

Actioma

De advocaat van de toekomst

Niek van de Pasch



Het eigendomsrecht van de verhuurder
versus de wettelijke huurbescherming
Jaap Dammingh

Artikel 2:349a als grondslag voor eigendomsbeperkingen
Evert-Jan Breukink & Jeroen van Calker

De levenslange gevangenisstraf; het einde nabij
Nick van Gelder

Contact

Stichting Nijmeegs Juridisch
Faculteitsblad
Montessorilaan 10
6525 HR NIJMEGEN

Correspondentieadres

Postbus 9049
6500 KK NIJMEGEN
info@actioma.eu
www.actioma.eu

Bestuur / Redactie

Jeremy Wenno (voorzitter)
Christiaan van der Meer
(penningmeester)
Jeroen Meijer (secretaris)

Redactieraad

prof. mr. C.J.H. Jansen
prof. mr. R.J.N. Schlössels

Raad van Toezicht

Arjen Peters (faculteitsdirecteur)
Steven Bartels (decaan)
Sam Zuidervliet
Irene Theunisse
Heleen van der Meulen

Auteurs in dit nummer

Jaap Dammingh
Niek van de Pasch
Ramon Vastmans
Evert- Jan Breukink
Jeroen van Calker
Nick van Gelder

Ontwerp

Julius van der Vaart

Fotografie

Keizer & Koning Fotografie

Druk

GLD Grafimedia, Arnhem

Oplage

2800 exemplaren

ISSN

1380-7129

Abonnement

Gratis op aanvraag (alleen
in Nederland).
Stuur een e-mail naar
info@actioma.eu

Adverteren?

Neem contact op met Christiaan
van der Meer via info@actioma.
eu of telefoon 06 1172 4735.

Woord vooraf

Het is september 2015, de eerste onzomerse druppels zijn al vanuit de hemel neergedaald, de collegezalen stromen langzamerhand weer vol en eerstejaars dwarrelen onwennig rond over de faculteit. Het collegejaar is weer begonnen. Hiermee doet ook de laatste editie van de huidige redactie zijn intrede. Na deze 193ste editie van Actioma zal het "stokje" worden overgedragen aan hoofdredacteur en tevens voorzitter Ramon Vastmans, penningmeester José Teekman en secretaris Hilde Cornelese. Aan hen dit jaar de mooie uitdaging om de juridische zintuigen van de veelzijdige Nijmeegse jurist te prikkelen en uit te dagen. De Nijmeegse jurist is immers ambitieus en probeert zich in de kijker te spelen door te schitteren op meerdere fronten. De kudde van juristen is omvangrijk en strekt mijlenver, onderscheidend vermogen (uiteraard niet te verwarren met het onderscheidend vermogen dat prof. mr. Quadvlieg veelvuldig doceert) is een pré. De juridische dienstverlening is echter aan verandering onderhevig en de Nijmeegse jurist kan natuurlijk niet achterblijven. Oud-hoofdredacteur en advocaat Niek van de Pasch leert ons wat de advocaat van de toekomst te wachten staat.

Ambitieuze jurist en aankomend hoofdredacteur Ramon Vastmans annoteert vervolgens in de Nootendop over een kwestie inzake de uitleg van overeenkomsten. In deze zaak heeft een beschonken automobilist een auto-ongeluk veroorzaakt, waarbij een derde schade heeft geleden. In de polisvoorwaarde is schade als gevolg van voorwaardelijk opzet van dekking uitgesloten. De vraag rijst of dit meebrengt dat schade veroorzaakt door een bestuurder die rijdt onder invloed van alcohol van dekking is uitgesloten.

Vervolgens kijken we naar het eigendomsrecht. Het eigendomsrecht is het meest omvattende recht dat een (rechts)persoon kan hebben op een zaak. In bepaalde gevallen moet dit recht echter wijken en is een inbreuk gerechtvaardigd. Universitair hoofddocent Burgerlijk (proces) recht Jaap Dammingh plaatst het eigendomsrecht van de verhuurder tegenover de wettelijke huurbescherming die de huurder beoogt te beschermen. Welke van de twee prevaleert?

We blijven nog even bij het eigendomsrecht. Volgens het Eerste Protocol van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens heeft iedere natuurlijke persoon en rechtspersoon recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Evert-Jan Breukink en Jeroen van Calker belichten de vraag of de Ondernemingskamer via een onmiddellijke voorziening dit genot rechtmatig kan beperken. We eindigen deze editie met het strafrecht. Nick van Gelder stelt de urgente kwestie van de levenslange gevangenisstraf aan de orde. Hoe houdbaar is de Nederlandse levenslange gevangenisstraf? Blijft levenslang, levenslang?

Daarmee kom ik aan het slot van deze 193ste editie. Met onze laatste editie is het nieuwe collegejaar ingeluid. De kop is eraf.

Jeremy Wenno, *hoofdredacteur*

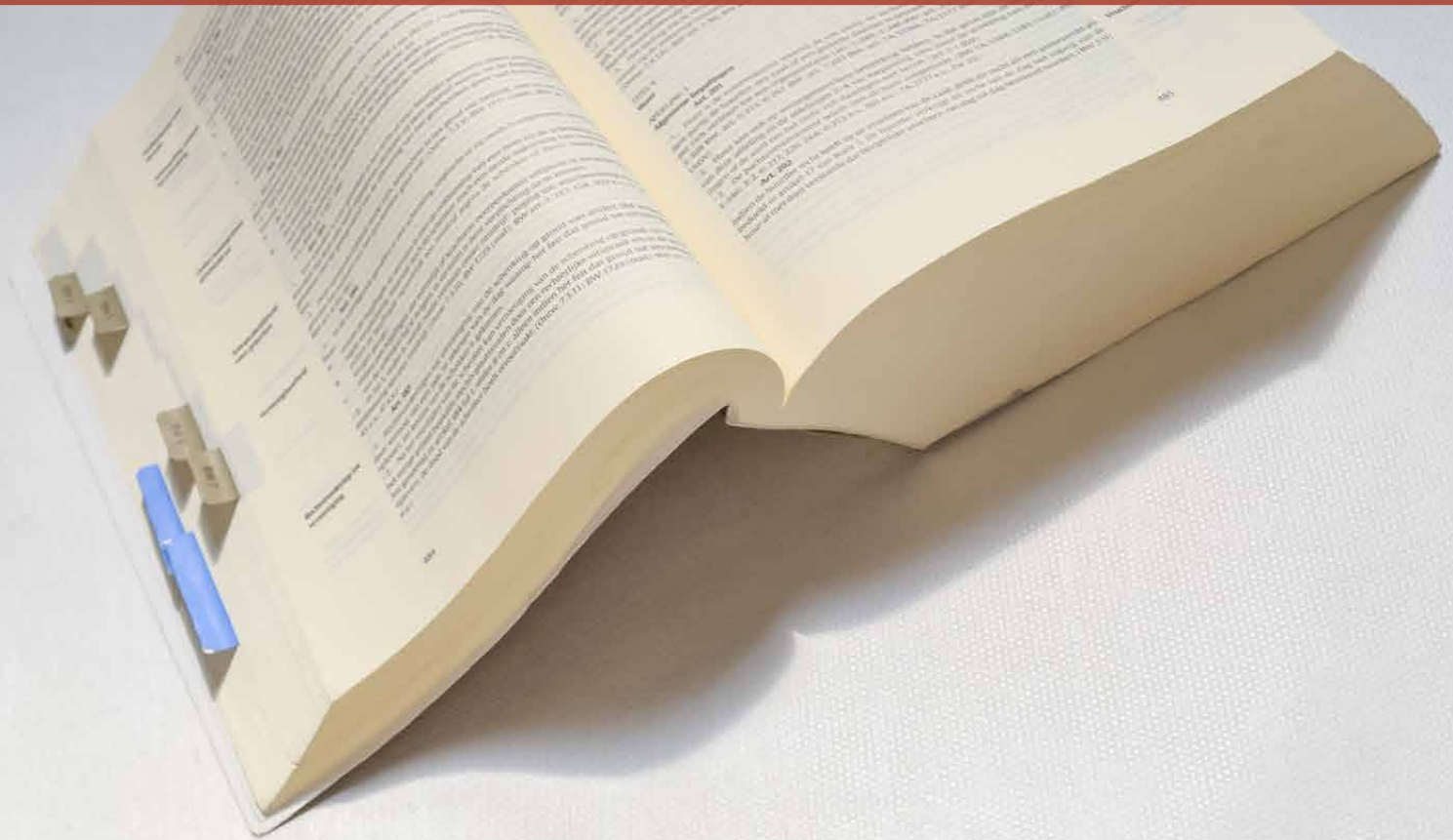
In dit nummer

- Jaap Dammingh** 5
Het eigendomsrecht van de verhuurder versus
de wettelijke huurbescherming
- Niek van de Pasch** 9
De advocaat van de toekomst
- Ramon Vastmans** *NOOTENDOP* 13
HR 16 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:83
- Evert-Jan Breukink & Jeroen van Calker** 17
Artikel 2:349a als grondslag voor eigendomsbeperkingen
- Nick van Gelder** 23
De levenslange gevangenisstraf; het einde nabij



Jaap Dammingh

mr. J.J. Dammingh is universitair hoofddocent Burgerlijk (proces)recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.



Het eigendomsrecht van de verhuurder versus de wettelijke huurbescherming

Degene die een hem in eigendom toebehorende woning verhuurt, moet er rekening mee houden dat zijn huurder in vergaande mate wordt beschermd (door de wet). De rechtsverhouding tussen verhuurder en huurder heeft een privaatrechtelijk karakter. In het privaatrecht staat – voor zover het overeenkomsten betreft – *contractsvrijheid* voorop, d.w.z. uitgangspunt is dat de partijen die met elkaar een overeenkomst sluiten, een grote mate van vrijheid hebben. Echter: voor sommige overeenkomsten geldt dat de wetgever het wenselijk heeft geacht één van de daarbij betrokken partijen te beschermen. Dat is onder meer bij de huur van woonruimte het geval. Omdat ‘een dak boven het hoofd’ (wonen) voor iedere burger zo belangrijk is, heeft de wetgever het wenselijk geacht om de huurder van woonruimte in vergaande mate te beschermen. De wettelijke huurbescherming heeft een *dwingendrechtelijk* karakter en vormt derhalve een inbreuk op de contractsvrijheid, in die zin dat met de wet strijdige partijafspraken vernietigbaar zijn.

“De ‘huurbescherming’ houdt in dat de huurder wordt beschermd tegen een beëindiging van de huurovereenkomst op initiatief van de verhuurder”

Het tot bescherming van de huurder strekkende stelsel, vervat in afdeling 5 van titel 4 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (afd. 7.4.5 BW), omvat enerzijds huurbescherming en anderzijds huurprijbsbescherming. De ‘*huurbescherming*’ houdt in dat de huurder wordt beschermd tegen een beëindiging van de huurovereenkomst op initiatief van de verhuurder. Normaliter leidt de opzegging van een duurovereenkomst door één van de contractspartijen ertoe dat de overeenkomst eindigt op de datum waartegen is opgezegd. Dat is echter niet zo wanneer een verhuurder van woonruimte tot opzegging overgaat. Art. 7:272 *lid 1* BW bepaalt dat een opzegging door de verhuurder de huurovereenkomst *niet* doet eindigen. Wenst de verhuurder de huur te laten eindigen, dan zal hij – in vervolg op zijn opzegging – in een tegen de huurder aanhangig gemaakte procedure moeten vorderen dat de rechter de huur

beëindigt. De rechter kan daartoe slechts overgaan indien zich één van de limitatief in de wet genoemde beëindigingsgronden voordoet (zie art. 7:274 *lid 1* BW). Kortom: een verhuurder van woonruimte heeft slechts (zeer) beperkte mogelijkheden om de huurovereenkomst buiten medewerking van de huurder te doen eindigen (dat is vanzelfsprekend anders wanneer de huurder de huur niet betaalt of zich niet als een ‘goed huurder’ gedraagt; in dat geval kan de huur wegens ‘wanprestatie’ worden beëindigd).

