

Maak kennis met
**Het beste van
Dirkzwager in 2014**

Dirkzwager
advocaten & notarissen

Inleiding

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

De juridische specialisten van Dirkzwager hebben alleen al in 2014 meer dan 1.000 digitale artikelen gepubliceerd op onze kennispagina's en inmiddels bestaat dit archief uit ruim 5.500 artikelen geschreven vanaf 2010.

In deze bundel vindt u de in 2014 vijf best gelezen juridische artikelen per kennispagina. Voor zo ver u deze artikelen nog niet eerder heeft kunnen lezen, overzichtelijk per juridisch specialisme gebundeld op volgorde van publicatiedatum. Verrassend genoeg zijn niet alle artikelen ook daadwerkelijk in 2014 geschreven... Een bevestiging dat ons kennisplatform ook een archieffunctie vervult.

Mocht u nog meer behoefte hebben aan juridische publicaties en uitingen?

Naast www.partnerinkennis.nl nodigen wij u ook van harte uit in onze vernieuwde mediatheek op www.dirkzwagerbibliotheek.nl. Hier vindt u naast alle gepubliceerde e-books en whitepapers ook onze wetenschappelijke artikelen en de Dirkzwager KennisHangouts; de workshops die wij online hebben gehouden.

Wij wensen u veel leesplezier.

Dirkzwager zorgt dat u het weet.

Inhoud

Inleiding	1
Aanbesteding, mededinging & staatssteun	3
Afwijking van advies Commissie van Aanbestedingsexperts mogelijk	5
Rechtsbescherming ook bij meervoudig onderhands	9
RCC: Booking.com misleidt consumenten op haar website	11
Opnieuw sneuvelt non-concurrentiebeding door Mededingingsrecht	14
Hoger beroep in de geruchtmakende Kadasterzaak: het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat Kadaster wel onrechtmatig heeft gehandeld maar niet schadeplichtig is!	17
Aansprakelijkheid, schade & verzekering	21
Het regresverbod ex Artikel 7:962 lid 3 BW en inleen	23
Klachtplicht (Art. 7:23 BW): Aanvang termijn waarbinnen moet worden geklaagd	25
Verzekeringsfraude: Voorwaarden voor registratie in extern verwijzingsregister Stichting CIS	28
Anafylactische shock KLM-passagier: Oordeel over aansprakelijkheid anders na 13 december 2014 onder nieuwe voedselinformatie-verordening?	31
Tekortschieten onderaannemer niet onrechtmatig jegens opdrachtgever in hoofdaanneming	36
Arbeidsrecht	39
De Loonsanctie en het UWV	41
Uitbetalen vakantiedagen bij einde dienstverband. Hoe hoog Is de rekening?	45
Uit dienst en ziek: Wie betaalt de rekening?	48
De belangrijkste wijzigingen per 1 juli 2014 ingevolgde het Wetsvoorstel Werk en Zekerheid	50
Wet werk en zekerheid: geen concurrentiebeding bij arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd	52
Gezondheidszorg	55
Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen	57
Recht op vrije artskeuze opnieuw bevestigd	60
Hoge Raad bevestigt bestaan hinderpaalcriterium artikel 13 zorgverzekeringswet	62
Raad van State toetst wijzigingsvoorstel Artikel 13 Zvw aan Europees recht, maar wat is de conclusie?	64
Ondernemingskamer kritisch over toepassing enquêterecht door cliëntenraad	70
Intellectuele eigendom & IT	75
Dirkzwager lanceert gratis tool “copyrightcheck”: test in (maximaal) 12 vragen wie auteursrechthebbende is	77
Zijn licenties nu opeens toch faillissementsbestendig?	78
Technology Partnerships en MES contracten: Trends en juridische aandachtspunten	82
Boetebevoegdheid College Bescherming Persoonsgegevens komt dichterbij; voor 1 november voorgelegd aan Tweede Kamer	86
Embedden is geen auteursrechtinbreuk	88
Ondernemingsrecht	91
De opzegging van een overeenkomst voor bepaalde tijd	93
Het Centraal Aandeelhoudersregister, What's in a name?	95
Beëindiging van een duurovereenkomst	104
Verzuim Zonder Ingebrekestelling?	106
Implementatiewet Richtlijn Consumentenrechten	109
Overheid & Vastgoed	113
Aansprakelijkheid voor Wegbeheerders. Is een gemeente aansprakelijk voor een kuil in de weg?	115
De executorialie kracht van een notariële akte	118
Horizontale of verticale natrekking	120
De onaantastbaarheid van de vaststellingsovereenkomst?	123
Beslaglegger dwingt hypotheekhouder om executie onroerend goed voort te zetten	125
Particulier	129
De regie over uw nalatenschap door middel van een bewind!	130
Deurwaarder kan beslag leggen op vermogen van erfgenamen nu zij de nalatenschap zuiver hebben aanvaard	133
Aanstaande ex-partner bleef erfgename	135
Verrekenen alimentatie met andere vorderingen?	137
Bieder op internetveiling vooralsnog niet gebonden aan gemaakte vergissing	139
Pensioen	141
Zorgvuldigheid vereist met pensioenafspraken in beëindigingsregeling	143
Pensioen DGA: aanpassing en toekomst	146
Onderscheid pensioenleeftijden bij ontslagvergoeding	149
Wijziging pensioen: instemming werknemer vereist	151
Pensioenprobleem voor profvoetballers?	154
Legal Knowledge Portal	157
Distressed Mergers & Acquisitions	159
Guidelines on Internal Governance (GL 44) and the impact on Swedish credit institutions	166
No rooms left!? Online availability of hotel rooms and advertising law in Europe	168
Copyright and the selfie	171
The UK's new Small Business, Enterprise and Employment Bill: Transparency is nothing to be scared of	173

Aanbesteding,
mededinging &
staatssteun

www.dirkzwagerams.nl

Afwijking van advies Commissie van Aanbestedingsexperts mogelijk?

Het feit dat formeel wordt gegund op EMVI betekent niet dat aanbesteders de subgunningscriteria zo mogen vaststellen dat er materieel uitsluitend wordt gegund op (laagste) prijs. De voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland oordeelde dat er dan geen sprake meer is van gunning op EMVI, maar van gunning op laagste prijs. Daarnaast oordeelde de voorzieningenrechter dat een advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts in een kort geding geen bindende (bewijs)kracht heeft.

De aanbestedingsprocedure

De gemeente Zevenaar heeft een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure gehouden voor de herontwikkeling en realisatie van het gemeentehuis. Onder andere BAM werd geselecteerd om een inschrijving in te dienen.

In de aanbestedingsdocumenten was opgenomen dat gegund werd aan de economisch meest voordelige inschrijving (EMVI). Naast prijs golden verder nog de volgende subcriteria: coördinatievergoeding wijzigingen, coördinatievergoeding inrichting, planning en plan van aanpak. De waardering van deze criteria werd omgezet in een fictieve korting die op de aanneemsom in mindering werd gebracht. Voor de criteria planning en plan van aanpak kon een maximale korting van € 162.000,00 worden behaald (circa 4% van het totaal).

BAM klaagt in de eerste nota van inlichtingen dat met deze systematiek geen sprake is van gunning op EMVI, maar van laagste prijs. De onderdelen planning en plan van aanpak hebben volgens haar maar een marginale invloed op de aanneemsom.

De gemeente antwoordt dat beoordeling op prijs het meest objectief is en gunning op kwaliteit tot een subjectieve en slechtere beoordeling zou leiden. In de tweede nota geeft de gemeente aan dat zij volgens de regelgeving de vrijheid heeft het gunningscriterium naar eigen inzicht in te delen. BAM schrijft onder protest in.

Commissie van Aanbestedingsexperts

BAM dient vervolgens een klacht in bij de Commissie van Aanbestedingsexperts. De commissie oordeelt dat de regelgeving niet voorschrijft hoe het criterium EMVI moet worden ingedeeld en dat een aanbestedende dienst de vrijheid heeft meer

gewicht toe te kennen aan het criterium prijs. Dat betekent volgens de commissie echter niet dat de keuze voor het gunningscriterium materieel mag neerkomen op het gunningscriterium laagste prijs. Daarvan is volgens de commissie sprake als inschrijvers de redelijke verwachting mogen hebben dat de beoordeling van de kwalitatieve aspecten, naast het aspect prijs, geen significante invloed op de rangorde zal hebben. De commissie oordeelt dat die situatie zich bij de aanbesteding van de gemeente voordeed en dat de gemeente dus in strijd met de wet heeft gehandeld.

BAM vordert heraanbesteding

De gemeente wijzigt of schorst de aanbestedingsprocedure (ook tijdens de adviesprocedure van de commissie) echter niet en gunt de opdracht niet aan BAM. BAM vordert in kort geding dat de gemeente wordt geboden tot heraanbesteding over te gaan. Volgens BAM heeft de gemeente in strijd met artikel 2.114 Aanbestedingswet (Aw) gehandeld door te gunnen op laagste prijs in plaats van op EMVI, zonder daarvoor een motivering te geven.

Advies van aanbestedingsexperts is niet bindend

BAM beroept zich in de eerste plaats op het advies van de commissie van aanbestedingsexperts. BAM voert aan dat dat advies maatgevend is en dat de voorzieningenrechter het slechts marginaal mag toetsen. De voorzieningenrechter volgt dat standpunt niet. Diens oordeel is dat het advies niet bindend is. Een ander oordeel zou betekenen dat het recht van partijen om hun geschil in de volle omvang aan de voorzieningenrechter voor te leggen, wordt ingeperkt. Voor een dergelijke inperking is geen (wettelijke) grondslag. Aan het advies komt dan ook slechts vrije bewijskracht toe. Er kan wel betekenis aan worden toegekend gelet op de deskundigheid van de aanbestedingsexperts en de ingeschakelde deskundigen.

EMVI: maar toch gunning op laagste prijs

De gemeente voert als verweer aan dat er geen reden was om in de gunningsfase nog op kwaliteit te toetsen. Door de in de selectiefase gehanteerde criteria was de kwaliteit van de inschrijvende partijen immers gewaarborgd. Dat verweer verwerpt de voorzieningenrechter. Het feit dat partijen voldoen aan de selectiecriteria betekent immers nog niet dat de beste kwaliteit werk wordt geleverd. Juist in de gunningsfase zal de beste prijs-/ kwaliteitverhouding moeten worden vastgesteld. Voor het standpunt van BAM dat de gemeente, ondanks dat zij heeft geschreven te gunnen op EMVI, maar praktisch gunt op laagste prijs, geeft de voorzieningenrechter betekenis aan het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts. De voorzieningenrechter oordeelt dat een aanbestedende dienst in beginsel de vrijheid heeft

aan het subcriterium prijs meer gewicht toe te kennen dan aan kwaliteit. Die vrijheid is volgens de voorzieningenrechter wel begrensd. De grens is bereikt als de keuze voor het EMVI-criterium materieel neerkomt op een keuze voor het gunningscriterium laagste prijs. Gelet op het gemotiveerde advies van de aanbestedingsexperts en het feit dat de gemeente dit onvoldoende heeft weersproken, oordeelt de voorzieningenrechter dat de inrichting van het criterium EMVI door de gemeente zodanig is dat er geen sprake is van gunning op prijs en kwaliteit, maar slechts op prijs.

Schending van het beginsel gunning op EMVI

Vervolgens dient getoetst te worden of die keuze van de gemeente rechtmatig was. De voorzieningenrechter oordeelt dat uit de Aw niet volgt dat gunning op laagste prijs alleen zou zijn toegestaan in uitzonderingssituaties. Volgens artikel 2.114, lid 2 Aw moet de aanbesteder de keuze voor gunning op laagste prijs motiveren. Er moeten dus wel omstandigheden zijn die de keuze voor laagste prijs rechtvaardigen en die keuze moet toetsbaar zijn.

De gemeente voert aan dat haar budget beperkt was en daarom gekozen is voor gunning op laagste prijs. De voorzieningenrechter gaat daaraan voorbij. Het beperkte budget had volgens de voorzieningenrechter namelijk ook op een andere wijze in de gunningssystematiek terug kunnen komen, bijvoorbeeld door middel van een maximumprijs. Een dergelijke systematiek betekent niet dat de gemeente, zoals de gemeente stelt, altijd de maximumprijs zal moeten betalen. Er bestaat immers nog steeds concurrentie tussen de inschrijvers.

Aangezien de gemeente de keuze voor laagste prijs onvoldoende heeft gemotiveerd, heeft zij in strijd met de Aw gehandeld. Derhalve oordeelt de voorzieningenrechter dat de gemeente de aanbestedingsprocedure moet staken en, als zij de opdracht nog wenst te gunnen, dat moet doen door middel van een heraanbesteding.

Commentaar

Dit principiële vonnis van de voorzieningenrechter te Arnhem heeft een aantal consequenties voor de aanbestedingspraktijk. Ten eerste voor wat betreft een advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts. Een dergelijk advies is niet bindend en een voorzieningenrechter zal er dus naar eigen inzicht vanaf mogen wijken. Het staat een voorzieningenrechter dus vrij om van het advies af te wijken. De voorzieningenrechter mag er wel betekenis aan toekennen. Uit voorgaand vonnis lijkt te volgen dat een voorzieningenrechter betrekkelijk makkelijk betekenis kan toekennen aan een dergelijk advies en dat in de praktijk een advies van de commissie mogelijk snel gevolgd zal worden.

Ten tweede voor wat betreft de invulling van EMVI. Uit dit vonnis volgt het beginsel dat aanbestedende diensten het gunningscriterium naar eigen inzicht mogen invullen. Het criterium prijs mag een groter belang hebben dan het criterium kwaliteit. De waardering van de kwaliteitsaspecten moet echter invloed kunnen hebben op de rangorde. De invloed van het criterium kwaliteit mag dus niet slechts marginaal zijn in de totale beoordeling. Het lijkt erop dat een inschrijver daadwerkelijk de mogelijkheid moet hebben de aanbesteding te kunnen winnen op de kwaliteitsaspecten. Als dat niet zo is, dan is er materieel sprake van gunning op laagste prijs en daarvoor moet conform artikel 2.114, lid 2 Aw een motivering worden gegeven. Het vonnis van de voorzieningenrechter is in het licht van de Aw dan ook logisch.

Ten slotte de motivering van het gunningscriterium. In artikel 2.114, lid 2 Aw is opgenomen dat op laagste prijs mag worden gegund, maar dat daarvoor in de aanbestedingsdocumenten een motivering voor moet worden gegeven. De voorzieningenrechter oordeelt dat dat niet betekent dat er sprake moet zijn van bijzondere omstandigheden, maar wel van zodanige omstandigheden er op laagste prijs moet worden gegund. Die omstandigheden moeten de keuze voor gunning op laagste prijs rechtvaardigen. Waarschijnlijk wordt daarmee geïmpliceerd dat een meting van kwaliteit niet mogelijk is. Opvallend is dat de voorzieningenrechter de gemeente ter zitting nog de mogelijkheid leek te geven om de keuze voor het gunningscriterium deugdelijk te motiveren. In het licht van artikel 2.114, lid 2 Aw lijkt mij dat waarschijnlijk niet het juiste moment.

Joris Bax

Telefoon: +31 (0)24 381 31 86

E-mailadres: bax@dirkzwager.nl

Rechtsbescherming ook bij meervoudig onderhands

Ook bij een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure moeten inschrijvers rechtsbescherming genieten tegen de gunningsbeslissing. Zo oordeelde de Bredase voorzieningenrechter. Definitieve gunning van de opdracht direct nadat het gunningsvoornemen bekend is gemaakt, is in beginsel in strijd met het fair-play beginsel.

De aanbestedingsprocedure

Het waterschap heeft een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure gehouden voor het leveren en leggen van vloerbedekking in het waterschapskantoor. De werkzaamheden waren zoveel mogelijk per verdieping samengevoegd (percelen). Inschrijvers moesten hun inschrijving ook per verdieping/ perceel een prijs aanbieden. Het waterschap heeft bij brief van 13 december 2013 bericht dat de opdracht wordt gegund aan TMC. Op dezelfde dag is de opdracht definitief aan TMC gegund. Global maakt echter bezwaar tegen de gunning. Zij voert aan dat TMC haar prijs niet heeft ingericht conform de offerteaanvraag. Door het waterschap wordt (in kort geding) niet weersproken dat TMC niet per perceel een inschrijving heeft ingediend, maar een totaalbedrag voor het bekleden van het gehele gebouw en dat de inschrijving niet is ingericht conform de offerteaanvraag.

Schending fair-playbeginsel

In kort geding stelt de voorzieningenrechter voorop dat ook bij een meervoudig onderhandse aanbesteding, waarop de Aanbestedingswet niet van toepassing is, een aanbestedende dienst het transparantie- en gelijkheidsbeginsel in acht dient te nemen. Wat volgens de voorzieningenrechter onder andere inhoudt dat het waterschap gedurende de procedure niet kan afwijken van haar eigen procedureregels. Het waterschap is echter van die procedureregels afgeweken door de inschrijving van TMC, die niet was ingericht conform de offerteaanvraag, te accepteren. De voorzieningenrechter oordeelt daarom dat de opdracht niet aan TMC gegund had mogen worden. Het waterschap voert nog aan dat Global geen spoedeisend belang heeft nu de opdracht reeds definitief is gegund aan TMC en een belangenafweging in het voordeel van het waterschap uitvalt. De overeenkomst zou volgens het waterschap immers niet aantastbaar zijn.

De voorzieningenrechter stelt vast dat de overeenkomst een overeenkomst van opdracht is in de zin van artikel 7:400 BW. Conform artikel 7:408 BW kan een dergelijke overeenkomst te allen tijde worden opgezegd. Hoewel de overeenkomst niet vernietigbaar is, kan die dus wel worden opgezegd.

De voorzieningenrechter laat bij de belangenafweging zwaar wegen dat het waterschap in strijd heeft gehandeld met het fair-playbeginsel (een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur) doordat zij Global op unfaire wijze heeft benadeeld. Het waterschap heeft aan Global een effectieve rechtsbescherming tegen het gunningsvoornemen onmogelijk gemaakt door de opdracht direct nadat het gunningsvoornemen bekend was gemaakt definitief te gunnen. Een zodanige spoed dat de opdracht meteen definitief moest worden gegund, was volgens de voorzieningenrechter niet aanwezig. Aangezien TMC ook nog niet tot uitvoering van de opdracht is overgegaan, is volgens de voorzieningenrechter aannemelijk dat beëindiging van de overeenkomst niet tot grote schade zal leiden.

De voorzieningenrechter oordeelt dat de gunning aan TMC ongedaan moet worden gemaakt, dat de inschrijving van TMC ongeldig is en dat alle geldige inschrijvingen opnieuw moeten worden beoordeeld.

Commentaar

Bij onderhandse aanbestedingen is er geen Alcatel-termijn. Die is namelijk uitsluitend van toepassing voor aanbestedingen waar de Aanbestedingswet geldt. Desondanks volgt uit voornoemd vonnis dat ook bij meervoudig onderhandse aanbestedingen inschrijvers de kans moeten krijgen bezwaar te maken tegen het gunningsvoornemen. Dat oordeel is gegrond op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Aanbesteders doen er mijns inziens daarom goed aan ook bij niet-Europese aanbestedingen een bezwaartermijn toe te passen en die te koppelen aan een contractuele vervaltermijn binnen welke inschrijvers op straffe van rechtsverwerking een kort geding moeten starten. Overigens lijkt ook uit het vonnis te volgen dat als er een zodanige mate van spoed bij uitvoering van de opdracht is, er desondanks toch direct tot definitieve gunning over zou mogen worden gegaan.

Joris Bax

Telefoon: +31 (0)24 381 31 86

E-mailadres: bax@dirkzwager.nl

RCC: Booking.com misleidt consumenten op haar website

In een beslissing van 24 april 2014 is de Reclame Code Commissie (RCC) tot de conclusie gekomen dat Booking.com consumenten misleidt door op haar website ten aanzien van een bepaalde accommodatie te vermelden dat nog maar één kamer vrij is voor een bepaalde prijs. Volgens de RCC handelt Booking.com hiermee in strijd met de Nederlandse Reclame Code (NRC).

Klacht

Aanleiding voor de beslissing is de klacht die de marketingspecialist Max Kohnstamm bij de RCC had ingediend. In zijn klacht wees hij erop dat Booking.com op haar website veelvuldig de illusie creëert dat het aanbod van kamers gedurende een bepaalde periode in bepaalde hotels schaars is althans dat het aanbod van een hotelkamer tegen een specifieke prijs (zeer) schaars is. Daarnaast stelde de heer Kohnstamm dat de indruk wordt gewekt dat verschillende andere consumenten hetzelfde aanbod op hetzelfde moment bekijken. Zowel de schaarste van het aanbod als het aantal andere mensen dat het aanbod bekijkt wordt door Booking.com bewust overdreven om de consument te verleiden direct te handelen en de hotelkamer te reserveren.

Misleidende reclame

Uit artikel 8.2 NRC volgt dat reclame die gepaard gaat met onjuiste informatie of voor de gemiddelde consument onduidelijk of dubbelzinnig is ten aanzien van bijvoorbeeld de beschikbaarheid en de hoeveelheid, en die de gemiddelde consument ertoe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen misleidend is. Misleidende reclame is oneerlijk als bedoeld in artikel 7 NRC.

Het oordeel van de RCC

De RCC hanteert als uitgangspunt dat Booking.com verantwoordelijk dient te worden gehouden voor de bestreden mededelingen op haar website. Het aanbod van hotelkamers op de site van Booking.com wordt bepaald door het betreffende hotel. Het is echter de keuze van Booking.com om haar website zo in te richten dat de bestreden mededelingen (automatisch) verschijnen indien het door het hotel via de website ter beschikking gestelde aanbod daartoe aanleiding geeft.

Naar het oordeel van de RCC is het voor de gemiddelde consument onvoldoende duidelijk dat de bestreden mededeling op de website van Booking.com over de beschikbaarheid van de tegen een bepaalde prijs aangeboden hotelkamers uitsluitend betrekking heeft op het aanbod dat het betreffende hotel via de website van Booking.com beschikbaar heeft gesteld en dat feitelijk sprake kan zijn van een ruimer aanbod van hotelkamers dan uit de website van Booking.com blijkt. Er kan immers niet uitgesloten worden dat dezelfde accommodatie ook via andere kanalen beschikbaar is. Booking.com had aangevoerd dat met de aanduiding “*we*” in de zinsnede “*we hebben nog 1 kamer vrij*” voor de consument voldoende duidelijk kan zijn, dat slechts het aanbod op de site van Booking.com is bedoeld. De RCC deelt dit standpunt niet. Gelet op de context waarin de zinsnede is geplaatst, kan “*we*” ook worden opgevat als een verwijzing naar het betreffende hotel. Dat in de algemene voorwaarden van Booking.com wordt uitgelegd, dat met “*we*” Booking.com wordt bedoeld neemt volgens de RCC de onduidelijkheid in de bestreden uitingen niet weg. De RCC komt tot de conclusie dat de vermelding op de website van Booking.com dat ten aanzien van een bepaalde accommodatie nog maar één kamer vrij is voor een bepaalde prijs, misleidend is en daarmee een oneerlijke reclame vormt in de zin van de NRC. De RCC beveelt Booking.com aan niet meer op een dergelijke wijze reclame te maken. De uitspraak van de RCC is overigens niet bindend. De overige klachten van de heer Kohnstamm zijn volgens de RCC ongegrond. In de visie van de RCC is niet aangetoond dat het op de website van Booking.com vermelde beschikbare aanbod en het aantal bezoekers dat op een bepaald moment een specifiek aanbod bekijkt feitelijk onjuist is. Zowel de heer Kohnstamm als Booking.com hebben 14 dagen de tijd om tegen de beslissing in beroep te gaan bij het College van Beroep.

Oneerlijke handelspraktijk

De beslissing van de RCC vertoont een zekere gelijkenis met een vonnis van 11 oktober 2011 van de rechtbank van koophandel te Parijs. In dit vonnis, dat inmiddels onherroepelijk is geworden, stelde de rechtbank van koophandel vast dat de mededeling van Expedia op haar websites “*er is geen enkele kamer beschikbaar tijdens de geselecteerde periode*” een misleidende handelspraktijk vormt in de zin van artikel L.121-1 van de Code de la consommation. Dit artikel vormt een omzetting van artikel 6 van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. In Nederland is dit artikel omgezet in artikel 6:193c BW. Artikel 6:193c BW is woordelijk nagenoeg gelijk aan artikel 8.2 NRC. Gelet op het voorgaande kan de handelwijze van Booking.com dus mogelijk ook worden aangemerkt als een oneerlijke handelspraktijk in de zin van artikel 6:193c BW.

In Nederland is de Autoriteit Consument en Markt (ACM) belast met de handhaving van de regels met betrekking tot oneerlijke handelspraktijken. Anders dan de RCC, kan de ACM overigens wél bindende uitspraken doen.

Prijspariteit

Wat opvalt is dat de RCC in haar beslissing geen aandacht besteedt aan de prijspariteit, ook wel aangeduid als beste prijs garantie, die Booking.com van de hotels verlangt. Eind vorig jaar kwam het Bundeskartellamt, de Duitse mededingingsautoriteit, tot de conclusie dat consumenten vanwege de prijspariteit mogelijk niet meer op zoek gaan naar ander aanbod. Aldus zou prijspariteit de door de RCC vastgestelde misleiding nog kunnen versterken.

Eric Janssen

Telefoon: +31 (0)24 381 31 27

E-mailadres: e.janssen@dirkzwager.nl

Opnieuw sneuvelt non-concurrentiebeding door Mededingingsrecht

In een recent gepubliceerde uitspraak van 23 april 2014 heeft de civiele kamer van de rechtbank Rotterdam geoordeeld dat een non-concurrentiebeding uit een overnameovereenkomst het doel heeft de concurrentie te beperken. Daarmee is het non-concurrentiebeding in strijd met het kartelverbod. Omdat strijdigheid met het kartelverbod tot ongeldigheid van het non-concurrentiebeding leidt, is de koper die er een beroep op deed van een koude kermis teruggekomen.

De zaak

The Greenery B.V. is een dochter van een erkende producentenorganisatie (ook wel telersvereniging) die zich bezighoudt met (onder meer) de afzet van groente en fruit dat door haar leden (landbouwondernemingen) is geproduceerd. Om deze producten gekoeld te bewaren, beschikte The Greenery tot 2006 over een eigen koelfaciliteit in Dronten. Deze koelfaciliteit is in 2006 overgedragen aan Exploitatie Koelhuis Dronten B.V. (Koelhuis Dronten). In de koopovereenkomst is onder meer een non-concurrentiebeding opgenomen waarmee The Greenery gedurende 10 jaar wordt:

- verplicht om het door haar leden geproduceerde fruit (voor zover nodig) te koelen in Koelhuis Dronten;
- verboden koelactiviteiten te ontplooiën en doen exploiteren in Flevoland, Groningen, Drenthe en Overijssel.

Volgens Koelhuis Dronten heeft The Greenery het non-concurrentiebeding geschonden en zij vordert een schadevergoeding van The Greenery.

Oordeel rechtbank

De rechtbank volgt het verweer van The Greenery dat een beroep op het non-concurrentiebeding niet mogelijk is omdat het in strijd is met het kartelverbod. Op grond van de Mededingingswet zijn non-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten toegestaan, mits zij noodzakelijk zijn voor het tot stand laten komen van de overname. Geen weldenkende koper zal immers een onderneming overnemen als hij het risico loopt gelijk weer beconcurrerd te worden door de verkoper.

Een (geografisch beperkt) non-concurrentiebeding voor de duur van maximaal twee jaar is daarom veelal toegestaan op grond van Europese regels. Het non-concurrentiebeding tussen The Greenery en Koelhuis Dronten bedroeg echter 10 jaar.

De rechtbank verbindt daaraan de conclusie dat het non-concurrentiebeding een mededingingsbeperkend doel heeft, omdat het de marktpositie van Koelhuis Dronten beoogt te versterken. Aangezien The Greenery en Koelhuis Dronten volgens de rechtbank gezamenlijk bovendien geen uitzonderlijk zwakke positie op de markt hebben, levert het non-concurrentiebeding een schending van het kartelverbod op. De rechtbank komt niet toe aan het beroep van Koelhuis Dronten op de bagatelbepaling uit de Mededingingswet die onbeduidende mededingingsbeperkende overeenkomsten uitsluit van de werking van het kartelverbod (de Nationale bagatelbepaling). Volgens de rechtbank Rotterdam is de Nationale bagatelbepaling namelijk niet van toepassing op overeenkomsten met een concurrentiebeperkend doel omdat de Nationale bagatelbepaling moet worden uitgelegd overeenkomstig de Europese mededingingsregels. De Europese bagatelbepalingen zijn niet van toepassing op overeenkomsten met een mededingingsbeperkend doel.

Commentaar

De uitspraak is om twee redenen interessant. In de eerste plaats past de uitspraak in de recent ingezette trend dat non-concurrentiebedingen strenger worden beoordeeld. Op het moment dat een non-concurrentiebeding niet binnen een vrijstelling past (zoals geformuleerd in de Mededeling nevenrestricties), lijken rechters al snel te concluderen dat de bepaling dus ook een concurrentiebeperkend doel heeft. Het is de vraag of dit altijd juist is. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval zou ook verdedigd kunnen worden dat het feit dat het non-concurrentiebeding niet voldoet aan de Mededeling nevenrestricties niet direct de conclusie rechtvaardigt dat een mededdingsbeperkend doel bestaat maar dat daarentegen eventuele negatieve gevolgen nader moeten worden onderzocht.

Het oordeel van de rechtbank over de bagatelbepaling lijkt onjuist. Met de bagatelbepaling uit de Mededingingswet is door de wetgever namelijk uitdrukkelijk beoogd om ook overeenkomsten met een concurrentiebeperkend doel van het kartelverbod vrij te stellen, mits zij niet tevens in strijd zijn met het Europese kartelverbod. In het onderhavige geval stond strijd met het Europese kartelverbod niet vast. Het feit dat de Nationale bagatelbepaling soepeler is dan de Europese bagatelbepaling, betekent mogelijk dat de Nationale bagatelbepaling uit de Mededingingswet in strijd is met de Europese regels. Nu de rechtbank niet tot die conclusie is gekomen, had beoordeling op grond van de Nationale bagatelbepaling voor de hand gelegen.

Hoe dan ook is de conclusie gerechtvaardigd dat voorzichtigheid geboden is met non-concurrentiebedingen. Alleen al uit rechtszekerheidsoverwegingen, verdient het de voorkeur om ze te formuleren conform de Mededeling nevenrestricties.

Sjaak van der Heul

Telefoon: +31 (0)24 381 31 27

E-mailadres: vanderheul@dirkzwager.nl

Hoger beroep in de geruchtmakende Kadasterzaak: het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat Kadaster wel onrechtmatig heeft gehandeld maar niet schadeplichtig is!

Begin 2012 hebben wij u hier bericht over het geruchtmakende vonnis van de rechtbank Zutphen waarin het Kadaster werd veroordeeld tot een schadevergoeding van € 10.000.000,-. De reden daarvoor was dat het Kadaster een geïnteresseerde partij (HLA) voor een onderhandse aanbestedingsprocedure niet had uitgenodigd terwijl zij wist dat HLA mogelijk aan de procedure wilde deelnemen. Vooral het toegekende schadebedrag (en de reden daarvoor) maakte deze uitspraak uniek en tegelijk veel besproken. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft dit veel besproken vonnis in een recent arrest vernietigd.

Allereerst wijdt het Hof een overweging aan de stelling van HLA dat het Kadaster ten onrechte geen Europese aanbesteding heeft georganiseerd voor de ontwikkeling en aanschaf van de KLIC-viewer. Deze stelling wordt door het hof verworpen omdat het Kadaster aannemelijk heeft gemaakt dat zij de opdrachtwaarde van te voren deugdelijk heeft geraamd op een waarde van ongeveer € 70.000,-, hetgeen ruimschoots onder het Europese drempelbedrag ligt. Interessant is overigens de overweging dat indien naderhand aanpassingen moeten worden gedaan waardoor de totale waarde van de KLIC-viewer het drempelbedrag overstijgt dit niet maakt dat de hele opdracht met terugwerkende kracht toch Europees had moeten worden aanbesteed.

Vervolgens deelt het hof het oordeel van de rechtbank dat het Kadaster destijds HLA had moeten uitnodigen voor de onderhandse aanbesteding:

“Nu de bedoeling van de uitvraag was dat in beginsel alle potentieel geïnteresseerde IT-bedrijven gelegenheid zouden hebben om een aanbidding voor de onderhavige opdracht te doen, het Kadaster wist dat HLA bij uitstek actief was op dit terrein en

niet is gebleken van redenen om HLA bij voorbaat uit te sluiten, moet worden geoordeeld dat het Kadaster onrechtmatig heeft gehandeld door HLA buiten de uitvraag te houden.”

Het hof bevestigt met deze overweging dat het aanbestedende diensten – onder omstandigheden – is verboden om geïnteresseerde partijen uit te sluiten voor een onderhandse aanbesteding. De door de rechtbank Zutphen ingezette (en tot dan toe nieuwe) lijn wordt dus gevolgd door het gerechtshof. Het Kadaster heeft in die zin dus onrechtmatig gehandeld jegens het HLA.

Vervolgens komt de vraag aan de orde of het Kadaster schadeplichtig is voor het – door de rechtbank Zutphen toegewezen – bedrag van €10.000.000,-. Die vraag wordt door het hof ontkennend beantwoord. HLA is er volgens het hof namelijk niet in geslaagd te bewijzen dat als HLA wel had mee mogen doen zij ook daadwerkelijk de opdracht gegund zou hebben gekregen. Dit in tegenstelling tot het oordeel van rechtbank. Het hof overweegt op dat punt letterlijk:

“Als uitgangspunt geldt dat alleen een vergoedingsplicht bestaat wanneer een gegadigde aannemelijk weet te maken dat hij de opdracht zou hebben verworven indien de opdrachtgever conform de toepasselijke voorschriften zou hebben gehandeld (in dit geval: indien het Kadaster HLA wel zou hebben uitgenodigd deel te nemen aan de onderhandse aanbestedingsprocedure). Het hof is van oordeel dat HLA onvoldoende heeft gesteld om aannemelijk te kunnen achten dat de opdracht aan haar gegund had moeten worden.”

Volgens het Hof is het onvoldoende duidelijk met welk systeem HLA concreet zou hebben ingeschreven en heeft HLA dat systeem ook niet aan het Kadaster laten zien. Onder meer om die redenen kan niet met zekerheid worden gesteld dat HLA de opdracht zou hebben verworven.

Nu niet is komen vast te staan dat HLA door het onrechtmatig handelen van het Kadaster schade heeft geleden, is er voor de door HLA gevorderde schadevergoeding geen plaats. Het Hof vernietigt dus de vonnissen van de rechtbank Zutphen.

