

Arbeidsrecht

167
Hof van Justitie EU 11 september 2014, nr. C-328/13 (mr. Bay Larsen, mr. Safjan, mr. Malenovský, mr. Prechal, mr. Jürimäe) Noot A.R. Houweling
Overgang van onderneming. Overgang van cao. Nawerking. Scattolon. Parkwood.
Nawerkende cao gaat mee over krachtens art. 3 lid 3 Richtlijn Overgang van onderne- ming.
[CAO art. 14a; Richtlijn 2001/23/EG]

Gewerkschaftsbund en de Wirtschaftskammer hebben namens een onderneming die deel uitmaakt van een concern in de luchtvaartsector (hierna: 'moedermaatschappij') een collectieve overeenkomst gesloten die van toepassing was op alle luchtvaartmaatschappijen van het concern die niet uitsluitend regionaal vervoer verzorgen (hierna: 'collectieve overeenkomst van de moedermaatschappij'). De Gewerkschaftsbund en de Wirtschaftskammer sloten ook nog een specifieke collectieve overeenkomst voor een dochteronderneming van het concern (hierna: 'collectieve overeenkomst van de dochteronderneming'). Om exploitatieverliezen goed te maken besliste de moedermaatschappij op 30 april 2012 haar luchtvaartactiviteiten vanaf 1 juli 2012 bij die dochteronderneming onder te brengen door middel van een overdracht van vestiging, zodat de bij die activiteiten betrokken werknemers zouden vallen onder de voorwaarden van de collectieve overeenkomst van de dochteronderneming, die minder gunstig waren dan de voorwaarden waarin de collectieve overeenkomst van de moedermaatschappij voorzag. In die samenhang beëindigde de Wirtschaftskammer laatstgenoemde overeenkomst met werking vanaf 30 juni 2012, waarna de Gewerkschaftsbund met werking vanaf dezelfde datum de collectieve overeenkomst van de dochteronderneming beëindigde. Na de beëindiging van die overeenkomsten paste de nieuwe werkgever van de overgegangene werknemers, dat wil zeggen de dochteronderneming, eenzijdig ondernemingsrichtsnoeren toe waardoor de arbeidsvoorwaarden en het salaris van die werknemers aanzienlijk verslechterden. Voor de verwijzende rechter stelt de Gewerkschaftsbund dat, aangezien de dochteronderneming niet langer beschikte over een geldende collectieve overeenkomst, overeenkomstig de in § 13 ArbVG vervatte regel inzake de handhaving van de rechtsgevolgen de – eveneens beëindigde – collectieve overeenkomst van de moedermaatschappij van toepassing moest blijven op alle overgegangene werknemers. Het desbetreffende artikel luidt: "De rechtsgevolgen van de collectieve overeenkomst blijven na beëindiging ervan voor de arbeidsbetrekkingen die direct vóór de beëindiging ervan daaronder vielen, gelden totdat voor deze arbeidsbetrekkingen een nieuwe collectieve overeenkomst in werking treedt of met de betrokken werknemers een nieuwe individuele overeenkomst wordt gesloten". En lid 4 luidt: "Na de overgang handhaaft de verkrijger de in een collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden in dezelfde mate als in deze overeenkomst vastgesteld voor de vervreemder, tot op het tijdstip waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of afloopt, of waarop een andere collectieve overeenkomst in werking treedt of wordt toegepast. De arbeidsvoorwaarden mogen niet ten nadele van de werknemers door een individuele arbeidsovereenkomst binnen een jaar na de bedrijfsover-

gang worden ingetrokken of beperkt". Naar Oostenrijks recht maken cao-afspraken geen deel uit van de individuele arbeidsovereenkomst. De Wirtschaftskammer is daarentegen van mening dat de verkrijger niet verplicht is een collectieve overeenkomst in acht te nemen die reeds is beëindigd of afgelopen op de datum waarop de onderneming overgaat. Bij overgang van een vestiging kan slechts de collectieve overeenkomst zelf van toepassing blijven op de verkrijger. De verwijzende rechter geeft aan dat de uitkomst van het bij hem aanhangige geding afhangt van het antwoord op de vraag of de handhaving van de rechtsgevolgen van een collectieve overeenkomst na beëindiging ervan, waarin § 13 ArbVG voorziet teneinde het ontbreken van een collectieve overeenkomst te verhelpen en ieder belang weg te nemen dat bij het teweegbrengen van een situatie zonder een dergelijke overeenkomst zou kunnen bestaan, een collectieve overeenkomst in de zin van art. 3 lid 3 van Richtlijn 2001/23 is. Hij voegt daaraan toe dat de bewering van de Gewerkschaftsbund dat de moedermaatschappij zich schuldig heeft gemaakt aan rechtsmisbruik, pas kan worden beoordeeld nadat is verduidelijkt wat de rechtsgevolgen van de overgang van een vestiging of van de beëindiging van de collectieve overeenkomsten precies zijn.

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of art. 3 lid 3 van Richtlijn 2001/23 aldus moet worden uitgelegd dat arbeidsvoorwaarden die bij collectieve overeenkomst zijn vastgesteld en naar het recht van een lidstaat, ondanks de beëindiging van die overeenkomst, nawerken ten aanzien van de arbeidsbetrekkingen die direct vóór de beëindiging ervan daaronder vielen, totdat voor deze arbeidsbetrekkingen een nieuwe collectieve overeenkomst in werking treedt of met de betrokken werknemers een nieuwe individuele overeenkomst wordt gesloten, "in een collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden" in de zin van die bepaling zijn. Art. 3 lid 3 van Richtlijn 2001/23 beoogt niet een collectieve overeenkomst als zodanig te handhaven, maar wél de 'arbeidsvoorwaarden' die daarin zijn vastgelegd. Zoals de advocaat-generaal in punt 41 van zijn conclusie heeft aangegeven, verlangt art. 3 lid 3 van die richtlijn dat de bij collectieve overeenkomst vastgestelde arbeidsvoorwaarden worden gehandhaafd, zonder dat de specifieke oorsprong van de toepassing ervan doorslaggevend is. Bij collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden vallen bijgevolg in beginsel onder art. 3 lid 3 van Richtlijn 2001/23, ongeacht de techniek die wordt gebruikt om die arbeidsvoorwaarden van toepassing te maken op de betrokkenen. In dit verband is het voldoende dat dergelijke voorwaarden in een collectieve overeenkomst zijn vastgelegd en de vervreemder en de overgegangene werknemers daadwerkelijk binden. Derhalve kunnen bij collectieve overeenkomst vastgestelde arbeidsvoorwaarden niet worden geacht buiten de werkingssfeer van die bepaling te vallen op de enkele grond dat zij van toepassing zijn op de betrokkenen ingevolge een regel als die in het hoofdgeding, die voorziet in de handhaving van de rechtsgevolgen van een collectieve overeenkomst. In omstandigheden als die in het hoofdgeding wordt deze uitlegging bevestigd door het doel van Richtlijn 2001/23, dat erin bestaat te verhinderen dat de bij de overgang betrokken werknemers uitsluitend ten gevolge van deze overgang in een minder gunstige positie komen te verkeren (zie in die zin arrest Scattolon, Cā 108/10, ECLI:EU:C:2011:542, punt 75 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zoals de advocaat-generaal in punt 53 van zijn conclusie heeft uiteengezet, beoogt een regel als die in het hoofdgeding, die voorziet in de handhaving van de rechtsgevolgen van een collectieve overeenkomst, in het belang van de werknemers een plotselinge breuk te vermijden van het rechtskader dat wordt gevormd door de collectieve overeenkomst die de arbeidsbetrekking beheerst. Zouden de aan die regel onderworpen arbeidsvoorwaarden buiten de werkingssfeer van art. 3 lid 3 van Richtlijn 2001/23 vallen, dan zou de overgang op zich al het effect

veroorzaken dat die regel net wil voorkomen. Diezelfde uitlegging is bovendien in overeenstemming met het doel van Richtlijn 2001/23, dat erin bestaat een billijk evenwicht te verzekeren tussen de belangen van de werknemers en die van de verkrijger, en waaruit met name volgt dat de verkrijger de aanpassingen en veranderingen moet kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt (zie in die zin arrest *Alemo-Herron e.a.*, Cā 426/11, ECLI:EU:C:2013:521, punt 25). Een regel als die in het hoofdgeding, die voorziet in de handhaving van de rechtsgevolgen van een collectieve overeenkomst, heeft immers een beperkte werking, aangezien de rechtsgevolgen van een collectieve overeenkomst slechts behouden blijven voor de arbeidsbetrekkingen die direct vóór de beëindiging ervan daaronder vielen, en totdat voor deze arbeidsbetrekkingen een nieuwe collectieve overeenkomst in werking treedt of met de betrokken werknemers een nieuwe individuele overeenkomst wordt gesloten. In die omstandigheden blijkt niet dat een dergelijke regel de verkrijger belet de aanpassingen en veranderingen door te voeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt. Gelet op een en ander moet op de eerste vraag worden geantwoord dat art. 3 lid 3 van Richtlijn 2001/23 aldus moet worden uitgelegd dat arbeidsvoorwaarden die bij collectieve overeenkomst zijn vastgesteld en naar het recht van een lidstaat, ondanks de beëindiging van die overeenkomst, nawerken ten aanzien van de arbeidsbetrekkingen die direct vóór de beëindiging ervan daaronder vielen, totdat voor deze arbeidsbetrekkingen een nieuwe collectieve overeenkomst in werking treedt of met de betrokken werknemers een nieuwe individuele overeenkomst wordt gesloten, “in een collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden” in de zin van die bepaling zijn.

906

“Prejudiciële verwijzing – Richtlijn 2001/23/EG – Behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen – Verplichting voor de verkrijger om de in een collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden te handhaven tot de inwerkingtreding van een andere collectieve overeenkomst – Begrip collectieve overeenkomst – Nationale wettelijke regeling volgens welke een beëindigde collectieve overeenkomst nawerkt tot de inwerkingtreding van een andere overeenkomst”

In zaak C 328/13,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Oberste Gerichtshof (Oostenrijk) bij beslissing van 28 mei 2013, ingekomen bij het Hof op 17 juni 2013, in de procedure

Österreichischer Gewerkschaftsbund

Tegen

Wirtschaftskammer Österreich – Fachverband Autobus-, Luftfahrt- und Schifffahrtsunternehmen,

wijst

Het Hof (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: L. Bay Larsen, kamerpresident, M. Safjan, J. Malenovský, A. Prechal (rapporteur) en K. Jürimäe, rechters,

advocaat-generaal: P. Cruz Villalón,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

– de Österreichischer Gewerkschaftsbund, vertegenwoordigd door R. Gerlach, Rechtsanwältin,

– de Wirtschaftskammer Österreich – Fachverband Autobus-, Luftfahrt- und Schifffahrtsunternehmen, vertegenwoordigd door K. Körber-Risak, Rechtsanwältin,

– de Duitse regering, vertegenwoordigd door T. Henze en K. Petersen als gemachtigden,

– de Griekse regering, vertegenwoordigd door E. M. Mamouna en M. Tassopoulou als gemachtigden,

– de Europese Commissie, vertegenwoordigd door J. Enegren en F. Schatz als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 3 juni 2014,

het navolgende

HvJ EU:

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (PB L 82, blz. 16).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen de Österreichischer Gewerkschaftsbund (Oostenrijks vakverbond; hierna: “Gewerkschaftsbund”) en de Wirtschaftskammer Österreich – Fachverband Autobus-, Luftfahrt- und Schifffahrtsunternehmen (Oostenrijkse kamer van koophandel – Beroepsvereniging van autobus-, luchtvaart- en scheepvaartondernemingen; hierna: “Wirtschaftskammer”) betreffende de handhaving van de rechtsgevolgen van een beëindigde collectieve overeenkomst bij overgang van een vestiging.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3 Artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/23 bepaalt:

“Na de overgang handhaaft de verkrijger de in een collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden in dezelfde mate als in deze overeenkomst vastgesteld voor de vervreemder, tot op het tijdstip waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of afloopt, of waarop een andere collectieve overeenkomst in werking treedt of wordt toegepast.

De lidstaten kunnen het tijdvak waarin de arbeidsvoorwaarden moeten worden gehandhaafd beperken, mits dit tijdvak niet korter is dan één jaar.”

Oostenrijks recht

4 § 8 van het Arbeitsverfassungsgesetz (wet inzake de arbeidsbetrekkingen en bedrijfsorganisatie, BGBl. 22/1974) luidde in de versie die ten tijde van de feiten van het hoofdgeding van toepassing was (hierna: “ArbVG”) als volgt:

“Binnen de territoriale, materiële en personele werkingsfeer van een collectieve overeenkomst zijn, indien niet anders wordt bepaald, de partijen:

1. de werkgevers en de werknemers die bij het sluiten van de collectieve overeenkomst lid waren van de bij de collectieve overeenkomst betrokken partijen, of later daarvan lid werden;

2. de werkgevers op wie de vestiging of een onderdeel van de vestiging van een van de in lid 1 bedoelde werkgevers overgaat; [...]

5 § 13 ArbVG bepaalt:

“De rechtsgevolgen van de collectieve overeenkomst blijven na beëindiging ervan voor de arbeidsbetrekkingen die direct vóór de beëindiging ervan daaronder vielen, gelden totdat voor deze arbeidsbetrekkingen een nieuwe collectieve overeenkomst in werking treedt of met de betrokken werknemers een nieuwe individuele overeenkomst wordt gesloten.”

6 § 4, lid 1, van het Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (wet tot aanpassing van de bepalingen inzake arbeidsovereen-

komsten, BGBl. 459/1993) bepaalt in de op de feiten van het hoofdgeding toepasselijke versie:

“Na de overgang handhaaft de verkrijger de in een collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden in dezelfde mate als in deze overeenkomst vastgesteld voor de vervreemder, tot op het tijdstip waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of afloopt, of waarop een andere collectieve overeenkomst in werking treedt of wordt toegepast. De arbeidsvoorwaarden mogen niet ten nadele van de werknemers door een individuele arbeidsovereenkomst binnen een jaar na de bedrijfsovergang worden ingetrokken of beperkt.”

7 De verwijzende rechter preciseert dat, naar Oostenrijks recht, de collectieve overeenkomst in beginsel geen bestanddeel van de arbeidsovereenkomst wordt, maar er gevolgen voor heeft zoals een wet.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

8 Zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, kan de Wirtschafskammer haar leden-ondernemingen vertegenwoordigen met het oog op het sluiten van collectieve overeenkomsten. In deze samenhang sloten de Gewerkschaftsbund en de Wirtschafskammer namens een onderneming die deel uitmaakt van een concern in de luchtvaartsector (hierna: “moedermaatschappij”) een collectieve overeenkomst die van toepassing was op alle luchtvaartmaatschappijen van het concern die niet uitsluitend regionaal vervoer verzorgen (hierna: “collectieve overeenkomst van de moedermaatschappij”).

9 De Gewerkschaftsbund en de Wirtschafskammer sloten ook nog een specifieke collectieve overeenkomst voor een dochteronderneming van het concern (hierna: “collectieve overeenkomst van de dochteronderneming”).

10 Om exploitatieverliezen goed te maken besliste de moedermaatschappij op 30 april 2012 haar luchtvaartactiviteiten vanaf 1 juli 2012 bij die dochteronderneming onder te brengen door middel van een overdracht van vestiging, zodat de bij die activiteiten betrokken werknemers zouden vallen onder de voorwaarden van de collectieve overeenkomst van de dochteronderneming, die minder gunstig waren dan de voorwaarden waarin de collectieve overeenkomst van de moedermaatschappij voorzag. In die samenhang beëindigde de Wirtschafskammer laatstgenoemde overeenkomst met werking vanaf 30 juni 2012, waarna de Gewerkschaftsbund met werking vanaf dezelfde datum de collectieve overeenkomst van de dochteronderneming beëindigde. Na de beëindiging van die overeenkomsten paste de nieuwe werkgever van de overgegangene werknemers, dat wil zeggen de dochteronderneming, eenzijdig ondernemingsrichtsnoeren toe waardoor de arbeidsvoorwaarden en het salaris van die werknemers aanzienlijk verslechterden.

11 Voor de verwijzende rechter stelt de Gewerkschaftsbund dat, aangezien de dochteronderneming niet langer beschikte over een geldende collectieve overeenkomst, overeenkomstig de in § 13 ArbVG vervatte regel inzake de handhaving van de rechtsgevolgen de – eveneens beëindigde – collectieve overeenkomst van de moedermaatschappij van toepassing moest blijven op alle overgegangene werknemers.

12 De Wirtschafskammer is daarentegen van mening dat de verkrijger niet verplicht is een collectieve overeenkomst in acht te nemen die reeds is beëindigd of afgelopen op de datum waarop de onderneming overgaat. Bij overgang van een vestiging kan slechts de collectieve overeenkomst zelf van toepassing blijven op de verkrijger.

13 De verwijzende rechter geeft aan dat de uitkomst van het bij hem aanhangige geding afhangt van het antwoord op de vraag of de handhaving van de rechtsgevolgen van een collectieve

overeenkomst na beëindiging ervan, waarin § 13 ArbVG voorziet teneinde het ontbreken van een collectieve overeenkomst te verhelfen en ieder belang weg te nemen dat bij het teweegbrengen van een situatie zonder een dergelijke overeenkomst zou kunnen bestaan, een collectieve overeenkomst in de zin van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/23 is. Hij voegt daaraan toe dat de bewering van de Gewerkschaftsbund dat de moedermaatschappij zich schuldig heeft gemaakt aan rechtsmisbruik, pas kan worden beoordeeld nadat is verduidelijkt wat de rechtsgevolgen van de overgang van een vestiging of van de beëindiging van de collectieve overeenkomsten precies zijn.

14 Daarop heeft het Oberste Gerichtshof (hoogste rechterlijke instantie) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

“1) Moet de formulering van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/23, volgens hetwelk de in een collectieve overeenkomst vastgelegde en bij de vervreemder geldende ‘arbeidsvoorwaarden’ ‘in dezelfde mate’ ‘tot op het tijdstip waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of afloopt’ moeten worden gehandhaafd, aldus worden uitgelegd dat daaronder ook arbeidsvoorwaarden vallen die bij collectieve overeenkomst zijn vastgesteld en naar nationaal recht, ondanks de beëindiging ervan, onbeperkt in de tijd nawerken zolang geen andere collectieve overeenkomst in werking treedt of de betrokken werknemers geen nieuwe individuele overeenkomsten hebben gesloten?

2) Moet artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/23 aldus worden uitgelegd dat onder de toepassing van ‘een andere collectieve overeenkomst’ van de verkrijger ook de nawerking van de eveneens beëindigde collectieve overeenkomst van de verkrijger in de hierboven gestelde zin moet worden verstaan?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Ontvankelijkheid

15 De Wirtschafskammer stelt dat de prejudiciële vragen niet-ontvankelijk zijn. Ten eerste betreffen zij niet de uitlegging of de geldigheid van het Unierecht, maar uitsluitend nationale rechtskwesties of vragen inzake de toepassing van het Unierecht.

16 Ten tweede zijn de prejudiciële vragen niet relevant voor de beslechting van het geding, aangezien er sprake is van een hypothetische feitelijke situatie, nu er nog altijd geen duidelijkheid bestaat over de prealabele vraag of er al dan niet een overgang van vestiging heeft plaatsgevonden en het bewijs van het loonverlies dat de overgegangene werknemers zouden hebben geleden, niet is geleverd na een procedure op tegenspraak, waarin de Wirtschafskammer door de verwijzende rechter is gehoord.

17 Dienaangaande zij in herinnering geroepen dat een verzoek van een nationale rechter om een prejudiciële beslissing slechts niet-ontvankelijk kan worden verklaard wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een zinvol antwoord te geven op de prejudiciële vragen (zie met name arrest Belvedere Costruzioni, C 500/10, EU:C:2012:186, punt 16 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

18 Wat het eerste argument van de Wirtschafskammer betreft, kan worden volstaan met de vaststelling dat de prejudiciële vragen reeds blijkens de bewoordingen ervan betrekking hebben op de uitlegging van het Unierecht en met name van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/23.

19 Wat het tweede argument van de Wirtschafskammer betreft, moet worden geconstateerd dat de omstandigheid dat feiten-

kwesties tot dusver niet zijn behandeld tijdens een contradictoire procedure van bewijsvoering een van de specifieke kenmerken van de procedure voor de verwijzende rechter is. Het Hof heeft reeds geoordeeld dat die kenmerken als zodanig er niet toe leiden dat een in het kader van die procedure gestelde prejudiciële vraag niet-ontvankelijk is (zie in die zin arrest Österreichischer Gewerkschaftsbund, C 195/98, EU:C:2000:655, punt 29).

20 De prejudiciële vragen zijn bijgevolg ontvankelijk.

Ten gronde

Eerste vraag

21 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/23 aldus moet worden uitgelegd dat arbeidsvoorwaarden die bij collectieve overeenkomst zijn vastgesteld en naar het recht van een lidstaat, ondanks de beëindiging van die overeenkomst, nawerken ten aanzien van de arbeidsbetrekkingen die direct vóór de beëindiging ervan daaronder vielen, totdat voor deze arbeidsbetrekkingen een nieuwe collectieve overeenkomst in werking treedt of met de betrokken werknemers een nieuwe individuele overeenkomst wordt gesloten, "in een collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden" in de zin van die bepaling zijn.

22 In dit verband zij erop gewezen dat richtlijn 2001/23 het betrokken gebied slechts gedeeltelijk wil harmoniseren, doordat zij in wezen bepaalt dat de bescherming die de werknemers autonoom aan het recht van de verschillende lidstaten ontleen, wordt uitgebreid tot het geval van een overgang van onderneming. Met de richtlijn wordt niet beoogd, een uniforme bescherming voor de hele Unie op basis van gemeenschappelijke criteria in te voeren (zie met name arresten Collino en Chiappero, C 343/98, EU:C:2000:441, punt 37, en Juuri, C 396/07, EU:C:2008:656, punt 23).

23 Voorts beoogt artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/23 niet een collectieve overeenkomst als zodanig te handhaven, maar wél de "arbeidsvoorwaarden" die daarin zijn vastgelegd.

24 Zoals de advocaat-generaal in punt 41 van zijn conclusie heeft aangegeven, verlangt artikel 3, lid 3, van die richtlijn dat de bij collectieve overeenkomst vastgestelde arbeidsvoorwaarden worden gehandhaafd, zonder dat de specifieke oorsprong van de toepassing ervan doorslaggevend is.

25 Bij collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden vallen bijgevolg in beginsel onder artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/23, ongeacht de techniek die wordt gebruikt om die arbeidsvoorwaarden van toepassing te maken op de betrokkenen. In dit verband is het voldoende dat dergelijke voorwaarden in een collectieve overeenkomst zijn vastgelegd en de vreemder en de overgegangene werknemers daadwerkelijk binden.

26 Derhalve kunnen bij collectieve overeenkomst vastgestelde arbeidsvoorwaarden niet worden geacht buiten de werkingssfeer van die bepaling te vallen op de enkele grond dat zij van toepassing zijn op de betrokkenen ingevolge een regel als die in het hoofdgeding, die voorziet in de handhaving van de rechtsgevolgen van een collectieve overeenkomst.

27 In omstandigheden als die in het hoofdgeding wordt deze uitlegging bevestigd door het doel van richtlijn 2001/23, dat erin bestaat te verhinderen dat de bij de overgang betrokken werknemers uitsluitend ten gevolge van deze overgang in een minder gunstige positie komen te verkeren (zie in die zin arrest Scattolon, C 108/10, EU:C:2011:542, punt 75 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

28 Zoals de advocaat-generaal in punt 53 van zijn conclusie heeft uiteengezet, beoogt een regel als die in het hoofdgeding, die voorziet in de handhaving van de rechtsgevolgen van een

collectieve overeenkomst, in het belang van de werknemers een plotselinge breuk te vermijden van het rechtskader dat wordt gevormd door de collectieve overeenkomst die de arbeidsbetrekking beheerst. Zouden de aan die regel onderworpen arbeidsvoorwaarden buiten de werkingssfeer van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/23 vallen, dan zou de overgang op zich al het effect veroorzaken dat die regel niet wil voorkomen.

29 Diezelfde uitlegging is bovendien in overeenstemming met het doel van richtlijn 2001/23, dat erin bestaat een billijk evenwicht te verzekeren tussen de belangen van de werknemers en die van de verkrijger, en waaruit met name volgt dat de verkrijger de aanpassingen en veranderingen moet kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt (zie in die zin arrest Alemo-Herron e.a., C 426/11, EU:C:2013:521, punt 25).

30 Een regel als die in het hoofdgeding, die voorziet in de handhaving van de rechtsgevolgen van een collectieve overeenkomst, heeft immers een beperkte werking, aangezien de rechtsgevolgen van een collectieve overeenkomst slechts behouden blijven voor de arbeidsbetrekkingen die direct vóór de beëindiging ervan daaronder vielen, en totdat voor deze arbeidsbetrekkingen een nieuwe collectieve overeenkomst in werking treedt of met de betrokken werknemers een nieuwe individuele overeenkomst wordt gesloten. In die omstandigheden blijkt niet dat een dergelijke regel de verkrijger belet de aanpassingen en veranderingen door te voeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt.

31 Gelet op een en ander moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/23 aldus moet worden uitgelegd dat arbeidsvoorwaarden die bij collectieve overeenkomst zijn vastgesteld en naar het recht van een lidstaat, ondanks de beëindiging van die overeenkomst, nawerken ten aanzien van de arbeidsbetrekkingen die direct vóór de beëindiging ervan daaronder vielen, totdat voor deze arbeidsbetrekkingen een nieuwe collectieve overeenkomst in werking treedt of met de betrokken werknemers een nieuwe individuele overeenkomst wordt gesloten, "in een collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden" in de zin van die bepaling zijn.

Tweede vraag

32 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/23 aldus moet worden uitgelegd dat onder de toepassing van "een andere collectieve overeenkomst" in die zin van die bepaling ook de eveneens beëindigde collectieve overeenkomst van de verkrijger valt, die nawerkt op grond van een regel als die in het hoofdgeding, die voorziet in de handhaving van de rechtsgevolgen.

33 Aangaande de in de collectieve overeenkomst van de verkrijger vastgelegde arbeidsvoorwaarden, waarop de verwijzende rechter in zijn tweede vraag doelt, blijkt echter niet uit het aan het Hof overgelegde dossier dat zij krachtens de regel inzake de handhaving van de rechtsgevolgen van die collectieve overeenkomst, toepassing vinden op de overgegangene werknemers.

34 De tweede vraag behoeft bijgevolg niet te worden beantwoord.

Kosten

35 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht: Artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen moet aldus worden uitgelegd dat arbeidsvoorwaarden die bij collectieve overeenkomst zijn vastgesteld en naar het recht van een lidstaat, ondanks de beëindiging van die overeenkomst, nawerken ten aanzien van de arbeidsbetrekkingen die direct vóór de beëindiging ervan daaronder vielen, totdat voor deze arbeidsbetrekkingen een nieuwe collectieve overeenkomst in werking treedt of met de betrokken werknemers een nieuwe individuele overeenkomst wordt gesloten, “in een collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden” in de zin van die bepaling zijn.

NOOT

1. De rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst (of arbeidsbetrekking), gaan door de overgang van onderneming op de verkrijger over. Arbeidsvoorwaarden die voortvloeien uit een collectieve arbeidsovereenkomst bij de vervreemder dienen evenzeer door de verkrijger te worden gerespecteerd. Art. 3 lid 3 Richtlijn 2001/23 bepaalt dat deze zogenoemde cao-handhavingsplicht eindigt op (i) het tijdstip waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of (ii) afloopt, of waarop een andere collectieve overeenkomst (iii) in werking treedt of (iv) wordt toegepast. De lidstaten kunnen het tijdvak waarin de arbeidsvoorwaarden moeten worden gehandhaafd beperken, mits dit tijdvak niet korter is dan één jaar. Zoals bekend heeft de Nederlandse wetgever niet gekozen voor een beperking van deze handhavingsplicht in tijd. Wel heeft de wetgever met art. 14a WCAO (en art. 2a WAVV) getracht art. 3 lid 3 Richtlijn 2001/23 te implementeren. Getracht, want “de wetgever heeft echter met art. 14a lid 2 Wet CAO iets anders bedoeld dan hetgeen er staat”, waarschuwde eens de Kantonrechter Utrecht (23 juli 2008, «JIN» 2008/608, m.nt. Beltzer). Daarmee doelde hij op de gevolgen van de cumulatie van art. 14a WCAO en art. 7:663 j° art. 9-12-13 en 14 WCAO. Kort gezegd: ook al vervalt de handhavingsplicht ex art. 14a WCAO, dan wil dat niet zeggen dat een overgegangene werknemer geen beroep meer kan doen op zijn ‘oude rechten’ krachtens nawerkende cao-bepalingen. Zoveel werd duidelijk uit de *Rode Kruis/Te Riet*-jurisprudentie (HR 10 januari 2003, «JAR» 2003/38). In de onderhavige zaak laat het Hof zich – bij mijn weten voor het eerst – uit over ‘nawerkende cao-bepalingen’ in het licht van art. 3 lid 3 Richtlijn 2001/23. Houdt onze *Rode Kruis/Te Riet*-jurisprudentie stand of wordt zij tenietgedaan?

2. Wat was er aan de hand? Het Oostenrijkse arbeidsrecht kent een wettelijke bepaling die voorziet in de mogelijkheid dat de collectieve overeenkomst, na beëindiging ervan, onder de volgende voorwaarden haar rechtsgevolgen behoudt: “De rechtsgevolgen van de collectieve overeenkomst blijven na beëindiging ervan voor de arbeidsbetrekkingen die direct vóór de beëindiging ervan daaronder vielen, gelden totdat voor deze arbeidsbetrekkingen een nieuwe collectieve overeenkomst in werking treedt of met de betrokken werknemers een nieuwe individuele overeenkomst wordt gesloten” (§ 13 van het Arbeitsverfassungsgesetz). Voorts kent de Oostenrijkse wet een bepaling die vrijwel identiek is aan de redactie van art. 3 lid 3 Richtlijn. In casu werd vanwege de grote verliezen die het concern van de werkgever had geleden besloten de luchtvaartactiviteiten van de moederonderneming aan de dochteronderneming over te dragen. Daartoe heeft een overgang

van onderneming ten gunste van de dochteronderneming plaatsgevonden, met als doel dat de bij de luchtvaartactiviteiten betrokken werknemers zouden vallen onder de ongunstigere arbeidsvoorwaarden van de voor deze dochteronderneming geldende collectieve overeenkomst. Per datum overgang van onderneming heeft de werkgeversvereniging de collectieve overeenkomst van de moederonderneming beëindigd. Overeenkomstig de hiervoor genoemde Oostenrijkse wettelijke regeling blijft de beëindigde collectieve overeenkomst de rechtsgevolgen hebben die het vóór de beëindiging ervan had, te weten een zogenoemde ‘nawerking’ van de collectieve overeenkomst totdat een nieuwe collectieve overeenkomst of een uitdrukkelijke overeenkomst tussen partijen is gesloten. Na de overgang van onderneming en de beëindiging van de collectieve overeenkomst begon de nieuwe werkgever eenzijdig ondernemingsrichtsnoeren toe te passen, waardoor het salaris van de overgegangene werknemers significant verslechterde (tussen 40 en 54 procent van hun salaris werd verlaagd). De centrale vraag die door de verwijzende rechter aan het Hof wordt voorgelegd is of art. 3 lid 3 Richtlijn ook geldt voor een ‘nawerkende cao’. Het antwoord op deze vraag is nodig, omdat per datum overgang de initiële collectieve overeenkomst was beëindigd, zodat naar de letter van art. 3 lid 3 Richtlijn er geen handhavingsplicht meer bestaat. In geval nawerking ook onder art. 3 lid 3 Richtlijn valt, dan blijft de handhavingsplicht gelden.

3. De A-G concludeerde in laatstgenoemde zin. De conclusie van de A-G vindt weerklank bij het Hof van Justitie EU: “Zoals de advocaat-generaal in punt 41 van zijn conclusie heeft aangegeven, verlangt art. 3 lid 3 van die richtlijn dat de bij collectieve overeenkomst vastgestelde arbeidsvoorwaarden worden gehandhaafd, zonder dat de specifieke oorsprong van de toepassing ervan doorslaggevend is. Bij collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden vallen bijgevolg in beginsel onder art. 3 lid 3 van richtlijn 2001/23, ongeacht de techniek die wordt gebruikt om die arbeidsvoorwaarden van toepassing te maken op de betrokkenen. In dit verband is het voldoende dat dergelijke voorwaarden in een collectieve overeenkomst zijn vastgelegd en de vervreemder en de overgegangene werknemers daadwerkelijk binden”. Het Hof voegt hier – onder verwijzing naar *Scattolon* (Hv) EU 6 september 2011, AR 2011, 0727, m.nt. J.P.H. Zwemmer, ‘Anciënniteit, cao en overgang van onderneming: de overgaande werknemer behoudt zijn anciënniteit wanneer deze van belang is voor zijn bezoldiging op basis van de cao van de verkrijger en hij anders wegens de overgang een wezenlijk salarisverlies zou lijden’) – aan toe, dat dit oordeel het doel van de richtlijn dient dat erin bestaat te verhinderen dat de bij de overgang betrokken werknemers uitsluitend ten gevolge van deze overgang in een minder gunstige positie komen te verkeren.

4. Passen we dit oordeel van het Hof van Justitie toe op de Nederlandse rechtssituatie, dan blijkt de veelal door de praktijk als lastig ervaren *Rode Kruis/Te Riet*-jurisprudentie in overeenstemming met EU-rechtspraak. Nawerking van cao-bepalingen dient namelijk precies hetzelfde doel als de Oostenrijkse wetgeving: voorkoming van het jojo-effect (borgen van rechtszekerheid). Voor zover hierover nog enige discussie bestaat in Nederland, maakt het Hof duidelijk dat bij een ‘getimed’ overgang van onderneming, de verkrijger niet met een *Juuri*-verweer kan betogen dat de cao van de vervreemder ten tijde van de overgang was beëindigd en de verkrijger derhalve vrij is te doen en laten wat hij wil. Ter toelichting: in het *Juuri*-arrest viel de datum van de overgang en de expiratie van de cao samen, waarna de werknemer bij de verkrijger aan een andere cao gebonden raakte die aanmerkelijk slechter was. Het betrof in *Juuri* evenwel een afloop ‘in enge zin’. Het Finse recht kende geen

(wettelijk) recht van nawerking (Vgl. HvJ EG 27 november 2008, «JAR» 2009/20. Zie uitvoering over dit arrest R.M. Beltzer, 'De zaak Juuri: over ontslag en de wil van sociale partners', *ArA* 2010, 1). Zodra een lidstaat wel een (wettelijk) recht van nawerking kent, dan gaan de 'nawerkende cao-bepalingen' mee over. Uiteraard alleen de arbeidsvoorwaarden die voortvloeien uit deze cao. Offewel normatieve bepalingen en op arbeidsvoorwaarden terug te voeren diagonale bepalingen.

5. Tot nu toe brengt het arrest ons niet veel nieuws, zou men kunnen stellen. Het Hof vervolgt evenwel dat zijn uitlegging ook in overeenstemming is met het andere doel van de Richtlijn, dat erin bestaat een billijk evenwicht te verzekeren tussen de belangen van de werknemers en die van de verkrijger, en waaruit met name volgt dat de verkrijger de aanpassingen en veranderingen moet kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt (HvJ EU 18 juli 2013, *AR* 2013, 556, m.nt. R.M. Beltzer, 'Het incorporatiebeding als tweederangs contractuele bepaling' (*Parkwood*)). Volgens het Hof heeft een regel als die in het hoofdgeding, die voorziet in de handhaving van de rechtsgevolgen van een collectieve overeenkomst, *immers een beperkte werking*, aangezien de rechtsgevolgen van een collectieve overeenkomst slechts behouden blijven voor de arbeidsbetrekkings die direct vóór de beëindiging ervan daaronder vielen, en totdat voor deze arbeidsbetrekkings een nieuwe collectieve overeenkomst in werking treedt of met de betrokken werknemers een nieuwe individuele overeenkomst wordt gesloten. In die omstandigheden blijkt niet dat een dergelijke regel de verkrijger belet de aanpassingen en veranderingen door te voeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt. De A-G vatte het zo samen: er is sprake van een in duur beperkt en afgezwakt recht. In duur beperkt omdat de nawerking ophoudt zodra een nieuwe cao in werking treedt. Afgezwakt omdat tijdens de nawerkingsperiode partijen anders kunnen overeenkomen. Net als in *Parkwood* plaats het Hof zijn arrest dus in de sleutel van botsende arbeidsrechtelijke grondslagen: enerzijds het ongelijkheidsbeginsel (behoud van rechten en plichten) en anderzijds het organisatiebeginsel (doorvoeren van aanpassingen en veranderingen die nodig zijn). Uiteindelijk komt het dan aan op een belangenafweging, waarbij in het onderhavige geval het behoud van rechten en plichten zwaar weegt.

6. Tegelijkertijd plaatst deze *Parkwood*-exceptie onze *Rode Kruis/Te Riet*-jurisprudentie mogelijk in een iets genuanceerder daglicht. Immers, naar Nederlands recht heeft nawerking in beginsel een permanent karakter (HR 8 april 2011 *AR* 2011, 0279, m.nt. A.R. Houweling, 'Permanente nawerking van minimum-cao's: een tijdbom onder het cao-recht?') en is daardoor niet in duur beperkt. Sterker nog, zelfs indien na de overgang van onderneming de overgekomen werknemers aan een nieuwe cao gebonden raken, kunnen cao-bepalingen – tenzij uitdrukkelijk uitgesloten – nog steeds blijven nawerken met alle gevolgen en complicaties van dien (zie uitvoerig J.H. Even, 'Toepasselijke cao bij overgang van onderneming – 10 scenario's', *TAP Special* 2009/2; R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming en cao', *ARBAC* 2011). Een verkrijger is (lang) niet altijd bij machte invloed uit te oefenen op de eventuele redactie van (toekomstige) cao's die de nawerking van cao's uitsluiten of beperken tot het tijdstip van inwerkingtreding van een nieuwe cao. Daar komt bij dat het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden op grond van art. 7:613 BW of het forceren van een overeenstemming over gewijzigde arbeidsvoorwaarden op grond van art. 7:611 BW niet gemakkelijk voor een verkrijger valt te bewerkstelligen. Dit alles kan hem belemmeren aanpassingen en veranderingen door te voeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt. Daarbij mogen we niet uit het oog verliezen dat het Hof van Justitie in

Parkwood benadrukt dat art. 3 Richtlijn, gelezen in samenhang met art. 8 daarvan, niet aldus kan worden uitgelegd dat het de lidstaten toestaat maatregelen te nemen die weliswaar gunstiger zijn voor de werknemers, maar de vrijheid van ondernemerschap (art. 16 Handvest Grondrechten EU) van de verkrijger in de kern kunnen aantasten. Kortom, als we na de overgang de verkrijger te veel belemmeren in zijn ondernemingsvrijheid, dan handelen we in strijd met de Richtlijn.

7. Men zou de jurisprudentie van het Hof van Justitie aldus kunnen samenvatten:

- ongeacht de techniek van de doorwerking van arbeidsvoorwaarden uit een cao dient de werknemer bij een overgang van onderneming zijn oude arbeidsvoorwaarden te behouden (*Gewerkschaftsbund*);
- de richtlijn beoogt de werknemer niet in gunstigere positie te brengen dan voor de overgang (*Scattolon*);
- bij de handhaving van de arbeidsvoorwaarden dient steeds een billijk evenwicht gevonden te worden tussen enerzijds werknemersbescherming en anderzijds het belang van de ondernemer (*Parkwood* & *Gewerkschaftsbund*).

Zouden we deze rechtspraak niet zo mogen uitleggen dat het onverkort vasthouden aan nawerkende cao-bepalingen van de vervreemder (al dan niet in combinatie met *cherry picking* van betere arbeidsvoorwaarden uit de cao van de verkrijger) op enig moment in strijd kan zijn met de vrijheid van ondernemerschap? Volgens mij geven zowel *Parkwood* als *Gewerkschaftsbund* verkrijgers (iets) meer manoeuvreerruimte te harmoniseren dan wel wijzigingen door te voeren na een overgang van onderneming. Deze ruimte moet niet worden overschat. Het louter wijzigen vanwege de overgang is niet toegestaan. Er zullen voor de uitvoering van de bedrijfsactiviteiten benodigde veranderingen en wijzigingen aan ten grondslag moeten liggen. Een te ruime toepassing van de vrijheid van ondernemerschap als correctie op het behoud van rechten en plichten zou dit (hoofd)doel van de richtlijn immers tenietdoen. De vrijheid van ondernemerschap (waaronder de contractsvrijheid) komt mij evenwel weer ruimer voor dan een beroep op ETO-redenen. Een harmonisatie van arbeidsvoorwaarden ten behoeve van de voortzetting van de activiteiten van de werkgever, waarbij de overgekomen werknemers er per saldo niet op achteruitgaan, zou met een beroep op *Parkwood* en *Gewerkschaftsbund* eerder de rechterlijke toets kunnen doorstaan.

8. Wordt *Rode Kruis* met dit arrest tenietgedaan? Geenszins. Het Hof lijkt onze *Rode Kruis/Te Riet*-jurisprudentie eerder te bevestigen, met de nuancering van het billijke evenwicht dat zal moeten worden gevonden (*Parkwood*-exceptie).

A.R. Houweling

168

Hof 's-Hertogenbosch
22 juli 2014, nr. HD 200.135.386/01
ECLI:NL:GHSHE:2014:2236
(mr. Aarts, mr. Riemens, mr. Veldhuijzen van Zanten)
Noot I. Janssen

Ontslag bestuurder. Opzegverbod pensioenwet. Raadgevende stem. Variabele beloning. Kennelijk onredelijk ontslag. Bijzondere arbeidsverhouding.

Ontbreken raadgevende stem bij tweede ontslagbesluit (na vernietiging ontslagbesluit op grond van art. 104 lid 5 Pensioenwet) tast ontslagbesluit niet aan, nu de eerste oproeping juist is verlopen. Werknemer behoudt aanspraak op variabele bestuurdersbeloning zolang sprake is van 'bestuurderschap'. Variabele beloning is niet verschuldigd over de periode van de opzegtermijn na verlies hoedanigheid bestuurder. Geen kennelijk onredelijk ontslag: hoge bomen vangen nu eenmaal veel wind.

[Pw art. 104 lid 5; BW art. 2:244; BW art. 7:610, 7:681]

Op 1 november 2002 is werknemer als statutair directeur in dienst getreden van MGL. Op 8 juni 2006 is werknemer als uitvloeisel van zijn arbeidsovereenkomst met MGL aangesteld als statutair bestuurder van LMG I. Op de arbeidsovereenkomst is een variabele beloningsregeling van toepassing. Werknemer is vanaf 1 juli 2004 bestuurslid van de Stichting Pensioenfonds Media Groep Limburg. De arbeidsovereenkomst van werknemer is, na AvA-ontslag, bij brief van 9 juni 2011 opgezegd, met inachtneming van de op grond van deze arbeidsovereenkomst van kracht zijnde opzeggingstermijn van twaalf maanden, met ingang van 1 juli 2012. Nadat werknemer de nietigheid van de opzegging heeft ingeroepen wegens strijd met art. 104 lid 5 van de Pensioenwet, is de arbeidsovereenkomst – na verkregen toestemming van de kantonrechter – opnieuw opgezegd tegen 1 december 2012.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof stelt vast dat werknemer de gelegenheid tot het uitbrengen van zijn raadgevende stem op de AvA van 9 juni 2011 voorafgaand aan de besluitvorming heeft gekregen en daar ook gebruik van heeft gemaakt. Voor zover de vervolgens op de AvA van 9 juni 2011 genomen besluiten als nietig dienen te worden geduid overeenkomstig het standpunt van werknemer – het hof laat de status van deze besluiten tussen partijen in het midden –, kan dat er niet aan afdoen dat de procedure voorafgaand aan deze besluiten – ook ten aanzien van werknemer – op juiste wijze is verlopen. Gesteld noch gebleken zijn feiten of omstandigheden die in de periode tussen de besluitvorming van 9 juni 2011 en de besluitvorming van 23 november 2011 zijn opgekomen op grond waarvan geoordeeld zou moeten worden dat werknemer nogmaals in de gelegenheid gesteld had moeten worden om van zijn recht zijn raadgevende stem uit te brengen gebruik te maken op de door hem verzochte wijze (lees: in een daartoe bijeengeroepen algemene vergadering).

Voorts vordert werknemer tot einde dienstverband een variabele looncomponent van € 15.250,= per maand/€ 183.000,= per jaar. Het hof oordeelt dat vanaf het moment dat sprake is van een rechtsgeldige opzegging (1 december 2011) werknemer geen be-

stuurder meer was en derhalve ook niet over de resterende duur van de opzegtermijn aanspraak kan maken op variabele beloning gekoppeld aan dit bestuurderschap. Voor de periode tot 1 december 2011 ligt dit anders. Aan werknemer dient te worden toegewezen een bedrag van (€ 183.000,= : 12 x 11 =) € 167.750,=.

Het hof is van oordeel dat van een kennelijk onredelijk ontslag, gelet op het gevolgcriterium, geen sprake is. De positie van statutair directeur is een positie met een hoog afbreukrisico. In situaties als de onderhavige is veelal aangewezen dat de werkzaamheden per direct worden neergelegd en kennelijk was dat ook in juni 2011 het geval. De arbeidsrechtelijke bescherming van een statutair bestuurder is beperkt binnen de wettelijke contouren van art. 2:244 BW e.v. Hiertegenover staat in beginsel een beloning die mede dient om de gevolgen van een dergelijk ontslag op te vangen. In de onderhavige situatie kan, gelet op de hoogte van het door werknemer genoten salaris en van de emolumenten, niet worden aangenomen dat werknemer daartoe niet in staat moet zijn geweest. Bovendien is bij aanvang van het dienstverband een ruime afvloeiingsregeling/beëindigingsvergoeding ten bedrage van twaalf maanden salaris overeengekomen.

[de man], wonende te [woonplaats],

appellant,

advocaat: mr. Ph.C.M. van der Ven te 's-Hertogenbosch, tegen

1. Media Groep Limburg BV, gevestigd te [vestigingsplaats],

2. LMG Netherlands I BV, gevestigd te [vestigingsplaats], geïntimeerden,

advocaat: mr. A. Robustella te Ede (Gelderland),

op het bij exploit van dagvaarding van 27 september 2013 ingeleide hoger beroep van het door de rechtbank Limburg gewezen vonnis van 10 juli 2013 tussen appellant – [appellant] – als eiser en geïntimeerden – MGL respectievelijk LMG I – als gedaagden.

Hof:

1 Het geding in eerste aanleg (zaaknummer 172381/ HA ZA 12-238)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

2 Het geding in hoger beroep

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep met eiswijziging;
- de memorie van grieven, tevens houdende wijziging van eis met producties;
- de memorie van antwoord met producties;
- het pleidooi, waarbij partijen pleitnotities hebben overgelegd. Partijen hebben arrest gevraagd. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

3 De gronden van het hoger beroep

Voor de tekst van de grieven wordt verwezen naar de memorie van grieven.

4 De beoordeling

4.1. Het gaat in deze zaak om het volgende.

a. In juni 2006 is MGL overgenomen door de beursgenoteerde Britse investeringsmaatschappij Mecom Group plc. De besloten vennootschap Mecom Media Holding BV, een dochteronderneming van Mecom Group plc, houdt alle aandelen in LMG I. LMG I houdt alle aandelen in de besloten vennootschap LMG II BV. LMG II BV houdt alle aandelen in MGL. Mecom Group plc is (indirect) aandeelhouder van de naamloze vennootschap

[naamloze vennootschap] NV (hierna “[naamloze vennootschap]”).

b. Op 1 november 2002 is [appellant] als statutair directeur in dienst getreden van MGL. Op 8 juni 2006 is [appellant] als uitvoerend van zijn arbeidsovereenkomst met MGL aangesteld als statutair bestuurder van LMG I.

c. Sinds 1 juli 2004 was [appellant] ook bestuurslid van de stichting Stichting Pensioenfonds Media Groep Limburg (hierna “de pensioenstichting”).

d. Artikel 5.4 van de arbeidsovereenkomst tussen [appellant] en MGL bepaalt:

“It is proposed that the Executive shall be eligible for (i) a performance related annual cash bonus, the terms of which are to be set from time to time by the Board (MGL en LMG I: het bestuur van Mecom Group plc), and (ii) consideration to participate in the equity based executive bonus or incentive scheme that may be operated by the Company from time to time (details of which will be provided in a side letter to this agreement). Save as set out in a side letter from the Board of the Executive in respect of the financial year ending 31 December 2006, payment of a bonus or incentive is not guaranteed and payment to the Executive in any year will not lead to a right to future bonus or incentive payment. Furthermore, payment of a bonus or incentive will not be considered to form part of the Salary for the purpose of calculating any severance or other payment due on termination of employment.”

Op grond hiervan zijn aan [appellant] in de jaren 2006 tot en met 2010 telkenmale variabele vergoedingen toegekend.

e. Op 9 juni 2011 heeft een algemene vergadering van aandeelhouders van gedaagden (hierna “de ava van 9 juni 2011”) plaatsgevonden. Op de agenda stonden, voor zover voor onderhavige procedure van belang, de volgende punten:

“3. de positie van bestuurder [appellant] in het kader van de voorgenomen volledige integratie van bedrijfsactiviteiten van Media Groep Limburg BV met die van koninklijke [naamloze vennootschap] NV respectievelijk een tussen voornoemde partijen tot stand te brengen fusie van ondernemingen;

4. het voornemen tot schorsing en ontslag van bestuurder [appellant];

5. besluitvorming inzake schorsing en ontslag van bestuurder [appellant];”

f. [appellant] en zijn toenmalig raadsman mr. J.L.J.M. Koster (hierna “mr. Koster”) zijn op de ava van 9 juni 2011 verschenen en gehoord. Hierna is besloten tot schorsing en ontslag van [appellant], waarbij heeft meegewogen de problematische verhouding die [appellant] had met de ondernemingsraad / centrale ondernemingsraad en het feit dat het bestuur van Mecom Group plc onvoldoende vertrouwen in [appellant] had genoemde fusie tot een goed einde te kunnen brengen, mede gelet op de eigenmachtige benadering die [appellant] soms bezigde. De ondernemingsraad had desgevraagd geadviseerd tot ontslag van [appellant]. Genoemde beslissingen tot schorsing en ontslag zijn in het bijzijn van [appellant] en mr. Koster genomen en aan hen meegedeeld.

g. De arbeidsovereenkomst van [appellant] is bij brief van 9 juni 2011 opgezegd, met inachtneming van de op grond van deze arbeidsovereenkomst van kracht zijnde opzeggingstermijn van twaalf maanden, met ingang van 1 juli 2012.

h. [appellant] heeft hierop bij brief van 2 augustus 2011 van mr. Koster aan MGL en LMG I onder meer het volgende geschreven:

“(…)”

Bij brief van uw advocaat (...) van 9 juni 2011 heeft u de arbeidsrechtelijke verhouding, die mijn cliënt met uw vennootschap heeft, opgezegd tegen het einde van de maand juni 2012.

(...) ben ik (...) genoodzaakt om (...) een beroep te doen op de vernietigbaarheid van de gedane opzegging.

Zoals u wellicht weet is mijn cliënt sedert 1 juli 2004 bestuurslid van de Stichting Pensioenfonds Media Groep Limburg te [vestigingsplaats], het pensioenfonds van de onderneming waarvan mijn cliënt de statutair bestuurder was. Op grond van artikel 104 lid 5 van de Pensioenwet is het u als werkgever van mijn cliënt niet toegestaan de arbeidsovereenkomst op te zeggen.

Omdat in de wetsgeschiedenis van genoemd wetsartikel verwezen wordt naar artikel 21 van de Wet op de Ondernemingsraden, pas ik per analogiam artikel 7:670 lid 4 BW toe en doe ik, met inachtneming van artikel 7:677 lid 5 BW, binnen twee maanden na de opzegging een beroep op deze vernietigingsgrond.

De gedane opzegging is derhalve nietig.

(...)”

i. MGL en LMG I hebben vervolgens bij verzoekschrift van 17 augustus 2011 de rechtbank Maastricht verzocht hen ingevolge artikel 104 lid 7 van de Pensioenwet toestemming te verlenen de met [appellant] bestaande arbeidsovereenkomst op te zeggen. De rechtbank heeft deze toestemming bij beschikking van 20 oktober 2011 verleend. Het beroep van [appellant] tegen deze beschikking is op 18 juli 2012 door dit hof bij beschikking verworpen.

j. Op 27 oktober 2011 is van de zijde van MGL en LMG I aan [appellant] onder meer het volgende bij brief bericht:

(...)”

Namens de aandeelhouders van LMG Netherlands I BV en Media Groep Limburg BV vraag ik uw aandacht voor het volgende.

(...)”

Op 9 juni 2011 hebben aandeelhouders van respectievelijk LMG Netherlands I BV en Media Groep Limburg BV een besluit tot schorsing en ontslag genomen. U hebt er enige tijd later – terecht – op gewezen dat dit ontslagbesluit gezien uw lidmaatschap van het bestuur van het bedrijfspensioenfonds in strijd met de wet en derhalve nietig was. Uw dienstverband als statutair directeur is derhalve door het ontslagbesluit van 9 juni 2011 en de daaropvolgende opzegging niet geëindigd en duurt thans nog voort.

(...)”

Hierbij bericht ik u dat de (enig) aandeelhouders van LMG Netherlands I BV en Media Groep Limburg BV voornemens zijn op 15 november 2011 bij besluit buiten vergadering (...) te besluiten aangaande de navolgende onderwerpen:

1. De positie van [appellant] als statutair directeur van LMG Netherlands BV en Media Groep Limburg BV tegen de achtergrond van de beoogde volledige integratie van de activiteiten van de vennootschappen met Koninklijke [naamloze vennootschap] NV respectievelijk de beoogde fusie van de vennootschappen met Koninklijke [naamloze vennootschap] NV;

2. De voortdurende schorsing en het ontslag van [appellant] als statutair directeur en werknemer van de vennootschappen.

a. Bespreking van de redenen voor het ontslag; deze zijn kenbaar uit de ook aan u verstrekte notulen van de aandeelhoudersvergadering van 9 juni 2011 en sindsdien ongewijzigd;

b. Het advies van de Ondernemingsraad van de vennootschappen;

c. De raadgevende stem van [appellant] en commissarissen (...);

3. het voorgenomen ontslag van Mr. [appellant];

4. de bekrachtiging van het benoemingsbesluit van de heer [statutair directeur] hof: hierna “[statutair directeur]”) tot statutair directeur van respectievelijk LMG Netherlands I BV en Media Groep Limburg BV

Bij deze wordt u uitgenodigd om uiterlijk 14 november 2011

17.00 uur schriftelijk uw raadgevende stem uit te brengen met betrekking tot de voorgenomen besluiten als hiervoor aangegeven.

(...)"

k. [appellant] heeft hierop te kennen gegeven zijn raadgevende stem slechts mondeling in een daartoe bijeengeroepen (fysieke) algemene vergadering van aandeelhouders te willen uitbrengen. Hem is vervolgens de mogelijkheid geboden buiten vergadering te worden gehoord ten overstaan van [statutair directeur] als bijzonder vertegenwoordiger van de betreffende aandeelhouders. [appellant] heeft dit aanbod afgeslagen.

l. Op 23 november 2011 hebben de betreffende aandeelhouders buiten vergadering besloten tot ontslag van [appellant] en is [appellant] op non-actief gesteld voor de duur van de contractuele opzegtermijn, tot 1 december 2012. Bij brieven van 25 november 2011 van de raadsman van MGL en LMG I is aan [appellant] bericht dat hij als statutair directeur c.q. statutair bestuurder was ontslagen met ingang van 23 november 2011, terwijl de arbeidsovereenkomst is opgezegd tegen 1 december 2012.

4.2. [appellant] heeft in eerste aanleg, na vermindering van eis, gevorderd:

A. een verklaring voor recht dat non-existent dan wel nietig zijn de door MGL en LMG I gestelde, buiten de algemene vergaderingen van aandeelhouders van MGL respectievelijk LMG I genomen besluiten op 23 november 2011 inhoudende het ontslag van [appellant] als statutair directeur van MGL respectievelijk statutair bestuurder van LMG I dan wel vernietiging van deze besluiten;

subsidiair:

hoofdelijke veroordeling van MGL en LMG I, des dat de een betalende de ander zal zijn bevrijd, althans veroordeling van hetzij MGL hetzij LMG I, tot betaling aan [appellant] van € 902.415,39 als schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag, althans een zodanig bedrag als door de rechtbank in goede justitie billijk te oordelen, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 1 december 2012 tot de dag der algehele voldoening, een en ander te betalen op door [appellant] aan te geven wijze binnen de fiscaal toegelaten mogelijkheden en zonder dat die wijze van betaling gedaagden c.q. de desbetreffende gedaagde meer kost;

B. hoofdelijke veroordeling van MGL en LMG I, des dat de een betalende de ander zal zijn bevrijd, althans veroordeling van hetzij MGL hetzij LMG I, tot betaling aan [appellant] zolang de arbeidsovereenkomst voortduurt en nog niet rechtsgeldig is geëindigd, steeds – voor zover volgens de wet en / of rechtspraak toegestaan – te vermeerderen met de maximale wettelijke verhoging ex art. 7:625 van het Burgerlijk Wetboek (hierna "BW") over de desbetreffende bedragen, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de respectieve vervaldata, althans vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening van:

I. een salaris van € 231.525,= bruto per twaalf maanden dan wel naar rato, voor de periode vanaf 1 december 2012;

II. een variabele beloning van € 183.000,= bruto per twaalf maanden dan wel naar rato, althans een zodanig bedrag als door de rechtbank in goede justitie billijk te oordelen, voor de periode vanaf 1 januari 2012;

III. een bijdrage in de pensioenlasten van € 3241,31 voor de periode vanaf 1 december 2012 en een bijdrage in de pensioenlasten van € 38.896,= per twaalf maanden dan wel naar rato, voor de periode vanaf 1 december 2012;

IV. de niet opgenomen vakantiedagen (28) ten bedrage van € 1449,99 voor de periode tot 1 december 2012 en een bedrag van € 23.085,= per twaalf maanden dan wel naar rato, voor de periode vanaf 1 december 2012;

C. veroordeling van MGL tot betaling aan [appellant] zolang de arbeidsovereenkomst voortduurt en nog niet rechtsgeldig is geëindigd, alle kosten voor het gebruik van de aan [appellant] ter beschikking staande auto waaronder brandstof-, onderhoud- en reparatiekosten etc.;

D. veroordeling van MGL en LMG I hoofdelijk, des dat de een betalende de ander zal zijn bevrijd, in de proceskosten, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 14 dagen na het te wijzen vonnis, alsmede in de nakosten.

4.3. MGL en LMG I hebben verweer gevoerd.

4.4. De rechtbank heeft het gevorderde afgewezen en [appellant] veroordeeld in de proceskosten.

4.5. [appellant] is van deze uitspraak in hoger beroep gekomen. Hij heeft in onderhavige appelprocedure, na wijziging eis, (uiteindelijk) gevorderd:

A. vernietiging van het bestreden vonnis;

B. hoofdelijke veroordeling van MGL en LMG I, des dat de een betalende de ander zal zijn bevrijd, althans veroordeling van hetzij MGL hetzij LMG I, tot betaling aan [appellant], steeds voor zover volgens de wet en / of de rechtspraak toegestaan te vermeerderen met de maximale wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW over de desbetreffende bedragen, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de respectieve vervaldata, althans vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening van:

I. de variabele beloning van € 183.000,= over het jaar 2011;

II. de variabele beloning van € 167.750,= over de periode van 1 januari 2012 tot en met 30 november 2012;

C. een verklaring voor recht dat nietig zijn de door MGL en LMG I gestelde, buiten de algemene vergaderingen van aandeelhouders van MGL respectievelijk LMG I genomen besluiten op 23 november 2011 inhoudende het ontslag van [appellant] als statutair directeur van MGL respectievelijk statutair bestuurder van LMG I, althans vernietiging van deze besluiten;

subsidiair:

hoofdelijke veroordeling van MGL en LMG I, des dat de een betalende de ander zal zijn bevrijd, althans veroordeling van hetzij MGL hetzij LMG I, tot betaling aan [appellant] van een bedrag van € 902.415,39 als schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag, althans een zodanig bedrag als door het hof in goede justitie billijk te oordelen, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 1 december 2012 tot aan de dag der algehele voldoening, één en ander te betalen op door [appellant] aan te geven wijze binnen de fiscaal toegelaten mogelijkheden en zonder dat die wijze van betaling MGL en / of LMG I meer kost;

D. hoofdelijke veroordeling van MGL en LMG I, des dat de één betalende de ander zal zijn bevrijd, althans veroordeling van hetzij MGL hetzij LMG I, tot betaling zolang de arbeidsovereenkomst voortduurt en nog niet rechtsgeldig is geëindigd, steeds – voor zover volgens wet en / of rechtspraak toegestaan – te vermeerderen met de maximale wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW over de desbetreffende bedragen, één en ander te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de respectieve vervaldata, althans vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening:

I. een salaris van € 231.525,= bruto per twaalf maanden dan wel naar rato, voor de periode vanaf 1 december 2012;

II. een variabele beloning van € 183.000,= bruto per twaalf maanden dan wel naar rato, althans een zodanig bedrag als door het hof in goede justitie billijk te oordelen, voor de periode vanaf 1 december 2012;

III. een bijdrage in de pensioenlasten van € 38.896,= per twaalf maanden dan wel naar rato, voor de periode vanaf 1 december 2012;

IV. uitbetaling van niet opgenomen vakantiedagen (28) ten bedrage van € 23.085,= per twaalf maanden dan wel naar rato, voor de periode vanaf 1 december 2012;

E. hoofdelijke veroordeling van MGL en LMG I, des dat de één betalende de ander zal zijn bevrijd, in de proceskosten van beide instanties, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf veertien dagen na de datum van arrest, alsmede in de nakosten, het nasalaris daaronder begrepen, op de voet van het liquidatietarief.

Rechtsgeldigheid opzegging

4.6.1. [appellant] heeft met zijn tweede grief de status van voormelde besluiten van 23 november 2011 ter discussie gesteld. Naar het standpunt van [appellant] zijn deze besluiten onder voormelde gang van zaken niet rechtsgeldig tot stand gekomen en derhalve vernietigbaar. MGL en LMG I hebben dit standpunt weersproken.

4.6.2. [appellant] had als statutair bestuurder een raadgevende stem in de algemene vergadering van aandeelhouders. Deze raadgevende stem had [appellant] ook ten aanzien van onderhavige, zijn eigen positie rakende besluiten. Besluitvorming van aandeelhouders kon evenwel buiten vergadering geschieden. Het hof begrijpt dat [appellant] van mening is dat de besluitvorming van 23 november 2011 niet op zodanige wijze had mogen plaatsvinden, omdat [appellant] daarbij de mogelijkheid is ontzegd zijn raadgevende stem te doen horen in een fysiek bijeengeroepen algemene vergadering in strijd met zijn uitdrukkelijk verzoek en zijn wettelijke aanspraak daarop. Het hof stelt vast dat [appellant] de gelegenheid tot het uitbrengen van zijn raadgevende stem op de av van 9 juni 2011 voorafgaand aan de besluitvorming heeft gekregen en daar ook gebruik van heeft gemaakt. Voor zover de vervolgens op de av van 9 juni 2011 genomen besluiten als nietig dienen te worden geduid overeenkomstig het standpunt van [appellant] – het hof laat de status van deze besluiten tussen partijen in het midden – , kan dat er niet aan afdoen dat de procedure voorafgaand aan deze besluiten – ook ten aanzien van [appellant] – op juiste wijze is verlopen. Gesteld noch gebleken zijn feiten of omstandigheden die in de periode tussen de besluitvorming van 9 juni 2011 en de besluitvorming van 23 november 2011 zijn opgekomen op grond waarvan geoordeeld zou moeten worden dat [appellant] nogmaals in de gelegenheid gesteld had moeten worden om van zijn recht zijn raadgevende stem uit te brengen gebruik te maken op de door hem verzochte wijze (lees: in een daartoe bijeengeroepen algemene vergadering). Concreet heeft [appellant] slechts gewezen op het al maar uitblijven van voortgang betreffende de als reden voor het ontslag opgegeven fusie met [naamloze vennootschap]. [appellant] had hierover reeds op 9 juni 2011 gesproken. [appellant] wilde daarnaast nogmaals het woord met het oog op baanbehoud. [appellant] heeft voorafgaand aan de besluitvorming in november 2011 zijn raadgevende stem schriftelijk kunnen uitbrengen en hem is de mogelijkheid geboden buiten vergadering te worden gehoord door [statutair directeur] als bijzonder vertegenwoordiger van de betreffende aandeelhouders doch [appellant] heeft deze mogelijkheden niet willen benutten. Hoewel het hof de bezwaren van [appellant] tegen het gehoord worden door [statutair directeur], de reeds benoemde opvolger van [appellant], onderkent, is het hof van oordeel dat ook zonder dat [appellant] deze laatste (extra) mogelijkheid tot het uitbrengen van zijn raadgevende stem was gegeven, het gehele traject bezien, het recht van [appellant] daartoe voldoende is gerespecteerd, zowel vanuit de toepasselijke specifieke wet en regelgeving als vanuit de meer in het algemeen geldende in acht te nemen redelijkheid en billijkheid beschouwd, ook als daarbij acht geslagen wordt op de bijzondere relatie tussen werkgever en werknemer. Nu overigens geen an-

dere feiten of omstandigheden zijn aangevoerd op grond waarvan voormelde besluiten van 23 november 2011 nietig of vernietigbaar zouden zijn, faalt de tweede grief.

Aanspraak op variabele beloning

4.7.1. [appellant] heeft met zijn eerste grief de aanname van de rechtbank aangevochten dat hij tot einde dienstverband een variabele looncomponent van € 15.250,= per maand / € 183.000,= per jaar heeft doorbetaald gekregen. Dit is niet het geval geweest en [appellant] meent daarop wel aanspraak te hebben. Genoemd bedrag betreft volgens [appellant] een prestatieafhankelijke variabele beloning, die [appellant] de voorgaande jaren steeds heeft ontvangen en die hij over de jaren 2011 en 2012 slechts niet heeft kunnen verdienen vanwege zijn schorsing. In het jaarverslag van Mecom Group plc over 2011 staat vermeld dat de zittende “directors” bonussen hebben ontvangen op grond van de bonusregeling waar [appellant] ook onder viel.

4.7.2. MGL en LMG I hebben deze aanspraak weersproken. [appellant] komt naar hun stellingen op grond van zijn arbeidsovereenkomst niet bij wijze van automatisme structureel jaarlijks een bonus toe en dit is [appellant] ook telkenmale te kennen gegeven. Uit de tekst van de arbeidsovereenkomst en de aan [appellant] gerichte correspondentie blijkt dat sprake is van een discretionaire bevoegdheid ter zake van de toekenning van de variabele beloning, die derhalve niet rechtens afdwingbaar is. Een vaste aanspraak op een in hoogte variabel loonelement is niet aan de orde. MGL en LMG I hebben niet eenzijdig besloten tot vaststelling van de aan [appellant] toegekende variabele beloning op basis van de betreffende bonusregeling. Deze regeling is ontwikkeld, ingevoerd en toegepast door Mecom Group plc. Het standpunt van [appellant] ziet eraan voorbij dat hij voor de jaren 2011 en 2012 niet is uitgenodigd deel te nemen aan de bonusregeling. Voor het jaar 2011 is aan geen van de uitgenodigde deelnemers aan de bonusregeling daadwerkelijk een bonus uitgekeerd vanwege de bedrijfsresultaten van Mecom Group plc en haar deelnemingen, waardoor niet aan de uitkeringscondities was voldaan. De omstandigheid van de schorsing van [appellant] is van geen enkele invloed geweest op de vraag of [appellant] over de jaren 2011 en 2012 een recht op betaling van een bonus kon doen laten gelden. Ten aanzien van de gevorderde wettelijke verhoging op grond van artikel 7:625 BW hebben MGL en LMG I ten slotte aangevoerd dat deze wettelijke verhoging is bedoeld als prikkel voor de werkgever om het loon op tijd te betalen. In casu verkeerden MGL en LMG I in de gerechtvaardigde veronderstelling dat op correcte wijze aan de met [appellant] gemaakt afspraken uitvoering was gegeven. Genoemde wettelijke verhoging is derhalve niet aan de orde.

4.7.3. Het hof stelt voorop, zoals ook bij pleidooi met partijen besproken, dat onderhavige arbeidsrechtelijke relatie van [appellant] alleen met MGL bestond, omdat [appellant] alleen met MGL een arbeidsovereenkomst had gesloten en dat daarom van een vorderingsrecht jegens LMG I als werkgever en derhalve op grond hiervan van hoofdelijkheid geen sprake kan zijn. Feiten of omstandigheden waaruit zou moeten worden geconcludeerd dat LMG I niettemin tevens als werkgever naast MGL moet worden aangemerkt dan wel dat zij tevens aansprakelijkheid dient te dragen voor de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst tussen [appellant] en MGL, zijn ook door [appellant] niet aangevoerd. Ten aanzien van het vorderingsrecht van [appellant] op MGL betreffende de variabele beloning (hierna ook “bonus”) maakt het hof onderscheid tussen de periode van 1 januari 2011 tot 1 december 2011 en de periode van 1 december 2011 tot 1 december 2012. Tussen partijen staat vast dat [appellant] over deze beide perioden geen variabele beloning heeft ontvangen.

4.7.4. Daargelaten de vraag of de rechtbank wel van dit laatste is uitgegaan, overweegt het hof ten aanzien van de periode van 1 december 2011 tot 1 december 2012 onder verwijzing naar de jurisprudentie van de Hoge Raad van 15 april 2005 (ECLI:NL:HR:2005:AS2030 en ECLI:NL:HR:2005:AS2713) het volgende. Wanneer een natuurlijke persoon die als bestuurder van een besloten vennootschap is benoemd en krachtens arbeidsovereenkomst zijn werkzaamheden verricht, bij een geldig besluit van het bevoegde orgaan van de vennootschap als bestuurder ontslag is verleend, verliest hij ingevolge artikel 2:244 lid 1 BW de hoedanigheid van bestuurder van de vennootschap. Aangezien genoemde bepaling ertoe strekt te bewerkstelligen dat door een ontslagbesluit ook een einde wordt gemaakt aan de arbeidsrechtelijke verhoudingen, heeft een ontslagbesluit in beginsel tevens beëindiging van de dienstbetrekking van de bestuurder ten gevolge. Voor een uitzondering is slechts plaats indien een wettelijk ontslagverbod aan die beëindiging in de weg staat of indien partijen anders zijn overeengekomen. In dit geval zijn partijen een opzegtermijn van twaalf maanden overeengekomen. De bevoegdheid van [appellant] zijn functie nog te vervullen was hem gedurende deze termijn al op rechtmatige wijze ontnomen. Het is, gelet op de positie van [appellant] als statutair bestuurder, niet aannemelijk en ook niet gesteld, dat bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst door partijen is beoogd dat [appellant] nog zou werken gedurende die periode en nadat zijn arbeidsovereenkomst reeds was opgezegd. De stelling dat een objectieve rechtvaardiging voor de schorsing van [appellant] ontbrak, zoals [appellant] heeft gesteld, sluit zonder nadere toelichting, die ontbreekt, geenszins aan bij onderhavige situatie en is daarom onbegrijpelijk. [appellant] miskent hiermee immers dat de beëindiging van zijn positie als statutair directeur in het licht van het bovenstaande min of meer als vanzelfsprekend met zich brengt dat hij op non actief wordt gesteld. Reeds daarin is een voldoende objectieve rechtvaardiging gelegen voor zijn schorsing. Mede in het licht van dit uitgangspunt dient de overeengekomen opzegtermijn naar het oordeel van het hof in wezen te worden beschouwd als een (op een mogelijk ontslag anticiperende) afvloeiingsregeling / beëindigingsvergoeding, waarbij het in dat kader door MGL te betalen bedrag tussen partijen op twaalf maanden salaris is gesteld. Deze betaling heeft derhalve geen loonkarakter, in die zin dat [appellant] daarvoor werkzaamheden dient te verrichten. Daarom is voor enige aan een prestatie gerelateerde variabele beloning bovenop het vaste loon dan ook geen plaats. De eerste grief faalt derhalve voor zover deze betrekking heeft op de gestelde aanspraak op een variabele beloning in de betreffende genoemde periode na 1 december 2011.

4.7.5. Tot 1 december 2011 was van een rechtsgeldige opzegging nog geen sprake. [appellant] werd evenwel reeds na 9 juni 2011 niet meer in staat gesteld te werken. Bij pleidooi is van de zijde van MGL naar voren gebracht dat al begin 2011, derhalve voorafgaand aan het ontslag op 9 juni 2011, was besloten dat [appellant] niet meer zou worden uitgenodigd aan onderhavige bonusregeling voor 2011 deel te nemen, zoals hij voorgaande jaren dat wel steeds werd, omdat [appellant] “de onderneming ook niet meer zou dienen”. MGL heeft derhalve begin 2011 al geanticipeerd op het besluit tot schorsing van [appellant]. Nu de arbeidsovereenkomst in de periode van 1 januari 2011 tot 1 december 2011 nog niet (tot 9 juni 2011), althans niet rechtsgeldig (vanaf 9 juni 2011) was opgezegd, [appellant] onweersproken de voorgaande jaren steeds aan de bonusregeling had mogen deelnemen en hij door MGL niet meer in de gelegenheid werd gesteld te werken en daarmee voldoende te presteren om een bonus te verdienen, was MGL gehouden op grond van goed werkgeverschap [appellant] dit forse inkomensverlies te com-

penseren nu het hier immers om een in de arbeidsovereenkomst bedongen arbeidsvoorwaarde (artikel 5.4) ging. De stellingen van MGL dat sprake was van een discretionaire bevoegdheid bij de toekenning van een bonus en dat anderen vanwege de gestelde omstandigheden over 2011 ook geen bonus ontvingen, maakt nog niet dat [appellant] in 2011 niet (meer) had moeten worden uitgenodigd deel te nemen aan de hier bedoelde bonusregeling. De omstandigheid dat bij de aandeelhouders in 2011 in een vroegtijdig stadium de wens leefde om afscheid te gaan nemen van [appellant] is, gezien het belang van deze (primaire) arbeidsvoorwaarde, volstrekt onvoldoende reden om [appellant] buiten de bonusregeling te houden. Dat [appellant] toch geen bonus zou hebben ontvangen is in het licht van de gemotiveerde betwisting van [appellant] onvoldoende toegelicht, zodat daaraan voorbij wordt gegaan. Zo is de stelling van MGL dat in 2011 niet werd voldaan aan de uitkeringscondities onvoldoende onderbouwd. Naar het oordeel van het hof vloeit hieruit voort dat [appellant] rechtens aanspraak kan maken op een variabele vergoeding, die bij gebrek aan andere gegevens gezien het bepaalde in artikel 7:628 lid 3 BW zal worden vastgesteld op het door hem berekende gemiddelde van de variabele beloning in de aan 2011 voorafgaande jaren. De eerste grief slaagt derhalve voor zover deze betrekking heeft op de aanspraak op een variabele beloning over genoemde periode voor 1 december 2011 jegens MGL. Aan [appellant] dient te worden toegewezen een bedrag van (€ 183.000,= : 12 x 11 =) € 167.750,=. Het bestreden vonnis dient in zoverre voor zover gewezen tussen [appellant] en MGL, te worden vernietigd.

4.7.6. [appellant] heeft tevens de maximale wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW over deze variabele beloning gevorderd. MGL heeft de verschuldigdheid ervan weersproken door te wijzen op de omstandigheid dat zij in de gerechtvaardigde veronderstelling verkeerde dat op correcte wijze aan de bestaande afspraken met [appellant] uitvoering was gegeven (MvA punt 54 onder f). Zoals het hof hiervoor onder 4.7.5. heeft overwogen, is die veronderstelling van MGL niet als juist aan te merken, zodat daaraan geen verweer valt te ontleen.

Niettemin zal het hof de wettelijke verhoging matigen tot 10% vanwege de omstandigheid dat uit de stukken niet valt af te leiden op welk moment vaststelling van de hoogte van de bonus plaatsvond en evenmin wanneer die bonus beschikbaar werd gesteld, zodat het effect van de prikkel tot tijdige loonbetaling, waarvoor deze wettelijke bepaling is bedoeld, zich in deze situatie wat lastig laat vaststellen. Bovendien neemt het hof daarbij in aanmerking dat ook de niet weersproken wettelijke rente als subsidiair gevorderd over voormeld bedrag van € 167.750,= jegens MGL zal worden toegewezen, vanaf de dag van de inleidende dagvaarding, zijnde 11 juni 2012.

Kennelijk onredelijke opzegging

4.8.1. Met de derde en vierde grief heeft [appellant] het oordeel van de rechtbank aangevochten dat geen sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. [appellant] heeft in dit kader aangevoerd dat de door MGL opgevoerde ontslagredenen betreffende de fusie tussen MGL en [naamloze vennootschap] en betreffende de relatie van [appellant] met de ondernemingsraad / centrale ondernemingsraad voorgewend is. Er was namelijk geen voornemen meer tot de effectivering van de sinds 2007 beoogde fusie tussen MGL en [naamloze vennootschap], waarbij [appellant] een leidende rol zou gaan vervullen. In de periode van april 2011 tot juni 2011 was een fusie tussen MGL en [naamloze vennootschap] feitelijk niet mogelijk, omdat er niet over de benodigde 95% van de aandelen in [naamloze vennootschap] werd beschikt. Verder speelde het risico op een mogelijke fiscale naheffing die de activiteiten van MGL ernstig zou kunnen

schaden. Inmiddels is er nog steeds geen verdere integratie tussen MGL en [naamloze vennootschap] en is ook openlijk toegegeven dat er geen fusie zal komen tussen MGL en [naamloze vennootschap]. [appellant] was overigens niet tegen de fusie, zoals door de rechtbank ten onrechte is overwogen. [appellant] was juist een voorstander van de fusie. [appellant] heeft slechts verklaard dat de verdere integratie en het effectueren van de fusie in juni 2011 en de daarop volgende periode feitelijk nog niet mogelijk was, aldus [appellant].

4.8.2. [appellant] heeft voorts naar voren gebracht dat MGL forse winsten diende te genereren en aandeelhouderswaarde diende te creëren. Om de geëiste resultaten te kunnen realiseren moest [appellant] stevig snijden in de kosten en keer op keer reorganiserende maatregelen treffen waarbij steeds personeel diende af te vloeien. Hierdoor kwam de verhouding tussen [appellant] en de ondernemingsraad / centrale ondernemingsraad meer en meer onder druk te staan. [appellant] heeft naar zijn zeggen jarenlang de kastanjes uit het vuur moeten halen en werd vervolgens verweten hier en daar een blaas te hebben opgelopen.

4.8.3. Verder heeft [appellant] nogmaals benadrukt dat MGL de variabele looncomponent over 2011 en over de opzegtermijn niet heeft doorbetaald. De rechtbank is daarvan bij haar oordeel dat geen sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag dan ook ten onrechte vanuit gegaan. MGL heeft geen passende voorziening voor [appellant] willen treffen op basis van de redenering dat een bestuurder vanwege het ontslagrisico dat hij loopt een hoge vaste en een hoge variabele beloning pleegt te ontvangen, maar tegelijkertijd geweigerd te erkennen dat de aanspraak van [appellant] op de variabele looncomponent een verworven recht is en deze over 2011 en over de opzegtermijn niet heeft uitbetaald. Het doorbetalen van het salaris gedurende de opzegtermijn kan in dit verband geen passende voorziening worden geacht. MGL heeft er immers zelf voor gekozen om geen arbeidsprestatie van [appellant] te verwachten.

4.8.4. Bovenal staan volgens [appellant] de nadelige gevolgen voor [appellant] van zijn ontslag in geen verhouding tot het belang van MGL bij dit ontslag. MGL heeft ondanks de voorzienbare benarde positie waarin [appellant] zou komen te verkeren als gevolg van het direct ontslag en de diffamerende schorsing, geen enkele inspanning gedaan om de materiële en immateriële nadelen die [appellant] thans ondervindt, te voorkomen. Sinds het moment waarop [appellant] in juni 2011 is geschorst, heeft [appellant] zich tot het uiterste ingespannen om elders passend werk te vinden. Het is derhalve onjuist dat de rechtbank heeft aangenomen dat [appellant] zich daartoe niet heeft ingespannen. Het ziet er echter niet naar uit dat [appellant] binnen afzienbare tijd erin zal slagen een vergelijkbaar inkomen uit arbeid te verwerven. De leeftijd van [appellant] vormt daarbij een bijzonder complicerende factor. De hoofdoorzaak is echter gelegen in de wijze waarop MGL is overgegaan tot het direct ontslag en de diffamerende schorsing, waardoor de indruk is gewekt dat [appellant] disfunctioneerde en argwaan is ontstaan over de kwaliteiten van [appellant]. Bovenstaande argumenten leiden ertoe, ook gezien vanuit het goede carrièreverloop van [appellant], dat het door MGL gegeven ontslag als kennelijk onredelijk dient te worden geïdentificeerd waarmee aanspraak op schadevergoeding is ontstaan, aldus [appellant].

