisory board in a timely manner in the formulation of the strategy – to act in a sustainable manner by making deliberate choices on the sustainability of the strategy in the long term. It is essential that the interests of all stakeholders are included in this. When determining the strategy, the company must, in addition to value creation, also take account of other relevant aspects of doing business such as the environment, social and personnel matters, the chain in which the business operates, respecting human rights and combating corruption and bribery. In the board report, the board must provide an explanation of its vision relating to long-term value creation and on the strategy to realise this and set out what contributions have been made to this in the past financial year.

2 Realising opportunities by taking conscious risks (Best Practice Principle 1.2 to

1.5) Best Practice Principle 1.2 is the principle that the company must have proper risk management and control systems. The board determines the risk appetite, designs the control systems and monitors the operation of the systems. In its report, the board must provide details of the defects in the effectiveness of the systems. There has to be a strong internal audit system in place, for which the board is responsible and which is monitored by the supervisory board. Contrary to that included in the consultation document, the board must not declare in the annual board report that the continuity of the company is guaranteed for the coming twelve months, but it must list the material risks and uncertainties in respect of the expectations of the continuity of the company for the coming twelve months.

3 Attention for culture (Best Practice Principle 2.5) The Best Practice Principle 2.5 states that the board is responsible for shaping a culture that is aimed at long-term value creation. The supervisory board must monitor the activities of the board in this respect. The Code addresses culture but does not prescribe what culture is or should be. It is important that a culture is created that stimulates desirable behaviour and ethical actions. The board must in any event draw up a code of conduct to this end.

4 Checks and balances (Section 2) The structure of the board and the supervisory board was already worked out in detail in the 2008 Code. New emphases have been introduced in this section of the Code that contribute to the *checks and balances*, good corporate governance and independent supervision.

Pursuant to the Code, the acuity of the supervision is strengthened by a correct composition of the supervisory board. Instead of a maximum appointment term of twelve years (three times four years), the revised Code takes an appointment term of two times four years as a starting principle. After this period, a supervisory director can be reappointed for a term of two years, which term can subsequently be extended by maximum two years. Contrary to that included in the consultation document, this reappointment must 'only' be substantiated after eight years and no special circumstances are required.

In addition, compared to the 2008 Code, it includes an expansion as regards the maximum number of 'dependent' supervisory directors. Each shareholder having a 10% shareholding or greater in the company, may have one so-called shareholder-supervisory director, on the understanding that the number of dependent supervisory directors together is less than half of the total number of supervisory directors. If the board has an executive committee, the board must take the *checks and balances* that form part of the two-tier system into account. The supervisory board monitors this and pays specific attention to the dynamics and relationship between the board and the executive committee.

Finally, much attention is paid to the diverse composition of the supervisory board. The state of affairs relating to the diversity objectives is set out in the corporate governance statement.

5 Simplified remuneration (Section 3) More than previously, the Code is based on the own responsibility of directors and supervisory directors. Issuing too many detailed instructions can detract attention from, and take away the motivation for, self-reflection on the structure and execution of governance. The remuneration policy must be clear and understandable. The policy must pay attention to, among other things, remuneration relationships within the company and scenario analyses performed in advance. Contrary to that included in the consultation document, the supervisory directors may not be remunerated using shares and/or options.

6 The role of the shareholder (Section 4) The part of the Code dealing with the relationship with the shareholders has been lifted virtually unchanged from the 2008 Code. Although some principles and provisions could do with a brush-up, the Committee is of the opinion that it is currently expedient not to make substantive changes. This is because there are currently many developments at European and national level in respect of the position and rights of shareholders, the outcome of

which is currently still uncertain. Contrary to that included in the consultation document, the 180 days response time of the board if a shareholder puts an item on the agenda that may lead to a change in strategy of the company is maintained.

Finally, section 4 of the Code includes – contrary to the provisions in the consultation document – that issuing depositary receipts for shares can be a tool to prevent that, as a result of absenteeism during the general meeting, a (coincidental) majority of shareholders forces the decision-making process in its favour. Issuing depositary receipt for shares may not be used as a protective measure.

7 One-tier boards (Section 5) The Code is tailored to companies with a *two-tier board*. Section 5 deals with the applicability of the Code to companies with a *one-tier board*, where there is one board of which both executive and non-executive directors form part. As I set out earlier on this [knowledge page](#), the relevant best practice principle and the best practice provisions for *one-tier boards* have been clarified on some points.

Dirkzwager advocaten & notarissen

The Netherlands

E: webmaster@dirkzwager.nl

Circular of the state council on several measures concerning the expansion of opening-up and active use of foreign capital

On January 17th 2017, The State Council of China released the Circular of the State Council on Several Measures concerning the Expansion of Opening-up and Active Use of Foreign Capital, unveiling its new policy to facilitate foreign investment. I believe the implementing measures will be promulgated in several months.

The brief on it is as follows:

- Local governments are granted discretion to enact local foreign investment incentive policy;
- PPP: foreign investment is encouraged to take part in infrastructure construction in energy, transportation, water conservancy, and environmental protection through franchising;
- Service industries: loosen the restriction on the investment of financial institution, securities company, securities investment fund management company, futures company, insurance institution, insurance agency;
- This policy may serve as the guidelines on Chinese foreign investment policy in the next 5-10 years.

For more details see:

<http://lql.kn/2f184>

HIL International Lawyers & Advisers

China

E: hil@legalknowledgeportal.com

Over Dirkwager

Met kantoren in Nijmegen en Arnhem en ruim 260 medewerkers heeft Dirkwager advocaten & notarissen op bijna ieder terrein specialistische juridische kennis in huis. Actuele kennis van wet- en regelgeving en jurisprudentie, natuurlijk, maar ook mensenkennis en kennis van de markten waarin onze cliënten opereren. Die kennis zetten we in voor onze cliënten. En die delen we. Dat maakt ons bijzonder. En dat zorgt ervoor dat onze cliënten in het voordeel zijn.

© 2017, Dirkwager advocaten & notarissen N.V.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de auteur worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave grote zorg is besteed, aanvaarden de auteur en Dirkwager advocaten & notarissen N.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Maak kennis met **Dirkzwager**
advocaten & notarissen

Vestiging Arnhem

Postbus 111
6800 AC Arnhem
Velperweg 1
6824 BZ Arnhem

Vestiging Nijmegen

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

T +31 (0)88 24 24 100

F +31 (0)88 24 24 111

E info@dirkzwager.nl

I www.dirkzwager.nl