

Actioma

Now with international section!

De *reserve*bestuursrechter. De burgerlijke rechter in de wonderlijke wereld van het appellabel besluit

Raymond Schlössels



Auteursrecht en het downloadgedrag op internet
Dorothe Melchers

Van hobby tot bron van inkomen
Michelle Sangers

Kosten huurder of kosten verhuurder?
Voor wie zijn de bemiddelingskosten bij de huur van woonruimte?
Kirsten Looijschilder

Contact

Stichting Nijmeegs
Juridisch Faculteitsblad
Montessorilaan 10
6525 HR NIJMEGEN

Correspondentieadres

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

Bestuur / Redactie

Ramon Vastmans (voorzitter)
José Teekman (penningmeester)
Hilde Cornelese (secretaris)

Redactieraad

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

Raad van Toezicht

Arjen Peters (faculteitsdirecteur)
prof. mr. Steven Bartels (decaan)
Jeroen Meijer
Christiaan van der Meer
Irene Theunisse

Ontwerp

Julius van der Vaart

Druk

GLD Grafimedia, Arnhem

Oplage

2600

ISSN

1380-7129

Abonnement

Gratis op aanvraag
(excl. verzendkosten).
Stuur een e-mail naar:
info@actioma.eu

Adverteren?

Neem contact op met José
Teekman via info@actioma.eu

Woord vooraf

Voor je ligt alweer de laatste Actioma van het collegejaar. Het einde van het collegejaar kenmerkt zich mede door bittere tegenstrijdigheden. De ene student is al klaar en geniet van zijn vakantie, de andere heeft nog een aantal tentamens voor de boeg. Het weer is mooi en zomerse tafereelen lonken, maar de rechtenbieb zit tot de nok gevuld. Een mooie tijd van het jaar om ons faculteitsblad te doen beginnen met de bijdrage van professor Raymond Schlössels, die zijn licht werpt op een (ogenschijnlijke) tegenstrijdigheid in de bestuursrechtsbescherming: de burgerlijke rechter als reservebestuursrechter.

Dorothe Melchers, docent IE-recht aan onze faculteit, schrijft over een tegenstrijdigheid tussen de juridische normen die het auteursrecht stelt en de werkelijkheid van ons downloadgedrag. In 2014 bleek dat Nederland – eigenlijk al jaren – Europese wetgeving over de thuiskopiëren (waaronder downloaden) verkeerd toepaste. Het kabinet kondigde een 'downloadverbod' af. Desondanks downloaden ook rechtenstudenten echter steeds uit legale bron. Hoe staat het er nu voor?

Waar ligt de grens van het tegenstrijdige? Wanneer is enerzijds nog sprake van een leuke hobby en wanneer slaat dat anderzijds om naar een belastbare inkomenspost? Dat heeft derdejaars bachelorstudente Michelle Sangers voor je uitgezocht. Een handig artikel voor de bijklussende rechtenstudent annex hobbyist!

In het huurrecht worden kwalificatievragen ook veelvuldig gesteld. Alumnus van onze faculteit, mr. Kirsten Looijschilder, buigt zich over het populaire onderwerp van bemiddelingskosten. Menig op kamers wonende (rechten) student heeft hiermee te kampen of te kampen gehad. Het thema is de afgelopen jaren ook veelvuldig in de media belicht; er is zelfs een wetswijziging ophanden. Looijschilder legt op heldere wijze uit wanneer de kosten voor rekening van de huurder of juist de verhuurder komen.

In the international section of this Actioma students André Cheng and Najib Zamani look into the power structure of the European Union. A very relevant topic in these times of growing distrust of European citizens. Questions on the seemingly imbalanced power of EU-institutions compared to that of national governments and parliaments are raised more and more often. In their research, Cheng and Zamani focus on said EU-institutions and ask themselves whether their democratic deficit justify the current concerns of our citizens.

De Nootendop is deze uitgave verzorgd door masterstudent Peter Hoefnagels. In het door hem geannoteerde ondernemingsrechtelijke kort geding staat een kernachtige vraag centraal. Namelijk: heeft een verbintenissenrechtelijke overeenkomst 'vennootschapsrechtelijke werking'? Kunnen persoonlijke rechten met andere woorden 'absoluut' doordringen in het bestel van de vennootschap?

In eerdere columns stond de wens naar meer aandacht voor metajuridica en schrijfvaardigheid centraal. Van de hand van onze columnist verschijnt nu een stukje over de rol van empathisch vermogen in de Nijmeegse rechtenstudie. Met een aantal voorbeelden en tegenstellingen geeft 'Van Grunswick-Eijckaert' wat extra stof tot denken voor in de vakantie. Over vakantie gesproken: de gelukkigen onder ons wens ik – naast veel leesplezier – een geweldige rusttijd toe. De minder gelukkigen hebben gelukkig deze Actioma, mijn empathische medeleven en mijn succeswens voor de nog resterende tentamens.

Ramon Vastmans, *hoofdredacteur*

In dit nummer

- ONDERZOEK** **Raymond Schlössels** 5
De reservebestuursrechter. De burgerlijke rechter in de wonderlijke wereld rond het appellabel besluit
- ONDERZOEK** **Dorothe Melchers** 17
Auteursrecht en het downloadgedrag op internet
- ONDERZOEK** **Michelle Sangers** 21
Van hobby tot bron van inkomen
- ALUMNI** **Kirsten Looijschilder** 26
Kosten huurder of kosten verhuurder? Voor wie zijn de bemiddelingskosten bij de huur van woonruimte?
- INTERNATIONAL** **André Cheng & Najib Zamani** 33
The power of Brussels: fact or myth?
- NOOTENDOP** **Peter Hoefnagels** 38
Noot onder Rb. Midden Nederland (vzr.)
31 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5677
- COLUMN** **Läfchen van Grunswick-Eijckaert** 42
Opmerking verdient... empathisch vermogen



Raymond Schlössels

Prof. mr. R.J.N. Schlössels is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en kantooradviseur bij Nysingh Advocaten

ONDERZOEK

De reservebestuursrechter

De burgerlijke rechter in de wonderlijke wereld rond het appellabel besluit

1. Inleiding

Op 17 december 2015 verscheen een fraaie bundel¹ ter gelegenheid van het eeuwfeest van het beroemde arrest Noordwijkerhout/Guldemond (1915).² In dit arrest oarmde de Hoge Raad als burgerlijke én als 'algemene' rechter definitief zijn fameuze objectum litisleer. Op basis van deze *bevoegdheidsleer* kan de burgerlijke rechter kennis nemen van vrijwel ieder geschil, óók tussen overheid en burger en tussen overheden onderling, zodra de schending van een burgerlijk recht wordt *gesteld*. De inhoudelijke aard van een geschil (het zgn. 'fundamentum petendi') is niet bepalend. De Guldemondleer stelt de burgerlijke rechter in staat om in talrijke bestuursrechtelijke geschillen aanvullende rechtsbescherming te bieden. Een waardevolle leer dus, maar uiteindelijk gebaseerd op een klein leugentje (een geschil *is* burgerrechtelijk zodra dat wordt *gesteld*), allemaal in het belang van een effectieve rechtsbescherming.

1. *De burgerlijke rechter in het publiekrecht* (R.J.N. Schlössels, R.J.B. Schutgens, J.A.F. Peters, M.W.C. Feteris, G.Snijders & L.A.D. Keus red.), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

2. HR 31 december 1915, *NJ* 1916, p. 407 (Noordwijkerhout/Guldemond). Het arrest wordt meestal aangehaald als Guldemond/Noordwijkerhout).

3. HR 25 februari 1949, *NJ* 1949/558 (Doetinchem).

4. Zie bijv. HR 19 december 1952, *NJ* 1953/642 m.nt. Ph.A.N.H. (Voorste Stroom VII).

5. Zie R.J.N. Schlössels, 'Loeff versus Struycken: wie had gelijk?', *Canon van het recht* deel 17, *Ars Aequi* 2009 nr. 10, p. 686-690.

Veel bestuursrechtelijke leerstukken zijn zo (mede) door de Hoge Raad ontwikkeld (bijv. de marginale toetsing van discretie³, de beginselen van behoorlijk bestuur en het leerstuk van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad⁴). Maar dit was allemaal niet gepland. Het betreden door de burgerlijke rechter van bestuursrechtelijk terrein was uit pure nood geboren. Noordwijkerhout/Guldemond werd gewezen op een tijdstip waarop duidelijk was dat de komst van algemene bestuursrechtspraak in Nederland nog lang op zich zou laten wachten. Bestuursrechtspraak was omstreden.⁵ Ook toen in de twintigste eeuw bestuursrechtvaarders vaste voet aan de grond kregen moest de burgerlijke rechter blijven bijspringen. De beperkte rechtsmacht en uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechtvaarders maakten dit onvermijdelijk.

"Het betreden door de burgerlijke rechter van bestuursrechtelijk terrein was uit pure nood geboren. Noordwijkerhout/Guldemond werd gewezen op een tijdstip waarop duidelijk was dat de komst van algemene bestuursrechtspraak in Nederland nog lang op zich zou laten wachten"

In deze bijdrage staat de wonderlijke positie van de burgerlijke rechter binnen het stelsel van bestuursrechtspraak centraal. Hierbij komen *drie beruchte knelpunten* in beeld: de rechtsbescherming tegen algemeen verbindende voorschriften (par. 4.1), tegen 'connexe' feitelijke voorbereidingshandelingen (par. 4.2) en de rechtsbescherming in de sfeer van bevoegdenovereenkomsten (par. 4.3). De bijdrage wordt afgesloten met een blik op de toekomst. Maar eerst gaat aandacht uit naar twee kernbegrippen: 'bestuursrechtspraak' en 'bestuursrechter' (par. 2).

2. Bestuursrechtspraak en bestuursrechter: Wie is wie?

Het zou zo logisch zijn: de bestuursrechter biedt rechtsbescherming in *alle* bestuursrechtelijke geschillen. De burgerlijke rechter doet dat in privaatrechtelijke geschillen (en de strafrechter in strafrechtelijke). Maar de werkelijkheid is weerbarstig en niet in lijn met dit uitgangspunt. Overigens zijn systematisch fraaie oplossingen niet altijd praktisch. En de Nederlandse rechtscultuur is nu eenmaal praktisch. Wij zijn – anders dan bijv. de Duitsers – geen kampioen 'systemen' bouwen.

In praktijk biedt de Nederlandse bestuursrechter⁶ alleen rechtsbescherming in *bepaalde* bestuursrechtelijke geschillen. Dit inzicht leidt direct tot een aantal begripsmatige vragen: Wanneer is een rechter een bestuursrechter? Wat is bestuursrechtspraak? En last – but not least – wanneer is een geschil naar zijn aard 'bestuursrechtelijk' (en over *welke* bestuursrechtelijke geschillen oordeelt dan de bestuursrechter)?

6. Een wat verhullend begrip omdat we in Nederland *verschillende* bestuursrechtvaarders kennen. Maar voor het doel van deze tekst volstaat dit.

Rechtstelsels – waaronder het Franse en Duitse – die de bevoegdheid van de bestuursrechter afhankelijk maken van de vraag of een geschil naar zijn *inhoud* bestuursrechtelijk van aard is (dus een volle ‘fundamentum petendi’-benadering) maken het zich niet gemakkelijk. Maar het is mogelijk.⁷ Wel zal de rechter dan met betrekking tot veel geschillen de magische grens tussen publiek- en privaatrecht moeten afbakenen. Hierbij moet hij zich bedienen van materiële indicatoren die iets zeggen over de aard van het publiekrecht: handelen in het algemeen belang, het uitoefenen van een publieke taak of het beschikken over openbaar gezag. Op veel punten moeten knopen worden doorgehakt. Is bijvoorbeeld een geschil over een overeenkomst waarbij de gemeente met een vereniging van horecaondernemers afspraken maakt over de inrichting en het gebruik van de markt (een openbare plaats) privaatrechtelijk van aard of bestuursrechtelijk? En hoe zit het met de brandweer die tijdens bluswerkzaamheden (een publieke taak) per ongeluk schade toebrengt aan een geparkeerde auto?

7. Vgl. R.J.N. Schlössels, *Het besluitbegrip en de draad van Ariadne. Enige beschouwingen over de rechtsmacht van de bestuursrechter* (oratie Nijmegen), Den Haag: BJu 2003 en Ch.W. Backes, *Suum Cuique? Enkele opmerkingen over de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter* (oratie Maastricht), Den Haag: BJu 2009.

"Het zou zo logisch zijn: de bestuursrechter biedt rechtsbescherming in alle bestuursrechtelijke geschillen. De burgerlijke rechter doet dat in privaatrechtelijke geschillen (en de strafrechter in strafrechtelijke)."

De Nederlandse wetgever heeft dit glibberige pad niet gevolgd. De bestuursrechter is – compact geformuleerd – alleen bevoegd in geschillen die zien op *besluiten*⁸, althans voor zover niet uitgezonderd (vgl. art. 8:1 Awb e.v.). Deze keuze weerspiegelt de fundamentum petendi-leer (besluiten moeten immers *publiekrechtelijke* rechtshandelingen *inhouden* (art. 1:3 Awb)). Maar de petendi-leer is hier in zijn uitwerking aanzienlijk beperkt door de eis dat er tevens sprake moet zijn van een bepaald type bestuurshandelen: een besluit. Op de bevoegdheid van de bestuursrechter kom ik nog kort terug. Eerst worden de begrippen ‘bestuursrechter’ en ‘bestuursrechtspraak’ nader verkend zodat duidelijk wordt welke rechter zich bezig mag houden met het beslechten van bestuursrechtelijke geschillen.

8. Of daarmee gelijkgestelde handelingen.

In de Nederlandse Grondwet is niet veel geregeld over deze belangrijke begrippen. De begrippen ‘bestuursrechter’ en ‘bestuursrechtspraak’ treft men er niet aan. Wat men wél aantreft is een bepaling – echter buiten hoofdstuk 6 (‘Rechtspraak’) – die bepaalt dat aan een (een afdeling van) de Raad van State de uitspraak in geschillen van bestuur kan worden opgedragen (art. 73 lid 3 Awb). In hoofdstuk 6 treft men verder nog iets aan over de mogelijkheid om administratief beroep open te stellen. Dit is dubieus omdat juist *deze* vorm van bestuursrechtelijke geschilbeslechting niet kan worden aangemerkt als ‘rechtspraak’.

Artikel 112 lid 2 Grondwet brengt ons gelukkig *iets* verder: Geschillen die niet uit een burgerlijke rechtsbetrekking zijn ontstaan kunnen door de wetgever in formele zin worden opgedragen aan (gerechten van) de rechterlijke macht of aan gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren. De berechting van *die* geschillen – i.h.b. bestuursrechtelijke – kan dus op basis van de Grondwet door de wetgever worden opgedragen aan de gerechten van de reguliere rechterlijke organisatie (d.w.z. de gerechten van de rechterlijke macht) of aan andere afzonderlijk in te stellen gerechten. De berechting van bestuursrechtelijke geschillen – laten we dit dan maar ‘bestuursrechtspraak in grondwettelijke zin’ noemen – kan dus uitdrukkelijk worden *opgedragen* aan bepaalde gerechten binnen of buiten de rechterlijke macht.

Hiermee is nog niet gezegd dat gerechten die bij wettelijke ‘opdracht’ bestuursrechtelijke geschillen beslechten de status van ‘bestuursrechter’ hebben. Daar bepaalt de Grondwet niets over. Het begrip ‘bestuursrechter’ is, zoals gesteld, geen Grondwettelijk begrip. Het begrip ‘bestuursrechter’ komt wél voor in de Algemene wet bestuursrecht (Awb): een onafhankelijk,

bij de wet ingesteld orgaan dat met bestuursrechtspraak is belast (art. 1:4 lid 1 Awb). Echt duidelijk is deze definitie weer niet, want wanneer is dan een onafhankelijk orgaan belast met 'bestuursrechtspraak'? Alleen voor de tot de rechterlijke macht behorende gerechten geeft lid 3 van artikel 1:4 een glasheldere definitie. Die gerechten zijn 'bestuursrechter' voor zover hoofdstuk 8 Awb of de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften van toepassing of van overeenkomstige toepassing is.

Als we de bestuursrechtelijke geschillen over verkeersovertredingen verder buiten beschouwing laten (de bekende 'Mulder'-zaken) dan is er *binnen* de rechterlijke macht sprake van een 'bestuursrechter' als recht wordt gesproken op grond van het Awb-bestuursprocesrecht. Rechterlijke instanties *buiten* de rechterlijke macht zijn bestuursrechter als ze met 'bestuursrechtspraak' zijn belast. Dit blijkt overigens in de regel weer uit het feit dat zij het (Awb-)bestuursprocesrecht toepassen. Maar naar de letter van de wet is dat geen begripsmatige voorwaarde. De begrippen 'bestuursrechtspraak' en 'bestuursrechter' lopen al met al niet erg soepel rond.

Wat betekent het voorafgaande nu voor de burgerlijke rechter en de bestuursrechtspraak? De Grondwet bepaalt *niet* dat bestuursrechtelijke geschillen op grond van het tweede lid van artikel 112 ter berechting aan een gerecht binnen of buiten de rechterlijke macht *moeten* worden opgedragen. De Grondwet geeft daartoe slechts aan de wetgever een *bevoegdheid*. De wetgever heeft deze bevoegdheid in praktijk slechts ten dele benut. Lang niet alle geschillen die inhoudelijk bestuursrechtelijk van aard zijn worden berecht door een door de wetgever aangewezen (bestuurs)rechter. Het gat dat resteert, wordt door de burgerlijke rechter – in dit kader dus een 'algemene' of 'rest'-rechter – opgevuld via de genoemde Noordwijkerhout/Guldemond-leer.

"De burgerlijke rechter kan in de context van art. 112 lid 1 Grondwet kennis nemen van bestuursrechtelijke 'restgeschillen'"

De burgerlijke rechter kan in de context van art. 112 lid 1 Grondwet kennis nemen van bestuursrechtelijke 'restgeschillen'. Sterker, op papier is hij bevoegd om van *alle* bestuursrechtelijke geschillen kennis te nemen omdat zijn ruime bevoegdheid die van de bestuursrechters overlapt. Hiermee staat vast dat óók de burgerlijke rechter inhoudelijk aan bestuursrechtspraak 'doet', zij het als *reservebestuursrechter*. Hij is gelet op zijn activiteiten zonder twijfel een echte 'bestuursrechter', maar géén 'bestuursrechter' in de zin van de Algemene wet bestuursrecht.

3. De positie van de burgerlijke rechter in het stelsel

Binnen het stelsel van 'bestuursrechtspraak' is de positie van de burgerlijke rechter noodzakelijk maar complex. Zijn optreden is wat ambivalent.

Noodzakelijk is zijn aanwezigheid omdat er anders sprake zou zijn van serieuze gaten in ons stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. De rechtsstaat, het verdragenrecht (o.m. art. 6 EVRM) en het Unierecht (vgl. i.h.b. artikel 47 EU-Grondrechtenhandvest) verlangen, in onderling verband gezien, een dekkend en effectief stelsel van rechtsbescherming, óók in verreweg de meeste bestuursrechtelijke geschillen. Dit geldt zeker voor geschillen tussen burgers en bestuur. Gelet op hun niet-dekkende rechtsmacht en het beperkte arsenaal uitspraakbevoegdheden kunnen de bestuursrechters niet altijd adequaat rechtsbescherming bieden.

De aanwezigheid van de burgerlijke rechter in het stelsel van bestuursrechtspraak maakt dit stelsel zonder twijfel ook *complex*. Iedere student die het vak bestuursrecht volgt komt daar snel achter. De burgerlijke rechter mag immers het werkterrein van de 'gespecialiseerde' bestuursrechter niet ondermijnen. Voorkomen moet worden dat de betrokken rechters tegenstrijdige uitspraken doen en dat burgers gaan 'forumshoppen'. Zo is het om redenen van rechtseenheid en rechtszekerheid niet aanvaardbaar dat

rechtzoekenden bij een voor hen negatief oordeel van de bestuursrechter over een appellabel besluit nog een tweede kans zouden krijgen bij de burgerlijke rechter. Omdat de burgerlijke rechter zich echter vrijwel altijd bevoegd acht is hij genoodzaakt om andere procesinstrumenten te hanteren om niet in het vaarwater van de bestuursrechter te komen. Via een ingenieus stelsel van ontvankelijkheidsregels (het procesbelang bij aanvullende bescherming wordt steeds gewogen) en inhoudelijke afstemmingsregels (hij sluit zoveel mogelijk aan bij oordelen van de bestuursrechter) houdt hij koers. De rechtsbescherming die de bestuursrechter kan of kon bieden, dan wel al heeft geboden, wordt gerespecteerd (vgl. o.m. de bekende leerstukken van formele en oneigenlijke formele rechtskracht⁹). Aanvullende rechtsbescherming is pas in beeld wanneer er in een specifiek geval geen sprake is van effectieve rechtsbescherming bij de bestuursrechter.

"Maar uiteindelijk is de burgerlijke rechter in de wereld van het publiekrecht – de wereld van het algemeen belang – een wat vreemde eend in de bijt. Bij deze positie past terughoudendheid"

De positie van de burgerlijke rechter binnen de bestuursrechtspraak is ten slotte ook *ambivalent*. Als hoeder van de rechtsstaat biedt de burgerlijke rechter aanvullende rechtsbescherming als dat nodig is. Maar uiteindelijk is de burgerlijke rechter in de wereld van het publiekrecht – de wereld van het *algemeen belang* – een wat vreemde eend in de bijt. Bij deze positie past terughoudendheid. Dit verklaart misschien waarom het bekende leerstuk van marginale toetsing van bestuurlijke discretie door hem werd ontwikkeld. Controle van het bestuur op gepaste afstand is hierdoor mogelijk. Het verklaart wellicht óók waarom de burgerlijke rechter zich nooit op het scherp van de snede heeft willen inlaten met de vraag of de overheid ter behartiging van het algemeen belang gebruik mag maken van het privaatrecht. Geen al te principiële blokkades, maar slechts een correctie bij 'onaanvaardbare' doorkruising van het publiekrecht.¹⁰ Ook in het kader van de overheidsaansprakelijkheid, zijn in ons land de duimschroeven nooit al te ver aangedraaid.¹¹ Dit alles doet er niet aan af dat de burgerlijke rechter een enkele keer een forse toon tegen de overheid aanslaat¹², soms overgaat tot baanbrekende rechtsvorming of verzeild raakt in een politiek wespennest.¹³ Maar meestal is er veel gevoel voor zijn staatsrechtelijke positie, het democratisch primaat van de wetgever en het politieke domein.¹⁴

4. De 'aanvullende rechtsbescherming': drie knelpunten

Ondanks het gewogen samenspel van burgerlijke rechter en bestuursrechter(s) kent ons systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming beroerde knelpunten. Ingewikkelde afstemmingsrechtspraak (vooral van de burgerlijke rechter) maakt het er niet eenvoudiger op.