Commentaar

Dit arrest is om meerdere redenen interessant. Enerzijds wordt bevestigd dat het onder omstandigheden verboden kan zijn om geïnteresseerde partijen niet uit te nodigen bij een onderhandse procedure, terwijl die interesse bij de aanbestedende dienst wel

kenbaar is. Die door de rechtbank ingezette lijn heeft nogal wat stof doen opwaaien in aanbestedingsland en tot op heden was nog niet geheel duidelijk of een aanbestedende dienst kan worden verplicht om een bepaalde geïnteresseerde partij uit te nodigen bij onderhandse procedures. Overigens lijkt een dergelijke verplichting enigszins aan te sluiten bij de verplichting die volgt uit artikel 1.4 Aanbestedingswet. Dit artikel verplicht aanbestedende diensten namelijk om – ook bij onderhandse procedures – te kunnen motiveren waarom voor de desbetreffende uitgenodigde partijen is gekozen. De vraag is of het hof met dit arrest een spiegelbeeld van de voornoemde verplichting uit artikel 1.4 Aanbestedingswet in het leven heeft willen roepen. Anderzijds is het arrest interessant omdat uitdrukkelijk wordt onderstreept dat pas een eventuele schadevergoedingsplicht kan ontstaan indien een partij – die ten onrechte niet heeft kunnen deelnemen aan een aanbestedingsprocedure – weet te bewijzen dat zij de opdracht daadwerkelijk zou gegund hebben gekregen. Het hof hanteert voor de stelling van HLA dat zij de opdracht zou hebben verworven indien zij had mogen meedoen dus een strengere maatstaf dan de rechtbank. Hiermee zet het hof de deur – die door de rechtbank te ver open was gezet – voor schadevergoedingen weer op een kier.

Tom Oudenhoven

Telefoon: +31 (0)24 381 31 87

E-mailadres: oudenhoven@dirkzwager.nl

Aansprakelijkheid schade & verzekering

www.dirkzwagerasv.nl

Het regresverbod ex Artikel 7:962 lid 3 BW en inleen

In de moderne maatschappij komt het veelvuldig voor dat rechtspersonen (een deel van) hun werkzaamheden uitbesteden aan derden met wie zij geen arbeidsovereenkomst hebben. Denk bijvoorbeeld aan ZZP'ers. De voordelen – zoals het niet hoeven sluiten van een arbeidsovereenkomst met vergaande verplichtingen, ook als er bijvoorbeeld geen werk te vergeven is – die dit voor inleners biedt, die zijn bekend.

De rechtspositie van deze flexibele werkrachten zelf is door de wetgever vergaand beschermd. Denk bijvoorbeeld aan ongevallen op het werk. Als zo'n flexibele werknemer een arbeidsongeval overkomt, waarbij een werkgever (inlener) een verwijt treft zoals bedoeld in artikel 7:658 lid 1 BW, dan heeft deze flexibele werknemer dezelfde rechten richting deze werkgever als zijn eigen werknemer(s) – als die het ongeval was/waren overkomen – met wie hij wel een arbeidsovereenkomst heeft. Dit volgt uit artikel 7:658 lid 4 BW.

Stel nu dat de zorgverzekeraar van het slachtoffer (de ZZP'er) als gevolg van het arbeidsongeval zoals hiervoor bedoeld de zorgkosten vergoedt. Mag deze zorgverzekeraar dan die uitkeringen verhalen op de inlener? Deze vraag houdt de rechtspraktijk al enige tijd (druk) bezig.

Artikel 7:962 lid 3 BW stelt dat – kort samengevat en voor zover hier relevant – de verzekeraar geen vordering verkrijgt op de werkgever van de verzekerde. Aldus geen subrogatie. Dat de wet geen tekstueel onderscheid maakt tussen de formele werkgever (met wie er een arbeidsovereenkomst is) en de materiële werkgever (met wie er geen arbeidsovereenkomst is; de inlener), is naar mijn oordeel een aanwijzig dat het regresrecht in beide instanties (en aldus onverkort) geldt. Anders had de wetgever toch wel in 2005 (titel 17 van boek 7 waarin het Verzekeringsrecht is vervat, is per 1 januari 2006 van toepassing) een tekstueel onderscheid gemaakt? De vraag stellen is hem beantwoorden, zo komt mij voor.

In de jurisprudentie in de rechtspraktijk wordt ook wel gesteld dat het doel van het regresverbod hier niet aan de orde is. Kort gezegd zou met het regresverbod bedoeld

zijn 'gedonder op de werkvloer' te voorkomen. Men zou niet willen dat de werkgever tegenover de werknemer zou komen te staan, omdat de verzekeraar van de werknemer verhaal neemt op de werkgever. Dit zou niet aan de orde zijn bij flexibele arbeidskrachten. Enkel indien er sprake zou zijn van een duurzame verhouding tussen de werkgever en de werknemer zou het regresverbod gelden. Nog daargelaten dat de werkgever veelvuldig verzekerd is tegen aanspraken zoals hier bedoeld, blijkt van deze eis niet in de wettekst van artikel 7:962 lid 3 BW. Bovendien, wat is duurzaam? In de relatie tussen echtgenoot en geregistreerde partner enerzijds en de verzekeraar van de andere echtgenoot/geregistreerde partner geldt ook een regresverbod. Die relatie hoeft bepaald niet duurzaam te zijn en kan van het één op het andere moment tot een einde komen. Immers, één op de drie relaties strandt. Bovendien, de eis van de duurzaamheid sluit geenszins aan bij de praktijk van alledag.

De rechtbank Amsterdam heeft inmiddels bij vonnis van 28 november 2012 (zaak-nummer/rolnummer: 514340 / HA ZA 12-431) bepaald dat er mede gelet op de toenemende flexibilisering van de arbeidsmarkt geen aanleiding bestaat om in het kader van artikel 7:962 lid 3 BW onderscheid te maken tussen de formele en de materiële werkgever (inlener). Vanuit de jurisprudentie zijn er ook wel andere (lagere) uitspraken bekend met een andere inhoud en uitkomst. Bepaald van belang is dan ook dat nu het gerechtshof te Amsterdam bij arrest van 29 oktober 2013 (ECLI: NL: GHANS: 2013: 3717) de hiervoor aangehaalde uitspraak van de rechtbank Amsterdam heeft bekrachtigd. Kortom, geen regres indien er sprake is van inleen. Een gedachtegang die ik al geruime tijd onderschrijf én in en buiten rechte bepleit.

Waar er nu tegengestelde jurisprudentie voorhanden is, maar (uit)eindelijk ook een gerechtshof over deze kwestie heeft beslist, is het wachten op een uitspraak van de Hoge Raad. In zoverre is het te hopen dat er in voornoemde kwestie door de in het ongelijk gestelde zorgverzekeraar cassatieberoep bij de Hoge Raad wordt ingesteld. De materie leent zich uitstekend voor een principiële uitspraak van de Hoge Raad. De praktijk is met een dergelijke uitspraak gebaat. Aan de hand van die uitspraak kunnen immers de nodige dossiers ofwel direct gesloten worden ofwel (financieel afgewikkeld worden, terwijl er dan in de toekomst over deze rechtsvraag niet verder geprocedeerd hoeft te worden.

René Wildenburg

Telefoon: +31 (0)26 353 83 46

E-mailadres: wildenburg@dirkzwager.nl

Klachtplicht (Art. 7:23 BW): Aanvang termijn waarbinnen moet worden geklaagd

Rechtsvraag: kan, indien een gebrek groter of van andere aard is dan aanvankelijk gedacht, aan een beroep op dat andere gebrek in de weg staan dat is nagelaten onderzoek te doen na ontdekking van het aanvankelijke gebrek?

Op 9 mei 2014 heeft de Hoge Raad wederom een arrest gewezen op het gebied van de klachtplicht, ditmaal die van artikel 7:23 BW (klachtplicht bij non-conformiteit), maar de door de Hoge Raad gegeven rechtsregel is evengoed van toepassing op artikel 6:89 BW (de 'generieke' klachtplicht).

Aan de orde was de vraag op welk moment de termijn begint te lopen, waarbinnen de koper er de verkoper kennis van dient te geven dat hetgeen is afgeleverd (volgens de koper) niet aan de koopovereenkomst beantwoordt. Deze bepaling (art. 7:23 BW) beschermt de verkoper tegen te late en daardoor moeilijk te betwisten klachten, door voor de koper een korte termijn voor te schrijven om over het niet beantwoorden van de zaak aan de overeenkomst te klagen, op straffe van verlies van het recht om zich op non-conformiteit te beroepen. De vraag wanneer binnen de bekwame tijd als bedoeld in art. 7:23 BW is gereclameerd kan niet in algemene zin worden beantwoord, maar is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval, waarbij de termijn waarbinnen is geklaagd een substantiële rol speelt.

In de onderhavige kwestie ging het om de koop van een gebouw. Na de levering was bij een asbestinventarisatie d.d. 16 april 1999 op diverse plaatsen in het gebouw hechtgebonden asbest geconstateerd en in de kelder ook niet-hechtgebonden asbest. Die laatste vorm van asbest heeft het risico dat vezels vrijkomen, die – bij inademing – tot asbestbesmetting kunnen leiden. De koper achtte de aard, omvang en locatie van het aangetroffen asbest niet dermate relevant, dat ter zake bij de verkoper geklaagd moest worden. De geconstateerde aanwezigheid van asbest bracht niet mee dat het gebouw niet overeenkomstig de bestemming als kantoorpand te gebruiken was (in die zin leverde het dus geen gebrek op).

Tijdens verbouwingswerkzaamheden is, eind oktober 2000, ook niet-hechtgebonden asbest aangetroffen in het gebouw boven de kelder.

Na een aanvullend onderzoek direct na de ontdekking van het niet-hechtgebonden asbest heeft de koper ter zake bij de verkoper op 7 december 2000 gereclameerd c.q. de verkoper aansprakelijk gesteld. De verkoper beriep zich onder meer op art. 7:23 BW, stellende dat de koper niet tijdig had geklaagd.

Nadat de rechtbank de vordering van de koper had afgewezen op de grond dat niet tijdig was geklaagd, oordeelde het hof anders. Het hof overwoog dat – anders dan bij hechtgebonden asbest – de aanwezigheid van niet-hechtgebonden asbest in het gebouw, aan het gebruik daarvan als kantoorpand in de weg staat. Dat gebrek is (pas) eind oktober 2000 ontdekt en de klacht – na een kort onderzoek – op 7 december 2000 was naar het oordeel van het hof daarom tijdig, tenzij uit het asbestinventarisatie-rapport uit april 1999 door de koper had moeten worden opgemaakt dat een serieuze, niet te verwaarlozen kans bestond dat zich ook in het gebouw boven de kelder niet-hechtgebonden asbest zou bevinden, in welk geval het op haar weg had gelegen om daarnaar onderzoek te laten verrichten. Om te kunnen beoordelen of dat het geval was, had het hof een deskundige benoemd die oordeelde dat voor de gemiddelde deskundige niet uit het asbestinventarisatie-rapport uit april 1999 viel op te maken dat bedoelde kans bestond. Daarvan uitgaand had de koper volgens het hof tijdig geklaagd en was de vordering tot schadevergoeding toewijsbaar.

Verkoper ging in cassatie bij de Hoge Raad en stelde dat de klachttermijn reeds ging lopen na de ontdekking in april 1999 van de hechtgebonden asbest in het gebouw en niet-hechtgebonden asbest in de kelder. Daartoe stelde de verkoper dat een koper de aanvang van de in art. 7:23 lid 1 BW bedoelde klachttermijn niet kan opschuiven door zich selectief te beroepen op non-conformiteit. Aangezien reeds in april 1999 is ontdekt dat asbest aanwezig was in het gebouw, had moeten worden beoordeeld of de koper binnen bekwame tijd na die datum (en dus niet na oktober 2000) heeft geklaagd, aldus de verkoper.

De Hoge Raad laat echter het oordeel van het hof in stand. Dat oordeel geeft volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en het is evenmin onbegrijpelijk. De Hoge Raad motiveert zijn beslissing door te overwegen dat de koper niet elk door hem ontdekt gebrek aan de verkoper moet melden. Het is aan de koper om te bepalen of hij zich jegens de verkoper op een gebrek wil beroepen. Wel laat dat, aldus de Hoge Raad, onverlet dat indien de koper later ontdekt dat het gebrek van groter

omvang of van andere aard is dan hij aanvankelijk dacht, of een (volgens hem) ander gebrek constateert, aan een beroep op dat gebrek in de weg kan staan dat hij na zijn aanvankelijke ontdekking geen nader onderzoek heeft gedaan of laten doen, terwijl dat in de omstandigheden van het geval redelijkerwijs van hem kon worden verwacht.

Bij de beoordeling of aan de klachtplicht is voldaan, dient dus het door de koper aan haar vordering ten grondslag gelegde gebrek tot uitgangspunt te worden genomen, met dus de nuance daarbij dat als dit gebrek in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs eerder ontdekt had kunnen worden, de klachttermijn toch eerder kan zijn gaan lopen dan de dag waarop het gebrek feitelijk is ontdekt.

Aernout Baarsma

Telefoon: +31 (0)26 353 83 45

E-mailadres: baarsma@dirkzwager.nl

Verzekeringsfraude: Voorwaarden voor registratie in extern verwijzingsregister Stichting CIS

In dit artikel zal het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden van 28 mei 2014 worden besproken. Het draaide in deze zaak om de rechtmatigheid van het opnemen van de gegevens van een frauderende verzekerde in zowel de interne registers van de verzekeraar als in het Extern Verwijzingsregister (EVR) van Stichting CIS.

Casus

Appellant had bij ABN AMRO een inboedelverzekering afgesloten. Onder deze verzekering meldde hij vervolgens een schade die verband zou houden met een gaslek in zijn woning. Nadat ABN AMRO aanvankelijk een voorschot uitbetaalde wees zij dekking af wegens vermoedelijke fraude. Tevens heeft zij alle verzekeringen die appellant had lopen bij ABN AMRO per direct beëindigd en zijn appellantes gegevens opgenomen in zowel het interne incidentenregister van ABN AMRO alsmede in het EVR.

Appellant is vervolgens bij de voorzieningenrechter van de rechtbank een kort geding gestart om de interne en externe registratie ongedaan gemaakt te krijgen. Tevens heeft hij een aanvullend voorschot op de schade-uitkering gevorderd. De voorzieningenrechter wijst deze vorderingen af.

Appellant legt zich hier niet bij neer en start bij het hof een hoger beroep in kort geding. In hoger beroep wijzigt appellant zijn eis. Hij vordert zodoende niet langer betaling van een voorschot maar wel ongedaanmaking van de registratie en ongedaanmaking van de beëindiging van de verzekeringen.

Spoedeisend belang

In een kort geding procedure dient er – voordat aan een inhoudelijke beoordeling wordt toegekomen – sprake te zijn van een spoedeisend belang. Indien hiervan geen sprake is dan dient een rechtszoekende immers een gewone procedure te starten die meer tijd in beslag neemt.

Het hof oordeelt dat er ten aanzien van de (interne én externe) registratie wel sprake is van een spoedeisend belang. Van appellant kan namelijk niet worden verwacht dat hij

een langdurige bodemprocedure afwacht en ondertussen niet op zou kunnen komen tegen een in zijn ogen foutieve registratie. Er is echter geen spoedeisend belang ten aanzien van de eis tot ongedaanmaking van de tussentijdse opzegging van de verzekeringen. Appellant kan zich namelijk (weliswaar tegen een hogere premie) nog altijd verzekeren bij Rialto.

Criteria voor registratie in frauderegisters

Het hof komt zodoende (enkel) toe aan een inhoudelijke beoordeling van de interne en externe registratie. Ten aanzien van met name de registratie in het externe register bij stichting CIS overweegt het hof dat deze registratie verstreckende consequenties kan hebben voor appellant. Alle deelnemende financiële instellingen kunnen hierdoor immers vaststellen dat er sprake is van een registratie in het interne register van ABN AMRO. Zij kunnen bij ABN AMRO extra informatie aanvragen met betrekking tot de inschrijving en hun diensten aan appellant weigeren.

Tegen deze achtergrond oordeelt het hof dat er hoge eisen dienen te worden gesteld aan de opname in de registers. Het hof verwijst in dit kader naar artikel 5.2.1. van het Protocol Incidentenwaarschuwingssysteem Financiële Instellingen en de uitspraak van de Raad van Toezicht Verzekeringen van 20 februari 2006, nr. 2006/013 Re. Hierin is bepaald dat de verzekeraar die tot een registratie in het EVR overgaat moet voldoen aan de volgende drie criteria:

- De verzekeraar moet de gerechtvaardigde overtuiging hebben gekregen dat door de betrokken is gefraudeerd. Een enkel vermoeden daartoe is niet voldoende;
- De verzekeraar moet een afweging maken van het belang van de verzekeringsbranche bij de registratie en het belang van verzekerde om juist niet te worden geregistreerd;
- De verzekeraar dient te onderzoeken of door de bijzondere omstandigheden van het concrete geval de externe registratie bij Stichting CIS onevenredig hard zou zijn (proportionaliteitstoets).

Eindoordeel hof

Het hof dient dan ook te beoordelen of ABN AMRO in een bodemprocedure aannemelijk zal kunnen maken dat aan deze drie criteria is voldaan. Omdat appellant wisselende verklaringen heeft afgelegd over het ontstaan van de schade en omdat van de schade ieder tastbaar bewijs ontbreekt, oordeelt het hof dat aannemelijk is dat ABN AMRO hierin zal slagen. De registratie in zowel het interne als externe register is dan ook terecht en mag worden gehandhaafd. Dat er geen aangifte van fraude is gedaan door ABN AMRO en dat appellant niet voorafgaand aan de registratie is gehoord over het voornemen tot registratie, leidt niet tot een ander oordeel.

Conclusie

In de databank die Stichting CIS beheert, kunnen meerdere soorten meldingen worden geplaatst (zie artikel 13 van het CIS Gebruikersprotocol. Een van die meldingen is de EVR registratie. Indien een verzekeraar ervoor kiest over te gaan tot een EVR registratie, dan moet hij verzekerde hiervan op de hoogte stellen. Verzekerde kan zich vervolgens op drie mogelijke manieren verzetten tegen een EVR registratie, namelijk door:

1. een klacht in te dienen bij de verzekeraar die de melding heeft gemaakt,
2. een klacht in te dienen bij Stichting CIS (zie artikel 30 CIS Gebruikersprotocol),
3. door de registratie aan te vechten bij de civiele rechter.

In de zaak bij het hof Arnhem-Leeuwarden heeft appellant voor dit laatste gekozen, vermoedelijk omdat hij ook andere vorderingen in wilde stellen. De uitspraak leert ons echter dat de civiele rechter bij zijn beoordeling van de registratie aansluiting zal zoeken bij de toetsingscriteria zoals opgenomen in de protocollen uit de verzekeringswereld en zal kijken naar het oordeel van De Raad van Toezicht Verzekeringen in soortgelijke gevallen.

De uitspraak bevestigt voorts nogmaals dat aan een EVR registratie hoge eisen worden gesteld vanwege het ingrijpende karakter ervan voor een verzekerde. De omstandigheden van het geval alsmede de dossieropbouw zijn hierbij van groot belang. De advocaten van de sectie aansprakelijkheid, schade en verzekering van Dirkzwager hebben ervaring met de beoordeling van (registraties van) fraudegevallen en helpen u graag.

Maud van Lent

Telefoon: +31 (0)26 353 83 22
E-mailadres: vanlent@dirkzwager.nl

Anafylactische shock KLM-passagier: Oordeel over aansprakelijkheid anders na 13 december 2014 onder nieuwe voedselinformatie-verordening?

Op een KLM-vlucht van Amsterdam naar Accra (Ghana) raakte een Noorse passagier die ‘dodelijk allergisch’ was voor ‘noten en schaaldieren’ in een anafylactische shock na het eten van een couscousgerecht. KLM was niet aansprakelijk, omdat de ingrediëntenlijst van het couscousgerecht geen noten en/of schaaldieren vermeldde. Zou de rechtbank Amsterdam indien dit volgens de Voedselinformatie-Verordening beoordeeld had moeten worden, tot een soortgelijk oordeel kunnen komen?

Vonnis rechtbank Amsterdam

De Noorse passagier was vanuit de Verenigde Staten (waar hij woonachtig was) naar Amsterdam gevlogen. Daar was hij overgestapt op een vlucht naar Accra (Ghana). Tijdens die laatste KLM-vlucht is de passagier als gevolg van een allergische reactie in een anafylactische shock geraakt. Vast staat dat de passagier, behalve een couscousgerecht, geen ander door KLM aan boord geserveerd voedsel heeft gegeten.
- Product toegediend waarvoor passagier had aangegeven allergisch te zijn?

De passagier stelt dat hij de stewardess en andere leden van de cabinebemanning heeft gezegd: 'I am deadly allergic to nuts and shellfish'. Vervolgens zou de stewardess met hem de verschillende hoofdgerechten op de menukaart hebben doorgenomen en hebben aangewezen welke daarvan hij mocht hebben en van welke daarvan zij dat niet wist. Er was maar één voorgerecht. Dat was een couscousgerecht, waarvan de stewardess niet heeft gezegd dat de passagier het niet mocht hebben. Kort na het eten van het voorgerecht en vóór het hoofdgerecht is de allergische reactie opgetreden. De passagier spreekt KLM aan (voor een groot bedrag), stellende dat KLM hem een maaltijd heeft toegediend die producten bevatte waarvoor hij had aangegeven allergisch te zijn.

Ongeval in de zin van de verdragen van Warschau en/of Montreal?

KLM betwist de door de passagier gegeven lezing van de gang van zaken aan boord. De rechtbank laat echter in het midden hoe de feiten precies liggen. Hetzelfde geldt voor de vraag of het Verdrag van Warschau van toepassing is (zoals de passagier stelt), of het Verdrag van Montreal (zoals KLM stelt), omdat in beide verdragen (zie ook een eerder artikel op deze kennispagina) is bepaald dat de luchtvervoerder aansprakelijk is voor schade ontstaan in geval van lichamelijk letsel van een passagier wanneer het ongeval dat het letsel heeft veroorzaakt, heeft plaats gehad aan boord van het vliegtuig. Bovendien wordt het begrip 'ongeval' bij beide verdragen op dezelfde wijze uitgelegd, namelijk als een 'unexpected and unusual event or happening that is external to the passenger'.

Geen voedsel serveren waarvan duidelijk was dat dit de betreffende allergenen bevatte

De rechtbank stelt bij de vraag of er sprake is van een 'ongeval' voorop dat de allergie van de passagier voor noten en schaaldieren die tot de anafylactische shock heeft geleid, in beginsel een interne reactie is die dus niet *'external to the passenger'* is. Volgens de rechtbank was het, indien ervan uit wordt gegaan dat de passagier inderdaad gewezen heeft op zijn allergie, aan KLM om de passagier *'geen voedsel te serveren waarvan duidelijk was dat dit noten en/of schaaldieren bevatte.'* En dat laatste was waar het in deze kwestie aan schortte. De rechtbank overwoog (in ro. 4.7):

'KLM heeft de ingrediëntenlijst van het couscousgerecht overgelegd en hierop staan geen noten en/of schaaldieren vermeld. Dat het gerecht desondanks dergelijke producten bevatte, is gesteld noch gebleken en kan daarom niet worden aangenomen.'

De rechtbank passeerde de suggestie van de passagier dat er wellicht een nootje in het gerecht terecht is gekomen, als te vaag. Ook de mogelijkheid dat de passagier tevens allergisch is voor overgebrachte sporen van noten en/of schaaldieren en voor producten die afgeleiden daarvan bevatten, kan naar het oordeel van de rechtbank niet tot aansprakelijkheid van KLM leiden. Niet gebleken is dat de passagier de stewardess heeft verteld dat zijn allergie zo ernstig was. De zorgplicht van een stewardess (waarvan geen vergaande medische kennis mag worden verwacht) gaat volgens de rechtbank niet zo ver dat zij doorvraagt naar de ernst van de allergie: de passagier had daarop zelf dienen te wijzen.

Daarmee oordeelde de rechtbank dat de allergische reactie niet een gebeurtenis is die buiten de persoon van de passagier ligt, maar dat deze moet worden beschouwd als een louter interne reactie, zodat geen sprake is van een 'ongeval' in de zin van de Verdragen van Warschau en Montreal.

Voedselinformatie-Verordening

Per 13 december 2014 treedt Verordening 1169/2011 betreffende de verstrekking van voedselinformatie aan consumenten (de Voedselinformatie-Verordening) in werking. Centraal staat daarin de bescherming van (de gezondheid van) consumenten ('eind-verbruikers'). De Verordening geeft daarom (in aanvulling op Verordening 178/2002, die in feite de 'basisregeling' voor levensmiddelenwetgeving vormt) specifieke voorschriften voor de verstrekking van voedselinformatie aan consumenten. De vraag is of indien de allergische reactie aan boord van het KLM- vliegtuig na 13 december 2014 had plaatsgevonden, op basis van de Voedselinformatie-Verordening tot een andere uitkomst zou zijn gekomen.

Voorvragen

Allereerst kunnen diverse voorvragen worden gesteld, zoals de vraag of de Voedselinformatie-Verordening wel van toepassing zou zijn. De passagier kan als eind-verbruiker (degene die het levensmiddel nuttigt) worden aangemerkt. Aannemelijk is dat KLM in deze als levensmiddelenbedrijf (een onderneming die al dan niet met winst oogmerk actief is in enig stadium van de productie, verwerking en distributie van levensmiddelen) of 'grote cateraar' onder de Verordening valt (al dan niet tezamen met het bedrijf waaraan de maaltijdbereidingen door KLM wellicht zijn geoutsourcet). Wanneer cateringdiensten worden geleverd door transportbedrijven (bijvoorbeeld rederijen, vliegtuigmaatschappijen etc.), is de Verordening van toepassing wanneer het vertrek plaatsvindt op het grondgebied van één van de EU-lidstaten. Dat was in deze het geval: de passagier was aan boord van KLM vlucht KL589 vertrokken vanuit Amsterdam.

Verplichte en vrijwillige informatie: sporen allergenen (kruiscontaminatie)

Wat van dergelijke (formele) voorvragen ook zij, interessanter is de vraag of de verplichting bestaat om in gevallen als deze te melden dat het product sporen val allergenen kan bevatten.

Een levensmiddelenbedrijf in de zin van de Verordening dient in te staan voor de aanwezigheid en de nauwkeurigheid van de voedselinformatie, welke informatie bovendien in overeenstemming moet zijn met de Europese én nationale regelgeving. De Voedselinformatie-Verordening maakt een onderscheid tussen voorverpakte levensmiddelen (kort gezegd als het verpakkingsmateriaal *'het levensmiddel geheel of ten dele kan bedekken, maar zodanig dat de inhoud niet kan worden veranderd zonder dat het verpakkingsmateriaal wordt geopend of aangetast'*, zie artikel 2 lid 2 aanhef en onder e) en niet voorverpakte levensmiddelen. Voor deze zaak is dat onderscheid niet

van belang (anders dan in het geval van de ‘onverpakte supermarkt’), aangezien de aanwezigheid van stoffen of producten die allergieën of intoleranties kunnen opwekken, te allen tijde vermeld dient te worden, zowel op voorverpakte als bij niet voorverpakte levensmiddelen. De Verordening noemt in bijlage 2 de stoffen of producten die allergieën of intoleranties kunnen veroorzaken. Schaaldieren en producten op basis van schaaldieren vallen daaronder, evenals een groot aantal notensoorten. In de door de Europese Commissie gepubliceerde Vragen en Antwoorden over de toepassing van de Voedselinformatie-Verordening, wordt (zie vraag 2.5.2) opgemerkt dat de informatie over allergenen en intoleranties op schriftelijke wijze moet worden verstrekt zolang de lidstaten geen specifieke nationale maatregelen hebben genomen. Informatie over stoffen die allergieën en/of intoleranties kunnen veroorzaken, moet worden benadrukt door middel van een typografie die ervoor zorgt dat deze naam duidelijk te onderscheiden is van de rest van de lijst met ingrediënten, bijvoorbeeld door middel van het lettertype, de stijl of de achtergrondkleur (hoofdstuk 4 van de Verordening). De vermelding van producten die allergieën of intoleranties kunnen opwekken is alleen dan niet verplicht wanneer de benaming van het product duidelijk verwijst naar de desbetreffende stof of het desbetreffende product (bijvoorbeeld: ‘walnotencake’ of ‘sesambrood’).

In dit geval bleek uit de ingrediëntenlijst van het couscousgerecht niet dat noten en/of schaaldieren ingrediënten van dat gerecht waren. Dat kan betekenen dat de ingrediëntenlijst onjuist was (maar dat was niet gesteld of gebleken), of dat, zoals in het vonnis door de rechtbank Amsterdam ook wordt overwogen, sprake is van in het gerecht overgebrachte sporen van noten en/of schaaldieren en/of daarvan afgeleide producten (kruiscontaminatie). En juist die informatie valt niet onder de verplichte voedselinformatie die volgens de Voedselinformatie-Verordening aan de eindverbruiker dient te worden verstrekt.

Informatie over de mogelijke kruiscontaminatie valt namelijk onder de ‘vrijwillige voedselinformatie’. Dergelijke informatie mag dus vermeld worden, maar dat is niet verplicht (en wanneer dat wel vermeld wordt, moet die informatie uiteraard juist, niet misleidend of verwarrend e.d. zijn).

Conclusie

Aannemelijk is dat de rechtbank in deze zaak, wanneer deze zou hebben gespeeld na de inwerkingtreding van de Voedselinformatie-Verordening niet tot een ander oordeel zou zijn gekomen, omdat mogelijke kruisbesmettingen met allergenen niet verplicht aan de eindgebruiker gemeld hoeven te worden. De regels als neergelegd in de

Verordening vormen dan ook geen aanleiding (anders dan de door de rechtbank gewogen normen) om te veronderstellen dat de (leverancier van) KLM onzorgvuldig jegens de betreffende passagier heeft gehandeld.

Veel fabrikanten vermelden overigens wel dat hun product ‘mogelijk sporen van’ bepaalde producten kan bevatten (may contain-etikettering) of dat hun product is bereid of verpakt in een omgeving waar ook allergenen worden verwerkt. Zo vermelden diverse verpakkingen van couscous dat dit product mogelijk sporen van pinda en noten kan bevatten. Dit betreft dus vrijwillige voedselinformatie in de zin van de Voedselinformatie-Verordening.

Wellicht dergelijke informatie in de toekomst wel onder de verplicht te verstrekken informatie zal vallen, omdat (het opstellen van regels over) etikettering van mogelijke kruisbesmetting met allergenen nog wel op de agenda staat. Gezien de ratio van de Voedselinformatie-Verordening (bescherming van – de gezondheid van – de consument) ligt het wel voor de hand dat dergelijke regelgeving er nog wel komt. Juist voor mensen met (bijvoorbeeld) een notenallergie kan immers een minieme hoeveelheid van een bepaalde notensoort al verstreckende gevolgen hebben, zodat voor hen van belang is te weten of er een risico bestaat dat voedselallergenen per ongeluk tijdens de fabricage of de verpakking in het door hen te nuttigen voedsel terecht kan zijn gekomen.

Mascha Timpert-de Vries

Telefoon: +31 (0)26 353 83 11

E-mailadres: timpert@dirkzwager.nl

Tekortschieten onderaannemer niet onrechtmatig jegens opdrachtgever in hoofdaanneming

Stel, een onderaannemer voert de hem opgedragen werkzaamheden niet of niet naar behoren uit. Kan de opdrachtgever in hoofdaanneming hem daar dan rechtstreeks voor aanspreken of is zijn verhaalsmogelijkheid beperkt tot de hoofdaannemer? Deze vraag heeft de Hoge Raad in algemene zin beantwoord in een arrest van 20 januari 2012, dat in een eerder artikel op deze kennispagina is besproken. In een meer recente uitspraak van 4 november 2014 heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch dat arrest toegepast op een concrete casus.

Wat was er gebeurd?

Het ging in de Bossche zaak om een natuursteenbedrijf dat een aannemer opdracht had gegeven een nieuw bedrijfspand te bouwen. Deze hoofdaannemer had een deel van de werkzaamheden, te weten het leveren en plaatsen van de kunststof puien aan de voorzijde van het bedrijfspand, uitbesteed aan een onderaannemer, Transcarbo. Al vrij snel na de oplevering van het pand in 1998 bleek dat sprake was van vervormingen in de puien. Transcarbo heeft een deel van de puien vervolgens opnieuw gemonteerd, maar de problemen werden daardoor niet verholpen.

In 2004 heeft overleg plaatsgevonden tussen het natuursteenbedrijf, Transcarbo en een bedrijf dat door het hof wordt aangeduid als 'Houtskeletbouw bv'. Uit het arrest blijkt niet precies wat de rol van Houtskeletbouw is, maar het lijkt te gaan om een aan de hoofdaannemer gelieerde onderneming. Tijdens het overleg is afgesproken dat Transcarbo alle puien zou vervangen, bij wijze van proef te beginnen met één pui. De schriftelijke bevestiging van die afspraken heeft plaatsgevonden tussen Transcarbo en Houtskeletbouw.

Nadat Transcarbo in 2005 de eerste pui had vervangen, heeft de hoofdaannemer Transcarbo er in 2007 van op de hoogte gesteld dat deze niet is gaan vervormen en verzocht ook de overige puien te vervangen. Die werkzaamheden heeft Transcarbo echter nooit uitgevoerd. Het natuursteenbedrijf heeft Transcarbo daar in 2010 nog wel toe gesommeerd, maar Transcarbo heeft te kennen gegeven niet aan die sommatie te zullen voldoen. Daarop heeft het natuursteenbedrijf Transcarbo in rechte betrokken.

De maatstaf van de Hoge Raad

Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep wordt geoordeeld dat tussen het natuursteenbedrijf en Transcarbo geen contractuele relatie bestaat, ook niet door het overleg in 2004. Daarmee resteert de vraag of de tekortkoming van Transcarbo jegens de hoofdaannemer – kort gezegd: het niet-voltooiën van de herstelwerkzaamheden – onrechtmatig is jegens het natuursteenbedrijf als opdrachtgever in hoofdaanneming. In het in de inleiding genoemde arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een onderaannemer in het algemeen, binnen bepaalde grenzen, rekening heeft te houden met de belangen van de opdrachtgever in hoofdaanneming, maar dat een wanprestatie van de onderaannemer jegens de hoofdaannemer op zichzelf nog geen onrechtmatige daad oplevert jegens de opdrachtgever. Binnen dat toetsingskader dienden de rechtbank en het hof het handelen van Transcarbo te beoordelen.

Het eindoordeel

In eerste aanleg blijkt de rechtbank met dat toetsingskader echter niet bekend. De rechtbank oordeelt namelijk – in absolute zin – dat een onderaannemer die de door hem met de hoofdaannemer gesloten overeenkomst niet nakomt, niet onrechtmatig handelt jegens de opdrachtgever in hoofdaanneming.

Niet geheel verrassend laat het hof van dat oordeel in hoger beroep weinig heel. Tot een andere uitkomst van de procedure heeft dat, helaas voor het natuursteenbedrijf, echter niet geleid; ook het hof oordeelt dat Transcarbo niet onrechtmatig heeft gehandeld. Daaraan legt het hof de volgende overwegingen ten grondslag: Het natuursteenbedrijf had aangevoerd dat Houtskeletbouw inmiddels was gefailleerd en Transcarbo daardoor haar enige verhaalsmogelijkheid zou zijn. Het hof overweegt echter dat het natuursteenbedrijf niet heeft weersproken dat de hoofdaannemer wel had kunnen worden aangesproken tot nakoming en dat het faillissement van Houtskeletbouw daaraan niet in de weg staat.

Het natuursteenbedrijf heeft de kwestie meermalen langdurig op zijn beloop gelaten; tussen de oplevering van het bedrijfspand en de sommatie in 2010 is ruim twaalf jaar verstreken. Transcarbo is door dat tijdsverloop in haar verdediging geschaad. Anders dan in het arrest van de Hoge Raad, was in het onderhavige geval geen sprake van de bijzonderheid dat de opdrachtgever rechtstreekse betalingen aan de onderaannemer had gedaan om deze tot het hervatten van werkzaamheden te bewegen. De weigering van Transcarbo om de herstelwerkzaamheden te voltooien leidt er weliswaar toe dat het natuursteenbedrijf de hoofdaannemer alsnog moet aanspreken, maar dat nadeel doet zich altijd voor als een onderaannemer ondeugdelijk werk levert.

