



Universiteit
Leiden

The Netherlands

**Signora Senatrice: Over Recht, Onderwijs en Politiek:
Opstellen aangeboden aan Ankie Broekers-Knol bij
haar afscheid van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid
van de Universiteit Leiden**

Breedveld-de Voogd, C.G.; Esch, C.M. van; Heide, G.J. van der; Kentin,
E.; Koot, R.M.C.M.; Kuilenburg, T. van; ... ; Sikkema, T.H.

Citation

Breedveld-de Voogd, C. G., Esch, C. M. van, Heide, G. J. van der,
Kentin, E., Koot, R. M. C. M., Kuilenburg, T. van, ... Sikkema, T. H.
(2011). *Signora Senatrice: Over Recht, Onderwijs en Politiek:
Opstellen aangeboden aan Ankie Broekers-Knol bij haar afscheid van
de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden*. Den
Haag: Boom Juridische uitgevers. Retrieved from
<https://hdl.handle.net/1887/21113>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/21113>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Signora Senatrice
Over Recht, Onderwijs en Politiek

Signora Senatrice

Over Recht, Onderwijs en Politiek

Opstellen aangeboden aan Ankie Broekers-Knol bij haar
afscheid van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de
Universiteit Leiden

C.G. BREEDVELD-DE VOOGD, C.M. VAN ESCH,
G.J. VAN DER HEIDE, E. KENTIN, R.M.C.M. KOOT,
T. VAN KUILENBURG, J. NIJLAND, E.C. POUTSMA
& T.H. SIKKEMA

redactie

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2011

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

Omslagontwerp: Primo!Studio

© 2011 C.G. Breedveld-de Voogd et al. / Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-582-8

NUR 820

www.bju.nl

Inhoudsopgave

Woord vooraf	IX
Deel I – Privaatrecht	1
1 De bedenktijd bij de koop van woningen; doelmatig noch rechtvaardig <i>C.G. Breedveld-de Voogd</i>	3
2 Onderhoud door verenigingen van eigenaars <i>A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar</i>	13
3 Vrijheid en zekerheid bij financiële transacties <i>A.G. Castermans</i>	21
4 Bewijslastperikelen rond een uitgemergelde parkiet (wetsvoorstel 27 809) <i>Jac. Hijma</i>	31
5 Het slechtste van twee werelden? <i>W.G. Huijgen</i>	43
6 Openbare biedingen en activistische aandeelhouders <i>V.M. Neering</i>	51
7 Smartengeld, affectieschade, shockschade, erkenning en genoegdoening. Een kleine thematische woordenschat <i>J.H. Nieuwenhuis</i>	59
8 Ontbeert de personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid een eigen persoonlijkheid? Too little, too late <i>J. Nijland</i>	69

9	‘How can I make a difference?’ <i>C.J.J.C. van Nispen</i>	81
10	Geen onderzoek geestesvermogens vóór de dood van de testateur <i>A.J.H. Pleysier</i>	87
11	Richtlijnen voor consumentenkrediet <i>E.J. van Praag</i>	99
12	Wet conflictenrecht afstamming <i>E.C.C. Punselie</i>	109
13	De gehuwde vrouw in het burgerlijk recht <i>T.H. Sikkema</i>	117
	Deel II – Publiekrecht	127
14	Straf of bestuurlijke boete? <i>T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik</i>	129
15	De verloren zoon van de VVD en een opdracht voor de wetgever <i>P.B. Cliteur</i>	135
16	Ankie en de Vierde tranche <i>T.G. Drupsteen</i>	139
17	Macht en onmacht van een Eerste Kamer – Politieke strubbelingen rond 1800 <i>A.M. Elias</i>	149
18	De rol van de overheid bij digitale dataverwerking en -uitwisseling <i>H. Franken</i>	157
19	Toezeggingen van bewindspersonen aan de Eerste Kamer der Staten- Generaal <i>G.J. van der Heide</i>	165
20	De Eerste Kamer na Lissabon: de SWIFT-overeenkomst als testcase <i>E. Kentin</i>	177

21	Klus geklaard, lus gebaard: de Wet bestuurlijke lus Awb <i>J.E.M. Polak</i>	185
22	Europa's rendez-vous met de geschiedenis: Venetië of Risorgimento? <i>A. van Staden</i>	195
23	De Raad van State en het Europese Referendum – omstrede advisering <i>J.G.C. Wiebenga</i>	205
	Deel III – Onderwijs	215
24	De kunst van het converseren. Over de rol van vaardigheden in Michael Oakeshotts opvatting van <i>liberal learning</i> <i>B.M.J. van Klink</i>	217
25	Nog Wijzer Pleiten: zes misverstanden over de kunst van het pleiten <i>G.A. van der Steur</i>	227
	Deel IV – Tot slot	233
26	Wet conflictenrecht afstamming <i>C.D. Gevers Deynoot-Broekers</i>	235

Woord vooraf

Bij het afscheid van Ankie Broekers-Knol van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden lijkt de titel *Signora Senatrice* op een verwisseling van functies. Waarom zou men de aandacht richten op haar lidmaatschap van de Eerste Kamer der Staten-Generaal wanneer alleen haar afscheid van de universiteit aan de orde is? Het antwoord is te vinden in *Pleitwijzer* (door Ankie Broekers-Knol en Bart van Klink, 14^e druk, p. 17):

‘Het uiteindelijke pleidooi moet een harmonieuze synthese zijn van inhoud en presentatie.’

Sinds de invoering van het vak Moot Court in het Leidse onderwijs brengen studenten deze synthese van inhoud en presentatie tot stand voor een oefenrechtbank. Zij komen tot dit resultaat na een intensief onderwijsprogramma, waarin de schriftelijke en mondelinge vaardigheden worden getraind door de docenten en student-assistenten van de afdeling Moot Court onder de bezielende leiding van Ankie Broekers-Knol. Wat zij aan de universiteit doceert, brengt zij in de praktijk in de Senaat. Zij heeft over tientallen wetsvoorstellen het woord gevoerd en richt haar aandacht vooral op de juridische consistentie hiervan. Zij combineert hierbij niet alleen rechtswetenschap met politiek, maar geeft als het nodig is ook onderwijs. Een voorbeeld hiervan is te vinden in de behandeling van de Wet Koop onroerende zaken in juni 2003. De kort daarvoor in het nieuwe kabinet herbenoemde Minister van Justitie veroorlooft zich de Eerste Kamer erop te wijzen dat hij minder dan een week geleden gezworen heeft om de Grondwet te onderhouden en dat volgens de grondwetgever de Eerste Kamer slechts moet nagaan of de bestaande situatie te verkiezen is boven de voorgestelde. Een keuze voor verbetering is volgens de minister niet aan de orde. Zoveel vrijmoedigheid vraagt om replek (*Handelingen I* 2002/03, 28, p. 836):

‘Ik wil de minister erop wijzen dat wij als Kamerleden ook een eed op de Grondwet hebben afgelegd. Deze houdt in dat wij tot taak hebben om ervoor te zorgen dat er zo goed mogelijke wetgeving tot stand komt. Daar staan wij voor.’

Een staaltje onderwijs in inhoud en presentatie in de politieke arena. Dit liber amicorum stelt recht, onderwijs en politiek centraal. De rechtsgeleerde opstellen gaan over onderwerpen die Ankie Broekers-Knol in de Eerste Kamer heeft behandeld.

Dit zijn er vele: van shockschade tot de financiële zekerheidsovereenkomst en van digitale dataverwerking tot de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht. Daarnaast komt aan de orde het universitaire onderwijs. Dit alles onder één aanspreektitel: *Signora Senatrice*.

De redactie

C.G. Breedveld-de Voogd

C.M. van Esch

G.J. van der Heide

E. Kentin

R.M.C.M. Koot

T. van Kuilenburg

J. Nijland

E.C. Poutsma

T.H. Sikkema

Deel I

Privaatrecht

Drie dagen, zeven dagen of een notariële koopovereenkomst?

Op 1 september 2003 is de Wet Koop onroerende zaken in werking getreden. De ratio die aan deze wet ten grondslag ligt is een betere bescherming van de kopers van woningen dan voordien het geval was. Reeds in 1985 bepleiten Van Velten en Kleijn de invoering van een vormvoorschrift met het oog op de inschakeling van een verplichte deskundige, omdat de koop van een onroerende zaak een complexe aangelegenheid is met voor de betrokken partijen belangrijke (financiële) consequenties. In het voorontwerp van de wet wordt deze bescherming nog vorm gegeven door een verplichte notariële koopovereenkomst. In kabinetskringen ontstaat echter in de jaren 80 en 90 van de vorige eeuw een zekere afkeer voor de uitbreiding van het notariële monopolie, omdat men veronderstelt dat hierdoor ‘het marktproces’ zou worden beperkt. De Minister van Justitie heeft daarom in het definitieve wetsvoorstel niet voor de notariële koopakte gekozen, maar voor een alternatief: een bedenktijd voor de koper van drie dagen. De kritiek in de wetenschappelijke literatuur hierop is groot. Twee bezwaren voeren de boventoon: één van principiële aard en één van instrumentele aard. Het principiële bezwaar is dat de bedenktijd een inbreuk vormt op de gebondenheid aan overeenkomsten. Het instrumentele bezwaar is dat een bedenktijd van drie dagen de koper geen reële bescherming biedt. De bedenktijd is te kort om deskundigen te kunnen raadplegen. Bovendien geldt dat wanneer de koper de bedenktijd ongebruikt laat verstrijken de kans reëel is dat hij gebonden is aan een overeenkomst waarvan hij de portee nog steeds niet overziet. Broekers-Knol gaat bij de behandeling van de Wet Koop onroerende zaken in op dit laatste bezwaar tegen de bedenktijd:¹

‘Ik zie dus geen reden om terug te komen van mijn stelling: de bedenktijd beschermt uitsluitend tegen een impulsaankoop en meer niet. Ik geef toe dat dit op zich winst is ten opzichte van het huidige recht, maar ik constateer dat het niet tegemoet komt aan de

■ Clementine Breedveld-de Voogd is docent Notarieel recht, Universiteit Leiden.

1 *Handelingen I* 2002/03, 26, p. 806.

problemen die de consumentenorganisaties signaleren, namelijk inzake verborgen gebreken, hogere dan voorziene kosten van herstel van bestaande gebreken en meer dan voorziene hinder e.d. Het ter vermijding daarvan benodigde onderzoek vergt een veel langere bedenktijd, ook meer dan vijf of acht dagen die wel eens is genoemd; zelfs de veertien kalenderdagen voor koop op afstand van financiële diensten zou nog wel eens aan de krappe kant kunnen zijn. Een dergelijk lange termijn zou echter voor de verkoper buitengewoon bezwaarlijk zijn en ligt dus niet voor de hand.²

Broekers-Knol ziet het scherp. De oogst van de drie dagen bedenktijd is een karige oogst: bescherming tegen een impulsaankoop, meer niet. Deze opbrengst acht zij te mager. Om die reden presenteert zij een alternatief: een civielrechtelijke twee-wegenleer.²

‘Het lijkt de VVD een goede gedachte om in de wet op te nemen dat er twee mogelijkheden zijn bij de koop van onroerend goed door een consument. Er kan gekozen worden uit twee wegen. De ene weg is de notariële schriftelijke koopovereenkomst; dan geldt geen bedenktijd, want er is dan al voldoende bescherming voor de consument, ook voor de consument-verkoper. De andere weg is de “gewone” schriftelijke koopovereenkomst met bedenktijd. Maar dan zou de VVD een reële bedenktijd willen bepleiten, namelijk ongeveer zeven dagen in plaats van de drie dagen waarvan wij hebben vastgesteld dat je daar niet veel mee kunt. Mijn fractie wacht de beantwoording door de minister met buitengewone belangstelling af.’

De VVD-fractie stemt ondanks haar bezwaren toch met het wetsvoorstel in, omdat de minister heeft toegezegd dat hij binnen zeven maanden op de twee-wegenleer en nog enige andere in de Eerste Kamer te berde gebrachte punten zal ingaan. Broekers-Knol vat het voor de zekerheid nog even samen.³

‘Ervan uitgaande dat de minister zich aan zijn toezegging zal houden – daar ga ik van uit, want zo kennen wij de minister – inzake de periode van zeven maanden en dat er werkelijk serieuze aandacht aan deze punten wordt gegeven zonder “bias”, trek ik de eerdere verklaring van de VVD-fractie terug dat wij niet met het wetsvoorstel zouden instemmen. Wij stemmen er derhalve wel mee in.’

Hoe goed kent Broekers-Knol de minister? Hij stuurt de beloofde brief net binnen zeven maanden naar de Eerste Kamer.⁴ De nadruk die Broekers-Knol legt op een onbevooroordeelde benadering door de minister geeft echter blijk van een bang doch

² *Handelingen I* 2002/03, 26, p. 806.

³ *Handelingen I* 2002/03, 27, p. 841.

⁴ *Kamerstukken I* 2003/04, 23 095, nr. A.

realistisch voorgevoel. De minister is niet bereid de Wet Koop van onroerende zaken op ook maar één door de Eerste Kamer voorgelegde punten te wijzigen.⁵

De evaluatie van de bedenktijd

Ook de leden der Staten Generaal aan gene zijde van het Binnenhof hebben eerder in het wetgevingsproces van hun bedenkingen blijk gegeven. Aan hen heeft de minister toegezegd dat de Wet Koop onroerende zaken vijf jaren na de invoering ervan wordt geëvalueerd.⁶ Deze evaluatie is inmiddels uitgevoerd door een onderzoeksteam van het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht (hierna ook: het onderzoeksteam). De titel van dit omvangrijke rapport luidt: *Rapportage Wet koop onroerende zaken; de evaluatie*.⁷ De Minister van Justitie heeft het op 16 februari 2010 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal toegezonden en aangekondigd dat hij op het onderzoek en de aanbevelingen van de onderzoekers nader terugkomt.⁸

Hoe evalueer je een wet? In de evaluatie wordt de kernvraag als volgt geformuleerd:⁹

‘In hoeverre voldoet de werking van de Wet koop onroerende zaken in de praktijk aan de doelstelling van de wet, in het bijzonder gelet op de in literatuur, rechtspraak en praktijk gesignaleerde knelpunten en welke aanpassingen zijn eventueel wenselijk?’

Even daarvoor maken de rapporteurs duidelijk dat de regulering in de eerste plaats wordt getoetst op haar doeltreffendheid en doelmatigheid.¹⁰ Hier wordt blijk gegeven van een instrumentele visie. De ‘regulering’ als instrument in handen van de overheid om een bepaald doel te bereiken. Het doel van de Wet Koop onroerende zaken is

5 Zie over de door de minister aangevoerde argumenten: C.G. Breedveld-de Voogd, ‘Geen wijziging van de Wet koop van onroerende zaken. De oudejaarsbrief van de minister van justitie aan de Eerste Kamer der Staten-Generaal (*Kamerstukken I*, 2003-2004, 23 095, A)’, *NbBW* 2004, p. 34-40.

6 *Kamerstukken II* 2001/02, 23 095, nr. 14, p. 20 (Verslag van een wetgevingsoverleg); *Kamerstukken I* 2002/03, 23 095, 38a, p. 3 (Nadere MvA) en *Kamerstukken I* 2003/04, 23 095, nr.A, p. 8 (Brief van de Minister van Justitie).

7 A.L.M. Keirse, N.C. van Oostrom, M.Y. Schaub, C.M.J. Barendse & A.M. Steegmans, *Rapportage Wet koop onroerende zaken; de evaluatie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009 ook te raadplegen op: <http://wodc.nl/onderzoeksdatabase/wet-koop-onroerende-zaken.aspx>.

8 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 320, nr. 1.

9 A.L.M. Keirse, N.C. van Oostrom, M.Y. Schaub, C.M.J. Barendse & A.M. Steegmans, *Rapportage Wet koop onroerende zaken; de evaluatie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, par. 1.4.1.

10 A.L.M. Keirse, N.C. van Oostrom, M.Y. Schaub, C.M.J. Barendse & A.M. Steegmans, *Rapportage Wet koop onroerende zaken; de evaluatie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, par. 1.3.

de bescherming van de kopers van woningen. De vraag is echter of een regel die deze bescherming realiseert ook rechtvaardig is. *The purchaser can do no wrong?* Aan het slot van de paragraaf over de toetsingmaatstaf wordt het recht een plaats toegekend:

‘Een tweede toetssteen is de externe consistentie. In hoeverre sluit de Wet koop onroerende zaken aan bij aanpalende wet- en regelgeving? Is een eventuele breuk met beginselen van contractenrecht in deze te rechtvaardigen?’

De beginselen van het privaatrecht als sluitstuk in plaats van uitgangspunt. Maakt het wat uit: het beginsel aan het begin of het beginsel aan het einde? Waar in de literatuur de nadelen van de bedenktijd uiteen worden gezet is dat vaak om aan te tonen dat afwijking van het aan het contractenrecht ten grondslag liggende beginsel van de gebondenheid aan de overeenkomst tot inconsistenties en problemen leidt. Het oplossen van deze problemen geeft echter nog geen antwoord op de vraag of de weg die afweek van het beginsel wel ingeslagen had moeten worden.

Concreet toegepast op de bedenktijd betekent dat het volgende. De bedenktijd maakt inbreuk op drie beginselen van het contractenrecht.¹¹ De meest in het oog lopende is het *pacta sunt servanda* beginsel. Een ieder is gebonden aan zijn in vrijheid gesloten overeenkomst en kan zich hieraan niet eenzijdig onttrekken. Het tweede beginsel waarop de bedenktijd inbreuk maakt ligt is een beginsel dat weer ten grondslag ligt aan deze gebondenheid aan overeenkomsten: het autonomiebeginsel. Omdat de koper zonder opgave van redenen zich aan een door hem gesloten contract mag onttrekken wordt hij van de verantwoordelijkheid voor zijn eigen rechtshandelingen ontheven en in dezelfde groep geplaatst als handelingsonbekwamen. In de derde plaats maakt de bedenktijd inbreuk op het causabeginsel. Het doorbreekt de samenhang tussen de belofte van de verkoper en die van de koper. In de woorden van Nieuwenhuis: wat blijft er bij de bedenktijd over van de eis dat beide partijen *intend to be legally bound*?¹² Omdat de bedenktijd wezensvreemd is aan het contractenrecht, leidt de toepassing ervan ook tot enige ongemakken, onduidelijkheden of zoals de evaluatie het noemt ‘knelpunten’. Voorbeelden van de knelpunten van de bedenktijd zijn: verzend- of ontvangsttheorie bij de ontbindingsverklaring, partiële ontbinding, terugwerkende kracht van de ontbinding, de mogelijkheid tot het doen van afstand van de bedenktijd, een nieuwe bedenktijd bij wijziging

11 Zie voor een uitgebreide uitleg: C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, par. 6.3 ‘Inbreuk op de verbindende kracht van de overeenkomst’, par. 6.4 ‘De rede(n)loze ontbinding’ en par. 6.5 ‘Bedenktijd als inbreuk op het causabeginsel’.

12 J.H. Nieuwenhuis, ‘Hinkend contractenrecht’, Redactioneel *NTBR* 2001, p. 333.

van de overeenkomst en de uitoefening van de bedenktijd in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid. Voor dergelijke problemen kunnen oplossingsrichtingen worden aangedragen – en dat gebeurt ook in de evaluatie – maar dat blijft symptoombestrijding en het is eigenlijk ‘klein bier’. De belangrijke vraag zal aan de hand van rechtsbeginselen moeten worden beantwoord: is de bedenktijd wel recht? De primaire toetssteen van de evaluatie – doelmatigheid – is voor het recht van secundair belang. Nieuwenhuis plaatst een andere deugd op de voorgrond:¹³

‘Onder de deugden van het recht lijkt rechtvaardigheid de meest serieuze kandidaat voor de eerste plaats.’

Is het rechtvaardig dat men de koper toestaat zich eenzijdig en zonder opgave van redenen te onttrekken aan zijn plechtig, want bij geschrifte, gegeven woord?

In de evaluatie wordt deze vraag niet direct beantwoord. Pas bij de vraag of een langere bedenktijd moet worden toegestaan stelt het rapport een rechtvaardigheids-grens (zie hierna). Slechts kort wordt er gerefereerd aan de inbreuk op het *pacta sunt servanda* beginsel, maar consequenties worden hier niet uit getrokken. De bedenktijd schiet reeds tekort in het licht van de primaire evaluatietoetssteen.¹⁴

‘Kijkend naar de doelstellingen van de bedenktijd kan geconcludeerd worden dat de bedenktijd weinig doelmatig is in vergelijking tot de andere (mogelijke) beschermingsmechanismen. De voornaamste reden van de minister voor het invoeren van de bedenktijd was het kunnen inschakelen van een deskundige.

De bedenktijd blijkt echter te kort om daadwerkelijk binnen de bedenktijd een deskundige in te schakelen.’

Over de andere doelstelling van de bedenktijd kunnen de rapporteurs kort zijn:

‘De bedenktijd vervult wel een functie bij het tegengaan van een overhaaste koopbeslissing. Dit was de tweede reden van de minister om de bedenktijd in te voeren. Het gevaar van een overhaaste koopbeslissing wordt echter ook voor een groot deel weggenomen door het schriftelijkheidsvereiste.’

13 J.H. Nieuwenhuis, ‘Hinkelspel rond de boom der kennis van goed en kwaad. Wat geldt in de wetenschap van het burgerlijk recht als vooruitgang?’, in: J.H. Nieuwenhuis & C.J.J.M. Stolker (red.), *Vooruit met het recht, Wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 5.

14 A.L.M. Keirse, N.C. van Oostrom, M.Y. Schaub, C.M.J. Barendse & A.M. Steegmans, *Rapportage Wet koop onroerende zaken; de evaluatie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, par. 3.9.

Een langere bedenktijd zou gerelateerd aan de doelstelling tot het kunnen raadplegen van deskundigen wel doelmatig zijn. Een dergelijke verlenging stuit echter op de rechtvaardigheid. Het evenwicht tussen de verplichtingen van koper en verkoper wordt volgens het onderzoeksteam dan te veel doorbroken:

‘Daarbij komt dat verlenging van de bedenktijd niet aanbevelingswaardig is, vanwege de ongerechtvaardigde langere onzekerheid die dit voor de verkoper meebrengt. De verhouding tussen koper en verkoper levert in die situatie te veel ongelijkheid tussen partijen op.’

Volgens het onderzoeksteam bestaat er een beter beschermingsmechanisme om de doelstellingen van de minister te verwezenlijken te weten: de verplichte inschakeling van de notaris bij de schriftelijke koopovereenkomst.

Gezien bovenomschreven conclusies zal het niet verbazen dat het onderzoeksteam niet veel enthousiasme kan opbrengen voor de twee-wegenleer van Broekers-Knol.¹⁵ De analyse van het probleem is hetzelfde: de bedenktijd is te kort om effectief te zijn. Het onderzoeksteam acht de verlenging van de termijn echter niet rechtvaardig en reeds daarom valt het doek voor de twee-wegenleer. Daarbij komt dat het onderzoeksteam betwijfelt of de particuliere koper in staat is te beoordelen welke keuze voor hem de meest optimale is. Het ligt volgens het evaluatierapport voor de hand dat de koper de keuze zal maken die hem door ofwel de makelaar ofwel de verkoper wordt geadviseerd. Van een werkelijke keuzevrijheid zou daarom in de twee-wegenleer geen sprake zijn.

Is de bedenktijd rechtvaardig?

Drie dagen bedenktijd is ondoelmatig en zeven dagen bedenktijd is onrechtvaardig. Is drie dagen bedenktijd dan wél rechtvaardig? Broekers-Knol en het onderzoeksteam zijn het erover eens: een dergelijke korte termijn vervult slechts een functie bij het tegengaan van een overhaaste koopbeslissing. Volgens Broekers-Knol is dat nog winst. Met het onderzoeksteam ben ik echter van mening dat het schriftelijkheidsver-eiste de koper genoeg ruimte biedt om de rechtshandeling weloverwogen aan te gaan. Daarmee zal de koper het moeten doen. Het recht verliest als de wet toestaat dat men zonder goede redenen mag terugkomen op een bewust gesloten overeenkomst.

15 A.L.M. Keirse, N.C. van Oostrom, M.Y. Schaub, C.M.J. Barendse & A.M. Steegmans, *Rapportage Wet koop onroerende zaken; de evaluatie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, par. 6.2.2.

In de eerste jaren na de invoering van de Wet Koop van onroerende zaken wordt over de bedenktijd weinig gestreden. Dit in tegenstelling tot het schriftelijkheidsver-eiste, waarover in de jurisprudentie van meet af aan veel uitspraken te vinden zijn. Maar hierin lijkt enige verandering te komen. Behalve over de aanvang van de bedenkt termijn wordt ook het meer principiële punt aan de orde gesteld of koper wel rechtvaardig handelt door de koop te ontbinden. Aangezien de bedenktijdontbin-ding door de koper kan worden uitgeoefend zonder opgave van redenen is het moeilijk om de motieven van de koper aan de rechter ter toetsing voor te leggen. Een weg staat de verkoper hiertoe nog open: de stelling dat de koper misbruik van recht maakt en/of handelt in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Uit recente uitspraken blijkt dat de kans op succes klein is. De bedenktijd doet het belang van de koper om alsnog de koop terug te draaien prevaleren boven het belang dat de verkoper heeft bij de nakoming van de koopovereenkomst.

Een voorbeeld hiervan is te vinden in een vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 28 april 2010.¹⁶ De koopster van een appartement stuurt enige dagen na onderteke-ning van de koopakte en binnen de bedenktijd per e-mail de volgende ontbindingsver-klaring:

‘Ik belde net (op kantoor) maar je was in bespreking. Ik belde omdat ik je liever per telefoon wilde aankondigen – maar ik zal je ook nog spreken! – dat ik toch van de koop van het Wierdsmaplein afzie. Ik heb me er het hele weekeinde erg ongemakkelijk over gevoeld en hoewel ik het een mooi appartement blijf vinden trek ik uit mijn zeer onrustige gevoelens de conclusie dat het voor mij op dit moment niet de juiste actie is om dit appartement te kopen; ik wil dus de koopovereenkomst ontbinden.’

De verkoper voelt zich ook niet gemakkelijk en stelt zich op het standpunt dat het beroep van koopster op ontbinding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De wettelijke bedenktijd, zo stelt hij, is bedoeld om overhaaste beslissingen of een gebrek aan weerstand van de consument-koper terug te draaien, maar daarvan is volgens de verkoper hier geen sprake. Koopster was immers vol-doende geïnformeerd over het appartement, en van een tekort aan weerstand was in verkopers ogen ook geen sprake. Door desondanks de koopovereenkomst te ontbinden heeft koopster geen rekening gehouden met de gerechtvaardigde belangen van verkoper. Verkoper concludeert dat koopster hierdoor misbruik van recht maakt. De Rechtbank Rotterdam komt tot het oordeel dat het krijgen van een ongemakkelijk gevoel past binnen de ratio van de bedenktijd: het creëren van de mogelijkheid om

16 Rb. Rotterdam 28 april 2010, *LJN* BN0964.

overhaaste beslissingen van de consument-koper terug te draaien. De rechtbank voegt hier nog aan toe:

‘De omstandigheid dat [eiseres] voldoende geïnformeerd was over de woning, dat zij bijstand genoot van een makelaar en dat zij bekend was met de huizenmarkt in deze prijsklasse doet aan dit oordeel niet af. Ook een goed geïnformeerd koper heeft immers het recht zich te bedenken. Hieraan doet niet af dat [gedaagde] (uiteraard) belang heeft bij snelle verkoop van de woning, nu laatstgenoemd belang in gevallen als de onderhavige zal moeten wijken voor het belang van koper om alsnog de koop terug te draaien.’

Waarom heeft een goed geïnformeerd koper ‘immers’ het recht zich te bedenken? Voor de invoering van de bedenktijd van artikel 7:2 lid 2 BW zou een dergelijk oordeel tot verbazing hebben geleid. Nu legitimeert deze bepaling het uit ongemakkelijkheid terugkomen op een overeenkomst.¹⁷ Het oordeel van de Rechtbank Rotterdam was in het licht van artikel 7:2 lid 2 BW en de doelstelling van de bedenktijd juist, maar aan de rechtvaardigheid ervan kan worden getwijfeld.

Ook uit een arrest van Hof Amsterdam van 14 juni 2011 blijkt dat van de bedenktijd door de koper niet snel misbruik kan worden gemaakt.¹⁸ Welgelegen Vastgoed BV (hierna: Welgelegen) heeft bij schriftelijk contract aan koper een appartement verkocht. Deze koop geschiedt onder de ontbindende voorwaarde dat Welgelegen niet uiterlijk op 1 december 2007 een onherroepelijke splitsingsvergunning heeft verkregen. Naast deze ontbindende voorwaarde is ook de bedenktijd van artikel 7:2 lid 2 BW in een contractsbepaling opgenomen. De ontbindende voorwaarde treedt in werking omdat op genoemde datum de splitsingsvergunning nog niet is afgegeven. Partijen treden echter opnieuw in onderhandeling en op 13 december 2007 wordt ten overstaan van de notaris opnieuw een koopcontract getekend. De in het eerste koopcontract nog voorkomende referentie aan de bedenktijd is in dit nieuwe contract doorgehaald. Daarnaast is vermeld dat koper gezien het tot stand komen van onderhavige hernieuwde koopovereenkomst bij deze afstand doet van zijn recht op drie dagen bedenktijd. Desniettemin ontbindt de koper op 17 december 2007 de tweede koopovereenkomst met een beroep op de bedenktijd. Welgelegen vordert een verklaring voor recht dat koper toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de tweede koopovereenkomst. Welgelegen heeft twee ijzers in het vuur. In de eerste plaats stelt Welgelegen dat na de ontbinding van de eerste koopovereenkomst wegens

17 Zie voor een voorbeeld waarin de koper de bedenktijd inroept vanwege gerezen financiële problemen: Rb. Arnhem 26 maart 2009, *LJN* BI1717. Ook in dit geval wordt het beroep van de verkoper op misbruik van bevoegdheid afgewezen.

18 Gerechtshof Amsterdam 14 juni 2011, *LJN* BR1224.

het in vervulling gaan van de daarin opgenomen ontbindende voorwaarde de koper niet nogmaals een bedenktijd toekomt. Hij doet hierbij een beroep op de rapportage van het Molengraaff Instituut. Volgens het onderzoeksteam kan worden verdedigd dat in alle gevallen waarin partijen de overeenkomst wijzigen, aanvullen of opnieuw met elkaar aangaan de bedenktijd niet nogmaals van toepassing zou moeten zijn. Het hof leest dit als door het onderzoeksteam geformuleerd wenselijk recht. Het is volgens het hof echter (nog) geen geldend recht. De koper komt in dit geval ook met betrekking tot de tweede overeenkomst een bedenktijd toe:

‘De wetgever was met het oog op de belangen van de verkoper weliswaar van oordeel dat de bedenktijd slechts eenmaal behoort te kunnen worden benut, maar die beperking heeft de wetgever in de laatste volzin van artikel 7:2 BW vorm gegeven in een nauwkeurig omschreven uitzondering op de aan de koper toekomende bedenktijd. Die uitzondering houdt in dat het recht voor de koper de koop te ontbinden niet opnieuw ontstaat indien binnen zes maanden nadat de koper van dit recht gebruik gemaakt heeft, tussen dezelfde partijen met betrekking tot dezelfde zaak of hetzelfde bestanddeel daarvan opnieuw een koop tot stand komt. Deze uitzondering doet zich in deze zaak niet voor.’

In de tweede plaats doet Welgelegen een beroep op misbruik van bevoegdheid en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Ook dit wordt door het hof afgewezen, omdat voor het aannemen van de stelling dat koper met de ontbinding een oneigenlijk doel heeft nagestreefd onvoldoende grond bestaat. Als *obiter dictum* overweegt het hof nog dat Welgelegen terecht geen beroep doet op de afstand door koper van de bedenktijd gedaan in de tweede overeenkomst, omdat op grond van artikel 7:2 lid 4 BW niet kan worden afgeweken van het bepaalde in de eerdere leden van deze bepaling.

Bij deze met het oog op artikel 7:2 lid 2 BW onmiskenbaar juiste, maar in het licht van het contractenrecht onbevredigende uitspraak, kan nog worden bedacht dat de twee-wegenleer van Broekers-Knol hier toevalligerwijs uitkomst had geboden. De tweede overeenkomst was immers ten overstaan van de notaris gesloten. De koper had volgens deze leer überhaupt geen recht op een bedenktijd gehad.

Oproep tot interpellatie: van evaluatie tot eliminatie

Het evaluatierapport van het Molengraaff Instituut is op 16 februari 2010 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal toegezonden. De minister komt er nog op terug. Mij is niet duidelijk in hoeverre de Eerste Kamer nog in de gelegenheid wordt gesteld hierop te reageren. Maar dat is ook niet nodig, want de leden van de Eerste Kamer komt het recht van interpellatie toe. Zij kunnen de

minister vragen stellen over een onderwerp dat nog niet eerder op de agenda stond. De evaluatie van de Wet Koop van onroerende zaken is een goede aanleiding aan te dringen op eliminatie van de bedenktijd met gelijktijdige invoering van de notariële koopovereenkomst. De bedenktijd is immers niet doelmatig en – wat erger is – ook niet rechtvaardig.

A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar ■

Inleiding

Op 1 juli 2011 is in werking getreden de wet tot wijziging van Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het plegen van onderhoud door verenigingen van eigenaars.¹ Aanleiding tot deze wet is het gegeven dat een gebrek aan onderhoud van appartementencomplexen kan leiden tot een achteruitgang van buurten en wijken. De gemeentelijke overheid kan, als die achteruitgang zich eenmaal manifesteert, doorgaans slechts ingrijpen met repressief toezicht op grond van de Woningwet. De centrale gedachte in de wet is dat de gemeente in een vroegtijdig stadium kan interveniëren in de besluitvorming in de vereniging van eigenaars (VvE) met betrekking tot het onderhoud van gemeenschappelijke ruimtes,² waardoor een schending van de Woningwet (artikelen 1a lid 1, 1b lid 2)³ kan worden voorkomen.

De gemeente kan in de vergadering van eigenaars rechtstreeks met de eigenaars van gedachten wisselen en is niet afhankelijk van het bestuur. Deze rol van de gemeente zal zich met name kunnen manifesteren als de besluitvorming binnen een VvE niet of niet of niet adequaat plaatsvindt, bijvoorbeeld omdat er feitelijk geen bestuur is (slapende VvE) of als de besluitvorming door een dwarse eigenaar wordt geblokkeerd.⁴ Artikel 5:127a lid 1 BW bepaalt dat ingeval van een ernstige dreiging van het ontstaan van een situatie waarin een gemeenschappelijk gedeelte van een gebouw

■ Anneleen Broekhuijsen-Molenaar is vice-president Gerechtshof Amsterdam.

1 Wet van 26 februari 2011, *Stb.* 2011, nr. 123.

2 Zie over deze beperking tot gemeenschappelijke ruimtes kritisch A.A. van Velten, *WPNR* (6818) 2009, p. 871. De Woningwet kent het onderscheid in gemeenschappelijke gedeelten en privégedeelten niet.

3 Art. 1a lid 1 Woningwet luidt: De eigenaar van een bouwwerk, standplaats, open erf of terrein of degene die uit anderen hoofde bevoegd is tot het daaraan treffen van voorzieningen draagt er zorg voor dat als gevolg van de staat van dat bouwwerk, die standplaats, dat open erf of terrein geen gevaar voor de gezondheid of veiligheid ontstaat dan wel voortduurt. Art. 1b lid 2 Woningwet houdt kortweg en voor zover relevant in dat het verboden is een gebouw in een staat te brengen, te laten komen of te houden, die niet voldoet aan de op die staat van toepassing zijnde voorschriften, nader omschreven in artikel 2.

4 *Kamerstukken I* 2010/11, 31 991, C, p. 8, 13 (MvA).

niet voldoet aan bovengenoemde artikelen van de Woningwet, de gemeente op haar verzoek kan worden gemachtigd door de kantonrechter om een vergadering van eigenaars bijeen te roepen, deze bij te wonen, het woord te voeren en daarin voorstellen te doen omtrent:

- het beheer en onderhoud van de onderscheiden gedeelten van het gebouw;
- bijdragen aan het reservefonds;
- het lidmaatschap van een andere vereniging of coöperatie met het oog op het onderhoud van voornoemde gedeelten;
- de samenstelling van het bestuur;
- het uitbesteden van het beheer aan een professionele beheerder;
- anderen dan bestuursleden belasten met de leiding van de vergadering.

In artikel 5:127a lid 2 BW staat dat bij de oproeping wordt vermeld dat zij krachtens rechterlijke machtiging en voor rekening van de gemeente geschiedt. De oproeping, die geschiedt op de wijze zoals is bepaald in het reglement of de statuten van de VvE is rechtsgeldig, ook indien mocht blijken dat de machtiging ten onrechte was verleend. Lid 3 bepaalt dat tegen de beschikking van de kantonrechter generlei voorziening is toegelaten, behoudens cassatie in het belang der wet.

Als een op grond van artikel 5:127a BW onder lid 1 genoemd voorstel is aangenomen en dit een wijzigingsvoorstel van het reglement meebrengt, kan de gemeente op grond van artikel 5:140a BW bij gebreke van voldoende medewerking of toestemming in de vergadering van eigenaars, een machtiging vragen aan de kantonrechter indien een of meer appartementseigenaars aan wie ten minste de helft van het aantal stemmen in de vergadering van eigenaars toekomt, zich voor de desbetreffende reglementswijziging heeft verklaard. Op grond van artikel 5:121 lid 4 BW kan de gemeente ook een rechterlijke machtiging vragen voor het uitvoeren van bepaalde werkzaamheden, indien de staat van het gebouw niet voldoet aan artikel 1a lid 1 of 1b lid 2 van de Woningwet dan wel indien sprake is van een ernstige dreiging van het ontstaan van een zodanige situatie. Ook in dat geval moet toestemming zijn verleend door een of meer appartementseigenaars aan wie tenminste de helft van het aantal stemmen in de vergadering van eigenaars toekomt.

De gedachte dat de overheid moet kunnen ingrijpen bij gebrekkig onderhoud van appartementencomplexen, werd in de Eerste Kamer door de VVD-fractie bij de behandeling van het wetsvoorstel gedeeld. Broekers-Knol verwoordde dat met een puntig samenvattend betoog van de voorgaande parlementaire stukken als volgt:

‘Een gebrek aan onderhoud van appartementen kan leiden tot achteruitgang van buurten en wijken. Dat constateert de regering in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel

dat wij vandaag behandelen. De VVD-fractie is het met die constatering eens. Vaak blijkt het gebrek aan onderhoud aan appartementen veroorzaakt te worden door het feit dat de vereniging van eigenaren van het desbetreffende appartementencomplex een slapend bestaan leidt: er worden geen jaarlijkse vergaderingen gehouden, er is geen reservefonds, er wordt geen periodieke financiële bijdrage geïnd voor onderhoud of voor verzekering enzovoort. Reden daarvoor is dat sommige verenigingen van eigenaren vaak klein zijn en slecht op de hoogte van de geldende regelingen met betrekking tot verenigingen van eigenaren. Dat leidt er weer toe dat die verenigingen van eigenaren niets geregeld hebben om over financiële middelen ten behoeve van onder andere onderhoud te beschikken.

Bij de huidige wetgeving kan de gemeente bij gebrek aan onderhoud slechts repressief met bestuursrechtelijke handhavingsmaatregelen optreden, namelijk als de Woningwet is geschonden. Er volgt dan een aanschrijving op grond van de Woningwet met een last onder dwangsom of de aankondiging van bestuursdwang. Met het wetsvoorstel wordt beoogd om gemeenten een preventieve mogelijkheid te bieden, zodat een aanschrijving op grond van de Woningwet wellicht buiten beeld kan blijven en verdere achteruitgang van het gebouw kan worden voorkomen. Het wetsvoorstel maakt het mogelijk dat gemeenten slapende verenigingen van eigenaren door middel van een civielrechtelijke “wake up call” wakker schudden.⁵

Naast een sympathiebetuiging namens de fractie, plaatste zij een aantal kanttekeningen bij het wetsvoorstel. Ik licht er twee uit: één is van praktische aard en één van juridische aard, geheel naar mijn stellige overtuiging in overeenstemming met de aard van Broekers-Knol.

Praktische kanttekening bij de effectiviteit van het wetsvoorstel

Broekers-Knol stelde tijdens de behandeling in de Eerste Kamer aan de Minister van Veiligheid en Justitie de volgende vraag:

‘Hoe zal een en ander in de praktijk uitpakken? Stel, een gemeente dient een machtigingsverzoek in bij de kantonrechter op grond van het voorgestelde artikel 127a BW van Boek 5. De vereniging van eigenaren kan, bij monde van haar vertegenwoordiger, daartegen verweer voeren. Als dat gebeurt, dan zit er nog wel enig leven in de vereniging van eigenaren, hoe zwak ook. Wanneer de vereniging van eigenaren dusdanig slapend is dat deze bijna comateus kan worden genoemd, zal er geen verweer worden gevoerd. De gemeente krijgt vervolgens de gevraagde machtiging. Hoe reëel is het om in die situatie te veronderstellen dat de vereniging van eigenaren daadwerkelijk bijeen geroepen kan worden? Anders gezegd, als de vereniging van eigenaren niets van zich laat horen, geen

5 *Handelingen I 2010/11*, 31 991, 17, item 5, p. 6.

van de leden op de oproep voor de vergadering reageert en de gemeente dus met een leeg zaaltje zit, valt er niets te beginnen.’⁶

De zorg van de VVD-fractie bij monde van Broekers-Knol over de effectiviteit van de voorgestelde aanpak wordt overigens gedeeld door Van Velten, die heeft opgemerkt dat de hele regeling in het water valt als de gemeente niet ten minste de helft van het aantal stemmen vóór de gemeentelijke plannen weet te mobiliseren of als er niemand op de door de gemeente bijeengeroepen vergadering verschijnt (zie hierboven de aangehaalde artikelen 140a en 121 lid 4). Voorts vraagt hij zich af of de gemeenten de benodigde energie voor het bijeenroepen van vergaderingen en het begeleiden van de vele duizenden VvE’s op zullen brengen. Hij noemt in dit verband dat er in ons land al enkele jaren wordt geworsteld met de problematiek van zo’n 100.000 flatwoningen omvattende gebouwen met gebrekkig of niet functionerende VvE’s in het bijzonder in bepaalde wijken in Den Haag en Rotterdam en dat voorgaande maatregelen (zoals voorlichting, certificering, subsidies) weinig effect hebben gehad. Veel appartementseigenaars wilden of konden niet meewerken aan plannen tot woningverbetering. Dit laatste zal ook bij toepassing van artikel 5:127a BW een zwak punt blijven vormen in het vervolgtraject na besluitvorming: als besloten wordt om de maandelijkse bijdrage voor de appartementseigenaars te verhogen om achterstallig onderhoud weg te werken en een reservefonds te vormen, ontstaat een volgend probleem als de eigenaars niet kunnen of willen betalen.⁷ Dat punt werd ook door Broekers-Knol aangehaald tijdens de behandeling in de Eerste Kamer: de gemeente heeft niet de bevoegdheid om de incasso van reservefondsbijdragen te realiseren, dat zal de VvE moeten doen, maar als er geen geld op tafel komt, kan het onderhoud alsnog niet worden gerealiseerd.⁸

De minister heeft naar aanleiding van de door Broekers-Knol aangedragen kanttekening over de effectiviteit als volgt geantwoord:

‘Als een vve comateus is omdat leden niet met elkaar communiceren omdat zij conflicten vrezen, zullen zij blij zijn – dat is de ervaring – met de tussenkomst van de gemeente. Niet meer en niet minder. Bewoners hebben immers belang bij onderhoud, anders daalt de waarde van hun woning. Door eerder op te treden verwachten gemeenten ook op langere termijn kosten te besparen. (...) . Preventief optreden op grond van het Burgerlijk Wetboek bespaart kosten op de langere termijn omdat aanschrijving niet nodig is. Het wetsvoorstel brengt een oplossing voor vve’s die niet tot besluitvorming komen. (...) In een vergadering zal

6 *Handelingen I* 2010/11, 17, item 5, p. 6.

7 A.A. van Velten, *WPNR* (6818) 2009, p. 869, 871.

8 Zie noot 6.

de gemeente een vve kunnen informeren over wat in hun geval een redelijke bijdrage aan het reservefonds zou zijn. Als er geen geld is om in het reservefonds te storten, kan de gemeente op grond van het wetsvoorstel weinig doen. De visie daarbij is dat de vve onder voorwaarden een beroep zal kunnen doen op gemeentelijke ondersteuning, bijvoorbeeld een subsidie of een lening tegen een lage rente. Als er wel geld in de vve zit, maar de leden niet betalen, kan besloten worden om de leden een incassomandaat te laten ondertekenen. Dat is natuurlijk wel hun eigen beslissing. Op grond van zo'n incassomandaat kan de openstaande vordering ter incassering uit handen worden gegeven aan een deurwaarder.⁹

Dit antwoord vroeg om een reactie. Broekers-Knol zet wat punten op de i:

‘Ik hoor de minister zeggen dat de gemeente kan inspringen met een subsidie als het allemaal niet lukt met de financiën. Dat is nogal een toezegging, tenminste als je het als een toezegging kunt beschouwen. Daar moet de minister misschien wel voorzichtig mee zijn. (...) Voor dat incassomandaat zal in de vergadering van de vve een meerderheid moeten zijn. Er kan binnen een vve ruzie of gebrek aan communicatie zijn waardoor de vve niet werkt, maar heel vaak ligt de oorzaak in het feit dat er geen geld is en men niet bereid is geld eraan uit te geven. Dan zie ik een incassomandaat nog niet zo gemakkelijk gebeuren. De gemeente heeft in ieder geval niet de mogelijkheid om zo'n mandaat in te stellen.’¹⁰

De Minister kan niet anders dan terugkrabbelen:

‘Het is geen toezegging, maar een instrumentele opmerking. Het zou kunnen; ik weet niet eens of het wenselijk is. Het is dus een oordeel. Wie ben ik om op de stoel van een gemeentebestuur te gaan zitten? (...) Het is een mogelijkheid, maar niet de lijn van het wetsvoorstel. De partijen zelf nemen een besluit. Als de middelen er niet zijn of er wordt niet betaald en er is geen meerderheid te behalen voor een incassomandaat, dan houdt het in the end of the day op. Dat is natuurlijk juist.’¹¹

De Minister kon de twijfels over de effectiviteit dus niet wegnemen.¹² Broekers-Knol sluit dit deel van het debat af met de verzuchting dat het uiteindelijk om geld gaat. Met haar en de VVD-fractie zullen ook anderen benieuwd zijn of, in de bewoordingen van Broekers-Knol, de nieuwe regelgeving ‘überhaupt nog zoden aan de dijk zet’.

9 *Handelingen I* 2010/11, 17, item 5, p. 9.

10 *Idem.*

11 *Idem.*

12 Zie nader over de effectiviteit: *Kamerstukken I* 2010/11, 31 991, C, p. 5 (MvA), waarin een accent wordt gelegd op het preventieve aspect van de regeling die aan gemeenten een nieuw instrumentarium biedt.

In dit verband vestig ik graag de aandacht op de door Van Velten gesignaleerde link tussen bestuursrecht en privaatrecht in de nieuwe regelgeving. Artikel 12d van de Woningwet bepaalt, kort gezegd, dat het college van B&W van een gemeente een VvE kan verplichten een onderhoudsplan vast te stellen (lid 1) indien het betreffende gebouw gelegen is in een gebied waarin naar het oordeel van B&W de leefbaarheid onder druk staat.¹³ Deze verplichting kan eerst worden opgelegd als de privaatrechtelijke weg van artikel 5:127a BW niet tot resultaat heeft geleid (art. 12d lid 2). Als er eenmaal een onderhoudsplan is, kan B&W op grond van artikel 13 van de Woningwet uitvoering van het onderhoudsplan effectueren door middel van een gemeentelijke aanschrijving, die desnoods door bestuursdwang kan worden gevolgd. De (mogelijk effectieve) stok achter de deur blijft dus onveranderd bestuursrechtelijk.¹⁴

Juridische kanttekening bij artikel 12d lid 5 van de Woningwet

Artikel 12d lid 5 van de Woningwet luidt aldus:

‘Indien een machtiging tot het bijeenroepen van een vergadering van eigenaars als bedoeld in artikel 127a, eerste lid, aanhef (...) wordt afgegeven binnen vijf jaar nadat een eerdere machtiging is afgegeven, kan het bevoegd gezag de betrokken vereniging van eigenaars verplichten tot het uitbesteden van het beheer aan een professioneel beheerder.’

Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer bracht Broekers-Knol het volgende punt naar voren:

‘Artikel 12d lid 5 Woningwet van het wetsvoorstel maakt het mogelijk dat het bevoegd gezag de betrokken vereniging van eigenaren verplicht om het beheer aan een professionele beheerder uit te besteden. Hoe moeten wij dit zien? Wie maakt de keuze? De gemeente of de vereniging van eigenaren? Contracteert de gemeente de professionele beheerder als de vereniging van eigenaren, weliswaar op verbeurte van een dwangsom maar desalniettemin in gebreke blijft? Wie geeft de opdrachten aan de professionele beheerder? Doet de gemeente dat als de vereniging van eigenaren in gebreke blijft of als de vereniging van eigenaren te beperkte opdrachten geeft? Op basis van welke titel doet zij dit? Zaakwaarneming? Hopelijk kan de minister iets meer duidelijkheid verschaffen.’¹⁵

Blijkens het antwoord van de Minister, is dat laatste niet helemaal gelukt:

¹³ Zie voor de omschrijving van een dergelijk gebied *Kamerstukken II* 31 991, nr. 3, p. 6 en 12 (MvT).

¹⁴ A.A. van Velten, *WPNR* (6818) 2009, p. 872.

¹⁵ *Handelingen* 2010/11, 31 991, nr. 17, item 5, p. 7.

‘(...) hoe werkt artikel 12d, lid 5, van de Woningwet in de praktijk? De keuze voor de beheerder blijft – laat ik daar heel duidelijk over zijn – aan de vergadering van de vereniging van eigenaren. Deze contracteert de beheerder en geeft de opdracht. Als de vve in gebreke blijft, zal het later neerkomen op een aanschrijving wegens achterstallig onderhoud. Het moge duidelijk zijn dat we daarmee in het publiekrechtelijke traject komen. We zitten dan in de Woningwet. Daar gaat het om. De keuze voor de beheerder blijft aan de eigenaren. Ik wil er geen misverstand over laten bestaan dat dit de positie is.’¹⁶

Broekers-Knol heeft nog een laatste weerwoord met betrekking tot de mogelijkheid voor de gemeente om de vereniging van eigenaren te verplichten om een professionele beheerder aan te stellen.

‘In de vergadering van de vereniging van eigenaren die op grond van het Burgerlijk Wetboek met machtiging van de kantonrechter is bijeengeroepen (...) treedt de gemeente op met de publiekrechtelijke pet. Zij mag dan de vereniging van eigenaren verplichten om een professionele beheerder aan te stellen. (...) Ik vind het een heel bijzondere situatie.’¹⁷

Ik ben het met Broekers-Knol eens dat de regeling niet helder is omdat een afdoende toelichting op de verhouding tussen de artikelen 5:127a lid 1 BW en artikel 12d lid 5 van de Woningwet ontbreekt. Op grond van artikel 127a lid 1 onder b kan de gemeente ingeval van een ernstige dreiging van het ontstaan van een situatie waarin een gemeenschappelijk gedeelte van een gebouw niet voldoet aan de artikelen 1a lid 1 en 1b lid 2 van de Woningwet, na machtiging door de kantonrechter in de vergadering van eigenaars een voorstel doen omtrent het uitbesteden van het beheer aan een professionele beheerder. Als dit tot niets heeft geleid kan de gemeente kennelijk, hoewel dat niet valt af te leiden uit de hierboven aangehaalde woorden van de Minister, buiten de vergadering van eigenaars aan de VvE een verplichting opleggen tot het uitbesteden van het beheer aan een professionele beheerder.¹⁸ Ik denk dat artikel 12 d lid 5 van de Woningwet ten onrechte in het parlementaire debat wat onderbelicht is gebleven, ondanks pogingen van Broekers-Knol daartoe. Onduidelijk blijft door wie de beheerder wordt aangestuurd bij toepassing van artikel 12 d lid 5 van de Woningwet. Ik kan mij overigens een volgend scenario voorstellen. Als een beheerder is aangesteld (door de vergadering van eigenaars dan wel door de gemeente) is denkbaar dat de gemeente naar aanleiding van de bevindingen van een beheerder vervolgens, mits ondersteund door tenminste de helft van het aantal

¹⁶ Idem, p. 9.

¹⁷ Idem, p. 11.

¹⁸ Tegen het afgeven van een machtiging inhoudende dat de gemeente een voorstel kan doen om het beheer aan een professionele beheerder uit te besteden staat geen rechtsmiddel open. Het opleggen van verplichting daartoe, is daarentegen vatbaar voor bezwaar en beroep.

uit te brengen stemmen in de vergadering van eigenaars, op grond van artikel 5:121 lid 4 BW een rechterlijke machtiging vraagt voor het uitvoeren van bepaalde werkzaamheden, indien de staat van het gebouw niet voldoet aan de artikelen 1a lid 1 of 1b lid 2 van de Woningwet dan wel indien sprake is van een ernstige dreiging van het ontstaan van een zodanige situatie. Wat van dit alles ook zij: een beheerder die in kaart brengt welke materiële en financiële knelpunten aan behoorlijk onderhoud in de weg staan én welke oplossingen denkbaar en haalbaar zijn, zou wel eens een cruciale rol kunnen hebben bij het verwezenlijken van de doelstellingen van de wet. Ik sluit niet uit dat de effectiviteit van de wet (onder meer) ligt in de meerwaarde van de aanstelling van een beheerder, die een sleutelpositie kan bekleden en als een *trait-d'union* kan fungeren tussen een gemeente en een vereniging van eigenaars. Het is aan een beheerder om – in de bewoordingen van Broekers-Knol – de nodige ‘zoden aan de dijk’ te zetten.

A.G. Castermans ■

Vrijheid

De VVD en civilisten delen de interesse voor de vrijheid. De Volkspartij heeft zichzelf ermee getooid, de tweede V staat voor Vrijheid. Civilisten stellen de vrijheid voorop. Zij omarmen in het contractenrecht het autonomiebeginsel, vergen in het goederenrecht dat vermogensverschuivingen in beginsel berusten op een daartoe strekkende wil en nemen in het aansprakelijkheidsrecht als uitgangspunt dat ieder zijn eigen schade draagt. VVD'ers en civilisten delen ook het besef dat de vrijheid van een ieder noodzakelijkerwijs wordt begrensd door de vrijheid van anderen. Waartoe leidt dat besef? In het vermogensrecht geven andere beginselen richting. Tegenover de vrijheid van de één staan het vertrouwen en de veiligheid van anderen. Waardoor laat de VVD zich leiden bij het verdelen van de vrijheid?

Deze vraag wil ik beantwoorden door Ankie Broekers-Knol te volgen in twee typisch civielrechtelijke dossiers, de introductie van de financiëlezekerheidsovereenkomsten en het schrappen van het mededelingsvereiste bij cessie. Zij heeft zich hiermee op twee momenten bemoeid, zowel tijdens het wetgevingsproces als woordvoerder van haar fractie in de Eerste Kamer als daarna, in een bijdrage 'vanuit de politiek' aan het Maandblad voor Vermogensrecht. Hoeveel steun ontleende zij aan haar partijprogramma's? Welke argumenten heeft zij gehanteerd? In haar autonome optreden toonde zij zich een leerling van Jean-Paul Sartre.

Zekerheid

In 2003 stonden twee wetten op stapel, beide erop gericht financiële instellingen te faciliteren in hun risicomanagement.

Beide wetsvoorstellen raakten het uitgangspunt van het Nederlandse goederenrecht, dat vermogensverschuivingen zoveel als mogelijk kenbaar dienden te zijn. Zo is bij de invoering van het nieuwe burgerlijk wetboek de fiduciaire eigendoms-

■ Alex Geert Castermans is hoogleraar Burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

overdracht in de ban gedaan. Tot dan toe diende de cafébaas die van de bierbrouwer krediet had gekregen, zijn café-inventaris in eigendom over te dragen aan de brouwer, als zekerheid voor de betaling van de rekeningen van de brouwer en de terugbetaling van het krediet. Dat was een mooie constructie, omdat de cafébaas zijn kredietgever zekerheid in de vorm van een verhaalsrecht kon bieden, zonder de inventaris die hij nodig had voor de uitoefening van zijn bedrijf, te missen.¹ Maar aan niets was te zien dat de cafébaas geen eigenaar was van zijn tap, tafels en krukken en dat werd onwenselijk geacht. Daarom is de fiduciaire eigendomsoverdracht verboden (art. 3:84 lid 3 BW) en dienen partijen het te doen met een nieuwe zekerheidsfiguur, het bezitloze pandrecht.²

Een tweede voorbeeld betreft de wijze waarop een vordering van de schuldeiser op de schuldenaar moet worden overgedragen (gecedeerd), met als resultaat dat de verkrijger heeft te gelden als nieuwe schuldeiser. Buiten kijf is het grote belang dat de schuldenaar weet heeft van de cessie. Daarom bepaalde het nieuwe BW dat een cessie niet geldig was zonder dat hetzij de oude schuldeiser hetzij de nieuwe schuldeiser de schuldenaar op de hoogte had gesteld van de cessie. Een kwestie van transparantie.³

In 2004 lagen de kaarten anders. De Europese richtlijn inzake financiëlezekerheidsovereenkomsten diende te worden geïmplementeerd.⁴ Met de richtlijn werd een grotere rechtszekerheid en efficiëntie ter zake van financiëlezekerheidsovereenkomsten beoogd. Het bereiken van dit doel zou kunnen leiden tot een grotere liquiditeit en stabiliteit van de financiële markten.⁵ Hiertoe dienden zekerheidsovereenkomsten met een minimum aan formaliteiten tot stand te kunnen komen, waarbij ze wel aantoonbaar dienden te zijn (overweging 9-11). Daarmee stond de regeling op gespannen voet met artikel 3:84 lid 3 BW dat bepaalt dat een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid en die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, geen geldige titel van overdracht is. De regering meende evenwel dat een overdracht op grond van een financiëlezekerheidsovereenkomst niet op een lijn is te stellen met de fiduciaire eigendomsoverdracht:

‘De term «zekerheid» wordt hier echter in een andere betekenis dan in het Nederlandse BW gebruikt, namelijk in de zin van het economisch effect – financiële zekerheid in

1 HR 3 januari 1941, *NJ* 1941, 470.

2 TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 317.

3 Parl. Gesch. Boek 3, p. 392.

4 Richtlijn nr. 2002/47/EG van het Europees Parlement en de raad van de Europese Unie van 6 juni 2002 betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten.

5 MvT, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 874, nr. 3, p. 2.

algemene zin – waarop de in de richtlijn bedoelde overeenkomsten gericht zijn. Die zekerheid kan onder meer juist door een overeenkomst die verplicht tot een volledige overdracht, verkregen worden. Een financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht levert dan ook, gelet op het voorgaande, naar Nederlands recht zonder meer een geldige titel voor die overdracht op, omdat het de bedoeling is dat de overgedragen goederen volledig in het vermogen van de verkrijger vallen en dat deze niet alleen maar een – niet op de wet gegrond – beperkt zekerheidsrecht verkrijgt.’⁶

Artikel 7:55 BW moet eventuele verwarring op dit punt wegnemen. Het bepaalt dat de overdracht ter nakoming van een financiëlezekerheidsovereenkomst geen overdracht in de zin van artikel 3: 84 lid 3.

Voorts was er behoefte financiële instellingen tegemoet te komen, die door het mededelingsvereiste werden belemmerd bij het uitvoeren van massa-cessies, bijvoorbeeld in het kader van securitisaties:

‘Deze moderne vormen van risicomanagement waren ten tijde van de totstandkoming van het nieuwe Burgerlijk Wetboek nog weinig bekend en zijn daarom niet meegewogen. Inmiddels is gebleken dat bij het op grote schaal verhandelen van vorderingen het doen van de mededeling aan de debiteur op logistieke, commerciële en financiële bezwaren stuit. Deze bezwaren zijn hierin gelegen dat de aantallen vorderingen die het onderwerp van dit soort transacties vormen, zo groot zijn dat het vanuit praktisch en commercieel oogpunt bezwaarlijk en vanuit financieel oogpunt onaantrekkelijk is om alle debiteuren mededeling van de cessie te doen.’⁷

Ook bij factoring stuitte het mededelingsvereiste op bezwaren:

‘omdat de klanten van de factormaatschappij om bedrijfseconomische redenen vaak niet willen, dat aan hun debiteuren mededeling wordt gedaan van de overdracht van hun vorderingen aan een factormaatschappij.’⁸

Daarom stelde de regering voor de stille cessie onder bepaalde omstandigheden mogelijk te maken (art. 3:94 lid 3 BW), ten koste van de gewenste uiterlijke waarneembaarheid van vermogensverschuivingen.

6 MvT, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 874, nr. 3, p. 8.

7 MvT, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 878, nr. 3, p. 2.

8 MvT, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 878, nr. 3, p. 3.

Ruimte, respect & vooruitgang

Hoe zouden de voorstellen vanuit het perspectief van de vrijheid moeten worden beoordeeld? Het zal niet verbazen dat het verkiezingsprogramma van de VVD voor de periode 2002-2006 niet refereerde aan de introductie van de regeling inzake de financiële zekerheidsovereenkomst of de wenselijkheid van de afschaffing van het mededelingsvereiste bij cessie. Wel kende het een aantal algemene uitgangspunten. Centraal stond de vrije, zelfsturende en verantwoordelijke mens. Vrijheid en verantwoordelijkheid zijn onlosmakelijk verbonden, aldus het programma:

‘Vrijheid van een ieder om eigen lot en leven vorm en inhoud te geven. Verantwoordelijkheid om dat te doen, met inachtneming van de wetten en de regels van het spel, de geldende normen en waarden, en de gerechtvaardigde belangen van anderen. Vrijheid en verantwoordelijkheid impliceren een natuurlijke burger- en gemeenschapszin, die niet is afgedwongen, maar voortvloeit uit verdraagzaamheid en respect voor de medemens. Deze balans van vrijheid en verantwoordelijkheid, ruimte en respect vormt de grondslag van de liberale mensen maatschappij-visie.’⁹

Op basis van deze maatschappijvisie werd aangenomen dat overregulering tot onvrijheid leidt:

‘Niemand wil in een staat leven waar elke stap gereguleerd en gecontroleerd wordt. Pas wanneer regels eenvoudiger, eenduidiger, niet conflicterend en minder in aantal zijn, kunnen burgers en bestuur hun verantwoordelijkheden weer nemen en daar op aangesproken worden. Dan kunnen zelfregulering en wet- en regelgeving elkaar aanvullen. Dan kan verdere jurisdisering van de samenleving worden voorkomen. Dan kunnen mensen vrij en verantwoordelijk zijn.’

Met deze uitgangspunten zou kunnen worden betoogd dat het verbod van fiducia en het stellen van een mededelingsvereiste bij cessie de vrijheid om goederen over te dragen beknotten en belemmerden. De vrije, zelfsturende en verantwoordelijke crediteur diende centraal te staan. Uitgangspunt zou moeten zijn dat die uit zichzelf voor transparantie en rechtszekerheid zou zorgen. De introductie van de financiële zekerheidsovereenkomst en het schrappen van het mededelingsvereiste zouden de vrije ruimte dan ook met goede reden vergroten.

De reactie van de VVD-fractie in de Tweede Kamer op de introductie van de financiële zekerheidsovereenkomst ligt in deze lijn. De VVD-fractie had vragen over de beperking van de reikwijdte van de regeling tot professionele partijen. De huidige

9 Ruimte, respect & vooruitgang, VVD verkiezingsprogramma 2002-2006, p. 4.

staatssecretaris van Financiën, Weekers, was toen woordvoerder en vroeg zich af waarom de regeling inzake de financiële zekerheidsovereenkomst niet van toepassing zou zijn wanneer natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf partij zijn bij de financiële zekerheidsovereenkomst.¹⁰ De Minister van Justitie antwoordde dat van natuurlijke personen zonder ondernemingsactiviteiten niet dezelfde kennis, ervaring of onderhandelingspositie mag worden verwacht als van een ondernemer. Daarom verdienen deze personen verdergaande bescherming dan ondernemers – hoe groot of klein deze ook zijn – tegen crediteuren die zekerheid bedingen. In een dergelijke relatie is afwijking van de gewone regels voor de uitoefening van een pandrecht niet gerechtvaardigd.¹¹

Dit antwoord was klaarblijkelijk bevredigend. Het wetsvoorstel werd op 27 april 2004 met algemene stemmen aangenomen.

Ter zake van de afschaffing van het mededelingsvereiste bij cessie bleef de VVD-fractie in de Tweede Kamer stil. Dit wetsvoorstel werd op 5 februari 2004 zonder beraadslaging en zonder stemming aangenomen.

Reflectie

In de Eerste Kamer werd de schrapping van het mededelingsvereiste als eerste behandeld. In het Verslag van de Vaste Commissie voor Justitie liet Ankie Broekers-Knol optekenen dat haar fractie het wetsvoorstel van groot nut achtte voor de praktijk, met name in geval van bulkcessies.¹² Zij stelde voorop dat Nederland zou aansluiten bij de internationale praktijk op het terrein van cessies, hetgeen bevorderlijk is voor de concurrentiepositie van onder andere Nederlandse banken. Maar zij zaaide ook twijfel. Het vereiste van mededeling aan de debiteur bij cessie diende immers de rechtszekerheid (in de taal van vandaag: juridische veiligheid). Aangezien de cessionaris toch eerst mededeling van de cessie aan de debiteuren zou moeten doen om de vordering te kunnen innen, was het de vraag of de beoogde kostenbesparing zou opwegen tegen het prijsgeven van de rechtszekerheid. Het commerciële belang bij het voor de debiteur verborgen houden van de cessie stond bovendien

10 Verslag, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 874, nr. 5, p. 3.

11 Nota n.a.v. het Verslag, *Kamerstukken II* 2003/04, 28 874, nr. 6, p. 7. Uit de handelingen van 22 april 2004 (70-4579) blijkt dat volgens fractievoordvoerder Weekers (VVD) de VVD-fractie zich niet had ingeschreven voor het debat, omdat zij de lezing van het kabinet steunde. Gaande de discussie kwam bij hem echter nog één vraag op, in verband met een eventuele waardedaling van de effecten gedurende pandgeving, een situatie die volgens hem in het midden- en kleinbedrijf kan voorkomen.

12 Dat Ankie Broekers-Knol woordvoerder was blijkt uit haar artikel 'De tweetrapsraket van de wetsvoorstellen stille cessie en financiële zekerheidsovereenkomsten', *MvV* 2009, p. 159.

op gespannen voet met het belang van debiteuren en anderen bij transparantie en rechtszekerheid.¹³

Minister Donner wuifde de twijfel weg. Allereerst ging hij in op een niet aangevoerd argument. Hij benadrukte dat het opnemen van de mogelijkheid van cessie zonder mededeling ‘niet in de eerste plaats’ wordt geschrapt om de debiteur onwetend te kunnen laten. Hij deed daarbij kennelijk een beroep op een naar zijn oordeel feit van algemene bekendheid, dat het stilhouden van de cessie over het algemeen niet dient om kredietposities te camoufleren, maar om te voorkomen dat derden onjuiste conclusies trekken uit het feit dat de cedent om wat voor reden dan ook zijn pakket vorderingen heeft overgedragen.¹⁴ Vervolgens betoogde hij dat de debiteur er niet slechter van zou worden. De kostenbesparing zou reëel zijn, omdat de inning vaak door de cedent zou geschieden als lasthebber van de cessionaris. Een mededeling zou pas aan de orde komen, als de kredietwaardigheid van de cedent zou verslechteren. Daarmee was het debat over. Op 28 juni 2004 werd het wetsvoorstel zonder beraadslaging en zonder stemming aangenomen.

De introductie van de financiëlezekerheidsovereenkomst kwam later aan bod. Aanvankelijk sloot de VVD-fractie zich aan bij de vragen die door de CDA-fractie werden gesteld. Maar in het nader voorlopig verslag kwam de fractie met eigen vragen.¹⁵ Tijdens de plenaire behandeling stelde Ankie Broekers-Knol deze andermaal prangend aan de orde. Zij stelde het doel van de richtlijn voorop, de bevordering van de integratie en efficiëntie van de financiële markt, als ook de stabiliteit van het financiële bestel in de Gemeenschap als ook de ondersteuning van de vrijheid van dienstverrichting en het vrije kapitaalverkeer op de interne markt voor financiële diensten. Vervolgens constateerde zij dat een financiëlezekerheidsovereenkomst die gesloten wordt tussen ondernemingen onderling, aan dát doel echter weinig zal bijdragen, terwijl die overeenkomst minder rechtszekerheid voor de zekerheidsgever en meer bevoegdheden voor de zekerheidsnemer biedt. Zo zou de pandnemer een gebruiksrecht krijgen, waartegenover de pandgever slechts een verbintenisrechtelijk aanspraak zou krijgen op teruggave van een gelijkwaardig goed. De pandgever zou het insolventierisico dragen. Voorts zou bij de financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht de zekerheidsgever met de zekerheidsnemer in de financiële zekerheidsovereenkomst zélf moeten zien te regelen dat een eventuele overwaarde moet worden afgedragen en hoe de overwaarde moet worden vastgesteld:

‘Bij financiële instellingen die op voet van gelijkheid met elkaar onderhandelen, zal dit geen problemen opleveren. Wij zien die problemen wél bij onderhandelingen over een

13 Verslag, *Kamerstukken I*, 2003/04, 28 878, B, p. 1 en 2.

14 Nota n.a.v. Verslag, *Kamerstukken I*, 2003/04, 28 878, C, p. 4.

15 Nader voorlopig verslag, *Kamerstukken I*, 2004/05, 28 874, D, p. 9 en 10.

financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht tussen financiële ondernemingen en gewone ondernemingen, bijvoorbeeld uit het midden- en kleinbedrijf, en ondernemingen onderling. De “zwakkere” partij zal zich onvermijdelijk moeten schikken in hetgeen de “sterkere” partij bij de onderhandelingen bereid is af te spreken.”¹⁶

In de tweede termijn handhaafde zij haar bezwaren ...

‘Het belangrijkste argument dat de minister naar voren heeft gebracht om de regeling uit te breiden tot ondernemingen onderling maar ook tot financiële instellingen en ondernemingen, is dat de mogelijkheden niet onthouden moeten worden aan ondernemingen als zij er gebruik van willen maken. Daarin zit nu juist het belangrijke punt. Als zij er namelijk gebruik van willen maken (...) is er toch een reëel gevaar dat bijvoorbeeld bij de financiële zekerheidsovereenkomst tot pandgeving, de positie van de pandgever aanmerkelijk zwakker is dan die van de pandnemer. De pandnemer is namelijk degene die het geld verstrekt en de pandgever heeft dat geld kennelijk hard nodig. (...) Wij moeten niet vergeten wat het doel van de Richtlijn is, namelijk liquiditeiten creëren op de financiële markt. Hoewel het op zichzelf prettig is dat er een extra mogelijkheid wordt geschapen voor ondernemingen om geld te genereren, vrezen wij echter dat er in de verhouding tussen de sterke en de zwakke partij toch ongelukken van zullen komen.’¹⁷

en stemde zij met alle andere senatoren op 8 maart 2005 tegen het wetsvoorstel.¹⁸

Drie jaar later bracht Ankie Broekers-Knol de twee wetsvoorstellen in verband met de kredietcrisis, naar aanleiding van het plan de mogelijkheden van de inmiddels geïmplementeerde financiële zekerheidsovereenkomst te verruimen. Zij liet noteren in een brief aan de regering:

‘Zoals bekend, bestaat er inmiddels wereldwijd een ernstige financiële crisis. De problemen lijken mede hun oorzaak te vinden in de omstandigheid dat de uitbreiding van de mogelijkheden van financiële zekerheidsovereenkomsten, securitisatie, het inzicht in en overzicht van dekking van kredietverstrekkingen vertroebeld heeft. (...) In 2004 is in Nederland, bij wetsvoorstel 28 878 Wijziging van art. 94 Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het mededelingsvereiste, het mededelingsvereiste in geval van cessie afgeschaft. Dit mededelingsvereiste aan de debiteur vormde het constitutief vereiste voor een geldige cessie. Omdat dit vereiste door banken bij bulkcessies onpraktisch, kostbaar en (internationaal) commercieel niet slagvaardig werd geoordeeld, onder andere in het geval een bank haar vorderingen (bijv. uit hypotheek) d.m.v. een Special Purpose Vehicle wenste om te zetten in verhandelbare effecten, is het afgeschaft. Een nadeel is dat de cedent kredietwaardiger lijkt dan hij in werkelijkheid is. Vreest de minister niet dat met de uitbreiding van de

16 *Handelingen I* 2004/05, 1 maart 2005, *Kamerstukken I* 17, 17-754-754 en 755.

17 *Handelingen I* 2004/05, 1 maart 2005, *Kamerstukken I* 17, 17-768.