De ‘*huurprijbsbescherming*’ behelst een inperking van de aan de verhuurder toekomende vrijheid om een zo hoog mogelijke huur te ontvangen. Met deze bescherming, geregeld in onderafdeling 7.4.5.2 BW, beoogt de wetgever aan iedere burger de mogelijkheid te bieden om voor een redelijke huurprijs woonruimte te huren. Het wettelijke stelsel bestaat uit twee componenten. Ten eerste kan de huurder de met de verhuurder afgesproken huurprijs (binnen zes maanden na aanvang van de huur) door de Huurcommissie ‘op redelijkheid’ laten toetsen. De Huurcommissie beoordeelt of de overeengekomen huurprijs ‘redelijk’ is in verhouding tot de kwaliteit van de gehuurde woonruimte. De toetsing vindt plaats aan de hand van een (in een AMvB vervat) ‘puntenstelsel’. Hierbij wordt rekening gehouden met diverse aspecten van de woonruimte, zoals vloeroppervlak, voorzieningen, isolatie en ook woonomgeving. Hebben partijen bijvoorbeeld een huur van € 780,- per maand afgesproken en stelt de Huurcommissie na toetsing vast dat de maximaal redelijke huurprijs € 650,- is, dan geldt tussen partijen een huur van € 650,- (en is de huurder dus niet gebonden aan de afgesproken huurprijs van € 780,- per maand). De tweede component van de wettelijke huurprijbsbescherming houdt in dat de verhuurder slechts eenmaal per jaar de huur mag verhogen, waarbij geldt dat die huurverhoging het maximaal door de Minister vastgestelde percentage niet mag overschrijden.

“De ‘huurprijbsbescherming’ behelst een inperking van de aan de verhuurder toekomende vrijheid om een zo hoog mogelijke huur te ontvangen”

De (wettelijke) huurprijsbescherming blijft overigens buiten toepassing bij de huur van woonruimte met een huurprijs boven de 'liberalisatiegrens' (d.i. de grens waarboven ingevolge de Wet op de huurtoeslag geen huurtoeslag meer kan worden verkregen). In dat geval geldt dus wel de voor het contractenrecht gebruikelijke ('liberale') contractsvrijheid. Circa 90% van de huurwoningen kent echter een huurprijs die onder de liberalisatiegrens ligt. Deze grens, die periodiek wordt aangepast, was per 1 januari 2015 € 711,-. Wordt woonruimte gehuurd tegen een huur hoger dan € 711,- per maand, dan blijft de huurder van deze 'geliberaliseerde woonruimte' dus in beginsel verstoken van huurprijsbescherming. Echter: ook die huurder mag gebruik maken van de in art. 7:249 BW vervatte mogelijkheid om de (afgesproken) aanvangshuur door de Huurcommissie op redelijkheid te laten toetsen. Stelt de Huurcommissie – aan de hand van het 'puntenstelsel' – vast dat de maximaal redelijke huurprijs onder de liberalisatiegrens ligt, dan geldt de wettelijke huurprijsbescherming (toch) wél en hoeft de huurder slechts de door de Huurcommissie vastgestelde huurprijs te voldoen.

Botsing eigendomsrecht en huurbescherming

De eigenaar van een woning die deze heeft verhuurd, wordt kortom door het wettelijke stelsel van huur – en huurprijsbescherming beperkt in zijn bevoegdheden als eigenaar (van de verhuurde woning). De vraag kan worden opgeworpen of deze beperking van het eigendomsrecht wel toelaatbaar is. D.w.z.: is zij in strijd met het recht op het ongestoorde genot van eigendom zoals verankerd in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) (hierna: 'art. 1 EP')? Recentelijk heeft de Nederlandse verhuurder Nobel deze vraag zowel aan het Europees Hof voor de Rechten van

sie heeft uitspraak gedaan en Nobel is – op de voet van art. 7:262 BW – tegen deze uitspraak bij de kantonrechter opgekomen. De kantonrechter heeft de huurprijs per 1 augustus 1997 op € 417,- per maand vastgesteld.

In april 2009 heeft Nobel een nieuwe huurprijs (per 1 juli 2009) van € 835,- per maand aan Brommet voorgesteld, die daar niet mee heeft ingestemd. Vervolgens heeft de Huurcommissie geoordeeld dat de door Nobel voorgestelde huurprijs onredelijk is en daarbij bepaald dat een huurprijs van € 565,- per maand wel redelijk is.

De kantonrechter heeft de (door Nobel bestreden) uitspraak van de Huurcommissie in stand gelaten, waarop de nationale rechtsmiddelen voor Nobel waren uitgeput (gelet op art. 7:262 lid 2 BW). Nobel heeft gebruik gemaakt van de hem nog wel ter beschikking staande mogelijkheid om een oordeel van het EHRM uit te lokken.

De klachten van Nobel (zoals geformuleerd in de procedure bij het EHRM) waren gericht tegen het Nederlandse stelsel van huurprijsbescherming in samenhang met (de effecten van) andere relevante regelgeving (en dan vooral het wettelijke stelsel van huurbescherming zoals vervat in onderafdeling 7.4.5.4 BW). Volgens Nobel houdt het Nederlandse systeem van huurprijsbescherming een ontoelaatbare schending in van art. 1 EP, aangezien dit systeem het hem zou beletten om een redelijke winst op zijn eigendom te maken.

Art. 1 EP bepaalt (vertaald in het Nederlands):

"1. Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.

2. De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren."

Het EHRM heeft in een uitspraak van 2 juli 2013 (o.m. gepubliceerd in WR 2014/1) de klachten van Nobel verworpen: weliswaar vormt de huurprijsbescherming een inbreuk op het vrije genot van eigendom, maar deze inbreuk vindt plaats in het openbaar belang en is bij wet voorzien. Het Nederlandse stelsel dient een legitiem doel, namelijk sociale bescherming van huurders, zo heeft het EHRM overwogen.

"Het Nederlandse stelsel dient een legitiem doel, namelijk sociale bescherming van huurders, zo heeft het EHRM overwogen"

de Mens (EHRM) als aan de Hoge Raad voorgelegd. De relevante feiten waren als volgt: Nobel was eigenaar van een pand te Amsterdam. De eerste etage daarvan had hij sinds 1984 aan Brommet verhuurd. Aanvankelijk bedroeg de huur (omgerekend) € 355,- per maand. Nobel heeft in 1997 een huurverhoging aan Brommet aangezegd. Brommet heeft zich hier tegen verzet, waarop het huurprijsgeschil aan de Huurcommissie is voorgelegd. De Huurcommissie

Nobel heeft zich niet bij het oordeel van het EHRM neergelegd. Via een (hier niet nader te bespreken) 'omweg' heeft hij alsnog ook een oordeel van de Hoge Raad weten uit te lokken. Nobel heeft in de procedure die bij de Hoge Raad terecht kwam, (wederom) betoogd dat het Nederlandse stelsel van huurprijsbescherming een ontoelaatbare inperking van zijn eigendomsrecht inhoudt, nu dit stelsel hem verhindert om – via verhuur – een redelijk rendement op de hem in eigendom toebehorende woning te (kunnen) realiseren. Volgens Nobel is sprake van een schending van art. 1 EP.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 4 april 2014, NJ 2014/426 (*Nobel/Brommet*) Nobel's klachten verworpen, daarbij verwijzend naar de uitspraak van het EHRM van 2 juli 2013. De overwegingen van de Hoge Raad komen in het kort op het volgende neer:

Art. 1 EP geeft in de eerste regel van lid 1 aan eenieder het recht op een ongestoord genot van zijn eigendom. De tweede regel (van lid 1) verbindt voorwaarden aan het kunnen ontnemen van eigendom. In lid 2 wordt onderkend dat de Staat de bevoegdheid heeft om die wetten (uit te vaardigen en) toe te passen die hij noodzakelijk acht om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang.

De i.c. aan de orde zijnde kwestie dient met toepassing van lid 2 van art. 1 EP te worden onderzocht. Het EHRM heeft benadrukt dat de beoordelingsvrijheid van de nationale wetgever ruim is. Dit geldt in het bijzonder bij huisvesting, waar het gaat om complexe sociale, economische en politieke kwesties. Het EHRM respecteert de door de nationale wetgever in dit verband te maken beoordeling, tenzij die beoordeling evident een redelijke basis ontbeert.

Daarbij geldt ook het vereiste van 'proportionaliteit': d.w.z. er dient sprake te zijn van een 'fair balance' tussen enerzijds het algemeen belang en anderzijds het belang van bescherming van het eigendomsrecht. Die 'fair balance' ontbreekt wanneer de betrokken persoon – i.c. verhuurder Nobel – een 'individuele onevenredige last' heeft te dragen.

Het EHRM heeft in het geval van Nobel vastgesteld dat niet kan worden aangenomen dat Nobel geen redelijk rendement zou (kunnen) behalen met de verhuur van zijn woning. Zijn huurinkomsten stijgen immers aanzienlijk uit boven de onroerende zaak-belasting, en voorts is er geen aanwijzing dat zij onvoldoende zijn voor de dekking van de (noodzakelijke) kosten van onderhoud. Ook overigens ontbreken aanwijzingen dat Nobel een disproportionele en onevenredige last heeft te dragen.

In het licht van de ruime beoordelingsvrijheid voor de Staat bij het uitvaardigen van wetgeving op het gebied van huisvesting moet worden aangenomen dat het Nederlandse stelsel van huurprijsbescherming gerechtvaardigd is in de zin van art. 1 EP.

Na deze overwegingen concludeert de Hoge Raad dat Nobel's klachten falen voor zover deze ertoe strekken dat het Nederlandse stelsel van huurprijsbescherming een ontoelaatbare inbreuk op art. 1 EP vormt.

“De huurbeschermingsbepalingen beschermen de huurder van woonruimte tegen een beëindiging van de huur en de huurprijsbescherming zorgt ervoor dat de huurder niet meer dan een redelijke huur hoeft te betalen”

Tot besluit

Het staat vast dat het Nederlandse wettelijke stelsel van huur – en huurprijsbescherming het eigendomsrecht van de verhuurder (aangaande de verhuurde woning) inperkt. De huurbeschermingsbepalingen beschermen de huurder van woonruimte tegen een beëindiging van de huur en de huurprijsbescherming zorgt ervoor dat de huurder niet meer dan een redelijke huur hoeft te betalen. Deze wettelijke regulering vormt een inbreuk op het vrije genot van eigendom dat aan de verhuurder – als eigenaar – toekomt.

De vraag is of deze inbreuk als *ontoelaatbaar* (en daarmee 'onrechtmatig') moet worden aangemerkt. Het EHRM heeft deze vraag ontkennend beantwoord: de beperking van het eigendomsrecht is immers wettelijk geregeld en staat ten dienste aan het algemeen belang, namelijk de sociale bescherming van huurders. De Hoge Raad heeft het EHRM gevolgd en geoordeeld dat het Nederlandse stelsel van huurprijsbescherming geen ontoelaatbare inbreuk op art. 1 EP vormt. Dat lijkt mij een juist en rechtvaardig oordeel: het is wenselijk dat een huurder van woonruimte – tot op zekere hoogte – wordt beschermd, en niet gezegd kan worden dat de verhuurder als gevolg van de wettelijke regulering een disproportionele en onevenredige last heeft te dragen. ●



Niek van de Pasch

mr. N.P.J. van de Pasch is advocaat bij Van der Putt
Advocaten in Venray en oud-hoofdredacteur van dit blad.