Zo komt het regelmatig voor dat één samenhangend geschil niet door één rechter kan worden beslecht. Dat kan lastig zijn. Een voorbeeld dat hierna nog ter sprake komt (par. 4.3) betreft een geschil over de uitvoering van een bevoegdhedenovereenkomst. Als overheid en burger tegen een (vermogensrechtelijke) tegenprestatie een afspraak hebben gemaakt over het nemen van een bepaald besluit kan het zijn dat de burger bij het uitblijven van het gewenste besluit is aangewezen op de bestuursrechter terwijl de overheid bij het niet nakomen van een verplichting door die burger (bijv. het betalen van een geldbedrag) juist afhankelijk is van de burgerlijke rechter.

Andere afstemmingsproblemen kunnen in beeld komen als zowel de bevoegde bestuursrechter als de burgerlijke rechter direct of indirect uitspraken (kunnen) doen over de rechtmatigheid van een bepaalde bestuurshandeling of de wettelijke grondslag daarvan. De rechtsbescherming tegen algemeen verbindende voorschriften is in dit verband een berucht terrein (zie par. 4.1). Lastig is ook de wereld van de rechtsbescherming tegen feitelijke handelingen die een appellabel besluit 'omringen' of daaraan direct vooraf gaan (bijv. ambtelijk onderzoek, het verstrekken van

9. Zie uitvoerig Schlössels/Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel 2 Rechtsbescherming. Overheidsaansprakelijkheid* (onderwijseditie), Deventer: Kluwer 2014, hoofdstuk 26.

10. HR 26 januari 1990, AB 1990/408 m.nt. G.P. Kleijn (Windmill Holland B.V.).

11. Het zou te ver voeren om in dit kader hierop in te gaan. Het intomen van overheidsaansprakelijkheid vindt onder meer plaats via het relativiteits- en causaliteitsvereiste, maar ook via het hanteren van een gekwalificeerde/aangescherpte onrechtmatigheidstoets.

12. Vgl. bijv. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, AB 2015/336 m.nt. Ch.W. Backes (Urgenda).

13. Zie bijv. J.W.A. Fleuren, 'De maximis non curat praetor? Over de plaats van de Nederlandse rechter in de nationale en internationale rechtsorde', in: *Grenzen aan de rechtspraak? Political question, acte de gouvernement en rechterlijk interventionisme* (P.P.T. Bovend'Eert, P.M. van den Eijnden & C.A.J.M. Kortmann red. (Staatsrechtconferentie 2004)), Deventer: Kluwer 2004, p. 127 e.v.

14. Waarmee natuurlijk niet is gezegd dat de bestuursrechter dit zou miskennen.

informatie). Hier rijst de vraag waar de grens moet worden getrokken tussen het domein van de bestuursrechter en de burgerlijke rechter (par. 4.2). Hierna worden deze drie knelpunten belicht.

4.1 Rechtsbescherming tegen (bestuurs)wetgeving

Bestuursorganen stellen op grote schaal algemeen verbindende voorschriften vast (AMvB's, ministeriële verordeningen, decentrale verordeningen etc.). Wie rechtsbescherming zoekt tegen deze 'bestuurswetgeving' kan hiertegen – tenzij een bijzondere bestuurswet anders bepaalt – echter géén beroep instellen bij de bestuursrechter (art. 8:3 lid 1 aanhef onder a Awb). De discussie over de vraag of dit (on)wenselijk is, is tot in den treure gevoerd.¹⁵

"De wettelijke uitsluiting van rechtstreeks beroep in de Awb betekent immers niet dat bij de bestuursrechter geen oordeel kan worden verkregen over de (on)rechtmatigheid van een avv"

De Hoge Raad benadrukte in de jaren negentig van de vorige eeuw als burgerlijke rechter echter dat een justitiabele bij hem rechtsbescherming kan krijgen tegen algemeen verbindende voorschriften (hierna: avv).¹⁶ Dit sloot naadloos aan bij de idee van aanvullende rechtsbescherming. Maar er moest wel een hobbel worden genomen. De wettelijke uitsluiting van rechtstreeks beroep in de Awb betekent immers niet dat bij de bestuursrechter geen oordeel kan worden verkregen over de (on)rechtmatigheid van een avv. Integendeel, in het kader van een beroep van een belanghebbende tegen een appellabel besluit waarvan de inhoud op een gewraakt avv steunt is de bestuursrechter namelijk bevoegd om zich zo nodig óók uit te spreken over de verbindendheid van dat avv. Dit noemen we 'exceptieve toetsing'.¹⁷ Een standaardvoorbeeld betreft de klassieke zaak Leenders/Ubbergen.¹⁸ In deze kwestie had Leenders het aan de stok met de gemeente Ubbergen. Leenders wilde binnen de gemeente in alle vrijheid venten (kruide-nierswaren verkopen vanuit een rijdende winkelwagen). Hij zag zich echter belemmerd door de plaatselijke verordening die het venten zonder vergunning verbood. Volgens Leenders was het invoeren van de verordening – die volgens hem onverbindend was – jegens hem onrechtmatig. Nu kon Leenders verschillende wegen bewandelen om de verordening door een rechter te laten beoordelen: Hij kon zich laten verbaliseren en hopen op vervolging (de strafrechter zou dan oordelen) of hij kon een bestuursrechtelijk handhavingsbesluit afwachten, dan wel – via de 'Koninklijke weg' – een vergunning aanvragen en die bestrijden in verband met de verondersteld onverbindende grondslag. De laatste twee routes zouden dan naar de bestuursrechter leiden.

Allemaal omslachtig. Daarom stapte Leenders *rechtstreeks* naar de burgerlijke rechter. Daar bestreed hij de verordening (op grond van onrechtmatige daad). Van principieel belang is dat de Hoge Raad oordeelde dat deze route zonder meer openstond in het belang van een *effectieve rechtsbescherming*. Hieraan kon niet afdoen dat Leenders via een indirecte route bij de bestuursrechter een (exceptief) oordeel over de verordening zou kunnen krijgen. In andere arresten gaf de Hoge Raad later inhoudelijke aansluitingsregels voor het geval de hoogste bestuursrechter zich heeft uitgelaten over de (on)verbindendheid van een avv en dat avv later tevens bij de burgerlijke rechter aan de orde komt.¹⁹

In recente literatuur is de vraag opgeworpen of de Hoge Raad de principiële nadruk die in Leenders/Ubbergen werd gelegd op het belang van een effectieve rechtsbescherming inmiddels heeft afgezwakt. Hierbij is gewezen op de zaken Leges Turkse immigranten²⁰ en Privacy First.²¹ Uit die arresten lijkt immers te kunnen worden afgeleid dat als een avv (bij wijze van exceptie) in een individueel geval goed via de bestuursrechter kan worden bestreden een vordering bij de burgerlijke rechter *toch* niet ontvankelijk wordt verklaard. De Hoge Raad wees hierbij op de behoorlijke taakverdeling tussen de bestuursrechter en burgerlijke rechter.

15. Zie bijv. Y.E. Schuurmans & W.M.J. Voermans, 'Artikel 8:2 Awb: weg ermee!', in: *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb* (T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak red.), Den Haag: BJu 2010, p. 809 e.v.

16. Dit was niet nieuw, maar in het arrest werd gereageerd op de Algemene wet bestuursrecht.

17. Deze toetsing is niet beperkt tot 'bestuurswetgeving'. De bestuursrechter kan (bij wijze van exceptie) ook de wet in formele zin toetsen aan bijv. eenieder verbindende verdragsbepalingen. Artikel 120 Grondwet staat wel in de weg aan toetsing van de wet aan de Grondwet, fundamentele rechtsbeginselen en het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden. Vgl. HR 14 april 1988, AB 1989/270 m.nt. FHvdB (Harmonisatiewet).

18. HR 11 oktober 1996, ECLI:N-L:HR:1996:ZC2169, AB 1997/1 m.nt. Th. G. Drupsteen (Leenders/Ubbergen).

19. Zie HR 17 december 2004, JB 2005/32 m.nt. R.J.N. Schlössels (Onafhankelijk Ziekenfonds Bedrijven UA) en HR 18 februari 2005, JB 2005/92 m.nt. EvdL (ziekte van Aujeszkzy).

20. HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2314, JB 2010/174 m.nt. R.J.B. Schutgens.

21. HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296, JB 2015/125 m.nt. J.J.J. Sillen.

Schuurmans²² stelt in haar oratie dat de Hoge Raad heeft gekozen voor 'overzichtelijke rechtsmachtverdeling ten faveure van rechtsbescherming'. In vergelijkbare bewoordingen meent ook Sillen²³ dat een doelmatige rechtsbescherming door de Hoge Raad inmiddels naar het tweede plan is verdrongen ten gunste van de taakverdeling.

22. Y.E. Schuurmans, *Van bestuursrechtelijke detailhandel naar maakindustrie* (oratie Leiden), Leiden 2015, p. 8.

23. Zie zijn annotatie onder het arrest Privacy First in JB.

De twee aangehaalde arresten hebben echter betrekking op andere situaties dan die van Leenders. In deze twee zaken strandden immers civiele vorderingen van *belangenorganisaties* die wilden opkomen voor de *gebundelde* belangen van anderen (vgl. art. 3:305a BW). In die zin ging het niet om de subjectieve rechtsbescherming van een primair getroffen(e) (zoals Leenders), maar om het opkomen voor belangen van anderen met het oog op een meer algemene rechtmatigheidscontrole van wetgeving; een 'afgeleide'. Zo ging het in de zaak Privacy First om de actie van een stichting. Die wilde bij de burgerlijke rechter nieuwe bepalingen in de Paspoortwet onrechtmatig laten verklaren – en buiten werking doen stellen – wegens strijd met verdragsrechtelijke en Unierechtelijke privacywaarborgen. Concreet ging het om de eis om bij een paspoortaanvraag twee vingerafdrukken elektronisch vast te leggen en met andere biometrische kenmerken digitaal op te slaan.

Volgens de Hoge Raad kon deze problematiek echter prima aan de orde worden gesteld bij de bestuursrechter door individuele rechtzoekenden die een paspoort zouden aanvragen. Dit werd blijkbaar niet als te omslachtig aangemerkt.

Het betrof dan ook evident een 'connexe' problematiek. Immers, belanghebbenden zouden een paspoort hoe dan ook (moeten) aanvragen om in bezit te komen van een geldig reisdocument. Hierin verschilt de casus van die van Leenders. Die wilde immers helemaal géén ventvergunning. Leenders wilde juist in alle vrijheid venten. Zo bezien had hij er een zwaarwegender belang bij om het gewraakte avv *rechtstreeks* bij een rechter te kunnen bestrijden. Ook in de aangehaalde legeszaak ging het duidelijk om een 'connexe' problematiek. Ter discussie stonden namelijk de bij ministeriële regelingen ingevoerde en/of verhoogde leges voor verblijfsvergunningen. De geoorlooftheid van de afhankelijke bestuursrechtelijke betalingsverplichting (leges) was verbonden met de vergunning die de individuele justitiabelen toch al moesten aanvragen. Onder die omstandigheden is het openen van een aparte rechtsbeschermingsroute (op basis van een collectieve actie) via de burgerlijke rechter – welke route zou kunnen leiden tot tegenstrijdige oordelen – niet bijzonder verstandig. Overigens wees ook de Hoge Raad erop dat de problematiek in casu inderdaad anders lag dan in Leenders/Ubbergen.²⁴

24. Zie r.o. 4.6.

"Of met de keuze van de Hoge Raad de effectieve rechtsbescherming tegen avv's is genuilkorfd, zoals Schuurmans en Sillen suggereren, is mede een kwestie van de visie op de inhoud van 'rechtsbescherming'"

Of met de keuze van de Hoge Raad de effectieve rechtsbescherming tegen avv's is genuilkorfd, zoals Schuurmans en Sillen suggereren, is mede een kwestie van de visie op de inhoud van 'rechtsbescherming'. De *individuele* rechtsbescherming is door de Hoge Raad naar mijn mening niet serieus beknot. De 'gebundelde' actie (art. 3:305a BW) bij de burgerlijke rechter heeft wel een veer moeten laten.²⁵ Wie ervan is overtuigd – de schrijver van deze bijdrage *niet*²⁶ – dat een effectieve rechtsbescherming vraagt om dit soort acties (die vooral de algemene rechtmatigheidscontrole dienen), zal dit inderdaad betreuren. Hier staat echter tegenover dat de Hoge Raad het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming een dienst bewijst door de taakverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter verder te ontrafelen en de geschilbeslechting die nauw is verbonden met appellabele besluiten (i.h.b. beschikkingen) te concentreren bij de bestuursrechter. De Leenders/Ubbergen-route blijft open, maar *alleen* voor gevallen die men in alle redelijkheid niet kan verwijzen naar de bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

25. Maar er reteren zeker nog substantiële mogelijkheden. Vgl. r.o. 4.5 van het arrest Leges Turkse immigranten en de noot van Schutgens onder dit arrest (o.m. onder verwijzing naar HR 3 september 2004, NJ 2006/28 (Staat/NJCM). Te denken valt aan het geval waarin een organisatie wil opkomen voor (de bescherming van een) een eigen (statutair) belang ter zake waarvan geen effectieve ingang bestaat bij de bestuursrechter.

26. Vgl. bijv. reeds R.J.N. Schlössels, 'Wie beschermt de beschermelingen tegen hun beschermers? Enige publiekrechtelijke kanttekeningen bij algemeen belangacties', in: *Samen sterk. Over het optreden in recht door groeperingen* (A.W. Jongbloed red.), Den Haag: BJu 2002, p. 105 e.v.

4.2 Connexe feitelijke voorbereidingshandelingen

Het concentreren van de rechtsbescherming bij de bestuursrechter van (bepaalde) *geschillen* die *nauw* zijn verbonden met een appellabel besluit heeft in breder perspectief de aandacht van de Hoge Raad. Tot de directe omgeving van appellabele besluiten behoren niet alleen de avv's waarop deze besluiten steunen (zie par. 4.1). Ook feitelijke handelingen die vooraf gaan aan een appellabel besluit kunnen een zelfstandige bron zijn van geschillen tussen bestuur en burger. Te denken valt aan voorbereidend onderzoek, advisering, het verstrekken van informatie of het stellen van concrete voorwaarden voor het nemen van een (positief) besluit. Wanneer een justitiabele een zgn. voorbereidingshandeling voor onrechtmatig houdt, rijst de vraag of de bestuursrechter dan wel de burgerlijke rechter hierover behoort te oordelen.

Soms is deze kwestie helder. Er zijn voorbereidingshandelingen die er louter toe strekken het bestuursorgaan in staat te stellen een besluit te nemen. Deze handelingen zijn *zodanig nauw* met het besluit *verbonden* dat de bestuursrechter hierover behoort te oordelen. Het voorbereidingshandelen lost dan op in het besluit. Gedacht kan worden aan handelingen die tot doel hebben de feitelijke grondslag voor het besluit in kaart te brengen (bijv. feitenonderzoek, interne advisering over die feiten). Wordt een zodanig feitelijk handelen voor onrechtmatig gehouden, dan zal dit in bezwaar en beroep tegen het latere besluit (of de afwijzing daarvan) aan de orde moeten worden gesteld. Wanneer dit besluit niet wordt aangevochten verkrijgt dit formele rechtskracht. Dit betekent onder meer dat óók de voorbereiding van dit besluit – ook door de burgerlijke rechter – voor rechtmatig wordt gehouden.

In andere gevallen is echter goed verdedigbaar dat een feitelijke (onrechtmatige) handeling los staat van de inhoud van een volgend besluit en daarom achteraf door de (burgerlijke) rechter in beginsel zelfstandig op basis van een ontvankelijke vordering kan worden beoordeeld. Standaardvoorbeelden bieden de klassiekers Staat/Bolsius²⁷ en Staat/Van Benten.²⁸ Het ging hier om onjuiste informatieverstrekking over regelgeving.²⁹ De onrechtmatigheid hiervan bleek uit het feit dat later een *rechtmatig* besluit was gevolgd dat niet in lijn lag met de verstrekte (onjuiste) informatie. Zo ontving de heer Frank Bolsius *onjuiste* informatie van ambtenaren van het Gewestelijk Arbeidsbureau over een verhuiskostenvergoeding waarop hij een nieuwe baan aanvaardde en verhuiskosten maakte voor zijn gezin. Later volgde echter een (juiste) afwijzende beschikking die Bolsius niet bestreed bij de bestuursrechter. Dit laatste werd hem door de Hoge Raad niet aangerekend. Het instellen van beroep zou zeer waarschijnlijk bovendien zonder resultaat zijn gebleven omdat de beschikking in beginsel niet zou zijn vernietigd.³⁰ Hoe dan ook, de burgerlijke rechter ontving en beoordeelde de vordering van Bolsius tegen de informatieverstrekking op grond van onrechtmatige daad.

"Lastiger wordt het als onjuiste informatieverstrekking in lijn is met een daarop volgend (ook onjuist) appellabel besluit en daarmee inhoudelijk (sterk) is verbonden"

Lastiger wordt het als onjuiste informatieverstrekking in lijn is met een daarop volgend (ook onjuist) appellabel besluit en daarmee inhoudelijk (sterk) is verbonden. Als immers de bestuursrechter over *dat* besluit gaat oordelen zal dit oordeel (vaak) bepalende betekenis hebben voor het voortgaande handelen. De burgerlijke rechter zal een vordering in beginsel wel ontvangen, maar het oordeel van de bestuursrechter – als dat er is – in de regel respecteren. Een voorbeeld biedt het arrest Blaricum/Roozen.³¹ In casu was Roozen door het gemeentebestuur in zeer stellige woorden verzekerd dat hij geen bouwvergunning zou kunnen verkrijgen voor zijn bouwplan. Er volgde – geheel in lijn met deze woorden – daarna een weigering van de bouwvergunning. Voor Roozen was er (wel) reden om hiertegen te appelleren. Dit beroep was bovendien succesvol. De weigering werd door

27. HR 2 februari 1990, AB 1990/223 (Staat/Bolsius).

28. HR 7 oktober 1994, AB 1996/125 m.nt. B.J.P.G. Roozendaal (Staat/Van Benten).

29. Terzijde: staat de (onjuiste) informatieverstrekking helemaal los van een appellabel besluit dan staat niets een zelfstandige beoordeling door de burgerlijke rechter in de weg. Vgl. HR 25 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:–BW0219 ('s-Hertogenbosch/Van Zogel).

30. Ik laat even de vraag buiten beschouwing of een schending van het vertrouwensbeginsel uiteindelijk nog had kunnen leiden tot een *contra legem* toekenning van de vergoeding.

31. HR 30 januari 1987, AB 1988/42 m.nt. PvB (Blaricum/Roozen).

de bestuursrechter vernietigd. Hieruit leidde de Hoge Raad onder meer af dat de gemeente door die weigering '...en derhalve ook door evenbedoelde informatie te verschaffen...' jegens Roozen een onrechtmatige daad had gepleegd. De onrechtmatige informatieverstrekking deelde in *dit* geval in het onrechtmatige karakter van de *vernietigde* beschikking. Overigens valt hier nog te betogen dat de inlichtingen – net als in de casus Bolsius, waar het instellen van beroep zoals opgemerkt weinig zinvol was – naast de beschikking een (relatief) zelfstandige status hadden.³²

Wat geldt als een latere (onjuiste) beschikking na onjuiste inlichtingen niet is vernietigd of hiertegen niet eens beroep is ingesteld? De wereld van de veehouderij leidde tot een opmerkelijk arrest. Aan Kuipers³³ was op stellige wijze onjuiste informatie verstrekt. Hem was door het bestuur van de gemeente Valkenswaard voorgehouden dat hij zgn. ammoniakrechten moest kopen voordat hij in aanmerking zou komen voor een milieuvergunning om zijn varkenshouderij met 668 dieren uit te breiden. De informatieverstrekking en de beschikking waren hier dus zonder twijfel nauw met elkaar verbonden. Kuipers gaf keurig gevolg aan de gestelde 'voorwaarde', maakte kosten voor het verwerven van de rechten, en ontving ook de aangevraagde vergunning (die in lijn was met de informatieverstrekking). Hij stelde geen beroep in (de aangevraagde vergunning was immers verworven). Het venijn zat in de staart. Achteraf bleek namelijk dat de informatie over de aankoop was gebaseerd op een onjuiste regeling en onrechtmatig was.

Vervolgens beproefde Kuipers de Bolsius-route (zie hiervoor), maar bij de burgerlijke rechter kreeg hij nul op het rekest. Kort gezegd was de Hoge Raad van oordeel dat de inlichtingen zozeer samenhangen met het beoogde besluit '...dat zij ten opzichte daarvan een *onzelfstandig karakter* dragen...' (curs. R.J.N.S.). Nu het besluit (de milieuvergunning) niet bij de bestuursrechter was bestreden viel óók de informatieverstrekking onder de *formele rechtskracht* (d.w.z. onaantastbaarheid) van dit besluit en werd voor *rechtmatig* gehouden.

"Wederom betrof dit kritiek onder de noemer 'aantasting van rechtsbescherming'. En deze kritiek is niet onterecht"

Op de lijn Kuipers/Valkenswaard, die opnieuw uitgaat van de wens om de rechtsbescherming in de directe omgeving van appellabele besluiten bij de bestuursrechter te concentreren, is stevige kritiek geuit. Wederom betrof dit kritiek onder de noemer 'aantasting van rechtsbescherming'. En deze kritiek is niet onterecht. Ik denk echter dat de intenties van de Hoge Raad wel goed zijn (concentratie van bestuursrechtelijke rechtsbescherming bij de bestuursrechter), maar dat men in dit soort gevallen niet van een justitiabele mag verwachten dat hij een voor hem positief besluit gaat bestrijden waarvan hij (nog) niet eens weet dat het is gebaseerd op onjuiste informatie en dat met als enig doel om de bestuursrechter aan te zetten tot een oordeel over die informatie. Dit is gewrongen. Daarnaast is het vereiste van het 'onzelfstandig karakter' van een voorbereidingshandeling glibberig en rechtsonzeker.