4.8.5. MGL en LMG I hebben gesteld dat er geen redenen voor het ontslag van [appellant] zijn voorgewend. Het feit dat een aantal kwesties in het fusietraject nog beslechting behoefde, liet onverlet dat het voornemen tot fusie nog actueel was. Tot een daadwerkelijke fusie is het (nog) niet gekomen, omdat Mecom Group plc in het najaar van 2012 noodgedwongen als gevolg van financiële en bedrijfseconomische omstandigheden heeft

moeten inzetten op de verkoop van al haar in Nederland verworven "assets" (MGL en [naamloze vennootschap]). Dat [appellant] een tegenstander van de voorgenomen fusie was, laat zich volgens MGL en LMG I overigens bevestigen door de notulen van de ava van 9 juni 2011. De moeizame relatie tussen [appellant] en de ondernemingsraad / centrale ondernemingsraad is door de aandeelhouders in de besluitvorming van 9 juni 2011 respectievelijk 23 november 2011 geobjectiveerd gepositioneerd. Het feit dat [appellant] met de ondernemingsraad / centrale ondernemingsraad op slechte voet is geraakt, is, gelet op de door de ondernemingsraad / centrale ondernemingsraad beschreven stijl van optreden van [appellant] naar de stellingen van MGL en LMG I niet slechts toe te rekenen aan de aandeelhouders. Aan de stelling van [appellant] dat van diffamerend handelen sprake is geweest dient voorbij te worden gegaan, omdat deze stelling niet onderbouwd is. Het enkele ontbreken van een voorziening voor [appellant] leidt nog niet tot de vaststelling dat een ontslag kennelijk onredelijk is. Er bestaat geen wettelijke verplichting tot begeleiding naar een andere functie in geval van ontslag van een statutair directeur. Er is geen grond geweest om ten behoeve van [appellant] een (financiële) voorziening te treffen. [appellant] is bijna achttien maanden van werk vrijgesteld geweest, terwijl de wettelijke opzegtermijn twee maanden bedroeg. De kansen van [appellant] op de arbeidsmarkt lieten zich, gelet op zijn functieprofiel, kennis en ervaring, als goed kwalificeren. De leeftijd van [appellant] speelde daarbij geen rol van belang. Nu op grond van het bovenstaande het ontslag van [appellant] niet als kennelijk onredelijk kan worden geïdentificeerd, is van schadelijkheid evenmin sprake, aldus MGL en LMG I ten slotte.

Voorgewende of valse reden (artikel 7:681 lid 2 aanhef en onder a BW)

4.8.6. Het hof stelt voorop dat een voorgewende reden een bestaande reden is die niet de werkelijke ontslaggrond is; een valse reden is een niet bestaande reden. [appellant] voert in hoger beroep aan dat de aangevoerde redenen (het fusietraject en een slecht contact met de ondernemingsraad) als voorgewend dienen te worden beschouwd. Wat ook van de duiding van genoemde redenen zij, het is voor een geslaagd beroep op artikel 7:681 lid 2 aanhef en onder a BW aan [appellant] om te stellen en zo nodig te bewijzen dat de aangevoerde reden of wel bestaat maar niet de werkelijke reden is (voorgewend) dan wel in het geheel niet bestaat (vals). [appellant] heeft geen stellingen betrokken die erop zouden kunnen duiden dat de aangevoerde reden wel bestaat, maar dat feitelijk een andere reden de grond voor het ontslag heeft gevormd. Uit de stellingen van [appellant] valt daarnaast niet af te leiden dat niet bestaande redenen voor het ontslag zijn opgevoerd. Integendeel, [appellant] ging blijken zijn uitlatingen in juni 2011 ook uit van een op handen zijnde fusie tussen MGL en [naamloze vennootschap] en heeft daarbij onvoldoende naar voren gebracht op grond waarvan geoordeeld moet worden dat deze fusie in november 2011 reeds van de baan was. Het achterwege blijven van een aantal stappen daartoe, zoals het trachten te verwerven van de aandelen van Mecom zoals bij pleidooi concreet als aanwijzing genoemd, is daarvoor onvoldoende. Het hof constateert verder dat [appellant] met zijn stellingen feitelijk erkent dat de relatie met de ondernemingsraad / de centrale ondernemingsraad verstoord was geraakt. Overigens geldt dat de gevolgen daarvan, onafhankelijk van het antwoord op de vraag of die al dan niet zijn verdiend, onderdeel uitmaken van het risico dat de positie van statutair directeur met zich draagt. Dat sprake was van voorgewende dan wel valse ontslagredenen kan derhalve niet worden vastgesteld.

Het gevolgcriterium (artikel 7:681 lid 2 aanhef en onder b BW)

4.8.7. Bij de beoordeling of een opzegging van een arbeidsovereenkomst als kennelijk onredelijk moet worden aangemerkt vanwege het zogenoemde gevolgcriterium (artikel 7:681 lid 2 aanhef en onder b BW) geldt als maatstaf of, mede in aanmerking genomen de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor de werknemer bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden, de gevolgen van de opzegging voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging. Daarbij dienen alle omstandigheden zoals deze zich niet later dan op het tijdstip van ingang van het ontslag voordeden, in aanmerking te worden genomen. Nadien intredende omstandigheden kunnen slechts worden meegewogen voor zover zij aanwijzingen opleveren voor wat niet later dan op voormeld tijdstip kon worden verwacht.

De enkele omstandigheid dat de werknemer zonder toekenning van een vergoeding is ontslagen, levert in het algemeen geen grond op voor toewijzing van een vordering vanwege kennelijk onredelijk ontslag. Daartoe dienen bijzondere omstandigheden te worden gesteld en zo nodig bewezen, die in de kern inhouden dat het ontslag is gegeven in strijd met algemeen aanvaarde normen van goed werkgeverschap.

Het hof is van oordeel dat van een kennelijk onredelijk ontslag gelet op het gevolgcriterium geen sprake is. De positie van statutair directeur is een positie met een hoog afbreukrisico. In situaties als onderhavige is veelal aangewezen dat de werkzaamheden per direct worden neergelegd en kennelijk was dat ook in juni 2011 het geval. De arbeidsrechtelijke bescherming van een statutair bestuurder is beperkt binnen de wettelijke contouren van artikel 2:244 BW e.v.. Hiertegenover staat in beginsel een beloning die mede dient om de gevolgen van een dergelijk ontslag op te vangen. In onderhavige situatie kan, gelet op de hoogte van het door [appellant] genoten salaris en van de emolumenten, niet worden aangenomen dat [appellant] daartoe niet in staat moet zijn geweest. Bovendien is bij aanvang van het dienstverband een ruime afvloeiingsregeling / beëindigingsvergoeding ten bedrage van twaalf maanden salaris overeengekomen, zoals het hof hiervoor reeds heeft overwogen. Aangenomen moet worden, gezien de voor werknemers in het algemeen geldende wettelijke opzeggingstermijnen, dat deze afvloeiingsregeling op de eerste plaats is overeengekomen ter compensatie van de mogelijke, waaronder de zich in onderhavige zaak voordoende gevolgen van ontslag. Het hof acht hiermee, alle omstandigheden in aanmerking nemend, de belangen van [appellant] voldoende in acht genomen. De omstandigheid dat [appellant] ten tijde van de opzegging reeds ouder dan vijftig jaar was legt naar het oordeel van het hof onvoldoende gewicht in de schaal om aan te nemen dat nog een verdere vergoeding dient te worden betaald. Een leeftijd als die van [appellant] pleegt in dit soort functies niet of nauwelijks van invloed te zijn op de mogelijkheid om een vergelijkbare functie te verwerven. Maar zelfs als dat in een bepaald individueel geval anders blijkt te zijn, dient de overeengekomen beloning ook voor die situatie als ruimschoots voldoende te worden aangemerkt. Het hof heeft hierboven reeds geoordeeld dat MGL geen variabele looncomponent meer verschuldigd was gedurende de opzegtermijn maar ook dat MGL deze variabele looncomponent over de periode van 1 januari 2011 tot 1 december 2011 als nog dient te betalen. De stelling van [appellant] dat het gaat om een diffamerend ontslag en een daaruit voortvloeiende schorsing is onvoldoende toegelicht. [appellant] miskent met deze stelling immers dat het ontslag van een statutair directeur veelal immer op korte termijn geschiedt, terwijl bovendien de communicatie hierover eveneens veelal spaarzaam is. Voor zover

daaruit door derden conclusies worden getrokken, die niet gerechtvaardigd zijn, valt daaromtrent MGL in dit concrete geval geen verwijt te maken. Andere bijzondere omstandigheden, die in de kern inhouden dat het ontslag is gegeven in strijd met algemeen aanvaarde normen van goed werkgeverschap zijn gesteld noch gebleken. De derde en vierde grief falen derhalve.

4.9.1. [appellant] heeft met zijn vijfde grief de proceskostenveroordeling in eerste aanleg aangevochten. MGL en LMG I hebben onder verwijzing naar hun stellingen ten aanzien van de in geschil zijnde punten gesteld dat ook deze grief dient te worden verworpen.

4.9.2. Nu [appellant] en MGL over en weer in het ongelijk zijn gesteld dienen de kosten van zowel de procedure in eerste aanleg als de procedure in hoger beroep tussen hen te worden gecompenseerd en het bestreden vonnis op dit eerste punt te worden vernietigd. Gezien de op de feitelijke situatie aansluitende procedurele verwevenheid tussen MGL en LMG I, waarbij voor LMG I feitelijk geen extra kosten zijn gemaakt, ziet het hof geen aanleiding voor een kostenveroordeling ten behoeve van LMG I in eerste aanleg naast genoemde kostencompensatie. De vijfde grief slaagt in zoverre en faalt voor het overige.

4.10. Uit het bovenstaande volgt dat het bestreden vonnis gedeeltelijk dient te worden vernietigd. Om proceseconomische redenen zal het gehele vonnis worden vernietigd, de vordering van [appellant] voor zover genoemd bedrag van € 167.750,- jegens MGL worden toegewezen en de vorderingen van [appellant] overigens opnieuw worden afgewezen.

5 De uitspraak

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep en, opnieuw rechtdoende: veroordeelt MGL tot betaling aan [appellant] van een bedrag van € 167.750,-, te vermeerderen met de wettelijke verhoging van 10% en de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over dit aldus berekende bedrag vanaf de datum van de inleidende dagvaarding tot de dag van volledige voldoening; verklaart dit arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad; compenseert de kosten van de procedure in eerste aanleg en van de procedure in hoger beroep tussen partijen, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt; wijst af het meer of anders gevorderde.

NOOT

Deze zaak betreft het hoger beroep van het vonnis van de Rechtbank Limburg van 10 juli 2013 (ECLI:NL:RBLIM:2013:5679) en bevat vier aspecten die ik hier bespreek. Het is mij te doen om de vennootschappelijke besluitvorming (op basis van het oude recht), de manier waarop het hof de 15 april-arresten toepast, de uitleg die het aan de opzegtermijn geeft en de manier waarop het hof de positie van een bestuurder en diens afvloeiingsregeling beoordeelt.

De vennootschappelijke besluitvorming

Het ontslagbesluit van een bevoegd vennootschapsorgaan tot ontslag komt in strijd met art. 2:8 BW tot stand indien dat orgaan de hoorplicht schendt. De hoorplicht valt bij ontslag van bestuurders of commissarissen samen met het adviesrecht van de bestuurder in art. 2:227, lid 7 BW. In de jurisprudentie komt dit relevante onderscheid nauwelijks aan bod. De urgentie daartoe ontbreekt wellicht omdat de rechter bij schending het ontslagbesluit op grond van art. 2:15, lid 1, sub a en b BW kan vernietigen.

Uit onder meer Hoge Raad 10 maart 1995, NJ 1995/595, m.nt. Maeijer (*Janssen Pers*) en Hoge Raad 22 december 2009 «JOR»

2010/40, m.nt. Nowak volgt dat indien de statuten van een vennootschap krachtens art. 2:238 BW toestaan dat besluiten buiten vergadering kunnen worden genomen, art. 2:227 lid 4 BW (oud) in beginsel analoog van toepassing was. Nowak verwees in zijn noot naar kritiek op deze beslissing, omdat op goede gronden verschillende rechtsgevolgen aan schending van het adviesrecht bij besluitvorming in de algemene vergadering en daarbuiten verbonden horen te worden. Bovendien plaatste men vraagtekens bij de vergaande strekking van de sanctie (vernietiging). De wetgever heeft zich van deze discussie weinig aangetrokken en het adviesrecht van bestuurders bij besluiten buiten vergadering met zo veel woorden vastgelegd in de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht per 1 oktober 2012. In het huidige art. 2:238, lid 2 BW bevat de laatste volzin de woorden: “in de gelegenheid gesteld om advies uit te brengen”. Die terminologie verschilt weliswaar van die van art. 2:227 lid 7 (oud lid 4) BW, waarin de wetgever de woorden “hebben (...) een raadgevende stem” bezigt, maar waarschijnlijk heeft de wetgever daarmee geen onderscheidenlijke rechtsgevolgen op het oog gehad.

Een casus als die in dit arrest ontstaat mede vanwege het feit dat de wet geen regeling kent met instructies voor toepassing van het adviesrecht en de statuten doorgaans evenmin bepalingen op dit punt bevatten. De rechter valt dan terug op de redelijkheid en billijkheid en op de omstandigheden van het geval. Naast de alternatieven die de aandeelhouders de bestuurder boden acht het hof hier van belang dat in de periode tussen de twee ontslaggronden geen nieuwe feiten en omstandigheden zijn opgekomen op grond waarvan de statutair bestuurder nogmaals in de gelegenheid gesteld had moeten worden zijn raadgevende stem uit te brengen in een daartoe bijeengeroepen algemene vergadering. Dat valt te billijken: het vennootschappelijke discours dient niet ‘pour besoin de la cause’ gevoerd te worden.

De vraag is of het hof een nuance heeft aangebracht in de toetsingsmaatstaf die de rechtbank hanteerde. Volgens de rechtbank rechtvaardigen alleen nieuwe en voldoende zwaarwegende feiten die een ander besluit kunnen opleveren dat de bestuurder andermaal zijn advies wordt gevraagd. Misschien til ik er te zwaar aan, maar met name de toevoeging “die een ander besluit kunnen opleveren” vind ik bezwaarlijk, althans op z’n minst overbodig. Indien de rechter nieuwe feiten voorziet van het kwaliteitsstempel ‘relevant’ ligt daar volgens mij al de aanname in besloten dat een nieuw besluit anders kan luiden dan het eerdere. Voor zover deze voorwaarde opgevat moet worden als een verzwarende eis aan de aard van de nieuwe relevante feiten gaat mij dat een stap te ver.

De benaderingswijze van het hof roept overigens nieuwe vragen op. Moet het tot ontslag van de bestuurder bevoegde vennootschapsorgaan in dit soort gevallen eigener beweging vragen of de bestuurder nieuwe relevante feiten aanwezig acht? En als die vraag niet wordt gesteld, mag de bestuurder verzwijgen dat nieuwe feiten en omstandigheden zijn opgekomen om later, nadat zijn verzoek tot het uitbrengen van zijn raadgevende stem/uitbrengen van advies is afgewezen, het besluit te vernietigen waarbij hij zich beroept op die (verzwegen) nieuwe feiten en omstandigheden? Het bevoegde orgaan van de vennootschap doet er in ieder geval verstandig aan te informeren naar de bij de bestuurder gevoelde noodzaak om opnieuw zijn raadgevende stem uit te brengen of advies uit te brengen. Zelf ben ik van mening dat van de bestuurder, die in dezelfde aangelegenheid nogmaals zijn raadgevende stem wil kunnen uitbrengen, op grond van de redelijkheid en billijkheid in art. 2:8 BW verlangd kan worden dat hij ongevraagd zijn verzoek behoorlijk toelicht.

Toepassing van de 15 april-arresten

Het hof laat de status van de besluiten van 9 juni 2011 in r.o. 4.6.2. in het midden en maakt – terecht – een onderscheid tussen de beëindiging van de vennootschapsrechtelijke band enerzijds en de arbeidsrechtelijke band anderzijds. Dat blijkt uit de verwijzing naar de 15 april-arresten in r.o. 4.7.4 en het gebruik van het woord “opzegging” in r.o. 4.7.5. Uit die arresten volgt dat een bestuurder, die krachtens arbeidsovereenkomst zijn werkzaamheden verricht en bij een geldig besluit van het bevoegde orgaan van de vennootschap als bestuurder ontslag is verleend, de hoedanigheid van bestuurder van de vennootschap verliest en geen van de aan deze hoedanigheid verbonden bevoegdheden meer kan uitoefenen. Dat hoeft niet tot gevolg te hebben dat ook de dienstbetrekking eindigt. Het antwoord op de vraag welke gevolgen het ontslagbesluit heeft voor de arbeidsverhouding tussen de bestuurder en de vennootschap moet worden gegeven aan de hand van het bepaalde in de arbeidsovereenkomst en in de op arbeidsovereenkomsten toepasselijke wetsbepalingen, voor zover Boek 2 BW deze wetsbepalingen niet uitdrukkelijk terzijde stelt. De bepalingen uit Boek 2 strekken ertoe te bewerkstelligen dat door een ontslagbesluit ook een einde wordt gemaakt aan de arbeidsrechtelijke verhouding. Daarom heeft te gelden dat een ontslagbesluit in beginsel tevens beëindiging van de dienstbetrekking van de bestuurder tot gevolg heeft. Voor een uitzondering is slechts plaats indien een wettelijk ontslagverbod aan die beëindiging in de weg staat of indien partijen anders zijn overeengekomen.

In dit geval heeft het hof daar in r.o. 4.7.4 aan toegevoegd: “In dit geval zijn partijen een opzegtermijn van twaalf maanden overeengekomen”. Ter voorkoming van misverstanden had het hof daar aan kunnen toevoegen “welke opzegtermijn in acht is genomen”. Deze werkgever had er immers ook voor kunnen kiezen de arbeidsovereenkomst onregelmatig te doen eindigen.

De (kennelijke) onredelijkheid van de opzegging

Over de beoordeling van de vordering op grond van art. 7:681 BW zijn hof en rechtbank eensgezind. Daartoe stelt het hof terecht de maatstaf voorop die de Hoge Raad in zijn arrest *van de Grijp/Stam* heeft verduidelijkt: ten aanzien van zo’n vordering moet eerst aan de hand van de omstandigheden tezamen en in onderling verband worden vastgesteld dát sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag vóórdát kan worden toegekomen aan de beantwoording van de vraag welke vergoeding aan de werknemer wordt toegekend. Uit de redactie van de b-grond in het tweede lid van art. 7:681 BW blijkt al dat het enkele feit dat de werkgever geen voorziening voor de werknemer heeft getroffen, niet voldoende is om aan te nemen dat het ontslag kennelijk onredelijk is. Ook dan hangt het af van alle door de rechter vast te stellen omstandigheden of voldaan is aan de in de wet neergelegde maatstaf die in de kern inhoudt dat het ontslag is gegeven in strijd met algemeen aanvaarde normen van goed werkgeverschap.

De Hoge Raad maakt daarmee niet duidelijk wanneer een ontslag als kennelijk onredelijk moet worden gekwalificeerd, al zijn de elementen die aan een dergelijke kwalificatie bijdragen inmiddels min of meer bekend. In feite heeft de wetgever gewild – ik citeer P-G Langemeijer in zijn conclusie bij Hoge Raad 1 december 1961, *NJ* 1962/78 – dat “het ontslag niet enkel getoetst zou worden aan voor enigszins scherpe afbakening in abstracto en in concreto vatbare wederzijdse rechten en plichten, maar aan onze rijk geschakeerde waardering van de onderlinge behandeling van mensen”. Tot die rijke schakering hoort wat mij betreft de opvatting dat de arbeidsrechtelijke bescherming van een bestuurder plaats heeft binnen de contouren van art. 2:244 BW

(lees: beperkter is in vergelijking met de ontslagbescherming die reguliere werknemers genieten). Dat de behandeling van de bestuurder overigens aan verruwing onderhevig lijkt signaleerde mr. E.S. de Bock in 'Kroniek statutair bestuurder 2010-2012', *ArbeidsRecht* 2013, 33. Voor een fraai overzicht van toegekende vergoedingen aan bestuurders verwijs ik naar mr. S.J. Sterk: 'Over ontslagvergoeding van statutair bestuurders: hoge bomen en tegenwind?', *ArbeidsRecht* 2012, 53.

Tegenover die beperkte ontslagbescherming staat dan normaliter een zodanig ruime vergoeding dat een bestuurder de gevolgen van zijn ontslag moet kunnen opvangen. Zo hoort het ook. Het aardige aan deze uitspraak vind ik dat het hof de lange opzegtermijn van twaalf maanden hier als een afvloeiingsregeling heeft opgevat, al vraag ik mij af in hoeverre die interpretatie uit de standpunten van partijen kon worden afgeleid. Ik realiseer mij daarbij dat het hof niet gebonden is aan de uitleg die partijen aan de overeenkomst geven (zie HR 23 juni 1995, *NJ* 1996/566), maar bij zo'n uitleg mag het hof niet buiten de rechtsstrijd van partijen treden (art. 24 Rv). Voor de kwalificatie van een lange opzegtermijn als afvloeiingsregeling valt overigens in zijn algemeenheid wel wat te zeggen, indien de bestuurder geen tegenprestatie hoeft te leveren voor het feit dat hij gedurende die opzegtermijn salaris ontvangt. Ook de Hoge Raad accepteerde in zijn arrest Hoge Raad 1 december 1978, *NJ* 1979/185 (*Elmar/Felix*) dat bij de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid van een opzegging een lange opzegtermijn en een ontslagvergoeding op een lijn worden gesteld. Een recenter voorbeeld vormt het arrest van het Hof Leeuwarden d.d. 24 januari 2012 (ECLI:NL:GHLEE:2012:BV1944).

Indien een opzegtermijn als een beëindigingsvergoeding uitgelegd moet worden, kan een statutair bestuurder volgens het hof – ik paraphraseer – in beginsel slechts aanspraak maken op een op de periode van de opzeggingstermijn betrekking hebbende prestatieafhankelijke bonus indien partijen dat uitdrukkelijk zijn overeengekomen. Het hof komt in twee stappen tot die conclusie. Eerst stelt het hof dat de bevoegdheid om de functie van statutair bestuurder te vervullen gedurende de opzegtermijn op rechtmatige wijze was ontnomen. Vervolgens geeft het hof blijk van de opvatting dat het inherent is aan de positie van een statutair bestuurder dat die in een situatie waarin over zijn ontslag is geoordeeld een non-actiefstelling volgt. Reeds daarin is volgens het hof een voldoende objectieve rechtvaardiging gelegen voor zijn schorsing, waardoor art. 7:628 lid 3 BW toepassing mist.

Dit is niet de sterkste passage uit het arrest, omdat het de vraag is hoe deze passage zich verhoudt tot het arrest inzake *Van der Gulik/Visser* (HR 21 maart 2003, «JAR» 2003/91) waarin de Hoge Raad oordeelde dat een schorsing of een op non-actiefstelling in de risicosfeer van de werkgever ligt en "een oorzaak (is) die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen" in de zin van lid 1 (art. 7:628 BW). Dat is ook het geval indien de werkgever gegronde redenen had om de werknemer te schorsen of op non-actief te stellen. De werkgever kan zich immers – aldus de Hoge Raad "zolang de arbeidsovereenkomst bestaat, niet eenzijdig aan de verplichting tot loonbetaling onttrekken, ook niet ingeval het gedrag van de werknemer grond voor schorsing of op non-actiefstelling oplevert". Het hof brengt zich hiermee onnodig in de problemen. Het feit dat een statutair bestuurder in vrijwel alle gevallen op non-actief wordt gesteld, betekent niet dat daarmee een objectieve rechtvaardiging is gegeven. Als het hof terecht tot de conclusie kon komen dat het beide partijen ten tijde van het aangaan van de arbeidsovereenkomst voor ogen stond dat de statutair bestuurder gedurende de opzegtermijn niet zou werken is dat voldoende. De conclusie dat deze opzegtermijn als een beëindigingsvergoeding moet worden gezien sorteert

tevens het effect dat alsdan van loonbetaling geen sprake is, waardoor art. 7:628 BW toepassing mist. Zie voor een kritische bejegening van dit onderdeel van 's hofs arrest de annotatie van K. Wiersman bij dit arrest in «JAR» 2014/227.

De combinatie van alle relevant geachte elementen die het hof hier tot de slotsom bracht dat de opzegging niet kennelijk onredelijk was valt goed uit te leggen aan een publiek dat waarschijnlijk behept is met een diepgewortelde 'inequity aversion' (zie een hilarisch experiment van Frans de Waal met kapucijnaapjes, te zien in een video vanaf de dertiende minuut op <http://youtu.be/GcJxRqTs5nk>). Dat is nodig in een tijdsgewricht waarin de effecten van toenemende (inkomens)ongelijkheid zich lijken te doen gevoelen.

I. Janssen

Dijkstra Voermans Advocatuur & Notariaat

Personen- en familierecht

169
Hof Amsterdam 15 april 2014, nr. 200.129.371/01 ECLI:NL:GHAMS:2014:1714 (mr. Van Haeringen, mr. Buitendijk, mr. Van Berge) Noot M.M. Schouten
Family life. Private life. Biologische vader. Contactregeling.
Geen family life. Man toch ontvankelijk in verzoek vaststellen omgangsregeling op basis van private life.
[EVRM art. 8; BW art. 1:377a]

920

In deze uitspraak stelt de man dat hij door de rechtbank ten onrechte niet-ontvankelijk is verklaard in zijn verzoek de vrouw te veroordelen tot medewerking aan een voorlopige omgangsregeling tussen hem en de minderjarige. Uit vaste jurisprudentie van het EHRM volgt dat de vaststelling van de juridische betrekkingen tussen de biologische vader en het kind en daarmee de vraag of de biologische vader het recht heeft tot toegang tot het kind, een belangrijk deel kan betreffen van de identiteit van de vader en daarmee van zijn 'private life'. Nauwe banden ('close relationships') kunnen volgens het EHRM in gevallen waarin het bestaan van 'family life' niet kan worden aangenomen, wel binnen de reikwijdte van het privéleven ('private life') van de vader vallen en aldus eveneens onder de bescherming van art. 8 EVRM. De beslissing van de rechtbank om de biologische vader niet-ontvankelijk te verklaren in zijn verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling betekent inmenging in zijn recht op 'private life'.

[...], wonende te [...],
appellant,
advocaat: mr. E.K.E. Rodrigues Pereira te Amsterdam,
tegen
[...], wonende te [...],
geïntimeerde,
advocaat: mr. P.E. Stam te Zaandam.

Hof:

1 Het geding in hoger beroep

- 1.1. Appellant en geïntimeerde worden hierna respectievelijk de man en de vrouw genoemd.
- 1.2. De man is op 27 juni 2013 in hoger beroep gekomen van de beschikking van 27 maart 2013 van de rechtbank Noord-Holland, met kenmerk C/15/197771 / FA RK 12-3861.
- 1.3. De vrouw heeft op 9 augustus 2013 een verweerschrift ingediend.
- 1.4. De vrouw heeft op 23 september 2013 een nader stuk ingediend.
- 1.5. De zaak is op 10 oktober 2013 ter terechtzitting behandeld.
- 1.6. Ter terechtzitting zijn verschenen:
 - de man, bijgestaan door zijn advocaat;
 - de vrouw, bijgestaan door haar advocaat;
 - [de heer x];
 - mevrouw D. van Dijk, vertegenwoordiger van de Raad voor de

Kinderbescherming, regio Noord-Holland, locatie Haarlem (hierna: de Raad).

2 De feiten

2.1. Partijen hebben van 1997 tot augustus 2003 een affectieve relatie gehad. Uit de vrouw is [in] 2004 [...] (hierna: [de minderjarige]) geboren. De man is de biologische vader van [de minderjarige]. De vrouw heeft sinds april 2005 een relatie met [de heer x] (hierna: [x]). Uit deze relatie is [in] 2010 een zoon geboren. De vrouw en [x] zijn [in] 2012 gehuwd. [x] heeft [de minderjarige] op 25 juli 2012 erkend.

2.2. Bij vonnis in kort geding van 11 februari 2013 van de voorzieningenrechter in de rechtbank Noord-Holland is de man niet-ontvankelijk verklaard in zijn vordering de vrouw te veroordelen tot medewerking aan een voorlopige omgangsregeling tussen hem en [de minderjarige].

3 Het geschil in hoger beroep

3.1. Bij de bestreden beschikking is de man niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling tussen hem en [de minderjarige].

3.2. De man verzoekt, met vernietiging van de bestreden beschikking, te bepalen dat hij ontvankelijk is in zijn verzoek tot vaststelling van omgang tussen hem en [de minderjarige], te bepalen dat onderzoek door de Raad dient plaats te vinden en een zodanige omgangsregeling vast te stellen als het hof juist acht.

3.3. De vrouw verzoekt het door de man in hoger beroep verzochte af te wijzen en de bestreden beschikking te bekrachtigen, met veroordeling van de man in de proceskosten.

4 Beoordeling van het hoger beroep

4.1. De man stelt dat de rechtbank hem ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard in zijn verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling met [de minderjarige] en derhalve ten onrechte niet aan een inhoudelijk oordeel met betrekking tot dat verzoek is toegekomen. De man voert daartoe aan dat, zoals volgt uit jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM), ook in geval er geen sprake is van 'family life' zoals bedoeld in artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), de betrekking tussen de biologische vader en het kind onder de bescherming van dat artikel kan vallen, namelijk onder de noemer van 'private life'. De man is van mening dat de rechtbank deze jurisprudentie, te weten Anayo/Duitsland (EHRM 21 december 2010, 20578/07) en Schneider/Duitsland (EHRM 15 september 2011, 17080/07), verkeerd heeft toegepast en hem ten onrechte geen bescherming van het recht op 'private life' heeft toegekend. De criteria die de rechtbank heeft aangelegd voor de bepaling van de ontvankelijkheid van de man, zoals de interesse die de man volgens de rechtbank in het verleden voor [de minderjarige] zou moeten hebben getoond, zien op de vraag of sprake is van 'family life' en niet op de vraag of sprake is van 'private life'. De man voert aan dat, ook als er geen enkel contact is geweest tussen een biologische vader en zijn kind, er sprake kan zijn van een recht op omgang dat wordt beschermd door artikel 8 EVRM. De man doet een uitdrukkelijk beroep op de bescherming van zijn 'private life' en stelt dat, nu de betrekking tussen hem en [de minderjarige] wordt beschermd door dit artikel, de rechtbank had behoren te onderzoeken of omgang tussen hem en [de minderjarige] in het belang van [de minderjarige] zou kunnen zijn. Door de niet-ontvankelijkheid van de man uit te spreken en een inhoudelijk onderzoek en belangenafweging achterwege te laten, heeft de rechtbank inbreuk gemaakt op

het door artikel 8 EVRM beschermde privéleven van de man, aldus zijn stellingen.

4.2. De vrouw stelt dat de man geen aanspraak kan maken op het door artikel 8 EVRM beschermde recht op 'private life' in artikel 8 EVRM. Zij voert daartoe aan dat het EHRM weliswaar niet uitsluit dat ook een voorgenomen relatie onder de bescherming van 'family life' kan vallen in het geval het niet aan de vader te wijten is dat er geen 'family life' tot stand is gekomen, doch dat het in onderhavige geval aan de man te wijten is dat er geen 'family life' tussen hem en [de minderjarige] tot stand is gekomen. De man heeft zowel voor als na de geboorte van [de minderjarige] niet te kennen gegeven dat hij een band met [de minderjarige] wilde opbouwen, de man twijfelde of hij de vader was, de relatie was reeds verbroken voordat de vrouw wist dat zij zwanger was, de man is niet bij de bevalling geweest, partijen hebben nooit samengewoond en op een enkele ontmoeting na in 2005 heeft de man niet naar [de minderjarige] omgekeken. De man heeft begin 2011 opnieuw contact gezocht met de vrouw en hij heeft pas in 2013 een procedure ahangig gemaakt om omgang met [de minderjarige] te krijgen. De vrouw stelt dat in het onderhavige geval, waarin de man geen enkele interesse in [de minderjarige] heeft gehad en nooit enige intentie heeft getoond om bij het leven van [de minderjarige] betrokken te worden, er bij de man geen sprake is geweest van voorgenomen 'family life'. Gelet hierop kan ook niet worden gezegd dat de vaststelling van de juridische banden tussen de man en [de minderjarige] een belangrijk deel uitmaken van de identiteit van de man en dus van zijn 'private life' binnen de betekenis van artikel 8 EVRM. Er kan volgens de vrouw onder de gegeven omstandigheden niet worden geoordeeld dat de vaststelling van contact of omgang met [de minderjarige] een belangrijk deel van de identiteit van de man vormt waardoor de man aanspraak zou kunnen maken op het beschermde recht van 'private life' van artikel 8 EVRM.

Subsidiar stelt de vrouw zich op het standpunt dat, voor zover de man wel aanspraak kan maken op het beschermde recht van 'private life', inmenging daarin in een democratische samenleving, zoals bedoeld in artikel 8 EVRM, noodzakelijk is. Aan de man dient het recht op omgang te worden ontzegd, nu omgang een negatieve impact zal hebben op [de minderjarige] en het gezin waarvan hij deel uitmaakt, ernstig nadeel zal opleveren voor de geestelijke of lichamelijke ontwikkeling van [de minderjarige] en de man ongeschikt is voor het hebben van omgang. Het door de man verzochte onderzoek door de Raad heeft geen toegevoegde waarde en zal alleen maar spanning veroorzaken in het leven van [de minderjarige], aldus de vrouw.

4.3. Het hof overweegt als volgt. Ingevolge het bepaalde in artikel 1:377a BW heeft het kind recht op omgang met degene die in een nauwe persoonlijke betrekking tot hem staat, tenzij sprake is van één van de limitatief opgesomde gronden voor ontzegging van dit recht, die als gemeenschappelijk kenmerk hebben dat omgang in strijd is met zwaarwegende belangen van het kind.

Uit het bepaalde in artikel 8 EVRM volgt dat een ieder recht heeft op eerbiediging van zijn privéleven en familie- en gezinsleven ('private and family life'), en dat inmenging daarin van enig openbaar gezag slechts is toegestaan voor zover dat bij de wet is voorzien en noodzakelijk is in een democratische samenleving.

Uit de stukken van het dossier en het verhandelde ter zitting in hoger beroep is onder meer het volgende gebleken. De affectieve relatie van partijen heeft ongeveer zes jaar geduurd. De relatie tussen partijen was vóór bekendheid met de zwangerschap reeds verbroken en de man is niet bij de bevalling aanwezig geweest, noch hebben partijen samengewoond. Na de geboorte

van [de minderjarige] is er gedurende enige weken wel weer contact geweest tussen partijen en de man en [de minderjarige], maar daarna is de relatie definitief door de vrouw beëindigd in juni 2004, nadat zij aangifte had gedaan van mishandeling door de man. Op initiatief van de man is er in 2005 eenmaal contact geweest met [de minderjarige] bij de ouders van de vrouw.

Van 'family life' in de zin van een werkelijke uitoefening door de man van nauwe persoonlijke betrekkingen met [de minderjarige] is, gelet op deze omstandigheden, naar het oordeel van het hof geen sprake geweest. Evenmin is door de man voldoende gesteld of is anderszins gebleken dat bij de man indertijd, rond de geboorte van [de minderjarige] en in zijn eerste levensjaren, wel de bedoeling of wens bestond tot het vestigen van dergelijke betrekkingen, maar dat het niet tot stand komen daarvan zijn oorzaak vond in omstandigheden die buiten de man gelegen waren. Naar het oordeel van het hof kan derhalve van 'family life' in de zin van een gebleken intentie tot het vestigen daarvan, evenmin worden gesproken.

Uit bovengenoemde jurisprudentie van het EHRM volgt dat de vaststelling van de juridische betrekkingen tussen de biologische vader en het kind en daarmee de vraag of de biologische vader het recht heeft tot toegang tot het kind, een belangrijk deel kan betreffen van de identiteit van de vader en daarmee van zijn 'private life'. Nauwe banden ('close relationships'), kunnen volgens het EHRM in gevallen waarin het bestaan van 'family life' niet kan worden aangenomen, wel binnen de reikwijdte van het privéleven ('private life') van de vader vallen en aldus eveneens onder de bescherming van artikel 8 EVRM. De beslissing om een biologische vader op voorhand te weigeren contact te hebben met zijn kind en dus niet-ontvankelijk te verklaren in zijn verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling, betekent in dat geval inmenging in zijn recht op 'private life'. Ter beantwoording van de vraag of deze inmenging noodzakelijk is in een democratische samenleving, dient een inhoudelijke belangenafweging te worden gemaakt waarin alle betrokken belangen, waaronder het belang van het kind als voornaamste, dienen te worden meegewogen.

Naar het oordeel van het hof kan een niet-ontvankelijkverklaring zonder inhoudelijke belangenafweging van het verzoek tot omgang in een dergelijk geval in strijd zijn met het in artikel 8 EVRM beschermde recht op privéleven. Aan de ontvankelijkheid van een biologische vader in zijn verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling dienen wel eisen te worden gesteld, zodat voor het slagen van een beroep op de bescherming van privéleven ex artikel 8 EVRM het enkele feit dat de man de biologische vader is, niet voldoende is. Er kan echter sprake zijn van bijkomende feiten of omstandigheden die maken dat het contact met en toegang tot het kind een belangrijk deel betreffen van de identiteit van de biologische vader en daarmee van zijn privéleven. Het hof is van oordeel dat hiervan in het onderhavige geval sprake is. Het hof neemt hierbij het volgende in aanmerking. Gebleken is dat de man en de vrouw in juni 2004, derhalve na de geboorte van [de minderjarige], hun relatie korte tijd hebben hersteld c.q. getracht te herstellen en dat daarbij ook contact tussen de man en [de minderjarige] is geweest. Op initiatief van de man heeft in 2005 eenmaal contact plaatsgevonden tussen de man en [de minderjarige] bij de ouders van de vrouw. De man heeft eind 2010/begin 2011 opnieuw contact gezocht met de vrouw en heeft de vrouw sindsdien verzocht om contact en omgang met [de minderjarige]. In 2012 heeft de man, met medeweten en toestemming van de vrouw zoals blijkt uit de door de vrouw in eerste aanleg overgelegde e-mailcorrespondentie tussen partijen, regelmatig voetbalwedstrijden van [de minderjarige] bezocht. Tevens blijkt uit

deze e-mailcorrespondentie (van maart tot november 2012) dat de man in die periode een band met [de minderjarige] probeerde op te bouwen en van de vrouw cadeautjes voor [de minderjarige] mocht kopen, maar dat de vrouw aan de man te kennen gaf dat [de minderjarige] geen contact met de man wilde hebben en nog niet toe was aan een relatie met de man en een omgangsregeling. Gelet op deze omstandigheden is het hof van oordeel dat van een nauwe persoonlijke betrekking gesproken kan worden; weliswaar niet tussen de man en [de minderjarige], maar wel van de man óp [de minderjarige], welke betrekking een belangrijk deel uitmaakt van de identiteit van de man en daarmee van zijn privéleven. Een niet-ontvankelijkverklaring van de man, zonder inhoudelijk onderzoek van zijn verzoek tot omgang met [de minderjarige] en zonder afweging van alle betrokken belangen, zou in dit geval in strijd komen met het in artikel 8 EVRM beschermde privéleven van de man. De man is derhalve ontvankelijk in zijn verzoek tot omgang.

4.4. Voor beantwoording van de vraag of een omgangsregeling tussen de man en [de minderjarige] dient te worden vastgesteld en zo ja, welke, acht het hof zich thans op grond van hetgeen uit de stukken in het dossier en het verhandelde ter zitting in hoger beroep is gebleken, nog onvoldoende voorgelicht. Gebleken is dat bij [de minderjarige] de diagnose PDD-NOS/Asperger is gesteld. De vrouw heeft -onder meer- aangevoerd dat [de minderjarige] nog niet toe is aan contact met de man en dat de man ongeschikt is tot het hebben van omgang. De Raad heeft zich ter zitting in hoger beroep bereid verklaard onderzoek te doen en advies uit te brengen. Het hof verzoekt de Raad om een onderzoek in te stellen en advies uit te brengen omtrent de volgende vragen:

1. Welke mogelijkheden zijn er voor een omgangsregeling tussen [de minderjarige] en de man?

2. Zijn er factoren die deze omgang belemmeren? Zo ja, welke zijn dat en in hoeverre doen deze zich voor bij [de minderjarige], bij de man en bij de vrouw en haar echtgenoot? Zijn deze factoren op te heffen en, zo ja, hoe en op welke termijn?

3. Hoe dient, in het geval er mogelijkheden zijn voor omgang, deze omgang qua vorm en frequentie, in het belang van [de minderjarige] vormgegeven te worden?

De Raad wordt verzocht omtrent de resultaten van het onderzoek schriftelijk te rapporteren en te adviseren. De behandeling van de zaak zal hiertoe worden aangehouden en na binnenkomst van het rapport ter terechtzitting worden voortgezet.

4.5. Dit leidt tot de volgende beslissing.

5 Beslissing

Het hof:

vernietigt de beschikking waarvan beroep en, opnieuw rechtdoende:

verklaart de man ontvankelijk in zijn verzoek;

alvorens verder te beslissen:

verzoekt de Raad voor de Kinderbescherming, regio Noord-Holland, locatie Haarlem, onderzoek te verrichten aan de hand van de onder 4.4 geformuleerde vragen;

bepaalt dat de behandeling van de zaak pro forma zal worden aangehouden tot 28 september 2014, met het verzoek aan de Raad uiterlijk vier weken vóór die datum schriftelijk rapport met advies uit te brengen aan het hof over de resultaten van het onderzoek;

beveelt de oproeping van partijen, hun advocaten en de Raad tegen een nader te bepalen zitting.

NOOT

In deze uitspraak is de man in eerste aanleg niet-ontvankelijk verklaard in zijn vordering tot medewerking aan een voorlopige contactregeling tussen hem en de minderjarige. Partijen hebben van 1997 tot 2003 een affectieve relatie gehad. Na beëindiging van de relatie in 2004 is de minderjarige geboren. De man is de biologische vader van de minderjarige. De vrouw heeft sinds 2010 een relatie met de heer X. Uit deze relatie is in 2010 een zoon geboren. De heer X heeft de minderjarige op 25 juli 2012 erkend. Het geschil in hoger beroep betreft de niet-ontvankelijkheid van de man in zijn vordering de vrouw te veroordelen tot medewerking aan een voorlopige omgangsregeling tussen hem en de minderjarige. De man stelt dat hij door de rechtbank ten onrechte niet-ontvankelijk is verklaard in zijn verzoek en hij onderbouwt dit als volgt. Uit jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) volgt dat ook in geval er geen sprake is van 'family life' de betrekking tussen vader en de minderjarige onder art. 8 EVRM kan vallen, namelijk op grond van 'private life'. Volgens de man zou, ook indien er geen enkel contact is geweest tussen de biologische vader en de minderjarige, er toch sprake kunnen zijn van een recht op omgang. Door de niet-ontvankelijkheid van de man uit te spreken en een inhoudelijk onderzoek en belangenafweging achterwege te laten, heeft de rechtbank volgens de man een inbreuk gemaakt op het door art. 8 EVRM beschermde privéleven van de man. De vrouw meent echter dat de man geen aanspraak kan maken op het door art. 8 EVRM beschermde recht op private life. Zij voert aan dat het EHRM niet uitsluit dat ook een voorgenomen relatie onder de bescherming van private life valt. In het onderhavige geval is het echter aan de man te wijten dat er geen family life tot stand is gekomen. De man zou nooit enige interesse hebben getoond om bij het leven van de minderjarige betrokken te worden. Gelet hierop kan niet worden gezegd dat de vaststelling van de juridische banden tussen de man en de minderjarige een belangrijk deel uitmaken van de identiteit van de man en dus van zijn private life. Subsidiar stelt de vrouw dat, indien de man wel aanspraak kan maken op private life, inmenging daarin in een democratische samenleving noodzakelijk is. In dat geval dient hem het recht op omgang te worden ontzegd, nu de omgang een negatieve impact zal hebben op de minderjarige en het gezin waarvan hij deel uitmaakt. Voorts zal omgang ernstig nadeel opleveren voor de geestelijke of lichamelijke ontwikkeling van de minderjarige en is de man ongeschikt voor het hebben van omgang.

In art. 1:377a BW is bepaald dat het kind recht op omgang heeft met degene die in een nauwe persoonlijke betrekking staat, tenzij sprake is van een van de limitatief opgesomde gronden van dit recht:

- omgang zou ernstig nadeel opleveren voor de geestelijke of lichamelijke ontwikkeling van het kind;

- de ouder is kennelijk ongeschikt of moet kennelijk niet in staat worden geacht tot omgang;

- ernstige bezwaren van het kind;

- strijd met zwaarwegende belangen van het kind.

Uit de recente uitspraak van de Hoge Raad (17 januari 2014, ECLI:NL:PHR:2013:1136) volgt dat met het formuleren van stringente opzeggingsgronden de wetgever heeft willen voorkomen dat het recht op omgang reeds zou worden ontzegd omdat de met het gezag belaste ouder daartegen bezwaar heeft. Weerstand bij de andere ouder tegen de omgang is op zichzelf geen geldige reden om de niet met het gezag belaste ouder het recht op omgang met het kind te ontzeggen. Het kan anders komen te liggen indien zwaarwegende belangen van het kind worden getroffen door de omgang. Meestal wordt getracht het

kind een traumatische ervaring te besparen, bijvoorbeeld wanneer directe dwang zou worden toegepast en de omgangsregeling door middel van reële executie (afgifte van het kind aan de deurwaarder, bijgestaan door de politie) ten uitvoer moet worden gelegd.

Het hof oordeelt dat van 'family life' in de zin van een werkelijke uitoefening door de man van nauwe persoonlijke betrekkingen tussen de biologische vader en het kind geen sprake is geweest. Voorts is er geen intentie van de man geweest om dit te vestigen. Toch is de man ontvankelijk in zijn verzoek op basis van private life.

Uit vaste jurisprudentie van het EHRM volgt dat de vaststelling van de juridische betrekkingen tussen de biologische vader en het kind en daarmee de vraag of de biologische vader het recht heeft tot toegang tot het kind, een belangrijk deel kan betreffen van de identiteit van de vader en daarmee van zijn 'private life' (zie eveneens recente uitspraak van Rb. Den Haag van 8 april 2014 ECLI:NL:RBDHA:2014:6336). Nauwe banden ('close relationships') kunnen volgens het EHRM in gevallen waarin het bestaan van 'family life' niet kan worden aangenomen, wel binnen de reikwijdte van het privéleven ('private life') van de vader vallen en aldus eveneens onder de bescherming van art. 8 EVRM. De beslissing om een biologische vader op voorhand te weigeren contact te hebben met zijn kind en dus niet-ontvankelijk te verklaren in zijn verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling, betekent in dat geval inmenging in zijn recht op 'private life'. Ter beantwoording van de vraag of deze inmenging noodzakelijk is in een democratische samenleving, dient een inhoudelijke belangenafweging te worden gemaakt waarin alle betrokken belangen, waaronder het belang van het kind als voornaamste, dienen te worden meegewogen.

Naar het oordeel van het hof kan een niet-ontvankelijkverklaring zonder inhoudelijke belangenafweging van het verzoek tot omgang in een dergelijk geval in strijd zijn met het in art. 8 EVRM beschermde recht op privéleven. Aan de ontvankelijkheid van een biologische vader in zijn verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling dienen wel eisen te worden gesteld, zodat voor het slagen van een beroep op de bescherming van privéleven ex art. 8 EVRM het enkele feit dat de man de biologische vader is, niet voldoende is. Er kan echter sprake zijn van bijkomende feiten of omstandigheden die maken dat het contact met en toegang tot het kind een belangrijk deel betreffen van de identiteit van de biologische vader en daarmee van zijn privéleven. Het hof is van oordeel dat hiervan in het onderhavige geval sprake is.

Volgens het hof is sprake van een nauwe persoonlijke betrekking; weliswaar niet tussen de man en de minderjarige, maar wel van de man op de minderjarige. De man heeft na beëindiging van de relatie geprobeerd een band met de minderjarige op te bouwen. Overigens hebben partijen na geboorte van de minderjarige hun relatie korte tijd hersteld en is er contact geweest tussen de man en de minderjarige. Vanaf 2011 heeft de man de vrouw verzocht om contact met de minderjarige. De nauwe persoonlijke betrekking van de man op de minderjarige maakt een belangrijk deel uit van de identiteit van de man en daarmee van zijn privéleven. Een niet-ontvankelijkverklaring van de man, zonder inhoudelijk onderzoek van zijn verzoek tot omgang met de minderjarige en zonder afweging van alle betrokken belangen, zou in dit geval in strijd komen met het in art. 8 EVRM beschermde privéleven van de man. De man is derhalve ontvankelijk in zijn verzoek tot omgang.

Het hof acht zich onvoldoende voorgelicht over de vraag of een omgangsregeling dient te worden vastgesteld. De Raad zal hierover onderzoek doen en advies uitbrengen. Hierbij zal in kaart worden gebracht welke impact eventuele omgang zal

hebben op de minderjarige en het gezin waarvan hij deel uitmaakt.

M.M. Schouten
Zon Familierecht Groep

170

Hof 's-Gravenhage
26 augustus 2014, nr. 200.132.535-01
ECLI:NL:GHDHA:2014:2747
(mr. Labohm, mr. Mink, mr. Stollenwerck)
Noot M.A. Zon

Gemeenschap van goederen. Vermogen in Stamrecht BV verknocht? IPR nalatenschap zonder uitsluitingsclausule toch buiten huwelijksgemeenschap.

Het na huwelijk resterende vermogen in de stamrecht BV is verknocht, nu de uitkering van de werkgever destijds niet uitdrukkelijk is bestemd als oudedagsvoorziening. Samenloop verschillende huwelijksvermogensregimes leidt tot onredelijke uitkomst. De leer van de aanpassing biedt soelaas.

[BW art. 1:94]

De man heeft zijn ontslagvergoeding in een Stamrecht BV laten storten, met als doel daarmee zijn inkomen en pensioen aan te vullen. Het hof bepaalt dat de tijdens het huwelijk uitgekeerde bedragen in de gemeenschap vallen. Het resterende vermogen in de Stamrecht BV is verknocht, nu de uitkering van de werkgever destijds niet uitdrukkelijk is bestemd als oudedagsvoorziening. Dat de uitkering uiteindelijk ook dient ter aanvulling van het pensioen doet daar volgens het hof niet aan af.

De door de vrouw van haar Russische vader ontvangen nalatenschap valt niet in de gemeenschap, ook al is er geen testament en dus ook geen uitsluitingsclausule. Op grond van het Russische vermogensrecht is de vader er waarschijnlijk van uitgegaan dat zijn nalatenschap buiten de gemeenschap van goederen zou blijven waarin zijn dochter was gehuwd.

Het hof acht het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat het erfdeel dat de vrouw van haar vader heeft gekregen in de gemeenschap valt en bepaalt dat op grond daarvan een materieelrechtelijke correctie plaats dient te vinden op de boedelmenging.

[appellant], wonende te [woonplaats],
verzoekster, tevens incidenteel verweerster, in hoger beroep,
hierna te noemen: de vrouw,
advocaat mr. T.M. Subelack te 's-Hertogenbosch,
tegen
[geïntimeerde], wonende te [woonplaats],
verweerder, tevens incidenteel verzoeker, in hoger beroep,
hierna te noemen: de man,
advocaat mr. E.M. van Lierop-Snuif te Utrecht.

Hof:*Procesverloop in hoger beroep*

De vrouw is op 26 augustus 2013 in hoger beroep gekomen van een beschikking van 11 juni 2013 van de rechtbank Den Haag.

De man heeft op 22 oktober 2013 een verweerschrift tevens houdende incidenteel hoger beroep ingediend.

De vrouw heeft op 2 december 2013 een verweerschrift in het incidenteel hoger beroep ingediend.

Bij het hof zijn voorts de volgende stukken ingekomen van de zijde van de vrouw:

– op 9 september 2013 een V-formulier van diezelfde datum met bijlage;

– op 21 januari 2014 een V-formulier van 20 januari 2014 met bijlage.

van de zijde van de man:

– op 20 januari 2014 een brief van 17 januari 2014 met bijlagen;

– op 21 januari 2014 een brief van 20 januari 2014 met bijlagen;

– op 23 januari 2014 een brief van diezelfde datum met bijlagen.

De zaak is op 31 januari 2014 mondeling behandeld.

Ter zitting waren aanwezig:

– de vrouw, bijgestaan door haar advocaat;

– de man, bijgestaan door zijn advocaat.

De advocaten van partijen hebben ter zitting pleitnotities overgelegd.

Procesverloop in eerste aanleg en vaststaande feiten

Voor het procesverloop en de beslissing in eerste aanleg verwijst het hof naar de bestreden beschikking.

Bij die beschikking is de echtscheiding tussen partijen uitgesproken. Voorts is de door de man aan de vrouw te betalen bijdrage in haar levensonderhoud op nihil bepaald en is het verzochte inzake het voortgezet verblijf in de echtelijke woning afgewezen. Tevens is bepaald dat partijen in onderling overleg een makelaar te Moskou zullen benaderen om het bij partijen genoegzaam bekende 1/4e appartementsrecht te Moskou te taxeren. De behandeling van het verzoek tot verdeling is aangehouden tot 1 oktober 2013 pro forma teneinde:

– partijen in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over de toedeling van de echtelijke woning;

– de man in de gelegenheid te stellen de bestemming van de in de bestreden beschikking genoemde bedragen van de bankrekening op naam van de man bij ABN Amro Bank (Romania) met nummer [1] aan te tonen, althans aan te tonen dat de gelden niet naar een thans nog onbekende rekening ten name van de man zijn gestort;

– de man in de gelegenheid te stellen tegenbewijs te leveren tegen de stelling van de vrouw dat de moeder van de vrouw enig erfgenaam is;

– partijen in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over de waarde van het bij hen genoegzaam bekende 1/4e appartementsrecht te Moskou.

Verder is bepaald dat partijen uiterlijk vier weken voor de genoemde pro formatum hun reacties aan de rechtbank en de wederpartij zullen doen toekomen, waarbij de man in de gelegenheid wordt gesteld schriftelijk (tegen)bewijs in het geding te brengen en/of aan te geven op welke andere wijze hij (tegen)bewijs wenst te leveren. Daarnaast is bepaald dat partijen uiterlijk twee weken voor de genoemde pro formatum voor zover daarop wordt prijs gesteld, zullen reageren op elkaars reacties. Iedere verdere beslissing ten aanzien van de verdeling is aangehouden.

Het hof gaat uit van de door de rechtbank vastgestelde feiten, voor zover daartegen in hoger beroep niet is opgekomen. Onder meer staat het volgende vast:

Partijen zijn met elkaar gehuwd op 6 maart 1998. De man heeft de Nederlandse nationaliteit en de vrouw heeft de Nederlandse nationaliteit en is daarnaast Burger van Rusland.

In hoger beroep is komen vast te staan dat de echtscheidingsbe-

schikking op 3 oktober 2013 is ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand.

Beoordeling van het principale en het incidentele hoger beroep

1. In geschil zijn: de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap en de door de man te betalen uitkering tot levensonderhoud voor de vrouw (hierna ook: de partneralimentatie).

2. De vrouw verzoekt het hof de bestreden beschikking te vernietigen voor zover de grieven van de vrouw daartoe strekken en opnieuw rechtdoende, uitvoerbaar bij voorraad:

1. primair te bepalen dat de waarde van de aanspraken van de man jegens zijn Stamrecht BV volledig in de gemeenschap van goederen zijn gevallen en dat de waarde van die aanspraken bij helfte met de vrouw gedeeld dient te worden op grond waarvan de vrouw jegens de man recht heeft op een bedrag van € 194.806,= (netto), waarbij de aanspraken van de man jegens zijn Stamrecht BV en de aandelen in die vennootschap aan hem worden toegeedeeld,

subsidiar te bepalen dat de vrouw uit hoofde van verdeling van de aanspraken van de man jegens zijn Stamrecht BV recht heeft op een bedrag van € 115.276,= (netto), waarbij eveneens de aanspraken van de man jegens zijn Stamrecht BV en de aandelen in die vennootschap aan hem worden toegeedeeld;

2. een taxateur/makelaar in Moskou te benoemen, welke makelaar/taxateur de volgende vraag dient te beantwoorden: ‘Wat was het 1/4e aandeel van de vrouw in het appartementsrecht per 20 maart 2012 in het vrije economische verkeer waard, uitgaande van een bewoonde staat en ervan uitgaande dat de overige deelgenoten niet tot verkoop overgaan?’;

3. te bepalen dat de nalatenschap van de vader van de vrouw niet tot de gemeenschap van goederen van partijen behoort op de door de vrouw onder de grieven III tot en V van het beroepschrift aangegeven gronden;

4. voor zover het hof de zaak aan zich houdt op grond van artikel 356 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (verder: Rv), de wijze van verdeling van de tussen partijen bestaande gemeenschap van goederen te gelasten met inachtneming van hetgeen de vrouw onder de grieven I respectievelijk III tot en met VI van het beroepschrift heeft aangevoerd alsmede met inachtneming van hetgeen onder de punten 1 tot en met 3 van het petitum is verzocht en voor het overige met inachtneming van de uitgangspunten zoals in de bestreden beschikking is bepaald;

5. de door de man aan de vrouw te betalen partneralimentatie vast te stellen op een bedrag van € 5000,= bruto per maand, door de man aan de vrouw maandelijks bij vooruitbetaling te voldoen met ingang van de datum van echtscheiding.

3. De man bestrijdt het beroep en verzoekt het hof – na wijziging -, de verzoeken van de vrouw in het principale hoger beroep af te wijzen althans een beslissing te nemen die het hof vermeent te behoren. In het incidentele hoger beroep verzoekt de man de bestreden beschikking te vernietigen met betrekking tot het gedeelte van de bestreden beschikking waartegen de grieven in het incidentele hoger beroep zich richten en, opnieuw beschikkende, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, te bepalen dat de man geen draagkracht heeft om partneralimentatie aan de vrouw te voldoen, althans in het geval het hof van oordeel is dat de man een bedrag aan partneralimentatie aan de vrouw dient te voldoen, te bepalen dat de duur van de alimentatie eindigt per 1 oktober 2017, alsmede de wijze van verdeling van de tussen partijen bestaande gemeenschap van goederen te gelasten zoals verzocht bij brief van 17 januari 2014.

4. De vrouw verzet zich daartegen en verzoekt het hof om bij beschikking, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, de

grievan van de man in het incidentele appel ongegrond te verklaren en zijn beroep en daaraan gekoppelde verzoeken in incidenteel appel af te wijzen.

1. Verdeling huwelijksgemeenschap

Aanspraken jegens de Stamrecht BV

5. In de eerste grief stelt de vrouw de door de rechtbank geoordeelde verknochtheid van aanspraken van de man jegens de Stamrecht BV aan de orde. De vrouw meent primair dat de volledige waarde van de aanspraken van de man jegens zijn Stamrecht BV in de gemeenschap zijn gevallen en dat de volledige waarde verrekend moet worden. Subsidiair is de vrouw van mening dat de aanspraken van de man jegens zijn Stamrecht BV vanaf 1 april 2004 tot en met 11 september 2013 in de gemeenschap zijn gevallen. De man dient een bedrag van € 115.276,= netto te voldoen, aldus de vrouw.

6. De man heeft zulks gemotiveerd bestreden.

7. Het hof overweegt als volgt. Naar vaste rechtspraak hangt het antwoord op de vraag of een goed op bijzondere wijze aan een van de echtgenoten is verknocht af van de aard van dat goed, zoals deze aard mede door de maatschappelijke opvattingen wordt bepaald.

8. Het hof is op grond van de overgelegde stukken en het verhandelde ter zitting het volgende gebleken.

De man was tot 1 april 2004 werkzaam bij [voormalige werkgever van de man] (verder: de voormalige werkgever van de man). Hij ontving daar een bruto maandsalaris van € 13.965,= exclusief vakantiegeld. Per 1 april 2004 is de functie van de man als gevolg van een reorganisatie komen te vervallen. Met het oog daarop hebben de man en zijn voormalige werkgever in oktober 2003 een overeenkomst tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst tevens vaststellingsovereenkomst gesloten. Daarin is, onder meer, het volgende bepaald:

“1.2 [De man] zal in de verklaring van geen bezwaar vermelden dat [de voormalige werkgever] hem een redelijke vergoeding heeft aangeboden als suppletie op een WW-uitkering of een elders te verdienen lager salaris.”

3 beëindigingsvergoeding

Indien en nadat de arbeidsovereenkomst tussen partijen per april 2003, dan wel spoedig daarna, is geëindigd door opzegging door [de voormalige werkgever] op grond van artikel 1 van deze overeenkomst bedoelde opzegvergunning, zal [de voormalige werkgever] aan [de man] conform het Sociaal Plan een beëindigingsvergoeding betalen ter grootte van € 589.494,53 (zegge: vijfhonderd en negentachtigduizend vierhonderd en vierennegentig euro en drieënvijftig cent) als suppletie op een WW-uitkering of een elders te verdienen lager salaris. Deze eenmalige beëindigingsvergoeding zal (als bedrag ineens) worden betaald uiterlijk 14 dagen na de einddatum. De betaling kan ook plaatsvinden op een andere, tijdig door [de man] aan te geven, wijze (bijvoorbeeld in de vorm van een Stamrecht), indien en voor zover wettelijk en fiscaal toelaatbaar en aan alle vereisten is voldaan. [...]”

Voorts hebben de man, de voormalige werkgever van de man en [de Stamrecht BV] (verder: de Stamrecht BV) een overeenkomst gesloten tot het doen van periodieke uitkeringen. In die overeenkomst zijn zij op 29 april 2004 het volgende overeengekomen:

“In aanmerking nemende:

- dat ondergetekende sub 1 [de man] tot 31 maart 2004 in dienstbetrekking is geweest bij ondergetekende sub 2 [de voormalige werkgever van de man];
- dat ondergetekende sub 2 [de voormalige werkgever van de man], in verband met het beëindigen van voornoemde dienst-

betrekking per 31 maart 2004 aan ondergetekende sub 1 [de man] een aanspraak op een periodieke uitkering heeft toegekend, als bedoeld in artikel 11, lid 1, onderdeel g, Wet op de Loonbelasting 1964.

Komen ter uitvoering van de periodieke uitkering overeen als volgt:

Artikel 1

Ondergetekende sub 2 [de voormalige werkgever van de man] kent ter vervanging van te derven inkomsten aan ondergetekende sub 1 [de man] een aanspraak op periodieke uitkeringen toe met een contante waarde van € 591.250,01 [...].

Artikel 2

1. Het in het voorgaande artikel bedoelde recht op periodieke uitkeringen zal uiterlijk ingaan bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd van ondergetekende sub 1 [de man], dat wil zeggen uiterlijk op 27 september 2017.

2. De grootte van de aan ondergetekende sub 1 [de man] toekomende periodieke uitkeringen zullen, in aanmerking nemende dat de eventuele weduwe, of kinderen overeenkomstig het bepaalde in artikel 3, tweede en derde lid, van deze overeenkomst een periodieke uitkering zullen genieten van 70% respectievelijk 20% van de van ondergetekende sub 1 [de man], worden gesteld op hetgeen per datum van ingang volgens de alsdan geldende tarieven van een solide in Nederland gevestigde verzekeringsmaatschappij kan worden verkregen voor het in het navolgende lid van dit artikel vermelde bedrag per de datum van ingang.

3. Het beschikbare bedrag per de datum van ingang zal bestaan uit het in artikel 1 vermeld bedrag van € 591.250,01, vermeerderd met de samengestelde rente, te stellen op 4% per jaar. Indien voormeld percentage naar het oordeel van de belastingadministratie en/of de belastingrechter hoger zal zijn dan het voor de heffing van directe belastingen aanvaardbare rentepercentage, met terugwerkende kracht, vervangen door een wel zodanig aanvaardbaar rentepercentage.

Artikel 3

1. De in deze overeenkomst bedoelde periodieke uitkeringen zullen geschieden bij achteraf betaling in 12 gelijke maandelijkse termijnen en wel door storting of overschrijving op een door de ondergetekende sub 1 [de man] aan te geven postgiro- of bankrekening.[...]

Artikel 4

De periodieke uitkeringen kunnen niet worden afgekocht, dan wel beleend, verpand of anderszins vervreemd.[...].”

Verder heeft de man voor het aangaan en uitvoeren van de Stamrechtsovereenkomsten de Stamrecht BV ((de Stamrecht BV)) opgericht.

Na zijn ontslag heeft de man tot en met december 2005 op projectbasis gewerkt in Roemenië tegen een netto inkomen van ongeveer € 10.000,= per maand; dit betreft slechts een periode van anderhalf jaar. Bij het beëindigen van die arbeidsrelatie heeft de man een beëindigingsvergoeding ontvangen van € 570.672,=. Het hof gaat ervan uit dat partijen het erover eens waren dat deze uitkering ten goede is gekomen van de wettelijke gemeenschap van goederen van partijen. Van 2006 tot en met november 2008 heeft de man geen inkomen ontvangen. Hij heeft toen geleefd van de uitkeringen van de Stamrecht BV ((de Stamrecht BV)). Vanaf november 2008 tot en met augustus 2010 is de man op projectbasis werkzaam geweest bij [bedrijf in Roemenië] tegen een bruto jaarsalaris van afgerond € 150.000,=. Sinds 2010 ontvangt de man een WW-uitkering.

9. Naar het oordeel van het hof heeft de beëindigingsvergoeding die de man heeft verkregen van de voormalige werkgever ((voormalige werkgever van de man)), welke is gestort in de door de man opgerichte Stamrecht BV ((de Stamrecht BV)), be-

trekking op het verlies aan toekomstig arbeidsinkomen. Dat de man op basis van de overeenkomst tussen hem en de voormalige werkgever (voormalige werkgever van de man) zelf de ingangsdatum kon/kan bepalen van de uitkering, doet daaraan niet af. Door de partijen is de uitkering van de Stamrecht BV ((de Stamrecht BV)) geëtiketteerd als verlies van toekomstige arbeidsinkomsten. Naar het oordeel van het hof brengt dit naar maatschappelijke normen met zich mee dat de uitkering cq. uitkeringen die betrekking hebben op de periode die gelegen is na de ontbinding van de huwelijksgemeenschap, aangemerkt moeten worden als zijnde verknocht. De gelden die door de Stamrecht BV ((de Stamrecht BV)) in de huwelijkse periode zijn uitgekeerd vallen in de huwelijksgemeenschap, echter de gelden die niet zijn uitgekeerd maar eerst tot uitkering komen na ontbinding van het huwelijk zijn verknocht aan de man, hetgeen impliceert dat de vrouw daarop geen vermogensrechtelijke aanspraken heeft.

10. De vrouw heeft gesteld dat de aanspraken van de man jegens zijn Stamrecht BV ((de Stamrecht BV)) in haar visie wezenlijk anders zijn dan de aard van de aanspraken jegens een externe verzekeraar zoals in de zaak die leidde tot de uitspraak van de Hoge Raad van 17 oktober 2008. De aanspraken van de man jegens zijn Stamrecht BV leiden niet tot vaste, gegarandeerde, uitkeringen op een (vooraf) vast(gelegd) periodiek tijdstip over een vooraf vastgelegde periode. Deze factoren zijn onbepaald en kunnen door de man – als bestuurder van de Stamrecht BV – zelf nader ingevuld worden (binnen bepaalde, doch beperkte, fiscale restricties).

Het hof overweegt ten aanzien van die stellingen als volgt. In de huwelijksgemeenschap van partijen vallen de aandelen van de Stamrecht BV ((de Stamrecht BV)). Niet ter discussie staat dat deze aandelen in het kader van de verdeling aan de man moeten worden toegedeeld. De aanspraak die de man heeft jegens de Stamrecht BV ((de Stamrecht BV)) uit hoofde van het stamrecht is materieelrechtelijk gelijk aan een aanspraak die de man mogelijk zou hebben gehad jegens een externe verzekeraar. Het betreft namelijk een aanspraak op het verlies aan toekomstig arbeidsinkomen.

11. Voorts heeft de vrouw aangevoerd dat de aanspraken van de man niet louter een inkomensvervangend karakter hebben. Zij verwijst daarbij naar artikel 2 van de overeenkomst tot het doen van periodieke uitkeringen van 29 april 2004, waarin is bepaald dat de uitkeringen ook kunnen ingaan op het moment dat de man de pensioengerechtigde leeftijd bereikt, alsmede naar het verweerschrift op het zelfstandig verzoek zoals ingediend bij de rechtbank, waarin is vermeld dat het niet de bedoeling is geweest dat de uitkering in een keer werd opgemaakt, maar om levenslang als aanvulling op het inkomen cq. pensioen te dienen. Het hof gaat voorbij aan die stelling. Daartoe overweegt het hof als volgt. In artikel 1 van de overeenkomst tot het doen van periodieke uitkeringen zijn partijen uitdrukkelijk overeengekomen dat het bedrag van € 591.250,01 is toegekend ter vervanging van te derven inkomsten en dat sprake is van periodieke uitkeringen als bedoeld in artikel 11, lid 1, onderdeel g, Wet op de Loonbelasting 1964. Daaruit leidt het hof af dat de man deze aanspraak jegens zijn voormalige werkgever niet de bestemming van een oudedagsvoorziening heeft gegeven, welke voorziening op grond van artikel 1:94 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) in de huwelijksgemeenschap zou vallen.

Nalatenschap vader van de vrouw

Aanpassingsleer

12. Het hof ziet aanleiding eerst de vierde grief van de vrouw in principaal hoger beroep te behandelen. Daarin beroept de vrouw zich op de zogenoemde ‘aanpassingsleer’.

13. De man meent dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat voor de toepassing van de aanpassingsleer slechts plaats is, indien het materiële resultaat van de verwijzing naar geen van de betrokken rechtssystemen kan worden aanvaard. De waarde van de nalatenschap van de vader van de vrouw en het voorhuwelijkse vermogen van de man zijn ongeveer gelijk. Conform Russisch recht zouden deze vermogensbestanddelen buiten de verdeling gehouden worden en conform Nederlands recht zouden beide vermogensbestanddelen in de te verdelen boedel vallen. Het materiële resultaat volgens Russisch recht is dus nagenoeg hetzelfde als volgens Nederlands recht. De redelijkheid en billijkheid vragen daarom in de visie van de man om het betrekken van het Russisch vermogen in de verdeling. Het is niet redelijk dat de vrouw de vruchten van beide rechtssystemen plukt, aldus de man. De vader van de vrouw is overleden nadat zij met de man in het huwelijk was getreden, waardoor de bedoeling van de vader niet meer relevant is. Hij had advies kunnen inwinnen en maatregelen kunnen nemen.

14. Het hof overweegt als volgt. Ingevolge artikel 1:94, lid 1 BW geldt dat goederen, door één van de echtgenoten verkregen krachtens erfrecht, in beginsel in de gemeenschap van goederen vallen, tenzij bij testament is bepaald dat deze buiten de gemeenschap vallen (lid 2 letter a). In de onderhavige situatie is de vader van de vrouw in 1998 – ofwel gedurende het bestaan van de huwelijksgemeenschap – overleden. Zowel de vrouw als haar moeder zijn erfgenamen in zijn nalatenschap. Er is sprake geweest van vererving bij versterf. De vader heeft niet bij testament beschikt over zijn nalatenschap. Tot de nalatenschap van de vader van de vrouw behoorde een kwart appartementsrecht van een appartement in Moskou en een perceel land van 1200 m² in Rusland. Niet ter discussie staat dat de uitsluitingsclausule niet bekend is in het Russische recht, omdat naar Russisch recht een erfenis altijd uitsluitend toekomt aan degene die erfgenaam is en niet mede aan diens echtgenoot.

15. Bij de uitsluitingsclausule gaat het om de wil van de erflater. Het huwelijksgoederenregime van partijen wordt beheerst door het Nederlandse recht bij gebreke van een rechtskeuze. Dat betekent dat partijen waren gehuwd in de wettelijke gemeenschap van goederen. Het hof dient te beoordelen of op grond van het zogenoemde ‘leerstuk van de aanpassing’ – een correctie dient te worden gemaakt op de hoofdregel van boedelmenging nu een uitsluitingsclausule ontbreekt. Daarbij stelt het hof voorop dat voor de beoordeling daarvan de wil van de erflater mede in aanmerking dient te worden genomen. Nu gesteld, noch gebleken is dat de vader van de vrouw zich heeft laten voorlichten over de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk van zijn dochter (de vrouw) en/of zich over de vererving van zijn nalatenschap heeft laten voorlichten, houdt het hof het ervoor dat dat de vader van de vrouw niet bedacht is geweest op de Nederlandse boedelmenging en mitsdien het belang van een uitsluitingsclausule en hij er kennelijk van is uitgegaan – zoals de vrouw gemotiveerd heeft aangevoerd – dat het erfdeel van zijn dochter in zijn nalatenschap overeenkomstig het Russische recht enkel aan zijn dochter zou toekomen en niet mede aan haar echtgenoot. Naar het oordeel van het hof is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat het erfdeel dat de vrouw van haar vader heeft gekregen in de gemeenschap valt en dient op grond daarvan een materieelrechtelijke correctie plaats te vinden op de boedel-

menging. Op grond van het vorenstaande concludeert het hof dat de goederen die de vrouw heeft verkregen uit de nalatenschap van haar vader zijn uitgezonderd van de huwelijksgemeenschap van partijen. Overeenkomstige toepassing van artikel 1:94 lid 5 BW brengt naar het oordeel van het hof mee, dat de schulden met betrekking tot die goederen eveneens zijn uitgesloten van de ontbonden huwelijksgemeenschap.

16. Gelet op het vorenstaande komt het hof niet toe aan de grieven drie en vijf van de vrouw in principaal hoger beroep en grief 2 van de man in incidenteel hoger beroep, nu zij niet tot een ander oordeel kunnen leiden.

Kwart deel appartementsrecht in Moskou

17. Het hof overweegt als volgt. Niet ter discussie staat dat de vrouw in 1992 een kwart deel van een appartementsrecht in Moskou heeft. Voorts staat vast dat de vrouw dit kwart deel van het appartementsrecht op 20 maart 2012 aan haar jongste meerderjarige dochter heeft geschonken.

Vermogensbestanddeel moedwillig verzwegen

18. De man meent in zijn vierde grief in incidenteel hoger beroep dat de vrouw voormeld deel in het appartementsrecht in Moskou moedwillig heeft verzwegen. In zijn visie heeft de vrouw, nadat zij heeft aangekondigd te willen gaan scheiden en advies te hebben ingewonnen over de financiële consequenties van een echtscheiding, welbewust haar aandeel in het appartementsrecht aan haar dochter heeft geschonken om dit buiten de gemeenschap te houden. Op grond daarvan heeft de vrouw, naar de mening van de man, haar aandeel in dit goed verbeurd en komt de gehele waarde daarvan toe aan de man.

19. De vrouw heeft voormelde grief gemotiveerd bestreden. Zij verwijst daarbij naar haar verklaring die zij bij brief van 8 april 2013 als productie 3 in het geding heeft gebracht. Voorts merkt de vrouw op dat artikel 3:194, tweede lid, BW, ziet op het ontbreken van een goed aan de verdeling en dat dit artikel derhalve niet van toepassing is zolang de gemeenschap nog niet is ontbonden.

20. Het hof stelt vast dat de man op 18 juli 2012 (ofwel na 1 januari 2012) het verzoek tot echtscheiding bij de rechtbank ingediend, zodat de huwelijksgemeenschap op die datum is ontbonden. De vrouw heeft het kwart deel van het appartementsrecht in Moskou op 20 maart 2012 aan haar jongste meerderjarige dochter geschonken. Op dat moment was de gemeenschap nog niet ontbonden, waardoor artikel 3:194, tweede lid, BW – op grond waarvan een deelgenoot, die opzettelijk tot de gemeenschap behorende goederen verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt, zijn aandeel in die goederen verbeurd aan de andere deelgenoot – niet geldt (artikel 3:189 BW). Het beroep van de man op dit artikel slaagt dan ook niet.

Benadeling van de gemeenschap; waardering

21. De rechtbank heeft geoordeeld dat de vrouw op grond van artikel 1:88, eerste lid sub b, BW in verbinding met artikel 1:164, eerste lid, BW, zonder toestemming van de man een gift heeft verstrekt aan haar meerderjarige dochter, welke gift als niet gebruikelijk en bovenmatig moet worden betiteld. Op basis daarvan heeft de rechtbank geconcludeerd dat de vrouw verplicht is de waarde van het geschonken appartementsrecht aan de gemeenschap te vergoeden, welke waarde bij helfte tussen partijen dient te worden verdeeld. In dit verband heeft de rechtbank bepaald dat partijen in onderling overleg een makelaar in Moskou dienen te benaderen om het bij partijen genoegzaam bekende (kwart van het) appartementsrecht in Moskou te taxeren.

22. In de zesde grief brengt de vrouw naar voren dat de rechtbank heeft nagelaten te bepalen welke waarde van het appartement in Moskou door middel van taxatie vastgesteld dient te worden.

23. De man kan zich niet verenigen met de stelling van de vrouw. In zijn optiek dient het appartement te worden gewaardeerd naar de verkoopwaarde in onbewoonde staat.

24. Het hof is van oordeel dat de woning dient te worden gewaardeerd naar de waarde in het economisch verkeer ten tijde van de gift op 20 maart 2012, waarbij rekening wordt gehouden met de bewoonde staat van het appartement in die zin dat de moeder van de vrouw en haar oudste dochter het appartement bewonen.

Vergoeding helft van de te betalen lasten

25. De man meent in zijn vierde grief in incidenteel appel dat de vrouw de helft van de te betalen lasten, betrekking hebbende op de voormalige echtelijke woning, dient te voldoen dan wel aan de man te vergoeden.

26. De vrouw heeft betoogd dat de grief van de man slaagt wanneer het hof van oordeel is dat de aanspraken van de man jegens zijn Stamrecht BV volledig in de verdeling van de ontbonden gemeenschap betrokken dienen te worden en de man verder geen verdiencapaciteit heeft. In alle andere gevallen is de vrouw van oordeel dat de man voldoende draagkracht heeft om haar partneralimentatie te voldoen, aan welke alimentatieverplichting de man gedeeltelijk kan voldoen door de lasten van de gemeenschappelijke woning tot het moment van verdeling van die woning volledig voor zijn rekening nemen.

27. Het hof is van oordeel dat de grief van de man slaagt. Nu partijen niet langer gehuwd zijn, geldt artikel 1:84 BW niet langer zodat ieder van partijen vanaf die datum zijn eigen kosten dient te dragen. Partijen zijn tezamen eigenaar van de voormalige echtelijke woning. Dit betekent dat ingevolge het bepaalde in artikel 3:172 BW beide partijen gehouden zijn ieder voor de helft in de lasten van de woning bij te dragen. Het hof zal bepalen dat de vrouw voor de helft dient bij te dragen in de lasten van de voormalige echtelijke woning met ingang van 3 oktober 2013.

11. Partneralimentatie

28. Zowel de vrouw – in grief II van het principaal hoger beroep – als de man – in grief I van het incidenteel hoger beroep – stellen de partneralimentatie aan de orde. Uit proceseconomische overwegingen zal het hof eerst de draagkracht van de man behandelen.

Draagkracht man

29. De rechtbank heeft overwogen dat gebleken is dat de man enkel inkomsten ontvangt uit een Stamrecht BV. Gelet op de laatste actuariële berekening van 4 april 2013 van voornoemde onderneming maakt de man aanspraak op een bedrag van € 32.608,= bruto per jaar. Tussen partijen staat vast dat de man met dit inkomen geen draagkrachtruimte heeft voor het voldoen van partneralimentatie. De rechtbank heeft vervolgens de partneralimentatie op nihil gesteld.

30. De vrouw kan zich – in de tweede grief – met vorenstaande overweging niet verenigen. In haar tweede grief betoogt de vrouw dat de man niet enkel inkomen ontvangt uit de Stamrecht BV. De vrouw vermoedt dat de man weer werkt. In haar visie dient de man daarover duidelijkheid te verschaffen. Verder is de vrouw van mening dat van de man in beginsel verwacht mag worden dat hij inkomsten uit arbeid genereert. Hij heeft veel werkervaring en heeft altijd een hoog inkomen genoten. Voor zover het hof van oordeel is dat de aanspraken van de man jegens zijn Stamrecht BV een (louter) inkomensvervan-

gend karakter hebben en dat de afspraken die zien op de periode na ontbinding van het huwelijk van partijen reeds om die enkele reden bijzonder aan hem verknocht zijn, meent de vrouw dat voor de vaststelling van de waarde van de aanspraken die in de gemeenschap (zijn) (ge)vallen ervan dient te worden uitgegaan dat de man deze aanspraken heeft tot het moment waarop hij de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt en zijn deze aanspraken dan ook te bepalen op € 58.031,= bruto per jaar. Voor zover het hof van oordeel is dat een deel van de aanspraken van de man jegens zijn Stamrecht BV bijzonder verkocht is, dient van hetzelfde bedrag te worden uitgegaan.

31. De man heeft de stellingen van de vrouw gemotiveerd bestreden.

32. Naar het oordeel van het hof is het enkele vermoeden van de vrouw, dat de man werkzaam is, onvoldoende om zulks aan te nemen. Gelet op zijn leeftijd (61 jaar), de omstandigheid dat de man sinds 2010 niet meer werkzaam is en gezien zijn gezondheids- en psychische klachten, mede bezien de stamrechtuitkeringen die de man ontvangt, acht het hof het niet redelijk om van hem te vergen dat hij nog nadere inkomsten verwerft naast het inkomen dat hij maandelijks ontvangt van de Stamrecht BV. Het hof gaat dan ook voorbij aan de stelling van de vrouw dat de man over verdien capaciteit beschikt. Met de rechtbank stelt het hof het inkomen van de man op € 32.608,= bruto per maand. Het hof baseert zich daarbij – evenals de rechtbank – op de actuariële berekening van 4 april 2013. Het hof gaat er daarbij van uit dat de man feitelijk dat inkomen geniet en dat dat inkomen overeenkomt met hetgeen de man met zijn Stamrecht BV is overeengekomen. Dat bij een andere berekeningswijze tot een andere uitkering zou kunnen worden gekomen, doet aan de omstandigheid dat de man dit inkomen feitelijk geniet, niet af. Nu de overige door de rechtbank vastgestelde financiële gegevens met betrekking tot de draagkracht van de man in hoger beroep niet bestreden zijn, stelt het hof vast dat de man niet beschikt over enige draagkracht om een bijdrage ten behoeve van de vrouw te voldoen. Daarbij neemt het hof tevens in aanmerking de door de man overgelegde draagkrachtberekening, overgelegd als productie 76 bij het verweerschrift tevens houdende incidenteel hoger beroep. De vrouw heeft de daarin opgenomen financiële gegevens niet bestreden. Uit die draagkrachtberekening volgt dat de man, zelfs als hij de helft van de woonlasten van de voormalige echtelijke woning voldoet, niet over enige draagkracht beschikt om een bijdrage aan de vrouw te leveren.