De advocaat van de toekomst

De rechtenstudie was een genot. Lekker keuvelen over de verruiming van de uitzondering op de uitzondering op de uitzondering op de hoofdregel over beschikkingsbevoegdheid, die de Hoge Raad met het arrest-Uitslag/Wolterink in de gedachte achter artikel 3:86 lid 3 sub a BW las.¹ Deze manier van denken is een symptoom van ernstige beroepsdeformatie. Vaak is die aandoening ongeneeslijk. Het virus nestelt zich in je vezels en neemt sommige lichaamsfuncties helemaal over. Dat vormt je tot een advocaat die elk probleem kan vangen in juridische begrippen en zo de realiteit grijpbaar en hanteerbaar maakt. Die eigenschappen zijn in veel situaties heel waardevol. Maar ze vernauwen je blik soms ook wel. Stompen af, bijna. Dit is een pleidooi voor groei in meer richtingen. Omdat het nodig is. En vooral omdat het gaaf is.

1. HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2491.

2. www.twitter.com/niekvandepasch (volg @NiekvandePasch).

3. L.C. Megginson, 'Lessons from Europe for American Business', *Southwestern Social Science Quarterly* 1963-1, p. 4 (en dus geen citaat van Charles Darwin!).

4. Hof Amsterdam 16 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2270.

5. P.J. Lamb, *Alternative Fee Arrangements: Value Fees and the Changing Legal Market*, Londen: Ark Group 2010.

Verandering

In de collegebanken had ik een romantisch beeld van de advocatuur. Met krulsnor en horlogeketting in krijtstreep wachten tot zaken komen aan-waaien. Of zoiets. Kennis opzuigen tot je bol staat van het vernuft. Toch kwam mijn meest leerzame moment als een bus van links. Op een dag besloot ik namelijk om mijn comateuze Twitter-account te reanimeren.² Vanaf toen is mijn gevoel voor het vak anders, breder, beter. Dat gun ik iedereen. Daarom open ik met dit verhaal graag een luikje naar de dingen die juridische dienstverlening volgens mij radicaal gaan veranderen. Want het is niet de sterkste die overleeft noch de meest intelligente, maar degene die zich het beste aanpast aan verandering.³ Achtereenvolgens komen daarom zeven thema's voorbij, die onderling min of meer samenhangen: productisering, beprijzing, kennisdeling, automatisering, projectfasering, personal branding en klantbeleving. Allemaal best lelijke kreten, dat geef ik meteen toe. Toch moet het elke jurist fascineren hoe hij zijn markt goedkoper, sneller en beter kan bedienen. Anders verdwijnt die markt vroeg of laat vanzelf.

Productisering

Sommige advocaten rillen al van minachting als iemand ze durft weg te zetten als dienstverleners. We zijn vakmensen die ons ambacht uitoefenen voor een ereloon, toch? Allicht is het soms echt *bespoke*. Minstens net zo vaak - of nog veel vaker - gaat het echter om standaardklussen. Contracten maken is dan soms een simpele invuloefening. Met DoeHetZelfNotaris.nl en Overeenkomsten.nl biedt Advocatie-oprichter Pablo van Klinken particulieren en ondernemers bijvoorbeeld de kans om zelf juridische documenten op te stellen. De gevestigde orde bestrijdt die ontwikkeling in een achterhoedegevecht. Notarissen mogen van het Amsterdamse hof immers gerust meewerken aan de producten van HEMA.⁴

“Vanaf toen is mijn gevoel voor het vak anders, breder, beter. Dat gun ik iedereen”

Beprijzing

Bij een webshop vol contracten past vanzelfsprekend een vaste prijs per product. Die zekerheid vooraf trekt kopers aan, omdat niemand graag blanco cheques uitschrijft. Allerlei abonnementsvormen ontstaan om tegemoet te komen aan diezelfde behoefte. Daarom schieten ook *alternative fee arrangements* als paddenstoelen uit de grond.⁵ *Contingency* is hier nog verboden, maar *flat* of *capped* is een *fee* af en toe al. Dat gebeurt zelfs bij complexe rechtszaken. Kantoren laten al hun dossiers analyseren door experts in *big data*, die daaruit de parameters afleiden die het verloop van een procedure beïnvloeden. Zo is het mogelijk om aan de voorkant vrij nauwkeurig te bepalen tegen welke prijs een klant vonnis kan halen. Soms lukt het vlugger en wint de advocaat, soms duurt het langer en wint de klant. 'ADR' kan dan gewoon 'Alternative Dispute Resolution' blijven, in plaats van 'Alarming Drop in Revenue'. Die revenuen staan zo op het eerste oog trouwens ook van een andere kant onder druk.

Kennisdeling

De filosoof George Bernard Shaw zei ooit dat elk beroep een samenwe-
ring tegen de leek is.⁶ Lang hadden advocaten een monopolie op juridische
informatie. Kennis is macht is geld. En toen kwam het internet. Het is Goog-
le's missie om alle informatie ter wereld te organiseren, overal toegankelijk
en voor iedereen bruikbaar te maken.⁷ Advocaten moeten positie kiezen in
die nieuwe realiteit. Jeroen Zweers is nu innovatiedirecteur bij Kennedy Van
der Laan en zat daarvoor zestien jaar bij Dirkzwager.⁸ Hij bedacht het online
portaal 'Partner in Kennis' en deed de offline bibliotheek open voor publiek.
Zonder angst. Want klanten lopen ooit tegen de grenzen van hun deskundig-
heid aan en wenden zich dan alsnog tot advocaat die hen tot aan die limiet
hielp. Dirkzwagers directeur Marcel Hielkema zoekt de metafoor in zijn
eigen beperkingen: "Ook met de beste gereedschapskist kan ik mijn auto
niet zelf repareren." Advocaten moeten durven vertrouwen dat hun toege-
voegde waarde uitstijgt boven het opdreunen van wet en rechtspraak. Elke
rechtenstudent kan op een verjaardagspartijtje prima aan tantes uitleggen
waarom de studie nou net iets anders is dan "dat dikke wetboek uit je hoofd
leren". Vanuit dat geloof kunnen advocaten die hun kennis slim delen juist
meer werk binnenhalen. Leuker werk bovendien.

6. G.B. Shaw, *The Doctor's Dilemma*, Auckland: The Floating Press 2011, p. 39.

7. V.A. Scott, *Google*, Westport: Greenwood Press 2008, p. 44.

8. www.twitter.com/zweers (volg @zweers) en www.twitter.com/bebaardehipster (volg @bebaardehipster).

"Lang hadden advocaten een monopolie op juridische informatie. Kennis is macht is geld. En toen kwam het internet"

Automatisering

Hoe verzet je al die karweien? Pas was nog een uitspraak van de Hoge Raad nodig om procederen per fax mogelijk te maken.⁹ In 2015. De president van het Amerikaanse Hooggerechtshof John Roberts vindt dat rechters de plicht hebben om langzamer te gaan dan de technologische ontwikkelingen. Het Programma Kwaliteit en Innovatie van de Nederlandse rechtspraak loopt dan ook keurig achter op schema. Buiten dit wereldje gaat het hard. Héél hard. Zo rond 2020 zal een computer van € 1.000,- evenveel rekenkracht hebben als een menselijk brein. In 2045 is voor dat geld een apparaat te koop dat een miljard keer sterker is dan de hele mensheid samen.¹⁰ Die duizelingwekkende statistieken slaan dood op veel juristen. Dichter bij huis ontstond in het kader van een Canadees afstudeerproject 'Ross' uit IBM's paradepaardje 'Watson' (die ooit de tv-quiz Jeopardy won). Dit programma begrijpt vragen in natuurlijke spreektaal en beantwoordt die uit een database vol wetgeving en jurisprudentie.¹¹ Waar zo'n stukje software advocaten nog wil ondersteunen, probeert een andere innovatie diezelfde advocaten overbodig te maken. De *blockchain*-technologie die onder virtuele valuta als *bitcoins* ligt, biedt namelijk ook een basis voor zogenaamde *smart contracts*.¹² Wie afspraken vertaalt in computercode creëert een overeenkomst die zichzelf uitvoert. Een koppeling met overheidsregisters laat het banksaldo van iemand die overlijdt automatisch vloeien naar de erfgenamen in een slim testament. Sponsorcontracten registreren hoe een sporter via *social media* merklogo's verspreidt en keren zelf uit. Leaseauto's starten niet zolang een termijnbetaling openstaat. Laat rechtvaardigheid zich terugbrengen tot enen en nullen? En moeten we dat eigenlijk wel willen? Knappe jongen die de hete startups in Silicon Valley afkoelt met dat soort filosofische mijmeringen.

9. HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1078.

10. R. Kurzweil, *The Singularity Is Near: When Humans Transcend Biology*, New York: Viking Press 2005, p. 112 en 126.

11. www.rossintelligence.com

12. M. Swan, *Blockchain. Blueprint for a New Economy*, Sebastopol: O'Reilly Media 2015, p. 9-26.

Projectfasering

Al die snufjes maken het werk binnen een advocatenkantoor ook makkelijker. Het mag misschien huivering wekken bij advocaten die zichzelf als kunstenaars of zelfs als tovenaars zien, maar ook aan juridische dienstverlening ligt een productieproces ten grondslag. Elk bedrijf zou die lijn zo efficiënt mogelijk moeten inrichten. De zogenaamde 'sigmabeoordeling' taxeert het rendement van die keten in een percentage foutloze producten. Bij een 'zes-sigmaproces' is 99,99966% van de resultaten perfect, wat neerkomt

13. P.S. Pande, R.P. Neuman & R.R. Cavanagh, *The Six Sigma Way. How GE, Motorola and other Top Companies are Honing their Performance*, New York: McGraw Hill 2000, p. x.

14. M.L. George & R. Lawrence, *Lean Six Sigma: Combining Six Sigma with Lean Speed*, New York: McGraw-Hill 2002.

15. M. Bergman & P. van Sonsbeek, 'Een groene band om de dossiers?', *Kwaliteit in bedrijf* 2009-8, p. 12-15.

16. www.deadvocatenwijzer.nl

17. www.charlotteslaw.nl

op 3,4 fouten per miljoen.¹³ Vanuit dat principe kwam in 1986 bij Motorola de managementstrategie 'Six Sigma' tot stand. Wie geen dingen maakt maar dingen doet, kan de 'verborgen fabriek' van zijn kantoor blootleggen met 'Lean Six Sigma'.¹⁴ Uiteindelijk kunnen advocatenkantoren zo efficiëncyverlies elimineren door allerlei plooiën glad te strijken: opzoeken van standaardbriefjes, verbeteren van klantgegevens, printen van overbodige documenten, aanhouden van overbezetting, onbeantwoord laten van mails, drievoudig controleren van facturen.¹⁵

Personal branding

Die interne processen zijn uiteraard pas nodig als klanten überhaupt iets willen afnemen. Hoe vinden mensen met juridische problemen jou eigenlijk? Bijna altijd begint die zoektocht op internet. Daar vergelijken bezoekers advocaten zoals zij hotelkamers en wasmachines vergelijken.¹⁶ Wie geen profiel heeft of weinig sterren scoort, raakt buiten beeld en verliest omzet. Dat zal heel gauw voorbij de anonimiteit van het kantoor gaan, tot elke advocaat persoonlijk aan toe. Daarom moeten rechtenstudenten vroeg genoeg beginnen om hun eigen merk op te bouwen. Waar anders dan online kan iemand die geen stageplaats kreeg via Twitter een naam opbouwen die nationale faam geniet?¹⁷ Mensen zoeken interactie op *media* die niet voor niks *social* heten. Handige juristen kunnen een scherp en sympathiek profiel neerzetten dat de grootste kantoren aftroeft. Begin nú, de wereld ligt aan je voeten.