De waarde van het arrest

Hoewel feitenrechtspraak zich lang niet altijd leent voor het formuleren van algemene rechtsregels, klinkt in het oordeel van het hof wel door dat de onderaannemer – in elk geval bij zuivere nakomingsvorderingen – pas in beeld komt als de hoofdaannemer geen verhaal biedt. Dat is niet onlogisch; het uitgangspunt is immers dat alleen contractspartijen gebonden zijn aan een overeenkomst. Twee vragen rijzen echter: Geldt de ‘voorwaarde’ van insolvableiteit ook onverkort indien het tekortschieten van de onderaannemer voor de opdrachtgever tot (gevolg)schade heeft geleid, en de claim van de opdrachtgever dus niet beperkt is tot nakoming?

Moet de onderaannemer altijd opdraaien voor insolvableiteit van de hoofdaannemer? Beide vragen moeten mijns inziens ontkennend worden beantwoord.

Bij de eerste vraag is van belang dat een nakomingsvordering nauwer samenhangt met de overeenkomst, dan een vordering tot vergoeding van (gevolg)schade. Stel bijvoorbeeld dat het niet-voltoeien van de herstelwerkzaamheden door Transcarbo heeft geleid tot – voor Transcarbo kenbare – omzeterderving tijdens het natuursteenbedrijf, dan is best verdedigbaar dat het natuursteenbedrijf die gevolgschade onder omstandigheden wel rechtstreeks op Transcarbo had kunnen verhalen.

De tweede vraag hangt samen met de overweging van het hof die hiervoor bij het derde bullet point is samengevat. Het zou onrechtvaardig zijn als de opdrachtgever de onderaannemer kan dwingen tot nakoming van de door hem met de hoofdaannemer gesloten overeenkomst, indien de onderaannemer er door de insolvableiteit van de hoofdaannemer niet van verzekerd is dat hij voor die werkzaamheden betaald krijgt. Waarom zou de opdrachtgever wel beschermd worden, maar de onderaannemer niet? Het ligt in het geval van insolvableiteit van de hoofdaannemer in de rede dat de onderaannemer pas tot nakoming gehouden is, indien de opdrachtgever garant staat voor de betaling van zijn facturen.

Slotwoord

Het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch geeft dus wel enige concretisering van het door de Hoge Raad geformuleerde – erg algemene – toetsingskader, maar enkele wezenlijke vragen blijven onbeantwoord. Om de puzzel verder te kunnen leggen, moet daarom gewacht worden op een volgende procedure tussen een onderaannemer en een opdrachtgever in hoofdaanneming. Dirkzwager volgt de ontwikkelingen uiteraard op de voet.

Pieter Bloemendaal

Telefoon: +31 (0)26 353 83 12

E-mailadres: bloemendal@dirkzwager.nl

Arbeidsrecht

www.dirkzwagerarbeidsrecht.nl

De Loonsanctie en het UWV

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

De loonsanctie

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

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

Als geen bevredigend resultaat is behaald, dan toetst het UWV de re-integratie-inspanningen van de werkgever. Deze inspanningen worden mede getoetst op grond van

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

Vaak voorkomende valkuil

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

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

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

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

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

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

Deskundigenoordeel UWV

Wanneer er op enig moment geen volledige zekerheid bestaat over het voldoende zijn van de re-integratie-inspanningen, dan kan een werkgever het beste een deskundigenoordeel verzoeken bij het UWV. Dit oordeel kost anno 2014 voor de werkgever € 400,00 en voor de werknemer € 100,00 en biedt een goede vooruitblik op de uiteindelijke beoordeling van de re-integratieactiviteiten. Het oordeel biedt een hoop voordelen en kan gedurende de re-integratie van de werknemer meer dan eens worden verzocht. Een voordeel is dat werkgever en werknemer weten hoe het UWV op dat moment oordeelt over de verrichte re-integratie-inspanningen. Zij weten dan of zij de re-integratie-inspanningen moeten aanpassen of ongewijzigd kunnen voortzetten. Een tweede voordeel is dat de werkgever daarmee richting het UWV toont dat hij zijn verantwoordelijkheid om de werknemer te laten re-integreren voldoende serieus neemt. Telefoon: hij laat de beoordeling immers niet enkel aan de bedrijfsarts over.

Een derde voordeel komt voort uit de uitspraak van de CRvB van 20 juli 2011 (LJN: BR2382). De CRvB heeft hier geoordeeld dat een deskundigenoordeel als valide argument kan worden ingebracht tegen een opgelegde loonsanctie. Als uit het deskundigenoordeel volgt dat de re-integratie-inspanningen voldoende zijn, dan kan het UWV daar later niet op terugkomen. Het UWV kan dan enkel nog een loonsanctie opleggen omdat tussen het moment van het deskundigenoordeel en het moment van het eindoordeel de inspanningen alsnog onvoldoende zijn gebleken. Het zal echter niet altijd makkelijk zijn voor het UWV om dit aan te tonen.

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

Menno van Schaick

Telefoon: +31 (0)24 381 31 50
E-mailadres: vanschaick@dirkzwager.nl

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

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

Juridisch kader

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

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

Uitspraak rechtbank Amsterdam

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

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

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

Conclusie

Terwijl in eerdere rechtspraak al eens is bepaald dat een dertiende maand en een ploegentoeslag in de vergoeding voor niet genoten vakantiedagen moet worden betrokken, kan uit bovengenoemde uitspraak van de kantonrechter Amsterdam worden afgeleid dat ook het werkgeversdeel pensioenpremie en onder omstandigheden een bonus, in de vergoeding voor niet genoten vakantiedagen moet worden meegenomen. Voor wat betreft het werkgeversdeel pensioenpremie plaats ik hierbij overigens mijn vraagtekens. Weliswaar zal een werkgever de pensioenpremie doorbetalen indien een werknemer zijn vakantiedagen tijdens zijn dienstverband opneemt, maar feitelijk zal de werknemer zijn pensioendeelneming door de uitdiensttreding niet voortzetten, waardoor het werkgeversdeel pensioenpremie vanaf datum uitdiensttreding geen pensioenbestemming kent. Daarnaast vraag ik me af of de vereiste intrinsieke samenhang met de taken van de werknemer ten aanzien van het werkgeversdeel

pensioenpremie wel verondersteld mag worden. De kantonrechter Amsterdam heeft zich over dit laatste niet uitgelaten.

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

Anique Sauvé

Telefoon: +31 (0)24 381 31 19

E-mailadres: sauve@dirkzwager.nl

Uit dienst en ziek: Wie betaalt de rekening?

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

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

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

In de situatie van de eerste drie groepen personen wordt het verstrekte ziekengeld wel meegenomen in de vaststelling van de gedifferentieerde premie voor de Ziektewet (artikel 117b lid 1 sub b Wet financiering sociale verzekeringen). In de situatie van de vierde groep personen gebeurt dit niet.

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

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

Menno van Schaick

Telefoon: +31 (0)24 381 31 50

E-mailadres: vanschack@dirkzwager.nl

De belangrijkste wijzigingen per 1 juli 2014 ingevolge het Wetsvoorstel Werk en Zekerheid

Het Wetsvoorstel Werk en Zekerheid heeft al vele pennen in beweging gebracht. Op dit moment is het wetsvoorstel in behandeling bij de Eerste Kamer en zal op korte termijn duidelijk worden of het wetsvoorstel de eindstreep haalt. Wordt het wetsvoorstel door de Eerste Kamer aangenomen (en daar ziet het naar uit), dan treden de eerste wijzigingen al met ingang van 1 juli aanstaande in werking. De hoogste tijd om in dit artikel de belangrijkste wijzigingen per 1 juli voor u op een rijtje te zetten.

1. De proeftijd

In een contract voor bepaalde tijd met een duur van zes maanden of korter, is het niet langer toegestaan om daarin een proeftijd overeen te komen. Doet een werkgever dat toch, dan is het beding nietig en kan hij zich daarop niet beroepen.

2. Het concurrentiebeding

Ten aanzien van het concurrentiebeding geldt dat het overeenkomen van een dergelijk beding in een contract voor bepaalde tijd in beginsel niet meer is toegestaan. Ik schrijf 'in beginsel' want op deze regel bestaat een uitzondering voor die tijdelijke contracten waarin het opnemen een concurrentiebeding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Meent de werkgever dat het opnemen van een concurrentiebeding vanwege deze belangen noodzakelijk is, dan dient hij dit in het beding te motiveren. De werkgever dient derhalve te motiveren welke bedrijfs- of dienstbelangen het betreft en waarom deze belangen in dit geval een concurrentiebeding vereisen. Een concurrentiebeding zonder motivering is nietig.

Is wel een motivering opgenomen maar meent de werknemer dat deze motivering niet steekhoudend is of niet (langer) van toepassing, dan kan hij zich tot de rechter wenden met het verzoek het beding te vernietigen. Ook kan de werknemer zich tot de rechter wenden indien hij meent dat hij door het beding onbillijk wordt benadeeld ten opzichte van het belang van de werkgever bij handhaving van het beding.

3. De aanzegplicht

Een andere wijziging die per 1 juli aanstaande in werking treedt is de zogenaamde aanzegplicht. Sluit een werkgever met een werknemer een tijdelijk contract van zes maanden of langer, dan is de werkgever verplicht om uiterlijk één maand voor het aflopen van dit contract aan de werknemer te laten weten of hij het contract wel of niet voortzet én als hij het contract voortzet, onder welke voorwaarden hij het contract zal voortzetten. Bij het niet naleven van deze verplichting is de werkgever aan de werknemer een vergoeding verschuldigd ter hoogte van één maandsalaris. Komt de werkgever deze verplichting wel na maar niet tijdig (bijvoorbeeld 2 weken voor het aflopen van het contract), dan is hij een vergoeding naar rato verschuldigd.

4. Oproepcontracten

Op grond van het huidige artikel 7:628 BW kan gedurende de eerste zes maanden van het oproepcontract de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever worden uitgesloten wanneer het niet werken van de oproepkracht voor rekening van de werkgever komt. Bij cao kan deze uitsluitingstermijn van zes maanden onbeperkt worden verlengd. De regering meent dat hierdoor oneigenlijk gebruik van oproepcontracten kan worden gemaakt. Om dit oneigenlijke gebruik tegen te gaan, wordt de mogelijkheid om bij cao van deze zes maanden termijn af te wijken per 1 juli fors beperkt. De regering beoogt met deze wijziging het gebruik van oproepcontracten langer dan zes maanden tegen te gaan. Of deze wijziging daadwerkelijk het beoogde effect zal hebben, vraag ik me echter sterk af. Daarnaast is de regering voornemens om, op voordracht van een voorstel van de Stichting van de Arbeid, per 1 juli een verbod op oproepcontracten in de zorg in te voeren. Aan dit voornemen is voor zover mij bekend echter nog geen handen en voeten gegeven zodat het thans onduidelijk is of, en zo ja, in welke vorm, het verbod per 1 juli wordt ingevoerd.

Afronding

Bovengenoemde wijzigingen treden in werking per 1 juli aanstaande (ervan uitgaande dat het wetsvoorstel door de Eerste Kamer wordt aangenomen). Dit betekent dat op (tijdelijke) arbeidsovereenkomsten die worden aangegaan of verlengd op of na 1 juli 2014, het nieuwe recht van toepassing is. Voor de aanzegplicht geldt dat deze plicht ook op lopende tijdelijke contracten van toepassing wordt voor zover deze contracten op of na 1 augustus 2014 van rechtswege eindigen.

Anique Sauvé

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

Wet werk en zekerheid: geen concurrentiebeding bij arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd?

Uitgangspunt in het (gewijzigde) wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid is dat bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geen concurrentiebeding mag worden opgenomen, althans de mogelijkheid daartoe wordt sterk beperkt. De wetgever wil op deze manier het dubbele nadeel voor werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd beperken, zo blijkt uit de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel . Deze werknemers hebben immers een in duur beperkt contract. Beperkingen om na het dienstverband elders in dezelfde branche aan de slag te gaan, wegen dus extra zwaar.

Artikel 7:653 BW (nieuw)

Op grond van het nieuwe artikel 7:653 BW mag een concurrentiebeding in beginsel alleen worden aangegaan bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Echter, ook in het geval van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zijn er voor de werkgever, zij het onder voorwaarden, mogelijkheden om een concurrentiebeding voor de werknemer op te nemen. Er moet dan sprake zijn van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.

Om een geldig concurrentiebeding aan te gaan met een werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, moet de werkgever bovendien gelijktijdig met het aangaan van dit beding een schriftelijke motivering geven waaruit de noodzaak van het beding, gelegen in zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen, blijkt. Zonder motivering is het beding nietig. Deze motivering kan bij of onder het beding worden gevoegd of in een apart document worden opgenomen, mits dit document gelijktijdig met het beding wordt opgesteld en ondertekend door beide partijen.

Vernietiging door de rechter of vergoeding in geld

De werknemer kan de geldigheid van het (gemotiveerde) concurrentiebeding

voorleggen aan de rechter wanneer hij van mening is dat er geen dan wel niet meer sprake is van zwaarwichtige bedrijfs- of dienstbelangen die het concurrentiebeding noodzakelijk maken. De noodzaak vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen moet namelijk zowel ten tijde van het aangaan als op het moment dat de werkgever zich op het beding beroept bestaan.

De rechter kan het concurrentiebeding, zowel in het geval van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd als in het geval van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, geheel of gedeeltelijk vernietigen als het beding niet noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen of als de werknemer door het beding onbillijk wordt benadeeld. Daarnaast kan de rechter bepalen dat de werkgever de werknemer een vergoeding verschuldigd is wanneer het concurrentiebeding de werknemer in belangrijke mate belemmert om anders dan in dienst van de werkgever werkzaam te zijn.

Een vergoeding is niet verschuldigd als de arbeidsovereenkomst is geëindigd vanwege ernstig verwijtbaar of nalatig handelen van de werknemer. Daar staat tegenover dat de werkgever zich niet kan beroepen op het concurrentiebeding als de arbeidsovereenkomst is geëindigd door ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van zijn kant.

Doel wetgever

Een werkgever heeft vaak groot belang bij het aangaan van een concurrentiebeding, bijvoorbeeld voorkomen dat een werknemer met kennis opgedaan bij de werkgever de klanten meeneemt naar de concurrent. Echter, gezien de vergaande gevolgen van een concurrentiebeding voor de werknemer, moet een concurrentiebeding niet te lichtvaardig kunnen worden aangegaan. Immers, een concurrentiebeding beperkt de werknemer (soms in zeer vergaande mate) om in dezelfde branche een andere baan te vinden. Dit geldt des te meer voor een werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Als de arbeidsovereenkomst afloopt en niet wordt verlengd, zal deze werknemer op zoek moeten naar een nieuwe baan. Iedere beperking daarin is dan onwenselijk.

In de Memorie van Antwoord bij het wetsvoorstel wordt benadrukt dat de motiveringsplicht de werkgever moet aanzetten tot een concrete afweging over het belang van het concurrentiebeding. Zonder aantoonbare zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen kan de werkgever geen (geldig) concurrentiebeding overeenkomen met de werknemer. Door de werkgever reeds bij het aangaan de noodzaak van het concurrentiebeding te laten motiveren, moet lichtvaardig gebruik worden voorkomen.

In aanvulling op de strengere eisen die met de inwerkingtreding van de WWZ zullen worden gesteld aan het aangaan van een concurrentiebeding bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zullen, blijkens de Memorie van Toelichting en de Memorie van Antwoord bij het wetsvoorstel, in de toekomst mogelijk ook de regels voor het aangaan van een concurrentiebeding bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd worden aangescherpt. Dit is in het wetsvoorstel WWZ nog niet nader uitgekristalliseerd, nu dit wetsvoorstel veeleer ziet op de verbetering van de positie van flexwerkers.

Inwerkingtreding en overgangsrecht

De WWZ zal gefaseerd in werking treden. Als het wetsvoorstel, zoals verwacht, door de Eerste Kamer voor het zomerreces wordt aangenomen, zullen de eerste bepalingen van de WWZ al per 1 juli 2014 in werking treden. Een van deze bepalingen is het nieuwe artikel 7:653 BW dat ziet op het concurrentiebeding.

Op arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan voor de inwerkingtreding van het nieuwe artikel 7:653 BW zal evenwel het oude recht van toepassing zijn. Het maakt daarbij niet uit of de ingangsdatum van de arbeidsovereenkomst voor of na 1 juli 2014 ligt. Dit is in de Memorie van Antwoord bij het wetsvoorstel nadrukkelijk bevestigd. Reden hiervoor is dat een werkgever vanaf het moment van aangaan gebonden is aan de arbeidsovereenkomst, niet pas vanaf de ingangsdatum. Omdat een werkgever in voorkomend geval mogelijk nog geen rekening heeft kunnen houden met het nieuwe recht op het moment dat de arbeidsovereenkomst werd aangegaan, is hij daaraan niet gebonden.

Eva Traag

Telefoon: +31 (0)26 353 83 03

E-mailadres: traag@dirkzwager.nl

Gezondheidszorg

www.dirkzwagergezondheidszorg.nl

Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen

Op 5 februari jl. is het conceptwetsvoorstel ‘bestuur en toezicht rechtspersonen’ op internet geplaatst voor de internetconsultatie. Er kan tot 6 mei 2014 op het wetsvoorstel en de concept toelichting gereageerd worden, waarna de ingekomen reacties voor zover relevant zullen worden verwerkt hetgeen tot een wijziging van het wetsvoorstel kan leiden.

Aanleiding voor deze nieuwe wet is de wens om de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen te verbeteren. Tegelijkertijd worden de regels voor het bestuur en toezicht van alle rechtspersonen in het voorstel geüniformeerd. Met ingang van 1 januari 2013 is de Wet bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen reeds in werking getreden. In het consultatiedocument wordt op verschillende punten naar deze wet verwezen.

Het doel van het wetsvoorstel is, zoals reeds opgemerkt, het verbeteren van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen. Bestuurders en toezichthouders worden geacht hun taak behoorlijk te vervullen. Tot op heden bestaat er echter geen uniforme regeling voor alle rechtspersonen die het bestuur en toezicht regelt. De verschillen in de regelingen tussen de NV, BV, coöperatie en de onderling waarborgmaatschappij enerzijds en de stichting en vereniging anderzijds leiden in de praktijk tot onduidelijkheid. Vandaar dat het wetsvoorstel beoogd een voor alle rechtspersonen geldende, uniforme regeling te introduceren in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW). De hoofdpunten van deze voorgestelde regeling zijn als volgt:

- 1. Bestuurders en toezichthouders moeten zich bij de vervulling van hun taak richten naar het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden organisatie.*

In de Wet bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen was reeds vastgelegd dat bestuurders van BV's en NV's zich bij het vervullen van hun taak moeten richten op het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming. Deze norm wordt, iets breder geformuleerd, in het huidige wetsvoorstel uitgebreid tot alle rechtspersonen, dus gaat ook gelden voor stichtingen en verenigingen. Ook de

leden van het toezichthoudend orgaan moeten bij de vervulling van hun taak het belang van de rechtspersoon laten prevaleren boven hun eigen belangen.

2. *Bestuurders en toezichthouders met een tegenstrijdig belang moeten zich onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming.*

Voor BV's en NV's was reeds in de wet vastgelegd dat indien een bestuurder of toezichthouder een direct of indirect belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de rechtspersoon, hij niet deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming. Dit zal ook gaan gelden voor verenigingen en stichtingen. Een besluit dat wordt genomen in strijd met deze regeling, is vernietigbaar. Deze vernietiging werkt overigens niet extern zodat derden die met de rechtspersoon handelen worden beschermd tegen het (intern bestaande) tegenstrijdig belang. Maakt de derde echter misbruik van het niet naleven van de interne regeling of profiteert hij welbewust van de wanprestatie, dan wordt de derde uiteraard niet beschermd.

3. *Bestuurders en toezichthouders kunnen aansprakelijk zijn voor schade als gevolg van onbehoorlijke taakvervulling.*

Voor alle rechtspersonen gaat dezelfde (interne) aansprakelijkheidsnorm gelden, namelijk indien de bestuurder of toezichthouder zijn taak niet behoorlijk uitvoert en hem daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt, hij aansprakelijk is voor de schade die de rechtspersoon daardoor lijdt. Van de leden van het toezichthoudend orgaan wordt een actieve rol verwacht, echter zonder dat zij op de stoel van het bestuur gaan zitten. Een behoorlijke vervulling van de taak van lid van het toezicht brengt met zich dat indien het beleid en de gang van zaken daartoe aanleiding geven, de leden hun toezicht moeten intensiveren en nog actiever moeten optreden. De voorgestelde wetswijziging beoogt geen nieuw of aanvullend aansprakelijkheidsregime te introduceren.

4. *In het geval van een faillissement dat in belangrijke mate is veroorzaakt door onbehoorlijke taakvervulling bestuurders en toezichthouders hoofdelijk aansprakelijk kunnen zijn voor een tekort in de boedel.*

Voorgesteld wordt om de huidige regeling omtrent de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders en leden van het toezichthoudend orgaan voor het tekort in de boedel in geval van kennelijk onbehoorlijk bestuur dat een belangrijke oorzaak is van een faillissement, te verplaatsen naar het nieuwe artikel 106a Faillissementswet. Deze regeling gold reeds voor NV's, BV's en de zogenaamde commerciële stichtingen en verenigingen, maar zal na overheveling naar de Faillissementswet ook voor de niet-

commerciële verenigingen en stichtingen gaan gelden.

5. *Toezichthouders van stichtingen kunnen worden ontslagen en de gronden waarop bestuurder kunnen worden ontslagen, worden uitgebreid.*

De huidige regeling omtrent het ontslag van bestuurders van stichtingen is zeer beperkt. Voor toezichthouders geldt momenteel zelfs in het geheel geen (wettelijke) ontslagregeling. Voorgesteld wordt daarom dat bestuurders en leden van het toezichthoudend orgaan die het belang van de stichting zodanig schaden dat het voortduren van hun bestuurderschap of lidmaatschap van het toezichthoudend orgaan in redelijkheid niet meer kan worden geduld, op verzoek van het openbaar ministerie of van belanghebbenden kunnen worden ontslagen door de Rechtbank.

6. *Er komt een uitdrukkelijke wettelijke grondslag voor de instelling van een toezichthoudend orgaan bij een vereniging.*

In het huidige Boek 2 BW bestaat geen wettelijke grondslag voor de instelling van een toezichthoudend orgaan bij de vereniging, hoewel een toezichthoudend orgaan ook hier mogelijk is (hetzelfde geldt overigens voor de stichting). Boek 2 BW kent overigens wel al een regeling voor de raad van commissarissen bij de coöperatie, die een bijzondere vorm van vereniging is. In het Wetsvoorstel is opgenomen dat bij de statuten kan worden bepaald dat er een toezichthoudend orgaan kan worden ingesteld. Daarmee wordt aan de instelling van een toezichthoudend orgaan bij de vereniging een wettelijke grondslag geboden. Voorts wordt, in lijn met de bepalingen over de raad van commissarissen bij de NV en de BV, bepaald dat het toezichthoudend orgaan uit een of meer natuurlijke personen bestaat. De verdere invulling en taakomschrijving van het toezichthoudend orgaan zijn grotendeels gelijk aan die van de raad van commissarissen bij de BV en de NV.

De Commissie Vennootschapsrecht heeft zich reeds enigszins kritisch uitgelaten over enkele van de voorgestelde wijzigingen, zoals de uniforme tegenstrijdig belangregeling en de aangepaste ontslaggronden. Het is goed mogelijk dat naar aanleiding van deze internetconsultatie nog aanvullende opmerkingen worden gemaakt die zullen leiden tot een wijziging in het wetsvoorstel. Indien dit het geval is, zullen wij daar te zijner tijd uiteraard weer de nodige aandacht aan schenken.

Lieke aan den Toorn

Telefoon: +31 (0)24 381 31 27

E-mail: aadentoorndir@dirkzwager.nl

Recht op vrije artskenkeuze opnieuw bevestigd

De voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland heeft in een uitspraak van 27 mei 2014, geoordeeld dat Achmea en Menzis 80% moet vergoeden van de declaraties die een niet-gecontracteerde GGZ-instelling, Momentum GGZ, in het verleden heeft ingediend bij Achmea en Menzis en alle door deze instelling nog bij deze verzekeraars in te dienen declaraties.

De uitspraak van de rechtbank Gelderland vormt een bevestiging van eerdere uitspraken van (o.a.) de rechtbank Zeeland-West-Brabant en het Hof te 's-Hertogenbosch uit 2013. Opnieuw blijkt dat artikel 13 Zvw niet alleen een recht voor de patiënt inhoudt om naar een zorgaanbieder te gaan die niet door de eigen zorgverzekeraar is gecontracteerd, maar óók een verplichting voor de betreffende zorgverzekeraar om de patiënt in een dergelijk geval een zodanige vergoeding te bieden dat geen te hoge drempel wordt opgeworpen om naar de niet-gecontracteerde aanbieder te gaan.

Achmea en Menzis

Achmea en Menzis hanteren allebei polisvoorwaarden waaruit volgt dat een verzekerde met een naturapolis die naar een niet door de verzekeraar gecontracteerde aanbieder van GGZ gaat recht heeft op een vergoeding van slechts 60% van de kosten van de behandeling. In eerdere uitspraken werd bepaald dat vergoedingspercentages van 50 of 60% een te hoge drempel opwerpen voor verzekerden om naar een niet-gecontracteerde aanbieder te gaan. Bij de totstandkoming van de Zorgverzekeringswet heeft de wetgever namelijk bepaald dat de omvang van de vergoeding géén hinderpaal mag vormen voor het inroepen van zorg bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Dit wordt wel het 'hinderpaalcriterium' genoemd.

Ondanks deze jurisprudentie pasten Menzis en Achmea hun vergoedingsbeleid niet aan. Zij lieten het op een procedure aankomen. De voorzieningenrechter oordeelt nu dat een vergoedingspercentage van 60% een te hoge drempel opwerpt om naar een niet-gecontracteerde aanbieder te gaan en daarom ontoelaatbaar is. De voorzieningenrechter oordeelt dat Achmea en Menzis een vergoedingspercentage van 80% dienen te hanteren. Omdat Menzis al vanaf 1 januari 2012 en Achmea vanaf 1 januari 2013 een percentage hanteren van 60%, betekent de uitspraak dat Menzis en Achmea

over de in het verleden voor 60% betaalde declaraties een aanvullende betaling dienen te verrichten (het verschil tussen 60% en 80%). Verder dienen Menzis en Achmea ten aanzien van alle toekomstige declaraties een vergoedingspercentage van 80% te hanteren.

Conclusie

Met de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland lijkt de jurisprudentie over de reikwijdte van artikel 13 Zvw inmiddels redelijk uitgekristalliseerd te zijn, al koos een voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland recentelijk voor een andere – betrekkelijk opmerkelijke – koers (in welke zaak dan ook hoger beroep is aangetekend). Het is nu wachten op een arrest van de Hoge Raad over de onderhavige materie. Dat arrest wordt eind juni 2014 verwacht. Verder is het afwachten welke politieke ontwikkelingen in de komende weken nog aan de orde zullen zijn. Dan zal duidelijk worden of het recht op vrije artskenkeuze in de komende jaren gehandhaafd zal blijven.

Koen Mous

Telefoon: +31 (0)24 381 31 53

E-mailadres: mous@dirkzwager.nl

Hoge Raad bevestigt bestaan hinderpaalcriterium artikel 13 zorgverzekeringswet

Zorgverzekeraars moeten niet-gecontracteerde aanbieders een vergoeding betalen die zodanig is dat verzekerden geen hinderpaal ervaren bij het invoeren van zorg bij deze niet-gecontracteerde aanbieders. Dat heeft de Hoge Raad op 11 juli jl. geoordeeld in een langverwacht arrest (ECLI:NL:HR:2014:1646). Daarmee bekrachtigt de Hoge Raad het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 9 juli 2013.

Volgens de Hoge Raad bevat artikel 13 van de Zorgverzekeringswet een 'hinderpaal-criterium'. Het hinderpaalcriterium houdt in dat zorgverzekeraars de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg niet dusdanig laag mogen vaststellen dat daardoor een feitelijke hinderpaal voor verzekerden ontstaat om zich tot een zorgaanbieder te wenden die door de zorgverzekeraar niet gecontracteerd is. Algemeen wordt aangenomen dat de vergoeding tenminste 75-80% moet zijn van het marktconforme tarief. Met andere woorden: 75-80% van het tarief dat gecontracteerde aanbieders ontvangen.

De afgelopen jaren zijn er meerdere gerechtelijke procedures tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieder gevoerd waarin de vraag centraal stond of artikel 13 Zvw een hinderpaalcriterium bevat. Mr. Koen Mous van Dirkzwager heeft diverse zorgaanbieders bijgestaan in deze procedures. Zorgverzekeraars stelden zich stevast op het standpunt dat zij volledig vrij zijn om te bepalen welke vergoeding zij toekennen bij niet-gecontracteerde zorg. Zorgaanbieders zijn van mening dat zorgverzekeraars bij het vaststellen van de vergoeding het hinderpaalcriterium in acht moeten nemen. De Hoge Raad bevestigt nu het standpunt van de zorgaanbieders. Goed nieuws dus voor de Nederlandse niet-gecontracteerde zorgaanbieder.

De vraag is wel hoe lang het hinderpaalcriterium nog geldend recht blijft. Minister Schippers heeft een wetsvoorstel voorbereid waarmee beoogd wordt het hinderpaalcriterium van artikel 13 Zvw af te schaffen. Dit wetsvoorstel is op 24 juni jl. door de Tweede Kamer aangenomen. De vraag is of het wetsvoorstel uiteindelijk ook de Eerste Kamer zal passeren. Er bestaan immers nogal wat redenen om artikel 13 Zvw niet aan

te passen. Niet alleen betekent de aanpassing een forse beperking van het recht op vrije artskeuze, bovendien verstoort het de verhoudingen op de markt. Zorgverzekeraars zouden na aanpassing een enorme machtpositie krijgen. Het wetsvoorstel staat bovendien op gespannen voet met Europees recht. Indien artikel 13 Zvw daadwerkelijk aangepast zou worden, kunnen daarom opnieuw procedures verwacht worden.

Koen Mous

Telefoon: +31 (0)24 381 31 53

E-mailadres: mous@dirkzwager.nl

Raad van State toetst wijzigingsvoorstel Artikel 13 Zvw aan Europees recht, maar wat is de conclusie?

De Raad van State heeft recentelijk een advies uitgebracht aan de Eerste Kamer over de Europeesrechtelijke houdbaarheid van het wetsvoorstel dat strekt tot aanpassing van artikel 13 Zorgverzekeringwet (Zvw). Het advies roept niet alleen veel vragen op, maar wordt ook verkeerd geïnterpreteerd in de media.

Artikel 13 Zvw

Artikel 13 van de Zorgverzekeringwet staat in gezondheidsland al jaren volop in de belangstelling. In juli van dit jaar heeft de Hoge Raad bevestigd dat artikel 13 Zvw een zogenaamd hinderpaalcriterium bevat. Dit hinderpaalcriterium is van belang voorverzekerden met een naturapolis. Zorgverzekeraars vergoeden anno 2014 bij een naturapolis vaak niet de volledige kosten voor zorg die verleend is door een zorgaanbieder waarmee zij geen contract hebben gesloten (de zogenaamde niet-gecontracteerde zorgaanbieder). Zij hanteren een bepaald vergoedingspercentage van het tarief dat zij aan gecontracteerde zorgaanbieders vergoeden. In de laatste jaren zijn steeds meer verzekeraars vergoedingspercentages van 60 of zelfs 50% gaan hanteren. Op grond van het hinderpaalcriterium is het een zorgverzekeraar echter niet toegestaan om een zodanig laag percentage te hanteren dat hierdoor voor verzekerden een feitelijke hinderpaal ontstaat om zorg te betrekken van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Op basis van recente jurisprudentie staat inmiddels vast dat een vergoedingspercentage van 50 of 60% in strijd is met het hinderpaalcriterium.

Wetsvoorstel

In het parlement is een wetsvoorstel (nr. 33 362) aanhangig dat ertoe strekt het hinderpaalcriterium uit artikel 13 Zvw te schrappen. Na inwerkingtreding zijn zorgverzekeraars volgens minister Schippers voortaan vrij om bij de naturapolis te bepalen of, en zo ja in welke mate, zij niet-gecontracteerde zorg vergoeden. Dit geldt volgens haar zowel voor binnenlandse als voor buitenlandse zorg. Het wetsvoorstel ziet niet op – kort gezegd – de eerstelijnszorg en verpleging en verzorging zonder verblijf. Daarvoor

blijft het huidige stelsel bestaan. Het wetsvoorstel heeft dan ook met name gevolgen voor de tweedelijns extramurale en intramurale zorg.

Het wetsvoorstel ligt op dit moment bij de Eerste Kamer. Op 30 september jl. heeft de Eerste Kamer de afdeling advisering van de Raad van State gevraagd om haar nader voor te lichten over het wetsvoorstel. Dit in verband met de maatschappelijke discussie over de vraag of het schrappen van het hinderpaalcriterium niet in strijd is met het recht van een verzekerde op vrije artskenkeuze. Concreet heeft de Eerste Kamer aan de Raad van State gevraagd om te adviseren over de vraag *“hoe het voorgestelde artikel 13 Zorgverzekeringwet zich verhoudt tot de relevante Europees- en internationaalrechtelijke criteria op het terrein van de interne markt en het grensoverschrijdend verkeer; in het bijzonder de EU-Richtlijn betreffende de toepassing van de rechten van de patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg (hierna: de Richtlijn)”*.

Uit de vraagstelling van de Eerste Kamer volgt reeds dat zij – in het licht van het Europese recht – met name vragen heeft over het standpunt van minister Schippers dat het zorgverzekeraars na schrapping van het hinderpaalcriterium óók is toegestaan om geen vergoeding meer toe te kennen voor niet-gecontracteerde buitenlandse zorg. Bij de vraag of het is toegestaan om niet-gecontracteerde Nederlandse zorg niet te vergoeden speelt het Europese recht geen rol van betekenis. Er is dan immers sprake van een zuiver binnenlandse situatie waarin geen beroep op het Europese recht kan worden gedaan.

Advies Raad van State

Op 22 oktober jl. heeft de Raad van State in een brief aan de Eerste Kamer uiteengezet hoe hij tegen de door de Eerste Kamer gestelde vraag aankijkt. In dit artikel bespreken wij de inhoud van het advies van de Raad van State en gaan wij in op de houdbaarheid van dit advies. De focus ligt op de buitenlandse niet-gecontracteerde zorg.

De Raad van State gaat in zijn advies in op drie onderwerpen:

1. de relatie tussen Richtlijn 2011/24/EU (hierna: de Richtlijn) en het standpunt van minister Schippers dat zorgverzekeraars na aanpassing van artikel 13 Zvw niet verplicht zijn om buitenlandse niet-gecontracteerde zorg te vergoeden;
2. de relatie tussen het voorgestelde artikel 13 Zvw en de vrije artskenkeuze;
3. de gevolgen van het voorgestelde artikel 13 Zvw voor het functioneren van de zorgverzekeringmarkt (en dan met name de verhouding tussen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder).

Wij bespreken deze onderwerpen achtereenvolgens.

