

NJB

NEDERLANDS JURISTENBLAD

INFORMELE AANPAK BEZWAAR- SCHRIFTEN

- Billijke vergoeding auteurs
- Biologie en recht en moraal
- Nederland schendt Vrouwenverdrag

P. 2005-2071 JAARGANG 86 9 SEPTEMBER 2011

30



Kluwer

a Wolters Kluwer business

10169220



Bestuursrecht

- **Overheidsaansprakelijkheid uit OD**

Tijdens deze cursus verkrijgt u aan de hand van wetgeving en jurisprudentie diepgaand inzicht in de verschillende aspecten van overheidsaansprakelijkheid en de bijbehorende schadevergoedingen. Het (voor)ontwerp nadeelcompensatie en schadevergoeding Awb vormt onderdeel van de cursus. Verdiepingscursus, redelijke basiskennis vereist
 Docenten: Prof.mr. B.J. Schueler, Mr. B.J. van Ettehoven, en Mr. C.N.J. Kortmann
 Datum: dinsdag 15 november 2011 9:30 tot 17:00 Grand Hotel Karel V te Utrecht
 NOvA PO: 6 pt, € 675,00

Privaatrecht

- **Burgerlijk Procesrecht in de praktijk**

Ieder najaar krijgt u de gelegenheid uw kennis over het burgerlijk procesrecht te actualiseren. Het burgerlijk procesrecht blijft immers continu in beweging. Aan de orde komen onder meer de belangrijkste recente jurisprudentie en de veranderingen voor de advocatuur in de praktijk, comparitie en appèl.
 Verdiepingscursus, redelijke basiskennis vereist
 Docenten: Prof.mr. A.W. Jongbloed, Mr. L.J. Böhmer, Mr. G.J. Knijp en Mr. L.J. Saarloos
 Datum: donderdag 15 december 2011 9:30 tot 18:00 Grand Hotel Karel V te Utrecht
 NOvA PO: 7 pt, € 745,00

- **Actualiteiten Familievermogensrecht**

Tijdens deze actualiteiten cursus krijgt u een overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen in wetgeving en jurisprudentie van het familievermogensrecht in het afgelopen jaar. Actualiteiten cursus, redelijke basiskennis vereist
 Docenten: Mw.prof.dr. K. Boele-Woelki, Mw.mr. H.A. Gerritse, Mr. F. Schonewille en Mr. M.I.W.E. Hillen-Muns
 Datum: donderdag 8 december 2011 9:30 tot 17:00 te Grand Hotel Karel V Utrecht
 NOvA PO: 6 pt, KNB 6 pt, NMI 6 pt, € 675,00

- **Actuele ontwikkelingen WSNP**

Tijdens deze cursus gaan onze docenten, allen specialist op het gebied van de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen, in op de actuele stand van zaken betreffende de schuldsanering. Verdiepingscursus, redelijke basiskennis vereist
 Docenten: Prof.mr. A.W. Jongbloed, Mr. G.H. Lankhorst, Mw.mr. H.D.L.M. Schruer en Mr. A.R. van der Winkel
 Datum: dinsdag 1 november 2011 12:30 tot 18:00 Grand Hotel Karel V te Utrecht
 NOvA PO: 5 pt, KBvG 5 pt, NMI 5 pt, € 575,00

- **Actualiteiten Bewijsrecht**

In deze cursus wordt u in één middag bijgepraat op recente rechtspraak van het bewijsrecht. Verdiepingscursus, redelijke basiskennis vereist
 Docent: Prof.mr. I. Giessen
 Datum: donderdag 3 november 2011 12:30 tot 17:30 Grand Hotel Karel V te Utrecht
 NOvA PO: 4 pt, € 425,00

Sociaal recht

- **Actualiteiten Arbeidsrecht**

In deze intensieve verdiepingsbijeenkomst schetsen de docenten aan de hand van nieuwe wetgeving en jurisprudentie de meest actuele ontwikkelingen in het arbeidsrecht. Verdiepingscursus, redelijke basiskennis vereist
 Docenten: Mr. D.M. van Genderen, Mr. J.J.M. de Laat, Mw.mr. A.G. Veldman en Mw.mr. D.J.B. de Wolff
 Datum: donderdag 10 november 2011 9:30 tot 17:00 Grand Hotel Karel V te Utrecht
 NOvA PO: 6 pt, NMI 6 pt, € 675,00

Strafrecht

- **Recente ontwikkelingen straf(proces)recht**

Tijdens deze cursus krijgt u een overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen in de Nederlandse strafrechtspraktijk, zowel op het gebied van jurisprudentie als op het gebied van (onder meer) wetsvoorstellen. Verdiepingscursus, redelijke basiskennis vereist
 Docenten: o.a. Mr. R. van der Hoeven en Prof.mr. P. van Kampen
 Datum: vrijdag 18 november 2011 9:30 tot 17:00 Grand Hotel Karel V te Utrecht
 NOvA PO: 6 pt, € 645,00

- **Economisch strafrecht: WED, fraude- en fiscale delicten**

Tijdens deze cursus verkrijgt u diepgaand inzicht in drie onderwerpen uit het economisch strafrecht die relevant zijn voor uw strafrechtspraktijk: commune fraudedelicten, de werking van de Wet op de Economische Delicten (WED), fiscale delicten en enige strafprocesrechtelijke thema's van het bijzonder strafrecht (o.a. toezicht-opsporing, nemo tenetur). Actualiteiten cursus, redelijke basiskennis vereist
 Docenten: Prof.mr. F.G.H. Kristen en Mr. J.M.W. Lindeman
 Datum: vrijdag 9 december 2011 12:30 tot 17:00 Grand Hotel Karel V
 NOvA PO: 4 pt, € 575,00 (incl boek)

Voor meer informatie over het cursusaanbod en inschrijvingen: www.jpao.nl



Vooraf 1585 2009
Prof. mr. J.E.J. Prins
Een hack bij DigiNotar

Wetenschap 1586 2010
Dr. A.F.M. Brenninkmeijer
Prof. mr. A.T. Marseille
Meer succes met de informele aanpak van bezwaarschriften

Praktijk 1587 2017
Prof. mr. D.J.G. Visser
Alle auteurs krijgen recht op een 'billijke vergoeding'

Essay 1588 2022
Mr. dr. H. Gommer
Het biologische alternatief voor de black box drogedren

Opinie 1589 2029
Prof. mr. C. Flinterman
Ida Lintel
Vrouwen verkiesbaar bij de SGP: een kwestie van tijd en politiek?

W. den Ouden **1590** 2031
U begrijpt toch wel wat ik bedoel?
De taaltoets voor rechtenstudenten

Rubrieken
1591-1601 Rechtspraak 2033
1602 Boeken 2051
1603-1613 Tijdschriften 2052
1614-1616 Wetgeving 2059
1617-1620 Nieuws 2064
1621 Universitair nieuws 2067
1622 Personalialia 2069
1623 Agenda 2069

Art. 2:14 lid 3 Awb verlangt dat **ELEKTRONISCHE COMMUNICATIE** met de overheid op betrouwbare en vertrouwelijke wijze kan geschieden. Wie met dat **VERTROUWEN** solt, heeft het te voelen.

Pagina 2009



Veelal blijkt **TELEFONISCH CONTACT** met de bezwaarmaker de meest **EFFECTIEVE** weg om te bepalen hoe de zaak het beste kan worden aangepakt. **Pagina 2011**

De initiatiefnemers hebben zich laten **INSPIREREN** door het model dat in Zweden wordt gehanteerd, waar in 1974 in artikel 1 van de Grondwet de **VOLKSSOEVEREINITEIT** werd vastgelegd. **Pagina 2062**

Voor succes en plezier in de rechtenopleiding geldt dat de student **TAALVAARDIG** moet zijn. **Pagina 2031**

De auteur mag dus wel meedelen in grote **WINSTEN**, maar draagt niet mede het risico van **VERLIEZEN**. **Pagina 2020**

Voor bepaalde complexe of impactvolle producten is het van belang dat wordt nagegaan of de consument over voldoende **KENNIS** en **ERVARING** beschikt om het product zonder advies af te nemen.

Pagina 2066

De verdedigers van black box-modellen beschouwen de natuurrechtgedachte zozeer als een **TABOE**, dat mij telkens opnieuw verweten wordt dat ik mij schuldig maak aan de **NATURALISTISCHE DROGEDREN**. **Pagina 2022**

Het lijkt duidelijk dat minister Donner zich heeft willen **INDEKKEN** tegen kritiek op zijn besluit vooralsnog geen maatregelen te treffen tegen de SGP. **Pagina 2029**

Opgericht in 1925 Eerste redacteur **J.C. van Oven**.

Erevoorzitter **J.M. Polak**.

Redacteuren **Tom Barkhuysen**, **Ybo Buruma**, **Coen Drion**, **Ton Hartlief**, **Corien (J.E.J.) Prins**, **Taru Spronken**, **Peter J. Wattel** (vz.).

Medewerkers **Chr.A. Alberdingk Thijm**, technologie en recht, **Alex F.M. Brenninkmeijer**, alternatieve geschillenbeslechting, **Wibren van der Burg**, rechtsfilosofie en rechtstheorie, **G.J.M. Corstens**, Europees strafrecht, **Eric Daalder**, bestuursrecht, **Caroline Forder**, personen-, familie- en jeugdrecht, **Janneke H. Gerards**, rechten van de mens, **Ivo Giesen**, burgerlijke rechtsvordering en rechtspleging, **Richard H. Happé**, belastingrecht, **Guus J.J. Heerma van Voss**, sociaal recht (socialezekerheidsrecht), **Aart Hendriks**, gezondheidsrecht, **Marc Hertogh**, rechts-sociologie, **Martijn W. Hesselink**, rechtsvergelijking en Europees privaatrecht, **P.F. van der Heijden**, internationaal arbeidsrecht, **C.J.H. Jansen**, rechtsgeschiedenis, **M.J. Kroeze**, ondernemingsrecht, **Willemien den Ouden**, bestuursrecht, **Theo de Roos**, straf(proces)recht, **Sierd J. Schaafsma**, internationaal privaatrecht, **Nico J. Schrijver**, volkenrecht en het recht der intern. organisaties, **Ben Schueler**, omgevingsrecht, **J.M. van Slooten**, arbeidsrecht, **Thomas Spijkerboer**, migratierecht, **Elies Steyger**, Europees recht, **T.F.E. Tjong Tjin Tai**, verbintenissenrecht, **F.M.J. Verstijlen**, zakenrecht, **Dirk J.G. Visser**, intellectuele eigendom, **Inge C. van der Vlies**, kunst en recht, **Rein Wesseling**, mededingingsrecht, **Reinout Wibier**, financieel recht, **Willem J. Witteveen**, staatsrecht.

Auteursaanwijzingen Zie www.njb.nl. Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van artikelen impliceert toestemming voor openbaarmaking en vervoelvoudiging t.b.v. de elektronische ontsluiting van het NJB.

Redactie bureau Bezoekadres: Lange Voorhout 84, Den Haag, postadres: Postbus 30104, 2500 GC Den Haag, tel. (0172) 466399, e-mail njb@kluwer.nl, www.njb.nl en www.kluwer.nl.

Secretaris, nieuws- en informatie-redacteur
Caroline M.Th. Lindo.

Adjunct-secretaris **Else Lohman**.

Secretariaat **Nel Andrea-Lemmers**.

Vormgeving Colorscan bv, Voorhout, www.colorscan.nl.

Uitgever **Simon van der Linde**.

Uitgeverij Kluwer, Postbus 23, 7400 GA Deventer.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing, zie www.kluwer.nl.

Abonnementenadministratie, productinformatie Kluwer Afdeling Klantcontacten, www.kluwer.nl/klantenservice, tel. (0570) 673555.

Abonnementsprijs Inclusief toegang tot het besloten deel van www.njb.nl en inclusief automatisch te ontvangen banden € 274,- inclusief BTW en verzendkosten. Studenten 50% korting! Losse nummers € 26,50.

Abonnementen kunnen op elk gewenst moment worden aangegaan voor de duur van minimaal één jaar vanaf de eerste levering, vooraf gefactureerd voor de volledige periode, tenzij uitdrukkelijk anders is overeengekomen. Abonnementen kunnen schriftelijk tot drie maanden voor

de aanvang van het nieuwe abonnementsjaar worden opgezegd; bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch met een jaar verlengd.

Gebruik persoonsgegevens Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements-)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Advertentie-exploitatie **Ria Blokland**, tel. (0172) 466568, email advertenties.njb@kluwer.nl

Kluwer/Media Order Services Tel. (0172) 466565, fax (0172) 466639

ISSN 0165-0483 NJB verschijnt iedere vrijdag, in juli en augustus driewekelijks. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan. Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet j°. Besluit van 29 december 2008, Stb. 2008, 583, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).



Kluwer
a Wolters Kluwer business

Hoofdzaken van het bestuursrecht



In dit boek wordt het bestuursrecht op inleidend niveau behandeld. Alle belangrijke onderwerpen komen aan bod. Details zijn daarbij vermeden; het gaat om de hoofdzaken. Om het bestuursrecht zo levendig en overzichtelijk mogelijk te presenteren, is het boek voorzien van tal van voorbeelden en een aantal schema's.

Het boek is primair bedoeld voor de bestudering van het bestuursrecht in de eerste fase van de rechtenstudie aan universiteit of hbo. Het boek is echter ook bruikbaar voor niet-juridische studenten, al dan niet ter voorbereiding van keuzevakken als milieurecht of ruimtelijk bestuursrecht, voor rechters, advocaten en andere in de praktijk werkzame juristen die (nog) niet gespecialiseerd zijn in het bestuursrecht en in het algemeen voor al diegenen die belangstelling hebben voor de hoofdzaken van het bestuursrecht.

Meer informatie/bestellen

www.kluwer.nl of neem contact op met onze afdeling klantcontacten via www.kluwer.nl/klantenservice
Prijswijzigingen voorbehouden

prof.mr.dr.s. F.C.M.A. Michiels

ISBN 9789013074000
€ 23,50, 336 pagina's
6e druk 2011



Kluwer
a Wolters Kluwer business

Een hack bij DigiNotar

30 Bij een bankencrisis biedt het weekend een minister adempauze. Bij een grenzeloze digitale crisis is daar geen sprake van. En dus nam minister Donner het ongebruikelijke besluit om in de nacht van afgelopen vrijdag op zaterdag via een persconferentie tekst en uitleg te geven over de gevolgen van een hack bij DigiNotar. Op 19 juli werd het slachtoffer van een *man in the middle* aanval, waarbij gegevensverkeer tussen twee partijen door een onbevoegde wordt onderschept zonder dat beiden daar op dat moment weet van hebben. Na de hack konden nepcertificaten in omloop worden gebracht. Zondag 4 september waren dat er naar verluidt wereldwijd ruim 530 en staat de betrouwbaarheid van vele bekende websites onder druk. Op welk tijdstip exact DigiNotar erachter kwam, staat nog niet vast. Duidelijk is wel dat het bedrijf de gebeurtenis pas veel later openbaar maakte en geen aangifte deed.

Wat maakt de hack zo bijzonder dat de minister er een nachtelijke persconferentie aan wijdt? Wel, het bedrijf speelt een cruciale rol bij de betrouwbaarheid van online communicatie. In de digitale wereld ontbreekt een aanknopingspunt als persoonlijk contact en doen we het met andere indicatoren. Bijvoorbeeld het hangslotje, dat als icoontje verschijnt in de adresbalk van websites van banken, online winkels of overheidsinstellingen en daarmee aangeeft dat de verbinding volgens bepaalde voorwaarden is beveiligd en onbevoegden de communicatie (in principe) niet kunnen onderscheppen. Om dit te realiseren heeft de aanbieder van de website een elektronisch certificaat van betrouwbare communicatie afgenomen bij een zgn. certification authority (CA). Deze CA garandeert via technische voorzieningen de betrouwbaarheid. In ons land zijn vele (buitenlandse) CAs actief en garanderen duizenden door hen uitgegeven certificaten betrouwbare digitale communicatie. Niet alleen met bekende webdiensten. Het gaat ook om de minder zichtbare communicatie tussen instellingen als ziekenhuizen, universiteiten, etc. Bepaalde CAs bieden overigens nog een stempel van extra betrouwbaarheid aan: gekwalificeerde certificaten. Bij de hack werd voor zover bekend een gewoon certificaat 'ontvreemd'.

Maar met consequenties in binnen en buitenland. Van honderdduizenden Gmail-gebruikers in Iran kon berichtenverkeer worden ingezien (ook met wie ze – wereldwijd – mailden). Dichtbij, staat het vertrouwen in websites van bedrijven en overheid onder druk. De minister nam maatregelen om te zorgen dat transacties via overheidssites als die van de RDW, Kamer van Koophandel, Douane en Belastingdienst niet te manipuleren zijn. Alhoewel er geen aanwijzingen zijn voor verlies van gegevens via Nederlandse websites, is snel handelen van groot belang voor blijvend digitaal vertrouwen. Maar er zit ook een juridische stok achter de deur: art. 2:14 lid 3 Awb verlangt dat elektronische communicatie met de overheid op betrouwbare en vertrouwelijke wijze kan geschieden. De bepaling hanteert open normen, waarmee de concrete eisen afhankelijk zijn van aard, inhoud en doel van de communicatie. Maar de MvT stelt wel glashelder dat de mate van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid even

groot dienen te zijn als in het conventionele verkeer. Vanuit bestuursrechtelijk perspectief is het daarom zaak de continuïteit van betrouwbaarheid te garanderen, al is het maar omdat bestuursorganen zich niet geconfronteerd willen zien met bedrijven en burgers die munt proberen te slaan uit de huidige situatie en bijvoorbeeld het tijdstip van ontvangst van een digitaal besluit aanvechten. Behalve potentiële problemen met bestuursrechtelijke voorwaarden, loopt de overheid ook het risico niet te voldoen aan de beveiligingsplicht neergelegd in art. 13 Wet bescherming persoonsgegevens en art. 11.3 Telecommunicatiewet.

Juridische stappen tegen DigiNotar zijn deze eerste dagen niet te verwachten. Toch is het interessant te bekijken welke opties zoal voorhanden zijn. Eerst het kennelijk niet of te laat melden (aangifte) door DigiNotar en de strafrechtelijke implicaties daarvan. Vervolgging zou ex art. 161 septies Sr mogelijk zijn: hij aan wiens schuld te wijten is dat enig geautomatiseerd werk wordt beschadigd of dat een ten opzichte van zo'n werk genomen veiligheidsmaatregel wordt verijdeld. Art. 161 sexties kent de opzetvariant. Maar belangrijker zijn waarschijnlijk de mogelijkheden onder het privaatrecht. Valt DigiNotar aansprakelijk te stellen voor het niet-melden en dus ook het niet laten weten dat het certificaat niet meer betrouwbaar is (men had het certificaat zagezegd moeten 'intrekken')? Contractueel liggen er vast mogelijkheden. Welke verplichtingen exact DigiNotar op zich heeft genomen zal onder andere moeten blijken uit de zgn. certification practice statement (CPS) die afnemers met DigiNotar zijn overeengekomen. Bij de hack werd zoals gezegd een gewoon certificaat ontvreemd. Mocht blijken dat het ook om gekwalificeerde certificaten gaat, dan komt de regeling in art. 6:196b BW in beeld. Het bedrijf ziet zich aldus geconfronteerd met een omkering van de bewijslast ten aanzien van de zorgvuldigheid die het had te betrachten: aan aansprakelijkheid valt slechts te ontkomen als het aantoonbaar niet nalatig te zijn geweest bij het intrekken van het certificaat. Wat betreft de maat voor deze zorgvuldigheid kunnen we uit bijlage II sub b van de Richtlijn elektronische handtekeningen afleiden dat DigiNotar moest zorgen voor prompte en veilige intrekking van het certificaat. Cruciaal wordt dus: op welke datum exact had DigiNotar weet van de hack?

De vraag is natuurlijk of dit juridisch instrumentarium inderdaad uit de kast gehaald moet worden. Wat mij betreft is het antwoord bevestigend als blijkt dat DigiNotar de zaak onder de pet heeft gehouden. We hebben onze samenleving in vele opzichten afhankelijk gemaakt van een complexe digitale infrastructuur. Elektronisch communiceren is welhaast vanzelfsprekend geworden, ook wanneer dat rechtsgevolgen heeft. Dat burgers, overheden en bedrijven wederzijds kunnen vertrouwen op de betrouwbaarheid van die communicatie is daarmee wezenlijk. Wie met dat vertrouwen solt, heeft het te voelen. Ook in juridische zin.

Corien Prins

Meer succes met de informele aanpak van bezwaarschriften

Alex Brenninkmeijer en Bert Marseille¹

In de praktijk blijkt de bezwarenprocedure erg formeel en voor betrokkenen weinig bevredigend te zijn.

Pleidooi voor een overgang van formele naar informele bezwaarbehandeling, waarbij meer aandacht is voor effectieve communicatie. Zo'n aanpak is ook meer in overeenstemming met de oorspronkelijke bedoeling van de Awb dan de in het afgelopen decennium dominant geworden formalistische praktijk van bezwaarafhandeling.

De bezwaarprocedure is in theorie een probleemloos gebeuren. Wie het niet eens is met een overheidsbesluit kan door het indienen van bezwaar om heroverweging vragen. Een bezwaar is steeds welkom, want de overheid hecht aan juiste besluiten en tevreden burgers. Het resultaat van de bezwaarprocedure is altijd positief, hetzij omdat het leidt tot correctie van een foutief besluit, hetzij omdat zekerheid ontstaat over de juistheid van het besluit van het bestuur. De werkelijkheid is anders. Bezwaarprocedures behoren tot de door burgers minst gewaardeerde contacten met de overheid, die jaarlijks 2,6 miljoen bezwaren moet afwikkelen. De theorie blijkt niet met de praktijk overeen te stemmen. Waar is het misgegaan, en vooral: wat is eraan te doen? Ter beantwoording van die vraag onderzoeken we in dit artikel op welke manier een informele aanpak van bezwaren kan bijdragen aan een beter functioneren van de bezwaarprocedure.

1 Van een formele naar een informele aanpak van bezwaarschriften

1.1 De formele bezwaarprocedure

De overheid is er om het algemeen belang te behartigen. Dat gebeurt voor een belangrijk deel door het nemen van besluiten, waarin de rechtspositie van een of meerdere

burgers wordt vastgelegd. Besluiten van de overheid leiden regelmatig tot conflicten, blijkt uit het feit dat er bezwaar tegen wordt gemaakt bij het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen. Bezwaren worden overeenkomstig de Algemene wet bestuursrecht (Awb) behandeld in de bezwaarprocedure. Onder elk besluit moet die mogelijkheid vermeld staan. Wie op tijd is met zijn bezwaar, wordt uitgenodigd voor een hoorzitting, waar hij ten overstaan van een onafhankelijke adviescommissie zijn bezwaar kan toelichten.² Ook de vertegenwoordiger van het bestuursorgaan krijgt de gelegenheid diens standpunt toe te lichten. De commissie stelt een schriftelijk advies op aan het bestuursorgaan, dat vervolgens een beslissing op het bezwaar neemt.

De bezwaarprocedure is niet zonder problemen. Wellicht het grootste probleem is het formele karakter ervan. Bij de invoering van de Awb in 1994 was bezwaar bedoeld als een informele procedure waarin bestuur en burger een poging konden doen te voorkomen dat hun conflict bij de rechter terecht zou komen. Naast een juridische toetsing zou het moeten gaan om een heroverweging van het besluit.³ In de praktijk blijkt de gang van zaken in de bezwaarprocedure veel overeenkomsten te vertonen met de procedure bij de bestuursrechter. De externe bezwaaradviescommissie, meestal bestaande uit juristen, concentreert zich op de vraag of het aangevochten besluit van het bestuur rechtmatig is. De hoorzitting lijkt sterk op een zitting bij de rechtbank, het advies van de commissie fungeert als een quasi conceptuitspraak, die het bestuur in bijna alle gevallen overneemt.⁴ De toepassing van de formele Awb-regels lijken in bezwaar doel op zich te zijn geworden. Scheltema zegt hierover: 'Want wat was nou, toen wij in 1994 de Awb maakten, de bedoeling van de bezwaarschriftprocedure? Die was tweërlei; in de eerste plaats, zeeffunctie voor de rechter. Een zekere filter, zodat er niet te veel

Bezwaar- en klachtprocedures scoren een 4,8. Dat bleek jaar in jaar uit de slechtste score voor alle contacten met de overheid

procedures die daar niet thuis hoorden, bij de rechter zouden komen. En het tweede was een snelle, informele en goedkope procedure voor de burger om geschillen op te lossen. En dus kennelijk is er iets misgegaan.⁵

Bezwaarmakers zijn niet erg te spreken over de bezwaarprocedure. Onderzoek waarin burgers werd gevraagd om ruim vijftig verschillende vormen van overheidsdienstverlening met een cijfer te waarderen, laat zien dat bezwaar- en klachtprocedures een 4,8 scoren.⁶ Dat bleek jaar in jaar uit de slechtste score voor alle contacten met de overheid. In de wetenschap dat jaarlijks 2,6 miljoen bezwaarprocedures worden gevoerd, vormt dat een verontrustend gegeven. Recent ander onderzoek naar ervaringen van burgers met bezwaarprocedures bevestigt dat beeld. Bijna 70% van de bezwaarmakers blijkt een negatief eindoordeel over de bezwarenprocedure te hebben. Zo vindt men de procedure te lang duren, wordt de onpartijdigheid van de bezwaarbehandelaars in twijfel getrokken en vindt men dat in de beslissing op het bezwaar onvoldoende rekening wordt gehouden met wat tijdens de hoorzitting naar voren is gebracht en onvoldoende wordt ingegaan op de bezwaren.⁷

1.2 De informele aanpak

Het afgelopen decennium is gezocht naar methoden om het contact tussen overheid en burgers, bedrijven en instellingen te verbeteren. Overheid en burger zijn gebaat bij goed contact met elkaar. De burger beschikt over informatie die het bestuur nodig heeft voor het nemen van besluiten, de overheid is op de hoogte van de inhoud van de rechten en plichten van de burger. Samen kunnen ze zoeken naar een besluit dat zo veel mogelijk recht doet aan de belangen die daarbij zijn betrokken. Maar niet alleen de inhoud, ook de vorm van het contact tussen bestuur en burger is van belang. Op basis van de ervaringen bij verschillende projecten is duidelijk geworden dat de kwaliteit van het overheidshandelen voor een groot deel wordt bepaald door de manier waarop met de burger wordt gecommuniceerd. Burgers waarderen het als de overheid zich niet afwachtend en formeel opstelt, maar actief en informeel. Een telefoontje van een ambtenaar naar aanleiding van een aanvraag of een bezwaar blijkt een meer kansrijke eerste stap ter voorkoming van een conflict tussen bestuur en burger dan een schriftelijke standpuntbepaling of een uitnodiging voor een formele hoorzitting.

Het inzicht dat informeel contact met de burger de kwaliteit van besluitvorming kan verbeteren waardoor

burgers tevredener zijn over de overheid, heeft ertoe geleid dat allerlei overheidsorganisaties zijn gaan kijken hoe de bezwaarbehandeling op een minder formele manier kan worden georganiseerd. Dit heeft geresulteerd in een werkwijze met als benaming 'informele aanpak'. Deze houdt in dat het bestuur in reactie op bezwaren die bij hem binnenkomen niet als automatisme de formele in de Awb voorgeschreven procedure in gang zet, maar zich in plaats daarvan allereerst de volgende twee vragen stelt: welk probleem ligt aan het bezwaar ten grondslag? en: op welke manier kan dat probleem het beste worden benaderd?⁸ Ter beantwoording van die vragen wordt vervolgens een werkwijze gekozen waarvan te verwachten valt dat de kans op succes het grootst is.

Regelmatig leidt het telefoongesprek zelf al tot een zodanige informatie-uitwisseling dat intrekking van het bezwaar volgt

Veelal blijkt telefonisch contact met de bezwaarmaker, om een beeld te krijgen van het aan het bezwaar ten grondslag liggende probleem, de meest effectieve weg om te bepalen hoe de zaak het beste kan worden aangepakt. Soms leidt het telefoongesprek ertoe dat in overleg met de bezwaarmaker voor de formele procedure wordt gekozen. Soms blijkt het de moeite waard om met de bezwaarbehandelaar en iemand van de afdeling die het besluit heeft genomen om de tafel te gaan zitten, om te kijken of er een oplossing kan worden gevonden voor het probleem waar de bezwaarmaker mee zit. De ervaring leert dat regelmatig het telefoongesprek zelf al leidt tot een zodanige informatie-uitwisseling dat intrekking van het bezwaar volgt. Inmiddels is gebleken dat bij een informele aanpak de tevredenheid van burgers op een 7,2 komt. Ook de waardering van ambtenaren van de informele aanpak is hoog: een 7,8.⁹

Het gaat bij de informele aanpak overigens niet om een vast protocol waarin een bepaalde volgorde van handelen door het bestuur is vastgelegd, maar om een gevarieer-

Auteurs

1. Dr. A.F.M. Brenninkmeijer is Nationale ombudsman. Prof. mr. A.T. Marseille is hoogleraar empirische bestudering van het bestuursrecht aan de Universiteit Tilburg, alsmede universitair hoofddocent HD Rijksuniversiteit Groningen. Met dank aan dr. Y. van der Vlugt, beleidsmedewerster Nationale ombudsman, voor het meezielen en meedenken.

Noten

2. Bijna alle gemeenten in Nederland maken

inmiddels gebruik van een externe adviescommissie, zie: A. Schwarz, *De adviescommissie in bezwaar* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2010, p. 56. Bij grote bureaucratieën horen ambtenaren vaak zelf, zie bijv. het 'Reglement behandeling bezwaarschriften UWV 2009', *Stcrt.* 2009, 33.

3. MvT, *Parl. Gesch. Awb I*, p. 279.

4. Uit lopend promotieonderzoek, uitgevoerd aan de Rijksuniversiteit Groningen door E.M. Rink, komt naar voren dat bestuursorganen in minder dan 5% van de bezwaarzaken contrair gaan.

5. Toespraak M. Scheltema, regeringscommissaris Algemene wet bestuursrecht, bij de conferentie 'De formele Awb-procedure of informele aanpak?' op 16 mei 2011.

6. Onderzoek naar de kwaliteit van overheidsdienstverlening. 1-meting, in opdracht van het Ministerie van BZK uitgevoerd door TNO NIPO, 2009.

7. B.W.N. de Waard (red.), *Ervaringen met bezwaar; onderzoek naar de ervaringen van burgers met de bezwaarschriftprocedure uit de Algemene wet bestuursrecht*, Den Haag: BJu 2011, p. 73-83.

8. A.T. Marseille, H.D. Tolsma & K.J. de Graaf, *Prettig contact met de overheid 3; Juridische handreiking informele aanpak*, Den Haag: Ministerie van BZK 2011, p. 8.

9. L. van der Velden, C. Koetsenruijter & M. Euwema, *Prettig contact met de overheid 2; Eindrapport pioniertraject mediationvaardigheden*, Den Haag: Ministerie van BZK 2010, p. 9-10.

de werkwijze. Ook komen er aanzienlijke verschillen voor tussen verschillende bestuursorganen.¹⁰ Gemeenschappelijk kenmerk is dat door effectieve communicatie meer nadruk komt te liggen op het realiseren van procedurele rechtvaardigheid in de interactie tussen bestuur en burger. 'Hoor en wederhoor' is voor juristen een basiskenmerk van een juiste procedure. Als het 'hoor en wederhoor' niet alleen formeel juridisch wordt opgevat, maar reële inhoud krijgt in de contacten met de burger, blijkt dat bij te dragen tot de legitimiteit van het overheidshandelen en daarmee tot de aanvaarding van overheidsbesluiten.¹¹

Onderzoek wijst uit dat de ervaren procedurele rechtvaardigheid van groot belang is voor zowel de legitimatie van het overheidsoptreden als de aanvaarding ervan. Dit geldt in het bijzonder voor negatieve besluiten. De verschillende elementen die van belang zijn voor de ervaren procedurele rechtvaardigheid maken dit ook wel waarschijnlijk. De ervaring hebben dat je daadwerkelijk gehoord wordt, dat je een eigen inbreng kunt hebben in de procedure, dat de procedure zo transparant is dat je weet wat er speelt en gebeurt en dat degene die over de

procedure gaat en eventueel een inhoudelijke beslissing moet nemen die jouw belangen raakt voldoende onpartijdig is, dragen bij tot een positief oordeel over de uitkomst.¹² Het ervaren van een eerlijke bezwaarprocedure is voor een belangrijk deel afhankelijk van de vraag hoe de overheid met iemand in een concrete situatie omgaat. Daarvoor is goede communicatie belangrijk.