33. Gelet op het vorenstaande behoeft grief I van het incidenteel hoger beroep van de man betreffende de huwelijksgereleerde behoefte en de behoefte van de vrouw geen nadere bespreking, nu dit niet tot een ander oordeel kan leiden. Evenmin komt het hof toe aan de stelling van de man, inhoudende dat, als het hof van oordeel is dat de vrouw behoefte heeft aan alimentatie en de man daartoe draagkracht heeft, de alimentatieverplichting dient te eindigen op het moment dat de vrouw pensioen van de man ontvangt (27 september 2015).

Zaak aan zich houden

34. De vrouw heeft in het beroepschrift te kennen gegeven dat het wat haar betreft het hof de zaak aan zich kan houden ex artikel 356 Rv zodat het hof de zaak in zijn geheel kan afdoen. Voor zover het hof zulks zal doen heeft de man nog de volgende punten aan het hof voorgelegd:

- toedeling van de voormalige echtelijke woning;
- de wijze van waardering van het appartementsrecht in Moskou;
- de “onbekende bankrekening van de man”.

Het hof overweegt als volgt. De rechtbank heeft de zaak voor wat betreft de verdeling van de huwelijksgemeenschap aange-

houden. Artikel 356 Rv is niet van toepassing op verzoekschriftprocedures. Het hof zal de zaak niet aan zich houden.

35. Het hof zal als volgt beslissen.

Beslissing op het principale en het incidentele hoger beroep

Het hof:

bepaalt dat de waarde van de aandelen van de Stamrecht BV ((de Stamrecht BV)) tot de ontbonden huwelijksgemeenschap behoren en dat bij de waardering van de aandelen ten behoeve van de verdeling in aanmerking wordt genomen de schuld van de BV jegens de man uit hoofde van zijn aanspraken jegens de BV op grond van de Stamrechtovereenkomst met ingang van 18 juli 2012;

vernietigt de bestreden beschikking voor zover daarin is bepaald dat partijen in onderling overleg een makelaar te Moskou zullen benaderen om het bij partijen genoegzaam bekende 1/4e appartementsrecht te Moskou te taxeren en de man in de gelegenheid is gesteld tegenbewijs te leveren tegen de stelling van de vrouw dat de moeder van de vrouw enig erfgenaam is; bepaalt dat partijen in onderling overleg een makelaar te Moskou opdracht zullen geven om het door de vrouw in 1992 verworven 1/4e appartementsrecht te Moskou te taxeren per 20 maart 2012 naar de waarde in het economische verkeer in bewoonde staat;

verklaart voor recht dat de goederen die de vrouw krachtens erfrecht heeft verkregen uit de nalatenschap van haar vader zijn uitgesloten van de ontbonden huwelijksgemeenschap, evenals de schulden met betrekking tot die goederen;

bepaalt dat de vrouw met ingang van 3 oktober 2013 gehouden is voor de helft bij te dragen in de lasten van de voormalige echtelijke woning;

bekrachtigt de bestreden beschikking voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen voor het overige; wijst het meer of anders verzochte af.

NOOT

Stamrecht

Een gouden handdruk van een voormalig werkgever valt op grond van art. 1:94 BW alleen in de gemeenschap van goederen als die volledig de bestemming van een oudedagsvoorziening heeft.

Deze uitspraak van het hof is in lijn met de geldende jurisprudentie. Naar vaste rechtspraak hangt het antwoord op de vragen of een goed op bijzondere wijze aan een der echtgenoten is verknocht en, zo ja, in hoeverre die verknochtheid zich ertegen verzet dat het goed in de gemeenschap valt (art. 1:94 lid 3 BW) af van de aard van dat goed, zoals deze aard mede door de maatschappelijke opvattingen wordt bepaald. In het arrest van de Hoge Raad van 22 maart 1996 *NJ* 1996/640 is beslist dat in geval van een door de werkgever in verband met beëindiging van de dienstbetrekking aan de werknemer toegekende en uitbetaalde schadeloosstelling in de vorm van een bedrag ineens geen plaats is voor het maken van een uitzondering op de hoofdregel van art. 1:94 lid 1 BW dat de gemeenschap alle tegenwoordige en toekomstige goederen van de echtgenoten omvat. Op deze hoofdregel geldt de uitzondering die is geformuleerd in het arrest van de Hoge Raad van 17 oktober 2008 (*NJ* 2009/41) dat de werkgever bij beëindiging van het dienstverband van de man een zodanige koopsom voor een stamrechtverzekering onder een verzekeringsmaatschappij heeft gestort dat de man tot de ingangsdatum van zijn ouderdomspensioen periodieke uitkeringen ontvangt waardoor zijn inkomen wordt aangevuld tot 70% van zijn laatstgenoten salaris. Voor dergelijke gevallen heeft

de Hoge Raad in laatstgenoemd arrest beslist dat de aanspraken die zien op de periode na ontbinding van de huwelijksgemeenschap niet in de gemeenschap vallen, nu zij strekken tot vervanging van inkomen dat de man bij voortzetting van de dienstbetrekking na die ontbinding zou hebben genoten. In de uitspraak van Hof Amsterdam van 4 september 2012 (ECLI:NL:GHAMS:2012:CA1772, gepubliceerd op 3 juni 2013, zie «JIN» 2013/132, m.nt. P.M. de Vries) had de man niet onderbouwd dat deze situatie zich hier voordoet, zodat het hof ervan is uitgegaan dat de stamrechtverzekering niet strekt tot het doen van suppletie van zijn inkomen tot aan de pensioengerechtigde leeftijd en dat de aandelen van de Stamrecht BV in de gemeenschap zijn gevallen.

In het onderhavige geval wordt aan deze uitspraken nog iets toegevoegd. Door de partijen is de uitkering van de Stamrecht BV geëtiketteerd als vergoeding voor verlies van toekomstige arbeidsinkomsten. Naar het oordeel van het hof brengt dit naar maatschappelijke normen met zich mee dat de uitkeringen die betrekking hebben op de periode die gelegen is na de ontbinding van de huwelijksgemeenschap, aangemerkt moeten worden als zijnde verknocht. Dat de man op basis van de overeenkomst tussen hem en zijn voormalige werkgever zelf de ingangsdatum kon/kan bepalen van de uitkering, doet daaraan niet af. De gelden die door de Stamrecht BV tijdens het huwelijk zijn uitgekeerd vallen in de huwelijksgemeenschap.

De vrouw heeft in casu betoogd dat de uitkeringen van de man ook strekken tot aanvulling van het pensioen van de man, zodat de aanspraken niet louter een inkomensvervangend karakter hebben. Het hof is echter van oordeel dat ook die aanspraken verknocht zijn. Bepalend is dat de uitkering niet de bestemming van oudedagsvoorziening heeft gekregen, hetgeen het hof afleidt uit de overeenkomst tot het doen van periodieke uitkeringen. Hoewel het resterende vermogen in de Stamrecht BV derhalve niet door de man hoeft te worden gedeeld, verhogen de uitkeringen natuurlijk wel de draagkracht van de man. Ook daar heeft de vrouw in deze casus niets aan. Het bedrag dat de man zich volgens een actuariële berekening zou kunnen uitkeren levert volgens rechtbank en hof echter onvoldoende draagkracht op om bij te dragen in het levensonderhoud van de vrouw.

Nalatenschap vrouw; leerstuk van de aanpassing

Voorts is in deze uitspraak interessant wat het hof beslist omtrent de nalatenschap van de vader van de vrouw. Haar vader is gestorven zonder eerst een testament te maken. Hij heeft haar een kwart appartementsrecht van een appartement in Moskou nagelaten en stukje grond in Rusland. Naar Russisch recht komt een erfenis altijd uitsluitend toe aan degene die erfgenaam is en niet mede aan diens echtgenoot.

Volgens Nederlands recht (art. 1:94 lid 1 BW) valt een nalatenschap in beginsel in de gemeenschap van goederen, tenzij in een testament de zogenaamde uitsluitingsclausule is opgenomen, waarin is bepaald dat de nalatenschap buiten de gemeenschap valt (art. 1:94 lid 2 sub a BW).

Het hof overweegt dat bij de uitsluitingsclausule de wil van de erflater vooropstaat. Het huwelijksgoederenregime van partijen wordt beheerst door het Nederlandse recht bij gebreke van een rechtskeuze. Dat betekent dat partijen waren gehuwd in de wettelijke gemeenschap van goederen. Op grond van het zogenoemde 'leerstuk van de aanpassing' dient het hof te beoordelen of een correctie dient te worden gemaakt op de hoofdregel van boedelmenging nu een uitsluitingsclausule ontbreekt. Daarbij dient de wil van de erflater mede in aanmerking te worden genomen. Het hof gaat ervan uit dat de vader van de vrouw niet bedacht is geweest op de Nederlandse boedelmenging en er kennelijk van is uitgegaan dat het erfdeel

van zijn dochter in zijn nalatenschap overeenkomstig het Russische recht enkel aan zijn dochter zou toekomen en niet mede aan haar echtgenoot. Naar het oordeel van het hof is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat het erfdeel dat de vrouw van haar vader heeft gekregen in de gemeenschap valt en dient op grond daarvan een materieelrechtelijke correctie plaats te vinden op de boedelmenging. Op grond van het vorenstaande concludeert het hof dat de goederen die de vrouw heeft verkregen uit de nalatenschap van haar vader zijn uitgezonderd van de huwelijksgemeenschap van partijen. Overeenkomstige toepassing van art. 1:94 lid 5 BW brengt naar het oordeel van het hof mee, dat de schulden met betrekking tot die goederen eveneens zijn uitgesloten van de ontbonden huwelijksgemeenschap.

In Rechtbank Middelburg van 6 december 2006 (ECLI:NL:RBMID:2006:BP4662) wordt een vergelijkbare uitspraak gegeven. In die zaak was een Belgische vrouw getrouwd met een Nederlander in gemeenschap van goederen. Het huwelijksvermogen van partijen wordt door Nederlands recht beheerst. De nalatenschap van de vader van de vrouw valt naar Nederlands huwelijksvermogensrecht in de (ontbonden) gemeenschap, tenzij de erflater bij uiterste wilsbeschikking heeft bepaald dat deze buiten de gemeenschap valt. De rechtbank overweegt: "Nu echter naar Belgisch recht een nalatenschap van rechtswege behoort tot het eigen vermogen en niet tot het gemeenschappelijk vermogen van beide echtgenoten, was er voor de erflater in onderhavig geval geen aanleiding om bij uiterste wilsbeschikking te bepalen dat de nalatenschap niet in de gemeenschap zou vallen. Onder deze omstandigheid oordeelt de rechtbank in lijn met het bepaalde in art. 1:94 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek, dat de nalatenschap van de vader van de vrouw niet in de huwelijksgemeenschap valt. De rechtbank zal deze daarom niet in de verdeling betrekken".

In de uitspraken van Hof Den Haag van 1 april 2009 (ECLI:NL:GHSGR:2009:BJ5009) en Hof Den Bosch van 16 september 2008 (ECLI:NL:GHSHE:2008:BH5749) ging het om een erfenis van een Duitse ouder. Omdat men in Duitsland wel de uitsluitingsclausule kent, achtten beide hoven toepassing van art. 1:94 BW niet onaanvaardbaar. Om te voorkomen dat de nalatenschap in enige huwelijksgemeenschap zou vallen, had de erflater immers een uitsluitingsclausule in zijn/haar testament kunnen opnemen, hetgeen in beide zaken was nagelaten. Recenter oordeelde het Hof Arnhem Leeuwarden van 21 maart 2013 (ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8279) in een zaak waarin de Italiaanse vader van de vrouw is overleden zonder een testament achter te laten. De vader woonde al circa veertig jaar in Nederland en had hier zijn eigen bedrijf. De erfopvolging wordt beheerst door het recht van de Staat waar de overledene zijn gewone verblijfplaats had op het tijdstip van zijn overlijden, indien hij daar gedurende een tijdvak van ten minste vijf jaren onmiddellijk voorafgaand aan zijn overlijden zijn verblijfplaats had, derhalve Nederland.

Nu de vader van de vrouw niet bij testament over zijn nalatenschap heeft beschikt en er ook geen sprake is van een uitsluitingsclausule valt het deel dat aan de vrouw als erfgenaam bij versterf toekomt dus in de huwelijksgoederengemeenschap van partijen. Het Italiaanse recht kent geen uitsluitingsclausule. Als de vader in Italië had gewoond, was de uitspraak vermoedelijk anders uitgevallen.

In internationale zaken waarin de verschillende vermogensrechtstelsels niet goed op elkaar aansluiten, kan de leer van de aanpassing, zoals in casu, derhalve een redelijke uitkomst bieden.

171

Hof 's-Gravenhage
26 augustus 2014, nr. 200.140.525-01
ECLI:NL:GHDHA:2014:2732
(mr. Van Nievelt, mr. Van den Wildenberg,
mr. Punselie)
Noot A.H. van Haga

Vervangende toestemming erkenning. Angst ongeoorloofde overbrenging belangenafwezig.

Erkenning van de minderjarige door de man zal het belang van de minderjarige schaden. Het hof neemt de ernstige communicatieproblemen en het wantrouwen tussen de ouders in aanmerking, alsmede dat de angst voor ongeoorloofde overbrenging van de minderjarige door de man naar Jordanië niet van enige grond ontbloomt is. Volgt vernietiging. Verwachting is dat er daarmee meer ruimte voor onbelemmerd contact komt.

[BW art. 1:204 lid 3]

In het hoger beroep wijst het hof alsnog de door de man gevraagde vervangende toestemming erkenning af. Het hof overweegt dat door de erkenning het belang van de minderjarige geschaad zal worden. Het hof draagt daartoe aan de ernstige communicatieproblemen tussen de ouders en hun onderlinge wantrouwen. Deze zaken belasten de minderjarige. Daarbij acht het hof van belang dat de angst van de moeder op een ongeoorloofde overbrenging niet van enige grond ontbloomt is. Erkenning zal immers tot gevolg hebben dat de minderjarige de nationaliteit van Jordanië krijgt. In hoeverre het verkrijgen van deze nationaliteit door de minderjarige positieve gevolgen heeft voor de rechtspositie van vader in Jordanië in geval van ongeoorloofde overbrenging, blijkt niet uit de beslissing. Het hof wijst er verder op dat het HKOV geen uitkomst kan bieden bij ongeoorloofde overbrenging omdat Jordanië geen verdragsland is. Ook eenhoofdig ouderlijk gezag of het bepalen van de verblijfplaats bij moeder zal geen soelaas bieden. In hoeverre de erkenning het risico op ongeoorloofde overbrenging zal vergroten, wordt niet duidelijk. Aan het in de vaste rechtspraak aanvaarde uitgangspunt dat zowel het kind als de verwekker er aanspraak op hebben dat hun relatie rechtens wordt erkend als een familierechtelijke betrekking, wordt geen aandacht besteed. Het hof gaat bovendien niet over tot het afwegen van de belangen van alle betrokkenen. Er wordt niet gemotiveerd dat er voor de minderjarige reële risico's zijn waardoor deze belemmerd wordt in een evenwichtige sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling.

[appellant], wonende te [woonplaats],
verzoekster in hoger beroep,
hierna te noemen: de moeder,
advocaat: mr. K.J. Verrips te Wageningen,
tegen

[geïntimeerde], wonende te [woonplaats],
hierna te noemen: de man,
verweerder in hoger beroep,
advocaat: mr. M. Huisman te Amersfoort.

Als belanghebbende is aangemerkt:
mr. I.J. Pieters,

in zijn hoedanigheid van bijzondere curator over de hierna te noemen minderjarige,
kantoorhoudende te Leiden,
hierna te noemen: de bijzondere curator.
In verband met het bepaalde in artikel 810 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is in de procedure gekend:
de raad voor de kindbescherming te Den Haag,
hierna te noemen: de raad.

Hof:

Procesverloop in hoger beroep

De moeder is op 17 januari 2014 in hoger beroep gekomen van een beschikking van 21 oktober 2013 van de rechtbank Den Haag.

De man heeft op 7 maart 2014 een verweerschrift ingediend.

De bijzondere curator heeft op 7 maart 2014 een verweerschrift ingediend.

Bij het hof is voorts van de zijde van de moeder op 24 januari 2014 een V-formulier van diezelfde datum met bijlagen ingekomen.

De zaak is op woensdag 7 mei 2014 mondeling behandeld.

Ter zitting waren aanwezig:

– de moeder, bijgestaan door haar advocaat;

– de man, bijgestaan door zijn advocaat;

– mevrouw[X] namens de raad;

De bijzondere curator is, hoewel daartoe behoorlijk opgeroepen, niet verschenen.

Na de zitting is, volgens afspraak ter zitting, bij het hof op 8 mei 2014 van de zijde van de moeder een brief van 7 mei 2014 ingekomen met als bijlage het rapport van 30 januari 2014 van de raad.

Procesverloop in eerste aanleg en vaststaande feiten

Voor het procesverloop en de beslissing in eerste aanleg verwijst het hof naar de bestreden beschikking.

Bij die beschikking heeft de rechtbank, voor zover van belang:

– vervangende toestemming verleend tot erkenning van de hierna te noemen minderjarige door de man,

– voor recht verklaard dat uit het indienen van het inleidend verzoekschrift van de man afgeleid kan worden dat de man expliciet te kennen geeft de minderjarige te willen erkennen.

Het hof gaat uit van de door de rechtbank vastgestelde feiten, voor zover daartegen in hoger beroep niet is opgekomen. Onder meer staat het volgende vast:

Uit de moeder is op [geboortedatum] 2006 te [geboorteplaats] geboren: [de minderjarige]. De man heeft de Jordaanse nationaliteit. De vrouw en de minderjarigen hebben de Nederlandse nationaliteit.

Beoordeling van het hoger beroep

1. In geschil is de verlening van de vervangende toestemming tot erkenning van de minderjarige door de man.

2. De moeder verzoekt het hof de bestreden beschikking te vernietigen en, opnieuw beschikkende, de man niet-ontvankelijk verklaren in zijn inleidend verzoek, althans dit verzoek af te wijzen. Kosten rechtens.

3. De man verweert zich daartegen en verzoekt het hof de moeder niet-ontvankelijk te verklaren in het beroep, dan wel dit beroep af te wijzen en de bestreden beschikking te bekrachtigen.

4. De bijzondere curator verzoekt het hof het beroep van de moeder af te wijzen en de bestreden beschikking te bekrachtigen.

Procedure rechtbank

5. De moeder betoogt dat de rechtbank ten onrechte niet heeft vermeld dat zij kennis heeft genomen van het faxbericht van

26 september 2013 van de bijzondere curator alsmede dat de moeder niet juist is opgeroepen.

6. Het hof overweegt als volgt. Nu de moeder in hoger beroep ten volle in de gelegenheid is gesteld om haar standpunt nader toe te lichten, kan de feitelijke gang van zaken in eerste aanleg in het midden blijven en worden eventuele fouten uit de eerste aanleg in hoger beroep hersteld.

Vervangende toestemming tot erkenning

7. De moeder voert het volgende aan. De rechtbank had de beslissing omtrent de verlening van de vervangende toestemming tot erkenning van de minderjarige moeten aanhouden in afwachting van het onderzoek en de rapportage door de raad. De raad had de opdracht moeten krijgen het onderzoek uit te breiden en te kijken naar de belangen van de moeder en de minderjarige alsmede naar het reële risico dat de minderjarige wordt belemmerd in een evenwichtige ontwikkeling ten gevolge van de erkenning. De moeder betoogt dat de vader psychische problemen heeft, diverse zelfmoordpogingen heeft gedaan en diverse malen opgenomen is geweest. De moeder heeft de minderjarige altijd alleen verzorgd en opgevoed. De erkenning schaadt de ongestoorde verhouding tussen de moeder en de minderjarige. Er is volgens de moeder een gerede kans dat de minderjarige zal worden belemmerd in een evenwichtige en sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling door de erkenning. Voorts vraagt de moeder zich af welke consequenties de erkenning van de minderjarige door de man voor de nationaliteit van de minderjarige zal hebben. De moeder is bang dat de man de minderjarige zal ontvoeren naar Jordanië.

8. De man verweert zich daartegen als volgt. De rechtbank heeft terecht overwogen dat er onvoldoende aanwijzingen zijn dat erkenning door de man de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met de minderjarige of de belangen van de minderjarige zal schaden. De man herkent zich niet in het door de moeder geschetste beeld. Hij heeft een posttraumatische stres stoornis, maar daarin kan geen reden worden gevonden om de toestemming tot erkenning te weigeren. Daarnaast stelt hij zich wel actief te hebben ingezet om contact te hebben met de minderjarige.

9. De bijzondere curator voert eveneens gemotiveerd verweer. In zijn visie hebben de vragen en zorgen die de moeder opwerpt, betrekking op de vraag of en zo ja, welke contactregeling tussen de man en de minderjarige moet worden vastgesteld alsmede of gezamenlijk gezag in het belang van de minderjarige is te achten. De bijzondere curator acht de door de moeder aangedragen punten onvoldoende om de bestreden beschikking te vernietigen.

10. Het hof overweegt als volgt. Ingevolge artikel 1:204, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek kan de toestemming van de moeder wier kind de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt op verzoek van de man die het kind wil erkennen door de toestemming van de rechtbank worden vervangen, indien de erkenning de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind of de belangen van het kind niet zou schaden en de man de verwekker van het kind is. De man en de moeder zijn het erover eens dat de man de verwekker is van de minderjarige.

11. Het hof is van oordeel dat het belang van de minderjarige geschaad zal worden bij erkenning van de minderjarige door de man. Het hof neemt daarbij de volgende omstandigheden in aanmerking. De ouders hebben ernstige communicatieproblemen en staan wantrouwend tegenover elkaar, hetgeen blijkens het raadsrapport de minderjarige belast. De angst van de moeder dat de mogelijkheid bestaat dat de man de minderjarige ongeoorloofd over zal brengen naar Jordanië, acht het hof niet van

enige grond ontbloeit. Immers, indien het hof het verzoek van de man toewijst, zal de minderjarige op grond van afstamming de nationaliteit van Jordanië verkrijgen. Jordanië is geen verdragsstaat bij het Verdrag inzake de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen van 25 oktober 1980 (verder: het HKOV). Voor een mogelijke ongeoorloofde overbrenging van de minderjarige door de man kan het HKOV dan ook geen oplossing bieden. Ook het belasten van de (niet-islamitische) moeder met het eenhoofdig gezag en het bepalen van de hoofdverblijfplaats van de minderjarige bij de moeder kunnen een ongeoorloofde overbrenging van de minderjarige door de man naar Jordanië niet voorkomen. Er is namelijk geen verdrag op basis waarvan die beslissing in Jordanië erkend zal worden.

12. Gelet op het vorenstaande zal het hof de bestreden beschikking vernietigen en het verzoek van de man strekkende tot het verlenen van vervangende toestemming tot erkenning van de minderjarige afwijzen. Dit laat onverlet dat de begeleide omgang bij Trivium Lindenhoud dient te worden gecontinueerd. Het hof verwacht dat de zorgen van de moeder betreffende een mogelijke ontvoering van de minderjarige naar Jordanië door deze beslissing zullen verminderen. Daardoor zal de moeder meer ruimte hebben om de minderjarige onbelemmerd contact te laten hebben met de vader. Op het moment dat de minderjarige de leeftijd van zestien jaren heeft bereikt, kan zij zelfstandig haar toestemming tot erkenning verlenen.

Proceskosten

13. Gelet op de familierechtelijke aard van de procedure zal het hof de proceskosten in hoger beroep compenseren.

Beslissing op het hoger beroep

Het hof:

vernietigt de bestreden beschikking voor zover het betreft de verlening van de vervangende toestemming tot erkenning van de minderjarige door de man;

wijst af het verzoek van de man tot verlening van de vervangende toestemming tot erkenning van de minderjarige door de man;

compenseert de proceskosten in hoger beroep in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

NOOT

Veel feiten geeft de beslissing niet, maar duidelijk is dat de man de minderjarige, die in 2006 geboren is, wil erkennen. Aangezien de moeder zelf de toestemming niet wil geven en het hier gaat om een minderjarige jonger dan zestien, heeft de man zich tot de rechter gewend met het verzoek de noodzakelijke toestemming van moeder te vervangen door de toestemming van de rechter. Vervangende toestemming wordt gegeven, zo volgt uit art. 1:204 lid 3 BW, als de erkenning de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind of de belangen van het kind niet zou schaden en de man de verwekker is van het kind. In deze zaak is niet in geschil dat de man de verwekker is van de minderjarige.

Het gaat in dit geval dus om de belangen van de moeder, de minderjarige én het belang van de man.

De Hoge Raad heeft al in de beslissing van 16 februari 2001 (*NJ* 2001/571) overwogen dat het – gelet op de ontstaansgeschiedenis van art. 1:204 lid 3 BW – in de procedure tot verkrijging van vervangende toestemming aankomt op een weging van de belangen van de betrokkenen. Als uitgangspunt dient daarbij te worden genomen: “..dat zowel het kind als de verwekker aanspraak

erop heeft dat hun relatie rechtens wordt erkend als een familierechtelijke rechtsbetrekking".

De Hoge Raad vervolgt dat *"..het belang en de aanspraak van de man op erkenning moeten worden afgewogen tegen de belangen van de moeder en het kind bij niet-erkenning"*.

De Hoge Raad heeft, zo volgt uit deze beslissing van 16 februari 2001, aanvaard dat van schade aan het belang van het kind slechts sprake is indien er door de erkenning voor het kind reële risico's zijn dat het kind wordt belemmerd in een evenwichtige sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling. En de Hoge Raad vervolgt *"...met name niet (kan) worden aanvaard dat reeds het enkele feit dat het kind (enige) weerslag ondervindt van de inbreuk die de erkenning maakt...schade aan zijn belangen als bedoeld in art. 1:204 lid 3 oplevert"*.

Het hof heeft in de onderhavige beslissing overwogen dat het belang van de minderjarige zal worden geschaad bij erkenning van de minderjarige door de man.

Het hof legt uit welke omstandigheden tot deze overweging hebben geleid. Het gaat om communicatieproblemen tussen de ouders en wantrouwen ten opzichte van elkaar en de angst van de moeder dat de man de minderjarige ongeoorloofd zal overbrengen naar Jordanië.

Opvallend is dat:

- met geen enkel woord wordt gesproken over het belang van de man en diens aanspraak op erkenning;
- met geen enkel woord wordt gesproken over de aanwezigheid van reële risico's dat de minderjarige belemmerd zal worden in een evenwichtige sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling;
- een afweging van de belangen van de moeder, de minderjarige en de man niet zichtbaar is.

Het hof lijkt volledig voorbij te zijn gegaan aan het juridische kader van art. 1:204 lid 3 BW en de vaste jurisprudentie daaromtrent.

Dat ernstige communicatieproblemen tussen de ouders en hun wantrouwen naar elkaar de minderjarige belast, daarbij kan iedereen zich het nodige voorstellen. Dat deze omstandigheden reële risico's kunnen inhouden dat de minderjarige belemmerd zal worden in een evenwichtige sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling, evenzeer. Het gaat er echter om dat de erkenning dergelijke risico's kan inhouden en daarover overweegt het hof niets. Daar komt dan nog bij dat de kans of verwachting dat erkenning enige weerslag zal hebben op de minderjarige, niet automatisch met zich meebrengt dat daarmee sprake is van de eerder vermelde reële risico's.

De angst van de moeder dat de man de minderjarige ongeoorloofd mee zal nemen naar Jordanië, heeft het hof tevens van belang geacht. De angst zou niet van enige grond ontbloot zijn omdat erkenning ertoe zal leiden, aldus het hof, dat de minderjarige de nationaliteit van Jordanië zal krijgen. Dat het verkrijgen van de nationaliteit van Jordanië ertoe zal leiden dat de rechtspositie van de man in Jordanië zal verbeteren in het geval dat hij de minderjarige ongeoorloofd naar Jordanië zal brengen, volgt niet uit de beslissing. De moeder heeft dit bovendien niet gesteld. Blijkens r.o. 7 vraagt de moeder zich af wat de erkenning voor consequenties zal hebben voor de nationaliteit van de minderjarige. Het is echter de vrouw die, bij een verzoek als deze waar het gaat om een belangenafweging juist haar eigen belang dient te stellen en aannemelijk dient te maken. Dit volgt onder meer uit de beslissing van de Hoge Raad van 13 april 2001 (NJ 2001/464). Het hof lijkt aan deze stelplicht voorbij te gaan.

Het hof vervolgt met de overweging dat in geval van een ongeoorloofde overbrenging van de minderjarige door de man naar Jordanië het Haags KinderontvoeringsVerdrag 1980 (HKOV) geen oplossing kan bieden. De relevantie van deze overweging

ontgaat mij volledig. Het Verdrag zal in alle gevallen – of de man de minderjarige nu kan erkennen of niet, of de minderjarige hierdoor de nationaliteit van Jordanië verkrijgt of niet – geen oplossing bieden. Jordanië is immers geen verdragsland. Het Verdrag zelf kan bovendien een ongeoorloofde overbrenging niet voorkomen. Heeft het hof dan bedoeld te zeggen dat erkenning de kans op ongeoorloofde overbrenging zal vergroten? De vraag rijst dan waar het hof dit op baseert. Uit de beslissing volgt immers niet dat moeder gesteld heeft dat erkenning de kans op ongeoorloofde overbrenging zal vergroten.

Het hof overweegt verder dat ook het belasten van de (niet-islamitische) moeder met het eenhoofdige gezag en het bepalen van de hoofdverblijfplaats van de minderjarige bij moeder een ongeoorloofde overbrenging niet kunnen voorkomen, omdat Jordanië een dergelijke beslissing niet zal erkennen. Wat heeft het hof toch met deze overweging willen zeggen? En wat is het belang bij de vermelding "niet-islamitisch"? De moeder heeft, islamitisch of niet, ex art. 1:253b lid 1 BW, van rechtswege het eenhoofdige ouderlijk gezag, omdat alleen het moederschap vaststaat. Een beslissing op dat punt is niet nodig, terwijl de erkenning van de minderjarige door de man niet tot gevolg heeft dat de moeder het eenhoofdige ouderlijk gezag verliest. Bovendien zou het HKOV nog steeds toepassing missen omdat Jordanië geen verdragsland is.

Met de overweging over het bepalen van het hoofdverblijf bij de moeder gaat het hof uit van een situatie die pas aan de orde kan komen als de erkenning een feit is én het gezamenlijk ouderlijk gezag aan de moeder en de man zou worden toegekend. Gaat het hier nog wel om een argument om de erkenning af te wijzen? Wordt hier niet een argument gebruikt dat past als geoordeeld moet worden over het al dan niet gezamenlijk uitoefenen van het ouderlijk gezag? Daarbij blijf ik herhalen dat het HKOV in een dergelijk geval nog steeds geen oplossing biedt omdat Jordanië geen verdragsland is.

De beslissing van het hof voldoet wat mij betreft niet aan de daaraan qua motivering te stellen eisen. Er is geen, zichtbare, belangenafweging gemaakt. Het hof heeft niet althans onvoldoende gemotiveerd hoe erkenning bijdraagt aan (het vergroten van het risico van) ongeoorloofde overbrenging van de minderjarige, hoe erkenning schade aan het belang van de minderjarige toebrengt, terwijl er geen enkel woord gewijd is aan een mogelijke belemmering van een evenwichtig sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling van het kind. De gehanteerde argumenten lijken eerder passend voor het beoordelen van een verzoek tot het vaststellen van een contactregeling dan die van een verzoek voor vervangende toestemming tot erkenning. Het hof verwacht overigens dat het afwijzen van het verzoek tot erkenning maakt dat de moeder meer ruimte zal hebben om de minderjarige onbelemmerd contact te laten hebben met de man. Is er dan geen angst voor ongeoorloofde overbrenging? Jordanië is immers nog steeds geen verdragsland! =

A.H. van Haga
ScheerSanders Advocaten

Ondernemingsrecht

172
Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 23 juli 2014, nr. 200.142.777/01 OK ECLI:NL:GHAMS:2014:2887 (mr. Faase, mr. Makkink, mr. Willems, prof. dr. Van der Meer RA, mr. Cremers) Noot J. van der Kraan
403-verklaring. Groepvrijstelling. Concernvrijstelling. Concerngarantie. Intrekking. Beëindiging overblijvende aansprakelijkheid. Ontslagvergoeding. Bestaande schuldeisers. Hoofdelijke aansprakelijkheid moeder-vennootschap.
Een werknemster van een dochtervennootschap die is vrijgesteld door de moeder-vennootschap wordt ontslagen. De 403-verklaring is gedeponereerd na het sluiten van de arbeidsovereenkomst. De reikwijdte van de 403-verklaring brengt met zich mee dat ook de op het moment van deponeren bestaande schuldeisers worden beschermd door een 403-verklaring.
[BW art. 2:403; BW art. 6:2]

De Ondernemingskamer overweegt dat de (rechts)persoon die een 403-verklaring afgeeft, in beginsel de vrijheid heeft de reikwijdte daarvan – in duur of anderszins – in te perken. De omvang van die reikwijdte hangt in belangrijke mate af van (de uitleg van) de bevoordingen van de verklaring. De strekking van een 403-verklaring zoals deze volgt uit de context van de wet, kan daarbij ook een rol spelen, maar dient niet voorop te staan. Indien daaromtrent niets anders in de verklaring is opgenomen, brengt een redelijke en op (de praktijk van) het handelsverkeer toegesneden wetstoepassing naar het oordeel van de Ondernemingskamer mee dat de werking van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap voor de schulden van de dochtervennootschap ook geldt voor schulden die tijdens de looptijd van de 403-verklaring ontstaan uit duurovereenkomsten die vóór het ingangstijdstip van de 403-verklaring zijn aangegaan. Dit geldt ook in het geval van een arbeidsovereenkomst (vgl. onder meer Hof Amsterdam 26 juli 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AO3497, NJ 2004/87).

Nu in het geval van [[A]B] de 403-verklaring ter zake geen beperkingen inhoudt, is zij mede van toepassing op schulden voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst van Schildersbedrijf met [X]. Dit geldt evenzeer voor de onderhavige ontbindingsvergoeding: dat deze voortvloeit uit de arbeidsrelatie staat naar het oordeel van de Ondernemingskamer buiten kijf. De omstandigheid, dat de ontbinding (uiteindelijk) is verzocht door [X] en niet door Schildersbedrijf, doet aan het voorgaande niet af. Bij de vaststelling van de aansprakelijkheid van [[A]B], ingevolge de 403-verklaring, voor die vergoeding gaat het niet om 'schuld' in de zin van verwijtbaarheid maar om (kleurloze) 'verschuldigheid'.

Voorts valt het ontstaansmoment van de vordering op (en de schuld van) Schildersbedrijf binnen het 'aansprakelijkheidstijdvak': daarbij gaat het immers om de datum van het vonnis van de kantonrechter (23 december 2013), dat daartoe constitutief is; nu vaststaat dat [X] op 15 november 2013 tijdig tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid van [[A]B] in verzet is gekomen (en dat

verzet niet is ingetrokken dan wel bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak ongegrond is verklaard), is niet voldaan aan de in art. 2:404 lid 3 aanhef en onder d BW bedoelde voorwaarde en is de aansprakelijkheid van [[A]B] jegens haar niet beëindigd, niet vóór 23 december 2013 en ook niet daarna.

De aan de regeling van de 403-verklaring ten grondslag liggende ratio noopt in dit verband niet tot een ander oordeel, ook niet indien, zoals [[A]B] nog heeft gesteld, de ontdekking van het bestaan van de 403-verklaring voor [X] de aanleiding is geweest om zelf een ontbindingsverzoek in te dienen en zich vervolgens voor betaling van de haar toegekende vergoeding tot [[A]B] te wenden omdat zij was geconfronteerd met het 'habe-nichtsverweer' van Schildersbedrijf.

Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen moet de eerste grief van [[A]B] worden verworpen. Hetgeen [[A]B] in dit verband overigens nog naar voren heeft gebracht leidt op deze punten niet tot een ander oordeel.

De overige grieven van [[A]B] lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Zij richten zich, in de kern genomen, tegen het oordeel van de rechtbank dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is dat [X] een beroep doet op de 403-verklaring. [[A]B] heeft in dit verband gesteld dat het tegen de achtergrond van alle feiten en omstandigheden van het geval volstrekt onredelijk zou zijn dat [X] haar nu met succes zou kunnen aanspreken voor schulden van Schildersbedrijf. Er is (althans was) sprake van een 'vergeten' 403-verklaring: sinds de jaren negentig had zij niets meer van doen met Schildersbedrijf en in november 2007 was om dezelfde reden ook de aansprakelijkstelling ter zake van Autoschade al ingetrokken. Voorts was de welbewuste keuze van [X] om een arbeidsrelatie met Schildersbedrijf aan te gaan, niet (mede) gebaseerd op de latere 403-verklaring van [[A]B]; [X] was pas na ontvangst van die – op dat moment reeds ingetrokken – verklaring (eind september 2013) op de hoogte van de inhoud en reikwijdte van die verklaring en kan nooit daarop hebben vertrouwd. Ook kan [X] geen beroep op de verklaring doen omdat zij wist of behoorde te weten dat Schildersbedrijf sinds de negentiger jaren geen dochtervennootschap meer van [[A]B] was; [X] was adjunct-directeur en wist dat Schildersbedrijf een eigen jaarrekening publiceerde, aldus (nog steeds) [[A]B].

De Ondernemingskamer komt op dit punt niet tot een andere conclusie dan de rechtbank. Een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (op de voet van art. 6:2 lid 2 BW) behoort slechts in uitzonderlijke gevallen te worden gehonoreerd. Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid en een redelijke verdeling van verantwoordelijkheden en risico's dient naar het oordeel van de Ondernemingskamer meer gewicht toe te komen aan de door [[A]B] niet ingetrokken 403-verklaring dan aan de omstandigheid dat [X] – geobjectiveerd bezien – had kunnen weten dat Schildersbedrijf geen dochtervennootschap van [[A]B] meer was en er voor [[A]B] geen reden was om de aansprakelijkheid voor de uit rechtshandelingen van Schildersbedrijf voortvloeiende schulden te handhaven.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
[[A]] Beleggingen BV, gevestigd te Beverwijk,
Appellante,
advocaat: mr. J.W.J. Hijnen, kantoorhoudende te Enkhuizen,
tegen
[X], wonende te Beverwijk,
Geïntimeerde,
advocaat: mr. J.F.R. Eisenberger, kantoorhoudende te Amsterdam.

Hof:*1 Het verloop van het geding*

1.1 De rechtbank Noord-Holland heeft bij onder nummer C/15/208622/HA RK 13-105 tussen geïntimeerde (hierna [X] te noemen) als verzoekster en appellante (hierna [[A]B] te noemen) als verweerster gegeven beschikking van 11 februari 2014 – zake-lijk weergegeven – bepaald dat [[A]B] uiterlijk op 11 maart 2014 ten behoeve van [X] in de vorm van een bankgarantie zekerheid moet stellen voor betaling van € 113.000,= in verband met de door [[A]B] Schildersbedrijf BV (hierna Schildersbedrijf te noemen) verschuldigde ontbindingsvergoeding, alsmede het verzet van [X] tegen de voorgenomen beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid ingevolge een verklaring als bedoeld in artikel 2:403 lid 1 onder f BW ongegrond verklaard indien [[A]B] uiterlijk op 11 maart 2014 de hiervoor bedoelde zekerheid heeft gesteld en gegrond verklaard indien [[A]B] de genoemde bankgarantie niet tijdig heeft gesteld, [[A]B] veroordeeld in de kosten van het geding aan de zijde van [X] gevallen en ten slotte de beschikking uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

1.2 [[A]B] is bij op 28 februari 2014 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen beroepschrift met producties (waarvan productie F is nagezonden) onder aanvoering van vijf grieven tegen de beschikking van de rechtbank Noord-Holland (hierna de rechtbank te noemen) in hoger beroep gekomen en heeft de Ondernemingskamer verzocht die beschikking te vernietigen en, opnieuw recht doende, het verzet van [X] alsnog ongegrond te verklaren, met veroordeling van [X] in de kosten van het geding in beide instanties.

1.3 [X] heeft bij op 16 april 2014 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verweerschrift met producties – zakelijk weergegeven – de grieven van [[A]B] bestreden en geconcludeerd tot bekrachtiging van de bestreden beschikking, met veroordeling van [[A]B] in de kosten.

1.4 Het hoger beroep is behandeld ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 19 juni 2014. Bij die gelegenheid hebben de advocaten de standpunten van de door hen vertegenwoordigde partijen toegelicht aan de hand van – aan de Ondernemingskamer en de wederpartij overgelegde – pleitnota's en, wat mr. Hijnen betreft, onder overlegging van de op voorhand aan [X] en aan de Ondernemingskamer toegezonden producties H2 tot en met H6. Partijen hebben vragen van de Ondernemingskamer beantwoord en inlichtingen verstrekt.

2 De vaststaande feiten

2.1 Het gaat, mede gezien de in hoger beroep niet bestreden vaststellingen van de rechtbank, in deze zaak om het volgende.

2.2 Op 19 mei 1987 heeft [[A]B], toen nog genaamd [[A] Holding BV, ten aanzien van zes dochtervennootschappen, onder wie haar toenmalige dochtervennootschap Schildersbedrijf, een verklaring als bedoeld in artikel 2:403 lid 1, onder f, BW gedeponeerd bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Haarlem en Omstreken te Haarlem (hierna de 403-verklaring te noemen).

2.3 De 403-verklaring houdt het volgende in:

“AANSPRAKELIJKSTELLING

[[[A]B]] (...) verklaart, dat zij zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de schulden, die voortvloeien uit de rechtshandelingen van:

[Schildersbedrijf],
[[A]Autoschade BV
(...)”

2.4 [[A]B] was in 1987 de houdstervennootschap van de drie broers [[A]]. De dochtervennootschappen van [[A]B] hielden

zich met name bezig met het autoschadebedrijf en het schildersbedrijf.

2.5 In juli 1990 zijn twee van de broers [[A]](W.K.M. en M.J.) voortgegaan met het autoschadebedrijf, gedreven door [[A]Autoschade BV (hierna Autoschade te noemen) en is de andere broer (E.W.J. [[A]]) voortgegaan met het schildersbedrijf, gedreven door Schildersbedrijf. Daartoe zijn de aandelen in Autoschade overgedragen aan een houdstervennootschap van welke de broers W.K.M. en M.J. [[A]aandeelhouder waren (hierna Autoschade Holding BV te noemen), en zijn de aandelen in Schildersbedrijf overgedragen aan E.W.J. Holding BV van welke vennootschap E.W.J. [[A]aandeelhouder was.

2.6 De drie broers, althans hun kinderen, zijn gezamenlijk aandeelhouder gebleven van [[A]B].

2.7 Sinds het overlijden van E.W.J. [[A]](in 2007) en W.K.M. [[A]](in 2011) zijn vier kinderen (mede)aandeelhouders van respectievelijk E.W.J. Holding BV en Autoschade Holding BV

2.8 [X] is sinds 1974, althans sinds de oprichting van Schildersbedrijf op 1 december 1975, in dienst geweest van Schildersbedrijf. Aanvankelijk was zij werkzaam in administratieve functies; sinds mei 2004 maakte zij als adjunct-directeur (niet zijnde formeel bestuurder) deel uit van de directie.

2.9 Op 27 november 2007 heeft [[A]B] haar hoofdelijke aansprakelijkheid ter zake van Autoschade en [[A]Beheer BV (het is de Ondernemingskamer niet duidelijk geworden of met deze laatste vennootschap dezelfde wordt bedoeld als Autoschade Holding BV), ingetrokken.

2.10 Op 2 augustus 2013 heeft Schildersbedrijf een verzoekschrift ingediend tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met [X].

2.11 Bij verklaring van 16 september 2013, geregistreerd door de Kamer van Koophandel op 24 september 2013, heeft [[A]B] haar verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid uit 1987 ingetrokken en mededeling gedaan van haar voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid op grond van artikel 2:404 lid 3 BW. Als reden van intrekking is vermeld dat Schildersbedrijf met ingang van 16 oktober 1992 niet meer tot de groep van [[A]B] behoort.

2.12 Op 18 september 2013 heeft de kantonrechter in de Rechtbank Noord-Holland beslist voornemens te zijn de arbeidsovereenkomst tussen Schildersbedrijf en [X] te ontbinden met ingang van 1 november 2013 onder toekenning van een schadevergoeding aan [X] van ruim € 225.900,=, met de bepaling dat Schildersbedrijf de gelegenheid heeft haar verzoek alsnog in te trekken. Schildersbedrijf heeft het ontbindingsverzoek op 30 september 2013 ingetrokken.

2.13 In een e-mail van “kvk.nl namens uittreksel-amsterdam@kvk.nl” aan [X] van 25 september 2013 is onder meer vermeld:

“Als enig aandeelhouder van [Schildersbedrijf] (...) is geregistreerd E.W.J. Holding BV (...).

Als moedermaatschappij van [Schildersbedrijf] is geregistreerd [[[A]B]] (...). De oude statutaire naam van laatstgenoemde BV was tot 2 december 1992 [[A] Holding BV Deze oude naam staat ook nog vermeld op de in het dossier van [Schildersbedrijf] aanwezige 403-verklaring. Zo'n 403-verklaring blijft door de jaren heen gewoon geldig (...). Een 403-verklaring vervalt pas wanneer deze wordt ingetrokken. Dit is in het dossier van [Schildersbedrijf] op 24 september 2013 gebeurd. [[[A]B]] heeft zelf geen moedermaatschappij (...).

(...)”

Onder dit bericht is opgenomen de tekst van de van [X] ontvangen e-mail:

“(Uw vraag):

(...)”

Wilt u (...) voor mij uitzoeken hoe de structuur is van [Schildersbedrijf] (...).

Ik weet dat [[A]] Holding 100% aandelen heeft, die is de houstermaatschappij van [Schildersbedrijf] (...). Bij het schildersbedrijf is er een 403 verklaring gedeponeerd.

Maar nu de structuur naar boven toe en of er bij [[A]] Beleggingen ook een 403 verklaring van toepassing is. (...)"

2.14 [[A]B] heeft van haar voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid op 30 oktober 2013 mededeling gedaan in een landelijk verspreid dagblad.

2.15 Op 7 november 2013 heeft [X] een verzoek tot ontbinding van haar arbeidsovereenkomst met Schildersbedrijf ingediend. Bij beschikking van 23 december 2013 heeft de voornoemde kantonrechter dat verzoek toegewezen en de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 januari 2014 ontbonden onder toekenning aan [X] van een vergoeding van € 113.000,= ten laste van Schildersbedrijf.

2.16 Bij verzoekschrift van 15 november 2013 is [X] op grond van artikel 2:404 lid 5 BW in verzet gekomen tegen het in 2.14 hier voor bedoelde voornemen van [[A]B].

2.17 Bij vonnis van 21 januari 2014 van de Rechtbank Noord-Holland is Schildersbedrijf in staat van faillissement verklaard.

3 De gronden van de beslissing

3.1 De Ondernemingskamer stelt voorop dat de intrekking van een 403-verklaring als de onderhavige geen afbreuk doet aan de aansprakelijkheid voor schulden die al onder de reikwijdte van de – inmiddels ingetrokken – 403-verklaring vielen. De aansprakelijkheid voor deze schulden wordt in artikel 2:404 lid 3 BW aangeduid als de “overblijvende aansprakelijkheid”. Onder omstandigheden, namelijk indien is voldaan aan de vier cumulatief geldende voorwaarden vermeld in artikel 2:404 lid 3 aanhef en onder a tot en met d BW, kan de rechtspersoon die zich op de voet van artikel 2:403 BW hoofdelijk aansprakelijk had gesteld voor schulden van een dochtervennootschap ook bewerkstelligen dat die overblijvende aansprakelijkheid eindigt. Daartoe strekt het thans aan de orde zijnde voornemen van [[A]B] en daartegen richt zich het verzet van [X].

3.2 De rechtbank heeft geoordeeld dat de vordering van [X] uit hoofde van de ontbindingsvergoeding niet wordt geraakt door de intrekking van de 403-verklaring en dat [X] moet worden aangemerkt als een schuldeiser voor wier vordering de aansprakelijkheid van [[A]B] nog loopt. De rechtbank heeft daartoe in de beschikking waarvan beroep in de rechtsoverwegingen 3.5 tot en met 3.10 – samengevat – overwogen dat de 403-verklaring van toepassing is op de schulden die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst tussen Schildersbedrijf en [X], dat de door de kantonrechter vastgestelde beëindigingsvergoeding een zodanige schuld is, dat die schuld opeisbaar is sinds de datum van het vonnis, 23 december 2013, en dat de overblijvende aansprakelijkheid eerst ná 30 december 2013 (twee maanden na 30 oktober 2013) tot een einde kan komen, zodat de aansprakelijkstelling van [[A]B] van toepassing is op de schuld van Schildersbedrijf uit hoofde van de ontbindingsvergoeding. Aan het verweer van [[A]B] dat de vordering van [X] teniet zou zijn gegaan door verrekening met tegenvorderingen van Schildersbedrijf, is de rechtbank voorbij gegaan, en het verweer dat sprake zou zijn van een ‘vergeten 403-verklaring’ heeft zij verworpen. De rechtbank heeft tot slot geen grond gezien om op de voet van artikel 6:2 lid 2 BW te concluderen dat de aansprakelijkheid van [[A]B] jegens [X] buiten toepassing moet worden gelaten omdat dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

3.3 De eerste grief van [[A]B] strekt ten betoge dat de rechtbank ten onrechte heeft beslist dat de schuld van Schildersbedrijf uit

hoofde van de ontbindingsvergoeding onder de (overblijvende) aansprakelijkheid van [[A]B] ingevolge de 403-verklaring valt. Deze grief valt in twee delen uiteen. Zij houdt in de eerste plaats in, dat de bewuste schuld niet wordt geraakt door de aansprakelijkstelling omdat de arbeidsovereenkomst met [X] door Schildersbedrijf al in 1975, derhalve vóór de aansprakelijkstelling door [[A]B], is aangegaan. Gelet op de ratio van de 403-verklaring – te weten, het bieden van bescherming aan potentiële schuldeisers die hun beslissing om al of niet met de dochtervennootschap te contracteren, niet meer op de jaarstukken van de dochtervennootschap kunnen baseren – is er geen reden om de rechtsverhouding van [X] met Schildersbedrijf onder de bescherming van de 403-verklaring te brengen, aldus [[A]B]. Voorts is de schuld uit hoofde van de ontbindingsvergoeding volgens haar ook niet uit die rechtsverhouding voortgevloeid omdat in casu de ontbinding van de arbeidsrelatie niet door de werkgever maar door de werknemer zelf is verzocht. En tot slot is de onderhavige schuld ook pas na de intrekking van de 403-verklaring op 16 september 2013, namelijk op 1 januari 2014, ontstaan en opeisbaar geworden, zo stelt [[A]B].

3.4 Subsidiair houdt de eerste grief van [[A]B] in dat de schuld van Schildersbedrijf evenmin onder haar ([[A]B]’s) op grond van artikel 2:404 BW overblijvende aansprakelijkheid valt. Die overblijvende aansprakelijkheid eindigt volgens [[A]B] twee maanden nadat in een landelijk verspreid dagblad – op 30 oktober 2013 – de mededeling is gepubliceerd van het voornemen tot beëindiging van de aansprakelijkstelling (zie artikel 2:404 lid 3, aanhef en onder c, BW). De vergoeding is door de kantonrechter pas per 1 januari 2014 toegekend, derhalve meer dan twee maanden ná deze laatste relevante datum. [[A]B] heeft er voorts op gewezen dat in de literatuur wel wordt aangenomen dat er in de gegeven omstandigheden hoe dan ook geen sprake is van overblijvende aansprakelijkheid omdat de rechtshandeling waaruit de schuld voortvloeit is aangegaan vóór het aansprakelijkheidstijdvak en de schuld pas ná intrekking van de aansprakelijkstelling is ontstaan of opeisbaar geworden.

3.5 De Ondernemingskamer overweegt dat de (rechts)persoon die een 403-verklaring afgeeft, in beginsel de vrijheid heeft de reikwijdte daarvan – in duur of anderszins – in te perken. De omvang van die reikwijdte hangt in belangrijke mate af van (de uitleg van) de bewoordingen van de verklaring. De strekking van een 403-verklaring zoals deze volgt uit de context van de wet, kan daarbij ook een rol spelen, maar dient niet voorop te staan. Indien daaromtrent niets anders in de verklaring is opgenomen, brengt een redelijke en op (de praktijk van) het handelsverkeer toegesneden wetstoepassing naar het oordeel van de Ondernemingskamer mee dat de werking van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap voor de schulden van de dochtervennootschap ook geldt voor schulden die tijdens de looptijd van de 403-verklaring ontstaan uit duurovereenkomsten die vóór het ingangstijdstip van de 403-verklaring zijn aangegaan. Dit geldt ook in het geval van een arbeidsovereenkomst (vgl. onder meer Hof Amsterdam 26 juli 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AO3497, NJ 2004, 87).

3.6 Nu in het geval van [[A]B] de 403-verklaring terzake geen beperkingen inhoudt, is zij mede van toepassing op schulden voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst van Schildersbedrijf met [X]. Dit geldt evenzeer voor de onderhavige ontbindingsvergoeding; dat deze voortvloeit uit de arbeidsrelatie staat naar het oordeel van de Ondernemingskamer buiten kijf. De omstandigheid, dat de ontbinding (uiteindelijk) is verzocht door [X] en niet door Schildersbedrijf, doet aan het voorgaande niet af. Bij de vaststelling van de aansprakelijkheid van [[A]B], ingevolge de 403-verklaring, voor die vergoeding gaat het niet om

‘schuld’ in de zin van verwijtbaarheid maar om (kleurloze) ‘verschuldigheid’.

Voorts valt het ontstaansmoment van de vordering op (en de schuld van) Schildersbedrijf binnen het ‘aansprakelijkheids-tijdvak’: daarbij gaat het immers om de datum van het vonnis van de kantonrechter (23 december 2013), dat daartoe constitutief is; nu vaststaat dat [X] op 15 november 2013 tijdig tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid van [[A]B] in verzet is gekomen (en dat verzet niet is ingetrokken dan wel bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak ongegrond is verklaard), is niet voldaan aan de in artikel 2:404 lid 3, aanhef en onder d, BW bedoelde voorwaarde en is de aansprakelijkheid van [[A]B] jegens haar niet beëindigd, niet vóór 23 december 2013 en ook niet daarna.

3.7 De aan de regeling van de 403-verklaring ten grondslag liggende ratio noopt in dit verband niet tot een ander oordeel, ook niet indien, zoals [[A]B] nog heeft gesteld, de ontdekking van het bestaan van de 403-verklaring voor [X] de aanleiding is geweest om zelf een ontbindings-verzoek in te dienen en zich vervolgens voor betaling van de haar toegekende vergoeding tot [[A]B] te wenden omdat zij was geconfronteerd met het ‘habehetsverweer’ van Schildersbedrijf.

3.8 Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen moet de eerste grief van [[A]B] worden verworpen. Hetgeen [[A]B] in dit verband overigens nog naar voren heeft gebracht leidt op deze punten niet tot een ander oordeel.

3.9 De overige grieven van [[A]B] lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Zij richten zich, in de kern genomen, tegen het oordeel van de rechtbank dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is dat [X] een beroep doet op de 403-verklaring. [[A]B] heeft in dit verband gesteld dat het tegen de achtergrond van alle feiten en omstandigheden van het geval volstrekt onredelijk zou zijn dat [X] haar nu met succes zou kunnen aanspreken voor schulden van Schildersbedrijf. Er is (althans was) sprake van een ‘vergeten’ 403-verklaring: sinds de jaren ‘90 had zij niets meer van doen met Schildersbedrijf en in november 2007 was om dezelfde reden ook de aansprakelijkstelling ter zake van Autoschade al ingetrokken. Voorts was de welbewuste keuze van [X] om een arbeidsrelatie met Schildersbedrijf aan te gaan, niet (mede) gebaseerd op de latere 403-verklaring van [[A]B]; [X] was pas na ontvangst van die – op dat moment reeds ingetrokken – verklaring (eind september 2013) op de hoogte van de inhoud en reikwijdte van die verklaring en kan nooit daarop hebben vertrouwd. Ook kan [X] geen beroep op de verklaring hebben omdat zij wist of behoorde te weten dat Schildersbedrijf sinds de negentiger jaren geen dochtervennootschap meer van [[A]B] was; [X] was adjunct-directeur en wist dat Schildersbedrijf een eigen jaarrekening publiceerde, aldus (nog steeds) [[A]B].

3.10 De Ondernemingskamer komt op dit punt niet tot een andere conclusie dan de rechtbank. Een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (op de voet van artikel 6:2 lid 2 BW) behoort slechts in uitzonderlijke gevallen te worden gehonoreerd. Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid en een redelijke verdeling van verantwoordelijkheden en risico’s dient naar het oordeel van de Ondernemingskamer meer gewicht toe te komen aan de door [[A]B] niet ingetrokken 403-verklaring dan aan de omstandigheid dat [X] – geobjectieerd bezien – had kunnen weten dat Schildersbedrijf geen dochtervennootschap van [[A]B] meer was en er voor [[A]B] geen reden was om de aansprakelijkheid voor de uit rechtshandelingen van Schildersbedrijf voortvloeiende schulden te handhaven.

De Ondernemingskamer heeft hierbij in aanmerking genomen dat het, gelet op hetgeen is vermeld in 2.8 en 2.13 en ter terechtzitting door [X] daaromtrent is verklaard, niet aannemelijk

is te achten dat [X] daadwerkelijk op de hoogte is geweest van de ‘ontvlechting’ van de [[A]B]groep in de negentiger jaren en van het gegeven dat [[A]B] niet langer de moedervennootschap van Schildersbedrijf was. Gelet voorts op de lange duur van [X]’ arbeidsrelatie met Schildersbedrijf, kan naar het oordeel van de Ondernemingskamer niet worden gezegd dat het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn om de hoofdelijke aansprakelijkheid van [[A]B] jegens [X] van toepassing te achten. Ook indien sprake zou zijn van een ‘vergeten’ 403-verklaring, vormt die omstandigheid naar het oordeel van de Ondernemingskamer, alle betrokken belangen afwegende, niet een zodanig uitzonderlijke omstandigheid dat het beroep van [[A]B] op toepassing van artikel 6:2 lid 2 BW zou moeten slagen.

3.11 Voor zover [[A]B] nog heeft aangevoerd dat haar huidige financiële positie aan betaling van de onderhavige ontbindingsvergoeding in de weg staat, heeft zij deze stelling op geen enkele wijze voldoende (adequaat) met stukken gestaafd. Uit de door haar wél overgelegde (deponerings-) balans per 31 december 2011 (met vergelijkingscijfers per 31 december 2010) blijkt van een eigen vermogen van ruim € 1 miljoen. De omstandigheden dat [[A]B] nagenoeg geen activiteiten ontplooit en alleen de juridische eigendom van het bedrijfspand houdt, waarvan de huuropbrengsten toekomen aan Stichting Administratiekantoor [[A]B] als economisch eigenaresse, dat die opbrengsten mede strekken tot pensioenvoorziening van haar aandeelhouders en dat [[A]B] ook feitelijk onvoldoende liquide middelen heeft om een vordering van € 113.000,= te kunnen voldoen, kunnen niet leiden tot de conclusie dat van [[A]B] geen volledige voldoening van de aan [X] toegekende vergoeding kan worden gevegd, laat staan dat een zodanige voldoening in de gegeven omstandigheden tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden.

3.12 Het bewijsaanbod van [[A]B] wordt als onvoldoende gespecificeerd en niet ter zake dienend gepasseerd. Ook het verweer van [[A]B] dat Schildersbedrijf een tegenvordering op [X] zou hebben van gelijke grootte wordt als in deze niet ter zake dienend verworpen.

3.13 De slotsom op grond van hetgeen hiervoor is overwogen is dat het hoger beroep van [[A]B] ongegrond is en de uitspraak van de rechtbank moet worden bekrachtigd. [[A]B] zal, ten slotte, als de in het ongelijk te stellen partij worden verwezen in de kosten van het geding.

4 De beslissing

De Ondernemingskamer:

bekrachtigt de beschikking van de rechtbank Noord-Holland van 11 februari 2014 in de zaak met rekestnummer C/15/208622/HA RK 13-105; veroordeelt [[A]B] Beleggingen BV in de kosten van het geding in hoger beroep, deze aan de zijde van [X] tot op heden begroot op € 2990,=; verklaart deze beschikking wat de kostenveroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. De relevante feiten voor het procesverloop

1.1. Holding BV is de besloten vennootschap die bovenaan een groep vennootschappen staat. Holding BV heeft zes dochters, waaronder Schildersbedrijf BV, Autoschade BV en Beheer BV. Voor deze drie dochters heeft Holding BV op 19 mei 1987 een (gezamenlijke) verklaring gedeponeed, zoals bedoeld in art. 2:403 lid 1 sub f BW, een ‘403-verklaring’. In deze 403-verklaring heeft Holding BV zich conform art. 2:403 BW hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de schulden die voortvloeien uit

rechtshandelingen verricht door Schildersbedrijf BV, Autoschade BV en Beheer BV. Door gebruik te maken van deze faciliteit mag Holding BV de gegevens van Schildersbedrijf BV, Autoschade BV en Beheer BV consolideren in haar eigen jaarrekening. De drie dochters hoeven niet ieder jaar een volledige jaarrekening op te stellen. Zij kunnen volstaan met het opstellen van een summier jaarrekening.

1.2. Mevrouw Koks (hierna kortheidshalve 'Koks') is sinds 1974 in dienst van de onderneming, die door de later opgerichte vennootschap Schildersbedrijf BV wordt gedreven, en met ingang van 1 december 1975 is zij in dienst getreden bij Schildersbedrijf BV.

1.3. Op 10 juli 1990 draagt Holding BV haar aandelen in Schildersbedrijf BV over aan E.W.J. Holding BV.

1.4. Op 27 november 2007 heeft Holding BV haar hoofdelijke aansprakelijkheid voor Autoschade BV en Beheer BV ingetrokken. Waarom Holding BV niet tevens de aansprakelijkheid voor Schildersbedrijf BV heeft ingetrokken is niet duidelijk. Het lijkt erop dat Holding BV helemaal niet meer heeft stilgestaan bij de nog steeds doorlopende aansprakelijkheid voor Schildersbedrijf BV omdat Schildersbedrijf BV reeds sinds 1990 niet meer tot de groep behoort.

1.5. Het duurt vervolgens tot medio 2013 voordat Holding BV haar hoofdelijke aansprakelijkheid voor Schildersbedrijf BV intrekt. Op 16 september 2013 deponereert Holding BV een tweeledige verklaring, die op 24 september 2013 door de Kamer van Koophandel wordt geregistreerd. Allereerst maakt Holding BV in deze verklaring kenbaar dat zij haar aansprakelijkheid voor Schildersbedrijf BV, die loopt sinds het deponeren van de 403-verklaring op 19 mei 1987, intrekt. Daarnaast verklaart Holding BV tevens dat zij de overblijvende aansprakelijkheid, ook wel restaansprakelijkheid, wenst in te trekken. De grond die Holding BV aanvoert op basis waarvan zij de bevoegdheid heeft om deze restaansprakelijkheid te beëindigen, is gelegen in het feit dat Schildersbedrijf BV niet meer tot de groep van Holding BV behoort (zie art. 2:404 BW lid 3 sub a j° 2:24b BW). Op 30 oktober verschijnt de mededeling van dit voornemen om de restaansprakelijkheid te beëindigen in een landelijk verspreid dagblad.

1.6. Koks heeft carrière gemaakt binnen Schildersbedrijf BV. Aanvankelijk is Koks in 1974 begonnen als administratief medewerkster bij de onderneming die wordt gedreven door Schildersbedrijf BV en vanaf 1 december 1975 is zij als administratief medewerkster in dienst bij de vennootschap zelf. Vanaf 2004 bekleedt zij de functie van adjunct-directeur van Schildersbedrijf BV. Koks is geen statutair bestuurder. Schildersbedrijf zegt op een gegeven moment het ontslag van Koks aan. Koks is het niet eens met het ontslag en dit mondt uit in een procedure. Op 18 september 2013 heeft de kantonrechter op een verzoek van Schildersbedrijf BV beslist dat zij overweegt de arbeidsovereenkomst tussen Koks en Schildersbedrijf BV te ontbinden, onder toekenning van een ontslagvergoeding aan Koks van € 225.934,11. Schildersbedrijf BV trekt hierop haar verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst in.

1.7. Op 7 november 2013 verzoekt Koks de kantonrechter zelf om haar arbeidsovereenkomst te ontbinden. Dit verzoek wordt toegewezen op 23 december 2013, onder toekenning van een ontslagvergoeding ter hoogte van € 113.000,=.

1.8. Uit vorenstaande volgt dat Koks een vordering heeft op Schildersbedrijf BV van € 113.000,=. Koks heeft er kennelijk geen vertrouwen in dat Schildersbedrijf BV deze vordering zal voldoen. Dat wantrouwen is gegrond gebleken, want Schildersbedrijf BV faillieert op 21 januari 2014. Koks heeft Holding BV dan ook al voordat haar arbeidsovereenkomst was ontbonden aansprakelijk gesteld voor een eventuele ontslagvergoeding op basis van de

door Holding BV gedeponeerde 403-verklaring. Koks is daarbij uitgegaan van het eerder genoemde bedrag van € 225.934,11. In het verlenge van deze aansprakelijkheidsstelling tekent Koks verzet aan tegen het voornemen van Holding BV om de restaansprakelijkheid die voortvloeit uit die 403-verklaring te beëindigen (art. 2:404 lid 5 BW). Het verzetschrift wordt op 15 november 2013 door Koks ingediend bij de Rechtbank Noord-Holland.

1.9. Op 11 februari 2014 geeft Rechtbank Noord-Holland een beschikking af (C/15/208622/HA RK 13-105), waarin de Rechtbank Noord-Holland aangeeft dat de ontslagvergoeding van Koks een vordering is die valt onder het bereik van de eerder door Holding BV afgegeven 403-verklaring. Het verzet van Koks tegen het beëindigen van de restaansprakelijkheden op basis van de 403-verklaring is in beginsel gegrond. Holding BV mag de restaansprakelijkheid beëindigen als er geen gegrond verzet is. Daarom bepaalt de Rechtbank Noord-Holland dat Koks' verzet ongegrond is wanneer Holding BV uiterlijk op 11 maart 2014 ten behoeve van Koks zekerheid heeft gesteld voor de vordering van € 113.000,= en wel in de vorm van een bankgarantie.

1.10. Schildersbedrijf BV stelt beroep in tegen deze beschikking bij de Ondernemingskamer. Een van de verweren van Schildersbedrijf BV ziet op de reikwijdte van de aansprakelijkheid die is gebaseerd op een 403-verklaring. Schildersbedrijf BV voert onder meer aan dat de schuld uit hoofde van de vergoeding die wordt toegekend omdat de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, geen schuld is die valt onder het bereik van de 403-verklaring omdat de arbeidsovereenkomst is aangegaan voor het deponeren van de 403-verklaring. Daarnaast zou er nog een reden zijn waarom deze schuld niet onder het bereik van de 403-verklaring zou vallen. De ontbindingsvergoeding is vastgesteld door de kantonrechter, en zou daarmee geen schuld zijn die voortvloeit uit een door Schildersbedrijf BV aangegane rechtshandeling, aldus Schildersbedrijf BV.

1.11. Schildersbedrijf BV voert verder aan dat het honoreren van een beroep op de 403-verklaring in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Schildersbedrijf BV behoorde al sinds 1990 niet meer tot de groep van Holding BV. Daarbij wist Koks dat Schildersbedrijf BV al lang niet meer tot de groep van Holding BV behoorde, aangezien zij directeur was bij Schildersbedrijf BV. Zij wist dat het om een zogenaamde 'vergeten 403-verklaring' ging.

1.12. Al met al is deze constellatie van feiten goed voor een situatie die de partijen, en de OK, langs meerdere vraagstukken rondom de 403-verklaring leidt.

2. Aansprakelijkheid voor schulden die voortvloeien uit reeds bestaande rechtsverhoudingen; temporele reikwijdte

2.1. De arbeidsovereenkomst met Koks en Schildersbedrijf BV kwam tot stand op 1 december 1975. Bij het aangaan van deze overeenkomst had Holding BV de 403-verklaring waarin Holding BV zich aansprakelijk verklaarde voor de uit rechtshandelingen van Schildersbedrijf BV voortvloeiende schulden nog niet gedeponeerd.

2.2. In de literatuur en de rechtspraak heeft lang onduidelijkheid bestaan over de vraag of een 403-verklaring ook ziet op schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die reeds voor het deponeren van de 403-verklaring door de vrijgestelde dochter zijn verricht. Dit betreft de discussie omtrent de temporele reikwijdte van de 403-verklaring. De hoofdvraag is of ook bestaande schuldeisers van een vennootschap (die wordt vrijgesteld om haar volledige jaarrekening te publiceren) bescherming genieten.

2.3. In dat kader is opgeworpen dat bestaande schuldeisers zomaar een voordeel in de schoot geworpen zouden krijgen wanneer zij een beroep zouden kunnen doen op een 403-verklaring voor de nakoming van een verbintenis die zij reeds zijn

aangegaan, en die ten tijde van het aangaan van die verbintenis niet werd gedekt door een 403-verklaring. Uiteraard worden ook bestaande schuldeisers benadeeld wanneer de wederpartij uit hoofde van de vrijstelling geen volledig inzicht meer hoeft te geven in haar financiële positie. De compensatiegedachte achter art. 2:403 BW voor het gebrek aan inzicht geldt evengoed voor bestaande schuldeisers. Ook zij zien zich geconfronteerd met een schuldenaar van wie zij slechts een beperkt inzicht hebben in de financiële conditie. Dat de vrijstelling zou worden toegepast, en de inzichtmogelijkheden zouden worden beperkt, konden zij waarschijnlijk niet voorzien toen zij een verbintenis aangingen met die betreffende wederpartij. Aangezien het ook van belang is dat een schuldeiser gedurende de looptijd van een verbintenisrechtelijke relatie de mogelijkheid heeft om een vinger aan de financiële pols te kunnen houden, heeft een schuldeiser die wordt geconfronteerd met een gebrek aan de mogelijkheid daartoe, recht op compensatie daarvoor.

2.4. De OK neemt in deze beschikking dan ook de ruime temporele reikwijdte als uitgangspunt, en geeft aan dat een 403-verklaring ook ziet op schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die reeds waren aangegaan toen de 403-verklaring werd gedeponereerd. Volgens de OK vloeit dit voort uit een "op de praktijk van het handelsverkeer toegesneden wetstoepassing". Nadere onderbouwing op dit punt ontbreekt. De praktijk van het handelsverkeer even daargelaten, feit is dat de huidige nationale wetgeving, alsook het communautaire recht, geen aanwijzingen bevatten op basis waarvan kan worden aangenomen dat een standaard 403-verklaring (dus zonder dat daarin beperkingen zijn opgenomen) temporele beperkingen kent.

2.5. Het feit dat een 403-verklaring wordt ingetrokken doet niet af aan het voortbestaan van aansprakelijkheid voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die voor de intrekking hebben plaatsgevonden. Daarover bestaat geen twijfel. Om van die aansprakelijkheid af te komen moet naast intrekking een aanvullende handeling worden verricht, namelijk de beëindiging van de restaansprakelijkheid, of zoals art. 2:404 lid 3 BW dit noemt: de "overblijvende aansprakelijkheid". Intrekking sec raakt de overblijvende aansprakelijkheid niet.

2.6. Er bestaat discussie over de vraag of een schuld die voortvloeit uit een rechtshandeling die plaatsvond voordat de 403-verklaring werd gedeponereerd na de intrekking daarvan valt onder de overblijvende aansprakelijkheid. Voor de beantwoording van die vraag gaat naar mijn idee dezelfde redenering op als voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die zijn aangegaan na het deponeren van de 403-verklaring. Betoogd kan worden dat niet alleen een schuldeiser die bij het aangaan van de rechtshandeling heeft vertrouwd op een 403-verklaring dient te worden beschermd, maar dat ook een schuldeiser die na het aangaan van een rechtshandeling wordt geconfronteerd met een gebrek aan inzicht in de financiële situatie van de rechtspersoon daarvoor dient te worden gecompenseerd. Een veelgehoord argument is dat een contractspartij uitsluitend bij het aangaan van de rechtshandeling vertrouwen kan ontlenen aan een 403-verklaring en op basis daarvan besluit om de rechtshandeling wel of niet aan te gaan. Voor bestaande schuldeisers geldt dat niet. Daarmee is de vraag, of een schuldeiser die gedurende een contractuele relatie wordt geconfronteerd met het feit dat hij geen inzicht meer heeft in de financiële gegevens van zijn wederpartij ook niet gecompenseerd zou moeten worden, nog niet beantwoord. Deze schuldeiser wist bij het aangaan van de rechtshandeling niet eens van het gebrek aan inzicht, en wordt daar ongewild en onvoorzien mee geconfronteerd. Een dergelijke schuldeiser kan na een bepaald tijdsverloop, waarin hij geen inzicht heeft gehad in de financiële situatie van zijn schuldenaar,

en na het intrekken van de 403-verklaring, worden geconfronteerd met een schuldenaar die bijna bankroet is. Als de vordering van deze schuldenaar niet onder de restaansprakelijkheid zou vallen, wordt hij verrast met een paar lege handen.

2.7. De regelgeving geeft geen aanleiding om ervan uit te gaan dat van een beperking als hiervoor omschreven sprake is. De moedervennootschap dient zich aansprakelijk te stellen voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen van de vrijgestelde dochter, niet slechts voor rechtshandelingen die in de toekomst zullen worden aangegaan. Zo beredeneert de OK ook in rechtsoverweging 3.5 van onderhavige uitspraak. Wanneer de moedervennootschap dan heeft besloten om zich ongeclausuleerd aansprakelijk te verklaren voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen – in algemene zin – en een ongeclausuleerde 403-verklaring deponeert, dan is de van tevoren te overziene consequentie dat die schulden na intrekking van de 403-verklaring ook onder de overblijvende aansprakelijkheid zullen vallen.

2.8. De vraag of de temporele reikwijdte van een 403-verklaring door middel van haar formulering kan worden beperkt, is omstreden. De OK geeft in onderhavige uitspraak aan dat inperking is toegestaan. Dat dit kan, staat inderdaad vast, maar niet is duidelijk wat de gevolgen daarvan zijn. Een beperking in een aansprakelijkheidsverklaring heeft verbintenisrechtelijk zeker haar werking, aangezien een schuldeiser haar aanspraak moet baseren op de 403-verklaring zoals die is opgesteld (en dus niet op de wet, art. 2:403 BW). Maar wanneer een 403-verklaring wordt gedeponereerd met een temporele beperking, is niet gezegd dat de moedervennootschap een geldige verklaring heeft afgelegd die voldoet aan de maatstaven die art. 2:403 lid 1 sub f BW daaraan stelt.

3. Aansprakelijkheid voor een door de rechter vastgestelde ontslagvergoeding; materiële reikwijdte

3.1. Een ander verweer dat wordt aangevoerd door Holding BV is dat de schuld van Schildersbedrijf BV uit hoofde van de door de kantonrechter toegewezen ontbindingsvergoeding op verzoek van Koks zelf niet onder de schulden valt zoals bedoeld in de 403-verklaring. De 403-verklaring is namelijk afgegeven voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen verricht door Schildersbedrijf BV, voor andere schulden heeft Holding BV zich op basis van de 403-verklaring niet aansprakelijk verklaard. Dit verweer is een verweer dat ziet op de materiële reikwijdte van de 403-verklaring.

3.2. De OK maakt korte metten met dit verweer en stelt dat buiten kijf staat dat ook een ontbindingsvergoeding een schuld is die voortvloeit uit de arbeidsrelatie, een verbintenis van Schildersbedrijf BV waarvoor Holding BV zich aansprakelijk heeft verklaard. Dat een ontbindingsvergoeding het gevolg is van de ontbinding van de arbeidsrelatie is evident. Het feit dat de ontbinding door een van de partijen is verzocht, in dit geval Koks, maakt dat uiteraard niet anders. Het creatief gevonden criterium van schuld, in de zin van verwijtbaarheid, is niet relevant en kon Holding BV dan ook niet baten.

4. De 403-verklaring en de redelijkheid en billijkheid

4.1. Wanneer alle juridisch technische verweren de revue zijn gepasseerd, komt tot slot de redelijkheid en billijkheid als laatste verweer aan bod. Koks raakte pas van het bestaan van de 403-verklaring op de hoogte toen deze in september 2013 werd ingetrokken. Verder wist Koks als geen ander dat Holding BV al sinds juli 1990 niets meer van doen had met Schildersbedrijf BV. Slechts om de simpele reden dat Holding BV de 403-verklaring was vergeten in te trekken, worden de verhaalsmogelijkheden van Koks uitgebreid tot het hele vermogen van Holding BV. Hoewel

het voor een werknemer erg vervelend is om geconfronteerd te worden met een failliete werkgever, is het los daarvan de vraag of het redelijk en billijk kan worden geacht dat een geheel andere vennootschap, die al sinds 1990 losstaat van de failliete werkgever, aansprakelijk kan worden gehouden.

4.2. De OK neemt als uitgangspunt dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid op grond van art. 6:2 lid 2 BW slechts in uitzonderlijke gevallen dient te worden gehonoreerd. Niet altijd is de uitkomst van een afweging van de redelijkheid en billijkheid arbitrair, maar in deze kwestie lijkt het mij niet zonder meer een uitgemaakte zaak. De uitkomst van de onderhavige uitspraak van de OK appelleert in ieder geval aan het rechtsgevoel. Koks heeft nooit weet gehad van de 403-verklaring, totdat deze werd ingetrokken. Koks had, gezien haar positie binnen Schildersbedrijf BV, kunnen weten dat Holding BV niet meer tot de groep behoorde waar zij werkzaam was. En overduidelijk is dat de 403-verklaring niet was ingetrokken omdat dit was vergeten, en met geen enkel ander doel. De belangrijkste gronden voor de OK om niet mee te gaan met het redelijkheids- en billijkheidsverweer van Holding BV lijken te zijn dat Koks heeft aangevoerd niet van de ontvlechting op de hoogte te zijn geweest, en dat de OK Koks daarin volgt. Verder leidt de lange relatie tussen Koks en Schildersbedrijf BV ertoe dat Holding BV geen beroep kan doen op de redelijkheid en billijkheid. Beide punten overtuigen naar mijn mening niet. En wanneer wordt gekeken naar een uitgebreide beschouwing inzake de werking van de redelijkheid en billijkheid ten aanzien van vergeten 403-verklaringen (A.G.S. Nass, 'De vergeten 403-verklaring en de redelijkheid en billijkheid', *Ondernemingsrecht* 2013/95), had deze zaak wellicht tot een andere uitkomst moeten leiden.

5. Conclusie

5.1. De 403-verklaring en haar uitwerking blijkt nog steeds een stekeligheid voor de praktijk. De vraagstukken rondom de reikwijdte lijken beslist. Of toch niet? Het lijkt erop dat de OK zijdelings de deur op een kier zet voor 'customized 403-verklaringen' waarin de temporele reikwijdte kan worden ingeperkt.

5.2. De werking van een 'vergeten 403-verklaring' dient volgens de onderhavige beslissing van de OK strikt formeel te worden benaderd. Eerder ontwikkelde jurisprudentie omtrent de correctie van de redelijkheid en billijkheid ten spijt.

5.3. Uit de twee voornoemde punten blijkt dat verschillende vraagstukken rondom de 403-verklaring nog niet zijn uitgekristalliseerd. Juridisch interessante vraagstukken naar mijn idee. De praktijk dient in ieder geval de lering te trekken dat uiterst zorgvuldig met uitstaande 403-verklaringen dient te worden omgesprongen. Een ontsnapping op basis van de redelijkheid en billijkheid blijkt bijzonder moeilijk, welhaast onmogelijk. Minder in het oog springend is de vraag of op basis van onderhavige uitspraak kan worden geconcludeerd dat het is toegestaan om temporele beperkingen op te nemen in een 403-verklaring. Ik waag dat te betwijfelen. Door de verbintenisrechtelijke werking van de 403-verklaring wordt de omvang van de aansprakelijkheid van de moedervennootschap zonder meer ingeperkt wanneer een temporele beperking wordt opgenomen. De vraag is dan vervolgens wel hoe comfortabel het bestuur van de dochter zich voelt bij het niet-opstellen en publiceren van een volledige jaarrekening wanneer (later zou blijken dat) geen geldige 403-verklaring is afgegeven en er dus ten onrechte geen volledige jaarstukken zijn opgemaakt en gedeponneerd.

J. van der Kraan
Banning N.V.

173

Hof 's-Hertogenbosch
19 augustus 2014, nr. HD 200.113.112_01
ECLI:NL:GHSHE:2014:2810
(mr. Vriezen, mr. Frakes, mr. Ackermans)
Noot F. Oostlander

Aansprakelijkheid bestuurder. Voldoende ernstig persoonlijk verwijt.

De vordering op grond van art. 2:9 BW wordt afgewezen omdat in casu de bestuurder geen ernstig verwijt valt te maken.