Verhouding aangepaste artikel 13 Zvw – Richtlijn

De Raad van State neemt tot uitgangspunt dat artikel 7 van de Richtlijn ervan uitgaat dat behandelingen die in Nederland worden vergoed ook moeten worden vergoed als zij in het buitenland worden ondergaan. Het standpunt van minister Schippers dat zorgverzekeraars buitenlandse niet-gecontracteerde zorg bij een naturapolis niet hoeven te vergoeden lijkt volgens de Raad van State op het eerste gezicht met dit uitgangspunt in strijd te zijn. Het ligt immers voor de hand dat veel zorgverzekeraars geen of slechts een zeer beperkt aantal contracten zullen sluiten met buitenlandse zorgaanbieders. Dit zou betekenen dat een verzekerde met een naturapolis nooit naar een zorgaanbieder in een andere lidstaat kan gaan zonder het gevaar te lopen dat de zorgverzekeraar vervolgens niet vergoedt. Daaruit zou geconcludeerd kunnen worden dat het wetsvoorstel niet in overeenstemming is met het Europese recht, aldus de Raad van State.

Dit lijkt duidelijke taal van de Raad van State. Niets is echter minder waar. In het vervolg van zijn advies nuanceert de Raad van State de potentiële strijdigheid van het wetsvoorstel met de Richtlijn namelijk aanzienlijk.

In de eerste plaats acht de Raad van State van groot belang dat iedere verzekerde in het ons huidige zorgverzekeringsstelsel vrij is om te kiezen voor een zorgverzekeraar en een polis die hem goeddunkt. Er zijn twee hoofdmaken: de restitutiepolis en de naturapolis. Een verzekerde die er zeker van wil zijn dat hij naar een buitenlandse niet-gecontracteerde zorgaanbieder kan gaan en dat hij zijn kosten (tot het Nederlandse maximumtarief) vergoed krijgt, moet en kan een restitutiepolis afsluiten. Als een verzekerde kiest voor een naturapolis weet hij volgens de Raad van State dat (buitenlandse) niet-gecontracteerde zorg mogelijk niet vergoed wordt. Op grond van deze keuzevrijheid concludeert de Raad van State dat eventuele belemmeringen in de vergoeding van zorgkosten het gevolg zijn van de keuze van een individuele verzekerde. Daarbij merkt de Raad van State nog op dat er – door de concurrentie tussen zorgverzekeraars – vanzelf naturapolissen met gecontracteerde buitenlandse zorgaanbieders op de markt zullen komen als verzekerden daaraan behoefte blijken te hebben.

In de tweede plaats wijst de Raad van State op artikel 7 lid 7 van de Richtlijn. Volgens de Raad van State biedt dit artikellid lidstaten de mogelijkheid om voorwaarden te stellen aan het vrije verkeer van patiënten en (daarmee ook) aan de terugbetalingsverplichting bij grensoverschrijdende buitenlandse zorg. De voorwaarden moeten volgens de Raad van State wel objectief gerechtvaardigd zijn door – kort gezegd – “*eisen inzake planning*” of “*de wens om de kosten in de hand te*

houden en elke verspilling van financiële, technische en menselijke middelen zo veel mogelijk te voorkomen.” De Raad van State overweegt dat het Nederlandse zorgverzekeringsstelsel van marktwerking en selectieve inkoop met name kostenbeheersing als doel heeft.

In de derde plaats gaat de Raad van State in op artikel 8 van de Richtlijn. Dit artikel bevat een overzicht van de voorwaarden waaronder een lidstaat kan en mag voorzien in een systeem van voorafgaande toestemming. De voorafgaande toestemming (van de zorgverzekeraar) is vereist om aanspraak te kunnen maken op vergoeding van de in het buitenland verleende zorg. De regeling van artikel 7 komt er kort gezegd op neer dat het toestemmingsvereiste wél kan worden toegepast bij intramurale (planbare) zorg, maar niet bij extramurale zorg. De Raad van State maakt vervolgens een vergelijking tussen het voorgestelde artikel 13 lid 2 Zvw en artikel 8 uit de Richtlijn. Volgens de Raad van State sluit artikel 13 lid 2 Zvw “*naar haar gevolgen*” aan bij artikel 8 van de Richtlijn. In artikel 13 lid 2 Zvw van het voorstel staat namelijk ook dat niet-gecontracteerde zorg niet geweigerd kan worden als er niet binnen een redelijke termijn of afstand gecontracteerde zorg beschikbaar is. In de woorden van de Raad van State: “*In het stelsel van het voorstel treden de polisvoorwaarden, in combinatie met de artikelen 13, 13aa en 13a Zvw in de plaats van de mogelijkheid om een toestemmingsvereiste te introduceren als bedoeld in artikel 8 van richtlijn 2011/24/EU.*” De Raad van State doet vervolgens de suggestie om artikel 13 lid 2 Zvw aan te vullen met een zogenaamd toestemmingsvereiste voor intramurale zorg om zodoende iedere twijfel over de verenigbaarheid van het wetsvoorstel met de Richtlijn weg te nemen. De Raad van State benadrukt dat een toestemmingsvereiste niet mogelijk is bij extramurale zorg.

Verhouding aangepaste artikel 13 Zvw – vrije artskenkeuze

De Raad van State gaat ook apart in op de vraag of het wetsvoorstel verenigbaar is met een recht op vrije artskenkeuze. De Raad van State stelt (terecht) vast dat het Europese en het internationale recht geen recht op vrije artskenkeuze bevat. Onder verwijzing naar de artikelen 25 van het EU-Handvest en de artikelen 11 en 13 van het Europees Sociaal Handvest concludeert de Raad van State dat Nederland slechts gehouden is om binnen het stelsel van gezondheidszorg te zorgen voor een “*basisvoorzieningen-niveau*”. De stelling dat het wetsvoorstel in strijd zou zijn met het recht op vrije artskenkeuze is volgens de Raad van State dan ook onjuist.

Functioneren zorgverzekeringsmarkt

In zijn advies besteedt de Raad van State ook nog kort aandacht aan de vraag of de beoogde aanpassing van artikel 13 Zvw niet leidt tot een onverantwoorde verschuiving van de verhoudingen tussen zorgaanbieders en zorgverzekeraars ten gunste van zorgverzekeraars bij de onderhandelingen over de inkoop van zorg. De ongelijkheid tussen de grote zorgverzekeraar en de (overwegend) kleine zorgaanbieder zou worden vergroot. De Raad van State overweegt dat zorgverzekeraars tegenover zorgaanbieders een sterke positie hebben, zeker als het gaat om kleine zorgaanbieders. De Raad van State ziet in dat nieuwe stelsel voor een kleine zorgaanbieder desastreuze gevolgen kan hebben als deze geen contract krijgt. Dat geldt zeker als er in een bepaalde regio sprake is van overcapaciteit. De Raad van State concludeert dan ook dat het van groot belang is dat er strenge eisen gesteld worden aan het inkoopbeleid van zorgverzekeraars. Het inkoopbeleid moet non-discriminatoir en transparant zijn. De ACM en de NZa dienen hier toezicht op te houden.

Beschouwing

Op basis van het advies van de Raad van State werd afgelopen week (in de media) veelvuldig de conclusie getrokken dat het gewijzigde artikel 13 Zvw de Europees-rechtelijke toets zou kunnen doorstaan. Zo schreef de Volkskrant op 24 oktober jl.: *“Afschaffing van de zogenoemde vrije artskenkeuze is niet strijdig met het Europees recht” [..] Dit concludeert de Raad van State in een advies aan de Eerste Kamer.”* Deze conclusie is in onze ogen onjuist. De Raad van State stelt in zijn eigen conclusie dat de voorgestelde regeling *“in grote lijnen” “lijkt”* aan te sluiten bij artikel 8 van de Richtlijn. Volgens de Raad van State is *“onduidelijk”* hoe het voorgestelde stelsel aansluit op de Richtlijn wat betreft tweedelijns extramurale zorg waarvoor geen toestemmingsvereiste kan gelden. Door deze bewoordingen te kiezen laat de Raad van State wat ons betreft zelf al doorschemeren dat hij er niet geheel van overtuigd is dat het wetsvoorstel volledig in lijn is met het Europese recht. Daarbij dient bedacht te worden dat in Nederland een enorme verschuiving heeft plaatsgevonden en nog altijd plaatsvindt van intramurale naar extramurale zorgverlening. De suggestie dat *“onduidelijk”* is of het wetsvoorstel wat betreft tweedelijns extramurale zorg voldoet aan Europees recht, kan daarom niet gezien worden als een opmerking in de marge. De constatering is van cruciale betekenis bij de interpretatie van het advies van de Raad van State.

Hopelijk heeft de Eerste Kamer oog voor deze belangrijke kanttekeningen bij de eerste berichten in de media over het advies van de Raad van State. Wat ons betreft zouden senatoren op basis van dit advies niet gerustgesteld moeten zijn dat het wetsvoorstel van minister Schippers daadwerkelijk EU-proof is.

De Raad van State had in onze visie in stelligere bewoordingen moeten concluderen dat het gewijzigde artikel 13 Zvw de Europeesrechtelijke toets niet kan doorstaan, in ieder geval als het gaat om de extramurale niet-gecontracteerde buitenlandse zorg. Het toestemmingsvereiste uit artikel 8 van de Richtlijn geldt immers alleen voor intramurale zorg en het stellen van voorwaarden op grond van kostenbeheersing is bij extramurale zorg slechts bij hoge uitzondering mogelijk. Die uitzondering doet zich in de Nederlandse situatie niet voor. Het feit dat een verzekerde zelf kan kiezen voor een polis kan ten slotte ook niet afdoen aan Europese regelgeving waaruit volgt dat een verzekerde (in ieder geval) recht heeft op vergoeding van extramurale zorg in het buitenland. Deze vorm van keuzevrijheid speelt geen enkele betekenis in de Europees-rechtelijke jurisprudentie en/of de Richtlijn. De – eveneens irrelevante – suggestie van de Raad van State dat er vanzelf naturapolissen met gecontracteerde buitenlandse zorgaanbieders op de markt zullen komen als verzekerden daaraan behoefte blijken te hebben, getuigt tot slot van weinig kennis van de wijze waarop de zorgmarkt op dit moment functioneert.

Tot slot

Onze inschatting is dat minister Schippers relatief opgelucht is met het advies van de Raad van State. Bij eerste (globale) lezing van het advies bestaat de indruk dat de Raad van State vanuit Europeesrechtelijke optiek geen grote bezwaren ziet tegen het gewijzigde artikel 13 Zvw. De media hebben het advies ook op die manier geïnterpreteerd. Een nadere beschouwing van het rapport maakt echter duidelijk dat er meer dan voldoende redenen zijn om te twijfelen aan de Europeesrechtelijke houdbaarheid van het wetsvoorstel.

Koen Mous

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

Ondernemingskamer kritisch over toepassing enquêterecht door cliëntenraad

Op 29 oktober jl. heeft de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam negatief beschikt op het verzoek van de cliëntenraad van het Zuwe Hofpoort Ziekenhuis (verder: Zuwe Hofpoort) tot het starten van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken binnen de Woerdense zorginstelling. Deze beschikking lijkt een rem te zetten op een al te lichtvaardig gebruik van het zware middel van het enquêterecht.

Achtergrond

In 2011 worden binnen Zuwe Hofpoort gesprekken gevoerd over een toekomstig partnerschap met een ander ziekenhuis. De cliëntenraad is bij deze gesprekken aanwezig. Begin 2013 komt een intentieverklaring tussen Zuwe Hofpoort en het St. Antonius Ziekenhuis (verder: St. Antonius) tot stand. De intentieverklaring wordt aan de cliëntenraad gestuurd en de cliëntenraad wordt gevraagd om over de intentieverklaring te adviseren. De cliëntenraad adviseert positief.

In augustus 2013 informeert de raad van bestuur van Zuwe Hofpoort de cliëntenraad dat in de volgende fase van de voorgenomen samenwerking voor een beperkt aantal scenario's een integratieplan zal worden uitgewerkt. Tijdens verschillende vergaderingen en achterbanbijeenkomsten worden de voorkeursscenario's door of namens de raad van bestuur uitgebreid aan de cliëntenraad toegelicht. Begin 2014 wordt de cliëntenraad in de gelegenheid gesteld om advies uit te brengen over het voorgenomen besluit tot een bestuurlijke fusie tussen Zuwe Hofpoort en St. Antonius.

Vervolgens ontstaat een inhoudelijke discussie tussen de cliëntenraad en de raad van bestuur over de door de raad van bestuur gemaakte beleidskeuzes. Uitvoerige correspondentie en een groot aantal gesprekken zijn het gevolg. Conclusie: er bestaat een inhoudelijk *“verschil van mening”* tussen de raad van bestuur en de cliëntenraad.

In reactie op deze conclusie stelt de cliëntenraad zich begin oktober 2014 op het standpunt dat de op dat moment aanstaande stemming binnen de medische staf van respectievelijk Zuwe Hofpoort en St. Antonius over de voorgenomen fusie zou impliceren dat de raad van bestuur al een voorgenomen besluit zou hebben genomen. De maatschappen van medisch specialisten zouden hun advies namelijk uitsluitend op basis van een concreet fusieplan (lees: op een voorgenomen besluit) willen baseren. Dit zou de rol van de cliëntenraad als gespreks- en adviespartner – die vervolgens ook nog zou mogen adviseren – illusoir maken.

Onder dreiging van een juridische procedure sommeert de advocaat van de cliëntenraad de raad van bestuur vervolgens om advisering door de medische staven aan te houden totdat de cliëntenraad advies heeft uitgebracht. In reactie op deze dreiging laat de raad van bestuur de cliëntenraad uitdrukkelijk weten dat hij, anders dan de cliëntenraad suggereert, nog géén voorgenomen besluit heeft genomen. Dit weerhoudt de (advocaat van de) cliëntenraad er echter niet van om een enquêteprocedure te starten bij de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam. Ook het aanbod van Zuwe Hofpoort om – in afwijking van gemaakte afspraken – de cliëntenraad niet volgend op maar parallel aan de advisering door de medische staven een integraal (en op de eerdere adviesaanvraag gebaseerd) advies over de voorgenomen fusie uit te laten brengen vermag de cliëntenraad niet op andere gedachten te brengen.

Grondslag van het verzoek

De cliëntenraad stelt zich op het standpunt dat Zuwe Hofpoort in strijd met artikel 3 van de Wet Medezeggenschap Cliënten Zorginstellingen (WMCZ) en de Zorgbrede Governancecode (ZGC 2010) heeft gehandeld door het adviesrecht van de cliëntenraad *“stelselmatig”* te negeren. Artikel 3 van de WMCZ bepaalt onder andere dat zorgaanbieders de cliëntenraad in de gelegenheid stellen om advies uit te brengen over elk voorgenomen besluit inzake fusies of het aangaan van duurzame samenwerking met een andere instelling (sub b). Het advies moet op een zodanig tijdstip worden gevraagd dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit.

Op grond van de Zorgbrede Governancecode 2010 dient de zorginstelling een beleid te hebben voor het voeren van een dialoog met belanghebbenden (zoals de cliëntenraad). In geval van een fusie dient de raad van bestuur deze belanghebbenden in ieder geval te informeren en/of te raadplegen (artikel 2.2 lid 2 ZGC 2010).

Indien een raad van bestuur ernstig tekortschiet in het voldoen aan dergelijke verplichtingen komt het in de artikelen 344 e.v. van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek

opgenomen recht van enquête in het vizier. Dit recht moet worden toegewezen aan ten minste één partij die de belangen van de patiënten of cliënten van de zorginstelling vertegenwoordigt (artikel 2.2 lid 3 ZGC 2010). Bij Zuwe Hofpoort was deze partij de cliëntenraad.

Het recht van enquête geeft toegang tot de Ondernemingskamer bij het Gerechtshof Amsterdam. De Ondernemingskamer kan een onderzoek naar de gang van zaken en het beleid binnen een (zorg)organisatie gelasten. Voor het initiëren van een dergelijk onderzoek dient de Ondernemingskamer eerst te toetsten of er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen. Tijdens de enquêteprocedure kan de Ondernemingskamer in iedere fase op verzoek van een partij voorlopige voorzieningen treffen als daartoe een spoedeisend belang bestaat.

Omdat Zuwe Hofpoort in strijd zou hebben gehandeld met zowel artikel 3 van de WMCZ als de ZGC 2010 zouden zich gegronde redenen voordoen om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken binnen de zorginstelling. De cliëntenraad verzoekt de Ondernemingskamer dan ook om een aantal onmiddellijke voorzieningen te treffen, waaronder het schorsen van besluitvorming en uitvoeringshandelingen rondom het fusietraject en het benoemen van één aanvullend lid van de raad van toezicht met doorslaggevende stem die de governance inzake het fusietraject dient te waarborgen en die moet proberen een minnelijke regeling tussen partijen te bewerkstelligen.

Het oordeel van de Ondernemingskamer

De Ondernemingskamer overweegt dat de raad van bestuur de cliëntenraad steeds uitgebreid van informatie heeft voorzien, dat er in alle fasen van de besluitvorming intensief overleg met de cliëntenraad is gevoerd en dat de cliëntenraad uitvoerig in de gelegenheid is gesteld om zijn mening te vormen en deze mening in te brengen. Ook bestaat volgens de Ondernemingskamer geen aanleiding om er van uit te gaan dat het bestuur deze inbreng niet in zijn overwegingen heeft betrokken:

“Beziet men de wijze waarop Zuwe Hofpoort bij de hier aan de orde zijnde besluitvorming uitvoering heeft gegeven aan de medezeggenschap in zijn geheel, dan kan naar het oordeel van de Ondernemingskamer niet worden gezegd, dat aan de rechten van de cliëntenraad tekort is gedaan, althans zodanig tekort is gedaan dat dit gegronde redenen oplevert om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen.”

De Ondernemingskamer overweegt weliswaar in algemene termen dat *“op zichzelf denkbaar”* is dat het een of meermalen veronachtzamen van de uit de WMCZ

voortvloeiende medezeggenschapsrechten gegronde redenen oplevert om aan een juist beleid of aan een juiste gang van zaken te twijfelen. De belangrijkste les in de onderhavige zaak lijkt echter te zijn dat een dergelijke situatie niet gauw aangenomen mag worden. Illustratief in dit kader is dat ondanks de uitdrukkelijke overwegingen van de Ondernemingskamer dat het hier gaat om *“besluitvorming van gewichtige aard”* en dat *“zeker argumenten”* zijn aan te dragen op grond waarvan het *“in de rede had gelegen”* om de cliëntenraad *“in een eerder stadium advies te vragen”* – dat ondanks dit soort overwegingen de Ondernemingskamer negatief beschikt op het verzoek van de cliëntenraad tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken binnen het Zuwe Hofpoort Ziekenhuis.

Dat de Ondernemingskamer uitdrukkelijk verwijst naar een aantal door Zuwe Hofpoort tijdens de mondelinge behandeling gedane uitlatingen maakt het voorgaande niet anders en rechtvaardigt niet de conclusie dat het aanhangig maken van een enquêteprocedure als zodanig al een soort breekijzerfunctie zou (mogen) vervullen. De bewuste uitlatingen betroffen namelijk hoofdzakelijk verduidelijkingen van het bestaande beleid. Zo heeft Zuwe Hofpoort tijdens de zitting verklaard dat de adviezen van de medische staf, de ondernemingsraad en de cliëntenraad alle op hun merites zullen worden beoordeeld en zullen worden meegewogen bij het nemen van een besluit. Ook heeft de raad van bestuur verduidelijkt dat de medische staf (inderdaad) niet zou stemmen over een voorgenomen besluit maar uitsluitend over een beleidsvoornemen.

Men kan zich moeilijk aan de indruk onttrekken dat het enquêterecht in sommige gevallen niet zo zeer wordt ingezet omdat er daadwerkelijk sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen, maar veeleer omdat een breekijzer wordt gezocht om een standpunt in rechte gesanctioneerd te zien. De beschikking van de Ondernemingskamer van 29 oktober jl. maakt in ieder geval duidelijk dat het enquête-recht voor dergelijke situaties niet is bedoeld.

Tom van Malssen

Telefoon: +31 (0)24 381 31 28

E-mailadres: vanmalssen@dirkzwager.nl

Intellectuele eigendom & IT

www.dirkzwagerIET.nl

Dirkzwager lanceert gratis tool “copyrightcheck”: test in (maximaal) 12 vragen wie auteursrechthebbende is

Op dinsdag 27 mei 2014 heeft Dirkzwager advocaten & notarissen de “copyrightcheck” gelanceerd. Dat is een gratis online tool waarmee door het simpelweg beantwoorden van ja/nee vragen een ieder zelf kan toetsen aan wie de auteursrechten op een bepaalde creatie toekomen.

De tool bestaat uit (maximaal) 12 vragen; afhankelijk van de gegeven antwoorden kan het zijn dat al bij minder dan 12 antwoorden een conclusie volgt. De tool is te vinden op www.dirkzwagerIET.nl/copyrightcheck.

De **copyrightcheck** is ontwikkeld door Jaap Kronenberg, Joost Becker en Mark Jansen. Vragen en opmerkingen zijn welkom, we horen graag wat u van de tool vindt.

Mark Jansen

Telefoon: +31 (0)26 353 83 23

E-mailadres: m.jansen@dirkzwager.nl

Zijn licenties nu opeens toch faillissementsbestendig?

Uit het Nebula-arrest is wel de conclusie getrokken dat een curator bevoegd is om licenties op een intellectueel eigendomsrecht, zoals softwarelicenties, te beeindigen. Het is de vraag of het recente Berzona-arrest niet toch een ander licht op de kwestie schijnt. Een korte analyse.

Nebula-arrest: geen voortgezet gebruik dulden

Het Nebula-arrest zag in de kern op verhuur door de “economisch eigenaar” van een pand na datum faillissement van de juridisch eigenaar van het pand. De vraag was of de curator van de juridisch eigenaar deze huurovereenkomst diende te respecteren. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag ontkennend.

Een van de overwegingen van de Hoge Raad luidde als volgt:

3.5 (...) Dit geldt ook voor gevallen waarin de gefailleerde krachtens de tussen partijen gesloten overeenkomst niet is gehouden een bepaalde prestatie te verrichten, maar het gebruik van een aan hem in eigendom toebehorende zaak te dulden. Indien de wederpartij van de gefailleerde van de curator zou kunnen verlangen dat deze het voortgezet gebruik van de desbetreffende zaak duldt, zou deze wederpartij immers in feite bevoegd zijn het faillissement in zoverre te negeren. Voor dat laatste is echter slechts plaats in uitzonderlijke, in de wet uitdrukkelijk geregelde, gevallen. Bovendien zou door aanvaarding van een zodanige regel een goed beheer ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de tot de boedel behorende zaken ten aanzien waarvan langlopende overeenkomsten bestaan, in ernstige mate worden bemoeilijkt (vgl. HR 22 december 1989, nr. 13721, NJ 1990, 661).

In de praktijk werdesignaleerd dat deze overweging ook wel eens gevolgen voor licentieovereenkomsten zou kunnen hebben. Een licentie komt in de kern immers vaak neer op het dulden van bepaalde handelingen die eigenlijk exclusief toekomen aan de rechthebbende op het intellectuele eigendomsrecht (kortweg: IE-recht). De conclusie was aldus dat de curator waarschijnlijk vrij is die licenties te negeren en de onderliggende IE-rechten over te dragen aan een derde. De licentienemer zou hierdoor

berooïd achterblijven, want zijn licentie zou daarmee in één klap waardeloos zijn geworden (de in het verleden verkregen toestemming om het door het IE-recht beschermde object te gebruiken, is dan immers niet langer afkomstig van de huidige IE-rechthebbende).

Berzona-arrest: alleen passieve verplichtingen mogen worden geschonden

In het recente Berzona-arrest lijkt de Hoge Raad toch een nuance aan te brengen op het voorgaande. De Hoge Raad maakt onderscheid tussen passieve verplichtingen en actieve verplichtingen en overweegt hieromtrent als volgt:

3.6.3 De aan de curator ten dienste staande mogelijkheid om uit overeenkomst voortvloeiende verbintenissen (‘passief’) niet na te komen, betreft verbintenissen die uit of ten laste van de boedel moeten worden voldaan, zoals een betaling, de afgifte van een zaak of de vestiging van een recht. De op deze prestaties gerichte vorderingen dienen – indien de curator het niet in het belang van de boedel oordeelt om deze te voldoen – in het faillissement geldend te worden gemaakt door indiening ter verificatie.

3.6.4 Het uitspreken van het faillissement heeft echter niet tot gevolg dat de curator ook (‘actief’) een bevoegdheid of vordering toekomt die de wet of de overeenkomst niet toekent, zoals tot ontruiming of opeising van het gehuurde als de huurovereenkomst nog loopt. Dit zou immers in strijd komen met het beginsel dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten, dat bij de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 BW is bevestigd (Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 387-390).

Vertaald naar de praktijk van softwarelicenties komt dit vermoedelijk op het volgende neer. Een curator kan ervoor kiezen om bijvoorbeeld onderhoudsverplichtingen (indien overeengekomen) met betrekking tot de software niet langer na te komen (zoals bugfixing), omdat die verplichtingen ten laste komen van de boedel (ze kosten geld om te verrichten) en ze dus aan te merken zijn als “passieve verplichtingen”. De curator mag echter niet de licentienemer (actief) het gebruik van de software verbieden, tenzij dit uitdrukkelijk zo in de licentievoorwaarden is opgenomen.

De Hoge Raad benadrukt verder dat het Nebula-arrest specifiek zag op een situatie waarbij de verhuurovereenkomst pas was gesloten nadat het faillissement al was uitgesproken. Alleen die nieuwe overeenkomsten lijken te mogen worden genegeerd door de curator (zo vat ik deze overweging op):

3.6.5 In het arrest van 3 november 2006 (Nebula) ligt geen ander oordeel besloten. Dat arrest heeft slechts betrekking op de vraag of de curator gebonden is aan een huurovereenkomst die na het faillissement van de juridische eigenaar van de verhuurde zaak is aangegaan door de economisch eigenaar daarvan op grond van een hem daartoe door de juridische eigenaar verleende contractuele bevoegdheid. Die vraag is in dat arrest ontkennend beantwoord op de grond dat de mogelijkheid om door het aangaan van een huurovereenkomst te beschikken over zaken die behoren tot de boedel, een te vergaande inbreuk vormt op de gelijkheid van schuldeisers. Deze beslissing betreft een andere kwestie dan hier aan de orde.

Is een licentie nu faillissementsbestendig geworden?

De vraag is nu of dit arrest van de Hoge Raad ook meebrengt dat licenties faillissementsbestendig zijn geworden. Laat ik voorop stellen dat de situatie in ieder geval gunstiger lijkt geworden voor licentienemers, nu beter kan worden betoogd dat bestaande overeenkomsten gewoon blijven bestaan.

De vraag is echter nog steeds of het de curator niet vrij staat het onderliggende IE-recht te verkopen (in geval van software: het auteursrecht op die software). Het arrest van de Hoge Raad ziet immers op een specifieke situatie van huur en bij verhuur is de regel duidelijk (ik parafraseer): koop breekt geen huur (artikel 7:226 BW). De Hoge Raad maakt nu duidelijk dat de curator voorafgaand aan die verkoop niet de huurovereenkomsten kan beeindigen (want hij heeft daartoe geen bevoegdheid). Daarmee blijft dus ook de huurovereenkomst na de overdracht ten titel van koop bestaan.

Voor licentieovereenkomsten geldt echter geen regel vergelijkbaar met “koop breekt geen huur”. Licentieovereenkomsten zijn ook niet als beperkt recht te kwalificeren. Het zijn normale verbintenissenrechtelijke afspraken tussen licentiegever en licentienemer. Die afspraken doen echter m.i. niets af aan de bevoegdheid van de curator om het onderliggende auteursrecht over te dragen. Voor (goederenrechtelijke) overdracht hoeft immers slechts aan drie vereisten te worden voldaan: een geldige titel, levering en beschikkingsbevoegdheid (artikel 3:84 BW). Die beschikkingsbevoegdheid komt de curator op grond van artikel 68 Fw toe. De titel en de levering van het auteursrecht komen samen in de schriftelijke overeenkomst tot overdracht van het auteursrecht uit de boedel aan de verkrijger. De verkrijger is vervolgens niet gebonden aan de oorspronkelijke licentieovereenkomst en kan (dus) het gebruik van de software door de (voormalig) licentienemer m.i. verbieden. Dat de curator voorafgaand aan die overdracht de licentieovereenkomst niet mag opzeggen, doet daar volgens mij niets aan af.

Dat de curator met die overdracht wanprestatie pleegt – omdat hij nakoming van de licentieovereenkomst feitelijk frustreert – moge zo zijn, maar de schadevergoeding die hier uit voortkomt is waarschijnlijk “slechts” een normale concurrentie vordering. De vraag is dan ook of deze in de praktijk iets zal opleveren.

Juist omdat een curator als taak heeft de gezamenlijk schuldeisers te voldoen en juist omdat auteursrecht op software nu juist (naast de mensen) het “goud” is van een IT-onderneming, ligt het dan ook nog steeds voor de hand dat een curator bij een dergelijk faillissement inderdaad deze stap neemt (de auteursrechten verkoopt). En daarmee de oorspronkelijk licentienemers berooid achterlaat. Van faillissementsbestendige licenties is dus in ieder geval geen sprake.

Het is de vraag of dit anders wordt als de licentieovereenkomst een verbod op de verkoop van auteursrechten bevat. Wanneer de curator dan toch de IE-rechten verkoopt, schendt hij waarschijnlijk het verbod om “actief” een verplichting niet na te komen. Toch denk ik dat dit onderaan de streep niet veel uitmaakt: het schenden van die afspraak is m.i. een “normale” wanprestatie en de daaruit voortvloeiende schadevergoedingsvordering is vermoedelijk nog steeds een concurrente vordering. De vraag is of dergelijke handelen voldoende ernstig is om van aansprakelijkheid van de curator te kunnen spreken. Een dergelijke afspraak doet aan de geldigheid van de goederenrechtelijke overdracht gelet op artikel 3:83 BW m.i. ook niets af.

Voor licenties waarvoor eenmalig een vergoeding betaald is biedt artikel 45j Auteurswet mogelijk nog uitkomst. Dat artikel is echter nog maar weinig toegepast in de rechtspraak (en daarmee onzeker) en biedt op zijn best het recht om de laatst geleverde versie van de software te blijven gebruiken. Dat volstaat in de praktijk veelal niet.

De ideale oplossing lijkt dus nog niet voorhanden. Vooralsnog lijkt wettelijk ingrijpen het meeste zekerheid te bieden, bijvoorbeeld door licenties een bepaalde goederenrechtelijke status te geven of andere specifieke regelingen te treffen. De vraag is echter of het zo ver zal komen. We houden u op de hoogte.

Mark Jansen

Telefoon: +31 (0)26 353 83 23

E-mailadres: m.jansen@dirkzwager.nl

Technology Partnerships en MES contracten: Trends en juridische aandachtspunten

Herkent u dit dilemma: toegang willen hebben tot de beste (*state of the art*) technologie, maar er geen middelen voor hebben door bezuinigingen en hervormingen? Enter: *technology partnerships* en MES contracten. Wat zijn dit voor contracten en welke juridische aandachtspunten gelden hierbij?

MES contracten en Technology Partnerships: wat is het?

MES staat voor Managed Equipment Services. Vaak worden deze contracten ook wel aangeduid als 'Technology Partnership' contracten. Dergelijke contracten kenmerken zich doorgaans door het volgende:

- Contract wordt voor een lange duur aangegaan; vaak voor 10 jaar en nog veel langer.
- Leverancier (de technology partner) stelt aan afnemer bepaalde hoogwaardige technologische apparatuur ter beschikking (kan zijn koop, huur of lease), welke apparatuur door de leverancier wordt geïnstalleerd en geïmplementeerd bij de afnemer.
- Leverancier garandeert voorts het onderhoud, de beschikbaarheid, instandhouding van de apparatuur, biedt opleiding en training van gebruikers.
- De apparatuur wordt doorgaans na verloop van een bepaalde tijd (bijvoorbeeld economische levensduur of een andere vooraf vastgestelde termijn) vervangen door nieuwe (*state of the art*) apparatuur.
- Dit alles al dan niet voor een vaste maandelijkse vergoeding (bij huur of lease) of tegen een vooraf vastgestelde (maximale) koopprijs.
- Deze dienstverlening wordt daarnaast vaak aangevuld met additionele diensten zoals consultancy (procesoptimalisatie) of samenwerking op het gebied van R&D.

Trend: van koop naar lease?

De laatste jaren worden dit soort contracten steeds vaker gesloten. Ook hier zijn weer trends in te onderscheiden. Waar een aantal jaren geleden apparatuur vooral te koop

werd aangeboden, wordt de laatste tijd steeds meer met gefinancierde modellen gewerkt. Apparatuur wordt bijvoorbeeld gehuurd of geleased. Dit is ook niet zo vreemd: Veel bedrijven, instellingen en overheden hebben door allerlei hervormingen en bezuinigingen weinig middelen om in een klap grote investeringen te plegen, terwijl die toch gepleegd moeten worden. Leveranciers spelen hier op in door in dit soort contracten (dure) apparatuur niet te koop aan te bieden maar door die apparatuur aan de afnemer te verhuren of te leasen tegen een relatief lage vaste periodieke vergoeding.

In de zorgsector zijn met name Philips en Siemens zeer actief als het gaat om bijvoorbeeld de ter beschikking stelling van hoogwaardige technologische medische apparatuur zoals MRI-scanners, CT-scanners en echo apparatuur. Maar ook buiten de zorgsector komen we dit soort contracten al langer tegen: denk aan het leasen van printers of vastgoed. Philips (Lighting) biedt voor gemeenten langs soortgelijke route zelfs "Straatverlichting-as-a-Service".

Enkele juridische aandachtspunten MES contracten

Het voordeel voor de leverancier is evident: langjarige commitment van de afnemer. Het voordeel van de afnemer wordt (zeker de laatste tijd) vaak gezocht in het ontzorgd worden tegen een vaste periodieke vergoeding. De afnemer is gegarandeerd van goed werkende spullen tegen overzichtelijke kosten.

MES contracten zijn complex omdat met name door de lange looptijd ervan rekening moet worden gehouden met allerlei verschillende situaties die tijdens de looptijd zouden kunnen gaan opspelen. Het is dus een absolute must om een goede risico-analyse uit te voeren. Enkele juridische aandachtspunten zijn:

- Lange looptijd en *state of the art*: MES contracten hebben doorgaans betrekking op hoogwaardige technologie. De ontwikkelingen op dat vlak volgen elkaar in zeer rap tempo op. Hoe zorg je er voor dat u blijft profiteren van die nieuwe technologie? Wat vandaag de dag *state of the art* is, is over twee jaar misschien wel het instapmodel. Daarom wordt vaak afgesproken dat in de toekomst te leveren systemen *state of the art* moeten zijn. Maar wat is dat? Hoe bepaal je dan wat *state of the art* betekent? Een goede definitie hiervan is onontbeerlijk. Wilt u bijvoorbeeld met alle apparaten een koploper zijn of wilt u bewezen technologie die zich elders al heeft bewezen, of wilt u beiden? In het laatste geval, waar legt u dan de knip en hoe bepaalt u die knip?
- Wat wordt er eigenlijk geleverd? Doorgaans is niet goed te voorspellen welke apparatuur er precies in de toekomst zal worden uitgedacht en ontwikkeld. Als het gaat om medische apparatuur zal hier wel een behoorlijke doorlooptijd in zitten,

als is het maar doordat die apparatuur door allerlei (klinische) test en keuringen moet komen voordat het op de markt mag worden gezet. Een leverancier heeft daarom vaak wel een *roadmap* wanneer naar verwachten welke producten op de markt kunnen komen. Daarover zou hij iets kunnen vertellen. Niettemin is het verstandig om in plaats van in concrete apparaten (met merk, type en serie-nummer e.d.) vooral in functionaliteiten te denken.