Er is inmiddels veel onderzoek op dit terrein verricht. Te noemen valt een essay dat Van den Bosch ten behoeve van het Ministerie van BZK over vertrouwen en de ervaren procedurele rechtvaardigheid heeft geschreven.¹³ De Waard heeft in vervolg op de vierde evaluatie van de Awb onderzoek gedaan naar ervaringen van burgers met de bezwarenprocedure.¹⁴ In het kader van de vele projecten bij verschillende overheden om de informele aanpak te introduceren zijn verschillende onderzoeksrapporten verschenen.¹⁵ Ten slotte heeft de Minister van BZK bij zijn presentatie van deze onderzoeksrapporten aan de Tweede Kamer ook een meta-onderzoek van Herweijer & Lunsink¹⁶ gepresenteerd, waarin de uitkomsten van de verschillende onderzoeken onderling zijn geëvalueerd. Op basis daarvan valt te conclu-



De boodschap van de wetgever aan het bestuur was: doe wat je kunt om het geschil over het besluit op te lossen en een procedure bij de rechter te voorkomen

deren dat de bevindingen over de effecten van het door goede communicatie realiseren van procedurele rechtvaardigheid voldoende gevalideerd zijn. De Minister van BZK heeft dan ook op basis van deze onderzoeken besloten om de informele aanpak landelijk te stimuleren. Hij zal daartoe een nieuwe Handreiking Bezwaar op laten stellen die meer uitgaat van een informele aanpak en hij zal een kenniscentrum voor de informele aanpak inrichten.¹⁷

2 Voorwaarden voor succes

Inmiddels lopen bij gemeenten, provincies, waterschappen en verschillende andere overheidsinstanties initiatieven voor de informele aanpak van bezwaren, of wordt overwogen dat te gaan doen. In totaal gaat het om ruim 200 bestuursorganen. Door die initiatieven wordt steeds meer ervaring opgedaan met de informele aanpak. Tegelijkertijd wordt duidelijk dat de kans op succes groter is als aan een aantal voorwaarden wordt voldaan. Een goed moment derhalve om stil te staan bij de voorwaarden voor een succesvolle informele aanpak.

Aan welke voorwaarden moet zijn voldaan om de informele aanpak tot een succes te maken? We maken een onderscheid tussen enerzijds bestuursorganen (en hun ambtenaren) die bezwaren behandelen en anderzijds hun 'omgeving' in de ruimste zin van het woord: wettelijke regels, jurisprudentie en politieke realiteit. Voor bestuursorganen en ambtenaren is de vraag: wat moeten zij doen en laten om de informele aanpak tot een succes te maken? Voor wat betreft de omgeving is de vraag: wanneer vormt die daarbij een hulp, wanneer een belemmering? We maken hierna een aantal opmerkingen over bestuursorganen en hun ambtenaren, wettelijke regels, de rechter en de politiek. We beginnen bij de wettelijke regels.

2.1 Wettelijke regels: vooral hulp, nauwelijks belemmering

Wettelijke regels en de procedures in de Awb vormen het instrument voor overheidshandelen. Ambtenaren die bezwaren met toepassing van de informele aanpak behandelen en bestuursorganen die overwegen dat te gaan doen, zullen zich derhalve de vraag stellen hoe de informele aanpak zich verhoudt tot de in de Awb opgenomen regels. Past de informele aanpak in het gedachtegoed dat aan de Awb ten grondslag ligt? Hoeveel speelruimte bieden de Awb-bepalingen voor de bezwaarprocedure aan bestuursorga-

nen, als die uiteindelijk toch nog de informele weg willen inslaan? We maken daarover een drietal opmerkingen.

De wetgever heeft bezwaar juist als informele procedure bedoeld

De vraag of de informele aanpak wel in overeenstemming is met de letter en de geest van de Awb, kan zonder meer bevestigend worden beantwoord. Sterker nog, een informele aanpak van bezwaren is meer in overeenstemming met de oorspronkelijke bedoeling van de Awb dan de in het afgelopen decennium dominant geworden formalistische praktijk van bezwaarafhandeling.

Bij de totstandkoming van de Awb is beoogd de bezwaarprocedure zodanig vorm te geven dat het bestuur voldoende mogelijkheden zou hebben de behandeling van elk bezwaar af te stemmen op de aard van het daaraan ten grondslag liggende geschil.¹⁸ De in hoofdstuk 7 Awb over bezwaar opgenomen regels hadden met name als doel garanties te bieden voor de bij de procedures betrokken burgers. Voorkomen zou moeten worden dat het bestuur de bezwaarprocedure niet serieus zou nemen. Vandaar dat werd bepaald dat de bezwaarmaker in de gelegenheid moest worden gesteld de relevante stukken in te zien, dat hij diende te worden gehoord en dat een beslissing op het bezwaar niet te lang op zich zou mogen laten wachten. Ten slotte werd ter bescherming van de bezwaarmaker bepaald dat een eventuele intrekking van het bezwaar schriftelijk zou moeten gebeuren.

Kort maar goed: alle Awb-bepalingen over de bezwaarprocedure waren bedoeld om zeker te stellen dat het bestuur serieus naar het bezwaar van de burger zou kijken, dat die procedure meer zou zijn dan een verplicht nummer, maar uitdrukkelijk niet dat de procedure als keurslijf zou fungeren. De boodschap van de wetgever aan het bestuur was derhalve: doe wat je kunt om het geschil over het besluit op te lossen en een procedure bij de rechter te voorkomen, en check aan het eind van dat traject of je daarbij aan alle (dat wil zeggen: weinige) formele regels hebt voldaan. Scheltema zegt hierover: 'Bij het ontwerpen van de bezwaarprocedure hebben we toch echt gedacht: het gaat erom dat de conflicten die er zijn, worden opgelost. En het gaat er niet alleen maar om dat de procedure correct volgens de regels wordt doorlopen. Dat is slechts een middel ter realisering van een doel. De formele regels moeten daarvoor instrumenteel zijn.'¹⁹

10. M. Herweijer & J.R. Lunsing, *Hoe beleven burgers de bezwaarprocedure? Meta-evaluatie beleving door burgers van bezwaar*, Den Haag: Ministerie van BZK 2011, p. 13.

11. K. van den Bos, *Vertrouwen in de overheid: wanneer hebben burgers het, wan-*

neer hebben ze het niet, en wanneer weten ze niet of de overheid te vertrouwen is?, Den Haag: Ministerie van BZK 2011; A.F.M. Brenninkmeijer, 'Een eerlijk proces', *NJB* 2009/1603, afl. 32, p. 1603 e.v.

12. T.R. Tyler, *Why people obey the law*, New Jersey: Princeton 2006, p. 154-156.

13. Van den Bos 2011.

14. De Waard 2011.

15. Van der Velden, Koetsenruijter & Euwema 2010; Marseille, Tolsma & De Graaf 2011.

16. Herweijer & Lunsing 2011

17. Brief 7 juli 2011 van de Minister van

BZK, *Kamerstukken II* 2010/11, 29 279, nr. 123.

18. Zie het interview met Michiel Scheltema, in: Marseille, Tolsma & De Graaf 2011, p. 12-18.

19. Marseille, Tolsma & De Graaf 2011, p. 13.

De Awb-regels bieden voldoende ruimte voor een informele aanpak van bezwaren

Die intentie van de wetgever bij het opstellen van de regels over de bezwaarprocedure – speelruimte voor het bestuur, garanties voor de burger – wordt wat ons betreft waargemaakt in de kernbepalingen van hoofdstuk 7 Awb, over de verplichting van het bestuur de bezwaarmaker te horen en over de termijn waarbinnen op een bezwaar moet worden beslist.

Voor wat betreft de beslistermijnen is van belang dat de informele aanpak van een bezwaar soms minder, maar soms ook meer tijd kost dan een reguliere bezwaarprocedure. Berust een bezwaarschrift op een misverstand over de inhoud van het besluit van het bestuur, dan kan het snel zijn afgehandeld. Nogal eens volstaat een toelichtend telefoontje met de bezwaarmaker, resulterend in de intrekking van het bezwaar. Het komt echter ook voor dat

Ambtenaren die niet gefixeerd zijn op het realiseren van zo veel mogelijk intrekkingen weten juist de meeste intrekkingen te bewerkstelligen

het zoeken naar een oplossing voor het probleem dat aan het bezwaar ten grondslag ligt, behoorlijk wat tijd vergt. Partijen moeten met elkaar om tafel, er moeten stukken worden opgevraagd, er moet iets worden uitgezocht. Het bestuur kan in dat geval gebruikmaken van de mogelijkheid de beslistermijn met zes weken te verdagen (art. 7:10 lid 3 Awb). Is dat niet genoeg, dan is – als de bezwaarmaker daarmee instemt – verder uitstel mogelijk (art. 7:10 lid 4 Awb). In de praktijk betekent dit dat zolang partijen overtuigd zijn van de waarde van het overleg, termijnen geen sta-in-de-weg zijn voor het hanteren van de informele aanpak.

Dan de hoorplicht. Die houdt in dat het bestuur, voordat dit op het bezwaar beslist, partijen de mogelijkheid moet bieden hun visie op het bezwaar te geven ten overstaan van een of meer personen die niet bij de besluitvorming zijn betrokken (art. 7:2 en 7:5 Awb). Dat betekent in de eerste plaats dat als een bezwaarprocedure waarin de informele aanpak is gehanteerd uiteindelijk eindigt met een besluit van het bestuur, partijen in de gelegenheid moeten zijn gesteld te worden gehoord. Voordat het op het bezwaar beslist, moet het bestuur partijen de vraag voorleggen of ze daar behoefte aan hebben. De ervaring leert dat als de informele aanpak is gevolgd, dit meestal niet het geval is.²⁰ De reden: partijen vinden dat ze in de informele fase hun visie al voldoende voor het voetlicht hebben kunnen brengen. Eindigt de informele aanpak met de intrekking van het bezwaar, dan geldt de hoorplicht niet. Immers, er is geen sprake van een beslissing van het bestuur op het bezwaar.

Een bepaling over de informele aanpak in de Awb?

Zoals de wetgever in 1994 een aantal bepalingen voor de bezwarenprocedure in de Awb heeft opgenomen met als oogmerk dat bestuursorganen het bezwaar serieus nemen, zou nu gepleit kunnen worden voor een bepaling die de informele benadering voorop plaatst. Zo zou aan art. 7:2 Awb een eerste lid kunnen worden toegevoegd met als tekst: 'Voordat het bestuursorgaan een bezwaarschrift in behandeling neemt, neemt het bestuursorgaan contact op met de indiener ervan teneinde de mogelijkheid van een minnelijke regeling van het bezwaar te onderzoeken.' Toegegeven kan worden dat ook zonder deze wettelijke tekst de informele aanpak mogelijk is. Voordeel van deze bepaling is dat meer bestuursorganen de mogelijkheid van de informele aanpak als een serieus te nemen onderwerp zullen beschouwen. Dit temeer daar kennelijk de huidige tekst van de Awb bestuursorganen te veel aanzet tot een formalisering van de bezwarenprocedure.

2.2 Doen en laten van bestuursorganen (en hun ambtenaren)

We hebben gezien dat de wetgever op zich adequate instrumenten aan het bestuur levert ten behoeve van een informele aanpak. Het is echter aan de individuele ambtenaren om ze toe te passen. Wat moeten die doen, en wat moeten die juist laten? Kort samengevat is alertheid geboden, soms gecombineerd met een zekere zorgeloosheid. We maken hierover drie opmerkingen. De eerste twee betreffen aspecten van de informele behandeling waar een combinatie van alertheid en zorgeloosheid loont, de laatste betreft een aspect waar het vooral op alertheid aankomt.

In gesprek gaan met de burger betekent niet: inleveren op je materiële standpunt

Een eerste punt van alertheid betreft het doel van het gesprek tussen bestuur en bezwaarmaker. De informele aanpak vormt een alternatief voor de reguliere bezwaarprocedure, maar dat betekent niet dat het bestuursorgaan de rol van beslisser inruilt voor die van onderhandelaar. Het gaat er ook niet om dat het bestuur bereid zou moeten zijn compromissen te sluiten. Bestuursorganen – en de ambtenaren die hen vertegenwoordigen – kunnen bij de informele behandeling het geldende wettelijk kader als uitgangspunt blijven nemen. De praktijk wijst echter uit dat vaak binnen dat wettelijk kader oplossingen voor het bezwaar gevonden kunnen worden, of dat bij de bezwaarmaker begrip ontstaat voor de beslissing van het bestuur en daarom het bezwaar niet doorgezet wordt.

Fixatie op het intrekken van bezwaren is onnodig

Een tweede punt van alertheid betreft de uitkomst van de informele aanpak. Elk bestuursorgaan dat kiest voor de informele aanpak, hoopt op succes. Wanneer is daarvan sprake? Onder meer als bezwaren snel worden afgehandeld, de procedure zorgvuldig is gevoerd, de uitkomst rechtmatig is en in overeenstemming met het algemeen belang en partijen tevreden zijn. Het is verleidelijk – al was het maar omdat de informele aanpak inzet op direct contact tussen bestuur en bezwaarmaker en eventuele andere belanghebbenden – de tevredenheid van betrokkenen als belangrijkste doelstelling van de informele aanpak te zien en het aantal intrekkingen te beschouwen als indicatie van die

tevredenheid. Als dat gebeurt, is echter het gevaar dat de bezwaarafhandeling in het teken komt te staan van het realiseren van zo veel mogelijk intrekkingen en – erger nog – dat het aantal gerealiseerde intrekkingen de officiële status van ‘managementtarget’ krijgt. Dan bestaat ook het risico dat burgers gemanipuleerd worden.

Hoe kunnen bestuursorganen en hun ambtenaren weerstand bieden aan de verleiding steeds te koersen op een intrekking? Het beste medicijn is waarschijnlijk de wetenschap dat ambtenaren die niet gefixeerd zijn op het realiseren van zo veel mogelijk intrekkingen, juist de meeste intrekkingen weten te bewerkstelligen.²¹ Ambtenaren die het ijzer proberen te smeden als het heet is, door aanmoedigend te reageren als een bezwaarmaker laat merken dat hij overweegt zijn bezwaar in te trekken, riskeren juist een averechts effect. De bezwaarmaker wordt kopschuw en laat zijn voornemen weer varen, of hij besluit weliswaar zijn bezwaar in te trekken, maar komt daar vervolgens weer van terug. Het blijkt veel effectiever de bezwaarmaker de tijd te gunnen om te beslissen of hij zijn voornemen wil uitvoeren. Het is dan ook verkieslijker om tegen een bezwaarmaker die laat merken dat hij overweegt zijn bezwaar in te trekken, te zeggen: ‘Weet u dat wel zeker? Zou u daar nog niet eens over nadenken?’ dan om te zeggen: ‘Dat zou ik maar doen!’

Ook een formeel niet-ontvankelijk bezwaar verdient een materiële behandeling

Iedere bestuursrechtjurist weet op grond van de jurisprudentie dat bevoegdheid en ontvankelijkheid cruciale drempels vormen voor de inhoudelijke beoordeling van een geschil door de bestuursrechter en, voorafgaand daaraan, het bestuur. Een jurist die een bezwaarschrift in handen krijgt, zal zich dan ook direct afvragen: is het aan de juiste instantie gericht, is het op tijd en is het afkomstig van een belanghebbende? In het eerste geval zal hij het bezwaarschrift doorzenden, in het tweede geval zal hij concluderen dat het bezwaar niet-ontvankelijk is en op grond van de wet niet inhoudelijk hoeft te worden behandeld.

Echter, bezwaar maken houdt per definitie in: een probleem aankaarten. In de praktijk blijken bezwaren klachten te kunnen inhouden en omgekeerd. Het probleem dat met een bezwaarschrift aan de orde is gesteld, is niet verdwenen als het bezwaar niet-ontvankelijk wordt verklaard. De mogelijkheden van het bestuur om bij te dragen aan de oplossing van het probleem evenmin. Een informele aanpak van bezwaren dient dan ook in te houden dat het bestuur in reactie op elk bezwaarschrift contact met de indiener zoekt, ongeacht of het bezwaar ontvankelijk is. Er is namelijk geen enkele reden om burgers die hun probleem met een besluit aankaarten het luisterend oor van het bestuur te misgunnen, enkel omdat ze dat na het verstrijken van de bezwaartermijn doen.

Dat neemt niet weg dat de uiteindelijke reactie op een te laat gemaakt bezwaar kan verschillen van die op

een binnen de termijn ingediend bezwaar.²² Verschil zal er vooral zijn bij besluiten waar behalve het bestuur en de bezwaarmaker andere belanghebbenden bij zijn betrokken. Zo heeft het bestuur in twee partijengeschillen ruime mogelijkheden om wijzigingen in een besluit aan te brengen, ook al heeft dat besluit, vanwege het buiten de termijn ingediende bezwaar, formele rechtskracht gekregen. In meerpartijengeschillen heeft het bestuur minder speelruimte, vanwege de rechtszekerheid van de derde, die er op moet kunnen vertrouwen dat met het ongebruikt verstrijken van de bezwaartermijn zijn rechtspositie vastligt.

2.3 De rechter: kan een belangrijke belemmering wegnemen

We hebben hiervoor gezien dat er voor het bestuur geen enkele reden is om een probleem dat wordt aangekaart in een bezwaarschrift dat vanwege termijnoverschrijding niet-ontvankelijk is, links te laten liggen. Kan het bestuur nog een stap verder gaan en beslissen het bezwaar, ondanks de overschrijding van de bezwaartermijn, gewoon inhoudelijk te behandelen en te laten uitmonden in een beslissing op bezwaar?

Bij de beantwoording van deze vraag komt de bestuursrechter in beeld. Die heeft er na de invoering van de Awb voor gekozen om ambtshalve te toetsen of het bestuursorgaan in de aan het beroep voorafgegane bezwaarprocedure de ontvankelijkheid van het bezwaar juist heeft beoordeeld.²³ Dat betekent dat als het bestuur ervan heeft afgezien een te laat gemaakt bezwaar niet-ontvankelijk te verklaren en tegen het op het bezwaar genomen besluit vervolgens beroep wordt ingesteld, de rechter niet bereid zal zijn dat beroep inhoudelijk te beoordelen, omdat hij vindt dat het bestuur geen inhoudelijke beslissing op het bezwaar had mogen nemen.²⁴

Dat de bestuursrechter ambtshalve beoordeelt of het bestuur in de bezwaarprocedure de ontvankelijkheid van de bezwaarmaker juist heeft beoordeeld, spreekt niet steeds vanzelf.²⁵ Wel als sprake is van een meerpartijengeschil, bijvoorbeeld over een door het bestuur verleende vergunning. Het is in strijd met de rechtszekerheid als het bestuur in een reactie op een te laat gemaakt bezwaar de verleende vergunning alsnog zou gaan heroverwegen. Maar in tweepartijengeschillen ligt het anders. Daar is hoogstens de rechtszekerheid van het bestuur in het geding. Als het bestuur daar gelet op goede verhoudingen met burgers en in het belang van goede wetstoepassing zelf niet al te zeer aan hecht, waarom zou de rechter het dan een probleem vinden dat het bestuur soepel is en zich bereid toont een te laat gemaakt bezwaar toch inhoudelijk te beoordelen? Wij pleiten er dan ook voor dat de bestuursrechter op dit punt zijn jurisprudentie versoepelt. De Duitse bestuursrechter kan daarbij als inspiratiebron dienen. Die gunt het bestuur de ruimte, tenminste, als het om tweepartijengeschillen gaat. De Duitse bestuursrechter eist overigens wel dat het bestuur consequent is.

20. Interview met Yvette Nas, werkzaam bij de gemeente Breda, in: Marseille, Tolsma & De Graaf 2011, p. 70-76.

21. Van der Velden, Koetsenruijter & Euwema 2010, p. 143.

22. Marseille, Tolsma & De Graaf 2011, p. 22-26.

23. M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2011, p. 292.

24. De rechter zal het beroep gegrond verklaren en vervolgens met toepassing van art. 8:72 lid 4 Awb zelf in de zaak voorzien door het bezwaar alsnog niet-ontvankelijk te verklaren.

25. Interview met Michiel Scheltema, in: Marseille, Tolsma & De Graaf 2011, p. 12-18.

Bezwaarmakers hebben recht op een 'fehlerfreie Ermessensausübung'. Dat betekent dat het bestuur niet naar willekeur de ene keer streng en de andere keer soepel kan zijn.²⁶ Soepelheid inzake bezwaartermijnen moet berusten op een consistent beleid.

Wat zou voor de bezwaarmaker de grootste winst zijn van een soepele opstelling van de bestuursrechter ten opzichte van bestuursorganen die in tweepartijengeschillen soepel met de ontvankelijkheid van bezwaren omgaan? Ongetwijfeld dat hij weet dat hij, mocht het gesprek met het bestuur niet tot een bevredigende uitkomst leiden, het besluit van het bestuur aan de rechter kan voorleggen. Dat zorgt ervoor dat bestuur en burger in hun gesprek naar aanleiding van een bezwaar in een gelijkwaardiger positie verkeren, wat de kans op een bevredigende uitkomst daarvan vergroot.²⁷

2.4 De politiek: kan helpen door de informele aanpak te ondersteunen

De informele aanpak kan bijdragen tot betere verhoudingen met burgers, bedrijven en instellingen. Een bezwarenprocedure vormt voor hen nogal eens een zeer slechte ervaring met de overheid en er zijn maar liefst 2,6 miljoen van deze procedures per jaar. De tevredenheid van betrokken burgers en van de betrokken ambtenaren neemt significant toe als gewerkt wordt met de informele aanpak.²⁸ Voor het succes van de informele aanpak is echter noodzakelijk dat op politiek/bestuurlijk niveau het belang van deformalisering van de toepassing van de Awb wordt ingezien en een wijziging van de praktijk hoog op de agenda wordt geplaatst. De dominante praktijk bij gemeenten is echter nog steeds dat bezwaren door externe bezwaaradviescommissies worden behandeld.²⁹

Daar staat tegenover dat bij de informele aanpak de tevredenheid van burgers, bedrijven en instellingen stijgt

van een 4,8 naar een 7,2.³⁰ In tijden van bezuinigen kan ook van belang zijn dat in de praktijk de tijd die gemoeid is met de informele aanpak er gunstig uit springt ten opzichte van de formele aanpak. De doorlooptijd van bezwaarprocedures kan met ruim 20% verkort worden en een efficiëncywinst van ongeveer 25% is haalbaar.³¹ De informele aanpak leidt in de regel tot een intrekking in 60% van de bezwaren.³²

3 Conclusie

De bezwarenprocedure is in de Awb slechts beperkt vastgelegd met als oogmerk bestuursorganen de ruimte te geven een eigen invulling eraan te geven. In de praktijk blijkt de bezwarenprocedure – mede vanwege de inzet van externe bezwaaradviescommissies – erg formeel en voor betrokkenen weinig bevredigend te zijn. De bezwarenprocedure is in de praktijk aan zijn doel voorbijgeschoten de burger een snelle, informele en goedkope procedure te bieden ter oplossing van zijn geschil met het bestuur. De rechter heeft zich van het begin af aan erg formeel opgesteld en bestuursorganen spelen daarom steeds vaker op zeker door externe bezwaaradviescommissies in te schakelen. Dat blijkt vaak het paard achter de wagen spannen. Het grote aantal van 2,6 miljoen bezwaarprocedures en de ontevredenheid van burgers over deze procedures vormen belangrijke indicatoren om te kiezen voor een overgang van formele naar informele bezwaarbehandeling, waarbij meer aandacht is voor effectieve communicatie.³³ De regeling van de bezwarenprocedure in de Awb biedt daartoe alle ruimte. Van belang is wel dat bestuursorganen en hun ambtenaren de formele regels van de bezwaarprocedure niet als doel maar als middel zien en dat de omgeving van het bestuur haar steentje bijdraagt aan het scheppen van voorwaarden om de informele aanpak tot een succes te maken. •

26. F. Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, München: Beck 2008, p. 87 (Hufen verwijst naar VGH Mannheim, DVBl. 1982, 206).

27. Interview met Dick Allevijn, rechter en mediator, in: Marseille, Tolsma & De Graaf 2011, p. 120-129.

28. Van der Velden, Koetsenruijter & Euwema 2010, p. 66-71.

29. Schwartz 2010, p. 56.

30. Van der Velden, Koetsenruijter & Euwema 2010, p. 16 en 66-67.

31. Van der Velden, Koetsenruijter &

Euwema 2010, p. 64 en 73.

32. Van der Velden, Koetsenruijter & Euwema 2010, p. 72.

33. Ter ondersteuning heeft de Nationale ombudsman een Bezwaarwijzer ontwikkeld waarin de weg naar de informele aanpak

gefaciliteerd wordt. Voor de bezwaarmaker zijn de hoofdpunten samengebracht in deze bezwaarwijzer.

Alle auteurs krijgen recht op een ‘billijke vergoeding’

Dirk J.G. Visser¹

De introductie van een billijke vergoeding voor ieder gebruik voor iedere auteur leidt vrijwel zeker niet tot een verbetering van de positie van de auteur en mogelijk tot een verslechtering. De kans is groot dat de Tweede Kamer er toch mee instemt, omdat het zo sympathiek klinkt. Want waarom zou je er als Tweede Kamer ‘nee’ tegen zeggen als het de overheid niets kost, producenten en uitgevers het moeten gaan betalen en de rechter moet gaan bepalen wat een billijke vergoeding is?

Alle auteurs² krijgen recht op een ‘billijke vergoeding’. Dat heeft de ministerraad op 8 juli 2011 besloten.³ Dit recht op een billijke vergoeding wordt in de Auteurswet vastgelegd. Tot nu toe heeft een auteur meestal alleen een verbodsrecht, waarmee hij het gebruik van zijn werk kan verbieden. Op grond van dat verbodsrecht kan hij toestemming geven voor de exploitatie van zijn werk. Voor die toestemming kan hij een vergoeding vragen. De hoogte van die vergoeding hangt echter af van hoeveel producenten⁴ bereid zijn ervoor te betalen. Die bereidheid wordt weer bepaald door hoeveel producenten met dat werk denken te kunnen gaan verdienen. En dat hangt weer af van de kwaliteit van het werk en de voorkeur van het publiek. Als werk van goede kwaliteit is en populair is bij het publiek, dan kan een auteur een hoge vergoeding krijgen. Is het werk echter niet van goede kwaliteit of is er geen belangstelling voor, dan is de vergoeding laag of nul. Dat is de economische wet van vraag en aanbod.

Nu zijn auteurs bij een overeenkomst met een producent vaak ‘de zwakkere partij’. Een reden voor die zwakkere positie is dat een auteur soms niet leest of begrijpt waar hij mee akkoord gaat, net zoals consumenten akkoord gaan met allerlei voorwaarden die ze niet lezen of begrijpen. Maar de belangrijkste reden waarom auteurs ‘de zwakkere partij’ zijn, is omdat ze te graag willen en omdat er te veel zijn. Auteurs nemen een extra zwakke positie in als hun werk niet bovengemiddeld goed is,

De positie van een goede auteur is niet zwak. Uitgevers en producenten willen zijn werk maar al te graag uitgeven

waardoor hun prestatie uitwisselbaar is met die van anderen of het publiek er geen belangstelling voor heeft. Veel auteurs willen graag hun werk onder de aandacht van het publiek brengen en bekend worden, terwijl producenten alleen maar ‘willen’ als zij er geld aan kunnen verdienen, omdat het publiek bereid is om ervoor te betalen. Op de markt waar auteurscontracten worden gesloten, is het aanbod groot en de vraag beperkt, wat de positie van de auteur ondermijnt. De positie van een goede auteur is daarentegen niet zwak. Zijn werk willen uitgevers en producenten maar al te graag uitgeven. Hij kan dus wel een hogere vergoeding vragen. Daarnaast kan hij een agent of adviseur inhuren die voor hem het contract leest en begrijpt en er eventueel over kan onderhandelen. Ook op de markt waar auteursovereenkomsten worden gesloten, geldt namelijk de wet van vraag en aanbod.

De vraag is of de invoering van een recht op een ‘billijke vergoeding’ hierin een verandering gaat brengen.

Auteur

1. Prof. mr. D.J.G. Visser is hoogleraar intellectuele eigendomsrecht in Leiden, advocaat in Amsterdam en medewerker van dit blad.

Noten

2. Hier wordt steeds gesproken over ‘auteurs’, maar de regeling geldt ook voor ‘uitvoerende kunstenaars’: artiesten, acteurs, zangers, dansers en musici.

3. ‘Kabinet vernieuwt auteurscontractenrecht’, persbericht d.d. 8 juli 2011, www.rijksoverheid.nl/regering/het-kabinet/ministerraad/persberichten/2011/07/08/kabinet-vernieuwt-auteurscontractenrecht.html.

4. Als hier gesproken wordt over ‘producenten’ worden daar ook uitgevers mee bedoeld.

Gaan auteurs door een dergelijk recht meer verdienen? En wat zijn de verdere effecten: Komt er meer werkgelegenheid voor auteurs? Is het mogelijk de wet van vraag en aanbod in het auteursrecht te veranderen? Deze vragen zijn niet eenvoudig te beantwoorden, vooral niet omdat er veel verschillende soorten werken en verschillende soorten auteurs zijn.

Film

Het is interessant om een soort werk te onderzoeken waarbij een dergelijk recht op een billijke vergoeding al meer dan 25 jaar bestaat: de film. Dat zal misschien verbazen, omdat de filmindustrie juist vaak wordt genoemd als een bedrijfstak waar auteurs juist heel weinig betaald krijgen. Sinds 1985 staat in de Nederlandse Auteurswet: 'De producent is aan de makers of hun rechtverkrijgenden een billijke vergoeding verschuldigd voor iedere vorm van exploitatie van het filmwerk.' Heeft dat filmauteurs iets opgeleverd? Neen. In alle filmcontracten wordt sindsdien vastgelegd dat de vergoeding die partijen overeenkomen, moet worden aangemerkt als de 'billijke vergoeding'. Soms wordt geprobeerd achteraf een aanvullende vergoeding te krijgen, maar dat levert in de praktijk niets of bijna niets op.

Voor slechte vertalers, wier capaciteiten de kwaliteit van Google Translate nauwelijks overstijgen, zal het tarief te hoog zijn

Sommige mensen zeggen dat de 'billijke vergoeding' altijd een royalty, een percentage van de inkomsten, zou moeten zijn. Het kabinet lijkt dat ook te vinden, omdat het spreekt over een 'proportionele vergoeding' voor bepaalde filmauteurs. Momenteel is voor filmauteurs en voor tal van andere auteurs een lump-sum, een eenmalige betaling, gebruikelijk. Een royalty, oftewel meedelen in het succes van het werk, klinkt rechtvaardig. Maar hoe hoog moet die royalty zijn? En waarover moet die geheven worden? Over de totale inkomsten of over de winst? En krijgt de auteur alleen een royalty, of een vast bedrag plus een royalty? Een belangrijke vraag hierbij is of de auteur alleen moet meedelen in eventuele winst, of dat hij ook moet meedelen in eventueel verlies. Het is gebruikelijk dat een producent of uitgever het exploitatierisico draagt. Hij investeert in de productie, distributie en marketing van het werk. Die investering probeert hij terug te verdienen en vervolgens probeert hij winst te maken. Lukt dat niet, dan maakt hij verlies. Door in verschillende werken te investeren, kan de producent de risico's spreiden. Soms levert de exploitatie van een werk veel winst op, waarmee de verliezen op andere werken kunnen worden gecompenseerd, maar per saldo hoopt de producent erop te verdienen. De auteur investeert wel doordat hij zijn tijd en inspanningen in het werk steekt. Maar meest-

al investeert de auteur niet financieel in de exploitatie van zijn werk. In de meeste gevallen krijgt de auteur een vergoeding, ook als het werk flopt, en hoeft hij niet mee te delen in exploitatieverliezen.

Het is mogelijk om, zoals het kabinet nu lijkt te willen, in de wet te bepalen dat filmauteurs altijd recht hebben op een royalty of een andere succesafhankelijke vergoeding. Als dat zou gelden voor alle filmauteurs, inclusief cameramensen, lichtontwerpers, decorbouwers, grimeurs en alle andere namen die aan het eind van een film in beeld verschijnen, zou dit een enorme administratieve rompslomp geven. Dat heeft het kabinet ook onder ogen gezien, en daarom wordt voorgesteld 'dat de belangrijkste makers recht krijgen op een proportionele vergoeding als zij hun rechten overdragen aan de producent van het filmwerk'. Voor de minder belangrijke makers verandert er dus vermoedelijk niets. Wie die 'belangrijkste makers' precies zijn, is nog niet bekend, maar vermoedelijk zijn het 'de hoofdregisseur, de scenarioschrijver, de schrijver van de dialogen', die elders in de Auteurswet ook een aparte status hebben, en misschien de hoofdrolspelers. Wat gaat er nu gebeuren? Als een belangrijke filmmaker nu recht krijgt op een succesafhankelijke vergoeding, dan gaat zijn vaste vergoeding omlaag. Als hij vroeger 100 kreeg als vaste vergoeding, dan krijgt hij nu 80 als vaste vergoeding en in geval van succes krijgt hij 120. Die belangrijke maker wordt dan mede risicodragers. Het is de vraag of gemiddelde filmmaker hier gelukkig mee is, maar het gaat gebeuren, als hij een succesafhankelijke vergoeding wil. De kans is aanzienlijk dat hij dat niet wil, waardoor er ook voor hem niets verandert. Alleen de echte topauteurs, waarbij het succes van tevoren vaststaat, kunnen een succesafhankelijke vergoeding, zoals een royalty, vragen bovenop een royale vaste vergoeding. Maar dat kunnen ze nu ook al, dus ook voor hen verandert er niets.