“Wie geen profiel heeft of weinig sterren scoort, raakt buiten beeld en verliest omzet”

18. N.P.J. van de Pasch, *Het zwaartepunt van de pensioendriehoek*, Amersfoort: Celsus 2014 (ISBN 978-90-8863-131-3).

19. HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0566.

20. niekvandepasch.wordpress.com

21. P.P. Maglio, C.A. Kieliszewski & J.C. Spohrer (red.), *Handbook of Service Science*, New York: Springer Science & Business Media 2010, p. 184-185.

22. R. Susskind, *Tomorrow's Lawyers. An introduction to Your Future*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 111.

Klantbeleving

Maar kies je woorden zorgvuldig. Of ik trots ben op mijn afstudeerscriptie? Natuurlijk.¹⁸ De 9 die dat stuk blijkbaar waard was, gaf me het predicaat *cum laude* op mijn bul. Mijn ideeën van toen omarm ik nog steeds. Beetje jammer dat de Hoge Raad tussen inbinden en verdedigen een arrest wees dat daar regelrecht tegenin ging.¹⁹ Maar ja, dat hoort nou eenmaal bij dit werk. Iets anders is wat mij betreft veel erger. Ik krijg namelijk jeuk van nogal wat woorden en zinnen in mijn eigen boek. Archaisch schrijven voor vakgenoten is leuk, maar naar buiten toe gewoon klantonvriendelijk. Laat een blog meestal nog wel dik 300 woorden toe, op Twitter moet de boodschap echt in 140 tekens overkomen. Dan is er geen tolerantie voor holle opsmuk. Wie zelf regelmatig juridisch tweet, ontwikkelt vanzelf een allergie voor wijdlopgheid. Geloof me.²⁰

Conclusie

Kijk mij nou breedspakig zijn. Wat ik wil zeggen is dit. Als het ooit al genoeg was om vakinhoudelijk een kei te zijn, is die tijd volgens mij wel zo'n beetje voorbij. De jurist van de toekomst is een *T-shaped lawyer*: met diepe kennis van het recht (de staander) en vaardigheden in andere disciplines (de ligger).²¹ Alleen door die affiniteiten op een creatieve manier te combineren, kunnen rechtenstudenten zich ontworstelen aan een lege praktijk. Dat lijkt misschien een sombere conclusie, maar dat is pas het halve verhaal. Al deze ontwikkelingen scheppen namelijk fantastische carrièrekansen. Stuk voor stuk vergen de trends uit dit artikel briljante juristen.²² Er is een geweldig diep begrip van het materiële en formele recht nodig om dit in producten te gieten, op te knippen in samenhangende delen, te beplakken met vaste prijzen, autonoom te laten verwerken door computers en contracten, zo goed mogelijk naar de klant te brengen en intussen iedereen vrolijk te stemmen. Deze uitdagingen stimuleren de intelligentie meer dan de routineklusjes die stagiaires nu opknappen. Volgens mij moeten rechtenfaculteiten hun studenten daarvoor beter klaarstomen. Omdat het nodig is. En vooral omdat het gaaf is. ●



Ramon Vastmans

R. Vastmans is masterstudent Burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

First party signature:

Ramon Vastmans



NOOTENDOP

HR 16 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:83

1. In deze zaak woedt een rechtsstrijd over de interpretatie van de verzekeringsvoorwaarde die schade als gevolg van voorwaardelijk opzettelijk handelen van dekking uitsluit ('de betwiste voorwaarde'). Evenals voor de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen, is voor de uitleg van haar inhoud hetgeen partijen hebben bedoeld leidend (W.L. Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 262). Ook wanneer een beding in geschrifte is neergelegd, zal bij een geschil omtrent de inhoud daarvan in beginsel moeten worden onderzocht wat partijen voor ogen hadden. Indien een heldere gemeenschappelijke bedoeling van partijen bijvoorbeeld niet uit eerdere verklaringen valt te ontwaren, zoals ook in de besproken uitspraak, is het de vraag wat een redelijke uitleg van het beding zou meebrengen (Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde 7-IX* 2012, 356). In de betwiste voorwaarde noch elders in de overeenkomst is 'rijden onder invloed' evenwel uitdrukkelijk als uitsluitingsgrond in de toepasselijke voorwaarden opgenomen. In hoger beroep slaagt verzekerde, die ten tijde van het schadebrengend ongeval te diep in het glaasje gekeken had, in zijn betoog dat deze laatste betekenis redelijkerwijs niet tóch aan de betwiste voorwaarde mag worden toegekend.
2. Inderdaad vormt de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan een bepaling mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten in beginsel de ('subjectieve') maatstaf voor de uitleg van contractuele bedingen (HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 (Haviltex)). Hoewel de Hoge Raad de Haviltex-maatstaf op algemene verzekeringsvoorwaarden van toepassing acht, zal de uitleg daarvan *met name* afhangen van objectieve factoren zoals de bewoordingen (HR 16 mei 2008, NJ 2008/284 (Chubb/Dagenstaed)). Dat is een toepassing van het arrest DSM/Fox (HR 20 februari 2004, NJ 2005/493), waaruit volgt dat er geen tegenstelling bestaat tussen de in rov. 3.6 van het opgenomen arrest gerelateerde maatstaven. Het gaat om één spectrum met een vloeiende overgang tussen de uiteinden, zijnde de 'subjectieve' Haviltex-maatstaf enerzijds en de 'objectieve' CAO-maatstaf anderzijds. In de besproken zaak casseert de Hoge Raad. Het hof heeft nagelaten volledig aan de Haviltex-maatstaf te toetsen, zie rov. 3.7. Hoewel de wetenschap van het algemene publiek (rov. 3.15-16 vernietigd hofarrest) wel van betekenis is, had het hof op *alle* relevante omstandigheden in dienen te gaan.
3. Uit de definitie van (handelen met) voorwaardelijk opzet volgt objectief gezien maar één betekenis, te weten het wilens en wetens aanvaarden van de aanmerkelijke kans op het intreden van een gevolg. Bij oppervlakkige lezing van rov. 3.6 lijkt dan curieus dat de Hoge Raad de 'contra proferentem'-uitleg als handvat aanreikt. Art. 6:238 lid 2 BW vereist tenslotte dat er over de betekenis in redelijkheid twijfel mogelijk is; evidente uitsluiting van dekking belet toepassing daarvan (Rb. Arnhem 10 oktober 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY0556, rov. 4.7). Niettemin behoeven ook op het eerste oog duidelijke bewoordingen uitleg. Van belang is de door de Hoge Raad als volgt toegespitste regel dat "(...) *in de omstandigheden van het geval* duidelijk en begrijpelijk moet zijn geweest dat een schadeval zoals het onderhavige met dit beding van dekking zou zijn uitgesloten" (rov. 3.6). Een m.i. niet belangrijke omstandigheid is in casu dat 'voorwaardelijk opzet' een door de professional gebruikt juridisch begrip is. De kans op onbekendheid met de inhoud daarvan zijdens de doorgaans juridisch-ondeskundige consument is groot. Derhalve mag een hogere mate van begrijpelijkheid en volledigheid van de tekst worden verwacht (vgl. Rb. Utrecht 10 augustus 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BT7579, r.o. 3.8/3.10). De vraag of twijfel over de betekenis mogelijk is wordt naar mijn mening aldus door context ingekleurd (vgl. M.J. Tolman, 'De uitleg van de dekking onder de polis', AV&S 2008, 3.5).

4. Ook buiten de reikwijdte van 6:238 lid 2 BW legt toepasselijkheid van de Haviltex-maatstaf een rol weg voor bovengenoemde en de hieronder te bespreken hoedanigheid van partijen en de te verwachten (rechts)kennis. De verwachtingen die de verzekerde redelijkerwijs mocht hebben van het dekkingsbereik in het licht van de omstandigheden van het geval zijn daarbij ook in aanmerking te nemen. De Hoge Raad wijst daar in rov. 3.5 uitdrukkelijk op. Ook juridische/verzekeringstechnische leken weten dat er – en waar ongeveer de – grenzen zijn aan de overeengekomen dekking. Het is de vraag of de verzekerde de betwiste voorwaarde in redelijkheid aldus mocht begrijpen dat *niet* van dekking werd uitgesloten schade als gevolg van het in uiterste staat van dronkenschap besturen van zijn auto. Die vraag moet volgens de Hoge Raad worden beantwoord in samenhang met de gewoonte om zulks iedere donderdag- en vrijdagavond te doen, die hij ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst al erop nahield. Tevens moeten op grond van vaste rechtspraak de aard en strekking van de betreffende (verzekerings)overeenkomst daarbij worden betrokken (HR 18 oktober 2002, *NJ* 2003/258, rov. 3.4, HR 19 oktober 2007, *JOR* 2008/23 (Vodafone/ECT), rov. 3.4). Uit lagere rechtspraak blijkt dat gezien de aard en strekking van een WAM-verzekering de doorsnee consument geacht moet worden te weten dat dekking in het geval van rijden onder invloed is uitgesloten (Rb. Arnhem 7 juli 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN2933, r.o. 4.6). In deze zin kan een feit van algemene bekendheid dus wel degelijk ‘doorwerken’ in de uitleg van de overeenkomst.
5. Hoe zwaar wegen de hierboven in 3 en 4 gekwalificeerde omstandigheden ten opzichte van de gekozen bewoordingen, waarvan de uitleg tenslotte met name zal afhangen? Ik stel voorop dat de verzekerde voor een hem batende uitleg – al dan niet ex art. 6:238 lid 2 BW – een voldoende aannemelijke afwijkende interpretatie c.q. partijbedoeling moet stellen en bewijzen. Zo niet, dan vindt uitleg ‘contra preferentem’ geen toepassing althans dient van de taalkundige betekenis naar gangbaar spraakgebruik in de betreffende kring van het maatschappelijk verkeer te worden uitgegaan (M.L. Hendrikse, ‘Uitleg van verzekeringsvoorwaarden’, *NTHR* 2008/4, p. 153 resp. HR 23 december 2005, *JOR* 2006/117 (De Rooij/Van Olphen), rov. 3.6). In de stellingen van verzekerde ligt in wezen slechts een a contrario-redenering besloten: aangezien de betreffende overeenkomst geen alcoholclausule bevat, mocht hij erop vertrouwen dat schade veroorzaakt door rijden onder invloed niet van dekking was uitgesloten. Op zich is zulk een redenering al zwak (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/376g). De behandelde omstandigheden maakt haar nog minder geloofwaardig. Indien aanvaard, zou het (onaannemelijke) rechtsgevolg bovendien zijn, dat TVM zich in geen geval op de betwiste voorwaarde kan beroepen. Met A-G Wuisman (nr. 2.4.1) meen ik dat die vlieger niet opgaat. ●

Houd jij de ontwikkelingen in de rechtspraak nauwlettend in de gaten?