[BW art. 2:9]

Voor zover de vorderingen gegrond zijn op art. 2:9 BW stelt het hof voorop dat elke bestuurder van een rechtspersoon krachtens dat artikel tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke taakvervulling. Dit impliceert dat slechts de rechtspersoon, in casu Ergon, een op dit artikel gebaseerde vordering kan instellen tegen de (gewezen) bestuurder, in casu [geïntimeerde 1]. Voor zover Ergon en [appellante 2] hun vordering op [geïntimeerde 2], en [appellante 2] haar vordering op [geïntimeerde 1] baseren op voormeld artikel kan zulks daarom niet tot het door hen beoogde resultaat leiden. Een bestuurder heeft zijn taak niet behoorlijk vervuld in de zin van voornoemde wetsbepaling indien geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden op dezelfde wijze gehandeld zou hebben. Er moet sprake zijn van een ernstig verwijt aan de bestuurder en bij de beoordeling of sprake is van een ernstig verwijt dienen alle omstandigheden van het geval betrokken te worden. Vaststaat dat [geïntimeerde 1] nimmer bij de feitelijke handel binnen Ergon betrokken is geweest en dat zij, voor het overlijden van de vader, slechts op diens verzoek financiële stukken met betrekking tot Ergon tekende. De omzet van Ergon betrof in de twee jaren voorafgaande aan dat overlijden slechts bedragen van ongeveer € 15.000,- en € 2300,-. Verder heeft Ergon, mede in het licht van de onder 4.2.1. weergegeven vaststelling van de voorzieningenrechter in het vonnis van 7 juni 2011, niet gemotiveerd weersproken dat verkocht is een partij leer (al dan niet gemengd met plastic en kunstleer) die al enige jaren onder slechte omstandigheden was opgeslagen in een (deel van een) loods die Ergon huurde van [Transport] Transport BV te [plaats]. Ook niet gemotiveerd weersproken is de e-mail van de koper ([vertegenwoordiger Doubletex] van Doubletex Leathers Ltd.) van 15 mei 2011 (productie 5.1 bij memorie van antwoord) voor zover deze inhoudt dat het bij de verkochte partij leer ging om "Stock lots of mixed leather [zijnde] a special expertise where value can only be achieved by identifying the right customer for each type of mix". Ten slotte is evenmin gemotiveerd weersproken dat de huur van de loods in [plaats] € 585,- per maand (exclusief BTW) bedroeg, dat Ergon ten tijde van het overlijden van de vader drie maanden huurachterstand had, en dat Ergon geen middelen had om die huur te (blijven) betalen. Ergon stelt weliswaar dat zij over voldoende middelen beschikte doch onderbouwt dit niet. Dat [appellante 2] in staat zou zijn geweest de huur te betalen (zoals Ergon en [appellante 2] onder verwijzing naar een bankrekeningafschrift van [appellante 2] stellen) doet in dit verband niet ter zake. Gesteld noch gebleken is immers dat [appellante 2] heeft aangeboden de huur voor Ergon te voldoen. Het hof stelt voorts vast dat Ergon ten tijde van de verkoop van de voorraad één bestuurder had ([geïntimeerde 1]) en twee leden, [appellante 2] en [broer geïntimeerde 2]. [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] stellen zich op het standpunt dat zij in overleg met [appellante 2] en Ergon (naar het hof begrijpt: in de persoon van

[broer geïntimeerde 2], die sinds 30 maart 2011 enig bestuurder van Ergon is, terwijl een andere bestuurder van Ergon gesteld noch gebleken is) heeft besloten tot snelle verkoop van het leer. [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] verwijzen naar de handgeschreven notitie van [geïntimeerde 1] (productie 6, eerste bladzijde, bij conclusie van antwoord) waaruit zou blijken dat het besluit tot snelle verkoop is genomen tijdens een bespreking tussen [appellante 2], [geïntimeerde 1] en [broer geïntimeerde 2] op 20 december 2010. Het hof gaat ervan uit dat [geïntimeerde 1] als bestuurder van Ergon in overleg met de leden van Ergon heeft gehandeld bij de verkoop van de leervoorraad.

Door onder alle in de vorige twee rechtsoverwegingen weergegeven omstandigheden ervan uit te gaan dat de partij leer eigendom van Ergon was en deze zo snel mogelijk te verkopen zonder onderzoek te doen naar de waarde ervan, kan naar het oordeel van het hof niet gezegd worden dat [geïntimeerde 1] een ernstig verwijt valt te maken en dat geen redelijk denkend bestuurder onder die omstandigheden op dezelfde wijze zou hebben gehandeld. De vordering is op deze grond derhalve niet toewijsbaar.

1 Ergon Projecten U.A., gevestigd te [vestigingsplaats]

2. [appellante 2], wonende te [vestigingsplaats], appellanten,

advocaat: mr. A. Smeekes te Tilburg,

tegen

1 [geïntimeerde 1], wonende te [woonplaats 2],

2. [geïntimeerde 2], wonende te [woonplaats 2], geïntimeerden,

advocaat: mr. D.P.M.G. van den Boom te Tilburg,

op het bij exploit van dagvaarding van 9 augustus 2012 ingeleide hoger beroep van het door de rechtbank Breda gewezen vonnis van 23 mei 2012 tussen appellanten – Ergon en [appellante 2] – als eiseressen en geïntimeerden – [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] – als gedaagden.

Hof:

1 *Het geding in eerste aanleg (zaaknr. 235281/HA ZA 11-868)*

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

2 *Het geding in hoger beroep*

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep;
- de memorie van grieven met producties, tevens akte houdende eiswijziging;
- de memorie van antwoord met producties;
- het pleidooi, waarbij partijen pleitnotities hebben overgelegd;
- de bij brief van 6 september 2013 door mr. A. Smeekes toegezonden producties, die hij bij het pleidooi, na door het hof afgevoerd bezwaar van [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2], bij akte in het geding heeft gebracht

Vervolgens is arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

3 *De gronden van het hoger beroep*

Voor de tekst van de grieven wordt verwezen naar de memorie van grieven.

4 *De beoordeling*

4.1. In r.o. 3.1. heeft de rechtbank vastgesteld van welke feiten in dit geschil wordt uitgegaan. Met grief 1 wordt deze vaststelling deels bestreden. Het hof zal een nieuw overzicht geven van de onbetwiste feiten die in hoger beroep het uitgangspunt vor-

men. Voor zover de grief erover klaagt dat de rechter niet alle, door Ergon en [appellante 2] van belang geachte, feiten heeft vastgesteld, heeft te gelden dat het aan de rechter is die feiten, die hij voor de beoordeling van het geschil van belang acht, weer te geven.

4.2. Het gaat in deze zaak om het volgende.

a. a) Op 6 december 2010 is overleden [vader geïntimeerde 1] (hierna te noemen: de vader), echtgenoot van [appellante 2], vader van [geïntimeerde 1] en [broer geïntimeerde 2] (hierna te noemen: [broer geïntimeerde 2]) en schoonvader van [geïntimeerde 2]. [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] zijn met elkaar in algehele gemeenschap van goederen gehuwd.

b) [appellante 2], [geïntimeerde 1] en [broer geïntimeerde 2] zijn de erfgenamen van de vader. Ingevolge de wettelijke verdeling heeft [appellante 2] van rechtswege alle goederen der nalatenschap verkregen en is zij verplicht de schulden van de nalatenschap te voldoen.

c) Ergon is een blijkens de akte van oprichting (productie 1.1. bij conclusie van antwoord) door de vader, [broer geïntimeerde 2] en [geïntimeerde 1] in 1996 opgerichte coöperatieve vereniging. Volgens artikel 2 van de statuten van Ergon heeft de coöperatie ten doel “in de materiële behoeften van haar leden te voorzien door middel van revenuen verkregen op het gebied van ontwikkeling, ontwerpen en in- en verkoop van ergonomisch meubilair ten behoeve van de gezondheidszorg en de utiliteitsbouw en de belangen van haar leden te behartigen door hen werk en inkomen te verschaffen en te laten delen in de resultaten van het bedrijf, alsmede de kennis die de leden dienaangaande hebben (...) ter beschikking te stellen van de leden, een en ander door in het kader van haar onderneming overeenkomsten, (...) met haar leden en niet-leden te sluiten, een en ander in de ruimste zin des woords.”

d) Ten tijde van het overlijden van de vader was [geïntimeerde 1] enig bestuurder van Ergon. [broer geïntimeerde 2] was op dat moment lid van Ergon. [appellante 2] erfde het lidmaatschap van Ergon van de vader. Sinds 30 maart 2011 is [broer geïntimeerde 2] enig bestuurder van Ergon. [geïntimeerde 1] heeft per 14 april 2011 haar lidmaatschap van Ergon opgezegd.

e) Feitelijk handelde de vader via Ergon in leer. De omzet in leer van Ergon bedroeg in 2008 en 2009 respectievelijk ongeveer € 15.000,- en € 2300,-. Blijkens de aangifte voor de Vennootschapsbelasting over 2010 bedroeg de waarde van de voorraad van Ergon

€ 10.416,-. [geïntimeerde 1] was tot het overlijden van de vader niet bij de feitelijke werkzaamheden binnen Ergon betrokken. Evenmin was zij van die activiteiten op de hoogte. Zij tekende op verzoek van de vader wel regelmatig financiële stukken van Ergon.

f) De vader handelde niet alleen via Ergon maar ook op eigen naam. Hij deed dat voor eigen rekening, maar ook op provisiebasis, waarbij hij hem in consignatie gegeven leer verkocht.

g) De statuten van Ergon houden onder meer het volgende in:

(...)

Artikel 3

Leden van de coöperatie zijn:

a. de oprichters;

b. (...)

c. zij op wie het lidmaatschap is overgegaan krachtens erfrecht (...)

(...)

BESTUUR

Artikel 8

1. Het bestuur (...) bestaat uit tenminste twee personen, welke gekozen worden uit de leden (...)

2. Het bestuur alsook twee gezamenlijk handelende bestuursle-

den vertegenwoordigen de coöperatie, indien slechts één bestuurslid in functie is, vertegenwoordigt dit bestuurslid desalniettemin de coöperatie.

(...)

LEDENVERGADERINGEN

Artikel 10

1. Jaarlijks binnen zes maanden na afloop van het verenigingsjaar (...) zal een ledenvergadering worden gehouden, waarin door het bestuur verslag wordt uitgebracht over het (...) bestuur. (...)

6. Aan de ledenvergadering komen alle bevoegdheden toe, die niet door de wet of de statuten aan andere organen zijn opgedragen. (...)"

h) Ledenvergaderingen van Ergon hebben voor het overlijden van de vader nimmer plaats gevonden.

i. i) [geïntimeerde 1] heeft in samenwerking met [geïntimeerde 2] op 24 december 2010 namens Ergon aan Doubletex Leathers Ltd in [plaats(UK)] een partij (kunst)leer van ruim 50.000 kilogram en van uiteenlopende kwaliteit, die tegen een huurprijs van € 585,- per maand (exclusief BTW) opgeslagen lag bij [Transport] Transport BV in [plaats], verkocht voor € 14.900,-. Deze partij behoorde toe aan Ergon en/of de vader en/of derden en was niet verzekerd.

j) Van de onder i) genoemde opbrengst is € 7000,- op 31 december 2010 gestort op een en/of rekening van [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] bij de ING. Het restant ad € 7900,- is op 30 december 2010 betaald op een privérekening van [geïntimeerde 2] bij een bank op Jersey.

k) Ten tijde van het overlijden van de vader had Ergon een achterstand van drie maanden in de huurbetalingen voor de loods in [plaats].

l) Ergon en [appellante 2] hebben op 2 mei 2011 conservatoir beslag gelegd op de woning van [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2]. Bij vonnis in kort geding van 7 juni 2011 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Breda het beslag opgeheven. In het vonnis werd onder meer overwogen:

"(...) Eisers [[geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2]] hebben hun stelling dat (...) [geïntimeerde 1] de voorraad leer zo snel mogelijk en tegen een zo optimaal mogelijke prijs heeft verkocht, voldoende onderbouwd (...)

De heer [directeur Transport] van [Transport] Transport BV verklaart dat het grootste deel van de partij leer (ongeveer 75 tot 80%) in de tweede helft van de jaren negentig is opgeslagen en dat in dezelfde ruimte in de avond en nacht twee vrachtauto's stonden geparkeerd (...). De heer [getuige] verklaart dat (i) hij de betreffende voorraad leer meerdere malen heeft gezien, (ii) dat deze voorraad voor een groot deel incurante goederen betrof, (iii) dat het leer veel geleden heeft vanwege slechte opslagomstandigheden gedurende meer dan 10 jaar (iv) dat een bod van € 250.000,- complete onzin zou zijn en (v) dat hij een bod in de orde van grootte van € 13.000,- tot € 17.000,- zou hebben gedaan (...).

Uit de jaarrekening van Ergon over het boekjaar 2009 (...) blijkt dat de voorraad voor € 4000,- op de balans staat. Uit de verklaring van (...) belastingadviseur, (...) blijkt dat de boekwaarde van de voorraad leer per ultimo 2009 € 2540,- bedraagt.

(...) Vaststaat dat het overgrote deel van de voorraad gedurende jaren is opgeslagen onder een ongunstige conditie en dat [de vader] hiervoor geen koper heeft kunnen vinden. Uit niets blijkt dat het bod dat op 20 januari 2011 door [potentiële koper] is uitgebracht (...) [geïntimeerde 1] (tijdig) heeft bereikt. (...)"

4.3. Ergon en [appellante 2] hebben [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] gedagvaard voor de rechtbank en, na wijziging van de eis, kort gezegd, gevorderd een vijftal verklaringen voor recht dat [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] jegens Ergon en/

of [appellante 2] toerekenbaar tekort zijn gekomen dan wel onrechtmatig hebben gehandeld, dat zij hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de daardoor door Ergon en [appellante 2] geleden schade, welke in een schadestaatprocedure dient te worden vastgesteld en dat zij Ergon en [appellante 2] dienen te vrijwaren voor vorderingen van derden die uit hun handelen voortvloeien. Ergon en [appellante 2] baseren hun vorderingen op de artikelen 2:9 BW en 6:162 BW. Zij stellen zich op het standpunt dat [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] de hiervoor genoemde voorraad leer hebben verkocht en geleverd aan een derde zonder behoorlijk onderzoek te doen naar de waarde en de eigendom van de betreffende (delen van die) voorraad, die deels aan Ergon of de vader toebehoorde(n) en deels door derden in consignatie was gegeven. Tevens hebben [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] de verkoopopbrengst op hun privérekeningen doen storten en deze niet afgedragen aan Ergon en/of [appellante 2].

4.3.1. Na door [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] gevoerd verweer heeft de rechtbank de vorderingen bij het vonnis waarvan beroep afgewezen. De rechtbank overwoog daartoe, kort samengevat, dat Ergon en [appellante 2] onvoldoende onderbouwd hadden dat en tot welke hoogte zij schade hadden geleden door het gewraakte handelen van [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2].

4.4. Ergon en [appellante 2] zijn tijdig tegen het vonnis van de rechtbank in beroep gekomen en hebben daartegen zeven grieven aangevoerd. Zij hebben wederom hun eis gewijzigd en vorderen thans, naast de in eerste aanleg gevorderde a) verklaringen voor recht en verwijzing naar de schadestaatprocedure, ook hoofdelijke veroordeling van [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] tot betaling van b) € 14.900,-, zijnde de opbrengst van de verkochte partij leer en c) € 4247,70, zijnde een door [geïntimeerde 1] naar hun stellingen ten onrechte ten laste van Ergon op 8 april 2011 aan derden betaald bedrag. Tevens vorderen Ergon en [appellante 2] terugbetaling van hetgeen zij uit hoofde van het vonnis waarvan beroep aan [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] hebben betaald ter zake van proceskosten, zijnde een bedrag van € 7414,-.

4.5. Blijkens de toelichting op de grieven 2 en 3 betogen Ergon en [appellante 2] dat de rechtbank ten onrechte (slechts) als grondslag van de vorderingen heeft besproken het gestelde onrechtmatig handelen door [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] wegens verkoop van de partij leer voor een, kort gezegd, te laag bedrag. Het gaat er volgens Ergon en [appellante 2] om dat Schuchman tekort is geschoten in de nakoming van haar verbintenissen op grond van artikel 2:9 BW en dat [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] onrechtmatig hebben gehandeld door, zonder behoorlijk onderzoek te doen naar waarde en eigendomsrechten ervan, de partij leer te verkopen. Het leer was mogelijk veel meer waard en moest, in geval van consignatie, aan de rechtshabbers worden teruggegeven, aldus Ergon en [appellante 2].

4.5.1. Voor zover de vorderingen gegrond zijn op artikel 2:9 BW stelt het hof voorop dat elke bestuurder van een rechtspersoon krachtens dat artikel tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke taakvervulling. Dit impliceert dat slechts de rechtspersoon, in casu Ergon, een op dit artikel gebaseerde vordering kan instellen tegen de (gewezen) bestuurder, in casu [geïntimeerde 1]. Voor zover Ergon en [appellante 2] hun vordering op [geïntimeerde 2], en [appellante 2] haar vordering op [geïntimeerde 1] baseren op voormeld artikel kan zulks daarom niet tot het door hen beoogde resultaat leiden.

4.5.2. Een bestuurder heeft zijn taak niet behoorlijk vervuld in de zin van voornoemde wetsbepaling indien geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden op dezelfde

wijze gehandeld zou hebben. Er moet sprake zijn van een ernstig verwijt aan de bestuurder en bij de beoordeling of sprake is van een ernstig verwijt dienen alle omstandigheden van het geval betrokken te worden.

4.5.3. Vast staat dat [geïntimeerde 1] nimmer bij de feitelijke handel binnen Ergon betrokken is geweest en dat zij, voor het overlijden van de vader, slechts op diens verzoek financiële stukken met betrekking tot Ergon tekende. De omzet van Ergon betrof in de twee jaren voorafgaande aan dat overlijden slechts bedragen van ongeveer € 15.000,- en € 2300,-. Verder heeft Ergon, mede in het licht van de onder 4.2.1. weergegeven vaststelling van de voorzieningenrechter in het vonnis van 7 juni 2011, niet gemotiveerd weersproken dat verkocht is een partij leer (al dan niet gemengd met plastic en kunstleer) die al enige jaren onder slechte omstandigheden was opgeslagen in een (deel van een) loods die Ergon huurde van [Transport] Transport BV te [plaats]. Ook niet gemotiveerd weersproken is de e-mail van de koper ([vertegenwoordiger Doubletex] van Doubletex Leathers Ltd.) van 15 mei 2011 (productie 5.1 bij memorie van antwoord) voor zover deze inhoudt dat het bij de verkochte partij leer ging om “Stock lots of mixed leather [zijnde] a special expertise where value can only be achieved by identifying the right customer for each type of mix”. Ten slotte is evenmin gemotiveerd weersproken dat de huur van de loods in [plaats] € 585,- per maand (exclusief BTW) bedroeg, dat Ergon ten tijde van het overlijden van de vader drie maanden huurachterstand had, en dat Ergon geen middelen had om die huur te (blijven) betalen. Ergon stelt weliswaar dat zij over voldoende middelen beschikte doch onderbouwt dit niet. Dat [appellante 2] in staat zou zijn geweest de huur te betalen (zoals Ergon en [appellante 2] onder verwijzing naar een bankrekeningafschrift van [appellante 2] stellen) doet in dit verband niet ter zake. Gesteld noch gebleken is immers dat [appellante 2] heeft aangeboden de huur voor Ergon te voldoen.

4.5.4. Het hof stelt voorts vast dat Ergon ten tijde van de verkoop van de voorraad één bestuurder had ([geïntimeerde 1]) en twee leden, [appellante 2] en [broer geïntimeerde 2]. [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] stellen zich op het standpunt dat zij in overleg met [appellante 2] en Ergon (naar het hof begrijpt: in de persoon van [broer geïntimeerde 2], die sinds 30 maart 2011 enig bestuurder van Ergon is, terwijl een andere bestuurder van Ergon gesteld noch gebleken is) heeft besloten tot snelle verkoop van het leer. [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] verwijzen naar de handgeschreven notitie van [geïntimeerde 1] (productie 6, eerste bladzijde, bij conclusie van antwoord) waaruit zou blijken dat het besluit tot snelle verkoop is genomen tijdens een bespreking tussen [appellante 2], [geïntimeerde 1] en [broer geïntimeerde 2] op 20 december 2010.

Ergon en [appellante 2] betwisten weliswaar dat een dergelijk besluit toen genomen is, maar zij betwisten niet gemotiveerd dat op voormelde datum een bespreking tussen genoemde personen heeft plaatsgevonden.

Evenmin betwisten Ergon en [appellante 2] voldoende gemotiveerd het standpunt van [geïntimeerde 1] dat [appellante 2] [geïntimeerde 1] op een potentiële koper heeft gewezen. Dit laatste blijkt ook uit een e-mail van de koper van de voorraad van 16 mei 2011 (productie 5.1 bij memorie van antwoord) aan [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2]. Deze e-mail houdt voor zover thans van belang in:

“I called [de vader] I think the 20th December 2010. [[appellante 2]] picked up and told me that [de vader] died. I later asked her if he left any stock, and she told me that there was some stock. She had no idea what, but I should speak to her daughter (...)”

Voorts houdt een brief van [X.] aan [appellante 2] d.d. 25 mei

2011 (productie 5.2 bij memorie van antwoord) op dit punt het volgende in:

“Ds [Dominee] en ik hebben bij jou thuis op (...) 16 mei jl naast jou ook je kinderen, [geïntimeerde 1] en [broer geïntimeerde 2] aangespoord om (...) elkaar de hand toe te reiken.

(...)

Vervolgens geeft je dochter aan, tijdens ons overleg, dat zij in zeer goed overleg en op jouw aandringen, de voorraad leer snel heeft weten te verkopen, terwijl jij dat nu plotseling ontkent. Toen zij je vroeg om met je hand op de (...) Bijbel (...) te verklaren, dat je nooit aan haar de opdracht hebt gegeven tot verkoop van de voorraad, zoals je nu beweert, zweefde je hand 3 keer over de Bijbel. Het strekt je tot eer dat je je hand niet op de Bijbel legde (...)”

Ten slotte houdt een e-mail van [appellante 2] van 14 december 2010 (gesteld boven een Kerst- en Nieuwjaarswens van “Leder [Y.] -Team” die doorgezonden is aan [geïntimeerde 2]) onder meer in “Misschien ook een interessant adres voor de partij leider”.

Op deze producties zijn Ergon en [appellante 2] tijdens het pleidooi in hoger beroep niet ingegaan. Evenmin hebben zij aangegeven wat volgens hen de inhoud van de bespreking van 20 december 2010 is geweest.

Het hof zal om die reden uitgaan van de juistheid van de hiervoor weergegeven inhoud van genoemde producties. Dit impliceert dat [geïntimeerde 1] als bestuurder van Ergon in overleg met de leden van Ergon heeft gehandeld bij de verkoop van de leervoorraad.

4.5.5. Door onder alle in de vorige twee rechtsoverwegingen weergegeven omstandigheden ervan uit te gaan dat de partij leer eigendom van Ergon was en deze zo snel mogelijk te verkopen zonder onderzoek te doen naar de waarde ervan, kan naar het oordeel van het hof niet gezegd worden dat [geïntimeerde 1] een ernstig verwijt valt te maken en dat geen redelijk denkend bestuurder onder die omstandigheden op dezelfde wijze zou hebben gehandeld. De vordering is op deze grond derhalve niet toewijsbaar.

4.6. Wat betreft de vorderingen van Ergon en [appellante 2] op [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] op grond van artikel 6:162 BW heeft allereerst te gelden dat uit geen rechtsregel volgt dat, nu de twee laatstgenoemden in algehele gemeenschap van goederen zijn gehuwd, [geïntimeerde 2] hoofdelijk aansprakelijk is voor gedragingen van [geïntimeerde 1], zoals Ergon en [appellante 2] in de conclusie van repliek sub 124 stellen.

4.6.1. Voor het overige hebben Ergon en [appellante 2] naar het oordeel van het hof onvoldoende duidelijk concrete feiten en/of omstandigheden aangevoerd waaruit kan volgen dat [geïntimeerde 2], die, ook volgens Ergon en [appellante 2] (conclusie van repliek sub 21), bij de verkoop van de voorraad handelde namens [geïntimeerde 1], zelfstandig een onrechtmatige daad jegens Ergon en/of [appellante 2] heeft gepleegd.

4.6.2. Aan de vorderingen van Ergon en [appellante 2] op [geïntimeerde 1] voor zover gegrond op artikel 6:162 BW leggen deze partijen niet (althans niet duidelijk) andere feiten ten grondslag dan aan de vordering van Ergon op grond van artikel 2:9 BW. Nu [geïntimeerde 1] geen ernstig verwijt als bestuurder valt te maken zijn die vorderingen onder deze omstandigheden naar het oordeel van het hof evenmin op grond van artikel 6:162 BW toewijsbaar. Voor zover [appellante 2] haar vordering in dit verband baseert op het standpunt dat zij als erfgename van de vader schade zal lijden door de verkoop van leer van de vader c.q. van leer dat door derden in consignatie was gegeven aan de vader, verliest zij uit het oog dat [geïntimeerde 1] in overleg met haar heeft gehandeld bij de verkoop van de voorraad leer. Het hof verwijst naar rechtsoverweging 4.5.4. hiervoor. Op het al

dan niet afdragen van de opbrengst van het leer gaat het hof hierna (rechtsoverweging 4.7.8.) in.

4.7. Ten aanzien van vordering b) tot betaling van de verkoopopbrengst van het leer overweegt het hof als volgt.

4.7.1. Voorop wordt gesteld dat de door [geïntimeerde 1] verkochte partij leer door haar namens Ergon is verkocht. Dit betekent dat de koopsom Ergon toekomt. Ter onderbouwing van een vorderingsrecht van [appellante 2] hebben appellanten niets aangevoerd, zodat de vordering tot betaling van [appellante 2] zal worden afgewezen. Ook de vordering tegen [geïntimeerde 2] wordt afgewezen nu vast staat dat [geïntimeerde 2] steeds namens [geïntimeerde 1] heeft gehandeld, terwijl een grondslag voor die vordering overigens niet door Ergon en [appellante 2] is gesteld.

4.7.2. [geïntimeerde 1] onderkent ook dat de koopsom van € 14.900,- aan Ergon toekomt. Zij voert een door Ergon en [appellante 2] op verschillende gronden weersproken verrekeningsverweer.

Blijkens de inhoud van productie 14.1 bij conclusie van antwoord heeft dit verweer betrekking op de volgende posten:

wat betreft de betaling van € 7900,- op de rekening van [geïntimeerde 2]:

- a) € 10,- bankkosten van de overboeking uit UK
- b) (in totaal) € 6595,87 diverse kosten rond de begrafenis van de vader en
- c) € 1500,- terugbetaling lening [geïntimeerde 1] aan de vader. ter zake resteert derhalve een tekort van € 205,87; wat betreft de betaling van € 7000,- op de rekening van [geïntimeerde 1]:
- d) (in totaal) € 4611,25 door [geïntimeerde 1] aan [Transport] Transport betaalde facturen op naam van Ergon
- e) € 2022,83 door [geïntimeerde 1] aan [Z.]/Partners betaald wegens een factuur op naam van Ergon
- f) € 181,64 door [geïntimeerde 1] aan [A.]/[B.] betaald wegens factuur op naam van Ergon.

Vermeerderd met het tekort genoemd onder c) resteert aldus volgens [geïntimeerde 1] een schuld aan haar van Ergon van € 21,59.

[geïntimeerde 1] legt aan haar bevoegdheid tot verrekening ten grondslag dat zij enig bestuurder van Ergon was en dat zij met toestemming van Ergon en [appellante 2] heeft gehandeld bij de bestemming van de verkoopopbrengst.

4.7.3. Wat betreft vordering a) honoreert het hof het beroep op verrekening. Algemeen bekend is dat banken transactiekosten in rekening brengen. Voorts was het aan [geïntimeerde 1] als bestuurder van Ergon om de rekening aan te wijzen waarop de koopprijs door de Engelse koper van de leervoorraad kon worden voldaan. De betwisting van Ergon en [appellante 2] in de memorie van grieven sub 71 faalt.

4.7.4. Wat betreft vordering d) heeft te gelden dat [geïntimeerde 1] drie facturen van [Transport] Transport in verrekening wenst te brengen. De betwisting van de juistheid van die facturen door Ergon voldoet niet aan de daaraan te stellen eisen. Ergon heeft immers de facturen niet in het geding gebracht en volstaat met de enkele mededeling in de memorie van grieven sub 73 dat het gaat om “een ompakfactuur”, waarvan de juistheid betwist wordt. Dat [geïntimeerde 1] deze factuur als bestuurder van Ergon niet aan [Transport] voldaan zou hebben heeft Ergon evenmin onderbouwd, door bijvoorbeeld te stellen dat [Transport] Transport alsnog betaling eist van haar. De betwisting van Ergon dat door [Transport] werkzaamheden zijn verricht die de facturen rechtvaardigen (memorie van grieven 74) is onvoldoende toegelicht nu voor de hand ligt dat de verhuurder bemoeienissen heeft gehad met de (feitelijke uitvoering van de) verkoop van het leer. Gelet op het voorgaande zijn

deze facturen naar het oordeel van het hof terecht in verrekening gebracht.

4.7.5. Ook de vorderingen e) en f) mocht [geïntimeerde 1] naar het oordeel van het hof in verrekening brengen. Dat [geïntimeerde 1] in haar hoedanigheid van bestuurder van Ergon opdracht aan [Z.]/Partners heeft gegeven volgt uit de door Ergon en [appellante 2] overgelegde e-mail van [appellante 2] (productie 13 bij conclusie van repliek) aan [Z.]/Partners d.d. 28 februari 2011 waarin is opgenomen “(...) Met betrekking tot uw advisering ten behoeve van de Coöperatieve Vereniging Ergon geeft u zelf al aan dat u heeft gehandeld in opdracht van mijn dochter c.q. uw client [[geïntimeerde 2]] . (...) Voorzover mijn dochter hierin heeft gehandeld als (enige) bestuurder van (...) de Coöperatieve Vereniging, heeft u in haar opdracht gehandeld en (...) niet in mijn opdracht.(...)”

Een e-mail van [Z.]/Partners van 16 mei 2011 (productie 3.1. bij memorie van antwoord) houdt onder meer in: “(...) Vervolgens heeft [Z.] & Partners vanaf ca. medio januari 2011 (advies)werkzaamheden verricht ten behoeve van Ergon. De opdrachten daartoe zijn aan ons verstrekt door [[geïntimeerde 1]] die als enig bestuurster ingeschreven staat bij de KvK. (...)”

In het licht van deze e-mails hebben Ergon en [appellante 2] onvoldoende weersproken dat [geïntimeerde 1] bij het geven van de opdracht aan [Z.]/Partners optrad namens Ergon en dat [Z.]/Partners de opgedragen werkzaamheden heeft verricht. Dat Ergon en/of [appellante 2] van mening zijn dat de inhoud van de verslaglegging van [Z.]/Partners “geheel gericht was op de belangen van [[geïntimeerde 1]] “ doet aan het voorgaande niet af. Aldus hebben Ergon en [appellante 2] hun standpunt dat deze vordering ten onrechte door [geïntimeerde 1] met de koopsom is verrekend onvoldoende onderbouwd. Datzelfde geldt voor de vordering van [A.]/[B.]. De betwisting van de verrekeningsbevoegdheid van [geïntimeerde 1] door Ergon en [appellante 2] hebben laatstgenoemden in de memorie van grieven sub 62 tot en met 70 niet feitelijk onderbouwd.

4.7.6. Vordering b) (de begrafenis kosten) is naar het oordeel van het hof eveneens terecht in verrekening gebracht. Vast staat dat op 20 december 2010 een bespreking plaatsvond tussen [appellante 2], [geïntimeerde 1] en [broer geïntimeerde 2]. Volgens [geïntimeerde 1] is daarbij afgesproken dat de begrafenis van de vader uit de verkoopopbrengst betaald zou worden.

Ergon en [appellante 2] hebben niet aangegeven wat volgens hen op die datum besproken is. Zij hebben wel gesteld dat [appellante 2] over voldoende geld beschikte om de begrafenis van de vader te betalen, maar zij voeren niet aan dat [appellante 2] toen aangeboden heeft dat te doen. Dit vormt naar het oordeel van het hof een onvoldoende gemotiveerde betwisting van de door [geïntimeerde 1] gestelde, tijdens voormelde bespreking gemaakte, afspraken. Aldus moet er in rechte van uit gegaan worden dat tussen alle leden van Ergon een besluit over de bestemming van de verkoopopbrengst is genomen. Bij dit oordeel betreft het hof dat vast staat dat voor het overlijden van de vader nooit formele besluitvorming in ledenvergaderingen van Ergon plaatsvond.

4.7.7. Resteert het beroep op verrekening met vordering c), een gestelde vordering van [geïntimeerde 1] op de vader uit geldlening. Het hof is hieromtrent van oordeel dat [geïntimeerde 1] onvoldoende feiten en omstandigheden heeft aangevoerd waaruit kan volgen dat zij haar verbintenis tot afdracht aan Ergon van de opbrengst kan verrekenen met haar vordering op de vader. Voorop stelt het hof dat niet voldaan is aan de eis van wederkerig schuldenaarschap genoemd in artikel 6:127 BW. [geïntimeerde 1] stelt immers een vordering op de vader te hebben en heeft een schuld aan de rechtspersoon Ergon. Bovendien heeft [geïntimeerde 1] niet duidelijk gesteld dat (ook) ten aanzien van

de verrekening van deze vordering afspraken tussen alle leden van Ergon zijn gemaakt, zoals zij dat ten aanzien van de begrafeniskosten wel heeft gesteld. Het enkele feit dat “[appellante 2] destijds zelf [heeft] voorgesteld de (...) schuld uit de verkoopopbrengst te voldoen” (memorie van antwoord 21) is daartoe niet voldoende. Een voorstel van één lid van Ergon impliceert nog niet een afspraak tussen alle leden. De vordering van Ergon zal derhalve tot het bedrag van € 1500,= worden toegewezen.

4.7.8. Voor zover Ergon en [appellante 2] met grief 6 betogen dat het niet afdragen van dit deel van de verkoopopbrengst het handelen van [geïntimeerde 1], in combinatie met de overige, door Ergon en [appellante 2] gestelde en door het hof in rechts-overweging 4.6.2. ongenoegzaam bevonden, feiten alsnog onrechtmatig doet zijn, faalt de grief. Het feit dat het verrekeningsverweer van [geïntimeerde 1] ten aanzien van een relatief gering deel van de opbrengst faalt, brengt niet mee dat haar handelen alsnog onrechtmatig wordt bevonden.

4.8. Wat betreft vordering c) (betaling van € 4247,70) overweegt het hof als volgt.

Ergon en [appellante 2] baseren de vordering op de stelling dat [geïntimeerde 1] op 8 april 2011, toen zij geen bestuurder van Ergon meer was, ten laste van de rekening van Ergon tot voormeld bedrag facturen heeft voldaan die aan haar en [geïntimeerde 2] in privé waren gericht.

[geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] hebben dit ontkend en ten verweerde aangevoerd dat het gaat om facturen van adviseurs die door ([geïntimeerde 1] namens en ten behoeve van) Ergon zijn ingeschakeld ten tijde van het bestuurderschap van [geïntimeerde 1]. Slechts de betaling heeft later plaats gehad, aldus [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2].

Op dit verweer zijn Ergon en [appellante 2] bij pleidooi in hoger beroep niet gemotiveerd ingegaan. Zij hebben ermee volstaan te herhalen dat het ging om facturen van [geïntimeerde 1] in privé, maar hebben dit niet feitelijk onderbouwd. Dit impliceert dat het verweer slaagt en dat de vordering zal worden afgewezen.

4.9. De slotsom luidt dat de in hoger beroep ingestelde vordering van Ergon tot betaling van € 1500,= door [geïntimeerde 1] zal worden toegewezen, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van instellen van die vordering. Een eerdere verzuimdatum is gesteld noch gebleken. De vorderingen tot betaling zullen voor het overige worden afgewezen. Ook de vorderingen tot het geven van een verklaring voor recht zijn niet toevoersbaar. Het vonnis waarvan beroep zal daarom, onder verbetering van gronden, worden bekrachtigd. Dit geldt ook voor de in eerste aanleg uitgesproken proceskostenveroordeling. In hoger beroep zijn Ergon en [appellante 2] grotendeels in het ongelijk gesteld. Zij zullen daarom in de proceskosten van het beroep worden veroordeeld. Bij verdere behandeling van grieven hebben Ergon en [appellante 2] gelet op al het voorgaande geen belang. Aan het bewijsaanbod van Ergon en [appellante 2] gaat het hof voorbij nu geen feiten te bewijzen aangeboden zijn die tot een ander oordeel zouden kunnen leiden.

5. De uitspraak

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep onder verbetering van gronden;

veroordeelt [geïntimeerde 1] tot betaling aan Ergon van € 1500,= te vermeerderen met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf 5 februari 2013 tot de dag der algehele voldoening;

veroordeelt Ergon en [appellante 2] in de proceskosten van het hoger beroep, welke kosten tot op heden aan de zijde van [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] worden begroot op € 683,= aan verschotten en op € 3474,= aan salaris advocaat;

wijst af het in hoger beroep meer of anders gevorderde.

NOOT

Het lijkt erop dat vooral de getroebleerde familiebanden tussen de procespartijen in deze zaak verklaren waarom daarover (na een kort geding) tot in twee instanties is geprocedeerd. Althans is van een (substantieel) financieel belang, dat een dergelijke rechtsgang op rationele gronden zouden kunnen rechtvaardigen (in rechte) niet gebleken.

Uit de weergave in rechtsoverweging 4.2 sub I van het tussen partijen gewezen kort gedingvonnis strekkende tot opheffing van het gelegde conservatoir beslag valt af te leiden, dat appellanten destijds hebben gesuggereerd dat de verkochte partij leer een waarde vertegenwoordigde van € 250.000,= in plaats van de gerealiseerde opbrengst van € 14.900,=. In de bodemprocedures zijn eisers c.q. appellanten in dat opzicht voorzichtiger door (onder meer) verwijzing naar een schadestaatprocedure te vorderen.

Volgens eiser/appellanten zou de bestuurder zijn tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenis op grond van art. 2:9 BW en zouden geïntimeerden 1 en 2 onrechtmatig hebben gehandeld door de partij leer te verkopen zonder behoorlijk onderzoek te doen naar de waarde en eigendomsrechten ervan.

Terecht stelt het hof voorop dat, voor zover de vorderingen van Ergon en appellante 2 zijn gegrond op art. 2:9 BW, alleen de rechtspersoon een op dit artikel gebaseerde vordering kan instellen. Dit volgt uit de eerste volzin van genoemd wetsartikel, waar het luidt: “Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak”. Het gaat in art. 2:9 BW om de contractuele rechtsverhouding tussen bestuurder en rechtspersoon. Ten aanzien van appellante 2 ontbrak een dergelijke rechtsverhouding. Appellante 2 heeft alleen krachtens wettelijke verdeling het lidmaatschap van de coöperatieve vereniging Ergon verkregen. De overweging van het hof dat uit geen rechtsregel volgt dat echtelieden die in algehele gemeenschap van goederen zijn getrouwd hoofdelijk aansprakelijk zijn voor elkaars gedragingen is wel wat strak door de bocht. Mogelijk bedoelden appellanten dat de gemeenschap van goederen in beginsel alle goederen van de echtgenoten omvat (art. 1:94 BW). Daarin kan een vordering uit onrechtmatige daad vallen indien een der echtgenoten zich onrechtmatig jegens een derde heeft gedragen. Voor die (schadevergoedings)vordering is dan de gehele gemeenschap aansprakelijk. Wel kan er in een dergelijke casus tussen de echtelieden een andere draagplicht bestaan dan extern het geval is, maar dat was niet het punt van het hof.

Hoofdelijkheid kan in elk geval wel een rol spelen in het kader van art. 2:9 BW, namelijk in dier voege, dat indien het een aangelegenheid betreft die tot de werkring van twee of meer bestuurders behoort, ieder van hen voor het geheel aansprakelijk is ter zake van de tekortkoming.¹ Het hof stelt echter vast dat Ergon ten tijde van de verkoop van de partij leer één bestuurder had, namelijk geïntimeerde 1.²

Aandacht vraagt het oordeel van het hof in rechtsoverweging 4.6.2, dat nu de bestuurder geen ernstig verwijt als bestuurder valt te maken de vordering op grond van art. 6:162 BW (in de gegeven omstandigheden) evenmin toevoersbaar is. De gedragingen waarom het in dit verband gaat, zijn het achterwege laten van een aan de verkoop voorafgaand onderzoek naar de

1 Tenzij deze niet aan hem is te wijten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden, aldus het laatste zinsdeel van art. 2:9 BW.

2 R.o. 4.5.4.

waarde van de partij en het eveneens achterwege laten van onderzoek naar de eventuele aanspraken van derden, door ervan uit te gaan dat de partij leer eigendom van Ergon was.

De overweging van het hof dat een vordering op grond van onrechtmatige daad evenmin toewijsbaar is, nu de bestuurder geen ernstig verwijt valt te maken, dient te worden begrepen tegen de achtergrond van de constatering van het hof dat aan beide vorderingen geen andere feiten ten grondslag zijn gelegd. Daarbij is van belang dat het hof in appel een nieuw overzicht heeft gegeven van de onbetwiste feiten die in hoger beroep het uitgangspunt vormen.³

In dit verband acht het hof relevant dat de omzet van Ergon in de voorafgaande twee jaren gering was, dat de partij leer al enige jaren onder slechte omstandigheden was opgeslagen, dat de koper in een e-mail heeft vermeld (kort gezegd) dat het ging om een incurante mix van leer, dat de huur voor de opslag € 585,= per maand bedroeg, dat er al een huurachterstand van drie maanden bestond en dat Ergon geen middelen had om die huur te (blijven) betalen. Ik begrijp het hof zo, dat een en ander niet wijst op een grote waarde van de partij leer, terwijl de achtergrond van oplopende kosten en een lege kas het begrijpelijk maakt dat tot (snelle) verkoop is besloten. Het hof stelt bovendien vast dat de bestuurder in overleg met de andere leden van de coöperatieve vereniging heeft besloten tot (snelle) verkoop, hetgeen (voeg ik daaraan toe) tevens impliceert dat alle betrokkenen er kennelijk ook van uitgingen dat Ergon eigenaar was van de partij leer.

In beide instanties wordt het speculatieve karakter van de ingestelde vorderingen appellanten fataal. De rechtbank wees de op de art. 2:9 BW en 6:162 BW gebaseerde vorderingen in eerste instantie af, omdat onvoldoende was onderbouwd dat en zo ja tot welke hoogte eisers schade zouden hebben geleden. Het hof benadert het naar mijn mening in dogmatisch opzicht zuiverder door een oordeel te geven over de verwijtbaarheid c.q. de onrechtmatigheid van de gedragingen van de bestuurder. De diverse overwegingen van het hof ten aanzien van verrekening laat ik hier onbesproken. Behalve ten aanzien van de verrekening van een vordering uit geldlening – waar niet is voldaan aan de eis van wederkerig schuldenaarschap als genoemd in artikel 6:127 BW – zijn de overwegingen van het hof ten aanzien van de bevoegdheid tot verrekening vooral feitelijk van aard. Dat daarbij ook de verrekening van de begrafeniskosten van vader aan de orde komt, geeft eens te meer voeding aan de gedachte dat hier vóór alles een familieconflict de hoofdrol heeft gespeeld.

F. Oostlander
Smeets Advocaten Haarlem

174

Hof Amsterdam

26 augustus 2014, nr. 200.151.769 OK

ECLI:NL:GHAMS:2014:3616

(mr. Faase, mr. Faber, mr. Willems, mr. Bunt, mr. De Munnik)

Noot E.P.C. Duinkerke en E.A. van de Kuilen

Enquête. Onmiddellijke voorziening getroffen voorafgaand aan behandeling en beslissing op het enquêteverzoek. Benoeming van een commissaris.

In casu is sprake van ernstig verstoorde verhoudingen tussen de aandeelhouders, die met elkaar verwickeld zijn in een aantal gerechtelijke procedures, waar ook de vennootschap in is betrokken en die gepaard gaan met beslaglegging over en weer. Sprake van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid van Huursnel.

[BW art. 2:349a lid 2 en 3]

Huursnel c.s. hebben geklaagd dat Jepenpo pas op 2 juli 2014 voor het eerst bezwaren tegen het beleid van Huursnel naar voren heeft gebracht en betoogd dat Jepenpo, gelet op het bepaalde in art. 2:349 BW, niet-ontvankelijk is in haar verzoek. Dat verweer treft geen doel. Immers, Huursnel heeft ter terechtzitting bij monde van [E] laten weten dat zij – ook na ontvangst van het bedoelde bericht van 2 juli 2014 – niet genegen was Jepenpo in al haar bezwaren tegemoet te komen. Reeds daarom valt niet in te zien waarom aan Huursnel meer tijd geboden had moeten worden om de bezwaren te onderzoeken en naar aanleiding daarvan maatregelen te nemen. Daar komt nog bij dat Huursnel, gelet op het e-mailbericht van [C] van 15 november 2013, de brief van mr. Werner van 31 januari 2014 en de hiervoor vermelde beslagen, bodemprocedure en kort gedingen, geacht moet worden reeds langere tijd op de hoogte te zijn (geweest) van althans een deel van de bezwaren van Jepenpo. De Ondernemingskamer overweegt voorts, dat de stellingen van Jepenpo over de financiële gang van zaken van Huursnel sedert het vierde kwartaal 2013 voornamelijk niet leiden tot twijfel aan het beleid van Huursnel en derhalve evenmin tot het oordeel dat onmiddellijke voorzieningen nodig zijn. Daarbij is van belang dat Huursnel, bij monde van [E], ter terechtzitting het volgende onweersproken uiteengezet heeft. De maand december is elk jaar verliesgevend en daar staat telkens extra omzet in januari tegenover. Het eerste kwartaal van 2014 heeft een verlies laten zien, omdat de markt moeilijker is geworden, het binnenhalen van omzet meer moeite kost en daartoe vier werknemers meer in dienst zijn dan voorheen. In het verleden was het gebruikelijk, zoals Jepenpo heeft gesteld, om per (vastgoed)object de inhuurprijs en de verhuurprijs te bepalen, en wel op zodanige wijze dat er per object geen verlies geleden werd. In de loop der tijd is de werkwijze veranderd. Om grote klanten te binden of binnen te halen wordt soms een object met verlies aangeboden; wel wordt zeker gesteld dat op zo'n klant als geheel winst wordt gemaakt, aldus nog steeds [E]. De enkele omstandigheid dat [C], zoals Jepenpo heeft gesteld, het met deze strategie (wijziging) niet eens is, is naar het oordeel van de Ondernemingskamer onvoldoende om vraagtekens te plaatsen bij deze gang van zaken. Voor zover Jepenpo haar verzoeken heeft willen toelichten met niet of niet tijdig aan haar betaalde managementfees, heeft zij dat tevergeefs gedaan. Nog daargelaten of het onbetaald laten van managementvergoedingen het treffen van onmiddellijke voorzieningen

945

³ Met grief 1 hadden appellanten de vaststelling van de feiten door de rechtbank deels bestreden, zie r.o. 4.1.

zou kunnen rechtvaardigen, heeft te gelden dat het dispuut over die vergoedingen is voorgelegd aan de gewone burgerlijke rechter, bij wie het thuishoort. De Ondernemingskamer zal het over en weer ter zake gestelde verder onbesproken laten.

De Ondernemingskamer stelt vast dat Huursnel c.s. hebben erkend dat interne informatie van Huursnel is gedeeld met [F]. Dat gebeurde volgens hen met de in art. 8 managementovereenkomst bedoelde toestemming van Huursnel. Ter terechtzitting is van de zijde van Huursnel c.s. nader toegelicht dat advies van [F] wordt ingewonnen over, onder meer, rechtszaken. [F] heeft voorts geadviseerd risico's binnen de onderneming van Huursnel te scheiden en daartoe nog een (of meer) vennootschap(en) op te richten, zodat kan worden ingekocht door de ene vennootschap en kan worden verkocht door een andere vennootschap. Ook over het conflict met Jepenpo over de managementvergoeding is advies gevraagd aan [F]. Overigens is ook aan een andere zakenpartner over dit onderwerp advies gevraagd. [F] fungeert als zijn vertrouwenspersoon, aldus (nog steeds) [E] ter terechtzitting.

Naar het oordeel van de Ondernemingskamer roept het betrekken van [F], die bestuurder en eigenaar is van een belangrijke leverancier van Huursnel, en (een) andere derde(n) bij een intern conflict van Huursnel vragen op. Ook de gedachtewisseling met [F] in de e-mails van 7 maart 2014 over "extra omzet bv's naast" Huursnel, bij welke gedachtewisseling Jepenpo niet werd betrokken, roept vragen op die met de verklaring van Huursnel ter terechtzitting over het scheiden van risico's niet zonder meer bevredigend zijn beantwoord.

Uit hetgeen partijen voor het overige onder de aandacht van de Ondernemingskamer hebben gebracht, rijst het beeld op van ernstig verstoorde verhoudingen tussen de aandeelhouders, die met elkaar verward zijn in een aantal gerechtelijke procedures, waar ook de vennootschap in is betrokken en die gepaard gaan met beslaglegging over en weer.

Naar het oordeel van de Ondernemingskamer leidt hetgeen hierover is overwogen voorhands tot de conclusie dat sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid van Huursnel.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Jepenpo BV, gevestigd te Rotterdam,

Verzoekster,
advocaat: mr. J.A.J. Werner, kantoorhoudende te Rotterdam,
tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Huursnel BV, gevestigd te Teteringen, gemeente Breda,
Verweerster,

advocaten: mr. J.M. de Heer en mr. J.H. Zandbergen, beiden
kantoorhoudende te Rotterdam,
en tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
[A], gevestigd te [.....],

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
[B], gevestigd te [.....],

Belanghebbenden,

advocaten: mr. J.M. de Heer en mr. J.H. Zandbergen, beiden
kantoorhoudende te Rotterdam.

Hof:

1 Het verloop van het geding

1.1 In het vervolg zal verzoekster (ook) Jepenpo worden genoemd. Verweerster zal (ook) worden aangeduid met Huursnel, belanghebbenden onderscheidenlijk met [A] en met [B], en deze drie partijen gezamenlijk met Huursnel c.s.

1.2 Jepenpo heeft bij op 4 juli 2014 ter griffie van de Onderne-

mingskamer ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht – zakelijk weergegeven – bij uitvoerbaar bij voorraad verklaarde beschikking

a. een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Huursnel over de periode vanaf 1 september 2013;

b. Bij wijze van onmiddellijke voorzieningen voor de duur van het geding

1. [A] en [B] te schorsen als bestuurder van Huursnel;

2. het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders van Huursnel van 12 mei 2014 tot ontslag van Jepenpo als bestuurder van Huursnel te vernietigen, althans te schorsen, althans Jepenpo of een derde persoon aan te wijzen als bestuurder van Huursnel;

3. het stemrecht dat is verbonden aan de door [A] en [B] gehouden aandelen in het geplaatste kapitaal van Huursnel te schorsen, althans die aandelen ten titel van beheer over te dragen aan Jepenpo, althans aan een door de Ondernemingskamer te benoemen derde;

4. althans zodanige onmiddellijke voorzieningen te treffen als de Ondernemingskamer geraden acht;

Huursnel te veroordelen in de kosten van het geding.

1.3 Huursnel c.s. hebben bij op 17 juli 2014 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht het verzoek af te wijzen, met veroordeling van Jepenpo in de kosten van het geding, en een deskundige aan te stellen conform artikel 7 lid 2 van de statuten van Huursnel.

1.4 Het verzoek voor zover het strekt tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen is behandeld ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 31 juli 2014. Bij die gelegenheid hebben de advocaten de standpunten van de onderscheiden partijen toegelicht aan de hand van – aan de Ondernemingskamer en de wederpartij overgelegde – aantekeningen en onder overlegging van op voorhand aan de Ondernemingskamer en de wederpartij gezonden nadere producties (genummerd 36 tot en met 39 van Jepenpo en genummerd 21 van Huursnel c.s.). Partijen hebben vragen van de Ondernemingskamer beantwoord.

2 De feiten

De Ondernemingskamer gaat uit van de volgende feiten:

2.1 [C] (hierna [C] te noemen) is enig aandeelhouder en bestuurder van Jepenpo.

2.2 Huursnel is op 9 december 2009 opgericht door (de rechtsvoorganger van) Jepenpo, [D] (hierna [D] te noemen) en [E] (hierna[E] te noemen), die elk een derde van de aandelen in het geplaatste kapitaal namen. De drie oprichters zijn bij oprichting tot bestuurder van Huursnel benoemd.

2.3 Huursnel houdt zich bezig, kort gezegd, met tijdelijke huisvesting van buitenlandse werknemers. Zij stelt daartoe aan (onder meer) uitzendbureau's ten behoeve van die werknemers woonruimte beschikbaar die zij (vooral) van andere partijen inhuurt. [D] en[E], die vóór december 2009 voor Tempo-Team huisvesting voor dier buitenlandse 'flexwerkers' bij derden inhuurden, zijn zich na de oprichting van Huursnel met haar operationele kant gaan bezighouden. [C] nam het algemeen strategisch beleid en de algemene bestuurstaken op zich.

2.4 De statuten van Huursnel houden onder meer in:

“OVERGANG VAN AANDELEN

Artikel 7

1. (...)

2. Als de aanbieder niet met alle gegadigden een koopprijs overeenkomt (...) benoemen alle betrokkenen in onderling overleg (...) deskundigen ter bepaling van de koopprijs. Als (...) geen (...) deskundigen benoemd zijn wordt de koopprijs vastgesteld

door een deskundige, daartoe op verzoek van de meest gerede partij benoemd door de bevoegde kantonrechter. (...)

Artikel 8A

1. Zodra [e]n aandeelhouder -waarom ook- ophoudt Directeur van de Vennootschap te zijn; (...) moeten alle aandelen van de aandeelhouder in het kapitaal van de Vennootschap door ieder van hen (...) te koop worden aangeboden aan de andere aandeelhouders (...)."

2.5 [A] is opgericht op 31 december 2010 en is de persoonlijke houdstervennootschap van [D].

2.6 [B] is eveneens op 31 december 2010 opgericht; haar aandelen worden gehouden door[E], die de enige bestuurder is.

2.7 [D] en[E] hebben hun aandelen in Huursnel overgedragen aan onderscheidenlijk [A] en [B]. Deze vennootschappen zijn in hun plaats bestuurder van Huursnel geworden met ingang van 27 oktober 2011.

2.8 Op 30 november 2012 heeft Huursnel drie managementovereenkomsten gesloten: met Jepenpo, met [A] en met [B]. De drie managementovereenkomsten houden in, voorzover hier van belang:

"ARTIKEL 2 – BETALING

[Huursnel] is aan de opdrachtnemer [Ondernemingskamer: Jepenpo, [A], onderscheidenlijk [B]] maandelijks als fee een bedrag verschuldigd (...).

(...)

ARTIKEL 8 – GEHEIMHOUDING

1. De opdrachtnemer [Ondernemingskamer: Jepenpo, [A], onderscheidenlijk [B]] verplicht zich noch tijdens de duur van de overeenkomst, noch na beëindiging daarvan, zonder uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van [Huursnel], op enigerlei wijze aan derden mededeling te doen aangaande enige, op welke wijze dan ook, tot zijn kennis gekomen bijzonderheden betreffende, of verband houdende met, bedrijfsaangelegenheden of de onderneming van [Huursnel] dan wel van met [haar] gelieerde ondernemingen, waarvan hij weet of behoort te weten, dat zij geheim zijn.

2. (...)."

2.9 De managementovereenkomst met Jepenpo houdt voorts in:

"ARTIKEL 4 – OMVANG WERKZAAMHEDEN

In het kader van deze overeenkomst wordt er van uitgegaan dat met de uitvoering van de opdracht minimaal 1.045 uur per jaar gemoeid zal zijn. Mocht dit niet het geval zijn, dan zullen partijen in overleg treden over de hoogte van de in artikel 2 bedoelde vergoeding".

2.10 [C], [D] en[E] houden voorts elk een derde van de aandelen in J.S.J. Invest BV Deze vennootschap is eigenaar van onroerende zaken. Daarnaast hebben [C], [D] en[E] gezamenlijk (rechtstreeks) onroerende zaken in eigendom. De onderneming van Huursnel maakt gebruik van deze onroerende zaken.

2.11 Huursnel huurt bij Frame Onroerend Goed Maatschappij BV (hierna Frame te noemen) jaarlijks voor € 1.000.000,- à € 1.500.000,- woonruimte in, waarmee Frame een grote leverancier van Huursnel is. [F] (hierna [F] te noemen) is eigenaar en bestuurder van Frame.

2.12 [C] en [D] hebben een affectieve relatie onderhouden, die in september 2013 is beëindigd.

2.13 Huursnel heeft met ingang van september 2013 de betaling van managementvergoedingen aan Jepenpo gestaakt.

2.14 [C], [D] en[E] voerden maandelijks (management) overleg, door hen aangeduid met Q. Na oktober 2013 hebben de Q-overleggen niet meer in deze samenstelling plaatsgevonden.

2.15 [C] heeft bij e-mail van 15 november 2013 aan [D] en[E] geschreven dat hij voorheen informatie kreeg maar "op het moment niet", dat hij alle recht heeft om het kantoor van Huursnel

binnen te komen en dat het Q-overleg na enig uitstel opeens op een te laat tijdstip wordt gehouden.

2.16 Bij brief van 13 januari 2014 is Jepenpo uitgenodigd voor een op 29 januari 2014 te houden algemene vergadering van aandeelhouders van Huursnel. Op de agenda stond onder meer het ontslag van Jepenpo als bestuurder van Huursnel.

2.17 Bij brief van 31 januari 2014 aan Huursnel ter attentie van [D] en[E] heeft mr. Werner, namens Jepenpo, geschreven dat de behandeling van Jepenpo "onbetamelijk en in ieder geval grovelijk in strijd met de redelijkheid en billijkheid die de bij een vennootschap betrokkenen tegenover elkaar in acht hebben te nemen" is. De brief houdt voorts in dat Jepenpo herhaaldelijk heeft "gevraagd om de redenen voor het voorgestelde ontslag en overleg" en dat Huursnel daarop niet is ingegaan.

2.18 [C] heeft op 18 februari 2014 in een e-mail verzocht om betaling van de openstaande facturen ter zake van de management fee van Jepenpo. Huursnel ([D], met kopie aan[E]) heeft het bericht voorgelegd aan [F]. [F] heeft hierop gereageerd met "Nee, even wachten".

2.19 Pijpers heeft in een e-mail bericht aan [F] met kopie aan [D], gedateerd 7 maart 2014, geschreven "We denken er toch sterk (over na) om extra omzet bv's naast die van [Huursnel] te zetten, kun jij hier ook nog even jou(w) gedachten over laten gaan?". [F] heeft bij e-mail van diezelfde dag geantwoord: "Daar ben ik al mee bezig".

2.20 Jepenpo heeft Huursnel in rechte betrokken en betaling van haar managementvergoeding gevorderd. Op 27 maart 2014 is in dat verband beslag gelegd onder Huursnel, [A], [B], [D] en[E]. Ter opheffing van het beslag hebben deze vijf partijen een bankgarantie doen stellen.

2.21 Huursnel heeft van haar kant op 14 april 2014 beslag gelegd onder Jepenpo en [C] ter zake van onverschuldigde betaling van managementvergoeding tot en met september 2013.

2.22 [D] en[E] enerzijds en [C] anderzijds hebben gesproken over koop en verkoop van de door Jepenpo in Huursnel gehouden aandelen. [D] en[E] hebben op 24 april 2014 een bod gedaan op die aandelen. Overeenstemming is niet bereikt.

2.23 Op 5 juni 2014 heeft Jepenpo opnieuw beslag gelegd ten laste van onder andere Huursnel, ditmaal ter zake van de managementvergoeding over de maanden april tot en met augustus 2014.

2.24 Een bodemprocedure over – kort gezegd – de gehoudenheid van Huursnel tot betaling aan Jepenpo van de managementvergoeding is aanhangig.

2.25 Tussen partijen is een geschil gerezen over de vraag of de algemene vergadering van aandeelhouders van Huursnel op 29 januari 2014 rechtsgeldig heeft besloten Jepenpo als bestuurder te ontslaan. Dit heeft ertoe geleid dat de Voorzieningenrechter in de rechtbank Zeeland-West-Brabant op 22 april 2014 onder meer [A] en [B] op hun verzoek heeft gemachtigd tot het bijeenroepen van een buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders van Huursnel en heeft bepaald dat de agenda onder meer dient in te houden "Ontslag van Jepenpo als bestuurder van Huursnel". De vergadering heeft plaatsgevonden op 12 mei 2014. Jepenpo was in de vergadering niet vertegenwoordigd. In de vergadering is het besluit tot ontslag van Jepenpo als bestuurder genomen.

2.26 Op 13 mei 2014 hebben [A] en [B] Jepenpo aangeschreven om te vernemen of Jepenpo haar aandelen in Huursnel conform haar statuten aan hen zou aanbieden, nu Jepenpo was opgehouden bestuurder van Huursnel te zijn. Jepenpo heeft laten weten zich niet aan de aanbiedingsplicht gebonden te achten.

2.27 Op 14 juni 2014 heeft het bestuur van Huursnel Jepenpo aangeschreven omtrent, kort gezegd, de uit de statuten voortvloeiende verplichting haar aandelen in Huursnel aan te bie-

den. Het schrijven houdt onder meer in: “Mocht u (...) uw verplichting niet nakomen, zal de directie namens u alsnog uw aandelen aan de andere aandeelhouders te koop aanbieden conform (...) de statuten”. Bij brieven van 2 juli 2014 heeft het bestuur van Huursnel de aandelen van Jepenpo te koop aangeboden aan [B] en [A] en Jepenpo van dit aanbod op de hoogte gesteld. [B] en [A] hebben allebei bij brief van 4 juli 2014 aan het bestuur van Huursnel meegedeeld het kooprecht te willen uitoefenen. Op 15 juli 2014 heeft het bestuur [B] en [A] bericht dat aan hen elk de helft van de aandelen van Jepenpo is toegewezen. Op diezelfde datum is Jepenpo hierover ingelicht.

2.28 Op 25 juni 2014 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden ten overstaan van de Voorzieningenrechter in de rechtbank Rotterdam. Aan de orde waren onder meer, kort gezegd, vorderingen over en weer tot opheffing van de hiervoor vermelde beslagen van 14 april 2014 en 5 juni 2014.

2.29 Een e-mail, gedateerd 2 juli 2014, van [C] aan [D] en [E] houdt onder meer in:

“Geheimhouding

Bij jullie stukken voor het kort geding [dat diende op 25 juni 2014, Ondernemingskamer] zat een e-mail van [[D]] met mijn management-facturen van september-december 2013. [[F]] heeft daar een cc van gehad. Ik vind het absoluut niet kunnen. Dat is interne informatie die [[F]] helemaal niets aan gaat. (...) Graag hoor ik per omgaande wat jullie nog meer hebben doorgestuurd aan [[F]] of anderen”.

3 De gronden van de beslissing

3.1 Jepenpo heeft aan haar verzoek ten grondslag gelegd dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid van Huursnel en dat onmiddellijke voorzieningen dienen te worden getroffen. Ter toelichting heeft zij een aantal bezwaren naar voren gebracht. Ze heeft onder meer het volgende gesteld. Het voor de algemene vergadering van aandeelhouders van 29 januari 2014 geagendeerde ontslag van Jepenpo als bestuurder is op geen enkele wijze toegelicht. [A] en [B] trachten Jepenpo te dwingen haar aandelen in Huursnel aan hen over te dragen en daartoe maken zij misbruik van hun statutaire bevoegdheden. De financiële resultaten van Huursnel zijn ernstig verslechterd nadat Jepenpo in het vierde kwartaal van 2013 feitelijk haar taak als bestuurder niet meer kon vervullen. Het bestuur van Huursnel heeft vertrouwelijke interne informatie gedeeld met [F], een derde. Er is geen algemene vergadering van aandeelhouders bijeen geroepen ter bespreking en vaststelling van de jaarrekening 2013. Huursnel heeft ten onrechte sinds 1 september 2013 de managementvergoeding van Jepenpo onbetaald gelaten en daarover is geprocedeerd, aldus nog steeds Jepenpo.

3.2 Huursnel c.s. hebben verweer gevoerd en betoogd dat er noch gronden zijn om te twifelen aan een juist beleid van Huursnel, noch voldoende zwaarwegende redenen om onmiddellijke voorzieningen te treffen. Zij hebben voorts naar voren gebracht dat de aandeelhouders niet in onderling overleg een koopprijs van de door Jepenpo gehouden aandelen in Huursnel hebben kunnen vaststellen, noch een deskundige hebben kunnen benoemen, een en ander zoals bedoeld in de statuten van Huursnel. Uit praktische overwegingen hebben zij bepleit dat de Ondernemingskamer een deskundige aanwijst die de waarde van de onderneming zal vaststellen zodat volgens hen daarmee tevens de waarde van de aandelen van Jepenpo komt vast te staan.

3.3 De Ondernemingskamer zal het verzoek beoordelen voorzover het strekt tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen en overweegt daartoe als volgt.

3.4 Huursnel c.s. hebben geklaagd dat Jepenpo pas op 2 juli 2014 voor het eerst bezwaren tegen het beleid van Huursnel

naar voren heeft gebracht en betoogd dat Jepenpo gelet op het bepaalde in artikel 2:349 BW niet ontvankelijk is in haar verzoek. Dat verweer treft geen doel. Immers, Huursnel heeft ter terechtzitting bij monde van [E] laten weten dat zij – ook na ontvangst van het bedoelde bericht van 2 juli 2014 – niet genegen was Jepenpo in al haar bezwaren tegemoet te komen. Reeds daarom valt niet in te zien waarom aan Huursnel meer tijd geboden had moeten worden om de bezwaren te onderzoeken en naar aanleiding daarvan maatregelen te nemen. Daar komt nog bij dat Huursnel, gelet op het e-mail bericht van [C] van 15 november 2013, de brief van mr. Werner van 31 januari 2014 en de hiervoor vermelde beslagen, bodemprocedure en kort gedingen, geacht moet worden reeds langere tijd op de hoogte te zijn (geweest) van althans een deel van de bezwaren van Jepenpo.

3.5 De Ondernemingskamer overweegt voorts, dat de stellingen van Jepenpo over de financiële gang van zaken van Huursnel sedert het vierde kwartaal 2013 vooralsnog niet leiden tot twijfel aan het beleid van Huursnel en derhalve evenmin tot het oordeel dat onmiddellijke voorzieningen nodig zijn. Daarbij is van belang dat Huursnel, bij monde van [E], ter terechtzitting het volgende onweersproken uiteengezet heeft. De maand december is elk jaar verliesgevend en daar staat telkens extra omzet in januari tegenover. Het eerste kwartaal van 2014 heeft een verlies laten zien omdat de markt moeilijker is geworden, het binnenhalen van omzet meer moeite kost en daartoe vier werknemers meer in dienst zijn dan voorheen. In het verleden was het gebruikelijk, zoals Jepenpo heeft gesteld, om per (vastgoed) object de inhuurprijs en de verhuurprijs te bepalen, en wel op zodanige wijze dat er per object geen verlies geleden werd. In de loop der tijd is de werkwijze veranderd. Om grote klanten te binden of binnen te halen wordt soms een object met verlies aangeboden; wel wordt zeker gesteld dat op zo'n klant als geheel winst wordt gemaakt, aldus nog steeds [E]. De enkele omstandigheid dat [C], zoals Jepenpo heeft gesteld, het met deze strategie(wijziging) niet eens is, is naar het oordeel van de Ondernemingskamer onvoldoende om vraagtekens te plaatsen bij deze gang van zaken.

3.6 Voor zover Jepenpo haar verzoeken heeft willen toelichten met niet of niet tijdig aan haar betaalde managementfees, heeft zij dat tevergeefs gedaan. Nog daargelaten of het onbetaald laten van managementvergoedingen het treffen van onmiddellijke voorzieningen zou kunnen rechtvaardigen, heeft te gelden dat het dispuut over die vergoedingen is voorgelegd aan de gewone burgerlijke rechter, bij wie het thuishoort. De Ondernemingskamer zal het over en weer terzake gestelde verder onbesproken laten.

3.7 De Ondernemingskamer stelt vast dat Huursnel c.s. hebben erkend dat interne informatie van Huursnel is gedeeld met [F]. Dat gebeurde volgens hen met de in artikel 8 managementovereenkomst bedoelde toestemming van Huursnel. Ter terechtzitting is van de zijde van Huursnel c.s. nader toegelicht dat advies van [F] wordt ingewonnen over, onder meer, rechtszaken. [F] heeft voorts geadviseerd risico's binnen de onderneming van Huursnel te scheiden en daartoe nog een (of meer) vennootschap(pen) op te richten zodat kan worden ingekocht door de ene vennootschap en kan worden verkocht door een andere vennootschap. Ook over het conflict met Jepenpo over de managementvergoeding is advies gevraagd aan [F]. Overigens is ook aan een andere zakenpartner over dit onderwerp advies gevraagd. [F] fungeert als zijn vertrouwenspersoon, aldus (nog steeds) [E] ter terechtzitting.

3.8 Naar het oordeel van de Ondernemingskamer roept het betrekken van [F], die bestuurder en eigenaar is van een belangrijke leverancier van Huursnel, en (een) andere derde(n) bij een intern conflict van Huursnel vragen op. Ook de gedachtewisse-

ling met [F] in de e-mails van 7 maart 2014 over 'extra omzet bv's naast' Huursnel, bij welke gedachtewisseling Jepenpo niet werd betrokken, roept vragen op die met de verklaring van Huursnel ter terechtzitting over het scheiden van risico's niet zonder meer bevredigend zijn beantwoord.

3.9 Uit hetgeen partijen voor het overige onder de aandacht van de Ondernemingskamer hebben gebracht rijst het beeld op van ernstig verstoorde verhoudingen tussen de aandeelhouders, die met elkaar verwickeld zijn in een aantal gerechtelijke procedures, waar ook de vennootschap in is betrokken en die gepaard gaan met beslaglegging over en weer.

3.10 Naar het oordeel van de Ondernemingskamer leidt hetgeen in 3.8 en 3.9 is overwogen voorshands tot de conclusie dat sprake is van gegronde redenen om te twifelen aan een juist beleid van Huursnel.

3.11 Voorts moet naar het oordeel van de Ondernemingskamer ernstig gevreesd worden dat de conflictueuze toestand tussen de aandeelhouders, waar derden bij worden betrokken en die heeft geleid tot een opeenvolging van beslagleggingen en procedures, schade aan (de onderneming van) Huursnel berokkent. In het belang van Huursnel en de met haar verbonden onderneming, alsmede in het belang van alle drie de aandeelhouders, zal daarom bij wijze van onmiddellijke voorziening een commissaris worden benoemd, die toezicht kan houden op de gang van zaken van Huursnel.

3.12 Gelet op de in 2.3 bedoelde taakverdeling tussen de aandeelhouders, de gesprekken over koop en verkoop van de door Jepenpo gehouden aandelen in Huursnel en het bod van 24 april 2014 van [A] en [B] op die aandelen, alsmede de onweersproken stellingen van Huursnel c.s. dat partijen conform de statuten hebben getracht gezamenlijk een deskundige te benoemen ter bepaling van de prijs van die aandelen, lijkt het de Ondernemingskamer op het eerste gezicht in de rede te liggen – en in het belang van alle betrokkenen te zijn – dat het aandeelhouderschap van Jepenpo wordt beëindigd. De te benoemen commissaris mag het tot zijn taak rekenen te bezien of dat resultaat door middel van een minnelijke regeling tussen partijen te bespoedigen valt.

3.13 De Ondernemingskamer merkt voor de goede orde nog op dat zij het benoemen van een deskundige zoals door Huursnel c.s. is verzocht noch op grond van de statuten van Huursnel, noch op andere grond, tot haar bevoegdheid kan rekenen.

3.14 De slotsom is dat een onmiddellijke voorziening zoals vermeld zal worden getroffen. De behandeling van het verzoek voor zover het strekt tot het bevelen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Huursnel zal plaatsvinden ter een nader op verzoek van een der partijen te bepalen terechtzitting. Iedere verdere beslissing, waaronder die met betrekking tot de kosten van deze procedure, zal worden aangehouden.

4 De beslissing

De Ondernemingskamer:

benoemt bij wijze van onmiddellijke voorziening en vooralsnog voor de duur van het geding, voor zover nodig in afwijking van de statuten, mr. A.L. Leuftink te Leusden tot commissaris van Huursnel BV, gevestigd te Teteringen;

bepaalt dat het salaris en de kosten van deze commissaris ten laste komen van Huursnel BV en bepaalt dat Huursnel BV voor de betaling daarvan ten genoegen van de commissaris zekerheid dient te stellen vóór de aanvang van diens werkzaamheden;

bepaalt dat het verzoek voor zover het strekt tot het bevelen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Huursnel BV zal worden behandeld op een op eerste verzoek van een der partijen nader te bepalen openbare terechtzitting;

verklaart deze beschikking tot zover uitvoerbaar bij voorraad; houdt iedere verdere beslissing aan.

NOOT

In deze zaak is sprake van een vechtscheiding in het ondernemingsrecht. Bij Huursnel zijn drie personen via diverse vennootschappen betrokken. Twee daarvan hadden een affectieve relatie, maar deze is in september 2013 beëindigd. Dit was het startschot voor vele procedures, waaronder dit verzoek bij de Ondernemingskamer.

De Ondernemingskamer komt ons inziens terecht tot de voorlopige conclusie dat de verhoudingen tussen de aandeelhouders ernstig verstoord zijn, mede gelet op de gerechtelijke procedures waarin zij zijn verwickeld. Zo is er een discussie over wanneer een bestuurder is ontslagen en in hoeverre er nog managementfee is verschuldigd.

De drie aandeelhouders betrekken derden bij de gang van zaken. Het betrekken van een of meer derden, waaronder een belangrijke leverancier van Huursnel, bij een intern conflict levert bij de Ondernemingskamer vragen op. Dit en de verstoorde verhoudingen leiden bij de Ondernemingskamer tot de voorlopige conclusie dat sprake is van gegronde redenen om te twifelen aan een juist beleid van Huursnel. Gezien het voorgaande en vanwege de ernstige vrees voor schade aan de (onderneming van) Huursnel vanwege de conflictueuze toestand tussen de aandeelhouders, benoemt de Ondernemingskamer bij wijze van onmiddellijke voorziening een commissaris. Deze commissaris mag het tot zijn taak rekenen te bezien of de overdracht van de aandelen door een aandeelhouder aan de overige twee door middel van een middellijke regeling tussen partijen te bespoedigen valt.

De Ondernemingskamer treft in deze zaak een onmiddellijke voorziening voordat wordt beslist op het verzoek tot het bevelen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken. Dit is reeds jaren een gangbare praktijk. Het treffen van onmiddellijke voorzieningen kan nuttig zijn wanneer er behoefte is aan onmiddellijk ingrijpen door de Ondernemingskamer (bijvoorbeeld omdat een tijdelijke bestuurder moet worden aangesteld) en de beslissing over het onderzoek nog even kan wachten (*Kamerstukken II 2010/11, 32887, 6*). Hetzelfde geldt voor het geval de Ondernemingskamer wel een onderzoek beveelt, maar wacht met het benoemen van een onderzoeker. Uit empirisch onderzoek volgt dat het loont om te wachten met het bevelen van een onderzoek of met de benoeming van een onderzoeker. In een aanzienlijk aantal gevallen wordt door partijen na het treffen van de onmiddellijke voorzieningen een minnelijke regeling getroffen. Dan blijkt een onderzoek niet meer nodig. De onmiddellijke voorziening draagt daarmee bij aan een relatief snelle en eenvoudige wijze van geschilbeslechting, aldus de onderzoekers (*K. Cools e.a., Het recht van enquête: een empirisch onderzoek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 75-76).

Het treffen van onmiddellijke voorzieningen zonder dat het verzoek tot het bevelen van een onderzoek (direct) wordt behandeld, kent grenzen. De Hoge Raad heeft in de *DSM-uitspraak* (HR 14 december 2007, *NJ 2008/105*) geoordeeld dat van de bevoegdheid tot het treffen van een onmiddellijke voorziening ex art. 2:349a lid 2 BW in een geding betreffende een verzoek als bedoeld in art. 2:345 BW door de Ondernemingskamer, voordat er een onderzoek wordt gelast, slechts een terughoudend gebruik kan worden gemaakt en alleen indien daartoe in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek voldoende zwaarwegende redenen bestaan (zie ook HR 25 februari 2011, *NJ 2011/335 (Inter Access)*). Bij de uitoefening van haar bevoegdheid moet de

Ondernemingskamer voldoende rekening houden met en een billijke afweging maken van de belangen van betrokken partijen. Per 1 januari 2013 is de DSM-uitspraak gecodificeerd in art. 2:349a lid 3 BW, zij het in andere bewoordingen. Art. 2:349a BW bepaalt dat, ingeval nog geen onderzoek is gelast, onmiddellijke voorzieningen slechts kunnen worden getroffen als er naar het voorlopig oordeel van de OK sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen en dat de OK daarna binnen een redelijke termijn op het enquêteverzoek beslist. De beslissing over onmiddellijke voorzieningen kan volgens de minister niet losstaan van een voorlopig oordeel over de vraag of sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. Het is niet de bedoeling dat onmiddellijke voorzieningen kunnen worden opgelegd zonder enige toetsing aan de criteria voor toewijzing van het enquêteverzoek (*Kamerstukken II 2010/11, 32887, 3 (MvT)*).

Naar ons weten is de onderhavige uitspraak de eerste zaak sinds de inwerkingtreding van art. 2:349a lid 3 BW waarin de Ondernemingskamer onmiddellijke voorzieningen treft voordat het enquêteverzoek inhoudelijk is behandeld. Sindsdien is deze nieuwe 'norm' pas in één andere zaak tot uiting gekomen (OK 30 mei 2013, ARO 2013/98 (*Meditaxi*)). In die zaak werd, net als in de onderhavige, de beslissing op het enquêteverzoek uitgesteld, maar werd het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen afgewezen. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer was er vooralsnog onvoldoende gebleken van gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid en de gang van zaken van *Meditaxi c.s.* om op voorhand — in afwachting van het oordeel over het enquêteverzoek — onmiddellijke voorzieningen te treffen.

950

De Ondernemingskamer oordeelt in deze zaak anders. Wellicht vond de Ondernemingskamer in deze zaak dat partijen tot een schikking zouden kunnen komen. De Ondernemingskamer kan bij de toepassing van de bevoegdheid ex art. 2:349a lid 3 BW meewegen of voorzienbaar is dat partijen op afzienbare termijn zullen komen tot een schikking (*Kamerstukken II 2010/11, 32887, 6*).

Interessant is verder dat *Huursnel c.s.* uit praktische overwegingen hebben bepleit dat de Ondernemingskamer een deskundige aanwijst die de waarde van de onderneming zal vaststellen, zodat daarmee ook de waarde van de aandelen van *Jepenpo* komt vast te staan. Niet geheel helder is of *Huursnel c.s.* hiermee een verzoek om een onmiddellijke voorziening hebben gedaan. Een verzoek om een onmiddellijke voorziening wordt in beginsel gedaan door de indiener(s) van het enquêteverzoek. De Hoge Raad heeft aangegeven dat het ook belanghebbenden vrijstaat om een onmiddellijke voorziening te verzoeken (HR 23 maart 2012, ARO 2012/48, NJ 2012/393, «JOR» 2012/141). Op de enquêteprocedure zijn de bepalingen van toepassing van de verzoekschriftprocedure van art. 261 e.v. Rv. Op grond van art. 282 lid 4 Rv kan iedere belanghebbende in die procedure een zelfstandig verzoek indienen, mits dit betrekking heeft op het onderwerp van het oorspronkelijke verzoek. Een verzoek om een onmiddellijke voorziening als bedoeld in art. 2:349a lid 2 of 2:355 lid 3 BW voldoet in beginsel aan deze laatste eis en kan dus ook door andere belanghebbenden worden gedaan dan de indieners van het enquêteverzoek.

Het aanwijzen van een deskundige valt ons inziens niet in de categorie van mogelijk te treffen onmiddellijke voorzieningen. Onmiddellijke voorzieningen zijn naar hun aard ordemaatregelen, die worden ingegeven door de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek. De situatie waarin de rechtspersoon of het onderzoek verkeert, moet een onmiddellijk ingrijpen door de rechter rechtvaardigen (*Kamerstukken II 2010/11, 32887, 3*). Een onmiddellijke voorziening geldt voor ten

hoogste de duur van het geding (art. 2:349a lid 2 BW). Daar is bij de benoeming van een deskundige geen sprake van. De Ondernemingskamer geeft ons inziens terecht aan dat zij het benoemen van een deskundige niet tot haar bevoegdheid kan rekenen. Dat laat onverlet dat, in geval een statutaire voorziening hiervoor ontbreekt, partijen gezamenlijk kunnen besluiten om de rechter te vragen om een deskundige te benoemen (art. 96 Rv).