Ervaringen in Duitsland

In Duitsland bestaat sinds 2002 een algemeen recht op een 'billijke vergoeding' voor auteurs. Daar is het Nederlandse voorstel ook voor een groot deel op gebaseerd. Auteurs hebben recht op een billijke vergoeding en wat billijk is kan worden bepaald in overeenkomsten tussen verenigingen van auteurs en producenten⁵ en uiteindelijk door de rechter. In Duitsland is er sinds 2002 één zo'n overeenkomst tot stand gekomen, over de vergoeding voor auteurs van literaire boeken in 2005.⁶ Deze overeenkomst bepaalt dat de auteur in beginsel recht heeft op een royalty van 10% van de netto-winkelverkoopprijs bij hardcoveruitgaven. Voor pocketuitgaven gelden lagere percentages. Hoewel deze regeling zeer nadrukkelijk alleen voor literaire boeken geldt, heeft de Duitse hoogste rechter geoordeeld dat toepassing naar analogie op andere soorten boeken mogelijk is.⁷

Er is sinds 2002 in Duitsland een strijd gaande over de vergoeding voor vertalers. Na mislukte onderhandelingen werden bij verschillende rechtbanken procedures gevoerd. De hoogste Duitse rechter heeft inmiddels tot tweemaal toe bepaald dat vertalers bij verkoop van meer dan 5000 exemplaren van een boek boven op een vaste vergoeding per woord of per pagina altijd recht hebben op een bepaalde royaltyvergoeding.⁸ Die verplichte royal-



Zelfportret Vincent van Gogh, 1889 © Peter Barritt/Alamy

tyvergoeding is 0,8% over de netto-winkelverkoopprijs van een hardcoveruitgave en 0,4% bij een pocketeditie. Ook is een relatie gelegd met de percentages die de originele auteurs krijgen: vertalers zouden recht hebben op een vijfde daarvan. Over een verplichte vergoeding per pagina heeft de Duitse rechter zich minder duidelijk uitgesproken. In de laatste zaak waarover de hoogste Duitse rechter besliste, werd vastgesteld dat de gemiddelde vergoeding voor een 'gemiddeld moeilijke' vertaling tussen de € 15,50 en € 17,90 bedroeg, maar dat de in die zaak betaalde vergoeding van € 19 niet 'onredelijk hoog' was en niet van invloed was op de aanspraak op een royaltyperscentage boven een bepaald aantal verkochte exemplaren. Intussen zijn de uitgevers erg ongelukkig met de rechtspraak⁹ en zijn de vertalers nog steeds zeer ontevreden, omdat de uitgevers zich niet aan de rechtspraak zouden houden.¹⁰

Algemene maatregel van bestuur

In het Nederlandse wetsvoorstel, dat op de hier relevante punten vermoedelijk niet veel zal verschillen van het voorontwerp uit 2010,¹¹ krijgt de Minister van Onderwijs,

Cultuur en Wetenschap de mogelijkheid bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen wat een billijke vergoeding is voor een bepaald soort werk of gebruik. Dat gaat de minister uiteraard niet zelf bepalen. Hij kan dat alleen doen als een representatieve vereniging van auteurs én een exploitant of een vereniging van exploitanten daarover een gezamenlijk advies geven. De achtergrond van deze ingewikkelde constructie is dat men hiermee het mededingingsrecht denkt te kunnen omzeilen. Dit zijn namelijk prijsafspraken en die zijn eigenlijk niet toegestaan. Maar als de overheid ze nu vaststelt en ze zijn in het 'algemeen belang', dan denkt men dat het wel mag. Het is de vraag of dat waar is, want de mededingingsrechtgeleerden zijn het daar helemaal niet over eens. In het voorontwerp uit 2010 was de relevante bepaling als volgt geformuleerd:¹²

Art. 25c

1. De maker heeft recht op een billijke vergoeding voor het verlenen van een exclusieve licentie voor het geheel of een gedeelte van het auteursrecht.
2. Een vergoeding wordt geacht billijk te zijn indien de hoogte daarvan is vastgesteld door Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap na overleg met Onze Minister van Justitie. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld in verband met de vaststelling van de billijke vergoeding.
3. Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap gaat alleen over tot vaststelling als bedoeld in het tweede lid op gezamenlijk verzoek van een in de desbetreffende branche bestaande vereniging van makers van werken van wetenschap, letterkunde en kunst en een exploitant of een vereniging van exploitanten van deze werken. Het verzoek bevat een gezamenlijk gedragen advies inzake de billijke vergoeding. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld in verband met de indiening van het verzoek.
4. Een vereniging als bedoeld in het derde lid is representatief en onafhankelijk. Uit de statuten van de vereniging blijkt dat zij tot doel heeft Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap een advies als bedoeld in het derde lid uit te brengen.

De vraag is ook of zo'n bij algemene maatregel van bestuur vastgelegd tarief voor bijvoorbeeld vertalers wenselijk is. Voor goede vertalers zal zo'n tarief te laag zijn, zij zouden meer moeten kunnen vragen. Voor slechtere vertalers, wier capaciteiten bijvoorbeeld de kwaliteit van Google Translate nauwelijks overstijgen, zal het tarief te hoog zijn, wat er mogelijk toe leidt dat niemand hen nog inschakelt. Misschien werkt het wel bij vertalers, hoewel de ervaringen in Duitsland anders doen vermoeden.

5. Par. 36.1 Urheberrechtsgesetz.

6. 'Gemeinsame Vergütungsregeln für Autoren belletristischer Werke in deutscher Sprache' (9 juni 2005). www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gemeinsame_Verguetungsregeln.html. De regeling geldt nadrukkelijk alleen voor literaire werken en nergens anders voor, bijvoorbeeld

niet voor studieboeken, kinderboeken, schoolboeken en luisterboeken. De regeling geldt ook niet voor boeken die op verzoek van de auteur worden uitgegeven en waarvoor de auteur geen vergoeding verwacht en ook in redelijkheid niet verwachten kan.

7. BGH 7 oktober 2009, I ZR 230/06 (*Talking to Addison*), alinea 34.

8. BGH 7 oktober 2009, I ZR 230/06 (*Talking to Addison*) en BGH 20 januari 2011, I ZR 19/09 (*Destructive emotions*).

9. C. Sprang, 'Die Vereinbarung angemessener Vergütung in der Verlagsbranche', ZUM 2010, p. 116-124.

10. www.literaturuebersetzer.de/pages/wissenswertes-archiv/verguetung0611.htm.

11. Voorontwerp auteurscontractenrecht d.d. 1 juni 2010, www.internetconsultatie.nl/auteurscontractenrecht/.

12. Voorontwerp auteurscontractenrecht d.d. 1 juni 2010, p. 2, www.internetconsultatie.nl/auteurscontractenrecht/.

Dit gaat leiden tot veel juridische procedures die waarschijnlijk in de praktijk zullen worden genegeerd, ontdoken of omzeild

Het is echter zeer waarschijnlijk dat het helemaal niet werkt bij tal van andere auteurs, waarbij de kwaliteitsverschillen en de verschillen in vergoedingspraktijken te groot zijn. Een bij algemene maatregel van bestuur vastgelegde vaste vergoeding per woord voor een journalist of columnist is onzinnig. Wetenschappelijke auteurs krijgen vaak helemaal geen vergoeding, of moeten zelfs geld bijbetalen om hun werk gepubliceerd te krijgen. De kans dat in Nederland verenigingen van producenten en auteurs met gezamenlijke aanbevelingen komen, is gezien de ervaringen in Duitsland zeer klein. En dat betekent dan dat de rechter zonder enige hulp zal moeten gaan bepalen wat in een bepaald geval een 'billijke vergoeding' is. Het gaat er niet om te bepalen wat 'niet onredelijk' is, maar om een positieve bepaling van wat daadwerkelijk wel een billijke vergoeding, oftewel een 'iustum pretium' is. Voor het eerst in de geschiedenis van het Nederlandse verbintenissenrecht krijgt de rechter de plicht om precies te bepalen wat in een bepaald geval de 'juiste prijs' is in contractuele relaties die op grond van onderhandelingen tot stand komen.

'Ernstige onevenredigheid'

Naast de aanspraak op een billijke vergoeding komt er ook nog een zogenoemde 'bestsellerparagraaf':¹³

Art. 25d

1. De rechter kan de overeenkomst op grond waarvan de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst een exclusieve licentie heeft verleend op het verzoek van de maker te zijner gunste wijzigen, indien de vergoeding die hij ontvangt gelet op de wederzijdse prestaties een ernstige onevenredigheid vertoont in verhouding tot de opbrengst van de exploitatie van het werk. De rechter houdt hierbij tevens rekening met de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen, de wederzijds belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval.
2. Aan de in het eerste lid bedoelde wijziging van de overeenkomst kan terugwerkende kracht worden verleend.

Het is niet duidelijk hoe de 'billijke vergoeding' en de 'ernstige onevenredigheid' zich tot elkaar gaan verhouden. Het is moeilijk voorstelbaar dat er in geval van 'ernstige onevenredigheid' wel sprake is van een 'billijke vergoeding'. En dan is toetsing aan 'ernstige onevenredigheid' dus dubbelop en overbodig. Systematisch is het verschil dat 'billijke vergoeding' al vooraf getoetst zou moeten kunnen worden en 'ernstige onevenredigheid' pas achteraf. Het succes behoeft niet onverwacht te zijn. Wat dit betreft, volgt het Nederlandse wetsvoorstel ook de laatste versie van de regeling in Duitsland uit 2002. In de ontwerp-toelichting uit 2010¹⁴ staat te lezen: 'Er moet sprake zijn van een ernstige onevenredigheid. Zodoende wordt verzekerd dat een exploitant genoegzaam in de gelegenheid is om de gedane investeringen terug te verdienen.

Bovendien wordt daardoor verzekerd dat de exploitant (voor het ondernemingsrisico dat hij met de exploitatie van werken van letterkunde, wetenschap en kunst bereid is te lopen) winst kan maken. Dat is ook noodzakelijk om op andere investeringen geleden verliezen te kunnen compenseren.'

Een exploitant mag dus winst maken om andere verliezen te compenseren. Hoeveel verliezen mag hij compenseren? Economen wijzen erop dat dat helemaal niet duidelijk is en dat dit veel rechtsonzekerheid met zich mee gaat brengen.¹⁵

'Exploitanten kunnen zich niet op de regel beroepen. Mocht de exploitatie van een bepaald werk onverhoopt floppen, dan kunnen zij de rechter dus niet om aanpassing van de overeenkomst verzoeken teneinde de geleden verliezen (gedeeltelijk) op de maker van dat werk af te wentelen. Een flop behoort tot het ondernemingsrisico van de exploitant.'

De auteur mag dus wel meedelen in grote winsten, maar draagt niet mede het risico van verliezen. Dat betekent dat exploitanten meer risico gaan lopen. Zij krijgen het risico van aanvullende betalingen aan auteurs achteraf erbij. Dat kan ertoe leiden dat zij minder snel of minder gaan investeren in nieuwe werken. Uit experimenteel onderzoek in Duitsland blijkt ook dat de voorgestelde regelingen tot betaling van lagere vergoedingen voor auteursrechten kunnen leiden.¹⁶

Geen afstand mogelijk; dwingend recht

Van het recht op een billijke vergoeding kan geen afstand worden gedaan en de bepalingen die er betrekking op hebben, zijn van dwingend recht. Art. 25h lid 1 voorontwerp luidde als volgt:

Van het bepaalde in dit hoofdstuk kan door de maker geen afstand worden gedaan. De bepalingen zijn van dwingend recht indien:

- a. de licentieovereenkomst bij gebreke van een rechtskeuze zou worden beheerst door Nederlands recht, of;
- b. de licentieovereenkomst geheel of in overwegende mate in Nederland ten uitvoer wordt gelegd.

Dit is op zich begrijpelijk, omdat de regeling anders door afstand van recht of door een rechtkeuze van bijvoorbeeld Engels recht een dode letter zou worden. Het heeft echter ook andere consequenties. Het betekent dat aanvaard moet worden dat in tal van situaties waarin nu gebruikelijk is dat er niets wordt betaald, bijvoorbeeld wetenschappelijke artikelen of bij ingezonden brieven, of figuranten in films, de 'billijke vergoeding', waar immers geen afstand van gedaan kan worden, op nul moet worden gesteld. Ook betekent het dat als door de Nederlandse regeling voor internationaal opererende exploitanten de rechtsonzekerheid of de risico's te groot worden, zij hun activiteiten, ondernemingen en de daarmee samenhangende werkgelegenheid mogelijk zullen verplaatsen naar andere landen.

Conclusie

Na bijna tien jaar billijke vergoeding voor auteurs in Duitsland is niemand tevreden en is er enorme rechtsonzekerheid. Talloze vragen zijn nog niet opgelost en de praktijk is nauwelijks veranderd.¹⁷ Wel is er erg veel tijd en geld geïnvesteerd in eindeloze onderhandelingen en juridische procedures. Het is zeer onwaarschijnlijk dat auteurs er meer door kunnen gaan verdienen. Door de rechtsonzekerheid is het wel goed mogelijk dat er minder risico wordt genomen en minder wordt geïnvesteerd, waardoor de werkgelegenheid voor auteurs terugloopt.

In de praktijk gaat dit ook in Nederland leiden tot veel rechtsonzekerheid en veel juridische procedures die waarschijnlijk ook geen duidelijkheid geven en/of in de praktijk zullen worden genegeerd, ontdoken of omzeild, bijvoorbeeld door ondernemingen, productie en werkgelegenheid naar het buitenland te verplaatsen. Die rechtsonzekerheid en de kosten van de procedures zijn slecht voor

het ondernemings- en investeringsklimaat in een sector die door de technologische ontwikkelingen en internationale concurrentie al zwaar onder druk staat.

De introductie van een billijke vergoeding voor ieder gebruik voor iedere auteur leidt vrijwel zeker niet tot een verbetering van de positie van de auteur en mogelijk tot een verslechtering.

De kans is groot dat de Tweede Kamer er toch mee instemt, omdat het zo sympathiek klinkt – ‘iedere auteur krijgt recht op een billijke vergoeding’ – en omdat de vakbonden en collectieve belangenorganisaties heel hard en emotioneel zullen roepen dat het wel een goed idee is. Waarom zou je er als Tweede Kamer ‘nee’ tegen zeggen als het de overheid niets kost, producenten en uitgevers het moeten het gaan betalen en de rechter moet gaan bepalen wat een billijke vergoeding is? Dat het niet werkt en vermoedelijk alleen maar geld kost door de rechtsonzekerheid die erdoor ontstaat, blijkt pas over een flink aantal jaren. ●

13. Voorontwerp auteurscontractenrecht d.d. 1 juni 2010, p. 2 en 3, www.internetconsultatie.nl/auteurscontractenrecht/.

14. Ontwerp-toelichting, p. 11, www.internetconsultatie.nl/auteurscontractenrecht/.

15. Zie bijv. ‘Prova d’Orchestra. Een economische analyse van het voorontwerp

auteurscontractenrecht’, SEO december 2010, p. 15-17, AMI 2010, p. 137-145, www.seo.nl/uploads/media/dp59_prova_d_orchestra.pdf.

16. *Fairness Ex Ante & Ex Post. An Experimental Test of the German ‘Bestseller Paragraph’*, Max Planck Institute for Research on

Collective Goods, November 2010, www.coll.mpg.de/pdf_dat/2010_29online.pdf.

17. Zie M. Senftleben, ‘Exportschlagereits deutsches Urhebervertragsrecht?’, AMI 2010/5, p. 151-158, N. Reber, ‘Der “Fairnessparagraf”, § 32a UrhG’, GRUR Int. 2010, p. 708 (709) en C. Berger, ‘Sieben

Jahre §§ 32ff. UrhG – Eine Zwischenbilanz aus Sicht der Wissenschaft’, ZUM 2010, p. 90 en daar genoemde bronnen en rechtspraak.

Het biologische alternatief voor de black box drogreden

Hendrik Gommer¹

Sinds de teloorgang van de natuurrechtleer zijn er vele ontdekkingen gedaan die een herziene natuurrechtleer onvermijdelijk maken. Psychofysische reacties, het bestaan van VEnS, de ontwikkeling van onze hersenen, ze wijzen er allemaal op dat de rechtvaardiging van normen niet los gezien kan worden van biologische drijfveren. Een paradigmaverandering in het denken over de grondslagen van het recht is onontkoombaar en wordt meer dringend naarmate de natuurwetenschappen meer bewijzen op tafel leggen.

Inleiding: de polemieek

Waar komen onze moraal en ons recht vandaan? Dat is de vraag waar ik iedere cursus Recht en Biologie mee start. Het antwoord is voor internationale rechtenstudenten niet anders dan voor Nederlandse studenten. Het overgrote deel antwoordt dat we onze moraal van onze ouders meekrijgen en het recht van de overheid. Slechts een enkeling oppert dat de wet voortkomt uit onze moraal. De rechtenstudenten volgen rechtsfilosoof Hart in zijn ideeën. Als ik doorvraag, lopen de meeste studenten vast. Ouders hebben de moraal van hun ouders of ontleen die aan de religie. De overheid ontleent zijn wetten aan het volk en gebruikt ze om de orde te handhaven.

Maar ook filosofen blijven over het algemeen in cirkels draaien. Volgens Cicero was het de Geest van God waar we onze moraal aan ontleen. Tijdens de verlichting werd deze black box vervangen door het begrip 'rede'. Volgens Hobbes worden mensen gedreven door zelfbehoud en daarom zegt de 'rede' ons dat we gehoorzaam moeten zijn aan de staat. Aan het begin van de vorige eeuw opperde Durkheim een nieuwe black box: het recht komt uit de samenleving voort. De samenleving is meer dan de som van de individuen, stijgt daarom boven het individuele belang uit en kan dus aan het individu regels opleggen. Kelsen ging uiteindelijk zover dat het recht uit het recht voortkomt. Het systeem start met een autoriteit die wetten mag maken en daarna volgen alle andere wetten daaruit dankzij het pure denken. De uiterste vorm van cirkelredeneren binnen een schijnbaar autonoom systeem.

Sinds het uiteenvallen van het natuurrecht, zoals Westerman dat in haar proefschrift beschreef, zijn rechtsfilosofen steeds inventiever geworden in het vinden van black boxes die alle antwoorden lijken te geven, maar feitelijk nietszeggend zijn. Wat levert het ons aan concrete inzichten op als we leren dat het recht voortkomt uit God, de Rede, de Samenleving of het Systeem, als de begrippen zelf nauwelijks gedefinieerd kunnen worden? Zelfs filosofen die neigen naar het natuurrecht zoals Sandel, Finnis en Nussbaum beroepen zich op een black box, die van de zelfevidentie. Door redeneren, menen zij universele principes te kunnen vinden. Het is 'vanzelfsprekend' dat dergelijke principes ten grondslag liggen aan al ons recht.

Met mijn biologische theorie van het recht probeer ik een alternatief voor de blackboxmodellen te geven. De verdedigers van blackboxmodellen beschouwen de natuurrechtgedachte echter zozeer als een taboe, dat mij telkens opnieuw verweten wordt dat ik mij schuldig maak aan de naturalistische drogreden. Dit is een drogreden die door G.E. Moore werd beschreven. We kunnen het goede niet reduceren tot eigenschappen van objecten. We kunnen daarom niet zeggen dat alles goed is dat ons overleven garandeert. Volgens Moore is het goede ondefinieerbaar omdat het ondeelbaar is. Hij zoekt naar wat het goede is en is niet geïnteresseerd naar de vraag hoe mensen het gebruiken. Ethische waarderings zijn veel complexer dan wetenschappelijke wetten, zo meent hij. Moore gaat uit van het bestaan van een hoogste, ondeelbaar goed.

Sinds Moore is het zoeken naar rechtvaardiging van

Rechtsfilosofen zullen er niet aan kunnen ontsnappen om ook de biologie te bestuderen, alvorens zij uitspraken over recht en moraal kunnen doen

normatieve oordelen in biologische mechanismen impliciet tot taboe verklaard. Veelal wordt daarbij ten onrechte naar Hume verwezen, die hooguit schreef dat het niet gemakkelijk is om, met behulp van de rede, normen van feiten af te leiden. Met deze wetenschap is het opmerkelijk hoe vaak artikelen van mijn hand worden afgewezen met een blind beroep op Hume (om even later even gemakkelijk te worden geaccepteerd door een ander tijdschrift). 'Het afleiden van normen uit feiten is onmogelijk', is een veel voorkomende Pavlovreactie in zowel Nederland als de VS. Een anonieme Amerikaanse referent schreef onlangs nog: 'This is especially unfortunate given the fact that leaping from the state of things ("descriptives" – the fact of certain biological drives or tendencies to judge a certain way) to normative claims ("prescriptives" – what ought to be) is fallacious; this is the appeal to nature.' De claim dat het een drogreden is als men normen aan biologische mechanismen ontleent, wordt met zo veel kracht uitgesproken dat dit afdoende bewijs zou moeten zijn. Zo beschuldigde taalfilosoof Jan Koster mij van een 'ontstellend naïeve kijk' mede omdat 'de door Hume geconstateerde kloof tussen "ought" en "is" het onmogelijk maakt om ethiek te herleiden tot de biologie.'² Naar mijn overtuiging is juist deze krachtige, haast schreeuwerige afwijzing de drogreden die ons inzicht in de grondslagen van het recht al eeuwen afremt. Een krachtige afwijzing vereist een krachtig weerwoord. Ik zal daarbij niet zover gaan als mijn Amerikaanse collega Scott Fruewald die zich in dit opzicht afvraagt: 'When did ignorance become a point of view?',³ maar ik zal wel een aantal aanwijzingen noemen die het op zijn minst aannemelijk maken dat onze normen uit biologische feiten voortkomen. Het is wellicht bedreigend om te horen, maar er is geen barrière tussen empirische kennis uit de psychologie en de biologie enerzijds en de normatieve kennis uit de filosofie en het recht anderzijds. Rechtsfilosofen zullen er, als het aan mij ligt, in de toekomst dus niet aan kunnen ontsnappen om ook aspecten van de biologie te bestuderen, alvorens zij uitspraken over recht en moraal kunnen doen.

Psychofysische reacties

Een morele afweging wordt veelal in een fractie van een seconde gemaakt. Leg aan juristen een uiterst complexe casus voor en ze kunnen meteen hun mening geven. Maar als je dezelfde juristen vraagt hoeveel 237 maal 376 is, moeten zij het antwoord schuldig blijven.⁴ De meesten komen er zonder papier niet uit. Dijksterhuis legt uit hoe dat komt. Morele afwegingen worden door ons onderbewuste gemaakt. De capaciteit van dat onderbewuste is al gauw 100 000 maal groter dan het bewustzijn. Het bewustzijn hebben we nodig als we regels willen opstellen en opvolgen, maar helaas heeft het bewustzijn maar een zeer beperkte capaciteit. In het dagelijks leven gaan we daarom voortdurend af op onze intuïtie, ingevingen die afkomstig zijn van ons onbewuste. Damasio liet zien dat

onze huid al veel eerder een reactie vertoont dan dat we zelfs nog maar een gevoel hebben bij een bepaalde situatie. Als er iets fout zit, reageert eerst onze huid, daarna krijgen we een gevoel dat er iets niet goed zit en pas veel later kunnen we onder woorden brengen wat er aan de hand is. Tot vervelens toe heb ik juristen verteld over mijn persoonlijke ervaring toen een project van mij werd misbruikt in een commerciële campagne van een bank in het noorden des lands.⁵ Ik trok eerst wit weg, daarna kwam een vloek over mijn lippen, daarna kwam ik tot mijn morele oordeel en tot slot sloeg ik het wetboek er op na om de juridische argumentatie rond te krijgen. De in mijn ogen rechtspositivistische toverformules die de voorzieningenrechter vervolgens toepaste, brachten mij tot de conclusie dat er iets mis was met de rechtsvinding en dit bleek achteraf gezien de aanleiding voor mijn rechtsbiologische onderzoek. Ons onderbewuste doet het meeste

We schrijven anderen en onszelf regels voor om de verspreiding van onze genen te optimaliseren

denkwerk, het bewustzijn brengt het onder woorden zodat we er met anderen over kunnen spreken. Het bewustzijn kan ook regels formuleren, waar het onderbewuste op vage principes moet afgaan. Maar bewustzijn en onderbewustzijn zijn niet van elkaar gescheiden, zoals Baumeister et al. laten zien. Bewust opgestelde regels kunnen wel degelijk het onbewuste denken beïnvloeden. Het onderbewuste werkt vooral associatief, creatief, combinerend, afwegend, terwijl het bewustzijn deze gedachten in woorden en regels omzet. En daar ligt de eerste aanwijzing dat regels niet van moraal gescheiden zijn. Het bewustzijn zet onbewuste moraal om in regels waarmee we anderen kunnen vertellen hoe ze zich moeten gedragen.

Neurobiologische structuren

Er komen steeds meer aanwijzingen dat de zogenaamde Von Economo Neuronen (VENS) een belangrijke rol spelen bij ons zelfbewustzijn. Volwassen mensen hebben daar pakweg 200 000 van, terwijl mensapen er 2000-8000 hebben. De VENS zijn ook aangetroffen bij olifanten en dolfijnen. VENS zijn bipolair, terwijl de belangrijkste cellen in ons onderbewuste talloze aftakkingen hebben. Het regelgeleid denken van het bewuste denken lijkt daarmee een afspiegeling te zijn van de structuur van de bipolaire hersencellen, terwijl voor het associatief denken van het onbewuste hetzelfde geldt. Merk op dat computers een

Auteur

1. Mr. dr. H. Gommer is universitair docent aan de Universiteit van Tilburg. Onlangs verscheen in de VS van zijn hand het boekje *A Biological Theory of Law. Natural Law Theory Revisited* (Amazon.com). In dit

artikel wordt gebruikgemaakt van de daarin

beschreven argumentatie, waarbij hij fractal- en gentheorie toepast op het recht. Voor een uitvoerige bibliografie wordt naar het boekje verwezen.

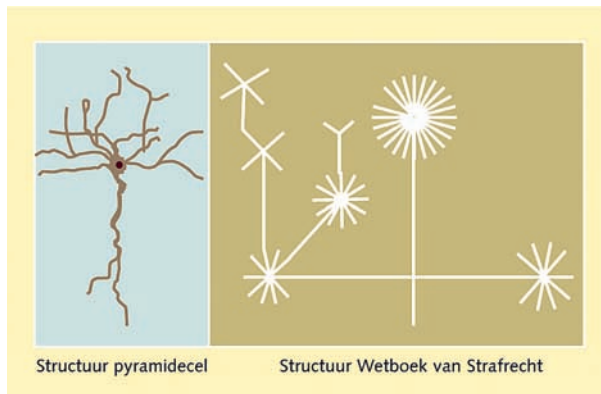
Noten

2. J. Koster, 'Moraal zit niet in onze genen', *Trema* 2010, p. 76-78.
3. S. Fruewald, 'When Did Ignorance Become A Point of View? Postmodern Legal Thought and Behavioral Biology', *ssrn.com/*

abstract=1769242.

4. Zoals ik aantoonde in een kort experiment met de 300 aanwezigen op het IE-congres te Zeist (16 maart 2011).
5. Zie bijv. 'Het recht van een leguaan', *Leidsche IE-almanak* 2008.

bipolaire geheugenstructuur hebben en tegelijkertijd uitermate krachtige rekenaars zijn. Merk ook op dat ons Wetboek van Strafrecht bijvoorbeeld een associatieve structuur heeft, hetgeen te verklaren is uit het feit dat ook ons wetboek niet dankzij een bewust plan tot stand gekomen is, maar de afspiegeling is van eeuwenlang toevoegen en weghalen van artikelen. Het wetboek is dus het resultaat van collectieve onderbewuste aansturing. Dit zou een tweede aanwijzing kunnen zijn.



Figuur 1: De structuur van de veelvoorkomende pyramidecel vergeleken met de structuur van ons Wetboek van Strafrecht.

Onontkoombare evolutionaire drijfveren

Nu we weten dat onbewuste intuïtie door hersencellen kan worden omgezet in bewuste regels, is het interessant wat er zich in dat onderbewuste afspeelt. Hoe komen onbewuste gedachten tot stand? Wat is de belangrijkste input? Tijdens mijn eerste college Embryologie (dertig jaar geleden) werd al verteld dat onze hersenen worden opgebouwd volgens het patroon van de evolutie. Een embryo van vijf weken heeft daardoor dezelfde hersenstructuur als die van een vis. De hersenen van een embryo van elf weken zijn vergelijkbaar met die van een reptiel. De Waal noemt dit het Russian Doll-model. Nieuwe delen van onze hersenen worden aangelegd om de evolutionair oudere delen heen. We hebben daardoor allemaal zeer basale gedachtepatronen gemeen met vissen en reptielen. Hoewel we dus dezelfde drives hebben, kunnen nieuwere hersendelen oudere delen controleren of bijsturen, maar eraan ontkomen, kan bijna niet. Zo kennen alle gewervelden (misschien op de molrat na) een sterke seksdrive. Zonder seksdrive geen voortplanting en zonder voortplanting geen nageslacht immers. We stammen allemaal af van voorouders die voldoende seksdrive hadden om tot een succesvol (i.e. omvangrijk en stabiel) nageslacht te komen. Dit is het principe dat Dawkins beschreef in zijn boek *The Selfish Gene*. Organismen zijn in zekere zin de vehikels van genen die zich dankzij deze organismen kunnen verspreiden. In die zin is de reproductiedrift de belangrijkste drive in verreweg de meeste dieren en dus ook in mensen. Dat wil zeggen, onze voorouders bezaten die drift, anders waren wij er niet geweest en dus is de kans groot dat wij die ook hebben.

Volgen we deze gedachtegang dan blijken ook stabiliteit, behoefte aan voedsel, de neiging tot samenwerken, reciprociteit en groei belangrijke eigenschappen van genen, die in het gedrag van organismen, de vehikels, te herkennen zijn. Onze moraal en inderdaad ook onze wet-

ten blijken deze neiging tot reproductie, stabiliteit, samenwerking, reciprociteit, groei en het vinden van steeds meer voedsel te dienen. Hier is de derde belangrijke aanwijzing dat wetten wel eens het directe gevolg kunnen zijn van biologische mechanismen.

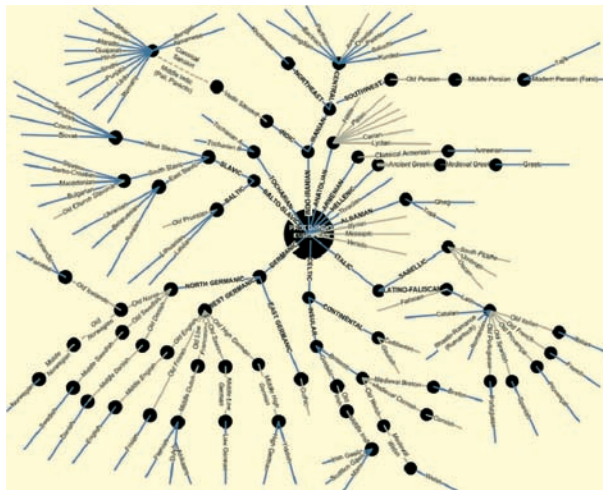
Fractale structuren

Dankzij de fractal theorie van Mandelbrot (1982) kan dit principe aanschouwelijker gemaakt worden. Een fractal is een verschijnsel waarbij de complexe structuur de afspiegeling is van zijn kleinste bouwstenen. Hoewel de structuur er geweldig complex uit kan zien, wordt deze toch vormgegeven door een eenvoudige code. Zo zijn er al eenvoudige codes gevonden voor de broccolistructuur, voor een varen, voor een boom, enz. Barnsley was waarschijnlijk de eerste die opperde dat een bepaalde gencode in feite een code is voor een fractal. De code zorgt ervoor dat in een chaotische omgeving van moleculen een structuur ontstaat die de vorm heeft van bijvoorbeeld longen, nieren of hersenen. Ook in deze organen is een repeterende structuur herkenbaar. Het interessante is vervolgens dat deze herhaling in structuur zich lijkt voort te zetten in gedrag en zelfs gedachten. De vloeiende overgang van fysieke processen naar gedrag is wellicht het best uit te leggen aan de hand van de groei van een bacteriekolonie. Het delen van de cellen is uiteraard een puur fysiek verschijnsel, maar is het verspreiden van bacteriën over een petrischaaltje dat ook?

De structuur die ontstaat als gevolg van dit verspreidingsgedrag is in elk geval fractal en heeft per bacteriekolonie een andere vorm. Zo ook blijkt het vestigingsgedrag van mensen een fractalstructuur te hebben, maar ook de ontwikkeling van talen. Hoewel in alle talen een woord voor bijvoorbeeld 'voet' bestaat, wordt het woord overal anders geschreven. De 'beweger' is en blijft echter het biologische object met vijf tenen waar we op lopen.

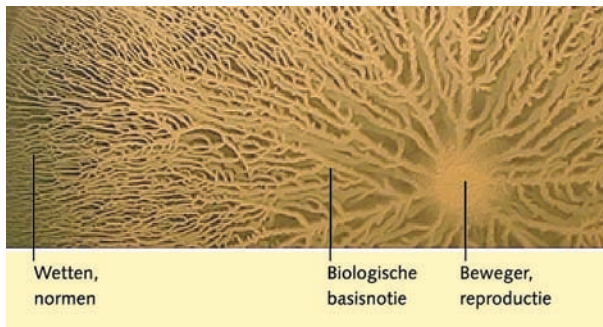


Figuur 2: Fractale structuur van bacteriekolonie.



Figuur 3: Fractale structuur bij het ontstaan van verschillende talen uit het Proto-indo-europees. Naar Intersolinc.com

Voorspeld kan worden dat in het recht een dergelijk mechanisme optreedt. Regels zijn dan ‘verwoordingen’ van een meer universeel principe.



Figuur 4: Rechtsregels die voortkomen uit een biologisch principe.

Eerder in dit artikel noemde ik al de opmerkelijke overeenkomst tussen de structuur van hersencellen en de structuur van de bijbehorende gedachtepatronen. Aldus blijkt dat er een zeer vloeiende overgang bestaat tussen fysieke processen, gedrag en gedachte, terwijl in gedrag en gedachte dezelfde structuren te ontdekken te zijn, die ook op genniveau bestaan. Hier ligt de vierde aanwijzing dat er geen harde grens te trekken is tussen materie en geest en daardoor ook niet tussen feiten en normatieve gedachten.