Verslind je elke letter, elk woord en elke zin van de wekelijks te verschijnen jurisprudentie? Kraak je graag een kritisch-juridische noot bij een uitspraak, ben je het nota bene vaak niet eens met de Hoge Raad of steek je graag de loftrumpet over een recent vonnis of arrest? Dan is de Nootendop iets voor jou. Schrijf een annotatie (juridisch commentaar) van max. 1.200 woorden bij een recente uitspraak en stuur het naar info@actioma.eu. Misschien lees je jouw noot dan binnenkort wel in Actioma. Dat is het wel, in een “Nootendop”.

Schrijf mee!

Actioma, het grootste juridische faculteitsblad van Nederland, wordt geschreven voor en door studenten, docenten en andere juridische professionals.

We speuren ieder kwartaal weer naar nieuw talent.

Heb jij een passie voor het geschreven woord?

Geef ons een seintje op info@actioma.eu
en wij nemen contact met je op.



Actioma

Evert-Jan Breukink & Jeroen van Calker

E.J. Breukink en S.J. van Calker zijn masterstudenten
Ondernemingsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.



Artikel 2:349a als grondslag voor eigendomsbeperkingen

Na het door de Hoge Raad gewezen arrest van 25 februari 2011 is discussie ontstaan over de vraag of de Ondernemingskamer (hierna: OK) via een onmiddellijke voorziening rechtmatig het recht op het ongestoord genot van eigendom kan beperken.^{1,2} Een antwoord hierop is destijds niet gegeven omdat het betoog strekkende tot een negatieve beantwoording van bovenstaande vraag bij de Hoge Raad onvoldoende gemotiveerd was. Advocaat-Generaal (hierna: A-G) Timmerman en annotator Doorman wijdden aan deze kwestie desondanks enkele alinea's in hun conclusie respectievelijk annotatie bij dit arrest. Ook in de literatuur is al het nodige geschreven over de functie en betekenis van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EP) in het Nederlandse vennootschapsrecht.³ Wat duidelijk is, is dat een beperking van artikel 1 EP als rechtmatig heeft te gelden als aan drie voorwaarden is voldaan:⁴

1. HR 25 februari 2011, *JOR* 2011, 115, m.nt. A. Doorman (*Inter Access*). Ook geannoteerd door Van Schilfgaarde, *NJ* 2011, 338.

2. In onze bijdrage wijken wij af van de terminologie die doorgaans gebruikt wordt. Een beperking is wat bijvoorbeeld Eikelboom een inmenging noemt. Is deze rechtmatig dan spreken wij van een rechtmatige beperking. Is het tegenovergestelde het geval dan is sprake van een inbreuk. De reden hiervoor is dat wij menen dat het dubbelop is te spreken van een niet-geoorloofde inbreuk. Een inbreuk impliceert immers 'niet-geoorloofdheid'.

3. Zie bijv. R. Niesink, 'Voorlopige voorzieningen in enquêteprocedures en de bescherming van het recht op eigendom', *V&O* 2010-5, p. 97-100; F. Eikelboom, 'Een toetsingskader voor het treffen van voorzieningen in het enquêterecht: Art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (bescherming van eigendom)', *Ondernemingsrecht* 2009-15, p. 606-611; A.J.P. Schild, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht* (diss. Leiden University), Deventer: Kluwer 2012, p. 117-225.

4. EHRM 23 september 1982, 7151/75 & 7152/75, (*Sporrong & Lönnroth vs. Sweden*).

5. P. van Dijk e.a., *Theory and practise of the European Convention on human rights*, Antwerpen, Oxford: Intersentia 2006, p. 864.

6. EHRM 25 juli 2002, 48553/99, *JOR* 2003,111 m.nt. Vossestein onder *JOR* 2003, 112 (*Sovtransavto vs. Ukraine*).

7. EHRM 30 augustus 2007, 44302/02, *NJ* 2008, 269 m.nt. Alkema (*Pye vs. United Kingdom*).

8. P. van Dijk e.a., *Theory and practise of the European Convention on human rights*, Antwerpen, Oxford: Intersentia 2006, p. 890-891.

9. Vanwege onze onderzoeksvraag en daarmee samenhangend de opbouw van ons stuk behandelen wij de drie voorwaarden in een andere (minder logische) volgorde dan gebruikelijk is.

10. P. van Dijk e.a., *Theory and practise of the European Convention on human rights*, Antwerpen, Oxford: Intersentia 2006, p. 879.

11. T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & H.D. Ploeger, 'De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht', Preadviezen voor de vereniging voor burgerlijk recht, Deventer: Kluwer 2005, p.63.

- » de beperking wordt gemaakt op grond van een voldoende deugdelijke wettelijke grondslag;
- » de beperking dient een legitieme doelstelling in het algemeen belang (hierna: algemeen belang);
- » er is een behoorlijk evenwicht tussen de eisen van het algemeen belang van de samenleving en de bescherming van de fundamentele rechten van het individu (hierna: proportionaliteit).

Wij zullen in deze bijdrage onderzoeken of artikel 2:349a lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) als voldoende deugdelijke wettelijke grondslag kan gelden om een beperking van artikel 1 EP op te vestigen. Om tot beantwoording van onze onderzoeksvraag te komen zullen wij onder 2 de inhoud en reikwijdte van artikel 1 EP bespreken. Ook zullen wij hier kort de andere twee voorwaarden die aan een rechtmatige beperking van artikel 1 EP gesteld worden (het algemeen belang en de proportionaliteit) behandelen. Vervolgens zullen wij onder 3 nader ingaan op de specifieke vereisten die gesteld worden aan de wettelijke grondslag waarop de beperking gevestigd wordt. Tevens zullen wij hier artikel 2:349a lid 2 toetsen aan die specifieke vereisten om vervolgens een conclusie te trekken uit onze bevindingen.

Artikel 1 EP

Het doel van artikel 1 EP is het beschermen van een persoon tegen inbreuken op het ongestoord genot van zijn eigendomsrecht.⁵ Voor een volledig beeld van de beschermingsomvang van het artikel is het belangrijk te weten dat het EHRM het eigendomsbegrip verdragsautonoom uitlegt en hiermee gekomen is tot een ruime definitie. Zo valt bijvoorbeeld niet alleen het aandeel in het kapitaal van een vennootschap als zodanig, maar ook het aan dat aandeel verbonden stemrecht onder het begrip.⁶ Het EHRM leest in artikel 1 EP twee beperkingsmodaliteiten, te weten de ontneming van eigendom en de regulering van eigendom.⁷ Voor onze bijdrage is dit onderscheid echter niet van belang omdat ten aanzien van de voldoende deugdelijke wettelijke grondslag (de kern van onze bijdrage) exact dezelfde specifieke vereisten bij beide soorten beperkingen gelden.⁸

Of een beperking op artikel 1 EP rechtmatig is, wordt getoetst aan de hand van een drietal voorwaarden. De eerste voorwaarde, te weten de voldoende deugdelijke wettelijke grondslag, behandelen wij uitvoerig in de volgende paragraaf.⁹ De overige twee voorwaarden zullen wij hier kort behandelen.

Of de beperking een algemeen belang dient, toetst het EHRM marginaal.¹⁰ Dit is begrijpelijk aangezien het primair de lidstaten zijn die bepalen wat als algemeen belang aangemerkt moet worden. Doorgaans neemt het EHRM dan ook aan dat er een gerechtvaardigd algemeen belang ten grondslag ligt aan een beperking.¹¹ Als derde voorwaarde heeft te gelden dat een beperking proportioneel dient te zijn. Een beperking is proportioneel wanneer er een behoorlijk evenwicht is tussen de eisen van het algemeen belang van de samenleving en de bescherming van de fundamentele rechten van het indi-

vidu. Bij deze beoordeling kan het meewegen of de persoon ten aanzien van wie de beperking geldt compensatie heeft gekregen voor de afbreuk die gedaan wordt aan zijn beschermde recht. Het ontbreken van compensatie impliceert overigens niet in alle gevallen een inbreuk op artikel 1 EP.¹²

“Of de beperking een algemeen belang dient, toetst het EHRM marginaal”

Is artikel 2:349a lid 2 BW een voldoende deugdelijke wettelijke grondslag?

Als laatste en belangrijkste voorwaarde stelt het EHRM dat de beperking gegrondvest moet zijn op een voldoende deugdelijke wettelijke grondslag.¹³ Of een wettelijke grondslag als voldoende deugdelijk aangemerkt kan worden moet volgens het EHRM beoordeeld worden aan de hand van drie specifieke vereisten:¹⁴

- » voldoende kenbaarheid;
- » voldoende precisie;
- » voldoende voorzienbaarheid.

Barkhuysen, Van Emmerik & Ploeger noemen hiernaast nog als afzonderlijke vereisten dat de beperking niet in strijd mag komen met het rechtszekerheidsbeginsel en dat de beperking geen overtreding van het verbod van willekeur mag opleveren.¹⁵ Wij zijn van mening dat het rechtszekerheidsbeginsel dusdanig vervlochten is met de vereisten van een voldoende kenbare, precies geformuleerde en voorzienbare wettelijke grondslag dat dit niet als afzonderlijk vereiste kan worden beschouwd. Het verbod van willekeur moet onzes inziens worden geschaard onder de toetsing van het algemeen belang, daar dit ziet op de afweging van belangen en het maken van een feitenkwalificatie. Dit wordt, zoals wij onder 2 opgemerkt hebben, door het EHRM marginaal getoetst. Wij zullen artikel 2:349a lid 2 BW dan ook enkel toetsen aan de door ons hierboven opgesomde specifieke vereisten die het EHRM hanteert.

Voldoende kenbaarheid

Men kan spreken van voldoende kenbaarheid van de wettelijke grondslag wanneer een ieder in de gelegenheid is de inhoud van de norm die geldt te kennen.¹⁶ Het EHRM accepteert dat ook jurisprudentie kan gelden als voldoende kenbare wettelijke grondslag.¹⁷ Wij begrijpen dit zo dat ook de mogelijkheid bestaat dat een norm waarvan de inhoud zich aanvankelijk laat raden, later door gepubliceerde jurisprudentie wel kenbaar wordt. Van belang is of in de praktijk de gehanteerde wijze van publicatie tot kenbaarheid leidt.¹⁸ Indien geen formele publicatie heeft plaatsgevonden hoeft enkel feitelijk beoordeeld te worden of de gehanteerde wijze ertoe heeft geleid dat een ieder in de gelegenheid is de norm te kennen. Nu artikel 2:349a lid 2 BW is gepubliceerd en vanaf 1 januari 1994 in werking is getreden is vanaf die datum de wettelijke grondslag aanwezig en eveneens kenbaar geworden.¹⁹

Als men naar artikel 2:349a lid 2 BW sec kijkt ziet men enkel een bevoegdheidsgrondslag van de OK om onmiddellijke voorzieningen te bevelen indien dit nodig is in verband met de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek. Daarnaast moeten de belangen van de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken het bevelen van een onmiddellijke voorziening vereisen. De Hoge Raad heeft hierover reeds gezegd dat de bevoegdheid van de OK strekt tot het treffen van ordemaatregelen.²⁰ Daarnaast wordt in de praktijk de onmiddellijke voorziening veelvuldig gebruikt en komt daardoor informatie over de meer specifieke gebruikmaking van de bevoegdheidsgrondslag in kenbare jurisprudentie terecht.²¹ De wettelijke grondslag van de onmiddellijke voorziening is onzes inziens daarmee voldoende kenbaar.

12. P. van Dijk e.a., *Theory and practise of the European Convention on human rights*, Antwerpen, Oxford: Intersentia 2006, p. 880.