Uit latere rechtspraak blijkt gelukkig dat dit criterium beperkt moet worden uitgelegd. Lang niet alle (onjuiste) voorbereidingshandelingen die in lijn liggen met een later besluit³⁴ worden gedekt door de formele rechtskracht van dat besluit. Zo bleek er in het geschil tussen Chipshol en de publiekrechtelijke rechtspersoon Luchtverkeersleiding Nederland³⁵ ruimte om de aan een appellabele besluit voorafgaande advisering door de burgerlijke rechter op onrechtmatigheid te laten beoordelen. De zelfstandige positie van het adviserende orgaan en diens zelfstandige contacten met de gelaedeerde bleken van belang. Volgens de Hoge Raad was er zelfs sprake van een 'wezenlijk' verschil met de casus Kuipers/Valkenswaard (vgl. r.o. 4.2.4).

32. Vgl. in dit verband HR 26 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5955, NJ 2000/472 m.nt. A.R. Bloembergen (CZ Groep/Schreurs). Reeds hier zien we het criterium van de afzonderlijke, naast de beschikking staande (en dus zelfstandige) inlichtingen opduiken. In casu was daar geen sprake van.

33. HR 9 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7774, AB 2006/286 m.nt. F.J. van Ommeren, JB 2005/275 m.nt. R.J.N.S. (Kuipers/Valkenswaard).

34. Ligt een handeling in de voorbereidende sfeer (bijv. een niet nagekomen toezegging) niet in lijn met een later besluit en laat de vordering een zelfstandige beoordeling toe, dan is er geen belemmering voor een beoordeling door de burgerlijke rechter. Zie bijv. HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, NJ 2016/1 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Overzee/Zoeterwoude).

35. HR 25 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU:9920, JB 2012/176 m.nt. D.G.J. Sanderink en L.J.M. Timmermans (LVNL/Chipshol).

4.3 Bevoegdhedenovereenkomsten

In de directe omgeving van een appellabel besluit kunnen zich ten slotte geschillen voordoen die verband houden met een overeenkomst en die eveneens (zeer) nauw met het appellabele besluit samenhangen. Te wijzen valt op geschillen die voortvloeien uit een typische bevoegdhedenovereenkomst.

Dit is een type overeenkomst waarin overheid en burger(s) een afspraak met elkaar maken over het uitoefenen van een (besluit)bevoegdheid (al dan niet) tegen een (financiële) tegenpresatie. Op deze plaats ga ik niet in op de rechtsstatelijke schaduwzijden van dit soort overeenkomsten en op de boeiende vraag of dit type overeenkomst een publiekrechtelijke of gemengde (deels privaatrechtelijke) rechtsfiguur betreft. Ik beperk mij tot een paar opmerkingen over de complexe rechtsmachtverdeling.³⁶ Welke rechter moet nu oordelen over geschillen die verband houden met dit type overeenkomst?

36. Meer uitvoerig P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst. De overeenkomst over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: BJu 2012, hoofdstuk 10.

"In het standaardarrest Etam/Zoetermeer heeft de Hoge Raad – althans in zijn ogen – principieel licht over deze vraag laten schijnen. Naar mijn smaak heeft dit echter niet geresulteerd in een bevredigende taakverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter"

37. HR 8 juli 2011, JB 2011/186 m.nt. A.M.M.M. Bots (Etam Groep BV/Zoetermeer).

In het standaardarrest Etam/Zoetermeer³⁷ heeft de Hoge Raad – althans in zijn ogen – principieel licht over deze vraag laten schijnen. Naar mijn smaak heeft dit echter niet geresulteerd in een bevredigende taakverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter. De benadering van de Hoge Raad gaat uit van een scherpe scheiding van de rechtsbescherming betreffende appellabele besluiten en vermogensrechtelijke geschillen die (kunnen) voortvloeien uit het (niet) nakomen van de bevoegdhedenovereenkomst. Op zich is dit nog niet onaantrekkelijk (vgl. de slotparagraaf van deze bijdrage). Maar de uitwerking op de rechterlijke taakverdeling valt tegen.

Stel dat is afgesproken dat het bestuur een besluit – bijv. de wijziging van een bestemmingsplan – met een bepaalde inhoud tot stand zal brengen of daartoe een uiterste inspanning zal doen, en het gewenste besluit volgt niet, dan kan de wederpartij als belanghebbende beroep instellen bij de bevoegde bestuursrechter. De bestuursrechter beoordeelt dan de rechtmatigheid van het (uitblijven van het) besluit. Maar hij doet géén vermogensrechtelijke uitspraken over het (niet) nakomen van de overeenkomst. Deze benadering heeft een aantal belangrijke gevolgen. Zo kan de wederpartij – bij het uitblijven van het afgesproken besluit – er voor kiezen om af te zien van een bestuursrechtelijke procedure en bij de burgerlijke rechter louter aansturen op schadevergoeding wegens wanprestatie.

Komt de wederpartij van de overheid wél op tegen het niet nemen van het besluit of het nemen van een onjuist besluit en weet hij het besluit vernietigd te krijgen, dan ontstaat de volgende situatie. Met de vernietiging van het besluit (of de weigering daarvan) staat in zoverre ook de (on)rechtmatigheid hiervan vast. Deze onrechtmatigheid kan aanleiding geven tot de vergoeding van schade die is ontstaan door het vernietigde besluit. Daarnaast staat het hem echter vrij om ter zake van het niet nakomen van de gemaakte afspraken (aanvullende) schadevergoeding op grond van wanprestatie bij de burgerlijke rechter te vorderen.

Dit alles maakt dat de rechtsbescherming in de sfeer van bevoegdhedenovereenkomsten op een complexe wijze over twee rechters is verdeeld, terwijl er toch sprake is van sterk vervlochten materie. Dit geldt eens te meer als men nog bedenkt dat ook de overheid nakoming kan vorderen van verplichtingen van de burger; zij is dan weer aangewezen op de burgerlijke rechter. Gelet op de nauwe samenhang van eventuele vermogensrechtelijke afspraken met appellabele besluiten (en de betrokkenheid van derden) is er veel voor te zeggen om ook hier te streven naar een verdere concentratie van de geschillenbeslechting bij de bestuursrechter.

5. Tot besluit: ruimte voor de toekomst, het is een kwestie van durven!

Ik kom tot een afronding. Vast staat dat zich in de directe omgeving van appellabele besluiten diverse geschillen tussen bestuur en burger aandienden die niet het besluit als zodanig raken, maar die hier wel erg nauw mee in verband staan. Vast staat óók dat de rechtsbescherming in deze geschillen nog altijd op een te ingewikkelde wijze tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter is verdeeld. Ook is duidelijk dat de burgerlijke rechter als 'reservebestuursrechter' ernaar streeft om zoveel mogelijk van deze geschillen te *concentreren* bij de meest gerede rechter.³⁸ Dat is de bestuursrechter.

"Zolang de wetgever de rechtsmacht van de bestuursrechter echter niet overtuigend verruimd, blijft dit terrein van 'connexe geschillen' er een met boobytraps"

Zolang de wetgever de rechtsmacht van de bestuursrechter echter niet *overtuigend* verruimd, blijft dit terrein van 'connexe geschillen' er een met boobytraps. Met behulp van complexe leerstukken (ontvankelijkheidsregels, formele en oneigenlijke formele rechtskracht, aansluitingsregels, rechtsonzekere ondersteunende criteria (bijv. het criterium van de 'onzelfstandige' voorbereidingshandeling)) probeert vooral de burgerlijke rechter de weg door het terrein begaanbaar te houden. Eenvoudig is dat niet.

Ik denk dat er zonder al te fundamentele aanpassingen van het huidige stelsel al serieuze verbeteringen denkbaar zijn. Onvermijdelijk is dat de burgerlijke rechter verder terugtreedt en dat de bestuursrechter naar zich toerekent. De wetgever moet dit proces faciliteren (regie!) waarbij het niet eens hoeft te gaan om een majeure operatie.

De sleutel voor veel verbeteringen³⁹ lijkt te zijn het gestaag uitbouwen van een bestuursrechtelijke *verzoekschriftprocedure* die het traditionele vernietigingsberoep flankiert.⁴⁰ Een eerste stap is al gezet door dit type procedure open te stellen voor bepaalde schadeverzoeken (art. 8:88 Awb). Echt geslaagd is deze regeling (nog) niet, maar verbeteringen zijn te realiseren (zie hierna). Op termijn zouden burgers (en wellicht in een later stadium ook bestuursorganen) tevens andere verzoeken aan de bestuursrechter moeten kunnen richten, zolang het verzoek ziet op een geschil dat voldoende *verband* houdt met een besluit in de zin van de Awb (zeker, nog altijd een *connexiteitseis*⁴¹, maar wel een ruime). Naast het verzoek om schadevergoeding valt te denken aan, het verbod of een verklaring voor recht of zelfs aan een veroordeling tot het nakomen van een afspraak (denk aan de bevoegdhedenovereenkomst).

Op de tweede plaats is het meer dan wenselijk dat het knellend leerstuk van formele rechtskracht eindelijk systematisch wordt gerelativeerd.⁴² Soms is de toepassing van deze leer noodzakelijk, met name om de taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter te bewaken, maar in ons rechtssysteem wordt de leer ook te digitaal toegepast. De bestuursrechter kan hier (zo nodig met enige steun van de wetgever) beslissende stappen zetten. Zo zou hij in de verzoekschriftprocedure achteraf – en 'zelfstandig' – de *onrechtmatigheid* van een Awb-besluit kunnen vaststellen, wat mij betreft ook los van de vraag of het een *appellabele* besluit betreft. Het vaststellen van onrechtmatigheid wordt niet langer gekoppeld aan de vernietiging van het besluit, een herroeping (wegens onrechtmatigheid) of aan een erkenning van onrechtmatigheid door het bestuur.

De mogelijkheid tot het vaststellen van '*onrechtmatigheid buiten vernietiging*' zou alleen de weg naar schadevergoeding moeten openen.⁴³ De rechtsgevolgen van het besluit als zodanig blijven in dit kader buiten schot. Dit heeft voordelen. Zo zou ik het waardevol vinden als een burger langs deze weg ter zake van een jegens hem onrechtmatig geoordeeld *avv* schadevergoeding kan verkrijgen bij de bestuursrechter. Regelmatig is het hem

38. Dit heeft zich ook voorgedaan in de sfeer van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad. Vgl. i.h.b. HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0256, NJ 2008/475 m.nt. M.R. Mok (Asha/Amersfoort).

39. De diverse suggesties die ik hierna doe zijn in vergelijkbare zin of op andere wijze (deels) ook door veel andere auteurs gedaan. Zonder alle denkers recht te doen, noem ik namen als Schueler, Kortmann (jr), Van Male, Polak, Van Ommeren, Van Ettekoven, Roozendaal, Van der Veen en Marseille. Ik wijs ook op het al wat oudere rapport van de VAR-Commissie Rechtsbescherming '*De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van Toetsing naar geschilbeslechting.*', Den Haag: BJu 2004.

40. Zie met veel verwijzingen, onder meer naar de VAR-pleidviesen uit 2013, J.E.M. Polak, 'De verzoekschriftprocedure bij onrechtmatige besluiten als begin van tweede weg in het bestuursprocesrecht?', in: *Op het grensvlak* (Van Ravels-bundel; red. T.W. Franssen e.a.), Stichting Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 167 e.v.

41. Wat mij betreft wordt niet langer een verband verlangd met een voor beroep vatbaar besluit. Dit is zeker een gedurfd element.

42. Zie voor een krachtig pleidooi R.M. van Male, 'De verzoekschriftprocedure van Titel 8.4 Awb: minder zelfstandig dan beloofd? Een pleidooi voor relativering van de formele rechtskracht', in: *Op het grensvlak* (Van Ravels-bundel; red. T.W. Franssen e.a.), Stichting Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 143 e.v.

43. Althans bij *appellabele* besluiten. Als dit type besluit *niet* is vernietigd, staan de beoogde rechtsgevolgen van het besluit vast. Bij een *avv* (dat in beginsel niet appellabele is) zouden ook onverbindend verklaren c.q. buiten toepassing laten in beeld kunnen komen, maar vooralsnog zou ik dat buiten de bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure willen houden. Hier zou uitwijken naar de burgerlijke rechter dan nog aan de orde kunnen zijn.

immers om die schadevergoeding te doen, niet om het avo volledig van tafel te vegen. Een bestuursorgaan dat zo met verschillende schadeverzoeken wordt geconfronteerd, zal het wettelijk voorschrift wellicht intrekken of wijzigen maar dat is dan geen direct juridisch gevolg van de vermogensrechtelijke aansprakelijkheid. Ook ter zake van een niet vernietigd appellabel besluit zou nog achteraf – binnen een nader te bepalen verjaringstermijn – onrechtmatigheid kunnen worden vastgesteld. De geldigheid van het besluit (die wel wordt beheerst door de formele rechtskracht) en de beoordeling van de vermogensrechtelijke gevolgen worden zo beter gescheiden. Dit soort maatregelen kan de druk van het vernietigingsberoep halen.

"Men moet natuurlijk ergens beginnen als men verder wil komen dan de theorie"

Men moet natuurlijk ergens beginnen als men verder wil komen dan de theorie. Als eerste stap is een aantal aanpassingen in art. 8:88 Awb – welke artikel verschillende onvolmaaktheden kent – goed denkbaar.⁴⁴ Op grond van art. 8:88 lid 1 onder a Awb is de bestuursrechter naar geldend recht bevoegd om op verzoek te oordelen over schade als gevolg van een 'onrechtmatig' besluit. De bestuursrechter zou in dit kader afstand kunnen nemen van de toelichting en, zoals hiervoor gesteld, de 'onrechtmatigheid' van het besluit autonoom kunnen beoordelen. In sub b van hetzelfde eerste lid zou vervolgens het woord 'onrechtmatig' voor 'besluit' dienen te vervallen. Dit is een belangrijk punt omdat hierdoor de bestuursrechter niet alleen zou kunnen oordelen over onrechtmatige handelingen ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit, maar ook ter voorbereiding van een rechtmatig besluit.⁴⁵ De in deze bijdrage besproken 'Bolsius'-problematiek (par. 4.2) komt dan duidelijk onder de rechtsmacht van de bestuursrechter. In sub b dient verder het begrip 'handeling' mijns inziens ruim te worden uitgelegd zodat – bij gebrek aan beter – ook de voorbereidingsbeslissing (vgl. art. 6.3 Awb) hieronder valt en als (zelfstandige) oorzaak van schade door de bestuursrechter kan worden beoordeeld. Dit voorkomt een fricties. Een zodanige voorbereidingsbeslissing kwalificeert vaak als besluit, maar lang niet altijd als *appellabel* besluit. Gelet op de huidige connexiteits-eis (art. 8:88 lid 2 Awb) lijkt zij hierdoor buiten de rechtsmacht van de bestuursrechter te vallen. Dat is niet gelukkig en dit kan door een flexibele wetsinterpretatie eenvoudig worden voorkomen. Ten slotte ben ik er warm voorstander van om de clausule 'ter voorbereiding van' (art. 8:88 lid 1 sub b Awb) eveneens ruim op te vatten. Ik zou voor het aannemen van bestuursrechtelijke rechtsmacht in ieder geval géén (causaal) verband willen eisen tussen de onrechtmatigheid van een voorbereidingshandeling en het daarop volgend besluit. Alle onrechtmatige bestuurshandelingen die zich voordoen *in het kader* van de voorbereiding van een Awb-besluit zijn wat mij betreft in beeld als tenminste de handeling in beginsel dienstig is aan deze voorbereiding of daarmee voldoende verband houdt.

Een volgende grote(re) stap is dan het schrappen van lid 2 van art. 8:88 Awb (het huidige strikte connexiteitsvereiste). Dit is een forse stap, maar nodig als men de bestuursrechter bijvoorbeeld ook wil laten oordelen over schadeverzoeken ter zake van een onrechtmatig avo. Ten slotte – niet onbelangrijk – komt de schadegrens van € 25.000,- (art. 8:89 lid 2 Awb) naar mijn mening in beeld voor heroverweging. De bestuursrechter is volwassen genoeg om in alle zaken te oordelen over grote(re) claims.⁴⁶ Heikel punt dat dan nog resteert, is de vraag of de schadevergoedingsbevoegdheid van de bestuursrechter ook in de 'overige gevallen' exclusief moet worden... wie durft? ●

44. Tengevolge van overgangsrecht is de inhoudelijke rechtspraak over deze bepaling nog schaars. Vgl. bijv. ABRvS 9 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:642.

45. Vgl. B.J. Schueler, 'Welke rechter oordeelt over schade ten gevolge van onrechtmatige voorbereidingshandelingen?', in: *Op het grensvlak* (Van Ravels-bundel; red. T.W. Franssen e.a.), Stichting Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 216-217 e.v.

46. Vgl. T. Hartlief, 'Schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten sinds 1 juli 2013. De civiele rechter vast(er) op de troon?', in: *De burgerlijke rechter in het publiekrecht* (R.J.N. Schlössels, R.J.B. Schutgens, J.A.F. Peters, M.W.C. Feteris, G.Snijders & L.A.D. Keus red.), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 549 e.v.

Dorothe Melchers

Mr. Dorothe Melchers is docent IE-recht
aan de Radboud Universiteit Nijmegen



Auteursrecht en het downloadgedrag op internet

Onze Auteurswet is al meer dan honderd jaar oud. In deze wet zijn regels te vinden die aan een auteur (in onze wet 'maker' genoemd) van een auteursrechtelijk werk het recht toekent om te bepalen of zijn werk wel of niet openbaar mag worden gemaakt of verveelvoudigd. Het gaat hier om 'werken van letterkunde, wetenschap of kunst', die ingevolge jurisprudentie pas auteursrechtelijk zijn beschermd, indien zij een 'eigen intellectuele schepping' hebben (zie HvJEU *Infopaq I*; zaak C-5/08, juli 2009). Dat we bij een schilderij van Karel Appel of een boek van Ronald Giphart te maken hebben met auteursrechtelijk beschermde werken zal niet verrassend zijn. Dat het werk van Karel Appel niet zonder toestemming van de rechthebbende (hier: de Karel Appel Foundation) mag worden nagemaakt of het boek van Giphart niet zonder zijn toestemming (opnieuw) mag worden uitgegeven of worden verfilmd, zal ook een ieder wel begrijpen. De maker of rechthebbende van het auteursrechtelijke werk heeft immers toch recht op beloning voor de geleverde creatieve inspanningen?

1. Het internet

Met de komst van internet is onze wereld sneller, dynamischer en groter geworden. De meeste informatie op internet is vrij beschikbaar en voor een ieder met een computer, iPad, iPhone of ander soortgelijk apparaat op ieder moment van de dag toegankelijk. Geweldig dat je tijdens het kijken van de film 'Dispicable Me' snel even kunt opzoeken of Steve Carell inderdaad de stem van Gru vertolkt. Geen zin om te wachten totdat de film 'Minions' op televisie komt? Geen probleem, ook dat haal je zo van internet. De gewetensvraag is dan, ga je daar dan ook voor betalen?

Bij een film voelen we ergens wel dat het zonder betaling downloaden hiervan eigenlijk niet kan. Het kost immers veel geld om een film te maken, wat uiteraard ook zal moeten worden terugverdiend. Toch blijkt dit veel downloaders niet te weerhouden. Om bij de film de 'Minions' te blijven; deze is in 2015 volgens berichtgeving van Independent 23,5 miljoen keer uit illegale bron gedownload (www.independent.co.uk d.d. 29 december 2015; 'The top 14 illegally downloaded movies in 2015'). Quentin Tarantino's meest recente film 'The Hateful Eight' was zelfs vóór verschijning in de bioscoop reeds via het internet beschikbaar en wordt nog steeds 'illegaal' gedownload (www.theguardian.com d.d. 4 januari 2016; 'Pirates apologise for leak of Quentin Tarantino's *The Hateful Eight*'). Blijkbaar wordt ook door de Nijmeegse student gedownload uit illegale bron. In Vox van april jl. las ik dat uit een enquête blijkt dat ongeveer de helft van de studenten series zoals 'House of Cards', 'Game of Thrones' of 'Suits' illegaal van internet haalt (Vox, nummer 7, d.d. 7 april 2016, p. 12; Tim van Ham: 'Als de slechteriken maar winnen'). Ook in de muziek-

dustrie zien we, ondanks het legale aanbod, nog steeds veel downloads uit illegale bron. In Nederland is Stichting Brein voortdurend bezig om deze praktijken tegen te gaan. Hierover later meer.

Waar komt toch dat gevoel vandaan dat zodra iets te vinden is op het internet, het ook beschikbaar moet zijn voor iedereen. Hoezo betalen? Wat nu auteursrecht? ...dit hoor ik geregeld als het onderwerp ter sprake komt.

Interessant is ook de discussie met degenen die vinden dat individuele internetgebruikers gewoon met rust moeten worden gelaten als zij slechts af en toe zonder betaling een film of muziek van internet halen. Handhaving van het auteursrecht, zo hoor ik dan, moet maar worden gezocht in het aanpakken van websites die ervoor zorgen dat illegale content kan worden verspreid of het blokkeren van deze sites door de internetserviceproviders. Uiteraard gebeurt dit ook, maar dit laat de rol van de internetgebruiker zelf onverlet. Die rol staat in deze bijdrage centraal.

2. Hoe zit het auteursrechtelijk?

Hoofddregel is dat voor iedere verveelvoudiging of openbaarmaking van een werk dat auteursrechtelijk is beschermd, toestemming nodig is van de maker (art. 1 Aw). Wordt toestemming niet gegeven, dat levert het ongeoorloofde gebruik een auteursrechtinbreuk op.