Het afdwingen van reciprociteit

Vertalen we de fractaltheorie van Mandelbrot naar moraal en recht dan kunnen we het volgende stellen. Complexe structuren van moraal en recht zijn een afspiegeling van de eigenschappen van onze genen. De meest fundamentele eigenschappen van alle genen zijn dat genen zich repliceren, dat ze voedsel nodig hebben om zich te kunnen repliceren, dat ze stabiel zijn en dat hun succes bepaald wordt door reciprociteit. Deze eigenschappen zullen daardoor op alle niveaus waarin genen de eerste ‘beweger’ zijn, te herkennen zijn. En inderdaad ook ons DNA replicateert zich, is stabiel en groeit pas als het voedsel heeft. Datzelfde geldt voor cellen, voor organismen, voor groepen en zelfs voor staten. Dankzij de staat kunnen mensen beter voedsel vinden, worden zij beter beschermd, is reciprociteit

teit verzekerd en kunnen de onderliggende genen zich optimaal verspreiden.

Er is echter een probleem. Als een cel, een organisme, een groep binnen de staat geen wederkerig gedrag vertoont, zal dat een voordeel voor de onderliggende genen zijn. Freeridgedrag zit dus ingebakken in de natuur. Een cel die zich ongebreideld weet te vermenigvuldigen, is meer succesvol dan andere cellen die netjes blijven samenwerken. In ons lichaam worden dergelijke kankercellen bestreden door bijvoorbeeld witte bloedlichaampjes. Maar ook in een groep moeten deze free riders aangepakt worden. In de menselijke samenleving gebeurt dat bijvoorbeeld door te straffen. Bij onze voorouders ging dat waarschijnlijk nog heel direct. Pakte iemand je brood af, dan volgde een grauw en een snauw en wellicht een flinke mep, en de wederkerigheid was hersteld. Zo gaat het althans nog bij apen. Emotie is aldus de evolutionaire calculator die het groepslid een ingeving geeft om te voorkomen dat er een oneigenlijk voordeel ontstaat. Deze emotie ontwikkelde zich tot een zeker gevoel van hoe een groepslid zich zou moeten gedragen. Deze *moraal* was nog steeds onbewust en is volgens De Waal duidelijk herkenbaar bij mensapen. Er wordt niet meer gestraft volgens het ‘oog om oog, tand om tand’-principe, maar reputatieschade gaat een belangrijke rol spelen. Daarvoor is wel een zeker zelfbewustzijn nodig omdat men de groepsleden moet kennen en onderscheiden. De laatste stap in de evolutionaire ontwikkeling van het recht was dat deze moraal in duidelijk herkenbare regels aan anderen kon worden gecommuniceerd. Nog steeds gaat het daarbij om het in stand houden van de wederkerigheid binnen de groep. Je mag niet stelen, want anders ben je een free rider, hetgeen ten koste gaat van de samenwerkers binnen de groep. Je moet je afspraken nakomen, want anders benadeel je de anderen binnen de groep. Fehr en Gächter lieten zien dat het afstraffen van mensen die profiteren van de inspanningen van anderen zonder zelf een bijdrage te leveren, noodzakelijk is om de samenwerking binnen een groep hoog te houden. En zonder samenwerking valt de groep uiteen, wat ten koste gaat van de verspreiding van genen. Sterker nog, de mogelijkheid om deelnemers te straffen die free riders niet straffen, versterkt de samenwerking nog meer. Mensen straffen daarom ook als dat voor henzelf soms nadelig is. Altruïstic punishment wordt dat genoemd.

Onze ‘hartstochten’ beslist tussen goed en kwaad, niet de rede

Maar niet alleen op het coöperatieve vlak, ook ander gedrag dat ten koste kan gaan van genen van groepsleden wordt in de wet geregeld. Voorbeelden zijn verkrachting waarbij de vrouw niet de ideale genetische tegenhanger kan kiezen, schade toebrengen aan kinderen, maar ook milieuschade. We schrijven anderen en onszelf regels voor om de verspreiding van onze genen te optimaliseren. De vijfde aanwijzing dat het recht uit feitelijke biologische mechanismen voortkomt.

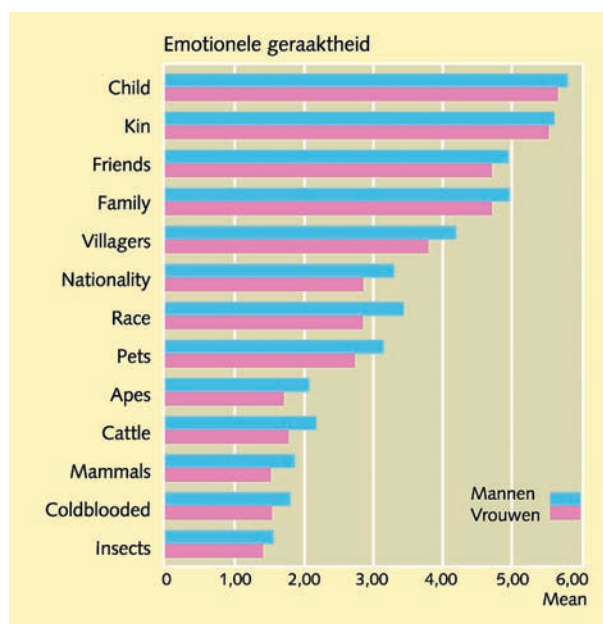
De bedreiging voor onze genen is het grootst als een gezinslid schade lijdt en het kleinst als een dier dergelijke schade lijdt

Straf als verlengstuk van emotie

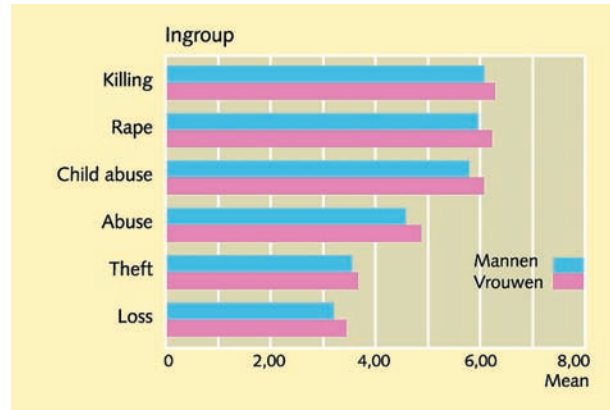
Dit principe heb ik geprobeerd te testen in een experiment waarbij ik proefpersonen vroeg hoezeer zij geschokt zouden zijn als ze van een bepaalde gebeurtenis zouden horen. Ze kregen 78 gebeurtenissen voorgelegd. Een paar voorbeelden:

- Op weg naar huis wordt uw zuster verkracht in een steeg.
- Uw zoon raakt zwaar gewond in een straatgevecht.
- Een Congolees meisje wordt seksueel misbruikt door haar vader.
- Een hagedis trekt voedsel uit de bek van een andere hagedis.

De bedreiging voor onze genen is het grootst als een gezinslid schade lijdt en het kleinst als een dier dergelijke schade lijdt. Bovendien zullen we evolutionair benadeeld zijn als mensen of dieren waar we afhankelijk van zijn, iets aangedaan wordt. Het ligt in de lijn der verwachting dat mensen navenant geschokt zullen zijn. Let wel, emotie is een psychofysische reactie en wordt dus onmiskenbaar door feitelijke, biologische mechanismen veroorzaakt. De resultaten waren volledig overeenkomstig de voorspelling, zoals uit grafiek 1 mag blijken. Naarmate de afstand groter was (genetisch en/of relationeel) bleek de emotionele geraaktheid lager. Opmerkelijk aan deze grafiek is dat mensen evenzeer geraakt zijn als hun huisdier hetzelfde overkomt als iemand van een ander ras of nationaliteit. Hoewel dit uiteraard geheel overeenkomstig evolutionaire mechanismen is, blijft het toch verrassend als dit zozeer bevestigd wordt door experimenteel onderzoek.⁶



Grafiek 1: Totale scores van emotionele geraaktheid per groep. Mensen zijn conform verwachting weinig geraakt als insecten iets overkomt en het meest geraakt als hun kinderen schade wordt toegebracht.



Grafiek 2: Gemiddelde scores voor emotionele geraaktheid door de dood, verkrachting, kindermisbruik, mishandeling, diefstal en verlies bij groepsleden (familie en/of afhankelijkheidsrelatie) uitgesplitst naar mannen en vrouwen.

Ook bleek dat het geschokt zijn door de dood van een groepslid, verkrachting, kindermisbruik, mishandeling en diefstal in precies deze rangorde het meest hevig was (grafiek 2). Mishandeling en diefstal raken de eigen reproductie immers het minst. Vervolgens zette ik deze waarden af tegen de gemiddelde gevangenisstraffen voor dit soort delicten. Het opleggen van gevangenisstraffen voor een bepaald delict gebeurt – naar de huidige inzichten – conform rationele richtlijnen. Het blijkt echter dat zowel de werkelijk opgelegde straffen als de maximumstraffen die het wetboek zijn opgenomen correleren met de gemiddelden van geschoktheid zoals die door de bevolking in Nederland worden ervaren. De correlatie is zo sterk dat er een causaal verband mag worden aangenomen (grafiek 3).



Grafiek 3: Werkelijk opgelegde straffen in gevangenisdagen in 2008 (y-as), afgezet tegen de aangegeven mate van geschoktheid bij de afzonderlijke delicten (x-as).

De straf die opgelegd wordt, wordt dus voor een groot deel bepaald door de emotie. Sterker, de maximumstraffen die in het wetboek opgenomen zijn, zijn vermoedelijk ook ingegeven door emotie. De hoogte van onze

straffen wordt dus gerechtvaardigd door onze emotionele geraaktheid. Een zesde aanwijzing dat ons recht een resultante is van feitelijke biologische mechanismen. Merk op dat hieruit ook kan worden afgeleid dat de kloof tussen rechters en burgers op het punt van straffen niet zo groot is als wel eens wordt gesugereerd.

Verschillende uitingen van één principe

Een veelgehoorde reactie op het voorgaande is dat mijn model reductionistisch is. Ik zou het complexe willen reduceren tot simpele eigenschappen van genen en dat is onmogelijk, is de onmiddellijke aanvulling. Deze reactie doet geen recht aan de theorie. Met nadruk en herhaaldelijk heb ik aangegeven dat de eigenschappen van genen werken als een generator in een min of meer chaotische omgeving. Deze eigenschappen vormen de code die orde in de chaos creëert. Het gevolg is dat er fantastische en ingewikkelde fractale structuren ontstaan, die beter te begrijpen zijn als we ook de eerste 'beweger' kennen. Deze structuren kunnen op diverse niveaus bestudeerd worden, vanuit de biologie, de psychologie, de sociologie, de antropologie en het recht bijvoorbeeld. Tegelijkertijd zal de kwaliteit van de kennis toenemen als men zich bewust is van het fractale verband dat er bestaat tussen deze niveaus en disciplines. Begrippen als reductionisme en determinisme zijn in dit verband niet van toepassing, omdat met dezelfde code in een andere omgeving altijd enigszins andere structuren zullen ontstaan. Hiermee is ook meteen het antwoord gegeven op de vraag naar de verschillen in culturele uitingen van het recht. Hoe verder men van de bron komt – i.e. de directe effecten op de reproductie van onze genen kleiner zijn –, hoe sterker de verschillen zullen zijn. Bovendien zijn er vaak meerdere uitwerkingen mogelijk bij een bepaald evolutionair gegeven. Fruehwald wijst erop dat in de VS het recht op het dragen van wapens bestaat. Sommige Amerikanen beschouwen dat als een grondrecht. Maar de biologische basisnotie is het recht op zelfverdediging. Dit recht kan ook ingevuld worden door een algeheel verbod op wapens, preventief dus. Juist de verschillende culturele uitingen van eenzelfde principe vormen een aanwijzing dat de natuur de onderliggende principes van ons recht dicteert. Een zevende aanwijzing.

Recht en moraal bij de Aboriginals

Dit voorjaar paste de Australische studente Penelope Swales mijn theorie toe op de ontwikkeling van het recht bij de Aboriginals. Ze kwam tot de conclusie dat de ontwikkeling van het recht op exact dezelfde manier heeft plaatsgevonden op het Australische continent voor de komst van de blanken. Het recht diende daar om de honderden stammen in harmonie met elkaar te laten leven. Hoewel het rechtssysteem van de Aboriginals sterk verschilt van het Westerse recht, zijn de genoemde principes haarfijn te herkennen. Maar afgezien daarvan, moraal en recht zijn sterk met elkaar verweven. Voor de Aboriginals was er geen twijfel mogelijk, het recht komt uit de natuur

voort. Het recht is 'a way of life completely governed by a system of beliefs'.⁷ Sancties waren sterk verbonden met de behoefte om emotionele uitbarstingen van de gemeenschap te kanaliseren. En is dat eigenlijk niet ook het geval in het Westerse recht?

De toepassing van de theorie op het rechtssysteem van de Aboriginals, laat andermaal zien dat mijn biologische theorie noch deterministisch, noch reductionistisch is. De onderliggende biologische mechanismen zijn ook herkenbaar in zeer afwijkende rechtssystemen. De functie en uitgangspunten blijven identiek. Een achtste aanwijzing dat recht voortkomt uit onze biologische natuur.

Impliciete afleiding van feiten

Op 29 juni 2011 promoveerde Maria IJzermans op *De overtuigingskracht van emoties bij het rechterlijk oordeel*. In haar proefschrift stelt ze onder andere vast dat de emotionele beleving de geëmotioneerde informatie verschaft over 'de waarde van het object en de waarden van het subject' (p. 132). Hume zegt niet veel anders. Onze 'hartstochten' beslissen tussen goed en kwaad, niet de rede. Het enige verschil is dat we tegenwoordig weten dat emoties producten zijn van fysieke processen. IJzermans gaat er dus impliciet vanuit dat onze normen uitvloeisels van fysieke processen zijn. Hume had dit zeker erkend, als hij de hedendaagse psychologische inzichten tot zijn beschikking had gehad. Impliciet erkennen de meesten van ons dat normen niet los gezien kunnen worden van onze biologische oorsprong. Een biologische theorie van het recht zal naar mijn overtuiging dus veel beter aansluiten bij onze intuïtieve denkpatronen. Sterker, de theorie zal voorspellingen kunnen doen. Waar de huidige rechtsfilosofische theorieën over de oorsprong van het recht hun toevlucht moeten nemen tot de black box drogreden, kan het recht met een biologische theorie op termijn verankerd worden in de empirische wetenschap.

Natuurrechtleer zonder black box

Kaptein heeft mijn theorie eerder in het NJB schamperend 'Gommers natuurrechtsleer' genoemd.⁸ Westerman besloot haar *The disintegration of natural law theory* in 1997 met de stelling dat het geen zin heeft om een nieuwe variant op het natuurrecht te ontwikkelen. Iedere poging is gedoemd te mislukken. Inmiddels moet ik erkennen dat Kaptein gelijk had. Deze biologische theorie van het recht heeft alle kenmerken van een natuurrechtsleer. Laat ik de criteria van Westerman kort langslopen.⁹ Er zijn universele en eeuwige principes op grond waarvan het positieve recht wordt gerechtvaardigd (1). Inderdaad kunnen genen en hun eigenschappen die aan het begin van al het aardse leven zijn, beschouwd worden als universele principes. En evenzeer geldt dat mensen daden van anderen onbewust beoordelen op grond van deze principes.

Deze principes zijn gegrondvest in de natuur (2). Aan dit criterium is voldaan aangezien genen bestaan uit moleculen en dus volledig fysieke verschijnselen zijn. Ook

6. Voor het volledige onderzoek verwijs ik graag naar het artikel 'Law as a reflection of emotion and human nature', <http://ssrn.com/abstract=1853306> of het eerderge-

noemde boekje.

7. Australian Law Reform Commission, *Recognition of Aboriginal Customary Law* 1986, p. 103.

8. H. Kaptein, 'Gommers natuurrechtsleer: no new fable of the bees', *NJB* 2009/1009, afl. 21, p. 1734-1736.

Resurrection of Natural Law Theory', *Rechtstheorie* 2011, tweede helft of het al eerdergenoemde boekje.

9. Voor een uitvoerige uitwerking zie 'The

de omgeving waarin zij werken is van fysieke aard. Zelfs ons gedrag en onze gedachten blijken uit deze fysieke processen voort te komen.

Het derde criterium is dat mensen deze principes kunnen ontdekken met behulp van de rede (3). Nu, met behulp van de rede – waar ik persoonlijk het zelfbewuste denken onder versta dat ontstaat als gevolg van signalen in fysieke neurale netwerken – kunnen we de onderliggende principes kennen en eventueel omzetten in regels en wetten.

Het laatste criterium is dat positief recht pas moreel verplichtend is als het gerechtvaardigd kan worden op grond van deze principes (4). Ook hierop kan bevestigend geantwoord worden. Als de overheid in het positieve recht vastlegt dat voortaan alle eerstgeborenen gedood moeten worden, dan is deze wet niet verplichtend. Sterker, er mag van de ouders verwacht worden dat zij deze wet naast zich neer zullen leggen. Of zoals een andere Australische studente stelde: Het Westerse recht is voor Aboriginals niet verplichtend, zolang westerlingen dat recht gebruiken om als free riders te profiteren van hun nalatenschap.

Op het moment dat blijkt dat het behoren wel van het zijn kan worden afgeleid, is er de facto sprake van een natuurrechtleer

Dat een dergelijke natuurrechttheorie onmogelijk is, omdat een behoren nooit van een zijn kan worden afgeleid, zoals Westerman stelt, blijkt een cirkelredenering. Op het moment immers dat blijkt dat het behoren wel van het zijn kan worden afgeleid, is er de facto sprake van een natuurrechtleer. En als de natuur nooit verplichtend kan werken, wat werkt dan wel verplichtend? Als wij onze normen niet afleiden van de eigenschappen van onze onderliggende genen, genen die de eerste 'bewegers' van ons bestaan zijn, waar baseren we ze dan wel op? Juist het stellen dat de natuur géén normen kan leveren, introduceert onvermijdelijk een dualisme waar de wetenschap niets mee kan. Er wordt een black box gecreëerd waarvan het raden is wat de inhoud is. Daarmee is de ontkenning van de noodzaak van een natuurrechtleer feitelijk het via een omweg binnenhalen van een onbeschreven dimensie die juist de natuurrechtleer van Thomas van Aquino onhoudbaar maakte.

Het derde bezwaar tegen de natuurrechtsleer zou zijn dat het ondoenlijk is om biologische basismechanismen te vertalen naar positief recht. Het is precies dit argument dat tegenstanders van een natuurrechtsleer mij voor de voeten werpen. 'Leg dan maar eens uit hoe artikel 18 van de Auteurswet gegrondvest is in het principe van reproductie en reciprociteit.'¹⁰ Enerzijds wordt gesteld dat het ondoenlijk is, anderzijds wordt mij gevraagd om het antwoord binnen enkele jaren te geven. In dit artikel heb ik laten zien dat sommige wetten een bijna rechtlijnig verband met biologische mechanismen vertonen. Bij

andere wetten zal het verband complexer liggen. Dit laatste doet niets af aan mijn conclusie dat er simpelweg geen andere weg is voor een empirisch wetenschapper. Het is een keuze tussen de black box of empirische wetenschap. De meeste wetenschappers hebben sinds de scholastiek voor het laatste gekozen.

Conclusie

Sinds de teloorgang van de natuurrechtleer zijn er vele ontdekkingen gedaan die een herziene natuurrechtleer onvermijdelijk maken. Met name de laatste 25 jaar zijn bijzondere mechanismen blootgelegd die niet genegeerd kunnen worden. Psychofysische reacties, het bestaan van VEnS, de bijzondere eigenschappen van fractals, de ontwikkeling van onze hersenen, straf die nodig blijkt voor de instandhouding van samenwerking binnen groepen, emoties waarmee straffen gerechtvaardigd worden, ze wijzen er allemaal op dat de rechtvaardiging van normen niet los gezien kan worden van biologische drijfveren. Desalniettemin blijven de aanhangers van blackboxtheorieën die gefundeerd zijn in de Rede, Vanzelfsprekendheid, God, de Samenleving of het Systeem de gedachte dat het behoren uit het zijn wordt afgeleid blindelings afwijzen. Naar mijn overtuiging staan zij aan de verkeerde kant van de geschiedenis. Een paradigmaverandering in het denken over de grondslagen van het recht is onontkoombaar en wordt meer dringend naarmate de natuurwetenschappen meer bewijzen op tafel leggen. •

¹⁰ Een poging in die richting deed ik overigens in het artikel 'Gij zult niet delen. Biologische mechanismen in de IE', *Berichten IE* mei 2011.

Beknopte bibliografie

- J.M. Allman et al., 'Intuition and autism: a possible role for Von Economo neurons', *Trends in Cognitive Sciences* 2005, p. 367-373.
- M.F. Barnsley, J.E. Hutchinson & Ö. Stenflo, 'Variable Fractals and Superfractals', *Australian National University* 2004.
- R.F. Baumeister, E.J. Masicampo & K.D. Vohs, 'Do conscious Thoughts Cause Behavior?', *Annual Review of Psychology* 2011.
- A.R. Damasio, *Descartes' Error: Emotion, Reason, and the Human Brain*, New York: Putnam 1994.
- R. Dawkins, *The Extended Phenotype*, Oxford: Oxford University Press 1983.
- R. Dawkins, *The Selfish Gene*, Oxford: Oxford University Press 2006 (first published 1976).
- A. Dijksterhuis & L.F. Nordgren, 'A Theory of Unconscious Thought', *Perspectives on Psychological Science* 2006, p. 95-109.
- E. Fehr & S. Gächter, 'Altruistic Punishment in Humans', *Nature* 2002, p. 137-140.
- E.S. Fruehwald, 'A Biological Basis of Rights', 2010 *Legal Studies Research Paper Series Hofstra University*, ssrn.com/abstract=1440247.
- B. Mandelbrot, *The Fractal Geometry of Nature* 1982.
- G.E. Moore, *Principia Ethica*, Mineola: Dover Publications 2004 (1902).
- F.B.M. de Waal, *The Age of Empathy*, New York: Harmony Books 2009.

Eerdere internationale publicaties

- H. Gommer, 'From the "is" to the "ought": a biological theory', *ARSP* 2010 (ook op SSRN).
- H. Gommer, 'The resurrection of natural law theory', *Rechtstheorie* 2011.
- H. Gommer, 'The biological essence of law', *Ratio Juris* 2011 (forthcoming).
- H. Gommer, 'The molecular concept of law', *Utrecht Law Review* April 2011 (ook op SSRN).
- H. Gommer, *Law as a reflection of human nature* 2011(SSRN).
- H. Gommer, *A Biological Theory of Law. Natural Law Theory Revisited*, Seattle: Amazon 2011.

Vrouwen verkiesbaar bij de SGP: een kwestie van tijd en politiek?

Cees Flinterman en Ida Lintel¹

Donner wil de uitspraak van het EHRM over de SGP afwachten. Feitelijk houdt dit in dat eventuele maatregelen tegen de SGP jaren worden opgeschort. Ondertussen blijft de schending van art. 7 Vrouwenverdrag voortbestaan. Nederland is daarmee de enige partij bij het Vrouwenverdrag die het politieke partijen toestaat op vergaande wijze te discrimineren.

Al jaren is het vrouwenstandpunt van de Staatkundig Gereformeerde Partij (SGP) een twistappel. Sinds het midden van de jaren negentig heeft het VN-Comité inzake de Uitbanning van Discriminatie van Vrouwen (het Vrouwencomité) de Nederlandse Staat veelvuldig voorgehouden dat hij het VN-Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (het Vrouwenverdrag) schendt door het subsidiëren van een politieke partij die vrouwen uitsluit van de uitoefening van het passief kiesrecht. Op systematische wijze heeft de Nederlandse Staat deze uitspraken genegeerd. De kwestie heeft eveneens de binnenlandse gemoederen bezighouden en de zaak reikte dan ook tot aan de Hoge Raad, die uiteindelijk in april 2010 oordeelde dat de Staat passende maatregelen moet treffen opdat de SGP het passief kiesrecht toekent aan vrouwen. Helaas is de zaak hiermee niet afgedaan. De Nederlandse regering blijft halsstarrig en schuift ook de uitspraak van het hoogste rechtscollege in Nederland opzij; de Staat legt het vonnis van de Hoge Raad voorlopig naast zich neer omdat de uitvoering hiervan 'zorgvuldigheid en voorbereidingstijd vergt', aldus minister Donner in zijn Kamerbrief van 8 april 2011. Uitspraken van toezichthoudende comités van de VN op het terrein van de rechten van de mens en van nationale rechters blijken voor Donner niet overtuigend genoeg. Hij vindt het van essentieel belang de ontwikkelingen bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), naar aanleiding van de klacht die de SGP in oktober 2010 bij het Hof indiende, af te wachten. Steeds meer wordt deze zaak een politieke kwestie ten koste van het fundamentele beginsel van gelijkheid van vrouwen en mannen dat al in de preamble van het VN-Handvest van 1945 is vastgelegd.

De Kamerbrief van minister Donner kwam voort uit een briefwisseling tussen hem en het SGP-bestuur over de uitspraak van de Hoge Raad. De onwilligheid van Donner om een effectieve maatregel in te zetten om het passief kiesrecht van vrouwen in de SGP te bewerkstelligen, kwam duidelijk naar voren in deze briefwisseling. Hij schrijft aan

het SGP-bestuur dat hij wil wachten met het treffen van definitieve maatregelen tot het EHRM zich over de zaak heeft uitgesproken, zij het onder de voorwaarde dat er op dit moment geen juridische beletselen zijn voor een vrouw om haar passief kiesrecht uit te oefenen binnen de SGP. De SGP geeft aan dat zulke beletselen niet bestaan; bij de selectie van kandidaten wordt slechts gelet op 'geschiktheid [van een kandidaat] om namens de SGP als volksvertegenwoordiger op te treden'. Dit houdt in dat een kandidaat de beginselen van de partij onderschrijft en opereert vanuit 'een meeromvattende visie op Bijbelgenormeerde politiek'. Niet onbelangrijk is hierbij te vermelden dat het Program van Beginselen van de SGP, zoals benadrukt door de Hoge Raad in r.o. 4.1.3 van zijn uitspraak, juridisch bindend is. Met andere woorden, vrouwen die lid zijn van de SGP zijn volgens de Statuten van de SGP daarmee ook gebonden aan art. 10 Program van Beginselen, waarin wordt bepaald dat 'de opvatting van het vrouwenkiesrecht voortkomend uit een revolutionair emancipatiestreven, strijdt met de roeping van de vrouw'. Art. 10 Program van Beginselen bepaalt verder dat dit ook 'geldt voor het zitting nemen van de vrouw in politieke organen, zowel vertegenwoordigende als bestuurlijke'. De minister werd duidelijk met een kluitje in het riet gestuurd, maar toch was hij gerustgesteld en liet hij de Kamer weten 'dat formele beletselen niet aanwezig zijn'; hij is van mening 'dat daarmee nu kan worden volstaan'.

Het lijkt duidelijk dat minister Donner zich heeft willen indekken tegen kritiek op zijn besluit vooralsnog geen maatregelen te treffen tegen de SGP. Zijn beleid is evenwel ongehoord aangezien er fundamentele rechten in het

Auteurs

1. Prof. mr. C. Flinterman is honorair hoogleraar rechten van de mens, Universiteit Utrecht en Universiteit Maastricht; hij is voormalig lid van het VN-Comité inzake de Uitbanning van Discriminatie van Vrouwen

(2003-2010); sinds 1 januari 2011 is hij lid van het VN-Mensenrechtencomité. Ida Lintel is stagiaire bij het Studie- en Informatiecentrum Mensenrechten, Universiteit Utrecht.



Middeleeuwse bijbelillustratie 'De creatie van Eva'

geding zijn. De handelwijze van de regering is daarom onacceptabel. Direct na de uitspraak van de Hoge Raad beloofde het demissionair kabinet-Balkenende 'op korte termijn' met een reactie te komen. De reactie luidde als volgt: een nieuw kabinet moet een oplossing zoeken. De zaak is daarna een jaar op de plank blijven liggen, alvorens Donner aangeeft nog meer tijd nodig te hebben. Donner wil nu ook nog de uitspraak van het EHRM afwachten. Feitelijk houdt dit in dat eventuele maatregelen tegen de SGP jaren worden opgeschort. De gemiddelde looptijd van een klacht voor het EHRM bedraagt ruim zes jaar. Ondertussen blijft de schending van art. 7 Vrouwenverdrag, een bepaling die in Nederland door de rechter als een ieder verbindend wordt beschouwd, voortbestaan. Nederland is daarmee de enige staatspartij bij het Vrouwenverdrag (in totaal zijn er 186 staten partij) die het politieke partijen toestaat op vergaande wijze te discrimineren.

Overigens zitten er, behalve het uitstel van maatregelen tegen de SGP, nog meer haken en ogen aan het hoger beroep voor het EHRM. Nu de SGP een klacht heeft ingediend bij het EHRM tegen het arrest van de Hoge Raad, wordt de Nederlandse Staat formeel verweerder in de zaak. De brief van minister Donner betekent feitelijk dat de Staat het vonnis van de Hoge Raad naast zich neerlegt. Toch zal de Staat de uitspraak in Straatsburg, als hij tegenover de SGP staat, moeten verdedigen. Nederland is immers aanspreekbaar op en aansprakelijk voor uitspraken van Nederlandse rechters, in casu de uitspraak van de Hoge Raad die door de SGP gekarakteriseerd wordt als een

schending door Nederland van het EVRM. Een goede verdediging wordt er niet gemakkelijker op; zou Nederland in deze zaak misschien liever veroordeeld worden?

Wanneer de klacht ontvankelijk wordt verklaard, zijn er voor wat betreft de inhoud van de klacht twee opties: de SGP wordt in het gelijk gesteld en de Nederlandse Staat hoeft dus geen maatregelen meer te nemen of er wordt opnieuw bevestigd dat de SGP wel degelijk discrimineert op basis van geslacht en de Staat moet alsnog ingrijpen. In het laatste geval heeft Donner al in de Kamerbrief van 8 april 2011 aangekondigd dat hij zich, als de Staat in het gelijk wordt gesteld, zal 'beraden op de noodzaak en wenselijkheid van eventuele wettelijke maatregelen'.

Het verloop van deze zaak is buitengewoon zorgwekkend. Ondanks dat een belangrijk mensenrecht dat onder andere is neergelegd in een door Nederland bekrachtigd verdrag, het VN-Vrouwenverdrag, wordt geschonden en de Nederlandse Staat daarop terecht vele malen is geweest, laatstelijk door de Hoge Raad zelf, kan de regering het arrest van de Hoge Raad ter kennisgeving aannemen en voorsnog naast zich neerleggen. De Tweede Kamer heeft dit standpunt van Donner bij meerderheid op 7 juni 2011 aanvaard. Zeker na de uitslag van de Eerste Kamerverkiezingen op 23 mei 2011 hebben de regering en de fracties die haar steunen ofwel gedogen een extra motivatie om de SGP een hand boven het hoofd te houden. Minister Donner schroomt voorts ook niet het EHRM voor het politieke karretje van de regering te spannen. De politiek zegeviert daarmee over het recht; dat is een slecht teken. •

U begrijpt toch wel wat ik bedoel?

De taaltoets voor rechtenstudenten

Willemien den Ouden¹

Het is weer september, de maand waarin de universiteiten hun universitaire jaar openen. Deze maand zullen zo'n 6700 studenten beginnen aan een bacheloropleiding verzorgd door een van de Nederlandse rechten-faculteiten.² Die zijn waarschijnlijk niet allemaal even geschikt voor een opleiding die bedoeld is om 'disciplinebekwame en maatschappelijk bewaamde juristen op te leiden en te vormen, met een kritische, academische geest, en in staat zelfstandig probleemsituaties te ontleden en tot een oplossing te brengen.'³ Maar voor aarzeling of heroverweging is weinig plaats meer binnen het moderne academische onderwijs. Door tal van fel bediscussieerde maatregelen, zoals de boete voor langstudeerders, is er (financieel) slechts ruimte voor het volgen van één opleiding, die binnen het standaardprogramma en de standaardtijd moet zijn afgerond. Nominaal studeren is voor zowel de instellingen, als de studenten de norm geworden.

Het is dus essentieel dat nieuwe studenten direct de juiste opleiding kiezen en dat blijkt best lastig. Zo geldt voor succes (en plezier) in de rechtenopleiding dat de student taalvaardig moet zijn. Taal is het belangrijkste werkinstrument van de jurist. Hij moet ingewikkelde zaken duidelijk uiteen kunnen zetten, helder kunnen argumenteren en nuances kunnen aanbrengen. Pleiten, overtuigen, overreden of verleiden, de jurist doet het allemaal met behulp van taal. Taalfouten leiden daarbij af, doen een onwenselijke nonchalance of een gebrek aan analytisch vermogen vermoeden. Dat maakt het moeilijk de auteur of spreker überhaupt serieus te nemen. De studenten die zich aanmelden voor een juridische bacheloropleiding realiseren zich dat onvoldoende. Al in de propedeuse blijken velen van hen geen taaltalenten te zijn. Spelfouten, vreemde zinsconstructies, gebrek aan logische structuur in teksten en ongepaste stijlvormen komen op grote schaal voor. Alarmerend is dat de studenten dit zelf niet als een probleem lijken te erva-

ren.⁴ Puntenaftrek voor taalfouten leidt dan ook tot verontwaardigde reacties: u begrijpt toch wel wat ik bedoel?