13. Zie o.a. EHRM 25 maart 1999, 31107/96, JB 1999, 163 m.nt. AWH (*Iatridis vs. Greece*).

14. EHRM 8 november 2005, 4251/02 (*Saliba vs. Malta*).

15. T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & H.D. Ploeger, 'De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht', Preadviezen voor de vereniging voor burgerlijk recht, Deventer: Kluwer 2005, p.62.

16. EHRM 26 april 1979, 6538/74, NJ 1980, 146 m.nt. Alkema (*Sunday Times vs. United Kingdom*).

17. EHRM 9 november 1999, 26449/95, EHRC 1999/8 m.nt. Heringa (*Spacek vs. Czech Republic*).

18. Y. Haecck & J. vande Lanotte, *Handboek EVRM, deel 2*, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 356.

19. *Stb.* 1993, 597.

20. HR 14 september 2007, JOR 2007, 238 m.nt. Bartman onder JOR 2007, 239 (*Versatel*).

21. Zie voor een overzicht van jurisprudentie hierover: A.J.P. Schild, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht* (diss. Leiden University), Deventer: Kluwer 2012, p. 156.

Voldoende precisie

In het licht van het legaliteitsbeginsel en de rechtszekerheid is het van belang dat de wettelijke grondslag waarop de beperking gevestigd wordt voldoende precies is geformuleerd. Als de norm te vaag geformuleerd is, kan de benadeelde van tevoren geen rekening houden met een eventuele beperking. Hoewel zekerheid gewenst is, zijn vage normen onvermijdelijk. De rechter mag een discretionaire bevoegdheid hebben hetgeen bij de onmiddellijke voorziening dan ook het geval is. Het EHRM eist dat een discretionaire bevoegdheid een norm behelst die de reikwijdte van de bevoegdheid aangeeft.²² Met andere woorden, de norm moet een zekere bandbreedte bevatten waarbinnen de rechter moet blijven. Deze bandbreedte moet zodanig precies geformuleerd zijn dat de justitiabele zijn gedrag hierop kan aanpassen. Degene wiens recht beschermd wordt moet in staat zijn – zo nodig met behulp van professioneel advies – om, redelijkerwijs gezien de omstandigheden van het geval, de gevolgen van zijn handelen te overzien.²³ Het EHRM heeft verdere nuancering aangebracht door te overwegen dat het onmogelijk is om absolute zekerheid te verkrijgen over het bereik van een discretionaire bevoegdheid omdat dit zou leiden tot excessieve rigiditeit van de wet.²⁴

22. EHRM 25 maart 1983, 947/72 (*Silver and Others vs. United Kingdom*).

23. EHRM 26 april 1979, 6538/74, NJ 1980, 146 m.nt. Alkema (*Sunday Times vs. United Kingdom*).

24. EHRM 25 maart 1983, 947/72 (*Silver and Others vs. United Kingdom*).

“Hoewel zekerheid gewenst is, zijn vage normen onvermijdelijk”

Kan men nu zeggen dat artikel 2:349a lid 2 BW een voldoende precies geformuleerde wettelijke grondslag is? De wettelijke grondslag zelf is – zoals onder 3.a gezegd – enkel een bevoegdheidsgrondslag die weinig houvast biedt. Toch is naar onze mening voldoende precies de bandbreedte van de discretionaire bevoegdheid bepaald. De OK moet zich namelijk bij het bevelen van een onmiddellijke voorziening beperken tot datgene waar partijen om vragen en zij mag de voorziening ook enkel bevelen indien dat gelet op de belangen van de rechtspersoon en de daarbij betrokken personen noodzakelijk is. Verder mag de OK enkel voorzieningen treffen die tijdelijk van aard zijn, zij het eventueel met onomkeerbare gevolgen.²⁵ Valt binnen de bandbreedte ook de mogelijkheid van een onmiddellijke voorziening die inbreuk maakt op artikel 1 EP, zodat een betrokkene redelijkerwijs kan voorzien dat zijn recht op ongestoord genot van eigendom kan worden beperkt door de OK? Verondersteld wordt dat elke deelnemer aan het rechtsverkeer een zeker redelijkheidsbesef heeft,²⁶ waardoor hij kan voorzien dat de belangen van derden (denk hierbij aan het vennootschappelijk belang met haar deelbelangen) gezien de omstandigheden van het geval nopen tot het beperken van zijn recht op ongestoord genot van eigendom. Dit redelijkheidsbesef wordt ingekleurd door het zogenaamde Rijnlands model dat ons vennootschapsrecht vormgeeft. Tenslotte verdient het opmerking dat de voldoende precisie zeer marginaal getoetst wordt door het EHRM en de wettelijke grondslag daardoor al snel voldoende precies geformuleerd is.²⁷ Geconcludeerd kan aldus worden dat de norm voldoende precies geformuleerd is en dat een betrokkene – gelet op de insteek van ons vennootschapsrecht – kan verwachten dat onder omstandigheden inbreuk kan worden gemaakt op zijn recht op ongestoord genot van eigendom.

25. HR 19 oktober 2001, JOR 2002, 5 m.nt. Van den Ingh (*SkyGate*).

26. A.J.P. Schild, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht* (diss. Leiden University), Deventer: Kluwer 2012, p. 159.

27. EHRM 9 november 1999, 26449/95, EHRC 1999/8 m.nt. Heringa (*Spacek vs. Tsjechië*).

28. A.J.P. Schild, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht* (diss. Leiden University), Deventer: Kluwer 2012, p. 129.

Voldoende voorzienbaarheid

Uitgangspunt bij deze eis is – zoals Schild dat samenvat – dat wettelijke bevoegdheden die op een geheel onverwachte manier kunnen worden aangewend en uitgeoefend een reële wettelijke grondslag ontberen.²⁸ Dit toont veel verwantschap met het vorige vereiste. Het betreft namelijk de voorzienbaarheid van de uitoefening van de norm. Het verschil is dat het vorige vereiste ziet op de voorzienbaarheid van de uitoefening van de norm gelet op de formulering daarvan, terwijl dit vereiste ziet op de voorzienbaarheid van de uitoefening van de norm gelet op precedenten. Hier kan volgens ons de vraag gesteld worden of een bestendige lijn in de jurisprudentie valt te ontdekken met betrekking tot de uitoefening van artikel 2:349a lid 2 BW en of het in die lijn ligt dat inbreuk kan worden gemaakt op artikel 1 EP. Aller-

eerst kan wat die lijn betreft worden gewezen op de SkyGate-zaak, waarin het stemrecht van de grootaandeelhouder in de algemene vergadering van aandeelhouders werd geschorst en het bestuur bevoegd werd gemaakt te besluiten over een aandelenemissie. Het gevolg hiervan was dat de meerderheidsaandeelhouder (de moeder vennootschap) haar belang zag verwateren tot een minderheidsbelang. Hoewel toen geen beroep is gedaan op artikel 1 EP kan dit ook worden gezien als een inbreuk op het recht van ongestoord genot van eigendom. Reeds in 2001 is deze voorziening van de OK door de Hoge Raad geaccepteerd. Beslissend hiervoor was dat de omstandigheden van het geval, namelijk een dreigend faillissement indien de vennootschap niet werd geherfinancierd, een dergelijke voorziening noodzakelijk maakten en een minder ingrijpende voorziening niet effectief zou zijn geweest.²⁹ Voorts kunnen genoemd worden de arresten van de Hoge Raad inzake DSM en Versatel,³⁰ waarin de Hoge Raad accepteerde dat bij wijze van onmiddellijke voorziening door de OK stemverboden werden

29. HR 19 oktober 2001, *JOR* 2002, 5 m.nt. Van den Ingh (*SkyGate*).

30. HR 14 december 2007, *JOR* 2008, 11 (*DSM*), HR 14 september 2007, *JOR* 2007, 238 m.nt. Bartman onder *JOR* 2007, 239 (*Versatel*).

“Hoewel toen geen beroep is gedaan op artikel 1 EP kan dit ook worden gezien als een inbreuk op het recht van ongestoord genot van eigendom”

opgelegd aan de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: AVA). Het Versatel-arrest is met name interessant omdat de Hoge Raad hierin accepteert dat de OK met haar onmiddellijke voorziening af kan wijken van dwingend recht. Tenslotte kan nog worden gewezen op stemverboden voor de AVA bij wijze van onmiddellijke voorziening bevolen door de OK waartegen niet is gecasseerd.³¹ Het lijkt ons – gezien de talrijk aanwezige precedents – veilig om aan te nemen dat het voorzienbaar is dat door middel van artikel 2:349a lid 2 BW inbreuk kan worden gemaakt op artikel 1 EP. Wat na een analyse van de jurisprudentie blijkt is dat een dreigend faillissement van de vennootschap een belangrijke omstandigheid wordt gevonden.³² In het Rijnlands model is het sneller wenselijk dat het eigendomsbelang van de aandeelhouder wijkt voor de belangen van andere stakeholders zoals werknemers en crediteuren om noodzaakfinanciering mogelijk te maken. In een Angelsaksisch model zal volgens ons de toets van voorzienbaarheid anders uitvallen omdat daar het aandeelhoudersbelang meer centraal staat.

31. Zie OK 22 februari 2002, *JOR* 2002, 63 (*RNA*), OK 25 maart 2003, *JOR* 2003, 109 m.nt. Josephus Jitta (*Getronics*) en OK 17 januari 2007, *JOR* 2007, 42 m.nt. Blanco Fernández (*Stork*).

32. Zie bijv.: HR 19 oktober 2001, *JOR* 2002, 5 m.nt. Van den Ingh (*SkyGate*), OK 15 november 2001, *JOR* 2002, 6 m.nt. Josephus Jitta (*Decidewise*), Hof Amsterdam 25 april 2002, *JOR* 2002, 128 (*GorillaPark*) en OK 29 mei 2009, *JOR* 2009, 319 m.nt. Doorman (*Triple E*).

Conclusie

Wij hebben geprobeerd te beoordelen of artikel 2:349a lid 2 BW kan gelden als voldoende deugdelijke wettelijke grondslag om een beperking van artikel 1 EP op te vestigen. Hiertoe hebben wij eerst kort de inhoud van artikel 1 EP en de overige twee voorwaarden voor een beperking besproken. Daarna hebben wij de specifieke vereisten die het EHRM stelt aan de wettelijke grondslag behandeld en gekeken of artikel 2:349a lid 2 BW aan deze vereisten voldoet. Wij zijn tot de conclusie gekomen dat het artikel als wettelijke grondslag voldoende kenbaar en voldoende precies geformuleerd is. Hoewel de norm zelf weinig concreet is, is met name gelet op ons Rijnlands model de ruime toepassing van de norm voorzienbaar. Tenslotte is aan de voorzienbaarheid van een beperking van artikel 1 EP door middel van de toepassing van artikel 2:349a lid 2 BW in ieder geval voldaan als sprake is van een noodzaakfinanciering. Indien enkel andere omstandigheden aan de orde zijn zal de OK strenger moeten toetsen of de beperking binnen de door de norm gestelde bandbreedte valt en of de beperking gelet op de omstandigheden van het geval voorzienbaar is. ●



NSO EQUES

Heb jij een grote interesse in ondernemingsgericht recht? Word dan associate bij NSO Eques!