Bij een verveelvoudiging kan men denken aan het maken van een kopie, eenvoudigweg door met behulp van een kopieerapparaat een reproductie te maken. Ook het overschrijven van een stuk tekst levert al een verveelvoudiging op. In de digitale omgeving worden voortdurend verveelvoudigingen oftewel reproducties gemaakt. Zonder reproducties zou een computer of het internet helemaal niet kunnen functioneren. Als we simpelweg aan het browsen zijn op internet, zonder dat daarbij een bestand wordt aangeklikt om te downloaden, heeft de computer al een reproductie gemaakt. Zonder deze reproductie zou ons beeldscherm 'leeg' blijven. Gelukkig

Waar komt toch dat gevoel vandaan dat zodra iets te vinden is op het internet, het ook beschikbaar moet zijn voor iedereen

heeft de (Europese) wetgever de noodzaak van deze tijdelijke technische reproductiehandelingen onderkend en bepaald dat deze handelingen geen auteursrechtinbreuk opleveren indien aan de in de wet genoemde voorwaarden is voldaan (art. 13a Aw/art. 5, lid 1 Auteursrechtlijn). Het HvJEU heeft inmiddels diverse malen uitleg gegeven aan de in de Auteursrechtlijn neergelegde bepaling waarin de tijdelijke reproductie is geregeld. Zo heeft het HvJEU in juni 2014 (*PRCA v NLA*; zaak C-360/13) o.m. geoordeeld dat een eindgebruiker die webpagina's op zijn computer bekijkt zonder deze pagina's te downloaden of te printen géén auteursrechtinbreuk pleegt. Qua feiten is dit een lastige casus, maar voor nu is het voldoende om te weten dat het ging om perspublicaties die met toestemming van auteursrechthebbers op het internet waren gepubliceerd. Uit het arrest kan worden afgeleid dat het op het computerscherm enkel bekijken van deze publicaties geen auteursrechtelijke complicaties oplevert. Zodra de gebruiker de webpagina verlaat, wordt de gemaakte reproductie immers automatisch gewist, hetgeen een van de voorwaarden is voor de toepasbaarheid van de uitzondering van de tijdelijke reproductie.

"Anders is het wanneer de verveelvoudiging niet als een tijdelijke reproductie kan worden beschouwd"

Anders is het wanneer de verveelvoudiging niet als een tijdelijke reproductie kan worden beschouwd. Denk aan het downloaden van een film, een serie of muziek. Door het downloaden van het bestand wordt een (permanente) reproductie gemaakt, waarvoor in beginsel toestemming nodig is. Nu kent de Auteurswet een aantal uitzonderingen, waar (bewust of onbewust) veel gebruik van wordt gemaakt. Interessant is dan met name de privékopie-exceptie, waarover de afgelopen jaren veel te doen is geweest. Voor digitaal gebruik is deze uitzondering in artikel 16c van de Auteurswet te vinden. Hierin is bepaald dat geen sprake is van auteursrechtinbreuk wanneer *'het reproducen van het werk of een gedeelte ervan op een voorwerp dat bestemd is om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven, mits het reproducen geschiedt zonder direct of indirect commercieel oogmerk en uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die de reproductie vervaardigt'*. Sinds het arrest van het Hof van Justitie EU uit 2014 (*ACI v Thuiskopie*; zaak C-435/12) weten we dat een reproductie uit illegale bron niet onder de uitzondering van privégebruik kan worden gebracht. Dit arrest heeft veel media aandacht opgeleverd. Duidelijk werd dat het downloaden voor privégebruik via sites als ThePirateBay, niet langer toelaatbaar was.

Opmerkelijk eigenlijk dat dit arrest zoveel teweeg heeft gebracht, terwijl in alle voorafgaande jaren door de downloader die onder de noemer van privégebruik geacht werd geen auteursrechtinbreuk te plegen, (veelal) tevens ook geüpload werd. Dit heeft alles te maken met de wijze waarop via internet auteursrechtelijke beschermd werk illegaal werd en wordt verspreid. Sites zoals b.v. ThePirateBay en ExtraTorrent maken voor het uitwisselen van bestanden tussen gebruikers immers gebruik van de zogenoemde bittorrentmethode. Deze torrentsites bevatten torrentbestanden, waarop niet de film staat, maar enkel een verwijzing naar waar die film te vinden is. De film zelf staat op de computer van andere gebruikers van het bittorrentnetwerk. De snelheid waarmee deze torrentsites werken is te danken aan het feit dat een gebruiker van de torrent niet enkel de film downloadt, maar (nadat de film op zijn computer is opgeslagen) ook tevens als aanbieder van (delen van) de film functioneert. Deze vorm van beschikbaar stellen van het werk levert een auteursrechtelijke openbaarmaking op; een exploitatievorm waarvoor - naast het reeds besproken reproducen - eveneens toestemming van de auteursrechthebbers nodig is. In de context van een bittorrentsite zoals ThePirateBay ontbreekt deze toestemming uiteraard.

De conclusie kan dan ook niet anders zijn dat niet alleen het uploaden van een bestand zonder toestemming van de rechthebbende niet is toegestaan, maar ook downloaden van dat illegale bestand een auteursrechtinbreuk oplevert. Als het allemaal niet mag, waarom dan aandacht voor het onderscheid tussen up/ en downloaden? Dit heeft met de handhaving te maken, waar we op dit moment bij Stichting Brein zien dat de focus ligt bij het optreden tegen grote uploaders van illegale content, al heeft filmdistributeur Dutch Filmworks in de media laten weten ook actief te willen gaan optreden tegen individuele downloaders.

"Als het allemaal niet mag, waarom dan aandacht voor het onderscheid tussen up/ en downloaden?"

3. Hoe is het met de handhaving gesteld?

Wanneer sprake is van auteursrechtinbreuk, dan is civielrechtelijke handhaving uitgangspunt. Het staat iedere auteursrechthebbers dan ook vrij om een procedure te entameren wanneer zijn auteursrechtelijk beschermd werk zonder toestemming op het internet wordt geüpload en/of gedownload. Om dat te doen, moet natuurlijk wel duidelijk zijn wie aan het up-/downloaden is. Daar wordt het lastig. Zodra vast staat dat via een bepaald IP-adres illegale content is geüpload en/

of gedownload, zal via de (access)provider een naam, adres en woonplaats (de NAW-gegevens) moeten worden achterhaald. Iedereen begrijpt dat dit privacygevoelige informatie betreft, die door de provider niet eenvoudig zal worden gegeven. Om deze gegevens van een provider te krijgen is door (onder meer) Stichting Brein al diverse keren de gang naar de rechter gemaakt. Hoe de rechter bij auteursrechtinbreuk met vorderingen tot afgifte van NAW-gegevens omgaat, zal in deze bijdrage niet verder worden besproken. Wel is interessant op te merken dat de Autoriteit Persoonsgegevens op 6 januari 2016 op grond van de Wet bescherming persoonsgegevens een besluit heeft genomen op grond waarvan de door Stichting Brein voorgenomen verwerking van gegevens van personen die bestanden uitwisselen via bittorrent netwerken rechtmatig is verklaard. De inhoud van dit besluit is met name interessant, omdat daar in te lezen is dat Stichting Brein zich bij het verzamelen van persoonsgegevens richt op gebruikers die actief auteursrechtelijk beschermde werken aanbieden op bittorrent platformen en die op grote schaal dergelijk bestanden delen. Hieruit volgt dat Stichting Brein dus bepaalde IE-adressen mag gaan verzamelen en verwerken; met het verzamelen van deze IP-adressen heeft Stichting Brein uiteraard nog niet de NAW-gegevens te pakken.

"Nu Stichting Brein haar pijlen vooral richt op grote inbreukmakers (in het bijzonder grote uploaders), lijkt het er dus op dat je in Nederland vooralsnog redelijk 'veilig' bent indien je slechts af en toe downloadt uit illegale bron"

Nu Stichting Brein haar pijlen vooral richt op grote inbreukmakers (in het bijzonder grote uploaders), lijkt het er dus op dat je in Nederland vooralsnog redelijk 'veilig' bent indien je slechts af en toe downloadt uit illegale bron. Dat gevoel van veiligheid wordt waarschijnlijk versterkt door het gegeven dat bedoelde downloadactiviteiten meestal plaatsvinden in de eigen (woon)kamer, volledig afgeschermd van de buitenwereld. Dit alles maakt het zonder toestemming uploaden van auteursrechtelijk materiaal en het downloaden hiervan uit illegale bron uiteraard nog steeds niet rechtmatig. Bovendien kan Stichting Brein haar beleid wijzigen of rechthebbenden kunnen besluiten zelf tegen individuele downloaders te gaan procederen. Zoals reeds opgemerkt heeft filmdistributeur Dutch Filmworks al geluiden in die richting gegeven, maar of ze dit ook daadwerkelijk zal doen, is nog afwachten.

"De vraag is dan ook of het streamen van auteursrechtelijk beschermde werken uit ongeoorloofde bron onder de uitzondering van de tijdelijke reproductie kan worden gebracht"

4. Mag streamen dan wel?

Als het uploaden en downloaden van illegale content niet mag, dan zouden we ervoor kunnen kiezen om het bestand (de film) enkel te bekijken, zonder dat daarbij een upload of permanente download plaatsvindt. Vraag is dan of de hiervoor reeds besproken uitzondering van de tijdelijke reproductie dit toelaat. We weten immers dat het zonder een tijdelijke reproductie helemaal niet mogelijk is om de film op een beeldscherm te bekijken.

Anders dan in de hierboven genoemde Hofzaak *PRCA v NLA* waar het ging om bestanden die met toestemming van auteursrechthebbenden op het internet waren gepubliceerd, is dat bij bestanden die via streamingdiensten zoals Popcorn Time toegankelijk zijn, veelal niet het geval. De vraag is dan ook of het streamen van auteursrechtelijk beschermde werken uit ongeoorloofde bron onder de uitzondering van de tijdelijke reproductie kan worden gebracht. Het lijkt mij onwaarschijnlijk dat dit toelaatbaar zou zijn, aangezien één van de voorwaarden voor de toepasselijkheid van de tijdelijke reproductie stelt dat er sprake moet zijn van 'een rechtmatig gebruik'. Of ik gelijk heb, zal moeten worden afgewacht. De Rechtbank Midden-Nederland (ECLI:NL:RB-MNE:2015:7192) heeft o.m. de hiervoor geformuleerde vraag in september 2015 als prejudiciële vraag voorgelegd aan het Hof van Justitie EU.

5. Dan maar president worden!

Mocht ik je hebben weten te overtuigen dat het downloaden of streamen van auteursrechtelijk beschermde werken uit illegale bron toch echt niet mag, maar wil je niet wachten tot de legale versie van een film of serie beschikbaar wordt, dan is mijn suggestie om president van Amerika te worden. Een collega (MV) wees mij op een bericht op de NOS-website van zondag 16 april jl. waaruit blijkt dat president Obama al beschikte over seizoen 6 van *Game of Thrones* voordat deze - op 24 april - op HBO zou verschijnen. De NOS-site verwees naar een bericht van James Hibberd op *Entertainment Weekly*, waarin deze producent Benioff citeert die zegt: "When the commander-in-chief says, 'I want to see advanced episodes', what are you gonna do?" (www.ew.com 'Game of Thrones producers: Obama getting advance episodes'). ●



Michelle Sangers

M.M.H. Sangers is derdejaars student Notarieel Recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Zij schreef dit essay in het kader van het vak Inkomstenbelasting.

Belastingdienst

ONDERZOEK

Van hobby naar bron van inkomen

De Hoge Raad heeft derhalve voor de invulling van dit begrip in de loop der jaren enkele handvatten gegeven, de zogenaamde broncriteria

1. Inleiding

Natuurlijke personen die in Nederland wonen of Nederlands inkomen genieten moeten belasting betalen over hun inkomen, zo bepaalt art. 2.1 Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001). Uit art. 2.18 Wet IB 2001 vloeien drie soorten inkomens voort: inkomen uit werk en woning, inkomen uit aanmerkelijk belang en inkomen uit sparen en beleggen verminderd met het daarin begrepen te conserveren inkomen. Soms kan het echter twijfelachtig zijn of activiteiten binnen deze inkomenscategorieën vallen en dus belastbaar inkomen zijn voor de Wet IB 2001. Dit is voornamelijk het geval bij box 1: belastbaar inkomen uit werk en woning. Is het knippen van oma's haar namelijk een bron van inkomen voor haar kleindochter of is dit een hobby? In dergelijke gevallen lijkt de grens tussen de hobbysfeer en een bron van inkomen flinterdun te zijn. Het is daarnaast ook niet ondenkbaar dat een hobby wordt omgezet in een bron van inkomen. Voor het bepalen of sprake is van een bron van inkomen, zal daarom elk geval afzonderlijk bekeken moeten worden. De Hoge Raad heeft voor het beoordelen of sprake is van een bron van inkomen derhalve enkele criteria geformuleerd. Deze criteria, de zogenaamde broncriteria, onderscheiden de inkomenssfeer van de hobbysfeer. Naar aanleiding hiervan is bij mij de volgende vraag opgekomen: wanneer is er niet langer sprake van een hobby, maar van een bron van inkomen? Deze vraag zal ik beantwoorden aan de hand van relevante literatuur, beleidsbesluiten van het Ministerie van Financiën en jurisprudentie van de Hoge Raad. Allereerst zal ik uiteenzetten wat een bron van inkomen is (hoofdstuk 2). Daarna zal ik ingaan op de hobbysfeer en de ratio achter de scheiding tussen bron van inkomen en de hobbysfeer (hoofdstuk 3). Vervolgens zal ik ingaan op de grens tussen hobby en resultaat uit overige werkzaamheden (hoofdstuk 4) en bespreek ik de overgang van hobby naar bron van inkomen (hoofdstuk 5). Tot slot zal ik aan de hand van mijn bevindingen een conclusie formuleren (hoofdstuk 6).

2. Bron van inkomen

Het Nederlandse belastingrecht gaat al menig jaar uit van de zogenaamde bronnentheorie van Fusting.¹ Dat houdt in dat inkomen uit een continueerende oorzaak, een bron, voortvloeit zonder aantasting van die oorzaak.² Dit fenomeen wordt ook wel 'bron van inkomen' genoemd. In de literatuur worden de volgende bronnen van inkomen genoemd: winst uit onderneming, loon, resultaat uit overige werkzaamheden, inkomsten in de vorm van periodieke uitkeringen en verstrekkingen, inkomsten uit de eigen woning, inkomen uit aanmerkelijk belang en inkomen uit sparen en beleggen.³ Waar een bron van inkomen echter concreet aan moet voldoen staat niet in de wet. De Hoge Raad heeft derhalve voor de invulling van dit begrip in de loop der jaren enkele handvatten gegeven, de zogenaamde broncriteria. Deze luiden als volgt:

- De persoon neemt deel aan het economische verkeer en is erop gericht om hieraan deel te nemen.⁴
- De persoon beoogt voordeel.⁵
- De persoon mag redelijkerwijs voordeel verwachten.⁶

Freudenthal stelt dat deze broncriteria cumulatief behoren te worden toegepast.⁷ Indien aan deze criteria niet wordt voldaan is er geen sprake van een bron van inkomen. Het eventueel ontvangen voordeel is dan niet belast in de Wet IB 2001 en valt dan niet binnen de inkomenssfeer.

2.1 Gericht op deelname aan het economische verkeer

Het eerste criterium 'gericht op deelname aan het economische verkeer' is tot op heden nog niet in de wet gedefinieerd.⁸ Niessen is van mening dat

1. J. Doornebal, 'Heffing van inkomstenbelasting over niet uit onderneming of dienstbetrekking voortvloeiende transactievoordelen', WFR 1984/1243, afl. 5655, p. 1243-1251.

2. L.J.A Pieterse, 'Bron van inkomen, een bron van zorg', WFR 2012/549, afl. 6950, p. 549-551.

3. A.M. van Amsterdam e.a., Compendium belastingrecht in hoofdlijnen, Deventer: Kluwer 2013, p. 58.

4. HR 15 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3853.

5. HR 25 januari 1933, B.5365 (Vriendendienstarrst).

6. HR 26 november 1930, B.4857 (Consul-generaalarrst).

7. R.M. Freudenthal, 'Over een luie wetgever, en slapend rijke burgers', WFR 2007/1062, afl. 6736, p. 1062-1067.

8. Kamerstukken II 2014/15, 34003, 3, p. 11 (MvT).

Interessant is hierbij, dat legale praktijken en illegale praktijken in de handelssfeer voor de Wet inkomstenbelasting 2001 gelijk zijn

dit criterium zijn oorsprong vindt in de Wet Bedrijfsbelasting 1893.⁹ Hij stelt dat onder het begrip 'economisch verkeer' moet worden verstaan 'het produceren en ruilen van goederen en diensten'. Daarnaast acht hij het van belang dat deelname aan dit proces plaatsvindt met het oogmerk om deze goederen en diensten ook daadwerkelijk op de markt te brengen. Zowel Niessen als Stevens stellen dat de wetgever de bedoeling heeft om prestaties uit de hobbysfeer onbelast te laten.¹⁰ Ook gangbare hulp in familieverband ontspringt zo de dans van de inkomstenbelasting.¹¹ Concluderend: deelname aan het economische verkeer doet zich voor, indien de prestatie naar buiten toe is gericht en plaatsvindt in de handelssfeer. Interessant is hierbij, dat legale praktijken en illegale praktijken in de handelssfeer voor de Wet inkomstenbelasting 2001 gelijk zijn. Zo oordeelde het Gerechtshof Den Haag begin dit jaar dat een persoon die een hennepkwekerij exploiteerde, aan het economisch verkeer heeft deelgenomen en een bron van inkomsten heeft genoten.¹²

2.2 Voordeelcriteria

Het tweede criterium is het subjectieve voordeelcriterium. Dit criterium houdt in dat met de prestatie voordeel moet zijn beoogd. Ook dit criterium heeft als doel om prestaties uit de privésfeer te weren tegen belastingheffing. Het Vriendendienstarrest is het klassieke voorbeeld van dit criterium.¹³ Hierin stond een broer zijn broer bij met goede raad en ontving daarvoor een geldbedrag, terwijl hij die tegenprestatie niet beoogd had. De Hoge Raad besloot dat het geldbedrag onbelast bleef. Indien bij een activiteit voordeel is beoogd, wordt aangenomen dat bij de activiteiten die in het verlengde daarvan liggen ook voordeel is beoogd.¹⁴

Het derde criterium is het objectieve voordeelcriterium. Dit houdt in dat het voordeel redelijkerwijs te verwachten moet zijn. Het criterium werd in het *Consul-generaal arrest* geformuleerd.¹⁵ Bij de functie van consul-generaal viel er volgens de Hoge Raad te verwachten, dat de kosten doorgaans de baten zouden overtreffen. Dit was reden voor de Hoge Raad om de functie niet als bron van inkomen aan te merken. De Hoge Raad bepaalde dat voor de beoordeling van het objectieve voordeelcriterium in beginsel moet worden gekeken naar de feiten en omstandigheden van het desbetreffende jaar, maar dat desnoods ook andere jaren mogen worden meegenomen in de beoordeling.¹⁶ Het objectieve voordeelcriterium is recentelijk meerdere malen bevestigd in de *Piramidespelen arresten*.¹⁷ De Hoge Raad oordeelde hierin dat het rendement van een deelnemer bij deze spelen in dusdanige mate afhangt van onvoorspelbare factoren dat het behalen van een voordelig resultaat slechts speculatief is. Voordeel is bij deze spelen dus niet redelijkerwijs te verwachten en het resultaat wordt voor de deelnemers dan ook niet belast. Dat is echter een ander verhaal voor de organisator van de spelen. Voor hem valt wel degelijk redelijkerwijs voordeel te verwachten en hij zal dikwijls als ondernemer worden aangemerkt.¹⁸ Als reactie op deze arresten kwam er een Besluit van de Staatssecretaris van Financiën waarin werd bepaald dat de opbrengst uit een piramidespel slechts in de belasting wordt betrokken indien de belanghebbende actief bij de organisatie van de spelen is betrokken.¹⁹ Met dit besluit wil de staatssecretaris de hobbyisten tegemoet komen.

In 1990 ontstond er echter onduidelijkheid over het toetsen aan de voordeelcriteria door het *gewezen Medische proeven arrest*.²⁰ In dit arrest nam een persoon deel aan medische proeven, waarbij hij een beloning in de vorm van geld ontving. Door zijn lichaam ter beschikking te stellen richtte hij volgens de Hoge Raad een dienst in het economische verkeer. De Hoge Raad oordeelde in deze zaak dat niet aan de voordeelcriteria hoeft te

9. R.E.C.M. Niessen, 'Algemene en bijzondere bronkenmerken', WFR 1997/3, afl. 6227, p. 3-11.

10. B.F. Schuiver & L.J. Verhoeven (red.), *Inkomstenbelasting (Fiscale Encyclopedie De Vakstudie)*, Deventer: Kluwer (online in Kluwer Navigator).

11. HR 22 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8421, BNB 2001/34.

12. Hof Den Haag (BK) 3 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:530, NTFR 2015, 2616.

13. D.A. Albrechtse, 'Het oogmerk om voordeel te behalen (het subjectieve element)', in: M.L.M. van Kempen, A.C. Rijkers & S.A.W.J. Strik (red.), *Cursus belastingrecht*, Deventer: Kluwer (online in Kluwer Navigator).

14. HR 28 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:BH8076, BNB 1993/132.

15. HR 26 november 1930, B.4857 (*Consul-generaal arrest*).

16. J.P. Boer, 'Bron van inkomen. Een onderzoek naar de invulling van het bronbegrip door de Hoge Raad', NTFR 2015/759, afl. 9, p. 4-10.

17. HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8760 (*Piramidespelen arrest I*); HR 1 februari 2001, ECLI:NL:HR:2002:AD8763 (*Piramidespelen arrest II*); HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8765 (*Piramidespelen arrest III*).

18. D.A. Albrechtse, 'Het oogmerk om voordeel te behalen (het subjectieve element)', in: M.L.M. van Kempen, A.C. Rijkers & S.A.W.J. Strik (red.), *Cursus belastingrecht*, Deventer: Kluwer (online in Kluwer Navigator).

19. Besluit van de Staatssecretaris van Financiën d.d. 27 februari 2002, CPP2002/514, V-N 2002/12.19.

20. HR 3 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:-BH7882, BNB 1990/329, m.nt. Van Dijk (*Medische proeven arrest*).