- Prijs: Wat gebeurt er met prijsdalingen en -stijgingen? Hardware heeft de neiging om snel in waarde te dalen. Het is dus zaak om de nodige flexibiliteit in het contract aan te brengen en praktische aanpassingsmechanismen af te spreken wat in hoofdlijnen de gevolgen zijn van bijvoorbeeld het eerder dan gepland afnemen of vervangen van een apparaat. Heeft dat gevolgen voor de prijs? Hoe bepaal je over een paar jaar de prijs van een apparaat? Hiervoor zou je een goede benchmark regeling moeten afspreken.
- Financiering: wordt apparatuur gekocht of geleased. Indien geleased; onder welke voorwaarden gebeurt dit en hoe moet de lease worden geduid; operational of financial lease. Die duiding is van belang om te bepalen of er (uiteindelijk) sprake is van eigendomsverkrijging na het lichten van een koopoptie (financial lease) of om te bepalen of de investeringen moeten worden geactiveerd op de balans van de gebruiker. Bij lease is ook van belang om goed af te spreken wat er gebeurt bij het einde van de looptijd; gaat alle apparatuur standaard terug naar de leverancier? En kan dat eigenlijk wel? Het is verstandig een exitregeling op te nemen die het mogelijk maakt de apparatuur nog langer te kunnen gebruiken mocht een tijdige overstap naar een nieuwe leverancier niet mogelijk zijn.
- Keuzevrijheid en *clinical freedom of choice*? Veel van dit soort contracten kennen een exclusiviteitsregeling in de zin dat in beginsel alleen maar apparatuur van de desbetreffende technology partner wordt afgenomen/afgeroepen. Maar wat nu als bepaalde concurrenten volgend jaar een veel mooier en beter apparaat op de markt brengt terwijl u zich net voor 10 jaar heeft gecommitteerd aan een andere leverancier. Of wellicht wilt u wel binnen bepaalde grenzen de vrijheid hebben om een apparaat van een andere fabrikant te kiezen. In de zorg wordt dit vaak opgelost door een (beperkte) vrijheid op te nemen in de overeenkomst om apparatuur van derden aan te schaffen (*Clinical Freedom of Choice*). Stel u maakt hier gebruik van: wie draagt dan zorg voor het onderhoud van dat apparaat? Uw technology partner, of de fabrikant? Ook hier zijn allerlei ontwikkelingen gaande: denk aan *multi vendor serviceing* waarbij de fabrikant A ook de apparatuur van zijn concurrent onderhoudt en *vice versa*. Dit roept uiteraard ook allerlei interessante vragen op: vervalt daarmee de fabrieksgarantie? Kan de technology partner het wel echt? Wat als dat niet zo is?

Waarborgen van flexibiliteit

Vanuit juridisch oogpunt is het in ieder geval van belang dat (door beide partijen) goed wordt onderkend dat het om een partnership gaat. Dit betekent – zoals dat geldt voor elke intermenselijke relatie – geven en nemen. Tot op zekere hoogte uiteraard. Voorzienbare veranderingen of risico's moeten in ieder geval zo goed en concreet geadresseerd worden en integraal moeten worden “doorgerekend” op financieel, juridisch en boekhoudkundig gebied. Voor de onvoorziene veranderingen kunnen aanpassingsmechanismen worden overeengekomen. Dit kunnen harde afspraken zijn (bijvoorbeeld eerder afnemen = een hogere prijs betalen) of zachtere afspraken zijn (bijvoorbeeld overlegverplichtingen). In een ultiem geval doet een afnemer er goed aan om in de overeenkomst een tussentijdse opzegmogelijkheid op te nemen. Om het partnership goed aan te sturen en bestuurbaar te houden, zal een goede en heldere governance structuur moeten worden opgetuigd.

Het moge duidelijk zijn dat het opstellen, uitwerken en uitonderhandelen van dit soort contracten geen sinecure is. Dit type contracten past echter wel goed bij de huidige tijdgeest waarin een leverancier langjarige commitment zoekt om – bijvoorbeeld – zijn R&D te kunnen bekostigen en een afnemer (zeker als het om huur en lease varianten gaat) toch direct toegang krijgt en blijft krijgen tot hoogwaardige technologische apparatuur.

Ernst-Jan van de Pas

Telefoon: +31 (0)26 353 83 23

E-mailadres: vandepas@dirkzwager.nl

Boetebevoegdheid College Bescherming Persoonsgegevens komt dichterbij; voor 1 november voorgelegd aan Tweede Kamer

Er komt een boetebevoegdheid aan voor het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP), zo berichtten we u alweer ruim een jaar geleden. Waar het CBP nu nog alleen een dwangsom kan opleggen bij overtreding van de wet, kan zij straks dus ook (vermoedelijk forse) boetes opleggen. Er is nu weer iets meer duidelijkheid over het moment waarop die bevoegdheid zal bestaan.

Navraag Eerste Kamer over status diverse toezeggingen

De Eerste Kamer heeft op 29 juli 2014 een brief gestuurd aan de minister van Veiligheid en Justitie over de stand van zaken met betrekking tot diverse toezeggingen die aan de Kamer zijn gedaan. Een van deze toezeggingen betrof de introductie van een boetebevoegdheid voor het CBP in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp).

Wetsvoorstel voor 1 november naar de kamer

De Minister heeft op 21 oktober 2014 op de brief van de Kamer gereageerd. Uit het antwoord van de Minister blijkt dat de minister er naar streeft uiterlijk 1 november 2014 de tekst voor het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer in te dienen in de vorm van een nota van wijziging bij het bestaande wetsvoorstel meldplicht datalekken:

Er komt een nota van wijziging bij het wetsvoorstel datalekken waarbij bestuurlijke boete mogelijk wordt voor overtreding materiële normen van de Wbp. Andere punten zullen worden gezien tegen achtergrond van EU-verordening gegevensbescherming. Het is mijn streven de nota van wijziging voor 1 november a.s. bij de Tweede Kamer in te dienen.

Het is lastig te voorspellen hoe lang het daarna nog zal duren voordat de boetebevoegdheid daadwerkelijk in de wet is opgenomen. Dat is immers afhankelijk van de snelheid van behandeling van het wetsvoorstel door de Tweede en Eerste Kamer.

Daarvoor zal in ieder geval van belang zijn in hoeverre de aangekondigde "nota van wijziging" de bestaande vragen van de kamerleden over de precieze reikwijdte van de meldplicht datalekken beantwoordt.

Overigens voorlopig geen wijzigingen in WBP

Zeker zo interessant om te zien is dat de Minister ook aankondigt dat voor diverse andere toezeggingen de ontwikkelingen met betrekking tot de privacyverordening worden afgewacht.

Uit de reactie van de Minister blijkt namelijk dat aan de Kamer was toegezegd om bij de volgende wijziging van het Wbp:

- het risico van mission creep by design mee te nemen;
- te bezien in hoeverre de openbaarmaking van de adviezen van de Wbp moet plaatsvinden;
- de bestuurlijke boete mogelijk te maken voor overtreding van materiële normen van de Wbp;
- algemene en specifieke transparantieplichtingen te introduceren; en
- te zorgen dat de correctiemogelijkheid van onjuiste gegevens voor burgers, handen en voeten krijgt.

Alleen punt 3 wordt nu concreet vormgegeven, voor de overige punten kondigt de Minister aan dat deze "zullen worden gezien tegen achtergrond van EU-verordening gegevensbescherming". Ik begrijp dat aldus dat de ontwikkelingen van de privacyverordening zullen worden afgewacht. Dat betekent dat eerst helderheid zal moeten komen over de voortgang van die verordening. Tot die tijd gebeurt er op het vlak van de punten 1, 2, 4 en 5 dus vermoedelijk niets (zij het dat het wel voor de hand ligt dat in ieder geval punt 4 en 5 door de rechtspraak nader zullen worden ingevuld, zie bijv. het recente arrest van het Hof van Justitie over het inzage-recht).

Mark Jansen

Telefoon: +31 (0)26 353 83 23

E-mailadres: m.jansen@dirkzwager.nl

Embedden is geen auteursrechtinbreuk!

Het Europese Hof van Justitie heeft op 21 oktober 2014 in het Bestwater-arrest geoordeeld dat het embedden van een video-fragment, door middel van framing techniek, geen auteursrechtelijk relevante handeling is. Eerder is eenzelfde oordeel geveld over hyperlinken in het Svensson-arrest.

In dat eerdere geval is geoordeeld dat een hyperlink “*net als de oorspronkelijke mededeling via internet en dus op dezelfde technische wijze werd verricht*”. Toen is reeds geoordeeld dat omdat het werk waarnaar wordt gelinkt al toegankelijk is voor elke internetgebruiker via een andere website, (veronderstellenderwijs) met toestemming van de houder van het auteursrecht, het linken daarnaar niet kan worden aangemerkt als zijnde gericht op een (nieuw) publiek. Linken via internet en dus op dezelfde technische wijze levert dus nog geen mededeling aan een nieuw publiek op, hetgeen dus ook niet verboden kan worden door de rechthebbende van de webpagina waarnaar gelinkt wordt. Dat geldt volgens het Svensson-arrest zelfs in het geval “*wanneer de internetgebruikers op de betrokken link klikken, het werk verschijnt en daarbij de indruk wordt gewekt dat het wordt getoond op de website waar de link zich bevindt, terwijl dit werk in werkelijkheid afkomstig is van een andere website*”.

Dit oordeel wordt ook aangehaald in het recente Bestwater-arrest. Het Hof oordeelt daarin kort gezegd dat het kenmerk van de gebruikte framing techniek is dat gelinkt wordt naar materiaal dat elders reeds beschikbaar was, zonder dat de “oorspronkelijke webomgeving” van het werk wordt geëmbod:

“Dieser Umstand ist im Wesentlichen das Charakteristikum der Framing-Technik, die [...] darin besteht, dass eine Internetseite eines Webauftritts in mehrere Rahmen unterteilt wird und in einem dieser Rahmen mittels eines eingebetteten Internetlinks (InlineLinking) ein einer anderen Website entstammender Bestandteil angezeigt wird, damit den Nutzern dieses Webauftritts die ursprüngliche Umgebung dieses Bestandteils verborgen bleibt.”

Over deze framing techniek oordeelt het Hof en passant dat er ook niets wordt gekopieerd, waardoor er auteursrechtelijk gezien ook geen relevante verveelvoudigingshandeling aan de orde is:

“Zwar kann diese Technik, wie das vorlegende Gericht feststellt, verwendet werden, um ein Werk der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, ohne es kopieren zu müssen und damit dem Anwendungsbereich der Vorschriften über das Vervielfältigungsrecht zu unterfallen.

Net als in het Svensson-arrest met betrekking tot hyperlinken is geoordeeld, wordt in het Bestwater-arrest bovendien geoordeeld dat er geen nieuw publiek wordt bereikt met embedden via framed linken, voor zover de werken die geëmbod worden reeds op een andere website vrij toegankelijk waren.

Unbeschadet dessen führt aber ihre Verwendung nicht dazu, dass das betreffende Werk für ein neues Publikum wiedergegeben wird. Denn sofern und soweit dieses Werk auf der Website, auf die der Internetlink verweist, frei zugänglich ist, ist davon auszugehen, dass die Inhaber des Urheberrechts, als sie diese Wiedergabe erlaubt haben, an alle Internetnutzer als Publikum gedacht haben.

Kortom, het embedden van een reeds openbaar toegankelijk auteursrechtelijk beschermd werk op een andere website, middels een link en onder gebruikmaking van de hiervoor omschreven framing-techniek, is geen mededeling aan het publiek en ook geen relevante verveelvoudigingshandeling die de rechthebbende kan verbieden.

Joost Becker

Telefoon: +31 (0)26 353 83 77

E-mailadres: becker@dirkzwager.nl

Ondernemings- recht

www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl

De opzegging van een overeenkomst voor bepaalde tijd

Net als consumenten kijken ook bedrijven tegenwoordig steeds kritischer naar hun uitgaven. Op nieuwe contracten wordt scherper onderhandeld en oude contracten worden niet automatisch meer verlengd. Maar wat nu als u een contract voor bepaalde tijd heeft gesloten en u van dit contract af wilt?

Overeenkomsten waarin partijen zich tot een voortdurende prestatie hebben verbonden voor een langere periode noemen we ook wel duurovereenkomsten. Deze duurovereenkomsten zijn er in twee soorten: overeenkomsten voor bepaalde en voor onbepaalde tijd. In tegenstelling tot wat vaak wordt aangenomen, blijkt het tussentijds beëindigen van een voor bepaalde tijd gesloten overeenkomst niet zo eenvoudig. In meerdere uitspraken heeft de Hoge Raad zich inmiddels op het standpunt gesteld dat een voor bepaalde tijd gesloten overeenkomst, indien een tussentijdse opzegbaarheid niet is bedongen, in beginsel niet eenzijdig door opzegging kan worden beëindigd. De Hoge Raad beredeneerde hierbij dat beide partijen heel bewust hebben gekozen voor een contractuele verplichting voor een bepaalde periode en daar ook investeringen op hebben afgestemd.

Alleen omstandigheden die niet bij het sluiten van de overeenkomst zijn voorzien en die zijn ontstaan buiten de schuld van de opzeggende partij om, zijn volgens de Hoge Raad reden voor opzeggen. Bovendien moeten deze omstandigheden dan ook nog zo ernstig zijn dat het niet redelijk en billijk is om de overeenkomst in stand te houden. Een stevige eis, waar in de praktijk alleen maar aan wordt voldaan indien er sprake is van een toerekenbare tekortkoming door de andere partij. De overeenkomst wordt dan strikt genomen ook niet opgezegd, maar ontbonden.

Conclusie

Het is verstandig om bij het sluiten van een overeenkomst voor bepaalde tijd goed na te gaan of u een regeling wenst te treffen om tussentijds de overeenkomst te kunnen beëindigen en zo ja, onder welke voorwaarden. Het kan verstandig zijn om bij overeenkomsten voor langere duur opzegmogelijkheden op te nemen in de overeenkomst en afspraken te maken over bijvoorbeeld welke opzegtermijn zal worden gehanteerd.

Zo voorkomt u dat u gehouden blijft bepaalde producten of diensten te leveren of af te nemen, terwijl u om welke reden dan ook hier geen behoefte meer aan heeft.

Yntze Heida

Telefoon: +31 (0)26 3538 418

E-mailadres: heida@dirkzwager.nl

Het Centraal Aandeelhoudersregister, What's in a name?

In juni 2013 van dit jaar gaf minister Opstelten van Veiligheid en Justitie aan, dat het door de regering gewenste centraal aandeelhoudersregister (CAHR) zal worden ondergebracht bij het handelsregister. De wens van de regering om een CAHR in te stellen is niet ingegeven om de rechtspraktijk van dienst te zijn of het handelsverkeer te verbeteren, maar om het werk van toezichthouders en opsporingsdiensten te vergemakkelijken. Ook de opstellers van de oorspronkelijke initiatiefnota (1), de PvdA-kamerleden Ed Groot en Jeroen Recourt, hebben nimmer een verbetering van het huidige aandeelhoudersregister voor ogen gehad. Doel van het CAHR is misbruik- en fraudebestrijding. Daar is niets mis mee, maar het zou de voorkeur verdienen dat bij de totstandkoming van het CAHR de huidige wettelijke regeling van het aandeelhoudersregister niet uit het oog wordt verloren. Dat lijkt nu wel het geval te zijn.

Het centraal aandeelhoudersregister

In het besluit positionering centraal aandeelhoudersregister⁽²⁾ spreekt minister Opstelten (de minister) zijn voorkeur uit voor het onderbrengen van het CAHR bij de Kamer van Koophandel, aangezien dan alle informatie over rechtspersonen, hun bestuurders en aandeelhouders op één centrale plaats aanwezig is. Daardoor kunnen opsporingsdiensten sneller over informatie beschikken in de aanpak van financieel-economische fraude. Daarnaast denkt de minister met de keuze voor de Kamer van Koophandel zo min mogelijk kosten te maken, omdat er gebruik wordt gemaakt van de bestaande infrastructuur van het handelsregister. Opvallend is het einde van het besluit, waarin aangekondigd wordt dat Ministeries van Veiligheid en Justitie en Economische Zaken een voorstel naar de Tweede Kamer zullen zenden voor de wijziging van het Handelsregisterbesluit, waarin nadere regels zullen worden gesteld voor het centraal aandeelhoudersregister. Kennelijk wordt een aanpassing van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek niet noodzakelijk geacht.

De minister baseert zijn bevinding op een impactanalyse van de Kamer van Koophandel uit 2012⁽³⁾ waarin het opzetten en invoeren van het centraal aandeelhoudersregister

wordt besproken. Deze analyse is recent openbaar gemaakt(4). Ook deze analyse gaat niet of nauwelijks in op de bestaande wettelijke regeling.

De Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) heeft gereageerd op het aangekondigde besluit van de minister. De KNB betreurt de keuze van de minister en probeert hem op andere gedachten te brengen. De KNB pleit ervoor het CAHR te koppelen aan het zogenaamde centrale digitale repertorium (CDR). Dit CDR moet de huidige praktijk van registratie van de notariële akten bij de Belastingdienst vervangen(5). Daarbij zullen kerngegevens uit de akten worden ingevoerd in een digitaal gesloten systeem, dat door de KNB wordt beheerd en toegankelijk is voor de Belastingdienst. Er is thans ook een impactanalyse van de KNB voorhanden.

De discussie rond het CAHR heeft ook verschillende facties van de Tweede Kamer bereikt. Daarbij lijken in het bijzonder de kosten van het CAHR een punt van aandacht te zijn.

Aan de uitingen van zowel de beide ministeries en de Kamer van Koophandel ten aanzien van de invoering van het CAHR ligt geen fundamentele discussie ten grondslag over de gevolgen daarvan voor de rechtspraktijk en het handelsverkeer. Die gevolgen worden wel voorzien door ondernemingsorganisaties als VNO/NCW en MKB-Nederland, die zich mijn inziens terecht zorgen maken over lastenverzwaringen voor het bedrijfsleven en de privacy van de ondernemer. Krijgt het huidige aandelhoudersregister door de invoering van een CAHR een geheel ander karakter? Wie krijgt er toegang tot het CAHR? Is er bij het bedrijfsleven wel behoefte aan een CAHR? Is het notariaat inderdaad gebaat bij een CAHR en gaat het CAHR het titelonderzoek van de notaris daadwerkelijk vergemakkelijken? Wordt er wel voldoende aandacht geschonken aan de privacy van de betrokken ondernemingen? Allemaal vragen die niet vooraf gesteld lijken te zijn. En ten slotte de vraag voor wie het CAHR opengesteld gaat worden. Vooralsnog lijkt het CAHR niet bedoeld te zijn voor de vennootschap waarvan de gegevens in het CAHR zullen worden opgenomen. Een (centraal) aandelhoudersregister dat niet openbaar is voor de vennootschap zelf, een merkwaardig ontwikkeling.

In het onderhavige artikel wil ik input geven aan de discussie over het nut en de noodzaak van een CAHR, zoals dat door de wetgever wordt beoogd.

Het huidige aandelhoudersregister

Het aandelhoudersregister is bedoeld voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en naamloze vennootschappen waarvan de aandelen op naam staan.

In dit artikel ga ik voor het gemak uit van de besloten vennootschap (B.V.). In Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek zijn een aantal bepalingen opgenomen ten aanzien van het aandelhoudersregister. Het basisartikel is art. 2: 194 BW. Het bestuur van de B.V. is verplicht een aandelhoudersregister bij te houden en dit register van alle door de wet vereiste gegevens te voorzien. In het register dienen de gegevens van de aandelhouders, certificaaelhouders, vruchtgebruikers en pandhouders van de vennootschap te worden ingeschreven. Het aandelhoudersregister geeft de vennootschap inzicht in de rechten van de aandelhouders en de overige betrokkenen bij de B.V. en dient als leidraad voor het bestuur, bijvoorbeeld voor het bijeenroepen van een algemene vergadering(6). In het register staan immers de namen en adressen van de aandelhouders en de vergadergerechtigden vermeld. Niet iedereen heeft recht op inzage van het aandelhoudersregister. Dit recht komt slechts toe aan aandelhouders, evenals vruchtgebruikers, pandhouders en certificaaelhouders aan wie vergaderrechten toekomen. Een weloverwogen keuze van de wetgever. Uitzondering is dat gegevens van het register over niet volgestorte aandelen aan een ieder toekomen. Daarvoor kan een afzonderlijk deelregister worden opgesteld. Sinds de invoering van de nieuwe wetgeving voor de B.V.'s(7) dienen er meer gegevens te worden ingeschreven in het aandelhoudersregister dan voorheen.

Naast de B.V. zelf maakt ook het notariaat gebruik van het aandelenregister bij het opstellen van akten van aandelenoverdracht, uitgifte van aandelen, wijzigingen van statuten enzovoorts. Het register wordt veelal door de notaris bij de oprichting van een B.V. ingevuld en aan het eerste bestuur van de vennootschap ter hand gesteld. Indien er nadien akten door het notariaat worden opgesteld en gepasseerd draagt het notariaat zorg voor bijhouding van het register. In de regel wordt menig aandelhoudersregister op dat moment ook geactualiseerd met gegevens die eigenlijk door het bestuur hadden moeten worden bijgehouden. De ervaring leert dat het aandelhoudersregister in de praktijk door een vennootschap slecht wordt bijgehouden en dat ook aandelhouders en andere gerechtigden niet altijd de vennootschap van voldoende informatie voorzien. Een zoekgeraakt aandelhoudersregister is zeker geen uitzondering.

Handelsregister versus aandelhoudersregister

Het aandelhoudersregister is in essentie bedoeld als hulpmiddel voor de vennootschap en daardoor niet als openbaar register. Gegevens van de vennootschap die openbaar dienen te worden gemaakt, worden gepubliceerd in het handelsregister, dat wel openbaar is. De regelgeving voor die openbaarmaking is eveneens vastgelegd in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Het betreft de eerste inschrijving van de B.V. zodra deze is opgericht, de inschrijving van de akte van oprichting, de inschrijving van een

akte van statutenwijziging, evenals de doorlopende tekst van de statuten na die wijziging, opgaven in verband met het structuurregime, te registreren stukken in verband met een juridische fusie of een juridische splitsing, evenals de opgaven in verband met de publicatie van de jaarrekening. Deze regelingen zijn nader uitgewerkt in het Handelsregisterbesluit. De openbaarmaking van deze stukken is evident. Een (rechts)persoon die in het handelsverkeer zaken doet met een B.V. moet weten wie de vennootschap bestuurt en wie er toezicht op de vennootschap houdt, hoe de statuten zijn ingericht, en in geval van een fusie of splitsing, of zijn belangen als schuldeiser niet worden aangetast. Tevens kan door inzage van de jaarrekening, inzicht in de liquiditeitspositie van de B.V. worden verkregen.

Akten van aandelenoverdracht worden echter niet geregistreerd bij het handelsregister, noch de akten van uitgifte van aandelen. Slechts kerngegevens uit deze akten, dienen, als de wet daartoe verplicht, te worden doorgegeven aan het handelsregister. Dat kan zijn een wisseling van een enig aandeelhouder of een nieuwe opgave van het geplaatste en gestort kapitaal. Akten van aandelenoverdracht kunnen zeer concurrentiegevoelige informatie bevatten, waaronder de koopsom van de aandelen. Daarnaast kunnen er regelingen tussen aandeelhouders onderling in dergelijke akten zijn opgenomen. Of bijvoorbeeld een geldleningsovereenkomst tussen de verkoper en de koper van aandelen, vanwege de executoriale titel van een notariële akte. Al deze zaken zijn voor derden in beginsel niet van belang. Ook akten van vestiging van vruchtgebruik en pandakten zijn niet openbaar. De gegevens uit deze akten worden überhaupt niet aangetekend in het handelsregister. Dat geschiedt juist in het aandeelhoudersregister, dat daarvoor is bestemd. Datzelfde geldt voor de uitgifte van certificaten en de overdracht van certificaten van aandelen met vergaderrechten. Voor de overdracht van certificaten is zelfs geen notariële akte vereist.

Anders dan wellicht wordt gedacht zijn akten die niet bij het handelsregister worden gepubliceerd, ook niet zonder meer door iedere notaris opvraagbaar. Een notaris, die ten behoeve van een titelonderzoek voor een akte van aandelenoverdracht eerdere titels dient in te zien, vraagt deze akten op bij de vennootschap zelf, of, met toestemming van de vennootschap, bij zijn collega die de desbetreffende akte heeft opgesteld.

Noch het aandeelhoudersregister, noch het handelsregister vervullen een constitutieve rol bij de totstandkoming van rechtshandelingen. Zo is voor de levering van aandelen niet vereist dat de levering wordt ingeschreven in het aandeelhoudersregister. De inschrijving is slechts noodzakelijk om de aan het aandeel verbonden rechten tegenover de vennootschap te kunnen uitoefenen.⁽⁸⁾ Ook de inschrijving van een afschrift

van de akte van oprichting in het handelsregister is niet noodzakelijk om de B.V. te doen ontstaan. Ik zou ook niet willen pleiten voor het invoeren van een dergelijke constitutieve rol van het aandeelhoudersregister. Het huidige systeem van aandelenoverdracht werkt in de praktijk goed, waarom zou je er dan iets aan veranderen? Het onlangs ingevoerde Duitse systeem, waarbij inschrijving van de aandeelhouders in het handelsregister wel een constitutief vereiste voor de levering van een aandeel is, lijkt vooralsnog geen verbetering van de rechtszekerheid tot gevolg te hebben.⁽⁹⁾

Openbaar of niet-openbaar?

En passant wordt door de minister en de Kamer van Koophandel gesproken over het al dan niet openbaar maken van het CAHR. De KNB stelt zich hierbij terughoudender op. De minister en KNB lijken vooralsnog in te steken op een besloten register dat slechts beperkt openbaar is. De opstellers van de initiatiefnota lijken op zichzelf geen moeite te hebben met openbaarmaking. Zij stellen dat in het kader van het voorkomen van misbruik van B.V.'s het de voorkeur zou genieten om het register openbaar toegankelijk te maken.⁽¹⁰⁾ Deze stelling wordt echter niet onderbouwd. De Kamer van Koophandel maakt het in mijn ogen wel heel erg bont. De genoemde impactanalyse spreekt zonder aarzeling van de registratie van aandelenoverdrachten, alsof dat de normaalste zaak van de wereld is. Het feit dat akten van aandelenoverdracht thans niet openbaar zijn en onder de geheimhoudingsplicht van de notaris vallen komt niet aan de orde.

Men dient niet te onderschatten welke gegevens door het invoeren van een openbaar CAHR plotsklaps op straat zouden komen te liggen. Ik geef enkele voorbeelden.

In familiebedrijven komt het voor dat in het kader van de overdracht van het ondernemingsvermogen certificaten van aandelen worden uitgegeven, die worden overgedragen of (herroepbaar) geschonken aan een volgende generatie. De aandelen van de vennootschap zelf worden ondergebracht bij een Stichting Administratiekantoor, waarvan het bestuur op zorgvuldige wijze wordt samengesteld. De Stichting Administratiekantoor wordt als enig aandeelhouder ingeschreven in het handelsregister. Indien de statuten van de desbetreffende vennootschap dat bepalen kunnen aan certificaathouders zogenaamde vergaderrechten worden toegekend. Certificaathouders met vergaderrechten zullen betrokken zijn bij de vennootschap, bijvoorbeeld omdat ze moeten worden uitgenodigd voor aandeelhoudersvergadering, waarin ze weliswaar geen stemrecht hebben, maar wel spreekrecht. De certificaathouders met vergaderrechten worden ingeschreven in het aandeelhoudersregister. Heeft het handelsverkeer er belang bij te weten wie deze certificaathouders zijn? Deze personen zijn niet stemgerechtigd en hebben daardoor geen wezenlijke invloed op het beleid van de

vennootschap. Openbaarmaking van hun gegevens zou er wel toe leiden dat iedereen kan zien wie er een geldelijk belang heeft bij de vennootschap. Wat is het nut hiervan? Leidt dit niet tot aantasting van de privacy?

In een akte van vestiging van een recht van pand aan een bank of andere financiële instelling, worden in de regel niet direct vergaderrechten toegekend aan de pandhouder. De pandhouder zou zich in dat geval te intensief moeten bezighouden met zijn cliënten aan wie de bank krediet heeft verstrekt. De bank dient in dat geval voor iedere algemene vergadering te worden uitgenodigd, dan wel – in geval van besluitvorming buiten vergadering – telkens in te stemmen met het feit dat een aandeelhoudersbesluit buiten vergadering wordt genomen. Is de kredietnemer echter in verzuim met zijn verplichtingen, dan kan het vergaderrecht wel degelijk overgaan op de pandhouder. Dit vergaderrecht wordt dan ingeschreven in het aandeelhoudersregister. Zou een dergelijke inschrijving direct openbaar worden, dan kan dit zeer schadelijke gevolgen voor de B.V. hebben, omdat dan aan de kredietwaardigheid van de B.V. kan worden getwijfeld. Dit geldt ook indien het stemrecht als gevolg van het in verzuim zijn van de B.V. alsnog overgaat op de pandhouder.

Als laatste voorbeeld. Twee ondernemers willen stapsgewijs een samenwerking in gang zetten. Daarvoor wordt een gedeelte van de aandelen van een B.V. van een ondernemer overgedragen aan de andere ondernemer. Deze prille samenwerking wordt door de betrokken ondernemers vooralsnog nog niet openbaar gemaakt, omdat zij eerst zelf willen onderzoeken of deze samenwerking succesvol zal zijn. Bij openbaarmaking van de aandeelhouders in het handelsregister is een dergelijke stap niet meer mogelijk.

Het vullen van het centraal aandeelhoudersregister

Onduidelijk is hoe het CAHR zal worden gevuld en vanaf welke datum. In de analyse van het handelsregister wordt onder meer gedacht aan 1 januari 1993. Sinds deze datum dient een aandelenoverdracht verplicht bij notariële akte te geschieden. De invoering van de gegevens in een CAHR zal echter tot kosten leiden. Het handelsregister gaat er van uit dat deze kosten beperkt zullen zijn, maar lijkt daarbij te vergeten dat zij niet zelf het register kan vullen. Als iedere vennootschap deze gegevens, via een notaris, moet laten registreren in het CAHR, zal het notariaat ook kosten maken en deze in rekening brengen bij de betrokken B.V. Dergelijke kosten kunnen behoorlijk oplopen en worden naar mijn mening onderschat. VNO-NCW en MKB-Nederland maken zich hierover terecht zorgen.

Zou men een vennootschap slechts verplichten de gegevens in te voeren, wanneer er zich een zaak voordoet waarvoor registratie bij het CAHR verplicht is, dan duurt het lange tijd voordat het register enigszins up-to-date zal zijn.

Zowel de Kamer van Koophandel als de wetgever lijken er vanuit te gaan dat alle inschrijfbare feiten via het notariaat plaatsvinden. Maar dat is niet het geval. Evenals de openbare registers gehouden door het Kadaster zal het CAHR nooit geheel betrouwbaar zijn. Aandeelhouders komen te overlijden. Een koppeling met de Gemeentelijke Basis Administratie kan het overlijden van een Nederlandse aandeelhouder registreren, maar niet de overgang van zijn vermogen onder algemene titel. Het kan enige tijd duren voordat dit is geregistreerd. De volstorting van aandelen is een ander gegeven dat niet via de notaris plaatsvindt. De invoering van de Flex-BV heeft het mogelijk gemaakt dat er niet direct bij oprichting van een B.V. op aandelen behoefte te worden gestort. Een eventuele storting dient later door de vennootschap te worden doorgegeven. De ervaring leert nu al dat dit niet altijd gebeurt. En dan de registratie van de certificaathouders. Wie controleert dat, nu de minister niet voornemens is de overdracht van certificaten verplicht bij notariële akte te laten plaatsvinden. Men dient er daarom rekening mee te houden dat het CAHR gedurende een lange opstartfase onbetrouwbaar is en dat naar alle waarschijnlijkheid, gezien de aard van een dergelijk register, ook zal blijven.

Het centraal aandeelhoudersregister als openbaar register?

Nu wordt gesproken over een CAHR dient goed te worden nagedacht of de huidige in de wet vastgelegde zorgvuldige scheiding tussen aandeelhoudersregister en handelsregister dient te worden verlaten. Is dit noodzakelijk uitsluitend vanwege de wens van de Ministeries van Veiligheid en Justitie en Economische Zaken om meer grip te krijgen op financieeleconomische fraude? Is het daarvoor echt nodig dat het CAHR een openbaar register wordt? In wiens belang is dat? Niet in het belang van de genoemde ministeries, want zij krijgen al toegang tot het besloten CAHR. Waarom zou het resultaat van een op zichzelf gerechtvaardigde belang van fraudebestrijding moeten zijn dat ondernemers die hun bedrijf uitoefenen in een B.V. bedrijfsgevoelige informatie moeten delen in een openbaar register? Wat is het maatschappelijk belang dat iedereen van een vennootschap kan weten wie daarin participeert en onder welke voorwaarden? Dit is ook in het buitenland niet gebruikelijk en kan in een vlucht naar buitenlandse vennootschappen resulteren. En dan is de minister nog verder van huis. De recente wetwijzigingen voor de B.V. hadden juist tot doel om de B.V. aantrekkelijker te maken als rechtsvorm, teneinde de concurrentie met buitenlandse vennootschappen te voorkomen.

De nadelen van een openbaar CAHR los je niet simpelweg op met een beperkte toegang tot het CAHR. Immers als de toegang tot het CAHR zeer beperkt is (bijvoorbeeld uitsluitend toegankelijk voor de Dienst Justis, die thans ook zorg draagt voor het repressief toezicht op vennootschappen⁽¹¹⁾, en de Belastingdienst), dan is toegang via een openbaar register niet de oplossing. Uit een oogpunt van privacy en beveiliging ligt een gesloten systeem dan meer voor de hand, zoals dit thans ook door de KNB wordt bepleit. De minister wijst het CDR systeem als systeem voor het CAHR mede af, omdat dit systeem niet bedoeld, noch ingericht is om de inhoud van notariële akten digitaal te ontsluiten ten behoeve van de primaire doelstelling van controle, toezicht en opsporing. Maar waarom heb je voor dit primaire doel een openbaar register nodig, als de toegang daartoe beperkt blijft. Scherm je een groot gedeelte van een openbaar register af, hoe krijgt de vennootschap zelf dan nog toegang tot zijn “eigen” aandelhoudersregister? Gaat de notaris straks bij het passeren van de akte van aandelenoverdracht waarbij de directie van een B.V. wisselt een pasje of een code overdragen, net als de huissleutel bij een woning? Hoe veilig is dat? En wat als de wisseling van de directie buiten de notaris om geschiedt, wat heel gebruikelijk is? De recente problematiek met Diginotar ligt nog vers in ons geheugen en dient niet te worden onderschat. Is het dan niet beter het aandelhoudersregister toch gewoon in papieren vorm te laten bestaan?

Tussen de regels door lees ik in de diverse genoemde stukken dat ook het notariaat gebaat zal zijn bij een CAHR. Ik vraag mij dat oprecht af. De notariële praktijk kan mijns inziens goed leven met de huidige wet- en regelgeving en ziet het aandelhoudersregister niet meer dan als een hulpmiddel, waarvan bij iedere voorgaande akte zorgvuldig moet worden onderzocht of de inhoud daarvan klopt. Dit zal het notariaat ook bij een CAHR doen, omdat dit systeem, net als andere openbare registers zoals het Kadaster, lijdelijk en gedurende lange tijd na invoering onbetrouwbaar zal zijn. Overigens zal ook het notariaat slechts onder voorwaarden toegang moeten krijgen tot de gegevens uit het CAHR, namelijk voor zover de notaris deze gegevens nodig heeft voor een titelonderzoek op grond van een wettelijke taak. Het is immers niet de bedoeling dat de concurrent van een B.V. zijn notaris opdracht geeft om de aandelhouders van die B.V. te achterhalen. Laat staan dat maandblad Quote zijn jaarlijks onderzoek naar de top 500 rijkste mensen van Nederland laat uitvoeren door een notaris.