18 *Handelingen I* 2004/05, 8 maart 2005, *Kamerstukken I* 18, 18-781.

financiële zekerheidsovereenkomsten naar kredietvorderingen de onoverzichtelijkheid in de financiële wereld op onaanvaardbare wijze toeneemt, met alle zich reeds thans voordoende negatieve effecten op de financiële stabiliteit wereldwijd?¹⁹

De regering deelde de zorg niet, dat wil zeggen: de Minister van Justitie vermeed een debat over de juridische merites en bracht de voorkeuren van de Minister van Financiën en de Nederlandsche Bank in stelling. De kredietcrisis had er ook mede mee te maken dat banken niet makkelijk geld aan elkaar uitleenden. Het was nodig die financiële transacties makkelijker te maken.²⁰ Hierop erkende Ankie Broekers-Knol niet voldoende te overzien in hoeverre stille cessie en financiëlezekerheidsovereenkomsten hebben bijgedragen aan de financiële crisis. Maar ze was overtuigd van de samenhang tussen stille cessie en de als gevolg daarvan grote vlucht van de financiëlezekerheidsovereenkomsten, net zozeer als van het feit dat de financiëlezekerheidsovereenkomsten mede een factor zijn geweest in de op de financiële markten ontstane chaos en dus mede hebben bijgedragen aan de kredietcrisis.²¹

Eigen waarden

Ankie Broekers-Knol schreef over de afschaffing van het mededelingsvereiste:

‘Tijdens de behandeling van dit wetsvoorstel is de focus met name gericht geweest op de positie van de debiteur en diens rechtszekerheid. Sinds het afschaffen van het mededelingsvereiste bij cessie hebben de SPV’s een grote vlucht genomen.’²²

Zo op het oog stonden tussen tegenover elkaar twee belangen van ongelijksoortige grootte: het ene concrete, gericht op een individu; het andere, gericht op een veel groter geheel, de financiële sector, waarvan we achteraf moeten zeggen dat de impact van de nieuwe regel veel onzekerder was dan vooraf bevroed. Wie in zo’n situatie moet kiezen vindt weinig steun in waarden of een algemene moraal, dus ook niet in uitgangspunten in verkiezingsprogramma’s. Dan komt het aan op de eigen instincten. ‘Je bent vrij, kies zelf, dat wil zeggen denk je eigen waarden uit’, zoals

19 *Kamerstukken I* 2008/09, nr. BW; brief van 14 augustus 2008.

20 *Kamerstukken I* 2008/09, nr. BW; brief van 9 december 2008.

21 *MvV* 2009, p. 164-165. Voor de bewijsvoering zette ze haar kaarten op het parlementair onderzoek financieel stelsel. Zie het rapport van de tijdelijke commissie *Kamerstukken II* 2009/10, 31 980 nr. 4. De effecten van de nieuwe regels op het ontstaan van de kredietcrisis is niet met zoveel woorden onderzocht. Wel is de invloed van de banken op het afschaffen van het mededelingsvereiste beschreven (p. 130-131).

22 *MvV* 2009, p. 166.

Sartre een leerling adviseerde die in 1940 moest kiezen tussen de liefde voor zijn moeder en een vertrek naar Engeland in dienst van de Vrije Franse Strijdkrachten.²³ Dat verklaart wellicht in zijn algemeenheid de wendbaarheid van kamerleden die vaak genoeg compassie tonen met de belangen van een individueel mens of dier, met een beroep op beginselen waarmee zij in het individuele geval goed uit de voeten kunnen, terwijl zij met die beginselen in stemmingen over zaken van algemeen belang niet uit de voeten kunnen. Zij mogen en moeten kiezen.

Zo kan het zijn gegaan in de parlementaire behandeling van het mededelingsver-eiste, maar bij de behandeling van de financiële zekerheidsovereenkomst werd de positie van betrokken partijen sterker aangezet en geplaatst in de bredere context van het goederenrechtelijk systeem. Er was niet langer sprake van een afweging van vooral individuele belangen en collectieve belangen. Nu stonden collectieve belangen tegenover elkaar: het goederenrechtelijk systeem en de efficiëntie van de financiële markt. In zo'n situatie zou er meer ruimte moeten zijn voor het schermen met waarden en politieke uitgangspunten, zoals Weekers leek te doen met zijn oproep ook natuurlijke personen onder de werking van de financiële zekerheidsovereenkomst te laten vallen.

Wat dreef Ankie Broekers-Knol? Haar twijfel reflecteerde niet het instemmende zwijgen van de collega's in de Tweede Kamer en evenmin de uitgangspunten van Ruimte, respect & vooruitgang. De twijfel getuigde wel van de reflectie die een lid van de Eerste Kamer betaamt. Waardoor was de twijfel ingegeven?

Er zijn verschillende verklaringen mogelijk. De eerste heeft te maken met haar fascinatie voor de kunst van de retoriek. De argumenten van de regering voor wijziging van het Burgerlijk Wetboek waren weinig principieel van aard. Ze refereerden niet aan de zo gekoesterde vrije mens, maar aan praktische argumenten als een – feitelijk niet onderbouwde – kostenbesparing en een commerciële angst voor wat zakenpartners van de cessie zouden kunnen denken. Dat gaf – terecht – te denken en Ankie Broekers-Knol legde de zwakke plekken in de argumentatie van de regering bloot.

De tweede verklaring houdt verband met haar rechtswetenschappelijke wortels. De nieuwe regels gingen in tegen de met goede redenen gekozen opzet van het nieuwe burgerlijk goederenrecht. De bezwaren hiertegen die Ankie Broekers-Knol formuleerde gingen verder dan de belangen van de grote of kleine onderneming buiten de financiële sector.

Deze verklaringen wijzen erop dat Ankie Broekers-Knol ook in een debat over concurrerende collectieve belangen de les van Sartre in de praktijk bracht, vrij te

23 Jean-Paul Sartre (vertaling Caspar Hendriks), *Over het existentialisme*, Utrecht: A.W. Bruna & Zoon 1967, p. 24-29.

zijn en zelf te kiezen. Juist op dit niveau was referte aan partijpolitieke uitgangspunten mogelijk geweest. Door te kiezen voor het belang van het goederenrechtelijk systeem – met zijn oude regels in een relatief jonge jas – toonde zij zich meer civilist dan VVD'er. Preciezer gezegd: zij vond als civilist de juiste argumenten om de vrijheid van ondernemingen af te bakenen.

4 | Bewijslastperikelen rond een uitgemergelde parkiet (wetsvoorstel 27 809)

Jac. Hijma ■

Inleiding

Tot de vettere kluiven van het consumentenrecht behoort artikel 7:18 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (verder: BW). De bepaling luidt als volgt:

‘Bij een consumentenkoop wordt vermoed dat de zaak bij aflevering niet aan de overeenkomst heeft beantwoord, indien de afwijking van het overeengekomene zich binnen een termijn van zes maanden na aflevering openbaart, tenzij de aard van de zaak of de aard van de afwijking zich daartegen verzet.’

In de op 1 januari 1992 ingevoerde titel 7.1 BW (Koop en ruil) kwam deze regel nog niet voor. Hij is toegevoegd op 1 mei 2003, ter gelegenheid van de implementatie van Richtlijn 1999/44/EG van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen.¹ De parlementaire geschiedenis maakt duidelijk dat noch de Tweede, noch de Eerste Kamer der Staten-Generaal bij de omzetting van deze richtlijn over één nacht ijs is gegaan.²

Het geciteerde artikel 7:18 lid 2 BW heeft met name in de Eerste Kamer een interessante gedachtewisseling uitgelokt. Senator Broekers-Knol (VVD) wijst erop dat met betrekking tot bepaalde soorten zaken de toepassing in de praktijk nogal eens problematisch zal zijn. Zulks geldt met name voor dieren en planten.³

‘De vraag is (...) hoe wij ons dit moeten voorstellen bij levende have en planten. (...) De koper heeft blijkens artikel 23, lid 1, vanaf het moment van ontdekken twee maanden de tijd om de verkoper van de klacht op de hoogte te brengen. De plant is inmiddels volledig

■ Jaap Hijma is hoogleraar Burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden.

1 *Stb.* 2003, 110 (aanpassingswet); *Stb.* 2003, 151 (inwerkingtreding); zie voor de richtlijn PbEG L 171.

2 Zie *Kamerstukken* 27 809 (Aanpassing van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek aan de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen).

3 *Handelingen I* 2002/03, 19, p. 594.

verpieterd of dood; het dier dood en begraven. Wat moet de verkoper dan? Graag een reactie hierop van de minister.’

Minister Donner riposteert:⁴

‘Op dat moment kan de koper niet meer bewijzen dat het beestje dood is. Dan kan het ook vermist zijn of gestolen. Dat valt niet onder het vermoeden. De koper zal dus met het lijkje naar de winkel moeten gaan om aan te geven dat het beest daadwerkelijk gestorven is binnen de termijn. Ik denk dat dit specifieke aspect gedekt wordt. Tegelijkertijd kan dan uit de staat waarin de plant of het lijkje zich bevindt, een eventuele aanwijzing worden gevonden voor de vraag of er inderdaad een gebrek aan het begin was, dan wel een probleem van verzorging.’

Ter gelegenheid van de schriftelijke behandeling waren reeds diverse casusposities met betrekking tot paarden, aquariumvissen, een cavia, een parkiet en een papegaai de revue gepasseerd.⁵ Bij de mondelinge gedachtewisseling bedient de minister zich nogmaals van een gevleugelde illustratie.⁶

‘Te denken valt aan de situatie waarin de verkoper kan bewijzen dat de overleden vogel niet goed werd verzorgd, bijvoorbeeld omdat de vogel ernstig is uitgemergeld.’

Een en ander inspireert senator Van de Beeten (CDA) tot een licht verrassend voorstel:⁷

‘Nadat ik de minister heb aangehoord, stel ik voor om de desbetreffende bepaling de “uitgemergelde parkiet-bepaling” te noemen. Dat is misschien de beste benaming waaronder zij straks door het leven kan gaan, hoewel wij het hierbij soms over dode dieren hebben.’

Daarmee schaaft de besproken wetsbepaling zich onder een korte – maar illustere – reeks civielrechtelijke regels die op een koosnaam kunnen bogen: artikel 1:88 BW

4 *Handelingen I* 2002/03, 19, p. 596.

5 Nader voorlopig verslag van de Vaste Commissie voor Justitie, *Kamerstukken I* 2002/03, 27 809, nr. 32, p. 2; Nadere memorie van antwoord, *Kamerstukken I* 2002/03, 27 809, nr. 32a, p. 2-4.

6 *Handelingen I* 2002/03, 19, p. 596.

7 *Handelingen I* 2002/03, 19, p. 598.

(‘pantoffelheld-artikel’),⁸ artikel 6:211 BW (‘pot-ketel-bepaling’),⁹ artikel 6:278 BW (‘biljartbalartikel’),¹⁰ artikel 7:18 lid 2 BW (‘uitgemergelde parkiet-bepaling’).

Reden genoeg om de merites van het aldus gelauwerde artikellid aan een onderzoek te onderwerpen, met name in relatie tot de koop en verkoop van levende have.

Nonconformiteit

Het Burgerlijk Wetboek reikt aan de consument-koper die een teleurstellende zaak heeft ontvangen een uitgebreid wapenarsenaal aan. Hij kan van de verkoper herstel of vervanging verlangen (art. 7:21 BW), en anders de koopprijs in evenredigheid met de afwijking verminderen of de overeenkomst ontbinden (art. 7:22 jo. 6:265 BW); bovendien kan grond tot schadevergoeding bestaan (art. 6:74 BW c.a.). Voor al deze rechtsmiddelen is noodzakelijk dat de aan de koper afgeleverde zaak – in weerwil van artikel 7:17 BW – niet aan de overeenkomst beantwoordt, populair gezegd, dat de zaak *nonconform* (de overeenkomst) is. In de praktijk grijpt menig verkoper opdoemende problemen bij de wortel aan door te betogen dat hij de koper een volstrekt deugende zaak heeft meegegeven, en dat het inmiddels gesignaleerde gebrek door de koper zelf – of door iemand dan wel iets in diens sfeer, zoals een huisgenoot of huisdier – moet zijn veroorzaakt. Zo komt het nogal eens voor dat verkopers van mobiele telefoons een klacht over het functioneren begroeten met het betoog dat de koper het toestel kennelijk heeft laten vallen of aan de inwerking van vocht zal hebben blootgesteld.

Juridisch is voor dit type discussies essentieel, dat de vraag of de afgeleverde zaak aan de overeenkomst beantwoordt, wordt beantwoord naar één vast peilmoment. Dat moment is dat van de *aflevering*, dat wil zeggen het moment waarop de zaak in het bezit van de koper wordt gesteld (art. 7:9 lid 2 BW).¹¹ Met de aflevering vindt een risico-omslag plaats (art. 7:10 lid 1 BW): de verkoper is verantwoordelijk

8 Vermeld door bijv. J. de Boer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, I**, *Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 236 (m.b.t. de voorloper, art. 162a lid 1 BW *oud*).

9 Vermeld door bijv. Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 449.

10 Vermeld door bijv. A-G De Vries Lentsch-Kostense, conclusie voor HR 28 maart 2008, *NJ* 2009, 578 (Dexia/Van Tuijl), onder 1.

11 Toelichting Meijers, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 7*, Deventer: Kluwer 1991, p. 118; Jac. Hijma, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 5, Bijzondere overeenkomsten, Deel I, Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 332.

voor op dat moment reeds aanwezige – inclusief latent aanwezige – gebreken, maar niet meer voor problemen die naderhand ontstaan. Benadrukt zij dat het hier gaat om de pure *aanwezigheid* van een afwijking, niet om de kenbaarheid daarvan. Als een apparaat een jaar na de aflevering defect raakt doordat het zwakke componenten bevat, is wel degelijk sprake van een reeds op het afleveringsmoment bestaande – inwendige – nonconformiteit.

Bewijsperikelen

De partij die stelt, zal het gestelde in geval van betwisting dienen te bewijzen (art. 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Gezien dit algemene uitgangspunt draagt de koper de bewijslast dat de zaak bij de aflevering niet aan de overeenkomst voldeed. Dat hierover in relatie tot onwillige verkopers niet te licht mag worden gedacht, behoeft nauwelijks betoog.

Soms zal de koper bij zijn bewijslevering steun ondervinden van een rechterlijk ofwel feitelijk vermoeden,¹² bijvoorbeeld in dier voege, dat als de defecte geraakte zaak er smetteloos uitziet het vermoeden op zijn plaats kan zijn dat zij niet heeft geleden, zodat (behoudens tegenbewijs) van een fabricagegebrek kan worden uitgegaan. De Europese richtlijngever heeft aan consument-kopers – tegenover professionele verkopers – echter een meer structurele bescherming tegen de dreigende bewijsnood willen bieden. Artikel 5 lid 3 van Richtlijn 1999/44/EG luidt:

‘Unless proved otherwise, any lack of conformity which becomes apparent within six months of delivery of the goods shall be presumed to have existed at the time of delivery unless this presumption is incompatible with the nature of the goods or the nature of the lack of conformity.’

Deze bepaling heeft haar weg gevonden naar het bovengeciteerde artikel 7:18 lid 2 BW. Een gebrek dat zich binnen zes maanden na de aflevering manifesteert, wordt – een tweetal uitzonderingsrubrieken daargelaten – (weerlegbaar) vermoed reeds op het moment van de aflevering te hebben bestaan. Gedurende het eerste halve jaar zijn zodoende de bewijsperikelen van de koper naar de verkoper verschoven.

12 Nader over deze figuur W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 43-44.

Eerste interpretatie

In antwoord op vragen van de Eerste Kamer heeft minister Donner het karakter van het ingevoerde wettelijke vermoeden geanalyseerd. Hij presenteert de volgende karakterschets:¹³

‘Daarbij zij nog opgemerkt dat bij een (wettelijk) bewijsvermoeden in strikte zin niet van een omkering van de bewijslast gesproken kan worden. Door het wettelijk vermoeden wordt voorshands als vaststaand aangenomen dat de zaak bij de aflevering niet aan de overeenkomst heeft beantwoord. Het tegenbewijs dat de verkoper vervolgens dient te leveren behoeft niet het bewijs van het tegendeel te zijn. Voldoende is dat door de tegenbewijslevering zoveel twijfel wordt gezaaid dat niet houdbaar is het vermoeden dat de zaak bij de aflevering niet aan de overeenkomst heeft beantwoord. In dat geval dient de koper dat alsnog ten volle te bewijzen. Zie hierover Mon. Nieuw BW A-24 (Asser), nr. 13 en 15. Dit betekent dat het in die gevallen waarin het voor de verkoper onmogelijk is om te bewijzen dat de zaak bij de aflevering aan de overeenkomst heeft beantwoord, het wellicht voor hem wel mogelijk is om feiten te bewijzen die het vermoeden van het tegendeel ontkrachten. De bewijslast komt in dat geval weer volledig op de koper te rusten.’

Aldus gezien is de bewijspositie van de verkoper weliswaar aanzienlijk verzwaard, maar is in de verzwaring enige mildheid verweven. Artikel 7:18 lid 2 BW grijpt niet zó krachtig in, dat het de verkoper noodzaakt te bewijzen dat de zaak bij de aflevering wél aan de overeenkomst beantwoordde. Hij kan ermee volstaan in concreto (de gerechtvaardigdheid van) het wettelijke vermoeden te ondergraven. Als de verkoper daarin slaagt is artikel 7:18 lid 2 BW uitgeput, zodat de situatie terugvalt naar de aanvangspositie, waarin de koper de nonconformiteit dient te bewijzen.

In deze opvatting is de minister bijgevalen,¹⁴ maar ook fundamenteel bekritiseerd.¹⁵

13 Nadere memorie van antwoord, *Kamerstukken I* 2002/03, 27 809, nr. 32a, p. 3.

14 Zie senator Broekers-Knol voornoemd, *Handelingen I* 2002/03, 19, p. 594; vgl. J.W.A. Biemans, ‘Richtlijn 99/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen’, in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht, Deel II*, Deventer: Kluwer 2007, p. 322.

15 Zie, naast het hierna te bespreken arrest, W.L. Valk, ‘Stellen en bewijzen in gevallen van dwaling en non-conformiteit’, *WPNR* 2010, 6867-6868, m.n. sub 7.

Tweede interpretatie

In 2006 heeft het gerechtshof te Arnhem te oordelen over de koop van de pony Way of Picobello, die een ‘luchtzuiger’ blijkt te zijn.¹⁶ De koper doet een beroep op nonconformiteit (art. 7:17 BW): de pony is behept met een kwalijke eigenschap en beantwoordt daarom niet aan de overeenkomst. De verkoper echter betoogt dat het dier op het moment van afleveren wel degelijk aan de overeenkomst beantwoordde. Luchtzuigen is – aldus de verkoper – een stalondeugd, die paarden in korte tijd van elkaar kunnen overnemen; Way of Picobello heeft de afwijking pas in kopers stallen opgedaan. Aan een en ander voegt de verkoper toe, met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, dat hij niet méér behoeft te doen dan zóveel twijfel te zaaien, dat het vermoeden dat de zaak reeds bij de aflevering niet aan de overeenkomst heeft beantwoord, niet houdbaar meer is.

Het oordelend hof citeert de Nederlandse, Engelse, Franse en Duitse tekst van art. 5 lid 3 van Richtlijn 1999/44/EG, en vervolgt:¹⁷

‘Het hof leidt hieruit af, gelet op de strekking van de Richtlijn, die beoogt een bepaald niveau van consumentenbescherming te garanderen, dat daarmee bedoeld wordt op een vermoeden dat de geleverde zaak ten tijde van de aflevering niet, in de woorden van de Richtlijn, overeenstemt en dat het gebrek op dat moment bestond, totdat de verkoper het tegendeel heeft bewezen. Daaronder is niet te verstaan dat de verkoper tegenbewijs kan leveren tegen het vermoeden, waarbij voldoende zou zijn dat hij zoveel twijfel zaait dat het vermoeden wordt ontzenuwd. Het gaat om het daadwerkelijk bewijs van het tegendeel.’

Het hof neemt derhalve geen genoegen met ‘twijfel zaaien’, maar verlangt van de verkoper een werkelijk *tegendeelbewijs*: het is aan de verkoper om aan te tonen dat de zaak bij haar aflevering wel degelijk aan de overeenkomst beantwoordde. Deze visie wijkt fundamenteel af van de hierboven geciteerde opinie van de minister. Legt het expliciete standpunt van de bewindsman, bijgevalen in de Eerste Kamer, dan geen gewicht in de schaal? Het hof toont zich zelfverzekerd:

‘Stal van Bortel heeft op zichzelf met juistheid betoogd dat in de Nadere Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer (Bijlage *Handelingen I* 2002/2003, 27809, nr. 32a, pagina 3) door de Minister van Justitie wordt verklaard: “(...)”. Gelet evenwel op inhoud en strekking van de Richtlijn als hiervoor geciteerd en de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie, kan aan deze uitleg echter geen doorslaggevende betekenis worden gehecht.’

¹⁶ Hof Arnhem 2 mei 2006, *LJN* AX6541, *NJF* 2006, 342.

¹⁷ Zie rov. 4.18 van het arrest van het hof.

Het gerechtshof is klaarblijkelijk van gevoelen, dat de minister zich te weinig rekenschap heeft gegeven van het Europese karakter van de onderhavige bewijsregel.

Tussenbalans

Welke is de betere benadering? De lijn van het hof verdient mijns inziens de voorkeur. Wat de minister over de wederzijdse bewijsposities schrijft is op zichzelf aantrekkelijk, maar behoort tot het genuanceerde Nederlandse gedachtegoed inzake de bewijslastverdeling in algemene zin. In casu gaat het om een regel van Europese origine. Het niveau van consumentenbescherming waarin het ministeriële betoog resulteert, ligt lager dan wanneer men de verkoper met het tegendeelbewijs belast. In andere Europese landen wordt er, als sprak het vanzelf, van uitgegaan dat het aan de verkoper is om aan te tonen dat de zaak ten tijde van haar aflevering aan de overeenkomst beantwoordde. Zie bijvoorbeeld voor Duitsland:¹⁸

‘In diesem Fall trifft also die Beweislast dafür, dass die Sache im maßgeblichen Zeitpunkt mangelfrei war, den mit Gewährleistungsansprüchen konfrontierten Verkäufer.’

Daarbij wordt *unverfrohren* van een *Beweislastumkehr* gesproken.¹⁹ Ook het Draft Common Frame of Reference (DCFR), dat een parallelle regel bevat,²⁰ lijkt ervan uit te gaan dat de verkoper de conformiteit moet bewijzen; in het begeleidende commentaar valt zelfs te lezen dat de besproken regel ‘resembles a product guarantee’.²¹ Deze en dergelijke rechtsvergelijkende gegevens maken het aannemelijk dat het Nederlandse recht zou onderpresteren indien in dit – bijzondere – verband de door de minister geventileerde benadering zou worden gevolgd. Tegen deze achter-

18 Aldus H.-W. Eckert, J. Maifeld & M. Matthiessen, *Handbuch des Kaufrechts*, München: Beck 2007, nr. 369; in dezelfde zin W. Weidenkaff, in: *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, München: Beck 2010, § 476, *passim*; D. Reinicke & K. Tiedtke, *Kaufrecht*, München: Luchterhand 2004, nr. 737.

19 Ten onzent wordt verschil gemaakt tussen een normatief wettelijk vermoeden enerzijds en een bewijslastomkering anderzijds; zie W.L. Valk, ‘Stellen en bewijzen in gevallen van dwaling en non-conformiteit’, *WPNR* 2010, 6867-6868, m.n. sub 7 en 11, en in algemene zin W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 30-40.

20 Art. IV.A.-2:308 (2) DCFR.

21 C. von Bar & E. Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Volume 2*, Munich: Sellier 2009, Art. IV.A.-2:308, p. 1310-1315; zie m.n. Comment C en Illustration 3 (‘It is up to the seller to prove that this was not the case’).

grond verhindert de gehoudenheid tot richtlijnconforme interpretatie²² de rechter om die restrictieve opvatting tot de zijne te maken.

Het vorenstaande neemt niet weg, dat bij dieren (en planten) de vraag zich opdringt of het wel gerechtvaardigd is de verkoper met het conformiteitsbewijs op te zadelen.²³ Een dier is naar zijn organische en daarmee intrinsiek gevoelige natuur iets anders dan een apparaat, en de besproken ingreep in de bewijslast lijkt te zijn geschied met – ‘onveranderlijke’ – menselijke maaksels voor ogen. Deze observatie verplaatst ons naar een tweede, specifiek dierlijke, dimensie van de problematiek: is artikel 7:18 lid 2 BW wel voor levende have geschreven?

Dieren; (geen) categorische uitzondering

Bij de voorbereidingen van Richtlijn 1999/44/EG heeft met name Duitsland getracht de koop van vee buiten bereik van het vermoeden te brengen. Maar zonder succes. Minister Donner:²⁴

‘Wel is het zo dat er in de Raad is gesproken over schrapping van het bewijsvermoeden. Dit was op voorstel van Nederland, Duitsland en Denemarken. Dit voorstel heeft het niet gehaald.

Tijdens de onderhandelingen heeft Duitsland bepleit om de koop en verkoop van vee van de werkingssfeer van de richtlijn uit te sluiten, maar Duitsland heeft dit punt uiteindelijk laten vallen. Hieruit en uit de afwijzing van het Nederlandse voorstel blijkt ook dat onder ogen is gezien dat de richtlijn ook van toepassing is op de koop en verkoop van dieren en dat dit ook altijd de bedoeling is geweest. Dit geldt derhalve ook voor het wettelijke bewijsvermoeden.’

De levende have is dus niet ‘per ongeluk’ onder de bepaling terechtgekomen. Zeker in dit licht is het op nationaal niveau toevoegen van een extra uitzondering voor dieren, in aanvulling op de bestaande uitzonderingen, geen aannemelijke optie.²⁵

Artikel 7:18 lid 2 BW reikt zelf, in het voetspoor van de richtlijn, twee uitzonderingsrubrieken aan: de aard van de zaak en de aard van de afwijking (‘unless this presumption is incompatible with the nature of the goods or the nature of the

22 Vaste rechtspraak van het Europese Hof van Justitie; zie o.a. HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98 c.a., *NJ* 2000, 730 (Océano). Nader M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001.

23 In de dierenhandel is nogal wat commotie ontstaan; zie N. Frenk, ‘Herziening van de regeling van de consumentenkoop’, *AA* 2003, p. 953, 957.

24 *Handelingen I* 2002/03, 19, p. 598.

25 Evenzo Nadere memorie van antwoord, *Kamerstukken I* 2002/03, 27 809, nr. 32a, p. 4.

lack of conformity'). Men zou de stelling kunnen betrekken dat in geval van dieren de aard van de zaak – levende have – per definitie aan het vermoeden in de weg staat. Een dergelijke categorische onttrekking zou echter nauwelijks van het toevoegen van een extra uitzondering verschillen, en strandt dus op dezelfde overwegingen.

Voor de goede orde teken ik aan dat het gegeven dat artikel 7:18 lid 2 BW voor *zaken* is geformuleerd, geen steun biedt aan de opinie dat dieren er niet onder zouden vallen. Van oudsher is een dier eenvoudig een zaak in de zin van het vermogensrecht.²⁶ De recente civielrechtelijke emancipatie van het dier (art. 3:2a lid 1 BW *nieuw*) doet er niet aan af, dat bepalingen met betrekking tot zaken op dieren van toepassing zijn en blijven (art. 3:2a lid 2 BW *nieuw*).²⁷

Dieren; (meer) incidentele uitzonderingen

Met het vorenstaande is niet gezegd dat het dier niet op *incidentele* basis aan de werking van het wettelijke bewijzvermoeden kan worden onttrokken,²⁸ en mijns inziens evenmin, dat zo'n incidentele onttrekking bij dieren niet met een flinke frequentie mag plaatsvinden. Noch de tekst, noch de ratio, noch de toelichting van de bepaling leidt hier tot speciale terughoudendheid. Langs deze weg kunnen zich binnen de dierenkoop, informeel, deelterreinen uitkristalliseren waarop de aard van de zaak en/of de aard van de afwijking – meestal zal het om een combinatie van beide gaan – zich tegen het wettelijke vermoeden verzet(ten).²⁹ Wanneer men artikel 7:18 lid 2 BW op een dergelijke 'open' manier toepast, behoeft ook bij de dierenkoop voor disproportionele uitkomsten niet te worden gevreesd.

Met name de volgende groepen casusposities komen voor een bestendige benutting van de in het artikellid vervatte uitzonderingsformule in aanmerking.

Ten eerste: koop van dieren met een korte levensverwachting (niet veel langer dan zes à zeven maanden). Dat een dergelijk dier in de loop van het eerste half jaar sterft, is in overeenstemming met de natuur en wettigt niet het vermoeden dat het reeds bij de aflevering in een ontoereikende conditie heeft verkeerd.

Ten tweede: koop van zeer gevoelige dieren, die een dermate precieze verzorging nodig hebben dat de kans groot is dat hun ziek worden of sterven zijn oorzaak vindt

26 Zie bijv. Memorie van antwoord II, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3*, Deventer: Kluwer 1981, p. 65.

27 Zie *Kamerstukken* 31 389 en inmiddels ook *Stb.* 2011, 345 (Wet dieren, art. 11.2).

28 Aldus ook Nadere memorie van antwoord, *Kamerstukken I* 2002/03, 27 809, nr. 32a, p. 4.

29 Zie tevens Nadere memorie van antwoord, *Kamerstukken I* 2002/03, 27 809, nr. 32a, p. 4.

in tekortschietende omstandigheden aan de zijde van de koper. Ook voor deze groep is toepassing van het wettelijke bewijsvermoeden misplaatst.³⁰

Ten derde, voor de praktijk het meest belangrijk: koop van een dier dat na enige tijd aan een infectieziekte blijkt te lijden. Het wettelijke tijdvak van zes maanden na de aflevering is met betrekking tot dit soort kwalen veel te lang en daarmee ongeschikt. Ook naar het Duitse recht wordt hier een uitzondering bepleit.³¹

‘Auch (...) bei Tierkrankheiten ist die Beweislastvermutung mit der Art des Mangels unvereinbar. Ein Erfahrungssatz, wonach ein Tier schon bei Gefährübergang infiziert war, wenn die Krankheit innerhalb von 6 Monaten ausbricht, besteht nicht.’

Elders, onder meer in het DCFR-commentaar, treft men dezelfde gedachte aan.³² Aldus wordt een sturend onderscheid zichtbaar tussen enerzijds ziekten en gebreken die normaliter ‘worden opgelopen’, en anderzijds ziekten en gebreken die normaliter ‘zijn ingebakken’ (d.w.z. op de eigenschappen van het individu zijn terug te voeren). In de eerste situatie is het wettelijke vermoeden niet op zijn plaats, in de tweede wel. Dit onderscheid kan aan de hand van verdere zich voordoende casus worden geconcretiseerd en langzamerhand worden uitgebouwd.

De jurisprudentie betreffende luchtzuigende paarden laat intussen zien, dat het in de praktijk niet steeds eenvoudig zal zijn uit te maken of de afwijking tot het eerste of het tweede type moet worden gerekend. Het bovengeciteerde hof past het bewijsvermoeden van art. 7:18 lid 2 BW onversneden toe,³³ en is daarin nagevolgd.³⁴ In een andere zaak oordeelt de rechter daarentegen dat de aard van de afwijking zich in casu tegen het wettelijke vermoeden verzet, ‘omdat luchtzuigen, zoals door beide partijen erkend, gedrag betreft dat elk paard binnen een periode van veel korter dan zes maanden ‘spontaan’ kan aanleren.’³⁵

30 Dat de verkoper de koper vooraf grondig over de te bieden verzorging zal moeten informeren, is een andere zaak.

31 D. Reinicke & K. Tiedtke, *Kaufrecht*, München: Luchterhand 2004, nr. 739; in dezelfde zin H.-W. Eckert, J. Maifeld & M. Matthiessen, *Handbuch des Kaufrechts*, München: Beck 2007, nr. 330; W. Weidenkaff, in: *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, München: Beck 2010, § 476, nr. 11.

32 C. von Bar & E. Clive (eds.), *Draft Common Frame of Reference (DCFR), Volume 2*, Art. IV.A.-2:308, p. 1312 (Illustration 4).

33 Licht saillant is overigens, dat het hof de verkoper in het van hem geëiste tegendeelbewijs geslaagd acht; koper verliest de procedure.

34 Vزر. Rb. Zutphen 15 februari 2008, *LJN* BC4965.

35 Vزر. Rb. Arnhem 24 mei 2004, *LJN* AP4372.

Besluit

Maar keren wij terug naar het in de Eerste Kamer gevoerde debat. Nadat minister Donner zijn betoog heeft afgerond, toont senator Broekers-Knol zich lichtelijk verbaasd. Zij zet nog even de puntjes op de i:³⁶

‘Voorzitter. Ik heb gesproken over het bewijsvermoeden, genoemd in artikel 18, lid 2. Volgens de minister heb ik iets gevraagd over omkering van de bewijslast. Dat heb ik evenwel niet gedaan. Ik heb gewoon uiteengezet hoe een en ander in elkaar zit, want dat had de minister keurig gedaan in de memorie van antwoord en de nadere memorie van antwoord. In mijn schriftelijke vragen heb ik dat punt dus reeds naar voren gebracht.’

En iets later, zich tot de minister wendend:³⁷

‘Het punt dat u naar voren bracht, heb ik niet als zodanig hier aan de orde gesteld. Ik heb iets anders aan de orde gesteld, waarop ik uiteindelijk in de loop van uw betoog wel min of meer antwoord heb gekregen. Het eerste deel van uw beantwoording was echter niet direct een antwoord op de vraag die ik had gesteld. Sterker nog, dit antwoord was al eerder gegeven bij de schriftelijke behandeling.’

De spreekster heeft ontegenzeggelijk niet alleen een scherpe kijk op de besproken materie, maar ook een helder inzicht in het politieke metier. Een observatie van collega Van de Beeten geeft haar bijdrage aan het onderhavige debat nog een bijzonder reliëf:³⁸

‘Voorzitter. Wetende dat mijn collega mevrouw Broekers hier vandaag met een hersenschudding het woord heeft gevoerd, vraag ik mij af hoe scherp de vragen zouden zijn geweest indien zij geheel gezond geweest was.’

36 *Handelingen I* 2002/03, 19, p. 598.

37 *Handelingen I* 2002/03, 19, p. 599.

38 *Handelingen I* 2002/03, 19, p. 594.

5 | Het slechtste van twee werelden?

W.G. Huijgen ■

Inleiding

In september 2005 – nu vrijwel zes jaar geleden – verscheen het rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt (Commissie Hammerstein) met als titel: ‘Het beste van twee werelden’. Deze commissie was ingesteld in verband met de evaluatie van de in oktober 1999 in werking getreden nieuwe Wet op het notarisambt. Deze had de oude wet van 1842 vervangen.

De kern van de nieuwe Wet op het notarisambt betrof een liberalisering van het notariaat. Deze had met name vorm gekregen in veel vrijere vestigingsmogelijkheden voor notarissen,¹ vrije tarieven in het notariaat en de vrijheid om in deeltijd te werken.²

Het rapport van de Commissie Hammerstein spreekt vele behartenswaardige woorden. Ik wijs in dit verband slechts op het navolgende.

Zo wordt bijvoorbeeld geconstateerd dat door de liberalisering van de tarieven in het notariaat meer concurrentie tussen notarissen is ontstaan. Daaraan wordt ook toegevoegd dat het loslaten van de vaste tarieven de notaris in de onroerendgoedpraktijk kwetsbaarder heeft gemaakt voor beïnvloeding en manipulatie door met name grote partijen in de markt. Daarnaast constateert het rapport dat: de economische omstandigheden na 1999 een ongunstige invloed hebben gehad. De economische conjunctuur is teruggelopen en de onroerendgoedpraktijk in het algemeen heeft het zwaar te verduren.³

Toen de Commissie Hammerstein dit in september 2005 schreef kon zij nog geen weet hebben van de wereldwijde economische crisis die met name de onroerendgoedpraktijk van notarissen sedert september 2008 heeft geraakt. Het behoeft geen betoog dat thans geconstateerd kan worden dat het notariaat sedert september

■ Pim Huijgen is hoogleraar Notarieel recht aan de Universiteit Leiden en notaris bij Pels Rijcken & Droogleevers Fortuijn te 's-Gravenhage.

1 Zie art. 6 Wna. Wanneer aan een aantal – limitatief in de wet opgesomde – vereisten is voldaan, kan men desverzocht tot notaris worden benoemd. Er is geen maximum aantal standplaatsen meer.

2 Zie besluit deeltijdnotarissen van 31 mei 1999, *Stb.* 1999, 227.

3 Zie p. 7.

2008 met name wat betreft die onroerend goedpraktijk – in vergelijking met de situatie in 2005 – in een vrije val terecht is gekomen.

Terug naar de behartenswaardige woorden van de Commissie Hammerstein. De commissie bepleit ook het waarborgen van een betrouwbaar en deskundig notariaat. Zij meent dat in dit verband zowel een preventieve als een repressieve kwaliteitsborging nodig is. Zo zal het notariaat er zelf voor moeten zorgen dat de kwaliteit van de dienstverlening steeds op een hoog peil blijft. Daarnaast zal het tuchtrecht geconcentreerd moeten worden en zullen er kwaliteitsnormen moeten worden geformuleerd en de invoering van audits binnen het notariaat moeten plaatsvinden.

De commissie acht overigens het bestaande domeinmonopolie voor het notariaat gerechtvaardigd en vraagt aandacht voor de mogelijkheid van een zekere specialisatie binnen het notariaat. Deze zou ertoe kunnen leiden dat de ministerieplicht moet worden gerelativeerd in die zin dat een notaris daaraan ook kan voldoen door een adequate doorverwijzing naar een andere notaris.

Last but not least stelt de Commissie Hammerstein dat het vrijmaken van de tarieven vraagt om (veel) meer ondernemerschap binnen het notariaat. De commissie constateert eerlijk dat dit geen eenvoudige opgave is. Zij meent echter dat een oplossing bij de daarbij optredende knelpunten kan worden gevonden door de vroegtijdige inschakeling van de notaris in de obligatoire fase van de consumptieve onroerendgoedpraktijk. Dit zal er naar de mening van de Commissie toe leiden dat de concurrentie tussen notarissen meer op kwaliteit kan geschieden (kwalitatieve verschillen in het tot stand brengen en formuleren van koopcontracten) en dat de positie van de consument daardoor kan verbeteren. Op die wijze kan de positie van de notaris als professionele dienstverlener eveneens verbeteren.

Na al deze behartenswaardige aanbevelingen van de Commissie Hammerstein van zes jaar geleden is het thema van de bijdrage in deze bundel wat er nu met die aanbevelingen is gebeurd en hoe de ontwikkelingen in het notariaat zijn geweest. Aangezien deze bundel is opgedragen aan Ankie Broekers, die in haar hoedanigheid van lid van de Eerste Kamer voor de VVD, regelmatig nauw betrokken is geweest bij nieuwe regelgeving ten aanzien van het notariaat, zal ook haar bijdrage aan de discussie met zoveel woorden vermeld worden. Uiteindelijk zal worden afgesloten met een conclusie ten aanzien van de stand van zaken betreffende het Nederlandse notariaat medio 2011.

Analyse van de ontwikkelingen

Sedert het verschijnen van het rapport van de Commissie Hammerstein in september 2005, hebben zich in en rond het notariaat een aantal ontwikkelingen voorgedaan die hier achtereenvolgens kort zullen worden gesignaleerd. Deze ontwikkelingen

doen de vraag rijzen of de behartenswaardige woorden die in het rapport van de Commissie Hammerstein – dat een evaluatie van de nieuwe wet op het Notarisambt uit 1999 inhield en derhalve terugzag op de periode 1999 tot 2005 – nog wel zullen worden uitgevoerd en in welke context die uitvoering zal plaatsvinden.

De verschillende ontwikkelingen die ik hierna kort zou willen signaleren zijn achtereenvolgens:

- de evaluatie van de Wet koop onroerende zaken van december 2009;
- de conceptwetgeving inzake het vervallen van het nationaliteitsvereiste voor de benoeming tot notaris (*Kamerstukken* 31 040);
- enkele hoofdlijnen uit het wetsvoorstel inzake wijziging van de Wet op het Notarisambt naar aanleiding van de evaluatie van die wet (*Kamerstukken* 32 250);
- het wetsvoorstel inzake het afschaffen van de geheimhoudingsplicht ten aanzien van de notariële derdengelden rekening (wetsvoorstel 32 700);
- de economische ontwikkelingen van de laatste jaren.

In 2003 is in werking getreden de nieuwe Wet koop onroerende zaken die met name bevatte de nieuwe artikelen 7:2 (totstandkoming van de koopovereenkomst), 7:3 (zogenaamde Vormerkung) en de invoering van de vijfprocents-regeling bij koop-aannemingsovereenkomsten zoals opgenomen in artikel 7:768 BW. Ook in de evaluatie van de Wet koop onroerende zaken uit 2009 komt de vraag aan de orde wat de positie van de notaris is bij de totstandkoming van koopovereenkomsten met betrekking tot onroerend goed. In dit rapport wordt geconcludeerd dat onder meer op grond van zijn deskundigheid en de wettelijk van hem vereiste onpartijdigheid en onafhankelijkheid notariële betrokkenheid bij de koopovereenkomsten ten aanzien van het onroerend goed wenselijk is. Dit laatste wordt nog versterkt door het feit dat de notaris een bijdrage zou kunnen leveren aan de bestrijding van vastgoedfraude doordat – wanneer vroegtijdig bij de koop van onroerende zaken betrokken zou worden – zodra als er fraude aan het licht zou komen, de betrokken notaris zijn diensten zou moeten weigeren.⁴ Kortom, zowel de evaluatie van de nieuwe Wet op het notarisambt door de Commissie Hammerstein als de evaluatie van de Wet koop onroerende zaken uit 2009 geven aan dat de notaris in een vroegtijdige fase – dat wil zeggen bij het sluiten van de koopovereenkomst – zou moeten worden ingeschakeld, althans die inschakeling zeer gewenst is.

Een andere – zeer recente – ontwikkeling ten aanzien van het notariaat valt te signaleren rond het wetsvoorstel in verband met het afschaffen van het nationaliteitsvereiste voor de benoeming tot notaris (*Kamerstukken* 31 040). Dit wetsvoorstel is met name ook van de zijde van de VVD-fractie in de Eerste Kamer zeer kritisch

4 Vgl. art. 21 Wna.

benaderd. Kort samengevat kwam die kritiek er op neer dat de notaris openbaar gezag uitoefent en dat op die grond een nationaliteitsvereiste in het licht van Europese regelgeving mogelijk en ook wenselijk zou zijn. Immers, een andere opvatting zou ertoe kunnen leiden dat het nationaliteitsvereiste niet meer gesteld zou kunnen worden aan alle personen die binnen een lidstaat met de uitoefening van openbaar gezag belast zijn.⁵

Echter, heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie op 24 mei 2011 beslist dat het nationaliteitsvereiste dat in verschillende lidstaten wordt gesteld voor de toegang tot het beroep van notaris, een op grond van het EG-verdrag verboden discriminatie vormt.⁶ Op grond van deze zeer recente uitspraak zal ook in de Nederlandse wet op het notarisambt het nationaliteitsvereiste in artikel 6 Wna voor de benoeming tot notaris worden afgeschaft. Dit zal ertoe leiden dat ook niet-Nederlanders tot notarissen in ons land kunnen worden benoemd.

Vervolgens valt te wijzen op het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op het notarisambt naar aanleiding van de evaluatie van de Commissie Hammerstein (*Kamerstukken* 32 250) dat inmiddels bij de Eerste Kamer is ingediend.

Het zou veel te ver voeren dit wetsvoorstel hier meer uitvoerig te beschrijven, maar op de volgende hoofdlijnen kan worden gewezen. Voor zover in het kader van dit opstel relevant valt in de eerste plaats te wijzen op een ferme uitbreiding van het toezicht op het notariaat en een andere organisatie van de tuchtrechtspraak. Met name het toezicht vraagt enige nadere aandacht. Op grond van het wetsvoorstel zal het Bureau Financieel Toezicht (BFT) de integrale toezichthouder op het Nederlandse notariaat worden. Dit toezicht zal, naast het reeds bestaande financieel toezicht, zowel zien op de kwaliteit als de integriteit van het notariaat. Voor wat betreft de integriteit zal het notariaat zich steeds aan de geldende normen moeten houden zoals deze voortvloeien uit wet- en regelgeving (waaronder de Beroeps- en gedragsregels)

5 Vgl. de volgende vragen in het voorlopig verslag van de vaste commissie voor justitie (*Kamerstukken I* 2007/08, 31 040, nr. A, p.3): Wat betekent de inschikkelijkheid van de regering ten opzichte van de Europese Commissie voor andere functionarissen dan notarissen die in Nederland belast zijn met de uitoefening van openbaar gezag, vragen de leden van de VVD-fractie. Wat betekent dit bijvoorbeeld voor leden van het Openbaar Ministerie? Gesteld zou kunnen worden dat de Officier van Justitie in een strafprocedure een 'ondersteunende en voorbereidende taak heeft en geen eindbeslissing neemt'. De nationaliteitseis zou dan moeten vervallen. Onderkent de minister deze consequentie? Wat betekent een en ander bijvoorbeeld voor leden van de volksvertegenwoordiging? Of gelden daarvoor weer andere gronden? Kortom, betekent een en ander dat het nationaliteitsvereiste sowieso niet of nauwelijks meer gesteld kan worden aan wie dan ook die belast is met de uitoefening van openbaar gezag?

6 HvJ EU 24 mei 2011, nrs. C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 en C-61/08 en daarover *NJB* 2011, p. 1474, 1475. Kort gezegd meent het Hof dat notarissen geen werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag uitoefenen.

en de tuchtrechtjurisprudentie. Voor het toezicht op de kwaliteit van het notariaat zal het BFT een kwaliteitskader voor notarissen ontwikkelen dat tenminste zal eisen dat een notaris steeds handelt zoals van een deskundig notaris mag worden verwacht.⁷

Naast de sterke uitbreiding van het toezicht op het notariaat door een bureau dat onderdeel uitmaakt van de overheidsorganisatie (het BFT is een zelfstandig bestuursorgaan, gesubsidieerd door het Ministerie van Veiligheid en Justitie) zal de aangepaste Wet op het notarisambt een beperking inhouden van de notariële geheimhoudingsplicht en het daarmee samenhangende verschoningsrecht. Deze inperkingen dienen een beperkt doel dat zojuist reeds aan de orde kwam, te weten het bevorderen van het effectief toezicht op het notariaat door het BFT. De inperking van de geheimhoudingsplicht ten aanzien van het notariaat in dit wetsvoorstel is beperkt omdat zij er slechts toe strekt de toezichthouder informatie te geven die anders onder die geheimhoudingsplicht zou vallen. Anders gezegd: het beperken van de geheimhoudingsplicht dient bepaalde doeleinden en dat leidt er toe dat de toezichthouder zelf een afgeleide geheimhoudingsplicht krijgt ten opzichte van cliëntgegevens die hij bij de uitoefening van zijn toezicht onder ogen zou krijgen.

Een derde – en belangrijke – wijziging van de Wet op het Notarisambt zoals voortvloeiend uit de evaluatie van de Commissie Hammerstein is een wijziging van de grondslag voor dienstweigering. Naar het oordeel van de wetgever moet de notaris eerder tot dienstweigering kunnen overgaan. In dit verband wordt voorgesteld dat voortaan de plicht tot weigering van dienstverlening voor de notaris ontstaat zodra als naar zijn redelijke overtuiging *of vermoeden* (cursivering W.H.) van hem een werkzaamheid verlangd wordt die – kort gezegd – leidt tot strijd met het recht op de openbare orde dan wel een ongeoorloofd doel dient.⁸ In dat geval moet de notaris zijn diensten weigeren totdat hij door middel van een onderzoek zich heeft overtuigd van de goede intenties van de cliënt. Wanneer de notaris deze norm niet zou naleven kwalificeert zulks als een tuchtrechtelijk vergrijp.⁹

Wie het nieuw voorgestelde criterium voor dienstweigering nog eens rustig naleest zal beseffen dat dit een tamelijk subjectief criterium is. Dit bergt het risico in zich dat – met name in de beginfase van de vernieuwde wet – onduidelijk zal zijn wanneer precies tot dienstweigering moet worden overgegaan. Uiteindelijk zal dit met name door de tuchtrechtspraak nadere invulling moeten verkrijgen.

In verband met het voorliggende wetsvoorstel tot aanpassing van de Wet op het notarisambt vraagt in dit verband ook nog de aandacht het feit dat in een nieuw

7 Zie hierover R. Wisse, 'Toezicht op kwaliteit en integriteit van het notariaat', *JBN* 2011, nr. 29.

8 Vgl. art. 21 lid 2 Wna volgens wetsvoorstel 32 250.

9 Zie art. 93 lid 1 Wna volgens wetsvoorstel 32 250.

artikel 8 lid 3 voor de benoeming tot notaris tevens wordt vereist dat alvorens tot de benoeming wordt overgegaan de minister advies inwint omtrent de persoonlijke geschiktheid van de verzoeker voor de benoeming tot notaris bij de door de minister ingestelde commissie daarvoor. Kortom, er wordt een nieuw vereiste voor de benoeming gesteld in die zin dat men op grond van een persoonlijkheidstoets geschikt zal moeten zijn voor het zijn van notaris.

Voorts vraagt nog aandacht het recente wetsvoorstel van 18 maart 2011 inzake het opheffen van de notariële geheimhoudingsplicht ten aanzien van de derdengelden rekening. Ter bestrijding van misdaad en fraude wordt voorgesteld om het verloop van alle financiële transacties over de derdengelden rekening van notarissen buiten de notariële geheimhoudingsplicht te brengen. Aldus wordt een stevig toezicht van overheidswege op financiële transacties van burgers mogelijk.

Ten slotte is er nog de feitelijke economische ontwikkeling van het notariaat sedert de financiële crisis van medio 2008. Ik wil aan deze feitelijke ontwikkeling niet te veel woorden vuilmaken, maar duidelijk zal zijn dat waar de Commissie Hammerstein reeds in 2005 constateerde dat ‘economische omstandigheden na 1999 een ongunstige invloed hebben gehad (...) en de onroerendgoedpraktijk in het algemeen het zwaar te verduren heeft’, de ontwikkelingen sedert september 2008 dramatisch mogen worden genoemd. Sedert september 2008 zijn honderden kandidaat-notarissen en medewerkers in het notariaat ontslagen. Daarnaast blijkt uit representatieve cijfers dat in 2009 42 procent van de notarissen een jaarinkomen had van minder dan € 50.000 en in 2010 dit percentage 26 bedroeg.¹⁰ Wanneer men dan leest dat talloze medisch specialisten in loondienst een jaarinkomen hebben boven het norminkomen van € 188.000 dan behoeft men geen helderziende te zijn om te voorspellen dat het notariaat alle aantrekkingskracht verliest.¹¹ Immers, een academisch gevormde professional die ondernemer is met een daarbij behorend fors ondernemersrisico blijkt veel minder te verdienen dan een academisch gevormde professional in loondienst zonder dat ondernemersrisico. Dat kan voor het notariële beroep gewoon niet goed gaan.

10 Cijfers ontleend aan Bureau Quaesitor accountancy en advies van 2011. In zowel 2009 als 2010 had nog eens 25 procent van de notarissen een inkomen gelegen tussen € 50.000 en € 100.000. Derhalve had in beide jaren meer dan 50 procent van de notarissen een inkomen van minder dan € 100.000. In 2009 was 19 procent van de notariskantoren verliesgevend.

11 Vgl. daarover dagblad *De Pers* van 28 juli 2010 alsmede *Het Financieele Dagblad* van diezelfde datum.

Conclusie

Voor de beroepsgroep van het notariaat heeft de invoering van de nieuwe Wet op het Notarisambt in 1999 in samenhang met de economische conjunctuur nadien tot een stormachtige ontwikkeling geleid.

De wetgever voert zijn wetgeving op zichzelf genomen op zorgvuldige wijze in. In de hier aan de orde zijnde gevallen – evenals in vele andere gevallen – wordt tegenwoordig niet meer tot invoering van nieuwe wetgeving overgegaan zonder een evaluatie van de desbetreffende wet na een aantal jaren toe te zeggen. Voor het notariaat zijn relevant de evaluaties van de nieuwe Wet op het notarisambt door de Commissie Hammerstein in 2005 en de evaluatie van de Wet koop onroerende zaken in het najaar van 2009 door het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht. Beide evaluaties geven aan dat een sterkere rol van het notariaat bij de totstandkoming van koopovereenkomsten met betrekking tot onroerend goed wenselijk is. Echter, tot op heden is er met dit punt van de evaluaties ten aanzien van het Nederlands notariaat niets gebeurd.¹²

Daar staan wel concrete andere nieuwe wetsvoorstellen tegenover. Ik doel hier met name op de wijziging van de Wet op het notarisambt, de Wet tot afschaffing van het nationaliteitsvereiste voor de benoeming van notaris alsmede de Wet inzake de beperking van de geheimhoudingsplicht ten aanzien van notariële derdengelden rekeningen. Wanneer men de ontwikkelingen op basis van deze drie nieuwe wetsvoorstellen voor het notariaat analyseert resulteert dit enerzijds in een (nog) grotere toegankelijkheid van het notariaat gezien de mogelijkheid dat niet-Nederlanders benoemd worden tot notaris. Anderzijds blijkt duidelijk dat de Nederlandse overheid zijn grip op het notariaat langs een aantal wegen zal versterken. In dit verband valt te wijzen op de aanzienlijke beperking van de geheimhoudingsplicht van notarissen ten behoeve van de toezichthouder BFT alsmede een algemene beperking van de geheimhoudingsplicht wat betreft het financiële verkeer bij notarissen. Daarnaast valt nog te wijzen op een uitbreiding van de gronden voor dienstweigering van het notariaat zodat de notaris sneller zijn diensten bij het tot stand brengen van een rechtshandeling zal moeten weigeren. Voorts valt te wijzen op de invoering van een integraal integriteits- en kwaliteitstoezicht door het BFT alsmede de invoering van een persoonlijkheidstoets voor personen die tot notaris wensen te worden benoemd.

Wanneer ik het hierboven geschetste beeld tracht te overzien dan lijkt het erop dat – geheel anders dan de ondertiteling van het rapport van de Commissie Hammer-

12 Ik verwacht ook niet dat snel tot een grotere betrokkenheid van de notaris bij koopcontracten zal worden besloten gelet op de maatschappelijke geluiden dienaangaande. Zie in dit verband bijvoorbeeld het SEO rapport 'Waarvan akte' uit 2010 in opdracht van de NVM en het interview met L. Bontes, lid van de Tweede Kamerfractie voor de PVV, in *Notariaat Magazine* van juni 2011, p. 29.

stein luidde – de Nederlandse notaris inmiddels verkeert in het slechtste van twee werelden. Immers, enerzijds is hij een vrij ondernemer die tijdens een financiële wereldcrisis de eigen financiële broek moet ophouden zonder dat zijn toegevoegde waarde bij het rechtsverkeer ten aanzien van onroerende zaken in de obligatoire fase een juridisch fundament verkrijgt. Anderzijds is deze ‘juridische ondernemer’ met handen en voeten gebonden aan uitgebreid en strak overheidstoezicht, een strenge tuchtrechtspraak, een persoonlijkheidstoets alvorens benoemd te worden en een ruim geformuleerde en subjectieve grondslag voor de vraag wanneer hij zijn diensten moet weigeren. Men ziet hier een ondernemer die niet tot werkelijk ondernemerschap kan komen. Kortom, de notaris van nu is geen benijdenswaardige figuur.

V.M. Neering ■

Inleiding

Eén van de meest in het oog springende wetsvoorstellen die Broekers-Knol als lid van de Eerste Kamer heeft behandeld, en voor mijn praktijk één van de belangrijkste, is het wetsvoorstel Openbaar overnamebod.¹ Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel heeft Broekers-Knol zeven vragen aan de toenmalige minister van Financiën Bos gesteld. Uit haar vragen blijkt dat Broekers-Knol niet alleen een scherp oog heeft voor de juridische haken en ogen van de wetgeving die haar Kamer passeert, maar ook dat zij in staat is weerstand te bieden aan de politieke en publieke waan van de dag. Beide eigenschappen passen bij uitstek bij de rol van de Eerste Kamer als *chambre de reflection* met het oog op de juridische kwaliteit van de wetgeving.

Het wetsvoorstel Openbaar overnamebod betreft de implementatie van Richtlijn 2004/25/EG. De richtlijn geeft regels omtrent openbare biedingen op aandelen in beursvennootschappen. Bij een openbaar bod probeert de bieder alle aandelen van een beursvennootschap te kopen van de bestaande aandeelhouders. De richtlijn stelt regels ter bescherming van die bestaande aandeelhouders. Onder de regels die uit de richtlijn voortvloeien zijn de verplichting een biedingsbericht op te stellen en te laten goedkeuren door de nationale toezichthouder, de verplichting alle bestaande aandeelhouders gelijk te behandelen, beperkingen aan beschermingsconstructies en invoering van het verplichte overnamebod.² Degene die overwegende zeggenschap³ verkrijgt over een beursgenoteerde onderneming, is verplicht de overige aandeelhouders aan te bieden hun aandelen tegen een billijke prijs over te nemen. De verplichting geldt ook voor degene die niet zelf over overwegende zeggenschap beschikt,

■ Vincent Neering is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleevers Fortuijn te Den Haag.

1 Wetsvoorstel 30 419, Uitvoering van richtlijn nr. 2004/25/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 21 april 2004 betreffende het openbaar overnamebod.

2 Art. 5:70 Wft.

3 In Nederland wordt overwegende zeggenschap gedefinieerd in art. 1:1 Wft als 'het kunnen uitoefenen van ten minste 30 procent van de stemrechten in een algemene vergadering van aandeelhouders van een naamloze vennootschap'.

maar samen met personen waarmee hij in onderling overleg handelt (*‘acting in concert’*). Minderheidsaandeelhouders kunnen een verplicht bod afdwingen bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam.⁴

Een mooi voorbeeld uit dit wetsvoorstel van haar juridisch-kritische aanpak biedt de vraag van Broekers-Knol over de positie van een certificaathouder met meer dan 30% van de certificaten in een beursvennootschap. Artikel 2:118a BW bepaalt dat certificaathouders van beursvennootschappen stemvolmacht krijgen voor aandeelhoudersvergaderingen. Die stemvolmacht kan in bijzondere gevallen worden ingetrokken, zodat de certificaathouder in die vergadering alsnog geen stemrecht kan uitoefenen. Dat roept de vraag op of de certificaathouder met meer dan 30% stemrecht nu wel of niet over overwegende zeggenschap beschikt en daarom een openbaar bod moet uitbrengen. Broekers-Knol vraagt de minister duidelijk te maken dat ook in dat geval de biedplicht geldt.⁵ De minister onderkent het probleem echter niet. Broekers-Knol krijgt bijval van niemand minder dan Huub Willems, destijds voorzitter van de Ondernemingskamer. Hij haalt in het Handboek Openbaar bod Broekers-Knol aan en concludeert met Broekers-Knol dat de biedplicht niet afhankelijk zou moeten zijn van zoiets volatiels als een volmachtverlening.⁶

In deze bijdrage ga ik in op één van de andere kwesties die Broekers-Knol tijdens de behandeling aan de orde heeft gesteld, namelijk de rol van activistische aandeelhouders zoals *hedge funds*.

De rol van activistische aandeelhouders

De richtlijn is tot stand gekomen in de periode na de schandalen rond Enron en Ahold. In die periode stond bescherming van aandeelhouders in beursvennootschappen nog hoog in het vaandel. Enkele maanden voor de totstandkoming van de richtlijn, op 9 december 2003, had de Commissie Tabaksblat de Nederlandse Corporate Governance Code gepresenteerd, die aandeelhouders meer zeggenschap gaf over beursvennootschappen. Ook de Nederlandse wetgever had aandeelhouders al meer rechten gegeven, zoals de bevoegdheid voor aandeelhouders met minimaal 1% van het kapitaal om agendapunten voor de algemene vergadering voor te dragen.⁷ De aandeelhouders, in het bijzonder de institutionele aandeelhouders, zouden hun zeggenschap aanwenden om tegenwicht te bieden tegen excessieve beloningen,

4 Art. 5:73 Wft.

5 *Handelingen I* 2006/07, 30 912, nr. 30.

6 J.H.M. Willems, ‘De rol van de Ondernemingskamer bij het verplichte overnamebod’ in: M.P. Nieuwe Weme e.a. (red.), *Handboek Openbaar bod*, Deventer: Kluwer 2008, p. 989-990.

7 Art. 2:114a BW.

tegenstrijdige belangen en op de korte termijn gerichte bestuurders. Dat was althans de hoop in die jaren.

Tegen de tijd dat het wetsvoorstel ter implementatie van de richtlijn in de Eerste Kamer werd behandeld, was het tij al grotendeels gekeerd. De vraag was opgekomen of de rechten van aandeelhouders niet te ver waren doorgeschoten. De gehoopte positieve invloed van institutionele aandeelhouders als verzekeraars en pensioenfondsen was uitgebleven. De aandeelhouders die het meest actief van hun nieuw verworven rechten gebruik maakten, waren activistische aandeelhouders als *hedge funds* en *private-equity funds*. Eind 2006 hadden twee Amerikaanse *hedge funds* getracht de raad van commissarissen van Stork te ontslaan, omdat zij Stork niet wilden opsplitsen.⁸ Op 21 februari 2007 had het *hedge fund* TCI,⁹ houder van 1% van de aandelen in ABN AMRO, in de inmiddels beruchte brief aan ABN AMRO, gemeld dat de aandelen zwaar ondergewaardeerd waren, en het bestuur van ABN AMRO verzocht vijf moties op de agenda van de aandeelhoudersvergadering te plaatsen. De moties kwamen er kort gezegd op neer dat ABN AMRO geen grote overnames meer zou doen, maar zou aansturen op een overname of opsplitsing van *de Bank*.¹⁰ Kort daarna maakte ABN AMRO bekend dat de Britse bank Barclays ABN AMRO wilde overnemen, met steun van het bestuur. Vervolgens kondigde het consortium van RBS, Fortis en Santander een vijandig tegenbod aan, waarbij het Consortium aangaf ABN AMRO op te willen splitsen.

Tegen deze achtergrond vond de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer plaats. Hoewel de overnamestrijd om ABN AMRO nog plaatshad onder de oude overnameregels, speelden de ontwikkelingen rond ABN AMRO een prominente rol in de behandeling van het wetsvoorstel.

Behandeling in de Eerste Kamer

Broekers-Knol heeft zeven vragen aan de minister voorgelegd. De zesde was die over activistische aandeelhouders. Broekers-Knol merkt het volgende op:

8 Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 januari 2007, *JOR* 2007/42, m.nt. Blanco Fernández.

9 TCI staat voor 'The Childrens' Investment Fund'. De fondsbeheerder doneert een deel van de beheervergoeding, naar verluidt een half procent van het fondsvermogen, aan liefdadigheid voor kinderen in derde-wereldlanden.

10 Naar later is gebleken hadden het bestuur en de raad van commissarissen al in het najaar van 2006 besloten niet langer de rol van jager, maar die van prooi op de overnamemarkt te spelen. Zie J. Smit, *De Prooi*, Amsterdam: Prometheus 2008, hoofdstuk 13.

‘Sinds een aantal jaren manifesteren zich zeer actieve aandeelhouders zoals hedge funds. Daar zitten positieve en negatieve kanten aan. Positief is dat de hedge funds laten zien dat zeer actief aandeelhouderschap mogelijk is en doeltreffend kan zijn om het bestuur van de onderneming een koers te laten inslaan die meer rendement oplevert voor aandeelhouders. Een wat negatiever aspect is dat hedge funds dikwijls meer in de korte termijn denken. Die korte- of korteretermijnstrategie met als doel vrij vlot de aandeelhouderswaarde van een onderneming te maximaliseren, is niet altijd in het belang van de onderneming als geheel, van de werknemers ervan en van andere stakeholders zoals klanten, leveranciers en eventueel aandeelhouders met een langetermijnstrategie. Zoals we onlangs gezien hebben, heeft een hedge fund, TCI, met slechts een belang van 1% belang in ABN AMRO een sneeuwbal aan het rollen gebracht met als voorlopig resultaat dat als gevolg van een actie van aandeelhouders het bestuur van ABN AMRO door de Ondernemingskamer is teruggefloten. Héél kort gezegd, komt de uitspraak van de Ondernemingskamer erop neer dat aandeelhouders zich moeten kunnen uitspreken over de verkoop van een belangrijk onderdeel van een onderneming, wanneer deze verkoop onlosmakelijk is verbonden met de verkoop van de onderneming als geheel. Inmiddels is cassatie aangetekend, dus het is nog de vraag of de uitspraak standhoudt.¹¹ Is dit soort ontwikkelingen richting een actiever aandeelhouderschap zorgelijk? Nee. Als besturen van ondernemingen niet onderkennen – en daarnaar ook niet handelen – dat leiding geven aan een onderneming betekent dat rekening gehouden moet worden met de belangen van alle betrokken partijen, zoals werknemers, klanten en leveranciers, en dat aandeelhouders een goed dividend willen ontvangen, dan lopen die besturen het risico dat de onderneming ten prooi valt aan aandeelhouders die een hoge aandeelhouderswaarde willen realiseren door de onderneming op te splitsen en te verkopen, waarbij overwegingen van werkgelegenheid niet of nauwelijks een rol spelen. Daartegenover staat dat in het algemeen de ontwikkeling naar een meer actief aandeelhouderschap een betere corporate governance betekent, met als gevolg dat het resultaat van de onderneming wordt gemaximaliseerd, het dividend wordt vergroot en de werkgelegenheid wordt bevorderd. Mijn fractie is er dan ook in principe geen voorstander van, nieuwe wettelijke mogelijkheden buiten de bestaande en de thans voorgestelde te creëren om acties van actieve aandeelhouders, hedge funds en andere, te dwarsbomen.’¹²

Broekers-Knol krijgt bijval van minister Bos:

‘Dan wil ik nog wat meer in het algemeen ingaan op de problematiek van de hedgefondsen en de private equity. Ik denk dat mevrouw Broekers-Knol terecht gezegd heeft dat wij hier geen louter negatief oordeel over moeten hebben. Er zijn talloze gevallen waarin aan te tonen is dat zulke fondsen het bestuur van een onderneming op het rechte pad hebben gebracht. Daarbij ging het om gevallen waarin een vennootschap minder goed presteerde dan wat mogelijk was en onder invloed van dit type aandeelhouders beter ging presteren.’

11 De uitspraak van de Ondernemingskamer heeft uiteindelijk geen stand gehouden. De Hoge Raad heeft de uitspraak gecasseerd in HR 13 juli 2007, *JOR* 2007/178, m.nt. Nieuwe Weme.

12 *Handelingen I* 2006/07, 30912.

De minister onderkent dat activistische aandeelhouders in ‘talloze gevallen’ het bestuur van een onderneming op het rechte pad hebben gekregen.

De moties van TCI kregen destijds bijval van de meeste andere aandeelhouders. Dat geldt overigens voor meer acties van activistische aandeelhouders die door het bestuur van de betreffende onderneming als gevaarlijk worden betiteld. Een agenda-voorstel van een activistische aandeelhouder is immers pas ‘gevaarlijk’ wanneer de andere aandeelhouders het voorstel steunen. Anders wordt het voorstel simpelweg verworpen. Het zijn juist de voorstellen die – volgens de aandeelhouders – goed zijn voor de onderneming, waarvan de grootste dreiging voor het bestuur uitgaat.

Dat betekent natuurlijk niet dat activistische aandeelhouders steeds gelijk hebben, net zo min als het bestuur het steeds bij het rechte eind heeft. Het roept echter wel de vraag op of het nodig is om de rechten van activistische aandeelhouders met nieuwe wetgeving in te perken. In 2007 vond Broekers-Knol dat niet nodig. De huidige wetgeving biedt naar mijn mening reeds voldoende bescherming tegen activistische aandeelhouders. Vooral de Ondernemingskamer heeft al een belangrijke rol bij de beoordeling van aandeelhoudersactivisme. In het kader van het enquête-recht kan de Ondernemingskamer de aandeelhouders bijvoorbeeld verbieden te stemmen over de voorstellen van de activistische aandeelhouders, zoals hij heeft gedaan bij Stork en bij ASMI.¹³ Bescherming tegen activistische aandeelhouders door de Ondernemingskamer biedt meer ruimte voor een inhoudelijk onderzoek naar de redelijkheid van het voorstel dan een wettelijke regeling. Een wettelijke definitie van een redelijk voorstel of een ‘goede’ aandeelhouder is niet te geven. Of een agendavoorstel redelijk is of niet, is niet afhankelijk van de vraag door wie het voorstel is gedaan, maar van de inhoudelijke merites van het voorstel. Ook een activistische aandeelhouder kan een voorstel doen dat in het belang van de onderneming is, net zo goed als besturen voorstellen kunnen doen die niet in het belang van de onderneming blijken.

De intentiemelding van aandeelhouders

Toch lijkt de publieke en politieke verontwaardiging over *hedge funds* alsnog tot regelgeving te leiden die erop gericht is aandeelhoudersactivisme tegen te gaan. Het wetsvoorstel *Wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet giraal effecten-verkeer en het Burgerlijk Wetboek naar aanleiding van het advies van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code van 30 mei 2007*¹⁴ bevat een aantal nieuwe

13 Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 januari 2007, *JOR* 2007/42 (Stork) en 20 mei 2008, *JOR* 2008/158 (ASMI).

14 *Kamerstukken II* 2008/09, 32 104, nr. 2.

of aangescherpte regels voor aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen, waaronder verhoging van het vereiste aandelenbelang voor het agenderingsrecht van 1% naar 3%, de verplichting voor aandeelhouders met 3% van het aandelenbelang om hun belang te melden¹⁵ en de verplichting te melden of zij ‘bezwaar hebben’ tegen de strategie van de vennootschap.

Deze laatste verklaring wordt de intentieverklaring genoemd. De verklaringen worden geregistreerd op de website van de AFM. Daartegenover staat de verplichting voor de beursvennootschap om haar strategie op haar website te plaatsen, zodat de aandeelhouder weet over welke strategie hij zijn intentieverklaring moet afleggen. Door deze nieuwe regels weten de beursvennootschap en de overige aandeelhouders wie bevoegd zijn om agendavoorstellen te doen en, zo is de bedoeling van de wetgever, wat hun intenties zijn. Met de term ‘bezwaar tegen de strategie’ heeft de wetgever toch gepoogd een definitie te geven van de ‘slechte aandeelhouder’.

Hoewel dit uit de wettekst (‘of zij bezwaar hebben’) niet blijkt, vallen volgens de Memorie van Toelichting onder de categorie aandeelhouders die bezwaar hebben tegen de strategie ‘enkel aandeelhouders die voornemens zijn dit [bezwaar] nu of in de toekomst actief te gaan uiten (...)’.¹⁶ De meldingsplicht is dus bedoeld om duidelijk te maken of een aandeelhouder ‘activistisch’ is. De Memorie van Antwoord noemt echter als voorbeelden van actief uiten van bezwaren niet alleen het gebruik van het klassieke arsenaal van de activistische aandeelhouders, zoals het agenderingsrecht en het recht van enquête, maar ook het gebruik van aandeelhoudersrechten om wijzigingen aan te brengen in de strategie dan wel om de raad van commissarissen en het bestuur te vervangen door personen die hun visie wel ondersteunen.¹⁷ Onder die laatste categorie valt ook het meestemmen met een voorstel van een ander, ook als dat voorstel wordt aangedragen door het bestuur of door de raad van commissarissen. De meeste wijzigingen in de strategie of vervangingen van bestuurders vinden nog steeds plaats op initiatief van bestuur en commissarissen. Indien deze regeling had gegolden ten tijde van de overnamestrijd rond ABN AMRO, zouden niet alleen alle pensioenfondsen en verzekeraars die voor de voorstellen van TCI hebben gestemd, zich moeten melden als activistische aandeelhouder, maar ook de aandeelhouders die hun aandeelhoudersrechten wilden aanwenden om de door het bestuur gewenste overname door Barclays te steunen.

De intentiemelding komt volgens het toenmalige kabinet¹⁸ een constructieve dialoog tussen het bestuur en de aandeelhouder ten goede.¹⁹ Het kabinet was van

15 Deze meldingsplicht geldt thans bij 5%, art. 5:38 Wft.

16 *Kamerstukken II* 2008/09, 32 104, nr. 3, p. 10.

17 *Kamerstukken II* 2008/09, 32 104, nr. 3, p. 11.

18 Het wetsvoorstel is opgesteld onder het kabinet Balkenende IV, met minister van Financiën Bos.

19 *Kamerstukken II* 2008/09, 32 104, nr. 2, p. 12.

mening dat het bestuur van de vennootschap door de melding van zijn intenties bekend raakt met de zienswijze van haar aandeelhouders, zodat zij – indien gewenst – in contact kan treden met de desbetreffende aandeelhouder(s).

Ik vraag mij of het beoogde doel bereikt wordt met de invoering van de intentiemelding. Ook zonder intentiemelding kan het bestuur in contact treden met de aandeelhouders die 3% van de aandelen bezitten, want zij moeten zich op grond van art. 5:38a (nieuw) al melden omdat zij 3% van de aandelen bezitten. Door de intentiemelding wordt vooral bereikt dat de bezwaren van deze aandeelhouders voor iedereen bekend worden. Daarmee ontstaat een publieke escalatie van de bezwaren, wat naar mijn mening meestal niet ten goede komt aan de constructieve toon van de dialoog tussen de aandeelhouder en het bestuur.

Daar komt bij dat het risico bestaat dat veel grote aandeelhouders voor de zekerheid zullen melden dat zij bezwaar maken tegen de strategie, ook als zij geen activistische aandeelhouder zijn, maar wel de mogelijkheid willen openhouden om in te stemmen met een redelijk voorstel tot wijziging van de strategie, of om de vrijheid te behouden met het bestuur in dialoog te gaan over de strategie zonder dat eerst een publieke melding van een intentiewijziging moet worden gedaan. Ook een pensioenfonds of een verzekeraar is het soms niet op alle punten eens met de strategie van de vennootschap, en deze aandeelhouders zullen geen afstand willen doen van de mogelijkheid van hun aandeelhoudersrechten gebruik te maken. Wanneer de meeste grote aandeelhouders om die reden melden dat zij bezwaar hebben tegen de strategie, kan dat de vennootschapodeloos onder druk zetten.

Ten slotte een opmerking over de nieuw in te voeren verplichting van de beursvennootschap om haar strategie op haar website te plaatsen. Aan artikel 5:25ka Wft wordt een lid toegevoegd dat luidt: 'Een uitgevende instelling vermeldt haar strategie op de website.' Wanneer de vennootschap haar strategie wijzigt, moet zij dit *onverwijld* op haar website vermelden.²⁰ Ik vrees dat de gevolgen van deze bepaling voor overnamesituaties onvoldoende zijn uitgewerkt. Wanneer immers een beursvennootschap wordt benaderd door een potentiële kandidaat om de vennootschap over te nemen en het bestuur deze overname in het belang van de vennootschap acht, zoals bij het bod op ABN AMRO door Barclays, zal het bestuur in het geheim in onderhandeling treden met de bieder. Voor de verplichting koersgevoelige informatie openbaar te maken geldt in dat geval de mogelijkheid om openbaarmaking uit te stellen.²¹ De intentie van het bestuur om de vennootschap over te laten nemen zal in de regel als een strategiewijziging worden aangemerkt. Voor de strategiemelding geldt echter geen mogelijkheid tot uitstel, zodat het bestuur al een strategiemelding

20 *Kamerstukken II* 2008/09, 32 104, nr. 3, p. 42.