E.P.C. Duinkerke
E.A. van de KuilenAKD

Civiel recht

175
Hoge Raad 11 juli 2014, nr. 13/04001 ECLI:NL:HR:2014:1632 (mr. Bakels, mr. Streefkerk, mr. Heisterkamp, mr. De Groot, mr. Tanja-van den Broek) Noot P.C.M. Kemp
Onrechtmatig verkregen bewijs.
Indien sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs, geldt niet als algemene regel dat de rechter daarop geen acht mag slaan. In beginsel wegen het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, alsmede het belang dat partijen erbij hebben hun stellingen in rechte aannemelijk te kunnen maken, zwaarder dan het belang van uitsluiting van bewijs. Slechts indien sprake is van bijkomende omstandigheden, is uitsluiting van dat bewijs gerechtvaardigd.
[RV art. 150]

Verweerders hebben aanvulling van hun loon gevorderd. Aan hun vordering hebben verweerders ten grondslag gelegd dat de onderneming van eiser onder de werkingssfeer van de algemeen verbindend verklaarde cao voor het Bouwbedrijf valt en dat zij dan ook recht hebben op loon overeenkomstig die cao. Eiser heeft gesteld dat de cao Hoveniersbedrijf van toepassing is. In hoger beroep heeft het hof geen acht geslagen op het rapport van de Arbeidsinspectie van 7 juli 2008 betreffende een op verzoek van FNV Bouw ingesteld administratief onderzoek naar de naleving van de cao Bouw door eiser in de periode van 1 januari 2003 tot en met 31 december 2006, omdat dit rapport naar zijn oordeel pas zo kort vóór de zitting was ingediend dat eiser is belemmerd om daarop een gedegen reactie te geven. De Hoge Raad heeft bij arrest van 3 december 2010 het arrest van het Hof 's-Gravenhage op dit punt vernietigd en het geding ter verdere behandeling en beslissing verwezen naar het Hof te Amsterdam. Vervolgens heeft het Hof Amsterdam, waarnaar de zaak was verwezen, in zijn tussenarrest van 31 januari 2012 geoordeeld dat het rapport van de Arbeidsinspectie bij de beoordeling van het geschil mag worden betrokken, zowel in verband met het moment waarop het in het geding is gebracht als in verband met de wijze waarop het is verkregen. In zijn eindarrest van 23 april 2013 heeft het hof, voornamelijk op grond van het rapport van de Arbeidsinspectie, geoordeeld dat de cao voor het Bouwbedrijf van toepassing is en de vorderingen van verweerders grotendeels toegevoegd. In verband met de wijze waarop het rapport van de Arbeidsinspectie was verkregen, komt het hof niet tot de conclusie dat het hier om onrechtmatig verkregen bewijs gaat. Aan dit oordeel legt het hof ten grondslag dat het onderzoek niet is aangevraagd door eiser zelf maar door FNV Bouw, die daarbij als vertegenwoordigster van (de belangen van) haar leden in beginsel mede een eigen belang had. Voorts geldt dat de beslissing om het desbetreffende onderzoek te gaan uitvoeren niet door FNV Bouw en/of eisers maar door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is genomen. Daarbij merkt het hof op dat eiser niet heeft gesteld dat hij, nadat de minister het desbetreffende verzoek had ingewilligd,

daartegen bij hem op voornoemde gronden heeft geprotesteerd. In dit verband acht het hof het tevens van belang dat voorafgaand aan het door FNV Bouw gedane verzoek om een onderzoek door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, eiser is verzocht om meer stukken over te leggen, maar eiser aan dit verzoek geen gehoor heeft willen geven. Op voornoemde gronden komt het hof tot het oordeel dat het rapport van de Arbeidsinspectie geen onrechtmatig verkregen bewijs betreft.

[eiser], wonende te [woonplaats],
Eiser tot cassatie,
advocaat: mr. A.H.M. van den Steenhoven,
tegen

1. [verweerder 1],
2. [verweerder 2],
beiden wonende te [woonplaats],
Verweerders in cassatie,
advocaat: mr. S.F. Sagel.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiser], [verweerder 1] en [verweerder 2].

Hoge Raad:

(...; Red.)

3 Beoordeling van het middel

3.1 Voor de feiten en het procesverloop tot aan het hiervoor in 1 genoemde arrest van de Hoge Raad van 3 december 2010 wordt verwezen naar rov. 3.1 en 3.2 van dat arrest.

3.2.1 Tussen partijen is in geschil of op de tussen hen gesloten arbeidsovereenkomsten de CAO voor het Bouwbedrijf (hierna: CAO Bouw) dan wel de CAO Hoveniersbedrijf van toepassing is.

3.2.2 FNV Bouw heeft op de voet van art. 10 van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (hierna: Wet AVV) een rapport van de Arbeidsinspectie van 7 juli 2008 verkregen, betreffende een administratief onderzoek naar de naleving van de CAO Bouw door [eiser] in de periode van 1 januari 2003 tot en met 31 december 2006 (hierna: het rapport). In het onderhavige cassatieberoep gaat het om de vraag of dit rapport bij de beoordeling van het geschil mag worden betrokken. [eiser] meent dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, omdat het onderzoek ingevolge het bepaalde in art. 10 Wet AVV slechts had mogen worden verzocht met het oog op een door FNV Bouw zelf in te stellen rechtsvordering.

3.2.3 In zijn tussenarrest heeft het hof daarover overwogen: "4.12 Met betrekking tot de vraag of het onderhavige rapport bewijs betreft dat onrechtmatig is verkregen, overweegt het hof als volgt. Blijkens de brief van de Arbeidsinspectie van 8 juli 2008, waarbij het rapport van de Arbeidsinspectie aan FNV Bouw IBB is toegezonden, heeft FNV Bouw het desbetreffende onderzoek aangevraagd bij de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. [eiser] heeft hieromtrent gesteld dat het rapport is opgesteld op basis van artikel 10 van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van collectieve arbeidsovereenkomsten (verder: AVV), van welke bevoegdheid volgens [eiser] alleen gebruik kan worden gemaakt door een vakbond met het oog op het instellen van een rechtsvordering door die vakbond namens haar leden en niet door leden van een vakbond. Indien (slechts veronderstellenderwijs) ervan wordt uitgegaan dat deze stelling van [eiser] op zichzelf juist is, komt het hof op grond van alle omstandigheden die in dit verband relevant zijn niet tot de conclusie dat het hier om

onrechtmatig verkregen bewijs gaat. Allereerst is het onderzoek niet aangevraagd door [verweerder 1] en [verweerder 2] zelf maar door FNV Bouw, die daarbij als vertegenwoordigster van (de belangen van) haar leden in beginsel mede een eigen belang had. Voorts geldt dat de beslissing om het desbetreffende onderzoek te gaan uitvoeren niet door FNV Bouw en/of [verweerder 1] en [verweerder 2] maar door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is genomen. Daarbij merkt het hof op dat [eiser] niet heeft gesteld dat hij, nadat de minister het desbetreffende verzoek had ingewilligd, daartegen bij hem op voornoemde gronden heeft geprotesteerd. Ten slotte staat vast dat [verweerder 1] en [verweerder 2], voorafgaand aan het door FNV Bouw gedane verzoek om een onderzoek door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, in de procedure [eiser] heeft verzocht meer stukken – waarover [verweerder 1] en [verweerder 2] niet beschikten en niet konden beschikken, omdat deze betrekking hadden op de boekhouding van [eiser] – over te leggen teneinde de hoofdvraag te kunnen (doen) beantwoorden (zie bijvoorbeeld akte wijziging en/of vermeerdering van eis en instellen van een voorwaardelijke incidentele vordering mede houdende memorie van antwoord in incidenteel appel van 21 maart 2008 onder 13 en 14) maar [eiser] aan dit verzoek geen gehoor heeft willen geven (zie onder meer memorie van antwoord in het incident tevens akte uitlating vermeerdering van eis tevens akte uitlating productie in het principaal appel tevens akte overlegging productie van 3 april 2009 onder 28-30).

4.13 Nu uit het voorgaande volgt dat het rapport van de Arbeidsinspectie geen onrechtmatig verkregen bewijs betreft, kan ook hierin geen grond worden gevonden om het rapport niet in de beoordeling van het onderhavige geschil (in het principaal appel) te betrekken.”

In zijn eindarrest heeft het hof ook de overige verweren van [eiser] tegen het rapport verworpen en de vorderingen van [verweerder 1] en [verweerder 2], strekkend tot betaling van loon overeenkomstig de CAO Bouw, toegewezen.

3.3.1 Volgens het middel, dat is gericht tegen de hiervoor in 3.2.3 aangehaalde overwegingen van het tussenarrest, heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip onrechtmatig verkregen bewijs. Betoogd wordt dat, bij het door het hof veronderstellenderwijs aanvaarde uitgangspunt dat art. 10 Wet AVV een vakbond slechts de mogelijkheid biedt een onderzoek door de arbeidsinspectie te verzoeken met het oog op een door de vakbond zelf te voeren rechtsgeding, de onrechtmatige verkrijging van het bewijs in de onderhavige zaak gegeven is. Het hof had vervolgens aan de hand van een belangafweging moeten beoordelen of het rapport niettemin als bewijsmiddel toelaatbaar was.

Voorts acht het middel het oordeel dat het rapport als bewijsmiddel toelaatbaar is, ontoereikend gemotiveerd.

3.3.2 [verweerder 1] en [verweerder 2] betogen dat [eiser] geen belang heeft bij deze klacht, omdat een vakbond ook van de in art. 10 Wet AVV geboden mogelijkheid gebruik kan maken met het oog op een (niet door haarzelf maar) door haar leden ingestelde of in te stellen rechtsvordering, zodat het door het hof bij wijze van veronderstelling aanvaarde uitgangspunt onjuist is. Dit betoog gaat niet op. Art. 10 Wet AVV, zoals dat gold tot 1 januari 2014, luidde (thans: art. 10 lid 1 Wet AVV): “Indien een of meer verenigingen van werkgevers of van werknemers, op wier verzoek een verbindendverklaring is uitgesproken, het vermoeden gegrond achten, dat in een onderneming een of meer der verbindend verklaarde bepalingen niet worden nageleefd, kunnen zij met het oog op het instellen van een rechtsvordering, als bedoeld in artikel 3, Onze Minister verzoeken een onderzoek daarnaar te doen instellen. Onze Minister draagt het onderzoek op aan daartoe door hem aangewezen onder hem ressorterende

ambtenaren. Onze Minister licht de vereniging of de verenigingen, die om het onderzoek hebben gevraagd, in over hetgeen bij het onderzoek gebleken is.” Art. 3 lid 4 Wet AVV luidt: “4. De in het tweede lid bedoelde vereenigingen kunnen van werkgevers of werknemers, die in strijd handelen met verbindend verklaarde bepalingen, vergoeding vorderen van de schade, die zij of hare leden daardoor lijden. Voor zover de schade in ander nadeel dan vermogensschade bestaat, zal als vergoeding een naar billijkheid te bepalen bedrag verschuldigd zijn.” Het in art. 10 Wet AVV bedoelde verzoek kan derhalve slechts worden gedaan met het oog op het instellen van een rechtsvordering als bedoeld in art. 3 Wet AVV, waarmee blijkens het vierde lid van dat artikel wordt bedoeld op een door de betrokken vakvereniging in te stellen vordering. Anders dan namens [verweerder 1] en [verweerder 2] wordt bepleit, biedt (ook) de totstandkomingsgeschiedenis van art. 10 Wet AVV geen aanknopingspunt voor de uitleg dat het verzoek mede kan worden gedaan ten behoeve van een door de leden van die vereniging in te stellen vordering. Zoals blijkt uit de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.6.1-2.6.5 weergegeven parlementaire geschiedenis van de art. 3 en 10 Wet AVV, was de wetgever terughoudend bij het inzetten van publiekrechtelijke middelen ten behoeve van civielrechtelijke handhaving van uit een algemeen verbindend verklaarde cao voortvloeiende verplichtingen. Daarbij is van belang dat aan individuele werknemers civielrechtelijke middelen ter beschikking staan om informatie te vergaren ten behoeve van de handhaving van hun rechten. Het door het hof bij wijze van veronderstelling aanvaarde uitgangspunt is derhalve juist.

3.4.1 Het middel faalt. Daartoe is het volgende redengevend.

De omstandigheid dat bewijsmateriaal op onrechtmatige wijze is verkregen door een ander dan de procespartij die het wil gebruiken, brengt nog niet mee dat dit materiaal ook door die procespartij onrechtmatig is verkregen. Het gaat erom of die procespartij zelf het bewijsmateriaal onrechtmatig heeft verkregen. Of hiervan sprake is moet worden beoordeeld aan hand van alle omstandigheden van het geval (vgl. HR 7 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0500, NJ 1993/78).

3.4.2 Het oordeel van het hof moet aldus worden begrepen dat, ook indien juist zou zijn dat het rapport door FNV Bouw is verzocht en verkregen met voorbijgaan aan het beperkte doel waartoe de in art. 10 Wet AVV bedoelde bevoegdheid is gegeven, uit de omstandigheden van dit geval niet blijkt dat het rapport door [verweerder 1] en [verweerder 2] onrechtmatig is verkregen. Gelet op hetgeen hiervoor in 3.4.1 is overwogen, geeft dat oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

3.4.3 Het oordeel dat het rapport door [verweerder 1] en [verweerder 2] niet onrechtmatig is verkregen is evenmin ontoereikend gemotiveerd. De enkele omstandigheid dat de advocaat in dienstbetrekking van FNV Bouw die het onderzoek heeft aangevraagd, tevens de advocaat is van [verweerder 1] en [verweerder 2], noopte het hof niet tot een ander oordeel.

3.5 Opmerking verdient nog dat ook indien wordt vastgesteld dat bewijsmateriaal door de partij die zich erop beroept onrechtmatig is verkregen, gelet op het bepaalde in art. 152 Rv niet als algemene regel geldt dat de rechter daarop geen acht mag slaan. In beginsel wegen het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, alsmede het belang dat partijen erbij hebben hun stellingen in rechte aanneemelijk te kunnen maken, zwaarder dan het belang van uitsluiting van bewijs. Slechts indien sprake is van bijkomende omstandigheden, is uitsluiting van dat bewijs gerechtvaardigd (HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942).

4 Beslissing

De Hoge Raad:
verwerpt het beroep;
veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerder 1] en [verweerder 2] begroot op € 380,34 aan verschotten en € 2200,= voor salaris.

NOOT

1. Relevante overwegingen

Deze zaak draait om een vraag van onrechtmatig bewijs in verband met het gebruik van een rapport van de Arbeidsinspectie dat in strijd met art. 10 Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van collectieve arbeidsovereenkomsten (verder: Wet AVV) zou zijn verkregen. Volgens eiser gaat het hof uit van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip 'onrechtmatig verkregen bewijs'. Eiser legt aan zijn standpunt ten grondslag dat de onrechtmatige verkrijging van het bewijs reeds gegeven is met de presumptie van het gerechtshof, dat het bepaalde in art. 10 Wet AVV een vakbond slechts de mogelijkheid biedt een onderzoek door de Arbeidsinspectie te verzoeken met het oog op een door haarzelf (namens haar leden) te voeren rechtsgeding, terwijl vaststaat dat het rapport van de Arbeidsinspectie is gebruikt voor een procedure door twee individuele werknemers. Eiser stelt daarnaast dat de overweging, dat het onderzoek niet is aangevraagd door verweerders maar door FNV Bouw, die daarbij als vertegenwoordigster van haar leden in beginsel mede een eigen belang had, de beslissing van het hof dat geen sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs niet kan dragen nu die stelling niet door verweerders is betrokken. Tot slot stelt eiser dat de overweging, dat niet is gebleken dat eiser bij de minister heeft geprotesteerd tegen inwilliging van het verzoek van FNV Bouw tot het doen uitvoeren van een onderzoek op grond van art. 10 Wet AVV, de beslissing van het hof dat geen sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs evenmin kan dragen, nu er op dat moment nog geen sprake van was dat de resultaten van dit onderzoek gebruikt zouden worden in de onderhavige procedure, zodat dit feit niet van belang kan zijn bij de beoordeling van de vraag of sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs.

2. Belangenafweging

Ten aanzien van de beoordeling van de hiervoor beschreven klachten is van belang om in ogenschouw te houden dat eerst de vraag dient te worden beantwoord of sprake is onrechtmatig verkregen bewijs. Indien zulks het geval is, dient de vraag te worden beantwoord of het bewijs mag worden gebruikt. De beantwoording van de vraag of ook het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs toelaatbaar is, vindt plaats aan de hand van een belangenafweging. Die afweging is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Onder meer is van belang of de partij die het bewijs wil gebruiken, dezelfde is als de partij door wie het bewijs onrechtmatig is verkregen.

3. Onder bijzondere omstandigheden onrechtmatig

Het gebruik van informatie die door een ander onder valse voorwendselen was verkregen, werd toelaatbaar geacht in Hoge Raad 7 februari 1992 (*Slempkes/Nool*). In dit arrest is beslist dat ook ingeval van zonder toestemming opgenomen privégesprekken bijkomende omstandigheden vereist zijn voordat in een civielrechtelijk geding dit bewijsmiddel als onrechtmatig verkregen valt aan te merken. De gedaagde had in deze zaak geen bijkomende omstandigheden genoemd. Het arrest van 12 februari 1993 van de Hoge Raad (*W./gemeente Spijkenisse*) betrof

een geval waarin de gemeente in het kader van bijstandsverhaal achter de rug van de betrokkene om informatie over hem had ingewonnen bij zijn werkgever. De Hoge Raad overwoog dat schending van de wettelijke verplichting om de betrokkene vooraf in kennis te stellen onder bijzondere, door de betrokkene te stellen en zo nodig aannemelijk te maken, omstandigheden wegens inbreuk op art. 8 EVRM onrechtmatig zou kunnen zijn. Maar ook indien het nalaten van voorafgaande kennisgeving als onrechtmatig moet worden beschouwd, noopt dat er nog niet toe de daarna gevraagde inlichtingen in elk geval als onrechtmatig verkregen bewijs in de verhaalsprocedure buiten aanmerking te laten.

4. Vrije bewijsleer; art. 152 Rv

In het licht van voorgaande uitspraken heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 18 april 2014 (ECLI:NL:HR:2014:942) het volgende overwogen: "Art. 152 Rv bepaalt dat bewijs door alle middelen kan worden geleverd en dat de waardering van het bewijs aan het oordeel van de rechter is overgelaten, tenzij de wet anders bepaalt. In een civiele procedure geldt niet als algemene regel dat de rechter op onrechtmatig verkregen bewijs geen acht mag slaan. In beginsel wegen het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, alsmede het belang dat partijen erbij hebben hun stellingen in rechte aannemelijk te kunnen maken, welke belangen mede aan art. 152 Rv ten grondslag liggen, zwaarder dan het belang van uitsluiting van bewijs. Slechts indien sprake is van bijkomende omstandigheden, is terzijdelegging van dat bewijs gerechtvaardigd (HR 7 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZCo500, NJ 1993/78, en HR 12 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZCo860, NJ 1993/599)". De eerder genoemde belangenafweging valt dus blijkens het arrest van 18 april 2014 in beginsel uit ten voordele van het gebruik van het bewijs.

5. Conclusie

Gelet op het hiervoor overwogene is het niet verbazingwekkend dat de Hoge Raad in onderhavig geschil overweegt dat de omstandigheid dat bewijsmateriaal op onrechtmatige wijze is verkregen door een ander dan de procespartij die het wil gebruiken, nog niet meebrengt dat dit materiaal ook door die procespartij onrechtmatig is verkregen. Het gaat erom of die procespartij zelf het bewijsmateriaal onrechtmatig heeft verkregen. Of hiervan sprake is, moet worden beoordeeld aan hand van alle omstandigheden van het geval (vgl. HR 7 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZCo500, NJ 1993/78). Ook dit uitgangspunt wordt door de Hoge Raad in het voordeel van het gebruik van het bewijs uitgelegd. Overwogen wordt namelijk dat indien juist zou zijn dat het rapport door FNV Bouw is verzocht en verkregen met voorbijgaan aan het beperkte doel waartoe de in art. 10 Wet AVV bedoelde bevoegdheid is gegeven, uit de omstandigheden van dit geval niet blijkt dat het rapport door verweerders onrechtmatig is verkregen. Uit het voorgaande volgt dat in een civiele procedure – binnen bandbreedtes – niet spoedig zal worden aangenomen dat sprake is van onrechtmatig bewijs en indien daarvan sprake is, dat dergelijk bewijs niet mag worden gebruikt. Zulks is naar mijn mening te verklaren vanwege de belangenafweging die bij dit leerstuk centraal staat.

P.C.M. Kemp
Banning N.V.

176

Hoge Raad
11 juli 2014, nr. 13/01164
ECLI:NL:HR:2014:1643
(mr. Bakels, mr. Van Buchem-Spapens, mr. Streefkerk, mr. Snijders, mr. Polak)
(concl. A-G mr. De Vries Lentsch-Kostense (niet opgenomen; Red.))
Noot P.H. Bossema-de Greef

Schuldeisersverzuim.

Moment waarop schuldeisersverzuim en gevolgen daarvan eindigen. De Hoge Raad overweegt dat indien, nadat schuldeiser zich alsnog tot medewerking aan nakoming bereid verklaart, de schuldenaar zijn prestatie niet direct kan verrichten, maar daarvoor redelijkerwijs nog enige voorbereidingstijd nodig is. De gevolgen van schuldeisersverzuim eindigen zodra schuldenaar redelijkerwijs weer tot nakoming in staat is. Pas op dat moment is immers het van de zijde van schuldeiser opgekomen beletsel voor de schuldenaar om zijn verbintenis na te komen, uitgewerkt.

[BW art. 6:58, 6:69]

954

Verweerster in cassatie (hierna 'Rito Holding') kocht van eiseres tot cassatie (hierna 'Sepeba') in 2001 een perceel bouwgrond, welke ook werd geleverd. Voorafgaand aan voornoemde levering sloten partijen een overeenkomst met betrekking tot ontwikkeling van deze grond. Het litigieuze perceel werd in verband met de herontwikkeling in vier afzonderlijke percelen gesplitst. De overeenkomst bepaalde dat Sepeba met derden koop-/aannemingsovereenkomsten zou sluiten en dat Rito Holding op eerste verzoek van Sepeba gehouden was haar medewerking te verlenen aan levering van de desbetreffende percelen aan de betrokken derden. De partijen kwamen overeen dat tot aan het realiseren van de verkoop en levering van het eerste perceel aan de betrokken derde Rito Holding een rentevergoeding van Sepeba zou ontvangen over de koopsom die Rito Holding aan Sepeba had betaald. In 2001 werd de eerste kavel verkocht en geleverd. Daarna werd niets meer verkocht en geleverd. Vervolgens ontstond tussen partijen onenigheid over de verdeling van de verkoopopbrengsten. In 2008 verkocht Sepeba een perceel aan haar directeur. Rito Holding leverde geen medewerking aan de levering van het litigieuze perceel. Sepeba dagvaardde Rito Holding en vorderde Rito Holding op straffe van een dwangsom te bevelen om voor de notaris te verschijnen om medewerking aan de levering van het perceel te verlenen. De rechtbank en het hof wezen de vordering toe. De Hoge Raad stelde vast dat Sepeba niet eerder dan pas na verloop van 35 dagen na de schriftelijke mededeling aan Rito Holding in staat zal zijn het perceel aan de betrokken derde te leveren. Pas dan is het schuldeisersverzuim van Rito Holding gezuiverd en gaat de contractueel overeengekomen rente lopen.

Sepeba BV, gevestigd te Zaandam,
Eiseres tot cassatie,
advocaat: mr. K. Aantjes,
tegen
Rito Holding BV, gevestigd te Heiloo,
Verweerster in cassatie,
niet verschenen.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Sepeba en Rito.

Hoge Raad:

1 *Het geding in feitelijke instanties*

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

a. de vonnissen in de zaak 106992 / HA ZA 08-987 van de rechtbank Alkmaar van 4 maart 2009, 17 februari 2010 en 11 mei 2011;

b. de arresten in de zaak 200.089.074/01 van het gerechtshof Amsterdam van 20 december 2011 en 18 december 2012.

Het arrest van het hof van 18 december 2012 is aan dit arrest gehecht.

2 *Het geding in cassatie*

Tegen laatstvermeld arrest van het hof heeft Sepeba beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Tegen Rito is verstek verleend.

De zaak is voor Sepeba toegelicht door haar advocaat.

De conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot afdoening van de zaak als onder 16 van de conclusie is vermeld.

De advocaat van Sepeba heeft bij brief van 9 mei 2014 op die conclusie gereageerd.

3 *Beoordeling van het middel*

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de in de conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal onder 2 vermelde feiten. Deze komen op het volgende neer.

(i) Rito heeft in januari 2001 van Sepeba een perceel bouwgrond te Zaandam gekocht voor een koopsom van f 960.000,= (f 400,= per m²). Levering heeft plaatsgevonden op 9 maart 2001.

(ii) Partijen hebben in januari 2001 voorts een overeenkomst gesloten met betrekking tot de ontwikkeling van voormelde grond. In verband daarmee is het perceel gesplitst in vier afzonderlijke percelen, genummerd 1 t/m 4. In de overeenkomst is onder meer opgenomen dat Sepeba ten aanzien van die afzonderlijke percelen koop-/aannemingsovereenkomsten met derden zal sluiten en dat Rito op eerste verzoek van Sepeba gehouden is haar medewerking te verlenen aan de levering van de desbetreffende percelen aan die derden (door middel van een zogenoemde ABC-transactie).

(iii) Met betrekking tot de financiële afrekening na iedere verkoop van een afzonderlijk perceel is overeengekomen dat Rito over de koopsom van f 960.000,= tot aan de datum dat een perceel zal zijn verkocht en geleverd aan een derde-koper, een rentevergoeding van Sepeba zal ontvangen van 7,5% per jaar; de rente zal ingaan op de datum waarop het terrein door Sepeba aan Rito bij notariële akte zal zijn geleverd en zal (per perceel) worden berekend tot de datum van verkoop en overdracht aan de derde-koper. Voorts is bepaald op welke wijze de gerealiseerde opbrengst van de verkoop tussen partijen wordt verdeeld.

(iv) Een eerste kavel is verkocht en geleverd in 2001. Daarna viel de verkoop aan derden stil en mede daardoor ontstonden tussen partijen wrijvingen. In juni 2007 zijn nadere afspraken gemaakt over de wijze van verdeling van de te realiseren verkoopopbrengsten.

(v) Bij overeenkomst van 3 juli 2008 heeft Sepeba perceel 1 voor een bedrag van € 367.760,= verkocht aan haar directeur [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]).

In de overeenkomst is opgenomen dat levering zal plaatsvinden

op 31 augustus 2008, of zoveel eerder of later als partijen nader overeenkomen. Rito heeft aan levering van het perceel geen medewerking verleend, omdat zij met Sepeba van mening verschilde over de wijze waarop de overeengekomen financiële afrekening moest plaatsvinden.

3.2 Voor zover voor de hierna volgende beoordeling nog van belang, vordert Sepeba in dit geding een bevel aan Rito om op straffe van een dwangsom op eerste verzoek bij de notaris te verschijnen teneinde haar medewerking te verlenen aan de levering van perceel 1 aan [betrokkene 1]. Zowel de rechtbank als het hof heeft deze vordering grotendeels toegewezen.

3.3 De onderdelen II en III hebben betrekking op de in verband met de levering van perceel 1 door Sepeba aan Rito te betalen rente van 7,5% per jaar (zie hiervoor in 3.1 onder (iii)). Het hof overwoog daaromtrent in rov. 3.17 – 3.19 als volgt.

“3.17. (...) Rito kan niet worden gevolgd in haar betoog dat haar niet verweten kan worden dat de levering van het perceel ‘kavel 1’ niet heeft plaatsgevonden. Rito is mogelijkterwijs wel bereid mee te werken aan de levering, maar zij wenst niet dat er zou worden afgerekend op de wijze zoals Sepeba voorstaat. Uit hetgeen hierboven is overwogen, volgt dat die opstelling geen stand houdt.

De berekening van Sepeba is in beginsel juist. Rito verkeert daarom in schuldeisersverzuim en de rechtbank heeft terecht een einddatum bepaald tot waarop de rentevergoeding doorloopt.

De rechtbank heeft de dag van de inleidende dagvaarding, 3 december 2008, als einddatum genoemd. Sepeba is daartegen niet in hoger beroep opgekomen, zodat die datum in beginsel tot uitgangspunt moet worden genomen.

3.18. De aan Rito te betalen prijs voor de grond zal derhalve moeten worden vastgesteld in plaats van op € 294,92 op (de oorspronkelijke prijs per m² van f 400,= in euro's:) € 182,= per m² te vermeerderen met de jaarlijks cumulerende rente van 7,5% per jaar vanaf 9 maart 2001 tot 3 december 2008. De rente zal wederom beginnen te lopen zodra Rito expliciet en schriftelijk aan Sepeba te kennen geeft dat zij in overeenstemming met de voorwaarden in het dictum van dit arrest zal meewerken aan levering van het perceel aan [betrokkene 1] en, in dat geval, doorlopen tot aan de datum van levering.

3.19. Grief I in principaal appel slaagt in zoverre. De overige klachten in grief I falen. Met de rechtbank veronderstelt het hof dat de notaris tijdig vooraf aan Rito een conceptafrekening en een concept-transportakte toezendt en dat Rito tijdig vooraf op de hoogte zal worden gesteld van de beoogde leveringsdatum. Om daarover geen misverstand te laten bestaan, zal het hof een en ander in een nieuw geformuleerd dictum opnemen. Rito kan niet worden gevolgd in haar standpunt dat de conceptafrekening haar voorafgaande goedkeuring nodig heeft. (...)” Het hof heeft vervolgens Rito op straffe van een dwangsom veroordeeld:

“om op eerste verzoek van Sepeba te verschijnen bij notaris (...), teneinde medewerking te verlenen aan de levering aan [betrokkene 1] van [perceel 1], onder de voorwaarden:

A. de leveringsdatum zal uiterlijk dertig dagen daaraan voorafgaand schriftelijk aan Rito worden meegedeeld, waarbij aan haar een concept-afrekening en een concept-transportakte zal worden toegezonden;

B. de afrekening tussen partijen zal geschieden op de wijze als in overweging 3.8 van het eindarrest is weergegeven [conform de berekening van Sepeba zoals deze bij inleidende dagvaarding in het geding is gebracht], echter met uitzondering van de in die opstelling genoemde prijs van € 294,92 per m², welke prijs opnieuw zal moeten worden berekend met inachtneming van hetgeen is bepaald in overweging 3.18 van het eindarrest, en

met correctie van de overige in die opstelling vermelde geldbedragen die op grond van een aanpassing van deze prijs gecorrigeerd moeten worden”.

3.4 Onderdeel II komt op tegen het oordeel van het hof in rov. 3.18 dat de door Sepeba aan Rito te betalen prijs voor perceel 1 moet worden vastgesteld op f 400,= (€ 182,=) per m² te vermeerderen met de jaarlijks cumulerende rente van 7,5% per jaar vanaf 9 maart 2001 tot 3 december 2008. Volgens het onderdeel begint die rente niet te lopen op 9 maart 2001 maar op 1 januari 2002, aangezien partijen de rente tot en met 31 december 2001 reeds hadden afgerekend. Het onderdeel slaagt op de gronden vermeld in de conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal onder 10.

3.5 Onderdeel III is gericht tegen het oordeel van het hof in de laatste volzin van rov. 3.18 dat de rente wederom zal beginnen te lopen zodra Rito expliciet en schriftelijk aan Sepeba te kennen geeft dat zij in overeenstemming met de voorwaarden in het dictum van dat arrest zal meewerken aan levering van het perceel aan [betrokkene 1] en dat de rente, in dat geval, zal doorlopen tot aan de datum van levering. Het onderdeel klaagt onder meer dat het hof heeft miskend dat het schuldeisersverzuim van Rito eerst eindigt indien zij daadwerkelijk zal hebben meegewerkt aan de levering van het perceel aan [betrokkene 1], en in ieder geval niet reeds op het moment dat zij aan Sepeba te kennen zal hebben gegeven dat zij in overeenstemming met de voorwaarden in het dictum van het arrest zal meewerken aan levering.

3.6.1 In cassatie is op grond van rov. 3.17 uitgangspunt (a) dat Rito in schuldeisersverzuim verkeert doordat zij heeft belet dat Sepeba perceel 1 door middel van een ABC-transactie aan [betrokkene 1] levert en vervolgens die transactie afrekent met Rito zoals tussen hen beiden overeengekomen, en (b) dat de door Sepeba ter zake van perceel 1 aan Rito contractueel verschuldigde rente over een bedrag van f 400,= per m², als gevolg van het schuldeisersverzuim van Rito vanaf 3 december 2008 niet langer doorloopt.

3.6.2 De beslissing van het hof in rov. 3.18 dat de rente wederom begint te lopen zodra Rito expliciet en schriftelijk aan Sepeba mededeelt dat zij in overeenstemming met het dictum van het eindarrest zal meewerken aan levering van het perceel aan [betrokkene 1], en vanaf dat moment doorloopt tot aan de datum van levering, is kennelijk gegrond op het oordeel dat door de genoemde mededeling het beletsel voor Sepeba om te leveren, en daarmee het schuldeisersverzuim van Rito, ten einde is gekomen. De tegen dit oordeel gericht klacht is ten dele gegrond.

3.6.3 Indien, nadat de schuldeiser zich (alsnog) tot medewerking aan de nakoming bereid heeft verklaard, de schuldenaar zijn prestatie niet aanstonds kan verrichten maar daarvoor redelijkerwijs nog enige voorbereidingstijd nodig heeft, eindigen de gevolgen van het schuldeisersverzuim pas zodra de schuldenaar redelijkerwijs weer tot nakoming in staat is. Pas op dat moment is immers het van de zijde van de schuldeiser opgekomen beletsel voor de schuldenaar om zijn verbintenis na te komen, uitgewerkt.

3.6.4 In het onderhavige geval staat vast dat Sepeba, alvorens tot levering te kunnen overgaan, overeenkomstig voorwaarde A in het dictum van het arrest van het hof (hiervoor in 3.3 geciteerd) in ieder geval een termijn van dertig dagen in acht moet nemen om Rito van de voorgenomen transportdatum op de hoogte te stellen.

Deze voorwaarde is op verzoek van partijen door het hof opgelegd teneinde nieuwe problemen rond de afwikkeling en afrekening van de transactie te voorkomen, en is derhalve te beschouwen als een uitvloeisel van de door het schuldeisersverzuim van Rito veroorzaakte onenigheid. Bovendien zullen,

voordat Sepeba de transportdatum aan Rito kan mededelen, redelijkerwijs ook nog enige dagen nodig zijn om de transportdatum met [betrokkene 1] en de notaris af te stemmen en de in voorwaarde A bedoelde concept-afrekening en concept-transportakte te doen opstellen. Nu de omvang van deze extra benodigde termijn een feitelijk punt van ondergeschikte aard betreft (art. 421 Rv), stelt de Hoge Raad met het oog op de afdoening van de zaak deze extra benodigde termijn in het onderhavige geval op vijf dagen.

3.6.5 Het voorgaande brengt mee dat Sepeba redelijkerwijs niet eerder dan pas na verloop van 35 dagen na de door het hof genoemde schriftelijke mededeling van Rito, in staat zal zijn het perceel aan [betrokkene 1] te leveren. Pas na verloop van deze termijn is het schuldeisersverzuim van Rito gezuiverd doordat dan geen beletsel meer bestaat voor nakoming door Sepeba, en dient de door Sepeba te betalen contractueel overeengekomen rente weer te gaan lopen. De hiervoor in 3,5 weergegeven klacht is in zoverre gegrond.

3.6.6 De klacht faalt evenwel voor zover zij ertoe strekt dat het schuldeisersverzuim pas eindigt op het moment dat Rito daadwerkelijk zal hebben meegewerkt aan de levering van het perceel. Het is immers aan Sepeba om, wanneer zij daartoe (na het wegvallen van het door Rito opgeworpen beletsel) redelijkerwijs weer in staat is, de levering te doen plaatsvinden, bij uitblijven waarvan zij de contractueel overeengekomen rente dient te voldoen. Zou Rito wederom ten onrechte haar medewerking aan de levering weigeren, dan raakt zij vanaf dat moment opnieuw in schuldeisersverzuim.

3.7 De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

3.8 De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen op de wijze als hierna bepaald.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

bepaalt, in zoverre met vernietiging van het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 18 december 2012, dat de in rov. 3.18 van dat arrest genoemde jaarlijks cumulerende rente van 7,5% per jaar verschuldigd is vanaf 1 januari 2002 tot 3 december 2008, en dat die rente wederom zal beginnen te lopen na ommekomst van vijfendertig dagen nadat Rito expliciet en schriftelijk aan Sepeba te kennen geeft dat zij in overeenstemming met de voorwaarden in het dictum van dat arrest zal meewerken aan levering van het perceel aan [betrokkene 1] en, in dat geval, zal doorlopen tot aan de datum van levering; veroordeelt Rito in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Sepeba begroot op € 904,89 aan verschotten en € 2600,= voor salaris.

NOOT

In het onderhavige arrest stond het leerstuk schuldeisersverzuim centraal. Concreet was hier de vraag aan de orde wanneer het schuldeisersverzuim precies eindigde. Ter verduidelijking schets ik eerst kort wat algemene opmerkingen over schuldeisersverzuim. Afdeling 8 van Boek 6 BW regelt het zogenaamde schuldeisersverzuim (crediteursverzuim). In het eerste artikel van afdeling 8, te weten art. 6:58 BW wordt een van de twee wijzen van ontstaan van schuldeisersverzuim geregeld. In art. 6:58 BW is namelijk bepaald dat schuldeisersverzuim zich voordoet indien de schuldeiser niet de medewerking verleent die noodzakelijk is voor de schuldenaar om zijn verbintenis na te komen. Hierbij is van

belang op te merken dat gedurende het schuldeisersverzuim de schuldenaar niet in verzuim kan geraken. Voor het intreden van schuldeisersverzuim stelt de wet niet het formele vereiste van een ingebrekestelling. Wel is de vraag of de schuldenaar van zijn zijde alles heeft gedaan wat voor de nakoming van de verbintenis nodig is. Wat in een bepaald geval noodzakelijk is, hangt sterk af van de omstandigheden van het geval (zie hiervoor uitvoerig *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2013, art. 6:58, aantekening 2, p. 2881; *MvA II, Parl. Gesch.* 6, p. 226). De regeling van het schuldeisersverzuim veronderstelt dat de schuldeiser niet verplicht is om zijn medewerking te verlenen aan de ontvangst van de prestatie die hem krachtens de verbintenis toekomt. Bij wijze van uitzondering kan op de schuldeiser echter wel degelijk een verplichting tot medewerking rusten in welk geval hij in zoverre tegelijk schuldenaar is. Bij een tekortschieten van de schuldeiser in zijn verplichting tot medewerking is dan niet slechts sprake van schuldeisersverzuim, maar tevens van 'schuldeiserswanprestatie' (zie hiervoor uitvoerig *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2013, afdeling 8 bij Boek 6, p. 2879 e.v.). Ik laat dit hier echter verder buiten beschouwing.

Het schuldeisersverzuim eindigt als de schuldeiser alsnog zijn medewerking verleent, waardoor de schuldenaar geen belemmering ondervindt bij het nakomen van de litigieuze verbintenis. Het beëindigingsmoment was juist in het onderhavige geval het punt van discussie. Waar ging het om? In 2001 kocht Rito Holding van Sepeba een perceel, welk perceel ook aan Rito Holding werd geleverd. Het was de bedoeling dat het perceel in kavels zou worden gesplitst voor herontwikkeling. In dit verband was de doelstelling dat Sepeba de kavels aan derden zou doorverkopen en dat Rito Holding bij verkoop van een kavel door Sepeba aan een derde zou meewerken aan de levering (door middel van een zogenoemde ABC-transactie). De partijen kwamen daarbij overeen dat tot aan het realiseren van de verkoop en levering van het eerste perceel aan de betrokken derde Rito Holding een rentevergoeding van Sepeba zou ontvangen over de koopsom die Rito Holding aan Sepeba had betaald. In 2008 verkocht Sepeba een perceel aan een derde. Partijen kregen onenigheid over de wijze waarop financieel afgerekend diende te worden. In weerwil van de gemaakte afspraken verleende Rito Holding echter niet de gewenste medewerking aan de levering, met als gevolg dat Sepeba niet aan een derde kon leveren. Zoals uit het voorgaande volgt, was hier sprake van schuldeisersverzuim aan de zijde van Rito Holding. Op enig moment was Rito Holding wel weer bereid tot de noodzakelijke medewerking aan de levering aan een derde koper en rees de vraag wanneer het schuldeisersverzuim van Rito Holding eindigde. Was het schuldeisersverzuim geëindigd op het moment dat Rito Holding te kennen gaf weer tot medewerking bereid te zijn, of was dat moment later gelegen? Sepeba dagvaardde Rito Holding en vorderde Rito Holding op straffe van een dwangsom te bevelen om voor de notaris te verschijnen om medewerking aan de levering van het perceel te verlenen onder de door haar gestelde voorwaarden. De rechtbank en het hof wezen ten faveure van Sepeba de voornoemde vordering toe. Volgens het hof hanteerde Sepeba een juiste wijze van 'afrekenen'. Zulks had tot gevolg dat Rito Holding in schuldeisersverzuim verkeerde zolang zij haar medewerking aan de levering van het perceel weigerde. Het hof oordeelde dat de door Sepeba verschuldigde rente zou gaan lopen zodra Rito Holding uitdrukkelijk aan Sepeba zou hebben meegedeeld dat zij alsnog haar medewerking aan de levering van het litigieuze perceel zou verlenen met dien verstande dat zulks zou plaatsvinden onder de voorwaarden zoals door het hof gesteld. Dat hield onder meer in dat Sepeba een termijn van 30 dagen in

acht moest nemen om Rito Holding van de beoogde leveringsdatum op de hoogte te stellen. Sepeba ging in cassatie. De Hoge Raad overwoog dat voor de beoordeling ten aanzien van het moment waarop het schuldeisersverzuim eindigt rekening moet worden gehouden met eventuele voorbereidingstijd die een schuldenaar redelijkerwijs nodig heeft om na te kunnen komen. Concreet hield dat in deze kwestie in dat Sepeba nog voorbereidingen diende te plegen voordat daadwerkelijk aan de derde-koper geleverd zou kunnen worden. De Hoge Raad oordeelde dat Sepeba redelijkerwijs niet eerder het perceel aan de derde-koper zou kunnen leveren dan 35 dagen nadat Rito Holding te kennen had gegeven weer te willen meewerken. Pas na deze termijn bestond geen beletsel meer voor nakoming door Sepeba. Op dat moment eindigde het schuldeisersverzuim. Het arrest laat duidelijk zien dat het moment dat de schuldeiser weer bereid is tot het verlenen van de noodzakelijke medewerking niet altijd cruciaal is voor de beoordeling wanneer het schuldeisersverzuim eindigt. Het is voor schuldeisers wel degelijk van belang om hier rekening mee te houden, nu zulks aanzienlijke financiële gevolgen kan hebben waar men niet direct per definitie grip op heeft.

P.H. Bossema-de Greef
VDB Advocaten Notarissen

177
<p>Hoge Raad 11 juli 2014, nr. 13/02493 ECLI:NL:HR:2014:1627 (mr. Bakels, mr. Streefkerk, mr. Heisterkamp, mr. Drion, mr. Tanja-van den Broek) (concl. A-G mr. Wesseling-van Gent (niet opgenomen, Red.)) Noot J. van Weerden</p>
<p>Onrechtmatige daad.</p>
<p>Hoofdsponsor van een evenement vraagt na beëindiging sponsorovereenkomst zelf licentie aan voor organisatie evenement. Onrechtmatig jegens voormalige wederpartij? Maatstaf. Duur rechtsbetrekking. Doorwerking contractueel beding in samenhangende rechtsverhoudingen. Motiveringsplicht.</p>
[BW art. 6:248 lid 1]

Bij de beoordeling van het hiertegen gerichte middel wordt vooropgesteld dat het antwoord op de vraag of het de voormalige sponsor van een evenement jegens zijn voormalige wederpartij, de organisator van dat evenement, vrijstaat dat evenement zelf te organiseren nadat de relatie van sponsoring is beëindigd, of om mee te dingen naar de daarvoor benodigde licentie, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Het enkele feit van het voormalige sponsorschap is onvoldoende om de conclusie te kunnen dragen, of om tot uitgangspunt te nemen, dat die organisatie dan wel mededinging onrechtmatig is jegens de voormalige wederpartij. Uit hetgeen in 3.4 is overwogen volgt dat het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, voor zover het (met name in het slot van rov. 4.19) heeft geoordeeld dat het Eneco, op de enkele grond dat zij vanaf 2004 hoofdsponsor van de Benelux Tour was, niet vrijstond de relatie met de Stichting en ICSO te beëindigen en

buiten hen om zelf een licentie aan te vragen voor de organisatie van die activiteit, zonder hun een (blijkens rov. 4.15: substantiële) vergoeding aan te bieden.

Diezelfde onjuiste rechtsopvatting ligt ten grondslag aan rov. 4.16, voor zover het hof daarin tot uitgangspunt neemt dat het aan Eneco als voormalig sponsor "in beginsel" niet vrijstond om het gesponsorde evenement voor de toekomst over te nemen zonder toestemming van de Stichting en ICSO.

Voorts is onvoldoende gemotiveerd het oordeel van het hof dat de omstandigheid dat partijen jarenlang met elkaar hebben samengewerkt, ook vóór 2004, in samenhang met het in art. 5 van de licentieovereenkomst besloten principe dat partijen na verloop van de overeengekomen geldigheidsduur van de licentie gezamenlijk zullen optrekken, meebrengt dat de rechtsbetrekking tussen partijen elementen bevat van een rechtsbetrekking van onbepaalde duur. Over de samenwerking tussen Eneco, de Stichting en ICSO vóór 2004 heeft het hof immers niets anders vastgesteld dan dat Eneco ook toen al sponsor was van het (mede) door de Stichting en ICSO georganiseerde wielerevenement. Deze omstandigheid kan echter niet bijdragen tot het oordeel dat de in 2004 voor bepaalde tijd gesloten sponsorovereenkomst met betrekking tot de Benelux Tour, elementen bevatte van een rechtsbetrekking van onbepaalde duur. Ook art. 5 van de licentieovereenkomst, waaraan het hof in dit verband blijkens zijn rov. 4.13 en 4.14 grote betekenis heeft toegekend, biedt daarvoor geen aanknopingspunt, omdat Eneco bij die overeenkomst geen partij was.

Voor zover het hof in rov. 4.13 heeft willen vooropstellen dat de verschillende, tussen de diverse partijen (onder wie Eneco, de Stichting en ICSO) bestaande rechtsverhoudingen, ten dele neergelegd in overeenkomsten en ten dele bestaande in feitelijke samenwerking tussen die partijen, op zodanige wijze samenhangen dat dit van belang is voor de beantwoording van de vraag wat Eneco in 2008 en volgende jaren al dan niet vrijstond, is zijn oordeel zonder toelichting onvoldoende gemotiveerd.

Weliswaar is in diverse arresten van de Hoge Raad bij de beoordeling van de rechtsverhouding tussen partijen die niet in een contractuele verhouding tot elkaar stonden, betekenis toegekend aan de feitelijk-economische samenhang die bestond tussen overeenkomsten waarbij zij wél partij waren, maar dit betekent niet dat de enkele omstandigheid dat een zodanige samenhang bestaat, steeds van belang is voor de beoordeling van de rechtsverhouding tussen de daarbij betrokken partijen. Uitgangspunt is dat overeenkomsten alleen partijen binden. Daarom dient het oordeel dat een contractueel beding doorwerkt in een daarmee samenhangende rechtsverhouding, specifiek te zijn gemotiveerd.

Eneco Holding NV, gevestigd te Rotterdam,
Eiseres tot cassatie,
advocaten: mr. R.P.J.L. Tjittes en mr. J.W. de Jong,
tegen

1. Stichting Ronde van Nederland, gevestigd te Vught,
 2. International Cycling Sports Organisation BV, gevestigd te Nijmegen,
- Verweersters in cassatie,
advocaat: mr. M.W. Scheltema.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Eneco, de Stichting en ICSO.

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. het vonnis in de zaak 194867/HA ZA 10-34 van de rechtbank Arnhem van 19 mei 2010 en 29 juni 2011;
 b. het arrest in de zaak 200.095.594 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 29 januari 2013.
 Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2 *Het geding in cassatie*

Tegen het arrest van het hof heeft Eneco beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Stichting en ICSO hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal E.M. Wesseling-van Gent strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

3. *Beoordeling van het middel*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Sinds het midden van de jaren zeventig van de vorige eeuw hebben de Stichting en haar rechtsvoorgangster de meerdaagse profwielervedstrijd Ronde van Nederland georganiseerd op basis van licenties van de landelijke wielervedfederaties. Eneco was vanaf 2001 als hoofdsponsor verbonden aan de Ronde van Nederland.

(ii) In 2004 heeft de internationale wielervedfederatie Union Cycliste Internationale (hierna: UCI) het profwielervedrenn georganiseerd en diverse wedstrijdvormen samengevoegd in de zogeheten ProTour. Bij die gelegenheid is de Benelux Tour ontstaan en is de Ronde van Nederland opgehouden te bestaan.

(iii) De voor de Benelux Tour benodigde licentie is door UCI verleend aan de Stichting en de vereniging zonder winstoogmerk naar Belgisch recht Belgium Road Runners Club (hierna: BRRC).

(iv) De Stichting en BRRC hebben hun onderlinge verhouding geregeld in een op 16 november 2004 gesloten licentieovereenkomst. Volgens art. 5 van die overeenkomst hebben partijen zich verbonden na verloop van de geldigheidsduur van de licentie van vier jaren uitsluitend gezamenlijk een nieuwe licentieaanvraag te doen.

(v) De licentie is door de Stichting en BRRC ingebracht in de v.o.f. Eneco Tour Organisation (hierna: de v.o.f.). Vennoten in de v.o.f. waren ICSO en de vennootschap naar Belgisch recht Bora BVBA (hierna: Bora).

Art. 2 van de oprichtingsakte van de v.o.f. van 4 maart 2005 bepaalt dat de vennootschap is aangegaan voor bepaalde tijd, te weten voor de duur van de licentie, eventuele verlengingen daaronder begrepen.

Art. 12.1.2 regelt de mogelijkheid van tussentijdse opzegging door een vennoot indien, gelet op de gedragingen van de andere vennoot, in redelijkheid voortzetting van de vennootschap niet kan worden gevergd. Volgens art. 12.2 geldt dan een opzegtermijn van drie maanden.

(vi) ICSO en Bora hebben elk een directeur van de v.o.f. aangesteld. ICSO stelde [betrokkene 1] als zodanig aan, en Bora benoemde [betrokkene 2] tot directeur.

(vii) Op 15 maart 2005 is tussen de v.o.f. en Eneco een sponsorovereenkomst gesloten. In die overeenkomst heeft de v.o.f. aan Eneco het recht gegeven om op te treden als de enige titelsponsor en naamgever van de Benelux Tour, waarvan de naam werd gewijzigd in de Eneco Tour. Art. 2 van de overeenkomst houdt in dat zij is aangegaan voor de duur van vier edities van de Eneco Tour, met de mogelijkheid van verlenging.

(viii) Als gevolg van een reeks incidenten is de verhouding tussen de Stichting, ICSO en [betrokkene 1] enerzijds en Bora, BRRC, [betrokkene 2] en Eneco anderzijds verstoord geraakt.

Bij brief van 11 augustus 2006 aan de directeuren van de v.o.f., [betrokkene 1] en [betrokkene 2], heeft Eneco de sponsorovereenkomst met onmiddellijke ingang opgezegd. Omdat de jaargang 2006 van de Eneco Tour voor de deur stond, heeft Eneco de opzegging van de sponsorovereenkomst vervolgens opgeschort tot 24 augustus 2006.

(ix) Bij ongedateerde brief – volgens de Stichting en ICSO op 2 november 2006 door hen ontvangen – hebben Bora en BRRC de v.o.f. opgezegd op grond van art. 12.1.2 van de vennootschapsakte. Op 6 november 2006 heeft ook ICSO de v.o.f. opgezegd.

(x) Vervolgens zijn tussen de diverse betrokken partijen enkele procedures gevoerd. Een door de Stichting c.s. aangehangig gemaakt kort geding tegen Bora, BRRC en Eneco heeft geleid tot een vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Arnhem van 3 januari 2007, waarin Eneco is verboden “om actief bij te dragen aan de exploitatie van de licentie voor de organisatie van de Eneco Tour door Bora en BRRC buiten het verband van de v.o.f.”, op straffe van een dwangsom. Tegen dit vonnis is geen rechtsmiddel aangewend.

(xi) Daarop hebben partijen een ongedateerde vaststellingsovereenkomst gesloten, die ertoe strekte om de organisatie van de jaargangen 2007 en 2008 van de Benelux Tour (inmiddels: de Eneco Tour) tot een goed einde te brengen.

(xii) Bij brief van 24 december 2007 heeft Eneco aan de v.o.f. bericht dat het haar voornemen was om “ook na de editie van de Tour in 2008 in principe verbonden te blijven aan een wielervednement onder deze naam”, onder het voorbehoud “dat de voorbereiding en het verloop van de editie 2008 eenzelfde goed organisatorisch verloop zullen kennen als de Eneco Tour van 2007.”

(xiii) Bij brief van 22 april 2008 heeft Eneco echter aan de v.o.f. meegedeeld:

“Eneco heeft na uitvoerig beraad besloten niet door te gaan met de sponsoring van de Eneco Tour op basis van de huidige organisatiestructuur. Eneco wenst in de plaats daarvan zelf een aanvraag in te dienen voor een eigen licentie, die recht geeft op de organisatie van de Eneco Tour in de periode na 2008 in een nieuwe structuur.”

(xiv) Eneco heeft op 9 juli 2008 bij UCI een aanvraag voor een licentie ingediend. De aanvraag vermeldt als “Actual Event Organizer” de Belgische vennootschap Golazo Sports NV. Ook de Stichting heeft een licentieaanvraag gedaan.

(xv) De licentiecommissie van de UCI heeft op 4 december 2008 een ProTourlicentie verleend aan Eneco voor een periode van vier jaren, van 1 januari 2009 tot en met 31 december 2012.

(xvi) De Stichting heeft de afwijzing van haar licentieaanvraag en de toewijzing van de licentie aan Eneco tevergeefs aangevochten bij het Court of Arbitration for Sport te Lausanne.

3.2 In dit geding hebben de Stichting en ICSO, samengevat weergegeven en voor zover in cassatie van belang, gevorderd dat de rechtbank (a) bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, voor recht verklaart dat Eneco onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld, met veroordeling van Eneco tot schadevergoeding nader op te maken bij staat, en (b) Eneco verbiedt om de vaste relaties van de Stichting direct of indirect te benaderen voor een mede door Eneco te organiseren wielerved, op straffe van dwangsommen. De Stichting en ICSO hebben aan deze vorderingen ten grondslag gelegd dat zij door het organiseren van (aanvankelijk de Ronde van Nederland en vervolgens) de Benelux Tour een aanzienlijke waarde hebben gecreëerd, bestaande in know how en goodwill, en in publiciteits- en reclamewaarde. In dit verband komen aan hen als “eigenaren” exclusieve rechten toe, die Eneco zich heeft toegeëigend, althans waarop Eneco inbreuk heeft gemaakt, door in 2008

zelfstandig bij UCI een licentie aan te vragen voor het organiseren van de Benelux Tour.

Eneco heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

3.3.1 De rechtbank heeft voor recht verklaard dat Eneco onrechtmatig heeft gehandeld jegens de Stichting en ICSO, en Eneco veroordeeld tot vergoeding van de door de Stichting en ICSO geleden schade, nader op te maken bij staat. Alle overige vorderingen zijn door de rechtbank afgewezen.

3.3.2 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd, voor zover aan zijn oordeel onderworpen. Het heeft daartoe met name het volgende overwogen:

“4.13 Naar aanleiding van de grieven heeft het hof zich de vraag gesteld welk het karakter is van de rechtsbetrekking zoals die tussen partijen heeft bestaan. In dit verband stelt het hof het navolgende voorop. De verschillende tussen de diverse partijen (waaronder Eneco en de Stichting en ICSO) bestaande rechtsverhoudingen, deels neergelegd in overeenkomsten en deels bestaande in feitelijke samenwerking tussen die partijen, hangen onderling samen en bij de vraag wat Eneco in 2008 en volgende jaren al dan niet vrijstond, neemt het hof die onderlinge samenhang in ogenschouw. De VOF was volgens de oprichtingsakte van 4 maart 2005 aangegaan voor de duur van de licentie, dus voor vier jaar (zij het ook met de mogelijkheid van verlenging). De sponsorovereenkomst van 15 maart 2005 was voor dezelfde duur aangegaan. De licentieovereenkomst van 16 november 2004 daarentegen betreft niet enkel de periode waarvoor de van UCI verkregen licentie geldig was. Artikel 5 van die overeenkomst bood namelijk telkens bij afloop van de licentie twee mogelijkheden: ofwel partijen zouden gezamenlijk een nieuwe licentie aanvragen, hetgeen in geval van verlening van die licentie, in het licht ook van artikel 2 van de oprichtingsakte van de VOF, tot gevolg zou hebben dat hun onderlinge samenwerking voor de duur van die nieuwe licentie werd verlengd, ofwel geen van partijen zou een nieuwe licentie aanvragen (in welk geval de onderlinge samenwerking feitelijk zou eindigen). Partijen hadden zich dus jegens elkaar verplicht om na afloop van een licentie de Benelux Tour niet opnieuw te organiseren zonder de ander daarbij te betrekken.

4.14 Voor zover de rechtsbetrekking tussen Eneco enerzijds en de Stichting en ICSO anderzijds moet worden opgevat als beperkt tot de bepaalde tijd van de geldigheidsduur van de in 2005 verkregen licentie, komt toewijzing van de vordering van Stichting en ICSO neer op “nawerking” van die rechtsbetrekking. In verband met de jarenlange samenwerking tussen partijen, ook vóór 2004, en de in artikel 5 van de licentieovereenkomst voorziene verlenging(en) na een gezamenlijke aanvraag van een nieuwe licentie, draagt de rechtsbetrekking tussen partijen echter ook elementen van een betrekking van onbepaalde duur. Eneco was weliswaar (formeel) zelf geen partij bij laatstbedoelde overeenkomst, maar in verband met de hiervoor bedoelde samenhang in de diverse rechtsbetrekkingen, “kleurt” die overeenkomst wel mede de rechtsbetrekking tussen haar en de Stichting en ICSO. Uitgaande van deze elementen van een rechtsbetrekking van onbepaalde duur doet zich een situatie voor die zich tot op zekere hoogte laat vergelijken met de opzegging van een duurovereenkomst die voor onbepaalde tijd is aangegaan.

4.15 Het hof leest het bestreden vonnis aldus dat naar het oordeel van de rechtbank het aan Eneco niet vrij stond om de relatie met de Stichting en ICSO te beëindigen en buiten hen om een licentie voor het organiseren van de Benelux Tour in 2009 en volgende jaren aan te vragen zonder aan de Stichting en ICSO een substantiële vergoeding aan te bieden. Het hof onderschrijft dat oordeel. In dit verband is van wezenlijke betekenis het karakter van de relatie zoals die jarenlang tussen Eneco en

(de rechtsvoorganger van) de Stichting en ICSO heeft bestaan, waarbij Eneco sponsor was van het (mede) door de Stichting en ICSO georganiseerde wielerevenement.

4.16 In dit verband is voor het hof niet zozeer van belang in hoeverre bij het organiseren van de Benelux Tour in 2009 en volgende jaren daadwerkelijk van dezelfde “infrastructuur” gebruik is gemaakt als in 2008 en daarvoor, omdat ook zonder hergebruik van die infrastructuur zowel uit de eisen van redelijkheid en billijkheid in de zin van onder meer artikel 6:248 lid 1 Burgerlijk Wetboek als uit het ongeschreven recht in de zin van het leerstuk van de onrechtmatige daad voortvloeit dat het aan Eneco als voormalige sponsor in beginsel niet vrijstond om het gesponsorde evenement voor de toekomst zonder toestemming van de Stichting en ICSO over te nemen. Bovendien is ook zonder hergebruik de waarde van de bedoelde infrastructuur voor de Stichting en ICSO – daargelaten in hoeverre die waarde zich in economische zin laat vaststellen en/of (deels) moreel van aard is – feitelijk verloren gegaan. Eneco erkent dat de Nederlandse markt voor de wielersport te klein is om ruimte te bieden voor een (nieuwe) Ronde van Nederland naast de Benelux Tour (memorie van grieven onder 3.22).

4.17 In verband met de aard van de relatie zoals die voorheen tussen partijen bestond, is evenmin van betekenis of de bedoelde infrastructuur met relatief beperkte inspanningen is opgebouwd, zoals Eneco aanvoert. Eneco is immers niet een derde door wiens toedoen de Stichting en ICSO hun positie binnen de Benelux Tour vanaf 2009 hebben verloren, maar de voormalige sponsor van dat evenement.

4.18 Voor het hof weegt al evenmin mee dat de mate waarin Eneco als hoofdsponsor in 2008 en eerdere jaren invloed heeft uitgeoefend of kunnen uitoefenen op het beleid en/of organisatie van de Benelux Tour. Het is niet die eventuele invloed van Eneco maar haar hoedanigheid van sponsor die bepalend is.

4.19 Op zichzelf terecht betoogt Eneco dat de Benelux Tour een nieuw evenement was, en dus niet zonder meer een voortzetting van de Ronde van Nederland. Dat brengt het hof echter niet tot een ander oordeel, omdat die omstandigheid niet wegneemt dat de verhouding zoals die tussen partijen vóór 2004 bestond, mede van invloed is op wat Eneco in haar verhouding tot de Stichting en ICSO al dan niet vrijstond. Los hiervan geldt dat wanneer het hof de relatie tussen partijen van vóór 2004 wegdenkt, het ook dan aan Eneco niet vrijstond om de relatie met de Stichting en ICSO te beëindigen en buiten hen om een licentie voor het organiseren van de Benelux Tour in 2009 en volgende jaren aan te vragen zonder aan de Stichting en ICSO een vergoeding aan te bieden. In dat geval blijft immers staan dat Eneco vanaf 2004 hoofdsponsor van de Benelux Tour was.”

3.4 Bij de beoordeling van het hiertegen gerichte middel wordt vooropgesteld dat het antwoord op de vraag of het de voormalige sponsor van een evenement jegens zijn voormalige wederpartij, de organisator van dat evenement, vrijstaat dat evenement zelf te organiseren nadat de relatie van sponsoring is beëindigd, of om mee te dingen naar de daarvoor benodigde licentie, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Het enkele feit van het voormalige sponsorschap is onvoldoende om de conclusie te kunnen dragen, of om tot uitgangspunt te nemen, dat die organisatie dan wel mededinging onrechtmatig is jegens de voormalige wederpartij.

3.5.1 Uit hetgeen hiervoor in 3.4 is overwogen volgt dat het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, voor zover het (met name in het slot van rov. 4.19) heeft geoordeeld dat het Eneco, op de enkele grond dat zij vanaf 2004 hoofdsponsor van de Benelux Tour was, niet vrijstond de relatie met de Stichting en ICSO te beëindigen en buiten hen om zelf een licentie aan

te vragen voor de organisatie van die activiteit, zonder hun een (blijkens rov. 4.15: substantiële) vergoeding aan te bieden.

Diezelfde onjuiste rechtsopvatting ligt ten grondslag aan rov. 4.16, voor zover het hof daarin tot uitgangspunt neemt dat het aan Eneco als voormalig sponsor “in beginsel” niet vrijstond om het gesponsorde evenement voor de toekomst over te nemen zonder toestemming van de Stichting en ICSO.

3.5.2 Voorts is onvoldoende gemotiveerd het oordeel van het hof dat de omstandigheid dat partijen jarenlang met elkaar hebben samengewerkt, ook vóór 2004, in samenhang met het in art. 5 van de licentieovereenkomst besloten principe dat partijen na verloop van de overeengekomen geldigheidsduur van de licentie gezamenlijk zullen optrekken, meebrengt dat de rechtsbetrekking tussen partijen elementen bevat van een rechtsbetrekking van onbepaalde duur. Over de samenwerking tussen Eneco, de Stichting en ICSO vóór 2004 heeft het hof immers niets anders vastgesteld dan dat Eneco ook toen al sponsor was van het (mede) door de Stichting en ICSO georganiseerde wielerevenement. Deze omstandigheid kan echter niet bijdragen tot het oordeel dat de in 2004 voor bepaalde tijd gesloten sponsovereenkomst met betrekking tot de Benelux Tour, elementen bevatte van een rechtsbetrekking van onbepaalde duur. Ook art. 5 van de licentieovereenkomst, waaraan het hof in dit verband blijkens zijn rov. 4.13 en 4.14 grote betekenis heeft toegekend, biedt daarvoor geen aanknopingspunt, omdat Eneco bij die overeenkomst geen partij was.

3.5.3 Voor zover het hof in rov. 4.13 heeft willen vooropstellen dat de verschillende tussen de diverse partijen (onder wie Eneco, de Stichting en ICSO) bestaande rechtsverhoudingen, ten dele neergelegd in overeenkomsten en ten dele bestaande in feitelijke samenwerking tussen die partijen, op zodanige wijze samenhangen dat dit van belang is voor de beantwoording van de vraag wat Eneco in 2008 en volgende jaren al dan niet vrijstond, is zijn oordeel zonder toelichting onvoldoende gemotiveerd.

Weliswaar is in diverse arresten van de Hoge Raad bij de beoordeling van de rechtsverhouding tussen partijen die niet in een contractuele verhouding tot elkaar stonden, betekenis toegekend aan de feitelijk-economische samenhang die bestond tussen overeenkomsten waarbij zij wél partij waren, maar dit betekent niet dat de enkele omstandigheid dat een zodanige samenhang bestaat, steeds van belang is voor de beoordeling van de rechtsverhouding tussen de daarbij betrokken partijen. Uitgangspunt is dat overeenkomsten alleen partijen binden. Daarom dient het oordeel dat een contractueel beding doorwerkt in een daarmee samenhangende rechtsverhouding, specifiek te zijn gemotiveerd.

3.6 De op het vorenstaande gerichte klachten van het middel treffen doel. Het middel behoeft voor het overige geen behandeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 29 januari 2013;

verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt de Stichting en ICSO in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Eneco begroot op € 904,89 aan verschotten en € 2600,= voor salaris.

NOOT

1. Een overwinning behalen in cassatie is voor de betrokkenen ongetwijfeld¹ een prettige gebeurtenis. In dit geval zal de vreugde van de, na een negatieve conclusie, in het gelijk gestelde eisers in cassatie wellicht des te groter zijn, omdat zij eerder te horen hebben gekregen niet over cruciale beslissingen te hebben geklaagd,^{2, 3, 4} het verwijt hebben gekregen feitelijk ongegronde klachten te hebben aangevoerd⁵ en het verweer hebben ontvangen dat zij zich van een ontoelaatbaar novum hebben bediend.⁶

2. De Hoge Raad heeft aan die verwijten geen aandacht besteed, door te oordelen dat de “op het vorenstaande gerichte” klachten van het middel doel treffen en het middel voor het overige geen behandeling behoeft. Dat “vorenstaande” betreft de hierna verwoorde oordelen van de Hoge Raad dat (verwijzing naar de rechtsoverweging):

a. (3.4) het antwoord op de vraag of het de voormalige sponsor van een evenement jegens zijn voormalige wederpartij, de organisator van dat evenement, vrijstaat dat evenement zelf te organiseren nadat de relatie van sponsoring is beëindigd, of om mee te dingen naar de daarvoor benodigde licentie, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval;

b. (3.4) het enkele feit van het voormalige sponsorschap, onvoldoende is om de conclusie te kunnen dragen, of om tot uitgangspunt te nemen, dat die organisatie dan wel mededinging onrechtmatig is jegens de voormalige wederpartij;

c. (3.5.1) het gerechtshof blij heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, voor zover het heeft geoordeeld dat het Eneco, op de enkele grond dat zij vanaf 2004 hoofdsponsor van de Benelux Tour was, niet vrijstond de relatie met de Stichting en ICSO te beëindigen en buiten hen om zelf een licentie aan te vragen voor de organisatie van die activiteit, zonder hun een substantiële vergoeding aan te bieden en voor zover het gerechtshof tot uitgangspunt neemt dat het aan Eneco als voormalig sponsor “in beginsel” niet vrijstond om het gesponsorde evenement voor de toekomst over te nemen zonder toestemming van de Stichting en ICSO;

d. (3.5.2) het oordeel van het gerechtshof onvoldoende gemotiveerd is, dat de omstandigheid dat partijen jarenlang met elkaar hebben samengewerkt, ook vóór 2004, in samenhang met het in art. 5 van de licentieovereenkomst besloten principe dat partijen na verloop van de overeengekomen geldigheidsduur van de licentie gezamenlijk zullen optrekken, meebrengt dat de rechtsbetrekking tussen partijen elementen bevat van een rechtsbetrekking van onbepaalde duur;

e. (3.5.2) het gerechtshof over de samenwerking tussen Eneco, de Stichting en ICSO vóór 2004 niets anders heeft vastgesteld dan dat Eneco ook toen al sponsor was van het (mede) door de Stichting en ICSO georganiseerde wielerevenement en dat deze

1 Behoudens allicht de Pyrrhus-variant daarvan.

2 Zie conclusie P-G sub 2.5. Men kan daar anders over denken. Uit sub 2.28, tweede alinea blijkt m.i. dat is geklaagd over de consequentie van het niet-bestreden feitelijke oordeel en dat lijkt mij voldoende. Zoals de Hoge Raad hier immers leert, heeft de enkele samenhang geen rechtsgevolg.

3 Hoewel de feitelijke constatering sub 2.24 conclusie P-G juist kan zijn, is het belang daarvan niet direct zichtbaar. Uit overweging 2.35 conclusie blijkt immers dat wel is geklaagd over de lezing door het gerechtshof van het oordeel van de rechtbank.

4 Conclusie P-G sub 2.13. Ook hier meen ik dat een andere mening verdedigbaar is, gelet op de klacht, of de strekking daarvan, die in de conclusie P-G in de tweede alinea sub 2.28 is weergegeven.

5 Zie conclusie P-G sub 2.11, 2.13, 2.17, 2.19 en 2.33.

6 Vgl. conclusie P-G sub 2.33.

omstandigheid niet kan bijdragen tot het oordeel dat de in 2004 voor bepaalde tijd gesloten sponsorovereenkomst met betrekking tot de Benelux Tour elementen bevatte van een rechtsbetrekking van onbepaalde duur, alsmede dat ook art. 5 van de licentieovereenkomst, waaraan het gerechtshof in dit verband grote betekenis heeft toegekend, daarvoor geen aanknopingspunt biedt, omdat Eneco bij die overeenkomst geen partij was;

f. (3.5.3) voor zover het gerechtshof heeft willen vooropstellen dat de verschillende tussen de diverse partijen bestaande rechtsverhoudingen, ten dele neergelegd in overeenkomsten en ten dele bestaande in feitelijke samenwerking tussen die partijen, op zodanige wijze samenhangen dat dit van belang is voor de beantwoording van de vraag wat Eneco in 2008 en volgende jaren al dan niet vrijstond, zijn oordeel zonder toelichting onvoldoende gemotiveerd is;

g. (3.5.3) weliswaar in diverse arresten van de Hoge Raad bij de beoordeling van de rechtsverhouding tussen partijen die niet in een contractuele verhouding tot elkaar stonden, betekenis is toegekend aan de feitelijk-economische samenhang die bestond tussen overeenkomsten waarbij zij wél partij waren, maar dat dit niet betekent dat de enkele omstandigheid dat een zodanige samenhang bestaat, steeds van belang is voor de beoordeling van de rechtsverhouding tussen de daarbij betrokken partijen;

h. uitgangspunt is dat overeenkomsten alleen partijen binden en dat daarom het oordeel dat een contractueel beding doorwerkt in een daarmee samenhangende rechtsverhouding, specifiek dient te zijn gemotiveerd.

3. Dat de Hoge Raad het enkele vaststellen van samenhang tussen rechtsverhoudingen niet voldoende acht voor het oordeel dat een contractueel beding doorwerkt in een daarmee samenhangende rechtsverhouding, of dat die samenhang van belang is om de rechtsverhouding tussen de daarbij betrokken partijen te beoordelen, komt niet uit de lucht vallen.

4. Op 23 januari 1998⁷ had de Hoge Raad immers al bepaald dat, of overeenkomsten zozeer met elkaar verbonden zijn dat de ene overeenkomst moet delen in het lot van de andere, in het gegeven geval moet worden vastgesteld aan de hand van uitleg van die rechtsverhouding in het licht van de omstandigheden.⁸

5. Voorts volgt uit hetgeen de Hoge Raad op 10 juli 2009⁹ heeft uitgemaakt, dat een nauwe samenhang van overeenkomsten op zichzelf bezien niet maakt dat niet-nakoming van de wederpartij onder het ene contract, aan die wederpartij onder het andere contract kan worden tegengeworpen. In de kern beslissend in de destijds berechte zaak was, volgens de Hoge Raad:

“(…) of de kopers op grond van de aanprijzingen in de advertenties in samenhang met de tekst en de strekking van de onderhavige overeenkomsten erop mochten vertrouwen dat zij, als aan de voorwaarden was voldaan, hun recht op teruggave van de koopsom zowel tegen AAC/MAC als tegen de verkopers/IKG mochten uitoefenen”.

Deze beschouwing heeft de Hoge Raad aldaar laten volgen door de regel dat: “het [daarbij] niet alleen aan[komt] op een taalkundige uitleg van de tekst van de overeenkomsten in hun onderlinge samenhang met de gehele inhoud van beide overeenkomsten, doch ook op de betekenis die partijen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan de desbetreffende

bepalingen van de overeenkomsten mochten toekennen en op hetgeen zij te dier zake redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. (...)”

6. In de laatste onder 5. hierboven geciteerde volzin herkent men de *Haviltex*-norm.

7. De vaststelling dat, verkort gesteld, relevante samenhang tussen rechtsverhoudingen bestaat dient, zo valt uit het hier besproken arrest op te maken, specifiek te worden gemotiveerd. Dat betekent vanzelfsprekend dat de procespartij die een relevante samenhang bepleit, haar stellingen ter zake evenzo specifiek gemotiveerd naar voren moet brengen. Deze eis geldt natuurlijk evenzeer voor de precieze relevantie die een dergelijke samenhang volgens die partij of volgens de rechter heeft.

8. Voor partijen die in het kader van sponsoring afspraken willen maken, is dit arrest van belang omdat daarin helder wordt gemaakt dat men elkaar na afloop van een sponsorverhouding als uitgangspunt concurrentie mag aandoen. Het is ‘laaghangend fruit’ te wijzen op de mogelijkheid een non-concurrentiebeding op te nemen.

9. Tot slot veroorloof ik het mij kort in te gaan op de gedachte die is verwoord onder 2.36 van de conclusie van de procureur-generaal, dat het de appelrechter vrijstaat om een nadere invulling te geven aan een oordeel van de rechter in de eerste aanleg, wanneer de appelrechter dat oordeel tot het zijne maakt. 10. Naar mijn mening kan die gedachte niet zonder meer worden aanvaard. De appelrechter kan immers niet zonder grief, eis of anderszins ingeleid partijdebat tot een definitieve beoordeling van de eerdere uitspraak komen, al was het maar om een verrassingsbeslissing te vermijden. In elk geval zal toch de appelrechter diens van het oordeel van de lagere rechter afwijkende, want nader ingevulde oordeel, deugdelijk hebben te motiveren.¹⁰

J. van Weerden
Cassatie-advocaat te Barneveld

961

7 HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2555, NJ 1999/97, m.nt. JBMV, rechtsoverweging 3.4.2.

8 Zie ook HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4279, NJ 2000/307, m.nt. JBMV, rechtsoverweging 3.3, waar moest worden beoordeeld of een rechtsmiddel, ontleend aan de ene overeenkomst, kon worden gebruikt als verweer in het kader van de andere overeenkomst in die kwestie.

9 HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3408, NJ 2010/496, m.nt. JBMV

10 Zie aangaande de motiveringsplicht bij afwijkende waardering in hoger beroep van bewijs dat in eerste aanleg is verkregen: F. Bakels, A. Hammerstein en E. Wesseling-van Gent, *Asser Procesrecht*, 4 Deventer: Kluwer 2012, nummer 217.

Strafrecht

178
<p>Hoge Raad 2 september 2014, nr. 12/05350 ECLI:NL:HR:2014:2573 ECLI:NL:PHR:2014:1401 (mr. Van Schendel, mr. De Savornin Lohman, mr. Splinter-van Kan) (concl. A-G mr. Spronken) Noot M.L.C.C. de Bruijn-Lückers</p>
<p>Falende bewijsklacht opzettelijk telen hennep.</p>
<p>Gelet op de vaststelling van het hof inhoudende dat de verdachte de huurder en sinds september 2009 de gebruiker was van de loods waarin zich de ruimte met de hennepkwekerijen bevond met planten die, toen de opsporingsambtenaren op 16 oktober 2009 die ruimte binnengingen, drie weken oud waren, heeft het hof kunnen oordelen dat verdachte opzet had op het telen van de hennepplanten. Conclusie A-G: anders.</p>
[Opw art. 3, 11]

962

De verdachte is door het hof veroordeeld voor het telen van hennep tot een taakstraf. In cassatie wordt geklaagd dat het hof de bewezenverklaring, voor zover inhoudende dat de verdachte opzettelijk de hennepplanten heeft geteeld, ontoereikend heeft gemotiveerd. De Hoge Raad overweegt dat het hof de bewering van de verdachte dat hij het gedeelte van de loods waarin de hennepkwekerijen zijn aangetroffen, aan een hem onbekende persoon heeft verhuurd, niet geloofwaardig heeft geacht. Dat oordeel is, in aanmerking genomen hetgeen het hof daartoe heeft overwogen, niet onbegrijpelijk en leent zich niet voor verdere toetsing in cassatie. Het hof heeft blijkens de gebezigde bewijsmiddelen voorts vastgesteld dat de verdachte de huurder en sinds september 2009 de gebruiker is van de loods waarin zich de ruimte met de hennepkwekerijen bevond met planten die, toen de opsporingsambtenaren op 16 oktober 2009 die ruimte binnengingen, drie weken (ruimte I en ruimte III) respectievelijk een week (ruimte II) oud waren. Uit die feiten en omstandigheden heeft het hof het daderschap van de verdachte met betrekking tot het opzettelijk telen van die hennepplanten kunnen afleiden. De klacht is ongegrond.

De A-G overwoog dat nu dat de door het hof gebezigde bewijsmiddelen niet méér inhielden dan dat in een door verdachte gehuurde loods een hennepkwekerij is aangetroffen, zonder dat ook maar één omstandigheid was gebleken waaruit kon worden afgeleid dat verdachte daarmee enige bemoeienis had, de bewezenverklaring geen stand kon houden.

[verdachte], geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum] 1967.

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

Conclusie inzake:

1. Verdachte is bij arrest van 2 november 2012 door het gerechtshof 's-Hertogenbosch wegens "opzettelijk handelen in strijd

met een in artikel 3 onder B van de Opiumwet gegeven verbod" veroordeeld tot een taakstraf voor de duur van 120 uren.

2. Mr. M.C. van der Want, advocaat te Middelburg, heeft namens verdachte twee middelen van cassatie voorgesteld.

3. Het tweede middel klaagt dat de bewezenverklaring niet naar de eis der wet met redenen is omkleed.

4. Aan verdachte is onder feit 1 ten laste gelegd dat:

"hij in of omstreeks de periode van 1 september 2009 tot en met 16 oktober 2009, in elk geval op of omstreeks 16 oktober 2009, in de gemeente Middelburg, tezamen en in vereniging met een ander of anderen, althans alleen, al dan niet in de uitoefening van een beroep of bedrijf, opzettelijk heeft geteeld en/of bereid en/of bewerkt en/of verwerkt, in elk geval opzettelijk aanwezig heeft gehad (in een pand aan de [a-straat]) een hoeveelheid van (in totaal) ongeveer 1090, althans een groot aantal hennepplanten en/of delen daarvan, in elk geval een hoeveelheid van meer dan 30 gram van een materiaal bevattende hennep, zijnde hennep een middel vermeld op de bij de Opiumwet behorende lijst II, dan wel aangewezen krachtens artikel 3a, vijfde lid van die wet;

Subsidiair, althans indien ter zake het vorenstaande geen veroordeling zou volgen:

één of meer onbekend gebleven personen in of omstreeks de periode van 1 september 2009 tot en met 16 oktober 2009, in elk geval op of omstreeks 16 oktober 2009, in de gemeente Middelburg, met elkaar, althans één van hen, opzettelijk heeft/hebben geteeld en/of bereid en/of bewerkt en/of verwerkt, in elk geval opzettelijk aanwezig heeft/hebben gehad in een pand aan de [a-straat] (een) hoeveelheid/hoeveelheden van (in totaal) ongeveer 1090, althans een groot aantal hennepplanten en/of delen daarvan, in elk geval (telkens) een hoeveelheid van meer dan 30 gram van een materiaal bevattende hennep, zijnde hennep een middel vermeld op de bij de Opiumwet behorende lijst II, tot en/of bij het plegen van welk(e) misdrijf/misdrijven verdachte in of omstreeks de periode van 1 september 2009 tot en met 16 oktober 2009 in de gemeente Middelburg, in elk geval in Nederland, tezamen en in vereniging met anderen of een ander, althans alleen, meermalen, althans eenmaal, (telkens) opzettelijk gelegenheid en/of middelen en/of inlichtingen heeft verschaft en/of opzettelijk behulpzaam is geweest, door samen met zijn mededaders), althans alleen, aan die onbekend gebleven persoon/personen voornoemd pand voor de teelt/het kweken van hennepplanten ter beschikking te stellen".

5. Het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep van 19 oktober 2012 houdt onder meer het volgende in:

"De advocaat-generaal voert het woord tot requisitoir:

De aangetroffen hennepkwekerijen zijn in gezamenlijkheid groot en professioneel van aard. De zoon van verdachte, [betrokkene 1], heeft verklaard dat hij geen wetenschap had van de in de loods gevestigde hennepkwekerijen. (...) Verdachte heeft verklaard dat de loods is onderverhuurd aan een onbekende derde. Hij geeft als signalement een lange, blanke man met blond haar, 35 à 40 jaar oud en rijdend in een Mercedes. Deze persoon zou hem € 3000,- hebben betaald. Niemand kan iets verklaren over deze persoon. Er is geen schriftelijke overeenkomst, zijn naam is onbekend en evenmin is een woonplaats bekend.