21. HR 14 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:–BH8770, BNB 1993/203, m.nt. Van Dijk (Nasi- en bamireceptenarrest).

worden getoetst, indien vaststaat dat al voordeel is behaald bij het deelnemen aan het economische verkeer. Dat de voordeelpercriteria toch niet onmisbaar zijn, verklaarde de Hoge Raad enkele jaren later in het *Nasi- en bamireceptenarrest*.²¹ Uit dit arrest bleek dat hoewel de nasi- en bamirecepten al in het economisch verkeer aanwezig waren en daarmee voordeel was behaald, het Hof toch niet voorbij mocht gaan aan de voordeelpercriteria. De Hoge Raad formuleerde derhalve enkele gevallen waarin toetsing aan de voordeelpercriteria wél noodzakelijk is:

- In gevallen waarin activiteiten voorzienbaar blijvend verliesgevend zijn.
- In gevallen waarin transacties louter speculatief zijn.
- In gevallen waarin de voordelen voortkomen uit in het economisch verkeer verrichte activiteiten, maar toch bij de persoonlijke sfeer horen.

3. Het onderscheid met de hobbysfeer

Hobbyactiviteiten worden noch in de wet, noch in de jurisprudentie genoemd als bron van inkomen. Ook toetsing aan de broncriteria biedt geen soelaas. Deze pogen juist de hobbysfeer van de inkomenssfeer te scheiden. Een hobbyactiviteit is dus geen bron van inkomen en valt dus niet onder de Wet inkomstenbelasting 2001. Met activiteiten in de hobbysfeer worden activiteiten bedoeld die voorzienbaar en blijvend verliesgevend zijn, stelt Hoogeveen.²² Een incidenteel verlies zorgt dus niet direct voor een verschuiving van de inkomenssfeer naar de hobbysfeer.²³ Hieruit vloeit voort dat bij twijfel tussen de hobbysfeer en de inkomenssfeer altijd moet worden getoetst aan de voordeelpercriteria, zoals de Hoge Raad ook stelde in het *Nasi- en bamireceptenarrest*.²⁴ De resultaten die voortvloeien uit het beoefenen van een hobby moeten volgens de wetgever worden gezien als een beste-

22. M.J. Hoogeveen, 'De Hoge Raad is niet omgegaan ten aanzien van de objectieve voordeelverwachting', WFR 2002/685, afl. 6481, p. 685-690.

23. Idem.

24. HR 14 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:–BH8770, BNB 1993/203, m.nt. Van Dijk (Nasi- en bamireceptenarrest).

"Bij een hobbyactiviteit is namelijk vaak geen voordeel beoogd en valt voordeel ook niet redelijkerwijs te verwachten. Hierdoor worden hobbyactiviteiten strikt gescheiden van bron van inkomen"

25. Kamerstukken II 2000/01, 27466, 6, p. 30.

26. M.J. Hoogeveen, 'De Hoge Raad is niet omgegaan ten aanzien van de objectieve voordeelverwachting', WFR 2002/685, afl. 6481, p. 685-690.

27. J.P. Boer, 'Bron van inkomen. Een onderzoek naar de invulling van het bronbegrip door de Hoge Raad', NTFR 2015/759, afl. 9, p. 4-10.

28. Kamerstukken II 1998/99, 26727, A, p. 54.

29. Kamerstukken II 1999/00, 26727, 7, p. 121.

ding van inkomen.²⁵ Hoogeveen is het eens met de Hoge Raad en stelt dat het toetsen aan de voordeelpercriteria essentieel is voor het afbakenen van de bestedingssfeer ten opzichte van de inkomenssfeer.²⁶ Ik sluit mij daarbij aan. Bij een hobbyactiviteit is namelijk vaak geen voordeel beoogd en valt voordeel ook niet redelijkerwijs te verwachten. Hierdoor worden hobbyactiviteiten strikt gescheiden van bron van inkomen. Ook Boer deelt deze mening. Hij stelt namelijk dat hobbyactiviteiten ook kunnen plaatsvinden in het economische verkeer.²⁷ Zowel het lijden van incidentele verliezen als het plaatsvinden in het economische verkeer kunnen ervoor zorgen dat hobbyactiviteiten vaak moeilijk te onderscheiden zijn van ondernemingsactiviteiten in de aanloopfase.²⁸ Daarom is toetsing aan de voordeelpercriteria uiterst noodzakelijk. De wetgever heeft bewust ervoor gekozen om activiteiten in de hobbysfeer te scheiden van activiteiten in de inkomenssfeer. Hij beoogt namelijk met deze scheiding dat structurele verliezen van hobbyisten niet kunnen worden verrekend met andere inkomsten.²⁹ Ook heeft de hobbyist geen recht op aftrekposten. Het is immers niet zijn bedoeling om ieders hobby te financieren.

4. Hobby of overige werkzaamheid?

Het onderscheid tussen bron van inkomen en hobbyactiviteiten is niet altijd direct duidelijk.³⁰ Ondernemingsactiviteiten worden gekenmerkt door het ondernemersvereiste (art. 3.4 Wet IB 2001) en dienstbetrekkingen worden gekenmerkt door een arbeidsovereenkomst (art. 7:610 BW). Het is echter lastiger om te bepalen of de persoon onder de Wet IB 2001 valt, wanneer een persoon geen werknemers in dienst heeft en wanneer hij niet wordt aangemerkt als ondernemer. Hiervoor is door de wetgever de restcategorie 'resultaat uit overige werkzaamheden' in het leven geroepen. In deze categorie is de grens tussen hobbyactiviteiten en bron van inkomen vaak flinter-

30. H.P.A.M. van Arendonk e.a., *Wegwijs in de inkomstenbelasting*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 28.

dun.³¹ Bij de afbakening van hobby en de bron 'resultaat uit overige werkzaamheden' zijn de broncriteria derhalve onmisbaar om de inkomenssfeer van de hobbysfeer te scheiden.

In de Memorie van Toelichting wordt het begrip 'overige werkzaamheden' gedefinieerd als het verrichten van enige vorm van arbeid in het economische verkeer die is gericht op het behalen van geldelijk voordeel en niet is aan te merken als winst uit onderneming of loon uit dienstbetrekking.³² Hieruit vloeit nog een extra vereiste voort, naast de bronvereisten, voor de kwalificatie 'overige werkzaamheid': het arbeidsvereiste. Dit vereiste behelst drie aspecten: enige vorm van arbeid moet zijn verricht, de hoedanigheid van de arbeid bepaalt de toepassing van de voordeelcriteria (toepassing voor diensten of toepassing voor vermogenstransacties) en de arbeid moet leiden tot het behaalde voordeel.³³ Boer en Freudenthal zijn van mening dat uit de jurisprudentie blijkt, dat de vraag hoe de arbeid en het uiteindelijke voordeel zich tot elkaar dienen te verhouden, een gecompliceerde vraag is.³⁴ In de wet is zelfs niet vastgelegd welke arbeidsvormen als werk-

"Bij de afbakening van hobby en de bron 'resultaat uit overige werkzaamheden' zijn de broncriteria derhalve onmisbaar om de inkomenssfeer van de hobbysfeer te scheiden"

zaamheid kunnen worden aangemerkt, maar dit achten Boer en Freudenthal geoorloofd, omdat binnen deze soort bron van inkomen enige flexibiliteit geboden is.³⁵ In de literatuur heerst, met name bij verduisteringszaken, een discussie over de vraag of er überhaupt arbeid moet zijn verricht voor de belasting van voordeel.³⁶ De Hoge Raad ging hier niet op in, toen zich de vraag voordeed.³⁷ Zowel van Dijck als Freudenthal uitten hierover hun kritiek. Zij nemen desalniettemin aan dat inkomsten uit niets doen belast kunnen zijn. Daar sluit ik mij bij aan. Ik acht het onrechtvaardig, indien inkomen uit verduistering van geld onbelast blijft.

Enkele voorbeelden van activiteiten waarbij wél arbeid wordt verricht, maar het niet direct duidelijk is of ze vallen onder resultaat uit overige werkzaamheden of onder hobby, zijn de volgende: het schilderen van kunst, fotograferen en het knippen van iemands haar.³⁸ Uit de jurisprudentie blijkt dat het van de omstandigheden afhangt of in dit soort gevallen sprake is van een bron van inkomen of van een resultaat uit overige werkzaamheid. Een voorbeeld uit de jurisprudentie is de uitspraak van het Hof Arnhem waarin een kunstenaar beweert dat zijn activiteiten zijn aan te merken als bron van inkomen.³⁹ De kunstenaar heeft echter niet voldoende aannemelijk gemaakt voor het Hof, dat de opbrengsten van zijn kunst de kosten zullen overtreffen. Hier loopt het dus stuk op het objectieve voordeelcriterium, waardoor de activiteiten van de kunstenaar moeten worden aangemerkt als hobbyactiviteiten.

Een ander voorbeeld is de uitspraak van het Hof Leeuwarden waarin belanghebbende sinds het jaar 2000 werkzaam is als beeldend kunstenaar.⁴⁰ De vraag is of haar activiteiten in 2006 en 2007 kunnen worden aangemerkt als bron van inkomen. Het Hof oordeelt dat zij inderdaad kunnen worden aangemerkt als bron van inkomen, omdat de kunstenaar deelneemt aan het economisch verkeer, voordeel beoogt en voordeel redelijkerwijs is te verwachten. Aan het ondernemerscriterium voldoet de kunstenaar echter niet. Het Hof oordeelt dan ook dat de activiteiten dienen te worden geschaard onder de categorie resultaat uit overige werkzaamheden.

31. C.G. Dijkstra, 'Resultaat uit overige werkzaamheden', in: R.E.C.M. Niessen (red.), De Wet inkomstenbelasting 2001. Met hoofdzaken loonbelasting, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 361-412.

32. Kamerstukken II 1998/99, 26727, 3, blz. 132 (MvT).

33. J.P. Boer & R.M. Freudenthal, 'Succes naar arbeid. De interactie tussen het arbeidsvereiste en de algemene bronvoorwaarden gedemonstreerd aan de hand van drie recente hofuitspraken', FED 2004/341, afl. 3023 (online in Kluwer Navigator).

34. J. Boer & R.M. Freudenthal, 'Arbidsvereis-te. Resultaat uit overige werkzaamheden', in: A.W. Cazander e.a. (red.), Vakstudie Nieuws, Deventer: Kluwer (online in Kluwer Navigator).

35. J.P. Boer & R.M. Freudenthal, 'Succes naar arbeid. De interactie tussen het arbeidsvereiste en de algemene bronvoorwaarden gedemonstreerd aan de hand van drie recente hofuitspraken', FED 2004/341, afl. 3023 (online in Kluwer Navigator).

36. R.M. Freudenthal, 'Over een luie wetgever, en slapend rijke burgers', WFR 2007/1062, afl. 6736, p. 1062-1067.

37. HR 24 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5026, BNB 1993/19, m.nt. Van Brunschot.

38. H.P.A.M. van Arendonk e.a., Wegwijs in de inkomstenbelasting, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 28.

39. Hof Arnhem 24 december 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BH0075, NTFR 2009, 144.

40. Hof Leeuwarden (BK) 15 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6130, NTFR 2012, 1505, m.n.t. Molenaar.

5. Overgang van hobby naar bron van inkomen

Het gebeurt dagelijks dat mensen van hun hobby hun beroep maken. Dan doet zich een overgang voor van hobby naar bron van inkomen. De vraag is echter op welk moment niet langer sprake is van een hobby, maar van een bron van inkomen. Op deze vraag heeft de wetgever antwoord gegeven.⁴¹ Pas indien sprake is van een bron van inkomen, kunnen kosten in aftrek worden gebracht. In de beginjaren is vaak nog niet voldaan aan het objectieve voordeelcriterium, waardoor geen sprake is van bron van inkomen. Het kan echter zo zijn, dat op een later moment wel wordt voldaan aan dat vereiste. Op dat moment vindt de overgang plaats van hobby naar bron van inkomen. Dan komen de kosten met betrekking tot de rendabele activiteiten alsnog in aanmerking voor aftrek door middel van een ambtshalve vermindering en de daarvoor bepaalde termijnen.⁴² Reeds is in art. 3.10 Wet IB 2001 bepaald, dat bij ministeriële regeling regels kunnen worden opgesteld, waardoor de ondernemer bij het bepalen van de winst de per saldo resterende kosten en lasten in aftrek kan brengen. Dit geldt echter alleen voor de kosten die in de vijf kalenderjaren, onmiddellijk voorafgaand aan het eerste kalenderjaar als ondernemer, zijn gemaakt. Ook moeten de kosten verband houden met het starten van de onderneming en niet ten laste van het belastbaar inkomen uit werk en woning kunnen of konden worden gebracht. De kosten komen dus pas in aanmerking voor aftrek, indien er positieve voordelen zijn behaald.

6. Conclusie

Wanneer de overgang van hobby naar bron van inkomen plaatsvindt, is in de praktijk niet direct te duiden. Voor elk afzonderlijk geval dient derhalve te worden gekeken naar de broncriteria die door de Hoge Raad zijn geformuleerd. Allereerst moet de persoon gericht zijn op deelname aan het economische verkeer: hij moet gericht zijn op het produceren en ruilen van goederen en diensten op de markt. Daarnaast moet de persoon voordeel beogen en dat voordeel moet ook redelijkerwijs te verwachten zijn. Aan deze criteria behoeft volgens de Hoge Raad slechts te worden getoetst in gevallen waarin activiteiten voorzienbaar en blijvend verliesgevend zijn, in gevallen waarin vermogenstransacties enkel speculatief zijn en in gevallen waarin activiteiten bij de persoonlijke sfeer horen, maar waarin de voordelen voortkomen uit in het economisch verkeer verrichte activiteiten.⁴³ Aangezien een hobby vaak voorzienbaar en blijvend verliesgevend is, spelen de voordeelcriteria een cruciale rol bij de afbakening tussen de bestedings- en inkomenssfeer. Tot slot moet in enkele gevallen ook nog worden getoetst aan het arbeidsvereiste. Dit is voornamelijk het geval bij het verrichten van werkzaamheden, diensten en niet-speculatieve vermogenstransacties.⁴⁴ Als de activiteit aan alle vereisten voldoet, is sprake van een bron van inkomen. In een dergelijk geval kan de belastingplichtige zijn verliezen verrekenen en kosten in aftrek nemen. Indien niet aan de vereisten is voldaan, is sprake van een activiteit in de onbelaste privésfeer. Hier valt ook de besteding aan hobbyactiviteiten onder. De wetgever beoogt de bestedings sfeer van de inkomenssfeer te scheiden, zodat de structurele verliezen van hobbyisten niet kunnen worden verrekend met andere inkomsten.⁴⁵ Mijns inziens spelen de broncriteria een cruciale rol bij de afbakening tussen hobby en bron van inkomen en zijn zij inmiddels onmisbaar geworden. De Hoge Raad heeft hiermee concrete handvatten aangereikt, die in elk geval kunnen worden toegepast. Deze handvatten bieden genoeg interpretatieruimte voor de rechter waardoor hij van geval tot geval kan bepalen wanneer er niet langer sprake is van een hobby, maar van een bron van inkomen en omgekeerd. De broncriteria zijn naar mijn mening aanknopingspunten voor de rechter en geen glasharde criteria. Dat acht ik geoorloofd, omdat zorgvuldig dient te worden omgesprongen met de opbrengsten uit de inkomstenbelasting. Van het recht om belasting te heffen mag geen misbruik worden gemaakt. Derhalve is het begrijpelijk, dat de rechter per geval oordeelt over de vraag of sprake is van een bron van inkomen of van een hobby, opdat hij zo de Staat der Nederlanden nauwlettend in de gaten houdt. ●

41. Kamerstukken II 1998/99, 26727, 3, p. 102 (MvT).

42. Besluit van de Staatssecretaris van Financiën d.d. 25 maart 1991, DB89/735, V-N 1991/971, 3; Besluit van de Staatssecretaris van Financiën d.d. 3 juni 1996, AFZ96/1125M, V-N 1996/2875, 11.

43. HR 14 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:-BH8770, BNB 1993/203, m.nt. Van Dijk (Nasi- en bamireceptenarrest).

44. J.P. Boer & R.M. Freudenthal, 'Succes naar arbeid. De interactie tussen het arbeidsvereiste en de algemene bronvoorwaarden gedemonstreerd aan de hand van drie recente hofuitspraken', FED 2004/341, afl. 3023 (online in Kluwer Navigator)..

45. Kamerstukken II 1999/00, 26727, 7, p. 121.

"De broncriteria zijn naar mijn mening aanknopingspunten voor de rechter en geen glasharde criteria"

ALUMNI

Kosten huurder of kosten verhuurder? Voor wie zijn de bemiddelingskosten bij de huur van woonruimte?

Kirsten Looijschilder

Mr. K. Looijschilder is juridisch medewerker bij de Rechtbank Gelderland en alumna van de Radboud Universiteit Nijmegen



1. Inleiding

De laatste jaren is volop aandacht besteed aan bemiddelingskosten¹ bij de huur van woonruimte. Het onderwerp is veel besproken in de politiek en de media. Zo is recentelijk een wet² aangenomen tot wijziging van de artikelen 7:417 lid 4 BW en 7:427 BW en is er vaak aandacht besteed aan bemiddelingskosten in consumentenprogramma's zoals Kassa en Radar. Verder heeft de Hoge Raad³ in oktober 2015 uitleg gegeven over het leerstuk op verzoek van een kantonrechter in de vorm van een prejudiciële vraag⁴ teneinde de discussie over bemiddelingskosten te beslechten.

Door veel huurders is de afgelopen jaren met wisselend succes een procedure bij de rechter aanhangig gemaakt om de betaalde bemiddelingkosten terug te krijgen. De vraag die in een gerechtelijke procedure centraal staat, is de vraag of de rekening door de bemiddelaar voor zijn bemiddelingswerkzaamheden met recht aan de huurder wordt gepresenteerd. Vorderen huurders terecht de door hen betaalde bemiddelingskosten terug? Gaat het in dergelijke situaties niet precies om het geval zoals omschreven in art. 7:417 lid 4 BW op basis waarvan de bemiddelingskosten niet bij de huurder in rekening gebracht mogen worden? En wat is de rol van art. 7:264 lid 2 BW bij het terugvorderen van betaalde bemiddelingskosten?

Dat het een complex leerstuk betreft, moge duidelijk zijn. Daarom zal ik in dit artikel duidelijkheid proberen te verschaffen over de vraag voor wiens rekening de bemiddelingskosten bij de huur van woonruimte behoren te komen en waar partijen in de praktijk op moeten letten. Allereerst zal ik art. 7:417 lid 4 BW uitgebreid behandelen. In die bepaling is een verbod opgenomen om bemiddelingskosten bij de huurder in rekening te brengen als er tweezijdig is bemiddeld bij de huur van woonruimte. Vervolgens komt art. 7:264 lid 2 BW aan bod, welk artikel ziet op een bedongen niet redelijk voordeel bij de totstandkoming van een huurovereenkomst. Omdat vaak zowel art. 7:417 lid 4 BW als 7:264 lid 2 BW door de huurder aan zijn restitutieordering ten grondslag wordt gelegd, zal ik eveneens aandacht besteden aan het verschil tussen de twee bepalingen. Verder komt verjaring van de vordering tot terugbetaling van bemiddelingskosten ter sprake.

2. Artikel 7:417 lid 4 (dienen van twee heren)

Artikel 7:417 lid 4

Ingevolge art. 7:427 BW wordt art. 7:417 BW, welke ziet op lastgeving, overeenkomstig van toepassing verklaard op de bemiddelingsovereenkomst. In het geval voldaan is aan de vereisten van art. 7:417 leden 1 en 2 BW is het de bemiddelaar toegestaan om twee heren te dienen en heeft hij recht op loon jegens de opdrachtgever(s). Op deze hoofdregel is ingevolge art. 7:417 lid 4 BW echter een uitzondering gemaakt voor de situatie waarin de bemid-

1. Hierna wordt steeds gesproken van 'bemiddelingskosten'. De 'bemiddelingskosten' zien enkel op de courtagekosten ('loon' in de zin van art. 7:405 en 7:426 BW) die in rekening worden gebracht door de bemiddelaar. Daar vallen de inschrijvingskosten en/of contractkosten niet onder. Vgl. J.J. Dammingh, 'Direkt wonen: doet de praktijk wat de wet niet toestaat? Courtagerekening door bemiddelingsbureaus aan huurders van zelfstandige woonruimte is niet geoorloofd', *Ars Aequi*, 1998-47, p. 966-967.

2. *Stb.* 2016, 20.

3. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099.

4. Rb. Den Haag 12 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1437.

"In art. 7:417 BW is een verbod opgenomen om bemiddelingskosten bij de huurder in rekening te brengen als er tweezijdig is bemiddeld bij de huur van woonruimte"



5. Zie o.m.: *Kamerstukken II*, 1985/86, 19 385, nr. 3 (MvT), p. 2-3; J.J. Dammingh, 'Tweezijdige bemiddeling door de makelaar o.g.', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Vertegenwoordiging en tussenpersonen*, Deventer: Kluwer 1999, p. 350.

6. Indien één van de opdrachtgevers een consument is, is aan dit vereiste voldaan. Zie: Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/241; B. Wessels, 'Lastgeving', in: B. Wessels & A.J. Verheij (red.), *Bijzondere overeenkomsten* (Studiereeks burgerlijk recht deel 6), Deventer: Kluwer 2013, p. 226-227.

7. K. Looijschilder, *Bemiddelingskosten: twee heren dienen, een onredelijk voordeel bedingen. Hoe zit het nu precies? Een kritische analyse van de artikelen 7:417 lid 4 en 7:264 lid 2 BW*, 's Hertogenbosch: BOXpress 2015, p. 28 e.v.

8. Zie o.m.: Rb. Amsterdam 17 februari 2015, nr. 3296195, r.o. 11; Rb. Zeeland-West-Brabant. 22 oktober 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:7153, r.o. 3.8; Rb., Amsterdam 16 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:283, r.o. 3.6; Rb. Noord-Nederland 2 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:25, r.o. 3.11; Rb. Den Haag 24 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18614, r.o. 9; Rb. Amsterdam 13 maart 2013, ECLI:NL:RAMS:2013:BZ6442, r.o. 3.6.

delaar zowel in opdracht van de verhuurder als in opdracht van de huurder bemiddelt bij de huur van onroerende zaak of een gedeelte daarvan. In dat geval geldt een verbod voor de bemiddelaar om loon bij de huurder in rekening te brengen. De wetgever heeft het onwenselijk geacht dat de bemiddelaar in dergelijke situaties tweemaal loon in rekening brengt. De bemiddelaar treedt namelijk op voor twee partijen, huurder en verhuurder, die 'van nature' tegenstrijdige belangen hebben.⁵ Voor de vraag of art. 7:417 lid 4 BW van toepassing is, gelden drie cumulatieve vereisten, namelijk:

1. Er worden twee heren gediend;
2. Eén van beide partijen betreft een consument in de zin van art. 7:408 lid 3 BW;⁶
3. Er is sprake van de huur of verhuur van een onroerende zaak of een gedeelte daarvan.