21 Art. 5:25i lid 3 Wft.

zou moeten doen voordat de onderhandelingen zijn afgerond. Dat komt de onderhandelingspositie niet ten goede.

Tot slot

Bij de behandeling van het wetsvoorstel Openbaar overnamebod in de Eerste Kamer is onderkend dat activistische aandeelhouders een nuttige rol vervullen om het bestuur van een onderneming op het rechte pad te brengen of te houden. Indien het wetsvoorstel voor de intentiemelding door de Tweede Kamer wordt aangenomen, ligt daar een uitgelezen gelegenheid voor de Eerste Kamer om dat wetsvoorstel nog eens kritisch onder de loep te nemen.

Smartengeld, affectieschade, shockschade, erkenning en genoegdoening

Een kleine thematische woordenschat

J.H. Nieuwenhuis ■

‘Mevrouw **Broekers-Knol** (VVD): Voorzitter. Uit het onderzoek van professor Akkermans cum suis is naar voren gekomen dat naasten en nabestaanden behoefte hebben aan erkenning en genoegdoening, als een naaste als gevolg van een ongeval is overleden of ernstig en blijvend letsel heeft opgelopen. (...) Het wetsvoorstel komt tot op zekere hoogte tegemoet aan deze behoefte aan erkenning en genoegdoening van naasten en nabestaanden. Toch zijn er ook veel bezwaren tegen het wetsvoorstel aan te voeren. (...) Mijn fractie houdt dan ook grote twijfels over de houdbaarheid van het wetsvoorstel. (...) De VVD-fractie zal dan ook tegen het wetsvoorstel stemmen. De **voorzitter**: Ik constateer dat dit wetsvoorstel met 36 tegen 30 stemmen is verworpen.’¹ Gansch het raderwerk staat stil als uw machtige arm het wil. Het wetsvoorstel ‘affectieschade’ verdween in de bureaulade van het Ministerie van Veiligheid en Justitie.

Smartengeld, affectieschade, shockschade, erkenning en genoegdoening; een kleine thematische woordenschat ten gebruike van de deelnemers aan het debat over de aanspraken van de naasten van hen die door een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is ernstig en blijvend letsel hebben opgelopen of zijn overleden. Geldt hier het taalfilosofisch woord van Mefisto in Goethe’s *Faust*: *Denn eben wo Begriffe fehlen, da stellt ein Wort zur rechten Zeit sich ein*? Sinds het in 2002 gewezen Taxibus-arrest² is de vocabulaire van vrijwel iedere civilist verrijkt met de woorden ‘affectieschade’ en ‘shockschade’. Verwijzen deze termen naar welonderscheiden begrippen? De semantische omgeving van beide termen wordt gemarkeerd door de woorden ‘smartengeld’, ‘erkenning’ en ‘genoegdoening’. Onthullen deze vijf woorden, indien in samenhang gelezen, vijf kristalheldere begrippen?

Een automobilist die met aanmerkelijk te hoge snelheid in de bebouwde kom rijdt, raakt de macht over het stuur kwijt, schept een op de stoep spelend kind en

■ Hans Nieuwenhuis is hoogleraar Burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 *Handelingen I* 2009/10, 23.

2 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240.

ramt het tuinhok van zijn ouderlijk huis. Het kind is dood. Het tuinhok staat scheef. Met het tuinhok weet het recht wel raad. De tand des tijds heeft nauwelijks vat gekregen op het fundament van het aansprakelijkheidsrecht: de vergeldende rechtvaardigheid van Aristoteles, letterlijk, de ‘rechtzettende’ rechtvaardigheid (*dikaion diorthotikon*). Het tuinhok moet worden rechtgezet. De daaraan verbonden kosten zijn voor rekening van de automobilist. De nagalm van Aristoteles weerklinkt in het recht ook met betrekking tot betaling van smartengeld. Smart wordt opgevat als ‘gederfde levensvreugde’, een gemis dat door een geldsbedrag wordt gecompenseerd. Een concertpianist die door een fout van een arts zijn rechterhand niet langer kan gebruiken, derft inkomen en levensvreugde (zijn werk is zijn hobby). Beide schadeposten komen voor vergoeding in aanmerking.

Kan affectieschade worden opgevat als gederfde levensvreugde? Affectieschade wordt in de Memorie van Toelichting van het in de Eerste Kamer gestrande voorstel van wet omschreven als ‘nadeel dat niet in vermogensschade bestaat en dat men lijdt doordat een persoon waarmee men een affectieve relatie heeft, ernstig gewond raakt of overlijdt als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is.’³ Affectie, gehechtheid kan niet worden vereenzelvigd met levensvreugde. Onbeantwoorde liefde leidt vaak tot feller hartstocht dan het wederzijds welbevinden van twee verliefde tortelduifjes. De gehechtheid van de ouders aan hun gedode kind zal door zijn overlijden niet afnemen, integendeel. Wel is de basis van wederkerigheid weggeslagen.

Waarom ons druk gemaakt over affectieschade; de Eerste Kamer heeft immers vergoeding van dit type schade geblokkeerd? Er is alle reden affectieschade in het vizier te houden, omdat de Hoge Raad haar heeft onderscheiden van een andere schadesoort, die wel voor vergoeding in aanmerking komt: shockschade. Daarvan is sprake indien bij iemand ‘door het waarnemen van het ongeval of de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan, een hevige emotionele schok wordt teweeggebracht, waaruit geestelijk letsel voortvloeit, hetgeen zich met name zal kunnen voordoen indien iemand tot wie de aldus getroffene in een nauwe affectieve relatie staat, is gedood of gewond.’ Daarnaast is de Hoge Raad het eens met het oordeel van het hof dat ‘het verlies van een kind voor de betrokken ouder een zodanig verdriet en zodanige problemen van verwerking van het verlies van dit kind [kan] opleveren dat daardoor geestelijk letsel ontstaat dat aantasting van de persoon oplevert.’ Aldus ontstaan geestelijk letsel komt niet in aanmerking voor vergoeding.

Wat indien sprake is van het samengaan van beide oorzaken van geestelijk letsel: zowel een hevige emotionele schok door het waarnemen van het ongeval of de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan alsook het niet te stelpen verdriet

3 Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 1.

om de dood van het kind? Voor dat geval heeft de Hoge Raad een vertrouwde toverstaf paraat:

‘De rechter zal aan de hand van de omstandigheden van het geval naar billijkheid en schattenderwijs een afweging moeten maken in hoeverre bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding met deze samenloop rekening wordt gehouden.’

Het door de Hoge Raad gemaakte onderscheid tussen affectieschade en shockschade is een proeve van ongediplomeerde psychiatrie die geen genade vindt in de ogen van deskundigen. Dat ondervond de Rechtbank Middelburg:

‘De rechtbank merkt hierbij op dat het begrip shockschade een juridisch begrip is. Zoals uit het deskundigenrapport (...) blijkt, kent de psychiatrie een dergelijk begrip niet en kan de deskundige dan ook niet vaststellen in welke verhouding psychisch letsel is ontstaan als gevolg van shockschade en als gevolg van affectieschade.’

De toverstaf moest eraan te pas komen. De rechtbank bepaalde *ex aequo et bono* dat het geestelijk letsel voor vijftig procent bestond uit shockschade.⁴

Als het onmogelijk is klinisch vast te stellen in welke mate het geestelijk letsel is veroorzaakt door de confrontatie met het ongeval, dan wel door het verdriet om de dood van de naaste, verliest toekenning van smartengeld uitsluitend aan personen die het ongeval hebben waargenomen of direct zijn geconfronteerd met de ernstige gevolgen ervan iedere redelijke grond.

Zomin als de tijd in staat is alle wonden te helen, is toekenning van smartengeld een geschikt middel ter verzachting van het verdriet om de dood van een kind. Toch ziet de Commissie Akkermans nog wel een ander therapeutisch effect:

‘Een recht op vergoeding van affectieschade [kan] een therapeutisch effect hebben doordat het erkenning en genoegdoening biedt aan naasten.’⁵

Erkenning en genoegdoening zijn woorden die niet behoren tot de standaarduitrusting van het aansprakelijkheidsrecht. Treden zij in de plaats van ontbrekend begrip? Vormen erkenning en genoegdoening, evenals redelijkheid en billijkheid, een hendiadys, één begrip uitgedrukt door twee zelfstandige naamwoorden waarvan er één bijvoeglijk wordt gebruikt? A tale told by an idiot full of sound and fury. *Sound and fury* is een hendiadys voor *furious sound*. Indien de woordcombinatie ‘erkenning

4 Rb. Middelburg 25 juni 2003, *LJN* AH9234. Zie ook E.F.D. Engelhard en I.M. Engelhard, ‘Schokschade’, in: W.H. van Boom c.s., *Gedrag en privaatrecht*, Den Haag 2008, p. 227 e.v.

5 Rapport Akkermans c.s., *Slachtoffers en aansprakelijkheid*, Deel II Affectieschade 2008, p. 11.

en genoegdoening' wordt begrepen als hendiadys, moet de erkenning door de dader van zijn fout en zijn verantwoordelijkheid voor de dood van het kind worden aange-merkt als 'genoegdoenend'. Een oprechte schuldbelijdenis (*mea culpa, mea culpa, mea maxima culpa*) zou in dat geval reeds een toereikende genoegdoening opleveren. Bij gebreke van een dergelijke akte van berouw door de dader zou een erkenning door de rechter die voor recht verklaart dat de gedaagde schuldig is aan de dood van het kind en het door hem veroorzaakte geestelijk letsel van de ouders, voldoende genoegdoening moeten vormen. Een voorstel in die richting is gedaan door Hartlief.⁶

Wel moet dan afstand worden genomen van het Jeffrey-arrest, waarin de eis tot verklaring voor recht dat het ziekenhuis aansprakelijk was voor de dood van het kind, werd afgewezen, omdat naar het oordeel van de Hoge Raad een zuiver emotioneel belang niet een voldoende belang vormt als bedoeld in artikel 3:303 BW.⁷ Wellicht heeft de Hoge Raad deze koerswijziging reeds ingezet. In de Chipshol-zaak overwoog de Hoge Raad dat Chipshol in een op de schending van het fundamentele recht op een eerlijk proces gebaseerde procedure tegen de Staat als genoegdoening voor deze schending een daartoe strekkende verklaring voor recht zou kunnen vorderen.⁸

Is voor werkelijke genoegdoening niet een zwaarder offer van de kant van de dader vereist? Met deze vraag geraakt het recht in theologisch vaarwater. De icoon van alle ouders die een kind hebben verloren door fouten van anderen is Maria, onze Lieve Vrouwe van de zeven smarten. Enkele strofen van een lied uit de dertiende eeuw:

Stabat mater dolorosa
iuxta crucem lacrimosa
dum pendebat Filius.

*In smarten stond de moeder
naast het kruis vol tranen
toen haar Zoon daar hing.*

6 T. Hartlief, *NTBR* 2003, p. 82.

7 HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853.

8 HR 19 maart 2010, *NJ* 2010, 172. Zie daarover G. E. van Maanen, 'Maakt Chipshol een einde aan Jeffrey?' *NTBR* 2010, p. 189 e.v. en D. Haas, 'Een verklaring voor recht als vorm van genoegdoening', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2010, p. 158 e.v.

Pro peccatis suae gentis
vidit Jesum in tormentis
et flagellis subditum.

*Voor de zonden van zijn volk
zag zij Jezus gemarteld,
onderworpen aan geseling.*

Jezus als zoenoffer, als lam Gods dat door de kruisdood de zonden van de wereld wegneemt. In *Tonio, een requiemroman* over de dood van zijn zoon ('Hij was ons enige kind') die fietsend werd geschept door een auto schrijft A.F.Th. van der Heijden:

'De paar keer dat iemand de afgelopen weken het lef had te vragen of ik ergens aan bezig was, heb ik geantwoord: "Een requiem over Tonio." Had moeten zijn: "Voor Tonio." Ik schrijf het in de eerste plaats voor jou. Nee, niet voor je zielenrust. Ik hoop juist de aandacht van je ziel te trekken. Hij moet verontrust raken. Via hem wil ik je laten weten dat de pijn die jij een half etmaal lang ondergaan hebt, door ons is overgenomen.'⁹

Bij het trefwoord 'genoegdoening' verwijst Van Dale enerzijds naar 'de genoegdoening van Jezus Christus, Jezus' lijden en sterven tot delging van de zonden der mensen' en anderzijds naar een alledaagser vorm van genoegdoening: herstel van eer. Voor dat laatste diende vroeger het duel en thans het kort geding. Toen Bram Moszkowicz door Jort Kelder werd uitgemaakt voor 'mafiamaatje' mailde hij niet: Kelder, kies je wapen, sabel of pistool?, maar spande hij een kort geding aan.

Zowel het theologische als het seculiere aspect van het begrip 'genoegdoening' is in wisselende scherppte zichtbaar in de wens om van de dader een financieel offer te vergen. De commissie Akkermans kreeg van ouders in België, waar affectieschade wel wordt vergoed, het volgende te horen:

'Joost was leerling van de school van Sint Jan. En die hadden een project van de townships. (...) Wij hebben heel die morele schadevergoeding gegeven aan Sint Jan, en gezegd, vang daar die kinderen in Nairobi mee op. Want dan heeft het overlijden van Joost meer zin, dan dat wij er mee op vakantie gaan.'¹⁰

Een op naastenliefde gestoelde besteding van smartengeld om daarmee zin te geven aan de dood van hun kind.

9 A.F.Th. van der Heijden, *Tonio, een requiemroman*, Amsterdam 2011, p. 515 e.v.

10 Rapport Akkermans c.s., 'Slachtoffers en aansprakelijkheid', Deel II Affectieschade 2008, p. 68.

Een andere keer zal de – minder christelijke – zucht om het de dader ‘betaald te zetten’ de belangrijkste drijfveer vormen. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de ouders van een vermoord kind smartengeld eisen van de moordenaar.¹¹

In de meeste gevallen zal het de aansprakelijkheidsverzekeraar zijn die uitkering van het smartengeld voor zijn rekening neemt. Van een werkelijk offer door de dader komt dan weinig terecht. Tast dit kwaliteit van de genoegdoening aan? De commissie Akkermans inventariseerde de wensen met betrekking tot de wijze van aanbidding van het smartengeld. De respondenten kwamen met de volgende verlanglijst: een persoonlijke toonzetting waaruit medeleven blijkt, dat betreurd wordt dat er een fout is gemaakt/misdrijf is begaan, en het besef dat het om een schadepost gaat met een bijzonder karakter. Schriftelijke communicatie lijkt hiervoor in het algemeen voldoende te zijn, maar afhankelijk van de situatie kan een en ander ook door middel van een huisbezoek.¹² Bij dit laatste moet worden aangetekend dat het niet de bedoeling is dat de dader zelf op huisbezoek gaat, maar dat de verzekeraars initiatieven ont-plooiën voor een ‘persoonlijke manier van aanbieden van affectieschade’.

Mevrouw **Broekers-Knol** (VVD): ‘Voorzitter (...) Wat is de bedoeling? Komen er professionele “troosters” of “doodbidders”, die in gepaste kledij als “aanzeggers” van vergoeding van affectieschade bij de naasten en nabestaanden langs gaan? (...) Ik doel op een soort ambtelijke club die de vergoeding van affectieschade komt langsbrengen, terwijl de daders wellicht fluitend hun leven vervolgen.’¹³

Verzekeraars zullen, zeker na inschakeling van een communicatiewetenschapper, in staat zijn een gelikte brief te concipiëren die druipt van medeleven met de ouders van het gedode kind en waarin terloops € 17.500 in het vooruitzicht wordt gesteld. Is dit erkenning en genoegdoening? De door de verzekeraar verzonden goudgerande condoleances vertonen meer verwantschap met de handel in aflaten; in ruil voor enkele dukaten in het offerblok verkorting van het verblijf in het vagevuur met tenminste honderd jaren.

Met een standaarduitkering van € 17.500 voor ouders van een minderjarig kind denkt de minister een redelijk compromis te hebben gevonden. Minister **Hirsch Ballin**: ‘Mijnheer de voorzitter. (...) Daarbij hoort de vraag van mevrouw Broekers of voldoende rekening wordt gehouden met individuele gevallen. Op dit punt zou ik het rapport Slachtoffers en aansprakelijkheid erbij willen nemen, waaruit blijkt dat naasten een voorkeur hebben voor een wijze van vaststelling van het bedrag waarop zij aanspraak maken die rekening houdt met hun individuele omstandigheden, maar ook dat naasten menen dat een lastige discussie over de hoogte van het bedrag

11 Rb. Arnhem, 21 mei 2008, *LJN* BD 2057.

12 Rapport Akkermans c.s., *Slachtoffers en aansprakelijkheid*, Deel II Affectieschade 2008, p. 81.

13 *Handelingen I* 2009/10, 21, p. 871 e.v.

hun verwerking in de weg zal staan. We hebben geprobeerd die twee met elkaar te verenigen.’¹⁴

Deze poging tot vereniging is niet geslaagd en kan ook niet slagen. Een vlotte en rimpelloze afwikkeling door het overmaken van € 17.500 is onverenigbaar met erkenning en genoegdoening in gevallen die mijlenver uiteenlopen. Bij overlijden van het kind door medische fouten zal het veel ouders vooral erom te doen zijn te achterhalen wat precies is misgegaan. Verhoor van getuigen en een verklaring voor recht, waarin wordt vastgesteld welke fouten zijn gemaakt, zullen in dat geval onmisbaar zijn als rechtsmiddelen ter verkrijging van erkenning en genoegdoening. Bij geweldsmisdrijven zal er vaak geen verzekeraar zijn die dekking biedt voor de aansprakelijkheid van de dader. De genoegdoening zal hier vooral een vergeldend karakter hebben: voorkomen dat de daders, in de woorden van mevrouw Broekers, ‘fluitend hun leven vervolgen.’ Executoriale verkoop van hun wagenpark en pleziervaartuigen moet de weg banen naar een aanmerkelijk hoger bedrag aan smartengeld. De man die hun zevenjarige zoon Bob wurgde om zijn ex-vrouw het gevoel te geven dat zij ‘naar Bob kon fluiten’ werd veroordeeld tot betaling van f 100.000.¹⁵

Consequentie van het veto van de Eerste Kamer is dat advocaten en rechters alles in het werk stellen om de drempel van het confrontatievereiste voor vergoeding van shockschade te verlagen. Zo oordeelde de Rechtbank Arnhem dat sprake was van een directe confrontatie met de ernstige gevolgen van de moord op een jonge vrouw.

Een paar dagen na de moord, nadat het Nederlands Forensisch Instituut te Rijswijk het forensisch onderzoek naar de doodsoorzaak had afgerond, is het stoffelijk overschot van [de dochter] naar een rouwcentrum overgebracht. [De moeder] heeft het lichaam daar moeten identificeren als dat van haar dochter, waarbij [de moeder] stelt aan het gezicht van haar dochter te hebben gezien dat zij moest hebben geweten dat zij ging sterven.

De rechtbank motiveerde haar beslissing met de overweging ‘dat aan de mate van rechtstreeksheid van de confrontatie minder strenge eisen dienen te worden gesteld naarmate de normschending ernstiger is’.¹⁶ In een andere zaak, waarin sprake was van opzet met betrekking tot de dood van het kind, wilde de Hoge Raad niet weten van de door advocaten bepleite ‘afzwakking’ van het confrontatievereiste in geval van opzettelijk veroorzaakte dood:

14 *Handelingen I* 2009/10, 21, p. 879.

15 HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 216.

16 Rb. Arnhem 21 mei 2008, *LJN* BD2057.

‘Met art. 6:106 BW is beoogd vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade slechts in beperkte mate mogelijk te maken, in verband waarmee voor vergoeding van shockschade alleen onder strikte voorwaarden plaats is. Hiermee strookt niet het vereiste van waarneming van het ongeval of directe confrontatie met zijn ernstige gevolgen vanwege de aard of ernst van de normschending, zoals vanwege het opzettelijk begaan daarvan, terzijde te stellen of af te zwakken.’¹⁷

Het wetsvoorstel ‘affectieschade’ is in de Eerste Kamer gestrand. Moet het op milieuvriendelijke wijze worden gesloopt of kan het worden vlotgetrokken? Voor het laatste zou nodig zijn dat het tarievenstelsel (€ 17.500 voor de ouder en € 15.000 voor degene die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg voor de overledene had) verdwijnt. De Salische Franken, die hun naam verbonden aan Salland, de landstreek ter rechter zijde van de IJssel en land van herkomst van Ankie Broekers-Knol, kenden een dergelijk stelsel van gefixeerd weergeld:

‘Si quis puerum infra X annos usque ad decimum plenum occiderit XXIIII dinarios culpabilis iudicetur.’ (Wie een jongen jonger dan elf jaar doodt, zal worden veroordeeld tot betaling van vierentwintigduizend dinarii.)¹⁸

De Salische Franken zijn met de zuiderzon uit Salland vertrokken en hun *Lex Salica* belandde in de reeks *Leges Barbarorum* (wetten van de barbaren). Uitgangspunt van de huidige wet is en blijft dat de omvang van het smartengeld wordt vastgesteld naar billijkheid (art. 6:106 lid 1 BW). Een billijk resultaat wordt niet bereikt als het aansprakelijkheidsrecht met betrekking tot de hoogte van het smartengeld over één leest slaat de ouders van een kind dat bij gelegenheid van een zedenmisdrijf wordt gewurgd en de ouders die hun kind kwijtraken omdat het achter een bal aanrennend wordt aangereden door een automobilist die van het dodelijk ongeval nauwelijks verwijt valt te maken.

De in het ontwerp AMvB genoemde bedragen van € 17.500, € 15.000 en € 12.500 kunnen uiteraard wel een richtsnoer vormen bij onderhandelingen over een buitengerechtelijke afdoening en, indien deze spaak loopt, inspiratie bieden aan de rechter die, evenals bij de vaststelling van het smartengeld wegens lichamelijk letsel, ‘bij zijn begroting tevens dient te letten op de bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen zijn toegekend’.¹⁹

17 HR 9 oktober 2009, *LJN* BI8583. Lagere rechters houden zich niet steeds aan de door de Hoge Raad geformuleerde ‘strikte voorwaarden’. Zie R.J.P. Kottenhagen, ‘Shockschade: Ontwikkelingen na het Vilt-arrest’, *Letsel & Schade* 2011, nr. 2.

18 Pactus legis Salicae XXIV, 1, edidit H.F.W.D. Fischer, Leiden 1948.

19 HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215.

Een en ander betekent niet dat het wetsvoorstel zijn zin heeft verloren. Voor handhaving komt zeker in aanmerking de uitputtende opsomming van de personen die aanspraak kunnen maken op smartengeld, indien een naaste door een fout van een ander wordt gedood of ernstig en blijvend letsel oploopt.

Mevrouw **Broekers-Knol** (VVD): Voorzitter, met inachtneming van het voorgaande zijn alle bezwaren van mijn fractie tegen het wetsvoorstel 'affectieschade' weggenomen.

Ontbeert de personenvennootschap met rechts- persoonlijkheid een eigen persoonlijkheid? Too little, too late

J. Nijland ■

Inleiding

Op 15 december 2009 is het wetsvoorstel tot vaststelling van de invoeringswet titel 7.13 (vennootschap) met algemene stemmen door de Tweede Kamer aangenomen en ter schriftelijke behandeling bij de Eerste Kamer ingediend.¹ De Eerste Kamercommissie voor Justitie – waarvan Broekers-Knol deel uitmaakt – heeft op 22 april 2011 haar voorlopig verslag² uitgebracht en zij wacht op het moment van het schrijven van deze bijdrage nog op de Memorie van Antwoord.

In haar hoedanigheid van lid van deze Eerste Kamercommissie voor Veiligheid en Justitie heeft Broekers-Knol³ als woordvoerder namens haar fractie vragen gesteld over het wetsvoorstel. Aan de hand van een selectie uit deze vragen, worden in deze bijdrage enkele onderdelen van de nieuw in te voeren titel 7.13 BW besproken. In het bijzonder wordt aandacht besteed aan de positie van de nieuwe personenvennootschap binnen het bestaande vennootschapsrechtelijk kader en de (mogelijkheid van) rechtspersoonlijkheid.

■ Jelle Nijland is verbonden aan de universiteit Leiden als PhD fellow en doceert notarieel recht en ondernemingsrecht bij de afdeling Moot Court.

1 Zie *Kamerstukken I* 2009/10, 31 065, A (Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek).

2 Zie *Kamerstukken I* 2009/10, 31 065, B (Voorlopig verslag van de vaste commissie voor Justitie). De plenaire behandeling vindt gezamenlijk plaats met de wetsvoorstellen 28 746 (Vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek), 31 058 (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht) en 32 426 (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht).

3 Inmiddels is Broekers-Knol (vanaf 7 juni 2011) benoemd tot voorzitter van de vaste commissie voor Justitie.

Historie totstandkoming personenvennootschap

Bij het opstellen van de nieuwe regeling is de wetgever niet over één nacht ijs gegaan. Het eerste ontwerp voor een nieuwe regeling werd reeds in 1972 opgesteld door W.C.L. van der Grinten. Het zou tot 2002 duren voordat een eerste wetsvoorstel bij de Tweede Kamer werd ingediend.⁴ Het voorstel van wet (28 746) en de invoeringswet (31 065) zullen de wetgeving inzake het nu nog verspreid geregelde personenvennootschapsrecht in één titel bijeenbrengen, te weten in titel 7.13 BW.

De ‘vennootschap’ – zoals de personenvennootschap in het komend recht van titel 7.13 BW wordt aangeduid – beoogt een rechtsvorm te bieden waarin vennoten op basis van een zekere gelijkwaardigheid kunnen samenwerken. Met de inwerkingtreding van deze titel verdwijnen de termen ‘maatschap’ en ‘vennootschap onder firma’ uit de wet.⁵

Wat blijft is het onderscheid tussen de stille en de openbare vennootschappen,⁶ waarbij de openbare vennootschap – anders dan de stille – kan opteren voor rechtspersoonlijkheid.

Rechtspersoonlijkheid voor de openbare vennootschap

De introductie van de mogelijkheid om als contractueel samenwerkingsverband te kunnen opteren voor rechtspersoonlijkheid is een noviteit in het Nederlandse recht. Toch wijkt de grondvorm van deze nieuwe personenvennootschap in de basis niet

4 Zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 1-2 (VvW) voor het – op basis van een ontwerp door J.M.M. Maeijer – ingediende wetsvoorstel en de nu voorliggende Invoeringswet (31 065). Zie uitgebreid met betrekking tot de totstandkoming Asser Maeijer 5-V.

5 Terecht stellen Van Mourik en Burgerhart, M.J.A van Mourik en W. Burgerhart, *De personenvennootschap in breed perspectief*, Deventer: Kluwer 2010, p. 2, in noot 8 met betrekking tot het opschrift van titel 7.13 BW: ‘Het ware beter geweest als het opschrift “personenvennootschap” zou hebben geluid. De term ‘vennootschap’ is te algemeen en omvat op het eerste gezicht ook de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid’.

6 Dit onderscheid loopt echter niet geheel parallel met het onderscheid zoals dat geldt tussen de huidige stille en openbare *maatschap*. De openbare maatschap heeft in tegenstelling tot de stille maatschap een van de privévermogens afgescheiden vermogen. Voor maatschapsschulden bestaat in beginsel een aansprakelijkheid voor gelijke delen, terwijl bij de vennootschap onder firma hoofdelijke aansprakelijkheid voor de individuele privévermogens van de firmanten voor de vennootschapsschulden geldt, met dien verstande dat op grond van de regeling met betrekking tot de in art. 7:407 lid 2 BW geregelde opdracht, hoofdelijke aansprakelijkheid kan ontstaan voor de uitvoerende maten, tenzij de tekortkoming niet kan worden toegerekend. Onder komend recht zal voor de openbare vennootschap hoofdelijke aansprakelijkheid gelden en voor de stille vennootschap aansprakelijkheid voor gelijke delen.

sterk af van de huidige maatschapsregeling. Art. 7:800 ontwerp BW omschrijft de grondvorm als volgt:

‘De vennootschap is de overeenkomst tot samenwerking voor gemeenschappelijke rekening van twee of meer personen, de vennoten, welke samenwerking is gericht op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel ten behoeve van alle vennoten door middel van inbreng door ieder van de vennoten.’

Het wetsvoorstel maakt vervolgens onderscheid tussen de stille en de openbare vennootschap. De stille vennootschap is de vennootschap die niet onder gemeenschappelijke naam naar buiten treedt.⁷ De openbare vennootschap (OV) is op grond van art. 7:801 lid 1 ontwerp BW:

‘(...) de vennootschap tot het uitoefenen van een beroep op bedrijf dan wel tot het verrichten van beroeps- of bedrijfshandelingen, die op een voor derden duidelijk kenbare wijze naar buiten optreedt onder een door haar als zodanig gevoerde naam.’

Voor de OV bestaat de mogelijkheid om rechtspersoonlijkheid te verkrijgen. Hierbij kunnen twee kanttekeningen worden gemaakt. Allereerst wordt de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid (OVR) buiten het reguliere kader van rechtspersonen geplaatst. Als namelijk buiten titel 7.13 BW de term rechtspersonen wordt gebezigd, wordt de OVR hieronder niet begrepen. Ten tweede wordt het nieuw in te voeren onderscheid tussen de OV en de OVR door een aanvulling met een nieuw artikel gemarginaliseerd doordat *beide* vormen onder het in de wet genoemde vennootschapsbegrip zullen vallen.⁸

Nut en noodzaak personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid betwist

Broekers-Knol stelt in het Voorlopig verslag heel sympathiek dat het oorspronkelijke voorstel ‘beslist verbeterd is’.⁹ Echter, ondanks de tijdens de behandeling in de Tweede Kamer aangebrachte en in de invoeringswet neergelegde wijzigingen,¹⁰

7 Zie art. 7:801 lid 2 ontwerp BW. In tegenstelling tot de huidige regeling voor de maatschap en de VOF, lijkt het onderscheid tussen beroep en bedrijf derhalve niet meer bepalend te zijn voor de kwalificatie van de rechtsvorm. De Minister rechtvaardigt de afschaffing van dit onderscheid door te wijzen op de vervaging van het onderscheid in de praktijk.

8 Zie art. 7:804 leden 1 en 2 ontwerp BW.

9 Zie *Kamerstukken I* 2009/10, 31 065, B (Voorlopig verslag van de vaste commissie voor Justitie), p. 3.

10 Zie *Kamerstukken I* 2009/10, 31 065, A (invoeringswet titel 7.13).

is er stevige kritiek op het voorstel geuit. Zo stelt Van Veen: ‘De voorgestelde regeling is op tal van wezenlijke onderwerpen bepaald niet flexibeler (...) dan de huidige regeling.’¹¹

Weekers (Tweede Kamerlid VVD) onderschreef al tijdens de parlementaire behandeling in de Tweede Kamer de noodzaak van een goed geoutilleerd rechtssysteem, waaronder een uitgebreid pakket aan mogelijkheden in het vennootschapsrecht. Hij concludeerde dat het wetsvoorstel personenvennootschap bijdraagt aan een beter vestigings- en ondernemingsklimaat.¹² Echter, de noodzaak van de optionele rechtspersoonlijkheid wordt in twijfel getrokken.¹³ Namens de leden van de VVD-fractie stelt Broekers-Knol tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de vaste commissie voor Justitie van de Eerste Kamer de niet onbelangrijke vraag wat naar het oordeel van de minister nog de zin is van het introduceren van de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid als het dankzij de invoering van de flex-BV veel eenvoudiger wordt om een BV op te richten.¹⁴ Zij verwijst naar Van Schilfgaarde in het WPNR.¹⁵

De kritiek van Van Schilfgaarde gaat overigens nog verder. Hij stelt dat de ogenschijnlijk evenwichtige opbouw van het gehele Nederlandse vennootschapsrecht, met enerzijds de contractuele personenvennootschap en anderzijds de kapitaalvennootschap, schijn is. Dit wordt versterkt door de invoering van de OVR. Het onderscheid tussen beursgenoteerde en niet-beursgenoteerde vennootschappen zou in tegenstelling tot het inmiddels op onderdelen inderdaad enigszins vage onderscheid tussen personenvennootschappen (met rechtspersoonlijkheid) en kapitaalvennootschappen, een logischer keuze voor de opbouw van het vennootschapsrecht bieden.¹⁶

Ik ben het met Van Schilfgaarde eens wanneer hij pleit voor het in het oog houden van de grote lijn. Een algehele bezinning op het gehele Nederlandse vennootschapsrecht is gezien de in het verleden behaalde resultaten voor dit moment mis-

11 Zie W.J.M. van Veen, ‘De personenvennootschap volgens titel 7.13’, *TOP* 2010/6, p. 224. Als mogelijke verklaring geeft hij dat titel 7.13 BW een ‘nakomertje’ is in de omvangrijkere exercitie gericht op het opheffen van het verschil tussen het handelsrecht en het burgerlijk recht, dat heeft geleid tot ons huidige BW. Hij stelt: ‘Titel 7.13 is als zodanig niet gericht op flexibilisering en vereenvoudiging van het vennootschapsrecht en dit zal bij invoering van het wetsvoorstel in de huidige vorm ook niet worden gerealiseerd.’

12 Zie Tweede Kamerlid Weekers (VVD), *Kamerstukken II* 2009/10, 31 058, nr. 11, p. 4.

13 Anders: M.J.G.C. Raaijmakers, ‘Vereenvoudiging titel 7.13 BW (personenvennootschappen)’, *Ondernemingsrecht* 2009/2, p. 70-81, die iedere openbare vennootschap rechtspersoonlijkheid wil toekennen.

14 Zie *Kamerstukken I* 2009/10, 31 065, B (Voorlopig verslag van de vaste commissie voor Justitie), p. 3.

15 Zie P. van Schilfgaarde, ‘De opbouw van het vennootschapsrecht’, *WPNR* 6822/2009, p. 961-968.

16 Zie P. van Schilfgaarde, ‘De opbouw van het vennootschapsrecht’, *WPNR* 6822/2009, p. 961.

schien te hoog gegrepen, maar het is tijd dat de in de praktijk ontstane onzekerheid over de invoering van de personenvennootschap wordt weggenomen. Dit laat onverlet dat ik met Van Schilfgaarde kan meegaan waar hij stelt dat we ons moeten afvragen of het in de praktijk ontstane onderscheid tussen enerzijds de meer institutionele beursvennootschap en anderzijds de meer contractuele niet-beursgenoteerde vennootschap, beter tot uitdrukking zou moeten komen in de huidige wetgeving. Een fundamentele bezinning op de verhouding tussen de verschillende vennootschapsvormen is wenselijk.¹⁷

Over de aan de gang zijnde wetgevingsoperatie waarin met name de personenvennootschappen en de BV het lijdend voorwerp zijn, stelt Van Schilfgaarde dat die weliswaar bijdraagt aan vernieuwing, maar dat ze niet leidt tot verheldering.¹⁸ Over de OVR stelt hij:

‘Dit betekent dat we, naast de privaatrechtelijke rechtspersonen van Boek 2, een nieuwe categorie van privaatrechtelijke rechtspersonen krijgen, waarvoor de algemene bepalingen van Boek 2 óók niet gelden. Daarmee verliest het wettelijk begrip ‘rechtspersoon’ veel van zijn ordenende functie.’¹⁹

Hier moet echter wel de kanttekening worden gemaakt dat de publiekrechtelijke rechtspersonen en kerkgenootschappen en de regeling van het EESV en de SE ook reeds zijn geplaatst in een regeling buiten Boek 2 BW. Bovendien is ook de rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging van eigenaars om wetssystematische redenen buiten Boek 2 BW in Boek 5 BW geplaatst.²⁰

Naast dit dogmatische bezwaar tegen de mogelijkheid van rechtspersoonlijkheid voor de in Boek 7 BW geregelde personenvennootschap komt Van Schilfgaarde ook met een meer praktisch bezwaar op grond waarvan hij in twijfel trekt of van de optionele rechtspersoonlijkheid veel gebruik zal worden gemaakt:

‘Wat levert die rechtspersoonlijkheid hun op, afgezien van enkele goederenrechtelijke details? Omzetting betekent in elk geval dat de gang naar de notaris moet worden gemaakt, met alle kosten en soesah van dien. Zouden aspirant OVR-ers dan niet veel beter voor de

17 P. van Schilfgaarde, ‘De opbouw van het vennootschapsrecht’, *WPNR* 6822/2009, p. 964. Hij plaatst hier overigens de kanttekening bij dat hij zelf medeverantwoordelijk is voor het nu voorliggende voorstel door zijn aanwezigheid binnen verschillende met het wetgevingsproces betrokken gremia.

18 P. van Schilfgaarde, ‘De opbouw van het vennootschapsrecht’, *WPNR* 6822/2009, p. 961.

19 P. van Schilfgaarde, ‘De opbouw van het vennootschapsrecht’, *WPNR* 6822/2009, p. 967.

20 Daarbij zijn voor de vereniging van eigenaars op grond van art. 5:124 leden 2 en 3 BW de bepalingen van Boek 2 BW grotendeels buiten toepassing verklaard.

intussen ontwikkelde flex-BV kunnen kiezen? Die keuze lijkt alleen al hierom aantrekkelijk omdat daarmee de persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten in beginsel komt te vervallen.²¹

Van Schilfgaarde constateert dat nu uit het wetsvoorstel flex-BV volgt dat de aandeelhouders naast de vennootschap persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gehouden voor bepaalde of alle schulden van de vennootschap, de BV meer zal opschuiven richting de voorgestelde openbare vennootschap van titel 7.13 BW.²²

Overigens is dit niet de eerste keer dat de minister wordt geconfronteerd met de vraag om te verklaren wat de meerwaarde is van de OVR boven de flex-BV zonder minimumkapitaalvereiste.²³ Bij de commissie voor Justitie in de Tweede Kamer leefde dezelfde vraag. In zijn antwoord was de minister destijds mijns inziens niet erg overtuigend. Hij wees op het belang dat er een keuzemogelijkheid bestaat voor ondernemers en dat zij hun eigen afweging kunnen maken.²⁴ Terecht rijst de vraag of de (kleine) ondernemer gebaat is bij zoveel keuzemogelijkheden. Een scala aan mogelijkheden betekent dat meer keuzes moeten worden gemaakt en die kunnen hogere (advies)kosten meebrengen.²⁵

Met betrekking tot het door de minister aangevoerde argument van de fiscale transparantie kan – als louter op fiscale gronden zou worden gekozen voor de OVR – ook de BV wellicht een optie zijn, aldus Van Schilfgaarde. Als de BV in haar statuten opneemt dat de aandeelhouders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor alle schulden van de vennootschap, is het niet ondenkbaar dat ook het fiscale regime van de personenvennootschap dan van toepassing zal zijn.²⁶

Wel is het juist dat de OV(R) de mogelijkheid biedt om de inbreng ten behoeve van de samenwerking te beperken tot arbeid, terwijl de besloten vennootschap die mogelijkheid niet biedt. De minister stelt dat er aldus een vennootschap op basis van arbeid in plaats van op kapitaal voor één van de vennoten kan bestaan. Hierbij gaat hij echter niet in op de onder het huidige recht en inmiddels ook expliciet in

21 P. van Schilfgaarde, 'De opbouw van het vennootschapsrecht', *WPNR* 6822/2009, p. 967.

22 P. van Schilfgaarde, 'De opbouw van het vennootschapsrecht', *WPNR* 6822/2009, p. 966.

23 Zie Weekers (VVD), *Kamerstukken II* 2009/10, 31 058, nr. 11, p. 5.

24 Zie minister Hirsch Ballin, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 058, nr. 11, p. 34.

25 Zo stelt Van Vroonhoven-Kok (CDA): 'Maatwerk is per definitie duurder. Je ziet in de praktijk dan ook dat steeds meer kleine ondernemingen kiezen voor de standaard bv-vorm die we altijd hadden. De minister zal de kleine ondernemer dus wellicht een beetje moeten duwen in de richting die voor hem het goedkoopst is.' Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 31 058, nr. 11, p. 34.

26 Zie P. van Schilfgaarde, 'De opbouw van het vennootschapsrecht', *WPNR* 6822/2009, p. 967.

art. 7:800 lid 3 ontwerp-BW neergelegde verbod om een arbeidsovereenkomst tussen de vennootschap en de vennoten te laten bestaan.²⁷ Overigens is het mijns inziens de vraag of dit enkele punt rechtvaardigt ‘om tussen de “gewone” openbare vennootschap en de flex-BV een OVR als quasi zelfstandige figuur te persen’.²⁸

LLP als alternatief voor samenwerking beroepsbeoefenaren

De beantwoording van de vraag over de toegevoegde waarde van de OVR naast de flex-BV, zoals die is neergelegd in het huidige wetsvoorstel, heeft in sommige gevallen aan relevantie verloren. De onzekerheid die de nieuw in te voeren rechtsvormen meebrengen – mede gezien het in zekere zin rigide overgangsrecht – heeft ertoe geleid dat veel onder het huidig recht in een maatschap samenwerkende beroepsbeoefenaren, inmiddels hebben gekozen voor een alternatief voor de personenvennootschap (of de BV).

Een veel genoemd en gekozen alternatief voor de toekomstige OVR is de Limited Liability Partnership (hierna: LLP). De LLP bezit niet alleen rechtspersoonlijkheid – met daarbij een beperking van de aansprakelijkheid – maar behoudt bovendien het karakter van de maatschap, zonder dat eventuele fiscale ondernemersfaciliteiten daarbij verloren gaan.²⁹

De geschiktheid van de LLP als gelijkwaardig alternatief voor de personenvennootschap moet enigszins genuanceerd worden. Hierbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de Engelse LLP en anderzijds de Amerikaanse LLP.³⁰ Hoewel de LLP vaak als alternatief voor de personenvennootschap wordt gekozen, kan worden opgemerkt dat in de Limited Liability Partnerships Act 2000 (LLP Act) expliciet is opgenomen dat de regelgeving met betrekking tot de partnerships in beginsel niet van toepassing is op de Britse LLP. Blanco Fernández en Van Olffen stellen met betrekking tot deze LLP zelfs:

‘Het is zeker geen personenvennootschap, ondanks dat zij de naam “partnership” draagt. (...) De LLP is “a body corporate (with legal personality separate from that of its members).”³¹

27 Zie minister Hirsch Ballin, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 058, nr. 11, p. 34.

28 P. van Schilfgaarde, ‘De opbouw van het vennootschapsrecht’, *WPNR* 6822/2009, p. 968.

29 Zie voor een overzicht van door de Nederlandse belastingdienst gekwalificeerde buitenlandse samenwerkingsverbanden: http://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/lijst_gekwalificeerde_buitenlandse_samenwerkingsverbanden_dv0301z1pl.pdf.

30 Voor wat betreft het geldende rechtsregime is het voor de laatstgenoemde van belang naar het recht van welke staat deze is opgericht.

31 Zie LLP Act section 1(5).

De Engelse LLP is volgens hen vanwege het overheersende idee van deze ‘body corporate’ meer te vergelijken met de Nederlandse BV dan met de idee van een contractuele relatie tussen deelnemers.³² Ook lijkt de aansprakelijkheid van de vennoot van de Engelse LLP meer op die van de bestuurder van een *company* dan op die van een partner in een *partnership*.³³

De Amerikaanse LLP, die in veel staten wordt beheerst door de Revised Uniform Partnership Act (R.U.P.A.), kan op grond van deze Act wellicht eerder worden beschouwd als een bijzondere vorm van *partnership*.³⁴ Blanco Fernández en Van Olffen stellen over de positie van de vennoten in deze LLP: ‘de persoon van de partners staat centraal in de vormgeving van de rechtsverhoudingen: zij hebben jegens elkaar *duties of loyalty and care*, zij hebben in beginsel gelijke positie in de entiteit.’³⁵

Ondanks het bovenstaande moet men niet al te lichtvaardig conclusies trekken ten aanzien van eventuele overeenkomsten of verschillen met de in Nederland bestaande en eventueel in te voeren rechtsfiguren in zijn algemeenheid. Bij zowel de Engelse als de Amerikaanse LLP is het namelijk steeds mogelijk om in vergaande mate afspraken te maken met betrekking tot de onderlinge verhoudingen tussen de vennoten. Deze in een overeenkomst vastgelegde afspraken kan de LLP ‘meer de trekken geven van een *partnership* of juist van een *corporation*.’³⁶

32 Zie J.M. Blanco Fernández, M. van Olffen, *Rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's. Onderzoek in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum Ministerie van Justitie*, Deventer: Kluwer 2007, p. 88.

33 Bovendien is het onduidelijk door welke regels (law of partnerships of company law) de onderlinge verhoudingen worden beheerst. Zie J.M. Blanco Fernández, M. van Olffen, *Rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's. Onderzoek in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum Ministerie van Justitie*, Deventer: Kluwer 2007, p. 89.

34 Zie J.M. Blanco Fernández, M. van Olffen, *Rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's. Onderzoek in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum Ministerie van Justitie*, Deventer: Kluwer 2007, p. 9.

35 J.M. Blanco Fernández, M. van Olffen, *Rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's. Onderzoek in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum Ministerie van Justitie*, Deventer: Kluwer 2007, p. 89.

36 J.M. Blanco Fernández, M. van Olffen, *Rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's. Onderzoek in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum Ministerie van Justitie*, Deventer: Kluwer 2007, p. 89.

Voor- en nadelen van de LLP ten opzichte van de OVR

Het voert te ver om in het kader van deze bijdrage alle voor- en nadelen van de LLP ten opzichte van de OV(R) uitputtend te bespreken. Hier beperk ik mij tot enkele opmerkingen over de aansprakelijkheid en de registratie.

De hoofdregel met betrekking tot aansprakelijkheid onder het komend recht is dat de vennoten in het Nederlandse systeem steeds *hoofdelijk* verbonden zijn voor de verbintenissen van de vennootschap.³⁷ Bij de Engelse en Amerikaanse LLP is het uitgangspunt steeds dat de leden *niet* aansprakelijk zijn voor de schulden van de entiteit. Hierop moeten echter enkele nuanceringen worden gemaakt.

De beperking van de aansprakelijkheid kan steeds worden doorkruist door het toekennen van een vergoeding van de geleden schade aan een derde op grond van bijvoorbeeld onrechtmatige daad. Ook kan er bestuurdersaansprakelijkheid na faillissement ontstaan als het handelen van de vennoten tot insolventie van de LLP heeft geleid. Blanco Fernández en Van Olffen hebben bovendien na hun onderzoek van de LLP de indruk dat in het Amerikaanse recht eerder dan in het Nederlandse ‘door de rechtspersoon heen’ wordt gekeken.³⁸

Bij de Engelse LLP geldt een aansprakelijkheidsregime dat vergelijkbaar is met dat van bestuurders van *companies* zoals hierboven genoemd. Een vennoot, die de indruk bij een crediteur heeft gewekt dat hij aansprakelijkheid heeft aanvaard voor de verbintenis voor de LLP, kan aldus ook persoonlijk aansprakelijk worden gehouden.³⁹

Dwingend recht en de OVR

Broekers-Knol merkt terecht op dat ‘titel 7.13 (...) meer dwingend recht [bevat] dan het huidige recht met betrekking tot de maatschap, vof en cv (...). Het wetsvoorstel kent ook nogal wat “verholen” dwingend recht, waarvan ook niet altijd duidelijk

37 Hierbij past bijvoorbeeld een nuancering vanwege de disculpatiemogelijkheid op grond van art. 813 lid 2 BW.

38 J.M. Blanco Fernández, M. van Olffen, *Rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's. Onderzoek in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum Ministerie van Justitie*, Deventer: Kluwer 2007, p. 90.

39 J.M. Blanco Fernández, M. van Olffen, *Rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's. Onderzoek in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum Ministerie van Justitie*, Deventer: Kluwer 2007, p. 90.

is wat de reikwijdte ervan is.⁴⁰ Eén van die dwingendrechtelijke bepalingen ziet op de notariële tussenkomst. Op grond van art. 7:802 ontwerp BW dient de overeenkomst van een OVR te zijn opgenomen in een ten overstaan van een notaris verleden akte. Anders dan VNO-NCW in een brief stellen, denk ik dat binnen het Nederlandse systeem van rechtspersoonlijkheid met name met het oog op de rechtszekerheid moet worden vastgehouden aan de notariële tussenkomst.⁴¹ Overigens hoeft, anders dan in het aanvankelijke voorstel, de akte nog slechts de naam, het doel en de zetel te bevatten.

Met betrekking tot de inschrijving van de OVR verandert er in beginsel niets ten opzichte van de huidige situatie.⁴² Registratie in het Verenigd Koninkrijk of de Verenigde Staten vindt plaats zonder tussenkomst van een met de Nederlandse notaris vergelijkbare figuur. De grote voordelen die dit systeem meebrengt zijn eenvoud en lage kosten. Maar dit meer informele systeem doet wel afbreuk aan de rechtszekerheid.

De LLP kan bij het uitblijven van de hernieuwde verplichte registratie worden ontbonden door de registratiehouder,^{43/44} terwijl de mogelijkheden van de Kamer van Koophandel in Nederland tot ontbinding een veel beperkter karakter hebben.⁴⁵

40 Zie *Kamerstukken I* 2009/10, 31 065, B, p. 6.

41 Zie Weekers die stelt: 'Het is belangrijk dat bepaalde belangrijke zaken toch ook notarieel worden vastgelegd.' *Kamerstukken II* 2009/10, 31 058, nr. 11, p. 7.

42 Stille maatschappen met een onderneming moeten zich per 16 mei 2011 alsnog inschrijven in het Handelsregister. Dit heeft het ministerie van Economische Zaken, Landbouw & Innovatie (EL&I) besloten. Als de stille maatschap geen onderneming exploiteert, is inschrijving niet mogelijk. Aan de hand van de criteria voor een onderneming kan worden nagegaan of sprake is van een onderneming volgens de Handelsregisterwet. Zie www.kvk.nl.

43 J.M. Blanco Fernández, M. van Olffen, *Rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's. Onderzoek in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum Ministerie van Justitie*, Deventer: Kluwer 2007, p. 93.

44 Met terugwerkende kracht kan in veel wetgevingen deze ontbinding ongedaan worden gemaakt, hetgeen zoals door Blanco terecht opgemerkt, kan leiden tot vragen met betrekking tot de crediteurenbescherming wanneer de weg gevallen beperkte aansprakelijkheid van de members, met terugwerkende kracht weer herkegen wordt. Zie J.M. Blanco Fernández, M. van Olffen, *Rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's. Onderzoek in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum Ministerie van Justitie*, Deventer: Kluwer 2007, p. 93.

45 Het ontstaan van de Nederlandse rechtspersoon is met waarborgen omkleed en het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid met terugwerkende kracht is naar Nederlands recht niet mogelijk. Zie J.M. Blanco Fernández, M. van Olffen, *Rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's. Onderzoek in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum Ministerie van Justitie*, Deventer: Kluwer 2007, p. 93.

Nederlandse alternatieven

Wellicht niet in lijn met de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever met betrekking tot de opbouw van het Nederlandse vennootschapsrecht, is een aantal beroepsbeoefenaren inmiddels gaan samenwerken in een NV.⁴⁶ Zo heeft een groot aantal advocaten- en notariskantoren ervoor gekozen om de naamloze vennootschap als rechtsvorm aan te nemen.⁴⁷ Nu de traditionele beroepsberoepsbeoefenaren kiezen voor de naamloze vennootschap, in plaats van de voor hen bedoelde personenvennootschap of flex-BV, en beursgenoteerde ondernemingen in de toekomst wellicht eerder kiezen voor de flex-BV, kan worden geconstateerd dat we in een omgekeerde wereld zijn beland.⁴⁸ Daarbij wil ik voor wat betreft de meerwaarde van de personenvennootschap nog opmerken dat deze ook ongewenste concurrentie ondervindt van andere rechtsvormen dan de naamloze vennootschap. Zo is ook de coöperatie voor enkele kantoren, als vehikel tussen de persoonlijke BV's van de vennoten enerzijds en de NV's waarin respectievelijk de accountants- en belastingadviespraktijk zijn ondergebracht, met name vanuit fiscale overwegingen interessant gebleken.⁴⁹ Naast de fiscale motieven worden ook andere redenen aangevoerd om te kiezen voor de coöperatie, zoals de grotere vrijheid om interne regelingen vorm te geven.⁵⁰

46 Overigens wordt de NV daar waar Van Mourik andere samenwerkingsvormen beschrijft niet genoemd, zie M.J.A. van Mourik en W. Burgerhart, *De personenvennootschap in breed perspectief*, Deventer: Kluwer 2010, p. 11.

47 Zie bijvoorbeeld Boekel De Nerée en Stibbe die volgens hun algemene voorwaarden beide in de NV-vorm worden gedreven. Zie respectievelijk de websites www.bdn.nl en www.stibbe.com.

48 'Waar zijn we dan mee bezig? Zal dit aanleiding geven, zo kan men zich verder afvragen, tot een ontwikkeling dat beursvennootschappen voor de BV-vorm gaan kiezen (aangenomen dat beurshandel in BV-aandelen in beginsel mogelijk is)?' Zie P. van Schilfgaarde, 'De opbouw van het vennootschapsrecht', *WPNR* 6822/2009, p. 965.

49 Een coöperatie UA wordt tussen de persoonlijke BV's en de vennootschap geplaatst. Bij de grotere kantoren is deze constructie niet zozeer geënt op de ontwijking van aansprakelijkheid, maar heeft deze voornamelijk fiscale redenen. Sinds 1 januari 2010 is de deelnemingsvrijstelling voor kantoren met meer dan 20 partners namelijk komen te vervallen. Zie bijvoorbeeld KPMG, PricewaterhouseCoopers en ook Nauta Dutilh, die gebruikmaken van deze constructie. Zie 'Coöperatie fiscaal aantrekkelijk voor grotere kantoren', te raadplegen via de website www.accountant.nl.

50 Zo stelt Plaggemans van Damsté Advocaten en notarissen in een interview: 'Je hebt meer vrijheid om je interne regelingen vorm te geven binnen een coöperatie. Er zijn bij een coöperatie minder dwingendrechtelijke voorschriften dan bij de NV, bijvoorbeeld op het punt van stemrecht en winstrecht. Dit geeft je meer vrijheid wanneer je regelingen wilt opstellen waarbij er onderscheid gewenst is in winst- of stemrecht, bijvoorbeeld ten aanzien van ingroeiers of bij beloning op basis van een puntensysteem. Ook de regels van kapitaalbescherming bijvoorbeeld zoals die bij de NV gelden kunnen hinderlijk zijn. Allemaal niet van toepassing bij de coöperatie.' Zie 'Die goeie ouwe coöperatie op herhaling', te raadplegen via: http://www.novocatie.nl/page?7,878/Kantoren/die_goeie_ouwe_cooperatie_op_herhaling.

Conclusie

Zonder twijfel zal de steeds proactieve houding van Ankie Broekers-Knol ten aanzien van nieuwe en vernieuwende initiatieven zoals bijvoorbeeld de opzet en verbreiding van Moot Court en de opzet van een blad voor alumni van de rechtenfaculteit, Leiden Law Magazine (LLM), gemist worden. Haar afscheid van de Leidse rechtenfaculteit komt zonder meer veel te vroeg. Hetzelfde kan niet worden gezegd van de nieuw in te voeren personenvennootschap.

Naschrift

Bij het ter perse gaan van deze bundel heeft de Minister van Veiligheid en Justitie bij schrijven van 5 september 2011 inmiddels aan de Eerste Kamer te kennen gegeven – mede naar aanleiding van het kritisch voorlopig verslag van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie onder voorzitterschap van Broekers-Knol – voornemens te zijn op korte termijn de procedure voor intrekking van het wetsvoorstel (31 065), tezamen met het wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (28 746), in gang te zetten.

Op 4 december 2001, twee maanden na haar installatie als lid van de Eerste Kamer,¹ hield Ankie Broekers haar maidenspeech.² Deze betrof het wetsvoorstel 26 855, de herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg. Het ging hier niet om een wetsvoorstel met enkele technische wijzigingen; integendeel, het had de strekking ‘het procesrecht in eerste aanleg te vereenvoudigen, te deformaliseren, te moderniseren, te harmoniseren en efficiënter te maken’, zoals Ankie het kort samenvatte.

Dit wetsvoorstel had een lange voorgeschiedenis. Die begint met het besluit van de regering in de jaren tachtig van de vorige eeuw tot herziening van de rechterlijke organisatie, waarbij onder meer werd geopteerd voor een volledige integratie van kantongerecht en rechtbank in een rechtbank ‘nieuwe stijl’. Die integratie noopte tot een uniformering van de procedureregels in burgerlijke zaken in eerste aanleg bij de rechtbank ‘nieuwe stijl’. In april 1993 publiceerde het Ministerie van Justitie een voorontwerp van wet (met memorie van toelichting) ‘tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de herziening van de rechterlijke organisatie’, het zogenaamde Voorontwerp.³ Daaruit bleek dat het ministerie veel verder wilde gaan dan enkel de vermelde aanpassing; het streven was gericht op niet minder dan een totale herziening van boek 1, dat het hart van ons procesrecht bevat, namelijk de algemene regeling van de procesgang en de rechtsmiddelen.⁴

Aan deze ambitie werd vastgehouden in het wetsvoorstel 24 651 en diens opvolger, het wetsvoorstel 26 855. Dit laatste is, na de aanvaarding door de Eerste Kamer op 4 december 2001, reeds op 1 januari 2002 in werking getreden.

-
- Constant van Nispen is hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het burgerlijk procesrecht, aan de Vrije Universiteit; van 1 september 1971 tot 1 september 1974 maakte hij samen met Ankie Broekers deel uit van de staf practicum methoden en technieken aan de Leidse juridische faculteit.

1 *Handelingen I* 2001/02, 2, p. 23.

2 *Handelingen I* 2001/02, 10, p. 488-490.

3 Uitvoeriger hierover mijn inaugurele rede, C.J.J.C. van Nispen, *De terloopse hercodificatie van ons burgerlijk procesrecht* (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1993.

4 Er zou in de toekomst nog wel een keer moeten worden gekeken naar de regeling van het hoger beroep en die van het derdenverzet; aldus Voorontwerp, p. 149-150.

Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel kwam een nog verder gaande ambitie op, te weten die tot fundamentele herbezinning op ons burgerlijk procesrecht. Deze fundamentele herbezinning heeft de processualisten de jaren daarna van de straat gehouden maar dat laat ik hier verder rusten.

Terug naar het wetsvoorstel 26 855 en Ankie’s maidenspeech daarover. In het begin hiervan parafraseerde zij de bekende dichtregel van Hendrik Marsman: denkend aan procedures zie ik civiele zaken traag door oneindig laagland gaan. Heeft de wijziging van ons burgerlijk procesrecht per 1 januari 2002 daarin verbetering gebracht?

Het procesmodel, dat met het wetsvoorstel 26 855 werd nagestreefd, hield allereerst in dat de dagvaarding – anders dan voorheen het geval placht te zijn – een betrekkelijk uitgebreid stuk zou zijn waaruit zou zijn af te leiden waaruit het geschil tussen partijen bestond, welke stellingen daaromtrent door eiser werden betrokken en welke bewijsmiddelen hem ten dienste stonden; dat gedaagde na de eerstdienende dag binnen zes weken⁵ voor antwoord moest concluderen en dat zijn conclusie, in reactie op de uitvoerige dagvaarding, zijn positie redelijk compleet zou weergeven; voorts dat de rechter, aldus voldoende voorgelicht omtrent de inzet van de procedure, in beginsel twee weken later een comparitie van partijen zou gelasten;⁶ dat bij die comparitie de zaak in staat van wijzen zou worden gebracht; en dat zes weken daarna het vonnis zou volgen. Tussen de datum van de inleidende dagvaarding en die van het vonnis zou niet meer dan een half jaar liggen. In plaats van de vroegere rechtsgang met twee schriftelijke ronden (dagvaarding – antwoord – repliek – dupliek)⁷ zou nu een enkele schriftelijke ronde, gevolgd door een verschijning van partijen voor de rechter, de normale gang van zaken zijn. Ik wil nu – een kleine tien jaar later – bij twee vragen stilstaan: is dit procesmodel evenwichtig? En: is dit gerealiseerd of stromen de civiele procedures nog steeds traag door oneindig laagland?

5 Die termijn van zes weken staat niet in de wet, maar in het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken, sub 2.7; voor kantonzaken geldt een termijn van 4+4 weken; zie Rolreglement kantonsectoren, sub 2.9.

6 Art. 134 Rv bepaalt dat de rechter uiterlijk twee weken na de conclusie van antwoord een verschijning van partijen beveelt ‘tenzij hij oordeelt dat de zaak daarvoor niet geschikt is’.

7 Voorheen moest de rechter ingevolge art. 141a Rv (in werking getreden op 1 december 1989) ambtshalve onderzoeken of een comparitie zin zou kunnen hebben. Art. 131 Rv draait de zaak dus om: in beginsel wordt een comparitie gelast. In het nieuwe systeem, waarin dagvaarding en conclusie van antwoord aanzienlijk meer informatie verschaffen dan voorheen, zal dat ook eerder zin hebben.

Is het procesmodel evenwichtig?

Bij haar maidenspeech in de senaat was Ankie nummer zeven op de sprekerslijst waardoor zij zich naar haar zeggen enigszins verwant voelde aan de zesde vrouw van Hendrik VIII, Katherine Parr: ‘I’m aware that something is expected from me, but how, how can I make a difference?’ Naar ik meen maakte zij het verschil door te wijzen op het beginsel van hoor en wederhoor dat in het nieuwe model in het gedrang kan komen bij de complicatie van een eis in reconventie. Ik zou dit in een iets ruimer perspectief willen plaatsen: kan in dat procesmodel het beginsel van hoor en wederhoor niet in het gedrang komen?

Het recht op hoor en wederhoor (*audite et alteram partem*) is een fundamenteel beginsel van procesrecht dat ligt opgesloten in het vereiste van ‘*fair hearing*’, gesteld in art. 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Art. 19 Rv verwoordt het als volgt: ‘De rechter stelt partijen over en weer in de gelegenheid hun standpunten naar voren te brengen en toe te lichten en zich uit te laten over elkaars standpunten en over alle bescheiden en andere gegevens die in de procedure ter kennis van de rechter zijn gebracht, een en ander tenzij uit de wet anders voortvloeit (...)’. De formulering van art. 19 Rv brengt goed tot uitdrukking dat de rechter niet als ware hij een biechtvader eerst het schuifje voor de ene partij moet openen en daarna aan de andere kant het schuifje voor de andere partij, maar dat hij erop moet toezien dat alles wat een partij zegt, en ook alles wat verder te zijner kennis komt, aan de andere partij bekend wordt en dat die partij daarop adequaat kan reageren. Dit laatste impliceert dat die partij ook voldoende tijd heeft om te reageren.

Het door de wetgever beoogde procesmodel heeft voor eiser allereerst het voordeel dat hij veel meer tijd heeft voor het opstellen van de dagvaarding dan de wederpartij voor haar conclusie van antwoord. Eiser kan bepalen wanneer hij zijn offensief zal openen. Zolang hij rekening houdt met de vigerende verjaringstermijnen heeft hij volop tijd om zijn aanval voor te bereiden, schriftelijk bewijsmateriaal te verzamelen, getuigen en eventueel deskundigen te benaderen, kortom zijn dossier op te bouwen. Zodra hij aanvalt heeft gedaagde maar een korte tijd (de dagvaardings-termijn plus de zes weken welke hem in beginsel wordt gelaten voor zijn conclusie van antwoord) om zijn verdediging te formuleren. In een enigszins gecompliceerde zaak is dat weinig tijd en is hij dus in het nadeel ten opzichte van eiser, zeker in een systeem waarin wordt volstaan met één schriftelijke ronde.

De positie van gedaagde is voorts nadelig doordat eiser na de conclusie van antwoord enkele maanden heeft (de tijd tussen de datum voor het nemen van de conclusie van antwoord en de datum van de comparitie-na-antwoord) om zijn repliek op die conclusie voor te bereiden terwijl gedaagde tijdens die comparitie daarop

à l'improviste moet reageren.⁸ Dit is een voor gedaagde inherent nadeel van het nieuwe procesmodel dat zich in elke zaak kan doen gevoelen.

Indien gedaagde bij zijn conclusie van antwoord een eis in reconventie heeft ingesteld (hierop wees Ankie in haar maidenspeech) is hij opnieuw in het nadeel doordat eiser – dan in zijn kwaliteit van verweerder in reconventie – pas ter gelegenheid van de comparitie-na-antwoord daarop hoeft te antwoorden en gedaagde – in zijn kwaliteit van eiser in reconventie – wederom *à l'improviste* hierop moet repliceren. Dit nadeel zal zich niet duidelijk doen gevoelen indien conventie en reconventie connex zijn, maar vaak is dit niet het geval.

De conclusie moet dan ook zijn dat het door de wetgever beoogde procesmodel voor eiser immanente voordelen heeft en dat het beginsel van hoor en wederhoor ten nadele van gedaagde in het gedrang kan komen doordat hij minder tijd heeft dan eiser om zijn schriftelijk stuk op te stellen en doordat hij minder beslagen ten ijs kan komen bij de comparitie. Het eerste nadeel zal zich slechts doen gevoelen in een enkele, gecompliceerde zaak en kan door de rechter worden voorkomen door gedaagde een extra termijn te gunnen voor zijn conclusie van antwoord. Het tweede bezwaar daarentegen speelt in elke procedure min of meer een rol.

Is het procesmodel gerealiseerd?

Op de vraag of het door de wetgever beoogde procesmodel is gerealiseerd, past een genuanceerd antwoord. De op 1 januari 2002 in werking getreden nieuwe regeling heeft zeker ertoe geleid dat eiser in zijn dagvaarding in het algemeen uitvoeriger is geworden: hij schetst het geschil waarover de procedure zijns inziens zou moeten gaan, geeft het standpunt van de wederpartij weer, formuleert zijn reactie daarop en voert ook aan welke bewijsmiddelen hij denkt te kunnen bezigen. Gelet daarop kan ook gedaagde in zijn conclusie van antwoord niet meer zijn kruut droog houden met een aantal eenvoudige ontkenningen van eisers posita; hij moet stelling nemen tegenover eisers beweringen en inhoudelijk op de zaak ingaan. Dit heeft ertoe geleid dat de civiele procedures thans veel eerder op streek raken. Dit is ongetwijfeld een winstpunt.

Zodra de rechter zijn aandeel moet leveren aan de beoogde versnelling begint het te haperen. Een enkele (grote) rechtbank meent – *n'en déplaie* de tekst van art. 134 Rv ('uiterlijk twee weken') – de beslissing of een comparitie-na-antwoord

8 In de verzoekschriftprocedure ligt dit precies andersom doordat de wettelijke regeling van art. 279 en 282 Rv toelaat dat belanghebbenden hun verweer eerst bij de mondelinge behandeling voordragen en verzoeker dan *à l'improviste* op een voor hem wellicht onverwacht verweer moet reageren.

zal worden gelast, maanden aan te mogen houden. Ernstiger is dat bijna alle rechtbanken niet erin slagen zich te houden aan de termijn van zes weken voor het wijzen van vonnis. Het aangevoerde excuus is bekend: de overbelasting van het rechterlijk apparaat. Niettemin wekt het bij partijen een vreemde indruk als de termijnen waaraan zij zich hebben te houden strikt worden gehandhaafd, terwijl de rechter het *quod licet Iovi non licet bovi* schijnt te hanteren. Ook realiseren rechters zich onvoldoende wat zij aanrichten bij partijen als op de datum waarop de zaak voor vonnis staat, dit wordt aangehouden, en dat vaak herhaaldelijk.

Meer begrip valt op te brengen voor het feit dat de kantonrechters een zeer ruimhartig gebruik maken van de ontsappingsclausule in art. 131 Rv ('tenzij hij oordeelt dat de zaak daarvoor niet geschikt is'). Van veel kantonzaken rechtvaardigt het financieel belang niet het relatief grote beslag op werktijd van rechter en griffier (en op de zittingscapaciteit) dat het houden van een comparitie impliceert. De comparitie in kantonzaken is daarom de facto beperkt tot een kleine minderheid. De vraag is wel actueel of de aanzienlijke uitbreiding van de kantonrechterlijke competentie bij de Evaluatiewet modernisering rechterlijke organisatie in dit beeld verandering zal brengen. Die wet zal ertoe leiden dat circa 70 % van de zaken die voorheen in de sector civiel werden afgedaan (tot 1 september 2008 de procureurszaken geheten) op het bordje van de kantonrechter terecht zullen komen. In beginsel zou in al die zaken een comparitie-na-antwoord moeten worden gelast, maar zal dat ook gebeuren? De kantonrechter is gewend geraakt het nut van een comparitie casuïstisch te benaderen. Zeker als in een zaak niet blijkt dat partijen zijn voorzien van professionele rechtsbijstand, kan de neiging prevaleren af te zien van compareren en partijen maar naar een tweede schriftelijke ronde te verwijzen (art. 132 lid 1 Rv).

Ten slotte: ook als aan het model wel de hand wordt gehouden, verwatert het effect van de aanvankelijk gerealiseerde tijdwinst snel indien complicaties opduiken. De meest voorkomende is wel die waarbij de rechtsstrijd tussen partijen noopt tot een getuigenverhoor. Als de rechter na de comparitie-na-antwoord geen eindvonnis kan wijzen maar bij tussenvonnis een getuigenverhoor gelast, gaat daar, juist zoals voor 1 januari 2002 het geval was, al gauw één à anderhalf jaar mee heen: er moet een datum voor getuigenverhoor worden bepaald, rekening houdend met de verhinderdata van partijen, eventueel een nadere datum indien niet alle getuigen van de betrokken partij zijn of konden worden gehoord, vervolgens een datum voor de zogenaamde contra-enquête indien de wederpartij daartoe overgaat, en eventueel nadere data, en tenslotte dient aan partijen de mogelijkheid te worden geboden om op de afgelegde getuigenissen te reageren in een conclusie na enquête (en contra-enquête) en een conclusie van antwoord na enquête (en contra-enquête). Om van deze tijdrovende wijze van *factfinding* af te komen, zou de archaïsche wijze waarop het getuigenverhoor in onze wet is geregeld, drastisch moeten worden herzien maar daarover lijkt geen consensus te bestaan. In ieder geval geldt dat zodra in een

procedure een verwikkeling optreedt zoals een getuigenverhoor of deskundigenbericht, het door Ankie oproepen beeld van procedures die traag door oneindig laagland gaan, nog steeds opgaat.

Afsluiting

Aan de wijziging van ons burgerlijk procesrecht per 1 januari 2002 lagen uiteraard allerlei goede bedoelingen ten grondslag. De beoogde versnelling van de civiele procedure is evenwel maar zeer ten dele gerealiseerd. Indien wij meer zouden willen bereiken, zou de rechterlijke macht, althans voor vermogensrechtelijke geschillen, zwaarder moeten worden bezet maar eerder constateerde ik al dat enige realiteitszin doet beseffen dat een oproep daartoe volstrekt vergeefs zou zijn: 'De geschiedenis van de wetgeving ten aanzien van de organisatie van de rechterlijke macht staat hier te lande in het teken van bezuinigingen, inkrimping etc. Rechtspleging moet op een koopje geschieden; liefst zou de Staat er nog aan verdienen. Met dat gegeven zullen wij ons erbij moeten neerleggen dat onze rechtspleging kwalitatief niet de best mogelijke is'.⁹ De huidige discussie over zogenaamde kostendekkende griffierechten geeft aanleiding tot nieuwe bezorgdheid; ik hoop dat Ankie haar principiële verzet daartegen¹⁰ zal volhouden.

9 Zie mijn in noot 3 aangehaalde inaugurele rede, p. 36.

10 *Handelingen I* 2010/11, 1, p. 8-9.

10 | Geen onderzoek geestesvermogens vóór de dood van de testateur

A.J.H. Pleysier ■

De casus die aanleiding gaf tot het hier te bespreken arrest¹ was, zover ik uit de publicatie op rechtspraak.nl kan zien, als volgt.

Vader heeft bij wege van ouderlijke boedelverdeling, als bedoeld in artikel 1167 van het oude BW, alle bestanddelen van zijn nalatenschap toegedeeld aan moeder onder de verplichting, onder meer, wegens die overbedeling aan zijn kinderen ieders erfdeel in contanten uit te keren. De uitkering, zo bepaalt hij in aansluiting op de ouderlijke boedelverdeling, is pas opeisbaar, onder meer, bij het overlijden van moeder. Moeder is daarover een rente verschuldigd van 9 procent per jaar. Erfgenamen van vader zijn moeder en de vier kinderen. Vader is op 13 december 1986 overleden. Bij testament van 14 februari 2005 heeft moeder een zoon als erfgenaam uitgesloten en de drie andere kinderen tot haar enige erfgenamen benoemd. Bij onderhandse akte van 9 september 2005 heeft moeder aan haar drie andere kinderen ieder € 35.000 geschonken.²

In de procedure voor de rechtbank die daarop volgt stelt het onterfde kind zich op het standpunt dat het testament nietig is omdat zij niet in staat was haar wil te bepalen. Hij beroept zich daarbij op artikel 3:34 BW. Verder stelt hij dat de schenkingen van zijn moeder aan de overige kinderen vernietigbaar zijn met de *actio Pauliana* van artikel 3:45 BW. (Ik zal daaraan slechts zijdelings aandacht besteden).

■ Bram Pleysier was destijds kandidaat-notaris, wetenschappelijk hoofdmedewerker aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Leiden en rechter-plaatsvervanger te Arnhem.

1 Hof 's-Hertogenbosch 18 januari 2011, datum publicatie 31 januari 2011 *LJN* BP2552.

2 Ik vermoed dat die schenkingen mede gedaan zijn om te kunnen genieten van de eenmalige vrijstelling tot € 21.209 voor het schenkingsrecht voor kinderen van 18-35 jaar. Aldus wordt dan t.z.t. een besparing voor de erfbelasting bereikt.