Is er een alternatief? De minister zou er voor kunnen kiezen om via het genoemde CDR bepaalde gegevens uit niet openbare akten te laten registreren bij de KNB. Dit zouden gegevens kunnen zijn die thans nog niet zijn opgenomen in het

handelsregister, zoals de registratie van aandelhouders. De toegang tot aanvullende informatie heeft de Dienst Justis immers al via de koppeling van de Nederlandse basisregistraties en de aanvullende gegevens in het kader van het repressief toezicht. Op deze wijze wordt de huidige scheiding tussen een niet-openbaar aandelhoudersregister en een openbaar handelsregister in stand gehouden, terwijl de kosten beperkt worden gehouden en de privacy van de ondernemers gewaarborgd blijft.

Conclusie

De wens van het invoeren van een CAHR moet niet leiden tot overhaaste wetgeving. Het zou beter zijn als überhaupt niet meer wordt gesproken over een “Centraal Aandelhoudersregister”, omdat het CAHR dat de wetgever voorstaat niets van doen heeft met het aandelhoudersregister als bedoeld in de wet. Dat leidt slechts tot verwarring. De wetgever dient een zorgvuldige keuze te maken tussen gegevens die hij wel en gegevens die hij niet nodig heeft in het kader van misbruik- en fraudebestrijding. Deze gegevens dienen dan in beperkte kring openbaar te worden gemaakt. Dat geldt ook voor het notariaat, dat zoals gezegd slecht onder voorwaarden toegang mag krijgen.

Als de wetgever van mening is dat het CAHR wel openbaar moet worden, dan dient de discussie hierover breder te worden getrokken. Het bedrijfsleven heeft hierbij mijns inziens een groot belang. En dat belang beperkt zich niet alleen tot de kosten, maar heeft ook zeker betrekking op de privacy van de ondernemingen.

Als de regering er voor kiest de toegang tot het CAHR zeer beperkt te houden, dient het idee van een openbaar register te worden verlaten. Een beperkte registratie via het besloten centrale digitale repertorium van de KNB leidt in dat geval tot de gewenste informatie in het kader van fraudebestrijding en beperkt de kosten. De huidige scheiding tussen aandelhoudersregister en handelsregister blijft bestaan en het bedrijfsleven wordt zo min mogelijk met deze maatregelen en onnodige kosten belast.

Karen Verkerk

Telefoon: +31 (0)26 365 55 57

E-mailadres: verkerk@dirkzwager.nl

Beëindiging van een duurovereenkomst

De Hoge Raad heeft de afgelopen jaren een aantal belangrijke arresten gewezen over de opzegging van een duurovereenkomst indien partijen geen afspraken hebben gemaakt omtrent opzegging. Volgens de Hoge Raad kan een duurovereenkomst die voor onbepaalde tijd is aangegaan in beginsel worden opgezegd. Wel kunnen de redelijkheid en billijkheid met zich brengen dat voor de opzegging een voldoende zwaarwegende opzeggingsgrond vereist is, er een opzegtermijn in acht moet worden genomen en/of dat de opzegging gepaard moet gaan met het aanbod tot betaling van een (schade)vergoeding. Of dit zich in een concreet geval voordoet, hangt af van de omstandigheden van het geval. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Overijssel, locatie Almelo, heeft recentelijk invulling gegeven aan deze omstandigheden (Rechtbank Overijssel, locatie Almelo, 23 december 2013, ECLI:RBOVE:2013:3403).

In casu ging het om de beëindiging met onmiddellijke ingang van een samenwerking tussen een importeur en een afnemer van fornuizen en aanverwante producten. Volgens de voorzieningenrechter was de importeur in beginsel bevoegd de overeenkomst op te zeggen. De voorzieningenrechter overweegt in lijn met de arresten van de Hoge Raad dat de eisen van de redelijkheid en billijkheid in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval echter kunnen meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is indien een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging bestaat. Uit diezelfde eisen kan, eveneens in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval, voortvloeien dat een bepaalde opzegtermijn in acht moet worden genomen of dat de opzegging gepaard moet gaan met het aanbod tot betaling van een (schade)vergoeding.

De importeur heeft haar opzegging gegrond op de omstandigheid dat de afnemer zich niet hield aan de spelregels die gelden voor afnemers van de importeur, zoals het door haar gehanteerde prijsbeleid. De voorzieningenrechter oordeelt dat, mede gelet op de lange duur van de samenwerking, de importeur een redelijke opzegtermijn in acht had moeten nemen of een vergoeding had moeten aanbieden, aangezien er volgens de voorzieningenrechter geen zwaarwegende reden voor de opzegging aanwezig was die een opzegging met onmiddellijke ingang rechtvaardigde.

Nu de importeur geen van beide heeft gedaan, maken de redelijkheid en billijkheid in deze dat de overeenkomst door de importeur niet op de onderhavige wijze kon worden opgezegd. De opzegging heeft dan ook niet tot gevolg dat de overeenkomst tussen partijen is geëindigd. De voorzieningenrechter wees de vordering tot nakoming van de afnemer toe.

Een partij die een duurovereenkomst wenst op te zeggen zonder dat partijen hebben voorzien in een opzegmogelijkheid, dient voorzichtig te handelen. Immers, indien geen of een te korte opzegtermijn in acht wordt genomen, kan de opzegging geen effect hebben gesorteerd waardoor men nog steeds gebonden is aan de duurovereenkomst.

Selma van Ramele

Telefoon: +31 (0)24 381 31 38

E-mailadres: ramele@dirkzwager.nl

Verzuim Zonder Ingebrekestelling?

Wanneer u een overeenkomst heeft gesloten en vindt dat uw wederpartij daaruit voortvloeiende verplichtingen niet (correct) nakomt, dient u haar meestal een aanmaning (“ingebrekestelling”) te sturen, waarin een laatste, redelijke termijn wordt gegund om alsnog te presteren. Pas wanneer de wederpartij die termijn laat verstrijken, raakt zij in verzuim en heeft u de mogelijkheid om de overeenkomst te ontbinden en schadevergoeding te vorderen.

De wet noemt enkele gevallen waarin verzuim intreedt zonder ingebrekestelling. Zo kan deze achterwege blijven, wanneer een voor nakoming afgesproken fatale termijn ongebruikt verstrijkt of u uit een mededeling van de wederpartij moet begrijpen dat zij haar verplichtingen niet zal nakomen.

Redelijkheid en billijkheid

De wettelijke opsomming van gronden voor verzuim zonder ingebrekestelling is niet limitatief. Er zijn dus ook andere situaties denkbaar waarin de schuldenaar in verzuim raakt, zonder dat hem een ingebrekestelling wordt gestuurd.

Soms kan worden aangenomen dat het beroep op het ontbreken van een ingebrekestelling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (de zogenaamde “beperkende werking”). Strikt genomen had de schuldeiser dan een ingebrekestelling moeten uitbrengen, zij het dat de schuldenaar zich daarop niet kan beroepen.

In andere gevallen kan gesteld worden dat een ingebrekestelling achterwege kan blijven op grond van de redelijkheid en billijkheid (de zogenaamde “aanvullende werking”). Een voorbeeld daarvan deed zich voor in de casus die leidde tot een arrest van het Hof Amsterdam van 5 maart 2013. Die zaak ging over het volgende.

De feiten

Sport Led en Medien Werkzeuge (“MW”) kopen gezamenlijk 210 videopanelen van een derde. Die panelen, waarvan elke koper 105 exemplaren in eigendom verkrijgt, zullen door hen gezamenlijk worden geëxploiteerd en kunnen onder meer worden gebruikt voor het vertonen van (reclame)boodschappen tijdens grote sportevenementen.

Op het moment dat voormelde overeenkomst wordt gesloten is Sport Led in onderhandeling met AFC Ajax over de exploitatie van de 210 panelen in de Amsterdam ArenA tijdens thuiswedstrijden van Ajax. De bedoeling van partijen is dat Sport Led de panelen tijdens die wedstrijden zal exploiteren en dat MW de panelen gedurende de rest van het jaar kan verhuren voor andere evenementen, waar ook ter wereld. Deze bedoeling wordt expliciet benoemd in de overeenkomst.

Na levering van de panelen neemt MW deze onder zich en gebruikt ze voor internationale verhuur. Enige tijd later lopen de onderhandelingen tussen Sport Led en Ajax stuk. Sport Led gaat op zoek naar alternatieve mogelijkheden om de panelen commercieel in te zetten. MW weigert echter om de panelen ter beschikking te stellen aan Sport Led, met als argument dat laatstgenoemde naliet om het speelschema van Ajax tijdig aan haar bekend te maken. Sport Led start daarop tot tweemaal toe een kort geding, waarin zij veroordeling van MW vordert tot afgifte van de panelen voor gebruik in een proefopstelling. In beide gevallen wijst de voorzieningenrechter die vordering toe.

Uiteindelijk gaat Sport Led over tot ontbinding van de overeenkomst, althans voor zover het de afspraken met MW betreft. MW accepteert deze ontbinding en retourneert de 105 aan Sport Led toebehorende panelen. In een daarop volgende bodemprocedure vordert Sport Led schadevergoeding van MW in verband met gederfde inkomsten, op grond van de stelling dat MW toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de samenwerkingsovereenkomst door de panelen steeds onder zich te houden, waardoor zij de door Sport Led gecreëerde mogelijkheden tot exploitatie heeft gefrustreerd. De rechtbank wijst de vordering af, waarna Sport Led in hoger beroep gaat.

Oordeel Hof

Anders dan de rechtbank, oordeelt het Hof Amsterdam dat MW toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst. Het Hof onderkent dat de exploitatie van de panelen tijdens thuiswedstrijden van Ajax een van de uitgangspunten van de samenwerking was. Toen bleek dat deze mogelijkheid wegviel hadden partijen, aldus het Hof, gezamenlijk naar een nieuwe invulling van de overeenkomst moeten zoeken en daarmee is niet te rijmen dat MW zich het alleenrecht op de exploitatie voorbehield. Zij heeft zich in overwegende mate door haar eigen belang laten leiden en verloor kennelijk uit het oog dat de helft van de panelen toebehoorde aan Sport Led.

Het Hof verwerpt het verweer van MW dat de vordering moet stranden omdat zij door Sport Led nooit in gebreke is gesteld en dus niet in verzuim is geraakt.

Gelet op de vastgestelde feiten, waaronder met name de kort geding procedures die Sport Led voerde om afgifte van de panelen te bewerkstelligen, kon volgens het Hof een ingebrekestelling achterwege blijven. MW kon uit die procedures immers afleiden dat nakoming van haar verplichting tot terbeschikkingstelling van de panelen werd verlangd.

Tot slot

Deze uitspraak laat zien dat de feiten in een concreet geval aanleiding kunnen geven voor het aannemen van verzuim zonder ingebrekestelling. Wanneer het oordeel van een rechter op dit punt echter anders uitvalt, heeft dit vergaande consequenties voor de vordering. Als schuldeiser doet u er verstandig aan om op dit punt geen risico te lopen, door tijdig en op juiste wijze een ingebrekestelling aan uw debiteur te sturen.

Jeroen Naus

Telefoon: +31 (0)24 381 31 38

E-mailadres: naus@dirkzwager.nl

Implementatiewet Richtlijn Consumentenrechten

De Implementatiewet richtlijn consumentenrecht ('Implementatiewet') verscherpt de eisen waaraan energieleveranciers dienen te moeten voldoen bij het sluiten van contracten met consumenten. De sancties zijn fors wanneer de regels niet worden nageleefd. In dit artikel wordt een aantal wijzigingen besproken ten opzichte van het huidige recht.

Inleiding

Op 3 april 2014 is de Implementatiewet in het staatsblad gepubliceerd. De Implementatiewet treedt op 13 juni 2014 in werking. Deze wet dient ter implementatie van de Richtlijn 2011/83/EU van het Europese Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten ('Richtlijn'). Deze Richtlijn voegt twee bestaande richtlijnen samen tot één nieuwe richtlijn; te weten richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van consumenten bij op afstand gesloten overeenkomsten en richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten. De Richtlijn ziet op alle overeenkomsten die tussen handelaren en consumenten zijn gesloten a) op afstand (o.a. internet en telefoon), b) buiten verkoopruimten (o.a. colportage) en c) anders dan op afstand en buiten verkooppunten (o.a. in de winkel). De Implementatiewet leidt tot wijzigingen van onder andere de Boeken 6 en 7 van het Burgerlijk Wetboek. Er komt een nieuwe afdeling in Boek 6, titel 5, afdeling 2B ('Bepalingen voor overeenkomsten tussen handelaren en consumenten'), te weten artikel 6:230g tot en met artikel 6:230z BW, de artikelen 5, 6, 7, 9, 11, 13, 19 van Boek 7 worden gewijzigd en er komt een nieuw artikel 7:19a. Afdeling 7.1.9A (Overeenkomsten op afstand) en de Colportagewet komen te vervallen.

Levering van energie tijdens de ontbindingstermijn

De consument kan een overeenkomst op afstand of een overeenkomst buiten de verkoopruimte tot levering van water, gas, elektriciteit, warmte of koude ('energie') zonder opgave van reden ontbinden tot een termijn van 14 dagen is verstreken, vanaf de dag waarop de overeenkomst wordt gesloten (artikel 6:230o lid 1 onder c BW). Deze termijn wordt daarmee verlengd met 7 dagen (vergelijk artikel 7:46d lid 1 BW en artikel 25 lid 2 Colportagewet). In het algemeen wordt aangenomen dat op basis van

het huidige recht de bedenktijd ook geldt voor energiecontracten, ondanks dat energie naar haar aard niet kan worden teruggezonden (zie het artikel 'Bedenktijd bij overeenkomst tot levering van energie'). Zodra de Implementatiewet in werking is getreden, kan daarover geen discussie meer bestaan.

De energieleverancier dient de consument voor de totstandkoming van de overeenkomst te informeren over het recht van ontbinding van de overeenkomst. Daarbij dient een modelformulier aan de consument te worden verstrekt waarmee de ontbinding op eenvoudige wijze kan plaatsvinden. Deze laatste verplichting is nieuw. Indien de energieleverancier niet (volledig) aan deze informatieplicht voldoet, dan wordt de termijn waarbinnen het recht kan worden uitgeoefend verlengd met de tijd die is verstreken tot dat alsnog alle ontbrekende gegevens op de voorgeschreven wijze aan de consument zijn vertrekt, met maximaal 12 maanden (artikel 230o lid 2 juncto 6:230m lid 1 onderdeel h BW). De verlenging is op dit moment nog maximaal 3 maanden (artikel 7:46d lid 1 BW).

Een energieleverancier dient gedurende de periode dat de consument nog gebruik kan maken van zijn ontbindingsrecht alleen tot levering van energie over te gaan, indien de consument daar zelf uitdrukkelijk om verzoekt. De consument kan hieraan bijvoorbeeld voldoen door de energieleverancier een e-mail te sturen waarin hij aangeeft dat de levering van energie direct dient te beginnen. Indien de consument een dergelijk verzoek niet uitdrukkelijk doet, dan is de consument bij uitoefening van het recht van ontbinding op grond van het nieuwe recht geen vergoeding verschuldigd voor de reeds geleverde energie (artikel 6:230s lid 5 BW).

Schriftelijkheidsvereiste

Een overeenkomst voor de levering van energie kan niet op initiatief van de energieleverancier per telefoon met een consument worden gesloten. De energieleverancier zal na afloop van het telefoongesprek het aanbod op schrift moeten stellen en aan de consument dienen toe te sturen. De consument zal dit schriftelijke aanbod vervolgens moeten aanvaarden, om de overeenkomst tot stand te brengen (artikel 230v lid 6 BW). Dit mag ook per e-mail. Deze eis van schriftelijkheid geldt niet wanneer een tussen partijen bestaande overeenkomst wordt verlengd of vernieuwd. Een leveringsovereenkomst die niet aan het vereiste vormvoorschrift voldoet, is nietig op grond van artikel 3:39 BW.

Ongevraagde levering van zaken

Met uitzondering van de artikelen 9, 11 en 19a zijn de bepalingen over consumentenkoop ook van toepassing op de levering van energie (artikel 7:5 lid 5 BW). Indien een energieleverancier ongevraagd energie levert aan een consument, dan bestaat er voor de consument geen verplichting om daarvoor te betalen (artikel 7:7 lid 2 BW). Het uitblijven van een reactie op de ongevraagde levering, wordt niet als een aanvaarding aangemerkt (artikel 7:7 lid 3 BW). Deze bepaling brengt volgens de memorie van toelichting met zich mee dat de energieleverancier ook niet op basis van een andere rechtsgrond, zoals onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking, betaling kan verlangen. Dat is een ingrijpende wijziging ten opzichte van het huidige recht.

Energieleveranciers dienen hierop bedacht te zijn. Zo zal bij een verhuizing de nieuwe bewoner uitdrukkelijk moeten aangegeven dat hij de levering van energie wil, bijvoorbeeld door overname van het oude contract of het sluiten van een nieuw contract.

Tot slot

De Implementatiewet verscherpt de eisen waaraan energieleveranciers moeten voldoen bij het sluiten van contracten met consumenten. In dit artikel is een aantal wijzigingen besproken. De sancties zijn fors wanneer de regels niet worden nageleefd. Energieleveranciers doen er daarom verstandig aan goed te controleren of de verkoopprocessen voldoen aan de nieuwe regels van consumentenbescherming zoals die per 13 juni 2014 van kracht zullen zijn.

Maarten Kole

Telefoon: +31 (0)26 353 83 71

E-mailadres: kole@dirkzwager.nl

Overheid & Vastgoed

www.dirkzwageroverheidenvastgoed.nl

Aansprakelijkheid voor Wegbeheerders. Is een gemeente altijd aansprakelijk voor een kuil in de weg?

De gemeente kan als wegbeheerder risicoaansprakelijk zijn voor wegen die niet in een goede staat verkeren (artikel 6:174 lid 2 BW jo. artikel 16 Wegenwet). Voor aansprakelijkheid op deze grond is van belang dat de weg openbaar is, een opstal is, onvoldoende onderhouden is en dat de weg gevaarzettend gebrekkig is. Naar aanleiding van een tragisch ongeval heeft de rechtbank Amsterdam zich bij uitspraak van 18 december 2013 uitgelaten over de vereisten voor aansprakelijkheid van de gemeente als wegbeheerder.

Feiten

Een automobiliste is verongelukt bij een onbewaakte spoorwegovergang. De nabestaanden eisen schadevergoeding van de gemeente. Het ongeval zou het gevolg zijn van een kuil in de weg. De gemeente wordt aangesproken in haar hoedanigheid als wegbeheerder. Op de gemeente rust immers als wegbeheerder een risicoaansprakelijkheid op grond van artikel 6:174 lid 2 BW jo artikel 16 Wegenwet. Voor het aansprakelijk stellen van de wegbeheerder voor schade ten gevolge van 'onvoldoende onderhouden weg' gelden een aantal vereisten:

- de weg moet openbaar zijn;
- de weg moet een opstal zijn;
- het onderhoud van de weg moet beneden niveau zijn; en
- de weg moet een gevaarzettend gebrek hebben.

Openbare weg

Om de wegbeheerder aan te kunnen spreken voor de staat waarin de weg verkeert, moet er sprake zijn van een openbare weg. Artikel 4 Wegenwet bepaalt wanneer een weg openbaar is. Zie mijn artikel hierover. Ook bij niet openbare wegen kan er een risicoaansprakelijkheid bestaan. In dat geval is echter niet de wegbeheerder, maar de bezitter van de opstal risicoaansprakelijk.

Opstal. Verharde wegen

Artikel 6:174 lid 2 BW regelt de risicoaansprakelijkheid voor de wegbeheerder van een opstal die niet voldoet aan de eisen die men daaraan mag stellen. Om een wegbeheerder te kunnen aanspreken voor de gebrekkige opstal moet de weg dus kwalificeren als opstal.

Een weg wordt door de rechter aangemerkt als opstal indien het een verharde weg is. Wegbeheerders zijn dus niet aansprakelijk voor onverharde wegen. Een weg wordt (in beginsel) als verhard aangemerkt indien wordt voldaan aan drie cumulatieve eisen:

- het wegdek bestaat uit een aangebrachte top laag, ongeacht het materiaal van de top laag;
- de top laag heeft voldoende dragend vermogen om normaal rijverkeer mogelijk te maken;
- het wegdek ziet er vlak en egaal uit.

De rechtbank Amsterdam was van oordeel dat een top laag van (onder meer) los grind en hout zonder bindmiddel wel als verharde weg is aan te merken.

Onderhoud beneden niveau

De wegbeheerder is *niet* aansprakelijk als de staat van onderhoud van de weg niet onder het niveau ligt dat van de wegbeheerder kan worden geëist. De wegbeheerder moet het onderhoud dus op niveau houden en mag geen bekende gevaarlijke situaties in stand houden. Hij mag het onderhoud evenmin achterweg laten vanwege een gebrek aan financiën. De wegbeheerder mag bij zijn onderhoud echter wel rekening houden met de aard van de weg. Dat wil zeggen dat een snelweg in betere conditie moet verkeren dan een grindpad. Weggebruikers moeten rekening houden met dit verschil in onderhoud.

Gevaarzettend gebrek in de weg

Op de gemeente rust als wegbeheerder de verplichting ervoor te zorgen dat de toestand van de weg de veiligheid van personen of zaken niet in gevaar brengt. In de zaak van 18 december 2013 was de vraag of een kuil in de weg een gevaarzettend gebrek oplevert. In dat specifieke geval oordeelt de rechtbank dat dat niet het geval is, maar dit kan per zaak verschillen. Meer in het algemeen wordt de aansprakelijkheid voor een gevaarzettend gebrek beoordeeld aan de hand van:

- de aard, functie en toestand van de weg;
- het te verwachten gebruik van de weg;
- de kans op de verwezenlijking van gevaar op de weg; en
- de mogelijkheid en bezwaarlijkheid om veiligheidsmaatregelen te nemen.

Conclusie

Wegbeheerders kunnen onder omstandigheden risicoaansprakelijk zijn voor schade ten gevolge van een slecht onderhouden weg. Er moet dan sprake zijn van een openbare verharde weg die slechter is onderhouden dan dat je van die weg zou mogen verwachten. Verder moet er sprake zijn van een gevaarzettend gebrek, een criterium dat van geval tot geval zal moeten worden beoordeeld.

Heeft u vragen over het onderhoud van wegen of de openbaarheid van wegen? Neemt u dan contact op mr. W. Leistra, advocaat wegenwet.

Wiert Leistra

Telefoon: +31 (0)24 381 31 83

E-mailadres: leistra@dirkzwager.nl

De executoriale kracht van een notariële akte

Reeds eerder schreven wij op deze kennispagina over het opnemen van boetes in een notariële akte en de executoriale kracht van een dergelijke akte. Maar in een recente uitspraak van de Rechtbank Gelderland is te zien dat het nog steeds fout gaat. Wanneer heeft de grosse van een notariële akte executoriale kracht?

Executoriale kracht

De grossen van in Nederland gewezen vonnissen, van beschikkingen van de Nederlandse rechter en van in Nederland verleden authentieke akten hebben executoriale kracht en kunnen dus ten uitvoer gelegd worden. Voor authentieke akten geldt dat uit de akte afdoende moet blijken wat de debiteur verschuldigd is. De Hoge Raad heeft in 1992 overwogen dat de te executeren vordering daarom in de akte dient te zijn omschreven, en ten tijde van het verlijden van de akte reeds dient te bestaan, althans zijn onmiddellijke grondslag dient te vinden in een ten tijde van het verlijden reeds bestaande, eveneens omschreven, rechtsverhouding. Daarnaast is door de Hoge Raad overwogen dat indien de grootte van het verschuldigde bedrag niet vermeld is, de grosse toch ten uitvoer gelegd kan worden indien deze de weg aangeeft langs welke op voor de schuldenaar bindende wijze de grootte van het verschuldigde bedrag kan worden vastgesteld, behoudens de mogelijkheid van tegenbewijs door de schuldenaar.

De zaak

In deze zaak hebben twee burens in een vaststellingsovereenkomst afspraken gemaakt over het gebruik van het perceel van één van de burens. Vastgelegd is dat er bij overtreding een boete verschuldigd is van € 500,- per dag. Omdat de ene partij meent dat de andere partij zich niet aan de afspraken heeft gehouden en een boete verschuldigd is, heeft zij executoriaal beslag laten leggen. De vraag die de rechtbank dient te beantwoorden is of het executoriaal beslag op grond van de grosse van de vaststellingsovereenkomst mogelijk is.

Toetsen voorwaarden

De rechtbank oordeelt dat uit de inhoud van de akte volgt dat de akte betrekking heeft op vorderingen die aan de eerste voorwaarde voldoen. Het verbeuren van boetes vindt

immers zijn grondslag in de op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaande en omschreven rechtsverhouding tussen partijen. Aan de tweede voorwaarde wordt echter niet voldaan. In de akte is op geen enkele wijze vastgelegd op welke voor schuldenaar bindende wijze te zijner tijd zal worden vastgesteld dat de met boetes bedreigde bepalingen zijn overtreden en dat er dus een boete verschuldigd is. Aan de grosse van deze akte komt dan naar het oordeel van de rechtbank ook geen executoriale kracht toe.

Ruben Berentsen

Telefoon: +31 (0)26 365 55 62

E-mailadres: berentsen@dirkzwager.nl

Horizontale of verticale natrekking

Naast diverse verbintenisrechtelijke wijzen waarop eigendom kan worden verkregen (bijvoorbeeld koop en schenking), kan de eigendom van een goed óók op niet-verbintenisrechtelijke wijzen worden verkregen. Een voorbeeld daarvan is de bijzondere figuur van de natrekking. Van natrekking is sprake wanneer een zaak een bestanddeel is gaan vormen van een andere zaak. De ene zaak is dan als het ware ‘opgegaan’ in de andere zaak en zij vormen samen een geheel.

Wanneer een roerende zaak wordt nagetrokken door een andere roerende zaak, komt de eigendom van dat geheel toe aan de eigenaar van de hoofdzaak, tenzij er geen hoofdzaak kan worden aangewezen (artikel 5:14 BW).

Bij onroerende zaken komt de eigendom van het geheel toe aan de eigenaar van de onroerende zaak wanneer die later aangebrachte zaken duurzaam met de grond zijn verenigd, tenzij die zaken al onderdeel waren van een *ander* onroerend goed (artikel 3:3 lid 1 BW en artikel 5:20 lid 1 aanhef en onder e BW).

Een goed voorbeeld van natrekking is het kopen van een bouwperceel en het daarop (laten) bouwen van een woonhuis. Dit woonhuis wordt ‘vanzelf’ onroerend omdat het rechtstreeks met de grond verenigd is en bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven (vgl. artikel Roerende of onroerende zaak?). Omdat het woonhuis ‘op’ het perceel staat, wordt deze wijze van natrekking ook wel verticale natrekking genoemd: de ondergrond trekt na wat er boven die ondergrond wordt gevestigd.

Natrekking kan echter ook horizontaal plaatsvinden: het naastgelegen onroerend goed trekt dan een aangrenzend gebouw of werk na dat *naast* dit onroerend goed is opgericht. In de wet staat immers dat alle gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd door die grond worden nagetrokken tenzij dat gebouw of dat werk bestanddeel is van een andere onroerende zaak (artikel 5:20 lid 1 aanhef en onder e BW).

De vraag of een gebouw verticaal of horizontaal was nagetrokken, speelde recent ten aanzien van de monumentale Kasbah-woningen in Hengelo (ECLI:NL:RBOVE:2014:900). De Kasbah-woningen zijn gebouwd op (op boven de grond staande) palen.

Aanvankelijk waren zowel de ondergrond als de woningen in eigendom van de gemeente Hengelo. De gemeente heeft echter in 1995 de Kasbah-woningen overgedragen aan Welbion. De gemeente heeft daarbij ook de ondergrond overgedragen aan Welbion, met uitzondering van drie kadastrale percelen. Op één van die percelen stond het bedrijfsgebouw van één van de procespartijen in het geschil, X. De gemeente had op dat kadastrale perceel een opstalrecht gevestigd zodat het bedrijfsgebouw van X niet door de ondergrond (die van de gemeente Hengelo was) zou worden nagetrokken. Boven het bedrijfsgebouw van X stonden zes woningen op palen. De gemeente heeft vervolgens in 2005 het kadastrale perceel verkocht aan X. Maar heeft dit nu tot gevolg dat de zes Kasbahwoningen door verticale natrekking eigendom zijn geworden van X?

De koper van de Kasbahwoningen, Welbions, vorderde in de procedure voor de rechtbank Overijssel (onder meer) een verklaring voor recht dat de zes Kasbahwoningen eigendom zijn van Welbions. Welbions stelde dat de zes woningen een bestanddeel zijn van het Kasbah-complex zodat de eigendom daarvan door *horizontale* natrekking bij Welbions is komen te liggen. X stelde zich echter op het standpunt dat de zes woningen boven (inmiddels) zijn perceel door *verticale* natrekking eigendom van X zijn geworden.

De rechtbank Overijssel moest dus een beslissing nemen over de vraag *welke* vorm van natrekking nu aan de orde was en wie er dus eigenaar is van de zes Kasbahwoningen.

De rechtbank Overijssel is van oordeel dat “*de zes betreffende appartementen onderdeel uitmaken van, en een bestanddeel vormen van, het Kasbah-complex. Het Kasbah-complex is als één woonwijk ontworpen, met woningen, terrassen, trapopgangen, binnentuinen et cetera, die qua vorm en ligging volledig op elkaar zijn afgestemd. Alle woningen maken onderdeel uit van het geheel.*”

Hoewel de zes woningen in beginsel in appartementsrechten zouden kunnen worden gesplitst, is dat volgens de rechtbank Overijssel in dit geval niet mogelijk want “*het complex [staat] op de gemeentelijke monumentenlijst en (...) om die reden [zijn er] afspraken gemaakt met de gemeente dat de woningen niet apart verkocht mochten worden om te voorkomen dat het versnipperd wordt.* Ook kunnen de zes appartementen niet worden afgebroken, “*althans niet zonder constructieve voorzieningen te treffen voor de rest van het complex*”, nog daargelaten dat sloop niet is toegestaan vanwege de monumentenstatus.

De rechtbank concludeert dan ook dat “*de zes appartementen een bestanddeel zijn van het Kasbah-complex, dat in eigendom is bij Welbions*” en deze zes woningen (in ieder geval) “*via horizontale natrekking tot het eigendom van Welbions [zijn] gaan behoren.*”

Afronding

De eigendom van de zes Kasbah-woningen behoort dus aan Welbions toe ondanks het feit dat die woningen zich boven het perceel van X bevinden en de palen waarop zij zijn gebouwd, verankerd zijn in dat perceel. Omdat de woningen deel uitmaken van één complex zijn de woningen, aldus de rechtbank, bij uitzondering niet verticaal maar horizontaal nagetrokken.

Dit geschil over de eigendom van de zes woningen had echter eenvoudig voorkomen kunnen worden indien de gemeente en Welbions ten tijde van de verkoop en levering van het complex in 1995 ook een opstalrecht hadden gevestigd op het perceel dat in 2005 door X werd gekocht. Een opstalrecht voorkomt namelijk verticale natrekking doordat dit een ‘scheiding’ aanbrengt tussen (de eigendom van) de grond en hetgeen daarop gebouwd is.

Charlotte Raaimakers

Telefoon: +31 (0)24 381 31 87

E-mailadres: raaimakers@dirkzwager.nl

De onaantastbaarheid van de vaststellingsovereenkomst?

De vaststellingsovereenkomst is een bijzondere overeenkomst die geregeld is in artikel 7:900 BW. Met een vaststellingsovereenkomst proberen partijen zekerheid te verkrijgen ten aanzien van feiten en omstandigheden waarover getwist werd of onzekerheid bestond. Daarmee wordt beoogd een geschil te beëindigen of te voorkomen. In het vonnis van de rechtbank Amsterdam d.d. 26 februari 2014 (NJF 2014/161) kwam aan de orde of deze vaststellingsovereenkomst met een beroep op dwaling kon worden aangetast.

In deze zaak waren de eisers (de nabestaanden van) de slachtoffers van een ongeval met een vliegtuig van Martinair, dat op 21 december 1992 op het vliegveld van Faro (Portugal) heeft plaatsgevonden. Op basis van verschillende onderzoeken sluiten de eisers met Martinair een vaststellingsovereenkomst. Achteraf stellen eisers zich op het standpunt dat Martinair een onjuiste voorstelling van zaken heeft gegeven, waardoor eisers gedwaald hebben bij de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst. Martinair wordt verweten dat zij onjuiste mededelingen heeft gedaan over de toedracht van het ongeval, terwijl er bij Martinair zekerheid bestond over de schuldvraag en de toedracht van het ongeval. Hoewel Martinair over die informatie beschikte heeft zij die informatie niet met eisers gedeeld.

De rechtbank overweegt dat een beroep op dwaling betrekking heeft op een bijzonder soort overeenkomst, namelijk de vaststellingsovereenkomst. De vaststellingsovereenkomst beoogt een geschil te voorkomen of te beëindigen buiten de rechter om. Zij probeert voorts zekerheid te verkrijgen ten aanzien van feiten en omstandigheden waarover getwist werd of onzekerheid bestond. In de vaststellingsovereenkomst is dit ook uitdrukkelijk als zodanig benoemd. Er wordt immers in bepaald dat tussen partijen een geschil is ontstaan omtrent de aard en omvang van de aansprakelijkheid van het ongeval en over de als gevolg van het ongeval geleden en te lijden schade en dat de betreffende passagiers dan wel nabestaanden voornemens waren een procedure te starten die zij door middel van een vaststellingsovereenkomst wilden beëindigen.

De rechtbank overweegt dat de aard van de vaststellingsovereenkomst, namelijk dat daarmee een geschil tot een einde wordt gebracht, met zich meebrengt dat de rechter bij de toepassing van de dwalingsregeling terughoudendheid dient te betrachten. Een beroep op dwaling wordt niet gehonoreerd wanneer de dwaling betrekking heeft op omstandigheden waaromtrent onzekerheid of geschil bestond.

De vaststelling dient er juist toe om deze onzekerheid of dit geschil te beëindigen. Eisers stellen zich op het standpunt dat zij hebben gedwaald omtrent de oorzaak van het geval. Tussen partijen staat echter vast, zoals ook door Martinair naar voren is gebracht, dat nu juist over de oorzaak van het ongeval en de schuldvraag onzekerheid bestond en dat hierover het geschil ging. Gelet op het karakter van de vaststellings-overeenkomst kan een beroep op dwaling om die reden in beginsel niet slagen.

De rechtbank overweegt echter wel dat, gelet op hetgeen Martinair wist of behoorde te weten omtrent de feiten en omstandigheden waarover het geschil bestond, zij eisers over hetgeen zij wist had moeten inlichten, bij gebreke waarvan een beroep op dwaling toch gegrond zou kunnen zijn. Het probleem in deze zaak is echter dat eisers onvoldoende gemotiveerd hebben dat Martinair over één of meerdere relevante gegevens beschikte. Daarom wordt het beroep op dwaling alsnog verworpen.

De conclusie is dat de vaststellingsovereenkomst in beginsel niet kan worden aangetast, maar indien één der partijen feiten en omstandigheden heeft verzwegen, een beroep op dwaling, teneinde een vaststellingsovereenkomst te vernietigen, openstaat. Het is dan wel van belang om de verzwegen feiten goed te onderbouwen.