Ik stel vast dat de hennepkwekerijen in de beschikkingsmacht van verdachte lagen. Verdachte woonde in het naastgelegen pand en had inmiddels ook zijn klusbedrijf in de loods gevestigd. Verdachte woont dus in de nabijheid van de loods en werkt in de loods. Het moet veel tijd en moeite hebben gekost om hennepkwekerijen van deze professionaliteit en omvang op te bouwen. De verbalisanten relateren dat met twee man minimaal zes weken nodig zijn geweest om de hennepkwekerijen

op te bouwen. Verdachte, die in de buurt woonde en in de loods werkte, verklaart dat hij niets mee heeft gekregen van het opbouwen van de hennepkwekerijen of het in werking zijn daarvan. Deze verklaring is volstrekt ongeloofwaardig. Verdachte moet minstens gezien of gehoord hebben dat er bedrijvigheid was in de loods.

Ik merk op dat het feit dat verdachte niet in het bezit is van een sleutel die toegang verschaft tot de hennepkwekerijen, vragen oproept [...] of verdachte samen en in vereniging met een ander of anderen heeft geteeld. Verdachte is huurder en gebruiker van de loods. Vervolgens ligt het op zijn weg om uit te leggen hoe de hennepkwekerijen in de loods, waarover hij de beschikingsmacht heeft, terecht zijn gekomen. Zijn uitleg imponeert geenzins. Hij zou de loods hebben onderverhuurd aan een derde. Hij heeft geen naam of adres en hij heeft geen schriftelijke overeenkomst. Al met al een ongeloofwaardige verklaring. Ik ga ervan uit dat anderen de hennepkwekerij hebben ingericht en onderhouden. Mijs inziens heeft verdachte daartoe ruimte en gelegenheid gegeven. Het horen, zien en zwijgen van verdachte is te kwalificeren als medeplichtigheid aan de hennepkwekerijen.

Op grond van het vorenstaande vorder ik vrijspraak van [het onder 1 primair ten laste gelegde feit]. Ik vorder bewezenverklaring van het onder 1 subsidiair ten laste gelegde feit. (...)

De raadsman voert het woord tot pleidooi:

(...) [Cliënt wist niet] dat in de door hem gehuurde loods hennepkwekerijen aanwezig waren. Cliënt heeft de loods waarin de hennepkwekerijen zijn aangetroffen zonder schriftelijk contract aan een derde verhuurd. Dat is te verklaren, gelet op de penibele financiële situatie waarin cliënt verkeerde. Hij had diverse schulden. Er was een huurder die € 3000,- wilde betalen om de loods te huren. Hij heeft deze persoon drie of vier keer gezien. Hij weet niet de naam van die persoon en hij heeft ook geen telefoonnummer. Wellicht heeft cliënt lichtvaardig gehandeld, maar dat is te verklaren door de penibele situatie waarin hij verkeerde. Cliënt heeft in dit verband verklaard dat hij niets heeft geroken en ook niet weet hoe weed ruikt. Hij heeft evenmin iets gezien. Daarbij moet worden opgemerkt dat cliënt pas sinds kort zijn spullen in de loods had geplaatst en collega [betrokkene 2] meestal in de loods werkte. Hij heeft tot vlak voor de ontmanteling van de hennepkwekerijen altijd in de loods aan de [b-straat] gewerkt.

(...) Cliënt was niet in het bezit van een sleutel en heeft geen antecedenten op het gebied van de Opiumwet. Er is geen bewijs van het opzet op het telen van hennep, dan wel de medeplichtigheid daaraan. Ik verzoek u cliënt vrij te spreken van het aan hem ten laste gelegde.”

6. Toch heeft het hof ten laste van verdachte bewezen verklaard dat:

“hij in de periode van 1 september 2009 tot en met 16 oktober 2009 in de gemeente Middelburg opzettelijk heeft geteeld (in een pand aan de [a-straat]) een hoeveelheid van in totaal 1090 hennepplanten, zijnde hennep een middel vermeld op de bij de Opiumwet behorende lijst II.”

7. Deze bewezenverklaring steunt op de volgende bewijsmiddelen:

“1. Een op ambtseed opgemaakt proces-verbaal van bevindingen (...) voor zover – zakelijk weergegeven – inhoudende als relaas van eigen waarneming en bevindingen van de verbalisanten dan wel één van hen:

Op 16 oktober 2009 reden wij, verbalisanten [verbalisant 1] en [verbalisant 2], omstreeks 21.30 uur over de [a-straat] te Middelburg. Wij zagen dat de roldeur van de achter het pand [a-straat] gelegen loods open stond. Wij, verbalisanten, zijn de loods binnen gegaan, om te kijken of de loods was opengebroken.

Wij zagen dat er zich in deze loods een afgetimmerde ruimte bevond. Deze bevond zich over de gehele breedte van de loods. Wij verbalisanten hadden sterk het vermoeden dat er zich achter deze afgetimmerde ruimte een hennepkwekerij zou bevinden.

Op een gegeven moment kwam een man de loods binnen lopen. Dit bleek later [verdachte] te zijn. Hij verklaarde dat zijn zoon [betrokkene 1] eigenaar van de loods is.

Op ons verzoek heeft [verdachte] zijn zoon [betrokkene 1] gebeld. [betrokkene 1] kwam even later ter plaatse. [betrokkene 1] verklaarde dat hij geen sleutel van de loods had. Tevens deelde hij mede dat hij de eigenaar van de loods was en dat hij deze loods verhuurde aan zijn vader [verdachte].

Wij hoorden dat [verdachte] ons toestemming gaf om de deur naar de afgetimmerde ruimte te forceren. [verdachte] heeft vervolgens met een breekijzer de beveiligingsstrip van de deur verwijderd. Ik, verbalisant [verbalisant 2], heb vervolgens de deur open gebroken.

Vervolgens hebben wij, verbalisanten [verbalisant 1] en [verbalisant 2], het afgetimmerde gedeelte betreden. Nadat wij een deur hadden geopend, rook ik, verbalisant [verbalisant 1], een hennepplucht. Wij, verbalisanten [verbalisant 1] en [verbalisant 2], zagen dat er planten in zwarte potten stonden. Wij, verbalisanten, herkenden deze planten, gelet op hun kleur, geur en vorm, als zijnde hennepplanten. Wij zagen dat er boven deze hennepplanten assimilatielampen hingen, welke in werking waren. Binnen de afgetimmerde ruimte bevonden zich nog twee ruimtes met daarin in werking zijnde hennepkwekerijen.

2. Een op ambtseed opgemaakt proces-verbaal van bevindingen d.d.5 november 2009, in wettige vorm opgemaakt door [verbalisant 1], agent, en [verbalisant 3], brigadier van politie (...) voor zover – zakelijk weergegeven – inhoudende als relaas van eigen waarneming en bevindingen van de verbalisanten dan wel één van hen:

Omschrijving loods

Binnen de loods (het hof begrijpt: de loods gelegen achter het pand [a-straat] te Middelburg) bevond zich een afgetimmerd gedeelte.

Omschrijving afgetimmerde ruimte

Nadat wij, verbalisanten, via de toegangsdeur de ruimte betraden, zagen wij dat we uitkwamen in een kleine ruimte, nader in het proces-verbaal hal te noemen.

Aan de rechterzijde van de hal bevond zich een kleine ruimte. Deze ruimte zal in dit proces-verbaal ruimte II worden genoemd. In ruimte II troffen wij een in werking zijnde hennepkwekerij aan met in totaal 100 hennepplanten.

De hal gaf tevens toegang tot een ruimte waarin zich een vaste trap naar boven bevond. Wij zagen dat er onder deze trap een opening zat welke uitkwam in een grotere ruimte. Deze ruimte zal ruimte I worden genoemd. In ruimte I troffen wij een in werking zijnde hennepkwekerij aan met in totaal 500 hennepplanten.

Nadat wij via de trap naar boven waren gelopen, kwamen wij uit op de eerste verdieping. Een deur verschaft toegang tot een gelijksoortige ruimte als ruimte I. Deze ruimte zal ruimte III worden genoemd. In ruimte III troffen wij een in werking zijnde hennepkwekerij aan met 490 planten.

Omschrijving ruimte I

Wij zagen dat deze ruimte geheel was ingericht voor het telen van hennep. Wij zagen namelijk dat zich in deze ruimte hennep gerelateerde goederen bevonden. Wij roken in deze ruimte de voor ons bekende geur van hennep. Wij zagen dat op een

houten constructie planten in potten stonden. Wij, verbalisanten, herkenden deze planten, gelet op kleur, geur en vorm als zijnde hennepplanten. Na telling bleken er vijfhonderd (500) hennepplanten in evenveel potten te staan. Wij zagen dat deze potten met aarde gevuld waren. Wij zagen dat boven deze hennepplanten in totaal 36 assimilatielampen met kappen hingen. Wij zagen dat deze assimilatielampen waren aangesloten op 36 transformatoren welke aan de linkerwand hingen. Wij zagen dat deze op hun beurt weer waren verbonden aan een schakelpaneel. Wij zagen dat er voor de in- en uitgang van deze ruimte slakkenhuisventilatoren waren bevestigd.

Omschrijving ruimte II

Wij zagen dat deze ruimte geheel was ingericht voor het telen van hennep. Wij zagen namelijk dat zich in deze ruimte hennep gerelateerde goederen bevonden en in werking waren. Wij roken in deze ruimte de voor ons bekende geur van hennep. Wij zagen dat er in deze ruimte twee kartonnen dozen met daarin ieder twaalf planten stonden. Gelet op kleur, geur en vorm herkenden wij deze planten als zijnde hennepplanten. Wij zagen dat op een houten constructie planten in potten stonden. Na telling bleken er 76 planten in evenveel potten te staan. Gelet op de kleur, geur en vorm herkenden wij deze planten als zijnde hennepplanten. Wij zagen dat deze potten met aarde gevuld waren. Wij zagen dat er boven deze planten acht assimilatielampen met kappen hingen. Wij zagen dat deze assimilatielampen waren aangesloten op acht transformatoren, welke aan de wand hingen. Zeven van deze transformatoren waren aangesloten op de stroomvoorziening. Wij zagen dat een zogeheten slakkenhuisventilator was aangesloten op een zilverkleurige slang welke ruimte II verliet. Tevens bevond zich in deze ruimte een staande ventilator.

Omschrijving ruimte III

Wij zagen dat deze ruimte geheel was ingericht voor het telen van hennep. Wij roken in deze ruimte de voor ons bekende geur van hennep. Wij zagen dat zich in deze ruimte hennep gerelateerde goederen bevonden en in werking waren. Wij zagen dat op een houten constructie planten in potten stonden. Wij herkenden deze planten, gelet op de kleur, geur en vorm, als zijnde hennepplanten. Na telling bleken er vierhonderdnegentig (490) hennepplanten in evenveel potten te staan. Wij zagen dat deze potten met aarde gevuld waren. Wij zagen dat boven deze hennepplanten 36 assimilatielampen hingen. Wij zagen dat deze assimilatielampen waren aangesloten op 36 transformatoren welke aan de linkerwand hingen. Wij zagen dat deze op hun beurt weer waren verbonden aan een schakelpaneel. Boven de assimilatielampen waren aan het plafond twee koolstoffilters bevestigd. Voor de in- en uitgang van deze ruimte was een houten kist gemaakt. Wij zagen dat zich in deze houten kist drie slakkenhuisventilatoren bevonden.

Ruimte I

De planten hadden een gemiddelde lengte van 55 centimeter. De planten waren ongeveer 3 weken oud.

Ruimte II

De planten hadden een gemiddelde lengte van 21 centimeter. De planten waren ongeveer 1 week oud.

Ruimte III

De planten hadden een gemiddelde lengte van 45 centimeter. De planten waren ongeveer 3 weken oud.

Gezien de door ons, verbalisanten [verbalisant 3] en [verbalisant 1], bekende en ook bij deze hennepplanten waargenomen ka-

rakteristieke kenmerken als geur, kleur en uiterlijk vorm, verklaren wij dat deze hennepplanten van het geslacht "Cannabis Stavia" (het hof begrijpt: "Cannabis Sativa") zijn.

3. Een op ambtsbelofte respectievelijk ambtseed opgemaakt proces-verbaal van verhoor d.d. 17 oktober 2009 (...) voor zover – zakelijk weergegeven – inhoudende de navolgende verklaring van verdachte:

Ik woon sinds 1 ½ jaar aan de [a-straat] te Middelburg. Mijn werkplaats was aan de [b-straat]. Die werkplaats is opgezegd sinds september 2009. Sinds die tijd staat een deel van mijn spullen op de [a-straat] te Middelburg.

Mijn zoon, [betrokkene 1], is eigenaar van zowel de woning als de loods. Ik en een man die ik in dienst heb, komen in de loods. Ik betaal € 2500,- aan mijn zoon per maand. Ik heb een huurcontract afgesloten betreffende mij en mijn zoon.

Ik betaal de stroom en het gas voor de woning en de loods."

8. Het hof heeft ten aanzien van het bewijs – voor zover relevant – het volgende overwogen:

"De raadsman heeft ter terechtzitting in hoger beroep bepleit dat verdachte dient te worden vrijgesproken van het onder 1 ten laste gelegde, nu verdachte niet wist dat er in de door hem gehuurde loods hennepkwekerijen aanwezig waren. Verdachte heeft – kort en zakelijk weergegeven – verklaard dat hij het deel van de loods waarin de hennepkwekerijen zijn aangetroffen zonder onderliggend schriftelijk contract aan een derde heeft verhuurd wiens naam of telefoonnummer hij niet weet. Verdachte ontkent dat hij op enige manier betrokken is geweest bij de inrichting van de hennepkwekerijen of het telen van hennep. Hij ontkent dat hij iets heeft gemerkt van het inrichten en vervolgens in werking zijn van de hennepkwekerijen. (...)

Het hof hecht geen geloof aan de enkele bewering van verdachte dat hij het betreffende deel van de loods heeft verhuurd aan een hem onbekende persoon en niets heeft gemerkt van de inrichting en in het werking zijn van de hennepkwekerijen. Het dossier bevat ook geen enkel aanknopingspunt dat de stelling van verdachte dat een ander verantwoordelijk is voor de aangetroffen hennepkwekerijen, zou kunnen onderbouwen. Verdachte heeft zijn verklaring op geen enkele wijze voldoende geconcretiseerd en verifieerbaar gemaakt.

Uit de bewijsmiddelen, waaruit blijkt dat verdachte de huurder en gebruiker was van de loods waarin de aangetroffen hennepplanten werden geteeld, zulks in samenhang bezien met hetgeen hiervoor is overwogen, leidt het hof af dat het verdachte is geweest die opzettelijk de hennepplanten heeft geteeld. Het hof verwerpt het verweer."

9. Het hof heeft geoordeeld dat betrokkenheid van een ander dan verdachte niet aannemelijk is geworden en dat het niet anders kan zijn dan dat verdachte degene was die opzettelijk de hennep teelde. Weliswaar kan in beginsel worden gesteld dat de huurder van een loods verantwoordelijk is voor hetgeen zich in die loods afspeelt¹ en hecht het hof kennelijk geen geloof aan verdachtes verklaring over onderhuur van die loods, dat neemt niet weg dat de gebezigde bewijsmiddelen niet méér inhouden dan dat in een door verdachte gehuurde loods een hennepkwekerij is aangetroffen, zonder dat ook maar één omstandigheid is gebleken waaruit kan worden afgeleid dat verdachte daarmee enige bemoeienis had, laat staan dat hij degene was die opzettelijk de hennep teelde. Hierbij neem ik in aanmerking dat verdachte kennelijk geen sleutel van de afgetimmerde ruimte had en hij de politieagenten zelfs heeft geholpen de deur te force- ren.

¹ Vgl. de conclusie van mijn voormalig ambtsgenoot Jörg voor HR 26 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8496 (niet gepubliceerd, HR 81RO).

10. Het middel klaagt terecht dat de bewezenverklaring van feit 1 primair onvoldoende met redenen is omkleed.
 11. Het eerste middel klaagt over schending van de redelijke termijn in de cassatiefase. Het cassatieberoep is op 9 november 2012 ingesteld en de stukken van het geding zijn pas op 13 november 2013 door de Hoge Raad ontvangen.
 12. De door de steller van het middel vermelde gegevens zijn juist. Dit brengt mee dat de door de Hoge Raad op acht maanden gestelde inzendtermijn² met ruim vier maanden is overschreden. Het middel is dan ook terecht voorgesteld.
 13. Bovendien zijn nu al meer dan zestien maanden verstreken sinds het instellen van het cassatieberoep en kan de overschrijding van de inzendtermijn dus niet meer door een voortvarende behandeling in cassatie worden gecompenseerd.
 14. Indien de Hoge Raad de strekking van deze conclusie volgt en het bestreden arrest casseert, en indien de rechter die zich opnieuw over de zaak moet buigen tot strafoplegging komt, zal de schending van de redelijke termijn in de cassatiefase in de op te leggen straf moeten worden verdisconteerd.
 15. Ambtshalve heb ik geen andere grond aangetroffen die tot vernietiging van de bestreden uitspraak aanleiding behoort te geven.
 16. Deze conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot terugwijzing van de zaak naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch om de zaak opnieuw te berechten.
- De Procureur-Generaal
bij de Hoge Raad der Nederlanden

Hoge Raad:

(...; *Red.*)

2.1. Ten laste van de verdachte is bewezenverklaard dat: “hij in de periode van 1 september 2009 tot en met 16 oktober 2009 in de gemeente Middelburg opzettelijk heeft geteeld (in een pand aan de [a-straat]) een hoeveelheid van in totaal 1090 hennepplanten, zijnde hennep een middel vermeld op de bij de Opiumwet behorende lijst II.”

2.2. Deze bewezenverklaring steunt op de volgende bewijsmiddelen:

“1. Een op ambtseed opgemaakt proces-verbaal van bevindingen d.d. 23 oktober 2009, in wettige vorm opgemaakt door [verbalisant 1], agent, en [verbalisant 2], hoofdagent van politie, dossierparagraaf 22, voor zover – zakelijk weergegeven – inhoudende als relaas van eigen waarneming en bevindingen van de verbalisanten dan wel één van hen:

Op 16 oktober 2009 reden wij, verbalisanten [verbalisant 1] en [verbalisant 2], omstreeks 21.30 uur over de [a-straat] te Middelburg. Wij zagen dat de roldeur van de achter het pand [a-straat] gelegen loods open stond. Wij, verbalisanten, zijn de loods binnen gegaan, om te kijken of de loods was opengebroken.

Wij zagen dat er zich in deze loods een afgetimmerde ruimte bevond. Deze bevond zich over de gehele breedte van de loods. Wij verbalisanten hadden sterk het vermoeden dat er zich achter deze afgetimmerde ruimte een hennepkwekerij zou bevinden.

Op een gegeven moment kwam een man de loods binnen lopen. Dit bleek later [verdachte] te zijn. Hij verklaarde dat zijn zoon [betrokkene] eigenaar van de loods is.

Op ons verzoek heeft [verdachte] zijn zoon [betrokkene] gebeld. [betrokkene] kwam even later ter plaatse.

[betrokkene] verklaarde dat hij geen sleutel van de loods had.

Tevens deelde hij mede dat hij de eigenaar van de loods was en dat hij deze loods verhuurde aan zijn vader [verdachte].

Wij hoorden dat [verdachte] ons toestemming gaf om de deur naar de afgetimmerde ruimte te forceren.

[verdachte] heeft vervolgens met een breekijzer de beveiligingsstrip van de deur verwijderd. Ik, verbalisant [verbalisant 2], heb vervolgens de deur open gebroken.

Vervolgens hebben wij, verbalisanten [verbalisant 1] en [verbalisant 2], het afgetimmerde gedeelte betreden. Nadat wij een deur hadden geopend, rook ik, verbalisant [verbalisant 1], een hennepvlucht. Wij, verbalisanten [verbalisant 1] en [verbalisant 2], zagen dat er planten in zwarte potten stonden. Wij, verbalisanten, herkenden deze planten, gelet op hun kleur, geur en vorm, als zijnde hennepplanten. Wij zagen dat er boven deze hennepplanten assimilatielampen hingen, welke in werking waren. Binnen de afgetimmerde ruimte bevonden zich nog twee ruimtes met daarin in werking zijnde hennepkwekerijen.

2. Een op ambtseed opgemaakt proces-verbaal van bevindingen d.d. 5 november 2009, in wettige vorm opgemaakt door [verbalisant 1], agent, en [verbalisant 3], brigadier van politie, dossierparagraaf 24, voor zover – zakelijk weergegeven – inhoudende als relaas van eigen waarneming en bevindingen van de verbalisanten dan wel één van hen:

Omschrijving loods

Binnen de loods (het hof begrijpt: de loods gelegen achter het pand [a-straat] te Middelburg) bevond zich een afgetimmerd gedeelte.

Omschrijving afgetimmerde ruimte

Nadat wij, verbalisanten, via de toegangsdeur de ruimte betraden, zagen wij dat we uitkwamen in een kleine ruimte, nader in het proces-verbaal hal te noemen.

Aan de rechterzijde van de hal bevond zich een kleine ruimte. Deze ruimte zal in dit proces-verbaal ruimte II worden genoemd. In ruimte II troffen wij een in werking zijnde hennepkwekerij aan met in totaal 100 hennepplanten.

De hal gaf tevens toegang tot een ruimte waarin zich een vaste trap naar boven bevond. Wij zagen dat er onder deze trap een opening zat welke uitkwam in een grotere ruimte. Deze ruimte zal ruimte I worden genoemd. In ruimte I troffen wij een in werking zijnde hennepkwekerij aan met in totaal 500 hennepplanten.

Nadat wij via de trap naar boven waren gelopen, kwamen wij uit op de eerste verdieping. Een deur verschaftte toegang tot een gelijksoortige ruimte als ruimte I. Deze ruimte zal ruimte III worden genoemd. In ruimte III troffen wij een in werking zijnde hennepkwekerij aan met 490 planten.

Omschrijving ruimte I

Wij zagen dat deze ruimte geheel was ingericht voor het telen van hennep. Wij zagen namelijk dat zich in deze ruimte hennep gerelateerde goederen bevonden. Wij roken in deze ruimte de voor ons bekende geur van hennep. Wij zagen dat op een houten constructie planten in potten stonden. Wij, verbalisanten, herkenden deze planten, gelet op kleur, geur en vorm als zijnde hennepplanten. Na telling bleken er vijfhonderd (500) hennepplanten in evenveel potten te staan. Wij zagen dat deze potten met aarde gevuld waren. Wij zagen dat boven deze hennepplanten in totaal 36 assimilatielampen met kappen hingen. Wij zagen dat deze assimilatielampen waren aangesloten op 36 transformatoren welke aan de linkerwand hingen. Wij zagen dat deze op hun beurt weer waren verbonden aan een schakelpaneel. Wij zagen dat er voor de in- en uitgang van deze ruimte slakkenhuisventilatoren waren bevestigd.

² HR 3 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7309, NJ 2000, 721, m.nt. De Hullu; HR 17 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2578, NJ 2008, 358, m.nt. Mevis.

Omschrijving ruimte II

Wij zagen dat deze ruimte geheel was ingericht voor het telen van hennep. Wij zagen namelijk dat zich in deze ruimte hennep gerelateerde goederen bevonden en in werking waren. Wij roken in deze ruimte de voor ons bekende geur van hennep. Wij zagen dat er in deze ruimte twee kartonnen dozen met daarin ieder twaalf planten stonden. Gelet op kleur, geur en vorm herkenden wij deze planten als zijnde hennepplanten. Wij zagen dat op een houten constructie planten in potten stonden. Na telling bleken er 76 planten in evenveel potten te staan. Gelet op de kleur, geur en vorm herkenden wij deze planten als zijnde hennepplanten. Wij zagen dat deze potten met aarde gevuld waren. Wij zagen dat er boven deze planten acht assimilatielampen met kappen hingen. Wij zagen dat deze assimilatielampen waren aangesloten op acht transformatoren, welke aan de wand hingen. Zeven van deze transformatoren waren aangesloten op de stroomvoorziening. Wij zagen dat een zogeheten slakkenhuisventilator was aangesloten op een zilverkleurige slang welke ruimte II verliet. Tevens bevond zich in deze ruimte een staande ventilator.

Omschrijving ruimte III

Wij zagen dat deze ruimte geheel was ingericht voor het telen van hennep. Wij roken in deze ruimte de voor ons bekende geur van hennep. Wij zagen dat zich in deze ruimte hennep gerelateerde goederen bevonden en in werking waren. Wij zagen dat op een houten constructie planten in potten stonden. Wij herkenden deze planten, gelet op de kleur, geur en vorm, als zijnde hennepplanten. Na telling bleken er vierhonderdnegentig (490) hennepplanten in evenveel potten te staan. Wij zagen dat deze potten met aarde gevuld waren. Wij zagen dat boven deze hennepplanten 36 assimilatielampen hingen. Wij zagen dat deze assimilatielampen waren aangesloten op 36 transformatoren welke aan de linkerwand hingen. Wij zagen dat deze op hun beurt weer waren verbonden aan een schakelpaneel. Boven de assimilatielampen waren aan het plafond twee koolstoffilters bevestigd. Voor de in- en uitgang van deze ruimte was een houten kist gemaakt. Wij zagen dat zich in deze houten kist drie slakkenhuisventilatoren bevonden.

Ruimte I

De planten hadden een gemiddelde lengte van 55 centimeter. De planten waren ongeveer 3 weken oud.

Ruimte II

De planten hadden een gemiddelde lengte van 21 centimeter. De planten waren ongeveer 1 week oud.

Ruimte III

De planten hadden een gemiddelde lengte van 45 centimeter. De planten waren ongeveer 3 weken oud.

Gezien de door ons, verbalisanten [verbalisant 3] en [verbalisant 1], bekende en ook bij deze hennepplanten waargenomen karakteristieke kenmerken als geur, kleur en uiterlijk, verklaren wij dat deze hennepplanten van het geslacht "Cannabis Stavia" (het hof begrijpt: "Cannabis Sativa") zijn.

3. Een op ambtsbelofte respectievelijk ambtseed opgemaakt proces-verbaal van verhoor d.d. 17 oktober 2009, in wettige vorm opgemaakt door [verbalisant 4] en [verbalisant 5], hoofdagenten van politie, dossierparagraaf 42, voor zover – zakelijk weergegeven – inhoudende de navolgende verklaring van verdachte:

Ik woon sinds 1 ½ jaar aan de [a-straat] te Middelburg. Mijn werkplaats was aan de [b-straat]. Die werkplaats is opgezegd

sinds september 2009. Sinds die tijd staat een deel van mijn spullen op de [a-straat] te Middelburg.

Mijn zoon, [betrokkene], is eigenaar van zowel de woning als de loods. Ik en een man die ik in dienst heb, komen in de loods.

Ik betaal € 2500,- aan mijn zoon per maand. Ik heb een huurcontract afgesloten betreffende mij en mijn zoon.

Ik betaal de stroom en het gas voor de woning en de loods."

2.3. Het Hof heeft ten aanzien van de bewezenverklaring voorts het volgende overwogen:

"A. De raadsman heeft ter terechtzitting in hoger beroep bepleit dat verdachte dient te worden vrijgesproken van het onder 1 ten laste gelegde, nu verdachte niet wist dat er in de door hem gehuurde loods hennepkwekerijen aanwezig waren. Verdachte heeft – kort en zakelijk weergegeven – verklaard dat hij het deel van de loods waarin de hennepkwekerijen zijn aangetroffen zonder onderliggend schriftelijk contract aan een derde heeft verhuurd wiens naam of telefoonnummer hij niet weet. Verdachte ontkent dat hij op enige manier betrokken is geweest bij de inrichting van de hennepkwekerijen of het telen van hennep. Hij ontkent dat hij iets heeft gemerkt van het inrichten en vervolgens in werking zijn van de hennepkwekerijen.

(...)

Het hof overweegt het volgende.

Ad. A.

Het hof hecht geen geloof aan de enkele bewering van verdachte dat hij het betreffende deel van de loods heeft verhuurd aan een hem onbekende persoon en niets heeft gemerkt van de inrichting en in het werking zijn van de hennepkwekerijen. Het dossier bevat ook geen enkel aanknopingspunt dat de stelling van verdachte dat een ander verantwoordelijk is voor de aangetroffen hennepkwekerijen, zou kunnen onderbouwen. Verdachte heeft zijn verklaring op geen enkele wijze voldoende geconcretiseerd en verifieerbaar gemaakt.

Uit de bewijsmiddelen, waaruit blijkt dat verdachte de huurder en gebruiker was van de loods waarin de aangetroffen hennepplanten werden geteeld, zulks in samenhang bezien met hetgeen hiervoor is overwogen, leidt het hof af dat het verdachte is geweest die opzettelijk de hennepplanten heeft geteeld.

Het hof verwerpt het verweer."

3 Beoordeling van het tweede middel

3.1. Het middel bevat onder meer de klacht dat het Hof de bewezenverklaring, voor zover inhoudende dat de verdachte opzettelijk de hennepplanten heeft geteeld, ontoereikend heeft gemotiveerd.

3.2. Het Hof heeft de bewering van de verdachte dat hij het gedeelte van de loods waarin de hennepkwekerijen zijn aangetroffen, aan een hem onbekende persoon heeft verhuurd, niet geloofwaardig geacht. Dat oordeel is, in aanmerking genomen hetgeen het Hof daartoe heeft overwogen als weergegeven in 2.3, niet onbegrijpelijk en leent zich niet voor verdere toetsing in cassatie.

Het Hof heeft blijkens de gebezigde bewijsmiddelen voorts vastgesteld dat de verdachte de huurder en sinds september 2009 de gebruiker is van de loods waarin zich de ruimte met de hennepkwekerijen bevond met planten die, toen de opsporingsambtenaren op 16 oktober 2009 die ruimte binnengingen, drie weken (ruimte I en ruimte III) respectievelijk een week (ruimte II) oud waren. Uit die feiten en omstandigheden heeft het Hof het daderschap van de verdachte met betrekking tot het opzettelijk telen van die hennepplanten, kunnen afleiden. De klacht is ongegrond.

(...; Red.)

6 *Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt de bestreden uitspraak, maar uitsluitend wat betreft het aantal uren te verrichten taakstraf en de duur van de vervangende hechtenis;

vermindert het aantal uren taakstraf en de duur van de vervangende hechtenis in die zin dat deze 112 uren, subsidiair 56 dagen hechtenis, bedraagt;

verwerpt het beroep voor het overige.

NOOT

De verdachte is bij arrest van 2 november 2012 door het Hof 's-Hertogenbosch wegens "opzettelijk handelen in strijd met een in art. 3 onder B van de Opiumwet gegeven verbod" veroordeeld tot een taakstraf voor de duur van 120 uren. In cassatie wordt onder andere geklaagd dat de bewezenverklaring niet naar de eis der wet met redenen is omkleed.

Er waren in casu in een loods, die de verdachte gehuurd had van zijn zoon, een drietal hennepkwekerijen aangetroffen. Verdachte woonde in het naastgelegen pand en had inmiddels ook zijn klusbedrijf in de loods gevestigd. Verdachte heeft verklaard dat hij niets wist van de hennepkwekerijen en dat de loods is onderverhuurd aan een onbekende derde. Hij geeft als signalement een lange, blanke man met blond haar, 35 à 40 jaar oud en rijdend in een Mercedes. Deze persoon zou hem € 3000,- hebben betaald. Niemand kan iets verklaren over deze persoon. Er is geen schriftelijke overeenkomst, zijn naam is onbekend en evenmin is een woonplaats bekend.

Het hof heeft geoordeeld dat betrokkenheid van een ander dan verdachte niet aannemelijk is geworden en dat het niet anders kan zijn dan dat verdachte degene was die opzettelijk de hennep teelde.

De A-G bij de Hoge Raad concludeert dat weliswaar in beginsel kan worden gesteld dat de huurder van een loods verantwoordelijk is voor hetgeen zich in die loods afspeelt en dat het hof kennelijk geen geloof hecht aan verdachtes verklaring over onderhuur van die loods, maar dat dat alles niet wegneemt dat de gebezigde bewijsmiddelen niet méér inhouden dan dat in een door verdachte gehuurde loods een hennepkwekerij is aangetroffen, zonder dat ook maar één omstandigheid is gebleken waaruit kan worden afgeleid dat verdachte daarmee enige bemoeienis had, laat staan dat hij degene was die opzettelijk de hennep teelde en concludeert tot vernietiging.

Zo niet de Hoge Raad. Hij is van mening dat het hof gemotiveerd heeft aangegeven waarom de verklaring van verdachte ongeloofwaardig is. De verklaring van verdachte dat hij aan een onbekende de loods zou hebben verhuurd is inderdaad erg vreemd. Bovendien is algemeen bekend dat een hennepkwekerij nogal ruikt, zodat ook niet aannemelijk is dat verdachte niets heeft gemerkt. Het hof heeft uit de bewijsmiddelen bovendien vastgesteld dat de verdachte de huurder is van de loods en sinds september 2009 de gebruiker is van de loods waarin zich de ruimte met de hennepkwekerijen bevond met planten die, toen de opsporingsambtenaren op 16 oktober 2009 die ruimte binnengingen, drie weken (ruimte I en ruimte III) respectievelijk een week (ruimte II) oud waren. Uit die feiten en omstandigheden heeft het hof het daderschap van de verdachte met betrekking tot het opzettelijk telen van die hennepplanten kunnen afleiden. De verdachte had dus met een beter verhaal moeten komen.

M.L.C.C. de Bruijn-Lückers

179

Hoge Raad

9 september 2014, nr. 12/01427

ECLI:NL:HR:2014:2650

ECLI:NL:PHR:2014:1051

(mr. Van Schendel, mr. De Savornin Lohman, mr. Buruma)

(concl. A-G mr. Knigge)

Noot M.L.C.C. de Bruijn-Lückers

Rechtsgevolgen vormverzuim.

Het hof heeft de geconstateerde vormverzuimen aangemerkt als een aanzienlijke schending van belangrijke strafvorderlijke voorschriften. Dat oordeel is echter ontoereikend gemotiveerd, nu het hof niet kenbaar aandacht heeft besteed aan de in art. 359a lid 2 WvSv genoemde factoren, terwijl het hof niet heeft aangegeven of, en in welke mate de geschonden voorschriften strekten tot verzekering van het recht van de verdachte op een eerlijk proces, dan wel dat sprake was van een ander (strafvorderlijk) voorschrift waardoor een zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte tot toepassing van bewijsuitsluiting noopte.

[WvSv art. 359a]

Het hof heeft de verdachte vrijgesproken van het onder twee tenlastegelegde feit, inhoudende voorbereidingshandelingen van de handel in cocaïne en/of MDMA. In deze zaak is gebruikgemaakt van een opsporingsambtenaar die in dienst is van het Verenigd Koninkrijk. Aan de inzet van deze persoon liggen bevelen ex art. 126j WvSv (het stelselmatig inwinnen van informatie), respectievelijk art. 126i WvSv (pseudokoop en -dienstverlening) ten grondslag.

Het hof heeft geoordeeld dat de inzet van deze buitenlandse opsporingsambtenaar niet gedekt werd door de bevelen, enerzijds omdat deze bevelen voor een kortere periode zijn afgegeven dan de daadwerkelijke inzet van de buitenlandse opsporingsambtenaar en anderzijds omdat in de bevelen geen melding is gemaakt van het feit dat gebruik werd gemaakt van een ambtenaar van een buitenlandse opsporingsdienst. Het hof is van oordeel dat de geconstateerde vormverzuimen moeten leiden tot bewijsuitsluiting en komt vervolgens tot een vrijspraak.

Het middel komt op tegen de vrijspraak door het hof en klaagt dat het oordeel van het hof dat aan de door het hof geconstateerde vormverzuimen het rechtsgevolg van bewijsuitsluiting dient te worden verbonden ontoereikend is gemotiveerd.

De Hoge Raad overweegt dat het aan de rechter is te beoordelen of aan een geconstateerd vormverzuim enig rechtsgevolg dient te worden verbonden en, zo ja, welk rechtsgevolg dan in aanmerking komt. Daarbij dient hij rekening te houden met de in het tweede lid van art. 359a WvSv genoemde factoren. Het rechtsgevolg zal immers door deze factoren moeten worden gerechtvaardigd. De eerste factor is "het belang dat het geschonden voorschrift dient". De tweede factor is "de ernst van het verzuim". Bij de beoordeling daarvan zijn de omstandigheden van belang waaronder het verzuim is begaan. Daarbij kan ook de mate van verwijtbaarheid van het verzuim een rol spelen. De derde factor is "het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt".

Indien de feitenrechter op grond van deze weging en waardering

van de wettelijke beoordelingsfactoren en aan de hand van alle omstandigheden van het geval tot het oordeel komt dat niet kan worden volstaan met de vaststelling dat een onherstelbaar vormverzuim is begaan, maar dat het verzuim niet zonder consequentie kan blijven, zal hij daaraan een van de in art. 359a, eerste lid, WvSv genoemde rechtsgevolgen verbinden, te weten strafvermindering, bewijsuitsluiting of niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie in de vervolging. Een beslissing tot toepassing van een rechtsgevolg als bedoeld in art. 359a WvSv dient te worden genomen en gemotiveerd aan de hand van de hiervoor besproken factoren die in het tweede lid van het artikel zijn genoemd. (Vgl. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/276.)

Aan de uitoefening van de bevoegdheid tot toepassing van bewijsuitsluiting als rechtsgevolg van een vormverzuim als bedoeld in art. 359a WvSv heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5322, NJ 2013/308 nadere overwegingen gewijd.

Het hof heeft de vormverzuimen aangemerkt als een aanzienlijke schending van belangrijke strafvorderlijke voorschriften. Dat oordeel is echter ontoereikend gemotiveerd. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat het hof niet kenbaar aandacht heeft besteed aan de in art. 359a, tweede lid, WvSv genoemde factoren, terwijl het hof niet heeft aangegeven of, en in welke mate de geschonden voorschriften strekten tot verzekering van het recht van de verdachte op een eerlijk proces, dan wel dat sprake was van een ander (strafvorderlijk) voorschrift waardoor een zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte tot toepassing van bewijsuitsluiting noopte.

[verdachte], geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum] 1974.

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

Conclusie inzake:

1. Het Gerechtshof Amsterdam, zitting houdende te Arnhem, heeft bij arrest van 1 maart 2012 verdachte wegens “medeplegen van opzettelijk handelen in strijd met een in artikel 2 onder B van de Opiumwet gegeven verbod” veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van vier maanden.
2. Tegen deze uitspraak is door de Advocaat-Generaal bij het Hof en namens verdachte cassatieberoep ingesteld.¹
3. Namens verdachte heeft mr. J.G. Kabalt, advocaat te BreukeLEN, twee middelen van cassatie voorgesteld. De Advocaat-Generaal bij het Hof heeft een middel van cassatie voorgesteld.

4 De middelen van de verdachte

4.1. Voor zover het tweede middel klaagt dat het Hof een namens de medeverdachte gevoerd verweer ontoereikend gemotiveerd heeft verworpen faalt het, nu uit het proces-verbaal van de terechtzitting niet blijkt dat de verdediging zich bij dit verweer heeft aangesloten. Voor zover in het middel een beroep wordt gedaan op een verweer dat “blijkens de aantekeningen van diens raadsman” is gevoerd, miskent het dat het proces-verbaal van de terechtzitting kenbron is van hetgeen aldaar is aangevoerd. Voor zover het middel voorts nog klaagt over het oordeel van het Hof dat het de tot het bewijs gebezigde verklaringen van Van der Horst betrouwbaar acht, faalt het nu het zich keert tegen een geenszins onbegrijpelijk oordeel van het Hof. Het tweede middel kan derhalve klaarblijkelijk niet tot cassatie leiden. Dat betekent dat verdachte bij het eerste middel, dat klaagt

over overschrijding van de inzendtermijn, onvoldoende belang heeft.

4.2. Op grond van het voorgaande stel ik mij op het standpunt dat het cassatieberoep van verdachte met toepassing van art. 80a RO niet-ontvankelijk wordt verklaard.

5 Het middel van de Advocaat-Generaal

5.1. Het middel komt op tegen de vrijspraak van het onder 2 tenlastegelegde feit. Het middel keert zich tegen het oordeel van het Hof dat het bewijsmateriaal dat is verkregen door de inzet van de Britse opsporingsambtenaar A-1702, van het bewijs zal worden uitgesloten.

5.2. Het Hof heeft de verdachte van het onder 2 tenlastegelegde feit vrijgesproken. Het Hof heeft in het kader van de vrijspraak verwezen naar hetgeen het heeft overwogen met betrekking tot de uitsluiting van alle bewijsmiddelen die rechtsreeks te herleiden zijn tot de inzet van opsporingsambtenaar A-1702.

5.3. Ten aanzien van de inzet van A-1702 heeft het Hof onder meer het volgende overwogen²:

“1. Inleiding

Door de verdediging is aangevoerd dat door de officier van justitie ten onrechte geen gebruik is gemaakt van de bevoegdheid in artikel 126 lid 4 Sv, nu er sprake was van de inzet van een Engelse opsporingsambtenaar. De stelselmatige inwinning van informatie door de inzet van voornoemde opsporingsambtenaar was derhalve onrechtmatig. Bovendien was er geen bevel voor de periode van 26 december 2005 tot en met 8 februari 2006.

Het hof stelt voorop dat door het Openbaar Ministerie in de onderhavige zaak tegen verdachte gebruik is gemaakt van een opsporingsambtenaar die in dienst is van het Verenigd Koninkrijk. Aan de inzet van deze persoon liggen bevelen ex artikel 126j Sv (het stelselmatig inwinnen van informatie), respectievelijk artikel 126i Sv (pseudo-koop en -dienstverlening) ten grondslag.

2 De bevelen ex artikel 126j Wetboek van Strafvordering

Op 23 september 2005 is een aanvraag gedaan tot het stelselmatig inwinnen van informatie ex art 126j Sv, waarbij van de bijzondere opsporingsbevoegdheid tot het stelselmatig inwinnen van informatie gebruik zal worden gemaakt door (een) opsporingsambtena(a)r(en) ten aanzien van onder andere de verdachten [medeverdachte 3], [medeverdachte 1] en [verdachte]. (p. 2239-2241) Vervolgens is op 26 september 2005 door de officier van justitie in de zaken tegen [medeverdachte 3], [medeverdachte 1] en [verdachte] een bevel stelselmatige inwinning van informatie (art. 126j Sv) afgegeven, waarin staat vermeld dat (een) opsporingsambtenaren) als bedoeld in artikel 141 onderdeel b, van het Wetboek van Strafvordering stelselmatig informatie inwint over de verdachte, (p. 2236, p. 2237 en p. 2238). Het bevel is gegeven voor de periode die begint op 26 september 2005 en eindigt op 25 december 2005.

Daarnaast is op 9 februari 2006 een nieuwe aanvraag gedaan tot het stelselmatig inwinnen van informatie, waarin is vermeld dat het in het belang van het onderzoek noodzakelijk is dat een opsporingsambtenaar als bedoeld in artikel 141 van het Wetboek van Strafvordering en/of een persoon in de openbare dienst van een vreemde staat, die voldoet aan de bij Algemene Maatregel van Bestuur gestelde eisen, stelselmatig informatie inwint over de verdachten [medeverdachte 3], [medeverdachte 1] en [verdachte]. (p. 2234-2235) Vervolgens is op 14 februari 2006 alleen voor wat betreft verdachte [medeverdachte 3] een bevel stelselmatige inwinning van informatie afgegeven voor de periode

¹ Deze zaak hangt samen met de zaak tegen [medeverdachte 3] (12/01349) en [medeverdachte 1] (13/00762), in welke zaken ik vandaag eveneens concludeer.

² De voetnoot laat ik hier achterwege.

van 9 februari 2006 tot en met 10 mei 2006 met het bevel dat een opsporingsambtenaar als bedoeld in artikel 141, onderdeel b, van het Wetboek van Strafvordering stelselmatig informatie inwint over de verdachte. (p. 2233)

Tenslotte is op 2 mei 2006 een aanvraag gedaan voor het verlengen van het stelselmatig inwinnen van informatie tegen de verdachten [medeverdachte 3], [medeverdachte 1] en [verdachte] met het verzoek een opsporingsambtenaar als bedoeld in artikel 141 van het Wetboek van Strafvordering en/of een persoon in de openbare dienst van een vreemde staat, die voldoet aan de bij Algemene Maatregel van Bestuur gestelde eisen, in te zetten. (p. 2215-2216) Op 9 mei 2006 is door de officier van justitie de verlenging van het bevel van 14 februari 2006 verleend. (p. 2205) Het hof leidt uit de verwijzing naar het bevel van 14 februari 2006 af dat het betreft de inzet van een opsporingsambtenaar als bedoeld in artikel 141, aanhef en onder b Sv en uit het in de verlenging genoemde nummer 16/715023-05 leidt het hof af dat het enkel de verlenging betreft ten aanzien van de verdachte [medeverdachte 3].

Het oordeel van het hof.

Vooropgesteld wordt dat de opsporingsambtenaar die in dit onderzoek is ingezet, onder codenummer A-1702 met als pseudoniem [betrokkene 1], een persoon betreft in openbare dienst van een vreemde staat.

Zoals uit de hierboven uiteengezette aanvragen en bevelen blijkt, is bij het stelselmatig inwinnen van informatie de inzet van deze A-1702 niet door onderliggende bevelen tot het stelselmatig inwinnen van informatie gedekt, nu de eerste bevelen af liepen op 25 december 2005 en pas op 9 februari 2006 mondeling een nieuw bevel is gegeven ten aanzien van alle drie de verdachten, terwijl zijn inzet wel de gehele periode tussen 26 september 2005 en 18 mei 2006 heeft bestreken.

Bovendien is in de bevelen telkens vermeld dat het de inzet betrof van een opsporingsambtenaar als bedoeld in artikel 141 van het Wetboek van Strafvordering terwijl, vanaf het begin gebruik is gemaakt van een opsporingsambtenaar in dienst van het Verenigd Koninkrijk Dit bevreedt te meer, nu met uitzondering van de eerste aanvraag, in de andere aanvragen wel melding gemaakt werd van een opsporingsambtenaar als bedoeld in artikel 141 van het Wetboek van Strafvordering en/of een persoon in de openbare dienst van een vreemde staat, die voldoet aan de bij Algemene Maatregel van Bestuur gestelde eisen.

Bovendien blijkt uit het dossier dat de betreffende officier van justitie van het begin af aan weet moet hebben gehad van de inzet van een opsporingsambtenaar in openbare dienst van een vreemde staat. Echter, in tegenstelling tot wat de advocaat-generaal heeft gesteld, namelijk dat het verzuim om in het bevel op te nemen dat voor de stelselmatige inwinning van informatie een buitenlandse functionaris werd ingezet, slechts een zeer beperkte schending oplevert juist omdat de officier van justitie van die inzet op de hoogte was en periodiek overleg heeft gevoerd over die inzet, is het hof van oordeel dat de bekendheid van de officier van justitie met het buitenlandse karakter van de inzet niet voldoende is om het gebrek in de bevelen van de vermelding dat het een persoon in openbare dienst van een vreemde staat betrof te helen.

Hierbij neemt het hof in aanmerking dat één van de doelstellingen van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden juist is om de controle op de hantering van bijzondere opsporingsmethoden te vergroten, waarbij de toetsbaarheid van het opsporingsonderzoek een grote rol speelt.

De officier van justitie had derhalve van de specifieke bevoegdheid zoals vermeld in het vierde lid van artikel 126j Sv, te weten de bevoegdheid tot het geven van een bevel aan personen in dienst van een vreemde staat, gebruik moeten maken op de wij-

ze als in die bepaling vermeld. Het hof wijst er hier bij op dat juist in het kader van de afwegingen in het kader van de uitoefening van die bevoegdheid aspecten dienen mee te wegen als (betrouwbaarheids-) risico's verbonden aan communicatie met buitenlandse opsporingsambtenaren, dan wel aan de bij hen bestaande mate van bekendheid met de relevante Nederlandse strafrechtelijke en strafvorderlijke regelingen. Het hof is niet gebleken dat de officier van justitie dergelijke risico's (op andere wijze) heeft meegewogen bij het geven van het bevel tot stelselmatige inwinning van informatie.

Naast voornoemde gebreken bij de inzet van A-1702 constateert het hof nog dat het tweede bevel van februari 2006 slechts ten aanzien van de verdachte [medeverdachte 3] en ook nog eens buiten de termijn van drie dagen (conform artikel 126j lid 5 Sv j° artikel 126g lid 6 Sv) schriftelijk is bevestigd en dat het derde bevel van mei 2006 enkel ten aanzien van de verdachte [medeverdachte 3] is verleend.

Het hof constateert dan ook dat er bij de bevelen ex artikel 126j Sv bij de inzet van A-1702 sprake is van meerdere onherstelbare normschendingen als bedoeld in artikel 359a Sv. Dit dient echter naar het oordeel van het hof, in tegenstelling tot wat de verdediging heeft bepleit, niet te leiden tot de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie. Van niet-ontvankelijkheid kan immers slechts sprake zijn indien het vormverzuim daarin bestaat dat met de opsporing of vervolging belaste ambtenaren ernstig inbreuk hebben gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan. Van dat laatste is het hof niet gebleken. Echter, met de rechtbank is het hof van oordeel dat deze vormverzuimen niet zonder gevolgen kunnen blijven, nu er sprake is van een aanzienlijke schending van een belangrijk strafvorderlijk voorschrift. Om die reden zal het door de inzet van de stelselmatige informant A-1702 in het kader van die bevelen verkregen bewijsmateriaal derhalve worden uitgesloten van de bewijsbeslissing."

5.4. Direct aansluitend op deze overwegingen heeft het Hof – onder het kopje: "3. De bevelen ex artikel 126i Wetboek van Strafvordering" – een uitvoerige uiteenzetting gegeven van de bevelen tot pseudokoop/dienstverlening die deels gelijktijdig met de bevelen tot stelselmatige informatie-inwinning van kracht zijn geweest en van de inzet van A-1702 daarbij. Kortheidshalve volsta ik met het weergeven van het oordeel waartoe het Hof komt.

"Het oordeel van het hof.

Naast het gegeven dat het eerste bevel voor [medeverdachte 1] is aangevraagd en ten aanzien van [medeverdachte 3] is verleend, vermelden, met uitzondering van het eerste bevel, de bevelen niet dat een buitenlandse opsporingsambtenaar zal worden ingezet, hoewel dat alternatief wel in de aanvragen is vermeld. Bovendien blijkt uit voornoemde aanvragen en de daaraan ten grondslag liggende gegevens, dat voor de grond van de aanvragen telkens en met name wordt verwezen naar gegevens en omstandigheden waar A-1702 een bepalende rol bij heeft gespeeld. Zo wordt expliciet verwezen naar de opsporingsambtenaar die de stelselmatige informatie-inwinning uitvoert en is meermalen vermeld dat in het kader van de pseudokoop/dienstverlening opsporingshandelingen zullen worden verricht die in het verlengde liggen van opsporingshandelingen die eerder in dit onderzoek zijn uitgevoerd onder werking van eerdergenoemde bevelen ex artikel 126j en 126i Sv. De bevelen tot pseudokoop/dienstverlening kunnen dan ook wegens hun nauwe verwevenheid niet los worden gezien van de bevelen tot het stelselmatig inwinnen van informatie. Dat betekent dat naar het oordeel van het hof, gelet op de -hierboven weergege-

ven-conclusie ten aanzien van de bevelen ex artikel 126j Sv, ook de bewijsmiddelen die rechtstreeks zijn te herleiden tot de inzet van de Britse opsporingsambtenaar A-1702 in het kader van de pseudokoop/dienstverlening van de bewijsbeslissing dienen te worden uitgesloten.”

5.5. Het Hof heeft geoordeeld dat sprake is van onherstelbare vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek als bedoeld in art. 359a Sv. Deze vormverzuimen bestaan erin (i) dat de inzet van opsporingsambtenaar A-1702 in de periode 25 december 2005 tot 9 februari 2006 niet door de gegeven bevelen is gedeekt en (ii) dat in de bevelen ex art. 126j Sv niet is opgenomen dat de informatie wordt ingewonnen door een persoon in openbare dienst van een vreemde staat die voldoet aan de bij algemene maatregel van bestuur te stellen eisen, als bedoeld in art. 126j lid 4 onder a Sv. Naast deze gebreken heeft het Hof nog geconstateerd dat (iii) het bevel van 14 februari 2006 slechts ten aanzien van medeverdachte [medeverdachte 3] is gegeven en (iv) voorts buiten de termijn van drie dagen schriftelijk is bevestigd en dat (v) ook de verlenging van 9 mei 2006 slechts ten aanzien van medeverdachte [medeverdachte 3] is gegeven. Het Hof verbindt aan dit alles de conclusie dat de geconstateerde vormverzuimen niet zonder gevolgen kunnen blijven, omdat er sprake is van een aanzienlijke schending van een belangrijk strafvorderlijk voorschrift en dat om die reden het bewijsmateriaal dat is verkregen door de inzet van A-1702 in het kader van de stelselmatige informatie-inwinning niet voor het bewijs zal worden gebruikt. Het Hof overweegt vervolgens ten aanzien van de bevelen ex art. 126i Sv dat (vi) deze, met uitzondering van het eerste bevel, niet vermelden dat een buitenlandse opsporingsambtenaar zal worden ingezet en dat (vii) het eerste bevel voor verdachte is aangevraagd en ten aanzien van [medeverdachte 3] is verleend. Voorts stelt het Hof vast dat uit de aanvragen en de daaraan ten grondslag liggende gegevens blijkt dat voor de grond van de aanvragen telkens en met name wordt verwezen naar gegevens en omstandigheden waarbij A-1702 een bepalende rol heeft gespeeld. De bevelen tot pseudokoop/dienstverlening kunnen naar het oordeel van het Hof dan ook niet los worden gezien van de bevelen ex art. 126j Sv, zodat bewijsuitsluiting dient te volgen.

5.6. Het middel bestrijdt niet dat de zeven tekortkomingen die het Hof signaleert, vormverzuimen opleveren in de zin van art. 359a lid 1 Sv. Daarvan zal dus in cassatie moeten worden uitgegaan.³

5.7. Bij de beoordeling van het middel moet het volgende worden vooropgesteld. De rechter dient bij de afweging of en zo ja welk rechtsgevolg aan een onherstelbaar vormverzuim moet worden verbonden, de in het tweede lid van art. 359a Sv genoemde factoren in aanmerking te nemen, te weten het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat door het vormverzuim wordt veroorzaakt. Be-

wijsuitsluiting kan daarbij uitsluitend aan de orde komen indien het bewijsmateriaal door het verzuim is verkregen, en komt slechts in aanmerking indien door de onrechtmatige bewijsgaring een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift is geschonden.⁴

5.8. De Hoge Raad heeft in een na de bestreden uitspraak gewezen arrest nader uiteengezet of en zo ja in welke gevallen een onherstelbaar vormverzuim in het voorbereidend onderzoek als bedoeld in art. 359a Sv kan leiden tot bewijsuitsluiting. Nieuw is daarbij dat de Hoge Raad drie “redenen” onderscheidt op grond waarvan de rechter tot bewijsuitsluiting zou kunnen overgaan. Veel ruimte voor andere redenen lijkt de Hoge Raad daarbij niet te laten. Als eerste reden wordt genoemd dat bewijsuitsluiting noodzakelijk kan zijn ter verzekering van het recht van verdachte op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM, zoals daaraan mede door het EHRM uitleg is gegeven. Te denken valt aan het recht op rechtsbijstand voorafgaand aan het politieverhoor. Als tweede reden wordt genoemd dat in gevallen waarin het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM niet (rechtstreeks) aan de orde is, maar sprake is van een ander belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel dat in aanzienlijke mate is geschonden, toepassing van bewijsuitsluiting noodzakelijk kan worden geacht als middel om toekomstige vormverzuimen die onrechtmatige bewijsgaring tot gevolg hebben te voorkomen en een krachtige stimulans te laten bestaan tot handelen in overeenstemming met de voorgeschreven norm. Een dergelijke toepassing van bewijsuitsluiting kan in beeld komen als sprake is van een vormverzuim dat resulteert in een zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte (verwezen wordt naar HR 29 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8795, NJ 2008/14). Niet uitgesloten is ten slotte dat een derde reden zich voordoet als sprake is van de – zeer uitzonderlijke – situatie (waarin het verzekeren van het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM de rechter niet noopt tot toepassing van bewijsuitsluiting en evenmin sprake is van een op zichzelf reeds zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte, maar) waarin het desbetreffende vormverzuim naar uit objectieve gegevens blijkt zozeer bij herhaling voorkomt dat zijn structureel karakter vaststaat en de verantwoordelijke autoriteiten zich, vanaf het moment waarop dit structurele verzuim hun bekend moet zijn geweest, onvoldoende inspanningen hebben getoond om overtredingen van het desbetreffende voorschrift te voorkomen.⁵

5.9. Het Hof, dat overweegt dat “sprake is van een aanzienlijke schending van een belangrijk strafvorderlijk voorschrift”, heeft kennelijk het oog op de tweede reden voor bewijsuitsluiting. Het belang van de geschonden voorschriften zoekt het Hof daarbij in de controleerbaarheid en toetsbaarheid van het opsporingsonderzoek. Met enkel een beroep op dat belang gaat het Hof voorbij aan het uitvoerig gemotiveerde standpunt van de Advocaat-Generaal dat geen sprake is geweest van een “inhoudelijke normschending”, maar slechts van tekortkomingen van administratieve aard.

5.10. Het oordeel van het Hof dat een belangrijk strafvorderlijk voorschrift in aanzienlijke mate is geschonden, is aldus ontoereikend gemotiveerd. Ik merk daarbij allereerst op dat het bij het door het Hof genoemde belang van de controleerbaarheid niet alleen – en misschien zelfs niet in de eerste plaats – gaat om de bescherming van de (grond)rechten van de verdachte,

3 De vraag kan worden gesteld of de met (vi) aangeduide tekortkoming werkelijk een vormverzuim oplevert. In dit verband zij erop gewezen dat de inzet van een buitenlandse opsporingsambtenaar in de artt. 126i en 126j Sv verschillend is geconstrueerd. Het vierde lid van art. 126j Sv bepaalt – in afwijking van het eerste lid, dat spreekt van een opsporingsambtenaar als bedoeld in art. 141, onder b, Sv – dat het bevel ook aan persoon in dienst van een vreemde staat kan worden gegeven als aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Het gaat in zoverre om verschillende bevelen, en dat verschil zal bij de schriftelijke vastlegging van het bevel tot uitdrukking moeten komen. In het vierde lid van art. 126i Sv wordt echter een uitbreidende definitie gegeven van het in het eerste lid gehanteerde begrip “opsporingsambtenaar”. Daarom kan verdedigd worden dat het bevel dat een “opsporingsambtenaar” goederen afneemt van de verdachte, ook de inzet van een buitenlandse opsporingsambtenaar dekt.

4 HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376 m. nt. Buruma.

5 HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308 m.nt. Keulen.

maar ook om de integriteit en de beheersbaarheid van de opsporing. De bedoelde voorschriften beogen mede te voorkomen dat gebruik gemaakt wordt van stiekeme opsporingsmethoden zonder dat de officier van justitie daarvan iets afweet. Een en ander geldt in het bijzonder als het gaat om de inzet van buitenlandse (opsporings)ambtenaren. Die inzet levert als zodanig niet een grotere inbreuk op de privacy van de verdachte op dan de inzet van een Nederlandse opsporingsambtenaar. De inzet van personen die niet onder het gezag van het openbaar ministerie vallen is echter wel extra risicovol als het om de integriteit en de beheersbaarheid van de opsporing gaat. Ik merk in de tweede plaats op dat het Hof niet vaststelt dat de vormverzuimen er in dit geval toe hebben geleid dat de inzet van A -1702 niet of slechts beperkt controleerbaar is geweest doordat zij achter de rug van de officier van justitie plaatsvond en doordat als gevolg daarvan behoorlijke verslaglegging ontbrak. In de vaststellingen van het Hof, bezien in samenhang met de verwerping op de hiervoor vermelde grond van het verweer van de Advocaat-Generaal, lijkt veeleer besloten te liggen dat van een gebrek aan transparantie geen sprake is geweest. Ik merk in de derde plaats op dat het Hof niet heeft geoordeeld dat er in het onderzoek tegen verdachte geen goede gronden waren om tot stelselmatige informatie-inwinning en tot pseudokoop/dienstverlening over te gaan en om daarbij een buitenlandse opsporingsambtenaar in te zetten. Ook hier geldt weer dat in de vaststellingen van het Hof en het passeren van het standpunt van de Advocaat-Generaal het tegendeel besloten lijkt te liggen, zodat geen sprake is geweest van een inbreuk op de privacy van de verdachte waarvoor geen inhoudelijke rechtvaardiging bestond. Dat de bedoelde voorschriften, hoe belangrijk misschien ook, in het onderhavige geval “in aanzienlijke mate” zijn geschonden, is derhalve een oordeel dat niet zonder meer begrijpelijk is.⁶

5.11. Min of meer ten overvloede nog het volgende. In het verleden van het voorgaande ligt dat uit de overwegingen van het Hof niet kan worden afgeleid welk nadeel het verzuim voor de verdachte heeft veroorzaakt. Als de vormverzuimen ertoe hadden bijgedragen dat het optreden van de Britse undercover-agent zo oncontroleerbaar was geworden dat niet meer kan worden getoetst of het Tallon-criterium in acht is genomen, kan wellicht gesproken worden van een situatie waarin art. 6 EVRM, zoals daaraan uitleg is gegeven in onder meer rechtspraak van het EVRM, tot bewijsuitsluiting noopt. Van een dergelijk gebrek aan controle lijkt echter als gezegd geen sprake te zijn geweest. In welk ander opzicht de verdachte door de verzuimen in zijn verdediging is geschaad, maakt het Hof voorts niet duidelijk, terwijl uit zijn overwegingen evenmin kan worden afgeleid dat het geleden nadeel heeft bestaan uit een zeer ingrijpende inbreuk op verdachtes privacy, nu het Hof zoals gezegd van oordeel lijkt te zijn dat de inzet van A -1702 inhoudelijk gezien gerechtvaardigd was.⁷

5.12. Volledigheidshalve teken ik nog aan dat uit de overwegingen van het Hof evenmin kan worden afgeleid dat in casu sprake zou zijn van een vormverzuim van structurele aard, zoals beschreven in voornoemd arrest van 19 februari 2013 (rov. 2.4.6).

6 Vgl. HR 16 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO4125, waarop door de Advocaat-Generaal bij het Hof op werd gewezen. In deze zaak had het aan een bevel ex art. 126i Sv ontbroken. De Hoge Raad deed het middel af met art. 81 RO.

7 Ik laat bij dit alles nog daar dat het Hof, niettegenstaande het ten dien aanzien ingenomen standpunt van de Advocaat-Generaal, niet duidelijk maakt welk bewijs door de hiervoor met (iii), (v) en (vii) aangeduide tekortkomingen tegen de verdachte is verkregen dat niet door het tegen [medeverdachte 3] gegeven bevel wordt gedeekt.

5.13. Het middel slaagt.

6. De middelen van de verdachte zijn van zodanige aard dat toepassing van art. 80a RO aangewezen is. Het middel van de Advocaat-Generaal slaagt.

7. Gronden waarop de Hoge Raad gebruik zou moeten maken van zijn bevoegdheid de bestreden uitspraak ambtshalve te vernietigen, heb ik niet aangetroffen.

8. Deze conclusie strekt tot niet-ontvankelijkverklaring op de voet van art. 80a RO van het door de verdachte ingestelde cassatieberoep, tot vernietiging van de bestreden uitspraak voor wat betreft de vrijspraak van feit 2 en de strafoplegging en in zoverre tot zodanige op art. 440 Sv gebaseerde beslissing als de Hoge Raad gepast zal voorkomen.

De Procureur-Generaal

bij de Hoge Raad der Nederlanden.

Hoge Raad:

(...; *Red.*)

3 Beoordeling van het door de Advocaat-Generaal bij het Hof voorgestelde middel

3.1. Het middel komt op tegen de vrijspraak door het Hof van het onder 2 tenlastegelegde en klaagt dat het oordeel van het Hof dat aan de door het Hof geconstateerde vormverzuimen het rechtsgevolg van bewijsuitsluiting dient te worden verbonden ontoereikend is gemotiveerd.

3.2.1. Aan de verdachte is tenlastegelegd onder 2 dat:

“hij op een of meer tijdstip(pen) in of omstreeks de periode van 1 mei 2006 tot en met 22 mei 2006 te Utrecht en/of Maarssen en/of De Bilt, in elk geval in Nederland, tezamen en in vereniging met (een) ander(en), althans alleen, om een feit, bedoeld in het derde of vierde lid van artikel 10 van de Opiumwet,

te weten het opzettelijk bereiden, bewerken, verwerken, verkopen, afleveren, verstrekken, vervoeren en/of binnen of buiten het grondgebied van Nederland brengen van een grote hoeveelheid pillen bevattende MDMA en/of een hoeveelheid cocaïne, in elk geval een hoeveelheid van een materiaal bevattende MDMA en/of cocaïne, zijnde MDMA en/of cocaïne een middel vermeld op de bij de Opiumwet behorende lijst I,

voor te bereiden en/of te bevorderen, een ander heeft getracht te bewegen om dat/die feit(en) te plegen, te doen plegen, mede te plegen en/of uit te lokken, om daarbij behulpzaam te zijn en/of om daartoe gelegenheid, middelen of inlichtingen te verschaffen, zich en/of een of meer anderen gelegenheid, middelen en/of inlichtingen tot het plegen van dat/die feit(en) heeft getracht te verschaffen, voorwerpen, vervoermiddelen, stoffen, gelden en/of andere betaalmiddelen voorhanden heeft gehad, waarvan hij wist of ernstige reden had om te vermoeden dat zij bestemd waren tot het plegen van dat/die feit(en), hebbende/zijnde verdachte en/of een of meer van zijn mededader(s)

– aan (een) derde(n) te kennen gegeven over (grote) partij(en) verdovende middelen (cocaïne en/of pillen bevattende MDMA) te (kunnen) beschikken en/of

– aan (een) derde(n) aangeboden een partij van 500.000 pillen bevattende MDMA af te nemen van hem, verdachte en/of zijn mededader(s) en/of;

– met (een) derde(n) overeengekomen een partij van 500.000 pillen bevattende MDMA te leveren tegen betaling van een groot geldbedrag ((ongeveer) 105.000 pond) en/of

– (vervolgens) (in het kader van de voorbereiding/uitvoering van voorgenoemde levering van 500.000 pillen bevattende MDMA) een monster bestaande uit een aantal pillen bevattende MDMA geleverd en/of

– (vervolgens) aan (een) derde(n) aangeboden een hoeveelheid (5, althans 3 kilogram) cocaïne af te nemen van hem, verdachte en/of zijn mededader(s) en/of

– (vervolgens) overeengekomen aan (een) derde(n) een hoeveelheid (5, althans 3 kilogram) cocaïne te leveren tegen betaling van een groot geldbedrag ((ongeveer) 105.000 pond).”

3.2.2. Het Hof heeft de verdachte vrijgesproken van het aan hem onder 2 tenlastegelegde. Voor zijn motivering van deze vrijspraak heeft het Hof in het bestreden arrest verwezen naar zijn overwegingen met betrekking tot een ter terechtzitting in hoger beroep door de verdediging gevoerd bewijsuitsluitingsverweer. Deze overwegingen luiden als volgt:

“De inzet van [betrokkene 1] (A-1702)

1. Inleiding

Door de verdediging is aangevoerd dat door de officier van justitie ten onrechte geen gebruik is gemaakt van de bevoegdheid in artikel 126 lid 4 Sv, nu er sprake was van de inzet van een Engelse opsporingsambtenaar. De stelselmatige inwinning van informatie door de inzet van voornoemde opsporingsambtenaar was derhalve onrechtmatig. Bovendien was er geen bevel voor de periode van 26 december 2005 tot en met 8 februari 2006.

Het hof stelt voorop dat door het Openbaar Ministerie in de onderhavige zaak tegen verdachte gebruik is gemaakt van een opsporingsambtenaar die in dienst is van het Verenigd Koninkrijk. Aan de inzet van deze persoon liggen bevelen ex artikel 126j Sv (het stelselmatig inwinnen van informatie), respectievelijk artikel 126i Sv (pseudokoop en -dienstverlening) ten grondslag.

2. De bevelen ex artikel 126j Wetboek van Strafvordering.

Op 23 september 2005 is een aanvraag gedaan tot het stelselmatig inwinnen van informatie ex art. 126j Sv, waarbij van de bijzondere opsporingsbevoegdheid tot het stelselmatig inwinnen van informatie gebruik zal worden gemaakt door (een) opsporingsambtena(a)r(en) ten aanzien van onder andere de verdachten [medeverdachte 3], [medeverdachte 1] en [verdachte]. (p. 2239-2241)

Vervolgens is op 26 september 2005 door de officier van justitie in de zaken tegen [medeverdachte 3], [medeverdachte 1] en [verdachte] een bevel stelselmatige inwinning van informatie (art 126j Sv) afgegeven, waarin staat vermeld dat (een) opsporingsambtena(a)r(en) als bedoeld in artikel 141 onderdeel b, van het Wetboek van Strafvordering stelselmatig informatie inwint over de verdachte.

(p. 2236, 2237 en 2238) Het bevel is gegeven voor de periode die begint op 26 september 2005 en eindigt op 25 december 2005. Daarnaast is op 9 februari 2006 een nieuwe aanvraag gedaan tot het stelselmatig inwinnen van informatie, waarin is vermeld dat het in het belang van het onderzoek noodzakelijk is dat een opsporingsambtenaar als bedoeld in artikel 141 van het Wetboek van Strafvordering en/of een persoon in de openbare dienst van een vreemde staat, die voldoet aan de bij Algemene Maatregel van Bestuur gestelde eisen, stelselmatig informatie inwint over de verdachten [medeverdachte 3], [medeverdachte 1] en [verdachte]. (p. 2234-2235) Vervolgens is op 14 februari 2006 alleen voor wat betreft verdachte [medeverdachte 3] een bevel stelselmatige inwinning van informatie afgegeven voor de periode van 9 februari 2006 tot en met 10 mei 2006 met het bevel dat een opsporingsambtenaar als bedoeld in artikel 141, onderdeel b van het Wetboek van Strafvordering stelselmatig informatie inwint over de verdachte. (p. 2233)

Tenslotte is op 2 mei 2006 een aanvraag gedaan voor het verlengen van het stelselmatig inwinnen van informatie tegen de verdachten [medeverdachte 3], [medeverdachte 1] en [verdachte] met het verzoek een opsporingsambtenaar als bedoeld in arti-

kel 141 van het Wetboek van Strafvordering en/of een persoon in de openbare dienst van een vreemde staat die voldoet aan de bij Algemene Maatregel van Bestuur gestelde eisen, in te zetten. (p. 2215-2216) Op 9 mei 2006 is door de officier van justitie de verlenging van het bevel van 14 februari 2006 verleend, (p. 2205) Het hof leidt uit de verwijzing naar het bevel van 14 februari 2006 af dat het betreft de inzet van een opsporingsambtenaar als bedoeld in artikel 141, aanhef en onder b Sv en uit het in de verlenging genoemde nummer 16/715023-05 leidt het hof af dat het enkel de verlenging betreft ten aanzien van de verdachte [medeverdachte 3].

Het oordeel van het hof.

Vooropgesteld wordt dat de opsporingsambtenaar die in dit onderzoek is ingezet, onder codenummer A-1702 met als pseudoniem [betrokkene 1], een persoon betreft in openbare dienst van een vreemde staat.

Zoals uit de hierboven uiteengezette aanvragen en bevelen blijkt is bij het stelselmatig inwinnen van informatie de inzet van deze A-1702 niet door onderliggende bevelen tot het stelselmatig inwinnen van informatie gedekt, nu de eerste bevelen af liepen op 25 december 2005 en pas op 9 februari 2006 mondeling een nieuw bevel is gegeven ten aanzien van alle drie de verdachten, terwijl zijn inzet wel de gehele periode tussen 26 september 2005 en 18 mei 2006 heeft bestreken.

Bovendien is in de bevelen telkens vermeld dat het de inzet betrof van een opsporingsambtenaar als bedoeld in artikel 141 van het Wetboek van Strafvordering terwijl, vanaf het begin gebruik is gemaakt van een opsporingsambtenaar in dienst van het Verenigd Koninkrijk. Dit bevreedt te meer, nu met uitzondering van de eerste aanvraag, in de andere aanvragen wel melding gemaakt werd van een opsporingsambtenaar als bedoeld in artikel 141 van het Wetboek van Strafvordering en/of een persoon in de openbare dienst van een vreemde staat, die voldoet aan de bij Algemene Maatregel van Bestuur gestelde eisen.

Bovendien blijkt uit het dossier dat de betreffende officier van justitie van het begin af aan weet moet hebben gehad van de inzet van een opsporingsambtenaar in openbare dienst van een vreemde staat. Echter tegenstelling tot wat de advocaat-generaal heeft gesteld, namelijk dat het verzuim om in het bevel op te nemen dat voor de stelselmatige inwinning van informatie een buitenlandse functionaris werd ingezet, slechts een zeer beperkte schending oplevert juist omdat de officier van justitie van die inzet op de hoogte was en periodiek overleg heeft gevoerd over die inzet, is het hof van oordeel dat de bekendheid van de officier van justitie met het buitenlandse karakter van de inzet niet voldoende is om het gebrek in de bevelen van de vermelding dat het een persoon in openbare dienst van een vreemde staat betrof te helen.

Hierbij neemt het hof in aanmerking dat één van de doelstellingen van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden juist is om de controle op de hantering van bijzondere opsporingsmethoden te vergroten, waarbij de toetsbaarheid van het opsporingsonderzoek een grote rol speelt.

De officier van justitie had derhalve van de specifieke bevoegdheid zoals vermeld in het vierde lid van artikel 126j Sv, te weten de bevoegdheid tot het geven van een bevel aan personen in dienst van een vreemde staat, gebruik moeten maken op de wijze als in die bepaling vermeld. Het hof wijst er hier bij op dat juist in het kader van de afwegingen in het kader van de uitoefening van die bevoegdheid aspecten dienen mee te wegen als (betrouwbaarheids-) risico's verbonden aan communicatie met buitenlandse opsporingsambtenaren, dan wel aan de bij hen bestaande mate van bekendheid met de relevante Nederlandse strafrechtelijke en strafvorderlijke regelingen. Het hof is niet gebleken dat de officier van justitie dergelijke risico's (op an-

dere wijze) heeft meegewogen bij het geven van het bevel tot stelselmatige inwinning van informatie.

Naast voornoemde gebreken bij de inzet van A-1702 constateert het hof nog dat het tweede bevel van februari 2006 slechts ten aanzien van de verdachte [medeverdachte 3] en ook nog eens buiten de termijn van drie dagen (conform artikel 126j lid 5 Sv jo artikel 126g lid 6 Sv) schriftelijk is bevestigd en dat het derde bevel van mei 2006 enkel ten aanzien van de verdachte [medeverdachte 3] is verleend.

Het hof constateert dan ook dat er bij de bevelen ex artikel 126j Sv bij de inzet van A-1702 sprake is van meerdere normschendingen die kunnen worden aangemerkt als onherstelbare vormverzuimen als bedoeld in artikel 359a Sv. Dit dient echter naar het oordeel van het hof, in tegenstelling tot wat de verdediging heeft bepleit, niet te leiden tot de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie. Van niet-ontvankelijkheid kan immers slechts sprake zijn indien het vormverzuim daarin bestaat dat met de opsporing of vervolging belaste ambtenaren ernstig inbreuk hebben gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan. Van dat laatste is het hof niet gebleken.

Echter, met de rechtbank is het hof van oordeel dat deze vormverzuimen niet zonder gevolgen kunnen blijven, nu er sprake is van een aanzienlijke schending van een belangrijk strafvorderlijk voorschrift. Om die reden zal het door de inzet van de stelselmatige informant A-1702 in het kader van de stelselmatige informatie-inwinning verkregen bewijsmateriaal derhalve worden uitgesloten van de bewijsbeslissing.

3. De bevelen ex artikel 126i Wetboek van Strafvordering

Deels gelijktijdig met de bevelen tot het stelselmatig inwinnen van informatie, is er sprake geweest van bevelen tot pseudokoop/dienstverlening op grond van artikel 126i Sv.

Op 24 februari 2006 is door [verbalisant], inspecteur van politie, een aanvraag gedaan tot pseudokoop/dienstverlening conform artikel 126i van het Wetboek van Strafvordering ten aanzien van de verdachte [medeverdachte 1]. Daarbij is vermeld dat van de bijzondere opsporingsbevoegdheid gebruik zal worden gemaakt door een opsporingsambtenaar als bedoeld in artikel 141 van het Wetboek van Strafvordering en/of een persoon in de openbare dienst van een vreemde staat, die voldoet aan de bij Algemene Maatregel van Bestuur gestelde eisen. (p. 2228-2231)

In voornoemde aanvraag wordt het volgende gerelateerd (p. 2229):

‘Verdachte [medeverdachte 1] heeft in het kader van de contacten met de opsporingsambtenaar die de stelselmatige informatie-inwinning uitvoert met betrekking tot het wisselen van geldbedragen in Engeland min of meer geadviseerd om eerst eens een relatief klein bedrag van bijvoorbeeld 7.000 Britse ponden te laten wisselen. In het belang van de voortgang van de stelselmatige informatie-inwinning en daaruit mogelijk voortvloeiende bewijzen met betrekking tot het wisselen van geldbedragen, is het thans van belang dat een wisseltransactie gedaan kan worden.’

Vervolgens is diezelfde dag het bevel tot pseudokoop en/of dienstverlening door een buitenlandse opsporingsambtenaar ten aanzien van de verdachte [medeverdachte 3] afgegeven voor de periode van 23 februari 2006 tot en met 23 april 2006. (p. 2232)

Vervolgens is op 30 maart 2006 een nieuwe aanvraag voor een bevel pseudokoop/dienstverlening gedaan ten aanzien van de

verdachten [medeverdachte 1] en [medeverdachte 3], waarbij een opsporing als bedoeld in artikel 141 van het Wetboek van Strafvordering en/of een persoon in de openbare dienst van een vreemde staat, die voldoet aan de bij Algemene Maatregel van Bestuur gestelde eisen, een grote hoeveelheid bankbiljetten zal tonen en zal voorwenden dat hij bereid is dit geld op een door de verdachten aan te geven manier te investeren. (p. 2225-2227)

In voornoemde aanvraag wordt het volgende gerelateerd (p. 2225):

‘... richt het onderzoek zich thans met name op waarheidsvinding in de vermoedelijke investeringen van [medeverdachte 3] c.s. en naar de vermoedelijke verhulling van de herkomst van de daarmee gepaard gaande geldbedragen (witwassen). In het kader van deze waarheidsvinding zullen door opsporingsambtenaren verbonden aan het Landelijk Infiltratieteam op donderdag 30 maart 2006 en navolgende dagen in Utrecht en/of elders in Nederland opsporingshandelingen worden verricht, die in het verlengde liggen van opsporingshandelingen die eerder in dit onderzoek zijn uitgevoerd onder de werking van eerdergenoemde bevelen stelselmatig informatie-inwinning en pseudokoop en/of dienstverlening.’

De officier van justitie heeft een bevel pseudokoop en/of dienstverlening afgegeven op 30 maart 2006 ten aanzien van beide verdachten voor de inzet van een opsporingsambtenaar. (p. 2219-2220)

Vervolgens is op 21 april 2006 een aanvraag voor een bevel pseudokoop/dienstverlening gedaan ten aanzien van verdachte ([medeverdachte 1]) en zijn medeverdachte [medeverdachte 3], waarbij een opsporingsambtenaar als bedoeld in artikel 141 van het Wetboek van Strafvordering en/of een persoon in de openbare dienst van een vreemde staat, die voldoet aan de bij Algemene Maatregel van Bestuur gestelde eisen, zal worden ingezet. (p. 2221-2224)

In voornoemde aanvraag wordt onder andere het volgende gerelateerd (p. 2222):

‘Op grond van afgeluisterd telefoonverkeer bestaat het vermoeden dat de verdachten [medeverdachte 1] en [medeverdachte 3] bezig zijn een of meer drugstransporten te organiseren naar Groot-Brittannië. ... Op 27 maart 2006 heeft in Utrecht een ontmoeting plaatsgevonden tussen [betrokkene 2] geboren op [geboortedatum 2] 1952 en [medeverdachte 3] en [medeverdachte 1]. ... Nog niet duidelijk is geworden of het bezoek en de telefoongesprekken in relatie staan met de mogelijke drugstransporten die [medeverdachte 3] en [medeverdachte 1] kennelijk aan het organiseren zijn. Op 10 april 2006 heeft verdachte [medeverdachte 1] telefonisch contact opgenomen met de als niet zodanig herkenbare opsporingsambtenaar, die onder de naam [betrokkene 1] in het kader van de stelselmatige informatie-inwinning meerdere ontmoetingen met hem heeft gehad. [medeverdachte 1] wil [betrokkene 1] spreken en nodigt hem uit voor een gesprek. Op de dag van de afspraak wordt de ontmoeting geannuleerd in verband met ziekte van [medeverdachte 1]. Er wordt een vervolgspraak gemaakt en [medeverdachte 1] geeft aan dat hij dan precies zal vertellen wat zijn voorstel is. Hij typeert het als een goede manier van geld verdienen.’

Op grond van het bovenstaande richt het onderzoek zich thans, naast waarheidsvinding inzake witwassen, zich ook op waarheidsvinding inzake handel (verkopen, afleveren, verstrekken, vervoeren) en uitvoer van drugs (xtc-pillen) en voorbereidingshandelingen, respectievelijk vallende onder de werking van artikel 2 en 10a Opiumwet. In het kader van deze waarheidsvinding zullen door opsporingsambtenaren verbonden aan het Landelijk Infiltratieteam op donderdag 20 april 2006 en navolgende dagen in Utrecht en/of elders in Nederland opsporings-

handelingen worden verricht, die in het verlengde liggen van opsporingshandelingen die eerder in dit onderzoek zijn uitgevoerd onder de werking van eerdergenoemde bevelen stelselmatig informatie-inwinning en pseudokoop en/of dienstverlening.’