Het oordeel van de rechter

De rechtbank is van oordeel dat het onterfde kind, zolang zijn moeder nog leeft, geen redelijk belang heeft bij zijn vorderingen en verklaart hem om die reden niet-ontvankelijk.

Het Hof sluit zich aan bij de rechtbank. Artikel 4:42 BW bepaalt onder meer dat een uiterste wilsbeschikking een eenzijdige rechtshandeling is, waarbij de erflater een beschikking maakt, die eerst werkt na zijn overlijden. Deze bepaling is niet anders te verstaan dan dat deze rechtshandeling voorafgaande aan het overlijden van de erflater, geen enkele werking heeft. Bij nietigverklaring van een rechtshandeling die nog geen enkele werking heeft en die wellicht nooit enige werking zal hebben (een testament kan immers herroepen worden), heeft niemand enig rechtens relevant belang. Aantasting van een testament zal gelet op artikel 42 BW niet eerder kunnen geschieden dan op het moment dat daaraan enige werking toekomt, dat wil zeggen na het overlijden van moeder.

Commentaar

Als iemand in de termen valt bij overlijden van een ander versterferfgenaam te worden, wat is dan zijn positie? Als iemand hoopt dat een ander zo vriendelijk zal zijn hem tot erfgenaam te benoemen, ik denk daarbij aan de bekende suikeroom of suikertante, wat is dan zijn positie? Een stukje van die zelden gestelde vragen komen wij in dit arrest tegen.

Hoe moeten wij tegen een onterving van een kind aankijken?

Als een ouder een kind onterft frons menigeen het voorhoofd. Toch kunnen daarvoor goede redenen bestaan.

Ik denk in de eerste plaats aan de casus dat een kind geestelijk zo zwaar gehandicapt is dat het niet goed is in te zien wat dat kind aan zijn erfdeel zou hebben. Ik ga ervan uit dat het kind onder curatele is gesteld, voor andere beschermingsmaatregelen geldt mutatis mutandis hetzelfde. In de praktijk ziet men dan dat de ouders in hun testament dat kind in de legitieme stellen, het krijgt dan niet meer dan de helft van zijn versterferfdeel. Vervolgens moeten de broeders en zusters dan wachten tot hun ongelukkige broer of zuster het hoofd heeft neergelegd, dan erven zij de nalatenschap van dat kind, waarin begrepen hetgeen dat kind destijds van de ouders heeft geërfd. Voor de erfbelasting is dat uiteraard ongunstig omdat het deel dat aan

de curandus toekomt in feite twee keer wordt belast en de tarieven broer-zuster ook nog eens hoger zijn dan de tarieven ouder-kind.

In het algemeen onterven die ouders, als ik het goed zie, dat kind zelden totaal, omdat dat vragen is om problemen met de kantonrechter: die zal er dan geen genoegen mee nemen dat de curator berust in de onterving. Na de oproeping van de legitieme door de curator zou dan het kind dan uiteindelijk toch zijn legitieme portie krijgen.³

Maar in andere casusposities kan men zich inderdaad afvragen wat de testateur bewogen heeft een van de kinderen te onterven. Er kunnen voor de testateur tal van redenen bestaan hebben, de een meer invoelbaar dan de andere. De klassieke houding van de (notariële) jurist is dan dat hij niet begint aan een inhoudelijke beoordeling van het nut of de invoelbaarheid van de onterving, de testateur is immers in principe bevoegd met zijn vermogen te doen wat hij wil en het na te laten aan wie hij wil. Daarbij houdt hij in gedachten dat de wet zelf een remedie geeft aan het onterfde kind in de vorm van de legitieme portie.⁴ Daarnaast staat, zo merk ik wellicht ten overvloede op, dat de notaris zo goed mogelijk bepaalt of de testateur in staat is zijn wil te bepalen. Eventueel weigert hij dan zijn ministerie.

Om uit het feit dat een kind is onterfd meteen af te leiden dat de testateur niet in staat is zijn wil te bepalen zou wel heel ver gaan.⁵ Ikzelf heb er nooit van gehoord dat een notaris op grond van het enkele feit dat een kind onterfd werd zijn ministerie weigerde en ook nooit meegemaakt dat het in een proces na de dood van de testateur als aparte indicator werd opgegeven dat het testament op grond van artikel 3:34 BW ongeldig was.

Het is altijd lastig na het overlijden van de testateur aan te tonen dat hij niet in staat was zijn wil te bepalen. Een belangrijke oorzaak daarvan is dat de testateur

3 Zie voor een bespreking van de problematiek dat aldus de kantonrechter eerder de belangen van de publieke kassen dan de belangen van de curandus behartigt A.J.H. Pleysier, 'Vermogensophoping bij curandi', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* jrg. 8 (1986) p. 233-236. De houding van de kantonrechters is sindsdien, naar mijn indruk, niet veranderd.

4 De ministerieplicht, en daarmee de lijdelijkheid, van de notaris komt steeds meer onder druk te staan. Het zou me niet eens verbazen als een Kamer van Toezicht ook hier de notaris op de stoel van de rechter plaatst en van hem eist dat hij de onterving inhoudelijk gaat toetsen. Ik herinner aan de discussie die enige tijd gelden ontstond over de vraag of een notaris moest weigeren een testament te passeren waarbij een moslim zijn zoons voor twee keer de portie van de dochters tot erfgenaam instelde. (Als je het uitrekent blijkt dat aldus de legitieme portie nimmer geschonden wordt). Er wordt ook wel voor gepleit dat de notaris bij een samenlevingscontract (dat meestal geen voorzieningen in de sfeer van de alimentatie bevat) de notaris moet proberen partijen (althans de vrouw) daarvan af te praten.

5 Dit doet denken aan het Romeinse recht waarin in een bepaalde periode gesteld dat iemand die een kind onterft en een derde benoemt wel *insanis*, krankzinnig, moet zijn. Zie Kaser/Wubbe, *Romeins Privaatrecht*, Zwolle 1971, par. 70, 1, p. 344-345.

niet meer leeft. De instrumenterende notaris wordt dan als getuige gehoord, en de behandelende arts, degene die geestelijke bijstand heeft verleend en wie partijen meer verkiezen als getuige op te roepen. Het blijft echter kennis uit de tweede hand. Uiteraard is de rechter (net zo min als de notaris trouwens) geen arts, maar een gesprek ter zitting (of tijdens een descende) had veel kunnen verhelderen.⁶

Ik kan me dus wel voorstellen dat de advocaat in deze casus er voor heeft gekozen de rechter meteen te laten uitzoeken of de testateur nog in staat is zijn wil te bepalen.

De positie van het onterfde kind

De positie van de zoon in de nalatenschap van zijn vader is niet riant. Destijds heeft vader bij testament een ouderlijke boedelverdeling gemaakt als bedoeld in artikel 1167 van het oude BW.⁷

Dat betekent dat na zijn dood alle vermogensbestanddelen automatisch naar moeder gaan (waarbij moeder alle boedelschulden moet betalen als waren het haar eigen schulden) en dat de kinderen zich tevreden moeten stellen met een som gelds wegens onderbedeling, te betalen door moeder, ter grootte van hun versterfportie. In beginsel zou moeder dat geld meteen, handje contantje, moeten betalen.⁸

Daarnaast heeft vader bepaald dat de kinderen dat geld pas kunnen opeisen onder meer op het moment dat, ook moeder het hoofd heeft neergelegd. Deze bepaling maakt uiteraard geen deel uit van de ouderlijke boedelverdeling. Maar de notaris placht daaraan toe te voegen dat deze bepaling is gedaan om te voldoen aan de dringende verplichting van moraal en fatsoen om moeder ook na zijn dood fatsoenlijk verzorgd achter te laten. De meeste kinderen vermijden dan een proces omdat dan

6 Ik teken daarbij aan dat bij een ondercuratelestelling of een andere beschermingsmaatregel hetzelfde probleem geldt dat de rechter geen arts is.

7 Deze gecompliceerde testamentaire constructie verdrong onder het oude recht het vruchtgebruiktestament. Zij had echter (net als thans de zgn. 'wettelijke verdeling' van art. 4:13 BW) het praktische voordeel dat ouder en kinderen na het overlijden van de eerststervende ouder in hoge mate 'van elkaar af waren'. In de verhouding stiefouder-stiefkind geldt dat in het thans geldende erfrecht helaas bepaald niet. Bij een vruchtgebruiktestament kwamen en komen (stief)ouder en kinderen elkaar voorturend binnen een toch al gecompliceerde rechtsverhouding tegen. In de verhouding tussen stiefouder en stiefkind geldt dit helaas bij de wettelijke verdeling van art. 4:13 BW soms nog steeds.

8 Van oudsher is de mogelijkheid erkend dat een verdeling inhoudt dat een deelgenoot alles krijgt en de andere deelgenoot alleen maar een vergoeding van die onderbedeling in geld. Zie Kaser/Wubbe, *Romeins Privaatrecht*, Zwolle 1971, par. 23, 2, p. 117.

de kansen die bepaling met succes aan te tasten onzeker plegen te zijn.⁹ Daar komt nog bij dat de notaris ook nog een bepaling pleegt toe te voegen dat iemand die een bepaling van het testament aantast op zijn legitieme portie wordt teruggeworpen. Dat bevordert de animo te gaan procederen ook niet bepaald.

Deze schulden uit overbedeling zijn gewone, reële schulden die in principe concurreren met alle andere boedelschulden. Daar werd en wordt wel eens anders over gedacht. Ik denk daarbij aan, destijds, de Wet op de Bejaardenoorden.¹⁰ Voor dat de bejaarde voor zijn verblijf in een bejaardenoord een bijdrage uit de publieke kassen ontving moest hij zijn eigen vermogen interen tot een gering bedrag. Daarbij placht door de Bijstand geen rekening gehouden te worden met de schulden uit overbedeling ter zake van de erfenis van de eerststervende die de langstlevende bejaarde op grond van de ouderlijke boedelverdeling aan zijn kinderen had.

Het Hof heeft in deze zaak wél voldoende waarde gehecht aan deze vorderingen. Weliswaar stelt het Hof dat moeder de nalatenschap van haar overleden echtgenoot ‘volledig tot nihil’ kan reduceren, maar bij de bespreking van de vraag of in het gegeven geval de *actio Pauliana* kan worden gegeven, constateert het Hof dat het ‘zuiver saldo’ van de nalatenschap na het doen van schenkingen aan de andere kinderen voldoende is voor de onterfde zoon om te zijner tijd zijn nog niet opeisbare vordering op zijn moeder te verhalen.

Dat ‘tot nihil reduceren’ zou kunnen gebeuren, bijvoorbeeld, doordat moeder, om in het huis te kunnen blijven wonen, meer en meer particuliere professionele hulp inroept om niet van de reguliere thuiszorg afhankelijk te zijn, of zich in een particulier rusthuis laat opnemen, waar nog wel een passabele zorg wordt verleend. Die gevallen doen zich vaak voor, vaker dan de traditionele voorbeelden dat moeder als *lustige Witwe* al haar geld te Knokke vergokt. Wat zich in de praktijk helaas wel voordoet, is dat zij links en rechts geld en goed uitdeelt of voor een luttel bedrag het tafelzilver verkoopt aan langs de deur komende aardige heren die haar daar graag van afhelpen.

In het gegeven geval echter geeft zij de andere kinderen geldsommen, en het onterfde kind niet. Omdat er bij moeder nog genoeg kapitaal overbleef om haar

9 In het thans geldende erfrecht geeft de zogenaamde ‘wettelijke verdeling’ van art. 4:13 BW tussen ouders en kinderen in grote lijnen hetzelfde effect. De niet-opeisbaarheid van de vorderingen wegens onderbedeling is daarbij geregeld.

10 A.J.H. Pleysier, ‘Boedels, bijstand en bejaardenoorden, Nabetrachting bij de vergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap te Maastricht op vrijdag 7 oktober 1988’, *De Notarisklerk* 1249 (1988) p. 313-315.

schulden uit overbedeling (en de rente) per haar sterfdag uit de boedel te betalen heeft het Hof, als gezegd, de claim op grond van de *actio Pauliana* afgewezen.¹¹

Ik teken daarbij nog aan dat, als er per de sterfdag van moeder in de nalatenschap te weinig zou overgebleven zijn om moeders schulden uit de overbedeling te betalen, de andere kinderen, als erfgenaam, gehouden zouden zijn die schuld uit eigen zak aan hun broer te voldoen.

Dit laatste vormt een probleem dat de onterfde zoon óók onder ogen zou moeten zien als hij niet onterfd was. Alleen: als ten sterfdage van moeder er onvoldoende over zou zijn om de vorderingen van de kinderen uit onderbedeling te betalen, zouden zij aan elkaar over en weer uit eigen zak moeten betalen, en dan kun je de vorderingen over en weer wegstrepen. Wat dat betreft is de onterfde zoon, voor zover het de nalatenschap van vader betreft, nog beter af ook: als gezegd is hij geen erfgenaam in de nalatenschap van moeder en kan hij van zijn broeders en zusters, die immers wel erfgenaam in haar nalatenschap zijn, betaling van zijn vordering wegens onderbedeling in vaders nalatenschap eisen.

Gaan wij nu over naar de positie van de onterfde zoon ten opzichte van de toekomstige nalatenschap van zijn moeder. Het eerste dat ons interesseert is uiteraard hoe het komt dat hij op de hoogte is van dat testament. Heeft zijn moeder het hem meegedeeld? Of heeft zij het aan haar andere kinderen verteld, en hebben die het hem doorverteld? Uiteraard is het de taak van de notaris zoveel mogelijk te voorkomen dat op de testatrice pressie wordt uitgeoefend. Dat betekent onder meer dat de kinderen die zo vriendelijk zijn hun moeder naar het notariskantoor te brengen, niet bij het passeren van het testament aanwezig mogen zijn, ook al zou moeder dat zelf wensen.¹² Dat geeft vaak scheve gezichten. Maar zo wordt meteen bevorderd dat het testament voor de kinderen geheim blijft. Derhalve zou het afschrift van de akte naar het adres van de testatrice moeten worden gezonden.

11 In het gegeven geval stond er een forse rente op die vorderingen. In het wettelijk stelsel van art. 4:13 e.v. BW is die rente verwaarloosbaar klein (lid 4).

12 Zie Kamer van Toezicht 3 mei 2011 *LJN* YC0617 geciteerd uit *Notariaat Magazine* 2011, juli/augustus 36.

Rechtsmiddelen die de onterfde zoon ten dienste staan

Opeisen van de legitieme portie

De eerste troost die we de onterfde zoon kunnen bieden is dat hij in ieder geval recht heeft op zijn legitieme portie, in het huidige recht altijd een vordering¹³ in geld ter grootte van de helft van het gedeelte dat hij verkregen zou hebben als hij niet onterfd was (zijn versterfportie). Die kan hij na het overlijden van zijn moeder opeisen. De onterfde zoon moet dan in dit geval zijn actie tot verkrijging van een geldsom ter grootte van zijn legitieme portie instellen tegen zijn broeders en zusters.

Heeft moeder, in het meest extreme geval, haar vermogen opgeteerd zodat als nalatenschap nihil overblijft, heeft de onterfde zoon dus op het eerste gezicht een breukdeel in nihil. Ik teken daarbij al meteen aan dat de versterfportie (en dus de legitieme portie) niet moet worden berekend in de nalatenschap zoals die in feite ten sterfdage eruit ziet, maar dat daarbij, kort gezegd, moeten worden opgeteld de schenkingen die de erfflater daarvoor heeft gedaan.¹⁴ Anders gezegd: de legitieme portie is een breukdeel van de ‘legitimaire massa’.

Vernietiging achteraf van het testament omdat moeder niet in staat was haar wil te bepalen

De onterfde zoon zou natuurlijk ook, zoals menigmaal gebeurt, nadat moeder het hoofd heeft neergelegd aan de rechter kunnen vragen een verklaring voor recht dat moeder ten tijde van het passeren van de akte aan een geestelijke stoornis leed als bedoeld in artikel 3:34 BW.

Wij komen dan uit bij de feitelijke onbekwaamheid van iemand die door een storing van zijn geestvermogens weliswaar feitelijk onbekwaam is maar die niet onder curatele is gesteld. Dan is artikel 3:34 BW van toepassing.^{15/16}

Interessant is in dit verband dat de gebruikelijke uitleg van artikel 3:34 BW uitgaat van de positie van degene die heeft verklaard. Die moet beschermd worden tegen de gevolgen van zijn verklaring. In het onderhavige geval beroept niet de

13 ‘Das Pflichtteil ist ein Geldanspruch’. In het oude recht verkreeg de legitimaris zijn legitieme portie als erfgenaam, en dus *in natura*.

14 Art. 4:67 onder d BW.

15 Asser/De Boer 2006, nrs. 1123 en 1124.

16 Het is maar zeer de vraag of het rechtsvermoeden van de tweede volzin van het eerste lid van artikel 3:34 BW ooit zal intreden. Een verklaring wordt daar vermoed onder invloed van een storing van de geestvermogens te zijn gedaan indien de rechtshandeling voor de geestelijk gestoorde nadelig is. Kan men zeggen dat het nadelig voor een testateur dat een van zijn kinderen niet erft, zeker in het geval dat hij het zelf heeft bepaald?

verklaarder zich op het artikel maar iemand anders, te weten de onterfde zoon, die belang heeft bij de nietigheid van het testament. Kan dit artikel dan wel van toepassing zijn? De MvA II¹⁷ stelt dat de ongeldigheid van de handelingen door een geestelijk gestoorde verricht ter bescherming strekt van diens belangen en een beroep op die ongeldigheid niet ook aan zijn wederpartij dient toe te komen. Alleen: het betreft hier een eenzijdige rechtshandeling. En er is geen wederpartij. Maakt dat verschil?

Perrick¹⁸ zegt zonder enige toelichting dat iedere belanghebbende een beroep kan doen op de nietigheid van een testament. Zo ook de praktijk. Ik heb er nog nooit van gehoord dat tegen een poging het testament achteraf nietig te laten verklaren werd ingebracht dat hier uitsluitend het belang van de testateur in het geding was. Ik ben geneigd Perrick te volgen.

Meteen denk ik daarbij aan de rol van de notaris. Die is, net als de rechter, geen arts, niettemin moet hij beoordelen of de testateur in staat is zijn wil te bepalen. Het feit dat een notaris een testament passeert is een belangrijke aanwijzing ervoor dat de testateur in staat is zijn wil te bepalen. De eindbeslissing daarover echter komt toe aan de rechter, indien die daartoe geroepen wordt. Uiteraard is de taak van de rechter nog zwaarder dan die van de notaris omdat deze, als gezegd, pas eraan te pas komt als de testateur het hoofd heeft neergelegd. Zou de rechter de vraag naar de geestesgesteldheid van de testateur al bij diens leven kunnen beantwoorden (zoals in ons geval wordt bepleit) dan zou dat zijn taak aanzienlijk vergemakkelijken, anders gezegd is de kans dat hij tot een juist oordeel komt aanzienlijk groter.

De consequentie van het rechterlijk oordeel dat een testament is gemaakt door iemand wiens geestesvermogens zijn gestoord is dat het testament geen effect sorteert en derhalve het versterferfrecht weer van toepassing is. Op het eerste gezicht zou dit goed nieuws zijn voor de onterfde zoon omdat zijn breukdeel dan de hele versterfportie, en niet meer de helft daarvan is. Toch kan hier een behoorlijke adder onder het gras zitten. Anders dan onder het oude recht behoeven voor het versterfrecht de schenkingen aan de broeders en zusters gedaan niet te worden ‘ingebracht’, tenzij de testateur dat heeft bepaald, hetgeen in de praktijk zelden of nooit zal voorkomen.¹⁹ Dat betekent dat hij, in plaats van de helft van zijn versterfdeel in de legitimaire massa, zijn versterfdeel in een nalatenschap van nihil zou verkrijgen als moeder (om weer het meest extreme geval te noemen) tijdens haar leven alles heeft

17 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 170.

18 Asser/Perrick 4, 2009 nr. 124 p. 166.

19 Art. 4:229 BW. Zie als voorbeeld van de complicaties die bij inbreng kunnen voorkomen A.J.H. Pleysier, ‘Een nieuwe berekeningsmethode voor de inbreng bij boedelscheiding’, *Groninger Opmerkingen en Mededelingen I* (1984) p. 51-64.

opgemaakt. Een weinig aantrekkelijk vooruitzicht. Hij moet dan toch weer op zijn legitieme portie terugvallen.

Vernietiging van het testament tijdens het leven van moeder omdat zij niet in staat is haar wil te bepalen

Wil de onterfde zoon überhaupt een kans maken, dan moet vaststaan dát de testatrice geestesgestoord is. Daar zijn, naar ik begrijp, tamelijk eenvoudige testjes voor in het meest voorkomende geval, namelijk dat een dementie manifest begint te worden. Die tests zijn uiteraard niet meer uit te voeren als de testateur overleden is. Als gezegd zal de rechter het gemakkelijker hebben dan in het geval dat de testateur al overleden is. Deze constellatie komt in het onderhavige arrest voor. Ik zal deze verderop in het artikel uiteraard nader behandelen.

Moeder onder curatele laten stellen

Men zou op het eerste gezicht ook kunnen denken dat curatele in aanmerking komt om te bereiken dat het testament geen effect sorteert. De curandus kan immers geen testament maken.²⁰ In het gegeven geval zou de curatele niet helpen, alleen al omdat de curatele pas werkt met ingang van de dag waarop zij is uitgesproken.²¹ De overige beschermingsmaatregelen, te weten onderbewindstelling en mentorschap, komen al meteen niet in aanmerking omdat zij het maken van een testament niet uitsluiten.

Dwang of undue influence aantonen

Voor de goede orde noem ik nog de mogelijkheid dat moeder onder invloed van dwang of misbruik van omstandigheden heeft getesteed.²² In het onderhavige geval speelt dat geen rol, althans het is niet in het proces aangevoerd. Het zal voor de notaris niet altijd kenbaar zijn. Als gezegd moet de notaris de familieleden zoveel mogelijk ‘buiten de deur houden’.

20 Art. 1:381 lid 2 en 3 BW. Het maken van een testament is een hoogstpersoonlijke rechtshandeling die de curator niet voor de curandus kan verrichten (Art. 4:42 lid 3 BW). Derhalve valt het maken van een testament niet onder de eerste volzin van art. 381 lid 2, zodat de curandus zelfs met toestemming van de curator geen testament kan maken.

21 Art. 1:381 lid 1 BW.

22 Art. 3:44 BW.

De redenering van het Hof nader bekeken

Van cassatie is mij niets bekend. De onderhavige uitspraak van het Hof zal jurisprudentie vormen en daarmee recht vormen. Dat ontslaat ons niet van de verplichting te bezien of het Hof, met de wet in de hand, tot deze uitspraak had kunnen komen. Ik denk van niet. Mij bekruipt het gevoel dat het Hof eerst een door hem gewenst resultaat heeft vastgesteld, en daarna een juridische redenering erbij heeft gezocht.²³

De redenering van het Hof leunt zwaar op het feit dat volgens de wet een testament pas werkt na de dood van de testateur.²⁴ Het Hof is van oordeel dat de bepaling van de wet in artikel 4:42 BW, dat een uiterste wilsbeschikking een eenzijdige rechtshandeling is waarbij de erflater een beschikking maakt die eerst werkt na zijn overlijden, niet anders is te verstaan dan dat deze rechtshandeling voorafgaande aan het overlijden van de erflater, geen enkele werking heeft. Deze tautologische zinsnede zal ieder moeten beamen. Nietigverklaring van een rechtshandeling die geen werking heeft en nooit zal hebben, lijkt mij inderdaad af te stuiten op het adagium ‘geen belang geen actie’ zoals neergelegd in artikel 3:303 BW. Hier echter hebben wij te maken met een rechtshandeling waarvan wij nog niet weten of die werking zal hebben. Is ook dan het adagium ‘geen belang geen actie’ van toepassing?

Het is, dunkt mij, evident dat de ontferde zoon een groot belang heeft bij het onderuithalen van zijn onterving. Weliswaar heeft hij geen *recht* op zijn deel in de nalatenschap²⁵ doch slechts een verwachting, een *spes*, maar dat neemt zijn belang niet weg.²⁶ Dat de kans bestaat dat moeder zich bedenkt en alsnog de onterving herroept, is op zichzelf wel juist, maar die kans, hoe groot of klein ook, neemt nog steeds niet weg dat de kans bestaat dat de zoon ontferd is en blijft en dat hij dan op het moment van moeders overlijden met lege handen blijft staan, afgezien van de mogelijkheid zich op zijn legitieme te beroepen uiteraard.

Wij komen dan terecht bij de lastige vraag of en zo ja in hoeverre een testamentaire bepaling, zoals een onterving, verschilt van een rechtshandeling onder een

23 Zie daarover Asser-Scholten, *Algemeen Deel*, 3^e druk 1934 p. 11, die deze methode *salonfähig* heeft gemaakt. Het is niet mijn favoriete type van rechtsvinding.

24 Art. 4:42 lid 1 BW.

25 Dat was in meer primitieve rechtssystemen wel anders. Denk aan de gelijkenis van de verloren zoon in Lucas 15:11-32, waar de jongste zoon van zijn vader ‘mijn deel’ opeist, en het nog krijgt ook. *Familia* betekende bij de Romeinen oorspronkelijk: familievermogen. Een oude naam voor de actie tot verdeling der nalatenschap was *actio familiae erciscundae*. Voor het voorklassieke Romeinse recht zie Kaser/Wubbe, *Romeins Privaatrecht*, Zwolle 1971, par. 65 II ‘Geschiedenis’. Voor het Germaanse recht zie De Blécourt/Fischer, *Kort Begrip*, 6^e druk, Groningen 1950, nr. 71 e.v. Dat onder het oude recht de legitimaris als erfgenaam verkreeg – en dus *in natura* – komt via de Code civil uit de Germaansgerechtelijke koker.

26 Wij moeten ons als juristen niet zonder dringende redenen verwijderen van het normale spraakgebruik.

opschortende termijn en een ontbindende voorwaarde. Zulk een rechtshandeling zal op het eerste gezicht kunnen worden aangetast op grond van het feit dat degene die de handelingen verrichtte, niet in staat was zijn wil te bepalen was.

Wat van die verschillen zij, het is niet onmiddellijk duidelijk waarom die verschillen relevant zouden zijn voor de vraag of de onderfde zoon belang heeft bij een verklaring door de rechter dat de testatrice niet in staat is zijn wil te bepalen was. Me dunkt dat weinig juristen en heel weinig niet-juristen begrip zullen opbrengen voor het standpunt van het Hof dat er geen belang in het spel is.²⁷

Historisch geïnteresseerden zouden nog aan een ander bezwaar tegen de claim van de zoon kunnen denken, waar het Hof niet over rept. Niet de regel 'geen belang geen actie' zou de zoon moeten worden tegengeworpen, maar de regel '*ubi ius ibi remedium*', 'waar een recht is, is een actie'. Heeft iemand een hem door de wetgever toegekend recht, dan behoort hem ook een rechtsmiddel gegeven te worden. Deze regel vindt echter geen neerslag in het BW. Van deze regel, die wij in het naklassieke Romeinse recht kunnen ontwaren kan men zeggen dat zij de tegenhanger vormt van de in het klassieke Romeinse recht te ontwaren gedachte dat iemand alleen maar een recht heeft als hem een actie gegeven is '*actio* (of: *remedium*) *ibi ius*'.²⁸ Voor het naklassieke recht valt wellicht te verdedigen dat de regel 'waar een recht is, is een actie' a contrario zou betekenen dat het onmogelijk is dat iemand een actie heeft, ook al heeft hij geen recht, zoals in het gegeven geval waarin de zoon geen recht, maar wel een belang heeft.²⁹ Alleen: wij leven niet meer onder het klassieke Romeinse recht. Ik laat daarbij nog maar daar dat een a contrario redenering altijd gevaarlijk is.

27 Art. 3:303 BW. De rechter dient terughoudend te zijn met het afwijzen van een vordering op de grond dat er niet voldoende belang bestaat (HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 118). Zuiver emotionele belangen zijn niet voldoende (Hof Amsterdam 18 november 1999, *Prg.* 2001, 5742). Het meest in de buurt van het Hof komt nog HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 377 waarin als gerechtvaardigd belang werd afgewezen dat een veroordeling niet alleen genoegdoening zou geven, maar ook de weg zou openen om een vordering tot schadevergoeding in te stellen.

28 Voor de Romeinen gold in het klassieke recht dat hij alleen maar in zijn belangen beschermd werd als de praetor hem rechtsingang gaf. In de bronnen komen beide adagia niet voor, zie A.J.M. Kunst, *Historische ontwikkeling van het recht*, Zwolle 1968, p. 4 nt. 3.

29 Zo ook in principe het Zuid-Afrikaanse recht. Toch heeft reeds Justinianus voor het fidei-commis in Codex 6,43,1 aan de verwachter de revindicatie gegeven. Zie J.C. Sonnekus en A.J.H. Pleysier, 'Eiendomsverwerwing of -verlies onder 'n tydsbepaling of 'n voorwaarde en die privaatrechtelijke implicaties vir onteining', *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 2011-3, p. 428.

Is het gewenst bij leven van de testateur een testament aan te tasten op grond van een geestelijke stoornis?

In het bovenstaande ben ik tot de conclusie gekomen dat het, wanneer wij de wet toepassen op de casus, mogelijk is bij leven van de testateur een testament aan te tasten op grond van een geestelijke stoornis. De vraag rijst dan – en eerst dan – of dat resultaat gewenst is. Het is aan de ene kant een heel ding wanneer een kind zijn ouder laat beoordelen op zijn geestelijke vermogens. De sfeer in de familie zal er daardoor niet op vooruitgaan, maar we mogen aannemen dat die in het gegeven geval toch al niet best was. Dat klemmt te meer in een geval dat de testateur helder van geest is en om een invoelbare reden een kind heeft ontferfd. Wederom: laat een testament geheim blijven, ook en vooral voor de kinderen.

Vergeten wij daarbij niet dat het in de praktijk vaak voorkomt dat kinderen hun ouder onder een beschermingsmaatregel laten plaatsen, en dan zien we meestal dat de ouder dat als uiterst onaangenaam ervaart. Toch doen wij dat.

Daartegenover staat het voordeel dat de rechter niet pas achteraf hoeft te oordelen of de testateur zijn geestelijke vermogens nog had. Al met al neig ik ertoe de voordelen belangrijker te achten dan de nadelen.

Toewijding

Als je zoveel jaren een zo veelzijdig mens als Ankie hebt mogen kennen, borrelen bij het schrijven van een blijk van vriendschap en bewondering allerlei herinneringen van de meest aangename aard op. Laat ik bij de Faculteit mogen blijven: al die commissies waarin ik samen met Ankie mocht zitten, eerst en vooral die allernuttigste Commissie Bijzondere Toelatingen, die over het Colloquium Doctum ging.

In meer recente tijden herinner ik mij haar voortdurende belangstelling, ook als lid van de Eerste Kamer, voor het wel en wee van het Notariaat. Het was altijd een vreugdevol weerzien op de jaarvergaderingen van de KNB die zij als genodigde frequent bezoekt.

Die herinneringen zetten ertoe aan een zo mooi mogelijk cadeautje aan haar aan te bieden, maar daarbij dreigt het gevaar dat ik iemand die van kersen houdt aardbeien ga aanbieden, omdat ik zo van aardbeien houd, of omgekeerd. Aan de andere kant moet dat cadeautje, wil het iets persoonlijks hebben, ook iets van mijn manier van werken met het recht laten zien.

De casus van dit arrest zou, dunkt mij, in het Moot Court heel goed gebruikt kunnen worden. Het zou ook in het eerste jaar (waar Ankie en ik vroeger allebei werkten) bij Inleiding een zo niet mooi dan toch instructief voorbeeld kunnen zijn voor rechtsvorming door jurisprudentie.

Ik hoop dat Ankie met enig genoegen deze bijdrage mag lezen.

E.J. van Praag ■

Broekers-Knol is niet alleen een zeer verdienstelijk politica en de directeur van Moort Court, maar ook en vooral jurist en civilist. Als lid van de Eerste Kamer heeft zij bijzondere aandacht voor de duidelijkheid en werkbaarheid van wetsvoorstellen. Waar de regering volstaat met het louter verbieden van ongewenst geachte gedragingen, stelt Broekers-Knol de vraag naar de (civielrechtelijke) gevolgen indien deze gedragingen toch plaatsvinden. Een mooi voorbeeld hiervan betreft de Richtlijn inzake kredietovereenkomsten voor consumenten (hierna: de Richtlijn).¹ De Nederlandse wetgever heeft de Richtlijn geïmplementeerd in een nieuwe titel 2A in boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en in de Wet op het financieel toezicht (Wft).² Broekers-Knol heeft in de Eerste Kamer opheldering gevraagd over een aantal civielrechtelijke complicaties van de Richtlijn. Zo biedt de Richtlijn consumenten de mogelijkheid kredietovereenkomsten binnen twee weken te herroepen. Echter, de consument gaat een krediet doorgaans aan met de bedoeling dit te besteden, bijvoorbeeld aan een auto. Wanneer de consument de kredietovereenkomst herroept is het geld dus al uitgegeven aan de auto. Indien de consument niet gelijktijdig onder de koopovereenkomst van de auto uitkan, is hij niet in staat het herroepen krediet terug te betalen. De consument loopt dan tegen een drempel aan bij de uitoefening van zijn herroepingsrecht. Daarom bestond onzekerheid over de gevolgen van een herroeping van de kredietovereenkomst voor de koopovereenkomst voor de auto en over de allocatie van het risico dat de auto inmiddels in waarde is gedaald. Broekers-Knol heeft de minister verzocht duidelijkheid hierover te verschaffen. De minister antwoordde onder verwijzing naar de arresten van de Hoge Raad van 27 januari 1998 en 14 januari 2000 dat indien sprake is van één *commerciële eenheid* tussen de kredietovereenkomst en de koopovereenkomst van de auto, de consument dan inderdaad ook de

■ Emanuel van Praag is advocaat in Amsterdam en oud studentassistent van Broekers-Knol.

1 Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/120/EEG van de Raad.

2 Het gaat hier om wetsvoorstel 32 339, welk wetsvoorstel per 17 mei 2011 door de Eerste Kamer is aangenomen en per 11 juni 2011 in werking is getreden.

koopovereenkomst kan herroepen.^{3/4} Hierover is dus enige helderheid ontstaan.⁵ De status van de koopovereenkomst is ook van belang bij de afwikkeling van oneffenheden die zich bij de kredietverlening hebben voorgedaan. Ook in die gevallen is het niet eenvoudig de kredietnemer in de positie te brengen alsof deze oneffenheden bij de kredietverlening niet zouden hebben plaatsgevonden. De nadere invulling van de Richtlijn vereist op dit punt creativiteit. Onderhavige vriendenbundel is een mooie gelegenheid om hiervoor een aftrap te doen. De vraag die in deze bijdrage centraal staat is: welke civielrechtelijke gevolgen kunnen worden verbonden aan het feit dat de kredietgever heeft gehandeld in strijd met de Richtlijn?

De Richtlijn

De Richtlijn beoogt de werking van de interne markt voor consumentenkrediet te optimaliseren. De gedachte van de Uniewetgever is enerzijds dat consumenten het niet zouden aandurven over de grenzen kredieten af te sluiten, omdat zij er niet op vertrouwen adequaat te worden beschermd. Anderzijds zouden kredietgevers wanneer zij in verschillende lidstaten opereren, problemen ondervinden van de verschillen tussen de regels van deze lidstaten. Om deze problemen te adresseren voorziet de Richtlijn in een geüniformeerd, dat wil zeggen in de gehele Unie gelijk, hoog niveau van consumentenbescherming. De voor deze bijdrage relevante aspecten van deze bescherming zijn:

1. De Richtlijn stelt gedetailleerde regels ten aanzien van de informatie die de kredietgever moet verstrekken. Deze regels hebben zowel betrekking op informa-

3 *Kamerstukken I* 2010/11, 32 339, nr. C, p. 4. Hoge Raad 23 januari 1998, *NJ* 1999, 97 rov. 3.4.2 en Hoge Raad 14 januari 2000 *NJ* 2000, 307 rov. 3.3. Zie over deze arresten tevens de noot van M.W. Scheltema bij Gerechtshof Arnhem 5 juni 2007, *JA* 2007, 127.

4 De vraag wat de gevolgen zijn van een vernietigde kredietovereenkomst voor de hierop voortbouwende overeenkomst is ook onderwerp van discussie bij Rechtbank Utrecht 8 december 2010, *LJN* BO6854 rov. 5.37. Partijen zullen zich bij akte hierover mogen uitlaten. Het is interessant te zien wat de rechtbank Utrecht hierover zal besluiten.

5 Ik merk terzijde op dat de term commerciële eenheid afkomstig is uit de definitie van gelieerde overeenkomst van artikel 3 sub n van de Richtlijn, niet uit voornoemde arresten van de Hoge Raad. Deze definitie keert alleen terug in artikel 15 van de Richtlijn. Dit artikel 15 heeft geen betrekking op de gevolgen van een herroeping (of vernietiging) van een kredietovereenkomst op gelieerde overeenkomsten. Dit probleem is juist niet geregeld in de Richtlijn. Omdat het lidstaten vrijstaat zelf de gevolgen van herroeping van een kredietovereenkomst te regelen, is de nationale wetgever of rechter dus ook niet gebonden aan de definitie van gelieerde overeenkomsten in de Richtlijn. Rechter kunnen dus gewoon aansluiten bij de definitie van verbonden overeenkomsten in de arresten van de Hoge Raad. In tegenstelling tot wat de minister lijkt te beweren (*Kamerstukken I* 2010/11, 32 339, nr. E, p. 2) dwingt het arrest van het Hof van Justitie van de EG 25 oktober 2004 (*NJ* 2006, 279) niet tot een andere conclusie. Complete lezing van dit arrest maakt dit duidelijk.

tie die voor het sluiten van de kredietovereenkomst -reclame en precontractuele informatie- wordt verstrekt, als op informatie die in de kredietovereenkomst zelf of gedurende de looptijd van de overeenkomst wordt verstrekt.

2. De Richtlijn draagt kredietgevers op de kredietwaardigheid van potentiële kredietnemers te beoordelen.

Voornoemde verplichtingen rusten in ieder geval op de kredietgever, maar onder omstandigheden ook op de kredietbemiddelaar. Dit verschil speelt in deze bijdrage geen rol.

De gevolgen

Zo uitvoerig als de Richtlijn is over de normen waaraan kredietgevers moeten voldoen, zo beknopt is de Richtlijn over de gevolgen van schendingen van deze verplichtingen. Artikel 23 dat hierover gaat luidt:

‘De lidstaten stellen de regels vast inzake de sancties die gelden voor inbreuken op de ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen, en nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat deze sancties worden toegepast. De sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.’

Het is zeer gebruikelijk dat Europese richtlijnen de gevolgen van schendingen van de normen open laten. Ook de MiFiD⁶ respectievelijk de Richtlijn OHP⁷ regelen tot in de detail hoe met beleggers respectievelijk consumenten moet worden omgegaan, maar zwijgen in alle talen over de gevolgen die moeten worden verbonden aan schending van deze regels.⁸ De inbedding van de Richtlijn in het nationale recht wordt volledig aan de nationale wetgever overgelaten.

Schending van precontractuele informatieverplichtingen

De Richtlijn verplicht kredietgevers uitvoerige informatie op te nemen in precontractuele documenten en reclameuitingen. In artikel 7:59 lid 1 en 2 BW kwalificeert

6 Richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten.

7 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt.

8 Zie ten aanzien van de MiFiD: M. Tison, ‘De civielrechtelijke dimensie van MiFiD in rechtsvergelijkend perspectief’, *Ondernemingsrecht* 2010, p. 303-313. Zie ten aanzien van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken: R.W. de Vrey, ‘Vermogensrechtelijke gevolgen van oneerlijke handelspraktijken’, *VrA* 2006, p. 51-71.

de Nederlandse wetgever een eventueel verzuim de vereiste informatie in reclames voor kredietovereenkomsten op te nemen als een oneerlijke handelspraktijk in de zin van artikel 6:193b BW. Artikel 7:60 lid 3 BW bepaalt hetzelfde ten aanzien van precontractuele informatie. Verzuimt een kredietgever de vereiste informatie in deze commerciële communicatie op te nemen, dan is dit automatisch een oneerlijke handelspraktijk en daarmee onrechtmatig. De oneerlijke handelspraktijk is een subcategorie van de onrechtmatige daad en maakt nadrukkelijk geen onderdeel uit van het dwalingsleerstuk. Dit betekent, dat wil een kredietnemer schadevergoeding bekomen, deze niet alleen zal moeten aantonen dat onrechtmatig is gehandeld, maar eveneens dat hij hierdoor schade heeft geleden. Dit lijkt mij niet altijd eenvoudig. Het is namelijk zeer de vraag welke (financiële) schade de kredietnemer door het krediet heeft geleden. Mijns inziens zal de claimende kredietnemer moeten aantonen dat hij indien hij juist was geïnformeerd in betere financiële doen was komen te verkeren doordat hij hetzij een keuze voor een ander *beter* krediet zou hebben gemaakt hetzij in het geheel van het krediet zou hebben afgezien.

Indien geen krediet op betere voorwaarden op de markt te verkrijgen was, kan de consument niet aantonen dat hij voor een *beter* krediet zou hebben gekozen.⁹ De stelling dat de consument voor een ander *beter* krediet zou hebben gekozen, heeft dus alleen kans van slagen tegen kredietgevers die niet marktconforme voorwaarden hanteren. Honorering van deze stelling heeft dan tot gevolg dat het krediet alsnog marktconform zal worden gemaakt. De schade bestaat immers uit het verschil tussen het daadwerkelijk afgesloten krediet en een marktconform krediet waarvoor een wel adequaat geïnformeerde consument zou hebben gekozen.

De andere stelling is dat de consument weliswaar geen krediet op betere voorwaarden had kunnen verkrijgen, maar dat hij indien hij juist was voorgelicht, volledig van het krediet zou hebben afgezien. Het volgende geval dringt zich hierbij op. Een consument leent € 40.000,- om zijn huis te verbouwen. De consument zal dit in 10 jaar aflossen. De effectieve rente op jaarbasis is 6,0%. De consument betaalt derhalve € 441,- per maand. Dit klinkt allemaal zeer bescheiden. Wat weinig consumenten zich zullen realiseren is dat zij aan het eind van deze periode van 10 jaar in totaal € 52.920,- zullen hebben betaald voor een lening van € 40.000,-. Artikel 10 sub g van de Richtlijn schrijft daarom voor de consument te informeren over het totaal te betalen bedrag. Verzuimt een kredietgever deze informatie te verstrekken, dan kan de consument zeer wel na afloop beweren dat hij, indien juist geïnformeerd, geheel van de lening zou hebben afgezien. De schade bij een onrechtmatige daad is het verschil tussen de situatie dat de onrechtmatige daad niet heeft plaatsgevonden

9 Zie voor een voorbeeld waarbij de rechtbank tot de conclusie komt dat dit andere, betere, krediet niet bestond Rechtbank Utrecht 6 april 2011, *LJN* BP9469 rov. 4.12.

en de daadwerkelijke situatie. De consument moet dan in de situatie worden gebracht alsof hij het krediet nooit zou hebben afgesloten. Dit zal in beginsel betekenen dat het krediet wordt afgelost en eventuele rente en kosten worden terugbetaald. Echter, de consument heeft wel gedurende een periode over het geld kunnen beschikken. Dit voordeel moet ingevolge artikel 6:100 BW van de schade worden afgetrokken.

Normaliter zal de consument echter het krediet niet kunnen aflossen, omdat hij dit krediet juist nodig had om in een behoefte te voorzien, in het voorbeeld de verbouwing van zijn huis. Wanneer de consument om het krediet af te lossen een ander krediet moet afsluiten, raakt hij van de regen in de drup. Verkoop van het met het krediet gekochte om het krediet af te lossen biedt alleen een oplossing, indien het krediet is gebruikt om waardeveraste en courante goederen te kopen. De meeste goederen zijn echter niet waardevast en courant. Een auto verliest aan waarde en een verbouwing kan niet worden verkocht. Behalve wanneer het krediet is verleend ten bate van een specifieke uitgave en hiermee een commerciële eenheid vormt, is het niet redelijk dit waardeverlies of de gevolgen van het feit dat de aankoop niet courant is voor rekening van de kredietverstrekker te laten komen. Dit zijn namelijk directe gevolgen van de door de consument gekozen bestemming voor het krediet. De kredietgever heeft in ieder geval bij een louter consumptief krediet niet de plicht zich van deze bestemming te vergewissen en is dus ook niet verantwoordelijk voor deze keuze van de consument.¹⁰ De schade van de consument zal dus op een andere wijze moeten worden begroot dan door vergelijking met een hypothetische situatie. De vaststelling van een adequate schadevergoeding vereist maatwerk, waarbij de rechter de schade op grond van zijn bevoegdheid van artikel 6:97 BW schat en een gedeelte van de schade op grond van eigen schuld (artikel 6:101 BW) bij de kredietnemer plaatst. De rechter zou kunnen beredeneren dat de kredietnemer wist dat hij geld leende en dus terug zou moeten betalen en dat hij tevens wist dat hij een zekere rente zou moeten betalen.¹¹ Deze posten zijn dan ook niet veroorzaakt door de inadequate informatieverstrekking door de kredietgever, maar door de eigen schuld van de kredietnemer die van het bestaan van deze posten op de hoogte mag worden geacht te zijn. Het is slechts de omvang van de totale terugbetalingsverplichting die de consument verraste, dat hij in totaal € 52.000,- zou moeten betalen voor een lening van € 40.000,-. Een normale consument zou kunnen verwachten dat hij in totaal slechts € 45.000,- zou betalen. De rechter zou de schade kunnen begroten door de verwachte totale kosten te vergelijken met de werkelijke totale kosten. Vervolgens

10 Zie ook Rechtbank Amsterdam 13 augustus 2008, *JOR* 2008, 277 rov. 4.10; Rechtbank Rotterdam 17 november 2010, *LJN* BO5099 rov. 4.4.

11 Zie in zelfde zin Gerechtshof Amsterdam 25 maart 2008, *LJN* BC9237 rov. 4.15 en Rechtbank Arnhem 26 mei 2010, *LJN* BM8407.

zou de rechter de rente enigszins kunnen terugbrengen om de verwachtingskloof van de consument die is ontstaan door de slechte informatievoorziening te dichten.

De wetgever verbindt in de memorie van toelichting echter nog een tweede rechtsgevolg aan gebrekkige informatievoorziening in de precontractuele fase:¹²

‘Als de consument met de kredietgever in zee gaat omdat zijn voorwaarden en tarieven het voordeligst uitkomen, dan is die kredietgever in beginsel gebonden aan de informatie die hij in de precontractuele informatie voor de kredietovereenkomst hieromtrent aan de consument heeft gegeven.

Dit betekent volgens de minister echter niet dat de precontractuele informatie dient te worden gezien als een aanbod voor een kredietovereenkomst, dat door de consument kan worden aanvaard. De consument zal volgens de minister eerst een aanvraag voor een krediet indienen bij een kredietgever. Indien de kredietgever de aanvraag afwijst en een ander aanbod doet, waarop andere precontractuele informatie van toepassing is, vervangt deze nieuwe precontractuele informatie de eerdere precontractuele informatie. Doet hij dit niet, dan zal hij moeten contracteren in overeenstemming met de gepubliceerde precontractuele informatie. Mocht de kredietgever de consument dus een definitieve kredietovereenkomst ter ondertekening opsturen die afwijkt van de precontractuele informatie zonder erop te wijzen dat van de eerdere precontractuele informatie afwijkende voorwaarden van toepassing zijn, dan zijn afwijkende bepalingen in deze kredietovereenkomst ongeldig. Dit zal er dus toe leiden dat ongunstige voorwaarden die in de kredietovereenkomst worden ‘meegesmokkeld’, zullen worden omgezet in gunstiger voorwaarden conform de precontractuele informatie.

Schending van contractuele informatieverplichtingen

Ook in de kredietovereenkomst zelf moet een waslijst aan informatie worden opgenomen. In geval van schending van deze contractuele informatieverplichtingen wordt de kredietnemer in de memorie van toelichting een uitgebreid menu aan mogelijk in te stellen rechtsovereenkomsten voorgehouden.¹³

‘De consument kan in geval van niet-nakoming van een informatieverplichting dus kiezen tussen 1) vernietiging van de overeenkomst, 2) schadevergoeding – met instandhouding van de overeenkomst – wegens een tekortkoming in de zin van artikel 6:74 BW, of 3) gehele

¹² *Kamerstukken II* 2009/10, 32 339, nr. 3, p. 17.

¹³ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 339, nr. 3, p. 20.

of gedeeltelijke ontbinding wegens een tekortkoming in de zin van artikel 6:265 BW, eventueel met schadevergoeding.’

Wederom doen hierbij de eerder beschreven complicaties opgeld. Vernietiging of ontbinding van de overeenkomst leidt tot een terugbetalingverbintenis van het geleende geld. Deze terugbetalingverbintenis is problematisch, omdat kredietnemers juist niet over dit geld beschikken. Er valt te betogen dat een succesvolle vernietiging of ontbinding van de kredietovereenkomst ook gevolgen heeft voor de overeenkomst waarvoor het krediet is aangewend, dat deze hetzelfde lot treft als de kredietovereenkomst. Naar mijn mening zal deze mogelijkheid net als bij herroeping alleen toepassing kunnen vinden, indien de kredietovereenkomst en de aanwending van het krediet één commerciële eenheid uitmaken. Verder leiden vernietiging en ontbinding tot het rechtsgevolg dat de betaalde rente onverschuldigd is betaald, althans dat een terugbetalingverbintenis voor deze rente ontstaat. Dit zou weer betekenen dat een kredietnemer enkele jaren gratis geld zou kunnen lenen. Mijns inziens zou toepassing van artikel 6:272 BW of artikel 6:278 BW ertoe moeten leiden dat de rente alsnog verschuldigd blijft althans niet hoeft te worden terugbetaald. Bovendien meen ik dat een vaak betrekkelijke geringe fout bij de informatievoorziening niet tot een dermate zwaar rechtsgevolg als ontbinding of vernietiging zou moeten kunnen leiden.¹⁴ De enige vruchtbare mogelijkheid om schending van contractuele informatieverplichtingen te adressen lijkt mij de tweede door de minister geopperde mogelijkheid, namelijk schadevergoeding. Deze schadevergoeding zal volgens dezelfde lijnen als schending van precontractuele informatieverplichtingen worden afgewikkeld.

Gevolgen van overkreditering

De kredietgever moet ook waken tegen overkreditering van de consument, dat de consument dus niet meer krediet op zich laadt dan hij financieel kan dragen. De Richtlijn vereist slechts dat de kredietgever de financiële situatie van de consument onderzoekt, maar schrijft niet voor wat de kredietgever met de verkregen wetenschap zou moeten doen. Uitsluitend de nationale wetgever heeft in artikel 4:34 lid 2 Wft bepaald, dat de kredietgever indien de uitkomst van het onderzoek hiertoe aanleiding geeft het krediet moet weigeren.¹⁵ Gezien de letterlijke tekst van artikel 4:34 lid 2

¹⁴ Vgl. artikel 6:265 BW dat dit ten aanzien van ontbinding in het algemeen bepaalt.

¹⁵ Terzijde merk ik op dat dit verbod op overkreditering geldt voor alle kredietverlening aan consumenten, ook voor de typen consumentenkrediet die van de werking van de Richtlijn zijn uitgesloten, zoals een lening versterkt met een hypotheek op onroerend goed.

Wft is hier dus sprake van een weigeringsplicht.¹⁶ Opnieuw doemt de vraag op tot welk gevolg schending van deze norm dient te leiden.

Pleitbaar is dat dit geen enkel gevolg heeft in de relatie tussen consument en kredietgever. Door de norm van overkreditering uitsluitend in de Wft op te nemen en niet in het BW, zou de wetgever tot uitdrukking hebben gebracht dat aan deze norm geen privaatrechtelijke consequenties moeten worden verbonden. Dit lijkt mij echter te kort door de bocht, aangezien de normen van de Wft wel degelijk zijn opgesteld ter bescherming van de consument.¹⁷

Het andere uiterste is dat de kredietovereenkomst nietig is. Ook dit lijkt mij te ver gaan. Ten eerste leidt strijdigheid van een overeenkomst met de Wft op zichzelf niet tot nietigheid. Dit is expliciet bepaald in artikel 1:23 Wft en herhaaldelijk aangenomen door rechters.¹⁸ Ten tweede zal nietigheid de consument doorgaans weinig soelaas bieden, omdat hij het krediet dan per direct moet terugbetalen. In het bijzonder de overgekrediteerde consument zal hiertoe doorgaans niet in staat zijn.

Ook overkreditering zal zich dus via de band van de onrechtmatige daad oplossen. De consument moet dan in de hypothetische situatie worden gebracht alsof het krediet nooit was afgesloten. Wederom doet zich dan het probleem voor dat de consument het krediet meestal niet kan terugbetalen en wederom is dan de vraag wat dient te geschieden met de waardedaling van het goed dat met het krediet is gekocht. De rechter zal de schade op grond van zijn bevoegdheid van artikel 6:97 BW moeten schatten en een gedeelte van de schade op grond van eigen schuld (artikel 6:101 BW) bij de kredietnemer plaatsen. Hierbij ligt de volgende werkwijze voor de hand. De rechter past de overeenkomst zo aan dat deze voor de consument wel dragelijk is.¹⁹ De maandlasten worden dus binnen de grenzen van de regels voor overkreditering gebracht. Eventueel gebeurt dit met terugwerkende kracht indien de rechter oordeelt dat de consument in het verleden rente heeft betaald die zijn draagkracht te boven ging. Anderzijds heeft de consument ook een voordeel genoten door de overkreditering – bijvoorbeeld een verbouwing van zijn huis of het genot van een mooie flatscreen tv - dat in beginsel voor voordeelstoerekening conform artikel 6:100

16 Anders Rechtbank Dordrecht 23 juni 2010, *LJN* BM9737 rov. 4.6. waarin de rechtbank aanname van een weigeringsplicht in strijd acht met de contractsvrijheid.

17 Vgl. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708, nr. 19, p. 393.

18 Zie met betrekking tot kredietovereenkomsten Rechtbank Dordrecht 3 maart 2005, *LJN* AT3410, Rechtbank Arnhem 18 juni 2007, *LJN* BB1643. Anders Gerechtshof Arnhem, 5 juni 2007, *LJN* BA8409 rov. 4.8. Zie met betrekking tot de werking van 1:23 Wft in het algemeen de conclusie van Advocaat Generaal Timmerman bij Hoge Raad 8 oktober 2010, *JOR* 2010, 345 en de noot van C.M. Grundmann-van de Krol hierbij.

19 Zie voor een voorbeeld hiervan Geschillencommissie KiFiD 1 april 2011, 2011 nr. 68, *JOR* 2011, 222 m. nt. F.M.A. 't Hart.

BW in aanmerking komt. Probleem is echter weer dat indien de consument dit voordeel moet betalen, hij alsnog door de poten van zijn financiële draagkracht zakt.

In de literatuur wordt daarom wel aangenomen dat de kredietnemer geen of een beperkte terugbetalingsplicht heeft. In het geval dat de kredietgever bij de kredietnemer het krediet opvordert terwijl sprake is van overkreditering, stelt Bakkerus – in het kader van het beroep van de kredietgever op artikel 6:101 BW – dat de kredietgever het nadeel *geheel* moet dragen, want: ‘De strekking van de bevoogdingsplicht, armoedebestrijding, zou geweld worden aangedaan, als de schade deels voor rekening van de kredietnemer blijft.’^{20/21} Naar mijn mening is dit niet juist. De primaire verantwoordelijkheid om overkreditering te voorkomen ligt bij de kredietnemer die daarom in beginsel een grote eigen schuld zal hebben. De kredietnemer weet immers hoeveel hij per maand zal moeten betalen en heeft zelf het beste inzicht in zijn financiële draagkracht.²² Bovendien mag van een kredietnemer worden verwacht dat deze zich realiseert dat de hoofdsom zal moeten worden terugbetaald en dat hij rente verschuldigd zal zijn.²³ Deze aspecten van de kredietovereenkomst zijn ook voor de niet deskundige consument eenvoudig te doorgronden. Ik zie pas reden om hiervan af te wijken, dus een kleine eigen schuld aan te nemen, in geval van ingewikkeldere kredietconstructies met bijvoorbeeld een variabele rente of een beleggingscomponent.²⁴

Het probleem dat de kredietnemer wanneer hij het voordeel moet terugbetalen alsnog in zware financiële problemen geraakt, kan worden opgelost door weliswaar de maandelijkse maandlasten naar beneden bij te stellen, maar de totale duur van de overeenkomst te verlengen. Naar gelang de rechter meent dat de consument een grotere eigen schuld heeft aan de overkreditering en dat het verkregen voordeel hem valt toe te rekenen verlengt deze de duur van de kredietovereenkomst. De consument betaalt dan minder per maand en kan zijn maandlasten derhalve dragen, maar betaalt wel over een langere periode zodat hij niet ongerechtvaardigd wordt bevoordeeld.

20 S.O.H. Bakkerus, *Bancaire aansprakelijkheid: de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de bank jegens de (aspirant-)kredietnemer en jegens medeschuldeisers voor vermogensschade, in het bijzonder wegens de schending van het ongeschreven recht* (diss. Nijmegen), Serie Onderzoekcentrum Onderneming & Recht deel 19, Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 98.

21 Zie in zelfde zin: I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Aansprakelijkheid van Banken*, Zwolle: Tjeenk Willink 1987, p. 19-20.

22 Zie in zelfde zin Gerechtshof Arnhem 25 maart 2008, *LJN* BC 9237.

23 Zie in zelfde zin Gerechtshof Arnhem 25 maart 2008, *LJN* BC 9237.

24 Voorbeelden van ingewikkelde financieringsconstructies waarin de rechtbank naar mijn mening terecht van een eigen schuld percentage van 40% uitging betreffen Rechtbank Den Bosch, 14 april 2010, *LJN* BM0878 en Rechtbank Den Bosch 14 januari 2010, *LJN* BK9286. Een ander voorbeeld betreft Geschillencommissie KiFiD 29 december 2010, 2010 nr. 216, waarin een zeer jeugdige consument garant staat voor een lening van zijn moeder.

Een andere mogelijkheid is dat de consument een gedeelte van de restschuld, die resteert naar verkoop van het op krediet gekochte goed, wordt kwijtschelden.²⁵

Belangrijk is tot slot om op te merken dat een geval van overkreditering, niet altijd tot voor vergoeding in aanmerking komende schade leidt. De consument die er na de overkreditering aanzienlijk op in inkomen vooruit gaat, is weliswaar formeel overgekrediteerd, maar leidt geen schade waartegen de norm van art. 4:34 Wft beoogt te beschermen.²⁶ Ook de consument die al in financiële problemen verkeerde, zal bij oversluiting van zijn krediet weliswaar formeel kunnen zijn overgekrediteerd maar heeft door deze oversluiting geen schade geleden.²⁷

Met deze bijdrage heb ik een voorschot genomen op een debat dat zich voor de rechtbank zal afspelen, misschien wel de rechtbank van Moot Court Leiden, die dan misschien wel onder voorzitterschap zal staan van Broekers-Knol. Ik bied me bij deze aan om dan in deze rechtbank zitting te nemen.

25 Zie nader de noot van F.M.A. 't Hart bij Geschillencommissie KiFiD 1 april 2011, 2011 nr. 68, *JOR* 2011, 222.

26 Vgl. Hoge Raad 4 december 2009, *NJ* 2010, 67, *LJN* BJ7320 rov. 3.7.

27 Zie Geschillencommissie KiFiD 22 oktober 2009, 2009 nr. 93 en Rechtbank Utrecht 8 april 2011, *LJN* BP9469 rov. 4.12.

E.C.C. Punselie ■

Intro

Een van de eerste wetsvoorstellen die door Ankie Broekers-Knol in de Eerste Kamer is behandeld was de Wet conflictenrecht afstamming (Wca). Het voorstel werd op 8 juli 1999 aan de Tweede Kamer aangeboden, alwaar het op 1 november 2001 zonder beraadslaging en stemming werd aangenomen. In de Eerste Kamer wordt het wetsvoorstel nog wel plenair behandeld, doch Ankie Broekers-Knol is het enige Kamerlid dat het woord voerde, waarna het voorstel ook in deze Kamer zonder stemming werd aangenomen. De laatste dagen van de wet zijn echter geteld. Op 17 mei 2011 is het wetsvoorstel Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 (32 137) door de Eerste Kamer aanvaard. De conflictenrechtelijke regels ten aanzien van de afstamming zijn in Boek 10 opgenomen in de artikelen 92 tot en met 102. De nieuwe wet treedt met ingang van 1 januari 2012 in werking.

In deze bijdrage wil ik graag ingaan op een aspect dat bij de totstandkoming van de Wca geen rol van betekenis speelde, doch heden ten dage zeer actueel geworden is,¹ namelijk de regels die betrekking hebben draagmoederschap. Ik zal mij daarbij beperken tot het evalueren van de regels zoals neergelegd in de Wca. Ik zal niet ingaan op de situatie waar draagmoederschap gevolgd wordt door adoptie. In die situatie bepalen de regels in de Wet conflictenrecht adoptie of de adoptie in Nederland erkend kan worden. Voor een meer uitgebreide analyse van het fenomeen draagmoederschap verwijs ik graag naar de recente over dit onderwerp verschenen literatuur.²

■ Lies Punselie is wetgevingsjurist bij de Directie Wetgeving van het Ministerie van Veiligheid en Justitie.

1 Zie bijvoorbeeld het recent door het Permanent Bureau van de Haagse Conferentie voor internationaal privaatrecht opgestelde document, waarin onder meer de noodzaak van nader onderzoek wordt benadrukt: <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf>.

2 Zie bijvoorbeeld: A.V.M. Struycken, 'Surrogacy, a New Way to Become a Mother? A New PIL Issue', *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, edited by K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides; Eleven International Publishing – Schulthess, The Hague – Zürich, 2010, pp. 354-372; E. Winkel, F. Roumen & S. Dermout, 'Draagmoederschap na IVF in het buitenland, Dilemma's bij de begeleiding', *Nederlands Tijdschrift*

Inleiding

Met enige regelmaat blijken Nederlandse wensouders met behulp van een draagmoeder een kind te krijgen. Indien het hele gebeuren zich voltrekt in Nederland, dan geschiedt de juridische vormgeving van het fenomeen op basis van de in Boek 1 opgenomen regels met betrekking tot de afstamming en/of adoptie. Zijdelings is veelal toepassing van het kinderbeschermingsmaatregelenpakket nodig om aan de adoptievereisten te kunnen voldoen. Dit betreft de ontheffing van het gezag van de draagmoeder, welke noodzakelijk is om tot adoptie te komen en verder is van belang het in art. 442a Sr. opgenomen verbod om een kind van jonger dan zes maanden zonder toestemming van de Raad voor de kinderbescherming als pleegkind op te nemen in het gezin van de wensouders. Tevens zij gewezen op het in art. 151b Sr. opgenomen verbod op bemiddeling bij commercieel draagmoederschap. Als het draagmoederschap en het afstaan van het kind aan de wensouders zich in Nederland afspelen, zijn de regels van internationaal privaatrecht niet van toepassing. Dat is anders als de wensouders zich wenden tot een draagmoeder in het buitenland. Het kan zijn dat reeds in het buitenland via de regels van het aldaar geldende afstammingsrecht wordt bereikt dat de wensouders als juridische ouders van het uit de draagmoeder geboren kind worden aangemerkt. Dat is bijvoorbeeld het geval als de wensouders van meet af aan als juridische ouders op de geboorteakte worden vermeld of als de wensvader het kind erkent en als gevolg daarvan als juridische vader op de geboorteakte wordt vermeld. In het hiernavolgende zal worden ingegaan op de vraag hoe de Wca werkt ten aanzien van de vraag of een op grond van het buitenlandse afstammingsrecht tot stand gekomen familierechtelijke betrekking in Nederland wordt erkend.

Draagmoederschap

Het Nederlandse recht gaat uit van de in art. 1:198 BW neergelegde *mater-semper-certa-est* regel: de vrouw die het kind baart is de juridische moeder van het kind.

voor *Geneeskunde* 2010;154:A1777; M.J. Vonk, *Children and their parents: A comparative study of the legal position of children* (diss. Utrecht), Antwerpen: Intersentia 2007; Saarloos, K.J. & Van Berkel, H., 'From Russia with love: ouderschap na draagmoederschap en de Wet conflictenrecht afstamming', *NIPR*, 2008, p. 117-124; K.J. Saarloos, *On European private international law on legal parentage? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parentage* (diss. Maastricht), Maastricht: Océ 2010; K.J. Saarloos & J.H. van Berkel, 'From Russia with love: ouderschap na draagmoederschap en de Wet conflictenrecht afstamming', *NIPR* 2008, afl. 2, p. 117-124.

Die familierechtelijke betrekking tussen moeder en kind kan alleen verbroken worden als het kind door iemand anders wordt geadopteerd. Dit betekent dat de vrouw die het kind gebaard heeft altijd op de geboorteakte wordt vermeld. Wordt het kind later geadopteerd, dan wordt de adoptie als latere vermelding aan de geboorteakte toegevoegd. Het is niet mogelijk een nieuwe geboorteakte te maken, waarop alleen de adoptiefouder staat vermeld. Wel is het in Nederland in het verleden voorgekomen dat de wensmoeder op de geboorteakte werd vermeld als gevolg van identiteitsfraude en daarop volgende afstammingsverduistering. Bij de aangifte van geboorte werd de naam van de wensmoeder opgegeven als degene die het kind gebaard had en de geboorteakte werd dienovereenkomstig opgemaakt. Omdat de wensouders en de draagouders op een later moment onenigheid kregen over de verzorging en opvoeding van het kind, kwamen de malversaties aan het licht en werden de namen van de wensouders alsnog doorgehaald en werd de vrouw die het kind had gebaard als juridische moeder op de geboorteakte vermeld.³

Saarloos en Van Berkel definiëren draagmoederschap, mede aan de hand van art. 151b Sr. als volgt:

‘De situatie waarbij een vrouw zwanger wordt met de intentie om het kind na de geboorte af te staan aan iemand anders.’⁴

Draagmoederschap doet zich in verschillende vormen voor. Zo kan de eikel waarmee het kind geprocreeerd wordt afkomstig zijn van de draagmoeder zelf, van de wensmoeder of van een derde. Hetzelfde geldt voor het sperma. Recent is in opdracht van het WODC een rechtsvergelijkend onderzoek verricht naar draagmoederschap. In dit onderzoek wordt bevestigd dat draagmoederconstructies in Nederland leiden tot rechtsonzekerheid.⁵

De Wet conflictenrecht afstamming

Een in het buitenland tot stand gekomen rechtsfeit of rechtshandeling, waarbij familierechtelijke betrekkingen zijn vastgesteld, welke zijn neergelegd in een door een bevoegde instantie opgemaakte akte, wordt in beginsel in Nederland van rechts-

3 Hof Leeuwarden 6 oktober 2004, *LJN* AR3391, *FJR* 2005, afl. 6.

4 K.J. Saarloos & J.H. van Berkel, ‘From Russia with love: ouderschap na draagmoederschap en de Wet conflictenrecht afstamming’, *NIPR* 2008, afl. 2, p. 117.

5 K. Boele-Woelki c.s (UCERF), *Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen*, WODC, Ministerie van Veiligheid en Justitie: 2011 (te raadplegen op www.wodc.nl).

wege erkend. Dat is slechts anders als er kennelijk geen behoorlijk onderzoek heeft plaatsgevonden of als de erkenning kennelijk in strijd is met de openbare orde (art. 9 en 10 Wca). Deze bepalingen zijn van belang in de situatie dat de wensouders als juridische ouders op de buitenlandse geboorteakte zijn vermeld. Als het kind in Nederland geboren zou zijn, zou altijd de draagmoeder als juridische moeder op de geboorteakte worden vermeld. Is die Nederlandse gang van zaken voldoende om te kunnen betogen dat als in plaats van de moeder uit wie het kind geboren is de wensmoeder op de geboorteakte als juridische moeder staat vermeld, dit kennelijk in strijd is met de openbare orde? In de rechtspraak wordt niet steeds even diep ingegaan op dit aspect. Zo oordeelde de Rechtbank Haarlem over de vraag of ten behoeve van een uit een Indiase draagmoeder geboren kind een reisdocument diende te worden afgegeven, dat het aannemelijk is dat de minderjarige, na een hierop gericht onderzoek in Nederland, daadwerkelijk in juridische zin het kind van verzoeker zal blijken te zijn dan wel zal kunnen worden. De toepasselijke bepalingen van de Wca werden in de beschikking alle genoemd, doch de voorzieningenrechter wijdde geen overwegingen aan mogelijke strijd met de openbare orde en volstond met een bevel tot afgifte van een nooddocument.⁶ De Voorzieningenrechter in Den Haag koos enige maanden eerder een iets anders insteek. In deze zaak betrof het een tweeling die in Oekraïne was geboren uit een draagmoeder. De met elkaar gehuwde wensouders werden in Oekraïne als ouders op de geboorteakte vermeld en vroegen bij de Nederlandse ambassade een reisdocument voor de kinderen aan. De afgifte hiervan werd geweigerd. De voorzieningenrechter overwoog dat vaststond dat de wensvader de kinderen op enig moment zou kunnen erkennen. Het erkenningsverbod voor de gehuwde man, zou immers doorbroken worden door het feit dat er, in elk geval op een gegeven moment sprake zou zijn van een nauwe persoonlijke betrekking tussen de man en de kinderen (art. 1:204 lid 1 sub e BW). De erkenning zou tot gevolg hebben dat de kinderen de Nederlandse nationaliteit zouden verkrijgen en dus ook op een Nederlands paspoort naar Nederland zouden kunnen reizen. De wensmoeder zou na verloop van een jaar het kind kunnen adopteren (art. 1:227, 228 BW). Het zou derhalve een kwestie van tijd zijn totdat de kinderen in Nederland zouden zijn en de voorzieningenrechter vermocht niet in te zien waarom dan geen nooddocument ten behoeve van de kinderen verstrekt kon worden.⁷ Gelet op de jurisprudentie van de Hoge Raad, is het evenwel de vraag of de man bevoegd is de kinderen te erkennen.

6 Rb. Haarlem (vzr.) 10 januari 2011, *LJN* BP0426.

7 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 9 november 2010, *LJN* BP3764.