Met de wetwijziging, die op 1 juli 2016 in werking treedt, zal de verbodsbepaling eveneens ten aanzien van onzelfstandige woonruimte semi-dwingendrechtelijk van aard worden. Dit wil zeggen dat niet ten nadele van de huurder van zowel zelfstandige als onzelfstandige woonruimte van dit verbod kan worden afgeweken. Naar het huidige recht geldt het semi-dwingerende karakter uitsluitend ten aanzien van zelfstandige woonruimte, waardoor het mogelijk is om met betrekking tot onzelfstandige woonruimte van dit verbod af te wijken.

Indien de huurder zijn bemiddelingskosten terug wil vorderen met een beroep op art. 7:417 lid 4 BW, zal hij (op grond van art. 150 Rv) moeten stellen en bewijzen. De laatste twee vereisten van art. 7:417 lid 4 BW leveren in de praktijk geen problemen op. In de kern van een geschil over bemiddelingskosten gaat het doorgaans om de vraag of door de bemiddelaar twee heren zijn gediend.⁷ De huurder moet niet alleen stellen en bewijzen dat tussen hem en de bemiddelaar een bemiddelingsovereenkomst bestond, maar eveneens dat tussen de verhuurder en de bemiddelaar sprake was van een bemiddelingsovereenkomst. Alleen in die situatie worden immers twee heren gediend bij de huur van woonruimte en heeft de bemiddelaar geen recht op loon jegens de huurder. Voor de bemiddelaar is het dan ook van groot belang dat aan dit vereiste niet is voldaan. Gebleken is dat de vraag wanneer de bemiddelaar twee heren dient niet eenduidig wordt beantwoord. Met name over het rechtskarakter van de overeenkomst tussen de bemiddelaar en de verhuurder is door kantonrechters wisselend geoordeeld.⁸ Wanneer kan er nu precies gesproken worden van een bemiddelingsovereenkomst?

3. De bemiddelingsovereenkomst

De bemiddelingsovereenkomst is een gekwalificeerde vorm van de overeenkomst van opdracht.⁹ Voor totstandkoming van zowel de bemiddelingsovereenkomst als de overeenkomst van opdracht zijn geen specifieke regels vastgesteld. Derhalve komt de bemiddelingsovereenkomst tot stand volgens de algemene regels die gelden voor totstandkoming van een overeenkomst, namelijk door middel van wilsovereenstemming (art. 6:217 BW), aanbod en aanvaarding daarvan. Voorts is de totstandkoming op grond van art. 3:37 BW vormvrij, waardoor de overeenkomst schriftelijk dan wel mondeling en uitdrukkelijk dan wel stilzwijgend kan worden gesloten.¹⁰ Dit betekent dat totstandkoming van een bemiddelingsovereenkomst niet in schriftelijke vorm dient te geschieden, maar evengoed in gedragingen besloten kan liggen.

Het meest typerende kenmerk aan de bemiddelingsovereenkomst betreft het feit dat de bemiddelaar werkzaamheden verricht gericht op de totstandkoming van een (huur)overeenkomst. Om van een bemiddelingsovereenkomst te kunnen spreken is het dan ook voldoende dat de bemiddelaar adverteert met de woning voor de verhuurder (in opdracht dan wel met diens goedvinden). Dit is recentelijk door de Hoge Raad bevestigd.¹¹ Volgens de Hoge Raad is dat slechts anders in het geval de website van de bemiddelaar enkel fungeert als 'elektronisch prikbord' waar de verhuurder zijn woning op kan plaatsen. Van belang is daarbij dat de verhuurder en huurder niet van elkaar afgeschermd worden, waardoor het onmogelijk wordt om zonder tussenkomst van de bemiddelaar met elkaar in contact te treden.¹²

"Door een aantal kantonrechtters wordt een nauwe samenhang aangenomen tussen de artikelen 7:417 lid 4 en 7:264 lid 2 BW. Het dienen van twee heren zou namelijk automatisch tot gevolg hebben dat er sprake is van een niet redelijk voordeel"

Voor het aannemen van een bemiddelingsovereenkomst tussen de huurder en de bemiddelaar is reeds voldoende dat de huurder zich als woningzoekende bij een bemiddelingsbureau of makelaar (die als bemiddelaar optreedt) heeft ingeschreven.¹³ Dit is evenwel anders indien de makelaar tevens als beheerder van de woning optreedt. De makelaar fungeert dan vanzelfsprekend niet als tussenpersoon, zodat van een bemiddelingsovereenkomst geen sprake kan zijn. Art. 7:264 lid 2 BW kan in dergelijke situaties mogelijk soelaas bieden om een betaalde vergoeding terug te vorderen. Daar kom ik later op terug.

Kortom, alle feitelijke handelingen die aan het doel (het tot stand brengen van een (huur)overeenkomst) bijdragen, kunnen derhalve als werkzaamheden van de bemiddelaar uit hoofde van een bemiddelingsovereenkomst worden aangemerkt. Dit brengt aldus met zich mee dat ook een opdracht waarbij de bemiddelaar zich uitsluitend verbindt tot het in contact brengen van partijen als een bemiddelingsovereenkomst heeft te gelden.¹⁴

Vóór het arrest van de Hoge Raad van 16 oktober 2015 werd nogal eens door de bemiddelaar aangevoerd dat geen sprake was van een bemiddelingsovereenkomst tussen hem en de verhuurder, omdat de verhuurder geen loon verschuldigd was. Strikt genomen is dit standpunt correct omdat niet aan de omschrijving van een bemiddelingsovereenkomst in de zin van art. 7:425 BW wordt voldaan. Op grond van die omschrijving dient bemiddeling plaats te vinden tegen loon. Het standpunt van de bemiddelaar lijkt echter lijnrecht in te druisen tegen de bedoeling van de wetgever om art. 7:417 lid 4 BW van overeenkomstige toepassing op de bemiddelingsovereenkomst te verklaren (art. 7:427 BW). Wanneer de bemiddelaar in dit argument gevolgd zou worden, kan immers bij bemiddeling de bescherming van art. 7:417 lid 4 BW op erg eenvoudige wijze omzeild worden door de simpele afspraak dat de verhuurder de bemiddelaar niets verschuldigd is. Dat voor toepassing van art. 7:417 lid 4 BW niet noodzakelijk is dat de verhuurder of verkoper loon aan de bemiddelaar verschuldigd is, bleek reeds uit de wetsgeschiedenis en wordt nog eens bevestigd door de Hoge Raad in het arrest van 16 oktober 2015. Daarnaast zal met de eerdergenoemde wetswijziging aan art. 7:417

9. De bepalingen van afdeling 7.7.1, welke zien op de overeenkomst van opdracht, zijn door de gelaagde structuur van het BW eveneens op de bemiddelingsovereenkomst van toepassing, mits daarvan in afdeling 7.7.3 niet wordt afgeweken. T.F.E. Tjong Tjin Tai 7-VI 2014, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederland Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, inclusief geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Kluwer, nr. 53 & 304 (online in Kluwer Navigator, bijgewerkt tot 1 maart 2014). (Hierna: Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014)

10. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014, nr. 71 (online in Kluwer Navigator, bijgewerkt tot 1 maart 2014).

11. Uitspraken waarin een advertentie als indicatie voor een opdracht is aangenomen: Rb. Rotterdam 12 februari 2016, ECLI:RBROT:2016:1353, r.o. 4.4; HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, r.o. 4.4.2; Rb. Oost-Brabant 5 februari 2015, nr. 3370871, r.o. 4.7; Rb. Amsterdam 30 januari 2015, nr. 3402954, r.o. 10; Rb. Gelderland 14 januari 2015, nr. 3410314, r.o. 3.4; Rb. Noord-Nederland 12 augustus 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4058, r.o. 5.4; Rb. Zeeland-West-Brabant 7 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:6574, r.o. 3.7; Rb. Gelderland 18 april 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2678, r.o. 4.2.6; Rb. Amsterdam 16 januari 2014, ECLI:RBAMS:2014:283, r.o. 3.5; Rb. Noord-Nederland 2 januari 2014, ECLI:RBNNE:2014:25, r.o. 3.10; Rb. Den Haag 24 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18614, r.o. 8; Rb. Amsterdam 13 maart 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ6442, r.o. 3.5

12. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, r.o. 4.4.5.

13. J.J. Dammingh, 'Direkt wonen: doet de praktijk wat de wet niet toestaat? Courtageberekening door bemiddelingsbureaus aan huurders van zelfstandige woonruimte is niet geoorloofd', *Ars Aequi* 47 (1998), p. 966.

14. J.J. Dammingh, *Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken* (diss. Nijmegen RU), Deventer: Kluwer, p. 75-76. (Hierna korthetdshalve: Dammingh 2002).

lid 4 BW en art. 7:427 BW worden toegevoegd dat het verbod uit art. 7:417 lid 4 BW onverkort van toepassing is als de verkoper of verhuurder aan de bemiddelaar geen loon verschuldigd is. Door het arrest van de Hoge Raad is deze wetswijziging echter volstrekt overbodig geworden.

Bemiddeling of lastgeving?

In de jurisprudentie komt geregeld voor dat het rechtskarakter van de overeenkomst tussen de bemiddelaar en de verhuurder verkeerd wordt gekwalificeerd. Kantonrechtters oordelen dat sprake is van lastgeving, terwijl in feite sprake is van bemiddeling.¹⁵ Dit onderscheid dient mijns inziens echter goed voor ogen te worden gehouden bij het terugvorderen van betaalde bemiddelingskosten. Weliswaar kan bij zowel lastgeving als bemiddeling uiteindelijk art. 7:417 lid 4 BW van toepassing zijn en heeft de rechter in beginsel een plicht om de rechtsgronden aan te vullen ingevolge art. 25 Rv. Toch blijkt uit de jurisprudentie dat de huurder er goed aan doet om expliciet te stellen dat er sprake is van bemiddeling. Het verschil tussen beide soorten opdrachtovereenkomsten is met name van belang voor de vraag wat gesteld en bewezen moet worden om aanwezigheid van een der overeenkomsten aan te tonen.¹⁶

Zo kan de huurder bij bemiddeling volstaan met stellen en bewijzen dat de bemiddelaar feitelijk werkzaam is geweest bij totstandkoming van de (huur) overeenkomst, waarbij voldoende is dat de bemiddelaar partijen met elkaar in contact heeft gebracht door middel van een advertentie of een bezichtiging heeft verzorgd. Terwijl bij lastgeving aangetoond moet worden dat de bemiddelaar zich heeft verbonden om rechtshandelingen voor rekening van partijen te verrichten, bijvoorbeeld namens de verhuurder tekenen van de huurovereenkomst. Pas wanneer de kern van de opdracht het verrichten van rechtshandelingen voor rekening van de opdrachtgever betreft, is er sprake van lastgeving.¹⁷

Artikel 7:264 lid 2 BW (niet redelijk voordeel)

Door een aantal kantonrechtters wordt een nauwe samenhang aangenomen tussen de artikelen 7:417 lid 4 en 7:264 lid 2 BW.¹⁸ Het dienen van twee heren zou namelijk automatisch tot gevolg hebben dat er sprake is van een niet redelijk voordeel. Bovendien worden door de huurder dikwijls beide artikelen aan zijn vordering ten grondslag gelegd. Is het echter wel terecht om deze nauwe samenhang tussen de artikelen te veronderstellen?

Artikel 7:264 lid 2 BW

Art. 7:264 lid 2 BW ziet op elk beding dat in verband met de totstandkoming van een huurovereenkomst betreffende woonruimte is gemaakt waarbij door of tegenover een derde enig niet redelijk voordeel wordt overeengekomen. Toepasselijkheid van deze bepaling heeft tot gevolg dat het beding nietig is, bovendien kan van deze bepaling niet worden afgeweken (art. 7:265 BW). Deze bepaling strekt ertoe te voorkomen dat bij het aangaan van de huurovereenkomst een ontoelaatbare tegenprestatie als voorwaarde voor het sluiten van de huurovereenkomst wordt bedongen.¹⁹ Voor toepassing van dit artikel is niet vereist dat het beding in de huurovereenkomst overeen is gekomen.²⁰ Wel dient het beding voor of bij aangaan van de huurovereenkomst een niet redelijk voordeel op te leveren en direct verband te houden met de totstandkoming van de huurovereenkomst.²¹

Voorts leidt uitsluitend een niet redelijk voordeel tot nietigheid van het beding, daarbij gaat het erom dat het beding onredelijk voordelig is voor de derde.²² Van een niet redelijk voordeel is volgens de Hoge Raad in het arrest van 6 april 2012 sprake indien bij het aangaan van de huurovereenkomst de huurder zich niet in een voldoende gelijkwaardige positie bevindt om te voorkomen dat een dergelijk beding overeen wordt gekomen. Daarnaast heeft als uitgangspunt te gelden dat van een niet redelijk voordeel sprake is indien tegenover het bedongen voordeel geen of een verwaarloosbare tegenprestatie staat.²³ Het arrest van de Hoge Raad is weliswaar gewezen in het kader van een niet redelijk voordeel in de zin van art. 7:264 lid 1 BW, maar er is geen reden om aan te nemen dat voor een niet redelijk voordeel in de zin van art. 7:264 lid 2 BW een ander criterium dient te gelden. Derhalve wordt dit arrest ook van belang geacht voor toepassing van art. 7:264 lid 2 BW.²⁴

15. Rb. Amsterdam 17 februari 2015, nr. 3296195, r.o. 10-11; Rb. Amsterdam 30 januari 2015, nr. 3402954, r.o. 11-12; Rb. Gelderland 14 januari 2015, nr. 3410314, r.o. 3.5; Rb. Zeeland-West-Brabant 22 oktober 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:7153, r.o. 3.8; Rb. Gelderland 18 april 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2678, r.o. 4.2.6; Rb. Amsterdam 16 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:283, r.o. 3.6; Rb. Noord-Nederland 2 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:25, r.o. 3.9-3.11; Rb. Den Haag 24 december 2013, ECLI:RBDHA:2013:18614, r.o. 3.7-3.9; Rb. Amsterdam 13 maart 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ6442, r.o. 3.4-3.6.

16. K.Looijschilder, *Bemiddelingskosten: twee heren dienen, een onredelijk voordeel bedingen. Hoe zit het nu precies? Een kritische analyse van de artikelen 7:417 lid 4 en 7:264 lid 2 BW*, 's Hertogenbosch: BOXpress 2015, p. 35-36.

17. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/225; Damingh 2002, p. 73-74; Van Neer-Van den Broek, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:414, aant. 1 (online in Kluwer Navigator, laatste bijgewerkt op 1 juni 1996).

18. Rb. Overijssel 1 maart 2016, ECLI:NL:ROVE:2016:1115, r.o. 4.4 & 4.5; Rb. Amsterdam 16 januari 2014, ECLI:RBAMS:2014:283, r.o. 3.10; Rb. Noord-Nederland 2 januari 2014, ECLI:RBNNE:2014:25, r.o. 3.8; Rb. Den Haag 24 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18614, r.o. 10; Rb. Amsterdam 13 maart 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ6442, r.o. 3.3.

19. *Kamerstukken II 1976/77*, 14 175, nr. 3, p. 31; Kloosterman 2014, p. 176.

20. Rb. Midden-Nederland 1 april 2015, nr. 3610923, r.o. 4.6.

21. K.Looijschilder, *Bemiddelingskosten: twee heren dienen, een onredelijk voordeel bedingen. Hoe zit het nu precies? Een kritische analyse van de artikelen 7:417 lid 4 en 7:264 lid 2 BW*, 's Hertogenbosch: BOXpress 2015, p. 50; Tuinman, in: *Sdu Commentaar Huurrecht*, art. 7:264 BW (online in Rechtsorde, laatst bijgewerkt op 11 februari 2015); Jacobs, in: *T&C BW 2014*, art. 7:264 BW, aant. 2 (online in Kluwer Navigator, laatst bijgewerkt op 1 juni 2014); Hielkema, in: *GS Huurrecht*, art. 7:264, aant. 12 (online in Rechtsorde, laatst bijgewerkt op 19 januari 2011).

22. Hielkema, in: *GS Huurrecht*, art. 7:264, aant. 13 (online in Rechtsorde, laatst bijgewerkt op 19 januari 2011).

23. HR 6 april 2012, ECLI:HR:2012:BV1767, r.o. 3.5.

24. Rb. Midden-Nederland 1 april 2015, nr. 3610923, r.o. 4.3; Rb. Oost-Brabant 4 september 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:5235, r.o. 4.1; Rb. Limburg 3 september 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:7733, r.o. 4.2.1; Rb. Amsterdam 16 januari 2014, ECLI:RBAMS:2014:283, r.o. 3.2-3.3; Rb. Noord-Nederland 2 januari 2014, ECLI:RBNNE:2014:25, r.o. 3.5; Rb. Midden-Nederland 4 september 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:4702, r.o. 4.10; Rb. Amsterdam 13 maart 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ6442.

De verhouding tussen artikel 7:264 lid 2 BW en artikel 7:417 lid 4 BW
Wat bij vergelijking van beide artikelen meteen opvalt, zijn de verschillende rechtsgevolgen van de bepalingen. Bij het slagen van een beroep op art. 7:417 lid 4 BW leidt dit tot vernietigbaarheid van de rechtshandeling (art. 3:40 lid 2 BW), waardoor onverschuldigd betaald is. Bij art. 7:264 lid 2 BW leidt een geslaagd beroep op die bepaling daarentegen tot nietigheid van het beding. Indien de gevolgtrekking van sommige kantonrechters juist is, waarbij het dienen van twee heren bij de huur van woonruimte automatisch leidt tot een niet redelijk voordeel, zou dit betekenen dat het beding (op grond waarvan de huurder bemiddelingskosten verschuldigd is) tegelijkertijd zowel nietig als vernietigbaar is. Dit leidt echter tot een juridische onmogelijkheid.

Op het eerste gezicht lijkt er niet zoveel aan de hand; nietigheid en vernietigbaarheid leiden immers uiteindelijk tot hetzelfde resultaat, namelijk nietigheid waardoor het beding geacht wordt nooit te hebben bestaan. Bij een vernietigbare rechtshandeling dient echter een beroep te worden gedaan op de vernietigingsgrond. Het beding had aanvankelijk dezelfde rechtsgevolgen als een geldige rechtshandeling, pas na een beroep op de vernietigingsgrond is het beding nietig. Bij (van rechtswege) nietige bedingen is er daarentegen nooit een geldige rechtshandeling geweest, de wet onthoudt van meet af aan het rechtsgevolg. Kortom, een beding kan niet tegelijkertijd nietig en vernietigbaar zijn. Een nietig beding dat wordt geacht nooit te hebben bestaan, kan dan ook niet vernietigd worden.

Voorts is er nog een verschil tussen beide bepalingen te constateren. Art. 7:264 lid 2 BW ziet op een vergoeding uit hoofde van de huurovereenkomst. Alleen wanneer de verhuurder zelf of de derde (optredend als beheerder of vertegenwoordiger voor de verhuurder) een niet redelijk voordeel bedingt ten behoeve van die derde kan gesproken worden van art. 7:264 lid 2 BW. Art. 7:264 lid 2 BW ziet uitsluitend op een voordeel bedongen in de rechtsverhouding tussen huurder en verhuurder. Dit is een wezenlijk andere situatie dan bij art. 7:417 lid 4 BW, waarbij de vergoeding wordt bedongen uit hoofde van de bemiddelingsovereenkomst. De vergoeding is bij een situatie in de zin van art. 7:417 lid 4 BW overeengekomen als tegenprestatie voor verrichte bemiddelingswerkzaamheden.²⁵ Daarmee staat mijns inziens op voorhand vast dat de vergoeding niet in direct verband staat met de totstandkoming van de huurovereenkomst. Bovendien is het de vraag of nog wel gesproken kan worden van een vergoeding ten opzichte van een derde, zoals vereist is voor toepassing van art. 7:264 lid 2 BW. Of het bij de bepaling moet gaan om een derde ten opzichte van de vergoeding of ten opzichte van de huurovereenkomst is niet helemaal duidelijk. Ten aanzien van de vergoeding kan, ingeval de vergoeding is bedongen voor bemiddelingswerkzaamheden, mijns inziens in ieder geval niet meer van een derde gesproken worden. De vergoeding is in dat geval tenslotte bedongen uit hoofde van de bemiddelingsovereenkomst, waarbij de bemiddelaar een contractspartij is.

Ten slotte kan over de verhouding tussen beide bepalingen nog opgemerkt worden dat ze niet dezelfde strekking hebben. In mijn optiek kan niet gezegd worden dat beide artikelen geschreven zijn om misstanden bij het aangaan van de huurovereenkomst te voorkomen. Dit is weliswaar de strekking van art. 7:264 BW. Art. 7:417 lid 4 BW is daarentegen geschreven om te voorkomen dat de bemiddelaar ingeval hij bemiddelt bij de huur of koop van een onroerende zaak of een gedeelte daarvan loon bij beide partijen in rekening brengt, terwijl deze partijen van nature tegenstrijdige belangen hebben. De bemiddelaar wordt geacht in dergelijke situaties niet de belangen van beide partijen te kunnen behartigen, waardoor de wetgever van oordeel is dat de bemiddelaar niet tweemaal loon mag vragen. De wetgever heeft de verplichting tot betaling van loon derhalve aan de kwaliteit van

25. Rb. Gelderland 13 november 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4571, r.o. 4.6; Rb. Overijssel 27 augustus 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:4807, r.o. 4.3; Rb. Zeeland-West-Brabant 7 november 2012, ECLI:NL:RBZWB:2013:11307, r.o. 3.3; Rb. Den Haag 1 april 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BI5283, r.o. 2.