Deze ervaringen op de werkvloer hebben natuurlijk geleid tot maatregelen. Op voorlichtingsbijeenkomsten wordt het belang van taal voor juristen benadrukt. Vaardighedenprogramma's binnen de bacheloropleiding zijn vastberaden uitgerold. Maar een bepaald basisniveau moet wel aanwezig zijn. Om te kunnen vaststellen of de student daarover beschikt wordt op verschillende plaatsen gewerkt met een – al dan niet verplichte – taaltoets in de propedeuse. De resultaten zijn helaas niet bemoedigend.⁵ Dat is minder verbazingwekkend dan het lijkt. De enige vooropleidingseis die op dit moment geldt is een vwo-diploma (art. 7.24, eerste lid, Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW)). Voor dat diploma mag een onvoldoende voor Nederlands worden gecompenseerd. De exameneisen zullen voor het schooljaar 2012–2013 weliswaar verder worden aangescherpt, maar dan nog geldt voor havo-

Auteur

1. Prof. mr. drs. W. den Ouden is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden, een van de opleidingsdirecteuren van de Leidse Faculteit der Rechtsgeleerdheid en medewerker van dit blad.

Noten

- Aanmeldingsmonitor 2011 van 29 augustus 2011.
- Zie Domeinspecifiek Referentiekader 2009 WO Rechtsgeleerdheid, 3 december 2009.
- Vgl. J.E. Grezel, 'Die spelfouten maken toch niets uit? Zorgen over taalvaardigheid

van studenten', *Onze taal* 2007, p. 148 e.v.

en 'Gezakt voor je taaltoets? Dan kun je die studie wel vergeten', *nrc.next* 15 april 2009.

5. Zie bijvoorbeeld 'Rechtenstudent spelt slecht' (10 maart 2011), www.mareonline.nl/artikel/1011/21/0401/, 'Campus struikelt massaal over taaltoets' (26 mei 2011),

<http://www.ru.nl/actueel/nieuws/>, 'Taalbeheersing blijft punt van zorg voor universiteiten' (23 september 2010), http://www.rechtenstudie.nl/page?3,2650/Actueel/taalbeheersing_student_blijft_punt_van_zorg_voor.

en vwo-leerlingen dat zij maximaal één vijf als eindcijfer mogen halen voor de kernvakken Nederlands, Engels en wiskunde.⁶ Een onvoldoende voor Nederlands blijft dus toegestaan, terwijl iemand die een vijf haalt voor Nederlands op het vwo hoogst waarschijnlijk niet geschikt is voor de juridische opleiding. Hetzelfde geldt naar mijn idee overigens voor diegenen die een zes halen.

Wat te doen aan deze situatie? Het ligt voor de hand de studenten vooraf te testen op taalvaardigheden. Als de prestaties (erg) tegenvallen kunnen opleidingen besluiten de betreffende student niet toe te laten of hem een korte bijspijkertijd te gunnen. Dat voorkomt tijd-, geld- en energieverpillering voor iedereen. Zo'n toelatingstest is nu echter niet mogelijk. De WHW staat selectie aan de poort van de juridische faculteiten niet toe;⁷ de gedachte dat academisch onderwijs goed toegankelijk moet zijn voor iedereen met een vwo-diploma staat voorop.

De meeste faculteiten hebben daarom de afgelopen jaren dus maar gekozen voor een zogenaamde diagnostische toets. Studenten die onvoldoende presteren worden gewezen op remediërende programma's. Dat is geen bevredigende oplossing. Studenten die onvoldoende presteren kunnen niet worden gedwongen zich te verbeteren. Of zij dat op vrijwillige basis voldoende zullen doen, valt te betwijfelen. Wanneer de tijd aanbreekt voor het schrijven van papers en scripties duikt het probleem onverbiddeijk opnieuw op. Studievertraging en frustratie zijn het gevolg.

En zo draaien we in een kringetje rond. Uit allerlei zorgvuldig vormgegeven experimenten is gebleken dat het

gebrekig taalniveau van de (rechten)studenten geen borrelpraat is, maar realiteit. Een vwo-diploma geeft onvoldoende garanties voor voldoende taalbeheersing voor een juridische bacheloropleiding. Daarom moeten de juridische opleidingen zelf eisen kunnen stellen op taalgebied. Dat geldt te meer nu de overheid de druk om succesvol te (laten) studeren, sterk opvoert. De rechtenfaculteiten verantwoordelijk houden voor en afrekenen op de kwaliteit én snelheid waarmee zij juristen opleiden en hen tegelijkertijd verbieden minimale eisen te stellen aan de taalcapaciteiten van de instromers, is vragen om problemen.

Daarom dient onmiddellijk werk te worden gemaakt van het advies van de Commissie Toekomstbestendig Hoger Onderwijs Stelsel. Deze Commissie Veerman formuleerde als eerste aanbeveling dat de overheid in wet- en regelgeving voor de instellingen het recht zou moeten opnemen om studenten te selecteren, ook aan de poort. Selectiecriteria behoren te zijn gebaseerd op het onderwijsconcept van de opleiding. Dit 'om de instellingen te helpen verschillend te zijn en studenten de juiste plek te geven, gelet op hun eigen leerstijl, motivatie en inhoudelijke interesses'.⁸ Niet genoeg kan worden benadrukt dat studenten bij een juridische bacheloropleiding alleen op hun plek zijn als zij het Nederlands goed beheersen.⁹ Het kabinet heeft aangegeven zorgvuldig te willen bezien waar meer ruimte kan worden geboden voor selectie.¹⁰ Te hopen valt dat dit goede voornemen met dezelfde spoed kan worden uitgevoerd als mogelijk bleek bij de maatregelen rond de langstudeerders. ●

6. Zie <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/voortgezet-onderwijs/vraag-en-antwoord/wanneer-ben-ik-geslaagd-voor-het-eindexamen-havo-of-vwo.html#anker-aanscherping-van-de-exameneisen-voor-havo-en-vwo>

7. De wet opent wel de mogelijkheid om aanvullende opleidingseisen te stellen aan kennis of vaardigheden van de student (art. 7.26, eerste lid), maar daarvoor geldt een zware procedure (waarover R.G. Louw, *Het Nederlands hoger onderwijsrecht* (diss. UL),

Leiden University Press 2011, p. 300 e.v.) die voor de juridische bacheloropleidingen niet is gevolgd.

8. http://www.nvao.net/page/downloads/Rapport_Differentieren_in_drievoud_commissie-Veerman.pdf, zie p. 38.

9. Dat geldt in toenemende mate ook voor het Engels.

10. <http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2011/02/07/meer-verscheidenheid-in-hoger-onderwijs.html>

Aanbevolen citeerwijze:
 NJB 2011, ... (nummer uitspraak)

Europees Hof voor de Rechten van de Mens	2033
Raad van State	2035
Centrale Raad van Beroep	2044

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Deze rubriek wordt verzorgd door onderzoekers van de Instituten voor Publiekrecht en Strafrecht van de Universiteit Leiden alsmede door J.H. Gerards (RUN) en M. Kuijer (Min. van Justitie; VU). Alle uitspraken van het EHRM staan op www.echr.coe.int; een selectie verschijnt uiteindelijk in *Reports of Judgments and Decisions*. De ontvankelijkheidsbeslissingen zijn definitief. Arresten van kamers van het EHRM worden drie maanden na de uitspraakdatum definitief, tenzij er binnen die periode wordt verzocht om verwijzing naar de Grote Kamer van het Hof.

1591

7 juni 2011, appl.nr. 277/05

Art. 5 lid 4 EVRM. Gesloten uithuisplaatsing minderjarige. Spoedige beslissing. Effectieve procedure.

(EVRM art. 5 lid 4)

S. vs. Nederland.

Feiten

In 2001 wordt door de Raad voor de Kinderbescherming onderzoek gedaan naar de situatie van de in 1988 geboren S., het een en ander naar aanleiding van bij hem geconstateerde gedragsproblemen en door hem gepleegde strafbare feiten. Op 9 oktober 2002 wordt S. door de kinderrechter, voor een periode van 1 jaar, onder toezicht gesteld van de Stichting Jeugdzorg te Groningen. Tevens wordt de Stichting Jeugdzorg gemachtigd tot gesloten uithuisplaatsing, voor een periode van 3 maanden. S. wordt op 14 november 2002 opgenomen in een jeugdinstelling. De machtiging tot gesloten uithuisplaatsing wordt in 2003 meermalen verlengd, uiteindelijk tot 9 oktober 2003. Op 1 augustus 2003 verzoekt de Stichting Jeugdzorg wederom om verlenging van de machtiging tot gesloten uithuisplaatsing. Ter zitting van de kinderrechter op 10 september 2003 verzet S. zich tegen deze verlenging. Niettemin besluit de

kinderrechter, op 17 september 2003, dat de ondertoezichtstelling en gesloten uithuisplaatsing van S. met een jaar zal worden verlengd. S. gaat op 17 september 2003 bij het Gerechtshof Leeuwarden in appel tegen deze beslissing. Ter zitting van het Gerechtshof op 14 december 2003 benadrukt de raadsman van S. dat het hier niet gaat om een bijzonder complexe zaak en verzoekt hij om de onmiddellijke vrijlating van S., op de basis dat de zaak, in strijd met art. 5 lid 4 EVRM, niet spoedig is beslist. Op 19 december 2003 besluit het Gerechtshof dat de gesloten uithuisplaatsing van S. niet voor 1 jaar, maar voor zes maanden zal worden verlengd. Het Gerechtshof stelt tevens vast dat de zaak wel spoedig is beslist en dat art. 5 lid 4 EVRM aldus niet is geschonden. S. gaat op 13 januari 2004 in cassatie tegen deze beslissing. Op 5 november 2004 verklaart de Hoge Raad het cassatieberoep van S. niet-ontvankelijk. Reden daarvoor is dat S. geen belang meer heeft bij dat beroep, wegens het verstrijken van de termijn van de machtiging tot verlening. In de tussentijd wordt in de loop van 2004 de machtiging tot gesloten uithuisplaatsing door het gerechtshof Leeuwarden tweemaal verlengd. S. wordt op 14 juni overgebracht naar een open afdeling van de instelling, waar hij, tussen juli en september 2004, drie maal wegloopt. Op 6 oktober 2004 beveelt de kinderrechter wederom ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing van S. Het beroep van S. en zijn moeder tegen deze beslissing wordt in zoverre gehonoreerd dat het bevel wordt teruggebracht tot drie maanden. Wederom stelt het Gerechtshof vast dat de zaak wel spoedig is beslist, alsook dat zelfs indien dat niet het geval zou zijn, dat S. daarmee niet ipso iure recht op onmiddellijke invrijheidsstelling zou geven, daar dit mogelijk niet in zijn belang zou zijn geweest. S. blijft tot medio 2006, tot hij meerderjarig is, in een gesloten inrichting.

Procedure

S. heeft op 21 december 2004 een klacht ingediend bij het EHRM. Hij klaagt over schending van art. 5 lid 4 EVRM omdat de gerechtelijke procedures ter toetsing van de rechtmatigheid van zijn vrijheidsbeneming zo lang hebben geduurd dat zij daarmee niet effectief waren. Op 28 september 2007 besluit het Hof de ontvankelijkheid van de klacht tegelijkertijd met de merites ervan te beoordelen.

Uitspraak van het Hof

(Derde Kamer: Casadevall (President), Birsan, Myjer, Šikuta, Ziemele, Tsotsoria, Pardalos).

Allereerst stelt het Hof vast dat het

Gerechtshof Leeuwarden, na het instellen van appel, drie dagen nodig heeft gehad om aan partijen een termijn te stellen voor het indienen van schriftelijke argumenten. Die termijn werd gesteld op 10 november 2003. De zitting van het Gerechtshof nam een volle maand later, op 11 december 2003, plaats, aldus 55 dagen na het instellen van appel. De uitspraak is acht dagen na de zitting gedaan. Gelet op de noodzaak om van verschillende bronnen informatie te vergaren en om toe te staan dat verschillende partijen op effectieve wijze konden participeren in de procedure, stelt het Hof vast dat deze periode, in zichzelf genomen, niet in strijd is met de eis van spoedigheid in de zin van art. 5 lid 4 EVRM. De Hoge Raad heeft op 5 november 2004, 294 dagen na het instellen van cassatieberoep, uitspraak gedaan. Het Hof acht die termijn excessief, terwijl de overheid ook niet heeft gepoogd daarvoor een verklaring te geven. Wat de redenen daarvoor ook zijn echter, verplicht de Conventie lidstaten ertoe hun rechtssystemen op zodanige wijze te organiseren dat gerechten kunnen voldoen aan verdragsverplichtingen. Rechterlijke autoriteiten zijn verplicht de noodzakelijke bestuurlijke maatregelen te nemen, om zeker te stellen dat urgente kwesties op spoedige wijze worden afgehandeld. Dit is in het bijzonder noodzakelijk wanneer de vrijheid van een individu in geding is. Derhalve komt het Hof tot het oordeel dat de toetsing van de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming van S., in strijd met art. 5 lid 4 EVRM, niet op spoedige wijze heeft plaatsgevonden. In verband met de klacht van S. dat de gerechtelijke procedures ter toetsing van zijn vrijheidsbeneming niet effectief waren omdat het uitblijven van voortvarendheid daarin ertoe heeft geleid dat de Hoge Raad het cassatieberoep wegens het ontbreken van een belang niet-ontvankelijk heeft verklaard, stelt het Hof vast dat het cassatieberoep iets meer dan drie en een half maanden voor het verstrijken van de machtiging tot gesloten uithuisplaatsing is ingesteld. Volgens het Hof zijn geen gronden opgegeven voor waarom de Hoge Raad niet redelijkerwijs geacht had kunnen worden binnen die termijn een beslissing te kunnen nemen. Derhalve kan het Hof tot geen ander oordeel komen dan dat het uitblijven van een definitieve beslissing voor het verstrijken van de machtiging in zichzelf de praktische effectiviteit van het cassatieberoep als een preventieve of zelfs reparatoire remedie te niet heeft gedaan. Door het cassatieberoep wegens het ontbreken van een belang niet-ontvankelijk te verklaren ontnam de Hoge Raad bovendien het beroep enig nader effect. Het Hof wijst er in dit verband op dat een persoon die voorheen

van zijn vrijheid is beroofd, ook nadat hij in vrijheid is gesteld een juridisch belang kan hebben bij de vaststelling van de rechtmatigheid van zijn vrijheidsbeneming. Zo kan in dat verband een kwestie rijzen bij de toepassing van het recht op schadeloosstelling in de zin van art. 5 lid 5 EVRM, wanneer het noodzakelijk kan zijn om een gerechtelijke beslissing te verkrijgen die een in het nationale recht van toepassing zijnde vermoeden dat een door een competente autoriteit gegeven bevel tot vrijheidsbeneming per se rechtmatig is, kan weerspreken. Het Hof acht art. 5 lid 4 EVRM aldus ook geschonden op de basis dat de procedure ter vaststelling van de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming niet effectief was.

Slotsom

Het Hof oordeelt unaniem dat de klacht ontvankelijk is en dat art. 5 lid 4 EVRM is geschonden omdat niet spoedig is beslist over de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming en omdat de procedures in dat verband niet effectief waren. Het Hof kent eveneens unaniem een schadevergoeding toe van € 2000 voor immateriële schade. Zie ook in deze zaak de klacht over schending van de redelijke termijn in de zin van art. 6 lid 1 EVRM.

Het Hof stelt in dat verband vast dat er, nu deze klacht onder art. 5 lid 4 EVRM is besproken, geen aanleiding is het ook afzonderlijk onder art. 6 lid 1 EVRM te behandelen. •

1592

30 juni 2011, appl.nr. 22590/04

Art. 2 EVRM: recht op leven. Gebrek aan effectief politieonderzoek naar verdwijning volwassene. Art. 8 EVRM: bescherming privé- en familieleven. Langdurig wachten op teruggeve lichaam ten behoeve van begrafenis.

(EVRM art. 2 en 8)

Girard vs. Frankrijk.

Feiten

Klagers in deze zaak zijn de ouders van een 30-jarige vrouw die van de aardbodem verdween, kort nadat zij samen met haar partner een grote zakendeal – verkoop van een discotheek/restaurant aan ene A.S. – had afgerond. Als de ouders al zo'n twee maanden niets meer van haar vernomen hebben, nemen zij in januari 1998 contact op met de politie met het verzoek een onderzoek in te stellen naar de verdwijning van het koppel.

Tegelijkertijd starten zij zelf naspeuringen. Hoewel zij in de periode daarna diverse malen brieven schrijven naar de politie, ontvangen zij nimmer een reactie. Herhaalde mondelinge verzoeken om een onderzoek in te stellen worden afgewezen, omdat het gaat om volwassen mensen en er geen misdrijf in het spel lijkt te zijn.

In november 1998 stuurde de vader een lijst met de resultaten van hun eigen onderzoek aan het hoofd van de regionale gendarmerie. Daarin gaf hij aan één persoon, A.S., het meest te verdenken. Verder maakte hij duidelijk dat nadat er negen maanden lang geen transacties hadden plaatsgevonden sinds kort 23 cheques van de bankrekening van de verdwenen dochter waren geïncasseerd, met gebruikmaking van een valse handtekening, maar met het juiste identiteitskaartnummer van de dochter op de achterzijde. Dit was volgens hem een aanwijzing van het zorgwekkende en verdachte karakter van haar verdwijning.

In december 1998 verzoekt de vader schriftelijk aan de officier van justitie om een onderzoek in te stellen en deze geeft daartoe een opdracht aan de gendarmerie. Op 4 januari 1999 komt aan het licht dat A.S. gepoogd heeft iemand te vermoorden in de kelder van de discotheek. Op 15 januari informeren de klagers de leider van het politieonderzoek dat A.S. cheques van de verdwenen dochter en van haar partner heeft geïncasseerd. In mei constateert de leider van het onderzoek dat de tot dan toe gezette onderzoekstappen, vooral bestaande gesprekken met burens, bezoekers van de discotheek en dergelijke en uit naspeuringen bij de gemeente en de belastingdienst, dat de verblijfplaats van het koppel niet kan worden vastgesteld. Eind mei 1999 wordt het onderzoek gestaakt.

In juni 1999 wordt in een andere regio een politieonderzoek gestart naar de verdwijning van een koppel dat een restaurant runde en blijkt dat de nieuwe manager van het betreffende restaurant A.S. is. Klagers worden door een journalist op de hoogte gebracht van de mogelijke relatie tot hun dochters verdwijning. Zij brengen de politie daarvan weer op de hoogte en wijzen erop dat zij enkele maanden eerder in de tuin van het restaurant dat in het verleden gerund werd door de partner van hun dochter een plek in de tuin hadden gezien waar iemand begraven zou kunnen zijn. Deze plaats wordt vervolgens door de politie onderzocht en daar worden de lichamen gevonden van de dochter en haar partner. Bij het restaurant in de andere regio worden ook in de tuin de begraven lichamen van het ander vermiste stel gevonden.

Tijdens het strafproces tegen A.S. wordt het inmiddels begraven lichaam van de dochter in oktober 1999 opnieuw opgegraven om dna-

materiaal af te nemen als bewijs in de strafzaak. In januari 2001 verschijnt het forensisch rapport waaruit definitief blijkt dat het lichaam van de vermiste dochter is. Het duurt tot 2004 voordat de lichaamsdelen gebruikt voor het dna-onderzoek worden teruggegeven aan de familie. Verzoeken voor eerdere teruggave worden afgewezen door het openbaar ministerie. Pas vier maanden nadat uiteindelijk een rechter heeft geoordeeld dat de lichaamsdelen geretourneerd moeten worden geschiedt dit ook daadwerkelijk.

Procedure in Straatsburg

Op 17 juni 2004 wendden klagers zich tot het EHRM. Zij klagen over schending van art. 2 EVRM vanwege het tekortschieten in de verplichting om een adequaat naar de verdwijning van hun dochter en haar partner. Met een beroep op art. 8 EVRM klagen zij ook over de lange periode alvorens de opgegraven lichaamsdelen van de dochter weer aan de familie ter beschikking werden gesteld

Uitspraak van het Hof

(Vijfde Kamer: Spielmann (pres.), Fura, Costa, Zupančič, Berro-Lefèvre, Power, Nußberger)

Met betrekking tot het uit de bescherming van het recht op leven voortvloeiende recht op een effectief onderzoek in gevallen van een mogelijke schending van het recht op leven overweegt het EHRM dat dit recht op een effectief onderzoek inderdaad met zich kan brengen dat in geval van een verdwijning een politieonderzoek wordt gestart, ook als er nog geen lichaam is gevonden. Het Hof onderscheidt daarbij twee perioden. In de eerste plaats de periode waarin klagers allerlei stappen ondernamen, maar er voor de politie nog geen aanwijzingen waren dat een misdrijf in het spel zou kunnen zijn, nu de verdwijning twee volwassen mensen in goede gezondheid betrof. Vanaf november 1998 hebben beide klagers echter voldoende materiaal bij politie en OM aangeleverd om vermoedens te doen rijzen van een misdrijf (onder meer het gebruik van de cheques met valse handtekening) en ontstond er volgens het EHRM een juridische verplichting tot het verrichten van een gedegen onderzoek naar de verdwijning. Hoewel de officier van justitie opdracht gaf een onderzoek te verrichten is dat onderzoek niet al te diepgravend geweest, zo is het gebruik van de vervalste cheques nooit onderzocht terwijl daartoe wel mogelijkheden waren. In het licht daarvan oordeelt het Hof dat de positieve verplichting tot het instellen van een adequaat en effectief onderzoek is geschonden. Het Hof merkt daarbij op dat in het geval van het ander verdwenen stel door de politie veel

sneller en adequater is gezocht met als gevolg dat al na drie weken de lichamen van beide personen werden gevonden. Ten slotte merkt het Hof op dat de meeste naspeuringen in deze zaak zijn verricht door de ouders zelf en dat hun aanwijzingen uiteindelijk hebben geleid tot de vondst van de begraven lichamen. Het Hof concludeert daarom dat het onderzoek in de periode vanaf november tot de vondst van de lichamen in juni 1999 niet heeft voldaan aan de effectiviteitseisen van artikel 2 EVRM, zodat sprake is van een schending van dit artikel.

Ten aanzien van de bescherming van het privé en familielevens van art. 8 EVRM geeft het hof aan dat dit recht inherent is dat nabestaanden de beschikbare lichaamsdelen van het slachtoffer terug ontvangen voor een begrafenis. Het lange vasthouden van de opgegraven lichaamsdelen ten behoeve van bewijsmateriaal in het strafproces tegen A.S. is volgens het hof op zich geen inbreuk op dit recht. Dat het na een rechterlijke bevel daartoe nog vier maanden heeft geduurd voordat de lichaamsdelen werden geretourneerd aan de ouders levert echter wel het oordeel op dat de sprake is van een disproportionele inbreuk op het privé en familielevens.

Slotsom

Het Hof concludeert dat sprake is van een schending van art. 2 en 8 EVRM. Het kent klagers ex. art. 41 EVRM € 20 000 vergoeding toe voor geleden immateriële schade. •

Raad van State

Deze rubriek wordt verzorgd door mr. drs. B. Veenman en mr. drs. J. de Vries van de directie Bestuursrechtspraak van de Raad van State. Volledige versies van deze uitspraken zijn te vinden op www.raadvanstate.nl.

1593

RG 305, 307

13 juli 2011, nr. 2010008514/M3

(Mrs. Van Krevelde, Simons-Vinckx Van Diepenbeek)

Relativiteit. De bepalingen van de NB-wet 1998 hebben met name ten doel om het algemene belang van bescherming van natuur en landschap te beschermen. De belangen van X en anderen bij het behoud van een goede kwaliteit van hun leefomgeving, waarvan het Natura 2000-gebied deel uitmaakt, zijn in dit geval zo verweven met de algemene belangen die de NB-wet 1998 beoogt te beschermen, dat niet kan worden geoordeeld dat de betrokken normen van

de NB-wet 1998 kennelijk niet strekken tot bescherming van hun belangen.

(Crisis- en herstelwet art. 1.9; NB-wet 1998 art. 19j)

Uitspraak in het geding tussen de vereniging Het Guldenbos, gevestigd te Hoorn, X, wonend te Hoorn, en anderen (hierna: Het Guldenbos, X en anderen), appellanten, en de raad van de gemeente Hoorn, verweerder.

Procesverloop

Bij besluit van 27 april 2010 heeft de raad het bestemmingsplan 'Tuibrug' vastgesteld. Dit besluit is op 22 juli 2010 ter inzage gelegd. Tegen dit besluit hebben Het Guldenbos, X en anderen bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 1 september 2010, beroep ingesteld.

De raad heeft een verweerschrift ingediend. De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 28 maart 2011, waar Het Guldenbos, X en anderen, bij monde van X, bijgestaan door mr. X. Visscher, advocaat te Alkmaar, en de raad, vertegenwoordigd door G.R.M. Koopman, B.E. Kahlman, S. Doeland en R. Schuurman, allen werkzaam bij de gemeente, zijn verschenen.

Overwegingen

Algemeen

2.1. Het bestemmingsplan 'Tuibrug' voorziet in de bouw van 40 woningen in de wijk Kersenboogerd te Hoorn, die worden ontwikkeld door middel van Collectief Particulier Opdrachtgeverschap (hierna: CPO).

Crisis- en herstelwet

2.2. Ingevolge artikel 1.1, aanhef en onder a, van de Crisis- en herstelwet (hierna: Chw), voor zover hier van belang, is afdeling 2 van hoofdstuk 1 van toepassing op alle besluiten die krachtens enig wettelijk voorschrift zijn vereist voor de ontwikkeling of verwezenlijking van de in bijlage I bij deze wet bedoelde categorieën ruimtelijke en infrastructurele projecten.

In categorie 3, onder 3.1, van bijlage I van de Chw, voor zover hier van belang, wordt als categorie ruimtelijke en infrastructurele projecten als bedoeld in artikel 1.1, eerste lid, aangemerkt de ontwikkeling en verwezenlijking van werken en gebieden krachtens afdeling 3.1 van de Wet ruimtelijke ordening ten behoeve van de bouw van meer dan 20 woningen in een aaneengesloten gebied. Nu het bestreden besluit is vereist voor de ontwikkeling dan wel verwezenlijking van een gebied ten behoeve van de bouw van 40 woningen, is afdeling 2 van hoofdstuk 1 van de Chw van toepassing op dit besluit.

Ontvankelijkheid

2.3. Ingevolge artikel 1:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) wordt onder belanghebbende verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.

Ingevolge artikel 1:2, derde lid, van de Awb worden ten aanzien van rechtspersonen als hun belangen mede beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen.

2.3.1. Volgens artikel 2, eerste lid, van haar statuten stelt Het Guldenbos zich ten doel het verrichten van activiteiten tot behoud van het wandelpark gelegen nabij de Tuibrug in de wijk Kersenboogerd te Hoorn.

2.3.2. Naast de doelstelling van Het Guldenbos is, om te kunnen bepalen of het belang van deze vereniging rechtstreeks is betrokken bij het bestreden besluit, van belang of de vereniging feitelijke werkzaamheden verricht met het oog op de behartiging van haar doelstelling. Blijkens de akte van oprichting is Het Guldenbos opgericht op 3 november 2009, gedurende de termijn voor terinzagelegging van het ontwerpbesluit, die liep van 24 september 2009 tot en met 4 november 2009. Blijkens het verhandelde ter zitting heeft de vereniging sinds haar oprichting en vóór afloop van de beroepstermijn geen feitelijke werkzaamheden verricht, anders dan het indienen van zienswijzen tegen het ontwerpbesluit en het instellen van beroep tegen het bestreden besluit. Zoals de Afdeling heeft overwogen in de uitspraak van 1 oktober 2008, zaak nr. 200801150/1 (www.raadvanstate.nl), kan het louter in rechte opkomen tegen besluiten, alsmede het verrichten van handelingen ter voorbereiding van het in rechte opkomen tegen besluiten, als regel niet worden aangemerkt als feitelijke werkzaamheden in de zin van artikel 1:2, derde lid, van de Awb. Er bestaat geen aanleiding in het onderhavige geval van dit uitgangspunt af te wijken. Voorts wordt in aanmerking genomen dat niet is gebleken dat de vereniging in dit geval een bundeling van rechtstreeks bij het bestreden besluit betrokken individuele belangen tot stand brengt. Gelet op het vorenstaande is niet gebleken dat Het Guldenbos een rechtstreeks bij het bestreden besluit betrokken belang in het bijzonder behartigt in de zin van artikel 1:2, eerste en derde lid, van de Awb. Daarom is de vereniging niet aan te merken als belanghebbende bij het bestreden besluit. Het beroep van Het Guldenbos, X en anderen, voor zover ingesteld door Het Guldenbos, is niet-ontvankelijk. In het verloop van deze uitspraak heeft de behandeling derhalve betrekking op het beroep, voor zover het is ingesteld door X en anderen.

Zienschwijken

2.4. X en anderen betogen dat de raad op enkele door hen ingebrachte zienschwijken niet, of onvoldoende, is ingegaan.

2.4.1. De zienschwijken van X en anderen zijn in het bestreden besluit samengevat onder nummer 3,6, onder a tot en met q. De raad heeft op deze zienschwijken een reactie gegeven. De omstandigheid dat de raad bij enkele, inhoudelijk overeenkomstige, zienschwijken heeft volstaan met een verwijzing betekent niet dat de raad in het geheel niet is ingegaan op deze ingebrachte zienschwijken. De beroepsgrond faalt.

Terinzagelegging luchtkwaliteitsonderzoek

2.5. X en anderen betogen dat het Rapport Luchtkwaliteit Hoorn 2008 (hierna: het luchtkwaliteitsrapport) zowel bij het ontwerpbestemmingsplan als bij het bestreden besluit ontbrak, zodat zij geen gelegenheid hebben gehad om hierover opmerkingen te maken. Volgens X en anderen kan daarom niet worden geconcludeerd of de normen voor de luchtkwaliteit niet worden overschreden.

2.5.1. Volgens de raad berust het niet opnemen van het luchtkwaliteitsrapport bij het ter inzage leggen van het bestemmingsplan op een omissie, maar zijn de onderbouwing en resultaten van het rapport ook weergegeven in het advies van de Milieudienst Westfriesland van 18 juni 2008, dat wel bij het bestemmingsplan is gevoegd.

2.5.2. Voor zover wordt aangevoerd dat het luchtkwaliteitsrapport niet ter inzage is gelegd bij het bestreden besluit overweegt de Afdeling dat, wat hiervan ook zij, het hierbij zou gaan om een onregelmatigheid die dateert van na het nemen van het bestreden besluit. Dergelijke onregelmatigheden kunnen de rechtmatigheid van het besluit niet aantasten.

2.5.3. Ingevolge artikel 3,8, eerste lid, van de Wro, voor zover thans van belang, is op de voorbereiding van een bestemmingsplan afdeling 3,4 van de Awb van toepassing. Ingevolge artikel 3:11, eerste lid, van de Awb, dat deel uitmaakt van afdeling 3,4 van de Awb, legt het bestuursorgaan het ontwerp van het te nemen besluit, met de daarop betrekking hebbende stukken die redelijkerwijs nodig zijn voor een beoordeling van het ontwerp, ter inzage.

Ingevolge artikel 1,5, eerste lid, van de Chw kan een besluit waartegen bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld ondanks schending van een geschreven of ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel, door het orgaan dat op het bezwaar of beroep beslist, in stand worden gelaten indien aannemelijk is dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.

2.5.4. Vaststaat dat het luchtkwaliteitsonderzoek niet met het ontwerpbestemmingsplan ter inzage heeft gelegen, zodat de raad in strijd heeft gehandeld met artikel 3:11 van de Awb.

X en anderen hebben ter zitting erkend dat er voor hen geen beletselen waren om naar aanleiding van het advies van de Milieudienst Westfriesland inhoudelijke beroepsgronden over het aspect luchtkwaliteit naar voren te brengen. De Afdeling acht dan ook aannemelijk dat X en anderen en andere belanghebbenden niet zijn benadeeld door de omstandigheid dat het luchtkwaliteitsonderzoek niet met het ontwerpbestemmingsplan ter inzage heeft gelegen.

Gelet op het vorenstaande ziet de Afdeling aanleiding om het gebrek met toepassing van artikel 1,5 van de Chw te passeren.

Geluid

2.6. X en anderen betogen dat niet aan de vastgestelde hogere waarde van 60 dB voor de te bouwen woningen kan worden voldaan. Hiertoe voeren zij aan dat het 'Akoestisch Onderzoek V1 naar de geluidbelasting t.g.v. wegverkeer, op de gevels binnen het bouwplan locatie Tuibrug te Hoorn' van Adviesbureau IJmeer van 2 maart 2010 ondeugdelijk is. Voorts betogen zij dat een verkeersnaam zal optreden, doordat binnen het plangebied wegen worden aangelegd. Volgens X en anderen leidt dit tot een hogere geluidbelasting ter plaatse van hun woningen.

2.6.1. De raad stelt zich op het standpunt dat aan de vastgestelde hogere grenswaarde van 60 dB kan worden voldaan. Met betrekking tot de verkeersnaam die optreedt door de aanleg van wegen binnen het plangebied, heeft de raad ter zitting gesteld dat de geluidbelasting als gevolg daarvan op de woningen van X en anderen marginaal is en niet leidt tot een aantasting van het woon- en leefklimaat ter plaatse van hun woningen.

2.6.2. Ingevolge artikel 1,9 van de Chw mag de administratieve rechter een besluit niet vernietigen op de grond, dat het in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept.