In art. 10 lid 2 aanhef en sub a Wca is ten aanzien van het totstandkomen van familierechtelijke betrekkingen tussen een man en een kind door erkenning een uitwerking van de openbare orde clause opgenomen: van strijd met de openbare orde is in elk geval sprake als de familierechtelijke betrekking zoals vermeld op de buitenlandse geboorteakte tot stand is gekomen door de erkenning van het kind door een gehuwde man. Een Nederlandse gehuwde man is volgens Nederlands recht immers in beginsel niet bevoegd een kind bij een andere vrouw te erkennen (art. 1:204 aanhef lid 1 sub e BW). De Hoge Raad oordeelt ten aanzien van dit vereiste streng. Een gehuwde man erkende in Turkije het kind, van wie hij de biologische vader was. De rechtbank wees het verzoek om vast te stellen dat het kind de Nederlandse nationaliteit had verkregen af, omdat erkenning van de aldus ontstane familierechtelijke betrekking in strijd was met de openbare orde, zoals letterlijk verwoord in (overigens ten tijde van de uitspraak nog niet in werking getreden Wca) art. 10 lid 2 sub a Wca. De Hoge Raad verwierp het door de vader ingestelde beroep.⁸ Dat oordeel luidt evenwel anders als komt vast te staan dat sprake is van een nauwe persoonlijke betrekking tussen de man en het door hem erkende kind. In dat geval is de man immers wel bevoegd om het kind te erkennen (art. 1:204 lid 1 sub e BW) en is de in art. 10 lid 2 Wca vermelde weigeringsgrond niet van toepassing. De Hoge Raad overwoog dat het enkele feit dat de rechterlijke vaststelling dat sprake was van een nauwe persoonlijke betrekking niet aan de in het buitenland verrichte erkenning van het kind is voorafgegaan, niet het oordeel kan dragen dat het erkennen van die handeling zou leiden tot een gevolg dat strijdig is met de fundamentele beginselen of waarden van de Nederlandse rechtsorde. Aangenomen moet worden dat het bepaalde in art. 10 lid 2, aanhef en onder a, Wca slechts ziet op gevallen van onbevoegdheid waarin dat wel het geval is.⁹ Wel dient er op het moment van de erkenning daadwerkelijk sprake te zijn van de nauwe persoonlijke betrekking.¹⁰ Kan dat niet worden aangetoond, dan is art. 10 lid 2 sub a onverkort van toepassing en zal in Nederland erkenning moeten worden onthouden aan de in het buitenland tot stand gekomen erkenning van het kind. De vaststelling of sprake is van die nauwe persoonlijke betrekking is aan de feitenrechter.¹¹ Het Hof 's-Gravenhage oordeelde recent dat, ongeacht of er sprake is van een nauwe persoonlijke betrekking tussen de gehuwde erkenner en het kind, de erkenning door een gehuwde man in strijd is met de openbare orde als getracht wordt door die erkenning de regelgeving met betrekking tot interlandelijke adoptie te omzeilen.¹²

8 HR 27 mei 2005, *LJN* AS5109

9 HR 28 april 2006, *LJN* AU9237.

10 HR 11 februari 2011, *LJN* BO7114.

11 Zie bijvoorbeeld Rb. Groningen 11 januari 2011, *LJN* BP7516.

12 Hof 's-Gravenhage 13 april 2011, *LJN* BQ2937 en BQ2950.

De openbare orde stond ook in de weg aan inschrijving in Nederland van een Franse geboorteakte, waarop helemaal geen moeder was vermeld. In deze zaak was het kind in Frankrijk geboren uit een Nederlandse draagmoeder om te worden afgestaan aan twee mannen. Voor de bevruchting van de draagmoeder was gebruik gemaakt van een mix van het sperma van de twee mannen; het lot had derhalve bepaald wie van de twee mannen de biologische vader van het kind was. Het Franse recht biedt de mogelijkheid aan vrouwen om anoniem te bevallen, hetgeen in deze zaak ook was gebeurd. De Nederlandse ambtenaar van de burgerlijke stand stelde zich op het standpunt dat een geboorteakte waarop geen moeder was vermeld in strijd was met de Nederlandse openbare orde en weigerde inschrijving (art. 1:25 jo. 25g BW). De rechtbank oordeelde dat, nu de gegevens van de moeder wel bekend zijn, doch werden achtergehouden, inschrijving van de akte in strijd kwam met de openbare orde. Vervolgens stelde de rechtbank ten behoeve van het opmaken van een geboorteakte de geboortegegevens van het kind vast op grond van art. 1:25c BW. De draagmoeder werd als moeder op de akte vermeld en het kind verkreeg ook de geslachtsnaam van de moeder. Een verklaring voor recht dat de moeder de man toestemming had gegeven om het kind te erkennen, werd afgewezen. In het draagmoedercontract stond vermeld dat de moeder instemde met erkenning door de biologische vader. Op het moment dat het contract gesloten werd, was evenwel nog niet bekend wie van beide mannen de biologische vader zou zijn. De rechtbank zag hetgeen in het contract was vermeld niet als schriftelijke toestemming voor de erkenning. Het meer subsidiaire verzoek om gerechtelijke vaststelling vaderschap werd wel toegewezen. Intussen was uit DNA-onderzoek gebleken wie van de twee mannen de biologische vader was van het kind en gelet op het family life tussen deze man en het kind, oordeelde de rechtbank dat de man gelijk gesteld diende te worden met de verwekker. Het verzoek om wijziging van de geslachtsnaam van de minderjarige werd evenwel afgewezen. De moeder had volhard in haar wens om anoniem te blijven en was in de procedure niet verschenen. Omdat zij aldus niet gezamenlijk met de vader verklaarde een keuze te doen voor zijn geslachtsnaam, behield het kind de naam van de moeder.¹³

Tot slot is interessant om te vermelden dat het Franse Hof van Cassatie op 6 april 2011 bepaalde dat draagmoederovereenkomsten in strijd zijn met de Franse openbare orde. Het gevolg van die vaststelling is onder meer dat de in Californië opgemaakte geboorteakten, waarop de wensouders als juridische ouders stonden vermeld, niet

13 Rb. 's-Gravenhage 14 september 2009, *LJN* BK1197.

kunnen worden ingeschreven in de Franse bevolkingsadministratie en de kinderen niet de Franse nationaliteit (van de wensouders) verkrijgen.¹⁴

Effectiviteit Wca

Uit de hiervoor besproken jurisprudentie blijkt dat de Wca in de weg kan staan aan erkenning in Nederland van een in het buitenland tot stand gekomen familierechtelijke betrekking tussen een kind en een wensouder. Zodra immers de Nederlandse openbare orde in het geding is, kan erkenning onthouden worden aan die familierechtelijke betrekking. Het hangt echter zeer van de omstandigheden van het geval af wanneer de Nederlandse rechter die houwdegen van de openbare orde hanteert. Het Franse Hof van Cassatie heeft daar minder moeite mee, maar vooral de Nederlandse voorzieningenrechter lijkt sterk doordrongen van de ingrijpende consequenties voor het kind als afgifte van reisdocumenten door de Nederlandse overheid geweigerd wordt. Het verbod op erkenning van een kind door een gehuwde man, vormt geen werkelijk beletsel meer, nu de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de toets of op het moment van de erkenning sprake is van een nauwe persoonlijke betrekking ook achteraf kan plaatsvinden. Risicovol voor de wensouders lijkt echter wel het gebruiken van de rechtsfiguur van de erkenning om de regels met betrekking tot interlandelijke adoptie te omzeilen. Als dat blijkt, zal de erkenning, of deze nu wordt gedaan door een gehuwde of een ongehuwde man, in Nederland sowieso kunnen afstuiten op de openbare orde. Als derhalve de in het buitenland verrichte rechtshandeling van de erkenning niet in Nederland wordt erkend, verkrijgt het kind niet de Nederlandse nationaliteit en worden de wensouders geconfronteerd met de vraag of voor het kind een geldige verblijfstitel verkregen kan worden. Als de wensouders reeds met het kind naar Nederland zijn gereisd, dienen zij er rekening mee te houden dat het kind met een kinderbeschermingsmaatregel bij hen wordt weggehaald.

Ten slotte

Een andere vraag is of het wenselijk is om erkenning van in het buitenland tot stand gekomen familierechtelijke betrekkingen tussen wensouders en kinderen met behulp van het internationaal privaatrecht tegen te houden. De beantwoording van deze vraag gaat de reikwijdte van deze bijdrage te buiten, doch niet onvermeld mag blijven

¹⁴ Zie: http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/presidence_relatif_19635.html.

dat in landen waar draagmoederschap, vaak onder bepaalde specifieke voorwaarden, volkomen legaal is,¹⁵ het kind niet als een kind van de draagmoeder wordt aange-merkt en dus ook geen familiebanden met de familieleden van de draagmoeder heeft, noch haar naam en nationaliteit. Als de familierechtelijke betrekking met de wensouders in het land van herkomst van de wensouders niet wordt erkend en zij het kind niet bij zich mogen nemen en houden, dan blijft het kind in het land waar het geboren is achter, zonder familie en waarschijnlijk stateloos. Naar het antwoord op de vraag of een dergelijke uitkomst verenigbaar is met het Verdrag inzake de rechten van het kind behoeven we niet lang te raden. Al met al lijkt het onvermijdelijk om draagmoederschap op de een of andere wijze te reguleren. Het Permanent Bureau van de Haagse Conferentie publiceerde recent een paper, waarin wordt aanbevolen nadere studie te verrichten naar de problemen die zich rond draagmoederschap voordoen, waarna mogelijk tot mondiale afspraken gekomen kan worden.¹⁶

15 Zie K. Boele-Woelki c.s (UCERF), *Draagmoederschap en illegale opneming van kinderen*, WODC, Ministerie van Veiligheid en Justitie: 2011.

16 Zie: <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf>.

T.H. Sikkema ■

Inleiding

De positie van de vrouw in de maatschappij en in het recht is een positie in ontwikkeling. Deze positie kent een geschiedenis en een eigen dynamiek. Wie de plaats van de vrouw in het huidige recht wil begrijpen, moet daarvoor ook het verleden kennen. Naar het algemene beeld heeft de vrouw zich in de loop van de tijd ontwikkeld vanuit een afhankelijke naar een (meer) zelfstandige positie. Het proces van deze verzelfstandiging zal in deze bijdrage centraal staan. In de parlementaire geschiedenis van ons Burgerlijk Wetboek is dit proces goed zichtbaar, in het bijzonder in het huwelijksvermogensrecht. Ook de behandeling van het recent door de Eerste Kamer aangenomen wetsvoorstel 28 867 (Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen)¹ geeft van dit proces van verzelfstandiging blijk. In deze bijdrage zal de aandacht specifiek uitgaan naar de positie van ‘de echtgenote’, de gehuwde vrouw in het burgerlijk recht.² In het bijzonder zal worden stilgestaan bij onderwerpen zoals handelings(on)bekwaamheid en bestuur in de wettelijke gemeenschap.

Emancipatio

Het begrip ‘emancipatie’ kan worden geduid als een streven naar gelijkgerechtigdheid en zelfstandigheid en is een afgeleide van de Romeinse *emancipatio*. Door de dood van de *pater familias* worden de kinderen – zonen zowel als dochters – *sui iuris*, dat wil zeggen: van eigen recht. Als het kind nog tijdens het leven van de stamvader onder de vaderlijke macht vandaan wil komen, is dit mogelijk wanneer de vader

■ Teico Sikkema is docent aan het Instituut voor Privaatrecht (Afdeling Notarieel recht) en het Instituut voor Metajuridica (Afdeling Moot Court) van de Universiteit Leiden.

1 Wetsvoorstel 28 867 ‘Wijziging van de titels 6, 7 en 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen)’.

2 In verband met de historische beschouwing van de positie van de gehuwde vrouw wordt in deze bijdrage uitgegaan van een huwelijk en een man-vrouw relatie.

zijn kind vrijwillig uit de vaderlijke macht ontslaat. Dit kan via de rechtsfiguur van de *emancipatio*, afgeleid van *e manu capere*, in de betekenis van ‘uit de *manus* (hand, macht) nemen’, ofwel uit de macht geraken.³

Vrouwenvoogdij

Tot het begin van onze jaartelling hebben vrouwen, die noch onder de macht van een vader, noch onder de macht van een echtgenoot staan, een voogd nodig. Vrouwenvoogdij wordt historisch wel gerechtvaardigd op grond van de vermeende kwetsbaarheid van de sekse (*sexus fragilitas*), de vrouwelijke lichtzinnigheid (*levitas animi*) en de onstandvastigheid van het vrouwelijk oordeel (*infirmitas animi*).⁴

In de loop van de Romeinse keizertijd verdwijnt de vrouwenvoogdij, zodat de vrouw in vermogensrechtelijk opzicht een (meer) zelfstandige positie kan innemen. Desondanks blijft de rechtspositie van de vrouw in vele onderdelen van het Romeinse recht slechter dan die van de man.⁵ In de loop van de eeuwen na het verdwijnen van de vaste vrouwenvoogdij is het met name de gehuwde vrouw die in toenemende mate te maken krijgt met de gezagsuitoefening door haar man. De beschermingsgedachte raakt steeds meer op de achtergrond, terwijl de gedachte dat de man in het huwelijk de leiding moet hebben, meer naar voren komt. Ook de opvatting van kerkelijke autoriteiten over de verhouding tussen man en vrouw speelt hierin een rol. Hoewel door de intrede van het christendom de vrouw op veel plaatsen niet langer als zaak, maar als persoon wordt gezien, wordt zij in onze streken toch als een onbekwame beschouwd.⁶

Lex Van Oven

Voor Nederland geldt dat de gehuwde vrouw tot 1957 handelingsonbekwaam is; zij staat in dit opzicht juridisch gelijk aan een minderjarige en een curandus.

3 J.H.A. Lokin, *Prota, Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten uitgelegd*, Groningen: Chimaira 2008, p. 76-77.

4 J.H.A. Lokin, *Prota, Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten uitgelegd*, Groningen: Chimaira 2008, p. 85-86.

5 D. 1, 5, 9 Idem (Papinianus) *libro trigensimo primo quaestionum*: In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum.

6 De Bruijn-Huijgen-Reinhartz, *Het Nederlandse Huwelijksvermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 5.

Op 1 januari 1957 treedt in werking de ‘Wet tot opheffing van de handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw’, ook wel Lex Van Oven genaamd. De Lex Van Oven regelt niet alleen – naar de titel van de wet – de opheffing van de handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw, maar ook andere aspecten van het huwelijksvermogensrecht, zoals een hervorming van het bestuur van de wettelijke gemeenschap. Een ander opvallend aspect van deze wet is dat de wetgever hiermee beoogt af te schaffen de aan de echtgenoot toekomende maritale⁷ macht, althans de vermogensrechtelijke consequenties daarvan. Voor een beter inzicht in het belang van de Lex Van Oven is het zinvol om een blik te werpen op de wetgeving van 1838 en de wijze waarop de maritale macht van de man daarin wordt vormgegeven.

De man is het hoofd van de echtvereniging

Tot de inwerkingtreding van de Lex Van Oven is de vrouw volgens de wet, zowel in de interne verhouding tussen de echtgenoten als de externe verhouding met derden, ondergeschikt aan haar man. De door de man uitgeoefende maritale macht over zijn vrouw – die betrekking heeft op zowel de persoon als het vermogen van de vrouw – wordt principieel uitgedrukt in artikel 160 lid 1 BW (oud): ‘De man is het hoofd der echtvereniging’.⁸ De ‘gevolgen’ van dit beginsel worden in diverse wetsartikelen aangetroffen. Een selectie hiervan is weergegeven in de onderstaande opsomming, die mede is ontleend aan de beschrijving van de codificatiegeschiedenis in *Het Nederlandse Huwelijksvermogensrecht*.⁹

Het Burgerlijk Wetboek van 1838 bepaalt dat de vrouw aan haar man gehoorzaamheid is verschuldigd (art. 161), waartegenover de man zijn vrouw moet beschermen (art. 162). De vrouw moet de man volgen waar hij dienstig oordeelt zijn verblijf te vestigen (art. 161), waartegenover de plicht van de man staat de vrouw bij zich te ontvangen in het huis dat hij bewoont (art. 162). Het domicilie van de vrouw wordt in beginsel bepaald door de man (art. 78). Gedurende het huwelijk volgt de vrouw de nationaliteit van de man (art. 6 en 11). De gehuwde vrouw is handelingsonbekwaam (art. 163). Ten gevolge van het laatstgenoemde artikel heeft de vrouw voor elke vermogensrechtelijke rechtshandeling, die zij niet als vertegenwoordiger van anderen verricht, bijstand of machtiging van haar man nodig.

7 Van *maritus*, echtgenoot.

8 Vgl. Paulus in: *Bijbel*, vert. NBG 1951, 1 Korintiërs 11:3: ‘Ik wil echter, dat gij dit weet: het hoofd van iedere man is Christus, het hoofd der vrouw is de man, en het hoofd van Christus is God.’

9 De Bruijn-Huijgen-Reinhartz, *Het Nederlandse Huwelijksvermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 8 e.v.

Het uitgangspunt dat de gehuwde vrouw handelingsonbekwaam is, kent enkele uitzonderingen. Zo gelden bijvoorbeeld als uitzonderingen het aangaan van verbintenissen voor de gewone en dagelijkse gang der huishouding (art. 164), het optreden van de vrouw als openbare koopvrouw (art. 168) en het verrichten van beheersdaden met betrekking tot eigen vermogen, indien de vrouw zich bij huwelijks voorwaarden het beheer van eigen goederen heeft voorbehouden (art. 195 lid 2).

Als we de aandacht richten op de principiële bepaling dat de man het hoofd is van de echtvereniging, dan valt op dat deze voor het eerst een plaats krijgt in de nationale wetgeving van 1838, die gebouwd is op de pijlers van maritale macht en handelingsonbekwaamheid. Als in het aan de Lex Van Oven voorafgaande Ontwerp-Wijers (1949) wordt voorgesteld de bepaling van artikel 160 lid 1 BW (oud) – dat de man het hoofd is van de echtvereniging – te schrappen en ook het gewijzigd Ontwerp-Donker (1954) hiervan uitgaat, lijkt het einde van deze wetsbepaling in zicht. Ook tal van vermogensrechtelijke consequenties dienen met het einde van dit principe te verdwijnen.

Dan doet zich in de parlementaire behandeling een opvallende ontwikkeling voor. Er komt een nader gewijzigd Ontwerp-Donker (1955), dat schrapping van artikel 160 lid 1 BW (oud) handhaaft. Vervolgens worden op 9 december 1955 door twee verschillende meerderheden van de Vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer amendementen voorgesteld.¹⁰ Het eerste amendement (nr. 12-Verkerk c.s.) strekt ertoe de bepaling van artikel 160 lid 1 BW (oud) in ere te herstellen en het tweede amendement (nr. 13-Oud c.s.) beoogt aanneming van de geheel nieuwe regeling van de algehele gemeenschap van goederen, gebaseerd op de denkbeelden van J.C. van Oven,¹¹ die op het pad van de emancipatie van de gehuwde vrouw verder gaan dan ooit tevoren. Nog voor het gewijzigde ontwerp in de Tweede kamer behandeld kan worden overlijdt minister Donker. Binnen twee weken wordt Van Oven beëdigd als Minister van Justitie. Uiteindelijk wordt zowel amendement nr. 12 aangenomen – inhoudende het juridische ‘herstel’ van de man als het hoofd van de echtvereniging – alsook een geheel nieuwe regeling van de wettelijke gemeenschap van goederen in de geest van amendement nr. 13, gebaseerd op de denkbeelden van Van Oven.¹²

10 *Kamerstuk* 1430, nrs. 12 en 13.

11 Van Oven-Lubbers, *Hoe moet, aangenomen dat de getrouwde vrouw volledige handelingsbevoegdheid krijgt, het huwelijksgoederenrecht geregeld worden?*, Preadvies NJV 1927.

12 De Bruijn-Huijgen-Reinhart, *Het Nederlandse Huwelijksvermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 15-18; E.A.A. Luijten, *Het nieuwe huwelijksvermogensrecht* (diss. Nijmegen), Zwolle: Tjeenk Willink 1962, p. 3-4.

Luijten schrijft over deze ontwikkeling:

‘Door de vermogensrechtelijke herziening moge de vermogensrechtelijke betekenis van de regel [dat de man het hoofd is van de echtvereniging TS] geheel verdwenen zijn, voor het overige terrein heeft zij haar kracht behouden. Zij is geen uiting meer van maritale macht, gebaseerd op een ten onrechte onderstelde superioriteit, doch duidt een functie aan, waarvan de verplichtingen zwaar wegen. (...) Aard en karakter van de echtgenoten bepalen in beginsel ieders natuurlijke functie. Van de man zal een zekere leiding moeten uitgaan in de echtelijke samenleving; dit beoogt de regel te zeggen.’¹³

Hoewel de bepaling over de man als hoofd van de echtvereniging ten tijde van de hervormingen van 1956 onaangetast blijft, zal de bepaling geen lang leven meer beschoren zijn. Bij de invoering van Boek 1 BW op 1 januari 1970 komt de bepaling te vervallen en wel door de aanname van een daartoe ingediend amendement (Wierenga).¹⁴ Met de opheffing van de laatstbedoelde bepaling is nog niet iedere ongelijkheid opgeheven. Zo geldt dan bijvoorbeeld nog steeds dat de man de plaats van samenwoning bepaalt (art. 1:88 oud) en wordt uitsluitend aan de man de plicht opgelegd om huishoudgeld te verstrekken. Ook komt aan de man een beslissende stem toe bij de uitoefening van de ouderlijke macht (art. 1:246 oud) of de benoeming van een voogd (art. 1:292 oud), beheert de man in beginsel het vermogen van minderjarige kinderen en vertegenwoordigt hij hen in en buiten rechte (art. 1:247 oud). Deze en andere ongelijkheden zijn met ingang van 1 januari 1985 opgeheven. Een laatste overblijfsel van de historisch aan de man toekomende maritale macht bestaat dan nog in de voorrechten op het gebied van het naamrecht. Wijzigingen op dat terrein zijn met ingang van 1 januari 1998 van kracht geworden.¹⁵

Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen

In mei 2003 wordt bij de Tweede Kamer ingediend wetsvoorstel 28 867 (Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen). De hoofdgedachte van het wetsvoorstel is de wettelijke (algehele) gemeenschap van goederen om te vormen tot een beperkte gemeenschap. Nadat ten opzichte van het oorspronkelijke voorstel tijdens de parlementaire behandeling de aanbrengrsten ten huwelijk weer tot de wettelijke gemeenschap worden gerekend, is het ook hier een amendement dat bij

13 E.A.A. Luijten, *Het nieuwe huwelijksvermogensrecht* (diss. Nijmegen), Zwolle: Tjeenk Willink 1962, p. 6-7.

14 *Parl. Gesch. Inv. Boek 1*, p. 1129 e.v.

15 Klaassen-Luijten-Meijer, *Huwelijksgoederenrecht*, 13^e druk Deventer: Kluwer 2005, nr. 18.

de behandeling in de Tweede Kamer een hoofdrol opeist. Het oorspronkelijke voorstel zondert verkrijgingen krachtens erfrecht en gift van boedelmenging uit. De wens om dergelijke verkrijgingen voortaan als privévermogen te beschouwen is vooraf verdedigd op grond van maatschappelijke en juridische ontwikkelingen, waaronder de economische verzelfstandiging van de gehuwde vrouw, de toegenomen echtscheidingsfrequentie, de wettelijke verdeling als erfrechtelijk model en het percentueel hoge aantal uitsluitingsclausules in uiterste wilsbeschikkingen. Op 18 september 2008 stemt de Tweede Kamer vóór het wetsvoorstel onder aanname van het amendement op stuk nr. 14 (Anker).¹⁶ Met deze aanname vervalt het onderdeel van het wetsvoorstel op grond waarvan erfrechtelijke verkrijgingen en giften van rechtswege buiten de wettelijke gemeenschap vallen. Het resultaat is dat na de aanname van dit amendement ten opzichte van het huidige stelsel de omvang van de wettelijke gemeenschap niet wezenlijk verandert, terwijl het uitgangspunt van bestuur wijzigt van privaat naar gemengd privaat/cumulatief.¹⁷ Waar het voorstel méér ‘privé’ wenste te bereiken, is minder ‘privé’ het (tussentijdse) resultaat.¹⁸

Principiële bezwaren

Op 15 december 2009 is het de Eerste Kamer die het wetsvoorstel plenair behandelt. Opnieuw wordt zichtbaar hoe aspecten van emancipatie een rol spelen in de discussie. Het woord wordt gevoerd door de dames Broekers-Knol (VVD) en Haubrich-Gooskens (PvdA) en de heren Franken (CDA), Holdijk (SGP) en (minister) Hirsch Ballin. Tijdens het debat worden de scheidslijnen niet getrokken via verbanden van coalitie en oppositie, maar op basis van overtuiging en principe.

Broekers-Knol:

‘Mijn fractie meent (...) dat de algehele gemeenschap van goederen in de huidige tijd niet past. Het wijzigen van de algehele gemeenschap van goederen in een beperkte gemeenschap van goederen zou een erkenning zijn van de in de afgelopen decennia (...) gewijzigde positie

¹⁶ *Kamerstukken II* 2007/08, 28 867, nr. 14.

¹⁷ In geval van privaat bestuur wordt het bestuur uitgeoefend met uitsluiting van de ander. Bij cumulatief bestuur zijn beide deelgenoten zelfstandig bestuursbevoegd.

¹⁸ Na aanname van het amendement op stuk nr. 14 (Anker) door de Tweede Kamer is de stand van zaken voor de bestuursregeling als volgt: Ten aanzien van goederen op naam blijft het bestuur privaat. Het bestuur wordt cumulatief voor roerende zaken, die geen registergoederen zijn, alsmede toonder- en ordervorderingen. Bij handelingen van ‘gewoon beheer’ in de zin van art. 3:170 lid 1 BW is het bestuur echter cumulatief, dus ten aanzien van alle goederen, zowel die op naam als die niet op naam.

van de vrouw in de Nederlandse samenleving. De algehele gemeenschap van goederen ontkent naar het oordeel van mijn fractie de emancipatie van de vrouw, ontkent dat veel vrouwen tijdens het huwelijk blijven werken, ontkent dat veel vrouwen hun eigen financiën beheren en ontkent dat er veel echtscheidingen zijn waardoor vrouwen gewend zijn – en daartoe ook in staat zijn – zich zelfstandig te redden. Wat dat betreft was de oorspronkelijke opzet van het wetsvoorstel een mooi vervolg geweest op de uit 1956 daterende Lex Van Oven waarbij de handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw werd afgeschaft.¹⁹

Haubrich-Gooskens:

‘Men kan toch niet zeggen dat deze nieuwe bestuursregeling bijdraagt aan de emancipatie van de vrouw (...)’²⁰

Broekers-Knol:

‘Ik kan er niet aan ontkomen om vast te stellen dat er een soort richtingenstrijd bestaat. Wij zijn af van het principe dat de man het hoofd van de echtvereniging is. De vrouw krijgt nu ook de mogelijkheid om cumulatief te beheren en dat soort zaken. Dat is een stap waarvan mijn fractie zegt dat die nog redelijk patroniserend is. De vrouw is inmiddels zelfstandig en geëmancipeerd. Laten wij dan ook proberen om dat in ons huwelijksvermogensrecht tot uitdrukking te brengen.’²¹

Het resultaat

Op 5 april 2011 zet de Eerste Kamer de behandeling van het wetsvoorstel voort.²² De vrucht van het debat blijkt uit de reactie van de dan verantwoordelijke bewindspersoon, staatssecretaris Teeven, aan de Kamer:

‘Voorzitter. Ik heb goed geluisterd naar de inbreng van de diverse leden van uw Kamer. (...) De wijziging [van artikel 1:97 BW TS] moet inhouden dat erfenissen, giften en legaten wél in de gemeenschap vallen, maar dat de echtgenoot van wiens zijde de erfenis afkomstig is als enige bestuursbevoegd zou moeten zijn. Ik zeg u toe ook dit artikel te zullen wijzigen, hoewel ik niet kan uitsluiten dat deze inhoudelijke wijziging in de toekomst nog discussies kan uitlokken: opnieuw in de Tweede Kamer, maar ook in de wetenschap en op andere

19 *Handelingen I* 2009/10, 13, p. 441.

20 *Handelingen I* 2009/10, 13, p. 463.

21 *Handelingen I* 2009/10, 13, p. 467.

22 Na het uitbrengen van het advies Neleman-Nuytinck inzake de motie Haubrich c.s., *Kamerstukken I*, 2009/10, 28 867, G (herdruk) en de reactie van de Staatssecretaris op dat advies, *Kamerstukken I*, 2010/11, 28 867, H.

plaatsen. Wij moeten vaststellen dat het geen verduidelijking van de tekst is, maar een inhoudelijke wijziging. (...) Luisterend naar de bijdragen van uw Kamer, realiseer ik mij dat ik daar niet omheen kan.²³

De toezegging van de Staatssecretaris houdt in dat er een reparatiewetsvoorstel komt, waarin (ook) de wijziging van bestuur in artikel 1:97 lid 1 BW zal worden opgenomen. De parlementaire behandeling van dat wetsvoorstel zal naar het voornemen van de bewindman aan het einde van dit jaar moeten kunnen zijn afgerond.

Op 12 april 2011 wordt wetsvoorstel 28 867 door de Eerste Kamer aangenomen.²⁴ De wet zal in werking treden op 1 januari 2012.²⁵

Beschouwing: emancipatie en bestuur

De positie van de gehuwde vrouw in het burgerlijk recht is in de loop van de tijd mede bepaald door een ontwikkeling, die wij duiden als emancipatie: een streven naar gelijkgerechtigdheid en zelfstandigheid ten opzichte van de man. Ook na het verdwijnen van de handelingsonbevoegdheid van en de maritale macht over de gehuwde vrouw is dit aspect actueel gebleven. De recente parlementaire geschiedenis over de aanpassing van de wettelijke gemeenschap geeft hiervan blijk: de door de Staatssecretaris toegezegde wijziging van de bestuursregeling is mede op die grond bepleit.²⁶

Behalve op emancipatoire grond kan het privaat bestuur ook op systematische grond worden verdedigd. In het vermogensrecht geldt dat een persoon die privé-eigendom heeft, deze eigendom (privatief) bestuurt. Ook een samenwoning zonder huwelijk of geregistreerd partnerschap verandert dit niet; over privégoederen blijft het privaat bestuur in stand. Zelfs na het aangaan van een huwelijk onder het huidige wettelijke regime is een bestuursregeling van kracht die uitgaat van de leer

23 *Handelingen I* 2010/11, nr. 23, item 7, p. 36.

24 *Handelingen I* 2010/11, nr. 24, item 3, p. 7.

25 *Stb.* 2011, 205 en 335.

26 Mede op emancipatoire grond is in de literatuur zowel het cumulatief als het privaat bestuur bepleit. Hier volgt een selectie. Voor cumulatief bestuur: A.L.M. Soons, *Ontwikkelingen in het huwelijksvermogensrecht*, Ars Notariatus L, 1991, p. 13; Clara Wichmann Instituut, *Emancipatie Effect Rapportage*, uitgebracht op 1 maart 2001. Voor het uitgangspunt van privaat bestuur: Gr. van der Burght, E.A.A. Luijten, W.R. Meijer, 'De ingreep in de wettelijke gemeenschap; een mission impossible?', *WPNR* (2003) 6545; B.E. Reinhartz, 'Haken en ogen aan het voorstel tot wijziging van de bestuursregeling in het huwelijksvermogensrecht', *WPNR* (2005) 6614; T.H. Sikkema, 'De grondslag van bestuur in de wettelijke gemeenschap van goederen', *WPNR* (2009) 6803.

van de formele verkrijging: bestuursbevoegd is de echtgenoot van wiens zijde de goederen in de gemeenschap zijn gevallen. De huidige bestuursregeling benadrukt daarmee de zelfstandigheid van het individu binnen de huwelijksgemeenschap. Het in gemeenschap brengen van een goed leidt niet tot verlies van het privaat bestuur.²⁷

Als op grond van maatschappelijke en juridische ontwikkelingen een voortgaande verzelfstandiging binnen het huwelijksgoederenrecht wordt bepleit, kan de ‘nieuwe’ omvang van de wettelijke gemeenschap op *principiële* gronden maar moeilijk overtuigen. Dit geldt ook voor de wijziging van het bestaande bestuursregime. Wel past waardering voor hen die in de Eerste Kamer de grondslag van bestuur op beginselen hebben verdedigd en – ere wie ere toekomt – de verantwoordelijke bewindspersoon ervan hebben overtuigd de bestuursregeling om die reden aan te passen.

27 Zie ook Gr. van der Burght, ‘Leven zonder hoofd of leven na de dood?’, *FTV* 2011 (4), 16.

Deel II

Publiekrecht

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik ■

Inleiding

Bij vele gelegenheden heeft Ankie Broekers-Knol in de Eerste Kamer het woord gevoerd over voorstellen op het terrein van de bestuurlijke boete. In dit verband heeft zij onder meer aandacht gevraagd voor de relatie met het strafrecht en in het bijzonder de vraag aan de orde gesteld of er in het bestuursrecht wel sprake is van een zelfde niveau van rechtsbescherming. In haar visie wordt veel te vaak en gemakkelijk voor de introductie van de bestuurlijke boete gekozen op terreinen die van oudsher aan het strafrecht waren voorbehouden met alle extra waarborgen van dien. Het gaat hier om de klassieke en fundamentele vraag in hoeverre het bestuur gerechtigd is om bestraffende sancties op te leggen zonder dat hier in de eerste plaats een rechter aan te pas komt. In deze bijdrage zullen we de inbreng van Broekers-Knol aan deze discussie in de Eerste Kamer belichten. Vervolgens zullen wij deze inbreng waarderen aan de hand van onze eigen ervaringen met de bestuurlijke boete, zowel in de wetenschap als de rechtspraktijk.¹

Broekers-Knol over straf of bestuurlijke boete

Broekers-Knol roert zich in de Eerste Kamer veelvuldig over de in haar ogen te forse opmars van de bestuurlijke boete. Een aantal voorbeelden kan dit illustreren. Ten aanzien van het – uiteindelijk door de Eerste Kamer verworpen – wetsvoorstel Bestuurlijke boete fout parkeren komt Broekers-Knol kritisch uit de hoek:

■ Tom Barkhuysen is advocaat te Amsterdam bij Stibbe en hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Michiel van Emmerik is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de sector bestuursrecht van de rechtbank Amsterdam.

1 Voor de volledigheid moet worden vermeld dat M.L. van Emmerik in zijn vorige functie vanuit het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties nauw was betrokken bij de voorbereiding van het wetsvoorstel Vierde Tranche Awb, in het bijzonder het onderdeel betreffende bestuurlijke boeten en het wetsvoorstel bestuurlijke boete overlast in openbare ruimte.

‘De VVD-fractie is van oordeel dat het aannemen van wetsvoorstel 30098 leidt tot een zeer ongewenste verwatering van wat volgens de inrichting van onze rechtsstaat behoort tot de strafrechtketen.’²

Bij het wetsvoorstel Vierde tranche Awb tapt Broekers-Knol uit hetzelfde vaatje:

‘In het voorlopig verslag bij de Vierde tranche Awb merkte ik namens mijn fractie op dat de bestuurlijke boeteregeling, de bestuurlijke punitieve sanctie, zich bijna ongemerkt als een olievlek in ons rechtsbestel verspreidt en zich daarin nestelt met het gevaar het privaatrecht en het strafrecht te overschaduwen ten detrimente van de rechtsbescherming van de burger.’³

Uit dit met beeldspraak doordrenkte citaat volgt niet mis te verstaan een appel om de ontwikkeling van de verbestuursrechtelijking van het sanctierecht te stoppen en mogelijk zelfs deels ongedaan te maken. Bijzonder daarbij is dat daarvoor de behandeling van de Vierde tranche Awb wordt aangegrepen. Deze tranche – die inmiddels in werking is getreden – voorziet immers alleen in een algemene regeling van de bestuurlijke boete maar introduceert geen nieuwe bevoegdheden tot het opleggen daarvan. Tegelijk faciliteert het bestaan van deze regeling natuurlijk wel dergelijke introducties.⁴ Daar zal Broekers-Knol wel op hebben gedoeld toen zij sprak over de olievlekwerking. Uit het citaat volgt dat zij wat betreft de rechtsbescherming van de burger meer heil verwacht van het strafrecht (en het privaatrecht) dan van het bestuursrecht.

Broekers-Knol laat het niet alleen bij scherpe kritiek, maar zoekt ook naar mogelijkheden het tij te keren. In dat kader dringt zij aan op heldere richtlijnen op basis waarvan kan worden beslist of een overtreding via het strafrecht dan wel via het bestuursrecht moet worden gesanctioneerd. Uiteindelijk komt de regering met de Nota keuze sanctiestelsel, waarover in de Eerste Kamer heftig wordt gedebatteerd, ook door Broekers-Knol. Zij vindt de nota met criteria voor deze keuze onvoldoende waarborgen bieden:

‘Ik heb onder andere gevraagd of de minister met de VVD-fractie van mening is dat het nodig is om in de wet vast te leggen welke keuze is gemaakt, die voor de bestuursrechtelijke handhaving of die voor de strafrechtelijke handhaving. Dat lijkt ons namelijk van belang. Ik heb ook gesproken over de verhouding tussen het strafrecht en het bestuursrecht. Ik heb

2 *Handelingen I* 2007/08, 15-588.

3 *Handelingen I* 2008/09, 36-1608.

4 Per 1 januari 2010 stond de teller op zeventig bestuurlijke boetewetten, zie *Kamerstukken I* 2009/10, 32 123 VI, I.

er daarbij op geduid dat het bestuursrecht minder rechtsbescherming biedt vanwege de verdichting in de loop van de procedure, (...).⁵

Pikant in dit verband is dat de ambtenaren die de nota voorbereidden in het Nederlands Juristenblad een – positief – artikel daarover publiceren nog voordat het debat met de Eerste Kamer plaatsvindt.⁶ Daarop volgt een vinnige reactie van onder anderen Broekers-Knol die het niet eens is met het moment van publicatie, maar evenmin met de inhoud ervan.⁷ De beide ambtenaren stellen de vraag of de nota over tien jaar nog steeds richtinggevend zal zijn, maar zij zien daarbij over het hoofd dat het debat in de Eerste Kamer nog moet volgen.

Welk beeld van de opvattingen over straf en bestuurlijke boete van Broekers-Knol komt daarmee naar voren? Zij lijkt een voorkeur te hebben voor punitieve afdoening via het strafrecht. Reden daarvoor is haar opvatting dat dit voor de betrokken overtreder meer waarborgen biedt dan het bestuursrecht. Wel heeft zij oog voor de efficiencyvoordelen van de bestuurlijke boete (die kan worden opgelegd zonder tijdrovende tussenkomst van de rechter). Om deze reden is zij voorstandster van de (initieel door het OM te nemen) bestuurlijke strafbeschikking voor bepaalde overtredingen die uiteindelijk door de strafrechter kan worden getoetst. Daaruit lijkt te volgen dat het wat de rechtsbescherming betreft toch vooral de soort rechter is die voor Broekers-Knol het verschil maakt: de strafrechter biedt in haar ogen meer rechtsbescherming.

Om een en ander te waarborgen is Broekers-Knol erop gebrand te komen tot een vastlegging van de criteria op basis waarvan beslist wordt hoe een overtreding te sanctioneren. Daarbij kiest zij voor een wettelijke en zo mogelijk zelfs grondwettelijke vastlegging.⁸ De Nota keuze sanctiestelsel – die uiteindelijk werd aangenomen – is wat haar betreft te mager zowel qua status als inhoud (de Nota kent eigenlijk alleen maar als harde ondergrens de vrijheidsbeneming; in dat geval kan de sanctie vanzelfsprekend alleen door de (straf)rechter worden opgelegd).

5 *Handelingen I* 2008/09, 36-1631.

6 P. Boer & D. de Kok, 'Nieuwe keuzes tussen strafrechtelijke en bestuurlijke sancties', *NJB* 2009, p. 671-676.

7 R.H. van de Beeten & A. Broekers-Knol, 'Strafrechtelijke en bestuurlijke sancties', *NJB* 2009, p. 1513.

8 *Handelingen I* 2008/09, 36-1608.

Reflectie op de inbreng van Broekers-Knol

In deze paragraaf reflecteren we in het kort op de hiervoor beschreven inbreng van Broekers-Knol. Op haar centrale punt dat het bestuursrecht zonder meer minder rechtsbescherming zou bieden in geval van bestraffende sancties, valt wel het een en ander af te dingen. Uit het door artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) gegarandeerde recht op een eerlijk proces kunnen – als bekend – bijzondere eisen worden afgeleid voor rechterlijke toetsing van bestraffende bestuurlijke sancties, waaronder de bestuurlijke boete. Nu deze sancties immers als *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM moeten worden aangemerkt, dient de oplegging ervan niet alleen te voldoen aan de algemene eisen voor behoorlijke rechtspraak van artikel 6, eerste lid, EVRM (onafhankelijkheid en onpartijdigheid, eerlijk proces, redelijke termijn, openbaarheid), maar ook aan de voor de strafrechtelijke sanctionering geschreven garanties van het tweede en derde lid van deze bepaling (onschuldpresumptie, specifieke rechten van verdediging), alsmede aan artikel 7 EVRM (legaliteit).⁹ Het klassieke arrest waarin dit is uitgesproken, is de uitspraak inzake Öztürk van het Straatsburgse Hof.¹⁰ Als gevolg hiervan moet de oplegging van een punitieve bestuurlijke sanctie, alsook de daartegen openstaande rechtsbescherming voldoen aan eisen die verder gaan dan het reguliere bestuurs(proces)recht. Het bestuurs(proces)recht moet als het ware strafrechtelijk worden ‘ingekleurd’. In de rechtspraak van het EHRM en – in het verlengde daarvan – in die van de nationale bestuursrechters komt een groot aantal bijzondere waarborgen aan de orde. In de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht zijn diverse garanties uit artikel 6 EVRM nader uitgewerkt, zoals het zwijgrecht en het recht op taalhulp.

De rechter moet daarenboven een indringende of ‘volle’ toetsing verrichten van de evenredigheid tussen de hoogte van de punitieve sanctie aan de ene kant, en de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid aan de andere kant.¹¹ Doorgaans wordt deze eis afgeleid van het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende vereiste van ‘full jurisdiction’, op grond waarvan de nationale rechter de bevoegdheid moet hebben alle voor het geschil relevante kwesties betreffende de feiten en het

9 Vgl. H.E. Bröring & H.K. Naves, ‘Waarborgen bij bestraffende bestuurlijke sancties: onvoltooid bestuursrecht’, in: Barkhuysen/Den Ouden/Polak (red.), *15 jaar Awb: bestuursrecht harmoniseren*, Den Haag 2010, p. 449-467; L.J.J. Rogier, ‘Bestraffende sancties in de Awb’, in: Barkhuysen/Den Ouden/Polak (red.), *15 jaar Awb: bestuursrecht harmoniseren*, Den Haag 2010, p. 519-534.

10 EHRM 21 februari 1984, Öztürk tegen Duitsland, *AB Klassiek* 2009, nr. 8, p. 105-123, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

11 Vgl. B.W.N. de Waard, ‘De matigende rechter’, in: Barkhuysen/Den Ouden/Polak (red.), *15 jaar Awb: bestuursrecht harmoniseren*, Den Haag 2010, p. 469-486.

recht te onderzoeken. Verder gelden bij het opleggen van punitieve bestuurlijke sancties bijzondere waarborgen met betrekking tot het *bewijs*.¹² Veelal staan deze in verband met de in artikel 6, tweede lid, EVRM gegarandeerde onschuldpresumptie. In zijn algemeenheid kan men stellen dat bij het opleggen van een punitieve sanctie aan de bewijsvoering van de overtreding en aan de motivering van het sanctiebesluit strenge eisen worden gesteld.¹³ Verder volgt uit de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM dat de bewijslast voor de (rechts)feiten die de overtreding constitueren, volledig bij het boeteopleggende orgaan ligt.¹⁴

Deze extra ‘strafrechtelijke’ eisen (vooral ingegeven door het EVRM) voor de bestuursrechter bij de toetsing van bestuurlijke boetes kunnen echter niet wegnemen dat de bestuursrechter op dit moment (nog) niet op alle vlakken te werk gaat als een klassieke strafrechter. Naar ons oordeel zou de bestuursrechter bestuurlijke boetebesluiten nog wel kritischer moeten toetsen waar het gaat om het bewijs van de feiten die de overtreding constitueren. De bestuursrechter mag niet te gemakkelijk uitgaan van de juistheid van de feiten en bewijsmiddelen die het beboetende bestuursorgaan naar voren heeft gebracht. Op deze wijze kan het door Broekers-Knol voorgestane niveau van rechtsbescherming bij bestuurlijke boetes ook via de bestuursrechter worden bereikt. Dan zou met behoud van efficiency (het zonder tussenkomst van de rechter kunnen opleggen van een boete) de kritiek op de rechtsbescherming verder kunnen worden weggenomen.

Wij delen de kritiek van Broekers-Knol op de genoemde Nota keuze sanctiestelsel. Deze nota lijkt rechtvaardiging te bieden voor iedere keuze tussen straf of bestuurlijke boete. De enige ondergrens is de vrijheidsbenemende maatregel, in welk geval tevoren een (straf)rechter eraan te pas moet komen. Een en ander wordt ook nog geïllustreerd door toetsing achteraf door de minister van Justitie van alle bestaande bestuurlijke boeteregelingen aan de in de nota neergelegde criteria. De minister van Justitie concludeert dat al deze bestuurlijke boetestelsels zonder meer voldoen aan deze criteria.¹⁵ Eerder plaatsten wij al vraagtekens bij de vaak torenhoge bestuurlijke boetes in het financiële en economische bestuursrecht met bovendien vaak vergaande dwangmiddelen voor de toezichthouders (AFM, Nma).¹⁶ In een dergelijk geval

12 Vgl. Barkhuysen/Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep (derde evaluatie van de Awb)*, Den Haag 2007.

13 Vgl. ABRvS 15 februari 2001, *JB* 2001, 88, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (APK-keurder).

14 ABRvS 15 april 1999, *RAwb* 1999, 146, m.nt. A.M.L. Jansen.

15 *Kamerstukken I* 2009/10 32 123 VI, I.

16 P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europeesrechtelijke eisen bij de toepassing van bestuurlijke punitieve sancties*, Preadvies Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, Alphen aan den Rijn 2006.

zou de boete door de rechter moeten worden opgelegd. De bestuurlijke boete moet vooral gereserveerd worden voor gebieden waarop de feiten gemakkelijk zijn te constateren en niet al te hoge boetes kunnen worden opgelegd. De criteria voor de keuze voor het soort sanctiesysteem (bestuurlijke boete, klassieke strafrecht, OM-boete/bestuurlijke strafbeschikking) zouden idealiter in de Grondwet moeten worden opgenomen of anders in een kaderwet. Ondertussen moet overigens niet uit het oog worden verloren dat veel overtredingen zowel met een bestuurlijke boete als met een strafrechtelijke sanctie kunnen worden afgedaan. In deze gevallen vindt veelvuldig afstemming plaats tussen het OM en bevoegde bestuursorganen, resulterend in diverse beleidsregels en -afspraken. Het is de moeite waard deze eens kritisch door te lichten en te bezien of daarin de (rechtsbeschermings)belangen van de overtreder een voldoende rol spelen.

Uitleiding

Ankie Broekers-Knol als de *grande dame* van de rechtsstaat in de Eerste Kamer? Op het terrein van de bestuurlijke boete een eretitel die zij zonder meer verdient. En ongetwijfeld getuigen de andere bijdragen aan deze bundel van gelijksoortige inspanningen ten aanzien van andere onderwerpen. Deze ‘ABK-keuring’ van wetsvoorstellen is van groot belang. Deze vereist behalve juridische kennis ook een rechte rug. Dat dit niet altijd even makkelijk is, laat de recente ophef over de positie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zien. Dit Hof is een belangrijke motor voor de rechtsstaatontwikkeling in de lidstaten. Waar, onder anderen, de fractievoorzitter van de VVD in de Tweede Kamer dit Hof kort gezegd terug in het hok wil stoppen, steunt een grote meerderheid van de Eerste Kamer een motie waarin deze kritiek wordt veroordeeld en het Hof wordt gesteund. De VVD in de Eerste Kamer stemt echter tegen, waarbij we maar moeten aannemen dat Broekers-Knol (tevens lid van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa) zich niet aan de fractiediscipline kan onttrekken.¹⁷ Zouden de voorstellen van het kabinet Rutte, bijvoorbeeld over de kostendekkende griffierechten, ook door de ABK-keuring komen? De nieuwe keurmeesters staan klaar, met in hun midden Ankie Broekers-Knol, zodat we over een tijd de balans kunnen opmaken. Laten we hopen dat deze positief is.

17 Motie van het lid Bemelmans-Videc, ingediend 19 april 2011. *Kamerstukken I* 2010/11, 32.502/32.500, V, B (stemming op 10 mei 2011, alleen de VVD stemde tegen).

P.B. Cliteur ■

Beste Ankie,

Toen ik de afgelopen dagen wat liep na te denken over een bijdrage aan jouw liber amicorum, realiseerde ik mij dat wij waarschijnlijk ons gehele werkzame leven met elkaar te maken hebben gehad. Eerst waren wij beiden onder leiding van Hans Franken verbonden aan de afdeling ‘Algemene en inleidende vakken’ en het ‘Practicum Methoden en Technieken’. Later werd dat de ‘Afdeling Encyclopedie van de Rechtswetenschap’ en een belangrijk deel van de ‘Methoden en Technieken’, het vaardighedenonderwijs, is uitgewerkt in de vakken ‘Rechtsvinding’ en sinds kort ook ‘Schrijfvaardigheid’. Bij die laatste vakken, gegeven onder de eindverantwoordelijkheid van Afshin Ellian en voortreffelijk gecoördineerd door respectievelijk Arie Jan Kwak en Gelijn Molier, gaat het voornamelijk om *schriftelijke* vaardigheden. Maar sinds jaar en dag krijgen de Leidse rechtenstudenten naast schriftelijke ook intensief *mondelinge* vaardigheden gedoceerd en dat gebeurt onder jouw leiding bij het vak Moot Court. Jij hebt van Moot Court een prachtig vak gemaakt dat grote bekendheid geniet, niet alleen binnen de faculteit, maar ook bij de ouders van studenten en zelfs aan zusterfaculteiten in den lande.

Moot Court is echt jouw ‘kind’ en zoals dat met biologische kinderen gaat – eens moet je ze loslaten. Dat is nu gebeurd. Ik zal dan ook niet met een beschouwing over Moot Court komen voor jouw vriendenboek, maar wat hardop nadenken over iets waar jij de komende jaren nog ‘over gaat’: de politiek en het wetgevingsproces. Je blijft voorlopig verbonden aan de Eerste Kamer der Staten-Generaal en daar had ik het over willen hebben. Immers jij bent onderdeel van de ‘wetgevende macht’ van de Staat der Nederlanden en dat is een verantwoordelijke functie.

Laat ik met de deur in huis vallen. De verloren zoon van jouw partij, Geert Wilders, is op 23 juni 2011 vrijgesproken van alle aanklachten van groepsbelediging (art. 137c Sr.) en ook van klachten tot het aanzetten tot haat, discriminatie en

■ Paul Cliteur is als hoogleraar encyclopedie van de rechtswetenschap verbonden aan de Leidse rechtenfaculteit en is schrijver van *The Secular Outlook* (Wiley-Blackwell, Oxford 2010).

gewelddadig optreden jegens een bevolkingsgroep (art. 137d Sr.). Wij hebben sinds die vrijpraak niet de gelegenheid gehad de kwestie te bespreken en misschien is dat maar goed ook, want dat geeft mij de gelegenheid nu met jou wat gedachten uit te wisselen.

Misschien heb ik het mis, maar ik heb het idee dat door dat proces eigenlijk ook het oorspronkelijke plan van de VVD om die wetsartikelen 137c en 137d Sr. te wijzigen weer actueel is geworden. Misschien vergis ik mij, maar ik proef een brede ontevredenheid in het land over het feit dat dit proces gevoerd is, maar ook worden steeds meer vraagtekens geplaatst bij de huidige redactie van die artikelen. Misschien is het aardig die artikelen eens te belichten met de liberale ideologie als achtergrond.

Het *eerste* dat dan opvalt is dat die artikelen *groepen* burgers bepaalde rechten toekennen. Daar begint al een zekere argwaan bij de liberaal, want die gaat ervan uit dat primair *individuen* dragers van rechten zijn, niet collectiviteiten.

Dan komt daar een *tweede* grond voor groeiende argwaan bij. Die groepen worden afgebakend op grond van bepaalde criteria. Wat zijn die criteria? En deugen die criteria wel?

Speciaal beschermd tegen belediging, aanzetten tot haat, discriminatie en geweld worden groepen die zijn afgebakend op grond van hun: (1) ras, (2) seksuele voorkeur, (3) handicap, en hun (4) geloof of levensovertuiging.

Stel nu eens dat we even – *for the sake of argument* – meegaan in die speciale bescherming van groepen mensen op grond van bepaalde criteria, moeten we dan niet een onderscheid maken tussen de eerste drie zaken en het als vierde genoemde? Ik bedoel: dat mensen niet op grond van hun ‘ras’ gediscrimineerd mogen worden of beledigd lijkt nog in zekere zin betekenisvol, immers zij kunnen dat ‘ras’ niet veranderen. Maar staat ‘geloof’ en ‘levensbeschouwing’ wel op hetzelfde vlak? Is dat laatste niet veeleer een ‘keuze’, een standpunt waarvoor iemand zich *idealiter* zou moeten verantwoorden? Of is dat een ‘typisch westerse visie’ en moeten we niet-westerse culturen serieus nemen die zeggen dat homoseksualiteit een keuze is? En religie een vast gegeven, iets waarmee je geboren wordt?

Het lijkt erop dat onze gehele rechtsorde gebaseerd is op het uitgangspunt dat religie een keuze is, seksuele geaardheid niet. En dat we ons voor keuzes hebben te verantwoorden. En vormt dat verantwoordingsproces dan niet een onderdeel van het maatschappelijk debat? Met andere woorden: dat debat en de beginselen die dat mogelijk maken, zullen we moeten koesteren. Kort en goed: een protestant mag tegen een katholiek zeggen dat hij een totaal verkeerde godsdienst heeft, maar met een artikel als art. 137c Sr. is dat niet zo vanzelfsprekend. Dan komt bij die katholiek de verleiding op zich als ‘beledigd’ of ‘gediscrimineerd’ op te stellen.

Ik denk dat dit ons probleem is met de slepende discussie die over de uitspraken van Wilders gevoerd is de afgelopen jaren. Wat hij in feite doet is het geloofssysteem

van een groep mensen bekritisieren die zich vervolgens erop beroepen (althans sommige vertegenwoordigers van die groep!) dat zij daarmee ‘gediscrimineerd’ of ‘beledigd’ worden, zo niet dat door de kritiek op hun geloof wordt aangezet tot haat en gewelddadig optreden.

Een *derde* probleem met de zaak Wilders is dat hij een politicus is die standpunten vertolkt die een deel van het kiezerspubliek aanspreken. Nu kan men zeggen ‘dat doet niet ter zake’, ook een meerderheid mag niet ‘beledigen’, of ‘aanzetten tot discriminatie, haat en geweldpleging’. Dat is enerzijds waar, anderzijds ook enigszins wereldvreemd. Immers een staat die het een politicus onmogelijk maakt wat hij ziet als de kern van zijn politieke programma ter overweging aan het electoraat voor te leggen, laadt al snel de verdenking op zich partijdig te zijn. In een democratie moeten alle beleidsopties kunnen worden besproken, ook de opvatting dat sommige ideologieën of religies gevaarlijke kanten hebben. Wanneer men dat laatste aan een politicus wil ontzeggen dan heeft dat allerlei gevolgen waarvan het verlies aan politieke legitimiteit van centrale staatsinstellingen als de rechterlijke macht een onderdeel is.

Men kan zeggen ‘dat zou niet moeten’ of ‘als de rechterlijke macht als partijdig wordt ervaren dan is dat onterecht’. Maar dat doet niet af aan het feit dat het proces tegen Wilders door velen als een ‘politiek proces’ is ervaren, dat wil zeggen een proces waarom het niet om het toepassen van het recht gaat, maar om het ecarteren van een politieke opvatting.

Dat brengt ons op een *vierde* punt waardoor het proces Wilders zich onderscheidt van andere processen en wat ons op het spoor zou moeten zetten van een heroverweging van de artikelen 137c en d Sr. Het proces Wilders is een proces waarbij de *opvattingen* van een politicus die in een hele speciale positie is terechtgekomen, centraal staan. De vraag is of het verstandig is dat de Nederlandse rechtsorde het een politicus verbiedt die opvattingen in het openbaar te ventileren wanneer bekend is dat Wilders ook nog eens een doelwit is van terroristische aanslagen *precies vanwege die opvattingen*. Onlangs dook weer een *hitlist* op in de Verenigde Staten waarvan de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding nu onderzoekt wat de relatie is ten opzichte van het georganiseerd terrorisme, in het bijzonder Al Qaida.¹

Dit laatste klemmt des te meer nu de discussie over de vrijheid om religies te kritisieren dan weliswaar in *Nederland* door de uitspraak van de Amsterdamse Rechtbank op 23 juni 2011² enigszins verduidelijkt is, maar deze *internationaal* wordt voortgezet. De Organisatie van Islamitische Coöperatie (OIC), een samenwerkingsverband van 57 moslimlanden dat in 1969 werd opgericht, heeft tijdens haar

1 *Algemeen Dagblad* 4 juli 2011, ‘Wilders op dodenlijst van al-Qaeda’.

2 Zie Rb. Amsterdam 23 juni 2011, *LJN* BQ9001.

vergadering in Astana (Kazachstan) Nederland opgeroepen niet langer ‘stilzwijgend’ te blijven over wat men ziet als de aanhoudende aanvallen op de islam die door Geert Wilders worden gelanceerd.³ De algemeen secretaris van de OIC, de Turkse hoogleraar Ekmeleddin Ihsanoglu, stelde in een aparte verklaring dat de opmerkingen van Wilders over de profeet, de islam, Mohammed en zijn vrouwen door Wilders ‘niet langer konden worden getolereerd’. Hij dreigde zelfs dat Wilders zich op een ‘gevaarlijk pad’ begaf en riep de Nederlandse regering op om in te grijpen.

Kennelijk is de uitspraak van de Amsterdamse rechtbank nog niet doorgedrongen tot Astana. Of juist wel en probeert men langs deze weg toch nog de Nederlandse regering te intimideren?

Tot voor kort probeerden Nederland en vele andere westerse landen de mensenrechtensituatie in andere landen te stimuleren. Die ambitie is de laatste jaren steeds meer afgenomen. Maar het omgekeerde kan men wel constateren: de OIC probeert orde op zaken te stellen in Nederland. Wij kunnen hier dan wel denken in onze grondwet en beschermd door internationale verdragen vrijheid van godsdienst en vrijheid van meningsuiting te moeten organiseren voor onze staatsburgers en voor onze politici, maar daar heeft de OIC zo zijn eigen gedachten over.

Hoe dat ook zij, Ankie, die artikelen 137c en d Sr., waarover de VVD in het verleden al zijn licht heeft laten schijnen, zullen dus opnieuw tegen het licht moeten worden gehouden. Ik hoop dat jij de komende jaren daaraan mede je krachten gaat wijden.

Dank voor alles wat je voor het Moot Court hebt gedaan en voor de vele jaren waarin wij hebben kunnen samenwerken aan de Leidse faculteit. Het ga je goed!

3 *Nederlands Dagblad* 7 juli 2011, ‘Moslimlanden zien “Atlantische” afkeer van islam’.

T.G. Drupsteen ■

Een argeloze burger zal bij de uitdrukking ‘Vierde tranche’ weinig associaties hebben. Hij zal misschien denken aan de zoveelste ronde van overheidsbezuinigingen, aan het nog niet afgeloste gedeelte van zijn hypothecaire geldlening of aan de nieuwste ronde financiële hulp voor Griekenland. De bestuursrechtjurist weet dat het om de laatste grote toevoeging aan de Algemene wet bestuursrecht (Awb) gaat. De geachte afgevaardigde mevrouw A. Broekers-Knol voerde over een onderdeel van deze Vierde tranche in de Eerste Kamer het woord. Voor een bijdrage aan deze bundel is het interessant haar betoog naar voren te halen. Maar eerst voor de niet-ingevoerd- den in het kort iets over wat de Vierde tranche inhoudt.

De Vierde tranche

Ook een niet-bestuursrechtjurist kan weten dat de Awb in tranches tot stand komt. Waarom deze delen tranches heten, is een raadsel. De term suggereert in ieder geval een zeker cachet. De eerste en tweede Tranche traden op 1 januari 1994 in werking. De eerste Tranche bestaat uit verschillende hoofdstukken, waaronder de inleidende bepalingen met definities van bestuursorgaan, besluit en belanghebbende, de algemene en bijzonder bepalingen over besluiten en de algemene en bijzondere bepalingen over bewaar en beroep. De tweede Tranche omvat het bestuursprocesrecht van boek 8 Awb.

De Awb is op 1 januari 1998 aangevuld met de derde Tranche. Deze hield onder meer in een regeling van subsidies, van beleidsregels, van bestuursrechtelijke handhaving – waarbij de figuren bestuursdwang en dwangsom een algemene regeling kregen – en van de figuren delegatie, mandaat en toezicht op bestuursorganen.

Ruim elf jaar later, op 1 juli 2009, is de Vierde tranche in werking getreden. In de tussentijd zijn wel op zichzelf staande onderwerpen aan de Awb toegevoegd,

■ Thijs Drupsteen is Staatsraad in buitengewone dienst. Toen Ankie Broekers secretaris van het bestuur van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Leiden was, was hij een jaar decaan.

maar die behoeven hier geen vermelding.¹ Een belangrijk onderwerp van de Vierde tranche is de regeling van bestuursrechtelijke geldschulden. Daarnaast omvat deze tranche een algemeen deel voor het hoofdstuk handhaving en een regeling van de bestuursrechtelijke boete.

Beide onderwerpen, de bestuursrechtelijke geldschulden en de bestuursrechtelijke boete, zijn voor de rechtspraak van groot belang. Op de bestuursrechtelijke geldschulden ga ik niet verder in omdat het Eerste Kamerlid mevrouw Broekers-Knol daarover niet het woord heeft gevoerd. In de taakverdeling binnen de VVD-fractie in de Eerste Kamer behandelde mevrouw A.W. Dutler de bestuursrechtelijke geldschulden, terwijl mevrouw Broekers de bestuurlijke boete voor haar rekening nam.

Bestuurlijke handhaving

De Vierde tranche voegt twee nieuwe onderwerpen toe aan de regeling in hoofdstuk 5 van de Awb, Handhaving. Tot dan toe bevatte dit hoofdstuk drie afdelingen, namelijk afdeling 5.2 Toezicht op de naleving, afdeling 5.3 Bestuursdwang en afdeling 5.4 Dwangsom. Uit de nummering blijkt dat er al rekening werd gehouden met de mogelijkheid van een algemene inleidende afdeling voor hoofdstuk 5. Die maakt dan ook deel uit van de Vierde tranche naast het tweede onderwerp, een algemene regeling van de bestuurlijke boete. De algemene bepalingen van nu Titel 1 bestaan uit belangrijke uitgangspunten zoals art. 5:4 Awb, dat bepaalt dat voor de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie een wettelijke grondslag is vereist, art. 5:5 Awb dat inhoudt dat geen bestuurlijke sanctie wordt opgelegd voor zover voor de overtreding een rechtvaardigingsgrond bestaat en art. 5:6 Awb dat het opleggen van een dubbele herstelsanctie voor dezelfde overtreding verbiedt. In dit verband is ook van belang art. 5:2 Awb dat een onderscheid inhoudt tussen herstelsancties en bestraffende sancties.

Een bestuurlijke boete is een bestraffende sanctie inhoudende een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom. Afdeling 5.4.1 van Titel 5.4 Awb houdt algemene bepalingen in voor de bestuurlijke boete. Ook deze bepalingen hebben deels een principieel karakter. Zo vereist art. 5:41 Awb verwijtbaarheid voor het opleggen van een bestuurlijke boete, verbiedt art. 5:43 Awb het opleggen van een bestuurlijke boete wanneer voor dezelfde overtreding al eerder een bestuurlijke boete

1 Zie bijv. R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 92. Dit is op het ogenblik het uitvoerigste handboek over het algemene bestuursrecht. Bestuursrechtjuristen zullen begrijpen dat ik het ook het beste vind.

is opgelegd en sluit art. 5:44 Awb een bestuurlijke boete uit wanneer tegen de overtreder vanwege dezelfde overtreding een strafvervolgning is ingesteld.

De vraag kan opkomen: is het nodig om voor bestuurlijke boetes algemene bepalingen te formuleren? Mogelijk is de gedachte dat de toepassing van het strafrecht toch regel is bij een punitieve handhaving van wettelijke voorschriften en dat enkel op bepaalde terreinen bestuursorganen over bevoegdheden beschikken om punitieve sancties in de vorm van boetes op te leggen. We denken dan al snel aan het belastingrecht. Maar de Memorie van Antwoord bij het wetsvoorstel Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Vierde tranche Awb)² bevat aan het eind een overzicht van 69 wetten waarin een bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete voorkomt. Wanneer we daarvan de 5 belastingwetten aftrekken, blijven er nog 64 over. Het betreft socialezekerheidswetten, gezondheidszorgwetten, wetgeving voor het economisch verkeer, toezichtswetten, maar ook wetten als de Inburgeringswet, de Wet milieubeheer en de Wet politiegegevens. Dit overzicht is opgenomen omdat in het Voorlopig Verslag van de vaste commissie voor Justitie van de Eerste Kamer onder meer de VVD-fractie naar voren bracht dat er een fundamentele discussie moet plaatsvinden over de vraag naar de wenselijkheid van bestraffing door het bestuur in plaats van (door) de rechter.³

De fractie stelt hierbij een aantal – om maar in het jargon te blijven – fundamentele vragen. Gevraagd wordt of het niet wenselijk zou zijn de bestuurlijke punitieve sanctie in de Grondwet te verankeren. Daarmee zou het toepassingsgebied van deze sanctie kunnen worden afgebakend. Er zou een constitutionele waarborg kunnen worden opgeworpen tegen een al te grootschalig gebruik van dergelijke sancties. Gevraagd wordt verder of het opleggen van zeer zware sancties aan de rechter zou moeten worden voorbehouden. En of het niet wenselijker zou zijn om de bestuurlijke boete te reserveren voor terreinen waarop de feiten eenvoudig zijn vast te stellen of niet al te hoge boetes worden opgelegd.

Welk sanctiestelsel?

De vraag welk sanctiestelsel van toepassing moet zijn op welke overtreding, is niet nieuw. In 1995 vroeg Corstens bij zijn afscheid als hoogleraar in Nijmegen al aandacht voor de uitholling van de positie van de rechter bij het opleggen van sancties door de opmars van de bestuurlijke sancties.⁴ Hij herhaalt zijn boodschap

2 *Kamerstukken I* 2007-2008, 29 702, onderdeel C.

3 *Kamerstukken I* 2007-2008, 29 702, onderdeel B, p. 10.

4 G.J.M. Corstens, *Een stille revolutie in het strafrecht* (afscheidsrede), Arnhem: Gouda Quint 1995.

op gezette tijden, zoals bij het 25-jarig jubileum van de Grotius Academie⁵ en samen met Wouter Limborgh in de bundel bij het afscheid van J.P. Balkema van de Hoge Raad.⁶ Ook anderen hebben zich met dit vraagstuk beziggehouden.⁷

De regering gaat in de Memorie van Toelichting in op de vragen van de VVD-fractie.⁸ Zij wijst er op dat de fundamentele vraag naar de wenselijkheid van boete-oplegging door het bestuur de laatste jaren wel degelijk onderwerp van onderzoek is geweest. Ze verwijst naar het advies van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (CTW) ‘Handhaving door bestuurlijke boete’ uit 1994 en naar een brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer van 8 november 2005.⁹ Naar de mening van de regering zal de bijzondere wetgever telkens een afweging moeten maken aan de hand van alle relevante factoren als invoering van de bestuurlijke boete op een bepaald terrein wordt overwogen. De regering deelt niet de opvatting dat bestuursorganen geen zware sancties zouden mogen opleggen. Hierbij volgt ze een volstrekt instrumentele redenering. Het opleggen van hoge bestuurlijke boetes kan nodig zijn om voor grote bedrijven een voldoende preventieve werking te hebben. Het bestuursprocesrecht biedt voldoende waarborgen, terwijl ook herstelsancties voor betrokkenen ingrijpende gevolgen kunnen hebben. Overigens vormt de zwaarte van een herstelsanctie geen argument om bestuursorganen de bevoegdheid te ontfemen deze sancties op te leggen.

Dat de vraag naar het juiste sanctiestelsel bij de behandeling van de Vierde tranche zoveel aandacht kreeg, is niet verbazingwekkend. De vaste commissie voor Justitie had verwezen naar de plenaire behandeling van het wetsvoorstel OM-afdoening (de inmiddels in werking getreden Wet OM-afdoening geeft het Openbaar Ministerie de mogelijkheid misdrijven, waarop maximaal zes jaar gevangenisstraf staat, en overtredingen buiten de rechter om af te doen),¹⁰ terwijl de CDA-fractie verwees naar het nog bij de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel Bestuurlijke boete

5 De beschouwing onder de titel *Rule of Law* is te vinden op de website van de Hoge Raad: Over de Hoge Raad/Publicaties.

6 G.J.M. Corstens & W.M. Limborgh, ‘Inperkingen van het rechterlijk domein’, in F.W. Bleichrodt, J.A.W. Lensing & P.C. Vegter (red.), *De rechter in het geding, Liber amicorum mr J.P. Balkema*, Deventer: Kluwer 2011, p. 13-20.

7 Zie C.L.G.F.H. Albers, ‘De bestuurlijke boete en het bestuursprocesrecht. De verschraving van een goede strafvordering’, *DD* 2006, p. 17-38; N.J.M. Kwakman, ‘De bestuurlijke boete: publiekrechtelijke eigenrichting’, *NTB* 2006, p. 331-339; H.E. Bröring & C.T.J.M. Jurgens, ‘De bestuurlijke boete is zo gek nog niet! Bepiegelingen over buitengerechterlijke beboeting in het bestuursrecht en het strafrecht naar aanleiding van de Wet OM-afdoening’, *NTB* 2006, p. 340-348.

8 *Kamerstukken I* 2007-2008, 29 702, onderdeel C, p. 25 e.v.

9 *Kamerstukken II* 2005-2006, 29 849, nr. 30.

10 *Stb.* 2006, nr. 330.

overlast in de openbare ruimte.¹¹ Er liepen dus verschillende wetgevingsprojecten in dezelfde tijdsperiode, waarbij telkens de vraag naar het juiste sanctiestelsel kon worden gesteld. De regering gaat nader in op de problematiek waar de verhouding van het bestuursrecht tot het strafrecht aan de orde komt.¹² De regering zet zich hier aan een bestrijding van de opvatting van Albers dat het bestuursrecht een overtreder minder waarborgen biedt dan het strafrecht. Er wordt gewezen op de vereisten voor de totstandkoming van een boetebeschikking en op de toetsing door de bestuursrechter aan motivering en zorgvuldige voorbereiding. Erkend wordt dat de strafrechter vrij is bij het bepalen van de hoogte van de straf. Er wordt op gewezen dat de kritiek van Albers niet zou zien op de mogelijkheden die de bestuursrechter heeft, maar op de wijze waarop hij deze zou benutten. Verder gaat de regering in op de bevoegdheid van de bestuursrechter tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden. Zij is anders dan Albers van oordeel dat de bestuursrechter deze bevoegdheid niet beperkt opvat. Op een verwijzing van leden van de VVD-fractie naar de oorspronkelijke criteria van de CTW reageert de regering met de erkenning van de noodzaak tot bezinning op de verhouding tussen de verschillende sanctiestelsels. Ze deelt mee er naar te streven om medio 2008 een notitie over deze problematiek aan de Staten Generaal aan te bieden.¹³

Kabinetsnota

De beloofde notitie is op 31 oktober 2008 aangeboden als Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel.¹⁴ De regering kiest in de nota voor effectiviteit als uitgangspunt bij de keuze voor een sanctiestelsel. Bij effectiviteit gaat het om twee aspecten. Het eerste is hoe deskundigheid en capaciteit kunnen worden verzorgd voor het toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften en het vervolgens sanctionerend optreden bij overtreding daarvan. Het tweede aspect betreft het incasseren van opgelegde geldboetes en het behandelen van bezwaaren beroepschriften. Hoewel dit uitgangspunt uitdrukkelijk wordt vooropgesteld, is het mij niet erg duidelijk wat het in het vervolg van de nota voor rol speelt.

De regering wijst in dit vervolg op de opkomst van de bestuurlijke boete, de nieuwe mogelijkheid van de OM-afdoening en de aanpassingen in het Openbaar Ministerie om de mogelijkheid van de strafbeschikking stapsgewijs in te voeren.

11 Kamerstuk 30 101. Het wetsvoorstel is door de Eerste Kamer op 18 december 2007 na stemming bij 'zitten en opstaan' aangenomen.

12 *Kamerstukken I* 2007-2008, 29 702, onderdeel C, p. 33 e.v.

13 *Idem*, p. 36.

14 *Kamerstukken I* 2008-2009, 31 700, VI, onderdeel D.

In vervolg hierop wordt het onderscheid tussen besloten en open context ontwikkeld. Door de sterke groei van de bestuurswetgeving is een veelheid aan rechtsbetrekkingen tussen overheidsorganen enerzijds en burgers en bedrijven anderzijds ontstaan. Deze rechtsbetrekkingen zijn vaak als specifiek aan te duiden in de zin dat er vaak een rechtstreekse verbinding is tussen een bestuursorgaan en een burger of bedrijf. Als archetype van een besloten context wordt genoemd de situatie op een markt waarbij de marktkoopman of –vrouw vergunningplichtig is en de marktmeester toezicht houdt op de naleving van de wettelijke voorschriften, het hebben van een geldige vergunning en het zich houden aan de voorschriften daarvan.

Tegenover de besloten context staat de open context. Als archetype wordt genoemd de situatie bij het overschrijden van een maximumsnelheid. Handhaving vindt hier plaats met behulp van camera's of door surveillerende verkeerspolitie.

De regering stelt in de nota dat er in een besloten context een voorkeur bestaat voor bestuursrechtelijke sanctionering. Anders gezegd: dat het bestuursorgaan dat met de uitvoering van de wet is belast ook een brede verantwoordelijkheid draagt voor de handhaving ervan. Dit geldt zeker als het gaat om betrekkelijk lichte overtredingen die met een niet al te zware boete worden afgedaan. Maar het is niet uitgesloten dat hoge geldboetes noodzakelijk zijn. De grens ligt waar een gevangenisstraf kan worden opgelegd.

Het is voor mij de vraag of het onderscheid tussen een open en een gesloten context erg bruikbaar is voor een keuze voor het juiste sanctiestelsel. De regering zwakt het zelf al af door op te merken dat ook in een open context bestuurlijke boetes voorkomen en zij wijst hierbij op het optreden van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en op de Wet bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte. In beide gevallen bestaat er geen specifieke rechtsbetrekking tussen het bestuursorgaan dat met handhaving is belast en de overtreder. Het is ook de vraag of de regering uitgaande van de bestaande situatie, deze heeft trachten te vangen in twee begrippen om deze begrippen vervolgens min of meer onderscheidend te achten.

De situatie wordt nog gecompliceerder omdat met de introductie van de strafbeschikking de bestuurlijke boete in twee vormen kan voorkomen. In de eerste plaats in de vorm van een boete opgelegd door een bestuursorgaan en in de tweede plaats in de vorm van een boete als strafbeschikking. In deze vorm legt een bestuursorgaan de boete op, maar kan de overtreder daartegen in verzet komen bij het OM. Dit vereist een heldere rolverdeling tussen openbaar bestuur en het OM.

Mondelinge behandeling in de Eerste Kamer

Het is opnieuw niet verbazingwekkend dat wanneer de Nota gecombineerd met het wetsvoorstel Vierde tranche in de Eerste Kamer wordt behandeld, deze niet onmiddellijk omvalt van de verpletterende overtuigingskracht ervan.

Mevrouw Broekers voert zoals gezegd als eerste het woord. Ze geeft de inhoud van de nota kort maar verantwoord weer en stelt ze in de rustige woorden van de Senaat een aantal zeer directe vragen. Zoals of de begrippen besloten en open context niet een creatieve bocht vormen om tot een bepaald resultaat te komen. In hoeverre de keuze voor een bepaald sanctiestelsel nu voor de burger transparant is. Hiermee hangt samen of de keuze voor het sanctiestelsel niet minimaal op het niveau van een AMvB en bij voorkeur op dat van de wet zelf zou moeten worden gemaakt. En vooral of de rechtsbescherming bij de toepassing van een bestuurlijke boete wel gelijkwaardig is aan die bij het opleggen van een boete door de strafrechter. Daarbij wijst mevrouw Broekers er op dat door verzet tegen een strafbeschikking de tenuitvoerlegging wordt geschorst of opgeschort,¹⁵ terwijl bezwaar of beroep tegen een bestuursrechtelijke boetebeschikking ingevolge art. 6:16 Awb geen schorsende werking heeft. Bestuursrechtelijke schorsing of opschorting van de betalingsverplichting moet afzonderlijk worden aangevraagd. Verder vraagt ze zich af of de appellant in de bestuursrechtelijke procedure bepaalde onderdelen niet meer kan aanvechten omdat de procedure zich heeft verdicht door bepaalde bestuursrechtelijke fuiken. Ze sluit haar betoog af met een verwijzing naar de bestuurlijke strafbeschikking en vraagt de minister waarom hij niet voor deze sanctie heeft gekozen. Die keuze zou positief zijn voor de rechtsbescherming van de burger. Zoals dat in de Eerste Kamer past, sluit mevrouw Broekers haar kritische betoog af met de vriendelijke opmerking dat de geachte afgevaardigde de beantwoording door de minister met belangstelling afwacht.