26. Kamerstukken II 1985/86, 19 385, nr. 3, p. 5.

partijen willen koppelen en heeft daarbij de voorkeur gegeven om de betalingsplicht bij de verhuurder respectievelijk verkoper te leggen.²⁶

Deze drie wezenlijke verschillen tussen art. 7:264 lid 2 BW en art. 7:417 lid 4 BW leiden mijns inziens tot de conclusie dat toepasselijkheid van art. 7:417 lid 4 BW niet kan leiden tot art. 7:264 lid 2 BW. Beide bepalingen zien op andere situaties. De huurder zal bij zichzelf te rade moeten gaan, alvorens de door hem betaalde vergoeding bij de kantonrechter terug te vorderen, of de vergoeding is bedongen uit hoofde van een bemiddelingsovereenkomst tussen de huurder en de bemiddelaar – zoals ik uitgebreid behandeld heb in paragraaf 2 van dit artikel – of uit hoofde van de huurovereenkomst. In het eerste geval kan nimmer sprake zijn van een niet redelijk voordeel in de zin van art. 7:264 lid 2 BW.

"De huurder zal bij zichzelf te rade moeten gaan, alvorens de door hem betaalde vergoeding bij de kantonrechter terug te vorderen, of de vergoeding is bedongen uit hoofde van een bemiddelingsovereenkomst tussen de huurder en de bemiddelaar of de huurovereenkomst"

Verjaring

Wanneer de huurder betaalde bemiddelingskosten terug wil vorderen, zal hij daarbij rekening moeten houden met de verjaringstermijn van zijn vordering. Voor de twee wettelijke regimes, welke ik in paragraaf 2 en 3 heb behandeld, gelden afwijkende verjaringstermijnen.

Bij art. 7:417 lid 4 (jo. 7:427 BW), het dienen van twee heren, geldt een verjaringstermijn van drie jaar. Wanneer de huurder bemiddelingskosten terugvordert met een beroep op art. 7:417 lid 4 BW, leidt dit tot vernietigbaarheid op grond van art. 3:40 lid 2 BW. Als gevolg daarvan is het betaalde bedrag onverschuldigd (namelijk zonder rechtsgrond) aan de bemiddelaar betaald. Pas wanneer het beding tot betaling van de bemiddelingskosten vernietigd is, is de betaling door de huurder onverschuldigd gedaan. De verjaringstermijn om te kunnen vernietigen, verloopt ingevolge art. 3:52 lid 1 sub d BW drie jaar nadat de bevoegdheid om deze vernietigingsgrond in te roepen aan de huurder ten dienste is komen te staan. Het moment waarop de bevoegdheid aan de huurder ten dienste is komen te staan, betreft het moment waarop de huurder het beding tot betaling van bemiddelingskosten is aangegaan. Verjaring vangt niet pas aan op het moment dat de huurder zich heeft gerealiseerd dat het beding tot betaling van bemiddelingskosten vernietigbaar is.²⁷ Wanneer de vernietiging door de huurder is ingeroepen,²⁸ heeft de huurder vervolgens een vordering uit onverschuldigde betaling. Op grond van art. 3:309 BW geldt voor een vordering uit onverschuldigde betaling een verjaringstermijn van vijf jaar. Dit betekent, kort gezegd, dat de huurder bij een beroep op art. 7:417 lid 4 BW binnen drie jaren moet vernietigen, anders is de bevoegdheid tot vernietiging verjaard. Vervolgens heeft de huurder vijf jaar de tijd om de betaalde bemiddelingskosten op grond van onverschuldigde betaling terug te vorderen.

Ingeval art. 7:264 lid 2 BW van toepassing is, is het beding nietig. Wanneer een beding nietig is, hoeft deze niet eerst vernietigd te worden. In dat geval is het beding van rechtswege nietig en is art. 3:309 BW onverminderd van toepassing. De vergoeding is van meet af aan onverschuldigd betaald. Een vordering op grond van art. 7:264 lid 2 BW kent aldus een verjaringstermijn van vijf jaar.

27. Dammingh, 'Bemiddelingscourtage bij de huur van woonruimte: de Hoge Raad heeft duidelijkheid verschaft!', *TvC* 2016-1, p. 36; HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1866 (*Beerman/Dexia*); HR 9 augustus 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9951 (*Stern/Gulf*).

28. Vernietiging kan ook buiten rechte geschieden ingevolge art. 3:50 lid 1 BW.

Conclusie

In dit artikel heb ik gepoogd duidelijk te maken wie de kosten voor bemiddeling bij de huur van woonruimte dient te dragen, wanneer sprake is van een bemiddelingsovereenkomst en tweezijdige bemiddeling en waarom het verschil tussen bemiddeling en lastgeving in deze kwestie relevant is. Verder heb ik getracht het onderscheid tussen art. 7:417 lid 4 BW en 7:264 lid 2 BW aan het licht te brengen en helder te maken wanneer sprake is van een niet redelijk voordeel.

Of in een concrete situatie art. 7:417 lid 4 BW of art. 7:264 lid 2 BW van toepassing is, zal steeds afhangen van de vraag of de huurder een vergoeding heeft betaald uit hoofde van de bemiddelingsovereenkomst of uit hoofde van de huurovereenkomst. Als de vergoeding uit hoofde van de bemiddelingsovereenkomst is betaald, kan gesproken worden van bemiddelingskosten en is art. 7:417 lid 4 BW van toepassing. Om de betaalde bemiddelingskosten terug te krijgen, zal de huurder moeten bewijzen dat de bemiddelaar met beide partijen, zowel de huurder als de verhuurder, een bemiddelingsovereenkomst is aangegaan. Zoals in paragraaf 2 uitgebreid is besproken, is daarvan al spoedig sprake. Van een bemiddelingsovereenkomst is namelijk reeds sprake indien de bemiddelaar feitelijk werkzaam is geweest bij de totstandkoming van een huurovereenkomst. Dit is eenvoudig aan te tonen door middel van feiten en omstandigheden. Wanneer art. 7:417 lid 4 BW van toepassing is, is het de bemiddelaar vooralsnog niet verboden om twee heren te dienen (mits voldaan is aan de leden 1 en 2 van art. 7:417 BW). Het verbod brengt enkel met zich dat het de bemiddelaar verboden is om bemiddelingskosten bij de huurder in rekening te brengen.

"Verder ben ik van mening dat wijziging van de artikelen 7:417 lid 4 BW en 7:427 BW, waarmee beoogd wordt om het leerstuk te verduidelijken, in de praktijk weinig verandering teweeg zal brengen"

Verder ben ik van mening dat wijziging van de artikelen 7:417 lid 4 BW en 7:427 BW, waarmee beoogd wordt om het leerstuk te verduidelijken, in de praktijk weinig verandering teweeg zal brengen. Met die wijziging wordt immers uitsluitend verduidelijkt dat art. 7:417 lid 4 BW onverkort van toepassing is wanneer de verhuurder geen loon verschuldigd is. Zoals in paragraaf 2 ook aan de orde kwam, was dit reeds duidelijk op grond van de wetsgeschiedenis en is dit recentelijk nog (eens) door de Hoge Raad bevestigd. De wijziging van art. 7:417 lid 4 BW, waardoor ook bij bemiddeling van de huur van onzelfstandige woonruimte niet (meer) van het verbod om loon bij de huurder in rekening te brengen ten nadele van de huurder kan worden afgevoerd, zal in de praktijk overigens wel voor veranderingen zorgen.

Een wetswijziging lijkt mij überhaupt overbodig om het leerstuk te verduidelijken, daar toepassing van art. 7:417 lid 4 BW steeds af zal hangen van de concrete feiten en omstandigheden. Daarnaast is de afgelopen jaren geruime aandacht aan dit onderwerp besteed en mag mijns inziens inmiddels helder zijn dat het de bemiddelaar (in de meeste gevallen) niet is toegestaan bemiddelingskosten bij de huurder in rekening te brengen, maar dat hij voor vergoeding van zijn werkzaamheden steeds bij de verhuurder dient aan te kloppen.²⁹ ●

29. Tot inwerkingtreding van de wetswijziging geldt dit uitsluitend voor bemiddeling bij de huur van zelfstandige woonruimte.

INTERNATIONAL

The power of Brussels: fact or myth?



André Cheng & Najib Zamani

A.C.Y. Cheng is masterstudent Ondernemingsrecht
N. Zamani is bachelorstudent European Law School



1. Introduction

The European Union (hereafter: EU) has existed in different forms and under different names for more than half a century. Never before was the EU under more pressure than it has been in the last decade. Several ongoing financial and political crises on the European continent have made more and more people rethink the necessity for their member states to remain part of the EU. These criticisms only grew more serious after the Dutch and the French voted down a treaty on creating a European constitution in a referendum in 2005.

1. Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community.

2. Art. 5(3) of the Treaty on European Union (TEU).

"Never before was
the EU under more
pressure than it
has been in the
last decade"

In 2009, nevertheless, a new treaty¹ entered into force which in general was comparable to the rejected constitution. However, there were a number of differences between the two treaties. Besides lacking a clause officially constituting a European flag and anthem, there were other important differences. These include inter alia a better demarcation of the European Commission's (hereafter: the Commission) tasks and the introduction of an 'orange card', which gives the parliaments of Member States the opportunity to make clear that a proposal of the Commission is in conflict with the principle of subsidiarity.² The principle of subsidiarity governs the exercises of competences within the EU. According to this principle, the Union cannot act when an objective can be better achieved on a national level rather than on EU level. Despite these changes, anti-EU sentiment is still growing. This debate was taken to another level, when the Dutch people voted against the – already passed – association agreement between the EU and Ukraine in another referendum in April this year. The no-voters feared the continuous push to expand the borders of the EU and loathed Brussels' having too much influence on national law. This influence from Brussels has been an enormous issue for the British as well, who will vote on leaving the EU in a referendum coming June, which could be the next blow to the unity of the EU. The growth of anti-EU sentiment in Member States might be a threat to the future of the EU.

But is the fear among citizens justified? The amount of power Brussels has when it comes to legislation might be questionable to some. Are there not enough ways for Member States to be able to influence the policy of Brussels? If so, where does all the frustration people have towards the EU come from? In the following paragraphs we will first take a look at some constitutional issues. After that, we will discuss the main institutions of the EU and their powers.

2. Constitutional issues

In the Van Gend en Loos case the Court of Justice of the European Union (hereafter: ECJ) ruled that 'the [European] community constituted a new legal order [...] of which the Member States had limited their sovereign rights'.³ In the Costa/ENEL case the ECJ ruled that 'the European Economic Community (EEC) Treaty created its own legal system which [...] became an integral part of the legal systems of the Member States'.⁴

3. Case 26/62 NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos v Nederlandse Administratie der belastingen, ECLI:EU:C:1963:1.

4. Case 6/64 Flamingo Costa v. ENEL, ECLI:EU:C:1964:66.

These two cases are the cornerstones of the supremacy doctrine. Supremacy means that 'any EU law provision takes precedence over any provision of national law, including the national constitutions'.⁵ In later cases the ECJ made this clearer. It stated that any national law, whether pre-dated or post-dated to the EU law and which is in conflict with EU law should be set aside by national courts.⁶

5. P. Craig & G. De Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials* (Oxford University Press 6th edn. 2015).

6. Case 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA*, ECLI:EU:C:1978:49.

The ECJ has deployed two main arguments for justifying the primacy of EU law over national law.⁷ The first argument is that the Member States committed themselves to EU law by joining the EU and limiting their sovereign rights. The second argument is more pragmatic: the aims of the Treaties cannot be achieved unless there is primacy of EU law over national law. If this is not the case, uniform application of EU law, which is necessary for realizing the aims of the Treaties, cannot be achieved.

7. *Ibid.*

3. Institutional issues

In the previous paragraph we concluded that EU law takes precedence over any provision of national law. The main reason for this supremacy is the uniform application of the EU law. The Member States have no influence on this part. The question therefore arises whether the Member States have any (realistic) possibilities to influence the legislation of the EU. In the following paragraphs, we will take a look at the four main institutions and their powers, starting with the Commission.

3.1 The European Commission

The European Commission consists of a President of the Commission, a High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy (hereafter: the High Representative) and other Commissioners.⁸ It functions independently from the Member States.⁹ Its main task is to 'promote the general interest of the Union' and, with the control of the ECJ, it upholds Member States on their application of Union law.¹⁰

8. Art. 17(5) TEU.

9. Art. 17(3) TEU.

10. Art. 17(1) TEU.

"the Commission shares the right of initiative with the Member States in the area of freedom, security and justice"

The Commission is the 'face' of the EU, for it is responsible for the external representation of the Union. The High Representative deals with foreign and security policy.¹¹ Besides representing the Union externally, the Commission also exercises coordinative and executive tasks.

11. *Ibid.*

What makes the Commission a powerful body among all institutions, is its exclusive right to take the initiative when it comes to new legislation.¹² The Commission is the only body submitting legislative proposals, which are in general sent to both the European Parliament (hereafter: EP) and the Council of the European Union (hereafter: the Council). However, the Commission shares the right of initiative with the Member States in the area of freedom, security and justice.¹³

12. Art. 17(2) TEU in conjunction with art. 294(2) TFEU.

13. Art. 4(2)(j) TFEU.

Whenever the Commission kicks in and comes with new legislation, when it accuses a Member State of infringing Union law, or when it takes such an infringement case to the ECJ, citizens will see how Member States are faced with the real power of 'Brussels'. Especially those who are citizens of such a Member State might develop the feeling that they barely have any say over these rules and decisions from Brussels. In more legal terms: citizens feel these rules lack democratic legitimacy.

In the next paragraphs, the position of the different institutions of the EU will be explained. The focus will be on the level of influence citizens and their democratically elected governments have when new EU legislation is being created. We will start off with the EP and its influence on the Commission, on 'Brussels'.

3.2 The European Parliament

Influence of citizens on the European Parliament

When dealing with one of the main criticisms heard, that citizens of Member States barely have a say on the policies made in Brussels, we should take the existence of the EP into account first. The members of this institution are directly elected once every five years by the people of all Member States.¹⁴ In this way, the influence of citizens of the EU on policies passed by the EP should be similar to those created in (democratically elected) national parliaments, for these members of parliament are also elected by their constituents.

Besides the possibility for citizens to decide on who will become the next representatives for their Member State in the EP once every half a decade, and the possibility to approach their members of the EP (MEPs) whenever necessary, the TFEU provides citizens with another way to get involved. Every citizen of the EU or legal person registered in the EU has the right to submit petitions to the EP, which can be a request or a complaint.¹⁵ These petitions should be on topics affecting this natural or legal person directly and be part of one of the EU's fields of activity. When a petition is admissible, the EP *inter alia* can take political action to solve the problem submitted by the citizens. When it is clear from the petition that Member States have infringed EU law, the EP can request the Commission to start an infringement procedure on the basis of article 258 TFEU.¹⁶ This way, over 2,700 petitions were received by the EP in 2014, of which over 1,600 were admissible.¹⁷

Influence of the European Parliament on 'Brussels'

Although the citizens of the EU have methods to have influence on the EP, it does not automatically stand for an equal amount of influence they have in the policymaking process of the EU. Therefore, we have to have a look at the power the EP has as one of the main institutions in Brussels. Only if the EP's influence is big enough, one could then say that citizens have a real direct voice.

Talking about a legislative body being not as strong as other bodies might sound odd when thinking of the position of national parliaments, which is often the most important one. The EP, however, used to have much less power than in recent years. Only since the entry into force of the Lisbon Treaty in 2009, the position of the EP has been strengthened more than ever before.¹⁸

Just like a 'normal' democratic parliament, the EP '*exercises legislative and budgetary functions*'.¹⁹ Yet, this power is not given to the EP exclusively; it is shared with the Council.²⁰ Moreover, the exercise of this function does not work the way one can expect from a legislative branch. The EP has been given almost no possibility to submit legislative proposals. Instead, the EP can by majority of the votes request the Commission to submit one.²¹ Also, the proposal requested by the EP has to be '*on matters on which it considers that a Union act is required for the purpose of implementing the Treaties*'.²² The Commission is not forced to listen to the EP on such a request. In the end, the Commission can reject the request of the EP so long as it states the reasons to the EP. The fact that the Commission cannot be forced to submit proposals to the EP, is weakening the power of the EP on the policymaking process. However, this is compensated by the ordinary legislative procedure.

If the Commission does submit a proposal to the EP and the Council, the ordinary legislative procedure will often commence, in which the EP has a say on the proposal. Nevertheless its stance has to be approved by the Council through so-called readings. If no stance is backed by both institutions without amendments to it after two readings, they will have to find an agreement through conciliation to avoid rejection of the proposal.²³ In this, the directly elected EP has a strong position. The EP can amend and reject a proposal, so every legislative act needs the approval of the EP. If there is no approval of the EP, it is almost impossible to make legislation.²⁴

14. Art. 14(3) TEU.

"Every citizen of the EU or legal person registered in the EU has the right to submit petitions to the EP"

15. Art. 227 TFEU, in which the right of petition is stated, in conjunction with art. 20(2)(d) and 24(2) TFEU. Art. 20(1) defines who are citizens of the EU.

16. http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/en/displayFtu.html?ftuid=FTU_2.1.4.html.

17. For the fact sheet, go to <http://www.europarl.europa.eu/> and search for 'The right of petition'.

18. R.H. van Oijk, 'Het Verdrag van Lissabon: structuur en overzicht', *SEW* 2008/22.

19. Art. 14(1) TEU.

20. The members of the Council are representing their Member States at ministerial level. This could be the minister himself or herself but Member States can also send other high representatives for certain issues. Therefore, the members actually present at a meeting of the council differs, depending on the issue of the meeting. See art. 16(2) TEU.

21. Art. 225 TFEU.

22. *Ibid.*

23. Art. 294 TFEU clearly describes the full functioning of the ordinary legislative procedure.

24. K. Lenaerts & P. Van Nuffel, *Europees Recht* (Intersentia 2011). See also: P. Craig & G. De Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials* (Oxford University Press 6th edn. 2015).

Besides the ordinary legislative procedure, different provisions can give the Council the possibility to take appropriate actions on a certain issue with only the consent of the EP, which can either accept or reject the Council's proposal. Another procedure worth mentioning is the special legislative procedure. In such cases the Council only needs to consult the EP before it takes measures, which gives the EP far less power compared to the ordinary procedure.²⁵ In our opinion, both legislative procedures – the ordinary and the special procedure – provide for the citizens and the Member States a way to affect the legislation policy of the EU either through the Council or the EP.

We can however ask ourselves if this system can still be seen as democratic. Where does the legitimacy of the Commission come from and does the EP play any role in this? One important aspect is the way the President of the Commission is chosen. A candidate for President of the Commission is proposed to the EP by the European Council.²⁶ When the European Council is proposing a candidate, it should take the election results of the EP into account. After the proposal, it is up to the MEPs to decide if they wish to elect this candidate President of the Commission and the other members of the Commission as a body.²⁷ The election by the EP has the characteristics of a parliamentary system, in which a head of government needs the approval of parliament to be able to govern. Since the European Council also has to take the vote of the citizens into account, the President-elect of the Commission becomes more democratically legitimate, especially after his or her approval by the EP.

After the election of the Commission, it continuously needs the support of the EP. If the EP does not wish to support the Commission as a body anymore, the EP could vote on a motion of censure. If two-third of the voting MEPs carry this motion, the Commission will have to resign collectively.²⁸ This means that during both the voting on the election and the motion of censure, the EP cannot vote in favor or against a specific candidate; no member can be voted out of office individually. This could be seen as a disadvantage. In case it loses confidence in one of the members, the EP can only put pressure on the Commission as a whole to make a certain member step down. This happened only once: the Santer Commission was sent home by the EP in 1999.

The democratic legitimacy seems not as strong as compared to democracies on the Member States' level. The EP represents the citizens directly but is clearly far weaker than the Commission and the Council in the legislative procedure. Nevertheless, the other institutions do have their own legitimacy through the EP or the Member States.

"The democratic legitimacy seems not as strong as compared to democracies on the Member States' level"

3.3 The Council

In the Council, the Member States are represented at their ministerial level.²⁹ The Council exercises, jointly with the EP, legislative and budgetary functions.³⁰ On the basis of this provision, the Council can influence the EU (legislative) policy in five ways.³¹

Firstly, the Council has to approve all legislative proposals of the Commission in the ordinary legislative procedure. If a proposal is not approved by the Council, it cannot become law. The voting in the Council can be concluded by a simple majority, a qualified majority or unanimity. The Council shall act by qualified majority unless the Treaties stipulates otherwise.³² The Council acts by unanimity on politically sensitive areas, like on the enlargement of the EU and on social security policy: all Member States have to approve such legislation. Moreover, sometimes it is impossible to make secondary legislation without the permission of the Council.³³ Secondly, the Council has the power to request the Commission to submit a legislative

25. E.g. art. 21(3) TFEU on social security and protection.

26. The European Council should not be confused with the Council (of the European Union). It consists of the Heads of States or the Heads of Governments of the Member States and the President of the Commission and is presided by its own President. See art. 17(2) TFEU and paragraph 3.4 on The European Council.

27. Art. 17(7) TEU.

28. Art. 234 TFEU.

29. Art. 16(1) and (2) TEU.

30. Art. 16(1) TFEU.

31. P. Craig & G. De Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials* (Oxford University Press 6th edn. 2015).

32. Art. 16(3) TEU. Qualified majority is defined in art. 16(4) TEU. It means that a legislative act is adopted when 55% of the Member States, representing at least 65% of the EU population vote in favour.

33. F. Ambtenbrink & H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie* (Boom Juridische Uitgevers 2013).

34. Art. 24 TFEU.

proposal on objectives which the Council considers as desirable.³⁴ Thirdly, the Council has the competence to delegate the power to the Commission for making further rules in particular areas. Fourthly, the Council adopts the EU budget, along with the EP.³⁵ Finally, the Council has the competence to conclude agreements with other countries and international organizations. The Association Agreement with Ukraine, for instance, could not be concluded without the approval of the Council.