2.6.3. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 19 januari 2011 in zaak nr. 201006426/1/R2; www.raadvanstate.nl) kan een belanghebbende die een besluit tot vaststelling van een bestemmingsplan aanvecht dat de oprichting van een of meer woningen in het uitzicht van zijn woning mogelijk maakt, zich ter fine van vernietiging van dat besluit in beginsel niet succesvol beroepen op het niet in acht nemen van de normen van de

Wet geluidhinder voor zover het betreft de geluidbelasting ter hoogte van de op te richten woning of woningen. Wel kan een belanghebbende zich beroepen op de normen die de Wet geluidhinder stelt, indien een bestemmingsplan de aanleg of verbreding van een weg mogelijk maakt waarvan ook hij nadelige geluidseffecten voor zijn woonsituatie moet vrezen. Die mogelijkheid bestaat ook indien hij volstaat met aannemelijk te maken dat de aanleg of verbreding zal leiden tot overschrijding van de hoogst toelaatbare geluidbelasting van woningen in zijn directe omgeving en daarmee tot nadelige geluidseffecten op zijn woonsituatie.

2.6.4. De door X en anderen genoemde hogere geluidgrenswaarde als bedoeld in artikel 83, tweede lid, van de Wet geluidhinder is vastgesteld voor de ten hoogste toelaatbare geluidbelasting op de op te richten woningen vanwege de Provincialeweg N506. Het onderhavige bestemmingsplan maakt niet de aanleg of verbreding van de Provincialeweg N506 mogelijk, zodat de vaststelling van het bestemmingsplan in zoverre niet leidt tot nadelige geluidseffecten voor de woonsituatie van X en anderen. X en anderen kunnen zich op grond van het bepaalde in artikel 1,9 van de Chw dan ook niet succesvol beroepen op het niet in acht nemen van de normen van de Wet geluidhinder voor zover het betreft de geluidbelasting vanwege de Provincialeweg N506 ter hoogte van de op te richten woningen. Gelet op het vorenstaande kan hetgeen X en anderen aanvoeren over de naleefbaarheid van de vastgestelde hogere waarde van 60 dB voor de te bouwen woningen niet leiden tot vernietiging van het bestreden besluit, zodat de Afdeling afziet van een verdere bespreking hiervan.

2.6.5. Wel maakt het plan de aanleg van een weg binnen het plangebied mogelijk waarvan ook X en anderen nadelige geluidseffecten voor hun woonsituatie kunnen vrezen. Dit betreft echter een weg ten aanzien waarvan de Wet geluidhinder geen normen voor de ten hoogste toelaatbare geluidbelasting stelt, aangezien deze weg niet zoneringsplichtig is. De Wet geluidhinder stelt in zoverre geen normen waar X en anderen zich op zouden kunnen beroepen. Dit laat onverlet dat X en anderen zich in het kader van een goede ruimtelijke ordening wel kunnen beroepen op het belang van een goed woon- en leefklimaat ter plaatse van hun woningen, omdat het plan de aanleg van een weg mogelijk maakt waarvan ook X en anderen nadelige geluidseffecten voor hun woonsituatie kunnen vrezen. Daarom staat artikel 1,9 van de Chw niet in de weg aan vernietiging van het bestreden besluit, indien de norm van een goede ruimtelijke ordening in zoverre

geschonden zou zijn.

Nu de aanleg van de weg slechts zal leiden tot een marginaal effect op de geluidbelasting op de woningen van X en anderen heeft de raad zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat ter plaatse van de woningen een goed woon- en leefklimaat wordt gewaarborgd.

Deze beroepsgrond treft geen doel.

Ecologie

2.7. X en anderen betogen dat het bestemmingsplan in strijd is met de Flora- en faunawet (hierna: Ffw) en de Natuurbeschermingswet 1998 (hierna: Nbw 1998). Hiertoe betogen zij dat niet is onderzocht of jaarronde beschermde verblijfplaatsen van spechten aanwezig zijn. Daarnaast is volgens hen ten onrechte geen onderzoek gedaan naar de aanwezigheid van de ijsvogel en vissen in de westelijke watergang en de watergang die door het plangebied loopt. Voorts voeren X en anderen aan dat het plan negatieve gevolgen heeft voor het Natura 2000-gebied Markermeer en IJmeer (hierna: het Natura 2000-gebied). Hiertoe voeren X en anderen aan dat in het bestemmingsplan ten onrechte geen maatregelen zijn opgenomen ter voorkoming van verstoring van de vliegroute van de meervleermuis als gevolg van lichtschijnsel op het water van de oostelijke watergang. In het bestemmingsplan is volgens hen ten onrechte niet opgenomen dat het plaatsen van openbare straatverlichting aldaar is verboden.

2.7.1. De raad stelt zich op het standpunt dat het bestemmingsplan niet conflicteert met de Ffw. Volgens de raad wijst het aanvullende ecologisch onderzoek uit dat er geen jaar rond gebruikte nesten in het plangebied aanwezig zijn. Daarnaast zijn er volgens de raad geen aanwijzingen voor de aanwezigheid van de ijsvogel. De raad voert aan dat geen beschermde vissoorten aanwezig zijn, maar dat in de oostelijke watergang een vissoort is aangetroffen die is aan te merken als een bedreigde diersoort. In dit verband betoogt de raad dat bij eventuele werkzaamheden aan deze watergang rekening zal worden gehouden met de gedragscode die hierover is opgesteld door de waterschappen. Voorts voert de raad aan dat het bestemmingsplan niet stuit op bezwaren vanuit de Nbw 1998, omdat het een bestaand stedelijk gebied betreft waar in beperkte mate nieuwbouw wordt gerealiseerd. De raad betoogt dat mogelijk negatieve effecten op het dichtbijgelegen Natura 2000-gebied kunnen optreden, vanwege de vliegroute van de meervleermuis. Volgens de raad kunnen deze negatieve effecten evenwel worden ondervangen door geen openbare straatverlichting te plaatsen

langs de oostelijke watergang, die net buiten het plangebied ligt, zodat de vliegroute van de meervleermuis niet wordt verstoord.

2.7.2. De vraag of voor de realisatie van het bestemmingsplan een vrijstelling geldt, dan wel een ontheffing in het kader van de Ffw vereist is en zo ja, of deze ontheffing kan worden verleend, komt in beginsel aan de orde in een procedure op grond van de Ffw. Dat doet er niet aan af dat de raad het plan niet had kunnen vaststellen indien en voor zover de raad op voorhand in redelijkheid had moeten inzien dat de Ffw aan de uitvoerbaarheid van het plan in de weg staat.

2.7.3. In het ecologisch vervolgonderzoek van Altenburg & Wymenga van 8 september 2009 (hierna: het ecologisch onderzoek) is weergegeven dat de beoogde herinrichting geen conflict met de Ffw veroorzaakt ten aanzien van vogels en vleermuizen. Geen ontheffing hoeft te worden aangevraagd indien de werkzaamheden voor de herinrichting worden uitgevoerd buiten het broedseizoen van half maart tot half juli en indien de herinrichting geen verstoring van de vliegroute van de meervleermuis veroorzaakt.

2.7.4. Ingevolge artikel 19g, eerste lid, van de Nbw 1998 kan, indien een passende beoordeling is voorgeschreven op grond van artikel 19f, eerste lid, een vergunning als bedoeld in artikel 19d, eerste lid, slechts worden verleend indien gedeputeerde staten zich op grond van de passende beoordeling ervan hebben verzekerd dat de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zullen worden aangetast. Ingevolge artikel 19j, eerste lid, houdt een bestuursorgaan bij het nemen van een besluit tot het vaststellen van een plan dat, gelet op de instandhoudingsdoelstelling voor een Natura 2000-gebied, de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in dat gebied kan verslechteren of een significant verstrend effect kan hebben op de soorten waarvoor het gebied is aangewezen, ongeacht de beperkingen die ter zake in het wettelijk voorschrift waarop het berust, zijn gesteld, rekening met de gevolgen die het plan kan hebben voor het gebied. Ingevolge het tweede lid maakt het bestuursorgaan voor plannen als bedoeld in het eerste lid, die niet direct verband houden met of nodig zijn voor het beheer van een Natura 2000-gebied maar die afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kunnen hebben voor het desbetreffende gebied, alvorens het plan vast te stellen een passende beoordeling van de gevolgen voor het gebied waarbij rekening wordt gehouden met de instandhoudingsdoelstelling van dat gebied. Ingevolge het derde lid wordt, in de gevallen, bedoeld in het tweede lid, het besluit,

bedoeld in het eerste lid, alleen genomen indien is voldaan aan de voorwaarden, genoemd in de artikelen 19g en 19h.

2.7.5. In het ecologisch onderzoek wordt geconcludeerd dat de beoogde herinrichting geen conflicten met de Nbw 1998 ten aanzien van de instandhoudingsdoelen van het Natura 2000-gebied veroorzaakt, mits de beoogde herinrichting geen verstoring veroorzaakt van de vliegroute van de meervleermuis, die over de watergang langs de oostelijke grens van het plangebied ligt.

2.7.6. X en anderen hebben niet aannemelijk gemaakt dat de uitkomsten van het ecologisch onderzoek onjuist zijn. Gelet hierop bestaat geen aanleiding voor het oordeel dat geen passende beoordeling als bedoeld in artikel 19j, tweede lid, van de Nbw 1998 is gemaakt.

2.7.7. Onder meer door openbare straatverlichting langs de oostelijke watergang en door het plaatsen van lichtbronnen in tuinen of het bevestigen van lichtbronnen aan woningen kan lichtverstoring voor de meervleermuis optreden langs de oostelijke watergang.

Ter zitting heeft de raad toegelicht dat maatregelen ter voorkoming van lichtverstoring worden neergelegd in de betrokken koopovereenkomsten, in de vorm van een kettingsbeding. Volgens de raad wordt het voorkomen van lichtverstoring hierdoor voldoende gewaarborgd.

2.7.8. In de planregels zijn geen bepalingen opgenomen over het voorkomen van lichtverstoring bij de oostelijke watergang, behalve dat binnen de bestemming 'Wonen' geen paden of wegen mogen worden aangelegd. Het bestemmingsplan voorziet niet in een planologische regeling omtrent het plaatsen van openbare straatverlichting. Tevens ontbreekt in het bestemmingsplan een regeling over lichtverstoring als gevolg van het plaatsen van lichtbronnen in tuinen of het bevestigen van lichtbronnen aan woningen langs de oostelijke watergang. Dat een dergelijke regeling volgens de raad zal worden opgenomen in de koopovereenkomsten doet er niet aan af dat vorenbedoelde maatregelen ter voorkoming van lichtverstoring die gelet op de passende beoordeling nodig worden geacht en ook in het bestemmingsplan kunnen worden getroffen, hun regeling dienen te vinden in het bestemmingsplan.

Voor zover de raad verwijst naar het inrichtingsplan, waarin is opgenomen dat langs de oostelijke watergang geen openbare straatverlichting mag worden geplaatst, overweegt de Afdeling dat het inrichtingsplan geen juridisch bindend instrumentarium bevat.

2.7.9. Nu het bestemmingsplan niet de in rechtsoverweging 2.7.8 bedoelde maatregelen bevat, is – nog daargelaten of dit meebrengt

dat de raad op voorhand in redelijkheid had moeten inzien dat de Ffw aan de uitvoerbaarheid van het plan in de weg staat – het bestreden besluit in zoverre in strijd met artikel 19j van de Nbw 1998.

Gelet op het vorenstaande is het in verband met artikel 1.9 van de Chw van belang om vast te stellen of de door X en anderen ingeroepen normen uit de Nbw 1998 kennelijk niet strekken ter bescherming van hun belangen. X en anderen wonen in de directe nabijheid van het Natura 2000-gebied. De bepalingen van de Nbw 1998 hebben met name ten doel om het algemene belang van bescherming van natuur en landschap te beschermen. Maar de belangen van X en anderen bij het behoud van een goede kwaliteit van hun leefomgeving, waarvan het Natura 2000-gebied deel uitmaakt, zijn in dit geval zo verweven met de algemene belangen die de Nbw 1998 beoogt te beschermen, dat niet kan worden geoordeeld dat de betrokken normen van de Nbw 1998 kennelijk niet strekken tot bescherming van hun belangen. De beroepsgrond slaagt.

Wandel- en fietspad

2.8. X en anderen betogen dat het wandel- en fietspad langs het groengebied onveilig zal zijn, omdat hier uit ecologisch oogpunt geen straatverlichting zal worden opgenomen.

2.8.1. X en anderen hebben niet onderbouwd dat het ontbreken van straatverlichting aan het wandel- en fietspad langs het groengebied ernstige gevolgen zal hebben voor de sociale veiligheid. De beroepsgrond faalt.

Waterparagraaf

2.9. X en anderen hebben zich in beroep gekeerd tegen het wateradvies dat deel uitmaakt van het bestemmingsplan. Ter zitting hebben zij toegelicht dat zij kanttekeningen plaatsen bij dit advies.

2.9.1. Ingevolge artikel 3.1.1, eerste lid, van het Besluit ruimtelijke ordening (hierna: Bro), voor zover hier van belang, pleegt het bestuursorgaan dat belast is met de voorbereiding van een bestemmingsplan, overleg met de besturen van betrokken gemeenten en waterschappen en met die diensten van provincie en Rijk die betrokken zijn bij de zorg voor de ruimtelijke ordening of belast zijn met de behartiging van belangen welke in het plan in het geding zijn.

Ingevolge artikel 3.1.6, eerste lid, aanhef en onder b, gaan een bestemmingsplan, alsmede een ontwerp hiervoor, vergezeld van een toelichting, waarin is neergelegd een beschrijving van de wijze waarop in het plan rekening is gehouden met de gevolgen voor de waterhuishouding.

2.9.2. In hetgeen X en anderen hebben aange-

voerd ziet de Afdeling geen aanleiding voor het oordeel dat de artikelen 3.1.1 en 3.1.6 van het Bro geschonden zijn.

De beroepsgrond faalt.

Gebruiksregels

2.10. X en anderen betogen dat artikel 10.2 van de planregels te ruim is geformuleerd en derhalve rechtsonzeker is. Volgens X en anderen is onduidelijk gedurende welke termijn en met welke frequentie het plangebied op grond van dit artikel als evenemententerrein mag worden gebruikt.

2.10.1. De raad heeft zich op het standpunt gesteld dat artikel 10.2 van de planregels voldoende duidelijk is. Hiertoe voert de raad aan dat voor het organiseren van evenementen een vergunning moet worden aangevraagd. In het kader van die vergunning wordt bepaald wanneer en voor welke periode een evenement mag plaatsvinden.

2.10.2. Ingevolge artikel 10.2 van de planregels wordt tot een gebruik, strijdig met deze gebruiksregels, zoals bedoeld in artikel 7.10 van de Wet ruimtelijke ordening, niet gerekend: het tijdelijk, al dan niet periodiek gebruik van de gronden als evenemententerrein.

2.10.3. In artikel 10.2 is niet vastgelegd hoe vaak de gronden van het plangebied als evenemententerrein mogen worden gebruikt. Tevens is onduidelijk, indien een evenement wordt georganiseerd, gedurende welke termijn dit mag gebeuren. Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat artikel 10.2 onvoldoende duidelijk is en dat de begrippen tijdelijk en periodiek uit oogpunt van rechtszekerheid nader dienen te worden geconcretiseerd. De omstandigheid dat voor het organiseren van een evenement een vergunning is vereist, waarin de duur van het evenement kan worden vastgelegd, leidt niet tot een ander oordeel, reeds omdat niet duidelijk is op basis van welke criteria wordt beslist op een verzoek om een dergelijke vergunning. De beroepsgrond slaagt.

Woningbehoefte

2.11. X en anderen betogen dat de gemeente in strijd handelt met de uitgangspunten van het CPO-project, omdat de grondprijzen en de bouwkosten van het project zodanig zijn, dat de te bouwen woningen uitsluitend geschikt zijn voor mensen met een zeer hoog inkomen. X en anderen betogen voorts dat er op de woningmarkt in de gemeente Hoorn een overschot is aan woningen van de prijsklasse zoals die worden gerealiseerd bij het onderhavige bestemmingsplan, zodat aan het project geen behoefte bestaat.

2.11.1. Voor zover X en anderen stellen dat de raad handelt in strijd met de uitgangspunten

van het CPO-project, overweegt de Afdeling dat dit geen ruimtelijk aspect is dat in het kader van de bestemmingsplanprocedure ter beoordeling staat.

2.11.2. De raad heeft ter zitting verklaard dat er weliswaar in het algemeen een overschot op de woningmarkt is, maar een tekort bestaat aan kwalitatief hoogwaardiger woningen. De percelen binnen het bestemmingsplan zijn reeds vergeven, zodat volgens de raad voldoende is aangetoond dat er behoefte is aan het onderhavige project. Naar het oordeel van de Afdeling heeft de raad zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat het plan voorziet in een reëel bestaande behoefte aan nieuw te bouwen woningen. De beroepsgrond faalt.

Bodemonderzoek

2.12. X en anderen betogen dat het bodemonderzoek ten onrechte niet is uitgevoerd conform het op 1 juli 2008 in werking getreden Besluit bodemkwaliteit, omdat de werkzaamheden met betrekking tot het bodemonderzoek grotendeels na die datum hebben plaatsgevonden.

2.12.1. De raad stelt zich op het standpunt dat het grootste deel van het bodemonderzoek en de analyses van het laboratorium voor 1 juli 2008 hebben plaatsgevonden. Het aanvullende bodemonderzoek en het grondwateronderzoek hebben volgens de raad wel na 1 juli 2008 plaatsgevonden, maar de uitkomsten hiervan zijn volgens de raad op grond van het Besluit bodemkwaliteit correct uitgevoerd, omdat de bewijsmiddelen die onder het Bouwstoffenbesluit zijn opgesteld op grond van het overgangsrecht van het Besluit Bodemkwaliteit nog drie jaar geldig zijn. De raad betoogt dat zowel het bodemonderzoek als het aanvullend bodemonderzoek geen verontreiniging van betekenis heeft aangetoond in de grond en het grondwater. De bodemkwaliteit geeft naar het oordeel van de raad dan ook geen enkele aanleiding om te veronderstellen dat ter plaatse woningbouw niet mogelijk zou zijn.

2.12.2. Hetgeen X en anderen hebben aangevoerd laat onverlet dat op grond van de beschikbare bodemonderzoeken voldoende inzicht bestaat in de kwaliteit van de bodem ter plaatse. X en anderen hebben dan ook niet aannemelijk gemaakt dat het aspect bodemkwaliteit in de weg staat aan de uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan. De beroepsgrond faalt.

Economische uitvoerbaarheid

2.13. X en anderen betogen dat de financiële uitvoerbaarheid van het plan niet gewaarborgd is omdat er onvoorziene en bijzondere kosten zijn, onder meer voor het treffen van

geluidreducerende maatregelen.

2.13.1. De raad betoogt dat geen exploitatieplan is vastgesteld, omdat het verhaal van de kosten van de grondexploitatie anderszins is geregeld. De raad voert aan dat de gemeente alle gronden van het plangebied in eigendom heeft en dat de kosten kunnen worden verhaald door middel van de gronduitgifte.

2.13.2. Blijkens de plantoelichting zijn alle gronden van het plangebied eigendom van de gemeente en zullen de kosten voor het realiseren van het bestemmingsplan worden verhaald door middel van gronduitgifte. X en anderen hebben niet aannemelijk gemaakt dat er bijzondere kosten dienen te worden gemaakt ter realisering van het bestemmingsplan die de financiële uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan in de weg staan. De raad heeft zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat de financiële uitvoerbaarheid van het plan is gewaarborgd. De beroepsgrond faalt.

Onregelmatigheden na het nemen van het besluit

2.14. X en anderen betogen nog dat de raad onzorgvuldig heeft gehandeld bij de vaststelling van het bestemmingsplan. Hiertoe voeren zij aan dat het bestemmingsplan pas twaalf weken na de vaststelling is bekendgemaakt en dat in de nota van zienswijzen niet de bijlagen bij de door hen ingediende zienswijzen waren gevoegd.

De Afdeling overweegt dat deze door X en anderen aangevoerde gronden betrekking hebben op onregelmatigheden die dateren van na het nemen van het bestreden besluit. Dergelijke onregelmatigheden kunnen de rechtmatigheid van het besluit niet aantasten. De beroepsgronden falen.

Conclusie

2.15. Voor zover in deze uitspraak is geoordeeld dat de beroepsgronden falen, heeft de Afdeling zich, met uitzondering van rechtsoverweging 2.6.5, niet uitgesproken over de vraag of artikel 1.9 van de Chw van toepassing is.

2.16. Het beroep is, voor zover ontvankelijk, gedeeltelijk gegrond. Het besluit van 27 april 2010 dient te worden vernietigd, voor zover het betreft het ontbreken van planregels ter voorkoming van lichtverstoring langs de oostelijke watergang en voor zover het betreft artikel 10.2 van de planregels.

Teneinde te bewerkstelligen dat het bestreden besluit voor zover het betreft de plandelen met de bestemmingen 'Groen' en 'Wonen' voor de gronden gelegen langs de oostelijke watergang wordt geschorst totdat de raad planregels ter voorkoming van lichtverstoring langs de oostelijke watergang heeft vastgesteld, zal de Afdeling de na te melden voorlopige voorziening treffen.

Het ter zake van bedoelde planregels nieuw te nemen besluit behoeft niet met toepassing van afdeling 3.4 van de Awb te worden voorbereid.

2.17. Het beroep is voor het overige ongegrond. •

1594

13 juli 2011, nr. 201009884/1/H3
(Mrs. Slump, Vermeulen, Koeman)
L/JN BR1425

In APV neergelegd verbod op gebruik of openlijk voorhanden hebben van softdrugs is in strijd met Opiumwet en derhalve onverbindend.

(Opw art. 3; APV Amsterdam art. 2.17 lid 5)

Uitspraak op het hoger beroep van [appellant] en anderen, wonend te Amsterdam, tegen de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 3 september 2010 in zaak nr. 09/2830 in het geding tussen [appellant] en anderen en de burgemeester van Amsterdam.

Procesverloop

Bij besluit van 27 november 2008 heeft de stadsdeelvoorzitter van het stadsdeel Oud-Zuid (thans: stadsdeel Zuid) het verzoek van [appellant] en anderen van 27 augustus 2008 om de kinderspeelplaats in [adres] aan te wijzen als gebied waar een softdrugsverbod geldt, afgewezen.

Bij besluit van 14 mei 2009 heeft de burgemeester het door [appellant] en anderen daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 3 september 2010, verzonden op 6 september 2010, heeft de rechtbank het door [appellant] en anderen daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. (...)

Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 3 van de Opiumwet is het verboden een middel als bedoeld in de bij deze wet behorende lijst II dan wel aangewezen krachtens artikel 3a, vijfde lid: (...) C. aanwezig te hebben; (...)

Ingevolge artikel 11, eerste lid, wordt hij die handelt in strijd met een in artikel 3 gegeven verbod, gestraft met hechtenis van ten hoogste een maand of geldboete van de tweede categorie.

Ingevolge artikel 2.17, vijfde lid, van de Algemene Plaatselijke Verordening Amsterdam 2008 (hierna: de APV) is het verboden op door de burgemeester aangewezen wegen of weggedeelten softdrugs te gebruiken of openlijk voorhanden te hebben.

Ingevolge het zesde lid wordt in dit artikel verstaan onder softdrugs: de middelen, bedoeld in lijst II, onderdeel b, behorende bij de Opiumwet.

Ingevolge artikel 6.1, voor zover thans van belang, wordt overtreding van het bij of krachtens artikel 2.17, vijfde lid, bepaalde gestraft met hechtenis van ten hoogste drie maanden of met een geldboete van de tweede categorie. (...)

2.3. De Afdeling ziet zich allereerst voor de vraag gesteld of het bepaalde in artikel 2.17, vijfde lid, van de APV zich verdraagt met de Opiumwet, in het bijzonder met het bepaalde in artikel 3, aanhef en onder C, van die wet. Laatstgenoemde bepaling verbiedt het om middelen als bedoeld in de bij deze wet behorende lijst II, in het algemeen gangbaar spraakgebruik aangeduid als softdrugs, aanwezig te hebben. Overtreding hiervan is strafbaar. Naar het oordeel van de Afdeling is ook het gebruiken van softdrugs strafbaar op grond van de Opiumwet, omdat dit het aanwezig hebben ervan impliceert (vergelijk het arrest van de Hoge Raad van 14 december 2004; L/JN AR4923). Steun voor dit oordeel wordt gevonden in de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 3 van de Opiumwet, waarin is vermeld dat het 'aanwezig hebben' het 'aanwenden' van softdrugs mede omvat (*Kamerstukken II 1974/75, 13 407, nr. 1-3, p. 14, 19 en 20*).

Artikel 2.17, vijfde lid, van de APV geeft de burgemeester de bevoegdheid een gebied aan te wijzen waarin het verboden is, en op grond van artikel 6.1 van de APV strafbaar is gesteld, om softdrugs te gebruiken of openlijk voorhanden te hebben. Gelet op het vorenoverwogene zijn deze handelingen echter reeds verboden op grond van artikel 3, aanhef en onder C, van de Opiumwet, en strafbaar gesteld op grond van artikel 11, eerste lid, van de Opiumwet. Voor gemeentelijke verbods- en strafbepalingen die deze voorschriften uit de Opiumwet dupliceren bestaat, ongeacht het motief dat daaraan ten grondslag ligt, geen ruimte.

Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat artikel 2.17, vijfde lid, van de APV in strijd is met artikel 3, aanhef en onder C, van de Opiumwet en dus verbindende kracht mist. De burgemeester was derhalve niet bevoegd om op grond van die bepaling een locatie aan te wijzen als gebied waar een softdrugsverbod geldt. Reeds hierom diende hij het tot een dergelijke aanwijzing strekkende verzoek van [appellant] en anderen af te wijzen. Voor een nadere, inhoudelijke beoordeling van het verzoek bestond geen ruimte.

De rechtbank heeft het voorgaande ten onrechte niet onderkend en heeft de in bezwaar gehandhaafde afwijzing van het ver-

zoek ten onrechte inhoudelijk beoordeeld. Hetgeen [appellant] en anderen tegen die uitspraak aanvoeren behoeft, gelet hierop, geen bespreking.

Het vorenoverwogene laat overigens onverlet dat de burgemeester op grond van artikel 172, tweede en derde lid, van de Gemeentewet de bevoegdheid heeft om op te treden tegen personen die, al dan niet onder invloed van softdrugs, de openbare orde verstoren.

2.4. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep tegen het besluit van 14 mei 2009 van de burgemeester alsnog gegrond verklaren. Dat besluit komt voor vernietiging in aanmerking, omdat de burgemeester niet heeft onderkend dat artikel 2.17, vijfde lid, van de APV onverbindend is. De Afdeling zal met toepassing van artikel 8:72, vierde lid, van de Algemene wet bestuursrecht het primaire besluit van 27 november 2008 herroepen en het verzoek van [appellant] en anderen van 27 augustus 2008 afwijzen, omdat de burgemeester niet bevoegd is om de kinderspeelplaats in de Hemonystraat aan te wijzen als gebied waar een softdrugsverbod geldt. De Afdeling zal bepalen dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit. (...) •

1595

13 juli 2011, nr. 201011441/1/H3
(Mrs. Slump, Offers, Bijloos)
LJN BR1448

In APV van Tilburg neergelegd verbod op klokgelui in nacht en vroege ochtend houdt geen beperking van de vrijheid van godsdienst in.

(Gw art. 6; WOM art. 10; APV Tilburg art. 109a)

Uitspraak op het hoger beroep van de pastoor van de parochie Heilige Margarita Maria Alacoque te Tilburg, appellant, tegen de uitspraak van de rechtbank Breda van 20 oktober 2010 in zaak nr. 09/4971 in het geding tussen de pastoor en het college van burgemeester en wethouders van Tilburg.

Procesverloop

2.1. Ingevolge artikel 6, eerste lid, van de Grondwet heeft ieder het recht zijn godsdienst of levensovertuiging, individueel of in gemeenschap met anderen, vrij te belijden, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.

Ingevolge het tweede lid kan de wet ter zake van de uitoefening van dit recht buiten gebouwen en besloten plaatsen regels stellen ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden.

Ingevolge artikel 10 van de Wet openbare manifestaties (hierna: de Wom) zijn klokgelui ter gelegenheid van godsdienstige en levensbeschouwelijke plechtigheden en lijkplechtigheden, alsmede oproepen tot het belijden van godsdienst of levensovertuiging, toegestaan. De gemeenteraad is bevoegd ter zake regels te stellen met betrekking tot duur en geluidsniveau.

Ingevolge artikel 109a van de APV is het verboden om van 23:00 uur tot 07:30 uur door middel van klokgelui dan wel op andere wijze op te roepen tot gebed, in de zin van artikel 10 van de Wom, met een geluidsniveau dat meer dan 10dB(A) ligt boven de normen uit het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer (hierna: het Activiteitenbesluit) en meer dan 10 dB(A) boven het referentieniveau van de omgeving. (...)

2.2. Ten tijde van belang droeg de pastoor dagelijks om 7:30 uur de ochtendmis op in de kerk van de Heilige Margarita Maria Alacoque te Tilburg en luidde hij om 7:15 uur de kerkklokken. Het college heeft naar aanleiding van klachten van omwonenden geconstateerd dat door dit klokgelui in ieder geval op 7, 8, 26 en 27 mei 2009 de op grond van artikel 109a van de APV toegestane geluidsnormen zijn overschreden. Bij het besluit van 23 oktober 2009 heeft het college de pastoor een last onder dwangsom opgelegd, inhoudende dat de pastoor het klokgelui van de kerk dient te staken en gestaakt dient te houden voor zover dit meer geluid veroorzaakt dan op grond van artikel 109a van de APV is toegestaan.

2.3. De pastoor betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat artikel 109a van de APV niet onverbindend is. Volgens de pastoor heeft de rechtbank miskend dat de raad van de gemeente Tilburg in strijd met artikel 10 van de Wom niet heeft gemotiveerd wat de noodzaak is om de beperking van het geluidsniveau vast te stellen voor een periode die duurt van 23:00 uur tot 7:30 uur. Dit klemt volgens hem temeer nu de lengte van dit tijdvak het oproepen tot het belijden van godsdienst illusoir maakt althans onnodig beperkt, aangezien de ochtendmis om 7:30 uur aanvangt en slechts 25% van de parochianen kan worden bereikt indien het klokgelui wordt gedempt. In dat verband voert de pastoor tevens aan dat het dempen van het klokgelui, voor zover dat praktisch uitvoerbaar is, een onevenredige inspanning van hem vergt. (...)

2.3.1. Artikel 10, tweede volzin, van de Wom bevestigt dat de gemeenteraad krachtens zijn autonome regelgevende bevoegdheid regels kan stellen met betrekking tot de duur en het geluidsniveau van klokgelui ter gelegenheid van oproepen tot het belijden van godsdienst. Zoals uit de geschiedenis van de totstandkoming van die bepaling blijkt, maakt deze vorm van klokgelui deel uit van de liturgie en kan deze als een door artikel 6 van de Grondwet beschermde uiting tot het belijden van godsdienst worden aangemerkt. De in artikel 10, tweede volzin, omschreven bevoegdheid moet niet worden opgevat als grondslag om het in artikel 6 van de Grondwet gewaarborgde recht tot het vrij belijden van godsdienst te beperken. Redelijke uitleg van dit grondwetsartikel brengt met zich dat dit recht niet de vrijheid tot kerkklokgelui van elke duur en met elk geluidsvolume impliceert. De in artikel 10, tweede volzin, van de Wom omschreven bevoegdheid dient ertoe om excessen wat duur of geluidsvolume betreft te voorkomen. De met het oog daarop tot stand gebrachte gemeentelijke regelgeving kan, afhankelijk van de plaatselijke omstandigheden en behoeften, worden afgestemd op de gelegenheden en tijdstippen waarop het klokgelui zal plaatsvinden. Dergelijke regulering van duur en geluidsniveau binnen redelijke grenzen, welke er niet toe leidt dat geen gebruik van betekenis om de klok te luiden meer resteert, moet geacht worden de vrijheid van godsdienst niet te beperken (*Kamerstukken II 1985/86, 19 427, nr. 3, p. 25, Kamerstukken II 1987/88, 19 427, nr. 21 en nr. 8, p. 8 en Handelingen II 1987/88, p. 48-49*). De Afdeling wijst in dit verband eveneens op overweging 2.12.5. van haar uitspraak van 14 juli 2010 in zaak nr. 200906181/1/H1 (www.raadvanstate.nl).

2.3.2. De rechtbank heeft, onder verwijzing naar deze totstandkomingsgeschiedenis, terecht overwogen dat de raad niet in strijd met artikel 10, tweede volzin, van de Wom handelt door het geluidsniveau van het klokgelui voor een deel van het etmaal aan banden te leggen. Uit de toelichting op artikel 109a van de APV blijkt dat de raad heeft gekozen om het in die bepaling opgenomen verbod te laten duren van 23:00 uur tot 7:30 uur, omdat dit de periode is waarin de meeste mensen nachtrust genieten. Deze nachtrust kan worden verstoord wanneer op luide wijze wordt opgeroepen tot gebed. Aangezien deze oproep een uiting is van ieders recht om zijn godsdienst vrij te belijden, moet enige overlast worden geaccepteerd en geldt het verbod alleen voor excessieve vormen van geluidsoverlast met een geluidsniveau dat meer dan 10 dB(A) boven de normen van artikel 2.17 van het Activiteitenbesluit en meer dan 10

dB(A) boven het omgevingsgeluid uitkomt, aldus de raad. Naar het oordeel van de Afdeling heeft de raad hiermee voldoende gemotiveerd waarom voor de betrokken periode is gekozen en heeft de raad na afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot vaststelling van de periode waarin het geluidsniveau is beperkt kunnen komen. Dat met minder luid klokgelui een kleiner deel van de parochianen voor de ochtendmis van 7:30 uur kan worden bereikt dan zonder die beperking en dat het dempen van het geluidsniveau van de klokken op praktische bezwaren stuit, leidt niet tot het oordeel dat geen gebruik van enige betekenis van de klokken reesteert. In dit verband heeft de rechtbank terecht overwogen dat artikel 109a van de APV de mogelijkheid tot het belijden van godsdienst niet illusoir maakt, aangezien die bepaling het luiden van de klokken vóór 7:30 uur niet onmogelijk maakt en tussen 7:30 uur en 23:00 uur geen beperking geldt voor het geluidsniveau van het klokgelui.