Naar aanleiding van voornoemde aanvraag heeft de officier van justitie op 24 april 2006 een bevel pseudokoop en/of dienstverlening afgegeven ten aanzien van beide verdachten voor de inzet van een opsporingsambtenaar. (p. 2217-2218)

Daarnaast zijn op 8 mei 2006 twee aanvragen gedaan voor een bevel pseudokoop/dienstverlening, waarbij gebruik zal worden gemaakt van een opsporingsambtenaar als bedoeld in artikel 141 van het Wetboek van Strafvordering en/of een persoon in de openbare dienst van een vreemde staat, die voldoet aan de bij Algemene Maatregel van Bestuur gestelde eisen. De ene aanvraag richt zich tegen de verdachte [medeverdachte 1] (2212-2214) en de andere tegen de verdachte [medeverdachte 3] (p. 2208-2211)

In voornoemde aanvragen wordt onder andere het volgende gerelateerd (p. 2209 en 2213):

‘Op grond van afgeluisterd telefoonverkeer en verrichte observaties bestaat het vermoeden dat de verdachten [medeverdachte 1] en [medeverdachte 3] bezig zijn een of meer drugstransporten te organiseren naar Groot Brittannië en België. Uit de gesprekken valt af te leiden dat [medeverdachte 1] en [medeverdachte 3] de mogelijkheden en de bereidheid hebben de xtc-pillen te leveren. [medeverdachte 1] is in deze de contactpersoon naar de Engelse en Belgische afnemers. In enkele gevallen blijkt hij over de gesprekken terugkoppeling te houden met [medeverdachte 3].

Op 7 mei 2006 heeft verdachte [medeverdachte 1] telefonisch contact opgenomen met de niet als zodanig herkenbare opsporingsambtenaar, die onder de naam [betrokkene 1] in het kader van de stelselmatige informatie-inwinning meerdere ontmoetingen met hem heeft gehad. Er wordt een afspraak gemaakt bij horecagelegenheid [A] te Utrecht op 7 mei 2006 te 13.30 uur, welke ontmoeting heeft plaatsgevonden waarbij [medeverdachte 1] een grote hoeveelheid XTC pillen te koop aanbiedt aangeduid met “hearts” voor de prijs van 30 eurocent per stuk. Hij vertelt in staat te zijn binnen twee dagen 500.000 pillen te leveren.

Op grond van het bovenstaande richt het onderzoek zich momenteel op waarheidsvinding inzake handel (verkopen, afleveren, verstrekken, vervoeren) en uitvoer van drugs (xtc-pillen) en voorbereidingshandelingen, respectievelijk vallende onder de werking van artikel 2 en 10a Opiumwet. In het kader van deze waarheidsvinding zullen door opsporingsambtenaren verbonden aan het Landelijk Infiltratieteam activiteiten worden ontplooid teneinde te komen tot de aankoop van goederen vermeld op lijst I van de Opiumwet met het voorwendsel deze aankoop te doen ten behoeve van de export van deze goederen vanuit Nederland. De opsporingshandelingen welke worden verricht, liggen in het verlengde van opsporingshandelingen die eerder in dit onderzoek zijn uitgevoerd onder de werking van eerdergenoemde bevelen stelselmatig informatie-inwinning en pseudokoop en/of dienstverlening.’

De bevelen zijn vervolgens afgegeven op 9 mei 2006, waarbij is opgenomen dat een opsporingsambtenaar goederen afneemt van en/of diensten verleent aan verdachte [medeverdachte 1] (p. 2207) en [medeverdachte 3] (p. 2206).

Tenslotte zijn op 15 mei 2006 wederom twee aanvragen gedaan voor een bevel Pseudokoop/dienstverlening, waarbij gebruik zal worden gemaakt van een opsporingsambtenaar als bedoeld in artikel 141 van het Wetboek van Strafvordering en/of een persoon in de openbare dienst van een vreemde staat, die voldoet

aan de bij Algemene Maatregel van Bestuur gestelde eisen. De ene aanvraag richt zich tegen de verdachte [medeverdachte 1] (p. 2199-2201) en de andere tegen de verdachte [medeverdachte 3] (p. 2202-2204)

In voornoemde aanvragen wordt onder andere het volgende gerelateerd (p. 2202 en p. 2199):

‘In aansluiting op de processen-verbaal genummerd ROB/MA/12 en ROB/MA/13, inzake aanvraag bevel pseudokoop 500.000 xtc-pillen betrekking hebbend op de verdachten [medeverdachte 1] en [medeverdachte 3], verklaar ik het volgende. Onder de werking van deze bevelen heeft op zaterdag 13 mei 2006 een gesprek plaatsgevonden tussen een niet als zodanig herkenbare opsporingsambtenaar en de verdachten [medeverdachte 1] en [medeverdachte 3]. Onderwerp van de bespreking was de aankoop van de genoemde pillen. Door [medeverdachte 3] werd meegedeeld dat hij niet in staat was de pillen te leveren. Tevens vertelde hij dat voor hetzelfde aankoopbedrag 5 kilo cocaïne van hem gekocht kon worden. ...

In het kader van de waarheidsvinding zullen door opsporingsambtenaren verbonden aan het Landelijk Infiltratieteam activiteiten worden ontplooid ten einde te komen tot de aankoop van genoemde kilo’s cocaïne, in ieder gevallen stoffen vermeld op lijst I van de Opiumwet.’

De bevelen zijn vervolgens afgegeven op 16 mei 2006, waarbij is opgenomen dat een opsporingsambtenaar goederen afneemt van en/of diensten verleent aan verdachte [medeverdachte 1] (p. 2197) en [medeverdachte 3] (p. 2198).

Het oordeel van het hof.

Naast het gegeven dat het eerste bevel voor [medeverdachte 1] is aangevraagd en ten aanzien van [medeverdachte 3] is verleend, vermelden, met uitzondering van het eerste bevel, de bevelen niet dat een buitenlandse opsporingsambtenaar zal worden ingezet, hoewel dat alternatief wel in de aanvragen is vermeld. Bovendien blijkt uit voornoemde aanvragen en de daaraan ten grondslag liggende gegevens, dat voor de grond van de aanvragen telkens en met name wordt verwezen naar gegevens en omstandigheden waar A-1702 een bepalende rol bij heeft gespeeld. Zo wordt expliciet verwezen naar de opsporingsambtenaar die de stelselmatige informatie-inwinning uitvoert en is meermalen vermeld dat in het kader van de pseudokoop/dienstverlening opsporingshandelingen zullen worden verricht die in het verlengde liggen van opsporingshandelingen die eerder in dit onderzoek zijn uitgevoerd onder werking van eerdergenoemde bevelen ex artikel 126j en 126i Sv. De bevelen tot pseudokoop/dienstverlening kunnen dan ook wegens hun nauwe verwevenheid ook niet los worden gezien van de bevelen tot het stelselmatig inwinnen van informatie. Dat betekent dat naar het oordeel van het hof, gelet op de – hierboven weergegeven – conclusie ten aanzien van de bevelen ex artikel 126j Sv, ook de bewijsmiddelen die rechtstreeks zijn te herleiden tot de inzet van de Britse opsporingsambtenaar A-1702 in het kader van de pseudokoop/dienstverlening van de bewijsbeslissing dienen te worden uitgesloten.”

3.3. Het gaat in deze zaak om hetgeen is weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 5.5. Het Hof heeft, in cassatie niet bestreden, geoordeeld dat sprake is van onherstelbare vormverzuimen als bedoeld in art. 359a Sv, en daaraan de gevolgtrekking verbonden dat deze tot bewijsuitsluiting moeten leiden. Kort gezegd betreffen die vormverzuimen:

– in op de voet van art. 126j Sv gegeven bevelen: dat de in te zetten opsporingsambtenaar A-1702 zonder zulks te vermelden een persoon betreft in de openbare dienst van een buitenlandse staat als bedoeld in art. 126j, vierde lid, Sv, voorts dat de bevelen niet de gehele periode van de inzet van die opsporingsambtenaar betreffen, alsmede dat een enkel bevel slechts ten name

van de verdachte is gesteld en dat de verlenging van een bevel eerst na de termijn van drie dagen als bedoeld in art. 126g, zesde lid, Sv schriftelijk is bevestigd;

– in op de voet van art. 126i Sv gegeven bevelen: dat, met uitzondering van het eerste bevel, ook in dit verband zonder zulks te vermelden, de buitenlandse opsporingsambtenaar is ingezet, alsmede dat het eerste bevel voor de verdachte is aangevraagd maar voor de medeverachte [medeverdachte 3] is verleend.

3.4. Indien binnen de door art. 359a Sv bepaalde grenzen sprake is van een vormverzuim als bedoeld in deze bepaling, en de rechtsgevolgen daarvan niet uit de wet blijken, moet de rechter beoordelen of aan dat vormverzuim enig rechtsgevolg dient te worden verbonden en, zo ja, welk rechtsgevolg dan in aanmerking komt. Daarbij dient hij rekening te houden met de in het tweede lid van art. 359a Sv genoemde factoren. Het rechtsgevolg zal immers door deze factoren moeten worden gerechtvaardigd. De eerste factor is “het belang dat het geschonden voorschrift dient”. De tweede factor is “de ernst van het verzuim”. Bij de beoordeling daarvan zijn de omstandigheden van belang waaronder het verzuim is begaan. Daarbij kan ook de mate van verwijtbaarheid van het verzuim een rol spelen. De derde factor is “het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt”. Indien de feitenrechter op grond van de hiervoor bedoelde weighing en waardering van de wettelijke beoordelingsfactoren en aan de hand van alle omstandigheden van het geval tot het oordeel komt dat niet kan worden volstaan met de vaststelling dat een onherstelbaar vormverzuim is begaan, maar dat het verzuim niet zonder consequentie kan blijven, zal hij daaraan een van de in art. 359a, eerste lid, Sv genoemde rechtsgevolgen verbinden, te weten strafvermindering, bewijsuitsluiting of niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging. Een beslissing tot toepassing van een rechtsgevolg als bedoeld in art. 359a Sv dient te worden genomen en gemotiveerd aan de hand van de hiervoor besproken factoren die in het tweede lid van het artikel zijn genoemd. (Vgl. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/276.)

Aan de uitoefening van de bevoegdheid tot toepassing van bewijsuitsluiting als rechtsgevolg van een vormverzuim als bedoeld in art. 359a Sv heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5322, NJ 2013/308 nadere overwegingen gewijd.

3.5. Het Hof heeft de vormverzuimen aangemerkt als een aanzienlijke schending van belangrijke strafvorderlijke voorschriften. Dat oordeel is echter ontoereikend gemotiveerd. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat het Hof niet kenbaar aandacht heeft besteed aan de in art. 359a, tweede lid, Sv genoemde factoren, terwijl het Hof niet heeft aangegeven of, en in welke mate de geschonden voorschriften strekten tot verzekering van het recht van de verdachte op een eerlijk proces, dan wel dat sprake was van een ander (strafvorderlijk) voorschrift waardoor een zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte tot toepassing van bewijsuitsluiting noopte.

3.6. Het middel is terecht voorgesteld.

(...; *Red.*)

5 Beslissing

De Hoge Raad:

(...; *Red.*)

vernietigt de bestreden uitspraak, maar uitsluitend wat betreft de beslissing ter zake van het onder 2 tenlastegelegde; verwijst de zaak naar het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem, opdat de zaak in zoverre op het bestaande hoger beroep opnieuw wordt berecht en afgedaan; verwerpt het beroep voor het overige.

NOOT

Het Hof Amsterdam heeft bij arrest van 1 maart 2012 verdachte wegens “medeplegen van opzettelijk handelen in strijd met een in art. 2 onder B van de Opiumwet gegeven verbod” veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van vier maanden en van een tweede feit, namelijk de voorbereidingshandelingen voor invoer van een grote partij drugs, vrijgesproken.

Tegen deze uitspraak is zowel door de advocaat-generaal als door de verdachte cassatieberoep ingesteld. De A-G klaagt over de vrijspraak van het onder 2 tenlastegelegde feit en wel over het oordeel van het hof dat het bewijsmateriaal dat is verkregen door de inzet van de Britse opsporingsambtenaar A-1702 van het bewijs zal worden uitgesloten.

De opsporingsambtenaar die in dit onderzoek is ingezet, betreft een persoon in openbare dienst van een vreemde staat. Bij het stelselmatig inwinnen van informatie is de inzet van deze A-1702 niet door onderliggende bevelen tot het stelselmatig inwinnen van informatie gedekt, nu de eerste bevelen afliepen op 25 december 2005 en pas op 9 februari 2006 mondeling een nieuw bevel is gegeven ten aanzien van alle drie de verdachten, terwijl zijn inzet wel de gehele periode tussen 26 september 2005 en 18 mei 2006 heeft bestreken.

Bovendien is in de bevelen telkens vermeld dat het de inzet betrof van een opsporingsambtenaar als bedoeld in art. 141 van het Wetboek van Strafvordering terwijl vanaf het begin gebruik is gemaakt van een opsporingsambtenaar in dienst van het Verenigd Koninkrijk. De advocaat-generaal bij het hof had aangevoerd dat het verzuim om in het bevel op te nemen dat voor de stelselmatige inwinning van informatie een buitenlandse functionaris werd ingezet, slechts een zeer beperkte schending oplevert. Het hof oordeelde anders.

Het hof constateert dat er bij de bevelen ex art. 126j WvSv bij de inzet van A-1702 sprake is van meerdere onherstelbare normschendingen als bedoeld in art. 359a WvSv. Het hof is van oordeel dat deze vormverzuimen niet zonder gevolgen kunnen blijven, nu sprake is van een aanzienlijke schending van een belangrijk strafvorderlijk voorschrift. Om die reden zal het door de inzet van de stelselmatige informant A-1702 in het kader van die bevelen verkregen bewijsmateriaal derhalve worden uitgesloten van de bewijsbeslissing.

De rechter dient bij de afweging of en zo ja welk rechtsgevolg aan een onherstelbaar vormverzuim moet worden verbonden de in het tweede lid van art. 359a Sv genoemde factoren in aanmerking te nemen, te weten: (1) het belang dat het geschonden voorschrift dient, (2) de ernst van het verzuim en (3) het nadeel dat door het vormverzuim wordt veroorzaakt.

Bewijsuitsluiting kan daarbij uitsluitend aan de orde komen indien het bewijsmateriaal door het verzuim is verkregen, en komt slechts in aanmerking indien door de onrechtmatige bewijsgaring een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift is geschonden.

De Hoge Raad heeft in het arrest van 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308, m.nt. Keulen duidelijk uiteengezet of en zo ja in welke gevallen een onherstelbaar vormverzuim in het voorbereidend onderzoek als bedoeld in art. 359a Sv kan leiden tot bewijsuitsluiting. De Hoge Raad noemt in dat arrest drie redenen op grond waarvan de rechter tot bewijsuitsluiting zou kunnen overgaan.

1. Bewijsuitsluiting kan noodzakelijk zijn ter verzekering van het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM, bijvoorbeeld als het recht op rechtsbijstand voorafgaand aan het politieverhoor is geschonden.

2. Bewijsuitsluiting kan een juiste reactie zijn in de gevallen waarin het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin

van art. 6 EVRM niet (rechtstreeks) aan de orde is, maar sprake is van een ander belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel dat in aanzienlijke mate is geschonden. Toepassing van bewijsuitsluiting kan dan noodzakelijk worden geacht als middel om toekomstige vormverzuimen die onrechtmatige bewijsgaring tot gevolg hebben te voorkomen en een krachtige stimulans te laten bestaan tot handelen in overeenstemming met de voorgeschreven norm. Een dergelijke toepassing van bewijsuitsluiting kan in beeld komen als sprake is van een vormverzuim dat resulteert in een zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte (verwezen wordt naar HR 29 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8795, NJ 2008/14: *onrechtmatige lijfsvisitatie*).

3. De situatie dat het desbetreffende vormverzuim naar uit objectieve gegevens blijkt zozeer bij herhaling voorkomt dat zijn structureel karakter vaststaat en de verantwoordelijke autoriteiten zich, vanaf het moment waarop dit structurele verzuim hun bekend moet zijn geweest, onvoldoende inspanningen hebben getoond overtreedingen van het desbetreffende voorschrift te voorkomen.

Nu het hof niet heeft gemotiveerd waarom deze vormverzuimen dienden te leiden tot bewijsuitsluiting – daartoe is niet voldoende dat het hof constateert dat sprake is van een aanzienlijke schending van een belangrijk strafvorderlijk voorschrift – wordt het arrest van het hof vernietigd. Een beslissing tot toepassing van een rechtsgevolg als bedoeld in art. 359a WvSv dient te worden genomen en gemotiveerd aan de hand van de hiervoor besproken factoren die in het tweede lid van het artikel zijn genoemd. (Vgl. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/276.)

Het hof heeft niet aangegeven of, en in welke mate de geschonden voorschriften strekten tot verzekering van het recht van de verdachte op een eerlijk proces, dan wel of sprake was van een ander (strafvorderlijk) voorschrift waardoor een zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte tot toepassing van bewijsuitsluiting noopte.

M.L.C.C. de Bruijn-Lückers

180

Hoge Raad
9 september 2014, nr. 13/01257
ECLI:NL:HR:2014:2652
(mr. Van Schendel, mr. De Savornin Lohman, mr. Splinter-van Kan)
(concl. A-G mr. Vellinga (niet opgenomen; Red.))
Noot M.L.C.C. de Bruijn-Lückers

Vordering benadeelde partij. Wettelijke rente. Art. 36f WvSr.

De omstandigheid dat de benadeelde partijen niet hebben gevorderd dat de wettelijke rente wordt vergoed, betekent niet dat het hof ten onrechte heeft beslist dat de op de voet van art. 36f WvSr opgelegde betalingsverplichtingen (schadevergoedingsmaatregel) vermeerderd moeten worden met de wettelijke rente.

[Sr art. 36f]

Het hof heeft ambtshalve de wettelijke rente over het toegewezen deel van de vordering benadeelde partij toegewezen.

Het middel klaagt dat het hof ten onrechte heeft beslist dat de aan de benadeelde partijen toegewezen bedragen aan materiële schadevergoeding vermeerderd worden met de wettelijke rente.

De Hoge Raad overweegt dat het hof heeft beslist dat de vorderingen van de benadeelde partijen, voor zover toegewezen, vermeerderd dienen te worden met de wettelijke rente vanaf de in het arrest genoemde datum tot aan de dag der algehele voldoening. Nu de stukken van het geding niet inhouden dat de benadeelde partijen vergoeding van de wettelijke rente hebben gevorderd, heeft het hof ten onrechte beslist dat die rente vergoed moet worden (vgl. HR 11 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4262, NJ 2000/217). Het middel klaagt daarover terecht.

Opmerking verdient het volgende. De omstandigheid dat de benadeelde partijen niet hebben gevorderd dat de wettelijke rente wordt vergoed, betekent niet dat het hof ten onrechte heeft beslist dat de op de voet van art. 36f WvSr opgelegde betalingsverplichtingen (schadevergoedingsmaatregel) vermeerderd moeten worden met de wettelijke rente. Het staat de strafrechter vrij al dan niet een schadevergoedingsmaatregel op te leggen. Indien de strafrechter de schadevergoedingsmaatregel oplegt, berekent hij het schadebedrag, waartoe de wettelijke rente behoort, naar de krachtens het Burgerlijk Wetboek geldende criteria. De wettelijke rente is ingevolge art. 6:83 aanhef en onder b BW zonder ingebrekestelling verschuldigd vanaf het moment waarop de schade, die het gevolg is van de onrechtmatige daad van de verdachte, is ingetreden. Het oordeel van het hof dat de verdachte in het kader van de op de voet van art. 36f WvSr opgelegde betalingsverplichtingen wettelijke rente verschuldigd is, geeft daarom niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

[verdachte], geboren te Amsterdam op 26 maart 1988.

Hoge Raad:

(...; Red.)

Het middel klaagt dat het Hof ten onrechte heeft beslist dat de aan de benadeelde partijen toegewezen bedragen aan materiële

schadevergoeding vermeerderd worden met de wettelijke rente.

2.2. Het bestreden arrest houdt het volgende in:

“Vordering van de benadeelde partij [benadeelde 1]

De benadeelde partij heeft zich in eerste aanleg in het strafproces gevoegd met een vordering tot schadevergoeding. Deze bedraagt € 130,-. De vordering is bij het vonnis waarvan beroep toegewezen tot een bedrag van € 80,-. De benadeelde partij heeft zich in hoger beroep opnieuw gevoegd voor het bedrag van haar oorspronkelijke vordering.

(...)

Uit het onderzoek ter terechtzitting is het hof voldoende gebleken dat de benadeelde partij als gevolg van het onder 1 bewezenverklarde handelen van de verdachte rechtstreeks schade heeft geleden tot na te melden bedrag. De verdachte is tot vergoeding van die schade gehouden zodat de vordering tot dat bedrag zal worden toegewezen.

Voor het overige is het hof van oordeel dat behandeling van de vordering een onevenredige belasting van het strafgeding oplevert. In zoverre kan de benadeelde partij daarom thans in haar vordering niet worden ontvangen en kan zij haar vordering slechts bij de burgerlijke rechter aanbrengen.

Om te bevorderen dat de schade door verdachte wordt vergoed, zal het hof de maatregel van artikel 36f van het Wetboek van Strafrecht opleggen op de hierna te noemen wijze.

Vordering van de benadeelde partij [benadeelde 2]

De benadeelde partij heeft zich in eerste aanleg in het strafproces gevoegd met een vordering tot schadevergoeding. Deze bedraagt € 6956,03. De vordering is bij het vonnis waarvan beroep toegewezen. De benadeelde partij heeft zich in hoger beroep opnieuw gevoegd voor het bedrag van haar oorspronkelijke vordering.

Uit het onderzoek ter terechtzitting is het hof voldoende gebleken dat de benadeelde partij als gevolg van het onder 2 en 3 bewezenverklarde handelen van de verdachte rechtstreeks schade heeft geleden tot na te melden bedrag. De verdachte is tot vergoeding van die schade gehouden zodat de vordering tot dat bedrag zal worden toegewezen.

Nu het hof zal bepalen dat het toegewezen bedrag wordt vermeerderd met de wettelijke rente, wijst het hof de vordering af voor zover deze het bedrag van € 108,- betreft, welk bedrag is gevorderd als rente over een bedrag van € 4000,-.

Om te bevorderen dat de schade door verdachte wordt vergoed, zal het hof de maatregel van artikel 36f van het Wetboek van Strafrecht opleggen op de hierna te noemen wijze.

Vordering van de benadeelde partij

Media Pensioen Diensten

De benadeelde partij heeft zich in eerste aanleg in het strafproces gevoegd met een vordering tot schadevergoeding. Deze bedraagt € 577,94. De vordering is bij het vonnis waarvan beroep toegewezen. De benadeelde partij heeft zich in hoger beroep opnieuw gevoegd voor het bedrag van haar oorspronkelijke vordering.

Uit het onderzoek ter terechtzitting is voldoende gebleken dat de benadeelde partij als gevolg van het onder 4 primair bewezenverklarde handelen van de verdachte rechtstreeks schade heeft geleden. De verdachte is tot vergoeding van die schade gehouden zodat de vordering zal worden toegewezen.

Om te bevorderen dat de schade door verdachte wordt vergoed, zal het hof de maatregel van artikel 36f van het Wetboek van Strafrecht opleggen op de hierna te noemen wijze.

(...)

BESLISSING

Het hof:

(...)

Vordering van de benadeelde partij [benadeelde 1]

Wijst toe de vordering tot schadevergoeding van de benadeelde partij [benadeelde 1] ter zake van het onder 1 bewezenverklarde tot het bedrag van € 80,- (tachtig euro) ter zake van materiële schade en veroordeelt de verdachte om dit bedrag tegen een behoorlijk bewijs van kwijting te betalen aan de benadeelde partij. Verklaart de benadeelde partij in haar vordering voor het overige niet-ontvankelijk en bepaalt dat zij in zoverre haar vordering slechts bij de burgerlijke rechter kan aanbrengen.

Bepaalt dat voormeld toegewezen bedrag aan materiële schadevergoeding vermeerderd wordt met de wettelijke rente vanaf 29 juni 2011 tot aan de dag der algehele voldoening.

Legt aan de verdachte de verplichting op om aan de Staat, ten behoeve van het slachtoffer, genaamd [benadeelde 1], een bedrag te betalen van € 80,- (tachtig euro) als vergoeding voor materiële schade, bij gebreke van betaling en verhaal te vervangen door 1 (één) dag hechtenis, met dien verstande dat de toepassing van die hechtenis de verplichting tot schadevergoeding aan de Staat ten behoeve van het slachtoffer niet opheft.

Bepaalt dat voormelde betalingsverplichting ter zake van de materiële schade vermeerderd wordt met de wettelijke rente vanaf 29 juni 2011 tot aan de dag der algehele voldoening.

(...)

Vordering van de benadeelde partij [benadeelde 2]

Wijst toe de vordering tot schadevergoeding van de benadeelde partij [benadeelde 2] ter zake van het onder 2 en 3 bewezenverklarde tot het bedrag van € 6848,03 (zesduizendachtentachtentveertig euro en drie cent) ter zake van materiële schade en veroordeelt de verdachte om dit bedrag tegen een behoorlijk bewijs van kwijting te betalen aan de benadeelde partij.

Wijst de vordering van de benadeelde partij tot schadevergoeding voor het overige af.

Bepaalt dat voormeld toegewezen bedrag aan materiële schadevergoeding vermeerderd wordt met de wettelijke rente vanaf 5 juli 2011 tot aan de dag der algehele voldoening.

Legt aan de verdachte de verplichting op om aan de Staat, ten behoeve van het slachtoffer, genaamd [benadeelde 2], een bedrag te betalen van € 6848,03 (zesduizendachtentachtentveertig euro en drie cent) als vergoeding voor materiële schade, bij gebreke van betaling en verhaal te vervangen door 69 (negenenzestig) dagen hechtenis, met dien verstande dat de toepassing van die hechtenis de verplichting tot schadevergoeding aan de Staat ten behoeve van het slachtoffer niet opheft.

Bepaalt dat voormelde betalingsverplichting ter zake van de materiële schade vermeerderd wordt met de wettelijke rente vanaf 5 juli 2011 tot aan de dag der algehele voldoening.

(...)

Vordering van de benadeelde partij

Media Pensioen Diensten

Wijst toe de vordering tot schadevergoeding van de benadeelde partij Media Pensioen Diensten ter zake van het onder 4 primair bewezenverklarde tot het bedrag van € 577,94 (vijfhonderdzevenenzeventig euro en vierennegentig cent) ter zake van materiële schade en veroordeelt de verdachte om dit bedrag tegen een behoorlijk bewijs van kwijting te betalen aan de benadeelde partij.

Bepaalt dat voormeld toegewezen bedrag aan materiële schade-

vergoeding vermeerderd wordt met de wettelijke rente vanaf 21 juli 2011 tot aan de dag der algehele voldoening.

Legt aan de verdachte de verplichting op om aan de Staat, ten behoeve van het slachtoffer, genaamd Media Pensioen Diensten, een bedrag te betalen van € 577,94 (vijfhonderdzeventig euro en vierennegentig cent) als vergoeding voor materiële schade, bij gebreke van betaling en verhaal te vervangen door 11 (elf) dagen hechtenis, met dien verstande dat de toepassing van die hechtenis de verplichting tot schadevergoeding aan de Staat ten behoeve van het slachtoffer niet opheft.

Bepaalt dat voormelde betalingsverplichting ter zake van de materiële schade vermeerderd wordt met de wettelijke rente vanaf 21 juli 2011 tot aan de dag der algehele voldoening.”

2.3. Het Hof heeft beslist dat de vorderingen van de benadeelde partijen, voor zover toegewezen, vermeerderd dienen te worden met de wettelijke rente vanaf de in het arrest genoemde datum tot aan de dag der algehele voldoening. Nu de stukken van het geding niet inhouden dat de benadeelde partijen vergoeding van de wettelijke rente hebben gevorderd, heeft het Hof ten onrechte beslist dat die rente vergoed moet worden (vgl. HR 11 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4262, NJ 2000/217). Het middel klaagt daarover terecht. Het bestreden arrest kan in zoverre niet in stand blijven.

2.4. Opmerking verdient het volgende. De omstandigheid dat de benadeelde partijen niet hebben gevorderd dat de wettelijke rente wordt vergoed, betekent niet dat het Hof ten onrechte heeft beslist dat de op de voet van art. 36f Sr opgelegde betalingsverplichtingen (schadevergoedingsmaatregel) vermeerderd moeten worden met de wettelijke rente. Het staat de strafrechter vrij al dan niet een schadevergoedingsmaatregel op te leggen. Indien de strafrechter de schadevergoedingsmaatregel oplegt, berekent hij het schadebedrag, waartoe de wettelijke rente behoort, naar de krachtens het Burgerlijk Wetboek geldende criteria. De wettelijke rente is ingevolge art. 6:83, aanhef en onder b, BW zonder ingebrekestelling verschuldigd vanaf het moment waarop de schade, die het gevolg is van de onrechtmatige daad van de verdachte, is ingetreden. Het oordeel van het Hof dat de verdachte in het kader van de op de voet van art. 36f Sr opgelegde betalingsverplichtingen wettelijke rente verschuldigd is, geeft daarom niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

(...; *Red.*)

5 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de bestreden uitspraak, maar uitsluitend voor zover het Hof heeft beslist dat wettelijke rente vergoed moet worden over de toegewezen bedragen van de vorderingen van de benadeelde partijen;
verwerpt het beroep voor het overige.

wordt vergoed, niet betekent dat het hof ten onrechte heeft beslist dat de op de voet van art. 36f WvSr opgelegde betalingsverplichtingen (schadevergoedingsmaatregel) vermeerderd moeten worden met de wettelijke rente. Het staat de strafrechter vrij al dan niet een schadevergoedingsmaatregel op te leggen. Indien de strafrechter de schadevergoedingsmaatregel oplegt, berekent hij het schadebedrag, waartoe de wettelijke rente behoort, naar de krachtens het Burgerlijk Wetboek geldende criteria. De wettelijke rente is ingevolge art. 6:83 aanhef en onder b BW zonder ingebrekestelling verschuldigd vanaf het moment waarop de schade, die het gevolg is van de onrechtmatige daad van de verdachte, is ingetreden. Het oordeel van het hof dat de verdachte in het kader van de op de voet van art. 36f WvSr opgelegde betalingsverplichtingen wettelijke rente verschuldigd is, geeft daarom niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof mag dus niet ongevraagd de vorderingen benadeelde partij vermeerderen met de wettelijke rente, maar mag wel ongevraagd de schadevergoedingsmaatregel vermeerderen met de wettelijke rente. De schadevergoedingsmaatregel mag het hof immers ambtshalve opleggen, de vorderingen benadeelde partij niet.

M.L.C.C. de Bruijn-Lückers

NOOT

Het Hof Amsterdam heeft op 13 februari 2013 beslist dat de toegewezen vorderingen van de benadeelde partijen vermeerderd dienen te worden met de wettelijke rente vanaf de in het arrest genoemde datum tot aan de dag der algehele voldoening. Daarbij is tevens een schadevergoedingsmaatregel opgelegd.

De Hoge Raad is van oordeel dat nu de stukken van het geding niet inhouden dat de benadeelde partijen vergoeding van de wettelijke rente hebben gevorderd, het hof ten onrechte heeft beslist dat die rente vergoed moet worden (vgl. HR 11 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4262, NJ 2000/217).

De Hoge Raad overweegt echter dat de omstandigheid dat de benadeelde partijen niet hebben gevorderd dat de wettelijke rente

Bestuursrecht

181
Hof van Justitie EU 8 mei 2014, nr. C-604/12 ECLI:EU:C:2014:302 (mr. Lenaerts, mr. Bay Larsen, mr. Safjan, mr. Malenovský, mr. Prechal) (concl. A-G mr. Bot (niet opgenomen; Red.)) Noot L.J.M. Timmermans
Recht op behoorlijk bestuur. Toepassingsbe- reik art. 41 Handvest. Onpartijdigheid be- stuur en snelheid van de procedure. Objectieve en subjectieve onpartijdigheid bestuur.
Richtlijn 2004/83/EG van de Raad van 29 april 2004 en de inhoud van de verleende bescherming, het doeltreffendheidsbeginsel en het recht op behoorlijk bestuur staan niet in de weg aan een nationale procedurereg- el als die in het hoofdgeding, die de behan- deling van een verzoek om subsidiaire be- scherming afhankelijk stelt van de voorafgaande afwijzing van een verzoek om erkenning als vluchteling, mits het verzoek om erkenning als vluchteling en het verzoek om subsidiaire bescherming tegelijkertijd kunnen worden ingediend en de nationale procedureregeling niet ertoe leidt dat het verzoek om subsidiaire bescherming na het verstrijken van een redelijke termijn wordt behandeld, hetgeen ter beoordeling van de verwijzende rechter staat.
[Handvest van de EU art. 41 lid 1, 51]

Wat het in art. 41 van het Handvest neergelegde recht op behoorlijk bestuur betreft, moet in herinnering worden gebracht dat dit recht een afspiegeling vormt van een algemeen beginsel van het Unierecht. Aangezien in het hoofdgeding een lidstaat het Unierecht uitvoert, vinden de vereisten die voortvloeien uit het recht op behoorlijk bestuur, met name het recht van eenieder dat zijn zaken onpartijdig en binnen een redelijke termijn worden behandeld, dus toepassing in een procedure tot toekenning van de subsidiaire bescherming zoals die in het hoofdgeding, die wordt gevoerd door de bevoegde nationale autoriteit.

Bijgevolg moet worden nagegaan of het recht op behoorlijk bestuur eraan in de weg staat dat een lidstaat in zijn nationaal recht voorziet in een procedureregeling volgens welke voor het verzoek om subsidiaire bescherming een verschillende procedure moet worden gevolgd die noodzakelijkerwijs pas na de afwijzing van een asiel-aanvraag plaatsvindt. Wat meer in het bijzonder het vereiste van onpartijdigheid betreft, is het zo dat dit onder meer de objectieve onpartijdigheid omvat in de zin dat de nationale autoriteit vol-
doende waarborgen moet bieden om elke gerechtvaardigde twijfel dat sprake is van een eventueel vooroordeel uit te sluiten (zie naar analogie arrest-Ziegler/Commissie, C-439/11 P, ECLI:EU:C:2013:513, punt 155).

Om te beginnen moet worden opgemerkt dat in omstandigheden als die van het hoofdgeding, het feit dat de nationale autoriteit de aanvrager van subsidiaire bescherming vóór de behandeling van

zijn verzoek in kennis stelt van haar voornemen om een uitzettingsbesluit te nemen, op zich geen ontbreken van objectieve onpartijdigheid van die autoriteit kan opleveren. Vaststaat namelijk dat dit voornemen van de bevoegde autoriteit is gebaseerd op de vaststelling dat de derdelander niet voldoet aan de voorwaarden om in aanmerking te komen voor de vluchtelingenstatus. Deze vaststelling houdt dus niet in dat de bevoegde autoriteit reeds een standpunt heeft ingenomen over de vraag of deze onderdaan voldoet aan de voorwaarden voor de toekenning van subsidiaire bescherming. Derhalve druist de in het hoofdgeding aan de orde zijnde procedureregeling niet in tegen het uit het recht op behoorlijk bestuur voortvloeiende vereiste van onpartijdigheid.

H.N.
tegen
Minister for Justice, Equality and Law Reform,
Ireland,
Attorney General.

HvJ EU:

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van richtlijn 2004/83/EG van de Raad van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen 33en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming (PB L 304, blz. 12, met rectificatie PB 2005, L 204, blz. 24) en artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: "Handvest").

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen enerzijds N., een Pakistaans staatsburger, en anderzijds de Minister for Justice, Equality and Law Reform (hierna: "Minister"), Ierland en de Attorney General over de weigering van de minister om verzoekers verzoek om subsidiaire bescherming te behandelen wegens het ontbreken van een voorafgaand verzoek om erkenning als vluchteling.

*Toepasselijke bepalingen**Unierecht**Richtlijn 2004/83*

3. De punten 5, 6 en 24 van de considerans van richtlijn 2004/83 luiden:

"(5) De conclusies van Tampere houden tevens in, dat de bepalingen ten aanzien van de vluchtelingenstatus moeten worden aangevuld met maatregelen inzake subsidiaire vormen van bescherming die eenieder die een dergelijke bescherming behoeft een passende status verlenen.

(6) Het hoofddoel van deze richtlijn is te verzekeren dat er in alle lidstaten een minimaal niveau aan bescherming wordt geboden aan personen die werkelijk bescherming behoeven omdat zij redelijkerwijze niet erop kunnen vertrouwen dat hun land van herkomst of het land van de gewone verblijfplaats deze bescherming verstrekt.

[...]

(24) Tevens dienen minimumnormen te worden vastgesteld voor de omschrijving en inhoud van subsidiaire bescherming. De subsidiaire beschermingsregeling moet de in het [het Verdrag betreffende de status van vluchtelingen, ondertekend te Genève op 28 juli 1951 [Recueil des traités des Nations unies, vol. 189, blz. 150, nr. 2545 (1954)], dat op 22 april 1954 in werking is getreden (hierna: 'Verdrag van Genève'),] vastgelegde regeling ter bescherming van vluchtelingen aanvullen."

4. Volgens artikel 2, sub a, c, e en f, van die richtlijn wordt verstaan onder:

“a. internationale bescherming’: de vluchtelingenstatus en de subsidiaire bescherming zoals omschreven in de punten d) en f);

[...]

c. ‘vluchteling’: een onderdaan van een derde land die zich wegens een gegronde vrees voor vervolging om redenen van ras, godsdienst, nationaliteit, politieke overtuiging of het behoren tot een bepaalde sociale groep, buiten het land bevindt waarvan hij de nationaliteit bezit en de bescherming van dat land niet kan of, wegens deze vrees, niet wil invoeren, dan wel een staatloze die zich om dezelfde reden buiten het land bevindt waar hij vroeger gewoonlijk verbleef en daarheen niet kan, dan wel wegens genoemde vrees niet wil terugkeren, en op wie artikel 12 niet van toepassing is;

[...]

e. ‘persoon die voor de subsidiaire-beschermingsstatus in aanmerking komt’: een onderdaan van een derde land [...] die niet voor de vluchtelingenstatus in aanmerking komt, doch ten aanzien van wie er zwaarwegende gronden bestaan om aan te nemen dat, wanneer hij naar zijn land van herkomst [...] terugkeert, [hij] een reëel risico zou lopen op ernstige schade als omschreven in artikel 15 [...];

f. ‘subsidiaire-beschermingsstatus’: de erkenning door een lidstaat van een onderdaan van een derde land of een staatloze als een persoon die voor subsidiaire bescherming in aanmerking komt.”

5. In hoofdstuk V, getiteld “Voorwaarden om in aanmerking te komen voor subsidiaire bescherming”, bepaalt artikel 15, sub c, van richtlijn 2004/83 onder het opschrift “Ernstige schade” dat ernstige schade bestaat uit:

“c. ernstige en individuele bedreiging van het leven of de persoon van een burger als gevolg van willekeurig geweld in het kader van een internationaal of binnenlands gewapend conflict.”

6. Artikel 18 van richtlijn 2004/83 bepaalt:

“De lidstaten verlenen de subsidiaire-beschermingsstatus aan een onderdaan van een derde land of staatloze die overeenkomstig de hoofdstukken II en V in aanmerking komt voor subsidiaire bescherming.”

Richtlijn 2005/85/EG

7. Artikel 3, leden 3 en 4, van richtlijn 2005/85/EG van de Raad van 1 december 2005 betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus (PB L 326, blz. 13) bepaalt:

“3. Wanneer de lidstaten een procedure volgen of invoeren waarbij asiolverzoeken tegelijkertijd worden behandeld als verzoeken op basis van het Verdrag van Genève en als verzoeken om andere vormen van internationale bescherming verleend overeenkomstig de in artikel 15 van richtlijn 2004/83/EG bepaalde omstandigheden, passen zij de richtlijn gedurende de gehele procedure toe.

4. Bovendien kunnen de lidstaten besluiten deze richtlijn toe te passen bij procedures waarin wordt beslist over verzoeken om ongeacht welke vorm van internationale bescherming.”

8. Krachtens artikel 23, lid 4, van deze richtlijn kunnen de lidstaten de procedure om te beoordelen of is voldaan aan de voorwaarden om als vluchteling te worden erkend, versnellen, met name wanneer de asielzoeker kennelijk niet in aanmerking komt als vluchteling.

Iers recht

9. In Ierland bestaan er twee soorten verzoeken om internationale bescherming, te weten:

– de asielaanvraag en, bij afwijzing daarvan,

– het verzoek om subsidiaire bescherming.

10. Voor elk van die verzoeken bestaat er in die lidstaat een specifieke procedure, waarbij de ene procedure na de andere wordt gevoerd.

11. De bepalingen inzake de behandeling van asielaanvragen liggen voornamelijk vervat in de Refugee Act 1996 (vluchtelingenwet van 1996), in de versie die gold ten tijde van de feiten van het hoofdgeding.

12. Artikel 3 van de Immigration Act 1999 (immigratiewet van 1999) heeft aan de minister de bevoegdheid toegekend om uitzetting te gelasten van personen, waaronder overeenkomstig lid 2, sub f, van dat artikel 3 “personen van wie de asielaanvraag is afgewezen door de [minister]”.

13. De behandeling van verzoeken om subsidiaire bescherming is geregeld in de European Communities (Eligibility for Protection) Regulations 2006 (Statutory Instrument n 518/2006) (regeling van 2006 inzake de voorwaarden om in het kader van de Europese Gemeenschappen voor bescherming in aanmerking te komen), waarmee met name de omzetting van richtlijn 2004/83 wordt beoogd (hierna: “regeling van 2006”).

14. Artikel 3 van de regeling van 2006 bepaalt:

“1 [...] deze regeling geldt voor de volgende besluiten [...]:

[...]

c. de kennisgeving van een voornemen om op grond van artikel 3, lid 3, van de [immigratiewet van 1999] uitzetting te gelasten van een in artikel 3, lid 2, sub f, van dit artikel bedoelde persoon [...]

[...]

15. In artikel 4 van deze regeling is bepaald:

“1. a De kennisgeving van een voornemen in de zin van artikel 3, lid 3, van de [immigratiewet van 1999] moet een verklaring bevatten dat een in artikel 3, lid 2, sub f, van deze wet bedoelde persoon die meent dat hij voor subsidiaire bescherming in aanmerking komt, niet alleen opmerkingen kan indienen in de zin van artikel 3, lid 3, sub b, van die wet, maar binnen de in de kennisgeving gestelde termijn van 15 dagen ook een verzoek om subsidiaire bescherming kan richten aan de [minister].

[...]

2. De [minister] is niet gehouden tot behandeling van een verzoek om subsidiaire bescherming van personen die niet zijn bedoeld in artikel 3, lid 2, sub f, van de [immigratiewet van 1999], of dat is ingediend zonder gebruikmaking van het in lid 1, sub b, bedoelde formulier.”

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

16. N. is een Pakistaans staatsburger die in 2003 Ierland is binnengekomen met een studentenvisum.

17. Na zijn huwelijk met een Iers staatsburger heeft hij toestemming gekregen om tot en met 31 december 2005 in Ierland te verblijven.

18. Op 23 februari 2006 heeft de minister N. in kennis gesteld van het feit dat zijn verblijfstitel niet werd verlengd omdat hij niet langer met zijn vrouw samenwoonde, alsmede van het voornemen om hem, in uitoefening van zijn wettelijke bevoegdheden, te gelasten het land te verlaten.

19. Op 16 juni 2009 heeft N., zonder eerst een asielaanvraag te hebben ingediend, de minister verzocht om zijn verzoek om subsidiaire bescherming in behandeling te nemen, met als voornaamste argument dat hij – zonder te vrezen voor vervolging – bang was om naar zijn herkomstland terug te keren vanwege het risico op “ernstige schade” in de zin van artikel 15 van richtlijn 2004/83.

20. Op 23 juni 2009 heeft de minister N. meegedeeld dat zijn verzoek om subsidiaire bescherming niet kon worden behandeld, stellende dat naar Iers recht pas om subsidiaire bescher-

ming kan worden verzocht na afwijzing van een verzoek om erkenning als vluchteling.

21. Na nieuwe pogingen van N. om zijn verzoek om subsidiaire bescherming te doen behandelen, heeft de minister bij schrijven van 27 juli 2009 nogmaals gewezen op de reden waarom hij dit verzoek weigerde te behandelen.

22. Op 12 oktober 2009 heeft N. bij de High Court een beroep tot vernietiging van het besluit van de minister ingediend, stellende dat het nationale recht tot omzetting van richtlijn 2004/83 hem het recht moet verlenen om een “autonoom” verzoek om subsidiaire bescherming in te dienen.

23. Nadat dit beroep tot vernietiging werd afgewezen, heeft N. een hogere voorziening ingesteld bij de Supreme Court.

24. In deze omstandigheden heeft de Supreme Court de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

“Staat richtlijn [2004/83], uitgelegd tegen de achtergrond van het Unierechtelijke beginsel van behoorlijk bestuur zoals dit met name is vastgelegd in artikel 41 van het Handvest [...], een lidstaat toe om in zijn wetgeving te bepalen dat een verzoek tot toekenning van de subsidiaire-beschermingsstatus enkel in behandeling kan worden genomen wanneer de aanvrager eerst de vluchtelingenstatus heeft aangevraagd en deze hem is geweigerd overeenkomstig het nationale recht?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

25. Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 2004/83 en het beginsel van behoorlijk bestuur aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling als die in het hoofdgeding, die voorziet in twee onderscheiden en op elkaar volgende procedures voor de behandeling van respectievelijk de asielaanvraag en het verzoek om subsidiaire bescherming en die de behandeling van het verzoek om subsidiaire bescherming afhankelijk stelt van de voorafgaande afwijzing van het verzoek om erkenning als vluchteling.

26. Om te beginnen zij eraan herinnerd dat richtlijn 2004/83 in het kader van het begrip “internationale bescherming” twee verschillende beschermingsregimes regelt, namelijk de vluchtelingenstatus en de subsidiaire-beschermingsstatus.

27. In dit verband zij erop gewezen dat het Verdrag van Genève blijkens de punten 3, 16 en 17 van de considerans van richtlijn 2004/83 de hoeksteen vormt van het internationale rechtsstelsel ter bescherming van vluchtelingen, en dat de bepalingen van deze richtlijn zijn vastgesteld om de bevoegde autoriteiten van de lidstaten te helpen dit Verdrag toe te passen op basis van gemeenschappelijke begrippen en criteria (arrest X e.a., C-199/12-C-201/12, EU:C:2013:720, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

28. De bepalingen van die richtlijn moeten bijgevolg worden uitgelegd in het licht van de algehele systematiek en de doelstelling ervan, met inachtneming van dat Verdrag en de andere toepasselijke verdragen bedoeld in artikel 78, lid 1, VWEU (arrest *Abad El Karem El Kott* e.a., C-364/11, EU:C:2012:826, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

29. Dienaangaande zij erop gewezen dat de persoon die voor de subsidiaire-beschermingsstatus in aanmerking komt, in de tekst van artikel 2, sub e, van richtlijn 2004/83 wordt omschreven als een onderdaan van een derde land of een staatloze die niet voor de vluchtelingenstatus in aanmerking komt.

30. Uit het gebruik van de term “subsidiair” en uit de tekst van dat artikel blijkt aldus dat de subsidiaire-beschermingsstatus is bedoeld voor derdelanders die niet in aanmerking komen voor de vluchtelingenstatus.

31. Voorts blijkt uit de punten 5, 6 en 24 van de considerans van

richtlijn 2004/83 dat de minimumcriteria voor de toekenning van de subsidiaire bescherming een aanvulling moeten kunnen vormen op de vluchtelingenbescherming die is vastgelegd in het Verdrag van Genève, door te bepalen welke personen werkelijk internationale bescherming behoeven en door hun een passende status te verlenen (arrest *Diakité*, C-285/12, EU:C:2014:39, punt 33).

32. Uit het voorgaande blijkt dat de in richtlijn 2004/83 opgenomen subsidiaire bescherming een aanvulling vormt op de in het Verdrag van Genève neergelegde bescherming van vluchtelingen.

33. Een dergelijke uitlegging is voorts in overeenstemming met de doelstellingen van artikel 78, lid 2, sub a en b, VWEU, volgens hetwelk het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie maatregelen nemen voor een gemeenschappelijk Europees asielsysteem dat onder meer “een uniforme subsidiaire-beschermingsstatus [omvat] voor onderdanen van derde landen die, als zij geen asiel krijgen in de Europese Unie, internationale bescherming behoeven”.

34. Daarnaast zij erop gewezen, zoals de advocaat-generaal in de punten 46 en 49 van zijn conclusie heeft opgemerkt, dat aangezien de verzoeker om internationale bescherming noodzakelijkerwijs kan inschatten op welk type bescherming zijn aanvraag betrekking heeft en de vluchtelingenstatus bovendien ruimere bescherming biedt dan de subsidiaire bescherming, het in beginsel aan de bevoegde autoriteit staat te bepalen welke status het best past bij de situatie van die verzoeker.

35. Uit deze overwegingen volgt dat een verzoek om subsidiaire bescherming in beginsel niet mag worden behandeld vooraleer de bevoegde autoriteit heeft vastgesteld dat de verzoeker om internationale bescherming niet voldeed aan de voorwaarden voor erkenning als vluchteling.

36. Hieruit volgt dat richtlijn 2004/83 niet in de weg staat aan een nationale regeling waarin is bepaald dat de voorwaarden voor erkenning als vluchteling moeten worden onderzocht alvorens wordt beoordeeld of is voldaan aan de voorwaarden inzake subsidiaire bescherming.

37. Niettemin moet nog worden nagegaan of andere voorschriften van het Unierecht in de weg staan aan een nationale regeling als die in het hoofdgeding, die voorziet in twee onderscheiden procedures voor de behandeling van de asielaanvraag respectievelijk het verzoek om subsidiaire bescherming, waarbij laatstgenoemd verzoek pas kan worden ingediend nadat eerstgenoemde aanvraag is afgewezen.

38. In dit verband zij in herinnering gebracht dat richtlijn 2004/83 geen procedureregels bevat voor de behandeling van een verzoek om internationale bescherming. Richtlijn 2005/85 stelt de minimumnormen vast voor de procedures voor de behandeling van aanvragen en preciseert de rechten van asielzoekers.

39. Richtlijn 2005/85 geldt echter enkel voor verzoeken om subsidiaire bescherming wanneer een lidstaat een eenheidsprocedure invoert waarbij verzoeken worden behandeld in het licht van de twee vormen van internationale bescherming, namelijk de vluchtelingenstatus en de subsidiaire bescherming (arrest *M.*, C-277/11, EU:C:2012:744, punt 79).

40. Zoals blijkt uit punt 37 van het onderhavige arrest is dit in Ierland echter niet het geval.

41. Bijgevolg blijven de lidstaten, bij gebrek aan Unierechtelijke voorschriften ter zake de procedurele aspecten van de behandeling van een verzoek om subsidiaire bescherming, overeenkomstig het beginsel van procedurele autonomie bevoegd om deze aspecten te regelen, met dien verstande dat de eerbiediging van de grondrechten en de volledige doeltreffendheid van de Unierechtelijke bepalingen inzake subsidiaire bescherming

worden gewaarborgd (zie in die zin arrest VEBIC, C-439/08, EU:C:2010:739, punt 64).

42. Derhalve moet een nationale procedureregulering als die in het hoofdgeding, die de behandeling van een verzoek om subsidiaire bescherming afhankelijk stelt van de voorafgaande afwijzing van een verzoek om erkenning als vluchteling, aanvragers van subsidiaire bescherming effectieve toegang tot de hun door richtlijn 2004/83 verleende rechten waarborgen.

43. In dit verband kan het enkele feit dat een verzoek om subsidiaire bescherming slechts na de weigering van de vluchtelingenstatus wordt onderzocht, blijkens de punten 29 tot en met 35 van het onderhavige arrest, in beginsel niet de effectieve toegang voor aanvragers van subsidiaire bescherming tot de hun door richtlijn 2004/83 verleende rechten belemmeren.

44. Niettemin impliceert een regulering als die in het hoofdgeding dat een derdelander die enkel subsidiaire bescherming wil genieten, noodzakelijkerwijs twee onderscheiden procedurele fasen moet doorlopen, en kan deze opsplitsing van de procedure voor de toekenning van internationale bescherming de duur van deze procedure verlengen en bijgevolg de behandeling van het verzoek om subsidiaire bescherming vertragen.

45. De effectieve toegang tot de subsidiaire-beschermingsstatus vereist echter dat het verzoek om erkenning als vluchteling en het verzoek om subsidiaire bescherming tegelijkertijd kunnen worden ingediend en voorts dat het verzoek om subsidiaire bescherming binnen een redelijke termijn wordt behandeld, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan.

46. Dienaangaande moet rekening worden gehouden met zowel de behandelingsduur van het verzoek om erkenning als vluchteling, dat heeft geresulteerd in een afwijzingsbeslissing, als de behandelingsduur van het verzoek om subsidiaire bescherming.

47. Ook zij erop gewezen dat wanneer een derdelander een verzoek om internationale bescherming indient waaruit niet kan worden opgemaakt dat zijn vrees voor vervolging gegrond is, het aan de bevoegde autoriteit staat om zo spoedig mogelijk vast te stellen dat hij niet in aanmerking komt voor de vluchtelingenstatus, zodat het verzoek om subsidiaire bescherming tijdig kan worden behandeld.

48. De autoriteiten die belast zijn met de behandeling van de verzoeken om internationale bescherming kunnen overeenkomstig artikel 23, lid 4, van richtlijn 2005/85 de procedure waarin wordt onderzocht of is voldaan aan de voorwaarden voor het verkrijgen van de vluchtelingenstatus met name versnellen wanneer de asielzoeker kennelijk niet kan worden aangemerkt als "vluchteling" in de zin van artikel 2, sub c, van richtlijn 2004/83.

49. Wat het in artikel 41 van het Handvest neergelegde recht op behoorlijk bestuur betreft, moet in herinnering worden gebracht dat dit recht een afspiegeling vormt van een algemeen beginsel van het Unierecht.

50. Aangezien in het hoofdgeding een lidstaat het Unierecht uitvoert, vinden de vereisten die voortvloeien uit het recht op behoorlijk bestuur, met name het recht van eenieder dat zijn zaken onpartijdig en binnen een redelijke termijn worden behandeld, dus toepassing in een procedure tot toekenning van de subsidiaire bescherming zoals die in het hoofdgeding, die wordt gevoerd door de bevoegde nationale autoriteit.

51. Bijgevolg moet worden nagegaan of het recht op behoorlijk bestuur eraan in de weg staat dat een lidstaat in zijn nationaal recht voorziet in een procedureregulering volgens welke voor het verzoek om subsidiaire bescherming een verschillende procedure moet worden gevolgd die noodzakelijkerwijs pas na de afwijzing van een asielaanvraag plaatsvindt.

52. Wat meer in het bijzonder het vereiste van onpartijdigheid

betreft, is het zo dat dit onder meer de objectieve onpartijdigheid omvat in de zin dat de nationale autoriteit voldoende waarborgen moet bieden om elke gerechtvaardigde twijfel dat sprake is van een eventueel vooroordeel uit te sluiten (zie naar analogie arrest Ziegler/Commissie, C-439/11 P, EU:C:2013:513, punt 155).

53. Om te beginnen moet worden opgemerkt dat in omstandigheden als die van het hoofdgeding, het feit dat de nationale autoriteit de aanvrager van subsidiaire bescherming vóór de behandeling van zijn verzoek in kennis stelt van haar voornemen om een uitzettingsbesluit te nemen, op zich geen ontbreken van objectieve onpartijdigheid van die autoriteit kan opleveren.

54. Vaststaat namelijk dat dit voornemen van de bevoegde autoriteit is gebaseerd op de vaststelling dat de derdelander niet voldoet aan de voorwaarden om in aanmerking te komen voor de vluchtelingenstatus. Deze vaststelling houdt dus niet in dat de bevoegde autoriteit reeds een standpunt heeft ingenomen over de vraag of deze onderdaan voldoet aan de voorwaarden voor de toekenning van subsidiaire bescherming.

55. Derhalve druist de in het hoofdgeding aan de orde zijnde procedureregulering niet in tegen het uit het recht op behoorlijk bestuur voortvloeiende vereiste van onpartijdigheid.

56. Dit recht waarborgt echter, net zoals de door het doeltreffendheidsbeginsel gestelde eisen die zijn genoemd in de punten 41 en 42 van het onderhavige arrest, dat de procedure voor de behandeling van het verzoek om internationale bescherming volledig wordt afgehandeld binnen een redelijke termijn, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan.

57. Gelet op een en ander moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat richtlijn 2004/83, het doeltreffendheidsbeginsel en het recht op behoorlijk bestuur niet in de weg staan aan een nationale procedureregulering als die in het hoofdgeding, die de behandeling van een verzoek om subsidiaire bescherming afhankelijk stelt van de voorafgaande afwijzing van een verzoek om erkenning als vluchteling, mits het verzoek om erkenning als vluchteling en het verzoek om subsidiaire bescherming tegelijkertijd kunnen worden ingediend en de nationale procedureregulering niet ertoe leidt dat het verzoek om subsidiaire bescherming na het verstrijken van een redelijke termijn wordt behandeld, hetgeen ter beoordeling van de verwijzende rechter staat.

Kosten

58. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking. Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

Richtlijn 2004/83/EG van de Raad van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming, het doeltreffendheidsbeginsel en het recht op behoorlijk bestuur staan niet in de weg aan een nationale procedureregulering als die in het hoofdgeding, die de behandeling van een verzoek om subsidiaire bescherming afhankelijk stelt van de voorafgaande afwijzing van een verzoek om erkenning als vluchteling, mits het verzoek om erkenning als vluchteling en het verzoek om subsidiaire bescherming tegelijkertijd kunnen worden ingediend en de nationale procedureregulering niet ertoe leidt dat het verzoek om subsidiaire bescherming na het verstrijken van een redelijke termijn wordt behandeld, hetgeen ter beoordeling van de verwijzende rechter staat.

NOOT

1. Klager H.N. is een Pakistaanse staatsburger die sinds 2003 in Ierland verblijft op basis van een studentenvisum. Vervolgens treedt klager H.N. in het huwelijk met een Ierse staatsburger. Op grond hiervan heeft hij tot 31 december 2005 een geldige verblijfstitel. De *Minister for Justice, Equality and Law Reform* (hierna: Minister) bericht H.N. dat zijn verblijfstitel niet wordt verlengd omdat hij gescheiden is van zijn echtgenote. H.N. verblijft nog tot 2007 in Ierland om zijn studie af te ronden. H.N. heeft in Ierland geen asiolverzoek ingediend. Hij heeft verklaard niet te vrezen voor vervolging op grond van ras, religie, nationaliteit of politieke overtuiging. Hij is dan ook geen vluchteling in de zin van art. 2 sub c Richtlijn 2004/83/EG. Wel betoogt H.N. dat hij risico loopt op ernstige schade in de zin van art. 15 van Richtlijn 2004/83/EG indien hij naar Pakistan moet terugkeren. Dit betoog is gebaseerd op het willekeurige geweld dat plaatsvindt in de Swat-vallei, waar zijn familie woont.

Het voorgaande is reden voor H.N. om in juni 2009 bij de Minister een verzoek in te dienen om subsidiaire bescherming. Subsidiaire bescherming is gebaseerd op art. 2 sub Richtlijn 2004/83/EG. Deze bescherming komt onder andere toe aan een onderdaan van een derde land of een staatloze die niet voor de vluchtelingenstatus in aanmerking komt, maar ten aanzien van wie er zwaarwegende gronden bestaan om aan te nemen dat, wanneer hij naar zijn land van herkomst, of in het geval van een staatloze, naar het land waar hij vroeger gewoonlijk verbleef, terugkeert, een reëel risico zou lopen op ernstige schade als omschreven in art. 15. De Minister wijst zijn verzoek af omdat hij naar Iers recht, alvorens een verzoek te kunnen doen om subsidiaire bescherming, eerst moet hebben verzocht om erkenning als vluchteling. Dat heeft H.N. niet gedaan, zodat de Minister weigert zijn verzoek te behandelen.

2. In het onderhavige geval rijst de vraag of de door het Ierse recht gestelde procedureregule, namelijk dat eerst moet zijn verzocht om erkenning als vluchteling alvorens een verzoek om subsidiaire bescherming in behandeling wordt genomen, rehtens is toegestaan. Richtlijn 2004/83/EG bevat geen procedureregels voor de behandeling van een verzoek om internationale bescherming. Richtlijn 2005/85/EG, betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus bevat alleen regels omtrent de afhandeling van een verzoek om subsidiaire bescherming indien een lidstaat een zogenaamde eenheidsprocedure hanteert. Reeds in de zaak *M.* (Hv) EU 22 november 2012, zaak C-277/11) heeft het Hof geoordeeld dat Richtlijn 2005/85/EG alleen geldt indien een lidstaat één enkele procedure invoert waarbij verzoeken worden behandeld in het licht van de twee vormen van internationale bescherming, namelijk de vluchtelingenstatus en de subsidiaire bescherming. Dit doet zich in Ierland echter niet voor. Gevolg is dat bij gebreke aan Unierechtelijke procedurele voorschriften, dient te worden uitgegaan van het beginsel van procedurele autonomie.

De behandeling van het verzoek geschiedt op basis van nationale procedureregels. Hiervoor geldt wel de voorwaarde dat grondrechten worden geëerbiedigd en dat de doeltreffende werking van het Unierecht wordt gewaarborgd. Het enkele feit dat behandeling van een verzoek om subsidiaire bescherming afhankelijk is gesteld van een voorafgaande afwijzing van een verzoek om erkenning als vluchteling, betekent volgens het Hof niet dat daarmee de effectieve toegang tot de door Richtlijn 2004/83/EG geboden aanspraken op subsidiaire bescherming onaanvaardbaar wordt belemmerd. Wel geldt, mede uit een oogpunt van behandeling van het verzoek binnen een redelijke termijn, dat een verzoek om erkenning als vluchteling

respectievelijk een verzoek om subsidiaire bescherming gelijktijdig moeten kunnen worden ingediend.

3. De in het Ierse recht gehanteerde werkwijze impliceert dat de Minister zich al een oordeel heeft gevormd over de verzoeker H.N., reden waarom hij betoogt dat de onpartijdigheid van het bestuur, de Minister, in het geding is bij de beoordeling van het verzoek om toekenning van de subsidiaire beschermingsstatus. Hierover is dan ook een prejudiciële beslissing gevraagd aan het Hof van Justitie EU. De vraag is of de eis dat eerst een verzoek moet zijn ingediend om erkenning als vluchteling alvorens een verzoek om subsidiaire bescherming kan worden ingediend, is toegestaan in het licht van het beginsel van behoorlijk bestuur zoals is neergelegd in art. 41 Handvest. In deze bepaling staat in het eerste lid onder meer dat eenieder er recht op heeft dat zijn zaak onpartijdig wordt behandeld door instellingen, organen en instanties van de Unie. Om een antwoord te geven op de gestelde vraag, ziet het Hof zich gesteld voor twee vragen. In de eerste plaats is de vraag of deze zaak onder het toepassingsbereik valt van art. 41 Handvest. En ten tweede rijst de vraag wat moet worden begrepen onder “onpartijdig” behandelen.

Wat betreft het toepassingsbereik van het Handvest is art. 51 lid 1 het vertrekpunt. Uit deze bepaling volgt dat het Handvest zich in de eerste plaats richt tot de instellingen, organen en instanties van de Unie. Bovendien dient het Handvest in acht te worden genomen door lidstaten indien zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. In casu gaat het om een handeling van een Minister van Ierland. Over de betekenis van de woorden “het recht van de Unie ten uitvoer leggen” in art. 51 lid 1 Handvest, zijn uitvoerige beschouwingen gegeven (zie o.a. M. de Mol, ‘De toepassing van Uniegrondrechten op nationaal recht en het allocatiebeginsel’, *NTM/NJCM-Bull.* 2013, nr. 6, p. 731-756, T. Barkhuysen en A.W. Bos, ‘De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht: een actualisatie anno 2014’, «JPlus» 2014, p. 90-116; M. de Mol, A. Pahladsingh en L.R. van Heijningen, ‘Inroepbaarheid in rechte van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie: Toepassingsgebied en het onderscheid tussen “rechten” en “beginselen”’, *SEW* 2012/90, p. 222-236). De vraag is vooral wanneer sprake is van “ten uitvoerleggen van Unierecht”. In *Åkerberg Fransson* (Hv) EU 26 februari 2013, zaak C-617/10, «EHRC» 2013/112, m.nt. Morijn, «JB» 2013/58, m.nt. Veenbrink en De Waele, *AB* 2013, 131, m.nt. Widdershoven), heeft het Hof een ruime opvatting gegeven die aansluit op de toelichting op art. 51 Handvest. De in de rechtsorde van de Unie gewaarborgde grondrechten kunnen toepassing vinden in alle situaties die door het Unierecht worden beheerst. Is het Unierecht van toepassing, dan impliceert dit volgens het Hof in punt 21 van *Åkerberg Fransson* dat de door het Handvest gewaarborgde grondrechten eveneens toepassing vinden. In het hier besproken arrest vormt dit geen enkel probleem nu sprake is van nationale maatregelen ter uitvoering van Unierecht. Met betrekking tot de toekenning van de vluchtelingenstatus gaat het in Ierland om toepassing van de *Refugee Act* 1996 en de *Immigration Act* 1999. De behandeling van verzoeken om subsidiaire bescherming is geregeld in de *European Communities (Eligibility for Protection) Regulations* 2006. Het gaat dus om nationale regelingen die toepassing geven aan de eerdergenoemde Richtlijn 2004/83/EG. De lidstaat treedt hier op als ‘tussenpersoon’ van de Europese Unie (Barkhuysen en Bos, a.w., p. 97-98), zodat voldaan is aan de toepassingsvoorwaarde van art. 51 lid 1 Handvest.

4. Probleem is echter dat art. 41 Handvest, anders dan veel andere grondrechtenbepalingen in het Handvest, zo is geformuleerd dat dit artikel de instellingen, organen en instanties van de Unie tot normadressaat heeft. In de toelichting (*Pb* 2007,

C 303/28) wordt geen verklaring gegeven waarom het recht op behoorlijk bestuur naar de tekst van de bepaling alleen is gericht tot de instellingen van de Unie. Hoe dan ook, er is sprake van een spanning tussen de tekst van art. 51 lid 1 en art. 41 Handvest. De zaak *M.* (reeds aangehaald) betrof eveneens een Ierse zaak op basis van dezelfde regelingen als die in het hier besproken arrest aan de orde zijn. In dat geval ging het om het recht om te worden gehoord, een recht op behoorlijk bestuur dat is geformuleerd in art. 41 lid 2 sub a Handvest. Ook in die zaak lag de vraag voor naar het toepassingsbereik van art. 41 Handvest. Advocaat-generaal Bot stelde in zijn conclusie voor de zaak *M.* dat het recht om te worden gehoord een algemeen beginsel van het Unierecht is dat valt onder het in art. 41 van het Handvest neergelegde recht op behoorlijk bestuur en de in de art. 47 en 48 van het Handvest gewaarborgde rechten van de verdediging en het recht op een eerlijk proces. Bot gaat er kennelijk van uit dat art. 41 Handvest niet toepasselijk is doordat hij als vertrekpunt neemt dat het gaat om een algemeen beginsel van Unierecht. Het Hof van Justitie wijst er in de zaak *M.* op dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging, dat ook omvat het recht om te worden gehoord, ook in art. 41 Handvest wordt gewaarborgd. In punt 84 van het arrest overweegt het Hof dat art. 41 lid 2 van algemene toepassing is, hetgeen zou blijken uit de bewoordingen van de bepaling. In deze overweging ligt besloten dat art. 41 Handvest ook geldt voor uitvoeringshandelingen van lidstaten.

5. Welke conclusie zou kunnen worden getrokken uit de zaak *M.*? Gelet op de tekst van art. 41, moet het tweede lid worden beschouwd als een verdere niet-limitatieve uitwerking van het eerste lid (P. Craig, in: *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2014, p. 1072). De hier door het Hof gegeven uitleg in de zaak *M.* zou betekenen dat de bepaling, hoewel deze zich naar de tekst richt tot de instellingen van de Unie en niet tot de lidstaten, ook van toepassing is op uitvoeringshandelingen van lidstaten. In zijn conclusie in de zaak *Kamino International Logistics* (C-129/13 en C-130/13, naar aanleiding van prejudiciële vragen van de Hoge Raad der Nederlanden), zag A-G Wathelet zich eveneens voor de vraag gesteld wat het toepassingsbereik is van art. 41 lid 2 Handvest. Het betrof hier een navorderingsprocedure voor douanerechten en derhalve de tenuitvoerlegging van het Unierecht. Wathelet stelde onomwonden dat art. 41 Handvest overeenkomstig art. 51 lid 1 Handvest moet worden geëerbiedigd door lidstaten. Helaas kwam het Hof van Justitie EU niet toe aan een oordeel over deze kwestie, omdat het vaststelde dat de procedures die hadden geleid tot de navordering stamden van voor de inwerkingtreding van het Handvest van de grondrechten op 1 december 2009. Gevolg was dat art. 41 Handvest als zodanig niet van toepassing kon zijn (zie ook punt 25 van *Sabou*, HvJ EU 22 oktober 2013, zaak C-276/12).

In het hier besproken arrest overweegt het Hof in punt 49 dat het recht op behoorlijk bestuur zoals neergelegd in art. 41 Handvest, een afspiegeling vormt van een algemeen beginsel van Unierecht. Omdat in dit geval de lidstaat Ierland Unierecht uitvoert, is het recht op behoorlijk bestuur, dat onder meer het recht op een onpartijdige behandeling van de zaak binnen een redelijke termijn omvat, van toepassing op de procedure tot toekenning van subsidiaire bescherming. Het Hof van Justitie lijkt daarmee vooralsnog niet over te gaan tot directe toepassing van art. 41 Handvest op handelingen van lidstaten waarbij het recht van de Unie ten uitvoer wordt gebracht. Het Hof lijkt terug te vallen op de algemene techniek dat het recht op behoorlijk bestuur deel uitmaakt van algemene rechtsbeginselen waarvan de eerbiediging door het Hof van Justitie wordt verzekerd (zie art. 19 lid 1 VEU, waarover K. Lenaerts, P. van Nuffel, *Europees recht*, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, nr. 713 en 734; J.H. Jans e.a.,

Inleiding tot het Europees bestuursrecht, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 120-123). Gelet op het belang van het recht op behoorlijk bestuur en het feit dat dit recht volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie al lang deel uitmaakt van de algemene beginselen van het Unierecht en mede gezien de tekst en toelichting op art. 51 Handvest, valt er echter veel voor te zeggen om art. 41 Handvest rechtstreeks toe te passen op uitvoeringshandelingen van lidstaten. In dat licht is te hopen dat het Hof in de toekomst de stap zet om art. 41 Handvest rechtstreeks toe te passen op uitvoeringshandelingen van lidstaten.

6. Zoals in het slot van punt 3 aangegeven, ziet het Hof zich verder voor de vraag gesteld wat moet worden begrepen onder “onpartijdig” bestuur. De eis van onpartijdig bestuur werd al geformuleerd in *TU München* (HvJ EG 21 november 1991, zaak C-269/90, punt 14) en in *Nölle* (GvEA 18 september 1995, zaak T-167/94, punt 73). De eis was ook aan de orde in het vrij recente arrest *Ziegler*, dat een beschikking van de Commissie betrof waarin aan *Ziegler* een boete werd opgelegd wegens het vormen van een kartel (HvJ EU 11 juli 2013, zaak C-439/11 P). *Ziegler* stelde dat sprake was van schending van het beginsel van behoorlijk bestuur inhoudend dat de Commissie “rechter was in eigen zaak”, waarmee de door art. 41 Handvest gewaarborgde onpartijdigheid was geschonden. In navolging van de conclusie van A-G Kokott (punt 134-150), stelde het Hof in punt 154 van *Ziegler* voorop dat de Commissie niet kan worden aangemerkt als een rechterlijke instantie in de zin van art. 6 lid 1 EVRM. Dit neemt echter niet weg, zo oordeelde het Hof, dat de Commissie de grondrechten van de Unie, waaronder art. 41 Handvest, moet eerbiedigen tijdens de administratieve procedure waarbij een beschikking wordt genomen. Het vereiste van onpartijdigheid, zoals genoemd in art. 41 lid 1 Handvest, omvat volgens het Hof enerzijds de subjectieve onpartijdigheid en anderzijds de objectieve onpartijdigheid. Met de subjectieve onpartijdigheid is bedoeld dat geen lid van de betrokken Unierechtelijke instelling die belast is met de zaak, blijf mag geven van partijdigheid of persoonlijke vooringenomenheid. Uit de eis van objectieve onpartijdigheid volgt dat de betreffende instelling voldoende waarborgen moet bieden om elke gerechtvaardigde twijfel dienaangaande uit te sluiten.

Hoewel het Hof in de zaak *Ziegler* benadrukt dat de Commissie geen rechterlijke instantie is, verwijst het wel naar Straatsburgse jurisprudentie die ziet op de eis van een onpartijdige rechter waaruit deze eisen analoog worden afgeleid (zie *Chronopost en La Poste/UFEX e.a.*, HvJ EG 1 juli 2008, zaak C-341/06 P en C-342/06 P, punt 54 en *Gorostiaga Atxalandabaso/Parlement*, HvJ EG 19 februari 2009, zaak C-308/07, punt 46). In deze jurisprudentie legt het EHRM een direct verband met art. 6 lid 1 EVRM, waarin het recht op behandeling van een zaak door een onafhankelijke en onpartijdige rechter is gewaarborgd. In *Piersack* (EHRM 1 oktober 1982, zaaknr. 8692/79, par. 30) maakte het EHRM voor het eerst het onderscheid tussen subjectieve en objectieve onpartijdigheid. In *Kleyn* (EHRM 6 mei 2003, «JB» 2003/119, AB 2003, 211, m.nt. Verhey en De Waard) legde het Straatsburgse Hof een verband tussen onafhankelijkheid en onpartijdigheid. De wijze van samenstelling en benoeming van de leden van een rechterlijke instantie beoogt volgens dit Hof de onafhankelijkheid te waarborgen, maar bevordert daarnaast een objectief onpartijdige behandeling van de zaak (zie hierover verder P. van den Eijden, *Onafhankelijkheid van de rechter in constitutioneel perspectief*, Deventer: Kluwer 2011, p. 64-67; B.W.N. de Waard, *Beginselen van behoorlijke rechtspleging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 339-360). Dit alles om de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de rechterlijke instantie te waarborgen. Bij organen van de Unie en instanties van lidstaten ontbreekt een

dergelijke waarborg als het gaat om de wijze van samenstelling en benoeming of aanstelling. De benoeming is politiek van aard en van politici, eenmaal ambtsdrager, wordt verwacht dat zij bepaalde algemene belangen behartigen. Bovendien kan op politieke gronden iemand gedwongen worden zijn ambt op te geven of wordt een ambtenaar ontheven van zijn functie. In zoverre kan de eis van objectieve onpartijdigheid zoals die geldt voor een rechterlijke instantie moeilijk op één lijn worden gesteld met die voor een bestuursorgaan.

7. In de onderhavige zaak is het, net als in de zaak *Ziegler*, enkel de objectieve onpartijdigheid die in twijfel wordt getrokken. De lat ligt voor de rechter(lijke instanties) hoog. Het gaat erom dat er voldoende waarborgen worden geboden om bij partijen elke gerechtvaardigde twijfel aan de onpartijdigheid uit te sluiten, ongeacht of er daadwerkelijk sprake is van vooringenomenheid. De vrees voor partijdigheid moet objectief gerechtvaardigd zijn (P.P.T. Bovend'Eert, *Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2013, p. 42). De objectieve onpartijdigheid van de rechter kan ter discussie staan vanwege eerdere betrokkenheid bij de zaak. Daarbij geldt als uitgangspunt dat volgens vaste Straatsburgse rechtspraak enkel eerdere bemoeienis met een zaak onvoldoende is om partijdigheid aan te nemen. Bijkomende omstandigheden kunnen dit anders maken (zie reeds EHRM 24 mei 1989, zaak 10486/83, *NJ* 1990/627 (*Hauschildt t. Denemarken*) m.nt. Van Dijk en EHRM 26 augustus 1997, zaak 84/1996/673/895, «JB» 1997/186 (*De Haan t. Nederland*)). Eerdere betrokkenheid bij de zaak is precies hetgeen dat in het hier besproken arrest wordt opgeworpen door klager H.N. De Minister had aan H.N., voorafgaand aan zijn verzoek om subsidiaire bescherming, bericht dat hij voornemens was om jegens H.N. een uitzettingsbesluit te nemen. Dit feit is volgens het Hof onvoldoende om het ontbreken van objectieve onpartijdigheid aan te nemen. Reden is dat daarmee nog niets is gezegd over het standpunt van de Minister over zijn verzoek om subsidiaire bescherming. De vraag of H.N. voldoet aan de voorwaarden voor subsidiaire bescherming is juridisch van geheel andere aard zodat niet gezegd kan worden dat er objectief gerechtvaardigde gronden aanwezig zijn die doen twifelen aan de onpartijdigheid van de Minister.

8. Op nationaal niveau (Nederland) voorziet art. 2:4 Awb in een uitwerking van de eis van een onpartijdig bestuur. In de rechtspraak wordt bij de toepassing van deze bepaling tot op heden nergens het onderscheid gemaakt tussen objectieve en subjectieve onpartijdigheid. Op basis van de tekst is dit onderscheid wel te maken. Volgens het tweede lid moet worden voorkomen dat een lid van een bestuursorgaan of een daarvoor werkzaam persoon, met een persoonlijk belang bij een besluit, de besluitvorming beïnvloedt. Kortom: het gaat hier om de subjectieve onpartijdigheid. De objectieve onpartijdigheid, in de zin van het niet eerder betrokken zijn geweest bij de besluitvorming, is aan de orde geweest in de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak (zie bijvoorbeeld ABRvS 4 september 1997, «JB» 1997/234; ABRvS 22 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV6572 en ABRvS 28 oktober 1997, AB 1997, 458, m.nt. Van Buuren; ABRvS 13 maart 2013, «JB» 2013/91, m.nt. Schlössels). Algemeen wordt aangenomen dat voorkomen moet worden dat 'strong views' en 'preconceived ideas' van ambtsdragers, ambtenaren of adviseurs in de weg staan aan het onbevangen beoordelen van een concreet geval (A.R. Neerhof, 'De reikwijdte van het verbod van vooringenomenheid', «JBplus» 2004, p. 44-45). Bij adviseurs en ambtenaren is hiervoor in de praktijk ook een oplossing voorhanden door betrokkene van het dossier te halen. Bij een ambtsdrager ligt het moeilijker als het gaat om een eenhoofdig bestuursorgaan omdat deze zelf de beslissing moet nemen. Bij een meerhoofdig bestuursorgaan kan

de stemverhouding wijzigen. Een oplossing kan in laatstgenoemde gevallen zijn dat een adviseur wordt ingeschakeld die nog niet eerder bemoeienis heeft gehad met de zaak waarna het advies wordt gevolgd. Hoe dan ook, er moet bij nationale besluiten ter uitvoering van Unierecht niet alleen rekening worden gehouden met de norm van art. 2:4 Awb, maar ook met het recht op behoorlijk bestuur van art. 41 Handvest. Of hierdoor mogelijk strengere eisen gelden op het vlak van de objectieve onpartijdigheid dan bij de toepassing van art. 2:4 Awb, zal uit nieuwe jurisprudentie van het Hof van Justitie moeten blijken.

L.J.M. Timmermans
Radboud Universiteit Nijmegen

182

Hoge Raad
23 mei 2014, nr. 13/02198
ECLI:NL:HR:2014:1212
(mr. Numann, mr. Heisterkamp, mr. De Groot, mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek) (concl. A-G mr. Langemeijer (niet opgenomen; Red.))
Noot S.A.L. van de Sande

Onrechtmatige overheidsdaad. Aansprakelijkheid staat voor schade door Bibob-advies? Maatstaf. Causaal verband. Vergoeding kosten bezwaar en beroep.

Voor het aannemen van een onrechtmatige daad van de staat in een geval als het onderhavige gelden geen andere maatstaven dan die van art. 6:162 BW. Voor zover in cassatie van belang komen die erop neer dat het Bureau bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur onrechtmatig handelt indien het bij de uitoefening van zijn wettelijke taak, in het bijzonder bij het uitbrengen van zijn advies, niet de zorgvuldigheid in acht neemt die in het maatschappelijk verkeer jegens de betrokkene betaamt. Daarbij zijn alle omstandigheden van het geval van belang.

[Awb art. 8:75; BW art. 6:7, 6:96 lid 2, 6:98, 6:102, 6:162; Wet Bibob art. 3 lid 1, 9 lid 1]

Voor het aannemen van een onrechtmatige daad van de staat in een geval als het onderhavige gelden geen andere maatstaven dan die van art. 6:162 BW. Voor zover in cassatie van belang komen die erop neer dat het Bureau bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur onrechtmatig handelt indien het bij de uitoefening van zijn wettelijke taak, in het bijzonder bij het uitbrengen van zijn advies, niet de zorgvuldigheid in acht neemt die in het maatschappelijk verkeer jegens de betrokkene betaamt. Daarbij zijn alle omstandigheden van het geval van belang. Indien het Bureau zijn zorgplicht heeft geschonden, is de staat aansprakelijk voor schade die eiser als gevolg daarvan heeft geleden. Bij de beoordeling van het causaal verband tussen de gestelde onrechtmatige daad van het Bureau en de door hem gestelde schade, moet worden onderzocht of die schade in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, dat die schade, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de

schade, als een gevolg van die gebeurtenis kan worden toegerekend aan het Bureau en daarmee aan de staat. Anders dan het hof heeft geoordeeld, is bij de beoordeling van het causaal verband dus niet beslissend of de gestelde schade mede een gevolg is van het handelen van de burgemeester als bestuursorgaan.