Deze inhoudelijke activiteiten staan nu al op de planning:

29 september

Current Affaires
met Ruud Dekker,
curator van Roger Lips

Vastgoedman Roger 'The Fugitive' Lips
gearresteerd in Dubai



2 oktober

Kantoorbezoek
Loyens&Loeff

5 november

Kantoorbezoek
Rabobank

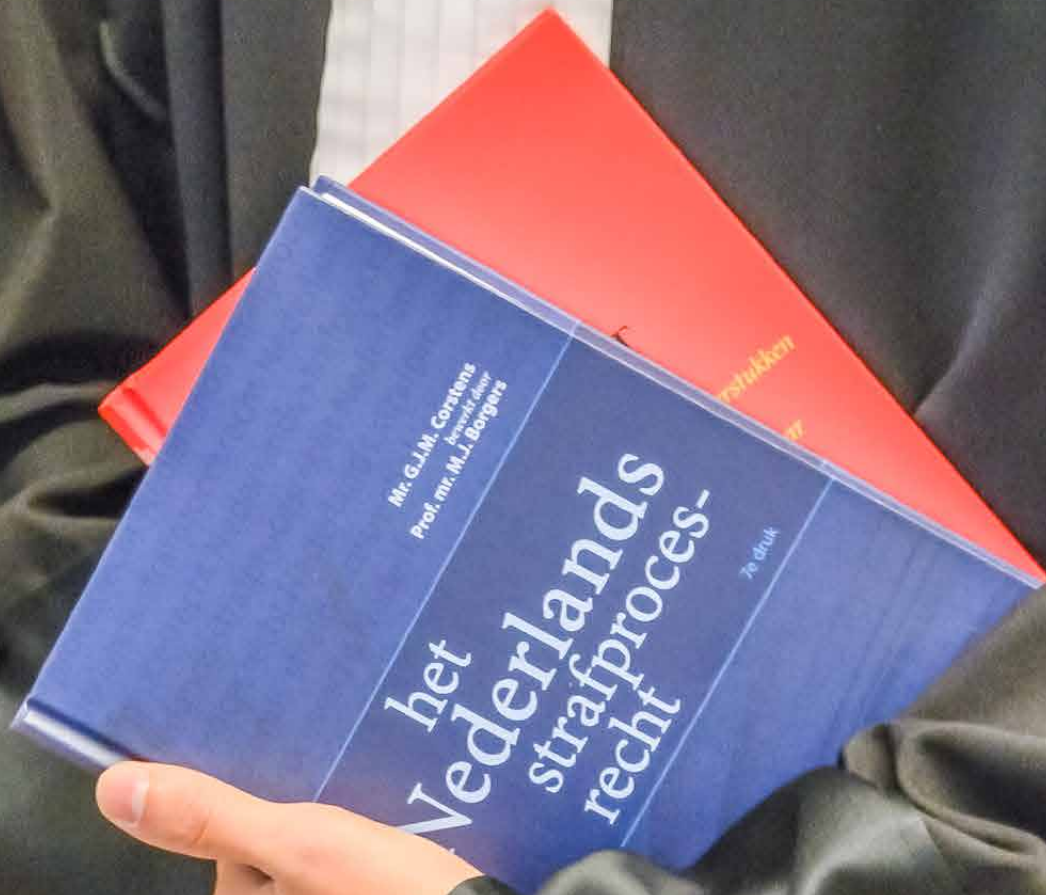


Houd voor meer informatie onze site en Facebookpagina goed in de gaten. Aanmelden voor deze activiteiten en als associate is gratis en kan via www.equesnijmegen.nl



Nick van Gelder

N. van Gelder is masterstudent Strafrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.



De levenslange gevangenisstraf; het einde nabij

De levenslange gevangenisstraf heeft de afgelopen jaren veel stof doen opwaaien en zal dat komende tijd hoogstwaarschijnlijk blijven doen. Al jarenlang verzetten rechterlijke instanties, instituties en andere organisaties zich tegen de Nederlandse wijze van tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf, die daadwerkelijk inhoudt dat de daartoe veroordeelde zijn gehele leven vast blijft zitten. De politiek was daar tot voor kort duidelijk over: levenslang is levenslang. Recentelijk lijkt daar echter een kentering in te zijn gekomen. De kwestie is hoe dan ook urgent. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens zit Nederland op de hielen en recentelijk pleegde Lau Geeraets, daags na de uitspraak waarbij hij tot levenslang werd veroordeeld, zelfmoord.

Allereerst zal ik kort de geschiedenis van de levenslange straf aanstippen met daarbij enige cijfers met betrekking tot de oplegging ervan. Daarna zal ik de juridische bezwaren die vanuit verschillende hoeken naar voren wordt gebracht, bespreken. Daarbij zal ik ingaan op de juridische mogelijkheden die de tot levenslang veroordeelde ter beschikking staan om vervroegd vrij te komen. Ik sluit in de conclusie af met een blik op wat de (nabije) toekomst in dit kader waarschijnlijk zal brengen.

De geschiedenis en de cijfers

De levenslange gevangenisstraf deed – bij de Nederlandse wetgever althans – zijn intrede in het jaar 1870, ter vervanging van de omstreden doodstraf. De levenslange gevangenisstraf was toentertijd ook zeer omstreden.² Bij de grote wetswijziging van het Wetboek van Strafrecht van 1881 werd de levenslange gevangenisstraf gehandhaafd, al was het met 'bloedend hart', omdat de straf 'in beginsel niet deugt', aldus A. Modderman, de toenmalige Minister van Justitie.³ Daarna is discussie over de straf in relatief rustig vaarwater terechtgekomen, hetgeen met name kwam door de gratiëring van tot levenslang veroordeelden.

“De levenslange gevangenisstraf is gereserveerd voor de zwaarste delicten, waaronder moord, gekwalificeerde doodslag en enkele misdrijven genoemd in de Wet internationale misdrijven van 2003”

De levenslange gevangenisstraf is gereserveerd voor de zwaarste delicten, waaronder moord, gekwalificeerde doodslag en enkele misdrijven genoemd in de Wet internationale misdrijven van 2003. In de praktijk wordt de levenslange gevangenisstraf vrijwel uitsluitend opgelegd bij (meervoudige) moordzaken.⁴ Sinds de invoering van de levenslange gevangenisstraf in 1870 zijn 101 personen onherroepelijk tot de straf veroordeeld.⁵ Lau Geeraets, de laatste van de groep die tot levenslang is veroordeeld, heeft een dag na zijn veroordeling zelfmoord gepleegd.⁶ Of de zelfmoord het gevolg is van de oplegging van de levenslange gevangenisstraf is in zekere zin gissen, maar plausibel is het wel en dat maakt de kwestie van de levenslange gevangenisstraf in Nederland des te urgenter.

Tegen vijf verdachten die in eerste aanleg tot levenslang zijn veroordeeld, loopt momenteel het hoger beroep.⁷ Sinds de eeuwwisseling is een significant aantal (30) tot levenslang veroordeeld.⁸ Dit relatief grote aantal in de 21^{ste} eeuw maakt dat de levenslange gevangenisstraf extra kritisch tegen het daglicht moet worden gehouden.

1. Bij de inlijving van het Koninkrijk Holland bij het Franse Keizerrijk in 1810 heeft de levenslange gevangenisstraf twee jaar onderdeel uitgemaakt van het strafbestel.

2. *Handelingen II 1869/70*, p. 1485.

3. H.J. Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht: volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 31.

4. M. van Wely, *Levenslang! De straf en de daders*, Meppel: Just Publishers 2013, p. 152 e.v.

5. Personen die voor delicten begaan tijdens de Tweede Wereldoorlog tot de levenslange gevangenisstraf zijn veroordeeld zijn niet meegenomen. Zie www.forumlevenslang.nl/wat-is-levenslang/juridisch/nederlandse-rechtspraak/

6. <http://nos.nl/artikel/2032170-justitie-bevestigt-zelfmoord-in-cel-van-lau-geeraets.html>

7. Het gaat om drie verdachten in het liquidatieproces 'Passage' en twee verdachten van een dubbele liquidatie in de Staatsliedenbuurt in Amsterdam.

8. De cijfers zijn grotendeels afkomstig uit het boek van M. van Wely. Voor het overige is rechtspraak.nl geraadpleegd. Een deel van die 30 veroordelingen is overigens (nog) niet onherroepelijk.

Bezwaren

Verbazingwekkend is het dan ook niet dat er vanuit diverse hoeken, al dan niet formeel bij de sanctie betrokken, kritiek klinkt op de Nederlandse tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf. De juridische bezwaren – andere niet-juridische bezwaren blijven buiten beschouwing – zijn voornamelijk gebaseerd op artikel 3 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) en artikel 5 lid 4 van het EVRM. Artikel 3 houdt in dat niemand aan foltering of aan onmenselijke of vernederende behandelingen dan wel bestraffingen mag worden onderworpen. Artikel 5 lid 4 bepaalt dat degene die van zijn vrijheid is ontnomen, het recht heeft om de rechtmatigheid van die vrijheidsontneming door een rechter te laten toetsen. Voorts wordt artikel 2 lid 2 van de Penitentiaire beginselenwet – die het resocialisatiebeginsel inhoudt – in dit kader opgeworpen.

In 2008 is het 'Forum Levenslang' opgericht dat zich inzet voor een humane tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf door voorkoming van detentieschade en het bieden van een perspectief op invrijheidstelling. Hierbij zijn veel hoogleraren betrokken, waaronder de aan deze faculteit verbonden Vegter en Van Kempen. Ditzelfde forum heeft een wetsvoorstel opgesteld, dat uitgaat van een toetsing na ten minste twintig jaar detentie door het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden na een daartoe strekkend verzoek door het Openbaar Ministerie of de verdachte.⁹

Hoewel het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) thans nog niet over een Nederlandse zaak in het kader van de levenslange gevangenisstraf heeft hoeven oordelen¹⁰, zijn enkele uitspraken dienaangaande ten aanzien van andere landen van belang. Het EHRM heeft meerdere malen ten aanzien van andere landen moeten oordelen over de conformiteit van de levenslange gevangenisstraf – zoals die in het desbetreffende land wordt opgelegd en uitgevoerd – met de artikelen 3 en 5 van het EVRM.

“De levenslange gevangenisstraf kan vrijelijk worden opgelegd en is op zichzelf niet in strijd met artikel 3 EVRM”

Een belangrijk arrest aangaande de levenslange gevangenisstraf is de in 2013 gewezen uitspraak *Vinter* tegen het Verenigd Koninkrijk.¹¹ Ten aanzien van artikel 3 EVRM, wat inhoudt dat niemand aan foltering of aan onmenselijke of vernederende behandelingen dan wel bestraffingen mag worden onderworpen, zet de Grote Kamer¹² allereerst een aantal algemene principes uiteen. Het is aan de staten zelf om een strafrechtelijk systeem te organiseren, inclusief vormen van (voorwaardelijke) vrijlating te regelen. Dit valt in principe buiten het bereik van de toets van het Europese Hof. De afwijkingen die bij de straf worden gemaakt behoren toe aan de rechtbanken van het desbetreffende land. Het komt een margin of appreciation toe. De levenslange gevangenisstraf kan vrijelijk worden opgelegd en is op zichzelf niet in strijd met artikel 3 EVRM.¹³ Ondanks dat kan een levenslange gevangenisstraf problemen opleveren met artikel 3 EVRM indien de straf niet verkortbaar (*irreducible*) is. Twee punten zijn hierbij van belang, aldus het Hof.¹⁴ Allereerst dat het feitelijk uitzitten van de volledige levenslange gevangenisstraf op zichzelf niet betekent dat de straf *irreducible* is. Het gaat erom dat de straf de jure en de facto verkortbaar is.