2.3.3. Gelet op het voorgaande onderschrijft de Afdeling het oordeel van de rechtbank dat artikel 109a van de APV de in artikel 10, tweede volzin, van de Wom omschreven bevoegdheid niet overschrijdt. (...)

2.3.7. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, is de rechtbank terecht tot het oordeel gekomen dat artikel 109a van de APV niet onverbindend is. De rechtbank heeft eveneens met juistheid overwogen dat het college gelet op de geluidsmetingen terecht heeft geconstateerd dat de pastoor die bepaling heeft overtreden, zodat het bevoegd was handhavend op te treden. De betogen falen.

2.4. Het hoger beroep is ongegrond.

De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd. •

1596

25 juli 2011, nr. 201007400/1/V2
(Mr. Parkins-de Vin)
LJN BR3852

De ratio van de regeling inzake het bezwaar of beroep van rechtswege brengt met zich dat niet-ontvankelijkheid van het oorspronkelijke rechtsmiddel niet de niet-ontvankelijkheid impliceert van het bezwaar of beroep van rechtswege. De ontvankelijkheid daarvan moet afzonderlijk worden beoordeeld.

(Awb art. 6:19 lid 1 jo. art. 6:24)

Uitspraak met toepassing van artikel 8:54, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht op het hoger beroep van X, appellant,

tegen de uitspraak van de rechtbank 's Gravenhage, nevenzittingsplaats Rotterdam, van 8 juli 2010 in zaak nr. 10/5980 in het geding tussen de vreemdeling en de minister van Justitie.

Procesverloop

Bij besluit van 31 december 2009 heeft de staatssecretaris van Justitie een aanvraag van de vreemdeling om hem een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd te verlenen afgewezen. Bij besluit van 29 januari 2010 heeft de staatssecretaris van Justitie het daartegen door de vreemdeling gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht. Bij uitspraak van 8 juli 2010, verzonden op 13 juli 2010, heeft de rechtbank het daartegen door de vreemdeling ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht. Tegen deze uitspraak heeft de vreemdeling bij brief, bij de Raad van State binnengekomen op 29 juli 2010, hoger beroep ingesteld. Deze brief is aangehecht. De minister heeft een verweerschrift ingediend. Bij besluit van 4 april 2011 heeft de minister voor Immigratie en Asiel het besluit van 29 januari 2010 ingetrokken, en heeft hij het door de vreemdeling tegen het besluit van 31 december 2009 gemaakte bezwaar opnieuw ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht. Vervolgens is het onderzoek gesloten.

Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 51, eerste lid, van de Wet op de Raad van State, gelezen in samenhang met artikel 86, eerste lid, van de Vreemdelingenwet 2000, is de vreemdeling voor het door hem ingestelde hoger beroep griffierecht verschuldigd.

2.2. De vreemdeling is bij aangetekend verzonden brief van 30 juli 2010 op de verschuldigdheid van het griffierecht gewezen. Daarbij is hem medegedeeld dat hij tot en met 13 augustus 2010 in de gelegenheid wordt gesteld het te voldoen. Tevens is vermeld dat, indien van deze gelegenheid geen gebruik wordt gemaakt, er rekening mee moet worden gehouden dat het hoger beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard.

Het bedrag is niet binnen de aldus gestelde termijn op de rekening van de Raad van State bijgeschreven of contant op het adres van de Raad van State betaald.

Er zijn geen feiten of omstandigheden gesteld in verband waarmee redelijkerwijs niet kan worden geoordeeld dat de vreemdeling in verzuim is geweest.

2.3. Het hoger beroep is kennelijk niet-ontvankelijk.

2.4. Het besluit van 4 april 2011 is een besluit in de zin van artikel 6:18, eerste lid,

van de Awb. Ingevolge artikel 6:19, eerste lid, van de Awb wordt het beroep geacht mede te zijn gericht tegen het besluit van 4 april 2011, nu dat besluit niet geheel aan het beroep tegemoet komt.

2.5. Zoals volgt uit de uitspraak van de Afdeling van 14 mei 2008 in zaak nr. 200706007/1 (www.raadvanstate.nl) doet de omstandigheid dat het hoger beroep niet-ontvankelijk dient te worden verklaard er niet aan af dat ingevolge het bepaalde in artikel 6:19, eerste lid, gelezen in samenhang met artikel 6:24 van de Awb, van rechtswege een beroep tegen het besluit van 4 april 2011 is gericht. De ratio van de regeling inzake het bezwaar of beroep van rechtswege brengt met zich dat niet-ontvankelijkheid van het oorspronkelijke rechtsmiddel niet de niet-ontvankelijkheid impliceert van het bezwaar of beroep van rechtswege. De ontvankelijkheid daarvan moet afzonderlijk worden beoordeeld. Een ontvankelijkheidsgebrek aan het hoger beroep werkt slechts door voor zover het gebrek zich naar zijn aard ook tot het bezwaar of beroep van rechtswege uitstrekt. Daarvan is in dit geval sprake, zoals ook de Centrale Raad van Beroep met betrekking tot een soortgelijke situatie heeft overwogen in zijn uitspraak van 10 januari 2011, (LJN BP0687). Het niet verschoonbaar niet of niet tijdig storten van griffierecht is immers uitsluitend gerelateerd aan het invoeren van rechtsbescherming.

2.6. Het van rechtswege ontstane beroep gericht tegen het besluit van 4 april 2011 is eveneens kennelijk niet-ontvankelijk.

2.7. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding. •

1597

29 juli 2011, nr. 201011757/14/R1
(Polak, Van Buuren en Slump)
LJN BR4025

Verzet. Art. 1.4 Chw blokkeert niet de effectieve rechtsbescherming voor niet tot de centrale overheid behorende rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld of niet tot de centrale overheid behorende bestuursorganen.

(EVRM art. 13; Europees Handvest inzake lokale autonomie art. 11; Verdrag van Aarhus art. 9 lid 3 en 4; Awb art. 8:71 jo. art. 36 lid 1 Wet RvS; Chw art. 1.4)

Uitspraak op het verzet (artikel 8:55 van de Algemene wet bestuursrecht) van de raad van de gemeente Kerkrade, het college van burgemeester en wethouders van Kerkrade

en de gemeente Kerkrade (hierna gezamenlijk en in enkelvoud: Kerkrade), opposante.

Procesverloop

Bij uitspraak van 1 april 2011, in zaak nr. 201011757/9/R1, heeft de Afdeling na vereenvoudigde behandeling het beroep van Kerkrade tegen het besluit van provinciale staten van Limburg van 8 oktober 2010 tot vaststelling van het inpassingsplan 'Provinciaal inpassingsplan Buitenring Parkstad Limburg' niet ontvankelijk verklaard. De uitspraak is aangehecht. Tegen deze uitspraak heeft Kerkrade bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 4 mei 2011, verzet gedaan.

Overwegingen

2.1. In de uitspraak van 1 april 2011 heeft de Afdeling het beroep van Kerkrade onder toepassing van artikel 1.4 van de Crisis- en Herstelwet (hierna: de Chw) niet ontvankelijk verklaard omdat Kerkrade een niet tot de centrale overheid behorende rechtspersoon is die krachtens publiekrecht is ingesteld en een niet tot de centrale overheid behorend bestuursorgaan, en het besluit van 8 oktober 2010 niet tot Kerkrade gericht is.

2.2. Ingevolge artikel 1.4 van de Chw kan in afwijking van artikel 8:1, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) een niet tot de centrale overheid behorende rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld of een niet tot de centrale overheid behorend bestuursorgaan geen beroep instellen tegen een besluit, indien dat besluit niet is gericht tot die rechtspersoon of tot een orgaan van die rechtspersoon, onderscheidenlijk tot dat bestuursorgaan of tot de rechtspersoon waartoe dat bestuursorgaan behoort.

2.3. Kerkrade stelt in verzet dat de tekst van artikel 1.4 van de Chw niet strookt met de memorie van toelichting bij die wet, nu daaruit volgens haar blijkt dat de inperking van het beroepsrecht van decentrale overheden beperkt blijft tot besluiten die zijn genomen door een bestuursorgaan dat tot de centrale overheid behoort.

2.3.1. De Afdeling stelt vast dat artikel 1.4 van de Chw de toepassing van deze bepaling niet beperkt tot besluiten van de centrale overheid. De stelling van Kerkrade dat uit de wetsgeschiedenis van deze bepaling volgt dat de wetgever kennelijk heeft beoogd een zodanige beperking in de wet op te nemen, kan, wat daar ook van zij, daaraan niet afdoen, gelet op de duidelijke en niet voor meerdere uitleg vatbare tekst van deze wetsbepaling. Voor zover Kerkrade wijst op de uitspraken van de Afdeling van 17 juni 2009 in zaak nr. 200901661/1/R3 en van 4 november 2009 in zaak nr. 200901313/1/H2 (www.raadvanstate.nl) waarin volgens Kerkrade de bedoeling

van de wetgever volgens de parlementaire geschiedenis prevaleerde boven de tekst van de wet, ziet de Afdeling daarin geen aanleiding voor een ander oordeel, nu deze uitspraken betrekking hebben op redelijke wetsuitlegging van overgangsbepalingen in specifieke gevallen.

2.4. Voorts brengt Kerkrade naar voren dat het besluit van 8 oktober 2010 is gericht aan een open groep (rechts)personen, waartoe ook de gemeente Kerkrade moet worden gerekend, nu de in het besluit voorziene Buitenring Parkstad deels is voorzien op gronden die in eigendom aan de gemeente Kerkrade toebehoren.

2.4.1. De Afdeling ziet geen aanleiding voor het oordeel dat het inpassingsplan moet worden aangemerkt als een besluit dat is gericht aan Kerkrade. Daarbij betreft de Afdeling dat de vaststelling van een inpassingsplan een ambtshalve bevoegdheid is van provinciale staten en dit plan geen geadresseerden kent.

2.5. Voorts stelt Kerkrade dat haar in strijd met artikel 13 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM), in relatie tot artikel 1 van het Eerste Protocol bij dat Verdrag, ten onrechte de toegang tot de rechter wordt onthouden.

2.5.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in onder meer de uitspraak van 29 april 2008 in zaak nr. 200707109/1 (www.raadvanstate.nl) is het EVRM niet van toepassing op een geschil tussen overheden. Daarbij acht de Afdeling van belang dat de in het EVRM opgenomen rechten niet zijn geschreven voor de overheid en daarmee ook niet voor de decentrale overheid. Dit blijkt uit tekst, systeem en strekking van het EVRM. Voor de afbakening van wie als rechtssubjecten – (potentieel) rechthebbenden ter zake van EVRM-rechten – hebben te gelden, dient artikel 34 van het EVRM als uitgangspunt te worden genomen. Uit vaste jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het EHRM) (onder meer de beslissing van 9 november 2010 inzake *Demirbaş en anderen tegen Turkije*, zaak nr. 1093/08 en verder; www.echr.coe.int) volgt dat decentrale overheden geen partij zijn als bedoeld in die bepaling. Alleen partijen als bedoeld in artikel 34 van het EVRM, die bij het EHRM kunnen klagen over verdragschending, kunnen rechthebbenden zijn in de zin van de EVRM-rechten. Een andere opvatting zou met zich brengen, dat bepaalde publiekrechtelijke rechtspersonen of hun organen weliswaar een beroep kunnen doen op EVRM-rechten, maar dit niet in een procedure bij het EHRM kunnen afdwingen. Een dergelijk uiteenlopen van formele proceduremogelijkheden en materiële rechten acht de

Afdeling onverenigbaar met het stelsel van het EVRM.

2.6. Wat betreft het beroep van Kerkrade op het Europees Handvest inzake lokale autonomie (hierna: het Handvest) (*Trb.* 1987, 63) overweegt de Afdeling dat aan artikel 11 van het Handvest ter zake geen aanspraak kan worden ontleend, reeds omdat in artikel 2 van de goedkeuringswet van 10 oktober 1990 (*Stb.* 1990, 546) is bepaald dat het Koninkrijk zich niet gebonden zal achten aan het bepaalde in artikel 11 van dat Handvest. Voorts worden naar het oordeel van de Afdeling in de artikelen 2 en 3 van het Handvest niet zodanig gepreciseerde normen gegeven dat deze naar hun inhoud voor rechtstreekse toepassing vatbaar zijn en een ieder kunnen verbinden als bedoeld in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet.

2.7. Verder is volgens Kerkrade sprake van strijd met artikel 9, derde en vierde lid, van het Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak in besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden van 25 juni 1998 (hierna: het Verdrag van Aarhus). Daarbij wijst Kerkrade erop dat zij gronden bezit in het plangebied en dat in het plangebied op diverse locaties 'natuur' wordt wegbestemd en vervangen door de bestemming 'agrarisch met waarden'. Voorts stelt zij dat artikel 9, derde lid, van het Verdrag van Aarhus rechtstreekse werking heeft.

2.7.1. Ingevolge artikel 2, tweede lid, aanhef en onder a van het Verdrag van Aarhus wordt voor de toepassing van dit Verdrag onder 'overheidsinstantie' verstaan overheid op nationaal, regionaal of ander niveau. Ingevolge artikel 2, vierde lid, wordt onder 'het publiek' verstaan een of meer natuurlijke of rechtspersonen en, in overeenstemming met nationale wetgeving of praktijk, hun verenigingen, organisaties of groepen; Artikel 9, tweede lid, bepaalt dat elke partij, binnen het kader van haar nationale wetgeving, waarborgt dat (a) leden van het betrokken publiek, die een voldoende belang hebben, dan wel (b) stellen dat inbreuk is gemaakt op een recht, wanneer het bestuursprocesrecht van een Partij dit als voorwaarde stelt, toegang hebben tot een herzieningsprocedure voor een rechtelijke instantie en/of een ander bij wet ingesteld onafhankelijk en onpartijdig orgaan, om de materiële en formele rechtmatigheid te bestrijden van enig besluit, handelen of nalaten vallend onder de bepalingen van artikel 6.

Artikel 9, derde lid, bepaalt dat elke Partij aanvullend op en onverminderd de in het voorgaande eerste en tweede lid bedoelde herzieningsprocedures, waarborgt dat leden van het publiek, wanneer zij voldoen aan de eventuele in haar nationale recht neergeleg-

de criteria, toegang hebben tot bestuursrechtelijke of rechtelijke procedures om het handelen en nalaten van privé-personen en overheidsinstanties te betwisten die strijdig zijn met bepalingen van haar nationale recht betreffende het milieu.

Artikel 9, vierde lid, bepaalt dat aanvullend op en onverminderd het voorgaande eerste lid, de in het voorgaande eerste, tweede en derde lid bedoelde procedures voorzien in passende en doeltreffende middelen, met inbegrip van, zo nodig, een dwangmiddel tot rechtsherstel en zijn zij billijk, snel en niet onevenredig kostbaar. Beslissingen ingevolge dit artikel zijn schriftelijk of worden schriftelijk vastgelegd. Beslissingen van rechterlijke instanties, en waar mogelijk van andere organen, zijn voor het publiek toegankelijk.

2.7.2. Wat betreft het beroep van Kerkrade op artikel 9, vierde lid, van het Verdrag van Aarhus, overweegt de Afdeling als volgt.

Zowel Nederland als de Europese Unie zijn partij bij het Verdrag van Aarhus. Zoals de Afdeling heeft overwogen in haar uitspraak van 17 november 2010 in zaak nr.

201004771/1/M2 (www.raadvanstate.nl),

volgt uit het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (hierna: het Hof van Justitie) van 11 september 2007, in zaak C-431/05, *Merck Genéricos* (www.curia.europa.eu), dat in zo'n geval een rechtstreeks beroep op een regel van het Verdrag van Aarhus in een procedure bij de nationale rechter niet is toegestaan, indien die regel betrekking heeft op een gebied waarop de Europese Unie regelgevend is opgetreden.

Bij richtlijn 2003/35/EG is, ter uitvoering van de verplichtingen die voortvloeien uit onder meer artikel 9, tweede en vierde lid, van het Verdrag van Aarhus, richtlijn 85/337/EEG (hierna: de mer-richtlijn) aangepast door toevoeging van artikel 10bis. Nu de Europese Unie op dit gebied regelgevend is opgetreden, kan in dit geding geen rechtstreeks beroep op artikel 9, vierde lid, van het Verdrag van Aarhus, voor zover in samenhang met het tweede lid van die bepaling, worden gedaan, maar moet, met inachtneming van het hierna volgende, worden beoordeeld of het nationale recht in overeenstemming is met het ter zake vastgestelde recht van de Europese Unie.

2.7.3. Artikel 10bis van de mer-richtlijn bepaalt – kort weergegeven en voor zover hier van belang – dat leden van het betrokken publiek, in overeenstemming met het toepasselijke nationale rechtstelsel, in beroep kunnen gaan bij een rechtbank om de rechtmatigheid van enig besluit, vallend onder de bepalingen betreffende inspraak van het publiek van de richtlijn aan te vechten.

Voorts bepaalt artikel 10bis dat een dergelijke procedure eerlijk, billijk en snel moet zijn

en niet buitensporig kostbaar mag zijn.

De artikelen 5 tot en met 10 van de mer-richtlijn bevatten onder meer bepalingen betreffende de inspraak. Ingevolge artikel 4, eerste lid, zijn de in bijlage I genoemde projecten onderworpen aan deze bepalingen. In bijlage I is, na wijziging van de mer-richtlijn bij richtlijn 97/11/EG, onder meer de aanleg van een nieuwe weg met vier of meer rijstroken en een ononderbroken lengte van meer dan 10 kilometer genoemd. De weg waarop het inpassingsplan ziet bestaat uit vier rijstroken en heeft een lengte van ongeveer 26 kilometer, waarvan ongeveer 18 kilometer nieuw zal worden aangelegd en is dus een project waarop de bepalingen betreffende inspraak van toepassing zijn, zodat ingevolge artikel 10bis van de mer-richtlijn de rechtmatigheid van het inpassingsplan door leden van het betrokken publiek bij de rechter moet kunnen worden aangevochten.

2.7.4. Wanneer al moet worden geoordeeld dat Kerkrade kan worden aangemerkt als 'lid van het betrokken publiek' als bedoeld in artikel 10bis van de mer-richtlijn, moet de vraag worden beantwoord of artikel 1.4 van de Chw leidt tot strijd met deze verplichting. Dit is niet het geval, nu voor Kerkrade de rechtsgang naar de burgerlijke rechter open staat. Dat de procedure bij de burgerlijke rechter volgens Kerkrade voor haar niet de meest gunstige is, maakt niet dat een dergelijke procedure niet als eerlijk, billijk en snel en niet buitensporig kostbaar kan worden aangemerkt.

De Afdeling overweegt voorts onder verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie van 16 december 1976 in zaak 33/76, *Rewe* (www.eur-lex.europa.eu), dat vaststelling van de procesregels, zoals de regeling van de rechterlijke competentie, bij het ontbreken van een regeling ter zake in het Europese recht, een aangelegenheid van de nationale rechtsorde van Nederland is. Deze procesregels mogen, aldus het Hof, niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen. Toepassing van de procesregels moet enkel achterwege blijven indien deze regels, die in de context van de gehele procedure moeten worden gezien, het in praktijk onmogelijk zouden maken de rechten uit te oefenen die de nationale rechter verplicht is te handhaven, zo volgt uit arrest van het Hof van Justitie van 14 december 1995 in zaak nr.

C-312/39, *Peterbroeck* (www.eur-lex.europa.eu).

De nationale procesregels waaronder artikel 1.4 van de Chw gelden voor ieder beroep waarop afdeling 2 van hoofdstuk 1 van de Chw van toepassing is. Deze procedureregels zijn dus niet ongunstiger dan die voor soortgelijke nationale procedures, zoals in de zin van het arrest *Rewe* is vereist, nu zij gelden ongeacht of de beroepsgronden ontleend zijn aan het

nationale recht of het unierecht. Voorts maakt artikel 1.4 van de Chw het in praktijk niet onmogelijk voor Kerkrade om beroep als bedoeld in artikel 10bis van de mer-richtlijn in te stellen, omdat voor haar de rechtsgang naar de burgerlijke rechter open staat. Uit het unierechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming volgt voorts niet dat toezicht op de naleving van de verplichtingen voortvloeiend uit het Europese recht, dient te geschieden door de bestuursrechter. De Afdeling verwijst in dit verband naar analogie naar het arrest van het Hof van Justitie van 13 maart 2007, C 432/05, *Unibet*, punt 65 (www.eur-lex.europa.eu), waarin het Hof van Justitie heeft overwogen dat het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming van de door het unierecht aan de justitiabelen verleende rechten aldus moet worden uitgelegd dat het niet vereist dat er in de rechtsorde van een lidstaat een zelfstandig beroep bestaat dat ten principale ertoe strekt, de verenigbaarheid van nationale bepalingen met het unierecht te onderzoeken, wanneer andere effectieve rechtsmiddelen, die niet ongunstiger zijn dan die welke gelden voor soortgelijke nationale vorderingen, het mogelijk maken een dergelijke verenigbaarheid incidenteel te beoordelen. Nu Kerkrade op grond van artikel 1.4 van de Chw geen beroep kan instellen op grond van artikel 8.2 van de Wro, kan, om een rechterlijk oordeel over de rechtmatigheid van het inpassingsplan te verkrijgen, uitsluitend een vordering bij de burgerlijke rechter worden ingesteld. Ingevolge artikel 8:71 van de Awb, gelezen in samenhang met artikel 36, eerste lid, van de Wet op de Raad van State, is de burgerlijke rechter aan de in de vorige zin vervatte beslissing van de Afdeling gebonden, zodat effectieve rechtsbescherming is gewaarborgd. De Afdeling wijst voor dit oordeel op haar uitspraak van 31 maart 2010 in zaak nr. 200902395/1/M1 (www.raadvanstate.nl). Er is dan ook geen grond voor het oordeel dat artikel 1.4 van de Chw vanwege strijd met artikel 10bis van de mer-richtlijn buiten toepassing zou moeten blijven.

2.7.5. Wat betreft het beroep van Kerkrade op artikel 9, derde lid, van het Verdrag van Aarhus, overweegt de Afdeling als volgt.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in het arrest van 8 maart 2011 in zaak nr. C-240/09, *Lesoochranárske zoskupenie VLK* (www.eur-lex.europa.eu), geoordeeld dat artikel 9, derde lid, van het Verdrag van Aarhus naar het recht van de Unie geen rechtstreekse werking heeft. Daarbij overweegt het Hof dat de bepalingen van dat artikel geen duidelijke en nauwkeurig omschreven verplichting bevatten die de rechtspositie van particulieren rechtstreeks regelt en de uitvoering of werking van die bepaling een verdere hande-

ling behelst. Voorts heeft het Hof overwogen dat het aan de verwijzende rechter is om het nationale procesrecht ter zake van de voorwaarden voor het instellen van een bestuursrechtelijk beroep of beroep bij de rechter, zo veel mogelijk in overeenstemming met zowel de doelstellingen van artikel 9, derde lid, van dat Verdrag als de effectieve rechterlijke bescherming van de door het recht van de Unie verleende rechten uit te leggen, teneinde een milieuvereniging in staat te stellen bij de rechter op te komen tegen een na een bestuursrechtelijke procedure gevolgde beslissing die in strijd zou kunnen zijn met het milieurecht van de Unie.

2.7.6. De Afdeling is van oordeel, het vorenstaande in acht genomen, dat artikel 9, derde lid, van het Verdrag van Aarhus niet zodanig gepreciseerde normen geeft dat deze naar hun inhoud voor rechtstreekse toepassing vatbaar zijn en een ieder kunnen verbinden als bedoeld in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet.

2.7.7. Voor wat betreft de overweging in het arrest van 8 maart 2011 dat het aan de nationale rechter is om het nationale procesrecht ter zake van de voorwaarden voor het instellen van een bestuursrechtelijk beroep of beroep bij de rechter, zo veel mogelijk in overeenstemming met zowel de doelstellingen van artikel 9, derde lid, van dat Verdrag als de effectieve rechterlijke bescherming van de door het recht van de Unie verleende rechten uit te leggen, wordt als volgt overwogen. Wanneer al moet worden geoordeeld dat Kerkrade kan worden aangemerkt als 'het publiek', als bedoeld in artikel 2, vierde lid, van het Verdrag van Aarhus en niet als 'overheidsinstantie' als bedoeld in artikel 2, tweede lid, aanhef en onder a, van dat Verdrag en artikel 9, derde lid, van dat Verdrag moet worden geacht betrekking te hebben op een beroep als hier aan de orde, kan niet worden geconcludeerd dat de doelstellingen van artikel 9, derde lid, van het Verdrag van Aarhus zich verzetten tegen toepassing van artikel 1.4 van de Chw binnen het nationale procesrecht. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat artikel 9, derde lid, van het Verdrag van Aarhus expliciet bepaalt dat het recht van beroep mag worden onderworpen aan in het nationale recht gestelde criteria. Voor zover hierbij tevens artikel 9, vierde lid, van het Verdrag van Aarhus, dient te worden betrokken, ziet de Afdeling mede gelet op hetgeen hiervoor reeds is overwogen geen aanleiding om te oordelen dat de voor Kerkrade openstaande rechtsgang bij de burgerlijke rechter niet in overeenstemming is met hetgeen in die bepaling is opgenomen. Voorts wordt ten aanzien van de effectieve rechterlijke bescherming van de door het recht van de

Unie verleende rechten verwezen naar hetgeen hiervoor onder 2.7.4 is overwogen. Gelet op het vorenstaande, acht de Afdeling door de voor Kerkrade openstaande rechtsgang bij de burgerlijke rechter, een effectieve rechtsbescherming gewaarborgd.

2.8. Gelet op het voorgaande biedt hetgeen in verzet is aangevoerd geen grond om tot een ander oordeel te komen dan in de uitspraak, waarvan verzet, is vervat.

2.9. Het verzet is ongegrond. ●

Centrale Raad van Beroep

Deze rubriek wordt verzorgd door mr. A.B.J. van der Ham, vice-president van de Centrale Raad van Beroep, en mr. E.L. Benetreu, senior-gerechtsauditeur.

1598

15 juli 2011, nr. 08/1303 ZFW
(Simons, Van der Kade en De Vries)
LJN BR1934

Bijdrageplicht Zorgverzekeringswet voor gerechtigde op Nederlandse uitkering, wonend in een andere lidstaat. Geen keuze-recht. Vrij verkeer van personen. Verschil in behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen. Het besluit van Cvz om appellant op grond van art. 69 lid 1 Zvw aan te merken als verdragsgerechtigde en om op grond van art. 69 lid 2 Zvw een bijdrage in te houden op het AOW-pensioen van appellant houdt in rechte stand.

(Zvw art. 69; Verordening (EG) nr. 1408/71 art. 28 en 28bis)

Overwegingen

1.1. Appellant is geboren [in] 1939 en woont in Spanje. Hij ontvangt vanaf 1 juli 2004 een pensioen ingevolge de Algemene Ouderdomswet (hierna: AOW). Sinds 1 januari 2003 is appellant voor ziektekosten verzekerd bij de Duitse verzekeringsmaatschappij Union Kranken Versicherung. Ingevolge de – met ingang van 1 januari 2006 in werking getreden – Zorgverzekeringswet (hierna: Zvw) is appellant door Cvz op grond van artikel 69, eerste lid, van de Zvw als verdragsgerechtigde aangemerkt en heeft hij op grond van verordening (EEG) nr. 1408/71 (hierna: Vo 1408/71) recht op zorg in het woonland (Spanje), ten laste van Nederland (het pensioenland). Voor dit recht op zorg is ingevolge artikel 69, tweede lid, van de Zvw een bijdrage verschuldigd, die door Cvz is ingehouden op het AOW-pensioen van appellant. Hierbij is een zogeheten woonlandfactor toegepast

(vgl. de uitspraak van de Raad van 26 augustus 2009, LJN BJ6362). Appellant heeft een E 121-formulier ontvangen om zich te laten inschrijven bij het bevoegde orgaan van zijn woonplaats. Appellant heeft echter zijn Duitse particuliere verzekering behouden en geweigerd zich te laten inschrijven bij het bevoegde orgaan van de woonplaats. Appellant stelt dat hij er als gevolg van de inhouding 5% in inkomen op achteruit is gegaan.

1.2. Voor de overige in deze zaak van belang zijnde feiten verwijst de Raad naar het verzoek van 26 augustus 2009.

1.3. Voor de toepasselijke regelgeving verwijst de Raad naar het verzoek van 26 augustus 2009 en het arrest van 14 oktober 2010.

2. Tussen partijen is in geschil of Cvz vanaf 1 januari 2006 ingevolge artikel 69 van de Zvw in verbinding met artikel 33 van Vo 1408/71 een bijdrage heeft mogen inhouden op het AOW-pensioen van appellant, op de grond dat hij ingevolge de artikelen 28 of 28bis van Vo 1408/71 recht heeft op verlening van verstrekkingen bij ziekte in zijn woonland ten laste van Nederland, ook al is hij niet ingeschreven ingevolge artikel 29 van verordening (EEG) nr. 574/72 (Vo 574/72) bij het bevoegde orgaan van zijn woonland en bijgevolg ook geen aanspraak zou maken op deze verstrekkingen. Daarbij betwist appellant niet dat hij onder de werkingssfeer van de artikelen 28 of 28bis van Vo 1408/71 valt. Appellant heeft zich echter op het standpunt gesteld dat hij een keuze-recht heeft om zich al dan niet te onderwerpen aan de werkingssfeer van de artikelen 28 en 28bis van Vo 1408/71 en vervolgens, indien een dergelijk keuzerecht moet worden uitgesloten, dat met de inhouding van de bijdrage het vrije verkeer van burgers van de Europese Unie (hierna: EU) op een niet te rechtvaardigen wijze wordt belemmerd.

3.1. De eerste door de Raad aan het Hof voorgelegde prejudiciële vraag heeft betrekking op het keuzerecht.

3.2. Daarover heeft het Hof overwogen dat de bepalingen van Vo 1408/71 die betrekking hebben op de vaststelling van de toepasselijke wettelijke regeling, een volledig stelsel van conflictregels vormen, welke conflictregels dwingend gelden voor de lidstaten. Het is daardoor uitgesloten dat de sociaal verzekerden op wie die regels van toepassing zijn, de gevolgen ervan teniet kunnen doen doordat zij kunnen kiezen zich eraan te onttrekken door bijvoorbeeld na te laten zich overeenkomstig artikel 29 van Vo 574/72 in te schrijven bij het bevoegde orgaan van de woonstaat. Deze inschrijving is immers slechts een administratieve formaliteit die moet worden vervuld om te verzekeren dat de verstrekkingen in de woonstaat krachtens de artikelen 28

en 28bis van Vo 1408/71 inderdaad worden toegekend. Eenzelfde betekenis moet volgens het Hof worden toegekend aan de punten 40, 47 en 53 van het arrest *Van der Duin* (zaak C-156/01). Bijgevolg komt het Hof tot het oordeel dat de artikelen 28 en 28bis van de Vo 1408/71 dwingend zijn voor de sociaal verzekerden die onder de werkingsfeer van deze bepalingen vallen. Het Hof overweegt voorts dat het verzuim om zich in te schrijven niet tot gevolg kan hebben dat deze sociaal verzekerden geen bijdragen hoeven te betalen in de lidstaat die hun pensioen of rente verschuldigd is, daar zij hoe dan ook ten laste blijven van deze laatste staat doordat zij zich niet aan de regeling van genoemde verordening kunnen onttrekken. De omstandigheid dat de verzekerde die zich niet inschrijft bij het bevoegde orgaan van de woonstaat en daardoor de betrokken verstrekkingen in die staat niet effectief kan ontvangen en dus geen kosten meebrengt die de pensioenlidstaat aan zijn woonstaat zou moeten vergoeden, doet volgens het Hof niet af aan het bestaan van het recht op die verstrekkingen en de daar tegenover staande verplichting aan de bevoegde organen van de lidstaat op grond van de wetgeving waarvan dat recht bestaat, de bijdragen te betalen die verschuldigd zijn als tegenprestatie voor het risico dat die staat draagt ingevolge de bepalingen van Vo 1408/71. Een dergelijke verplichting tot bijdragebetaling is (ook) volgens het Hof inherent aan het door de nationale socialezekerheidsstelsels toegepaste solidariteitsbeginsel.