Bart van Meer

Telefoon: +31 (0)26 353 83 09
E-mailadres: vanmeer@dirkzwager.nl

Beslaglegger dwingt hypotheekhouder om executie onroerend goed voort te zetten

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Oost-Brabant heeft op 10 april 2014 een hypotheekhouder (bank) gedwongen om de openbare executieveiling van een aantal onroerende zaken voort te zetten, ondanks het feit dat de hypotheeklast de executieopbrengst zal overstijgen. Het verzoek hiertoe werd gedaan door een beslaglegger.

Feiten

De feiten lagen als volgt. A heeft een geldvordering op B. B laat de geldvordering onbetaald. Vervolgens dwingt A in rechte betaling af en legt executoriaal beslag op de onroerende zaken van B. Echter, de onroerende zaken van B zijn tevens verhypotheciert aan de bank. De bank maakt aan A kenbaar dat zij als eerste hypotheekhouder de executie overneemt en dat de bank op een nader te bepalen datum zal overgaan tot de openbare executieveiling. De bank stelt voorts dat zij zal onderzoeken of zij wellicht tot onderhandse verkoop van de onroerende zaken zal overgaan teneinde de opbrengst te kunnen verhogen.

Vervolgens verstrijken 8 maanden zonder dat de bank enige actie onderneemt. Daarop start A een kort geding. Op grond van artikel 5:45 lid 1 Rv (wetboek van burgerlijke rechtsvordering) verzoekt A dat de voorzieningenrechter zal bepalen dat de bank binnen een termijn van 6 maanden alsnog zal overgaan tot openbare executieveiling althans tot indiening van een verzoek tot onderhandse verkoop van de beslagen onroerende zaken van B.

Verweer hypotheekhouder en beslagene

Zowel de bank als hypotheekhouder als de beslagene (de schuldenaar van B) maken bezwaar tegen de vordering van A. Beide stellen zich op het standpunt dat A geen enkel belang heeft bij een openbare executieveiling omdat de gevestigde hypotheek de waarde van de onroerende zaken overschrijden. Met andere woorden: de onroerende zaken “staan onder water”. Om die reden zou er na executie geen overwaarde voor A overblijven. Vervolgens stellen de bank en de beslagene zich op het standpunt

dat de vastgoedmarkt een positieve lijn laat zien en dat de vastgoedprijzen naar alle waarschijnlijkheid na verloop van tijd zullen stijgen. Derhalve zal een uitstel van de openbare executieveiling voor alle partijen beter zijn omdat de opbrengst dan vermoedelijk hoger zal kunnen zijn.

Oordeel voorzieningenrechter

De voorzieningenrechter overweegt ten eerste dat elke beslaglegger zich tot de voorzieningenrechter kan richten met een verzoek om de termijn vast te stellen waarbinnen de hypotheekhouder tot een executieverkoop althans tot het verzoek tot onderhandse verkoop zal dienen over te gaan, op het moment dat de hypotheekhouder verzuimd om de openbare executieveiling met redelijke spoed voort te zetten. Vervolgens concludeert de voorzieningenrechter dat de bank (de hypotheekhouder) weigert om actie te ondernemen om de openbare executieveiling te laten plaats vinden. Daarbij is van belang dat beslaglegger daarom verschillende malen heeft verzocht, zonder resultaat. De treuzelachtige houding van de bank als hypotheekhouder leidt ertoe dat het verzoek van beslaglegger A wordt toegewezen. De voorzieningenrechter oordeelt dat de hypotheekhouder binnen een termijn van 6 maanden dient over te gaan tot openbare executieverkoop van de beslagen onroerende zaken, dan wel dat de bank als hypotheekhouder binnen de termijn van 6 maanden een verzoek tot onderhandse verkoop van de onroerende beslagen zaken dient in te dienen.

Misbruik van executierecht

Ten aanzien van het verweer van de hypotheekhouder (bank) en de beslagene (schuldenaar) overweegt de rechter het navolgende. De verweren van de hypotheekhouder en de beslagene impliceren dat schuldeiser A misbruikt zou maken van zijn executierecht. De voorzieningenrechter oordeelt dat het niet zondermeer betekent dat de beslaglegger misbruikt maakt van zijn executierecht indien de executiewaarde van de beslagene onroerende zaken lager is dan de daarop rustende hypotheekrechten. Daarbij is van belang dat beslaglegger gemotiveerd gesteld heeft dat de schuldenaar (de beslagene) over voldoende financiële middelen beschikt om (na executieverkoop) de schuld aan hem te voldoen. Bijvoorbeeld omdat de schuldenaar dan van zijn hypotheeklast is bevrijd. De hypotheekhouder en de schuldenaar hebben deze stelling weersproken, maar onvoldoende. Kortom, de voorzieningenrechter concludeert dat het doorzetten van de openbare executieveiling door schuldeiser A op dit moment geen misbruik van recht oplevert. Het verzoek van beslaglegger A wordt toegewezen.

Openbare veiling

Ten slotte oordeelt de voorzieningenrechter dat het recht op executie met zich brengt dat een beslaglegger in de hoofdregel recht heeft op een openbare veiling die de hypotheekhouder met redelijke spoed dient voort te zetten. Een beslaglegger heeft in beginsel niet in te stemmen met een onderhandse verkoop van de onroerende zaken op een ruimere termijn. Ook heeft een beslaglegger niet te wachten op onzekere toekomstige ontwikkelingen in de onroerend goed markt. De vraag of met een openbare executieveiling dient te worden gewacht totdat de prijzen van het onroerend goed aan zullen trekken kan eventueel in executiegeschil aan de orde worden gesteld. Onderhavige procedure is hiervoor niet de juiste weg.

Conclusie

Kortom, aan de hand van onderhavige uitspraak van de voorzieningenrechter Oost-Brabant d.d. 10 april 2014 kan worden geconcludeerd dat een beslaglegger een hypotheekhouder ertoe kan dwingen om binnen een redelijke termijn tot openbare verkoop van een beslagen onroerend goed over te gaan. Dat er geen overwaarde op het onroerend goed rust, waardoor de vordering van de beslaglegger mogelijk niet zal kunnen voldaan uit executie opbrengst doet hier niet aan af. Voornoemde omstandigheid is in beginsel niet voldoende om misbruik van executierecht aan te nemen.

Uiteraard zal een en ander afhankelijk zijn van alle feiten en omstandigheden van het geval. Dit brengt mee dat de jurisprudentie hieromtrent casuïstisch kan zijn.

Denise Sauer

Telefoon: +31 (0)26 353 84 08

E-mailadres: sauer@dirkzwager.nl

Particulier

www.dirkzwagerparticulier.nl

De regie over uw nalatenschap door middel van een bewind!

U wilt graag grip houden over de gang van zaken na uw overlijden en sturing geven aan het verloop van uw nalatenschap? Twee instrumenten om dat te bereiken zijn het benoemen van een executeur en het instellen van een bewind. In een eerdere publicatie heb ik aandacht besteed aan de executeur. In dit deel komt het bewind aan de orde.

Wat is bewind?

Een bewind is een beschermingsmaatregel waarbij u het geërfde vermogen of de persoon die uw vermogen krijgt kunt beschermen.

De taak van de executeur stopt op het moment dat de nalatenschap verdeeld wordt, de taak van een bewindvoerder begint dan eigenlijk pas. Als u een bewind instelt dan beheert iemand anders, de bewindvoerder, het vermogen voor bijvoorbeeld uw kind.

Waarom een bewind?

U kunt verschillende redenen hebben om een bewind in te stellen, omdat u bijvoorbeeld de rechthebbende wilt beschermen, want hij/zij is nog erg jong, is makkelijk te beïnvloeden, heeft een verstandelijke beperking, kan slecht met geld omgaan of er is sprake van een complex vermogen (zoals een aandelenportefeuille of onroerend goed portefeuille).

Een andere reden kan zijn dat er een gemeenschappelijk belang is, bijvoorbeeld als de erfgenamen een vakantiewoning erven. U kunt in dat geval een bewindvoerder benoemen die beslist over bijvoorbeeld onderhoud en een verblijfschema. De erfgenamen hoeven dan niet telkens met elkaar in overleg te treden als de tuin een onderhoudsbeurt nodig heeft.

Wat doet een bewindvoerder?

De bewindvoerder heeft als belangrijkste taak om het vermogen waar het bewind op ziet te beheren. Dit is een exclusieve taak van de bewindvoerder. Wat dat betreft lijkt de taak van een bewindvoerder erg op de taak van een executeur. De executeur mag namelijk ook, met uitsluiting van de erfgenamen, de goederen van de nalatenschap beheren.

Dit is ook zo bij een bewind: alleen de bewindvoerder mag beslissingen nemen op dit gebied.

De bewindvoerder zorgt ervoor dat het geld wordt besteed overeenkomstig de bestemming. Het is hierom erg belangrijk dat u een bewindvoerder benoemt die dit goed kan aanvoelen: wat is een verstandige uitgave en wat niet?

Wanneer eindigt bewind?

U bepaalt wanneer het bewind eindigt. Zo kunt u bepalen dat het bewind eindigt na bijvoorbeeld 10 jaar na uw overlijden. Ook kunt u het bewind koppelen aan een bepaalde leeftijd van uw kind, bijvoorbeeld 23 jaar. Dit is een veel gekozen leeftijd omdat de beïnvloedbare periode dan vaak wel voorbij is.

Overigens kan het bewind door de rechthebbende worden aangevochten. Deze kan naar de rechter stappen en de rechter vragen om het bewind te beëindigen. De rechthebbende zal dan moeten aantonen dat de reden waarom het bewind is ingesteld niet meer van toepassing is. Bijvoorbeeld in het geval van een drugsverslaafd kind, dat op een gegeven moment is afgekickt en aannemelijk kan maken nu zelf in staat te zijn om het vermogen te beheren. De rechthebbende kan pas naar de rechter stappen 5 jaar na het overlijden.

Hoe benoemt u een bewindvoerder?

Een bewindvoerder benoemt u bij testament. U kunt wederom kiezen voor een bewindvoerder of meerdere bewindvoerders. Ook is het verstandig om een opvolgend bewindvoerder te benoemen.

Bij het instellen van het bewind kunt u nadere regels omschrijven die gelden voor het bewind, zoals de beloning van de bewindvoerder of een specifieke opdracht voor de bewindvoerder.

Conclusie

Door te bepalen wie u tot bewindvoerder benoemt en welke nadere voorwaarden u in uw testament vastlegt, kunt u grip houden op de afwikkeling van uw nalatenschap. Wij adviseren u graag verder over specifieke bepalingen op het moment dat u een bewind wilt opnemen in uw testament.

In de Week van het testament, 16 april tot en met 20 april, staat ook het notariaat van Dirkzwager stil bij uw testament. De wetgeving omtrent nalaten, erfbelasting en schenken is in beweging en er is veel veranderd. Mogelijk heeft dit gevolgen voor uw testament.

De (kandidaat-)notarissen van Dirkzwager adviseren u graag over uw (huidige) testamenten. Voor het maken van een afspraak of meer informatie kunt u contact opnemen met ons secretariaat via 026 365 55 68 (Arnhem) of 024 381 27 38 (Nijmegen). Als u in de week van het testament een afspraak maakt dan is de eerste bespreking van een half uur gratis.

Ineke Meuwese

Telefoon: +31 (0)26 365 55 68

E-mailadres: meuwese@dirkzwager.nl

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

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

De casus

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

Executoriale titel

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

Zuivere aanvaarding

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

hun eigen vermogen te voldoen. Er is door de zuivere aanvaarding geen sprake van een vereffening en de beperking die de deurwaarder aanhaalde is hier niet van toepassing. De hypotheekakte levert een executoriale titel op en kan jegens de erfgenamen ten uitvoer worden gelegd.

Bart Lotgerink

Telefoon: +31 (0)24 381 27 37

E-mailadres: lotgerink@dirkzwager.nl

Aanstaande ex-partner bleef erfgename

De Rechtbank Noord-Nederland heeft onlangs een interessante uitspraak gewezen met betrekking tot het erfrecht. Hierbij ging het om een gehuwde man en vrouw, die zich tot een notaris hadden gewend voor een echtscheiding. De notaris had diverse conceptstukken opgesteld, maar aangezien partijen geen overeenstemming kregen over de gevolgen van de scheiding, heeft de man zich tot een advocaat gewend met het verzoek een verzoekschrift echtscheiding in te dienen.

De advocaat had een verzoekschrift echtscheiding opgesteld, maar was nog in afwachting van diverse uittreksels. Kort daarna heeft de man zichzelf van het leven beroofd. De broer en vader van de man stellen dat zij de erfgenamen van de man zijn, aangezien partijen materieel in een scheidingsprocedure waren verwickeld (waarvoor dus nog geen verzoekschrift was ingediend bij de Rechtbank). De vrouw stelt dat zij erfgename is, aangezien er nog geen sprake is van een formele echtscheiding of scheiding van tafel en bed of een verzoek daartoe.

De man had een testament laten opstellen tijdens het huwelijk waarin was bepaald dat zijn vrouw zijn enig erfgename was. Daaraan was de volgende voorwaarde verbonden:

“Indien ten tijde van mijn overlijden echtscheiding of scheiding van tafel en bed is uitgesproken of indien een verzoek daartoe is gedaan, vervallen alle beschikkingen ten behoeve van mijn genoemde echtgenote”.

Het geschil betreft hier de uitleg van het begrip ‘verzoek’, waarover de broer en vader van de man enerzijds en de vrouw van de man anderzijds twisten. De vrouw gaat hierbij uit van de uitleg dat sprake is van een verzoek indien dit bij de Rechtbank is ingediend. De vader en broer van de man stellen dat de wenst tot echtscheiding van de man, alsmede het zich tot een advocaat wenden, voldoende is voor het aannemen dat sprake is van een verzoek. De man heeft immers de advocaat verzocht tot het indienen van een echtscheidingsverzoek.

Voor de uitleg van de bepaling van het testament dient te worden gelet op de verhoudingen die het testament wenst te regelen, aldus de Rechtbank. Daarnaast stelt de Rechtbank dat dient te worden gekeken naar de omstandigheden waaronder

het testament is gemaakt. Verklaringen die niet in het testament staan opgenomen kunnen slechts worden gebruikt indien het testament zonder deze verklaringen niet duidelijk is.

De kantonrechter in deze kwestie stelt dat het duidelijk is welke verhoudingen de man heeft willen regelen met het testament en onder welke omstandigheden dit is gebeurd. De man heeft tijdens het huwelijk zijn echtgenote benoemd tot enig erfgenaam en niet zijn vader en broer. Hiermee heeft hij de verhouding tussen zijn nalatenschap en echtgenote willen regelen. Er is niet gesteld of gebleken dat sprake is van een onduidelijkheid in het testament, waardoor moet worden uitgegaan van andere verklaringen, zoals bijvoorbeeld de wens van de man om te scheiden. Daar komt bij dat met het doen van een verzoek in Burgerlijk Wetboek 1 veelal wordt bedoeld het indienen van het verzoek bij de Rechtbank.

Nu de Rechtbank uitsluitel had gegeven over de uitleg van het begrip ‘verzoek’, zoals genoemd in het testament, bleef de vrouw enig erfgenaam van de man. Dit ondanks dat partijen de wens tot echtscheiding hadden.

Indien u in een echtscheidingsprocedure bent verwikkeld, is het altijd raadzaam om uw testament aan te passen. Op die manier legt u duidelijk vast wie uw erfgenamen zijn. Ook kunt u dan tegelijk de bepaling opnemen betreffende de voogdij en het bewind over uw kinderen. Verder kan het van belang zijn om een regeling te treffen dat voorkomt dat uw vermogen via uw kinderen uiteindelijk bij uw ex-echtgeno(o)t(e) terecht komt. Ons notariaat is u voor deze zaken graag van dienst.

Marten Kooijman

Telefoon: +31 (0)26 353 83 50

E-mailadres: kooijman@dirkzwager.nl

Verrekenen alimentatie met andere vorderingen?

Het komt vaak voor; een ex-partner moet elke maand kinder- en/of partneralimentatie betalen en hij (uitgaande dat een man alimentatie betaalt aan zijn ex-vrouw) verrekent dit op een gegeven moment met geld dat hij nog tegoed heeft van haar, bijvoorbeeld vanwege gemaakte kosten of een vordering vanwege de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap/afrekening huwelijkse voorwaarden. Mag dat?

Doorgaans is de mening dat dat niet mag, tenzij de alimentatieplichtige, de betaler, daarvoor toestemming heeft van de alimentatiegerechtigde, de ontvanger. Deze mening is bijvoorbeeld het Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen toegedaan. Deze overheidsinstantie verricht wettelijke taken op het gebied van onderhoudsbijdragen (www.lbio.nl).

Gebeurt het verrekenen toch, dan zien we vaak dat de alimentatiegerechtigde met de gerechtelijke uitspraak waarin de alimentatieverplichting werd vastgesteld naar een deurwaarder gaat om het te weinig betaalde (en verrekende geld) alsnog bij de alimentatieplichtige te gaan halen. Hiermee gaan dan extra kosten gepaard voor de alimentatieplichtige. Die ziet vervolgens de door hem geclaimde (en verrekende) kosten niet terug, tenzij hij dat ook weer bij een rechter voorlegt ter beoordeling. De kosten daarvoor wegen lang niet altijd op tegen de baten. Deze gang van zaken is voor de alimentatieplichtige vaak moeilijk te accepteren en wordt als onrechtvaardig ervaren.

De wet stelt eisen aan verrekening (artikel 6:127 lid 2 en 3 BW): een schuldenaar heeft de bevoegdheid tot verrekening, wanneer hij een prestatie te vorderen heeft die beantwoordt aan zijn schuld jegens dezelfde wederpartij en hij bevoegd is zowel tot betaling van de schuld als tot het afdwingen van de betaling van de vordering. De bevoegdheid tot verrekening bestaat niet ten aanzien van een vordering en een schuld die in van elkaar gescheiden vermogens vallen.

De reden dat verrekening van een vordering met te betalen alimentatie doorgaans niet zomaar wordt toegestaan, is omdat alimentatie bedoeld is om te kunnen voorzien in de benodigde middelen van bestaan/levensonderhoud. Bij kinderalimentatie komen daarbij de kosten voor de verzorging en opvoeding. Met verrekeningen van alimentatie met andere vorderingen wordt daarom terughoudend omgegaan door rechters. Als een verrekening van een vordering tot levensonderhoud is toegestaan, beperkt bovendien de beslagvrije voet de bevoegdheid tot verrekening om te voorkomen dat de alimentatiegerechtigde met haar inkomen onder het bestaansminimum komt.

Voorbeelden waarbij verrekening van alimentatie met een andere vordering wel werd toegestaan:

- Alimentatieplichtige mocht de door hem aan de alimentatiegerechtigde verschuldigde partneralimentatie verrekenen met de door haar verbeurde dwangsommen (Hof 's-Hertogenbosch 18 maart 2014 ECLI:NL:GHSHE:2014:761);
- Achterstand in betaling kinderalimentatie kon verrekend worden met aan alimentatieplichtige verschuldigde bedrag uit hoofde van hypothecaire geldlening (Rechtbank Midden-Nederland, 19 maart 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:996);
- Verbeurde dwangsommen konden met de partneralimentatie worden verrekend (Hof 's-Hertogenbosch, 12 februari 2013, NJF 2013/208);
- Verrekening overbedelingsschuld met achterstallige partneralimentatie (Gerechtshof 's-Gravenhage, 27 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU8682);
- Verrekening van de door de alimentatieplichtige aan de gerechtigde te veel betaalde kinderalimentatie met de nog door hem aan de ontvanger te betalen toekomstige kinderalimentatietermijnen, werd toegestaan (Rechtbank Leeuwarden 15 december 2010, ECLI:NL:RBLLE:2010:BO7520).

Overigens is het bij echtscheidingen/uit elkaar gaan niet ongebruikelijk om in onderling overleg verrekeningen van alimentatie met overige vorderingen toe te passen. Het is altijd aan te raden de afspraken goed schriftelijk vast te leggen mocht er in de toekomst onverhoopt toch een geschil over ontstaan.

Bauke Lien van Riel

Telefoon: +31 (0)26 353 83 50
E-mailadres: vanriel@dirkzwager.nl

Bieder op internetveiling vooralsnog niet gebonden aan gemaakte vergissing

Op 25 juni 2014 heeft via internet de executieveiling van een bedrijfspand bij inzet en afslag plaatsgevonden. Nadat de inzet was bepaald op € 514.000,00 heeft vervolgens de afslagfase plaatsgevonden, waarbij door X is afgemijnd op een bedrag van € 550.000,00. Pas na het afmijnen realiseert X zich dat de koopprijs in totaal € 1.064.000,00 (plus kosten) zou bedragen in plaats van € 550.000,00, welke X in gedachten had. De bank heeft een kort geding aangespannen tegen X waarbij in geschil is of X het bedrijfspand voor € 1.064.000,00 zou moeten afnemen. Centraal staat de vraag of een koopovereenkomst tot stand is gekomen.

Artikel 3:33 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard. Door de advocaat van X is aannemelijk gemaakt dat de wil van X er niet op gericht was dat X het bedrijfspand zou kopen voor € 1.064.000,00 plus bijkomende kosten. Dit blijkt uit het feit dat X onmiddellijk telefonisch contact heeft opgenomen met de in het veilinghuis aanwezige kandidaat-notaris, waarin X heeft aangegeven dat sprake was van een vergissing. Tevens is aangevoerd dat een bedrag van € 1.064.000,00 buitengewoon hoog is voor een dergelijk bedrijfspand gezien het feit de executiewaarde van het pand aanmerkelijk lager ligt dan het door X uitgebrachte bod. Ook het feit dat twee deskundige vastgoedveilingnotarissen van mening waren dat het bod van X ongeldig had moeten worden verklaard, speelt mee in de beslissing van de voorzieningenrechter. Volgens de voorzieningenrechter staat onvoldoende vast dat de Bank een beroep toekomt op artikel 3:35 van het Burgerlijk Wetboek. Gelijk nadat X heeft aangegeven aan de kandidaat-notaris dat sprake was van een vergissing, heeft de kandidaat-notaris overleg gehad met de bank, waardoor niet uit te sluiten valt dat de bank voor de gunning van de vergissing van X op de hoogte was.

Op basis van het hiervoor genoemde is de voorzieningenrechter tot de conclusie gekomen dat geen perfecte overeenkomst tot stand is gekomen.

In Nederland worden voor executie- en vrijwillige veilingen twee systemen gehanteerd. In bepaalde delen van het land is de koopprijs het bedrag waarvoor een koper afmijnt. In andere delen van het land wordt het systeem gehanteerd waarbij het bedrag van de

inzet en het bedrag van de afslag bij elkaar worden opgeteld. Mede gezien deze uitspraak zou het duidelijker zijn om landelijk één systeem te hanteren, zodat geen verwarring over de uiteindelijke koopprijs kan ontstaan.

Ruben Berentsen

Telefoon: (026) 365 55 62

E-mailadres: berentsen@dirkzwager.nl

Pensioen

www.dirkzwagerpensioen.nl

Zorgvuldigheid vereist met pensioenafspraken in beëindigingsregeling

Steeds vaker maken pensioenafspraken onderdeel uit van een vaststellingsovereenkomst, waarin werkgever en werknemer een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden overeenkomen. Deze pensioenafspraken leiden echter tot een toenemend aantal gerechtelijke procedures, omdat deze afspraken op meerdere manieren kunnen worden uitgelegd. Eventuele onduidelijkheden komen in de regel voor rekening van de werkgever. Afspraak is afspraak, zelfs als iets anders door de werkgever bedoeld is en nakoming van deze afspraak bovendien op gespannen voet staat met het pensioenreglement en/of de wet- en regelgeving. Dat heeft de kantonrechter Wageningen op 22 juni 2011 in een belangwekkende uitspraak bevestigd.

Algemeen

Met name voor oudere medewerkers heeft een beëindiging van de arbeidsovereenkomst grote financiële gevolgen, waaronder pensioengevolgen. In beginsel stopt de pensioenopbouw na uitdiensttreding, behoudens de eventuele mogelijkheid van een vrijwillige voortzetting van de pensioenopbouw. In beginsel komt de volledige pensioenpremie in dat geval voor rekening van de (ex-)werknemer.

De pensioengevolgen kunnen op verschillende manieren worden gecompenseerd. De meest voor de hand liggende compensatie is toekenning van een beëindigingsvergoeding. Nadeel hiervan is echter dat er in beginsel inhoudingen op de vergoeding verricht moeten worden. Bovendien kan deze compensatie onder omstandigheden als een Regeling Vervroegd Uittreden (RVU) worden aangemerkt. In dat geval wordt de werkgever met een fiscale strafheffing van maar liefst 52% geconfronteerd. Juist tegen deze achtergrond kan het zinvol zijn een andersoortig op maat gesneden compensatie te bieden, bijvoorbeeld door storting van een bedrag ineens in eventuele beschikbare fiscale pensioenruimte.

Een ander veelvoorkomend alternatief is toezegging van het (blijven) voldoen van (het werkgeversdeel van) de pensioenpremie door de werkgever. Bij de formulering van dergelijke specifieke bepalingen is het cruciaal dat niet méér wordt toegezegd dan strikt genomen mogelijk is. Het is bijvoorbeeld niet verstandig voldoening van de pensioenpremie toe te zeggen als vrijwillige voortzetting niet eens mogelijk is. Dat blijkt uit de uitspraak van de kantonrechter Wageningen.

Uitspraak

In de kwestie waarover de kantonrechter Wageningen zich boog had de werk-gever een beëindigingsovereenkomst gesloten met de navolgende clausule:

“Uw pensioen en excedentpremie zullen tot de leeftijd van 65 jaar jaarlijks door Struik Foods worden voldaan, rekening houdend met (eventuele) jaarlijkse CAO-stijgingen, zolang u nog in leven bent. (...)”

De werkgever had dus voldoening van de pensioenpremie tot 65-jarige leeftijd toegezegd. Het probleem was echter dat de pensioenopbouw voor de (basis)-pensioenregeling volgens het pensioenreglement van het bedrijfstakpensioenfonds slechts tot 60 jaar mogelijk was. Alleen de pensioenopbouw voor de excedent-pensioenregeling kon tot 65-jarige leeftijd blijven voortduren. De werknemer stelt in de procedure dat partijen – in afwijking van het pensioenreglement – zijn overeen-gekomen dat de opbouw van ouderdomspensioen is toegezegd tot de 65-jarige leeftijd.

De kantonrechter is vervolgens tot uitleg van de pensioenclausule in de beëindigings-overeenkomst overgegaan. De kantonrechter stelt voorop dat op grond van de tekst van de overeenkomst de werknemer mocht aannemen dat de werkgever de pensioen-premie tot 65 jaar zou doorbetalen. Het verweer van de werkgever dat in de bepaling uitsluitend verwezen wordt naar de excedentpensioenpremie, wordt dus verworpen. Daarnaast speelt ook de partijbedoeling bij de uitleg een rol. In dit kader voert de werkgever aan dat het nooit de bedoeling van partijen is geweest de werknemer in een betere positie te brengen dan in de situatie dat hij bij de werkgever was blijven werken. De kantonrechter concludeert echter dat deze omstandigheid geen grond biedt om uit te gaan van de uitleg zoals die door de werkgever wordt gegeven, mede in het licht van eerdere correspondentie die tussen partijen gevoerd is. Tot slot voert de werkgever aan dat de werknemer diende te begrijpen dat de tekst van de brief niet aldus moest worden opgevat dat de pensioenpremie ook na de 60-jarige leeftijd zou worden doorbetaald, omdat deze bepaling in strijd was met het bij de werknemer bekende pensioenreglement. Ook in dit betoog gaat de kantonrechter, in het licht van

de specifieke omstandigheden, echter niet mee. In dit verband merkt de kantonrechter nog op dat het van groot belang is dat (pensioen)afspraken nauwkeurig worden vastgelegd. Volgens de kantonrechter is de werkgever de meest gerede partij om bij de formulering van de afspraken expliciet aandacht te besteden aan de in het pensioenreglement vervatte onmogelijkheid tot voortzetting van de pensioenopbouw na 60-jarige leeftijd.

Kortom

De uitspraak van de kantonrechter illustreert dat het van belang is dat de pensioen-afspraken helder en eenduidig worden geformuleerd. Werkgevers doen er verstandig aan vóóraf door een pensioenjurist te laten beoordelen of de beoogde pensioen-afpraak (fiscaal)juridisch is toegestaan en past binnen de uitgangspunten in het pensioenreglement. Overleg met de pensioenuitvoerder en/of de fiscus kan hierin behulpzaam zijn. Niet iedere afspraak kan immers door de pensioenuitvoerder worden uitgevoerd en heeft de goedkeuring van de fiscus.

Frederique Hoppers

Telefoon: +31 (0)24 381 31 26

E-mailadres: hoppers@dirkzwager.nl

Pensioen DGA: aanpassing en toekomst

Het DGA-pensioen (in eigen beheer) valt niet onder de Pensioenwet, maar wel onder de ‘gebruikelijke’ fiscale wet- en regelgeving. De directeur-grotaandeelhouder (DGA) van een B.V. wordt fiscaal aangemerkt als een werknemer, met wie een pensioenovereenkomst kan worden gesloten door de vennootschap. Anders dan bij de gewone werknemer, kan de DGA het opgebouwde pensioen in de eigen vennootschap houden, hij is niet verplicht dit onder te brengen bij een externe pensioenuitvoerder.

Aanpassing pensioen voor eind december 2013

Net als de gewone werknemer moet de DGA zijn pensioenafpraak uiterlijk op 31 december 2013 aanpassen aan de vanaf 1 januari 2014 aangescherpte fiscale eisen:

- maximale opbouw van 1,9% (in plaats van 2,0%) bij de eindloonregeling en 2,15% (in plaats van 2,25%) bij de middelloonregeling;
- de fiscale pensioenleeftijd van 65 jaar wordt in één keer verhoogd naar 67 jaar, de pensioenopbouw moet hierop worden aangepast.

Knelpunt DGA-pensioen in eigen beheer

De vennootschap mag jaarlijks ten laste van de fiscale winst een pensioenreserve op de balans opnemen en hieraan toevoegingen doen. Hiervoor gelden fiscale eisen ingevolge de Wet inkomstenbelasting en de Wet op de vennootschapsbelasting. Dit leidt tot fiscale waardering van de opgebouwde pensioenaanspraken in de vennootschap. Hierbij moet rekening worden gehouden met de fiscale rekenrente van tenminste 4%. Er mag geen rekening worden gehouden met toekomstige loon- en prijsstijgingen.

Als gevolg hiervan zijn er vrijwel altijd grote verschillen tussen de fiscale waarde en de bedrijfseconomische of commerciële waarde van de opgebouwde pensioenaanspraken. Onder de commerciële waarde wordt verstaan het bedrag dat de vennootschap aan een verzekeraar zou moeten betalen om het toegezegde pensioen aan te kopen. De laatste jaren is sprake van een aanzienlijk lagere marktrente dan de fiscale rekenrente van tenminste 4%.

Door het verschil tussen de fiscale en commerciële waarde van de opgebouwde pensioenaanspraak, moet de vennootschap als het ware een aanvullende reserve aanhouden ten laste van het Eigen Vermogen. Ten laste van deze aanvullende reserve mogen geen dividenduitkeringen gedaan worden. Indien dit wel gebeurt, leidt dit tot grote fiscale consequenties: de pensioenregeling wordt in zijn geheel fiscaal bovenmatig en progressief belast in box 1 (tegen maximaal 52%), met daarbovenop een revisie-rente, waardoor de totale heffing kan oplopen tot 72%. Daarnaast wordt de waarde van de opgebouwde aanspraken jaarlijks belast in box 3.

Drie toekomstige oplossingsrichtingen

Staatssecretaris Weekers van Financiën heeft in een brief aan de Tweede Kamer van 6 december 2013 drie toekomstscenario's geschetst:

1. Fiscale waardering van de pensioenverplichting op commerciële grondslagen (fiscaal volgt commercieel).
2. Fiscale pensioenverplichting vormt uitgangspunt voor herrekening van de pensioenaanspraken (dit betekent afstempelen).
3. Een geheel nieuw systeem: een fiscale pensioenreserve voor de oude dag.

De eerste twee oplossingsrichtingen wijst Weekers af, ze zijn te kostbaar voor de schatkist. Hij is (groot) voorstander van de derde oplossingsrichting. Als voorwaarde noemt hij dat de vennootschap jaarlijks de mogelijkheid krijgt om een fiscale reserve voor de oude dag van de DGA af te zonderen, mits er dat jaar winst is. Indien er geen winst in dat jaar gemaakt wordt, kan er niet worden gedoteerd. Verder zal er een maximum gesteld worden op een bepaald bedrag, ten hoogste een percentage van de jaarwinst.

Bij deze derde oplossingsrichting zal er geen sprake zijn van een pensioenaanspraak in de zin van de loonbelasting. Op het moment waarop de DGA de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt valt de fiscale reserve vrij ten bate van de winst. Deze vrijval kan worden voorkomen door met de gereserveerde gelden een lijfrente ten behoeve van de DGA aan te kopen (of in geval van diens overlijden de nabestaanden). De lijfrente kan dan worden aangegaan in de vorm van een verzekering of een bankspaarproduct (geblokkeerde spaarrekening of geblokkeerd beleggingsrecht). Wordt geen lijfrente aangekocht, dan zal een revisierente over de belaste vrijval worden berekend. Eigenlijk komt de derde oplossingsrichting neer op een beschikbare premieregeling, waarbij geen aanspraak op een pensioenuitkering wordt toegezegd maar alleen een pot geld wordt gereserveerd, die op de pensioendatum moet worden omgezet in een periodieke pensioenuitkering tegen de dan geldende voorwaarden.

Overgangsrecht

Weekers stelt, dat indien gekozen wordt voor de derde oplossingsrichting, bezien zal moeten worden op welke wijze de tot en met 2013 opgebouwde pensioenaanspraken kunnen worden omgezet. Het invaren van de opgebouwde aanspraak in het nieuwe systeem. Daarbij zal een oplossing gevonden moeten worden voor het hiervoor genoemde knelpunt: verschil tussen de fiscale en commerciële waarde van de pensioenaanspraak.

Wij zullen moeten wachten op concretisering van de plannen van Weekers en het politieke en maatschappelijke debat hierover. Duidelijk is dat het DGA-pensioen in eigen beheer een eigen dynamiek heeft ten opzichte van het gewone werknemers-pensioen. Naar verwachting zal er meer duidelijkheid komen in 2014.

Via deze kennispagina wordt u op de hoogte gehouden.

Henk Hoving

Telefoon: +31 (0)24 381 31 26

E-mailadres: hoving@dirkzwager.nl

Onderscheid pensioenleeftijden bij ontslagvergoeding

Het Hof Amsterdam heeft recent beslist in een zaak tussen een oudere werknemer (geboren vóór 1950) en Hewlett-Packard, dat bij korting van de beëindigingsvergoeding ingevolge een Sociaal Plan in verband met verschillende pensioenrichtleeftijden (62 en 65 jaar) sprake is van een onderscheid naar leeftijd. Boventallige werknemers geboren vóór 1 januari 1950 worden gekort op basis van hun pensioenrichtleeftijd 62 jaar en boventallige werknemers die daarna geboren zijn op basis van hun pensioenrichtleeftijd 65 jaar. Volgens het hof is hiervoor een voldoende objectieve rechtvaardiging aanwezig.

Wet gelijke behandeling

Op grond van artikel 7 lid 1 sub c Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (Wgbl) moet sprake zijn van een legitiem doel. Verder moeten de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Legitiem doel

Het is een legitiem doel te bevorderen dat de voor ontslagvergoedingen beschikbare middelen worden verdeeld onder alle bij dat ontslag betrokkenen en niet (vrijwel) geheel ten goede komen aan de oudere werknemers, die bovendien aanspraak kunnen maken op een overbruggingspensioen (gedurende 62-65 jaar).