Ten tweede moet er *prospect of release* zijn, hetgeen aan de orde is als er *possibility of review* is voor de tot levenslang gestrafte. Een *prospect of release* houdt in dat de tot levenslang veroordeelde uitzicht op vrijlating moet hebben. Hij of zij moet dus reeds bij oplegging van de straf weten dat hij eventueel in de toekomst vrij kan komen. Dat uitzicht moet er zijn doordat er een *possibility of review* is: een mogelijke toets waarbij de noodzakelijkheid van de voortzetting van de straf opnieuw wordt beoordeeld. De vorm van de reviewmogelijkheid is aan de staat zelf, zolang die er maar is. Vervolgens gaat het Hof zeer uitgebreid in op de vraag waarom er een dergelijk uitzicht op vrijlating moet zijn. Dit volgt – kort gezegd – uit (niet direct

9. www.forumlevenslang.nl

10. Murray/Nederland ligt thans voor aan de Grote Kamer van het EHRM, maar dat betreft een tot levenslang gestrafte in Curaçao, waar ze een ander beleid kennen ten aanzien van de tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf.

11. EHRM 9 juli 2013, 66069/09, 130/10, 3896/10 (*Vinter e.a./V.K.*). De overwegingen in deze uitspraak zijn grotendeels gebaseerd op eerdere uitspraken, maar het Hof motiveert zeer uitgebreid in deze zaak.

12. Kwesties waar de Grote Kamer over oordeelt zijn doorgaans urgent. Zie art. 43 EVRM.

13. EHRM 9 juli 2013, 66069/09, 130/10, 3896/10 (*Vinter e.a./V.K.*), r.o. 104, 105 en 106.

14. EHRM 9 juli 2013, 66069/09, 130/10, 3896/10 (*Vinter e.a./V.K.*), r.o. 107.

bindende) internationale regelgeving en adviezen van toonaangevende internationale organisaties zoals de Verenigde Naties en het Europese Comité voor de Preventie van Foltering en Onmenselijke of Vernederende Behandeling of Bestrafing (CPT). Het EHRM komt vervolgens tot de volgende algemene conclusie:

“For the foregoing reasons, the Court considers that, in the context of a life sentence, Article 3 must be interpreted as requiring reducibility of the sentence, in the sense of a review which allows the domestic authorities to consider whether any changes in the life prisoner are so significant, and such progress towards rehabilitation has been made in the course of the sentence, as to mean that continued detention can no longer be justified on legitimate penological grounds.”

Er moet de levenslanggestrafte derhalve een reviewmechanisme ter beschikking staan dat beoordeelt of continuerende detentie op penologische gronden nog aan de orde is zodat de veroordeelde *uitzicht* heeft op vrijlating. De tot levenslang veroordeelde moet dus perspectief hebben. Een licht aan het einde van de tunnel. Deze toets moet niet slechts een (juridische) wassen neus blijken te zijn, het moet ook in de praktijk tot vrijlating kunnen leiden. Is de mogelijkheid tot review er niet, dan is de oplegging van de levenslange gevangenisstraf reeds bij oplegging in strijd met artikel 3 EVRM.

De vraag is dan ook of er in Nederland een reviewmechanisme is dat de tot levenslang gestrafte ter beschikking staat, zodat degene uitzicht heeft op vrijlating.

“De facto lijkt de situatie in Nederland dus niet Straatsburgproof te zijn”

In Nederland beschikt de levenslanggestrafte over twee (juridische) mogelijkheden. Allereerst kunnen de verdachten naar de burgerlijke rechter om de rechtmatigheid van de (verdere) tenuitvoerlegging te toetsen. Deze mogelijkheid is louter theoretisch, zo meende ook de Minister van Justitie in 2004.¹⁵ De tweede mogelijkheid betreft de gratie, die geregeld is in de Gratiwet. Gratie wordt op verzoek van de veroordeelde verleend door de Minister van Veiligheid en Justitie (hierna: V&J) nadat die het advies heeft ingewonnen van het OM en het gerecht dat de straf heeft opgelegd.¹⁶ Met name sub b van artikel 2 van de Gratiwet is van belang voor levenslang gestraften: gratie kan worden verleend indien aannemelijk is geworden dat met de verdere tenuitvoerlegging geen met strafrechtstoepassing na te streven doel in redelijkheid wordt gediend. Juridisch gezien voldoet deze voorziening dus aan de Straatsburgse jurisprudentie, maar kan dit in de praktijk ook tot vrijlating leiden? Het euvel zit hem erin dat de gratiebeslissing bij de Minister van V&J ligt en derhalve een politieke aangelegenheid is. Inmiddels is het 29 jaar geleden dat de laatste tot levenslang veroordeelde gratie heeft gekregen op inhoudelijke gronden.¹⁷ De facto lijkt de situatie in Nederland dus niet Straatsburgproof te zijn. Tot een veroordeling van Nederland voor het gevoerde beleid ten aanzien van levenslang gestraften zal het overigens niet snel komen. Het EHRM moet dan de conclusie trekken dat de straf de facto irreducibile is, hetgeen het Hof, gezien de terughoudende toetsing, niet snel zal doen.

Een andere rechterlijke instantie die direct betrokken is bij de tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf, is de Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (hierna: RSJ). In 2006 bracht de RSJ een advies uit over de levenslange gevangenisstraf zoals die in Nederland ten uitvoer wordt gelegd. Zij meent dat wet- en regelgeving ten aanzien van zowel de tenuitvoerlegging als de detentieomstandigheden waaronder de straf wordt ondergaan, aangepast dienen te worden. Een periodieke toetsing door een rechter verdient de voorkeur.¹⁸

15. *Aanhangsel Handelingen II* 2003/2004, nr. 1972, p. 4170.

16. Zie artikelen 2, 3 en 4 van de Gratiwet.

17. In 1986 kreeg Hans van Zon voor het laatst gratie op inhoudelijke gronden, sindsdien is het beleid ‘om’. Zie uitvoerig hierover W.F. van Hattum, ‘In de daad een mens. De gratieprocedure levenslanggestraften: departementaal beleid en magistratale toezicht, toen en nu’, *Delikt en Delinkwent* 2009, 24.

18. Advies RSJ 1 december 2006, *Levenslang, perspectief op verandering*, p. 15-16.

Recentelijk kwam daar een – wellicht baanbrekende¹⁹ – uitspraak van datzelfde instituut bij. Het ging om een verlofaanvraag van de in 1989 tot levenslang veroordeelde Loi Wah C.²⁰ Zijn verlofaanvraag werd door de Staatssecretaris op 1 september 2014 afgewezen, waartegen hij in beroep ging bij de beroepscommissie van de RSJ. De beroepscommissie komt tot het oordeel dat, gezien de EHRM-uitspraak Vinter en het resocialisatiebeginsel van artikel 2 lid 2 Penitentiaire beginselenwet, verlof onderdeel behoort uit te maken van zijn resocialisatie.²¹ Verlof in het kader van de resocialisatie heeft geen enkele zin als de tot levenslang veroordeelde niet op een later moment definitief in vrijheid kan worden gesteld. Deze uitspraak noopt dus tot eventuele gratiëring op het moment dat de veroordeelde daar klaar voor is.

Staatssecretaris Dijkhoff van V&J, de opvolger van dhr. Teeven, heeft naar aanleiding van vragen van Tweede Kamerlid Helder van de PVV gereageerd op de uitspraak van de RSJ.²² Hij blijft bij een reeds eerder aangenomen conclusie dat de Vinter-uitspraak 'geen consequenties [hoeft, NvG] te hebben voor de wijze waarop Nederland moet omgaan met levenslanggestraften'.²³ Wel zal hij uitvoering aan de uitspraak van de RSJ geven en C. dus 'in principe op structurele basis incidenteel verlof' toekennen. Voorts zal hij bezien of aanpassing van de tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf zou kunnen bijdragen aan de 'houdbaarheid ervan voor de rechter'. Hij zal hiervoor betrokken partijen raadplegen. Na de zomer zal de Staatssecretaris hieromtrent meer duidelijkheid geven.

19. Aldus de advocaat die de klager in deze zaak vertegenwoordigde. <http://www.rijnmond.nl/nieuws/20-05-2015/moordenaar-rotterdam-gezin-moet-op-verlof-kunnen>

20. HR 30 januari 1989, ECLI:NL:GHSGR:1989:1.

21. RSJ 19 mei 2015, 14/3242/GV.

22. *Aanhangsel Handelingen II* 2014/2015, nr. 2542.

23. Zie <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2013/09/25/bijlage-analyse-ehrm-9-juli-2013.html>

“Verlof in het kader van de resocialisatie heeft geen enkele zin als de tot levenslang veroordeelde niet op een later moment definitief in vrijheid kan worden gesteld”

Slot

De levenslange gevangenisstraf in Nederland staat onder druk. Niet in de minste plaats door de uitspraken van het EHRM en de RSJ. Die uitspraken zullen er hoe dan ook op termijn voor zorgen dat er ook daadwerkelijk een mogelijkheid bestaat dat de tot levenslang veroordeelde vervroegd vrij kan komen als de veroordeelde een dermate grote vooruitgang heeft geboekt in zijn resocialisatie. Ik vraag me echter af of de Staatssecretaris van V&J tot gratiëring op inhoudelijke gronden over zal gaan.

De uitspraak van de RSJ noopt hier niet direct toe. Slechts het verlenen van incidenteel verlof moet aan de orde zijn. Hoewel verlof er uiteindelijk toe dient om de gedetineerde te laten terugkeren in de maatschappij, verwacht ik dat het ministerie van V&J zich in de nabije toekomst in allerlei bochten zal wringen om te ontkomen aan hetgeen op termijn onvermijdelijk is; uitzicht op vrijlating voor de tot levenslang veroordeelde doordat er een reviemechanisme is dat inhoudelijk toetst op de vervroegde vrijlating.

Het is wellicht een te pessimistische gedachte, de Staatssecretaris kan na de zomer evenwel 'om' zijn wat betreft het gratiebeleid. Dit was de conclusie van het Forum Levenslang, die na de uitspraak van de RSJ tweette dat het levenslangbeleid om is.

Het is hoe dan ook een geruststellende gedachte dat het ministerie van V&J vroeg of laat het gratiebeleid ten aanzien van levenslanggestraften zal moeten aanpassen, of dit nu middels de gratieprocedure is of door middel van een gerechtelijke toets na een bepaalde termijn. De uitspraak van het EHRM noopt hier simpelweg toe. De vraag is alleen wannéer dit zal gebeuren. ●



INTERESSE IN HET STRAFRECHT?

N.C.S.V. Dr. Nico Muller is dé studievereniging te Nijmegen die zich specifiek richt op het gebied van de criminologie en het strafrecht.

voor slechts € 12,50 per jaar

ontmoet jij de beste en bekendste advocaten
ga jij zelf schieten bij de schietsportvereniging
kan jij mee op een geweldige studiereis
ga jij naar leuke en informatieve activiteiten
ontvang jij het verenigingsblad 'het Strafblad'

LID WORDEN?

Stuur een e-mail naar ***info@DrNicoMuller.nl*** of
meld je aan via de website.

Website:
www.DrNicoMuller.nl

Facebook:
NCSV Dr. Nico Muller

Adverteren in Actioma is investeren in kennis.

Actioma is het grootste juridische faculteitsblad van Nederland. Alle Nijmeegse rechtenstudenten en faculteitsmedewerkers krijgen het ieder kwartaal toegestuurd. Het blad is gratis voor abonnees en daarom afhankelijk van financiële steun uit de juridische wereld.

Uw bijdrage aan ons blad maakt onze bijdrage aan uw toekomst mogelijk.

Neem voor meer informatie contact op met
Christiaan van der Meer via:

info@actioma.eu of 06 11 72 47 35