Deze belangstelling wordt echter door de regering in de persoon van de minister van Justitie maar in beperkte mate bevredigd. De minister en de Kamerleden bij interruptie zijn zo uitvoerig dat de voorzitter ze op de beperkt beschikbare tijd moet wijzen. Na lezing van het betoog van de minister kan mevrouw Broekers met mij moeilijk anders concluderen dan dat hij inhoudelijk niet meer of anders heeft gezegd dan al in de Nota stond. Met andere woorden, wij zijn nog ongeveer even wijs als na lezing van de Nota. De minister laat een wat grondiger analyse van de rol van de rechter bij het opleggen van strafsancities en het behandelen van een beroep tegen een besluit tot oplegging van een bestuurlijke boete, achterwege. Hij wijst er op dat de bestuursrechter een bestuurlijke boete intensiever toetst dan wanneer het gaat

15 Vgl. art. 257g, tweede lid, Wetboek van Strafvordering.

om feiten die aan een gewoon bestuursbesluit ten grondslag liggen. Hij wekt hierbij de indruk dat dit de geldende praktijk is, maar of dit werkelijk het geval is wordt niet besproken.

Afronding

Wat zullen wij nu van deze dingen zeggen? Schoot mevrouw Broekers prachtige vuurpijlen af die echter in schoonheid uitdoofden? Is er werkelijk een probleem?

Ik denk dat dit er is en dat Ankie een aantal terechte vragen stelde. We moeten er echter rekening mee houden dat we op deze vragen door de regering een niet onjuist, maar wel gewenst antwoord krijgen. Dit betekent dat we beter zelf naar dit antwoord op zoek kunnen gaan. Dat is niet eenvoudig, want het hele beeld is complex. Het is te simpel om enkel over het opleggen van een boete door de strafrechter en bestuurlijke boetes te praten.

Aan het ene uiterste van het spectrum staat de strafsanctie waarbij het OM strafvorderlijk optreedt, een bepaalde straf eist en de strafrechter die oplegt. De strafrechter is hierbij niet gebonden aan de eis van het OM. Binnen dit uiterste liggen naast de commune de economische delicten waarop de Wet economische delicten van toepassing is, die verdergaande bevoegdheden toekent aan het OM en op grond waarvan bijkomende straffen en maatregelen kunnen worden opgelegd. De verdergaande bevoegdheden en maatregelen liggen tot op zekere hoogte in de bestuurlijke sfeer. Daarnaast zijn er de gevallen waarbij de zaak niet voor de strafrechter komt, maar wordt afgedaan met een OM-transactie. Aan deze transactie worden soms vergaande, ook bestuurlijke voorschriften verbonden. Sommige van deze zaken zijn geheel in handen van het OM, bij andere vindt de opsporing plaats door bijzondere opsporingsambtenaren. Dan zijn er de zaken die worden afgedaan met een politietransactie. Het is bedoeling dat OM- en politietransacties verdwijnen en plaatsmaken voor de strafbeschikking, maar het is mij niet bekend hoever dit proces is gevorderd. In lang niet alle gevallen wordt dus de strafsanctie opgelegd door de rechter en in het strafrecht zitten stevige bestuurlijke elementen. Dan kennen we de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (ook wel genoemd: Wet Mulder). Op grond van deze wet treedt het OM op als bestuursorgaan en kan degene die een bekeuring kreeg bij de rechter in beroep gaan tegen het OM-besluit. Deze rechter treedt dan formeel op als bestuursrechter, maar het is de vraag of hij zich daarvan erg bewust is. We zijn dan ongeveer in het midden van het spectrum.

Aan het andere uiterste staat de bestuurlijke sanctie in de vorm van een herstel-sanctie, bijvoorbeeld bestuursdwang of een last onder dwangsom. Beroep tegen deze besluiten staat open bij de bestuursrechter. Algemeen wordt aangenomen dat dit geen besluiten met een bestraffend of leedtoevoegend karakter zijn, zodat art. 6 EVRM

niet van toepassing is. Met de Vierde tranche is de bevoegdheid van de gewone rechter over de tenuitvoerlegging van deze sanctie verschoven naar de bestuursrechter. Daarnaast zijn er bestuurlijke sancties die wel een bestraffend karakter dragen. Hierbij moeten we nog oppassen, want het is de vraag of de boete die de Inspecteur der Belastingen kan opleggen voor het bijvoorbeeld te laat indienen van een belastingaangifte werkelijk een bestraffend karakter draagt. Om het ingewikkeld te maken, bepaalt de wet in sommige gevallen met zoveel woorden de hoogte van de bestuurlijke boete, zoals bij de Wet arbeid vreemdelingen. Verder zijn er op basis van de Gemeentewet en bijzondere wetgeving, zoals de Wegenverkeerswet, bijzondere dwangmiddelen waarvan niet zonder meer duidelijk is of ze het karakter van een sanctie dragen.

Over de vraag of de bestuursrechter bij de beoordeling van een beroep tegen bestuurlijke sanctiebesluiten dezelfde rechtsbescherming biedt als de strafrechter bij het opleggen van strafsancties, zijn we nog lang niet uitgepraat. Die vraag wordt voor de bestuursrechter wel klemmender sinds art. 8:72a Awb voorschrijft dat de bestuursrechter, als hij een boetebesluit vernietigt, zelf een beslissing moet nemen over het opleggen van de boete. De Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Leiden zou een onderzoeksproject kunnen opzetten over deze vraag. Ankie zal de uitkomst ervan ongetwijfeld met belangstelling afwachten.

17 | Macht en onmacht van een Eerste Kamer Politieke strubbelingen rond 1800

A.M. Elias ■

Inleiding

Nu Ankie Broekers na meer dan veertig jaar afscheid neemt van de Leidse Faculteit der Rechtsgeleerdheid betekent dat voor haar nog geen afscheid van de politiek. De Eerste Kamer in het heden zal in haar post-facultaire periode dan ook zeker haar aandacht blijven opeisen. Ik zal mij echter richten op het verleden en in dit liber amicorum aandacht schenken aan de periode waarin voor het eerst in ons land sprake was van een Eerste Kamer. Hiervoor moeten we terug naar het einde van de 18^e eeuw: naar het moment waarop Nederland, toen Bataafse republiek geheten, onder invloed van de Verlichting voor het eerst kennis maakt met een in een grondwet vastgelegde eenheidsstaat. In dit artikel zal ik de totstandkoming en de inhoud van deze eerste ‘Nederlandse’ grondwet in het kort beschrijven en verder stil staan bij de macht en onmacht van de daarin genoemde Eerste Kamer.

De grondwet van 1798

Het jaar 1795 is van cruciaal belang voor de staatkundige geschiedenis van ons land. Franse troepen trekken de Republiek van de Zeven Verenigde Nederlanden binnen, de stadhouder en zijn familie vluchten naar het buitenland, en de tot dat moment heersende regentenklasse draagt de politieke macht over aan zogeheten ‘Bataafse revolutionairen’. In de door Frankrijk bij het vredesverdrag van Den Haag¹ erkende onafhankelijke Bataafse republiek komt vervolgens een, weliswaar moeizaam ver-

■ Arthur Elias is universitair hoofddocent historische ontwikkeling van het recht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden.

1 Bij het verdrag van Den Haag staat de Bataafse republiek enkele gebieden in het zuiden van het land aan Frankrijk af. Tevens moet een forse oorlogsschatting betaald worden. Ook blijven enkele Franse garnizoenen in de Bataafse republiek gelegerd. Het onderhoud van deze garnizoenen komt voor rekening van de Bataafse republiek.

lopend, proces op gang,² dat uiteindelijk zal leiden tot de totstandkoming van een sterk gecentraliseerde eenheidsstaat, vastgelegd in de staatsregeling (grondwet) van 1798. Deze grondwet vertoont alle kenmerken van het verlichte denken van die tijd: volkssoevereiniteit, een strikte scheiding tussen wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht, en optekening van grondrechten. De wetgevende macht wordt toebedeeld aan een Vertegenwoordigend Lichaam, bestaande uit twee kamers, terwijl de strikt van de wetgevende macht gescheiden uitvoerende macht bestaat uit een Uitvoerend Bewind en een aantal daaraan direct ondergeschikte, zogenoemde Agenten (ministers). De vijf leden van het Uitvoerend Bewind, naar Frans voorbeeld ook wel directeuren genoemd, worden benoemd door het Vertegenwoordigend Lichaam, de acht Agenten door het Uitvoerend Bewind.

Op het punt van het actief (mannen) kiesrecht voor het Vertegenwoordigend Lichaam wordt blijk gegeven van een minder verlichte instelling. De grondwet verbindt daaraan namelijk een aantal beperkingen. Zo dient iedere kiezer, alvorens in het kiesregister ingeschreven te kunnen worden, in handen van de voorzitter van het plaatselijk bestuur zijn ‘onveranderlijken afkeer van het stadhoudelijk bestuur, het foederalismus,³ de aristocratie en regeringloosheid’ te betuigen. Daarnaast gelden voor die tijd meer gebruikelijke beperkingen. Zo geldt een leeftijd vereiste van minimaal twintig jaar, moet men in ‘de lasten van de maatschappij een aandeel dragen’ en moet een kiezer de ‘Nederduitse taal’ kunnen lezen en schrijven.⁴ Voor het passief kiesrecht gelden daarboven nog strengere eisen, zoals een minimum leeftijd van dertig jaar.

Het Vertegenwoordigend Lichaam: een Eerste en een Tweede Kamer

Het Vertegenwoordigend Lichaam dat, zoals hiervoor aangeven, het primaat ten aanzien van de wetgeving heeft, wordt als één geheel verkozen. Het aantal leden bestaat ‘uit zooveele leden, als er twintig duizend tallen zielen in de Bataafsche

2 Zie hiervoor uitgebreid A.M. Elias, *La Néerlandicité de la constitution de 1798*, in *Annales historiques de la Révolution française*, nr. 326, oktober/december 2001, p. 43-52 en A.M. Elias, *De Bataafse grondwet van 1798: een keerpunt in de Nederlandse staatsrechtsgeschiedenis*, in *Fundamina, A Journal of legal history* (Zuid-Afrika) (10) 2004, p. 17-30.

3 In de machtsstrijd binnen de Bataafse revolutionaire beweging hebben de federalisten, die een minder gecentraliseerde eenheidsstaat voorstaan, het onderspit moeten delven tegen de unitariërs die zich gesteund weten door het Bataafse leger en de Fransen.

4 Zie artikel 9 e.v. van de Staatsregeling voor het Bataafse Volk 1798.

Republiek gevonden worden'. Dit komt neer op ongeveer vijftiennegentig leden.⁵ Het Vertegenwoordigend Lichaam splitst zich zelf op in een Eerste en een Tweede Kamer. Daartoe komt het ieder jaar op de laatste dinsdag van de maand juli bijeen. Op dat moment worden dertig leden van de Tweede Kamer gekozen. De overige leden vormen de Eerste Kamer. Taken van beide kamers worden duidelijk in de grondwet omschreven: 'Het ontwerpen en voorstellen van alle wetten en besluiten behoort alleen en bij uitsluiting aan de Eerste Kamer en het al dan niet bekrachtigen van dezelve aan de Tweede kamer'. De leden van de volksvertegenwoordiging worden in deze revolutionaire tijd optimaal beschermd:

'een vaste en alleen ten zijnen bijzonderen dienste staande lijfwacht van ten minsten zevenhonderd man, zoo voet- als paardenvolk (...) welke onmiddellijk en bij uitsluiting onder de beurtelingsche orders der (...) voorzitters van de beide kamers staan'.⁶

Daarnaast beschikken zij ten behoeve van een goede taakuitoefening over eigen ondersteunend personeel. De leden van de beide kamers krijgen een vergoeding van vierduizend gulden per jaar onder korting van tien gulden voor iedere keer waarop zij zonder toestemming van de voorzitter afwezig zijn.⁷

Macht van de Eerste Kamer

Het moge duidelijk zijn dat de Eerste Kamer van het Vertegenwoordigend Lichaam op het terrein van de wetgeving de meest invloedrijke factor in de jonge Bataafse republiek is. Immers als gevolg van de transformatie van de federale Republiek van de Zeven Verenigde Nederlanden in de één en ondeelbare Bataafse republiek moet een zeer omvangrijke hoeveelheid wetgeving tot stand gebracht worden. Aan de ene kant blijkt men op een aantal onderdelen te grote verwachtingen te hebben. Zo verwacht men aanvankelijk dat codificatie van het burgerlijk recht en het strafrecht binnen maximaal twee jaar te realiseren zal zijn. Ook ten aanzien van eenheid van

5 Artikel 51 van de Staatsregeling van 1798. Zie over de levensloop van de leden van het Vertegenwoordigend Lichaam uitgebreid: A.M. Elias en Paula C.M. Schölvink, *Volksrepresentanten en wetgevers. De politieke elite in de Bataafs-Franse tijd* (Amsterdam 1991).

6 Artikel 45 van de Staatsregeling van 1798.

7 Dit bedrag is voor die tijd zeker niet onaanzienlijk. Daarbij ga ik ervan uit dat veel leden ook nog inkomsten uit eigen beroep of bedrijf hebben en overigens ook bepaald niet onbemiddeld zijn. De uitvoerende macht wordt zeer rijk bedeeled. De vijf leden van het Uitvoerend Bewind krijgen ieder vijftienduizend gulden per jaar, terwijl de onder hen staande acht Agenten ieder een vergoeding van negenduizend gulden krijgen.

belastingen is men een zelfde mening toegedaan.⁸ Aan de andere kant komt er in de periode na 1798 toch op uiteenlopende terreinen wetgeving tot stand, waartoe de Eerste Kamer keer op keer het initiatief neemt. Uiteindelijk zal, zoals hierna zal blijken, wanneer het om de handhaving van het fundament van de staat gaat, de Eerste Kamer niet in staat zijn een vuist te maken en in onmacht ten onder gaan.

Een inefficiënt bestuur

Het duurt niet lang voordat het duidelijk wordt dat de grondwet van 1798 in de praktijk niet goed werkt. De Bataafse revolutionairen zijn toch te ambitieus geweest met hun plannen om van een federatieve staat in korte tijd een gecentraliseerde eenheidsstaat te maken. In deze overgangstijd is er bovendien niet sprake van een bijzonder efficiënt optredend landelijk bestuur. Een en ander blijkt eens te meer op het moment waarop in 1799 Engelsen en Russen het noorden van Holland binnenvallen. Slechts met hulp van Franse troepen is het mogelijk om deze vijandelijke troepenmacht het land uit te jagen. Deze gebeurtenis veroorzaakt grote irritatie bij de Franse regering. Het misnoegen van de Franse overheid neemt alleen maar toe wanneer blijkt dat de Bataafse revolutionaire broeders niet in staat blijken hun bij het vredesverdrag van Den Haag afgesproken financiële verplichtingen na te komen. Daarnaast blijkt volgens de Fransen dat de in de staatsregeling van 1798 neergelegde gecentraliseerde eenheidsstaat op dit moment meer chaos dan orde in het land schept, waarbij het feit dat slechts de unitaristische revolutionairen aan het politieke proces mogen deelnemen in de ogen van Frankrijk de situatie alleen maar heeft verslechterd. Dit alles kan naar de mening van Frankrijk, waar inmiddels Napoleon eerste consul was geworden, tot niets anders leiden dan tot een herziening van de staatsregeling van 1798. De Franse regering stelt alles in het werk om een wijziging van de grondwet te laten plaatsvinden. De wensen van Frankrijk zijn in drie punten samen te vatten: minder centralisatie, een bredere politieke basis en een daadkrachtiger bestuur. Dit zou dan ook moeten inhouden dat de macht van de volksvertegenwoordiging ingeperkt wordt.

8 De wetgeving betreffende een nationaal belastingstelsel treedt vanaf 1805 in werking, waarna in 1809 onder koning Lodewijk Napoleon de codificatie van het burgerlijk recht (Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland) en het strafrecht (Crimineel wetboek voor het Koninkrijk Holland) gerealiseerd wordt.

De Eerste Kamer en een mogelijke grondwetsherziening

In het begin van het jaar 1801 besluit Napoleon om zijn wensen voor een wijziging van de staatsinrichting van de Bataafse republiek door de Franse ambassadeur in Den Haag aan het Uitvoerend Bewind over te brengen.⁹ Het Uitvoerend Bewind wordt hierdoor in een bijzonder lastig parket gebracht. Aan de ene kant is er de druk van de machtige bondgenoot Frankrijk, terwijl aan de andere kant de staatsregeling van 1798 zelf een grondwetsherziening vóór 1 januari 1804 uitsluit: 'Tot op einde van het jaar 1803 der gemeene tijdrekening kan er geenerlei verandering in de staatregeling gemaakt worden'.¹⁰ Het Uitvoerend Bewind geeft toch toe aan de druk van de Franse ambassadeur en richt zich op 2 maart 1801 in een brief tot de Eerste Kamer van het Vertegenwoordigend Lichaam. Het Bewind rechtvaardigt een vervroegde herziening door te stellen dat het volk

'hetwelk ten allen tijde bevoegd is zich eenen nieuwe staatsregeling te geeven, en dus noch zichzelf, noch zijne nakomelingschap onwederroepelijk aan de tegenswoordige kan verbinden, evenzeer nu bevoegd is die verbeteringen daar te stellen die deszelfs belang, deszelfs binnen en buitenlandse betrekkingen vorderen en noodzakelijk maken'.¹¹

De opmerking over de *buitenlandse betrekkingen* spreekt in dit verband boekdelen. Daarbij stelt het Uitvoerend Bewind voor de stemgerechtigde burgers zich over de wenselijkheid van een herziening van de grondwet te laten uitspreken.

De Eerste Kamer besluit een commissie uit haar midden de voorstellen van het Uitvoerend Bewind te laten bestuderen. De commissie concludeert op 17 maart dat in ieder geval gesproken moet worden over een verandering van de grondwet 'om dat de gebreken der staatregeling eene revisie en verandering derzelve noodzaaklijk maakten'.¹² De commissie stelt voor in een volksraadpleging de stemgerechtigde burgers twee vragen voor te leggen: is een herziening van de grondwet wenselijk en zo ja, zou het bij zo een herziening betrokken willen worden?

Ofschoon het rapport in de Kamer niet met veel enthousiasme wordt ontvangen, is men wel bereid verder te beraadslagen over het voorstel van het Uitvoerend Bewind. Het voorstel om het volk hierbij te betrekken acht men prematuur. Daarbij wordt de commissie gemachtigd om met het Uitvoerend Bewind in overleg te treden

9 Zie over deze kwestie uitgebreid A.M. Elias, *Het Nationaal Sijndicaat 1802-1805* (diss. Leiden), Bussum: Fibula-Van Dishoeck 1975.

10 Artikel 304 van de staatsregeling van 1798.

11 *Dagverhaal der handelingen van het Vertegenwoordigend en Wetgevend Lichaam des Bataafschen Volks* (Den Haag 1798-1801).

12 Ibidem.

over de te volgen strategie in deze kwestie. Commissie en Uitvoerend Bewind gaan vervolgens gezamenlijk aan de slag om een concept voor een nieuwe grondwet op te stellen. Dit overleg heeft als resultaat dat in korte tijd een ontwerp voor een nieuwe grondwet gereed komt. Geheel passend in de Frans-Bataafse machtsverhouding wordt dat concept vervolgens door tussenkomst van de Franse ambassadeur in Den Haag ondershands aan de Franse regering voorgelegd. Naar aanleiding van opmerkingen van Franse zijde (het ontwerp vertoont volgens Parijs te veel gelijkenis met de Franse grondwet) vindt nog een enkele aanpassing van het ontwerp plaats.

Op 19 mei 1801 brengt de commissie onder overlegging van deze ontwerpgrondwet verslag uit aan de Eerste Kamer. De commissie stelt voor om dit ontwerp na goedkeuring door beide kamers van het Vertegenwoordigend Lichaam aan het oordeel van de stemgerechtigde burgers voor te leggen.

De Eerste Kamer verwerpt echter op 11 juni met 50 tegen 12 stemmen dit ontwerp. Vervolgens spitst zich de discussie toe op de vraag hoe nu verder gegaan moet worden. Ondanks alle politieke druk van buitenaf besluit de Eerste Kamer in een daarop volgende stemming dat een herziening van de grondwet geen ‘point of deliberation’ meer in de Eerste Kamer kan zijn. Deze beslissing wordt met 33 tegen 29 stemmen genomen.

Onmacht van de Eerste Kamer

Indien de toen geldende regels van staatsrecht gevolgd zouden zijn, zou hiermee de discussie over de al dan niet wenselijke herziening van de staatsregeling ten einde zijn gekomen. Maar niets is minder waar. Nu het Uitvoerend Bewind niet in staat is op constitutionele wijze een grondwetsherziening te realiseren, slaat zij onder druk van de Franse regering een andere, ongrondwettelijke, weg in.

Een nieuw, veel minder op de Franse constitutie lijkend, ontwerp gaat onderwerp van discussie binnen het Uitvoerend Bewind vormen. Ook bij deze discussie laat de Franse ambassadeur zich niet onbetuigd. Uiteindelijk wordt door tussenkomst van de Franse opperbevelhebber in de Bataafse republiek een ontwerp aan Napoleon voorgelegd die daarmee na het aanbrenge van enkele wijzigingen instemt.

Het aldus gewijzigde ontwerp wordt op 1 september 1801 door het Uitvoerend Bewind besproken. Het Bewind bevindt zich tussen twee vuren. Indien men de wensen van Frankrijk niet opvolgt krijgt men het met de Franse bondgenoot aan de stok. Als men op volstrekt onconstitutionele wijze een grondwetsherziening tracht te forceren vindt men zeker de Eerste Kamer op zijn weg. Het Bewind is intern hierover ernstig verdeeld. Uiteindelijk zwicht de meerderheid van het Uitvoerend Bewind voor de steeds toenemende druk van Franse zijde. Bij proclamatie van 14 september 1801 legt het Bewind met voorbijgaan van de volksvertegenwoordiging

een ontwerpgrondwet voor aan de kiesgerechtigde burgers. Men beperkt zich tot het sturen van een kennisgeving van dit besluit aan de Eerste en Tweede Kamer. De leden van de Tweede Kamer nemen deze mededeling voor kennisgeving aan, maar de meerderheid van de leden van de Eerste Kamer zal zich tot het einde toe tegen deze wijze van handelen verzetten. Er vindt een heftige gedachtewisseling binnen dit college plaats. Een kleine meerderheid, die zich er natuurlijk ook van bewust is dat met wensen van de Franse bondgenoot niet gespot mag worden, kan toch geen genoegen nemen met dit optreden en is bereid de zaak op de spits te drijven: met 27 tegen 25 stemmen wordt het besluit van het Uitvoerend Bewind geschorst. Als reactie hierop schorst het Uitvoerend Bewind beide kamers van het Vertegenwoordigend Lichaam: in de nacht van 18 september 1801 worden de vergaderzalen van beide kamers verzegeld. Het leger draagt er zorg voor dat niemand de verzegeling zal verbreken. Het spreekt vanzelf dat een en ander nooit had kunnen plaatsvinden als de Franse regering niet met deze actie zou hebben ingestemd.

Het einde van de Eerste Kamer

De leden van de Eerste Kamer blijven geschrokken achter en leggen zich contre coeur bij de aldus ontstane situatie neer. Hiermee is het lot van de Eerste Kamer bezegeld. In de conceptgrondwet, die nu aan de stemgerechtigde burgers wordt voorgelegd, is sprake van een Wetgevend Lichaam dat wetten slechts kan goed- of afkeuren. De uitvoerende macht wordt toebedeeld aan een Staatsbewind, dat tevens het initiatief tot de wetgeving heeft. De tekst van dit ontwerp vertoont op veel punten tekenen van verzoening en realiteitszin. Zo is er sprake van een enigszins gedecentraliseerde eenheidsstaat en mogen nu ook federalisten en stadhoudersgezinden hun stem voor de volksvertegenwoordiging uitbrengen.

Epiloog

Op 1 oktober 1801 vindt de stemming over de nieuwe grondwet plaats. Ook hierbij kan het Uitvoerend Bewind onder druk van de omstandigheden zich niet aan zijn eigen regels houden. Van de 416.419 stemgerechtigde burgers stemmen 16.771 vóór het ontwerp, terwijl 52.219 een tegenstem uitbrengen. Deze uitslag past geheel niet in de vooropgezette strategie. Maar ook voor dit ‘probleem’ wordt een oplossing bedacht. Het Uitvoerend Bewind maakt op 16 oktober 1801 bekend dat het ontwerp met grote meerderheid van stemmen is goedgekeurd:

‘Niet meer dan 52.219 burgers van de 416.419 als stembevoegden aan ons opgegeven hebben zich tegen hetzelfde verklaard; verre het grootste deel der natie heeft derhalven door bewijzen van goedkeuring en toestemming het zegel gehecht aan onze gevoelens omtrent den aart en samenstelling van uwe toekomstige staatsinrichting. Er is dus geen twijffel meer aan uwen wil en uwe keuze’.¹³

Hiermee is voor het moment in ons land een einde gekomen aan een tweekamerstelsel. Het zal nog veertien jaar duren, voordat bij de tweede grondwet van het Koninkrijk der Nederlanden uit 1815 wederom sprake zal zijn van een tweekamerstelsel. In deze grondwet is sprake van een uit twee kamers bestaande Staten-Generaal. De leden van de Eerste Kamer worden benoemd door de koning, terwijl de leden van de Tweede Kamer verkozen worden door provinciale staten. Zowel wat samenstelling als wat taken en bevoegdheden betreft zijn deze twee kamers moeilijk te vergelijken met hun voorgangers uit de grondwet van 1798.

13 *Proclamatie van het Uitvoerend Bewind der Bataafsche Republiek ter kennisgeving van het aannemen door 't Bataafsche volk van het voorgesteld ontwerp van staatsregeling, gearresteerd den 16 October 1801* (Den Haag 1801).

H. Franken ■

Inleiding

Sinds mijn aantreden als hoogleraar in de Inleiding tot de Rechtswetenschap aan de Rijksuniversiteit Leiden in 1977 heb ik, met uitzondering van een korte onderbreking in de jaren tachtig wegens een werkkring elders, met Ankie mogen samenwerken. Ik kijk daar met veel plezier op terug en verheug mij erop, dat deze samenwerking nog steeds voortduurt, weliswaar nu niet meer als collega's in de faculteit der rechtsgeleerdheid, maar als leden van de Eerste Kamer der Staten-Generaal.

In de Leidse rechtenfaculteit werd in het begin van de studie veel aandacht besteed aan taal. Dat was niet zonder reden. Taal is ons meest gehanteerde communicatiemiddel en om recht te spreken is taal het enige instrument. Daarom hebben wij ons beiden – vanuit een verschillende invalshoek – intensief bezig gehouden met de wijze waarop burgers in de maatschappij communiceren en met de vraag hoe juristen aan die vormen van communicatie meedoen en daaraan mede vorm geven.

De informatie- en communicatie technologie (ICT) heeft – het zal voor iedereen duidelijk zijn – daar een nieuwe dimensie aan gegeven. We communiceren tegenwoordig niet alleen met wie we spreken of fysiek berichten uitwisselen, maar we laten dagelijks digitale sporen achter.¹

■ Hans Franken is hoogleraar informatierecht aan de Universiteit Leiden en lid van de CDA-fractie van de Eerste Kamer der Staten-Generaal.

1 Deze tekst is een bewerking van een gedeelte van mijn bijdrage aan het op 17 mei 2011 gehouden beleidsdebat in de Eerste Kamer der Staten-Generaal. Over het onderwerp van de privacybescherming heb ik in 2005 voor het eerst met Ankie Broekers gedebatteerd. Naderhand is dit onderwerp voor de VVD-fractie door een collega van Ankie overgenomen.

Ik heb niets te verbergen

Wie, waar, wanneer we bellen of mailen, wat we kopen (barcode), welke tv programma's we bekijken, welke medicijnen we gebruiken: het is tegenwoordig bij vele anderen bekend. Soms laten we die sporen vrijwillig achter, omdat we een tegenprestatie ontvangen (of denken te ontvangen) als een gewaardeerde klant, maar we weten niet dat we op grond van die informatie in het vervolg misschien juist zullen worden gemeden. We realiseren ons niet of nauwelijks dat Hyves, Facebook, Twitter, LinkedIn al onze gegevens (geanonimiseerd) gebruiken en verkopen. Maar ook worden veel sporen ons afgedwongen door de overheid op doorgaans wel gerespecteerde gronden, maar dan weten we evenmin wat er in werkelijkheid met 'onze' gegevens gebeurt. 'Men' weet ontzettend veel van ons terwijl wij dat zelf niet weten.

De overheid houdt ons in de gaten met passagierslijsten (Passenger Name Records), met controle van ons betalingsverkeer (SWIFT-gegevens), met blacklists op EU of VN-niveau en is door middel van de bewaarplicht verkeersgegevens een permanente luistervink: het CIOT (Centraal Informatie Opslagpunt Telecommunicatie) wordt – naar het schijnt – 300.000 keer per maand bevestigd, d.w.z. 10.000 keer per dag. Bedrijven analyseren ons koop- en betaalgedrag en maken daar d.m.v. statistische bewerkingen profielen van, waarmee men ons een identiteit toekent en eigenschappen toedicht, die we misschien niet eens zouden willen hebben.

De vraag is: is dat nu zo erg? Nee, zegt een slinkende groep mensen, want ik heb niets te verbergen. Dat zei bijvoorbeeld de presentator van een populair BBC-programma en hij maakte zijn eigen rekeningnummer bekend. In een mum van tijd wist iemand zich toegang tot zijn rekening te verschaffen en maakte een maandelijks afschrijving aan van £ 500 naar een goed doel. De man is sindsdien van mening veranderd. Ook is de toonzetting in de pers niet meer negatief. Datalekages zijn nu serieus nieuws in Engeland. Er is zelfs een minister over gestruikeld. Het privacy bewustzijn, dat in Nederland tot voor kort bijzonder laag was (32% in 2008 t.o.v. een gemiddelde in de EU van 68%) is beduidend gestegen.² Een recente voorstudie voor het WRR-rapport³ toont aan dat privacy voor de burger beslist geen gepasseerd station meer is. De respondenten in dat onderzoek geven aan dat zij inzage willen hebben in de elektronische dossiers, zodat ze gegevens kunnen corrigeren en weten wie de gegevens inziet en bewerkt.

2 P. Hustinx, 'Bescherming van persoonsgegevens in het digitale tijdperk: vertrouwen en bezorgdheid vanuit een Europese blik' in: J.E.J. Prins e.a. (red.), *16 Miljoen BN'ers? – Bescherming van persoonsgegevens in het digitale tijdperk*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2010, p. 30.

3 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *iOverheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011.

Het blijkt dus belangrijk te zijn om als burger zoveel mogelijk een afweging te maken waar en wanneer je sporen achterlaat. Ik moet daarbij vaak denken aan een roman uit de jaren dertig van de vorige eeuw: *Der Mann ohne Eigenschaften*. Nu krijgt een burger, die wel eigenschappen heeft, er door middel van profilering een of meerdere opgeplakt, die hij/zij niet wil. Erger is nog wanneer iemand anders zich jouw identiteit toe-eigent. Dat is niet zo moeilijk. *Spoofing* heet dat in het jargon. In onze ‘geketende netwerken’ neemt de kans op identiteitsfraude sterk toe. In de VS wordt dit zelfs gezien als de snelst groeiende vorm van misdaad.

Het wordt in deze context moeilijk om een balans te vinden tussen aan de ene kant het overheidsbelang tot dataverzameling en -verwerking ten behoeve van voornamelijk veiligheid en preventie en aan de andere kant de inbreuk op het recht op eerbiediging van het privé leven en de bescherming van persoonsgegevens. We spreken hier over de werking van twee grondrechten: de art. 7 en 8 van het Handvest van de grondrechten van de EU met analoge bepalingen in art 8 EVRM en 10 Gw. Beperkingen op deze rechten voor de burger zijn mogelijk, maar die moeten aan strikte voorwaarden voldoen.

Veiligheid versus privacy

Er is al veel geschreven en ook veel geregeld met betrekking tot de verhouding tussen veiligheid en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De uitgangspunten voor de privacybescherming zijn neergelegd in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) van 2001, die is gebaseerd op de Richtlijn 95/46/EC. De hoofdlijn betreft de informatie aan en de toestemming van de betrokkene, zijn inzage- en correctierecht en de doelbinding, d.w.z. alleen onder bepaalde voorwaarden mogen gegevens worden gebruikt buiten het domein waarvoor zij zijn verzameld. Deze uitzonderingen zijn:

- het voorkomen, opsporen en vervolgen van strafbare feiten,
- de bescherming van belangrijke financiële en economische belangen van de staat,
- bescherming van de betrokkene of de rechten en vrijheden van anderen.

Van deze uitzonderingsmogelijkheden is in een hele serie wetten gebruik gemaakt. Een aantal daarvan dateert van vóór 9/11, maar ook daarna zijn er stelselmatig nieuwe c.q. meer uitgebreide bevoegdheden voor politie en OM bijgekomen. Daar spelen natuurlijk maatschappelijke ontwikkelingen een rol. Ik denk aan de toename van de georganiseerde criminaliteit, de toename van de bevolkingsdichtheid met als gevolg minder sociale controle, en technologische ontwikkelingen waardoor

datamining en profilering zijn mogelijk gemaakt. Maar we kunnen in de uitbreiding van wetgeving een aantal trends onderscheiden:⁴

- Politieonderzoek wordt steeds vaker uitgebreid tot personen op wie zelf geen verdenking rust. Nu is het zelfs zo dat iedere Europeaan een verdachte is, omdat zijn communicatiegegevens onder het bereik van de opsporingsinstanties worden gebracht (vgl. de bewaarplicht verkeersgegevens).
- Politieonderzoek krijgt in toenemende mate de vorm van een verkenning, waarin op basis van risicoprofielen potentieel verdachte groepen worden gevolgd.
- Bestaande wettelijke beperkingen die gelden voor het gebruik van bepaalde onderzoeksmethoden worden verlicht.
- Opsporingsdiensten krijgen meer mogelijkheden zelfstandig onderzoek te verrichten zonder dat de toestemming van een rechter-commissaris voor ingrijpende maatregelen nodig is.
- Opsporingsdiensten kunnen in toenemende mate beschikken over persoonsgegevens afkomstig van andere (semi)overheidsdiensten, die voor andere dan opsporingsdoeleinden zijn verzameld.
- Opsporingsdiensten dwingen steeds vaker andere partijen tot medewerking aan onderzoek.

Nu zijn al die maatregelen op zich best verdedigbaar, althans verklaarbaar, maar er is geen overzicht meer. We bevinden ons op een ‘*slippery slope*’. Er worden steeds nieuwe bevoegdheden geschapen, terwijl de grenzen van de bestaande bevoegdheden nog niet ‘echt’ zijn verkend. Hoe moet het nu verder gaan, of moet dat überhaupt nog wel verder gaan?

De nabije toekomst

We verwachten binnenkort de ‘slimme’ camera’s, die zelfstandig afwijkingen van tevoren vastgestelde patronen kunnen herkennen. De wachter wordt een onverbiddelijke robot. Met RFID kan je mensen overal en altijd volgen. De zelfdenkende computers (ambient intelligence) doen hun intrede. Zij nemen zelfstandig beslissingen. Moeten we dan de opsporingsbevoegdheden – op voorhand – weer gaan uitbreiden? Zal er meer ‘*function creep*’ – toe-eigening van bevoegdheden in strijd met de doelbinding – worden gecreëerd? Het mislukken van de centrale opslag van vinger-

4 Dit overzicht is opgenomen in A.H. Vedder, D. van Harten en G. Munnichs, *Van privacyparadijs tot controlestaat? – Misdaad en terreurbestrijding in Nederland aan het begin van de 21^{ste} eeuw*, Den Haag: Rathenau Instituut 2007, o.m. p. 36 e.v.

afdrukken is een nieuwe les, waaruit blijkt, dat waar bij het EPD de autorisatie het knelpunt vormde, in dit geval de ontoereikende verificatie het totale systeem (techniek + organisatie) deed mislukken. Dergelijke ervaringen kunnen toch niet als basis dienen voor de uitoefening van opsporingsbevoegdheden? Ik houd hiermee zowel een pleidooi voor techniekonafhankelijke wetgeving als voor grote terughoudendheid ten opzichte van het scheppen van nieuwe bevoegdheden voor politie en justitie.

Ik noemde al (het gevaar van) identificatiefraude. Er is recent onderzoek gedaan⁵ naar de kennis, de houding en het gedrag van burgers t.a.v. de voorkoming van identiteitsfraude. Het blijkt dat de burgers er niet zoveel van weten. Zij hebben behoefte aan informatie daarover en voelen zich mede verantwoordelijk. Immers veel gevallen zijn te voorkomen. Op grond daarvan zou men zelfs het slordig omgaan met persoonsgegevens als een vorm van ‘slachtofferhulp avant la lettre’ kunnen strafbaar stellen. Beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald! Het is echter beter om encryptie technieken te bevorderen en daardoor herroepbare (*revocable*) privacy in brede zin mogelijk te maken. (Men zou hier overigens beter van pseudonimiteit kunnen spreken.) In het boek *Check in/Check out* van het Rathenau instituut⁶ is beschreven hoe er een betrouwbare digitale identiteit kan worden opgebouwd met een machtiging aan de politie om onder bepaalde voorwaarden in kennis te worden gesteld van de sleutel. Het is in Nederland nog niet opgepakt.

In dit verband verwijs ik nog eens naar het begin van deze bijdrage waar al is aangegeven dat het maken van profielen vervelende consequenties kan hebben. En dat maken van profielen neemt steeds meer toe.

Bij de beoordeling van deze ontwikkelingen moeten we ervan uitgaan, dat ICT toepassingen allesbehalve neutraal zijn. Onder invloed van de inzet van technologie gaat de overheid – zoals iedere gebruiker – anders handelen en functioneren. Natuurlijk worden er al veel langer grote hoeveelheden gegevens verzameld. Maar nu gaat het erom uit de berg (of beter: de oceaan) van verzamelde gegevens de *relevante* informatie te vergaren. Daarvoor worden beelden van burgers, typering van consumenten of categorieën van klanten gemaakt. In de publieke sfeer wordt die identiteit benut voor een specifiek doelgroepen beleid: fraudebestrijding, jeugdbeleid, huiselijk geweld enz. De vraag is nu hoe dynamisch deze geconstrueerde digitale identiteiten zijn. Bestaat de mogelijkheid om profielen aan te passen en veranderde identiteiten te wissen? Is er een recht om te worden vergeten? Of is wie eens steelt, inderdaad voor altijd een dief?

5 C.W. Wong, ‘Identiteitsfraude in Nederland: Een onderzoek naar de kennis, houding en het gedrag van burgers ten aanzien van de voorkoming van identiteitsfraude’, *Privacy en informatie* 2011, 1.

6 C. van 't Hof, R. van Est en F. Daemen (Rathenau Instituut), *Check in/Check out – The Public Space as an Internet of Things*, Den Haag: NAi Uitgevers 2011, p. 252.

Deze typering kunnen bovendien multifunctioneel worden ingezet met als gevolg dat er samenwerkingsvormen tussen overheidsorganisaties ontstaan en het principe van doelbinding wordt veronachtzaamd. Bovendien ligt *function creep* hierbij voor de hand. Juridisch rijzen hier ook nog vragen: wie is dan de in de Wbp voorgeschreven verantwoordelijke voor de gegevensbescherming? En hoe staat het met de mogelijkheid tot inzage en correctie voor de ‘Mann mit zugeschrieben Eigenschaften’?

Afwegingscriteria

Waar – zoals bij de hantering van de Wbp – belangen moeten worden afgewogen, is het voor de praktijk nuttig om criteria aan te reiken, die daarbij kunnen helpen. De Commissie Brouwer-Korf⁷ heeft voor de afwegingen met betrekking tot gegevensverwerking in het veiligheidsdomein een richtinggevend kader aangeboden voor de feitelijke omgang met persoonsgegevens. Het betreft de grondslagen die de personen, die de betreffende afweging moeten maken, bij hun keuzes moeten hanteren. Deze criteria zijn zinnig en dienen serieus te worden genomen.

Daarnaast verdient een leidraad voor de wetgever aandacht. Dan gaat het niet zozeer om het departementale document dat de titel draagt ‘Leidraad afstemmen van wetgeving op de Wet bescherming persoonsgegevens’. Overigens een prima leer- en handboek voor wetgevingsambtenaren. Maar het gaat om noodzakelijke aandachtspunten voor de wetgever, die aan de orde moeten komen bij beslissingen inzake privacy gevoelige wetgevingsprojecten. Wij hebben daarom in de Eerste Kamer voorgesteld, dat het vaste programma van de wetgever moet inhouden dat bij ieder wetsvoorstel, waarbij de bescherming van de persoonlijke levenssfeer een rol kan spelen, wordt getoetst aan de volgende criteria:

1. De noodzaak, effectiviteit en hanteerbaarheid van de maatregel.
2. De proportionaliteit: de inbreuk mag niet groter zijn dan strikt noodzakelijk is.
3. De resultaten van een Privacy Impact Assessment, zodat vooraf is onderzocht welke risico’s de maatregel met zich meebrengt.
4. Effectief toezicht en controle. Het laatstgenoemde begrip niet opgevat in de Angelsaksische zin van beheersen (*to control*), maar van *contre rôle*, tegenspel, te realiseren door audits door een onafhankelijke toezichthouder.
5. Beperking van de geldigheidsduur door een horizonbepaling of in ieder geval een evaluatiebepaling.

7 Rapport Commissie Brouwer-Korf, *Gewoon doen, beschermen van veiligheid en persoonlijke levenssfeer*, Den Haag 2009.

In de Memorie van Toelichting van de in aanmerking komende wetsvoorstellen zal tot uitdrukking moeten worden gebracht of, en zo ja, hoe er aan deze toetsingscriteria is voldaan net zo als dat gebeurt bij het nemen van andere vaste stappen in het wetgevingsproces.

Tegen een van de toetsingscriteria die ik zojuist besprak, de Privacy Impact Assessment (PIA), is door de regering als bezwaar aangevoerd, dat een dergelijke verplichting zou leiden tot een onevenredig zware (financiële) belasting van het bedrijfsleven.

Dat is niet juist. Het gaat hier om een oriënterend onderzoek, dat het departement in het kader van de wetgevingsvoorbereiding moet verrichten. Van het bedrijfsleven zal in een enkel geval misschien worden gevraagd een vragenlijst in te vullen. Maar we zijn niet in een situatie die vergelijkbaar is met een milieueffectrapportage (MER), waarvoor een uitgebreide studie door een serie deskundigen moet worden overgelegd.

Afsluiting

In deze bijdrage heb ik gesproken over de toepassing en uitwerking van informatie-grondrechten, een onderwerp waarover Ankie en ik in 2005 het debat met minister Donner zijn begonnen en dat pas onlangs met andere deelnemers voorlopig is afgerond. Ik heb daarbij steeds als uitgangspunt voor de benadering van informatie-grondrechten het adagium gekozen: ‘kennis is vrij’. Dat betekent: in beginsel is alle informatie vrij. Informatie beheersen, zoals dictators gewoon zijn te doen door kranten en andere media te verbieden, past in een verouderd, hiërarchisch informatie model. Nu heeft iedereen een mobieltje en is zelf verslaggever. Dat leidt tot twee veranderingen. In de eerste plaats wordt de aandacht verplaatst van de verwerking van data (*processing of data*) naar het datagebruik en de consequenties daarvan voor de burgers, zoals het manipuleren van identiteiten.

Daarnaast zien we een verschuiving van privacy als individueel afweerrecht in de richting van collectieve doelen, zoals autonomie, sociale cohesie en gelijke behandeling. De oorzaak daarvan vormen de technologische veranderingen van Web 2.0. Daar zien we privacy van ‘The right to be let alone’ – het afweerrecht, dat het privé domein beschermt – overgaan naar ‘The right to act alone’ – een actierecht, dat betekent: ik bepaal zelf mijn profiel. Of anders: er bestaat een collectief georganiseerde bescherming van persoonsgegevens met daarnaast het recht om individueel de wijze van gebruik van de ‘eigen’ persoonsgegevens te bepalen. Het optreden van de twitteraar en Facebook adept moet daartoe dan ook worden gefaciliteerd. In deze zin wordt privacy evenals de vrijheid van meningsuiting een voorwaarde voor een vrije en democratische samenleving. Het is daarom nog steeds van belang, dat juristen

zich in hun opleiding intensief met de informatie- en communicatiegrondrechten blijven bezig houden.

G.J. van der Heide [■]

Inleiding

De tegenwoordig ook digitaal te raadplegen jaarverslagen van de Eerste Kamer vermelden steevast dat de Tweede Kamer en de Eerste Kamer grondwettelijk zijn belast met wetgeving, begrotingswetgeving en controle van het regeringsbeleid.¹ Zoals bekend, lopen de taken en bevoegdheden van beide Kamers echter uiteen. De Eerste Kamer mist als het op wetgeven aankomt bijvoorbeeld het recht van initiatief en het recht van amendement. Zij neemt een door de Tweede Kamer aanvaard wetsvoorstel in overweging ‘(...) zoals het door de Tweede Kamer aan haar is gezonden.’² Dat betekent weinig anders dan het wetsvoorstel in die vorm aannemen of verwerpen.³ Op grond van parlementair gewoonterecht beschikt de Eerste Kamer echter over meer mogelijkheden om het resultaat van het wetgevingsproces te beïnvloeden dan ‘aannemen of verwerpen’ van een wetsvoorstel alleen. Zo kan de regering zich bereid tonen aan kritiek van de Eerste Kamer tegemoet te komen door aan de Tweede Kamer een *novelle* ter beoordeling voor te leggen.⁴

■ Gert Jan van der Heide is vanaf 2004 vakdocent voor het rechtsgebied Staats- en Bestuursrecht bij de afdeling Moot Court van de Universiteit Leiden. Hij is aan de afdeling Staats- en Bestuursrecht van die universiteit verbonden voor het verrichten van onderzoek naar het bestuursrechtelijke vertrouwensbeginsel.

1 Zie < http://www.eerstekamer.nl/begrip/jaarbericht_eerste_kamer > voor jaarberichten vanaf 2003/2004. De jaarlijkse berichten komen ook in beeld na op de homepage van de Eerste Kamer (www.eerstekamer.nl) te zoeken op de term ‘jaarberichten’.

2 Art. 85 van de Grondwet.

3 Vgl. p. 13 van het Jaarbericht Eerste Kamer 2004/2005. Aan meer en andere verschillen tussen de taken, bevoegdheden en werkwijze van de beide Kamers moet deze bijdrage voorbijgaan.

4 De bewindspersoon kan ondervinden dat een meerderheid van de Eerste Kamer op een of meer onderdelen van het wetsvoorstel zoveel kritiek heeft dat verwerping van het voorstel in de lucht hangt. De bewindspersoon kan dan na overleg met de regering het initiatief nemen tot reparatie van het wetsvoorstel door bij de Tweede Kamer een wijzigingsvoorstel in te dienen om zodoende aan de kritiek van de Eerste Kamer tegemoet te komen en haar instemming ‘in tweede lezing’ alsnog te krijgen. Naar gangbare opvattingen in de literatuur moet de bewindspersoon daartoe zelf het voortouw nemen. Vgl. Van der Pot/Elzinga & De Lange, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*,

Ook kan de verantwoordelijke bewindspersoon (minister of staatssecretaris) aan de Eerste Kamer een *toezegging* doen over de wijze van uitvoering van de voorgestelde wet, de interpretatie van wetsartikelen of een evaluatieonderzoek binnen een door de Eerste Kamer aanvaardbaar geachte termijn.⁵

Zoals gezegd, kan de Eerste Kamer ter gelegenheid van de schriftelijke voorbereiding van of tijdens debatten over wetsvoorstellen aansturen op een novelle.⁶ Wat er uit staatsrechtelijk oogpunt van de novelle ook zij, onvermijdelijk heeft ze ernstige vertraging tot gevolg van de inwerkingtreding van ook wetgeving die spoedeisend kan zijn.⁷ Gedurende de periode 1990 tot en met maart 2011 zijn bij de Tweede Kamer niet meer dan 57 novelles ingediend. De Eerste Kamer stuurde aan op 24 inhoudelijke en 17 wijzigingsvoorstellen van technische aard. Voor 16 novelles was een aansporing van de Eerste Kamer in het geheel niet nodig.⁸

Leden van de Eerste Kamer kunnen aan een bewindspersoon gerichte vragen stellen over het wetsvoorstel in het algemeen of over een bepaald wetsartikel. Die vragen kunnen slaan op mogelijke botsingen met verdragsbepalingen, Europees recht, grondwettelijke bepalingen, al bestaande wettelijke voorschriften (ook in verband met de rechtseenheid) of algemene rechtsbeginselen.⁹ Bewindspersonen behoren

-
- Deventer: Kluwer 2006, p. 666. Het wetsvoorstel kan vanzelfsprekend ook worden ingetrokken in overeenstemming met artikel 86, eerste lid, van de Grondwet als de kritiek van de Eerste Kamer zo fundamenteel is dat daartegen redelijkerwijze geen parlementair kruid lijkt te zijn gewassen.
- 5 Vgl. *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 976, nr. 1 (Notitie 'Reflecties over de positie van de Eerste Kamer' van de toenmalige minister Peper van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties), paragraaf 4b.
 - 6 R.H. van de Beeten, 'De Eerste Kamer en wetgeving: geen hoofdrolspeler, maar wel de belangrijkste bijrol', *RegelMaat* 2009 (24), p. 269, meent dat de Eerste Kamer dit middel vaker moet gebruiken. Het tegen de novelle aangevoerde bezwaar dat die een verkapt recht van amendement vormt, vindt hij van louter academische maar niet van constitutionele betekenis: 'Het is immers niet de Eerste Kamer die de begeerde wijziging formuleert, maar de regering zelf; zij besluit daartoe.'
 - 7 Zou de Tweede Kamer zelf zich echt druk maken over de mogelijkheid van de Eerste Kamer om een minister tot het indienen van een novelle te bewegen, waarvan de Eerste Kamer slechts sporadisch gebruik maakt? Anders dan bij toezeggingen van bewindspersonen aan de Eerste Kamer, waarbij de Tweede Kamer buitenspel staat, heeft de Tweede Kamer bij een novelle nog recht van spreken!
 - 8 Bron: < http://www.eerstekamer.nl/novelles_vanaf_1963?start_002=50 >, geraadpleegd 4 juli 2011. Een overzicht van novelles sedert 1963 is te raadplegen door op de term 'novelles' een zoekopdracht te geven op de genoemde homepage www.eerstekamer.nl.
 - 9 R. Kranenburg, *Het Nederlandsch staatsrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1938, besprak op p. 282-283, wat hij noemde, het 'belangrijke Gids-artikel' van H. Krabbe, 'De Eerste Kamer', *De Gids* 1910, p. 48-89, ook opgenomen in de bundel *Staatsrechtelijke opstellen: uitgegeven ter gelegenheid van het aftreden van Prof. H. Krabbe als hoogleeraar aan de Rijks Universiteit te Leiden. Eerste deel: Verspreide opstellen van H. Krabbe*, 's-Gravenhage: Nijhoff 1927, p. 146 e.v. Krabbe heeft, zoals Kranenburg het verwoordde: '[V]oor de Eerste Kamer een eigen functie aangegeven. De Tweede Kamer is voor Krabbe de eigenlijke volksvertegenwoordiging, en haar functie is de verwezenlijking van de in het volk levende rechtsovertuigingen. Maar wegens de feilbaarheid

die vragen volledig en adequaat mede namens het kabinet te beantwoorden. De Eerste Kamer levert zodoende een belangrijke bijdrage aan de parlementaire geschiedenis van formele wetten. Wetshistorische interpretatie kan de rechter een handvat bieden als hij in een concreet geval een wetsbepaling moet toepassen, zeker als het voorschrift een open norm behelst of grammaticale interpretatie ervan ruimte biedt. Op de rechtswaarde van ‘bedoelingen’ van bewindspersonen en die van Kamerleden als medewetgevers valt volgens Fleuren af te dingen: ‘Het principiële bezwaar dat ik op het oog heb, is het argument dat “de bedoeling van de wetgever” een zinledige notie is omdat “bedoelen” een mentaal proces of een mentale toestand aanduidt en

der afgevaardigden kan het uiteraard gebeuren, dat de werkelijke functionering van de vertegenwoordiging niet aan haar doel beantwoordt. Hier ligt nu de taak der Eerste Kamer; het is haar functie te controleren, of de door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstellen inderdaad beantwoorden aan het volks-rechtsbewustzijn. Is dat het geval, dan heeft zij de ontwerpen aan te nemen, al zou zij ze zelf niet wenschelijk achten, en ongeacht haar politieke samenstelling. (...) Het is een oorspronkelijke constructie; de functie der Eerste Kamer zou daarmee naderen tot een rechterlijke functie; zij zou de vervulling van de functie der *volksvertegenwoordiging* hebben te beoordelen; haar taak zou worden tot objectieve toetsing aan bepaalde normen, die nog ongeformuleerd in het volksbewustzijn leven.’ Er is na 1910 en 1938 veel veranderd, ook ten aanzien van de geldingskracht van algemene rechtsbeginselen. De Hoge Raad begon die kracht, eerst in de vorm van het ‘verbod van willekeur’, binnen rechtsverhoudingen tussen het overheidsbestuur en justitiabelen pas na de Tweede Wereldoorlog te aanvaarden in zijn arresten over woonruimteverboddingen. Zie HR 25 februari 1949, *NJ* 1949, 558 m.nt. Veegens (*Woonruimteverbodding Doetinchem*). De Eerste Kamer ‘toetst’ als medewetgever ook aan niet of ten dele gecodificeerde algemene rechtsbeginselen. In het bijzonder houdt de Eerste Kamer het materiële rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel scherp in de gaten. Zo volgt bijvoorbeeld uit de parlementaire geschiedenis van de Harmonisatiewet dat de Eerste Kamer grote moeite had met inbreuken op de materiële rechtszekerheid van studenten en het bij hen gewekte vertrouwen toen zij zich, na hun studie te zijn begonnen, plotseling met verhoging van collegegeld en beperking van studiefinanciering geconfronteerd zagen. De rechter moet op grond van artikel 120 van de Grondwet naar huidig recht ‘terugtreden’ als de formele wetgever dergelijke inbreuken in ogenschouw heeft genomen, de belastende gevolgen ervan voor belanghebbenden heeft aanvaard en rechtstreeks werkende verdragsbepalingen of Europees recht evenmin een hinderpaal vormen. Vgl. HR 14 april 1989, *NJ* 469, m.nt. MS (*Harmonisatiewet arrest*). Dat de wetgevende functie van de Eerste Kamer kan naderen tot een vorm van rechterlijke functie, is ruim honderd jaar na het ‘Gids-artikel’ van Krabbe nog actueel. Vgl. *Handelingen I* 2008-2009, 29 353, nr. 3, p. 167 (Toezegging Inwerkingtreding wetsvoorstel 29 353 betreffende Geregistreerd partnerschap, geslachtsnaam en gezamenlijk gezag). Mevrouw Broekers hield de toenmalige minister van Justitie Hirsch Ballin voor: ‘De minister vraagt ons om gewoon met open ogen een wet aan te nemen die in strijd is met een recent aangenomen andere wet. Je kunt dit inderdaad bagatelliseren en zeggen dat het maar van procesrechtelijke aard is. Wat doet het er eigenlijk toe, wij passen er wel een mouw aan. Deze Kamer heeft echter de taak om wetten te beoordelen op rechtmatigheid, op uitvoerbaarheid en op handhaafbaarheid.’ [cursivering GJH] Zie ook Van de Beeten 2009, p. 260: ‘In de eerste plaats valt op dat de Senaat meer dan in het verleden de kerntaak van de Kamer accentueert: toetsing van wetsvoorstellen op rechtmatigheid (overeenstemming met algemene rechtsbeginselen, internationale verdragen en Grondwet), wetssystematiek, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid.’

dat psychische processen en toestanden wel kunnen worden toegeschreven aan de individuele ambtsdragers die – als bewindspersoon of als Kamerlid – een stem hebben gehad in de totstandkoming van de wet (...), maar niet aan een samengesteld ambt als de wetgever of de grondwetgever.’¹⁰ Ligt dat ook zo als een bewindspersoon na indringende vragen van een lid van de Eerste Kamer een concrete en onvoorwaardelijke toezegging doet? Literatuur over toezeggingen van bewindspersonen is dun gezaaid. Staatsrechtelijke hand- en studieboeken gaan nogal eens aan dit fenomeen voorbij, terwijl de Eerste Kamer toezeggingen juist uiterst serieus neemt. Vanaf 2003 houdt zij mede ten behoeve van belanghebbende justitiabelen een databank van aan haar gedane toezeggingen bij: ‘Tijdens de behandeling van wetsvoorstellen worden door de regering toezeggingen gedaan. Met behulp van deze databank wordt bijgehouden welke toezeggingen zijn gedaan en hoe deze worden nagekomen.’¹¹ Op 20 juni 2011 is TO1343 (vanaf 2003 dus een toezegging met volgnummer 1.343!) aan de databank toegevoegd. Op die datum waren 996 toezeggingen voldaan terwijl 285 toezeggingen toen nog als ‘openstaand’ waren geregistreerd. Alleen al het aantal toezeggingen van gemiddeld zo’n 150 per jaar toont het belang van deze figuur aan. Toezeggingen van bewindspersonen mogen dan ook in de literatuur best meer aandacht krijgen.

De verdere opbouw van deze bijdrage

In lijn met de titel van deze bundel staan hierna toezeggingen van bewindspersonen aan de Eerste Kamer zoveel mogelijk centraal. Ook om de geïnteresseerde lezer – indien al nodig – een idee te geven van wat er zoal op het gebied van toezeggingen in de Eerste Kamer kan spelen, volgen eerst drie voorbeelden van toezeggingen die op het conto van mevrouw mr. Ankie Broekers-Knol (mevrouw Broekers) komen. Daarna krijgen verschillende typen van toezeggingen aandacht, resulterend in de

10 J.W.A. Fleuren, ‘Wetshistorische interpretatie en de “bedoelingen van de wetgever”’, in: P.P.T. Bovend’Eert e.a. (red.), *De staat van wetgeving. Opstellen aangeboden aan prof. mr. C.A.J.M. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2009, p. 154. Zie ook op p. 156: ‘Mentale toestanden of processen kunnen immers worden toegeschreven aan individuen, derhalve ook aan personen die een ambt bekleden, maar niet aan ambten als zodanig.’ De fraaie bijdrage van Fleuren verdient veel meer aandacht dan hier kan worden gegeven.

11 Vgl. < http://www.eerstekamer.nl/toezeggingen_2 >, geraadpleegd 4 juli 2011. Alle toezeggingen vanaf 2003 zijn ook weer te raadplegen door op de term ‘toezeggingen’ te zoeken op de homepage van de Eerste Kamer. In het vervolg van deze bijdrage worden toezeggingen aangeduid met het ‘TO-nummer’ dat de Eerste Kamer toekende. Zie voor recente voorbeelden van belangrijke toezeggingen paragraaf 1.4 van het Jaarbericht Eerste Kamer 2009/2010, waarvan de digitale vindplaats in voetnoot 1 is vermeld.

introdunctie van de ‘parlementaire toezegging’ met bijzondere kenmerken. Enkele nog niet goed uitgewerkte gedachten worden geventileerd over mogelijke grondslagen voor de bindende kracht van een parlementaire toezegging, ook om een discussie daarover aan te zwengelen. Vervolgens staat deze bijdrage stil bij de vraag of en, zo ja, onder welke voorwaarden een parlementaire toezegging verticaal en dus ten behoeve van een justitiabele rechtstreekse werking kan hebben binnen een door het bestuursrecht gedomineerde rechtsverhouding met de overheid. Aan het slot treft de lezer enkele samenvattende conclusies aan.

Drie voorbeelden van door mevrouw Broekers gerealiseerde toezeggingen

Mevrouw Broekers heeft vanaf oktober 2001, toen zij voor de eerste keer als lid van de Eerste Kamer werd beëdigd, bewindspersonen tot het doen van honderden toezeggingen of andere belangrijke verklaringen weten te bewegen. Hierna volgen drie voorbeelden.¹²

Toezegging TO0484 d.d. 27 maart 2007 (Vaststelling en invoering titel 7.5 (Pacht) van het BW). Op aandringen van mevrouw Broekers zegt de minister van Justitie toe dat zal worden onderzocht of verdere liberalisering van het overwegend nog dwingendrechtelijk pachtregime wenselijk kan zijn. Mevrouw Broekers vraagt: ‘Heeft de minister een tijdpad voor ogen? Ik ben blij dat de minister dit nu met ons bespreekt en bereid is om met de praktijk te onderzoeken of een categorie afgegrensde gebouwen ook onder de regeling van artikel 397 zou kunnen komen te vallen. Ik moet er echter wel zicht op hebben of het vier, vijf of honderd jaar duurt.’ Minister Hirsch Ballin antwoordt: ‘De eerste van de genoemde alternatieven lijkt mij beter dan de laatste, al was het maar omdat er dan enig risico bestaat dat er archiefonderzoek nodig zal zijn voor de opvolgers die deze toezegging gestand gaan doen. (...) Misschien is de duur van een kabinetsperiode daarvoor een goede termijn. Bij leven en welzijn van politiek en bewindslieden bedraagt die termijn vier jaren. Wij kunnen dan ook een toezegging doen die wij niet aan opvolgers hoeven door te geven (...).’¹³

Toezegging TO1017 d.d. 23 juni 2009 (onder andere Vierde tranche Awb). Naar aanleiding van vragen van mevrouw Broekers over fiscale boetes, heeft de minister

12 Andere bijdragen aan deze bundel bieden meer voorbeelden.

13 *Handelingen I* 2006-2007, 30 448, nr. 24, p. 783. Uit de reactie van de minister valt af te leiden dat de toezegging van een bewindspersoon ambtsgebonden is. Vgl. de bij *Kamerstukken I* 2010-2011, 32 500 III, C (Verslag van een schriftelijk overleg) behorende correspondentie tussen de Voorzitter van de Eerste Kamer en de Minister-President, waaruit volgt dat nieuwe bewindspersonen zijn gebonden aan toezeggingen van hun ambtsvoorgangers.

van Justitie bij monde van regeringscommissaris Scheltema tijdens de plenaire behandeling van het wetsvoorstel Vierde tranche Awb aan de Eerste Kamer toegezegd dat het overheidsbestuur geen specifiek boetebeleid voor belastingadviseurs en bedrijfsfiscalisten zal voeren. Mevrouw Broekers staat erop nog eens duidelijk van de minister te vernemen wat hij precies van plan is: ‘Kan de minister de in de Tweede Kamer gedane toezegging verduidelijken, zodat daarover geen misverstand kan bestaan, de rechter ermee rekening kan houden en de sfeer tussen de Belastingdienst en adviseurs niet onnodig verhard wordt?’ Regeringscommissaris Scheltema neemt de kou wel uit de lucht, maar mevrouw Broekers verlangt voor alle zekerheid toch ook het woord van de minister zelf: ‘Ik acht de heer Scheltema hoog. Hij doet een toezegging die van belang is. Mag ik daarom van de minister horen of hij deze toezegging onderschrijft?’ Minister Hirsch Ballin antwoordt: ‘Zeker onderschrijf ik deze toezegging.’¹⁴

Toezegging TO1227 d.d. 28 september 2010 (Wet griffierechten burgerlijke zaken). De minister van Justitie zegt de Eerste Kamer, na indringende vragen en opmerkingen van mevrouw Broekers, toe de effecten en consequenties van niet-tijdige betaling van griffierecht bij te zullen houden en in de eveneens toegezegde evaluatie daarop in te gaan. Mevrouw Broekers verwoordt klip en klaar wat de minister heeft beloofd: ‘Dit is dus duidelijk een toezegging van de minister om dat te registreren zodat wij over enige tijd kunnen zien hoe het loopt. In de stukken schreef hij nog dat het allemaal te moeilijk was en dat hij dat niet zou gaan doen, omdat het vreselijk veel werk zou zijn voor de griffie. Nu is er dus een toezegging dat het wel gebeurt.’¹⁵

Verschillende typen van toezeggingen

In zijn annotatie bij het arrest *Provincie Gelderland/Vitesse e.a.*¹⁶ behandelt Hennekens summierlijk drie typen van toezeggingen.¹⁷ Onder het eerste type schaaft de auteur niet op rechtsgevolg gerichte handelingen, zoals die in het dagelijks leven veelvuldig voorkomen. Toezeggingen als ‘ik kom morgen om tien uur’ en ‘ik zeg toe nu aan het werk te gaan’, leveren volgens Hennekens over het algemeen niet

14 *Handelingen I* 2008-2009, 29 702, 31 124, 31 700 VI), nr. 36, p. 1609 en p. 1630-1631.

15 *Handelingen I* 2010-2011, 31 758, nr. 1, p. 29.

16 HR 25 juni 2010, *AB* 2010, 334 m.nt. F.J. van Ommeren, *JB* 2010, 173 m.nt. R.J.B. Schutgens, *NJB* 2010, 1410 (*Provincie Gelderland/Vitesse e.a.*).

17 H.Ph.J.A.M. Hennekens, ‘Het rechtsgevolg van een overheidstoezegging’, *Gst.* 2010, 93.

meer op dan een niet-bindende kennisgeving aan een ander.¹⁸ Het tweede type dat Hennekens onderscheidt, is de rechtens relevante toezegging van rituele aard.¹⁹ Een derde type reserveert Hennekens voor de rechtens bindende toezegging van niet rituele aard. Met de laatstgenoemde toezegging zal Hennekens vooral het oog hebben op haar afdwingbaarheid in rechte of op de mogelijkheid om schadevergoeding wegens toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een toezegging te vorderen.²⁰

De toezegging van een bewindspersoon aan de Eerste Kamer valt bezwaarlijk onder een van deze typen te brengen. Het wordt tijd de ‘parlementaire toezegging’ te introduceren en iets te zeggen over mogelijke grondslagen voor de gebondenheid van bewindspersonen aan zodanige toezegging en haar rechtsgevolgen.

Mogelijke grondslagen voor de verbindende kracht van een parlementaire toezegging

Bestuursrechtjuristen zullen het begrip ‘toezegging’ vooral associëren met het bestuursrechtelijke vertrouwensbeginsel.²¹ Beginselen van behoorlijk bestuur zijn

18 Het kan echter anders zijn, waarop ook Hennekens met ‘over het algemeen’ zal doelen. Neem bijvoorbeeld de telefonist van een taxibedrijf die na een daartoe gedaan verzoek meedeelt: ‘Morgenochtend om tien uur staat onze chauffeur voor uw deur’. Dan is er sprake van op rechtsgevolg gerichte verklaringen en deze rechtshandelingen leverden een vervoersovereenkomst op. Ook is denkbaar dat een goede buur of een verre vriend die uitdrukkelijk belooft een vakantieganger tijdig om niet met zijn auto naar het vliegveld te brengen maar verstek laat gaan, als gevolg waarvan de reiziger zijn vlucht mist, op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk kan zijn voor de daaruit voortvloeiende schade. De (zoveelste) niet nagekomen toezegging van een werknemer dat hij dit keer wel onverwijld aan de slag zal gaan, kan voor de werkgever een dringende reden voor ontslag op staande voet meebrengen. Het gaat er maar net om welke positie de betrokkenen over en weer innemen, in welk verband een toezegging is gedaan en hoe krachtig haar bewoordingen zijn.

19 Dit type zal mevrouw Broekers aanspreken in haar hoedanigheid van buitengewoon ambtenaar Burgerlijke Stand (huwelijksambtenaar) van de gemeente Bloemendaal sedert 1987. Met het ten overstaan van haar gegeven en in de huwelijksakte vastgelegde ‘ja-woord’ zeggen twee natuurlijke personen toe, althans beloven zij plechtig, dat zij alle rechten en plichten die de wet daaraan verbindt, zullen naleven. Hennekens noemt meer voorbeelden van rituele toezeggingen die de wet voor het bereiken van een beoogd rechtsgevolg voorschrijft, zoals de advocateneed.

20 Zie voor de al dan niet bindende kracht van een toezegging, grondslagen van gebondenheid en haar eventuele rechtsgevolgen bijvoorbeeld J.M.M. Menu, *De toezegging in het privaatrecht. Een intern rechtsvergelijkende analyse met de toezegging in het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1994.

21 Vgl. ABRvS 20 juli 2011, *LJN BR2299 (Weigering medewerking bouwplan Bergeijk)* voor de eisen die de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State stelt aan een te honoreren beroep op gewekt vertrouwen: ‘Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer in haar uitspraak van 8 oktober 2008 in zaak nr. 200800761/1) is, voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel

echter niet (rechtstreeks) toepasselijk op de verhoudingen tussen de Eerste Kamer en bewindspersonen, zodat het bestuursrechtelijke vertrouwensbeginsel als grondslag voor gebondenheid aan het gegeven woord afvalt. Zou de staatsrechtelijke vertrouwensregel misschien als grondslag voor de gebondenheid van bewindspersonen aan toezeggingen jegens de Eerste Kamer kunnen dienen?²² Een bewindspersoon die een nadrukkelijk aan de Eerste Kamer gedane toezegging in de wind slaat,²³ heeft heel wat uit te leggen. Goed pleitbaar is dat een bewindspersoon door de Eerste Kamer kan worden genoodzaakt zijn ontslag aan te bieden als hij een nadrukkelijke toezegging niet nakomt en daardoor het vertrouwen van de Eerste Kamer verliest. Dat kan zeker het geval zijn als de toezegging nodig was om de Eerste Kamer over de streep te trekken. De vertrouwensregel lijkt zich vooralsnog het beste te lenen als stok achter de deur van de Eerste Kamer. Toezeggingen hebben echter geen eeuwigheidswaarde, zoals ook bestaande – al dan niet bij formele wet vastgestelde – wettelijke voorschriften die niet hebben. Een beleidswijziging na bijvoorbeeld een andere politieke samenstelling van de Tweede Kamer en het aantreden van een nieuw

nodig dat er aan het bestuursorgaan toe te rekenen concrete, ondubbelzinnige toezeggingen zijn gedaan door een daartoe bevoegd persoon, waaraan rechtens te honoreren verwachtingen kunnen worden ontleend.’ De Centrale Raad van Beroep pleegt een beroep op het vertrouwensbeginsel, zoals in CRvB 7 juli 2011, *LJN BR2504 (Functieschaal korpsbeheerder)*, te beoordelen als volgt: ‘De Raad overweegt dat een beroep op het vertrouwensbeginsel volgens vaste rechtspraak alleen kan slagen, als van de kant van het bevoegde orgaan uitdrukkelijke, ondubbelzinnige en onvoorwaardelijke toezeggingen zijn gedaan die bij de betrokkene gerechtvaardigde verwachtingen hebben gewekt (CRvB 19 november 2009, *LJN BK4733*).’ Het College van Beroep voor het bedrijfsleven overweegt in CBB 4 juli 2011, *LJN BR3096 (Dwangsom Winkeltijdenwet Utrecht)* onder 2.5: ‘Het beroep van appellanten op het vertrouwensbeginsel slaagt evenmin. Appellanten hebben met hun verwijzing naar een brief van de afdeling bijzondere wetten van de Politie Regio Utrecht van 29 augustus 2003 niet aannemelijk gemaakt dat ten tijde hier in geding ten aanzien van hen de toezegging van de zijde van verweerders gold dat niet handhavend zou worden opgetreden tegen eventuele overtreding van de Wet.’

- 22 De vertrouwensregel houdt als ongeschreven regel van Nederlands staatsrecht kortweg in dat een minister of staatssecretaris (dan wel in zijn kielzog het kabinet als geheel) zijn ontslag aan de Koning behoort aan te bieden, als hij onmiskenbaar het vertrouwen van een meerderheid van ‘het’ parlement verliest. Of het politieke primaat van de Tweede Kamer zich verzet tegen de mogelijkheid van de Eerste Kamer om met gebruikmaking van de vertrouwensregel een bewindspersoon of een kabinet tot aftreden te dwingen, zijn de meningen in de staatsrechtelijke literatuur verdeeld, al achten de meeste auteurs de vertrouwensregel ook voor de Eerste Kamer van kracht. Zie onder veel anderen P.P.T. Bovend’Eert & H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse parlement*, Deventer: Kluwer 2010, p. 40-43. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008, onderbouwt op p. 307-308 dat de vertrouwensregel ook in de relatie tussen bewindspersonen en de Eerste Kamer geldt. J.J.J. Sillen, ‘Eerste Kamer en kabinet’, *NJB* 2011, 1172, neemt een genuanceerd standpunt in. Hij concludeert onder meer dat de vertrouwensregel in relatie tot de Eerste Kamer niet tot het positieve staatsrecht hoort.
- 23 Wat, voor zover uit de databank van toezeggingen van de Eerste Kamer valt op te maken, zelden of nooit voorkomt.

kabinet kan tot wetswijzigingen of het intrekken van toezeggingen aan de Eerste Kamer noodzakelijk.²⁴ Daarmee zal de Eerste Kamer genoeg kunnen of moeten nemen, mits de bewindspersoon genoegzaam motiveert waarom in het voorliggende geval een al dan niet door zijn ambtsvoorganger gedane toezegging niet gestand kon worden gedaan. Waarom zou de Eerste Kamer de vertrouwensregel niet in stelling mogen brengen als zij de argumentatie van de bewindspersoon ontoereikend acht en zij zich terecht in het bij haar gewekte vertrouwen beschaamd voelt, zeker als de Tweede Kamer niet intervenieerde? Een door de Eerste Kamer afgedwongen toezegging kan ook een wederkerig element bevatten. Een bewindspersoon kan bevroeden dat de Eerste Kamer op steekhoudende gronden slechts met het wetsvoorstel zal instemmen nadat er een duidelijke parlementaire toezegging is gedaan om bezwaren van de Eerste Kamer zoveel mogelijk weg te werken. Het is dan een kwestie van duidelijkheid bieden, soms ook van onderhandelen binnen de grenzen die voor de Eerste Kamer staatsrechtelijk en politiek gezien gelden. De Eerste Kamer hoeft trouwens lang niet altijd haar tanden te laten zien. Een bewindspersoon kan de redelijkheid van kritische opmerken van de Eerste Kamer inzien en een oplossing bereiken door min of meer spontaan een toezegging te doen die de kwaliteit van de voorgestelde wetgeving bevordert, zoals een minister ook het voortouw kan nemen bij het indienen van een novelle zonder daartoe door de Eerste Kamer uitgeoefende druk.