Passend en noodzakelijk

De werknemer (met pensioenrichtleeftijd 62 jaar) voerde tevergeefs aan dat hij niet van plan was te stoppen met werken. Het hof oordeelde dat alle door de reorganisatie getroffen werknemers met een pensioenrichtleeftijd van 62 jaar moesten afvloeien, terwijl zij allen vanaf 62 jaar aanspraak hebben op een overbruggingspensioen indien zij niet aan het arbeidsproces deelnemen. Het hof geeft dus alleen een oordeel dat gebaseerd is op de totale groep van boventallige werknemers met een pensioenaanspraak vanaf 62 jaar en een overbruggingspensioen van 62-65 jaar. Kennelijk vindt het Hof dit passend en noodzakelijk, zonder dit verder uit te werken of te concretiseren voor de betreffende werknemer.

Commentaar

In het arrest Andersen van het Hof van Justitie EU van 12 oktober 2010 werd als legitiem doel aanvaard het voorkomen, dat de ontslagvergoeding ten goede komt aan personen die geen nieuwe dienstbetrekking zoeken, maar een vervangingsinkomen in de vorm van een ouderdomspensioen zullen ontvangen. Op grond van deze uitspraak wordt aangenomen dat de enkele mogelijkheid om een overbruggingspensioen te ontvangen geen (objectieve) rechtvaardiging is. Het gaat erom of de betreffende werknemer daadwerkelijk voornemens is te stoppen met werken.

Duidelijke rechtspraak over de hoogte van ontslagvergoedingen van werknemers met verschillende en flexibele pensioenleeftijden is zeer wenselijk. Het oordeel van het hof vind ik in de onderhavige zaak begrijpelijk, redelijk en juist, al had wel wat meer onderbouwing gegeven mogen worden. Met name gaat het hof ten onrechte niet of te weinig in op de redelijkerwijze te verwachten pensioendatum en de individuele wens van de betreffende werknemer dan wel/niet te stoppen met werken.

Belangrijk aspect is verder in iedere concrete situatie te beoordelen of lagere/hogere pensioenrichtleeftijden door de betreffende werknemers zelf betaald zijn of worden. Bij overbruggingspensioen voor werknemers geboren vóór 1 januari 1950 geldt begunstigend overgangsrecht in het kader van de Wet VPL. Dit overbruggingspensioen is en wordt opgebracht door alle werknemers van het bedrijf (of de bedrijfstak) op grond van de beginselen van solidariteit en collectiviteit binnen de pensioenregeling. Deze omstandigheid is naar mijn mening doorslaggevend om aan de eisen van een legitiem doel alsmede passendheid en noodzakelijkheid tegemoet te komen.

Henk Hoving

Telefoon: +31 (0)24 381 31 26

E-mailadres: hoving@dirkzwager.nl

Wijziging pensioen: instemming werknemer vereist

Het gerechtshof Amsterdam besliste op 24 april 2014 in het nadeel van de werkgever. De pensioenafpraak uit 2003 was niet met instemming van de werknemer gewijzigd per 2004. De (rechtsvoorganger van de) werkgever informeerde de werknemer bij brief van 22 november 2003 over de nieuwe pensioenregeling, zij verzocht de ontvangst te bevestigen en aan te geven of de nieuwe pensioenregeling via de pensioenuitvoerder (Nationale Nederlanden) officieel gemaakt kon worden per 1 januari 2004. De wijziging behelsde de overgang van eindloon naar middelloon en een lagere opbouw van 1,25% in plaats van voorheen 1,75% van de pensioengrondslag.

Reactie werknemer

De werknemer reageerde per mail van 4 december 2003 als volgt:

“De gegevens zijn doorgestuurd naar ons accountantskantoor alwaar een deskundige zich over de verstrekte gegevens zal buigen. Zodra wij iets van hem vernemen zal ik verdere gegevens aan u doorgeven (...)”.

Daarna reageerde de werknemer niet meer. Wel zond de uitvoerder (NN) jaarlijks een pensioenoverzicht op basis van de nieuwe pensioenregeling. De werknemer betwistte deze overzichten jaarlijks te hebben ontvangen.

Op 21 oktober 2008 ontving de werknemer een UPO 2008 van NN, waarin melding gemaakt wordt van een opbouwpercentage van 1,25%. In december reageerde de werknemer richting NN dat sprake moet zijn van een opbouwpercentage van 1,75%. Vanaf dat moment begint de discussie en volgt een procedure, eerst bij de rechtbank en daarna bij het hof. Beide instanties wijzen de vorderingen van de werknemer toe. De werkgever moet de per 1 april 1990 gedane eindloontoezegging met een opbouwpercentage van 1,75% nakomen ten opzichte van de werknemer, in het bijzonder door storting van een koopsom ter affinanciering van de uit de pensioenregeling voortvloeiende tijdsevenredige pensioenaanspraken op 31 december 2009, welke koopsom door NN moet worden berekend op basis van het salaris dat gold op 31 december 2009, vermeerderd met de wettelijke rente en kosten.

Overwegingen hof

Het antwoord van de werknemer bij e-mail van 4 december 2003 behelst geen instemming. De werknemer geeft slechts te kennen dat hij een en ander naar zijn accountant had doorgestuurd met het verzoek hiernaar te kijken en daarna er bij de werkgever op terug te komen. Dit laatste is nooit gebeurd. Onder deze omstandigheden had het op de weg van de werkgever gelegen om op enig moment bij de werknemer naar zijn standpunt te informeren en duidelijkheid te verkrijgen. Dit heeft de werkgever nooit gedaan. Het feit dat de werknemer nooit uitdrukkelijk protesteerde tegen de nieuwe pensioenregeling, heeft niet tot gevolg dat hij met de inhoud van de brief heeft ingestemd. Ook de door de werkgever aangevoerde verschillende omstandigheden baten haar niet, zoals:

- uitgebreide informatie over de nieuwe pensioenregeling in het najaar 2003, met inbegrip van de gevolgen hiervan voor de werknemer;
- de werknemer heeft niet binnen een redelijke termijn na 22 november 2003 bezwaar gemaakt;
- de werknemer heeft geen gebruik gemaakt van de geboden mogelijkheid van de werkgever een nadere toelichting over de nieuwe pensioenregeling te krijgen;
- gelet op het opleidingsniveau en de functie van de werknemer mocht van hem worden verwacht dat hij de inhoud en gevolgen van de nieuwe pensioenregeling begreep;
- het door de werknemer bij zijn accountant ingewonnen advies heeft niet geleid tot bezwaar tegen de nieuwe pensioenregeling;
- na 2004 heeft de werknemer periodiek pensioenoverzichten van NN ontvangen, waarin de wijziging van de pensioenregeling was verwerkt.

Deze laatste omstandigheid wordt door werknemer betwist. Hierover overweegt het hof dat deze omstandigheid (indien bewezen) geen afbreuk doet aan het ontbreken van instemming van de werknemer. Deze instemming dient besloten te liggen in een verklaring, maar mogelijk ook in één of meer (eventueel stilzwijgende) gedragingen. Voor het hof zijn de aangevoerde omstandigheden onvoldoende, zowel ieder afzonderlijk als in onderling verband beoordeeld.

Ook geen eenzijdige wijziging

Het hof is het eens met het oordeel van de kantonrechter dat de oude pensioenregeling geen wijzigingsbeding bevat. Daarnaast beslist het hof dat de bevoegdheid tot eenzijdige wijziging van de pensioenregeling zodanig ingrijpend is dat deze niet zonder meer geacht kan worden begrepen te zijn onder de in het oude reglement

bedoelde onvoorziene gevallen, waarin de werkgever een eenzijdige beslissing kan nemen. Dit geldt te meer omdat in hetzelfde reglement al een andere regeling was opgenomen waarvan de werkgever gebruik kon maken, indien zich een ingrijpende wijziging van omstandigheden voordoet, of indien wettelijke of andere pensioenregelingen worden gewijzigd respectievelijk worden ingevoerd.

Reactie

Deze uitspraak bevestigt de grote risico's die een werkgever loopt, indien de arbeidsvoorwaarde pensioen niet op juiste wijze wordt afgesproken en bevestigd. De werkgever mag er niet snel op vertrouwen dat de werknemer impliciet heeft ingestemd. Ook uit gedragingen en omstandigheden aan de zijde van de werknemer mag niet snel afgeleid worden dat deze heeft ingestemd. Dit geldt naar mijn mening extra indien sprake is van een verslechtering van de pensioenregeling. Dan is niet alleen vereist dat op correcte en uitgebreide wijze informatie wordt gegeven over de nieuwe regeling en ook over de (negatieve) gevolgen hiervan voor de individuele werknemers. Het verdient aanbeveling deze informatie ook schriftelijk te geven. Voorts mag stilzwijgende individuele instemming niet snel aangenomen worden. Instemming dient ten minste welbewust gegeven te worden door de werknemer, en in sommige situaties zelfs ondubbelzinnig. Zie hierover mijn bijdrage op deze kennisportal van 18 april 2014.

Henk Hoving

Telefoon: +31 (0)24 381 31 26

E-mailadres: hoving@dirkzwager.nl

Pensioenprobleem voor profvoetballers?

Vorige maand deed de NOS nog verslag van het pensioenprobleem voor sporters. Veel Nederlandse topsporters zijn tijdens hun loopbaan namelijk niet in staat een pensioen op te bouwen. Het basissalaris is soms zo laag dat er geen geld meer resteert om voor het pensioen opzij te zetten. Bovendien bestaat in lang niet alle gevallen een pensioenverplichting, laat staan een overbruggingsregeling die voorziet in een zekere pensioenvoorziening direct nadat de carrière geëindigd is. Hoe slecht is het eigenlijk met onze profvoetballers gesteld?

Natuurlijk, tijdens het succesvolle WK gonst het van de geruchten over de nodige transfers en vliegen de daarmee gemoeide bedragen je om de oren. Tegelijkertijd echter verliest men uit het oog dat voetballers vaak op relatief jonge leeftijd hun carrière moeten eindigen en in dat geval geconfronteerd worden met een enorme inkomensterugval. Dan heb ik het nog niet eens gehad over de nodige scheidingsperikelen die nog wel eens in voetballand willen spelen, wat een voetballer ook het nodige geld kan kosten. In Engeland zijn drie op de vijf voetballers binnen vijf jaar na het einde van hun loopbaan failliet. Is het met onze Nederlandse voetballers, die als contractspelers geregistreerd staan bij de sectie betaald voetbal van de KNVB, ook zo slecht gesteld?

Pensioenregeling betaald voetbal Nederland

Binnen het betaald voetbal Nederland zijn twee specifieke pensioenregelingen gecreëerd waar beroepsvoetballers gebruik van kunnen maken. De eerste regeling wordt ook wel aangeduid met de term “overbruggingsregeling” en komt juist tot uiting vóór de pensioendatum, namelijk direct nadat de speler definitief en wereldwijd met betaald voetbal is gestopt. Op het bruto loon van een voetballer wordt een bijdrage in mindering gebracht voor storting in het deelnemersfonds ten behoeve van deze overbruggingsregeling. Zij kunnen door deze inhouding fiscaal gefaciliteerd pensioen opbouwen in het kader van de overbruggingsregeling.

Bovengenoemde overbruggingsregeling is lang niet altijd zaligmakend. De duur van de overbruggingsregeling is namelijk afhankelijk van het bedrag dat uiteindelijk in het deelnemersfonds (op basis van de gedane bijdragen) zit. De duur kan uiteindelijk

variëren van één maand tot in het uiterste geval 20 jaar. Weinig voetballers in het Nederlands betaald voetbal zullen aan zo'n lange periode toekomen, omdat daarvoor het bedrag in het deelnemersfonds uitzonderlijk hoog dient te zijn. Kortom: weinig voetballers zullen met deze overbruggingsregeling de periode tot AOW-datum/pensioendatum kunnen overbruggen. Een andere kanttekening bij de overbruggingsregeling is de situatie die optreedt bij een echtscheiding. Het gedeelte van het deelnemersfonds dat toe te rekenen is aan de opbouw tijdens de duur van het huwelijk c.q. geregistreerd partnerschap wordt namelijk bij echtscheiding gelijkelijk tussen beide partijen gedeeld.

Naast deze overbruggingsregeling – die in hoofdlijnen wordt uitgevoerd c.q. begeleid door Stichting Contractspelersfonds KNVB (CFK) – nemen de voetballers in beginsel tevens verplicht deel in de verzekerde pensioenregeling bij Nationale Nederlanden, waarbij de regeling onder andere voorziet in een ouderdomspensioen (kapitaal bij leven). Ook hiervoor dient de deelnemer bijdragen te voldoen, welke bijdragen in mindering worden gebracht op het bruto loon (zodat fiscaal voordeel genoten wordt). Het pensioen dat bij deze verzekeraar opgebouwd wordt, komt echter in beginsel pas tot uiting bij het bereiken van de pensioendatum. De voetballers zullen dus nog heel wat jaren moeten wachten voordat ze op deze pensioenpot aanspraak kunnen maken. Een zekere “geruststelling” voor de voetballer: het pensioen dat binnen deze ouderdomspensioenregeling wordt opgebouwd, behelst geen pensioen in de zin van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding. Strikt genomen hoeven deze pensioenen bij scheiding (indien in gemeenschap van goederen is getrouwd) niet verevend te worden, althans niet sec op basis van de genoemde wet.

Tot slot

Natuurlijk zullen de voetballers tijdens deze weergaloze WK-periode niet bezig zijn met hun pensioen. Hun voetbalschoenen verlenen momenteel trouwe dienst en worden voorlopig niet aan de haak gehangen. Toch komt het pensioen voor menig profvoetballer dichterbij dan voor bijvoorbeeld een gemiddelde 55-plusser. George Best sprak ooit met de befaamde woorden: “Ik heb veel geld uitgegeven aan alcohol, vrouwen en snelle auto's. De rest heb ik gewoon verbrast.” Het laat zich slechts raden of Best met deze restcategorie zijn pensioen bedoeld heeft.

Frederique Hoppers

Telefoon: +31 (0)24 381 31 26

E-mailadres: hoppers@dirkzwager.nl

Legal Knowledge Portal

www.legalknowledgeportal.com

Distressed Mergers & Acquisitions

“Distress” generally means that the company is having difficulty dealing with its liabilities. Before a crisis erupts and thoughts turn to formal bankruptcy proceedings, a distressed company may try to mitigate its exposure by seeking amendments or waivers to its credit facilities or debt securities. If those options are not sufficient, then it may take other measures, for example seeking to sell assets as part of its plan to improve its financial condition. These are all out-of-court options. Companies can also undergo other corporate debt restructurings. In these cases, most distressed M&A transactions are structured as asset sales rather than corporate mergers.

Distressed companies can be attractive acquisition targets, as their price often reflects the difficulties the company faces. Purchasing distressed assets and companies carries some dangers and challenges, but also offers more significant opportunities than in non-distressed M&A transactions. A potential purchaser must be focused on identifying distressed sellers and manage the acquisition process minimizing the dangers and maximizing the opportunities.

Signs of distressed M&A

There are many indicators that a company is distressed. Identifying them early on provides a purchaser with a recognizable advantage in buying the distressed assets. In-depth due diligence is an often-used method for discovering distress.

A purchaser should be careful not to misinterpret financial distress that is not only caused by too much debt. This may fool a purchaser into thinking that the company's problems can easily be fixed. Many internal and external factors may also cause financial distress, such as being over-leveraged or poorly managed. A company which has undertaken cost reductions as part of a debt reduction program, such as lay-offs, asset sales, equity offerings or changes in senior management, especially in the finance department, is likely to be a distressed company. Furthermore, a company's capital structure can be an indicator of distress. If a company has had a series of public debts, asset sales and fundraising activities, these may lead to liquidity problems due to too many debt-related restrictions.

It is also important for a purchaser to take a close look at the company's products, its relationships with its customers and suppliers, its know-how, its production costs etc., as all of these, if poorly managed, can lead to financial distress.

To avoid being misled into thinking that a distressed company can be easily turned around, the purchaser must determine the corrective measures required. The better a purchaser understands the reasons for the distress, the better its chances of successfully turning the company around.

The 5 Traps

As it has become increasingly difficult for distressed companies to refinance their existing debts as a consequence of contraction of the capital market, distressed M&A have become more and more common. By purchasing assets from a distressed business, the purchaser bails it out and disburdens the assets from the company's debts.

Distressed M&A transactions present a great risk. Often the seller will not willingly be selling assets but will be forced to do so by senior lenders, making it more difficult to get the deal done. To manage the risk, any potential purchaser evaluating a distressed acquisition should have the following five traps in mind:

1. Implementing the right process

How to implement the sale is one of the most important decisions a purchaser has to make. Many factors will influence this decision: the company's activities and its assets, the seller's need and access to administrative capital in the period prior to closing, the duration of current liens, the belligerence of the company's creditors, and the time available to complete the transaction.

As each transaction is unique, a purchaser should give careful thought to the proper procedural approach, because choosing the wrong approach can obscure the transaction.

2. Negotiations

In contrast to a healthy M&A transaction, a distressed M&A transaction is not only a transaction between a seller and a purchaser. Often the purchaser will be required to negotiate with senior and junior lien holders and lenders, secured and unsecured creditors and a bankruptcy judge, each with their own agenda, which may or may not be consistent with the purchasers' agenda. Dealing with creditors requires a great deal of flexibility on the part of the purchaser.

3. Credit Bidding

It is critical that the purchaser reaches an agreement with the senior lien holders regarding the terms of the sale and that they are involved in the sale process. The senior lien holders will often have initiated the asset-selling process. Furthermore, it is unlikely that the seller can go ahead with the sale without obtaining financing from the senior lenders, whose lack of consent and support would make it unlikely for the sale to go through.

4. Stalking horse Protections

As distressed sales are often market-tested, it is a tremendous advantage for a purchaser to act quickly and become a "stalking horse", with an inside track and an opportunity to shape the sale to protect its interests, to ensure its strategic advantage and to prevent the sale being lost to another bidder.

5. Due diligence

Due diligence must be executed efficiently during a distressed transaction as the purchaser is not given much time, contractual protection nor meaningful rights to compensation. Additionally there is no hold-back or escrow to protect the purchaser from subsequent disputes. The purchaser's focus during due diligence must be on the most critical aspects of the transaction.

Caution

Before entering into an agreement regarding a distressed M&A transaction, the purchaser must exercise caution. In particular, the purchaser should avoid clauses in a confidentiality agreement that prevent the purchaser informing third parties that the sale is being discussed or negotiated. In a distressed M&A situation, the purchaser should ensure it retains the ability to discuss the sale with the seller's creditors and other bidders.

Standstill agreements are often requested by sellers as an attempt to restrain the purchaser from purchasing claims against seller to gain the upper hand in negotiations. This should be resisted by the purchaser, as without claims, it will be unable to object to the sale process.

Purchasers should also avoid signing exclusivity agreements in exchange for the purchasers' agreement to another issue in favor of the seller.

Statistics

The beginning of the credit crisis in mid-2007 increased the number of distressed companies looking to sell assets as part of their plans to improve their financial conditions. However, the crisis made investors reluctant to purchase, which led to an overall reduction in M&A activity. In 2012, global M&A activity by value fell by 2.7% and by 4.7% by number of transactions. Eurozone deals in 2012 accounted for 13.6% of the global M&A market, down from 16.1 % in 2011. 2012 was the worst for Eurozone M&A since 2009, when the financial crisis peaked. Non-Eurozone European M&A accounted for 17.6 % of global M&A, up from 16.4 % in 2011, the highest portion since 2007.

Global PE buyouts (worth USD 254.9 billion) fell to their lowest level in 2012 since 2010. The total value of global insolvency deals in 2012 was USD 17.3 billion (for 344 transactions), which was on a par with 2007, before the crisis. In 2012, Eurozone insolvencies were at their second highest level by deal value since 2004, but fell 6 % compared to 2011.

One-third of global M&A transactions were cross-border, 3 % more than in 2011. Excluding other parts of the world, 40 % of cross-border deal targets were in the US, 40 % in Europe and 20 % in Asia.

The following tables show the top 20 global outbound acquisitions and inbound target markets, and the number of global deals and deal types.

Number of deals for H1 2012:

Total deals: 960

Top 20 global outbound acquisitions

Rank	Country	Volume of deals	Value of deals USDm
1	U.S.	84	69,140
2	Japan	42	34,563
3	UK	40	20,598
4	China	24	20,279
5	Canada	23	16,965
6	France	17	17,849
7	Singapore	13	4,990
8	Germany	12	11,429
9	Sweden	12	4,413
10	Switzerland	10	24,551
11	Hong Kong	8	3,004
12	Netherlands	8	2,258
13	Brazil	6	7,442
14	Denmark	6	2,476
15	Russia	5	4,805
16	Australia	5	4,752
17	Taiwan	5	2,238
18	Norway	5	1,663
19	Luxembourg	5	1,623
20	United Arab Emirates	4	4,457

Top 20 global inbound target markets

Rank	Country	Volume of deals	Value of deals USDm
1	U.S.	65	62,663
2	UK	43	41,486
3	Canada	28	23,764
4	Germany	19	14,319
5	Brazil	16	7,477
6	Australia	15	6,691
7	Italy	14	8,536
8	China	13	5,317
9	India	13	4,296
10	France	11	7,961
11	Israel	8	3,708
12	Poland	8	2,834
13	Belgium	8	1,919
14	Norway	7	5,287
15	Hong Kong	7	4,974
16	Denmark	7	3,889
17	Japan	7	2,856
18	Netherlands	6	9,270
19	Mexico	6	1,895
20	Switzerland	6	1,484

Conclusion

Distressed Mergers and Acquisitions can be attractive purchases, as the price often reflects the financial crises the company faces. As a purchaser interested in distressed mergers and acquisitions, it is crucial to take the correct measures when investigating if a company is financially distressed and to avoid the traps. Once a purchaser understands the company’s financial situation, it will be more aware of what is required to return it to profitability. When closing a transaction, the purchaser should be very careful about signing agreements with the seller.

Western Europe, notably Germany, Netherlands and the UK, has seen some sizable deals, but that has not been enough to counterbalance the crisis in the Eurozone. Deal volume in the US is rather weak, despite strong fundamentals and low interest rates. Investors in the US and China share the same fears and frustrations about European economics, and this is reflected in their deal volume. What the market participants felt in 2012 is confirmed by the statistics. The euro crisis and the continued Eurozone sovereign debt crisis led European entrepreneurs to take a more cautious approach, hesitating before making major investments. This meant that many sellers sold slowly or not at all. Calling a market upturn, though, remains a very tricky business, and depends on the Eurozone crisis being brought to an end.

Lund Elmer Sandager

Denmark
lund-elmer-sandager@legalknowledgeportal.com
www.legalknowledgeportal.com

Guidelines on Internal Governance (GL 44) and the impact on Swedish credit institutions

The European Banking Authority (“EBA”) has published “Guidelines on Internal Governance” (GL 44). EBA’s guidelines aim to strengthen internal governance and control at credit institutions and securities institutions. EBA has focused, for example, on tightening requirements regarding corporate structure; the supervisory authority’s role, duties and responsibilities; information and IT systems; continuity planning; and heightened transparency requirements.

The Swedish Financial Supervisory Authority (FSA) is currently working on implementation of the guidelines, which will be effected by the repeal of the FSA general recommendations (FFFS 2005:1) on governance and control of financial companies for credit institutions. In connection with the rules being repealed, the FSA regulations and general recommendations (FFFS 2014:1) on governance, risk management and control of credit institutions will begin to apply on April 1, 2014 and thus incorporate GL 44 in Sweden. In connection with FFFS 2014:1, the FSA has also established regulations regarding management of operative risks and management of IT systems at credit institutions.

The new FSA regulations stipulate stricter requirements for continuity planning within the business. The idea is that the credit institutions are to draw up contingency plans that ensure that the business can be operated on an ongoing basis, uninterrupted, and limit the impact in the event of serious disruptions. As a result, the institutions have to analyze their exposure to potential disruptions and risks and devise solutions for the situations where problems may arise.

The FSA regulations also lay down more exacting requirements as to regulation of institutions out-sourcing of activities, a higher level of risk management (including that every institution must have a separate risk management function in place) and a demand that the institutions’ IT systems comply with generally used and widely accepted IT standards.

Furthermore, credit institutions needs to review existing internal guidelines and adapt them to the FSA regulations. They will also need to inform the Board of directors about imminent changes in the organisation and that the Board’s members need to be fully aware of risks associated with the business and more involved in day-to-day operations.

Hökerberg & Söderqvist

Sweden

hokerberg-soderqvist@legalknowledgeportal.com

www.legalknowledgeportal.com

No rooms left!?

Online availability of hotel rooms and advertising law in Europe

Nowadays, it is very common for consumers to book hotel rooms on booking sites. The offer is overwhelming. It is easy to find a quaint little hotel in, say, downtown Amsterdam. Some would even say that it is fun to compare hotels via the internet. Operating an online booking site is big business, which is why online travel agents go to great lengths to keep consumers on their websites. They tend to create a virtual scarcity, by telling consumers that no more rooms are available or that there is only one room left in a particular hotel. The question is whether these practices are in accordance with European consumer law.

'No room available...'

In France, the Paris Commercial Court had to decide whether or not the message "there is no room available during the selected period" on hotels.com, expedia.fr and tripadvisor constituted a misleading commercial practice. In its judgment of 11 October 2011, the Court ruled that the average consumer will not make a distinction between rooms offered on a booking site and by the hotel itself. It was not disputed that the information on the respective websites did not reflect the real situation regarding the availability of a certain Parisian hotel. It was also not disputed that this situation applied to other hotels. According to the Court, it was not proven by Expedia et al. that consumers familiar with international booking systems understand that the contested message only concerns the availability on the particular booking site and not the actual availability of the hotel in question. Consequently, the Court ruled that the contested communication constitutes a misleading commercial practice.

'We have only 1 room left!'

In the Netherlands, Max Kohnstamm, a marketing expert, complained to the Advertising Code Committee that Booking.com was misleading average consumers when using the advertising texts: "We have only 1 room left!" and "Only 1 room left at € [price]".

In its decision of 24 April 2014, the Advertising Code Committee first decided that Booking.com must be held accountable for the contested communication on its website. Each particular hotel decides the supply of hotel rooms at a certain price on Booking.com's website. However, it is Booking.com's decision to set up its website in such a way that the contested communication (automatically) appears if the supply that the hotel makes available via Booking.com's website gives reason to do so.

Subsequently, the Advertising Code Committee considered it not adequately clear to the average consumer that the contested communication on Booking.com's website about the availability of hotel rooms offered at a certain price only relates to the supply that the particular hotel has made available via Booking.com's website. In fact, there may be a larger supply of hotel rooms than shown on this website. After all, it cannot be ruled out that the same accommodation may also be made available via other channels. Consequently, the Advertising Code Committee ruled that the texts constitute misleading advertising.

Booking.com lodged an appeal with the Appeals Board of the Advertising Code Committee. On 4 July 2014 the Appeals Board upheld the decision of the Advertising Code Committee, disallowing Booking.com's appeal.

European advertising law

What do the judgment of the Paris Commercial Court and the decision of the Dutch Advertising Code Committee have in common?

The Paris Commercial Court ruled that the message on hotels.com, expedia.fr and tripadvisor was a misleading commercial practice in the sense of article L.121-1 of the Code de la consommation. This article is the implementation of article 6 of the European Unfair Commercial Practices Directive. In the Netherlands, this article is implemented in article 6:193c of the Dutch Civil Code and section 8.2 of the Dutch Advertising Code (the wording of both legal provisions is virtually the same). It was section 8.2 of the Dutch Advertising Code that Booking.com violated according to the Dutch Advertising Code Committee.

What is interesting is that in both cases the use of the contested messages or advertisement texts was found misleading because they de facto violated the same prohibition originating from the European Unfair Commercial Practices Directive. This means that both the judgment of the Paris Commercial Court and the decisions of the Dutch Advertising Code Committee and its Board of Appeal are relevant for online commercial communication in all EU member states.

”best price guarantee”

To top this off, at the end of last year, the Bundeskartellamt (the German national competition authority) decided against HRS (Hotel Reservation Service, a German online travel agent), that price parity clauses in contracts, which online travel agents demand of the hotels, concerning the online offer of hotel rooms – also referred to as “best price guarantee” – may even prevent consumers from looking any further for a different offer for hotel rooms on the internet. After all, because of the best price guarantee, consumers believe that they have been presented with the “best offer” on the booking site they are visiting. Although the Bundeskartellamt’s decision was not given under the European Unfair Commercial Practices Directive, it is nonetheless relevant, as it shows that price parity clauses can reinforce the misleading practice ascertained by both the Paris Commercial Court and Dutch Advertising Code Committee. What is surprising is that neither the Parisian Court nor the Dutch Committee paid any attention to the effect of price parity in their decisions.

Conclusions

The European legislation and case law on unfair commercial practises is aimed at protecting European consumers from misleading advertisements. This protection clearly also extends to the internet. Because websites can be accessed worldwide, online travel agents around the globe – especially those targeting consumers in Europe – may want to think twice before creating virtual scarcity for online sales purposes. Seen this way, European consumers will certainly benefit from the protection offered by the European Unfair Commercial Practices Directive and the case law discussed above. Possibly, consumers worldwide will benefit too...

Dirkzwager advocaten & notarissen

The Netherlands

info@dirkzwager.nl

www.legalknowledgeportal.com

Copyright and the selfie

In the ever transitioning world of copyright law, issues surrounding the selfie have recently taken center stage. The latest dispute involves a selfie taken by a monkey who, in 2011 in Indonesia, grabbed wildlife photographer David Slater’s camera to snap a wide-smiling image of itself. Wikipedia subsequently placed the image in Wikimedia Commons, the area of Wikipedia that holds open-source material. Slater then requested that the photo be removed as he was the copyright owner and Wiki refused. You can visit Mr. Slater’s webpage for additional examples of his work here.

Wikimedia stated to the Huffington Post in response to the controversy “We didn’t think the monkey owned the copyright – instead, our assessment was that there’s no one who owns the copyright. That means that the image falls into the public domain.”

It appears that the US Copyright Office agrees with Wiki’s analysis. Two weeks after the controversy broke, the agency issued a 1,222 page draft compendium analyzing federal copyright law in which it stated “The Office will not register works produced by nature, animals, or plants.” Within Chapter 300, which outlines the “Human Authorship Requirement,” the Office noted that copyright law protects “the fruits of intellectual labor” that are “founded in the creative powers of the mind.” A photograph taken by a monkey was specified in the list of examples NOT protected.

A similar ownership issue surrounding the selfie has also arisen in the context of the Ellen DeGeneres group selfie taken at this year’s Oscars and posted on Twitter. The photo, taken in the audience during the ceremony, quickly became the most tweeted photo of all time and DeGeneres later granted the Associated Press permission to share the photo for editorial purposes to subscribers of AP’s photo service. But legal scholars noted that DeGeneres may not be the actual owner of the copyright. As Bradley Cooper technically pressed the button, he could arguably be the copyright owner given the courts view historically that pressing the shutter created ownership.

Should Cooper attempt to stake a claim, DeGeneres could have an argument based on *Brod v. General Publishing Group*, 2002 U.S. App. LEXIS 2544 (9th Cir. Feb. 15, 2002). In *Brod*, a photographer sued a book author for using his photographs without permission. The court found however, that the book author was a co-owner since his

contributions to the process were “sufficiently original and expressive.”
The copyrightable expressions in Brod included selection and arranging of subject matter, composition, camera angle and lighting.

As Bradley Cooper is unlikely to assert a copyright claim, the incident currently serves only as an interesting hypothetical. However, as technology advances, issues over authorship in the photography/video context will likely arise again as physical snapping of the shutter is no longer required to produce artistic works.

USLAW

Cara Disheroon
United States of America
uslaw@legalknowledgeportal.com
www.legalknowledgeportal.com

The UK's new Small Business, Enterprise and Employment Bill: Transparency is nothing to be scared of

The Small Business, Enterprise and Employment Bill (the Enterprise Bill) was introduced to Parliament shortly before the summer recess. The bill will enter its Commons Committee stage during October. Subject to the will of Parliament, the Government intends it to be passed into law before the May 2015 General Election, but key provisions will not come into force for at least a year.

The stated overriding objectives of the Enterprise Bill are to: make it easier for small and medium sized businesses to grow in the UK; attract further investment into the British economy; and strengthen Britain's global recognition as a great place to do business, founded on trust and integrity. The Enterprise Bill includes provisions to increase the transparency of company ownership and control. The Enterprise Bill also changes some company filing requirements, including improving the accuracy of public records.

Transparency & Trust

In July 2013, the UK Department for Business Innovation & Skills (BIS) launched its major consultation Transparency & Trust: Enhancing the Transparency of UK Company Ownership and Increasing Trust in UK Business. The consultation was launched by the Business Secretary, Dr Vince Cable in conjunction with the British Prime Minister making a personal commitment at the Lough Erne G8 summit to create greater transparency as to UK corporate ownership through a new obligation to be placed on most UK companies to hold a public register of beneficial owners.

The Enterprise Bill contains complex provisions which will lead to both the creation of registers of persons with significant control over most companies (PSCs) and the creation of a central register at Companies House. It is clear that the system proposed will be complex and require significant secondary legislation.

Obligation placed on companies

Subject to certain exemptions (notably group companies and those companies subject to the FCA's DTR 5 (including Officially Listed and AIM companies)), companies will need to obtain information as to all persons ultimately holding or controlling 25 per cent. of its shares, whether through voting rights or other influence. In almost all cases, PSCs will be natural persons. Persons contacted by the company will need to respond and will be liable to conviction if they fail to do so.

The information which will need to be held on a PSC register:

- name
- service address
- country or state of residence (including the part of the UK)
- nationality
- date of birth/incorporation
- usual address

Once a company has obtained information it believes to be accurate in relation to its PSCs that company will need to enter the same into its PSC register. The PSC register will only be as accurate as the information provided. Generally the company will not need to verify this information. However, it is important to recognise that, the Enterprise Bill regime is additional to the EU anti-money laundering regulations and the two regimes are not fully integrated.

The PSC register regime fails to deliver genuine transparency as to company ownership

Notwithstanding its objectives, the manner in which BIS is seeking to structure the PSC register regime will fail to deliver true transparency. Any central register will not be comprehensive. The exemptions for group companies means that an interested party will still need to track up through a group structure in order to identify the ultimate controllers. Companies are already obliged to make disclosure in their annual accounts of ultimate controlling parties. BIS could have simply extended this obligation to look beyond legal ownership into beneficial control with the current Part 22 Companies Act 2006 identification regime for public companies being extended to all. The complexity of the PSC register does seem to run contrary to the transparency objective of the Enterprise Bill.

Conclusion

The new law will contain a lot of complexity which companies will need to get used to. Companies (and investors) will need to understand the new procedures as soon as possible and work together to deliver an efficient adoption of the new regime. BIS's own impact assessment recognises that these measures will cost the government no more than £300,000 a year to establish and maintain but will cost business over £500 million in year one and almost £80 million each year thereafter: this will hit privately owned businesses hardest and does not appear compatible with a desire to support business growth.

Wedlake Bell

United Kingdom
wedlakebell@legalknowledgeportal.com
www.legalknowledgeportal.com

Maak kennis met **Dirkzwager**
advocaten & notarissen

Advocatuur Arnhem

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

Notariaat Arnhem

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

Advocatuur Nijmegen

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

Notariaat Nijmegen

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

E info@dirkzwager.nl
I www.dirkzwager.nl