De regeling van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding in Afdeling 10 van Titel 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek biedt geen aanknopingspunten om aan te nemen dat de schadevergoedingsplicht van de staat zou vervallen op de grond dat de gemeente op de voet van art. 8:75 Awb kosten aan de benadeelde heeft moeten vergoeden. Art. 8:75 Awb houdt niet in dat een procespartij haar aanspraak op schadevergoeding jegens een hoofdelijk aansprakelijke derde, die geen partij is in het aan de bestuursrechter voorgelegde geschil, niet meer zou kunnen effectueren indien de bestuursrechter de wederpartij in de kosten heeft veroordeeld.

[eiser], wonende te [woonplaats],

Eiser tot cassatie,

advocaten: mr. M.E. Gelpke en mr. R.L. de Graaff,

tegen

Staat der Nederlanden (Ministerie van Veiligheid en Justitie), zetelende te 's-Gravenhage,

Verweerder in cassatie,

advocaat: mr. M.W. Scheltema.

Hoge Raad:

(...; Red.)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i). [eiser] is eigenaar van vijf panden in de binnenstad van Groningen, waarin hij kamers verhuurde aan prostituees. In deze panden werden prostitutie-inrichtingen geëxploiteerd met aan [eiser] door de burgemeester van de gemeente Groningen (hierna: de burgemeester, respectievelijk de gemeente) verleende vergunningen (hierna: de vergunningen).

(ii). Op 7 december 2006 heeft het Bureau bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (hierna: het Bureau), dat onderdeel is van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, op verzoek van de burgemeester een advies uitgebracht. Bij brief van 31 januari 2007 heeft het Bureau nadere vragen van de burgemeester beantwoord. Het advies hield als conclusie onder meer in dat een ernstige mate van gevaar bestond dat de vergunningen mede zullen worden gebruikt om strafbare feiten te plegen (art. 3 lid 1, aanhef en onder b, Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (hierna: Wet Bibob)). In het advies werd gerefereerd aan vermoedelijke betrokkenheid van [eiser] bij vrouwenhandel, illegaal wapenbezit en belastingontduiking.

(iii). Bij besluit van 21 februari 2007 heeft de burgemeester de vergunningen ingetrokken. Naar aanleiding van het daartegen gerichte bezwaarschrift van [eiser] heeft de burgemeester nogmaals aanvullende vragen aan het Bureau gesteld, die bij brief van 23 mei 2007 zijn beantwoord. De burgemeester heeft het bezwaar ongegrond verklaard. Bij uitspraak van de voorzieningenrechter is het besluit op bezwaar met toepassing van art. 8:86 Awb vernietigd. In hoger beroep is die uitspraak bevestigd, waarbij onder meer is geoordeeld dat de bevindingen van het Bureau, zoals ten grondslag gelegd aan het bestreden besluit, onvoldoende steun bieden voor de conclusie dat sprake is van ernstig gevaar als bedoeld in artikel 3, eerste lidart. 3, eerste lid, aanhef en onder b, Wet Bibob, en dat het besluit daarom niet op de adviezen van het Bureau had mogen worden geba-

seerd (ABRvS 27 februari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC5265, AB 2008/182, rov. 2.12).

3.2.1. In dit geding vordert [eiser] van de gemeente Groningen en de Staat betaling van schadevergoeding. In cassatie zijn alleen de vorderingen tegen de Staat aan de orde.

[eiser] legt aan zijn vorderingen tegen de Staat ten grondslag dat het Bureau onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld en dat de handelingen van het Bureau zijn toe te rekenen aan de Staat. Hij vordert van de Staat betaling van € 100.537,79, bestaande uit kosten van juridisch en fiscaal advies in de fase voorafgaand aan het hiervoor in 3.1 onder (iii) genoemde besluit van 21 februari 2007, immateriële schade en buitengerechtelijke kosten. Daarnaast vordert hij betaling van € 66.706,84 wegens kosten van juridisch en fiscaal advies in de bestuursrechtelijke procedures in bezwaar, beroep en hoger beroep, na aftrek van de proceskostenvergoedingen die door de bestuursrechter aan hem zijn toegekend.

3.2.2. De rechtbank heeft een bedrag van € 2500,- wegens immateriële schade toegewezen en de vorderingen voor het overige afgewezen.

3.2.3. Het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vorderingen van [eiser] afgewezen. Daartoe heeft het hof, voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen.

[eiser] stelt zich op het standpunt dat de gemeente en de Staat op grond van onrechtmatig handelen door respectievelijk de burgemeester en het Bureau zijn gehouden om de door [eiser] in de voorbereidingsprocedure (bedenkingenfase) gemaakte kosten van juridische bijstand en fiscale advisering te vergoeden (rov. 7).

De burgemeester heeft in de voorbereidingsprocedure niet onrechtmatig gehandeld jegens [eiser] (rov. 7.4). De met de voorbereidingsfase samenhangende vordering tegen de Staat stuit af op het feit dat [eiser] geen schade heeft geleden als gevolg van het handelen van de Staat. De gemaakte kosten zijn het gevolg van het (niet onrechtmatige) handelen van de burgemeester in de voorbereidings-procedure. (rov. 7.5)

De kosten voortvloeiend uit de procedures in bezwaar, beroep en hoger beroep zijn niet toewijsbaar. Bij het bestaan van een op de wet gebaseerde forfaitaire regeling van de proceskosten bestaat in het algemeen geen grond om de in een procedure in het ongelijk gestelde partij op grond van onrechtmatige daad te veroordelen tot vergoeding van schade die de wederpartij als gevolg van het voeren van de procedure heeft geleden (HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ3810, NJ 2005/361). Voor de kosten in de bezwaarfase is voorzien in een wettelijke regeling (art. 7:15 Awb). De gemeente heeft desgevraagd geweigerd die kosten te vergoeden en [eiser] is daartegen niet opgekomen, zodat sprake is van formele rechtskracht. Verder zijn aan [eiser] vergoedingen voor proceskosten toegekend door bestuursrechters. De regeling van de proceskosten is bedoeld als een uitputtende regeling, hetgeen meebrengt dat deze kosten niet via de weg van de onrechtmatige daad alsnog bij de adviseur van het bestuursorgaan in rekening kunnen worden gebracht. Het mag niet uitmaken of die adviseur onder de gemeente ressorteert, of onder een andere bestuurslaag. Daarnaast is er onvoldoende causaal verband tussen het handelen van de adviseur en de kosten waarvan vergoeding wordt gevorderd. (rov. 8)

De vordering tot vergoeding van immateriële schade is ten aanzien van de gemeente gegrond op de omstandigheid dat de onrechtmatigheid van het besluit van 21 februari 2007 is gegeven door de vernietiging van dat besluit door de bestuursrechter. De Staat kan niet worden vereenzelvigd met de gemeente. Het feit dat het gemeentelijke besluit is vernietigd, impliceert niet dat het advies dat de Staat (het Bureau) aan de gemeente heeft gegeven, als zodanig onrechtmatig was jegens [eiser]. Dat zou an-

ders zijn als de Staat moedwillig onjuiste informatie over [eiser] verstrekt zou hebben, of anderszins laakbaar zou hebben gehandeld met betrekking tot het gegeven advies. Hetgeen [eiser] op dit punt heeft gesteld, is onvoldoende om de conclusie te kunnen dragen dat de Staat jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld. Reeds daarop strandt zijn vordering tegen de Staat. (rov. 9.1)

3.3. Bij de beoordeling van onderdeel C, dat de Hoge Raad als eerste zal behandelen, wordt het volgende vooropgesteld.

3.4.1. Een advies van het Bureau is onderdeel van het zogenoemde Bibob-instrumentarium, dat ertoe strekt het openbaar bestuur in staat te stellen tot integriteitsbeoordelingen met betrekking tot beschikkingen inzake subsidies en vergunningen en de gunning van overheidsopdrachten (Kamerstukken II, 1999-2000, 26 883, nr. 3, p. 3). Indien een bestuursorgaan advies vraagt aan het Bureau teneinde te beoordelen of het een vergunning wil intrekken of, voor zover een vergunning is aangevraagd en nog niet is verleend, wil weigeren op een van de in de Wet Bibob voorziene gronden, is het Bureau verplicht een advies uit te brengen (art. 9 lid 1 Wet Bibob).

3.4.2. Indien het advies van het Bureau inhoudt, zoals in het onderhavige geval, dat ernstig gevaar bestaat dat een of meer vergunningen mede zullen worden gebruikt om strafbare feiten te plegen (art. 3 lid 1, aanhef en onder b, Wet Bibob), dient het volgens art. 9 lid 1 in verbinding met art. 3 lid 3 Wet Bibob de mate van het gevaar vast te stellen op basis van (a) feiten en omstandigheden die erop wijzen of redelijkerwijs doen vermoeden dat de betrokkene in relatie staat tot strafbare feiten die zijn gepleegd bij activiteiten die overeenkomen of samenhangen met activiteiten waarvoor de beschikking wordt aangevraagd dan wel is gegeven, (b) in geval van vermoeden de ernst daarvan, (c) de aard van de relatie en (d) het aantal van de gepleegde strafbare feiten.

3.4.3. Alvorens de mate van gevaar vast te stellen zoals hiervoor in 3.4.2 bedoeld, verzamelt en analyseert het Bureau gegevens. Het verzamelen van (persoons)gegevens vindt plaats door raadpleging van openbare bronnen en door het inwinnen van informatie uit gesloten persoonsregistraties die vallen onder de Wet bescherming persoonsgegevens of onder bijzondere wetten, zoals de Wet politieregisters of de Wet op de justitiële documentatie (art. 12, 13, 27 en 27a Wet Bibob). Onderdeel van het opvragen van informatie uit gesloten persoonsregistraties dient te zijn het inwinnen en vermelden van aanwijzingen over de mate van betrouwbaarheid daarvan ingeval die aanwijzingen worden geregistreerd (Regeling criminele inlichtingen eenheden, Strct. 2000/198).

Persoonsgegevens verzamelt en analyseert het Bureau uitsluitend ten behoeve van een verzocht advies (art. 12 lid 1 Wet Bibob). Verder dient de persoon op wie het onderzoek betrekking heeft, desgevraagd zelf inlichtingen te verschaffen in verband met het onderzoek (art. 12 lid 4 en art. 30 Wet Bibob).

3.5. Onderdeel C betoogt dat onjuist dan wel onbegrijpelijk is dat van een onrechtmatige daad van de Staat eerst sprake kan zijn als de Staat moedwillig onjuiste informatie over [eiser] verstrekt zou hebben of anderszins laakbaar zou hebben gehandeld met betrekking tot het gegeven advies.

Het onderdeel slaagt. Voor het aannemen van een onrechtmatige daad van de Staat in een geval als het onderhavige gelden geen andere maatstaven dan die van art. 6:162 BW. Voor zover in cassatie van belang komen die erop neer dat het Bureau onrechtmatig handelt indien het bij de uitoefening van zijn hiervoor in 3.4.1-3.4.3 omschreven wettelijke taak, in het bijzonder bij het uitbrengen van zijn advies, niet de zorgvuldigheid in acht neemt die in het maatschappelijk verkeer jegens de betrokkene betaamt. Daarbij zijn alle omstandigheden van het geval

van belang. Het hof heeft kennelijk een andere – strengere – maatstaf aangelegd dan hierboven vermeld. Daarmee heeft het blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

3.6.1. Onderdeel A is gericht tegen het oordeel van het hof over het ontbreken van causaal verband tussen het handelen van de Staat en de door [eiser] gemaakte kosten van fiscaal en juridisch advies, voorafgaand aan het besluit van 21 februari 2007 en in het kader van het daartegen gerichte bezwaar, beroep en hoger beroep (rov. 7.5 en 8). Het onderdeel klaagt onder meer dat het hof, gelet op art. 6:98 BW, had behoren te onderzoeken of deze schade ook zou zijn ontstaan indien het Bureau niet een ondeugdelijk advies aan de burgemeester had uitgebracht.

3.6.2. Ook deze klacht is gegrond. Indien het Bureau zijn hiervoor in 3.5 omschreven zorgplicht heeft geschonden, is de Staat aansprakelijk voor schade die [eiser] als gevolg daarvan heeft geleden. Bij de beoordeling van het causaal verband tussen de door [eiser] gestelde onrechtmatige daad van het Bureau en de door hem gestelde schade, moet worden onderzocht of die schade in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, dat die schade, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van die gebeurtenis kan worden toegerekend aan het Bureau en daarmee aan de Staat (art. 6:98 BW). Anders dan het hof heeft geoordeeld, is bij de beoordeling van het causaal verband dus niet beslissend of de gestelde schade mede een gevolg is van het handelen van de burgemeester als bestuursorgaan.

3.7.1. Onderdeel B bestrijdt het oordeel van het hof dat de forfaitaire regeling van proceskosten in de Awb verhindert dat [eiser] de overige kosten ten titel van schadevergoeding uit onrechtmatige daad kan vorderen van de Staat (rov. 8).

3.7.2. In het onderhavige geval wordt vergoeding van kosten in de zin van art. 6:96 lid 2 BW gevorderd.

Art. 6:102 BW bepaalt dat twee of meer personen op wie een verplichting tot vergoeding van dezelfde schade rust, hoofdelijk verbonden zijn. De schuldeiser heeft dan tegenover ieder van hen recht op nakoming voor het geheel, terwijl nakoming door een der schuldenaren ook zijn medeschuldenaren tegenover de schuldeiser bevrijdt (art. 6:7 BW).

3.7.3. In dit licht doet voor het antwoord op de vraag of op de Staat een schadevergoedingsplicht jegens [eiser] rust, niet ter zake of met betrekking tot dezelfde schade een vergoedingsplicht op de gemeente rust, met dien verstande dat de vergoeding die de gemeente uit hoofde van een kostenveroordeling op de voet van art. 8:75 Awb aan [eiser] betaalt, in mindering komt op de eventuele schadevergoedingsplicht van de Staat met betrekking tot dezelfde kosten.

De regeling van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding in Afdeling 10 van Titel 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek biedt geen aanknopingspunt om aan te nemen dat de schadevergoedingsplicht van de Staat zou vervallen op de grond dat de gemeente op de voet van art. 8:75 Awb kosten aan de benadeelde heeft moeten vergoeden. Ook art. 8:75 Awb biedt daarvoor geen aanknopingspunt. Met deze bepaling is weliswaar beoogd het oordeel omtrent de vergoeding van kosten bij uitsluiting op te dragen aan de bestuursrechter (vgl. HR 29 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1456, NJ 2014/8), maar dat betreft een oordeel in het door partijen aan de bestuursrechter voorgelegde geschil. De bepaling houdt niet in dat een procespartij haar aanspraak op schadevergoeding jegens een hoofdelijk aansprakelijke derde, die geen partij is in het aan de bestuursrechter voorgelegde geschil, niet meer zou kunnen effectueren indien de bestuursrechter de wederpartij in de kosten heeft veroordeeld.

Het bestreden oordeel is dus onjuist. Ook deze klacht is gegrond.

3.8. De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 22 januari 2013;

verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt de Staat in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiser] begroot op € 466,89 aan verschotten en € 2600,- voor salaris.

NOOT

1. De toepassing van de Wet Bibob heeft voor de derde keer in korte tijd geleid tot een belangwekkend arrest van de Hoge Raad (zie eerder HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579, AB 2014, 15, m.nt. C.N.J. Kortmann, «JB» 2013/43, m.nt. R.J.N. Schlössels (*Amsterdam/Have*) met betrekking tot aansprakelijkheid voor termijnoverschrijding en HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:767, «JB» 2014/115, m.nt. D.G.J. Sanderink met betrekking tot het beschermingsbereik van art. 7:12 Awb). In deze zaak is de vraag aan de orde of de staat aansprakelijk is voor schade die is geleden als gevolg van advisering door Bureau Bibob. Het arrest bevat een drietal interessante overwegingen. Deze betreffen de maatstaf voor het aannemen van een onrechtmatige daad, het causaal verband tussen de onrechtmatige daad en de schade en de invloed van een bestuursrechtelijke proceskostenvergoeding op de omvang van de schadevergoedingsverplichting.

2. Allereerst een korte schets van de casus. De burgemeester van Groningen was overgegaan tot intrekking van vergunningen voor het exploiteren van prostitutie-inrichtingen naar aanleiding van een – door hem gevraagd – advies van Bureau Bibob. Het Bureau concludeerde dat een ernstige mate van gevaar bestond dat de vergunningen mede zouden worden gebruikt om strafbare feiten te plegen (art. 3 lid 1 aanhef en onder b Wet Bibob), waaronder vrouwenhandel, wapenbezit en wapenhandel en belastingontduiking. De burgemeester en het Bureau hadden in de bestuursrechtelijke procedure naar aanleiding van het besluit tot intrekking niet bepaald de wind in de rug. Het vermoeden van het Bureau van ernstig gevaar was primair gebaseerd op informatie uit het register zware criminaliteit die afkomstig was van de Criminele Inlichtingen Eenheid (CIE). In haar uitspraken in de onderhavige zaak en die van Café Bel te Dordrecht heeft de Afdeling de bewijslast van het Bureau en de vergewisplicht van het bestuursorgaan ten aanzien van die informatie stevig verzwaaard (ABRvS 27 februari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC5259, AB 2008, 183, m.nt. F.R. Vermeer, *Gst.* 2008, 68, m.nt. A.E.M. van de Berg & P.C.M. Heinen (*Dordrecht*). Vgl. eerder ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9799, AB 2007, 357, m.nt. F.R. Vermeer, *Gst.* 2008, 33, m.nt. A.E.M. van den Berg en P.C.M. Heinen (*Papendrecht*)). Informatie uit het register zware criminaliteit kan volgens de Afdeling – kort samengevat – slechts in combinatie met andere feiten en omstandigheden die in dezelfde richting wijzen een vermoeden opleveren van ernstig gevaar (vgl. ABRvS 9 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5294, AB 2012, 282, m.nt. A.E.M. van den Berg en S.H. van den Ende (*Les Deux Vies*); ABRvS 8 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ1892, «JB» 2009/183, m.nt. G. Overkleeft-Verburg, *Gst.* 2009, 105, m.nt. A.E.M. van den Berg (*Yab Yum*)). De reden hiervan is dat de betrouwbaarheid en relevantie van de informatie uit het register niet met zekerheid kan worden vastgesteld. In hoger beroep tegen het besluit tot intrekking van de vergunningen oordeelde de

Afdeling dan ook dat de bevindingen van het Bureau onvoldoende steun boden voor de conclusie dat sprake was van ernstig gevaar dat de vergunningen mede zouden worden gebruikt om strafbare feiten te plegen en dat het besluit daarom niet op de adviezen van het Bureau had mogen worden gebaseerd (ABRvS 27 februari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC5265, AB 2008, 182, m.nt. F.R. Vermeer, «JB» 2008/78, m.nt. M.O.-V., *Gst.* 2008, 69, m.nt. A.E.M. van den Berg en P.C.M. Heinen). 3. Ten eerste beziet de Hoge Raad de (te) strenge maatstaf die het hof heeft aangelegd ter beantwoording van de vraag of het Bureau, en daarmee de staat, onrechtmatig heeft gehandeld. De Hoge Raad brengt eerst de wettelijke taken en bevoegdheden van Bureau Bibob in kaart. Vervolgens oordeelt hij dat het Bureau onrechtmatig handelt indien het bij de uitoefening van zijn wettelijke taak, in het bijzonder bij het uitbrengen van zijn advies, niet de zorgvuldigheid in acht neemt die het in het maatschappelijk verkeer jegens de betrokkene betaamt. Dit is een principiële overweging. Dat het handelen van de overheid kan worden getoetst aan de maatschappelijke zorgvuldigheid, was bepaald niet onomstreden (vgl. R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Onderwijseditie Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* (Deel 2), Deventer: Kluwer 2014, p. 417-419). Volgens de Hoge Raad gelden echter voor het aannemen van een onrechtmatige daad van de Staat in een geval als het onderhavige geen andere maatstaven dan die van art. 6:162 BW. Dit moge zo zijn, doch hetgeen de overheid in het maatschappelijk verkeer betaamt, wordt grotendeels ingevuld aan de hand van de beginselen van behoorlijk bestuur (HR 27 maart 1987, *NJ* 1987/727, m.nt. M. Scheltema (*Amsterdam/IKON*); HR 24 april 1992, *NJ* 1993/232, m.nt. M. Scheltema (*Zeeland/Hoondert*)). In verband daarmee wordt wel aangenomen dat op de overheid een zwaardere zorgvuldigheidsnorm rust (M.W. Scheltema en M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 347-349). De aansprakelijkheid van de staat wordt in het onderhavige geval dus beoordeeld aan de hand van het wettelijk kader dat zijn bevoegdheidsuitoefening regeert en de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder met name het zorgvuldigheidsbeginsel. Overigens had het hof het wel bij het rechte eind door te overwegen dat de vernietiging van het besluit van de burgemeester niet impliceert dat het advies van Bureau Bibob aan de gemeente als zodanig onrechtmatig was. De onrechtmatigheid van voorbereidingshandelingen van het bestuursorgaan wordt zelfstandig beoordeeld door de burgerlijke rechter, zij het dat daarbij bijzondere aandacht moet worden besteed aan de oordelen van de bestuursrechter die van belang zijn voor de beoordeling van de onrechtmatigheid (en toerekenbaarheid) van de beweerdelijk onrechtmatige voorbereidingshandelingen (HR 26 november 1999, *NJ* 2000/561, m.nt. MS (*Noord-Brabant/Janse*); HR 15 december 2000, *NJ* 2001/318, m.nt. MS (*Slegers/Asten*). Vgl. recent Rb. Den Haag 29 januari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:1036 (*Paradigm/Staat*)). Ditzelfde geldt voor voorbereidingshandelingen die niet door het bestuursorgaan worden verricht. Het oordeel van de bestuursrechter over een besluit waaraan advisering door een derde ten grondslag ligt, impliceert geen bindend oordeel ten aanzien van hetgeen in de verhouding tussen die derde en de belanghebbende geldt met betrekking tot de mogelijke onjuistheid of onvolledigheid van die advisering, aldus de Hoge Raad in het arrest *LVNL/Chipshol* (HR 25 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9920, *NJ* 2012/688, m.nt. M.R. Mok, «JB» 2012/176, m.nt. D.G.J. Sanderink en L.J.M. Timmermans). In hun noot bij dit arrest wijzen Sanderink en Timmermans erop dat deze overweging is terug te voeren op het systeem van de voorbereiding van een besluit. De bestuursrechter beoordeelt in beroep enkel of het verantwoordelijke bestuursorgaan zich

voldoende heeft gekwetten van zijn vergewisplicht. Zij stellen dat het oordeel van de bestuursrechter dat het bestuursorgaan heeft voldaan aan de vergewisplicht, niets zegt over het handelen van de adviseur in de verhouding tot de belanghebbende. De vergewisplicht, die is neergelegd in art. 3:9 Awb, speelt overigens een beperkte rol bij adviezen van het Bureau. Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling mag een bestuursorgaan, gelet op de expertise van het Bureau, in beginsel van het advies van het Bureau uitgaan (o.a. ABRvS 12 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:829, «JB» 2014/105, m.nt. G. Overkleef-Verburg, *Gst.* 2014, 50, m.nt. B. van der Vorm (*Eindhoven*); ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9799, AB 2007, 357, m.nt. F.R. Vermeer, *Gst.* 2008, 33, m.nt. A.E.M. van den Berg en P.C.M. Heinen (*Papendrecht*)). Zoals A-G Langemeijer het verwoordt in zijn conclusie voor dit arrest, is het bestuursorgaan “enigszins gehandicapt” (ECLI:NL:PHR:2014:197, onder 2.5). Dit betekent wel dat het primair aan het Bureau is om de juistheid van de geraadpleegde informatie te controleren (vgl. *Kamerstukken II* 1999/00, 26883, 3, p. 19, 24, 41). Uit de uitspraak van de Afdeling in de onderhavige kwestie blijkt dat noch het Bureau, noch de CIE daar kennelijk toe in staat was.

4. Ten tweede bespreekt de Hoge Raad het causaal verband tussen het handelen van Bureau Bibob en de kosten van fiscaal en juridisch advies in de voorbereidingsprocedure en in bezwaar, beroep en hoger beroep. Het hof had de vordering tot vergoeding van de kosten van de voorbereidingsprocedure afgewezen (voor zover hier van belang) op de grond dat de vergunninghouder geen schade had geleden als gevolg van het handelen van de staat. De kosten zouden – aldus het hof – het gevolg zijn van het handelen van de burgemeester. Deze benadering doet denken aan de leer van de *causa proxima*. Volgens deze leer komt alleen de laatste schakel in de causale keten als oorzaak in aanmerking (A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Asser 6-II* 2013/54; Boonekamp, *GS Schadevergoeding*, art. 6:98 BW, aant. 2.3), in dit geval het besluit van de burgemeester. De Hoge Raad heeft de leer van de *causa proxima* echter verworpen (HR 23 november 1956, *NJ* 1957/2, m.nt. L.E.H.R.), en (uiteindelijk) die van de redelijke toerekening aanvaard. Deze is thans neergelegd in art. 6:98 BW. De Hoge Raad oordeelt dan ook dat het hof heeft miskend dat bij de beoordeling van het causaal verband niet *beslissend* is of de gestelde schade mede een gevolg is van het handelen van de burgemeester als bestuursorgaan. Enkel is van belang of de schade kan worden toegerekend – in de zin van art. 6:98 BW – aan het handelen van de Bureau Bibob en daarmee aan de staat.

5. Ten derde gaat de Hoge Raad in op het oordeel dat de forfaitaire regelingen van de proceskosten in de Awb in de weg staan aan het verhaal van kosten op de staat. De Hoge Raad ontleent aan zijn arrest van 29 november 2013 (ECLI:NL:HR:2013:1456, AB 2014, 71, m.nt. C.N.J. Kortmann, «JB» 2014/2, m.nt. L.J.M. Timmermans, *FED* 2014, 16, m.nt. P. van der Wal (*Samsom/De Ronde Venen*)) dat met art. 8:75 Awb is beoogd om het oordeel omtrent de vergoeding van kosten bij uitsluiting op te dragen aan de bestuursrechter (*Kamerstukken II* 1991/92, 22495, 3, p. 154; *Kamerstukken II* 1999/00, 27024, 3, p. 1-2 en 7-8). Uit dat arrest volgt dat de burgerlijke rechter de eiser die vergoeding van de kosten van een bestuursrechtelijke bezwaar- of beroepsprocedure vordert, in beginsel niet-ontvankelijk dient te verklaren. Deze hoofdregel lijdt uitzondering indien het een aanspraak betreft die de belanghebbende redelijkerwijs niet aan de bestuursrechter of het bestuursorgaan heeft kunnen voorleggen. Betekent dit nu dat een eventuele schadevergoedingsplicht van de staat wegens gedragingen van Bureau Bibob ‘vervalt’ indien het bestuursorgaan op de voet van art. 8:75 Awb is veroordeeld tot vergoeding van de proceskosten? De Hoge Raad meent van niet. Daarbij wordt uitgegaan van de

hoofdelijke aansprakelijkheid van de gemeente en de staat. Als ik het goed zie, wordt het oordeel van de Hoge Raad gedragen door de overweging dat het oordeel omtrent de vergoeding van kosten uitsluitend aan de bestuursrechter is in het geschil dat partijen aan hem hebben voorgelegd. In art. 8:75 lid 1 Awb wordt immers gesproken van de uitsluitende bevoegdheid om “een partij” te veroordelen in de kosten. De staat was geen procespartij in het bestuursrechtelijke geschil, en kon derhalve niet op de voet van art. 8:75 Awb worden veroordeeld in de kosten van de vergunninghouder. Hoe zit het dan met een natuurlijk persoon die kennelijk onredelijk gebruik van procesrecht heeft gemaakt? Ook hij kan op de voet van art. 8:75 Awb in de kosten worden veroordeeld. Van kennelijk onredelijk gebruik van procesrecht is volgens de Afdeling sprake indien op grond van bijzondere omstandigheden kan worden vastgesteld dat het ten tijde van het instellen van het (hoger) beroep evident was dat van de ingestelde procedure geen positief resultaat viel te verwachten (o.a. ABRvS 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM8842; ABRvS 20 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR2299). Hoewel kennelijk onredelijk gebruik van procesrecht zelden wordt aangenomen, en dan nog meestal in de sociale zekerheid (bijv. CRvB 20 februari 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BC5177, «JB» 2008/83, m.nt. R.J.N.S.), is het ook in meerpartijgeschillen niet uitgesloten dat misbruik van procesrecht wordt gemaakt (CBb 14 november 1996, AB 1997, 63, m.nt. JHvdV; CBb 6 maart 1995, AB 1995, 353, m.nt. JHvdV; ABRvS 13 september 1999, «JB» 1999/268. Vgl. CBb 27 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BV1310), bijvoorbeeld door een belanghebbende in omgevingsrechtelijke kwesties (vgl. ABRvS 28 september 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU3397; ABRvS 28 oktober 1999, «JB» 2000/5). De partij die misbruik van procesrecht maakt, handelt daarmee doorgaans ook onrechtmatig. Met de formulering van zijn oordeel laat de Hoge Raad de vraag open of bij de burgerlijke rechter schadevergoeding kan worden gevorderd van een derde-belanghebbende die in een bestuursrechtelijk geschil kennelijk onredelijk gebruik van procesrecht heeft gemaakt. Dit klemt met name in de situatie dat kennelijk onredelijk gebruik van procesrecht is gemaakt, maar de bestuursrechter zich hierover niet heeft uitgesproken (bijvoorbeeld omdat hem niet om vergoeding van kosten is verzocht) en in de situatie waarin de bestuursrechter tot het oordeel is gekomen dat kennelijk onredelijk gebruik van procesrecht is gemaakt en evenwel geen kostenveroordeling wordt uitgesproken, bijvoorbeeld omdat de kosten niet inzichtelijk zijn gemaakt (vgl. ABRvS 19 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2194). In het geval de bestuursrechter heeft geconstateerd dat misbruik van procesrecht is gemaakt, zal de burgerlijke rechter bij dat oordeel aansluiten. In het geval de bestuursrechter hierover niet heeft geoordeeld, zal de burgerlijke rechter (de wijze van) het gebruik van rechtsmiddelen bij de bestuursrechter zelfstandig moeten beoordelen. Indien hij concludeert dat misbruik van procesrecht is gemaakt, lijkt hij de eiser strikt genomen niet-ontvankelijk te moeten verklaren.

6. Tot slot, welke gevolgen heeft dit arrest voor de mogelijkheden om met succes schadevergoeding te vorderen van een wettelijke adviseur van het bestuursorgaan? Het arrest leert dat aan de hand van de wettelijke taak en bevoegdheden van de adviseur moet worden bezien of hij in strijd heeft gehandeld met de maatschappelijke zorgvuldigheid. Althans, dat geldt indien de ondeugdelijke advisering niet wordt gedekt door de formele rechtskracht van het daarop gebaseerde besluit. In de zaak Chipshol/LVNL oordeelde de Hoge Raad dat de advisering door LVNL, een zelfstandig bestuursorgaan dat (onder meer) de taak heeft om overheden te adviseren over de gevolgen van ruimtelijke plannen nabij de Luchthaven Schiphol (vgl. art. 5:23 lid 1 Wet luchtvaart), over de gevolgen van de bouwinitiatieven van

Chipshol niet werd gedekt door de formele rechtskracht van het nadien genomen besluit, zoals bedoeld in het arrest *Kuijpers/Valkenswaard* (HR 9 september 2005, NJ 2006/93, m.nt. M.R. Mok, AB 2006, 286, m.nt. FvO, «JB» 2005/275, m.nt. Schlössels). Hiertoe werd overwogen dat (I) LVNL geen deel uitmaakte van de organisatie van de desbetreffende bestuursorganen maar een eigen, ten opzichte van die bestuursorganen zelfstandige en onafhankelijke, positie innam als bij uitstek deskundige adviseur op het gebied van de luchtverkeersbeveiliging, en (II) LVNL in die hoedanigheid, en dus niet namens of ten behoeve van het desbetreffende bestuursorgaan, optrad in het directe overleg met Chipshol. Dit laatste oordeel houdt mijns inziens verband met de atypische casus. LVNL beriep zich op de formele rechtskracht van een besluit waarbij een maximale hoogte van bouwwerken was vastgesteld door de minister van Verkeer en Waterstaat. De minister had LVNL echter niet om advies gevraagd. LVNL had zich naar aanleiding van haar bekendheid met de bouwplannen van Chipshol zélf tot de staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat gewend. Vervolgens heeft de minister voornoemd besluit genomen op verzoek van de Luchthaven Schiphol. Het oordeel van het hof en de Hoge Raad in *LVNL/Chipshol* lijkt erop neer te komen dat LVNL niet had geadviseerd met het oog op het nemen van een besluit. Met andere woorden, de minister beoogde geen besluit te nemen, maar werd op dat spoor gezet door LVNL. Hoewel naar aanleiding van het arrest *LVNL/Chipshol* anders wordt aangenomen, sluit ik niet uit dat de formele rechtskracht van besluiten zich ook uitstrekt over adviezen die wél zijn uitgebracht met het oog op het nemen van een besluit (vgl. ECLI:NL:PHR:2012:BU9920, onder 2.5-2.22). Zeker ben ik hier niet van. De Hoge Raad achtte immers eveneens redengevend dat LVNL een eigen, ten opzichte van de bestuursorganen zelfstandige en onafhankelijke, positie innam als bij uitstek deskundige adviseur. Dit impliceert dat handelingen van anderen dan het bestuursorgaan sowieso geen onzelfstandige voorbereidingshandelingen zijn, zoals bedoeld in het arrest *Kuijpers/Valkenswaard*. Het is echter de vraag of deze omstandigheid het oordeel van de Hoge Raad zelfstandig draagt.

S.A.L. van de Sande
AKD

990

183

Centrale Raad van Beroep
15 april 2014, nr. 12/2875 WWB
ECLI:NL:CRVB:2014:1459
(mr. Van Vliegen, mr. Van der Ham, mr. Van Straalen)
Noot C.L.G.F.H. Albers

Onmiddellijke verdaging van beslissing op bezwaar. Motivering verdagingsbeslissing niet vereist.

De rechtbank heeft, met verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State van 5 juni 2002 (ECLI:NL:RVS:2002:AE3641), terecht overwogen dat de beslissing tot verdaging van de beslissing op een bezwaarschrift bij de mededeling van die verdaging aan de belanghebbenden niet behoeft te worden gemotiveerd. In art. 7:10 lid 5 Awb is immers geen motiveringseis neergelegd.

[Awb art. 7:10 lid 3 en 5]

In de memorie van toelichting op het oorspronkelijke art. 6.3.15 Awb is opgenomen dat voor bijzondere gevallen is voorzien in een verdagingsmogelijkheid voor het nemen van een beslissing op bezwaar. Dat is echter niet in de tekst van art. 7:10 lid 3 Awb tot uitdrukking gebracht. Met betrekking tot de (uitoefening van de) bevoegdheid tot verdaging geldt, naast de maximale termijn van verdaging, uitsluitend het voorschrift dat de verdagingsbeslissing schriftelijk wordt meegedeeld aan de belanghebbenden. De rechtbank heeft, met verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State van 5 juni 2002 (ECLI:NL:RVS:2002:AE3641), terecht overwogen dat de beslissing tot verdaging van de beslissing op een bezwaarschrift bij de mededeling van die verdaging aan de belanghebbenden niet behoeft te worden gemotiveerd. In art. 7:10 lid 5 Awb is immers geen motiveringseis neergelegd. Het beroep dat appellant heeft gedaan op het oordeel van de Nationale ombudsman, inhoudende dat (de praktijk van) onmiddellijke verdaging van een beslissing na ontvangst van een bezwaarschrift niet behoorlijk is, leidt niet tot het oordeel dat de verdaging niet rechtmatig is. In art. 7:10 Awb is over het moment waarop de verdagingsbeslissing wordt gegeven geen bepaling opgenomen. De Raad verwijst voorts naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State van 31 oktober 2012 (ECLI:NL:RVS:2012:BY1703) en naar zijn uitspraak van 17 december 2013 (ECLI:NL:CRVB:2013:2851) waarin de onmiddellijke verdaging van een beslissing op bezwaar na de ontvangst van het bezwaarschrift is aanvaard.

Uitspraak op het hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank Haarlem van
11 april 2012, (11/6149) (aangevallen uitspraak)
Partijen:
[appellant] te [woonplaats] (appellant)
tegen
het college van burgemeester en wethouders van Haarlem (college)

CRvB:*Procesverloop*

Red.)

Overwegingen

1. Voor een overzicht van de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden verwijst de Raad in de eerste plaats naar de aangevallen uitspraak. Hij volstaat hier met het volgende.

1.1. Bij besluit van 14 januari 2011 heeft het college appelland met ingang van 26 november 2010 bijstand op grond van de Wet werk en bijstand (WWB) toegekend naar de norm voor een alleenstaande. De gemeentelijke toeslag is vastgesteld op 10% van het minimumloon op de grond dat appelland geen woonkosten heeft. Aan de toekenning van de bijstand is de verplichting verbonden dat appelland zich zo spoedig mogelijk met een briefadres laat inschrijven bij de afdeling burgerzaken van de [naam gemeente 1], waartoe het college[adres] aan appelland beschikbaar heeft gesteld.

1.2. Op 17 januari 2011 heeft appelland een briefadres aangevraagd. Op het aanvraagformulier heeft appelland vermeld dat hij tijdelijk heeft gelogeed op het adres [adres1], dat dit adres zijn nieuwe briefadres is, waarvoor hij toestemming heeft van de hoofdbewoner van dat adres, en dat zijn huidige logeeradres is [adres2].

1.3. Bij besluit van 27 januari 2011 heeft het college de bijstand van appelland vanaf 28 januari 2011 beëindigd en met ingang van 26 november 2010 ingetrokken. Tevens zijn bij dit besluit de over de periode van 26 november 2010 tot en met 31 december 2010 gemaakte kosten van bijstand van appelland teruggevorderd tot een bedrag van € 867,41.

1.4. Bij brief van 4 februari 2011 heeft appelland tegen het besluit van 27 januari 2011 bezwaar gemaakt. Bij brief van 15 februari 2011 heeft het college de ontvangst van het bezwaarschrift bevestigd. Daarbij heeft het college appelland meegedeeld dat het college gebruik maakt van de mogelijkheid om de beslissing op het bezwaar voor zes weken te verdagen, hetgeen inhoudt dat binnen achttien weken na afloop van de bezwaartermijn op het bezwaar wordt beslist.

1.5. Bij brief van 20 juni 2011 heeft appelland het college in gebreke gesteld en het college verzocht om, indien niet binnen de daarvoor gestelde wettelijke termijn wordt beslist, dwangsommen te voldoen.

1.6. Bij besluit van 3 november 2011 (bestreden besluit) heeft het college het bezwaar tegen het besluit van 27 januari 2011 ongegrond verklaard. Daaraan heeft het college ten grondslag gelegd, samengevat, dat appelland vanaf 26 november 2010 niet in de GBA van de [naam gemeente 1] ingeschreven heeft gestaan en feitelijk niet in de [naam gemeente 1] heeft verbleven. Appelland heeft steeds ingeschreven gestaan in de GBA van de [naam gemeente 2] en maakte gebruik van een logeeradres alsmede van een briefadres niet zijnde het door de [naam gemeente 1] aangereikte adres. Tevens heeft het college appelland meegedeeld dat aan hem geen dwangsom zal worden toegekend, aangezien op 20 juni 2011 sprake is geweest van een premature ingebrekestelling omdat de termijn waarbinnen op het bezwaarschrift moest worden beslist, pas afliep op 15 juli 2011, en nadien geen nieuwe ingebrekestelling is ontvangen.

2. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het beroep tegen het bestreden besluit ongegrond verklaard.

3. In hoger beroep heeft appelland zich op de hierna te bespreken gronden tegen de aangevallen uitspraak gekeerd.

4. De Raad komt tot de volgende beoordeling, waarbij voor het

hier van belang zijnde wettelijk kader wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak.

De beëindiging, de intrekking en de terugvordering

4.1. De intrekking en de beëindiging samengenomen, loopt de door de bestuursrechter te beoordelen periode van 26 november 2010 tot en met 27 januari 2011.

4.2. Appelland stelt zich op het standpunt dat hij vanaf 26 november 2010 dakloos dan wel adresloos was en dat de [naam gemeente 1], die voor deze categorie bijstandsgerechtigden is aangewezen als centrumgemeente, verantwoordelijk was voor de verlening van bijstand aan hem. Hij had geen vaste woon- en verblijfplaats, verbleef op verschillende adressen en was dus een zwerfende dakloze in de [naam regio].

4.3. Zoals de Raad eerder heeft overwogen (uitspraak van 3 juni 2008, ECLI:NL:CRVB:BD3393) moeten de daklozen die een zwerfend bestaan leiden worden gerekend tot de doelgroep van de wettelijke regeling voor adreslozen en is voor de beoordeling van het recht op bijstand van de adresloze de feitelijke woon- en leefsituatie van de betrokkene van doorslaggevend belang.

4.4. Uit de door appelland op 17 januari 2011 ingeleverde aanvraag van een briefadres blijkt dat hij vanaf 26 november 2010 adres 1 als tijdelijk logeeradres heeft gehad, op welk adres hij ook in de GBA van de [naam gemeente 2] stond ingeschreven, en dat hij ten tijde van de aanvraag adres 2 als logeeradres gebruikte. Appelland heeft geen gebruik gemaakt van het door de [naam gemeente 1] aangereikte briefadres[adres]. Gelet op deze gegevens kan niet staande worden gehouden dat appelland in de hier te beoordelen periode een zwerfend bestaan leidde. Hij heeft dat ook anderszins niet aannemelijk gemaakt. Dit betekent dat appelland, anders dan hij heeft aangevoerd, in deze periode jegens het college geen aanspraak op bijstand had ingevolge artikel 40, eerste lid, van de WWB. Aan appelland is vanaf 26 november 2010 ten onrechte bijstand verleend, zodat het college de bijstand terecht heeft ingetrokken en beëindigd. Tegen de terugvordering zijn geen zelfstandige beroepsgronden gericht. In zoverre slaagt het hoger beroep niet.

De dwangsom

4.5. Omdat in de [naam gemeente 1] bij de voorbereiding van de beslissing op het bezwaarschrift van appelland gebruik werd gemaakt van een adviescommissie, gold in dit geval ingevolge artikel 7:10, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) een beslistermijn van 12 weken. Ingevolge artikel 7:10, derde lid, van de Awb, kan het bestuursorgaan de beslissing voor ten hoogste zes weken verdagen. Daarvan dient het bestuursorgaan op grond van artikel 7:10, vijfde lid, van de Awb schriftelijk mededeling te doen aan belanghebbenden.

4.6. Appelland stelt zich op het standpunt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de ingebrekestelling van 20 juni 2011 prematuur was. Daartoe heeft hij aangevoerd dat in dit geval de reguliere beslistermijn van twaalf weken mocht worden aangehouden en niet de direct bij de ontvangstbevestiging van het bezwaarschrift de met zes weken verdaagde termijn (achttien weken). Appelland acht de handelwijze van het college tot onmiddellijke verdaging van de beslissing in de eerste plaats niet noodzakelijk omdat ten tijde van de ontvangstbevestiging nog niet kan worden gesproken van bijzondere omstandigheden die een zodanig uitstel rechtvaardigen. Met verwijzing naar het oordeel van de Nationale ombudsman (rapporten 2011/086 en 2011/212) vindt appelland deze handelwijze onbehoorlijk. Hij acht deze handelwijze voorts niet rechtmatig.

4.7. In de memorie van toelichting op het oorspronkelijke artikel 6.3.15 van de Awb is opgenomen dat voor bijzondere geval-

len is voorzien in een verdagingsmogelijkheid voor het nemen van een beslissing op bezwaar. Dat is echter niet in de tekst van artikel 7:10, derde lid, van de Awb tot uitdrukking gebracht. Met betrekking tot de (uitoefening van de) bevoegdheid tot verdaging geldt, naast de maximale termijn van verdaging, uitsluitend het voorschrift dat de verdagingsbeslissing schriftelijk wordt meegedeeld aan de belanghebbenden. De rechtbank heeft, met verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 5 juni 2002 (ECLI:NL:RVS:2002:AE3641), terecht overwogen dat de beslissing tot verdaging van de beslissing op een bezwaarschrift bij de mededeling van die verdaging aan de belanghebbenden niet behoeft te worden gemotiveerd. In artikel 7:10, vijfde lid, van de Awb is immers geen motiveringseis neergelegd.

4.8. Het beroep dat appelland heeft gedaan op het oordeel van de Nationale ombudsman, inhoudende dat (de praktijk van) onmiddellijke verdaging van een beslissing na ontvangst van een bezwaarschrift niet behoorlijk is, leidt niet tot het oordeel dat de verdaging niet rechtmatig is. In artikel 7:10 van de Awb is over het moment waarop de verdagingsbeslissing wordt gegeven geen bepaling opgenomen. De Raad verwijst voorts naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 31 oktober 2012 (ECLI:NL:RVS:2012:BY1703) en naar zijn uitspraak van 17 december 2013 (ECLI:NL:CRVB:2013:2851) waarin de onmiddellijke verdaging van een beslissing op bezwaar na de ontvangst van het bezwaarschrift is aanvaard.

4.9. Dit brengt met zich dat de ingebrekestelling van 20 juni 2011 prematuur was. Deze ingebrekestelling heeft geen betekenis meer voor het vervolg van de procedure. Zoals de Raad in de in 4.8 vermelde uitspraak van 17 december 2013 heeft overwogen, kan uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet dwangsom bij niet tijdig beslissen worden afgeleid dat van een ingebrekestelling als bedoeld in artikel 4:17, derde lid, van de Awb slechts sprake is als deze plaatsvindt nadat de termijn voor het nemen van een beslissing op bezwaar is verstreken. Nu appelland het college niet opnieuw in gebreke heeft gesteld na het verstrijken van de beslistermijn, is het college geen dwangsom verschuldigd. Ook in zoverre slaagt het hoger beroep niet.

4.10. Uit 4.1 tot en met 4.9 volgt dat de aangevallen uitspraak voor bevestiging in aanmerking komt.

5. Voor een veroordeling in de proceskosten bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De Centrale Raad van Beroep bevestigt de aangevallen uitspraak.

NOOT

1. In casu is sprake van een situatie waarin de beslissing op bezwaar op grond van art. 7:10 lid 3 Awb onmiddellijk wordt verdaagd door het college van B&W van Haarlem bij verzending van de ontvangstbevestiging van het bezwaarschrift aan bezwaarmaker. Onder verwijzing naar enkele rapporten van de Nationale ombudsman stelt appelland dat deze handelwijze onbehoorlijk is en dat hij deze handelwijze voorts onrechtmatig acht. De Nationale ombudsman heeft inderdaad een aantal malen geconstateerd dat het standaard direct bij de ontvangstbevestiging verdagen van de beslistermijn van het besluit op bezwaar onbehoorlijk is (zie bijv. No. 14 juli 2011, «JB» 2011/206 en No. 8 mei 2013, «JB» 2013/180). De Centrale Raad stelt – onder verwijzing naar rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak waarin het onmiddellijk verdagen rechtmatig is geacht – dat het oordeel van de Nationale ombudsman dat de

praktijk van het onmiddellijk verdagen van de beslistermijn onbehoorlijk is er niet toe leidt dat dit onmiddellijk verdagen ook onrechtmatig is.

2. Deze uitspraak van de Centrale Raad van Beroep raakt daarmee de kern van de discussie over de verhouding tussen het behoorlijkheid en onrechtmatigheid. In dat kader is van belang dat de Nationale ombudsman (vooral het laatste decennium) een stelsel van behoorlijkheidsnormen heeft ontwikkeld dat een zelfstandige betekenis heeft naast het stelsel van rechtsnormen (zie daarover ook L.J.A. Damen, 'Behoorlijk, en ook rechtmatig, of juist eerlijk?', *NTB* 2008/6). De Nationale ombudsman meent dat er een scherpe scheiding is tussen de wereld van het recht en de behoorlijkheid. Een bepaald bestuurshandelen kan in de visie van de ombudsman dan ook onbehoorlijk zijn maar niet onrechtmatig en zelfs het omgekeerde (onrechtmatig maar toch behoorlijk) is volgens de Nationale ombudsman mogelijk. Damen (Damen 2008) en Schlössels (R.J.N. Schlössels, 'Kroniek algemene beginselen van behoorlijk bestuur', *NTB* 2007/32 en reeds eerder in zijn kronieken in *NTB* 2006/50 en *NTB* 2005/33) hebben beiden aangegeven dat deze benadering niet overtuigt. Vaak is de scheiding tussen onbehoorlijkheid en onrechtmatigheid minder duidelijk dan de Nationale ombudsman meent. Dat geldt in sterke mate voor de variant waarin onrechtmatig handelen wel behoorlijk wordt geoordeeld. Maar het geldt eveneens voor de variant waarin onbehoorlijk handelen wel rechtmatig wordt geoordeeld. Tegen die achtergrond is vooral van belang hoe ruim of beperkt het begrip 'rechtmatigheid' wordt opgevat. Juist daar lijkt de schoen bij de Nationale ombudsman, maar in casu ook bij de Centrale Raad, te wringen (zie hierna onder punt 3).

3. De Centrale Raad oordeelt in de hierboven opgenomen uitspraak dat het feit dat een bepaald bestuurshandelen volgens de Nationale ombudsman onbehoorlijk is, niet betekent dat dit handelen ook tevens onrechtmatig is (zie r.o. 4.8). Hij sluit daarmee aan bij de opvatting van de Nationale ombudsman. Zoals gezegd hebben Damen en Schlössels kritiek op deze benadering. Dit houdt onder meer verband met het feit dat de Nationale ombudsman een nogal beperkte opvatting heeft van wat dan zou moeten worden verstaan onder 'rechtmatigheid'. Volgens Damen lijkt de Nationale ombudsman 'rechtmatig' te vereenzelvigen met 'wetmatigheid' (Damen 2008). Schlössels komt in zijn *NTB*-kroniek uit 2007 ook al tot die conclusie (Schlössels 2007). Zie ik het goed, dan maakt de Centrale Raad zich in deze uitspraak in zekere zin ook schuldig aan een dergelijke legistische benadering van het begrip 'rechtmatigheid'. De Centrale Raad geeft immers alleen aan dat art. 7:10 Awb zich niet verzet tegen directe verdaging. Dat neemt echter niet weg dat het direct verdagen van de beslistermijn in strijd kan zijn met het zorgvuldigheidsbeginsel (ex art. 3:2 Awb). De verdagingsbevoegdheid is immers een bevoegdheid waarbij de omstandigheden van het geval zeer relevant zijn. Deze omstandigheden moeten (zorgvuldig) worden vastgesteld. Mijns inziens had het op de weg van de Centrale Raad gelegen om ook acht te slaan op dit zorgvuldigheidsaspect (art. 8:69 lid 2 Awb biedt de Raad deze ruimte). De rapporten van de Nationale ombudsman waarnaar appelland verwees kunnen immers ook in de sleutel van zorgvuldigheid geplaatst worden. Dit sluit aan bij de constatering van Schlössels met betrekking tot een aantal door hem besproken rapporten van de Nationale ombudsman waarin naar oordeel van de ombudsman sprake was van onbehoorlijkheid maar niet van onrechtmatigheid omdat de Nationale ombudsman zich daarbij ook beperkte tot een toets aan de in het concrete geval van toepassing zijnde wettelijke bepaling maar verzuimde om bepaalde algemene beginselen van behoorlijk bestuur, andere rechtsbeginselen of grondrechten bij

zijn beoordeling van de rechtmatigheid te betrekken (zie Schlössels 2007). Een toets aan genoemde beginselen of de grondrechten had in die gevallen, zoals Schlössels ook uiteenzet, zeer wel kunnen leiden tot de conclusie dat sprake was van een onrechtmatig overheidshandelen.

C.L.G.F.H. Albers
Open Universiteit

184

Centrale Raad van Beroep
23 april 2014, nr. 13/938 WW
ECLI:NL:CRVB:2014:1379
(mr. Van den Hurk, mr. Rottier, mr. Greebe)
Noot A.M.M.M. Bots

Na bestuurlijke lus en nieuw gewijzigd besluit uitspraak gedaan zonder nadere zitting. Verdedigingsbeginsel.

Het – uit art. 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden te destilleren – verdedigingsbeginsel eist dat in een situatie als hiervoor omschreven geen gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid af te wijken van het – in de art. 8:57 en 8:64 lid 5 Awb – verwoorde uitgangspunt dat alle partijen zich desgewenst mondeling kunnen uitlaten over alle relevante aspecten van de zaak en de stukken die zijn overgelegd (vgl. Kamerstukken II 2007/08, 31352, 3, p. 13 en 14). De rechtbank heeft noch tijdens de eerste zitting noch na ontvangst van de zienswijze appellante die gelegenheid geboden.

[Awb art. 8:57 lid 2 sub c, 8:64; EVRM art. 6]

Blijkens de aantekeningen van het verhandelde ter zitting van de rechtbank van 20 augustus 2012 is tijdens deze zitting uitsluitend aan de orde geweest de vraag of UWV de hoorplicht van art. 7:2 lid 1 Awb heeft geschonden. Een inhoudelijke behandeling van het beroep van appellante heeft toen niet plaatsgevonden. Appellante heeft met haar brief van 26 november 2012 inhoudelijke bezwaren tegen het gewijzigde besluit van 26 oktober 2012 kenbaar gemaakt, maar deze niet mondeling tijdens een zitting aan de rechtbank kunnen toelichten. Onder deze omstandigheden heeft de rechtbank voor de afdoening van het beroep tegen het besluit van 26 november 2012 geen gebruik kunnen maken van de bevoegdheid in art. 8:57 lid 2 aanhef en onder c Awb. Het – uit art. 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden te destilleren – verdedigingsbeginsel eist dat in een situatie als hiervoor omschreven geen gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid af te wijken van het – in de art. 8:57 en 8:64 lid 5 Awb – verwoorde uitgangspunt dat alle partijen zich desgewenst mondeling kunnen uitlaten over alle relevante aspecten van de zaak en de stukken die zijn overgelegd (vgl. Kamerstukken II 2007/08, 31352, 3, p. 13 en 14). De rechtbank heeft noch tijdens de eerste zitting noch na ontvangst van de zienswijze appellante die gelegenheid geboden.

Uitspraak op het hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant van

10 januari 2013, 12/1627 (aangevallen uitspraak)

Partijen:

[*appellante*] te [woonplaats] (*appellante*)

tegen

de Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (Uwv)

CRvB:

Procesverloop

(...; *Red.*)

Overwegingen

1.1. Appellante heeft vanaf 2 augustus 2010 een uitkering ontvangen op grond van de Werkloosheidswet (WW) gebaseerd op 32 arbeidsuren per week. In mei 2011 is zij gestart als zelfstandige met een pedicurepraktijk. Appellante heeft op het zogenoemde wijzigingsformulier WW de directe uren die zij als zelfstandige heeft gewerkt in haar praktijk doorgegeven aan het Uwv.

1.2. Op 13 oktober 2011 heeft appellante op advies van haar boekhouder telefonisch contact opgenomen met het Uwv, omdat zij in verband met de zelfstandigenaftrek aan de Belastingdienst alle gewerkte directe en indirecte uren zal opgeven terwijl zij aan het Uwv alleen de gewerkte directe uren opgaf. Blijkens een zich onder de gedingstukken bevindende telefoonnotitie van dit gesprek heeft het Uwv appellante aangeraden een brief te sturen met een uitleg over alle gewerkte uren. Bij brief van 6 december 2011 heeft appellante deze toelichting verstrekt en opgave gedaan van alle gewerkte directe en indirecte uren in haar praktijk. Op verzoek van het Uwv heeft appellante deze urenopgave uitgesplitst per kalenderweek.

1.3. Bij besluit van 16 februari 2012 heeft het Uwv de WW-uitkering van appellante met ingang van 30 mei 2011 herzien voor 25 uur per week en over de periode van 30 mei 2011 tot en met 29 januari 2012 een bedrag van € 15.319,91 aan volgens het Uwv onverschuldigd betaalde WW-uitkering van appellante teruggevorderd.

1.4. Bij besluit van 24 april 2012 heeft het Uwv het bezwaar van appellante tegen het besluit van 16 februari 2012 ongegrond verklaard.

2.1. Appellante heeft beroep ingesteld tegen dit besluit. Dit beroep is door de rechtbank behandeld ter zitting van 20 augustus 2012. Vervolgens heeft de rechtbank in een tussenuitspraak van 30 augustus 2012 geoordeeld dat het Uwv de hoorplicht heeft geschonden nu niet, althans onvoldoende, is gebleken dat appellante ondubbelzinnig heeft verklaard geen gebruik te willen maken van het recht te worden gehoord. De rechtbank heeft het Uwv in de gelegenheid gesteld het gebrek te herstellen en om haar binnen zes weken schriftelijk mee te delen op welke wijze het gebrek is hersteld en tot welke bevindingen of nader besluit is gekomen.

2.2. Het Uwv heeft appellante op 26 september 2012 alsnog gehoord. Bij besluit van 26 oktober 2012 heeft het Uwv het besluit van 24 april 2012 gewijzigd. Het Uwv heeft de WW-uitkering met ingang van 17 oktober 2011 herzien voor 25 uur per week en over de periode van 17 oktober 2011 tot en met 29 januari 2012 een bedrag van € 6354,45 aan onverschuldigd betaalde WW-uitkering van appellante teruggevorderd. Aan dat besluit ligt het standpunt ten grondslag dat appellante tijdens het telefonisch contact met het Uwv op 13 oktober 2011 bekend is geraakt met de noodzaak van verantwoording van directe en indi-

recte uren. Volgens het Uvw moest het appellante vanaf dat moment redelijkerwijs duidelijk zijn dat zij alle gewerkte uren moest doorgeven aan het Uvw. Het Uvw heeft de WW-uitkering herzien met ingang van de kalenderweek volgend op dit telefonisch contact.

2.3. De rechtbank heeft appellante in de gelegenheid gesteld te reageren op het besluit van 26 oktober 2012. Appellante heeft van deze gelegenheid gebruik gemaakt bij brief van 26 november 2012. Vervolgens heeft de rechtbank het onderzoek gesloten en de aangevallen uitspraak gedaan. Bij die uitspraak heeft de rechtbank het beroep, voor zover gericht tegen het besluit van 24 april 2012, gegrond verklaard en dat besluit vernietigd, het beroep tegen het besluit van 26 oktober 2012 ongegrond verklaard en bepalingen gegeven over de vergoeding van proceskosten en griffierecht.

3.1. Appellante heeft zich in hoger beroep gekeerd tegen de ongegrondverklaring van het beroep tegen het besluit van 26 oktober 2012. Volgens haar had de rechtbank geen gebruik mogen maken van haar bevoegdheid om zonder nadere zitting het onderzoek te sluiten en uitspraak op dat beroep te doen, omdat dit beroep niet is behandeld tijdens de zitting van 20 augustus 2012. Op die zitting, waarbij het Uvw zich niet heeft laten vertegenwoordigen, is uitsluitend aan de orde gekomen de gestelde schending van de hoorplicht.

3.2. Voorts heeft appellante aangevoerd dat zij haar inlichtingenplicht niet heeft geschonden omdat zij na het telefoongesprek van 13 oktober 2011 bij brief van 6 december 2011 alsnog een overzicht heeft verstrekt van alle gewerkte directe en indirecte uren. Het Uvw heeft deze informatie niet onmiddellijk verwerkt waardoor de terugvordering onnodig is opgelopen. Daarom heeft appellante gesteld dat het Uvw in ieder geval moet afzien van terugvordering vanaf 6 december 2011. Ten slotte heeft appellante aangevoerd dat in haar geval sprake is van dringende redenen om van terugvordering af te zien. Ter onderbouwing van haar standpunt heeft appellante in haar brief van 27 februari 2014 een overzicht verstrekt van haar financiële positie.

3.3. Het Uvw heeft bevestiging van de aangevallen uitspraak bepleit.

4. De Raad komt tot de volgende beoordeling.

4.1. Op grond van artikel 8:57, tweede lid, aanhef en onder c, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) kan de rechtbank, indien het beroep reeds ter zitting is behandeld, na toepassing van artikel 8:51a van de Awb bepalen dat een nader onderzoek ter zitting achterwege blijft indien partijen hun zienswijzen over de wijze waarop het gebrek is hersteld, naar voren hebben gebracht. Blijkens de aantekeningen van het verhandelde ter zitting van de rechtbank van 20 augustus 2012 is tijdens deze zitting uitsluitend aan de orde geweest de vraag of het Uvw de hoorplicht van artikel 7:2, eerste lid, van de Awb heeft geschonden. Een inhoudelijke behandeling van het beroep van appellante heeft toen niet plaatsgevonden. Appellante heeft met haar brief van 26 november 2012 inhoudelijke bezwaren tegen het gewijzigde besluit van 26 oktober 2012 kenbaar gemaakt maar deze niet mondeling tijdens een zitting aan de rechtbank kunnen toelichten. Onder deze omstandigheden heeft de rechtbank voor de afdoening van het beroep tegen het besluit van 26 november 2012 geen gebruik kunnen maken van de bevoegdheid in artikel 8:57, tweede lid, aanhef en onder c, van de Awb. Het – uit artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden te destilleren – verdedigingsbeginsel eist dat in een situatie als hiervoor omschreven geen gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid af te wijken van het – in de artikelen 8:57 en 8:64, vijfde lid, van de Awb – verwoorde uitgangspunt dat alle partij-

en zich desgewenst mondeling kunnen uitlaten over alle relevante aspecten van de zaak en de stukken die zijn overgelegd (vgl. Kamerstukken II 2007/08, 31352, nr. 3, blz. 13 en 14). De rechtbank heeft noch tijdens de eerste zitting noch na ontvangst van de zienswijze appellante die gelegenheid geboden. De rechtbank had appellante dan ook moeten vragen of zij op een nadere zitting haar mening over de inhoud van het geschil wat haar en het Uvw nog verdeeld hield, mondeling wilde toelichten. Het afzien van een mondelinge behandeling van het beroep tegen het besluit van 26 oktober 2012 ter zitting had in dit geval achterwege kunnen blijven, indien partijen daarmee hadden ingestemd. Dat is niet het geval. De onder 3.1 genoemde beroepsgrond slaagt. De aangevallen uitspraak dient om die reden, voor zover aangevochten, te worden vernietigd.

4.2. Omdat in hoger beroep alle inhoudelijke bezwaren van appellante tegen het gewijzigde besluit van 26 oktober 2012 nader zijn toegelicht en ter zitting zijn besproken, is een nadere behandeling van de zaak door de rechtbank niet nodig en kan deze zonder terugwijzing worden afgedaan.

4.3. Het Uvw heeft ter zitting meegedeeld dat appellante haar inlichtingenplicht niet heeft geschonden omdat zij naar aanleiding van het telefonisch contact op 13 oktober 2011 een volledige opgave heeft gedaan van alle gewerkte directe en indirecte uren als zelfstandig pedicure. Uit het door appellante verstrekte urenoverzicht blijkt dat zij in de periode van 17 oktober 2011 tot en met 29 januari 2012 gedurende 25 uur per week werkzaam is geweest als zelfstandig pedicure. Op grond van artikel 22a, eerste lid, aanhef en onder b, in verbinding met de artikelen 8, eerste lid, en 20, eerste lid, aanhef en onder b, van de WW was het Uvw gehouden om de WW-uitkering van appellante vanaf 17 oktober 2011 te herzien voor 25 uur per week.

4.4. Op grond van artikel 36, eerste lid, van de WW was het Uvw gehouden de over de periode van 17 oktober 2011 tot en met 29 januari 2012 onverschuldigd aan appellante betaalde WW-uitkering van haar terug te vorderen. Het feit dat het Uvw naar aanleiding van de brief van appellante van 6 december 2011 de WW-uitkering pas per 30 januari 2012 heeft aangepast brengt niet mee dat het Uvw vanaf 6 december 2011 had moeten afzien van terugvordering. Artikel 36, eerste lid, van de WW is immers een bepaling van dwingend recht.

4.5. In hetgeen appellante heeft aangevoerd zijn geen dringende redenen gelegen om geheel of gedeeltelijk van terugvordering af te zien. Volgens vaste rechtspraak (bijvoorbeeld CRvB 29 november 2007; ECLI:NL:CRVB:2007:BB9275) kunnen dringende redenen slechts gelegen zijn in de onaanvaardbaarheid van de sociale of financiële gevolgen die een terugvordering voor de betrokkene heeft. Het moet dan gaan om incidentele gevallen waarin iets bijzonders en uitzonderlijks aan de hand is. Daarvan is in het geval van appellante onvoldoende gebleken. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat het Uvw bij de invordering rekening moet houden met de zogenoemde beslagvrije voet. Ter zitting heeft het Uvw meegedeeld dat na een inkomensonderzoek bij appellante het af te lossen bedrag is verlaagd tot € 83,20 per maand.

4.6. Uit 4.3 tot en met 4.5 volgt dat de onder 3.2 vermelde beroepsgronden niet slagen. Het beroep tegen het besluit van 26 oktober 2012 moet dan ook ongegrond worden verklaard.

5. Er bestaat aanleiding het Uvw te veroordelen in de proceskosten van appellante in hoger beroep. Deze kosten worden bepaald op € 974,= aan kosten van rechtsbijstand.

Beslissing

De Centrale Raad van Beroep

– vernietigt de aangevallen uitspraak voor zover aangevochten;

- verklaart het beroep tegen het besluit van 26 oktober 2012 ongegrond;
- veroordeelt het Uvw in de proceskosten van appellante in hoger beroep tot een bedrag van € 974,=;
- bepaalt dat het Uvw aan appellante het in hoger beroep betaalde griffierecht van € 118,= vergoedt.

NOOT

1. In deze uitspraak is ten tweede male door de CRvB geoordeeld dat de wijze waarop de rechtbank de bestuurlijke lus heeft toegepast in strijd komt met art. 6 EVRM. In dit geval ging het om de situatie dat de bestuurlijke lus resulteerde in een nieuw gewijzigd besluit en de rechtbank gebruikmaakte van haar bevoegdheid om zonder nadere zitting uitspraak te doen op het beroep tegen het nieuwe besluit. De Raad acht deze werkwijze in strijd met het – uit art. 6 EVRM te destilleren – verdedigingsbeginsel. Dit beginsel is onderdeel van het bredere *fair trial*-beginsel en omvat meerdere verdedigingswaarborgen, waaronder het hier aan de orde zijn recht op hoor en wederhoor (over het *fair trial*-beginsel en art. 6 EVRM: de annotatie van J. van der Velde in «JBSelect» 2009, nr. 16; een geactualiseerde annotatie zal binnenkort verschijnen in de nieuwe editie van «JBSelect» 2014; zie ook het handboek van Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, hoofdstuk 14.11). In een eerdere uitspraak van 16 april 2013 liet de CRvB ook al weten problemen te zien ten aanzien van de bestuurlijke lus in relatie tot art. 6 EVRM. Het ging toen om de bevoegdheid van de bestuursrechter op grond van art. 8:80a lid 2 Awb om het bestuursorgaan aanwijzingen te geven over het te plegen herstel. Dit artikellid bepaalt zelfs dat “de tussenuitspraak zoveel mogelijk vermeldt op welke wijze het gebrek kan worden hersteld”. Deze bepaling beoogt de geschilbeslechting effectief en finaal mogelijk te maken. In voornoemde eerdere uitspraak van 16 april 2013 oordeelde de CRvB dat de rechtbank in dat geval veel te verre gaande aanwijzingen had gegeven over de wijze waarop het bestuursorgaan het geconstateerde gebrek kon (laten) herstellen. Dit stond volgens de Raad op gespannen voet met de rechterlijke onpartijdigheid (zie CRvB 16 april 2013, «JB» 2013/119, m.nt. B. Kaya en L.J.M. Timmermans, AB 2013, 256, m.nt. Marseille).

2. Algemeen wordt erkend dat de bestuurlijke lus een belangrijk bijdrage kan leveren aan de door de wetgever gewenste definitieve en effectieve geschilbeslechting. Desalniettemin blijkt het gebruik van dit instrument serieuze complicaties op te leveren in verband met de rechtsstatelijke beginselen van behoorlijke rechtspleging, zoals de rechterlijke onpartijdigheid, het recht op hoor en wederhoor en het recht op toegang tot de rechter. Ook de Belgische regeling van de bestuurlijke lus die sterk geënt is op de Nederlandse regeling, heeft inmiddels geleid tot een rechterlijke uitspraak waarin strijd is geconstateerd met art. 6 EVRM (Grondwettelijk Hof België 8 mei 2014, «JB» 2014/132, m.nt. R.J.N. Schlössels). De Vlaamse lus staat volgens het Grondwettelijk Hof van België onder meer op gespannen voet met de rechterlijke onpartijdigheid, het recht op tegenspraak en het recht op toegang tot de rechter. De overwegingen die het Belgische Hof daarvoor geeft, liggen in de lijn van de hier besproken uitspraak van de CRvB in de WW-zaak. Alvorens hierop in te gaan, wordt eerst besproken waarom de CRvB art. 6 EVRM, in het bijzonder het verdedigingsbeginsel, geschonden acht (een en ander mede in het licht van art. 8:57 en art. 8:64 Awb en de wetsgeschiedenis van deze wetsartikelen).

3. De zaak vangt aan met het besluit van UWV om de WW-uitkering van appellante te herzien en het onverschuldigd betaalde deel van de WW-uitkering terug te vorderen. Het bezwaar daartegen wordt ongegrond verklaard. Appellante gaat in

beroep. De rechtbank oordeelt dat appellante in bezwaar ten onrechte niet is gehoord, waardoor de hoorplicht van art. 7:2 Awb is geschonden. UWV krijgt zes weken de tijd om dit gebrek te herstellen en aan de rechtbank mee te delen tot welke bevindingen of nader besluit het is gekomen. Die mededeling van het bestuursorgaan moet schriftelijk geschieden (art. 8:51b lid 2 Awb). Er volgt een nieuw besluit. De herziening van de WW-uitkering blijft gehandhaafd, maar de onverschuldigd betaalde WW-uitkering wordt op een lager bedrag gesteld. Vanuit het beginsel van hoor en wederhoor moeten partijen in de gelegenheid worden gesteld om op het nieuwe besluit te reageren. Dit is dan ook uitdrukkelijk vastgelegd in art. 8:51b lid 3 Awb. Dit wetsartikel bepaalt dat partijen binnen vier weken na verzending van de mededeling van het bestuursorgaan over het door hem gepleegde herstel schriftelijk hun zienswijze naar voren kunnen brengen over de wijze waarop het gebrek is hersteld. Op dit punt gaat alles nog goed. Appellante geeft per brief van 26 november 2012 haar zienswijze. Ze laat weten om dringende (financiële) redenen bezwaar te hebben tegen met name de terugvordering. De rechtbank acht haar bezwaar ter zake niet steekhoudend en verklaart het beroep tegen het nieuwe besluit ongegrond. En dan gaat het (volgens de CRvB) wél fout: de rechtbank doet het beroep tegen het nieuwe besluit met toepassing van art. 8:57 lid 2 aanhef en onder c Awb zonder nader onderzoek ter zitting af. Daarmee wordt appellante het recht ontnomen om – naast de schriftelijk ingediende zienswijze – haar standpunt ten aanzien van het nieuwe besluit ook mondeling toe te lichten. Volgens de CRvB – die daarbij verwijst naar de wetsgeschiedenis van de bestuurlijke lus – is deze handelwijze van de rechtbank in strijd met het uit art. 6 EVRM te destilleren verdedigingsbeginsel (*Kamerstukken II 2007/08, 31352, 3, p. 13-14*). Dit beginsel eist – aldus de Raad – dat in een situatie als waarvan hier sprake is, alle partijen zich desgewenst mondeling kunnen uitlaten over alle relevante aspecten van de zaak en de stukken die zijn overlegd. De rechtbank had daarom geen gebruik mogen maken van haar bevoegdheid ex art. 8:57 lid 2 sub c Awb om de zaak zonder nadere zitting af te doen.

4. Wat wordt bedoeld met “in een situatie als waarvan hier sprake is”? Van belang is allereerst dat (ook) het nieuwe gewijzigde besluit negatief voor appellante uitviel. Een afdoening zonder zitting van het beroep tegen het nieuwe besluit was wellicht minder problematisch geweest, als de bestuurlijke lus zou hebben geleid tot een voor appellante positief besluit. Een tweede aspect is dat appellante noch tijdens de eerste zitting noch na ontvangst van de zienswijze de gelegenheid was geboden haar bezwaren mondeling toe te lichten (tweede deel van r.o. 4.1). Ze had dus in het geheel geen mogelijkheid gehad om mondeling haar zegje te doen. Pijnpunt was vooral dat tijdens de zitting bij de rechtbank enkel de schending van de hoorplicht in bezwaar aan de orde was geweest. Aan de inhoudelijke kant van de zaak was men niet toegekomen, omdat UWV eerst het geconstateerde gebrek moest herstellen. Op die zitting had UWV zich bovendien niet laten vertegenwoordigen. Dit laatste is van belang omdat het recht op hoor en wederhoor tevens impliceert dat partijen in elkaars aanwezigheid worden gehoord (r.o. 3.1 en eerste deel r.o. 4.1). Conclusie van de CRvB is dan ook dat in dit geval de mondelinge behandeling van het beroep tegen het nieuwe besluit (na bestuurlijke lus) alleen achterwege had kunnen blijven met toestemming van partijen (tweede deel r.o. 4.1).

5. In de memorie van toelichting bij het – in de Wet bestuurlijke lus gewijzigde – art. 8:57 Awb wordt ingegaan op de mogelijkheden van afdoening van beroepen zonder zitting in het licht van art. 6 EVRM (*Kamerstukken II 2007/08, 31352, 3, p. 13-14*). Het uit deze verdragsbepaling te destilleren

verdedigingsbeginsel eist dat partijen de gelegenheid krijgen om hun belangen (ook) mondeling ten overstaan van een onafhankelijke rechter te bepleiten. Dit betekent volgens de wetgever dat partijen *als regel* in ieder geval één keer worden uitgenodigd om een zitting van de bestuursrechter bij te wonen (art. 8:56 Awb). Op deze regel kan uitzondering worden gemaakt als blijkt dat een mondelinge behandeling van het beroep niet kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak. Dit is het geval indien sprake is van een kennelijk geval als bedoeld in art. 8:54 Awb of, als daar geen sprake van is, indien partijen toestemming verlenen voor het achterwege laten van het onderzoek ter zitting (art. 8:57 lid 1 Awb). Deze afdoeningsmogelijkheden zijn in eerste instantie toegesneden op de behandeling van een 'gewoon beroep', dus zonder toepassing van de bestuurlijke lus.

6. Bij toepassing van de bestuurlijke lus dient de bestuursrechter rekening te houden met een aantal specifieke aspecten. Een belangrijk punt is dat de bestuurlijke lus al kan worden toegepast vóórdat partijen worden uitgenodigd voor een zitting (art. 8:56 Awb). Ter bevordering van een zo effectief mogelijke geschilbeslechting wenst de wetgever dat de bestuurlijke lus al in een zo'n vroeg mogelijk stadium wordt ingezet (*Kamerstukken II 2007/08, 31352, (MvT), p. 7 of PG Awb digitaal onder punt 5 van de algemene toelichting; zie tevens de annotatie dzz. in de binnenkort te verschijnen nieuwe editie van «JBSselect» 2014*). Gaat de bestuursrechter ertoe over om de bestuurlijke lus toe te passen vóór de verzending van de uitnodiging als bedoeld in art. 8:56 Awb, dan zal hij ervoor moeten zorgen dat na de bestuurlijke lus alsnog een zitting plaatsvindt. Dan is voor afdoening met achterwege laten van de zitting zonder toestemming van partijen geen plaats. Dit ligt anders in de situatie dat de bestuurlijke lus pas wordt toegepast nádat de zaak mondeling is behandeld. Partijen hebben dan hun zegje kunnen doen. Dan zal een nadere zitting veelal niet meer nodig zijn om tot een behoorlijke beoordeling van de zaak te komen en zal deze slechts leiden tot een nodeloze vertraging van de beroepsprocedure. Dit laatste lijkt weer uitzondering als, zoals in de hier aan de orde zijnde WW-zaak, tijdens de eerdere zitting slechts formele gebreken aan de orde zijn geweest en appellant zich ten overstaan van een onafhankelijke rechter (nog) niet mondeling heeft kunnen uitlaten over de inhoudelijke geschilpunten.

7. Zoals gezegd, was art. 8:57 Awb oorspronkelijk alleen bedoeld voor een 'gewoon' beroep en werd met uitzondering van de in art. 8:54 Awb bedoelde kennelijke gevallen een afdoening zonder mondelinge behandeling alleen toegestaan als partijen daarvoor toestemming verleenden (R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2013, par. 24.5.2, nr. 78, die onder meer verwijzen naar ABRvS 25 augustus 2003, «JB» 2003/287). Bij de invoering van de bestuurlijke lus zijn het tweede en derde lid aan art. 8:57 Awb toegevoegd. Op grond van het tweede lid, sub a tot en met d, kan de bestuursrechter, als het beroep reeds ter zitting is behandeld, na de bestuurlijke lus in de vier daar genoemde gevallen een nader onderzoek ter zitting achterwege laten. Dat kan dus zonder het toestemmingsvereiste dat het eerste lid (als hoofdregel) stelt. Als waarborg dient wel dat al een zitting heeft plaatsgevonden. Het ontbreken van toestemming lijkt het meest problematisch in de situatie waarop art. 8:57 lid 2 sub c Awb ziet, namelijk als na de bestuurlijke lus een nieuw besluit voorligt (pijnpunten: zie het behandelde hiervoor). In de sub a en b bedoelde gevallen is van een nieuw besluit geen sprake, omdat het bestuursorgaan geen gebruik heeft gemaakt van de gelegenheid om het gebrek te herstellen. In deze gevallen kan de bestuursrechter het beroep tegen het oorspronkelijk bestreden besluit, dat reeds ter zitting is behandeld, zonder nadere zitting afdoen. In het geval sub d hebben partijen de gelegenheid om schriftelijk hun zienswijze te

geven over de wijze waarop het bestuursorgaan het gebrek heeft hersteld, (zelf) onbenut gelaten. De bestuursrechter kan in dit geval het beroep zonder nader onderzoek ter zitting afdoen, tenzij partijen daardoor worden benadeeld.

8. Behalve dat de bestuurlijke lus zowel vóór als na een zitting kan worden toegepast (zie het hiervoor besprokene), kan de bestuursrechter ook *ter zitting* tot de conclusie komen dat aan het bestreden besluit een gebrek kleeft en dat reden bestaat voor gebruik van de bestuurlijke lus. In dat geval heeft hij de mogelijkheid om het onderzoek ter zitting te schorsen (art. 8:64 lid 1 Awb) en via een mondelinge uitspraak over te gaan tot een bestuurlijke lus (art. 8:80b lid 2 Awb). Na de bestuurlijke lus doet zich dan de vraag voor of het onderzoek ter zitting moet worden hervat (art. 8:64 lid 4 Awb). Ook hier geldt dat niet onverkort is vastgehouden aan de eis dat partijen daarvoor toestemming hebben gegeven. De bestuursrechter hoeft op grond van art. 8:64 lid 5 Awb in de vier in art. 8:57 lid 2 genoemde gevallen het onderzoek ter zitting niet te hervatten (zie de verwijzing naar art. 8:64 lid 5 Awb in r.o. 4.1 en *Kamerstukken II 2007/08, 31352, 3 (MvT), p.14*).

9. Onderhavige uitspraak van de CRvB ligt in de lijn van het eerder genoemde Belgische arrest. In de Belgische zaak was een van de pijnpunten dat partijen ten overstaan van de rechter geen debat meer konden voeren over de uitkomst van de bestuurlijke lus. Volgens het hof kan een beslissing die met toepassing van de bestuurlijke lus is genomen, niet worden uitgesloten van het recht op toegang tot de rechter. Om dit recht gestand te doen is naar het oordeel van het Belgische Hof niet voldoende dat de Raad voor de Vergunningsbetwistingen (de lagere rechter in deze) toetst of de belanghebbenden door de toepassing van de bestuurlijke lus niet onevenredig kunnen worden benadeeld. Het hof (r.o. B.8.5): "Door niet te voorzien in een op tegenspraak gevoerd debat over de mogelijkheid van de bestuurlijke lus, in gevallen waarin zulks nog niet voorwerp was van debat tussen partijen, en door niet te voorzien in de mogelijkheid om beroep in te stellen tegen de beslissing die met toepassing van de bestuurlijke lus is genomen, na de kennisgeving of de bekendmaking daarvan, doet de bestreden bepaling op discriminerende wijze afbreuk aan de rechten van verdediging, het recht op tegenspraak en het recht op toegang tot de rechter". De Nederlandse lus lijkt op voornoemde punten minder problematisch dan de Vlaamse lus, gelet op de voorwaarden in de art. 8:57 en 8:64 Awb ten aanzien van het achterwege laten van een nader onderzoek ter zitting na de toepassing van de bestuurlijke lus. Dat daarmee nog geen vanuit rechtsstatelijk oogpunt (geheel) volwaardige bestuurlijke lus is gerealiseerd, blijkt uit de hierbij besproken uitspraak van de CRvB inzake herziening WW-uitkering. Zie in dit verband ook de rechterlijke instructiebevoegdheid die bij de Vlaamse lus (alleen toepasbaar bij formele gebreken in het besluit) minder snel met de onpartijdigheidsregel lijkt te conflicteren dan de Nederlandse lus (ook inzetbaar bij andersoortige gebreken).

A.M.M.M. Bots
Radboud Universiteit Nijmegen