Verticale werking van toezeggingen van bewindspersonen

De vraag kan rijzen of de toezegging van een bewindspersoon aan de Eerste Kamer verticaal kan werken, in die zin dat een justitiabele zich rechtstreeks en succesvol in rechte op die toezegging kan beroepen binnen zijn door het bestuursrecht gedomineerde geschil met het overheidsbestuur. Voor het antwoord op die vraag is bepalend het verschil tussen toezeggingen die een bewindspersoon uitsluitend als politicus en medewetgever doet en toezeggingen van een bewindspersoon die ook de hoedanig-

24 Zie bijvoorbeeld E.J. Blom, 'Onvoorzien omstandigheden en de overheid', *JutD* 2011, 57, voor de bijzondere positie van de overheid als privaatrechtelijke contractspartij. Het kan voorkomen dat een schuldeiser de nakoming van een verbintenis binnen overeenkomst niet met vrucht van de overheid kan vorderen als gevolg van een bestuurlijke beleidswijziging in het algemeen belang. Blom bespreekt het vonnis in kort geding Rb. 's-Gravenhage (vrz.) 21 februari 2011, *Prg.* 2011, 85 m.nt. P. Abas, *LJN* BP5123 (*Gemeente Zutphen/Staat*).

heid heeft van toekomstig verantwoordelijk uitvoerder van de wetsvoorschriften.²⁵ Alleen in het laatstgenoemde geval kan de parlementaire toezegging via de band van het bestuursrechtelijke vertrouwensbeginsel voor justitiabelen van directe betekenis zijn, wat ook uit de jurisprudentie volgt.²⁶ In overeenstemming met het bevoegdheidsvereiste van het vertrouwensbeginsel in bestuursrechtelijke zin moet de bewindspersoon het beslissingsbevoegde bestuursorgaan zijn: een rechtsgeldige en voor honorering in aanmerking komende toezegging dient immers volgens vaste jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters in ieder geval door of namens het beslissingsbevoegde bestuursorgaan te zijn gedaan (CRvB), bovendien aan dat bestuursorgaan toerekenbaar zijn (ABRvS), respectievelijk van de zijde van het bevoegde bestuursorgaan gelden (CBB).²⁷ Als de toezeggende bewindspersoon later niet ook het beslissingsbevoegde bestuursorgaan is, is de justitiabele aangewezen op een ‘zwakke-

25 Vgl. – ook voor veel verwijzingen – het nog steeds belangrijke opstel van P.J. Wattel, ‘De juridische betekenis van uittalingen van bewindslieden bij de totstandkoming van (belasting)wetgeving’, *FED* 1990, 335. Zie ook de redactionele aantekeningen bij het ‘Stroomschema’ van de staatssecretaris van Financiën als voorgelegd aan de Eerste Kamer in het kader van de behandeling van het wetsvoorstel invoering aftrekverbod aankoopkosten deelneming, *VN* 2004, 62.16. Vooral binnen het belastingrecht komt de genoemde dubbelfunctie voor.

26 Zie, ook voor veel verwijzingen naar literatuur en jurisprudentie, onderdeel 4 (Uittaling als medewetgever of uitvoerder?) van de bijlage bij de conclusie van de A-G Overgaauw vóór HR 21 september 2007, *BNB* 2008, 95 m.nt. E.J.W. Heithuis, *NTFR* 2007, 1811 m.nt. Elbert, *VN* 2007/42.3 m.nt. redactie, *LJN* AY9013 (*Renteaftrek eigen woning*). De Hoge Raad overweegt onder 3.6 van zijn arrest: ‘Het Hof heeft voor redengevend geoordeeld dat de Staatssecretaris deze uittalingen heeft gedaan in zijn hoedanigheid van medewetgever en niet in zijn hoedanigheid van uitvoerder van de belastingwet, hetgeen aan een gerechtvaardigd beroep op het vertrouwensbeginsel in de weg staat.’ In gelijke zin, maar dan over een toezegging aan de Tweede Kamer, rov. 4.3 van Rb. ’s-Gravenhage 7 juli 2010, *NTFR* 2010, 1945, *VN* 2010/48.10 m.nt. redactie, *LJN* BN3681 (*Compensatieregeling Nederlandse grensarbeiders*). De rechtbank verwijst naar het standaardarrest HR 7 juli 1993, *BNB* 1993, 336 m.nt. G. Slot, *FED* 1993, 601, *VN* 1993, 2616 m.nt. redactie (*VUT-regeling*). In dit verband en ook voor staatsrechtelijke bespiegelingen zijn belangwekkend de onderdelen 3.6 t/m 3.7.2 van de conclusie van de A-G Spier vóór HR 10 juli 2009, *NJ* 2009, 363, *LJN* BI3452 (*BAT/Staat*) en de onderdelen 5.30 t/m 5.42 van de conclusie van dezelfde A-G vóór HR 20 maart 2009, *Gst.* 2009, 65 m.nt. R.J.B. Schutgens, *JB* 2009, 108 m.nt. J.M.H.F. Teunissen, *NJ* 2009, 233 m.nt. M.R. Mok, *LJN* BG9951 (*Maximering pluimveerechten*). In onderdeel 5.33 van zijn laatstgenoemde conclusie merkt de A-G Spier onder meer op: ‘Het toekennen van beslissende betekenis aan beschouwingen, gerukt uit hun context en los van het verdere verloop van de discussies en de vraag of en zo ja hoe door (een van de Kamers van de Staten-Generaal op de uittalingen [van bewindspersonen, GJH] is gereageerd, zou de parlementaire democratie in gevaar brengen.’

27 Zie voetnoot 21 voor verwijzingen naar relevante jurisprudentie. De rechtspraak van de burgerlijke rechter en de belastingrechter lijkt wat het bevoegdheidsvereiste betreft minder veeleisend, ook doordat in ieder geval de burgerlijke rechter altijd nog schadevergoeding op grond van onrechtmatige overheidsdaad in plaats van toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een toezegging kan toewijzen als hij zich daartoe bevoegd acht en de eiser in zijn vordering ontvankelijk verklaart. Op deze materie kan deze bijdrage verder niet ingaan.

re werking' van parlementaire toezeggingen door te refereren aan de hem beweerdelijk gunstig gestemde wetsgeschiedenis van de inhoud en reikwijdte van een ter discussie staand wetsvoorschrift.²⁸

Enkele samenvattende conclusies

In de inleiding is relatief veel aandacht besteed aan in vergelijking met parlementaire toezeggingen zelden voorkomende novelles. De stand per medio 2011 is jaarlijks gemiddeld amper 3 novelles tegenover 150 parlementaire toezeggingen aan de Eerste Kamer. De twee genoemde instrumenten van de Eerste Kamer hebben gemeen dat ze op staatsrechtelijk gewoonterecht berusten. Enkele voor- en nadelen van de novelle ten opzichte van de parlementaire toezegging zijn aangestipt. Het is opvallend genoemd dat staatsrechtelijke literatuur de parlementaire toezegging nogal eens links laat liggen, terwijl novelles wel uitvoerig tegen het licht worden gehouden. De parlementaire toezegging verdient een prominentere plaats en nader onderzoek.

Aan de hand van drie voorbeelden is aangetoond dat mevrouw Broekers als senator haar grondige rechts- en wetskennis altijd weet te combineren met haar ook op wetenschappelijke leest geschoeide pleit- en argumentatievaardigheden. Haar draagkrachtig geformuleerde bezwaren tegen, dan wel haar kritische vragen over een wetsvoorstel of een bepaald wetsartikel hebben menig bewindspersoon tot het doen van belangrijke en aansprekende toezeggingen bewogen. Het standpunt van Fleuren dat de toezegging van een bewindspersoon niet ambtsgebonden zou zijn, is onder meer door verwijzingen naar een ministeriële toezegging en parlementaire correspondentie weersproken.

In navolging van Hennekens zijn drie typen van toezeggingen beschreven. Daaraan is in deze bijdrage toegevoegd de parlementaire toezegging die zulke bijzondere kenmerken heeft dat ze niet onder de paraplu van een al bestaand type van toezeggingen kan schuilen. Als schot voor de boeg zijn enkele nog niet goed uitgekristalliseerde gedachten over mogelijke grondslagen voor de bindende kracht van een parlementaire toezegging geuit. Achtereenvolgens zijn aan de orde gekomen het vertrouwensbeginsel, de staatsrechtelijke vertrouwensregel en uiterst summier ook een mogelijk wederkerig element dat de parlementaire toezegging kan aankleven. Voorlopig is geconcludeerd dat de vertrouwensregel zal *voorkomen* dat een bewinds-

28 Vgl. HR 25 september 2009, *AB* 2010, 12 m.nt. R. Ortlep, *BNB* 2009, 295 m.nt. P.G.H. Albert, *FED* 2009, 94 m.nt. C.A. Blokkx-van Roosmalen, *Gst.* 2010, 29 m.nt. R.J.B. Schutgens, *NTFR* 2009, 2155 m.nt. van der Vegt, *VN* 2009/47.3 m.nt. redactie, *LJN* BJ8524 (*Tekstuele versus wetshistorische interpretatie door de belastingrechter*).

persoon zijn toezegging *niet* gestand zal doen en daarop de bindende kracht van het door een bewindspersoon aan de Eerste Kamer gegeven woord kan berusten.

Ten slotte is een begin van antwoord gegeven op de vraag of en, zo ja, in hoeverre en onder welke voorwaarden een justitiabele zich op de verticale of rechtstreekse werking te zijnen behoeve van toezeggingen van bewindspersonen aan de Eerste Kamer kan beroepen. In ieder geval binnen het kader van het vertrouwensbeginsel geldt dat de toezeggende bewindspersoon niet alleen verantwoordelijk bewindspersoon en medewetgever moet zijn, maar ook dat hij als bestuursorgaan de beslissingsbevoegdheid heeft om besluiten krachtens de in werking te treden wetsvoorschriften te nemen. Accent is gelegd op de werking van het bestuursrechtelijke vertrouwensbeginsel en op jurisprudentie van de belastingrechter en de hoogste bestuursrechters. Dat kon gezien de beperkte ruimte die deze bundel biedt niet anders. Veel vragen zijn onbeantwoord gebleven, bijvoorbeeld over mogelijk afwijkende standpunten in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter over de geldingskracht en werking van parlementaire toezeggingen. Grondiger onderzoek naar ook andere aspecten van de parlementaire toezegging verdient aanbeveling.

E. Kentin ■**Inleiding**

‘De balans tussen privacy en veiligheid móet in evenwicht blijven.’¹ Deze uitspraak deed Ankie Broekers-Knol tijdens het debat met de minister van Justitie over het wetsvoorstel inzake de bevoegdheid tot het vorderen van gegevens. Even daarvoor beschreef zij haar toenmalige student-assistent op zo’n wijze dat het de wenkbrauwen toch op zijn minst even zou laten fronsen.² Iets is niet altijd wat het lijkt en zeker bij de bescherming van privacy moeten de juiste waarborgen in acht genomen worden om niet de schijn tegen te krijgen. Met deze inzet heeft de Eerste Kamer een goed pleitbezorgster in Broekers-Knol in tijden waarin terrorisme en privacybescherming aan de orde van de dag zijn, zeker gezien haar lidmaatschappen van relevante commissies.³

■ Esther Kentin is docent Internationaal Publiekrecht bij de afdeling Moot Court, Universiteit Leiden.

1 *Handelingen I* 2004/05, 31, p. 1460.

2 ‘En dan nog even dit, mevrouw de voorzitter. Hij is tweemaal naar Bosnië geweest, een keer op een studiereis, een keer met drie vrienden in een auto. Hij heeft de websites van onder andere de Arabisch-Europese Liga van Abu Jahjah bekeken, maar ook jihadwebsites vanwege academische interesse. Hij heeft een jongeman uit Azerbeidzjan ontmoet op een zomerschool in Oostenrijk, daarmee geëmaild en met deze jongeman in Amsterdam koffiegedronken. Hij heeft geld overgemaakt naar Amerika, zodat de ontvanger ervan een studieboek zou opsturen dat daar goedkoper te verkrijgen is. Hij gaat deze zomer met vakantie naar Turkije, maar gaat daar ook scooters huren. Zijn vriendin is de dochter van een Nederlandse diplomaat. Hij woont in een studentenhuus naast een synagoge. Hij werkt voor een Eerste-Kamerlid. Voorzitter, dit is mijn student-assistent. Uit het voorgaande rees een beeld dat niet veel goeds voorspelt. Mijn studentassistent is echter een reuzeaardige, brave, intelligente, hardwerkende rechtenstudent,’ aldus Broekers-Knol. *Handelingen I* 2004/05, 31, p. 1459-1460.

3 Broekers-Knol is voorzitter van de Commissie voor Veiligheid & Justitie (V&J), lid (voor 2011 vicevoorzitter) van de Commissie Europese Samenwerkingsorganisaties (ESO), lid van de Commissie Immigratie & Asiel /JBZ-Raad (I&A/JBZ) en lid van de Nederlandse delegatie in COSAC.

De recent gesloten SWIFT-overeenkomst tussen de Europese Unie (EU) en de Verenigde Staten⁴ is niet zonder slag of stoot totstandgekomen. Bovendien zal de Europese Commissie in 2011 invulling moeten geven aan de overeenkomst met eigen regelgeving inzake het verzamelen en bewaren van bankgegevens. De Eerste Kamer is vanaf het eerste uur betrokken geweest en heeft ook in 2011 het voorstel van de Europese Commissie voor dit wettelijk kader als prioriteit aangegeven.⁵ In deze bijdrage zal aan de hand van de SWIFT-overeenkomst de rol van de Eerste Kamer behandeld worden. Sinds het Verdrag van Lissabon is de invloed van de nationale parlementen op Europese regelgeving versterkt en de Eerste Kamer heeft sindsdien aan deze rol op actieve manier invulling gegeven.

De SWIFT-overeenkomst in het kort

De SWIFT-overeenkomst regelt de verstrekking van gegevens betreffende het betalingsberichtenverkeer over financiële opdrachten in het kader van terrorismebestrijding vanuit de Europese Unie naar de Verenigde Staten. De noodzaak tot het afsluiten van de SWIFT-overeenkomst was het feit dat SWIFT⁶ een faciliteit op Amerikaans grondgebied sloot, zodat de Amerikaanse overheid geen toegang meer had tot de banktransactiegegevens van Europese burgers en ondernemingen onderling. Deze bevoegdheid volgens Amerikaanse recht is, in eerste instantie in het geheim, gecreëerd na 11 september 2001 onder het Terrorist Finance Tracking Programme (TFTP) in de strijd tegen terrorisme. De Verenigde Staten hadden dus haast om ook na sluiting van de Amerikaanse faciliteit beschikking te blijven houden over deze gegevens. Ook de EU leek de overeenkomst rond te willen hebben voordat het Verdrag van Lissabon in werking zou treden. Op 30 november 2009, één dag voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, keurde de Raad de SWIFT-overeenkomst goed. Het Europees Parlement heeft zijn instemming aan de eerste

4 Overeenkomst tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten van Amerika inzake de verwerking en doorgifte van gegevens betreffende het financiële berichtenverkeer van de Europese Unie naar de Verenigde Staten ten behoeve van het programma voor het traceren van terrorismefinanciering (PbEU 2010 L195/5).

5 Lijst met prioritaire voorstellen uit het Wetgevings- en Werkprogramma (WWP) 2011 van de Europese Commissie, vastgesteld door de Eerste Kamer op 30 november 2010, *Handelingen I* 2010/11, 9, p. 2. Deze lijst is gepubliceerd op Europapoort: http://www.eerstekamer.nl/eu/intern_stuk/20101130/selectie_prioriteiten_uit_wwp_2011.

6 SWIFT staat voor Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication. Het is een coöperatieve vereniging met voornamelijk banken als leden. SWIFT faciliteert het internationaal betalingsverkeer door middel van het doorgeven en standaardiseren van betalingsgegevens.

SWIFT-overeenkomst echter onthouden,⁷ waarna de Europese Commissie met een nieuw voorstel kwam. Deze nieuwe SWIFT-overeenkomst is op verzoek van het Europees Parlement op een aantal punten aangepast. Een grote rol voor Europol als beoordelaar van verzoeken is nu opgenomen. Een ander punt betrof de toegang tot gegevens door belanghebbenden en de toegang van Europese burgers tot een beroepsprocedure. Daarnaast is een maximale bewaartijd van 5 jaar opgenomen. Een Europese toezichthouder zal toezicht houden op zoekopdrachten van de Amerikaanse overheid zodat *datamining* en economische spionage wordt voorkomen. Een gezamenlijke evaluatie na zes maanden met betrekking tot de waarborgen en beschermingsmaatregelen moet verdere controle mogelijk maken. Bovendien zal de Europese Commissie binnen een jaar een studie moeten afronden inzake een eigen EU-systeem met betrekking tot het traceren van terrorismefinanciering.

Bevoegdheid van de EU tot het sluiten van verdragen

Ook voor het Verdrag van Lissabon was de Europese Gemeenschap al bevoegd om overeenkomsten met derde landen te sluiten op het gebied van, onder andere, monetaire beleid, gemeenschappelijke handelspolitiek en milieu.⁸ Ook kon de EU verdragen sluiten op het gebied van gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid. Hierbij bleven de nationale parlementen bevoegd volgens de nationale procedures inzake het afsluiten van verdragen. De procedure onder het Verdrag van Lissabon is echter uitgebreid en veranderd, en ook heeft nu de EU, in plaats van de Europese Gemeenschap, internationale rechtspersoonlijkheid. De Europese Unie kan als enige partij verdragen sluiten over onderwerpen die binnen haar exclusieve bevoegdheden vallen onder artikel 3 Verdrag betreffende de werking van de EU (VWEU). Wanneer het een gedeelde bevoegdheid betreft, kunnen ook de lidstaten mee onderhandelen en verdragslid worden, maar dat hoeft niet. Belangrijk is ook dat de goedkeuring van het Europees Parlement is vereist voor alle onderwerpen waarvoor normaal gesproken, dat wil zeggen bij Europese regelgeving, ook de goedkeuring van het Europees Parlement nodig is.⁹ Zonder deze goedkeuring kan de Raad geen besluit tot sluiting, i.e. ratificatie, van een verdrag nemen.

7 Op voorstel van rapporteur Jeanine Hennis-Plasschaert van de Commissie burgerlijke vrijheden, justitie en binnenlandse zaken heeft het Europees Parlement op 11 februari 2010 goedkeuring onthouden. Zie Europees Parlement A7-0013/2010.

8 Sinds het Verdrag van Maastricht van 1992 is de bevoegdheid opgenomen in artikel 228 van het Verdrag betreffende de Europese Unie.

9 Artikel 218 VWEU.

De eerste SWIFT-overeenkomst werd onderhandeld en gesloten voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon. In eerste instantie was de bevoegdheid van de EU om deze overeenkomst te sluiten gebaseerd op art. 24 en 38 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU), de derde pijler, waarbij de overeenkomst eerst voorgelegd had moeten worden aan de nationale parlementen alvorens in werking te kunnen treden.¹⁰ Maar, hoewel ‘gesloten’ voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, goedkeuring van het Europees Parlement was uiteindelijk toch vereist.¹¹ De rechtsgrondslag van de SWIFT-overeenkomst werd aangepast en kwam daarmee binnen de beleidsterreinen van justitiële samenwerking in strafzaken en politieke samenwerking, een onderwerp waarbij de EU en de lidstaten sinds het Verdrag van Lissabon een gedeelde bevoegdheid hebben.¹² Hierbij is het mogelijk dat de EU en de lidstaten gezamenlijk onderhandelen over verdragen met derde landen. Echter, de lidstaten waren niet als medeonderhandelaars betrokken en de Raad had de eerste SWIFT-overeenkomst als een ‘bilaterale’ overeenkomst met de Verenigde Staten gesloten. Bovendien kwam het instemmingsrecht van de nationale parlementen door deze nieuwe procedure te vervallen. De SWIFT-overeenkomst was daarmee het eerste verdrag dat na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon alleen aan het Europees Parlement werd voorgelegd. De Eerste Kamer had het nakijken: het was pas na kamervragen geïnformeerd en bleek later ook geen goedkeuring te hoeven geven. Maar zoals al vermeld, werd de eerste SWIFT-overeenkomst met grote meerderheid door het Europees Parlement verworpen en was de Europese Commissie genooddaakt opnieuw te onderhandelen met de Verenigde Staten, nu met een eisenpakket van het Europees Parlement op zak.

De nieuwe SWIFT-overeenkomst

Ook de nieuwe SWIFT-overeenkomst werd uitsluitend door de Europese Commissie onderhandeld. Nu werd het Europees Parlement voortdurend geïnformeerd over de voortgang. Dit resulteerde in een aangepaste SWIFT-overeenkomst die, nu wel volgens de juiste procedure, op 8 juli 2010 door het Europees Parlement werd goedgekeurd¹³ en gesloten werd door de Raad op 13 juli 2010.¹⁴ De Eerste Kamer

10 Dit werd door minister van Justitie Hirsch Ballin geantwoord n.a.v. kamervragen over de onderhandelingen van de SWIFT-overeenkomst, Aanhangsel *Handelingen I* 2008/09, nr. 13 herdruk.

11 Zie hierover ook minister van Justitie Hirsch Ballin in zijn brief in antwoord op de brief van de vaste commissie voor de JBZ-raad, *Kamerstukken I* 2009/10, 23 490, nr. FR, p. 6.

12 Zie artikel 4 VWEU voor de lijst met beleidsterreinen.

13 Europees Parlement, P7_TA-PROV(2010)0279.

miste wederom veel informatie zoals bleek uit de correspondentie tussen de vaste commissie van de JBZ-Raad en de minister van Justitie.¹⁵

De Eerste Kamer heeft haar goedkeuringsrecht voor verdragen inzake bepaalde beleidsterreinen, waaronder buitenlands en veiligheidsbeleid verloren, maar er zijn nieuwe bevoegdheden met het Verdrag van Lissabon bijgekomen. De verplichting in de SWIFT-overeenkomst voor de Europese Commissie om met een voorstel te komen voor Europese regelgeving voor het traceren van terrorismefinanciering, zorgt ervoor dat de rol van de Eerste Kamer nog niet is uitgespeeld.

De rol van de Eerste Kamer bij Europese regelgeving na Lissabon

De rol van nationale parlementen is vanaf het Verdrag van Amsterdam steeds uitgebreider geworden. Sinds het Verdrag van Amsterdam is een verwijzing naar de nationale parlementen van de lidstaten als Protocol aan het EU Verdrag toegevoegd. Ook de Conferentie van commissies voor Europese aangelegenheden (COSAC) is in het Protocol verankerd. COSAC werd in 1989 opgezet vanwege bezorgdheid over het democratisch gehalte van de Europese Unie en de summiere betrokkenheid van nationale parlementen bij besluitvorming op Europees niveau. Vanaf 1979 wordt het Europees Parlement rechtstreeks door de burgers gekozen waarmee directe invloed van de nationale parlementen op de achtergrond verdween. COSAC heeft de bevoegdheid om haar zienswijze inzake ontwerp-wetteksten aan de Europese Commissie, maar ook aan het Europees Parlement en de Raad over te brengen. Nederland mag zes vertegenwoordigers naar COSAC afvaardigen: vier leden uit de Tweede Kamer, en twee leden uit de Eerste Kamer.¹⁶

Het Verdrag van Lissabon bevestigt de rol van COSAC. Belangrijker is echter de uitbreiding en formalisering van de bevoegdheden van de nationale parlementen bij wetgevingsprocedures. In het eerste Protocol bij het Verdrag van Lissabon is vastgelegd dat de nationale parlementen wetgevingsvoorstellen gelijktijdig ontvangen als de Europese instellingen. Bovendien bepaalt het tweede Protocol dat de nationale parlementen voorstellen kunnen toetsen aan het subsidiariteitsbeginsel. Wanneer

14 Besluit 2010/412/EU van de Raad van 13 juli 2010 betreffende de sluiting van de Overeenkomst tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten van Amerika inzake de verwerking en doorgifte van gegevens betreffende het financiële berichtenverkeer van de Europese Unie naar de Verenigde Staten ten behoeve van het programma voor het traceren van terrorismefinanciering.

15 Brieven van 13 en 20 april 2010 beschikbaar op http://www.eerstekamer.nl/eu/edossier/e100013_totstandkoming_nieuwe.

16 Broekers-Knol maakt sinds 2005 deel uit van de Nederlandse delegatie als vice-voorzitter van Commissie ESO.

onderwerpen beter op nationaal niveau geregeld kunnen worden mogen de nationale parlementen dit door middel van stemming laten weten. Dit is natuurlijk slechts van toepassing bij wetgeving op het gebied van gedeelde bevoegdheid. Een gele kaart wordt getrokken wanneer een derde van de stemmen het wetvoorstel niet op Europees niveau vindt thuis horen. De Europese Commissie zal het wetgevingsvoorstel dan in heroverweging moeten nemen. Vindt een meerderheid van de stemmen van de nationale parlementen dat het voorstel niet op Europees niveau geregeld zou moeten worden, een zogenaamde oranje kaart,¹⁷ dan volgt wederom heroverweging van de Europese Commissie. Wanneer de Europese Commissie het voorstel niet intrekt zal zij dit gemotiveerd moet verantwoorden. Bovendien wordt het wetsvoorstel voorgelegd aan de Raad en het Europees Parlement, waarbij zowel de Raad – met 55% van de stemmen – als het Europees Parlement – met meerderheid – het voorstel alsnog naar de prullenbak kan verwijzen. Tenslotte heeft een lidstaat, maar ook het nationale parlement, het recht om bij het Hof van Justitie van de Europese Unie een zaak aanhangig te maken vanwege schending van het subsidiariteitsbeginsel.¹⁸

Subsidiariteitstoets in de Staten-Generaal

Dat de Staten-Generaal groot belang hechtten aan de subsidiariteitstoets bleek al uit het instellen van de Tijdelijke Commissie Subsidiariteitstoets (TCS). De TCS, een gezamenlijk commissie van de Eerste en Tweede Kamer, werd in 2006 ingesteld om wetgevingsvoorstellen van de Europese Commissie te toetsen aan het subsidiariteitsbeginsel. In eerste instantie was het de bedoeling om vooral samen te werken met anderen nationale parlementen, door middel van coördinatie in de COSAC, maar de Nederlandse Staten-Generaal bleken te ambitieus: COSAC was maar bereid tot toetsing van een zeer beperkt aantal dossiers. De TCS heeft daarop een eigen lijst met dossiers samengesteld en onderworpen aan toetsing. Hoewel het mandaat ligt bij toetsing aan het subsidiariteitsbeginsel heeft de TCS als neveneffect het verhogen van betrokkenheid van verschillende belanghebbenden bij Europese regelgeving.¹⁹ De TCS is opgevolgd door de Tijdelijke Gemengde Commissie Subsidiariteitstoets,

17 De oranje kaart procedure is mede door vasthoudendheid van het Nederlandse parlement in het 2^e Protocol bij het Verdrag van Lissabon opgenomen.

18 Artikel 8 Tweede Protocol bij het Verdrag van Lissabon. Zie ook de briefwisseling tussen de Eerste Kamer en de Minister van Buitenlandse Zaken over de procesvertegenwoordiging van de Eerste Kamer bij een subsidiariteitsgeschil voor het Europese Hof van Justitie, *Kamerstukken I* 2010/11, 30953 L.

19 Zie hierover J.J. van Dijk, 'Hoe verging het de Tijdelijke Commissie Subsidiariteitstoets (TCS)?', *RegelMaat* 2007-4, p. 141-148.

maar in 2009 besloot de Eerste Kamer zich uit deze commissie terug te trekken. Zij zag een meer zelfstandige rol voor de Eerste Kamer waarbij een meer integrale toetsing door de vakcommissies op de voorgrond staat.

De nieuwe werkwijze zorgt ervoor dat beide kamers eigen prioriteiten kunnen stellen. Zo blijkt uit het Europese Werkprogramma van de Eerste Kamer voor 2011 dat alleen de Eerste Kamer de SWIFT-overeenkomst als prioriteit ziet voor een uitgebreidere behandeling in de vakcommissies en/of Kamer. De Eerste Kamer volgt nu een werkwijze voor Europese regelgeving die op vele punten vergelijkbaar is met die bij nationale wetsvoorstellen.

Parlementair voorbehoud

Met het verliezen van het instemmingsrecht is via een amendement op het de Goedkeuringswet betreffende het Verdrag van Lissabon²⁰ gereageerd door het instellen van het parlementair voorbehoud. In de Goedkeuringswet is opgenomen dat de Staten-Generaal kunnen besluiten een bepaald wetgevingsvoorstel van zodanig politiek belang te achten dat zij op bijzondere wijze geïnformeerd wenst te worden.²¹ Dit betekent dat de onderhandelende minister de Raad in Brussel moet laten weten dat er een parlementair voorbehoud is gemaakt. Het parlement kan hiermee nog eens benadrukken welk politiek gewicht zij aan het voorstel hecht. Bovendien is de terugkoppeling van de onderhandelingen naar het parlement hiermee vastgelegd bij wet. Deze ‘oplossing’ voor het wegvallen van het instemmingsrecht van het parlement voor bepaalde Europese wetgeving geeft het parlement net even wat meer mogelijkheden, met name met betrekking tot het ontvangen van informatie, om de onderhandelingspositie van Nederland aan de Europese tafel te sturen. De Eerste Kamer is voornemens het parlementair voorbehoud op een bescheiden wijze in te zetten, omdat zij de gewenste informatie veelal op grondwettelijke wijze zal kunnen krijgen. Ook bij de onderhandelingen over de SWIFT-overeenkomst is het parlementair voorbehoud niet ingezet.

20 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 384 (R 1850), nr. 24.

21 Artikel 4 Rijkswet houdende goedkeuring van het Verdrag van Lissabon.

Nieuwe kansen voor de Eerste Kamer

Zoals de website van de Eerste Kamer laat zien, is de aandacht voor de SWIFT-overeenkomst onverminderd groot.²² De ontevredenheid van het Europees Parlement over de uitvoering van de SWIFT-overeenkomst als ook het eerste evaluatierapport zijn opgemerkt door de commissie van de JBZ-raad. Er bestaan niet alleen zorgen over de bescherming van financiële gegevens, maar ook over passagiersgegevens en andere persoonsgegevens die uitgewisseld worden in het kader van terrorismebestrijding.

Nu de Europese Commissie op 13 juli 2011 een eerste opzet voor een Europees traceringsysteem voor terrorismefinanciering bekend heeft gemaakt, is er weer werk aan de winkel voor de Eerste Kamer.²³ Zoals in artikel 11 van de SWIFT-overeenkomst beschreven, was de Europese Commissie gehouden een studie te doen naar een Europees traceringsysteem voor terrorismefinanciering. De Europese Commissie heeft nu drie varianten gepresenteerd voor zo'n systeem om ook zelf gegevens te kunnen opvragen en analyseren. Deze varianten variëren van het opzetten van een bescheiden coördinerende instantie die samenwerkt met de lidstaten tot een nieuwe Europese organisatie met vergaande taken en bevoegdheden. Juist bij de keuze uit deze varianten zou een subsidiariteitstoets aan de orde kunnen zijn. Bovendien zou de Eerste Kamer alsnog haar bezorgdheid over de waarborgen voor privacy en de adequate rechtsbescherming voor burgers via een parlementair voorbehoud kenbaar kunnen maken aan de regering. En, last but not least, een Europees traceringsysteem zal opnieuw leiden tot een nieuwe SWIFT-overeenkomst. Ankie Broekers-Knol hoeft zich voorlopig nog niet te vervelen.

22 Zie E-dossier E100013, http://www.eerstekamer.nl/eu/edossier/e100013_totstandkoming_nieuwe.

23 Er is een nieuw E-dossier op de website van de Eerste Kamer geopend om de ontwikkelingen hieromtrent te registreren en bekend te maken. Zie http://www.eerstekamer.nl/eu/edossier/e110041_mededeling_over_een.

J.E.M. Polak [■]

Graag voldoe ik aan het verzoek een bijdrage aan dit liber amicorum voor Ankie Broekers-Knol te leveren. Mij is als onderwerp de bestuurlijke lus toebedeeld. De bestuurlijke lus biedt het bestuur bestuursorganen de mogelijkheid fouten te herstellen tijdens de procedure bij de bestuursrechter. Dat onderwerp is voor dit liber amicorum goed gekozen, want Ankie Broekers en ik hebben in feite samen ook een soort lus, maar dan meer een levenslus meegemaakt, al klinkt dat iets intiemer dan wij zijn. Ik verklaar mij nader. Ankie en ik zaten in 1976 in de Faculteitsraad. Zij was als jonge wetenschappelijk medewerkster ‘Inleiding in de rechtswetenschap’ lid van de onafhankelijke fractie van het wetenschappelijk personeel en ik maakte als studentlid deel uit van de Progressieve Partij (PP), die wel progressief was, maar, zoals bij Leiden hoort, toch wat gematigder dan zusterpartijen in die dagen bij andere faculteiten. Joan de Wijckerslooth was onze voorman bij het wetenschappelijk personeel. Wij vonden de ‘Onafhankelijken’ erg conservatief, zoals zij ons, zo schat ik in, wild en naïef vonden. Ankie straalde dat laatste in mijn herinnering duidelijk uit. Onze relatie was in die dagen dus niet zo warm. Wat mijn politieke functies betreft zou het in het vervolg van mijn leven daarbij blijven, terwijl Ankie zich juist ook als politica zou ontwikkelen. Toen ik veel later in 1999 als hoogleraar bestuursrecht naar de faculteit terugkeerde, begroetten wij elkaar als oude vrienden. De levenslus die ons weer bij elkaar bracht, had ons goed gedaan en onze contacten in de jaren daarna waren dan wel niet zo frequent, maar steeds allerhartelijkst. En ere wie ere toekomt: in de tussentijd, waarin ik meer dan twintig jaar advocaat in Amsterdam was, was de roem van het door Ankie in de vaart der volkeren opgestuwde Leidse Moot Court volledig tot mij doorgedrongen, ook al volgde ik de faculteit in de tussenliggende decennia op afstand!

-
- Jaap Polak is voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en (thans onbezoldigd) hoogleraar bestuursrecht in Leiden. Hij is veel dank verschuldigd aan mr. J.H. Roelfsema voor zijn hulp bij de voorbereiding van deze bijdrage en aan mr G.J. van der Heide voor zijn waardevolle opmerkingen naar aanleiding van een eerder concept.

In mijn Leidse oratie uit 2000 is de gedachte van de bestuurlijke lus te vinden, in navolging van Schueler enkele jaren eerder. Het doet deugd dat Ankie Broekers, zoals natuurlijk van haar te verwachten valt, ideeën uit de wetenschap omarmt en meehelpt die om te zetten in concrete wetgeving. Niet alleen de rechtswetenschap, maar ook het bestuur en de advocatuur hebben regelmatig gepleit voor een effectievere rechtsbescherming op het terrein van het bestuursrecht.¹ Met een uitspraak van de bestuursrechter was het aan hem voorgelegde geschil vaak nog niet opgelost. Dat was – en is – uiteraard wel het geval als de bestuursrechter het bestreden besluit rechtmatig acht en het beroep of hoger beroep mitsdien ongegrond verklaart, maar niet als hij het bestreden besluit vernietigt. Veel vernietigingen gingen niet verder dan de constatering dat het bestreden besluit onvoldoende was gemotiveerd of onzorgvuldig was voorbereid, wat betekende dat het bestuur opnieuw aan zet was. Het bestuursorgaan kon dan een nieuw, beter gemotiveerd of zorgvuldiger voorbereid besluit nemen wat opnieuw aan de bestuursrechter kon worden voorgelegd en, als hoger beroep openstond, uiteindelijk nog eens aan de appelrechter. Deze gang van zaken, waarbij burgers en bestuur door het verloop van de bestuursrechtelijke procedure na een vernietiging door de bestuursrechter en een nieuw besluit van het bestuur elkaar vervolgens weer treffen bij de bestuursrechter over een besluit met vaak materieel dezelfde inhoud, heb ik in mijn oratie het ‘pingpongen’ tussen bestuur en rechter genoemd. Mevrouw Broekers noemde bij de behandeling van wetsvoorstel 31 352² als voorbeeld de zaak over de door Rijkswaterstaat beoogde verbreding van de A4 bij Leiderdorp.³ Dat besluit sneuvelde bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) wegens tekortkomingen in het onderzoek naar de luchtkwaliteit, met als gevolg dat de besluitvorming moest worden overgedaan.⁴ Na enig nieuw onderzoek nam het bestuursorgaan onder vigeur van inmiddels gewijzigde regelgeving met betrekking tot luchtverontreiniging een nieuw tracébesluit. Dezelfde appellanten bestreden die beslissing wederom bij de Afdeling,

1 Zie in dit verband onder meer B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien* (diss. Utrecht) Zwolle: Tjeenk Willink 1994; J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak; over het gebrekkige vermogen van de bestuursrechtspraak tot materiële geschillenbeslechting* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2000; B.J. Schueler e.a., *Definitieve geschillenbeslechting door de bestuursrechter. Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006; B.J. Schueler, B.J. van Etekoven & J. Hoekstra, *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht*, preadvies nr. 37 (2009) voor de Vereniging voor Bouwrecht.

2 Voorstel van wet van de leden Vermeij, Koopmans en Neppérus tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met een regeling voor herstel van gebreken in een besluit hangende beroep bij de bestuursrechter (Wet Vermeij, Koopmans, Neppérus bestuurlijke lus Awb), ingediend bij de Tweede Kamer op 21 februari 2008.

3 *Handelingen I* 2009/10, 31 352, nr. 6, p. 123.

4 ABRvS 25 juli 2007, zaaknr. 200602152/1, *BR* 2007, 867 m.nt. G.C.W. van der Feltz, *JM* 2007, 122 m.nt. De Vries, *LJN* BB0350 (*Tracébesluit A4 Burgerveen-Leiden* 2004).

doch die beroepen zijn uiteindelijk bij uitspraak van 15 september 2010 ongegrond verklaard.⁵ Het geschil is pas na jaren definitief beslecht. Als de op 1 januari 2010 in werking getreden Wet bestuurlijke lus Awb had kunnen worden toegepast, dan zouden de procedures vermoedelijk veel korter hebben geduurd. Wat ging er vooraf aan de totstandkoming van die wet, waarbij mevrouw Broekers een rol had als woordvoester van haar fractie in de Eerste Kamer?

Het in stand laten van de rechtsgevolgen en zelf voorzien: omslag naar een actievare rechter

De bestuurlijke lus verschaft de bestuursrechter een middel om finale geschillen-beslechting te bereiken. De Afdeling zag aanvankelijk, anders dan de belastingrechter en in mindere mate ook de Centrale Raad van Beroep (hierna: de Centrale Raad) als socialezekerheids- en ambtenarenrechter, geen mogelijkheid ‘door te pakken’. Was er na vernietiging van het bestreden besluit inhoudelijk meer dan één ander besluit denkbaar, dan achtte de Afdeling finale geschilbeslechting uitgesloten. Daarbij speelde een rol dat het in meerpartijengeschillen lastiger is om tot finale geschilbeslechting te komen, zeker als het bestuur beoordelings- of beleidsvrijheid toekomt. Dan speelt immers het ook door mevrouw Broekers, zoals we nog zullen zien, beleden adagium dat de rechter niet op de stoel van het bestuur moet gaan zitten. Vanaf 2007 is echter een kentering te zien. Tegenwoordig is uitgangspunt dat de bestuursrechter in alle gevallen waarin hij het bestreden besluit vernietigt, behoort na te gaan of er mogelijkheden zijn het geschil definitief te beslechten.⁶ Voor het in stand laten van de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit of voor het zelf voorzien in de zaak wordt niet langer de eis gesteld dat nog slechts één andere beslissing mogelijk is, al blijft de bestuursrechter goed erop letten dat hij de functie van het bestuur niet mag overnemen. Zo kan de bestuursrechter de rechtsgevolgen van een besluit waaraan geen toereikende belangenafweging ten grondslag lag, in stand laten als het bestuursorgaan vasthoudt aan zijn besluit, het bestuur ten processe

5 ABRvS 15 september 2010, zaaknr. 200904401/1/M2, *JB* 2010, 236, *NJB* 2010, 1759, *LJN* BN7032 (*Tracébesluit A4 Burgerveen-Leiden 2009*).

6 Zie bijvoorbeeld ABRvS 10 december 2008, zaaknr. 200802431/1, *JB* 2009, 39, *LJN* BG6401 (*Verkeersbesluit Hattem*); ABRvS 20 mei 2009, zaaknr. 200807325/1, *JV* 2009, 290 m.nt. MT, *LJN* BI4562 (*Wav-boete Paradigm Enterprise*); ABRvS 21 oktober 2009, zaaknr. 200902244/1/H1, *AB* 2010, 29 m.nt. R. Ortlep, *JB* 2009, 254, *LJN* BK0806 (*Bouwvergunning Lansingerland*); ABRvS 19 mei 2010, zaaknr. 200904967/1/H2, *LJN* BM4966 (*Planschade Zundert*). Vergelijk ook de uitspraken CRvB 6 april 2010, *RSV* 2010, 135 m.nt. C.W.C.A. Bruggeman, *USZ* 2010, 140 m.nt. Vermaat, *LJN* BL9930 (*AWBZ Zoetermeer*) en CRvB 28 april 2010, *LJN* BM3616 (*Intrekking subsidieverlening Uww*).

alsnog de vereiste belangenafweging maakte en de andere partijen in het geschil zich daarover in voldoende mate hebben kunnen uitlaten. Daarbij is beslissend of de inhoud van het vernietigde besluit na de alsnog kenbaar gemaakte belangenafweging de rechterlijke toets kan doorstaan. De Afdeling en de Centrale Raad roepen in hun uitspraken ook de rechtbanken als eerste bestuursrechter op om, waar dat verantwoord is, gebruik te maken van de mogelijkheid om geschillen finaal te beslechten.⁷ De praktijk van de laatste jaren om, waar dat kan, een geschil materieel te beslissen, is een antwoord op de grote maatschappelijke behoefte om een eind te maken aan te procedureel gerichte bestuursrechtspraak. Opvallend daarbij is dat ook overheden vaak graag zien dat de bestuursrechter zelf een eind aan het geschil maakt en dat dus in zoverre de veronderstelling dat het bestuur daarmee uit oogpunt van machtscheiding niet zou kunnen leven, lang niet altijd opgaat. Ook is bij deze ontwikkeling de invloed van de jurisprudentie van het EHRM merkbaar. Het na vernietiging van het bestreden besluit terugleggen van de zaak bij de eerste rechter of zelfs bij het bestuur, verlengt de looptijd van de procedure aanzienlijk. Daarmee kan zelfs zoveel tijd verloren gaan dat de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 EVRM wordt overschreden. Bij bestuurlijke boetes is de bestuursrechter overigens sinds 1 juli 2009 verplicht om na vernietiging van het bestreden besluit zelf in de zaak te voorzien.⁸

Bestuurlijke lus; de wetgever aan het werk

Er blijven gevallen bestaan waarin het in stand laten van de rechtsgevolgen van een besluit of zelf in de zaak voorzien niet goed mogelijk is. Dat is al vastgesteld bij de evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht in 1996⁹ en twee jaar eerder ook door Schueler.¹⁰ Het evaluatierapport stelt dat daarom andere wegen moeten worden

7 De Afdeling acht zich thans ook bevoegd om, als de rechtbank dat niet heeft gedaan, alsnog zelf de knoop door te hakken. Zie voor een voorbeeld ABRvS 27 augustus 2008, zaaknr. 200708769/1, *LJN BE9279 (Bouwvergunning carport Heusden)*.

8 Zie het als onderdeel van de Vierde tranche Awb op 1 juli 2009 in werking getreden artikel 8:72a Awb dat bepaalt dat de bestuursrechter, indien hij een beschikking tot het opleggen van een bestuurlijke boete vernietigt, zelf een beslissing neemt omtrent het opleggen van de boete. In de praktijk deed de bestuursrechter dit vaak al op basis van artikel 8:72, vierde lid, Awb.

9 Toepassing en effecten van de Awb, verslag van de Commissie evaluatie Algemene wet bestuursrecht, 18 december 1996. Het evaluatieonderzoek is gesplitst in vier deelonderzoeken, die ieder in de reeks *Ervaringen met de Awb* zijn verschenen, waaronder *Het bestuursprocesrecht* o.l.v. J.B.J.M. ten Berge, B.W.N. de Waard & R.J.G.M. Widdershoven, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

10 B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien. Over het vernietigen van besluiten en beslechten van geschillen* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

gezocht om een definitievere geschillenbeslechting te bevorderen.¹¹ Genoemd rapport wijst op het voorstel van Schueler tot invoering van een ‘bestuurlijke lus’, waarbij de bestuursrechter aan het bestuur opdraagt een nieuw besluit te nemen tijdens de procedure in verband met een door de bestuursrechter geconstateerd gebrek dat het in rechte bestreden besluit aankleeft. Het rapport beveelt aan daarnaar nader onderzoek te doen. Ook het in 1997 verschenen rapport ‘Bestuur in geding’ beveelt de introductie van de bestuurlijke lus aan, vooral om ernstige vertragingen bij de verwezenlijking van infrastructurele projecten terug te dringen.¹² De wetgever is veertien jaar later erin geslaagd de bestuurlijke lus in te voeren, namelijk per 1 januari 2010. Dit wetsvoorstel betreft een initiatief van de Tweede Kamerleden Vermeij, Koopmans en Neppérus en is in de Tweede Kamer aangenomen op 10 maart 2009 met alleen de fractie van de Partij voor de Dieren tegen. In de Eerste Kamer is dit wetsvoorstel, zoals het die Kamer betaamt, nog eens zorgvuldig behandeld en besproken. Mevrouw Broekers voerde daarbij namens de VVD-fractie het woord. Zij wilde bij de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel graag nog vier onderwerpen aan de orde gesteld zien.¹³ Ik vat ze in eigen woorden samen:

1. Wordt het bestuur niet slordig in zijn besluitvorming, als het zijn fouten toch altijd kan herstellen?
2. Gaat de ‘lussende’ bestuursrechter niet op de stoel van het bestuur zitten?
3. Wekt herhaalde toepassing van de lus in dezelfde procedure bij de burger niet de indruk dat de bestuursrechter er alleen maar is om het bestuur te helpen?
4. De bestuurlijke lus mag toch niet bij bestuurlijke boetes worden toegepast?

De indieners van het wetsvoorstel én de minister van Justitie meenden mevrouw Broekers op alle punten te kunnen geruststellen: bij de in 2012/2013 voorziene evaluatie van de bestuurlijke lus zouden deze alle aan de orde komen.¹⁴ Maar dat was voor mevrouw Broekers niet genoeg. Met name het vierde punt zat haar hoog. Zij wenste de uitdrukkelijke toezegging dat bij bestuurlijke boetes de bestuurlijke lus niet wordt toegepast. Neppérus kwam haar tegemoet door te verklaren dat artikel 8:72a van de Awb de *lex specialis* is: ‘Als je die afzet tegen een *lex generalis*, zeggen wij: dit is de *specialis*; dit is gewoon de regeling voor een bestuurlijke boete.’ Maar ook dit stelde mevrouw Broekers nog niet gerust. Had Neppérus toen zij de vergaderzaal van de Eerste Kamer betrad niet gezegd slechts ‘een eenvoudig Tweede

11 *Ervaringen met de Awb / Het Bestuursprocesrecht* voornoemd, p. 406.

12 Rapport ‘Bestuur in geding’ van de werkgroep inzake terugdringing van de juridisering in het openbaar bestuur (werkgroep-Van Kemenade), Haarlem 1997 (niet officieel gepubliceerd).

13 *Handelingen I* 2009/10, nr. 6, p. 124.

14 Zie *Handelingen I* 2009/10, nr. 7, p. 160-194. De hierna in de tekst vermelde citaten zijn daar eveneens terug te vinden.

Kamerlid' te zijn¹⁵ en dat het 'mr.' voor haar naam staat voor 'civiel recht en voor belastingrecht' en niet voor 'staatsrecht en bestuursrecht'? Mevrouw Broekers wilde óók een antwoord van de minister van Justitie, Hirsch Ballin, en dat antwoord kreeg zij:

'Mevrouw Broekers-Knol heeft gevraagd of wij in de Algemene wet bestuursrecht moeten vastleggen dat bij een bestuurlijke boete nooit een bestuurlijke lus kan worden toegepast. Het antwoord op die vraag is: ja. Dat is al geregeld in het op 1 juli ingevoerde artikel 8:72a.'

Ondanks dit schijnbaar duidelijke antwoord is mevrouw Broekers nog niet tevreden gesteld:

'Ik wil met zoveel woorden de toezegging van de minister van Justitie – nogmaals en deze keer heel duidelijk, zonder beroep op artikel 8:72a Awb – ¹⁶dat bestuurlijke lus en bestuurlijke boete niet bij elkaar passen en dat dit, als er de mogelijkheid is dat er weer een wetswijziging komt van de Awb, wordt opgenomen in de Awb.'

En zij kreeg een nieuw antwoord van de minister, zij het aanvankelijk verhuld in een door hem aan senator Janse de Jonge gegeven antwoord maar later toch rechtstreeks:

'Artikel 8:72a gaat inderdaad over de situatie van vernietiging. Dan heeft de rechter deze bevoegdheid, maar het gevolg daarvan is dat er geen aanleiding is om bij de bestuurlijke boete de lus toe te passen.'

Kennelijk ging mevrouw Broekers met dit antwoord – dat in mijn ogen toch niet veel duidelijker was dan het eerder door de minister gegeven antwoord – akkoord, want in de Handelingen zien wij haar na dit antwoord van de minister niet meer sprekend opgevoerd. Het wetsvoorstel wordt enkele minuten later zonder stemming aangenomen. We schrijven dan 3 november 2009. Klus geklaard, lus gebaard!

15 Dit hoor je een Tweede Kamerlid niet zo vaak over zichzelf zeggen!

16 Omdat, zo stelde zij, de bestuursrechter bij toepassing van de bestuurlijke lus nog niet aan vernietigen toe is en artikel 8:72a Awb dus nog niet in beeld is.

De bestuurlijke lus: de bestuursrechter aan het werk

Heeft de wetgever zijn werk gedaan, voor de bestuursrechter begint het dan pas. Het toepassen van de bestuurlijke lus vergt van hem een extra inspanning. Niet voor niets wordt her en der gesproken over de bestuurlijke lus als rechterlijke klus. Er moeten in één zaak twee uitspraken worden gedaan, eerst de tussenuitspraak waarin de bestuursrechter veel werk steekt (ook omdat hij daarin al zoveel mogelijk gronden afdoet) en vervolgens de einduitspraak waarbij hij de definitieve beslissing in het geschil geeft en veelal een nieuw besluit moet beoordelen. Mevrouw Broekers kan als medewetgever tevreden zijn: waar de lus wordt toegepast, leidt dit in de regel tot versnelling van de procedure. Tot die versnelling draagt bij dat de Afdeling bij het doen van een tussenuitspraak vaak gebruik maakt van de in artikel 8:72, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb opgenomen bevoegdheid bij de uitspraak te bepalen dat de voorbereiding van het eventuele nieuwe besluit niet of niet geheel overeenkomstig de eisen bedoeld in afdeling 3.4 hoeft te geschieden.¹⁷ De Afdeling heeft de lus inmiddels ongeveer veertig keer toegepast¹⁸ en intussen vijftien einduitspraken gedaan na toepassing van de bestuurlijke lus.¹⁹ In veertien gevallen waarin einduitspraak is gedaan, is het geschil definitief beslecht,²⁰ in één geval is de zaak teruggewezen naar de rechtbank.²¹ De meeste einduitspraken zijn vier tot zes maanden na de tussenuitspraak gedaan.

Mevrouw Broekers hoeft zich evenmin zorgen te maken: de bestuursrechter is niet op de stoel van het bestuur gaan zitten,²² past de lus in dezelfde procedure niet

17 Zie ABRvS 23 maart 2011, zaaknr. 200903656/1/T1/M3, *LJN* BP8732 (*Bestemmingsplan Heerhugowaard*) en 27 april 2011, zaaknr. 201003194/1/T1/M3, *JB* 2011, 139, *LJN* BQ2640 (*Geluidgrenswaarden Halderberge*).

18 Zie voor twee voorbeelden van tussenuitspraken ABRvS 16 maart 2011, zaaknr. 201006052/1/T1/H2, *LJN* BP7807 (*Planschade Sneek*) en 4 mei 2011, zaaknr. 201008642/1/T1/M2, *LJN* BQ3439 (*Revisievergunning Súdwest Fryslân*).

19 Cijfers tot 1 juni 2011.

20 Zie voor twee voorbeelden ABRvS 8 september 2010, zaaknr. 200906320/1/H2, *JB* 2010, 232 m.nt. redactie, *LJN* BN6156 (*Leergebonden financiering*) en ABRvS 6 april 2011, zaaknr. 200908901/1/R1, *LJN* BQ0272 (*Bestemmingsplan Haarlemmermeer*).

21 ABRvS 2 februari 2011, zaaknr. 200906665/1/H1, *JB* 2001, 62, *LJN* BP2840 (*Dwangsom bijgebouw Epe*). In dit geval had het bestuursorgaan de in de tussenuitspraak voor herstel van de gebreken gestelde termijn van zestien weken ongebruikt laten verstrijken. De Afdeling overwoog dat niet was gebleken dat belangen van derden door de terugverwijzing zouden kunnen worden geschaad.

22 B.J. van Ettekovén & A. Klap concluderen aan het slot van hun artikel 'De bestuurlijke lus als rechterlijke (k)lus' in *JBplus* 2010, p. 183-200, dat uit de tot nu toe gedane tussenuitspraken blijkt dat de rechter niet treedt in de beleids- of beoordelingsvrijheid van het bestuur. Zie voor een gedetailleerder beschrijving van de benadering van de Afdeling tot nu toe mijn artikel 'Effectieve geschillenbeslechting: bestuurlijke lus en andere instrumenten', *NTB* 2011, 2.

herhaaldelijk toe en bij bestuurlijke boetes in het geheel niet.²³ Dit laatste zou de bestuursrechter na de discussie in de Eerste Kamer ook niet durven! Het is te vroeg iets te zeggen over de vierde zorg van mevrouw Broekers, namelijk of invoering van de bestuurlijke lus ertoe heeft geleid dat het bestuur luier is geworden omdat het zijn fouten toch wel goed kan maken.

Opvallend is dat de wetgever bij invoering van de bestuurlijke lus met name heeft gedacht aan de situatie dat na herstel van de door de bestuursrechter in zijn tussenuitspraak geconstateerde gebreken in het bestreden besluit, dat besluit de rechterlijke eindtoets wel zal kunnen doorstaan (dus een lus die voor het bestuur goed uitpakt). Niet heeft de wetgever andere mogelijke situaties in ogenschouw genomen waarbij de lus voor de burger tot een hem welgevallige uitspraak leidt, terwijl zodanige uitspraak heel goed denkbaar is.²⁴ Wel is voorwaarde dat de verwachting bestaat dat de geconstateerde gebreken kunnen worden hersteld.

Waar de wetgever ook niet echt bij heeft stilgestaan is de vraag of de bestuurlijke lus in een voorlopige voorzieningprocedure (art. 8:81 Awb) en bij kortsluiting (art. 8:86 Awb) kan worden toegepast. De voorzitter van de Afdeling heeft de lus inmiddels in beide situaties toegepast.²⁵ In het geval van kortsluiting overwoog de voorzitter dat uit artikel 8:86, eerste lid, van de Awb volgt dat de voorzitter, als toepassing wordt gegeven aan die bepaling, dezelfde uitspraakbevoegdheden heeft als de Afdeling. Dit houdt, aldus de voorzitter, in dat ook in het kader van de toepassing van artikel 8:86 van de Awb artikel 46, zesde lid, van de Wet op de Raad van State van kracht blijft.²⁶

23 Op www.rechtspraak.nl was op moment van schrijven van deze bijdrage althans geen uitspraak te vinden waarbij de bestuursrechter bij een bestuurlijke boete de bestuurlijke lus heeft toegepast.

24 Zie bijv. ABRvS 23 februari 2011, zaaknr. 201008950/1/T1/H2, *LJN* BP5447 (*Leerlingenvervoer Leonardoschool Delfsijl*), in welke geval de Afdeling haar tussenuitspraak inzette om de gemeente te bewegen in een nieuw besluit een aanzienlijk hogere vergoeding voor de kosten van aangepast leerlingenvervoer aan ouders toe te doen kennen.

25 Zie Vz. ABRvS 31 augustus 2010, zaaknr. 201004275/2/R1, *LJN* BN6135 (*Bestemmingsplan Leiderdorp*) voor een voorlopige voorziening met bestuurlijke lus en Vz. ABRvS 28 april 2011, zaaknrs. 201010202/2/R3 en 201010202/1/T1/R3, *LJN* BQ3411 (*Bestemmingsplan Wierden*) voor kortsluiting met bestuurlijke lus.

26 De voorzitter volgt dus niet de opvatting van Van Ettekoven & Klap. Die stellen in 'De bestuurlijke lus als rechterlijke (k)lus', *JBplus* 2010, p. 183-200, dat bij kortsluiting geen plaats is voor toepassing van de bestuurlijke lus, omdat de voorzieningenrechter in dat geval geen tussenuitspraak maar een einduitspraak doet.

Lus en andere instrumenten

Nog een enkel woord over de verhouding van de bestuurlijke lus tot andere instrumenten van de rechter. Het ligt voor de hand dat de rechter de lus niet toepast als de zaak al finaal kan worden beslecht *zonder* bestuurlijke lus. Dat is natuurlijk aan de orde als het beroep ongegrond is.²⁷ Daarnaast als de bestuursrechter bij vernietiging van het bestreden besluit tevens zelf in de zaak voorziet of de rechtsgevolgen van het besluit in stand laat dan wel een gebrek in het bestreden besluit met toepassing van artikel 6:22 van de Awb – of, als het een onder de Crisis- en herstelwet vallende zaak betreft, met toepassing van artikel 1.5 van die wet – kan worden gepasseerd.²⁸ Het is niet zo dat invoering van de bestuurlijke lus ertoe leidt dat de bestuursrechter minder gauw aanleiding ziet tot het in stand laten van de rechtsgevolgen of het zelf in de zaak voorzien, zoals in de literatuur wel is gesuggereerd.²⁹ Het gaat erom de in een concrete zaak meest effectieve wijze van (liefst finale) geschilbeslechting te kiezen. Dat kan ook toepassing van de ‘informele lus’ zijn. Invoering van de bestuurlijke lus lijkt als neveneffect te hebben dat de bestuursrechter meer aandacht heeft voor toepassing van de informele lus, waarschijnlijk ook omdat die geen tussenuitspraak vergt en dus een minder zware last op de rechter legt. Ook hier heeft de wetgever, zij het onbedoeld, succes: toepassing van de informele lus leidt immers eveneens tot een versnelling van de procedure.

Afsluiting: rechtstatelijke beginselen!

Wat leert ons nu het optreden van mevrouw Broekers bij de behandeling van wetsvoorstel 31 352? Toch in ieder geval dat zij vasthoudend is, maar belangrijker is de vaststelling dat zij oog heeft, niet alleen voor de voortvarendheid van besluitvorming en zo kort mogelijke rechterlijke procedures, maar evenzeer voor de rechtsbescherming van de burger tegen besluiten van de overheid en voor behoud van het vertrouwen van die burger in de rechterlijke macht als onafhankelijke rechter, kortom: oog voor rechtstatelijke beginselen. Dat blijkt tot dusverre ook als het gaat om een voor de rechtspraktijk gewichtig en actueel onderwerp, te weten het voornemen van de huidige regering om de griffierechten in burgerlijke en bestuurszaken kostendekkend te maken. Vlak voor het aantreden van het Kabinet Rutte sprak

27 Uit onderzoek volgt dat dat het geval is in tussen de 60 en de 70 procent van alle uitspraken.

28 In CRvB 3 november 2010, *AB* 2010, 341 m.nt. A.T. Marseille, *RSV* 2011, 28, *NJB* 2010, 2157, *LJN* BO3642 (*Invordering studiefinanciering*) wordt de volgorde uiteengezet.

29 Zie de noot van A.M.M.M. Bots bij ABRvS 14 april 2010, *JB* 2010, 135 (*Apotheek Voorzorg*), en E.J. Daalder & A.C. Rop, ‘Kroniek van het algemeen bestuursrecht’, *NJB* 2010/34, p. 1791 e.v.

mevrouw Broekers in haar laatste debat met de toenmalige minister Hirsch Ballin op 28 september 2010 in het kader van het toen voorliggende wetsvoorstel invoering griffierechtenstelsel in burgerlijke zaken, over wat toen nog een idee van de ambtelijke werkgroep heroverwegingsoperatie heette: het idee om de griffierechten kostendekkend te maken.³⁰ Dat op financiële gronden geopperde idee van die werkgroep werd tijdens de op dat moment spelende onderhandelingen over het nieuwe regeerakkoord gepromoveerd tot onderdeel van dat regeerakkoord. Mevrouw Broekers sprak namens haar fractie expliciet over ‘de onwenselijkheid’ van dat idee: een gebruikersbijdrage is akkoord, maar voor het overige zou de rechtspraak uit publieke middelen moeten worden gefinancierd. Dat principiële standpunt staat haaks op het wetsvoorstel dat de regering ter uitvoering van het regeerakkoord inmiddels heeft gepresenteerd. Wie, zoals ik, het principiële standpunt van mevrouw Broekers deelt,³¹ zou dus met vertrouwen naar haar standpunt en dat van haar fractie mogen uitkijken, als het wetsvoorstel in de Eerste Kamer aan de orde komt. Ik wens haar daarbij veel succes en ook wel enige sterkte toe, zoals ik haar, nu zij een vruchtbare universitaire loopbaan afsluit, ook bij de overige invulling van haar leven verder alle goeds toewens.

30 *Handelingen I* 2010/11, 31 758, nr. 1, p. 1-9 en 28-33.

31 Brief van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van 30 mei 2011 aan de minister van Veiligheid en Justitie over het wetsvoorstel kostendekkende griffierechten in het kader van de consultatie over dit wetsvoorstel. De brief is eenvoudig te raadplegen door op de homepage van de Raad van State (www.raadvanstate.nl) een zoekopdracht te geven met als zoekterm ‘griffierechten’. Zie verder: Rechtspraak als collectief goed, Interview van Caroline Lindo met mr. J.E.M. Polak, *NJB* 2011, 1257.

A. van Staden ■

‘In een sterk mondialiserende wereld kan Europa een macht van betekenis zijn, zowel economisch als politiek, als Europa samenwerkt, als Europa in hoge mate een geïntegreerd Europa is.’

Deze woorden sprak Ankie Broekers op 7 juli 2008 bij het debat dat de Eerste Kamer aan de goedkeuring van het Verdrag van Lissabon wijdde. In haar betoog wees zij o.a. op het verband tussen de slaagkansen van Europese doelstellingen en de bestuurlijke kracht van de EU: ‘Hoe groter de handelingscapaciteit, des te meer valt te verwachten dat ambities verwezenlijkt kunnen worden.’¹ Beide citaten vormen een goed uitgangspunt voor een beschouwing over de vraag hoe Europa² zal reageren op de historische verschuivingen die de wereld hoogstwaarschijnlijk een ander aanzien zullen geven. Ik doel hier uiteraard op het einde van de westerse hegemonie en in het bijzonder de relatieve neergang van de Amerikaanse macht, met als keerzijde de opkomst van Azië (vooral China en India) en mogendheden uit andere continenten, zoals Brazilië. Wijd verbreid is het gevoel dat Europa op een kruispunt van de geschiedenis staat; het moet een keuze maken die bepalend is voor zijn toekomst. De gebleken kwetsbaarheid van de Europese muntunie heeft de noodzaak hiertoe alleen maar versterkt. De ene route voert naar de zijkant van het wereldtoneel. Als gevolg van gebrek aan ambitie en te gering handelingsvermogen houdt Europa op een internationale speler van formaat te zijn. De pretentie van de EU een *force for good* te vertegenwoordigen, blijft in loze woorden steken. De andere route is die van innerlijke vernieuwing en wederopleving. De Europese landen slagen erin het eens te worden over een ambitieuze agenda en weten daarnaast zoveel bestuurlijke kracht te realiseren dat Europa een van de steunpilaren van de wereldorde van morgen wordt. In plaats van passieve toeschouwer treedt het naar voren als actieve deelnemer.

■ Fred van Staden is hoogleraar Internationale Betrekkingen aan de Universiteit Leiden.

1 *Handelingen I* 2007/08, 31 384, nr. 37, p. 1533.

2 De aanduidingen Europa en Europese Unie (EU) worden hier door elkaar gebruikt.

De twee – in het kort aangeduide – richtingen worden verzinnebeeld in de ondertitel van dit opstel. Venetië is de historische metafoor van een rijk met een groots verleden, dat op het pad van schier onafwendbare achteruitgang en decadentie terecht is gekomen. Het wordt nog steeds bewonderd om zijn monumentale schoonheid, maar is niet veel meer dan een groot open lucht museum. Het heeft zijn economische veerkracht verloren en zakt steeds verder weg in het moeras van historische onbeduidendheid. Zijn lot is afhankelijk geworden van de beslissingen van vreemde mogendheden; het heeft zijn militaire bescherming aan anderen uitbesteed. Tegenover de metafoor van Europa als een eigentijds Venetië plaats ik een ander beeld uit de Italiaanse geschiedenis, de Risorgimento uit de 19^e eeuw. Het staat voor de herrijzenis van een natie uit de onderlinge verdeeldheid en *Kleinstaaterei*. Ondanks diepgewortelde regionale identiteiten en culturele verschillen tussen de landsdelen, is Italië door een combinatie van politieke idealen, politieke sluwheid en staatsmanschap (Cavour), en – toegegeven – buitenlandse hulp (Frankrijk), toch een staatkundige eenheid geworden.³

Voordat ik zal ingaan op Europa's ambities (*wat wil het?*) en handelingsvermogen (*wat kan het?*), volgt eerst een aantal opmerkingen over de politieke hulpbronnen waarover ons werelddeel beschikt.

Europa's troefkaarten

Het is al vaak gezegd: Europa heeft op zichzelf voldoende machtpotentieel om aanspraak te kunnen maken op de status van wereldmogendheid.⁴ Zo hebben de 27 lidstaten van de EU bij elkaar opgeteld een bevolking van ongeveer een half miljard mensen. Daarmee neemt de EU na China en India een derde plaats in de wereld in. Dankzij de interne markt is het aandeel van de EU in het wereldproduct zelfs enkele procenten groter dan van de VS en nog steeds aanzienlijk groter dan van China, de imponerende groeicijfers van het laatste land ten spijt. De EU vormt ook een formidabele handelsmacht; zij is de grootste exporteur in de wereld en de op één na grootste importeur. Verder zijn de Europese burgers over het algemeen goed geschoold en worden de Europese samenlevingen gekenmerkt door een hoge graad van sociale stabiliteit. Daarnaast is de EU de grootste donor van hulp aan de

3 Ik ben de eerste om te erkennen dat het gevoel van nationale eenheid in Italië is achter gebleven bij de meeste andere Europese natie-staten. Tekenend is de lauwe viering onder de bevolking van 150-jaar Italiaanse eenheid in maart 2011. Het voorbeeld van de Duitse eenwording in de 19^e eeuw is te controversieel om als voorbeeld voor de EU te dienen, omdat het te zeer beladen is met – om het bekende woord van Bismarck aan te halen – *Blut und Eisen*.

4 Zie bijvoorbeeld S. Biscop, *Strategie voor een wereldmacht*, Gent: Academia Press, 2010.

arme landen; meer dan de helft van de internationale ontwikkelingshulp komt uit de Europese landen of via EU-fondsen. Deze landen leveren ook verreweg de grootste financiële bijdragen aan internationale organisaties, zoals de Verenigde Naties. Mede omdat het Europese integratie-experiment in andere delen van de wereld als een inspirerend voorbeeld van regionale samenwerking wordt gezien, Europa kan putten uit een groot reservoir van *soft power*.⁵

Anders is het gesteld met de *hard power*, de beschikbaarheid van militaire machtsmiddelen. Zeker, de EU-landen hebben krijgsmachten die bij elkaar ongeveer 1.8 miljoen militairen tellen. Maar slechts een kleine fractie daarvan (ten hoogste enkele tienduizenden) kan worden ingezet voor langdurige militaire campagnes in conflictgebieden buiten Europa. De hoofdoorzaak van deze merkwaardigheid ligt besloten in de nationale (in plaats van Europese) organisatie van de defensie. Deze leidt tot grote verspilling. Verder maken slinkende militaire begrotingen de aankoop van noodzakelijke middelen moeilijk of zelfs onmogelijk. Ook zijn vele EU-landen nog blijven steken in de omslag van territoriale verdediging naar expeditieair optreden. Het gevolg is dat Europa wel in staat is beperkte bijdragen te leveren aan humanitaire en vredesoperaties, maar – meer dan een halve eeuw na het einde van de Tweede Wereldoorlog – genoopt is bij grootschalige gewapende conflicten de VS de kastanjes uit het vuur te laten halen.⁶

Deze afhankelijkheid van Amerika kan echter aanzienlijk worden verminderd, indien de Europese landen zouden besluiten hun nationale defensies samen te smelten tot een Europees leger. Daarmee zou een veel grotere militaire effectiviteit worden bereikt. Een van de paradoxen van de Europese integratie is dat nergens de schaalvoordelen van vergaande samenwerking zo manifest zijn als in het domein van de defensie, maar dat tegelijk die samenwerking nergens zo ver achterblijft als juist daar. Nationale soevereiniteit en identiteit worden nu eenmaal sterk beleefd als het om de beschikkingsmacht over de gewapende macht gaat.

Internationale ambities of afzijdigheid?

Heeft Europa in beginsel dus het vermogen om een rol van betekenis op het wereldtoneel te spelen, de beschikbaarheid van hulpbronnen om invloed uit te oefenen is daarvoor weliswaar een noodzakelijke maar nog geen voldoende voorwaarde. Het dragen van internationale verantwoordelijkheden gaat immers met kosten, materiële

5 *Ibidem*.

6 Zie J. Howorth, *Security and Defence Policy in the European Union*, London & New York: Palgrave Macmillan, 2007.

en immateriële, gepaard. Ook voor de buitenlandse politiek geldt: *There is no free lunch*. Dit betekent dat er in de samenleving een voldoende draagvlak dient te bestaan om schaarse middelen aan te wenden voor een politiek van actieve betrokkenheid bij de wereld. Bovendien moet er overeenstemming zijn over de vraag wat voor soort internationale speler de EU dient te zijn. Hier doen zich op zijn minst twee problemen voor. Er wordt veel gesproken over het bestaan in ons politiek bestel van een kloof tussen elite en massa, tussen bovenlaag en onderlaag in de samenleving. Die kloof is zeer zichtbaar bij de publieke waardering van de EU. Het Europese integratieproject is de laatste jaren veelvuldig een eliteproject genoemd, omdat het vooral wordt gesteund door goed opgeleide en kosmopolitisch ingestelde burgers. Zij zijn het die het meest open staan voor de internationale ambities van de EU. Trouwens, zij zijn het ook die het meeste voordeel hebben van open grenzen en groeiende mobiliteit.⁷

Anders ligt het bij de burgers aan de onderkant van de samenleving. Velen van hen zijn gekant tegen verplichtingen in het buitenland. Er bestaat zoiets als de Zwitserse verleiding. Daaronder versta ik een naar binnen gekeerde houding van de bevolking, die sterk op de bevrediging van eigen materiële genoegens is gericht. Het dragen van internationale verantwoordelijkheden en wat daar onvermijdelijk bij hoort, het maken van vuile handen wordt aan anderen overgelaten. Met enig cynisme kan men beweren dat het bieden van faciliteiten aan internationale organisaties (zoals in het geval van Zwitserland, Genève) er vooral toe dient om het eigen nationale geweten te sussen. De neiging om het eigen belang voorop te stellen en zich, wat Nederland betreft, schuil te houden achter de polderdijk is in niet geringe mate veroorzaakt door de angst voor de mondialisering. Vele burgers hebben het gevoel de controle over hun bestaan te verliezen. Men voelt zich overgeleverd aan buitenlandse krachten die alleen maar onheil brengen (import van misdaad, goedkope arbeidskrachten en stromen vluchtelingen). Waarom zou Europa zijn nek moeten uitsteken om allerlei problemen buiten het eigen continent op te lossen als er in dit opzicht nog zoveel op eigen erf valt te doen? Onzeker geworden politici die zich zien geplaatst voor grillige bewegingen op de kiezersmarkt, aarzelen in deze kwestie de confrontatie met de burgers aan te gaan uit vrees voor electorale afstraffing.

Er is echter nog een ander probleem. Aan de bovenkant van de samenleving is weliswaar steun te vinden voor een ambitieuze Europese buitenlandse politiek, maar daarmee is nog niets gezegd over de inhoud van de Europese aspiraties. Moet Europa zich als normatieve macht vooral richten op de bescherming van mensenrechten, versterking van het internationaal recht, milieuconservering en andere *global*

7 Zie H. Vollaard, *Political territoriality in the European Union. The changing boundaries of security and healthcare*, Leiden: proefschrift, 2009.

public goods. Moet het zich onthouden van harde drukmiddelen en zijn kracht zoeken in het stellen van zijn voorbeeld, overreding en overtuiging? Indien men van mening is dat Europa zich dient te beperken tot *soft power*, dan komt men uit in de buurt van het Civiele Europa. Dit concept is vooral populair in Duitsland en Scandinavië, en appelleert trouwens ook in Nederland aan idealistische tradities. Toen de Amerikaanse publicist Robert Kagan indertijd een steen in de vijver wierp door te beweren dat Europa afkomstig was van Venus en Amerika van Mars,⁸ had hij vooral dit idee van Europa op het oog. Maar er bestaat nog een totaal ander model, dat van *l'Europe puissance* of *Muscle Europe*. Het gaat dan om een Europa als traditionele grote mogendheid, zoals de VS en China, met alle militaire parafernalia (kernmacht, omvangrijk leger etc.). Dit politiek model heeft vooral aanhang in Franse en tot op zekere hoogte ook Britse beleidskringen.⁹ De tegenstelling tussen beide concepten is ietwat verdoezeld in de officiële veiligheidsstrategie van de EU,¹⁰ met dien verstande dat een sterkere nadruk ligt op de civiele dan de militaire componenten. Het behoeft geen betoog dat de onduidelijkheid over de aard van Europa's internationale missie niet bevorderlijk is voor de werfkracht van een actief mondiaal engagement als zodanig.