35. Art. 314 TFEU.

36. P. Craig & G. De Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials* (Oxford University Press 6th edn. 2015).

37. *Ibid.*

It is important to note that the Council is an intergovernmental institution which means that it pursues the interest of the individual Member States in the EU decision making process.³⁶ The Council can use its influence in the legislative procedures to reject and/or amend the legislative proposals to promote national interests. So the Council is 'de facto' the catalyst for many legislative initiatives'.³⁷

3.4 The European Council

38. Art. 15(2) TEU.

39. Art. 15(1) TEU.

40. F. Ambtenbrink & H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie* (Boom Juridische Uitgevers 2013).

41. *Ibid.*

42. Art. 18(1) TEU.

The European Council consists of the Heads of States or Governments of the Member States, including its President and the President of the Commission.³⁸ The European Council provides impetus for the development of the EU, defines the general political directions and priorities and has no formal legislative functions.³⁹ This includes inter alia the development of existing competences of the institutions and creation of new competences.⁴⁰ The European Council also has the competence to change the institutional structure and the Treaties of the EU. Furthermore, the European Council gets involved when there are disagreements that cannot be solved by the Council. Finally, the European Council negotiates on important international treaties and it considers new accessions to the EU.⁴¹ The European Council has influence on the results of the election of the President of the Commission and the appointment of the High Representative. The High Representative is appointed by the European Council with the agreement of the President of the Commission.⁴²

"In our opinion, there is not a (real) problem with the EU when it comes to its legislative power"

4. Conclusion

In our opinion, there is not a (real) problem with the EU when it comes to its legislative power. There are enough ways for the Member States to influence the policy of the EU. The European citizens can also directly affect the legislative policy through the EP.

Union law is not simply imposed by 'Brussels'; we as citizens and Member States together create Union law. It should be clear that the current system is far from perfect. The directly elected EP cannot affect the European legislation in such a strong way as national parliaments can change their domestic legislation. However, this does not mean there is no influence at all. Besides from having a Commission elected by the EP, the Council consists of representatives from the Member States, giving our own national governments the power to decide on legislative matters. Therefore, in one way or another, citizens are still represented, though this happens more indirectly through their own governments seated in the Council than directly through the EP.

If, however, the citizens feel they are not represented in the EU, that should be seen as a political problem of their own politicians. As seen above, the EU gives enough tools to the Member States to have their influence on the policymaking process. When these tools are not used properly, one can question the ability of politicians to represent the citizens. In the end, whether proposals can become law in the EU, is mainly up to our own national governments and our vote during elections. If citizens feel their voices are not being heard in 'Brussels', we should look at our own politicians. Brussels is created and should be managed by our own decisions. ●

NOOTENDOP

Rb. Midden-Nederland (vzr.) 31 juli
2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5677

1. Het fenomeen “doorwerking”, waarbij de verbintenrechtelijke afspraken in een aandeelhoudersovereenkomst directe gevolgen hebben binnen de vennootschapsrechtelijke orde, is al langere tijd een punt van discussie op meerdere vlakken binnen het vennootschapsrecht. In deze zaak gaat het specifiek om de vraag of het in de aandeelhoudersovereenkomst opgenomen unanimiteitsvereiste voor het ontslag van een bestuurder in de vennootschap doorwerkt.

2. De casus draait om een joint-venture vennootschap met drie aandeelhouders, namelijk: eiseres, bedrijf 1 en bedrijf 2. Respectievelijk hielden zij 29,87%, 35,07% en 35,06% van de aandelen binnen de joint-venture vennootschap. Allen waren bestuurder in de joint-venture met respectievelijk de heren A, B en C aan het roer van deze vennootschappen. Om deze samenwerking te consolideren, werd er in de statuten een bepaling opgenomen omtrent een besluit tot de benoeming of het ontslag van een bestuurder. Een dergelijk besluit kon, voor zover wettelijk mogelijk, slechts worden genomen met algemene stemmen (unanimiteit). Tevens werd dit unanimiteitsvereiste opgenomen in de aandeelhoudersovereenkomst tussen eiseres, bedrijf 1 en bedrijf 2.

3. Het geschil ontstond toen de AVA besloot, aangevoerd door bedrijf 1 en 2, eiseres als bestuurder van de joint-venture vennootschap te ontslaan. Dit kwam doordat er, volgens bedrijf 1 en 2, problemen waren binnen de samenwerking. Eiseres werd een aantal ernstige zaken ten laste gelegd, waaronder verduistering, verzwijging van informatie en frauduleus handelen. Eiseres nam hier geen genoegen mee en vorderde in kort geding o.a. de nietigheid/vernietigbaarheid van het desbetreffende besluit tot ontslag, omdat er in de besluitvorming niet is voldaan aan het in de statuten en de aandeelhoudersovereenkomst opgenomen unanimiteitsvereiste.

4. De voorzieningenrechter gaat eerst in op het in de statuten opgenomen unanimiteitsvereiste. De voorzieningenrechter oordeelt duidelijk dat art. 2:244 lid 2 BW zich verzet tegen het in de statuten opgenomen unanimiteitsvereiste voor het ontslag van bestuurders. Dit neemt volgens haar echter niet weg dat art. 2:244 lid 2 BW geen verbod inhoudt om zo’n unanimiteitsvereiste op te nemen in een aandeelhoudersovereenkomst (r.o. 4.2). Het is interessant dat de voorzieningenrechter nu deze woorden rept. Immers, het Hof Amsterdam ontweek in haar arrest van 13 januari 2015, *JOR* 2015/69, m.nt. Nowak (Delfino/Kekk) nog kundig de vraag of zo’n unanimiteitsvereiste contractueel toelaatbaar is. De voorzieningen-

"Mijns inziens geeft de voorzieningenrechter in deze zaak een bevestigend antwoord op de vraag over de toelaatbaarheid van zo’n contractueel unanimiteitsvereiste"

rechter was in zijn vonnis van 16 januari 2014, *JOR* 2014/157, m.nt. Nowak wel uitvoerig ingegaan op deze kwestie en bevestigde de contractuele toelaatbaarheid van zo’n unanimiteitsvereiste (r.o. 5.1). Overigens had het Hof in de zaak Delfino/Kekk deze overweging van de voorzieningenrechter niet betwist. Voor een goede uiteenzetting omtrent Delfino/Kekk zie: L. Bosman, ‘De aandeelhoudersovereenkomst en dwingend recht’, *Vennootschap & Onderneming* 2015, nr. 5. Mijns inziens geeft de voorzieningenrechter in deze zaak een bevestigend antwoord op de vraag over de toelaatbaarheid van zo’n contractueel unanimiteitsvereiste. Zij lijkt hiermee aansluiting te vinden bij de corresponderende overweging van de voorzieningenrechter in Delfino/Kekk en Rb.

Peter Hoefnagels

P.B. Hoefnagels is masterstudent Onderneming & Recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen



Den Haag 1 augustus 2012, *JOR* 2012/286, m.nt. Blanco Fernández (Vanka-Kawat), r.o. 4.16. Het dunkt mij goed dat de voorzieningenrechter deze koers is ingeslagen. De contractuele toelaatbaarheid van een dergelijke unanimiteitsvereiste is met het oog op de contractsvrijheid tussen partijen gunstig. Tevens heeft deze contractuele toelaatbaarheid als voordeel dat het meer rekening houdt met de aard van de vennootschap en de omstandigheden van het geval. Voornamelijk in joint-venture vennootschappen komt namelijk zo'n contractueel unanimiteitsvereiste vaak voor in de aandeelhoudersovereenkomst. Het zou dan niet in de geest van de wetgever zijn, met het oog op de flexibilisering van het vennootschapsrecht, om art. 2:244 lid 2 BW zo uit te leggen dat een contractueel unanimiteitsvereiste voor het ontslag van bestuurders ontoelaatbaar zou zijn. Als dit zo zou zijn dan zouden we niet eens meer toekomen aan de vraag of er sprake kan zijn van doorwerking o.g.v. art. 2:8 BW, immers de contractuele bepaling is dan nietig. Dit lijkt mij te beperkend.

"Vervolgens overweegt de voorzieningenrechter of het in de aandeelhoudersovereenkomst opgenomen unanimiteitsvereiste doorwerkt in de vennootschap op grond van art. 2:8 BW"

5. Vervolgens overweegt de voorzieningenrechter of het in de aandeelhoudersovereenkomst opgenomen unanimiteitsvereiste doorwerkt in de vennootschap op grond van art. 2:8 BW. Kortom, kan in deze zaak nakoming van deze afspraak worden gevorderd?

De voorzieningenrechter kijkt naar de omstandigheden van het geval o.g.v. art. 2:8 BW en gaat vervolgens de redelijkheid en billijkheid uitleggen op de voet van art. 3:12 BW (r.o. 4.3). Zij maakt vervolgens een afweging tussen het belang van de (minderheids)aandeelhouder, wiens positie wordt beschermd door het unanimiteitsvereiste, en het belang van de vennootschap. De vennootschap heeft belang bij een goede samenwerking tussen de aandeelhouders, binnen het bestuur en de waarborging van haar eigen continuïteit. Uiteindelijk beslist zij dat, gezien de omstandigheden van het geval, het unanimiteitsvereiste niet kan doorwerken omdat dit niet opweegt tegen het in art. 2:244 lid 2 BW beschermde belang van de vennootschap (r.o. 4.7). Op deze redenering valt het één en ander af te dingen.

"Het is opmerkelijk dat de voorzieningenrechter, zo ik lees, art. 3:12 BW gebruikt om de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW in te vullen"

6. Het gebruik van art. 2:8 BW voor de eventuele doorwerking van bepalingen uit aandeelhoudersovereenkomsten is ook, in lijn met recente jurisprudentie, in deze zaak onderstreept, zie o.a.: Rb. Den Haag 1 augustus 2012, *JOR* 2012/286, m.nt. Blanco Fernández (Vanka-Kawat), r.o. 4.10, Rb. Amsterdam 16 januari 2014, *JOR* 2014/157, m.nt. Nowak, r.o. 5.1, en Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2002, *JOR* 2002/112, m.nt. Blanco Fernández (Broadnet). De vraag of doorwerking mogelijk is hangt dus af van de redelijkheid en billijkheid t.a.v. de omstandigheden van het geval (art. 2:8 BW). Voor een goede uiteenzetting omtrent doorwerking zie: H.J. ter Meulen, 'Aandeelhou-

dersovereenkomst: van doorwerking en besluiten tot ontslag van een bestuurder', *Tijdschrift Ondernemingsrechtpraktijk* 2015/270, nr. 3. Het is opmerkelijk dat de voorzieningenrechter, zo ik lees, art. 3:12 BW gebruikt om de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW in te vullen (r.o. 4.3). Het voelt naar mijn mening een beetje willekeurig om art. 3:12 BW hiervoor te gebruiken. Immers, art. 2:8 BW is de specifieke vennootschapsrechtelijke bepaling van de redelijkheid en billijkheid. Het zou volstaan om alleen naar art. 2:8 BW te verwijzen, de toegevoegde waarde van art. 3:12 BW lijkt daarom gering. Ook is er, naar mijn weten, in eerdere jurisprudentie enkel naar art. 2:8 BW verwezen in geval van doorwerking. Er werd niet gerept over de algemene art. 3:12 BW bepaling van de redelijkheid en billijkheid. Als tweede punt vind ik het apart dat de voorzieningenrechter niet kijkt naar de derogerende werking van art. 2:8 lid 2 BW. Voor de doorwerking van het in de aandeelhoudersovereenkomst opgenomen unanimiteitsvereiste weegt de voorzieningenrechter alleen het belang van de (minderheids)aandeelhouder af tegen het in art. 2:244 lid 2 BW beschermde belang van de vennootschap (r.o. 4.7). In voorgaande jurisprudentie is namelijk bepaald dat de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 lid 2 BW in de weg kan staan tegen de doorwerking van een bepaling uit een aandeelhoudersovereenkomst, zie: Rb. Den Haag 1 augustus 2012, JOR 2012/286, m.nt. Blanco Fernández (Vanka-Kawat), r.o. 4.16 en Hof Amsterdam 13 januari 2015, JOR 2015/69, m.nt. Nowak (Delfino/Kekk). In plaats van de derogerende werking van art. 2:8 lid 2 BW te gebruiken richt de voorzieningenrechter zich alleen op de strekking van art. 2:244 lid 2 BW, namelijk de bescherming van het vennootschappelijk belang. In de zaak Delfino/Kekk werd immers bepaald dat art. 2:244 lid 2 BW het belang van de vennootschap dient (r.o. 3.7). Echter, het hof gebruikte vervolgens art. 2:8 lid 2 BW in samenhang met het in art. 2:244 lid 2 BW beschermde belang van de vennootschap om te kijken of doorwerking mogelijk was. In deze zaak gebruikt de voorzieningenrechter deze koppeling

"Richt de strekking van art. 2:244 lid 2 BW zich op de bescherming van het belang van de vennootschap of dient het ter bescherming van de belangen van de aandeelhouders?"

niet. Dit is jammer, aangezien de voorzieningenrechter hiermee afwijkt van de zorgvuldig geformuleerde motivering van het hof in Delfino/Kekk en de rechtbank in Vanka-Kawat.

7. Overigens bestaat er enige discussie over de vraag voor wiens belang art. 2:244 lid 2 BW is geschreven. Richt de strekking van art. 2:244 lid 2 BW zich op de bescherming van het belang van de vennootschap of dient het ter bescherming van de belangen van de aandeelhouders? Dit is een belangrijk vraagstuk gezien het feit dat de doorwerking van het unanimiteitsvereiste uit de aandeelhoudersovereenkomst voor het ontslag van bestuurders nu stuit op het in art. 2:244 lid 2 BW beschermde belang van de vennootschap. Nowak bepleit in zijn noot bij Rb. Amsterdam 16 januari 2014, JOR 2014/157, dat de bepaling het belang van de aandeelhouders dient en zij van deze bescherming afstand kunnen doen. Van Veen stelt dat art. 2:244 lid 2 BW ziet ter bescherming van de belangen van de minderheidsaandeelhouders, zie daaromtrent: W.J.M. van Veen, *Boek 2 BW, statuten en aandeelhoudersovereenkomsten – stand van zaken en blik vooruit*. Deventer: Kluwer 2011, p. 22. Het zou wellicht de doorwerking van zo'n unanimiteitsvereiste vergemakkelijken als art. 2:244 lid 2 BW strekt ter bescherming van het belang van de aandeelhouders in plaats van de vennootschap. Naar mijn mening zou namelijk in dat geval art. 2:8 lid 2 BW minder snel tegen doorwerking in de weg staan doordat partijen zelf zijn overeengekomen om afstand te nemen van deze bescherming, waardoor art.

2:244 lid 2 BW verder geen rol meer speelt. Dan kan alleen het vennootschappelijk belang in zijn algemeenheid, via art. 2:8 lid 2 BW, nog in de weg staan tegen doorwerking van het unanimititeitsvereiste. Dit is waarschijnlijk lastiger te bepalen dan een beroep op het specifiek in art. 2:244 lid 2 BW beschermde belang van de vennootschap.

"Als toespis is het interessant of de uitkomst anders was geweest indien in deze zaak de vennootschap partij was geweest bij de aandeelhoudersovereenkomst"

Toch stelt de voorzieningenrechter in deze zaak, evenals het Hof Amsterdam in Delfino/Kekk, dat art. 2:244 lid 2 BW het belang van de vennootschap beschermt.

8. Als toespis is het interessant of de uitkomst anders was geweest indien in deze zaak de vennootschap partij was geweest bij de aandeelhoudersovereenkomst. Immers, art. 2:244 lid 2 BW dient volgens de voorzieningenrechter het belang van de vennootschap. Zou de vennootschap hier van deze specifieke bescherming kunnen afwijken indien zij de aandeelhoudersovereenkomst had ondertekend? Anders gezegd: is de invulling van het vennootschappelijk belang nu zodanig verbonden met de aandeelhoudersovereenkomst, en het daarin opgenomen unanimititeitsvereiste, dat doorwerking wel mogelijk is?

Het vennootschappelijk belang wordt in joint-venture vennootschappen mede bepaald door de aard en inhoud van de tussen de aandeelhouders overeengekomen samenwerking (HR 4 april 2014, NJ 2014/286, m.nt. van Schilfgaarde (Roovers/Cancun Holding I)), oftewel de aandeelhoudersovereenkomst. Als de vennootschap zelf partij is bij deze overeenkomst, wat overigens regelmatig voorkomt in joint-ventures, dan kan

dit betekenen dat zij accepteert dat de belangen die beschermd worden door de bepalingen in de aandeelhoudersovereenkomst eigenlijk voor haar eigen belang gaan, aangezien het vennootschappelijk belang wordt ingevuld door de aard en inhoud van de aandeelhoudersovereenkomst. Dit zou voor het unanimititeitsvereiste in een aandeelhoudersovereenkomst m.b.t. het ontslag van bestuurders kunnen betekenen dat de vennootschap het belang dat dit unanimititeitsvereiste dient behartigd, namelijk de bescherming van de (minderheids)aandeelhouder. Het gevolg hiervan zou zijn dat zij zelf kan afwijken van het in art. 2:244 lid 2 BW beschermde belang van de vennootschap. Ik meen van niet, mijns inziens dient het vennootschappelijk belang, oftewel het bestendige succes van de onderneming gericht op de continuïteit van de vennootschap, namelijk in zijn algemeenheid voor te gaan. Een aandeelhoudersovereenkomst zou naar mijn mening niet deze kernwaarde van het vennootschapsrecht op zodanige wijze mogen aantasten dat daardoor de continuïteit van de vennootschap in het gedrang komt, waardoor *de facto* het vennootschappelijk belang ondergeschikt wordt aan de aandeelhoudersovereenkomst. Dit geldt ondanks het feit dat het vennootschappelijk belang in joint-ventures mede bepaald wordt door de aard en inhoud van de aandeelhoudersovereenkomst. Uiteindelijk kan art. 2:8 lid 2 BW doorwerking dan in de weg staan en maakt het daarbij naar mijn mening niet uit of de vennootschap partij is bij de aandeelhoudersovereenkomst.

9. Het feit dat in deze zaak al langere tijd problemen zijn binnen de samenwerking tussen de aandeelhouders en in het bestuur, gepaard gaande met eventueel frauduleus handelen van de ontslagen bestuurder, maakt dat het vennootschappelijk belang in het geding is gekomen. Terecht heeft de voorzieningenrechter mijns inziens geoordeeld dat doorwerking van het unanimititeitsvereiste tot ontslag van een bestuurder in casu niet mogelijk is. Zij verdient evenwel niet de schoonheidsprijs voor haar motivering. ●

Opmerking verdient...

empathisch vermogen

De Nijmeegse Faculteit der Rechtsgeleerdheid is een inhoudelijk sterke. Ze leidt haar studenten op om hun draai te vinden in de *hard core* rechtspraktijk. Niet te veel zweverig geneuzel, daarvoor is eerst en vooral een sterke basis nodig. Corstens, Kortmann, Pitlo, Asser/Hartkamp & Sieburgh en Schlössels & Stroink minstens één keer hebben doorgelezen is het devies.

Wat mist, is het op de proef stellen van zelfstandig en kritisch denken. Dit heb ik in voorgaande columns reeds aangestipt, maar in die beschouwingen miste een belangrijke verschijningsvorm: het kunnen zijn van een empathisch en betrokken mens. Problemen zien en, belangrijker, ze op kunnen lossen door ook eens te abstraheren van het positiefrechtelijke en te kijken naar de humane dimensie. Bij bespreking van het welbekende, intussen teruggedraaide, Tongzoen-arrest wordt benadrukt dat de verdachte zich toch echt schuldig heeft gemaakt aan verkrachting. Niet wordt ingegaan op wat zo'n strafblad eigenlijk voor gevolgen heeft voor een veroordeelde. Ook wordt niet ingegaan op de wenselijkheid of onwenselijkheid van een aldus luidende rechtsopvatting, of op de vraag wat we nou eigenlijk onder verkrachting willen verstaan, anders dan of een tongzoen eronder moet vallen. Wat vindt de student hier eigenlijk van? Is er een verschil te bespeuren tussen vrouwelijke studenten (een groeiende meerderheid) en mannelijke? Wat moeten we dáármee? Vergelijkbaar is het civielrechtelijke arrest Kelly. Wat speelde hier eigenlijk écht en wat is de maatschappelijke rol van het aansprakelijkheidsrecht in een casus als deze? En wat vinden we van het Handyside-arrest? Waar ligt de grens van de vrije meningsuiting bij obsceniteit?

Tijdens de Landelijke Juridische Onderwijsdag van dit jaar kwam aan de orde dat de hedendaagse jurist nog altijd te veel losgeweekt is van de niet-juridische dimensies van zijn werk. De vraag is of dit de verantwoordelijkheid is van de universiteiten. Het is niet de taak van de faculteit om de student te leren moraliseren. Van een jurist mag worden verwacht dat hij zelf steeds zijn mening vormt over hoe het recht zou moeten zijn tegen-

over het recht dat is, en dit spanningsveld tussen *Sollen* en *Sein* onder ogen ziet en in zijn denken integreert. Toch ontsnap ik niet aan de indruk dat rechtenstudentencultuur maar bar weinig ruimte biedt aan geïnteresseerden om de geest te slijpen aan het 'waarom' en 'waarheen'. Het mens-zijn

"Van een jurist mag worden verwacht dat hij zelf steeds zijn mening vormt over hoe het recht zou moeten zijn tegenover het recht dat is"

lijkt een ondergeschikte rol te spelen en onverschilligheid lijkt eerder regel dan uitzondering.

Juist juristen moeten een mening kunnen vormen en juist juristen moeten snappen wat mensen bezighoudt. Dat betekent ook dat zij zich moeten verdiepen in thema's die buiten hun belevingswereld vallen. De vluchtelingenproblematiek en de rol die het recht, op micro- en macroniveau, speelt; mensenrechten; de rol van seksualiteit in onze samenleving; relatievormen; vriendschap; gender; drugs; het maatschappelijk betamelijke in de breedste zin van het woord; de zin (of onzin) van directe democratie; sociale verantwoordelijkheid en wat niet al.

'Doe nou niet zo moeilijk', is dan vaak de respons. Maar moet het dan steeds makkelijk zijn? De wereld is een knap lastige plek met veel verschillende belevingswerelden. Belangrijker: hij wordt steeds kleiner, wat betekent dat iedereen – ook de jurist – in toenemende mate geconfronteerd wordt met (sub)culturen die voorheen 'ver-van-mijn-bed-shows' waren. Dit zien en onderkennen is iets wat niet alleen geboden is voor de strafrechtjurist en de familieadvocaat, maar ook voor de bedrijfsjurist en de vastgoedadviseur. Ik betwijfel echter of de aankomende juristerij zoals zij is, klaar is voor de wereld van morgen. Dat hoop ik van harte verkeerd te zien. ●

Läfchen van Grunswick-Eijckaert

**Niet mee eens?
Aanvullingen of opmerkingen?**

**Mail ons je repliek naar
[info@actioma.eu!](mailto:info@actioma.eu)**

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

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 José Teekman via: info@actioma.eu