Een 'staatloze' buitenlandse politiek?

Ongeacht of Europa in de toekomst meer evolueert in de richting van een postmoderne politieke eenheid die probeert zich te onttrekken aan de traditionele machtsstrijd of dat het juist meer de trekken zal aannemen van een traditionele grootmacht, het welslagen van zijn buitenlands beleid staat en valt bij zijn handelingsvermogen. Dat vermogen is juist ten aanzien van de buitenlandse betrekkingen problematisch. De EU kan hier worden getypeerd als een gespleten persoonlijkheid, omdat in de verdeling van bevoegdheden tussen lidstaten en Europese instellingen sprake is van een naast elkaar bestaan van verschillende institutionele arrangementen. De bestuurlijke kracht van de EU is het grootst op het gebied van de externe handel, waar de Unie exclusief bevoegd is. Dit betekent in de praktijk dat zij niet alleen alle handelsovereenkomsten met derde partijen afsluit, maar dat de Commissie ook namens de

8 R. Kagan, *Paradise and Power. America and Europe in the New World Order*, London: Atlantic Books, 2003.

9 Voor de Britten geldt de koppeling van enigerlei vorm van Europese defensie aan de NAVO nog steeds als absolute voorwaarde.

10 Vastgelegd in het document 'Een veiliger Europa in een betere wereld', *Europese veiligheidsstrategie*, Brussel, december 2003. Zie ook het officieel verslag over de toepassing van deze strategie *Veiligheid in een veranderende wereld*, Brussel, december 2008.

lidstaten onderhandelt in de Wereldhandelsorganisatie (WTO). Vooral doordat de EU in dit belangrijke forum in staat is met een stem te spreken, heeft zij zich gemanifesteerd als een gelijkwaardige speler ten opzichte van de VS en andere belangrijke handelspartners, zoals Japan en China. Het handelingsvermogen van de EU is ook relatief groot ten aanzien van ontwikkelingssamenwerking en de humanitaire hulpverlening. Hier zijn de bevoegdheden tussen Unie en lidstaten gedeeld, hetgeen voldoende ruimte heeft geschapen voor een zelfstandige rol van de Commissie en het Europees Parlement.¹¹

Maar een totaal andere situatie doet zich voor met betrekking tot het terrein van de klassieke buitenlandse politiek. Hier stuit men op kwesties van vrede en veiligheid en militaire interventie. Ondanks de verdragsretoriek van een Gemeenschappelijk Buitenlands en Veiligheidsbeleid (annex Gemeenschappelijk Veiligheids- en Defensiebeleid) in EU-verband zijn de lidstaten de baas. De bepaling van het beleid is een strikt intergouvernementele aangelegenheid. Aangezien er raakvlakken bestaan tussen bijvoorbeeld het handelsbeleid en meer algemene politieke betrekkingen kunnen, vanwege de gescheiden bemoeienis vanuit het gemeenschapskader en de collectiviteit van de lidstaten, lastige coördinatieproblemen ontstaan. Men denke bijvoorbeeld aan het nemen van economische sancties (handelsbeleid) ten opzichte van een bepaald land in reactie op ernstige schendingen van mensenrechten in dat land (politieke relaties). De Raad kan een hiertoe strekkend besluit nemen, maar is voor de uitvoering aangewezen op de medewerking van de Commissie. Maar nog groter is het probleem van de afstemming tussen het gemeenschappelijke Europees beleid en het beleid dat lidstaten afzonderlijk voeren. Vooral de grotere lidstaten gaan zich herhaaldelijk te buiten aan diplomatiek solisme en storen zich weinig aan de afspraak elkaar in dit geval te informeren.

De afwezigheid van een aanwijsbaar gezagscentrum dat verantwoordelijk is voor het gehele veld van de buitenlandse betrekkingen maakt de Europese constructie zeer kwetsbaar. De vraag is gesteld, analoog aan de discussie over de houdbaarheid van de Muntunie, of het überhaupt mogelijk is een buitenlandse politiek te voeren die niet is ingebed in een statelijke structuur.¹² Een effectieve buitenlandse politiek is immers zeer gebaat bij slagvaardigheid van optreden en snelheid van handelen, zeker in acute crisissituaties. Het minste dat moet worden gezegd is dat de EU in haar betrekkingen met derde landen ernstig is gehandicapt in vergelijking met politieke eenheden (staten) die wel over een krachtdadige uitvoerende macht beschikken. Hieraan wil ik nog toevoegen dat de EU vaak niet verlamd is door het bestaan

11 Doordat regelgeving op het terrein van de buitenlandse betrekkingen betrekkelijk zeldzaam is, is de rol van het Europese Hof van Justitie ook in het communautair kader zeer beperkt.

12 Zie bijvoorbeeld K.E. Smith, *European Union Foreign Policy in a Changing World*, Cambridge: Polity Press, 2^e druk 2008, hoofdstuk 1.

van onderlinge meningsverschillen (want die bestaan in bijvoorbeeld de VS ook), maar door de afwezigheid van besluitvormingsmechanismen om beslissingen te forceren. Dit is niet mogelijk omdat de lidstaten in wezenlijke vragen van buitenlandse politiek vasthouden aan het vetorecht. Mochten ze dit niet doen, dan zouden ze in de woorden van David Owen (voormalig minister van Buitenlandse Zaken van Groot-Brittannië) ‘do away with the sinews of their own nationhood, the very basis on which the independence of an individual state is based’.¹³

Het – in aanhef genoemde – Verdrag van Lissabon kan men zien als een poging enkele zwakheden in de structuur van de buitenlandse betrekkingen op te heffen. De instelling van een vaste voorzitter van de Europese Raad was mede bedoeld om de EU naar buiten een gezicht te geven. De combinatie van verantwoordelijkheden van de Hoge Vertegenwoordiger van de Unie voor Buitenlandse Zaken en het Veiligheidsbeleid, optredend als zaakwaarnemer van de lidstaten én als onafhankelijke vice-voorzitter van de Commissie (belast met de Buitenlandse Betrekkingen), vindt haar rechtvaardiging in de feitelijke samenhang van de politieke en niet-politieke delen van de buitenlandse betrekkingen. Ook aan de oprichting van de Europese Dienst voor het Externe Optreden (EDEO) lag een streven ten grondslag naar een betere coördinatie van het geheel van het buitenlands beleid. Ondanks zekere verbeteringen heeft Lissabon zeker geen oplossing geboden voor het probleem van het institutioneel leiderschap van de EU. Nog steeds toont Europa verschillende gezichten bij het internationaal overleg en nog steeds spreekt het met verschillende monden. Tussen de voorzitter van de Europese Raad, de voorzitter van de Commissie, de Hoge Vertegenwoordiger en zelfs de voorzitter van het land dat aan de beurt is om de EU-ministerraden voor te zitten, bestaat een onmiskenbare rivaliteit. Beurtelings maken zij er aanspraak op de meest gerede gesprekspartner voor derde landen te zijn. Dit maakt op de leiders van de VS, China, India, Rusland en andere landen geen overtuigende indruk.

Conclusie

Europa staat oog in oog met de geschiedenis in een periode van revolutionaire veranderingen. De EU beschikt weliswaar over voldoende machts potentieel om een belangrijke wereldspeler te zijn, maar het ontbreekt haar aan een duidelijke strategische visie. Bovendien schiet het handelingsvermogen van de Europese instellingen met betrekking tot de buitenlandse betrekkingen te kort. Venetië of Risorgimento?

13 D. Owen, ‘An effective CFSP for the future?’, in: M. Eyskens et al., *How can Europe prevent conflicts?*, Brussels, The Philip Morris Institute, 1997, p. 37.

De marsroute ligt niet vast. De Britse historicus Piers Brendon heeft opgemerkt dat men de geschiedenis kan opvatten als een landkaart; zij is echter geen kompas. Letterlijk schrijft hij:

'It charts human experience, stops at the present and gives no clear sense of direction. History does not repeat itself nor (...) does it proceed in rhythms or cycles. Events buck trends. Everything (...) is subject to "the vicissitudes of fortune".'¹⁴

Hoe zal Europa omgaan met deze wisselvalligheden van het fortuin? Zullen de politieke leiders in staat zijn de burgers ervan te overtuigen dat Europa in de wereld van morgen economisch en politiek alleen kan overleven, indien het zijn krachten verder bundelt en een terugval in nationalisme weet te voorkomen? Helaas falen dominante sociaal-wetenschappelijke theorieën van regionale integratie (neofunctionalisme, transactionalisme, liberaal-intergouvernementalisme etc.) in het aangeven van de condities waaronder het integratieproces in de huidige politieke situatie in deze of gene richting kan worden gestuurd. Constructivistische aanbevelingen dat leiders vooral moeten investeren in het bedenken van een nieuw 'narratief', een bezielend verhaal dat kan dienen als inspiratiebron om de burgers te mobiliseren voor het Europese eenheidsideaal, klinken nogal gratis.

Laat ik daarom eindigen met enkele persoonlijke gedachten.¹⁵ Het is goed denkbaar dat een dreigende marginalisering van Europa in een wereld van nieuwe machtscentra bij het grote publiek zal leiden tot berusting en escapisme. Ik herinner aan wat eerder over de Zwitserse verleiding is opgemerkt. Maar even goed kan het vooruitzicht van een degradatie van Europa tot de rol van toeschouwer of figurant op het wereldtoneel de impuls opleveren voor een *relance* en nieuwe sprongen voorwaarts. Voorwaarde is dan wel dat de EU niet opnieuw wordt verlamd door nieuwe financiële crises. De kans op een opwaartse beweging in het eenwordingsproces is aanwezig in het licht van de ervaring dat de Europese integratie, naast een zekere eigen dynamiek, vooral onder druk van uitwendige dreigingen of uitdagingen zich heeft ontwikkeld. Deze externe omstandigheden maken een soort van schoktherapie mogelijk. Op dit ogenblik vormen niet alleen de dreigende overvleugeling door de Aziatische machten maar ook de gewijzigde relatie met de VS een grote uitdaging. De strategische prioriteiten van Amerika zijn verschoven; Europa staat niet langer boven aan de lijst. De Amerikaanse regering zou Europa duidelijk kunnen maken dat ons werelddeel niet langer een *free-ride* heeft op de militaire vermogens van de VS. En dat het eindelijk zelf voor de veiligheid in zijn eigen achtertuinen

14 P. Brendon, Like Rome before the fall? Not yet, *International Herald Tribune*, 24 februari 2010.

15 Deze zijn nader uitgewerkt in mijn Gentse oratie, *De plaats van Europa in de nieuwe wereldorde*, 25 maart 2009 (Gent: Academia Press, 2009).

moet zorgen. Daar staan immers in de eerste plaats Europese (en niet Amerikaanse) belangen op het spel. De opstelling van Washington ten aanzien van het conflict in Libië, wijst al enigszins in deze richting. Door Europa als het ware te dwingen zijn verantwoordelijkheid voor de veiligheid in andere delen van de wereld serieus te nemen, kan het misschien worden geholpen ook in militair opzicht op eigen benen te gaan staan.

J.G.C. Wiebenga ■

‘Dat is wat mijn fractie van de regering vraagt: nadenken en ... om ons deelgenoot te maken van de toekomst van dat nadenken’, aldus het Eerste Kamerlid mr. Ankie Broekers-Knol in het debat over de ratificatie van het Verdrag van Lissabon op 7 juli 2008.¹ Met dit debat in de Eerste Kamer werd – althans voor de lidstaat Nederland – een finale stap gezet ter afronding van een zeer langdurig proces tot constitutionele hervorming van de Europese Unie. In deze bijdrage worden enige kanttekeningen gemaakt bij de advisering door de Raad van State over verschillende wetsvoorstellen betreffende EU-verdragen. Meer in het bijzonder zullen daarbij naast het advies over de goedkeuring van het Verdrag van Lissabon² (2008) aan de orde komen de adviezen van de Raad over het initiatiefvoorstel van Wet raadplegend referendum Europese Grondwet (2003),³ over de goedkeuring van het Grondwettelijk Verdrag (2004),⁴ het zogeheten Arrangementen-advies over de gevolgen van de Europese arrangementen voor de positie en het functioneren van de nationale staatsinstellingen (2005)⁵ en het advies over het mandaat van de regering met betrekking tot het Hervormingsverdrag (2007),⁶ zoals destijds de ontwerptekst werd genoemd welke leidde tot het Verdrag van Lissabon. Het motto daarbij zou kunnen zijn: hoe een instelling van bezonkenheid kan worden meegesleurd in de Nederlandse politiek-maatschappelijke turbulentie over Europa.

■ Jan Kees Wiebenga is lid van de Raad van State en onder meer oud-lid van de Eerste Kamer voor de VVD. De auteur dankt mr. J.C. van Haersolte voor zijn commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

1 *Handelingen I* 2007/08, 37, p. 1533.

2 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 384 (R1850), nr. 4.

3 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 885, nr. A.

4 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 025 (R1783), nr. 4.

5 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 993, nr. 22.

6 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 091, nr. 4.

Maar voor een goed begrip van de hierboven vermelde advisering door de Raad van State met betrekking tot de EU-verdragen e tutti quanti wordt eerst kort ingegaan op de wetgevingsadvisering door de Raad van State in het algemeen.

De emancipatie van de wetgevingsadvisering

In vogelvlucht zullen enige actuele dilemma's bij de wetgevingsadvisering worden behandeld onder het motto: 'de Raad als toegewijde adviseur'. Wat de kwantitatieve ontwikkelingen betreft is er niet veel aan de hand. De verplichte advisering over wetsvoorstellen beweegt zich op het niveau van ca 600 adviezen per jaar. (1920: 604; 1950: 551; 1980: 842; 2010: 588; record is 1965: 964 adviezen).

Een dilemma bij de wetgevingsadvisering over onder meer – maar zeker niet alleen – wetsvoorstellen betreffende de Europese Unie, komt in de kern hierop neer: heeft het de voorkeur om de wetgevingsadvisering zoveel mogelijk apolitiek respectievelijk methodologisch perfect te doen zijn of: heeft de advisering van de Raad van State haar eigen rationaliteit, die bijvoorbeeld gezocht kan worden in zoiets als het staatsbelang?

Aanleiding voor de bespreking van dit dilemma is tweeërlei:

- a) het doembeeld van onbestuurbaarheid dat soms wordt geschetst als gevolg van het feit dat het thans zittende kabinet een minderheidskabinet is, aangevuld met gedoogsteun van niet daarin opgenomen partijen. Op dat doembeeld is nogal veel af te dingen. Zelf vind ik Nederland nog steeds een van de beter bestuurde democratieën van de wereld. Maar het lijkt mij wel juist te observeren dat naarmate de samenleving meer in het ongerede is, er meer behoefte is om terug te vallen op een instelling als de Raad van State (de Raad van State als een soort 'back office').
- b) het *afscheidscollege van Kortmann* (febr. 2009),⁷ waarin hij de regering en ook de Raad van State bekritiseert naar aanleiding van het advies-2008 over de ratificatie van het Verdrag van Lissabon (waardoor geen tweede referendum werd gehouden). Hij kwalificeert dat advies als het hanteren van een 'raison d'état' – benadering – in pejoratieve zin wel te verstaan.

7 C.A.J.M. Kortmann, *Staatsrecht en raison d'Etat*, Deventer: Kluwer 2009.

De kwestie van de aard van de advisering – meer in het bijzonder of die meer dan een a-politieke/juridisch-technische advisering moet zijn – is overigens helemaal niet nieuw. Wie de discussies over de totstandkoming van de Wet op de Raad van State van 1861 leest, kan dat zien: vóór 1848 verdedigden staatsraden ook wel wetsvoorstellen in de Staten-Generaal.⁸

Er zijn recente voorbeelden, waarvan je inderdaad zou kunnen zeggen dat een zekere ‘raison d’état-benadering’, of met andere woorden een boven een juridisch-technische benadering uitstijgende advisering heeft plaatsgevonden, zoals het advies over de plaatsing van kruisvluchtwapens (1983);⁹ het advies over de ratificatieprocedure betreffende het Verdrag van Lissabon (2007);¹⁰ en het advies over de crisis- en herstelwet (2009).¹¹ Maar ook hier zijn eerdere voorbeelden te noemen zoals het advies over de herstelwetgeving van het Kabinet Colijn III (1935).¹²

Uiteraard leidt dit type advisering tot ophef. De vraag blijft: is er onderscheid met instellingen als de WRR/de universiteiten/de adviesraden/adviesbureaus? Of heeft de advisering van de Raad van State een eigen rationaliteit, die bijvoorbeeld negatief omschreven kan worden als niet-wetenschappelijk/niet-partijpolitiek/niet gericht op de waan van de dag, maar wel op het staatsbelang in ruimere zin?

Omstreden advisering over een referendum (2003)

Het initiatiefvoorstel van Wet raadplegend referendum Europese Grondwet van de Tweede Kamerleden Karimi, Dubbelboer en Van der Ham strekte er toe, zoals de benaming al aangeeft, te komen tot het houden van een raadplegend referendum over het Grondwettelijk Verdrag. In zijn advies van 14 juli 2003 vermeldt de Raad van State onder meer dat men de goedkeuring van het verdrag – ‘tot op zekere hoogte (zou) kunnen vergelijken met een grondwetsherziening’.¹³

Alom werd het advies als een positief advies uitgelegd, dat wil zeggen: positief ten opzichte van het voorgenomen raadplegend referendum. En toch was dat de verkeerde uitleg. Hoe kon dat? De fascinerende succesvolle proceduregang van dit initiatiefvoorstel is het gevolg van een kettingreactie van omstandigheden, naar mijn wijze van zien. Ik noem de volgende:

8 Raad van State 450 jaar, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1981, 276.

9 *Kamerstukken II* 1983/84, 17 980, nrs A-B.

10 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 384 (R1850), nr. 4.

11 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 4.

12 Raad van State 450 jaar, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1981, 288.

13 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 885, nr. A p. 2.

1. Het betrof een initiatiefwetsvoorstel. Anders dan bij de advisering over wetsvoorstellen vanwege de regering kennen de adviezen van de Raad over initiatiefwetsvoorstellen geen (negatief of positief) dictum. Dat hangt ermee samen dat de Raad het recht van initiatief als belangrijk instrument in handen van een of meer leden van de Tweede Kamer, zo min mogelijk in de weg wil zitten.
2. Het betreffende advies was ‘beleidsneutraal’ van toonzetting. Het had noch de strekking van instemming met de beleidskeuze van de indieners om een raadplegend referendum over het Grondwettelijk Verdrag te doen houden, noch beoogde het de strekking te hebben van een afhoudende opstelling tegenover deze beleidskeuze. Deze ‘beleidsneutrale’ invalshoek is in die zin naar mijn mening ook eenvoudig te verklaren, omdat zich onder de adviserende staatsraden natuurlijk zowel voorstanders als tegenstanders van het fenomeen referendum bevinden. Meer in het algemeen nemen de adviezen van de Raad de door de indiener – of dat nu een minister of een Tweede Kamerlid is – gemaakte beleidskeuze tot uitgangspunt van zijn advisering. De Raad streeft ernaar niet op de stoel van de regering of van het parlement te gaan zitten. Maar toetst de betreffende beleidskeuze zowel beleidsanalytisch (is er een probleem?) en juridisch (is de gemaakte beleidskeuze in strijd met hoger recht of rechtsbeginselen?).

Deze beleidsneutrale aanvliegroute is in het advies over het initiatiefwetsvoorstel weergegeven in de volgende kernzin: ‘Uitgaande van het oordeel van de indieners dat het wenselijk is het oordeel van de kiezers over de Europese Grondwet te vragen, rijst vervolgens de vraag wat daarvoor de meest passende vorm zou zijn’. Vervolgens gaat de Raad in op verschillende modaliteiten in dat verband. Deze cruciale volzin is onopgemerkt gebleven in het publieke en politieke discours.

3. Bij het advies van de Raad was een minderheidsadvies gevoegd van één staatsraad – mr. R.H. Lauwaars – die zich niet wenste te conformeren aan de hierboven genoemde beleidsneutrale toonzetting en zich daarentegen uitdrukkelijk wenste uit te spreken tegen een referendum als voorgesteld, omdat zijns inziens ‘de weigering om het Grondwettelijk Verdrag goed te keuren Nederland grote schade zou berokkenen en ons land ten aanzien van de andere lidstaten van de EU in een volledig isolement zou brengen’.
4. Bij de openbaarmaking van het advies van de Raad van State en de reactie van de indieners daarop¹⁴ in september 2003 kwam in verband met al het vorenstaande de beeldvorming er overwegend op neer, dat er één staatsraad tegen het houden van een referendum over het Grondwettelijk Verdrag was en – *a contrario* – de rest van de staatsraden oftewel de Raad als geheel dus voor.

14 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 885, nr. A.

Interessant is nog te vermelden dat bij de behandeling van het initiatiefwetsvoorstel in de Tweede Kamer de VVD-fractie ‘op de wip’ zat. Deze fractie kwam voort uit een partij, die in hoofdzaak ten opzichte van referenda geen positieve grondhouding had, met als voornaamste redengeving dat zij altijd voorstander was van versterking van het parlement, oftewel van indirecte democratie. Daaraan zou directe democratie in de vorm van referenda, juist afbreuk doen. In dit verband noem ik bij wijze van voorbeeld de namen van vooraanstaande VVD’ers als Toxopeus, Geertsema, Wiegel en Vonhoff. Maar geheel eensgezind is deze partij op dit gebied nooit geweest. Voorstanders van het kunnen houden van referenda waren bijvoorbeeld mevrouw Kappeijne van de Coppelio en de toenmalige fractievoorzitter van de Tweede Kamer-fractie van de VVD Van Aartsen. Deze wist bij de behandeling van dit initiatiefwetsvoorstel zijn fractie mee te krijgen, op grond waarvan het pleit voor het initiatiefwetsvoorstel in de Tweede Kamer positief beslecht was.¹⁵

In de Eerste Kamer zat de VVD-fractie eveneens op de wip. Zij ging uiteindelijk akkoord met het wetsvoorstel met de aantekening dat de parlementaire beoordelingsvrijheid gewaarborgd diende te zijn.¹⁶ Met andere woorden: dat ook bij een negatieve uitslag van het te houden raadplegend referendum de parlementsleden vrij zouden blijven daarvan af te wijken en desgeraden voor de goedkeuringswet te stemmen.

Omstreden advisering over een onderhandelingsmandaat (2007)

In het coalitie-akkoord van het in februari 2007 aangetreden kabinet-Balkenende IV staat vermeld dat wordt gestreefd naar een wijziging en eventuele bundeling van de bestaande verdragen van de Europese Unie waarin subsidiariteit en democratische controle zeker gesteld worden en die zich in inhoud, omvang en benaming overtuigend onderscheidt van het eerder verworpen Grondwettelijk Verdrag. Over deze en andere aspecten van die verdragswijziging(en) zal de Raad van State advies gevraagd worden, aldus het genoemde coalitie-akkoord.¹⁷ Probleem van deze coalitie was, dat van de samenstellende partijen het CDA en de Christen Unie tegen en de PvdA voor een vervolgreferendum over een vervolgverdrag leken te zijn.

¹⁵ *Handelingen II* 2003/04, 28, p. 1939.

¹⁶ *Handelingen I* 2004/05, 13, p. 626.

¹⁷ ‘Samen werken, samen leven’, Het kabinet Balkenende IV, uitgave van de RVD, 2007.

Een en ander had tot gevolg het uitbrengen door de Raad van het zogeheten Mandaatsadvies in september 2007.¹⁸ Dit advies kent twee hoofdonderdelen, welke hieronder kort worden weergegeven.

Het eerste hoofdonderdeel betreft het karakter van het Hervormingsverdrag (zoals de toen voorliggende tekst werd aangeduid om het te onderscheiden van het Grondwettelijke Verdrag). In dit hoofdonderdeel behandelde de Raad achtereenvolgens de opzet, de inhoud en de symboliek. Wat de opzet betreft kwam de Raad tot de conclusie dat deze de gebruikelijke was, vergelijkbaar met de opzet van de Verdragen van Maastricht, Amsterdam en Nice. En, voeg ik daaraan toe, alle tezamen met inbegrip van het Verdrag van Lissabon in wezen deel uitmakend van één samenhangende constitutionele operatie, weliswaar uitgevoerd in meerdere stappen.

Wat de inhoud betreft stelt de Raad vast dat het Handvest voor de Grondrechten buiten de Verdragen zelf blijft, alsmede dat bevoegdheidsverdeling tussen de EU en de lidstaten nog wat scherper omlijnd is, met onder meer een oranje lichtprocedure voor de nationale parlementen. Qua symboliek vermeldt de Raad dat van symbolen als vlag en hymne is afgezien.

Al met al concludeert de Raad terzake van het karakter van het Hervormingsverdrag, dat daaraan geen argumenten te ontleen zijn voor een (geleidelijke) uitbouw van de Unie in een meer federale zin en dat dit Verdrag naar inhoud, methodiek en ambitie past in de constitutionele ontwikkeling van de EU zoals voorheen. Tezamen genomen moet een verderstrekkende betekenis worden toegekend aan wijzigingen zoals het loslaten van de idee van een geschreven Grondwet, het niet meer opnemen van het Handvest Grondrechten in het Verdrag, het nadrukkelijk begrenzen van de bevoegdheden van de EU en het weglaten van de symbolen. Dit alles maakt dat het Hervormingsverdrag zich ‘kenmerkend’ onderscheidt van het Grondwettelijk Verdrag, aldus de Raad.¹⁹

Het tweede hoofdonderdeel van het Mandaatsadvies betreft de goedkeuring van het Hervormingsverdrag. Hierbij stelt de Raad om te beginnen vast dat de Nederlandse Grondwet niet voorziet in bindende referenda. Artikel 81 van de Grondwet bepaalt immers dat de vaststelling van wetten geschiedt door de regering en de Staten-

18 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 091, nr. 4. De benaming ‘Mandaatsadvies’ wijst erop dat het hier niet gaat om een verplicht wetgevingsadvies, maar om een verzoek om voorlichting van de regering over het mandaat van de regering met betrekking tot het Hervormingsverdrag, zoals destijds de ontwerp tekst werd genoemd, welke leidde tot het Verdrag van Lissabon.

19 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 091, nr. 4, p. 9-10.

Generaal gezamenlijk. Niet-bindende referenda echter worden niet geregeld in de Grondwet en zijn daarmee op zichzelf niet direct in strijd. Procedureel dient in een niet-bindend referendum te worden voorzien door middel van een ad-hoc-wet.

Vervolgens wijst de Raad wel op het in ons land wettelijke vastgelegde (sluitende) stelsel van goedkeuring van verdragen. Afwijking daarvan kan slechts geschieden per ad-hoc-wet op grond van een ‘bijzondere rechtvaardiging’ door de wetgever. En hiermee stelt de Raad als het ware een materiële voorwaarde aan het houden van een niet-bindend referendum over een EU-Verdrag. De Raad laat het hier niet bij, maar werkt vervolgens uit wat voor redenen aanleiding zouden kunnen geven voor het aanwezig achten van een bijzondere rechtvaardiging.

Om te beginnen kan een precedent als enkel feit geen zodanige bijzondere rechtvaardiging vormen. Van de veelgehoorde redenering dat een (tweede) referendum, nu over het Hervormingsverdrag, een logisch vervolg is op het (eerste) referendum over het Grondwettelijk Verdrag, wordt daarmee afstand genomen als staande op gespannen voet met het ad-hoc karakter van een referendumwet. Vervolgens acht de Raad van belang dat de wetgever afweegt of en zo ja, in hoeverre hij bij het voorgenomen ad-hoc referendum nog een ‘reële’ mogelijkheid heeft daarvan af te wijken. Indien dat niet zo is, verandert daarmee het karakter van het referendum van niet-bindend in semi-bindend, hetgeen niet met de letter, maar wellicht wel met de geest van ons constitutioneel bestel op gespannen voet staat.

Ten derde acht de Raad het wezenlijk dat in de referendumvraag een eenduidige keuze kan worden geformuleerd. Bij een bindend referendum is dat uiteraard geen probleem, omdat het gaat om het aanvaarden of verwerpen van een door het parlement reeds vastgestelde wetstekst.

Het vierde aspect dat bij de bijzondere rechtvaardiging van het houden van een niet-bindend ad-hoc-referendum een rol dient te spelen moet naar het oordeel van de Raad zijn of zo’n referendum in het voorliggend geval het meest geschikte instrument is om burgers bij de EU-besluitvorming te betrekken. Het referendum moet geen legitiemiddel zijn dat naar believen door bestuurders en volksvertegenwoordigers wordt ingezet.

Ten vijfde moet rekening worden gehouden met het verschil in rechtskarakter tussen bilaterale en multilaterale verdragen. Bij verwerping van een bilateraal verdrag herleeft eenvoudig de status quo ante. Bij verwerping van een multilateraal verdrag – zoals de constitutionele EU-verdragen – hangt dat er maar vanaf. De kans is daarbij niet uitgesloten, dat een ‘coalition of the willing’ zal pogen door te gaan.

Met bovenstaande beschouwingen beoogde de Raad de regering en anderen een inzichtelijk beoordelingskader aan te reiken om in voorkomend geval tot een verantwoorde beleidskeuze omtrent het al dan niet houden van een niet-bindend referendum over een EU-verdrag te komen. Zelf heeft de Raad deze beleidskeuze niet gemaakt. Naar mijn mening terecht is hij niet op de stoel van de regering of de wetgever gaan zitten.

Zoals bekend is afgezien van een tweede referendum. Interessant is, dat de VVD, als regeringspartij in 2004 voor het houden van het eerste referendum was maar, nu als oppositiepartij, in 2007 tegen. Omgekeerd was de PvdA in 2004 als oppositiepartij voor en in 2007 als regeringspartij tegen! Wat ervan zij, vastgesteld moet worden dat een tweede referendum in deze context de vestiging van een structurele praktijk of, zo men wil, een nieuwe staatsrechtelijke conventie in het leven had geroepen, waardoor volgende EU-verdragswijzigingen niet gemakkelijk zonder nationaal referendum zouden kunnen passeren.

Ik acht de in tweede instantie gemaakte afweging een goede. De voors en tegens van het instrument van referenda in het algemeen laat ik in het bestek van deze bijdrage buiten beschouwing. Maar ik betwijfel of deze materie zich goed leent voor het structureel houden van semi-bindende referenda. Los van de vraag of bij zulke referenda andere dan Europese overwegingen al dan niet een rol spelen, hetgeen natuurlijk geoorloofd is, is het risico van schade aan de Nederlandse positie in de EU wel erg groot. Een ‘verdenemarkisering’ zou dan op de loer liggen.

De Raad van State als toegewijde adviseur

Welke lering kan uit het bovenstaande worden getrokken? Interessant was het – voor outsiders én insiders – te observeren hoe een instelling van bezonkenheid kan worden meegesleurd in de Nederlandse politiek-maatschappelijke turbulentie rond Europa. In deze context heb ik de rol die de Raad van State naar mijn mening op het terrein van de wetgeving moet spelen beschreven als die van toegewijde adviseur. Dat is op zich niets nieuws. Zo’n rolopvatting was ook nodig in vroegere eeuwen bij absolute vorsten. Het is de rol van het zeggen aan de machthebbers waar het op staat, zoals Wildavsky het noemt: *speaking truth to power!*²⁰ En zulks ongeacht de politieke samenstelling van kabinet of parlement, met het oog op de aan het partij-

20 Aaron Wildavsky, *Speaking Truth to Power: The Art and Craft of Policy Analysis*, 1979, Little, Brown.

wezen ontstijgende *raison d'état*, zoals Kortmann dat noemt.²¹ In mijn ogen heeft de advisering door de Raad een andere rationaliteit dan die van een wetenschappelijke instelling of een sectorale regeringsadviesraad.

Een volgende les die uit het voorgaande kan worden getrokken is dat, met behoud van de afstandelijkheid van de raadsadviezen betreffende initiatief-wetsvoorstellen, tot uiting komend in het ontbreken van een dictum, de Raad er goed aan doet in zulke gevallen glashelder te stipuleren dat hij de door indieners van zulke wetsvoorstellen gemaakte beleidskeuzen niet zozeer onderschrijft, als wel dat hij deze beleidskeuzen beleidsanalytisch en juridisch toetst.

Het in het Mandaatsadvies voorgelegde stelsel voor het beoordelen door de wetgever van de opportuniteit van het houden van een (niet-bindend) ad-hoc-referendum over de goedkeuring van EU-verdragen zou het mijns inziens verdienen te worden beschouwd als staatsrechtelijke conventie. De toekomst zal leren of dat door regering en parlement ook zo wordt gezien.

Ik rond deze bijdrage af met het onderstrepen van de observatie, dat in 'een sterk individualiserende wereld, Europa een macht van betekenis (kan) zijn, zowel economisch als politiek, als Europa samenwerkt, als Europa een in hoge mate geïntegreerd Europa is'.²²

21 Zie voetnoot 7.

22 Aldus het door mij hooggeachte Eerste Kamerlid mr. Ankie Broekers-Knol in het debat over de goedkeuringswet betreffende het Verdrag van Lissabon; *Handelingen I* 2007/08, 37, p. 1533.

Deel III

Onderwijs

B.M.J. van Klink ■**Wat voorafging**

Eind jaren negentig werd ik als universitair docent Encyclopedie door het bestuur van de rechtenfaculteit in Tilburg gevraagd om een oefenrechtbank op te zetten naar Leids voorbeeld. Ik heb toen contact gezocht met Ankie, die al enige jaren coördinator van de Moot Court was. Zij heeft mij meermaals gastvrij ontvangen in het oude pand op de Hugo de Grootstraat en mij uitgebreid ingelicht over de opzet en inrichting van de Leidse Moot Court. Gaandeweg onze gesprekken, die wij ook nog genoeglijk tijdens een gezamenlijk werkbezoek aan Stockholm hebben voortgezet, vatten wij het plan op om samen een boek te gaan maken, waaruit later de *Pleitwijzer* is voortgekomen.¹ Onze verschillen in onder meer werkwijze, belangstelling en politieke voorkeur, bleken geen hindernis maar, integendeel, juist een vruchtbare basis voor samenwerking. Jaren daarna hebben wij opnieuw samen een boek geschreven: *Juridisch wijzer*, waarin, naast basale kennis over het recht en de rechtsstaat in Europees verband, veel praktische informatie wordt gegeven over voor de jurist onmisbare vaardigheden als argumenteren, uitleg van rechtsbronnen en verzamelen van juridische informatie.² Tijdens de afronding van ons boek, eind 2008, solliciteerde ik naar een hoogleraarspositie op het gebied van de juridische methodologie aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Zonder twijfel hebben beide boeken die ik samen met Ankie heb gemaakt, een belangrijke positieve bijdrage geleverd aan het uiteindelijke besluit om mij als hoogleraar aan te stellen. Wat als een min of meer toevallig samenwerkingsproject was begonnen, is dus van beslissende betekenis gebleken voor mijn verdere wetenschappelijke loopbaan.

■ Bart van Klink is hoogleraar Methoden en technieken van recht en rechtswetenschap aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

1 Ankie Broekers-Knol & Bart van Klink, *Pleitwijzer. Succesvol pleiten in de praktijk* (zevende, geheel herziene druk), Amsterdam: Bert Bakker 2005.

2 Bart van Klink & Ankie Broekers-Knol, *Juridisch wijzer. De staat, Europa en het recht* (eerste druk), Amsterdam: Bert Bakker 2009.

De vrijplaats van het leren

In de bundel *The Voice of Liberal Learning* karakteriseert de Britse filosoof Michael Oakeshott de wereld van de mens als een ‘place of learning’.³ Met zijn bewustzijn probeert de mens betekenis te geven aan de wereld om hem heen. Zodoende creëert hij een geheel en al menselijke wereld, niet zozeer omdat deze wereld alleen zou bestaan uit mensen en hetgeen mensen voortbrengen, als wel omdat zij het product is van zijn betekenisgeving. De betekenis die de mens aan de wereld geeft, aan alles wat hij om zich heen waarneemt, is altijd voorlopig en onvolledig. Het leren volgt geen vooropgezet plan en heeft geen uiteindelijke bestemming. Het is een avontuur waarvan de uitkomst ongewis is: ‘This engagement is an adventure in a precise sense. It has no preordained course to follow: with every thought and action a human being lets go a mooring and puts out to sea a self-chosen but largely unforeseen course.’⁴

De mens is zijn hele leven lang bezig met leren. Binnen deze *éducation permanente* nemen scholen en universiteiten een bijzondere plaats in. Kenmerkend voor dergelijke onderwijsinstellingen is om te beginnen dat degenen die er deel van uitmaken, erkend worden en zichzelf erkennen als eerst en vooral leerlingen (‘learners’), ook al kunnen ze daarnaast nog iets anders en iets meer zijn dan dat (bijvoorbeeld muzikant, krantenverkoper of wielrenner). Vervolgens is een onderwijsinstelling gericht op het leren van iets specifiek. Het gaat om niet geestelijke ontwikkeling, ‘spirituele groei’ of het verbreden van de eigen horizon in algemene zin, maar om het verwerven van kennis over een bepaald onderwerp, binnen een bepaalde discipline, met behulp van de daarbinnen gangbare denk- en werkwijzen. De leerling dient het leren als een specifieke taak op te vatten, waarvoor aandacht, geduld en vastberadenheid nodig zijn. Hoewel leren in beginsel overal mogelijk is – zoals in een gesprek met een vriend of tijdens een strandwandeling – gebeurt dat in scholen en universiteiten op een systematische manier. Ten slotte is leren in deze instellingen geen instrumen-

3 Michael Oakeshott, *The Voice of Liberal Learning*. Indianapolis: Liberty Fund 2001 p. 10. In deze bundel zijn de belangrijkste opstellen van Oakeshott over onderwijs verzameld. Oakeshott is het meest bekend om zijn opvattingen over politiek en de *Rule of Law* (onder meer uitgewerkt in Michael Oakeshott, *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon Press 1975 en Michael Oakeshott ‘The Rule of Law’. In: Michael Oakeshott, *On History and Other Essays*. Indianapolis: Liberty Fund 1999, p. 129-178), zie hierover mijn oratie: Bart van Klink, *Rechtsvormen. Autonomie van recht en rechtswetenschap* (oratie VU Amsterdam). Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, hoofdstuk 2. Zoals Fuller (Timothy Fuller, ‘Introduction. A Philosophical Understanding of Education’, in: Michael Oakeshott, *The Voice of Liberal Learning*, Indianapolis: Liberty Fund 2001, p. xvi) in zijn inleiding aangeeft, sluit Oakeshotts onderzoek naar de filosofie van het onderwijs hierbij nauw aan.

4 Michael Oakeshott, *The Voice of Liberal Learning*, Indianapolis: Liberty Fund 2001, p. 9.

tele bezigheid, maar een doel in zichzelf. Kennis wordt niet enkel verworven met het oog op het nut of het gebruik dat er elders, buiten de onderwijsinstelling, van gemaakt kan worden: ‘learning here is not a limited undertaking in which what is learned is learned merely up to the point where it can be put to some extrinsic use; learning itself is the engagement and it has its own standards of achievement and excellence.’⁵ Het leren vindt plaats op een besloten plek die ver verwijderd is van de hectiek van het hier en nu en van onze alledaagse beslommingen. Oakeshott spreekt in dit verband van ‘liberal learning’ of ‘liberal education’, waarbij ‘liberal’ betekent: ‘liberated from the distracting business of satisfying contingent wants.’⁶

Oakeshott ziet onderwijs als een transactie tussen de generaties, die bedoeld is om een nieuwkomer in te wijden in een ‘intellectual, imaginative, moral and emotional inheritance.’⁷ Dit erfgoed krijgt gestalte in een voortgaande conversatie waarin mensen zichzelf en de wereld proberen te begrijpen. Om aan die conversatie te kunnen meedoen, moet de leerling eerst de taal leren waarin wordt gesproken en gevoelig worden voor de verschillende stemmen die hierbinnen te horen zijn. Elke wetenschappelijke discipline biedt een eigen taal met eigen regels waarmee bepaalde aspecten van de wereld en het mens-zijn ter sprake kunnen worden gebracht. De docent heeft tot taak de leerling de regels van deze taal bij te brengen en te laten zien hoe je met deze taal een eigen bijdrage kunt leveren aan het voortgaande gesprek. *Liberal learning* is een initiatie in deze kunst van het converseren.

Vaardigheden en het ‘vrije’ leren

Door verschillende ontwikkelingen binnen en buiten het hedendaagse onderwijs wordt volgens Oakeshott de ‘vrije’ conversatie die de wetenschap voert, bedreigd. Hij stelt dat in het gewone leven vooral één taal wordt gesproken – de ‘language of appetite’ ofwel de taal van behoefte.⁸ Het is een taal vol clichés, waarmee alleen in algemene termen, op een voor iedereen herkenbare en herhaalbare wijze, uitdrukking kan

5 Michael Oakeshott, *The Voice of Liberal Learning*, Indianapolis: Liberty Fund 2001, p. 11.

6 Michael Oakeshott, *The Voice of Liberal Learning*, Indianapolis: Liberty Fund 2001, p. 15. Elders (ibid. p. 114) stelt Oakeshott dat de universiteit ‘the gift of an interval’ biedt.

7 Michael Oakeshott, *The Voice of Liberal Learning*, Indianapolis: Liberty Fund 2001, p. 69.

8 Michael Oakeshott, *The Voice of Liberal Learning*, Indianapolis: Liberty Fund 2001 p. 33. Over wat de ‘language of appetite’ precies inhoudt, is hij weinig concreet. Hieronder volgt mijn eigen, enigszins vrije weergave.

worden gegeven aan oppervlakkige indrukken en emoties.⁹ Het gaat erom zo snel, gemakkelijk en goedkoop mogelijk tot bevrediging van de onmiddellijke behoeften te komen. Voor reflectie en betekenisvolle ervaringen is er steeds minder tijd en ruimte. De wereld wordt gezien als volledig kenbaar en maakbaar; ze bevat geen raadsels of mysteries meer. Oakeshott wijst met name op twee verschillende ontwikkelingen. Ten eerste krijgt het onderwijs steeds meer het karakter van algemene scholing ('general education'¹⁰). Algemene scholing is niet gericht op het leren van iets specifiek, maar op het bevorderen van intelligentie of zelfstandig denken in algemene zin. Onafhankelijk van een concrete context of vraagstelling worden intellectuele capaciteiten getraind, zoals logisch denken, aandachtig lezen of vlot spreken. Ten tweede wordt het onderwijs steeds meer toegepast van aard. Dat wil zeggen, dat het onderwijs in toenemende mate wordt gebruikt om leerlingen te socialiseren en op een bepaalde taak in de samenleving voor te bereiden. Voor *liberal learning* komt *instrumental learning*¹¹ in de plaats, waarbij het leren wordt gereduceerd tot het aanleren van een serie van technische functies. Onderwijs komt in dienst te staan van gedragsverandering: leerlingen moeten leren hoe ze met zaken als seksualiteit, drugs en zelfmoord moeten omgaan (onderwijs als voorlichting); waar ze hun normen en waarden vandaan moeten halen (denk bijvoorbeeld aan de hedendaagse burgerschapscursussen of aan de toegepaste ethiek); hoe ze zich meer 'bewust' kunnen worden (*consciousness raising*) enzovoorts.¹² De school of de universiteit is hierdoor niet langer een vrijplaats van het leren.

9 Dit doet denken aan het onderscheid dat Merleau-Ponty maakt tussen 'langage parlé' (versleten taalgebruik) en 'langage parlant' (levend taalgebruik). Merleau-Ponty geeft evenwel aan dat dit onderscheid niet absoluut is. Vgl. Luigi Corrias, *The Passivity of Law. Competence and Constitution in the European Body Politic* (diss. Tilburg), Zonder plaats: Proefschriftmaken.nl 2010.

10 Michael Oakeshott, *The Voice of Liberal Learning*, Indianapolis: Liberty Fund 2001, p. 20-21. In een eerder gepubliceerd essay 'Education: The Engagement and Its Frustration' bespreekt Oakeshott (Michael Oakeshott, *The Voice of Liberal Learning*, Indianapolis: Liberty Fund 2001, p. 73-78) een hiermee verwante ontwikkeling waarbij de zelfontplooiing van kinderen centraal komt te staan. Het gaat er hierbij niet langer om een bepaald begrip van de wereld over te brengen, maar de vrijheid en creativiteit van kinderen te stimuleren. Van lesgeven is niet langer sprake: 'Teaching is to be confined to hesitant (preferably wordless) suggestion; mechanical devices are to be preferred to teachers, who are recognized not as custodians of a deliberate procedure of initiation but as mute presences, as interior decorators who arrange furnishings of an environment and as mechanics to attend to the audio-visual apparatus' (p. 75).

11 Michael Oakeshott, *The Voice of Liberal Learning*, Indianapolis: Liberty Fund 2001, p. 13.

12 Deze voorbeelden zijn ontleend aan Timothy Fuller 'Introduction A Philosophical Understanding of Education', In: Michael Oakeshott, *The Voice of Liberal Learning*. Indianapolis: Liberty Fund 2001, p. xvii.

Als symptoom van de tweede ontwikkeling, die een instrumentalisering van het onderwijs meebrengt, verwijst Oakeshott naar de toegenomen aandacht voor vaardigheden in het academische onderwijs. Steeds meer wordt ervan uitgegaan dat het de functie van een moderne universiteit is om vaardigheden over te brengen waarvoor een bijzondere training is vereist.¹³ In verschillende terzijdes laat hij zich kritisch uit over vaardighedenonderwijs. Hij benadrukt dat het leren niet het aanleren van een ‘kunstje’ is, zelfs niet in het beroepsonderwijs. Om te weten *hoe* je iets moet doen, moet je eerst begrijpen *wat* je aan het doen bent.¹⁴ Daarnaast voert hij aan dat de voor een bepaalde discipline kenmerkende denk- en werkwijzen geen zelfstandig object van studie en onderricht kan zijn. In het verleden werd de kunst van het converseren niet geleerd door conversatielessen te geven, maar door leerlingen te laten luisteren naar deze conversatie: ‘Nobody then gave lessons in the art of conversation itself; that was to be learnt by listening to conversation (an activity for which it was assumed the undergraduate had already been prepared), and only a Sophist would have considered the art of conversation to be a separate *techné*.’¹⁵ In het onderwijs gaat het er niet om technieken te leren waarmee een bepaald doel bereikt kan worden; het begrijpen van zichzelf – volgens het Oudgriekse adagium van *gnothi seauton* (γνώθι σεαυτόν, ofwel: ken uzelf) – is een doel in zichzelf. Dit begrijpen vergt een langdurig leerproces waarbij men zich gaandeweg de kunst van het converseren eigen maakt. Dit leerproces kan niet met de toepassing van eenvoudige methoden worden ingekort.¹⁶ Alleen door zich jarenlang ‘onder te dompelen’ in de praktijk van de wetenschap kan men een volwaardige deelnemer aan deze praktijk worden.

Oakeshott is bevreesd dat te veel aandacht voor de presentatie bij het doceren ten koste gaat van de inhoud en kwaliteit van het onderwijs. Onder impliciete verwijzing naar de Tweede Wereldoorlog stelt hij dat dynamiek zelfs een gevaarlijke eigenschap is: ‘And if there is a quack about the place, if there is an intellectual crook, you may be certain that he will not lack dynamism; I should have thought that we had had enough of that dangerous quality for the time being.’¹⁷ Hij zegt een goede docent te prefereren boven een goed verstaanbare docent: ‘I would rather listen to

13 Michael Oakeshott, *The Voice of Liberal Learning*, Indianapolis: Liberty Fund 2001, p. 102.

14 Michael Oakeshott, *The Voice of Liberal Learning*, Indianapolis: Liberty Fund 2001, p. 13. Zie hierover verder in de hierna volgende paragraaf.

15 Michael Oakeshott, *The Voice of Liberal Learning*, Indianapolis: Liberty Fund 2001, p. 147.

16 De verwijzing naar ‘easy methods’ is te vinden in een essay over ‘political education’ (Michael Oakeshott, *The Voice of Liberal Learning*, Indianapolis: Liberty Fund 2001, p. 179).

17 Michael Oakeshott, *The Voice of Liberal Learning*, Indianapolis: Liberty Fund 2001, p. 144. Het citaat is afkomstig uit het essay ‘The Universities’ uit 1949.

Bury “drone from a dull manuscript in a voice inaudible beyond the front two benches,”¹⁸ than to a self-conscious quack retailing some vulgar and trivial message.”¹⁹ Als rolmodel voert hij zijn oude gymleraar op, die gymnastiek niet als lichamelijke opvoeding opvatte, maar als een intellectuele kunst en die indruk maakte niet zozeer door wat hij zei als wel door zijn manier van doen: zijn geduld, accuratesse, bondigheid, elegantie en stijl.²⁰

Enkele lessen

Betekent dit nu dat er geen enkele plaats is voor het trainen van vaardigheden in het ‘vrije’ leren? Die conclusie is zeker niet gerechtvaardigd. Uit Oakeshotts opvatting van *liberal learning* kunnen er enkele belangrijke lessen worden getrokken over de plaats en de inrichting van het vaardighedenonderwijs in het algemene curriculum. Ten eerste moet worden gewaakt voor een reductie van onderwijs tot vaardighedenonderwijs. Vaardigheden maken een onmisbaar onderdeel uit van elk curriculum, maar leren is meer dan het aanleren van een verzameling van (al dan niet eenvoudige) methoden en technieken. Volgens Oakeshott omvat kennis twee componenten: informatie en oordeelsvermogen.²¹ Informatie bestaat enerzijds uit feiten (bijvoorbeeld informatie over wat wetten zijn en waar deze gevonden kunnen worden) en anderzijds uit regels die aangeven hoe een bepaalde vaardigheid (zoals de uitleg van een wet) moet worden uitgevoerd. Oordeelsvermogen (‘judgment’) is de kennis die het mogelijk maakt om informatie te interpreteren en de relevantie ervan te bepalen en om vast te stellen welke regel in het concrete geval toegepast moet worden en welke handeling(en) deze regel voorschrijft. Zonder deze kennis is het niet mogelijk om een vaardigheid te leren of uit te voeren: ‘Before any concrete skill or ability can appear, information must be partnered by “judgment,” “knowing how” must be added to the “knowing what” of information.’²² Een jurist heeft niet voldoende aan kennis van het positieve recht, hij moet ook weten wanneer hij in het concrete geval welke rechtsnorm moet toepassen en hoe hij die norm in casu moet uitleggen. Deze kennis kan niet in regels worden uitgedrukt ofwel in informatie

18 Oakeshott doelt hier ongetwijfeld op de Britse historicus J.B. Bury, die als ‘Professor Dry-as-Dust’ bekend stond (vgl. Doris S. Goldstein, ‘J.B. Bury’s Philosophy of History. A Reappraisal’, *The American Historical Review* 1977, p. 897). De herkomst van het citaat is mij niet bekend.

19 Michael Oakeshott, *The Voice of Liberal Learning*, Indianapolis: Liberty Fund 2001, p. 144.

20 Michael Oakeshott, *The Voice of Liberal Learning*, Indianapolis: Liberty Fund 2001, p. 61.

21 In het essay ‘Learning and Teaching’ zet Oakeshott (Michael Oakeshott, *The Voice of Liberal Learning*, Indianapolis: Liberty Fund 2001, p. 35-61) zijn genuanceerde, maar ook redelijk complexe opvatting van kennis uiteen. Hierna volgt mijn noodzakelijk enigszins versimpelde weergave.

22 Michael Oakeshott, *The Voice of Liberal Learning*, Indianapolis: Liberty Fund 2001, p. 49.

worden omgezet. Ze helpt ons daar waar er geen concrete regels of methoden voorhanden zijn of we niet weten welke regel of methode we moeten toepassen. In het algemeen geldt dat bij het leren van een taal – of het nu gaat om bijvoorbeeld Engels of Spaans of om de taal van de filosofie of die van de rechtswetenschap – men niet kan volstaan met het leren van de regels. Een competente taalgebruiker is iemand die in staat is om zich op een manier uit te drukken die niet expliciet door de regels is voorgeschreven. Oordeelsvermogen kan niet worden geleerd, want het kan niet tot een zelfstandig object van studie worden gemaakt, maar het wordt in het leren impliciet overgebracht door *de manier waarop* de docent informatie verstrekt: ‘It is implanted unobtrusively in the manner in which information is conveyed, in a tone of voice, in the gesture which accompanies instruction, in aside and oblique utterances, and by example.’²³ De leerling ontwikkelt zijn oordeelsvermogen door in de specifieke uitdrukkingwijze van de docent, in diens stijl, de individuele intelligentie te leren herkennen en waarderen. Omdat kennis dus meer omvat dan informatie, en informatie meer dan alleen vaardigheden, mag onderwijs niet tot vaardighedenonderwijs alleen worden beperkt.

Ten tweede is het van belang dat vaardigheden niet op zichzelf worden getraind, maar altijd in samenhang met de ontwikkeling van andere intellectuele (cognitieve en morele) capaciteiten. Kennis is, zoals Oakeshott aangeeft, een synthese van informatie en oordeelsvermogen. Beide componenten kunnen niet afzonderlijk, op verschillende momenten of in verschillende lessen, worden verworven. Ze worden tegelijkertijd geleerd, zij het op verschillende wijzen. De overdracht van informatie vindt plaats door middel van het geven van instructies (‘instructing’), terwijl het oordeelsvermogen wordt ontwikkeld door overdracht (‘imparting’), dat wil zeggen door het geven van het goede voorbeeld of van goede voorbeelden.²⁴ Dat betekent bijvoorbeeld dat de vaardigheid van het casus-oplossen niet als een afzonderlijke techniek getraind moet worden, maar tegelijk met de ontwikkeling van het oordeelsvermogen, zodat rechtenstudenten leren dat jurisprudentie, behalve kennis van het recht, ook altijd prudentie vereist.²⁵

23 Michael Oakeshott, *The Voice of Liberal Learning*, Indianapolis: Liberty Fund 2001, p. 60.

24 Op het onderscheid tussen ‘instructing’ en ‘imparting’ gaat Oakeshott nader in (Michael Oakeshott, *The Voice of Liberal Learning*, Indianapolis: Liberty Fund 2001, p. 54). Over ‘teaching by example’, zie Michael Oakeshott, *The Voice of Liberal Learning*, Indianapolis: Liberty Fund 2001, p. 60-61.

25 Het betreft hier de soort kennis die Aristoteles aanduidt als *phronēsis* (φρόνησις, dat wil zeggen praktische wijsheid of ‘verstandigheid’). Hij zegt hierover dat het geen vaardigheid betreft, maar een voortreffelijkheid op het gebied van meningen (Aristoteles, *Ethica Nicomachea* (vertaald door Christine Pannier & Jean Verhaeghe), Groningen: Historische Uitgeverij 1999, p. 185-186).

Het ‘vrije’ leren brengt, ten derde, mee dat vaardigheden niet in abstracto, als onderdeel van een algemene scholing, aangeleerd worden, maar in de context van een specifieke discipline. Elke discipline vormt een eigen taal waarin uitdrukking wordt gegeven aan een bepaald (en noodzakelijk beperkt) begrip van de mens en de wereld. Vaardighedenonderwijs maakt deel uit van en is dienstbaar aan de ontwikkeling van dit begrip. Het gaat er dus niet om een leerling argumentatie-, debat- of presentatietechnieken in algemene zin bij te brengen, maar om hem te introduceren tot een bepaalde wijze van argumenteren, debatteren en presenteren die kenmerkend is voor de discipline in kwestie. Het doel van het leren is uiteindelijk een leerling op te leiden tot een competente taalgebruiker die in staat is om zelfstandig uitingen voort te brengen, die niet door de regels zijn voorzien en waarmee hij een eigen bijdrage levert aan de voortgaande praktijk van het begrijpen.

Niet-instrumenteel vaardighedenonderwijs

Dit zijn alle waardevolle lessen. Maar de grootste uitdaging waarvoor Oakeshotts opvatting van *liberal learning* docenten in het vaardighedenonderwijs stelt, is na te denken over vaardigheden en de training daarvan op een niet-instrumentele wijze. Eenvoudig is dat niet, want het vaardighedenonderwijs dankt zijn populariteit in de huidige tijd juist voor een groot deel aan de concrete en praktische resultaten die het belooft: *als u de volgende tips & trucs in acht neemt en deze stappen volgt, bent u in no-time een ware pleiter, een succesvol schrijver, een bekwaam wetenschapper* enzovoorts. Dit is een misleidende voorstelling van zaken, want bij het leren is er geen snelle en gemakkelijke weg naar succes; jarenlange inzet, concentratie en volharding blijven nodig. Bovendien is het een gevaarlijke voorstelling, want als blijkt dat snel resultaat uitblijft (wat onvermijdelijk is), dan is – vanuit dezelfde perfide instrumentele logica – de conclusie gemakkelijk getrokken dat vaardighedenonderwijs overbodig is.

Toch is het mogelijk om op een andere manier na te denken over vaardigheden, waarbij het belang van vaardighedenonderwijs overeind blijft maar anders dan gebruikelijk wordt ingevuld – niet langer in termen van direct nut maar als een onontbeerlijke bijdrage aan de intellectuele vorming van een wetenschapper. Daartoe is het nodig om op ten minste twee punten afstand te nemen van Oakeshotts opvatting. Om te beginnen dient de verhouding tussen het verstrekken van informatie (waarvoor ‘instructing’ is vereist) en de ontwikkeling van het oordeelsvermogen (die ‘imparting’ vraagt) als gelijkwaardig te worden opgevat. Oakeshott stelt dat het leren van vaardigheden noodzakelijk oordeelsvermogen vooronderstelt, maar het omgekeerde is ook waar: wanneer een leerling niet over basale feitenkennis en

vaardigheden beschikt, is hij ook niet in staat om zijn oordeelsvermogen te ontwikkelen. Om een competente taalgebruiker te worden, moet men de basisregels van de taal kennen. Met andere woorden, wil men zich de kunst van het converseren eigen maken, zal men eerst moeten leren spreken. Het gaat in mijn opvatting om parallelle, elkaar versterkende leerprocessen. Vervolgens valt op dat onderwijs in Oakeshotts optiek voornamelijk eenrichtingsverkeer is: de docent draagt informatie over aan de leerling en bevordert diens oordeelsvermogen met goede voorbeelden. Leerlingen worden ingewijd in de kunst van het converseren door passief te luisteren naar betogen van volleerde meesters. Voor participatie of een zelfstandige bijdrage van de leerling aan de les lijkt bij Oakeshott geen enkele ruimte. Wanneer het er in het leren uiteindelijk om gaat dat de leerling een eigen stem en een eigen stijl ontwikkelt, dan is het juist van belang om hem ook zelf ook eens, bijvoorbeeld in het kader van een pleittraining, aan het woord te laten. Daarmee wordt in ieder geval voorkomen dat er docenten worden opgeleid die alleen voor studenten op de voorste twee banken van de collegezaal verstaanbaar zijn.

G.A. van der Steur ■

Dankzij het enthousiasme van Ankie Broekers-Knol is het pleiten in Nederland een vast onderdeel geworden van het curriculum van de betere faculteiten der Rechtsgeleerdheid van Nederlandse universiteiten. Leiden heeft daarbij in 1992 het voortouw genomen en een voorsprong gecreëerd die nooit remmend heeft gewerkt. Dat is te danken aan het systeem dat door Ankie en de Moot Court docenten van het eerste uur is opgezet en uitgebouwd. Op basis van individueel onderwijs en intensieve begeleiding zowel vakinhoudelijk als op het gebied van pleittechnieken, is een nagenoeg perfect vak ontstaan. Een vak dat jaarlijks door honderden studenten met succes wordt gevolgd en waar meer dan 150 rechters, advocaten, notarissen, belastingadviseurs, hoogleraren en bedrijfsjuristen als Moot Court rechter bijdragen aan het examineren van de pleitende studenten in de Moot Court rechtbank.

Het boek *Pleitwijzer*¹ fungeert als inhoudelijk fundament van dit vak. Van dit boek verscheen dit jaar de veertiende druk. Sinds kort is daar ook *Juridisch Wijzer*² bijgekomen. Beide boeken werden (mede) geschreven door Ankie Broekers. Er is in Nederland niet zoveel over de nobele kunst van het pleiten geschreven. Johannes van der Linden was de eerste Nederlander met zijn boek *De Ware Pleiter* in 1827. Voor zover mij bekend is daarna pas weer iets over pleiten verschenen doordat het Leids Pleitdispuut Tobias Asser in 1995 een bundel deed verschijnen onder de titel *Spreken is zilver, pleiten is goud*. Ondanks de heruitgave door Boekhandel Jongbloed van het boek van Johannes van der Linden in 1989 zijn deze beide boeken alleen antiquarisch verkrijgbaar. *Pleitwijzer*, waarvoor ik in het hiernavolgende enige

■ Ard van der Steur is advocaat en lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal voor de VVD, was van 2006 tot en met 2009 verbonden als docent Burgerlijk Recht aan de afdeling Moot Court en is sindsdien aan deze afdeling verbonden als gastmedewerker. Hij is eigenaar van Sturgeon Training BV een bedrijf dat zich specialiseert in het aanbieden van vaardigheidstrainingen, waaronder pleiten, aan advocaten.

1 A. Broekers-Knol & B. van Klink, *Pleitwijzer, succesvol pleiten in de praktijk*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2011.

2 B. van Klink & A. Broekers-Knol, *Juridisch Wijzer*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2011.

suggesties zal doen voor aanvulling, is daarmee het eerste serieuze boek over pleitvaardigheden dat verschenen is sinds 1827. Het boek is niet alleen voor studenten leerzaam, maar wordt ook – onder anderen door ondergetekende – gebruikt voor het trainen van advocaten en andere juristen die geacht worden voor rechters in de breedste zin des woords te verschijnen.

Pleiten is en blijft de slagroom op de taart van de traditionele advocatuur. Pleiten kan het verschil maken tussen een gewonnen en een verloren zaak. Een goed pleidooi is de apotheose van een mooi uitgeprocedeerd geschil. De advocaat hoort zich in het bijzonder in te spannen om de meerwaarde van een persoonlijke presentatie te verwezenlijken. Iedere advocaat die een betoog houdt dat met hetzelfde effect ook schriftelijk had kunnen worden ingediend, doet zijn vak geen eer aan. Het is de taak van de advocaat om de argumenten van zijn cliënt(en) op een zodanige wijze vorm te geven dat deze maximaal landen bij het gehoor. Als dat lukt dan heeft de advocaat (of procesvertegenwoordiger) zijn werk naar behoren verricht en kan hij tevreden naar zijn kantoor terugkeren om te genieten van een welbestede dag.

De onderstaande observaties zijn tot stand gekomen door jarenlang met rechters, griffiers en advocaten te spreken over het effect van pleiten en de daarvoor meest succesvolle aanpak.

Ik bied Ankie Broekers deze overwegingen graag aan voor een volgende druk van haar meesterwerk als dank voor haar vriendschap en collegialiteit in de afgelopen jaren. Jaren waarin ik onder meer werkzaam was als een van de docenten Moot Court en sinds 2010 met Ankie mag samenwerken als leden van de Staten-Generaal.

Rechters verheugen zich op een dag pleiten

De meeste advocaten verkeren in de veronderstelling dat een rechter 's ochtends fluitend op de fiets stapt om een fijne dag pleidooien aan te horen. Niets blijkt minder waar. Rechters hebben doorgaans een grondige hekel aan pleiten – althans aan het gemiddelde pleidooi – en wel omdat pleidooien saai zijn, slecht worden voorgedragen en bovenal geen nieuws bevatten. Hoe komt dat? Het antwoord is zo eenvoudig dat het onbegrijpelijk is dat de situatie blijft bestaan. Rechters vragen zich bij elk dossier af wat de vaststaande feiten zijn en wat de betwiste feiten zijn. De eerstgenoemde feiten dienen aan het begin van het vonnis opgesomd te worden en ten aanzien van de tweede serie feiten moet de rechter beslissen welke feiten hij als vaststaand zal aanvaarden. Dat betekent dat een rechter bij het voorbereiden van een zitting in het dossier primair naar deze feiten op zoek zal zijn. Hij heeft dus het dossier gelezen, de vaststaande en betwiste feiten geïdentificeerd en daar kennis van genomen. Wat

is nu de standaard opening van vrijwel elke advocaat? ‘Ik zal kort de feiten toelichten’ of woorden van gelijke strekking. Hier doemen twee problemen op. Ten eerste wordt er doorgaans gelogen: als een advocaat spreekt over de feiten is het namelijk nooit kort! Ten tweede wordt het eerste deel van het pleidooi gebruikt voor iets wat de rechter al weet. Wat gebeurt er met u als iemand u iets omstandig vertelt wat u al weet? Juist, de aandacht verslapt, u verveelt zich en denkt aan andere, meer aansprekende onderwerpen zoals vakantie, het werk in de tuin of de gedichten van Gorter.³ Tip 1 is dus: bespreek alleen die feiten die betwist worden of die een nieuw of ander licht werpen op het geschil. Hoewel feiten vaak belangrijker zijn dan de beschouwingen over de interpretatie van het recht, waarmee rechters later in het pleidooi worden verveeld, is het de vraag of een chronologische opsomming van die feiten er wel toe doet. Waarin zit dan de meerwaarde van de persoonlijke presentatie bij de rechter? In een goed pleidooi wordt contact gemaakt tussen de rechter en de advocaat (tussen publiek en spreker) die niet schriftelijk tot stand kan worden gebracht. Dán heeft het pleidooi meerwaarde en dán heeft de advocaat zijn werk goed gedaan. Voorlezen kan (bijna) iedereen. Voordragen is al lastiger en echt pleiten is slechts weggelegd voor degenen die er werk van maken, zich goed voorbereiden en daarmee iets extra’s weten toe te voegen aan hun betoog waardoor het daadwerkelijk meerwaarde heeft. Tip 2 is dan ook om het pleidooi niet vanuit de advocaat te bekijken, maar vanuit de rechter. Wat heeft de rechter aan informatie nodig? Wat vraagt de rechter zich na lezing van het dossier nog af? Wat kan niet schriftelijk tot uiting worden gebracht en hoe helpt de pleiter de rechter om tot het juiste oordeel te komen? Dat zijn de vragen die beantwoord moeten worden. Dan heeft pleiten zin.

Oogcontact is af en toe opkijken

Een pleitnota kan op drie manieren worden gebruikt: hij wordt voorgelezen, voorgedragen of dient als globale leidraad voor het pleidooi. Iedere advocaat weet dat en toch klagen rechters steen en been over de advocaten die een pleitnota opdiepen uit hun tas en daaruit hortend en stotend beginnen voor te lezen alsof zij de tekst voor het eerst zien. Het gaat bij pleiten om *oogcontact* dat betekent dat er een wisselwerking moet zijn tussen de rechter en de advocaat. Een professionele verstandhouding gebaseerd op werkelijk contact. Hiermee wordt de aandacht van de rechter verzekerd en wordt ook de ruimte geschapen voor een onderlinge interactieve

3 Een rechter vertelde dat hij bij saaie pleidooien gedichten uit het hoofd reciteerde en die dan opschreef om de pleitende advocaten de indruk te geven dat er achter de tafel ook gewerkt werd ...

uitwisseling van gedachten over de zaak. De rechter en de advocaat communiceren op hetzelfde niveau en komen op die manier tot een dialoog.

En vergeet ook de griffier niet. In veel gevallen schrijft de griffier het vonnis en daarnaast wordt door de rechter – met name in kort geding – vaak ook de mening van de griffier gevraagd. Behandel de griffier dus niet als een appendix⁴ maar als een volwaardig onderdeel van het proces en geef aan wanneer de pleitnota wordt verlaten zodat van hetgeen buiten de pleitnota om gezegd wordt notitie kan worden gemaakt.

Een inswinger is een goed idee

Pleitwijzer adviseert om het pleidooi te beginnen met een inswinger. Een leuke opening die de aandacht trekt van de rechter. Bij Moot Court wordt door de deelnemende studenten daaraan meestal invulling gegeven door zinnen als: ‘Wie zijn billen brandt, moet op de blaren zitten’, via ‘Hoge bomen vangen veel wind’ tot ‘*Pacta sunt servanda*’. Studenten begrijpen vaak wel na enige uitleg dat een rechtbank niet gecharmeerd is van een reeks van dit soort openingen. Advocaten begrijpen dat in veel gevallen helaas nog niet. Het advies is dan ook om inswingers achterwege te laten. Het is vaak beter om gewoon aan te geven wat de essentie is van het pleidooi, wat het pleidooi zal toevoegen aan het – meestal omvangrijke – procesdossier of welke vragen in het pleidooi zullen worden beantwoord. Een roemruchte vice-president in Rotterdam liet eens van zijn afkeer van de inswinger blijken door op luide en driftige toon te informeren wat dat wel niet was wat de advocaat daar zojuist had gezegd. Toen de advocaat bedremmeld meldde dat het een grapje was, ontstak de rechter in woede en riep luid: ‘Als ik naar grapjes wil luisteren, ga ik wel met mijn vrouw naar Youp van ’t Hek!’ U bent gewaarschuwd.

Een goed pleidooi duurt 45 minuten of langer

De gemiddelde advocaat pleit ongeveer een half uur tot drie kwartier. Hij maakt daarbij alle fouten die al hierboven al zijn genoemd. Aan de verzamelde Haagse rechters heb ik ter gelegenheid van hun rechtbankdag kunnen vragen hoe lang zij vinden dat een standaard pleidooi zou moeten duren. Maximaal 15 minuten was het antwoord en dat betekent dat elke advocaat na 15 minuten wel een heel interes-

4 Een wormvormig aanhangsel.

sant verhaal moet hebben dat echt iets toevoegt om te rechtvaardigen dat het langer duurt. Natuurlijk zijn er uitzonderingen denkbaar, maar in het algemeen zijn rechters niet erg onder de indruk van hetgeen hen aan nieuwe inzichten wordt geboden. Dit verklaart dan ook mede het feit dat rechters niet reikhalzend en blijmoedig uitzien naar hetgeen de dames en heren van de advocatuur over hen menen te moeten uitstorten.

Pleiten maakt geen verschil

Er zijn advocaten die menen dat rechters voorafgaand aan het pleidooi hun oordeel al gevormd hebben en dat pleiten dus weinig zin heeft. Op basis van mijn ‘onderzoek’ van de afgelopen jaren moet ik dit standpunt verwerpen. Rechters geven juist aan dat zij door het pleidooi soms weliswaar bevestigd worden in hun bestaande overtuiging, maar ook dat zij in een aantal gevallen echt tot andere inzichten komen en hun oordeel dan ook aanpassen. Een aantal rechters gaf aan dat zij na afloop van een pleidooi de overwinning gunden aan de best pleitende advocaat en vervolgens het vonnis in zijn voordeel hadden geschreven. Pleiten kan dus het verschil maken en dat rechtvaardigt dat advocaten zich er optimaal voor inspannen.

Een advocaat kan niet leren van een politicus

Hoewel er veel voorbeelden zijn in binnen- en buitenland van succesvolle politici die hun carrière begonnen zijn als advocaat, hebben advocaten toch vaak de indruk dat een politicus van een andere orde is of van een andere planeet afkomstig. Ik merk ook dat advocaten uit zichzelf niet actief betrokken zijn bij actuele onderwerpen die in de Tweede Kamer op de agenda staan. Gelukkig zijn zij desgevraagd zonder meer bereid om een bijdrage te leveren als hun expertise daartoe wordt aangesproken. Een meer proactieve opstelling van de Nederlandse advocatuur zou niet misstaan. Kunnen advocaten ondertussen wat van politici leren? Op het gebied van het pleiten zeker. Het toepassen van retorische instrumenten is in de politiek beter ontwikkeld dan in de advocatuur. Ik wijs op een paar voorbeelden als aanvulling op hetgeen al in *Pleitwijzer* wordt beschreven. Barack Obama heeft het gebruik van de retorische drieslag opnieuw tot kunst verheven⁵ en bewezen dat dit antieke instrument ook nu nog zeer effectief en succesvol kan zijn. De retorische vraag is dankzij hem weer

5 Zie als voorbeeld zijn ‘victory speech’ in Chicago op 4 november 2008 waarin tientallen drieslagen te vinden zijn.

terug van weggeweest en het ‘framen’ kan niet meer uit de politieke arena worden weggedacht. Framen wordt wel omschreven als het met een uitgekiende woordkeus beïnvloeden van het debat. Bij ‘framen’ wordt in veel gevallen een beroep gedaan op het gevoel van de toehoorders. Een recent voorbeeld levert de – in meer of mindere mate gehate – erfbelasting op. Politici spraken over sterfbelasting of rouwbelasting, waarmee het sentiment van de toehoorder werd aangesproken. Succesvol ‘framen’ vereist dus dat de advocaat zich verdiept heeft in zijn toehoorder(s) en dus nagedacht heeft over de vraag wat de rechter nog horen wil en welk sentiment er bij de rechter eventueel speelt. Daarmee zijn we weer terug bij de eerdere opmerkingen in deze bijdrage. Op zich ook weer een retorisch instrument.

Ik sluit dan ook af met de opmerking dat ook al bestaat Moot Court na 2011 nog 1000 jaar, men zal nog steeds zeggen: ‘This was its finest hour’.⁶

6 Vrij naar Winston S. Churchill Lagerhuis 18 juni 1940.

Deel IV

Tot slot

C.D. Gevers Deynoot-Broekers

Descendentie	Geboorte	Komaf
Filiatie	Herkomst	Origine
Roots	Stam	Wortel
Bron	Kiem	Oorsprong
Tak	Kindschap	Verwantschap

Niks conflict,
juist afstamming, kindschap en verwantschap.
Nog veel meer bewondering, affiniteit, connexiteit en onbeschrijfelijk veel
liefde!