3.3. Op grond van deze overwegingen heeft het Hof de eerste prejudiciële vraag als volgt beantwoord:

‘1. De artikelen 28, 28 bis en 33 van verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1992/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2006, juncto artikel 29 van verordening (EEG) nr. 574/72 van de Raad van 21 maart 1972 tot vaststelling van de wijze van toepassing van verordening (EEG) nr. 1408/71 betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op loontrekken en hun gezinnen, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 311/2007 van de Commissie van 19 maart 2007, moeten aldus worden uitgelegd dat daarmee niet onverenigbaar is een wettelijke regeling van een lidstaat zoals aan de orde in de hoofdgedingen, op grond waarvan een rechthebbende op pensioen of rente verschuldigd krachtens de wetgeving van die staat, die woont in een andere

lidstaat, waar hij krachtens voormelde artikelen 28 en 28 bis recht heeft op verlening van verstrekkingen bij ziekte door het bevoegde orgaan van die lidstaat, in de vorm van een inhouding op dat pensioen of die rente een bijdrage uit hoofde van die verstrekkingen moet betalen, ook al is hij niet ingeschreven bij het bevoegde orgaan van zijn woonstaat.’

3.4. Dit betekent dat het betoog van appellant met betrekking tot het keuzerecht niet slaagt.

4.1. De tweede door de Raad aan het Hof voorgelegde prejudiciële vraag heeft betrekking op het vrije verkeer van EU-burgers.

4.2.1. Daarover heeft het Hof allereerst overwogen dat de uitlegging van Vo 1408/71 in het antwoord op de eerste prejudiciële vraag, is gegeven onverminderd de oplossing die zou voortvloeien uit de eventuele toepasselijkheid van bepalingen van primair recht. In dat verband heeft het Hof vervolgens vastgesteld dat in de aan het Hof voorgelegde gedingen sprake is van personen die vallen onder artikel 21 van het EU-Werkingsverdrag (hierna: VWEU), op grond waarvan iedere EU-burger het recht heeft vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven, onder voorbehoud van de beperkingen en voorwaarden die bij het VWEU en de bepalingen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld. Onder verwijzing naar zijn vaste rechtspraak (onder andere het arrest *Von Chamier-Glisczinski*, zaak C-208/07) heeft het Hof verder overwogen dat een onderdaan van een lidstaat van de EU die zijn rechten op vrij verkeer wil uitoefenen, hierin niet mag worden ontmoedigd doordat zijn verblijf in een andere lidstaat wordt belemmerd door een regeling van zijn lidstaat van herkomst die hem benadeelt wegens het enkele feit dat hij deze rechten heeft uitgeoefend. Artikel 21 van het VWEU kan een verzekerde echter niet waarborgen dat verplaatsing naar een andere lidstaat voor de sociale zekerheid, onder meer voor prestaties bij ziekte, neutraal zal zijn. Rekening houdend met de verschillen tussen de stelsels en de wettelijke regelingen van de lidstaten op dit gebied kan een dergelijke verplaatsing, naargelang van het geval, op het gebied van de sociale bescherming voor de betrokken persoon meer of minder voordelig of onvoordelig zijn. De nationale wetgeving mag er echter niet zonder meer toe leiden dat sociale bijdragen worden betaald zonder dat daar een recht op prestaties tegenover staat. Hiervan is volgens het Hof geen sprake, omdat tegenover de bijdragebetaling in Nederland een recht wordt gegeven op verlening van verstrekkingen in de woonstaat van de rechthebbenden ten laste van Nederland. Het Hof heeft voorts vastgesteld dat de aan de orde zijnde nationale wetgeving, overeenkomstig de regels van Vo 1408/71 waarin is bepaald dat rechthebbenden op pensioen of

rente die geen ingezetenen zijn, recht hebben op verstrekkingen bij ziekte in het kader van de wetgeving van hun woonstaat, het vrije verkeer van EU-burgers veeleer vergemakkelijkt dan beperkt. Deze rechthebbenden hebben immers in hun woonstaat toegang tot zorg op gelijke voet als personen die bij het socialezekerheidsstelsel van die lidstaat zijn aangesloten. Dit geldt temeer, nu de bijdrage wordt berekend aan de hand van een woonlandfactor. Een verschil in niveau van bescherming tegen ziektekosten tussen de nationale socialezekerheidsstelsels van de lidstaten is, aldus het Hof, een gebrek aan harmonisatie en kan niet worden beschouwd als een onder artikel 21 van het VWEU vallende beperking.

4.2.2. Het Hof heeft hieraan echter toegevoegd dat een beperking van het vrije verkeer van EU-burgers in de zin van artikel 21, eerste lid, van het VWEU wel zou kunnen zijn gelegen in een ongerechtvaardigde verschillende behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen met betrekking tot de eindiging van rechtswege per 1 januari 2006 ingevolge artikel 2.5.2 van de Invoerings- en aanpassingswet Zorgverzekeringswet (hierna: IZVW) van de particuliere ziektekostenverzekeringen die voor de inwerkingtreding van de Zvw met in Nederland gevestigde verzekeringsmaatschappijen waren gesloten en de gevolgen daarvan voor het behoud van de globale dekking tegen ziektekosten. Het gevolg daarvan zou immers kunnen zijn dat rechthebbenden op pensioen of rente verschuldigd krachtens de Nederlandse wetgeving worden ontmoedigd hun woonplaats in een andere lidstaat dan Nederland aan te houden. Het Hof heeft in dat verband verder overwogen dat de nationale rechter dient te onderzoeken of sprake is van een dergelijke beperking in de zin van artikel 21 van het VWEU waarbij de rechter in het bijzonder rekening dient te houden met enkele door het Hof genoemde relevante elementen.

4.3. Op grond van deze overwegingen heeft het Hof de tweede prejudiciële vraag als volgt beantwoord: ‘2) Artikel 21 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan een wettelijke regeling van een lidstaat als aan de orde in de hoofdgedingen, op grond waarvan een rechthebbende op pensioen of rente verschuldigd krachtens de wetgeving van die staat, die woont in een andere lidstaat, waar hij krachtens de artikelen 28 en 28 bis van verordening nr. 1408/71, zoals gewijzigd bij verordening nr. 1992/2006, recht heeft op verlening van verstrekkingen bij ziekte door het bevoegde orgaan van die laatste lidstaat, in de vorm van een inhouding op dat pensioen of die rente een bijdrage uit hoofde van die verstrekkingen moet betalen, ook al is hij niet ingeschreven bij het

bevoegde orgaan van zijn woonstaat. Artikel 21 VWEU moet daarentegen aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een dergelijke nationale wettelijke regeling voor zover deze – hetgeen de verwijzende rechterlijke instantie moet uitmaken – een ongerechtvaardigd verschil in behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen teweegbrengt of inhoudt voor wat betreft het behoud van de globale dekking tegen ziektekosten die ingezetenen en niet-ingezetenen hadden in het kader van vóór de inwerking-treding van die wettelijke regeling gesloten verzekeringsovereenkomsten.

4.4. Uit de punten 81 tot en met 108 van het arrest van 14 oktober 2010 vloeit voort dat het inhouden van de bijdrage, bedoeld in artikel 69, tweede lid, van de Zvw, op zichzelf niet in strijd is met het vrije verkeer van EU-burgers. Uit de punten 109 tot en met 129 van het arrest van 14 oktober 2010, meer in het bijzonder de punten 109, 110 en 128, vloeit voort dat het door het Hof aan de nationale rechter opgedragen onderzoek uitsluitend betrekking heeft op het overgangsrecht op grond waarvan bij de invoering van de Zvw de Nederlandse particuliere ziektekostenverzekeringen (geheel of gedeeltelijk) zijn beëindigd. Achtergrond daarvan is dat de Nederlandse wetgever geen zeggenschap heeft en kan hebben ten aanzien van niet in Nederland gevestigde verzekeringsmaatschappijen. Nu appellant op 31 december 2005 geen particuliere ziektekostenverzekering had bij een in Nederland gevestigde verzekeringsmaatschappij, is een mogelijk verschil in behandeling als door het Hof bedoeld in de situatie van appellant niet aan de orde. Dit betekent dat ook het betoog van appellant met betrekking tot het vrije verkeer van EU-burgers niet slaagt.

5. De conclusie is dat het besluit van Cvz om appellant op grond van artikel 69, eerste lid, van de Zvw aan te merken als verdragsgerechtigde en om op grond van artikel 69, tweede lid, van de Zvw een bijdrage in te houden op het AOW-pensioen van appellant in rechte standhoudt, zodat de aangevallen uitspraak, waarin de rechtbank tot hetzelfde oordeel is gekomen, moet worden bevestigd. (...)

1599

15 juli 2011, nr. 08/6595 AKW enz.
(Van der Kade, De Vries en Simon)
LJN BR1905

Koppelingswetgeving. Langdurig verblijf in Nederland. Ingezetene. Zorgplicht voor in Nederland verblijvende kinderen. Algemene uitsluiting van kinderbijslag

geen evenredig middel. Het ontbreken van een verblijfstitel als in art. 6 lid 2 AKW bedoeld, kan onder omstandigheden niet langer in de weg staan aan toekenning van kinderbijslag.

Anders dan in eerdere rechtspraak is de Raad thans van mening dat de gerechtvaardigheid van de koppelingswetgeving zoals die gestalte heeft gekregen in art. 6 lid 2 AKW, niet opgaat voor ouders die met hun kind(eren) voor de overheid kenbaar al langere tijd in Nederland verblijven, waarvan in ieder geval een zekere tijd rechtmatig in de zin van art. 8, onderdeel f, g of h van de Vw, en inmiddels een zodanige band met Nederland hebben opgebouwd dat zij, mede met inachtneming van de arresten van de Hoge Raad van 21 januari 2011 (LJN BP1466) en 4 maart 2011 (LJN BP6285) geacht kunnen worden ingezetenen van Nederland te zijn. Voor ouders in deze omstandigheden die bovendien ten tijde in geding rechtmatig in Nederland verbleven, acht de Raad de in art. 6 lid 2 AKW neergelegde algemene uitsluiting van het recht op kinderbijslag op grond van hun verblijfsstatus geen evenredig middel om de doelstelling van de koppelingswetgeving te bereiken.

Hoewel de Nederlandse staat bedoelde personen niet tot zijn grondgebied heeft toegelaten, heeft hij welbewust aanvaard dat zij gedurende een geruime tijd in Nederland verblijven. Naast een uit art. 8 EVRM voortvloeiende zorgplicht om het recht op privé- en gezinsleven te beschermen, heeft de Nederlandse staat ook welbewust een zekere, uit het IVRK voortvloeiende zorgplicht ten opzichte van de kinderen van deze personen op zich genomen. Dit geldt in het bijzonder voor die gevallen waarin het verblijf zo langdurig is dat het gezin een duurzame band met Nederland heeft kunnen opbouwen en inmiddels onderdeel uitmaakt van de Nederlandse samenleving. De Raad verliest niet uit het oog dat op de ouders primair een eigen verantwoordelijkheid voor de opvoeding en ontwikkeling van hun kinderen rust, doch acht ook in het kader van de onderhavige beoordeling van belang dat de kinderbijslag is bedoeld ter ondersteuning in de kosten van het levensonderhoud van de hun ten laste komende kinderen. In dat verband dient ook een bijzonder gewicht te worden gehecht aan het eigen belang dat het kind bij deze uitkering heeft, indachtig dat bij de AKW de verbetering van de positie van het kind wordt nagestreefd.

(AKW art. 6 lid 2; EVRM art. 8; IVRK)

Overwegingen

1. Appellanten verblijven allen in Nederland en hebben kinderbijslag in de zin van de

Algemene Kinderbijslagwet (AKW) aangevraagd ten behoeve van hun eveneens in Nederland verblijvende kind of kinderen. Een aantal van de appellanten en hun kind(eren) verblijven al vele jaren in Nederland. Ten tijde in geding verbleven alle appellanten niet rechtmatig in Nederland in de zin van artikel 8, onder a tot en met e en l, van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw). Een aantal appellanten verbleef ten tijde in geding wel rechtmatig in Nederland in afwachting van een beslissing op een aanvraag om toelating, terwijl ingevolge de Vw dan wel op grond van een rechterlijke beschikking uitzetting achterwege dient te blijven totdat de aanvraag is besloten (artikel 8, onder f, g of h van de Vw). De SvB heeft bij op verschillende data afgegeven besluiten in alle zaken de aanvraag om kinderbijslag afgewezen omdat appellanten ingevolge artikel 6, tweede lid, van de AKW niet verzekerd zijn. (...)

4. De Raad komt tot de volgende beoordeling. 4.1. In artikel 6, tweede lid, van de AKW is het volgende bepaald: 'Niet verzekerd is de vreemdeling die niet rechtmatig in Nederland verblijf houdt in de zin van artikel 8, onder a tot en met e en l, van de Vreemdelingenwet 2000.'

4.2. Niet in geding is dat appellanten ten tijde in geding niet als verzekerden ingevolge het bepaalde in artikel 6, tweede lid, van de AKW konden worden aangemerkt, nu zij niet in het bezit waren van een verblijfstitel als daar genoemd.

4.3. Tussen partijen is in geschil of uit het internationale recht moet worden afgeleid dat appellanten niet mogen worden uitgesloten van de verzekering voor de AKW, op de grond dat zij niet beschikken over een verblijfstitel als in artikel 6, tweede lid, van de AKW genoemd.

4.4. Het is inmiddels vaste rechtspraak van het EHRM (zie onder meer punt 31 in het arrest Niedzwiecki) dat de staten door de toekenning van gezinsbijslag in staat zijn om hun respect voor het familie- en gezinsleven als bedoeld in artikel 8 van het EVRM te tonen en dat het recht op kinderbijslag derhalve binnen het bereik van artikel 8 van het EVRM valt.

4.5. In eerdere uitspraken (zie bijvoorbeeld de uitspraak van 22 december 2008, LJN BG8776) heeft de Raad overwogen dat het EHRM als de 'very essence' van het EVRM aanmerkt, respect voor menselijke waardigheid en menselijke vrijheid. Het in artikel 8 van het EVRM besloten liggende recht op respect voor het privé- en gezinsleven van een persoon omvat mede de fysieke en psychische integriteit van die persoon en is er primair op gericht, zonder inmenging van buitenaf, de ontwikkeling van de persoonlijkheid van elke persoon in zijn

betrekkingen tot anderen te waarborgen alsmede het gezinsleven te beschermen. Het artikel beoogt niet alleen de staten tot onthouding van inmenging te dwingen, maar kan onder omstandigheden ook inherente positieve verplichtingen meebrengen die noodzakelijk zijn voor een effectieve waarborg van het recht op privéleven en bescherming van het gezinsleven. Daarbij hebben kinderen en andere kwetsbare personen in het bijzonder recht op bescherming. Het EHRM heeft meermalen geoordeeld dat artikel 8 van het EVRM ook relevant is in zaken die betrekking hebben op de besteding van publieke middelen. Daarbij is wel van belang dat aan de Staat een extra ruime 'margin of appreciation' toekomt, terwijl het EHRM bij de bepaling van de bescherming die betrokkenen genieten onder het EVRM belang toekent aan de al dan niet legale status van het verblijf van betrokkene. De Raad wijst in dit verband onder meer op het arrest van het EHRM van 27 mei 2008, in de zaak *N. versus het Verenigd Koninkrijk*, nr. 26565/05 (EHRM 2008/91).

4.6. De Raad stelt vast dat in de situaties van appellanten niet is gebleken dat zij zijn belemmerd in het uitoefenen van hun gezinsleven. Weliswaar verkeerden appellanten met hun kind(eren) in een moeilijke situatie, maar niet kan worden gezegd dat de weigering van kinderbijslag tot effect had dat de normale ontwikkeling van het privé- en gezinsleven van appellanten en hun kinderen onmogelijk werd gemaakt. In de situaties van appellanten is geen sprake van een zodanige aantasting van de hierboven beschreven 'very essence' van het EVRM dat dit zou moeten leiden tot de positieve verplichting van de staat om kinderbijslag te verlenen. Slechts in zeer bijzondere omstandigheden leidt de toetsing aan artikel 8 van het EVRM tot de verplichting van de staat om een uitkering toe te kennen. Ook als artikel 8 van het EVRM mede wordt gezien in het licht van het IVRK en de overige door appellanten genoemde verdragsnormen kan naar het oordeel van de Raad in die omstandigheden in redelijkheid niet worden volgehouden dat de weigering van kinderbijslag op grond van de verblijfsstatus van appellanten geen blijk geeft van een 'fair balance' tussen de publieke belangen betrokken bij de weigering van kinderbijslag op de gronden waarop de koppelingswetgeving rust en de particuliere belangen van appellanten. Binnen dit kader acht de Raad tevens van belang dat de kinderbijslag weliswaar een belangrijke bron van inkomsten is om de opvoeding en ontwikkeling van de kinderen gestalte te geven, maar niet het karakter draagt van een laatste financieel vangnet zoals een uitkering ingevolge de Wet werk en bijstand. De Raad kan appellanten ook niet volgen in hun betoog, waarbij zij

hebben verwezen naar het arrest van het Gerechtshof 's-Gravenhage van 11 januari 2011 (*LJN BO9924*), nu in die zaak de huisvesting van kinderen in het geding was en daarmee de 'very essence' van het recht op privé- en gezinsleven. Van een ongerechtvaardigde schending van artikel 8 van het EVRM is dan ook naar het oordeel van de Raad geen sprake. De door appellanten genoemde arresten van het EHRM brengen de Raad niet tot een ander oordeel nu in die arresten, nog afgezien van het feit dat daar sprake is van een geheel ander feitencomplex, de negatieve verplichting van de staat aan de orde was om zich te onthouden van inmenging in het gezinsleven. 4.7. Ook het beroep op de diverse verdragsbepalingen en de verwijzing naar diverse stukken kunnen niet leiden tot een positieve verplichting van de staat om bij de toekenning van kinderbijslag af te zien van de eis van rechtmatig verblijf als neergelegd in artikel 6, tweede lid, van de AKW. Zie hiervoor hetgeen eerder is overwogen onder meer in de uitspraak van 22 december 2008 (*LJN BG8789*). Ook het beroep op het CERD en het VN-Vrouwenverdrag treft geen doel. Daargelaten de vraag of alle van de door appellanten ingeroepen verdragsbepalingen kunnen worden beschouwd als een ieder verbindende bepalingen als bedoeld in artikel 94 van de Grondwet en als zodanig rechtstreeks kunnen worden ingeroepen, vermag de Raad niet in te zien dat de afwijzing van de aanvraag om kinderbijslag op grond van de verblijfsstatus van appellanten een vorm van onderscheid is die wordt beschermd door een van deze verdragen.

4.8. Wat betreft het betoog van appellanten inhoudende dat met de uitsluiting van de verzekering voor de AKW op grond van hun verblijfsstatus een niet gerechtvaardigd onderscheid wordt gemaakt in de zin van artikel 8 in samenhang met artikel 14 van het EVRM, overweegt de Raad als volgt.

4.9. Uit de rechtspraak van het EHRM valt af te leiden dat het EVRM geen verplichting voor de staten bevat om een bepaalde uitkering in te stellen. Indien echter een staat ervoor kiest een uitkering in te stellen of een sociaal voordeel toe te kennen, moet bij de toekenning daarvan worden voldaan aan alle verplichtingen die uit het EVRM voortvloeien, waaronder de non-discriminatiebepaling neergelegd in artikel 14 van het verdrag. Zoals hierboven reeds is overwogen vallen kinderbijslaguiteringen binnen de reikwijdte van artikel 8 van het EVRM, hetgeen impliceert dat appellanten een beroep toekomt op het accessoire discriminatieverbod van artikel 14 van het EVRM. Een verschil in behandeling is voor de toepassing van artikel 14 van het EVRM discriminerend als er geen

objectieve rechtvaardigingsgronden voor het onderscheid zijn aan te wijzen. Hierbij is van belang of met het onderscheid een legitieme doelstelling wordt nagestreefd en of de gehanteerde middelen in een redelijke proportionaliteitsrelatie staan tot het nagestreefde doel. Volgens vaste jurisprudentie van het EHRM is een onderscheid op grond van nationaliteit slechts in overeenstemming met het EVRM als hiervoor zeer gewichtige redenen kunnen worden aangevoerd.

4.10. De Raad heeft in vele uitspraken (zie onder meer de uitspraken van 26 juni 2001, *LJN AB2324* en 24 januari 2006, *LJN AV0197*) geoordeeld dat in de koppelingswetgeving, waarbij aan vreemdelingen slechts onder bepaalde voorwaarden rechten worden verleend welke aan Nederlandse onderdanen zonder die voorwaarden worden toegekend, een onderscheid naar nationaliteit (en verblijfsstatus) aan de orde is dat verenigbaar is met de non-discriminatievoorschriften welke zijn neergelegd in onder andere artikel 26 van het IVBPR en artikel 14 van het EVRM. Ook voor de uitsluiting van de verzekering voor de AKW op grond van het ontbreken van een toegekende verblijfstitel heeft de Raad een afdoende rechtvaardiging aanwezig geacht. In het kader van deze toetsing heeft de Raad – ook tegen de achtergrond van het IVRK – de doelstelling van de koppelingswetgeving, te weten het wegnemen van de mogelijkheid om ondanks het ontbreken van een verblijfstitel aanspraak te maken op uitkeringen en verstrekkingen, hetgeen immers een aanzet kan vormen tot de voortzetting van in beginsel wederrechtelijk verblijf en uiteindelijk kan leiden tot een vorm van schijnlegaliteit wat de verblijfspositie betreft; dit mede ter ondersteuning van een consistent vreemdelingenbeleid, dat onder meer tot doel heeft degenen die geen toelating verkrijgen het land te doen verlaten, steeds aanvaardbaar geacht.

4.11. Voorts heeft de Raad steeds geoordeeld dat het in de koppelingswetgeving ter verwezenlijking van deze doelstelling gehanteerde middel, behoudens een categorie van overgangsgevallen, in het algemeen niet op bedenkingen stuit.

4.12. De Raad acht toepassing van artikel 6, tweede lid, van de AKW op ouders die niet rechtmatig in Nederland verblijven, ook tegen de achtergrond van artikel 8 van het EVRM en het IVRK, nog steeds in beginsel een evenredig middel ter verwezenlijking van de doelstelling van de koppelingswetgeving. Evenals eerder overwogen in de uitspraak van 24 januari 2006 kan het verstrekken van mogelijk langdurige uitkeringen aan in casu die ouders/verzorgers wier verblijf in Nederland op geen enkele wijze als rechtma-

tig kan worden bestempeld, de voortzetting van hun verblijf, hier te lande stimuleren, waardoor het Nederlandse vreemdelingenbeleid ernstig zou worden doorkruist.

4.13. Anders dan in eerdere rechtspraak (zie onder meer voornoemde uitspraak van 26 juni 2001) is de Raad echter thans van mening dat de gerechtvaardigheid van de koppelingwetgeving zoals die gestalte heeft gekregen in artikel 6, tweede lid, van de AKW, niet opgaat voor ouders die met hun kind(eren) voor de overheid kenbaar al lange tijd in Nederland verblijven, waarvan in ieder geval een zekere tijd rechtmatig in de zin van artikel 8, onder f, g of h van de Vw, en inmiddels een zodanige band met Nederland hebben opgebouwd dat zij, mede met inachtneming van de arresten van de Hoge Raad van 21 januari 2011 (*LJN BP1466*) en 4 maart 2011 (*LJN BP6285*) geacht kunnen worden ingezetenen van Nederland te zijn. Voor ouders in deze omstandigheden die bovendien ten tijde in geding rechtmatig in Nederland verbleven, acht de Raad de in artikel 6, tweede lid, van de AKW neergelegde algemene uitsluiting van het recht op kinderbijslag op grond van hun verblijfsstatus geen evenredig middel om de doelstelling van de koppelingwetgeving te bereiken.

4.14. De Raad overweegt daartoe het volgende. Hoewel de Nederlandse staat bedoelde personen niet tot zijn grondgebied heeft toegelaten, heeft hij welbewust aanvaard dat zij gedurende een geruime tijd in Nederland verblijven. Naast een uit artikel 8 van het EVRM voortvloeiende zorgplicht om het recht op privé- en gezinsleven te beschermen, heeft de Nederlandse staat ook welbewust een zekere, uit het IVRK voortvloeiende zorgplicht ten opzichte van de kinderen van deze personen op zich genomen. Dit geldt in het bijzonder voor die gevallen waarin het verblijf zo langdurig is dat het gezin een duurzame band met Nederland heeft kunnen opbouwen en inmiddels onderdeel uitmaakt van de Nederlandse samenleving. In dat verband heeft de Raad ook bij zijn beoordeling het arrest *Niedzwiecki* betrokken. Hoewel het in die zaak ging om het onderscheid tussen houders van twee verschillende categorieën toegekende verblijfsvergunningen en in casu een verschil in behandeling tussen vreemdelingen met verschillend type rechtmatig verblijf aan de orde is, ziet de Raad met betrekking tot de hiervoor bedoelde groep personen met een rechtmatige verblijfsstatus, ook onvoldoende rechtvaardiging voor het gemaakte (verblijfsrechtelijke) onderscheid.

4.15. De Raad verliest niet uit het oog dat op de ouders primair een eigen verantwoordelijkheid voor de opvoeding en ontwikkeling van hun kinderen rust, doch acht ook in het kader van de onderhavige beoordeling van

belang dat de kinderbijslag is bedoeld ter ondersteuning in de kosten van het levensonderhoud van de hun ten laste komende kinderen. In dat verband dient ook een bijzonder gewicht te worden gehecht aan het eigen belang dat het kind bij deze uitkering heeft, indachtig dat bij de AKW de verbetering van de positie van het kind wordt nagestreefd. De Raad acht in deze niet doorslaggevend dat aan het kind geen zelfstandige aanspraak op kinderbijslag toekomt. De Raad verwijst dienaangaande naar eerdere jurisprudentie (zie onder meer de uitspraak van 21 juli 2006, *LJN AY5560*) waarin de Raad als uitgangspunt heeft aanvaard dat criteria ter beoordeling van een aanspraak op uitkering die ten behoeve van een kind aan de ouders wordt toegekend ten aanzien van het kind zelf discriminerend kunnen zijn en dat dit moet worden meegewogen bij de beoordeling van de aanspraak van de ouder.

4.16. Uitgaande van de doelstellingen van de AKW en de bijzondere beschermwaardigheid van kinderen, mede bezien in het licht van de uit het IVRK voortvloeiende zorgplicht van de Nederlandse Staat die hij ten opzichte van deze in Nederland verblijvende kinderen op zich heeft genomen, concludeert de Raad dan ook dat de met de koppelingwetgeving nagestreefde doeleinden niet een zodanig gewicht in de schaal leggen dat voor de appellanten die verkeren in de in 4.13 bedoelde omstandigheden, aan onverkorte toepassing van artikel 6, tweede lid, van de AKW moet worden vastgehouden. Het ontbreken van een verblijfstitel als in artikel 6, tweede lid van de AKW bedoeld, kan derhalve niet aan deze groep worden tegengeworpen.

4.17. Het vorenstaande betekent dat de Svb zal worden opgedragen met inachtneming van deze uitspraak nieuwe besluiten op bezwaar te nemen met betrekking tot appellanten die ten tijde in geding rechtmatig in Nederland verbleven doch (nog) niet tot Nederland waren toegelaten, waarbij dient te worden bezien of deze appellanten in de onder 4.13 beschreven omstandigheden verkeren. (...) ●

1600

18 juli 2011, nr. 09/3652 en 09/6634 AW (Treffers, Kraan en Van de Griend)
LJN BR0265

Minder dan vier weken jaarlijkse vakantie bij ziekte is strijdig met EU-recht. Ambtenaarrechtelijke rechtspositieregelingen die bij ziekte de opbouw van het recht op vakantie beperken zonder minimum waarborg van vier weken, zijn in strijd met het EU-recht. Bepalingen in ambtenaar-

rechtelijke rechtspositieregelingen die de opbouw van het recht op vakantie beperken bij ziekte zijn niet in overeenstemming met art. 7 Richtlijn 2003/88/EG; althans voor zover daarbij niet is gewaarborgd dat de werknemer recht heeft op een jaarlijkse vakantie met behoud van loon van ten minste vier weken. Nu een werknemer naar het oordeel van de Centrale Raad van Beroep een rechtstreeks beroep kan doen op art. 7 Richtlijn 2003/88/EG en een waarborg als hiervoor genoemd ontbreekt, zijn die bepalingen in strijd met het EU-recht. De Centrale Raad van Beroep baseert zijn oordeel mede op de door het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof) in zijn arrest van 20 januari 2009, nr. C-350/06 en C-520/06, NJ 2009/252 (*Schultz-Hoff e.a.*), gegeven uitleg van art. 7 Richtlijn 2003/88/EG. Uit dat arrest van het Hof volgt dat art. 7 Richtlijn 2003/88/EG zo moet worden uitgelegd dat deze bepaling aan alle werknemers ook bij ziekte per jaar een vakantie van in ieder geval vier weken met behoud van loon garandeert.

Zie ook de uitspraken van CRvB 18 juli 2007 in de zaken 10/3400 AW, LJN BR0267 en 10/3063 en 10/3123 AW, LJN BR0268.

(Richtlijn 93/104/EG van het Europees Parlement en de Raad art. 7; Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad art. 7)

Overwegingen

4. Naar aanleiding van hetgeen partijen in hoger beroep naar voren hebben gebracht, overweegt de Raad het volgende.

4.1. Nu de rechtbank heeft geoordeeld dat appellant opnieuw diende te beslissen over de omvang van de niet opgenomen vakantie-uren die betrokkene kan overboeken naar de kalenderjaren 2004 en 2005 en alleen appellant hoger beroep heeft ingesteld tegen het onder 2.2 en 2.3 weergegeven oordeel van de rechtbank, is het geding in hoger beroep beperkt tot de omvang van de niet opgenomen vakantie-uren die betrokkene kan overboeken naar de kalenderjaren 2004 en 2005. Dit betekent dat de rechtsstrijd in hoger beroep zich niet uitstrekt tot de over de jaren 2001 en 2002 niet opgenomen (naar 2002 respectievelijk 2003 over te boeken) vakantie-uren.

4.2. Artikel 22 van het ARAR, zoals deze bepaling luidde ten tijde in geding, voorziet in een jaarlijkse aanspraak op vakantie met behoud van de volle bezoldiging welke voor een ambtenaar met een volledige werktijd (gemiddeld 36 werkuren per week) in beginsel – afgezien van een eventuele leeftijdsafhankelijke verhoging – 165,6 uren per kalenderjaar bedraagt. In artikel 22 van het ARAR ligt daarnaast besloten dat de ambtenaar die

langer dan 26 weken arbeidsongeschikt is geen aanspraak heeft op deze vakantie met behoud van de volle bezoldiging. In artikel 23 van het ARAR is neergelegd dat de ambtenaar indien voor hem een volledige werktijd geldt in elk kalenderjaar ten minste 108 uur vakantie dient op te nemen en tot in evenredigheid lagere getallen indien voor hem een onvolledige werktijd geldt. Uit artikel 23 van het ARAR volgt voorts dat niet-opgenomen vakantie, waaronder eventuele van vorige jaren overgeboekte vakantie, in beginsel wordt overgeboekt naar het volgende kalenderjaar tot een maximum van de aanspraak van de ambtenaar over een vol kalenderjaar, verminderd met de in elk kalenderjaar minimaal op te nemen vakantie.

4.3. Het onderhavige geschil wordt gedeeltelijk beheerst door richtlijn 93/104/EG van de Raad van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (PB L 307, p. 18), hierna: Richtlijn 93/104. Richtlijn 93/104 is met ingang van 2 augustus 2004 ingetrokken en vervangen door richtlijn 2003/88. Artikel 7 van richtlijn 93/104 is ongewijzigd overgenomen in artikel 7 van Richtlijn 2003/88.

4.4. De Raad stelt voorop dat blijkens de tekst van artikel 7, eerste lid, van richtlijn 2003/88, van welke bepaling volgens deze richtlijn niet kan worden afgeweken, elke werknemer recht heeft op een jaarlijkse vakantie met behoud van loon van ten minste vier weken. In het arrest *Schultz-Hoff e.a.* heeft het Hof onder meer overwogen (punt 43) dat artikel 7, eerste lid, van richtlijn 2003/88 in beginsel niet in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling die voorwaarden stelt voor de uitoefening van het uitdrukkelijk door deze richtlijn verleende recht op jaarlijkse vakantie, zelfs met inbegrip van het verlies van dit recht aan het einde van een referentieperiode of een overdrachtsperiode, mits de werknemer wiens recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon verloren gaat, daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om van het hem door de richtlijn verleende recht gebruik te maken. Voorts vervalt het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon niet aan het einde van de referentieperiode en/of van een naar nationaal recht vastgestelde overdrachtsperiode, wanneer de werknemer met ziekteverlof is geweest tijdens de gehele referentieperiode of een deel ervan en niet daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om van dit hem door richtlijn 2003/88 verleende recht gebruik te maken (zie arrest *Schultz-Hoff e.a.*, punt 55).

4.5. De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft naar aanleiding van het arrest *Schultz-Hoff e.a.* bij circulaire van 4 februari 2010 (kenmerk: 2010-000074965; hierna: circulaire) een tijdelijke gedragslijn

bekend gemaakt. Aan de circulaire ontleent de Raad onder meer het volgende: 'In deze circulaire wordt een werkwijze gegeven voor vakantie bij langdurige ziekte, aanvullend op artikelen 22 en 23 van het Algemeen Rijksambtenarenreglement (...). Reden hiervoor is het zogenoemde *Schultz-Stringer* arrest van het Europese Hof van Justitie (...). Ter bevordering van een uniforme uitleg en toepassing binnen de sector Rijk wordt in deze circulaire beschreven op welke wijze – vooruitlopend op een toekomstige aanpassing van het ARAR (...) – in lijn met het arrest *Schultz-Stringer* moet worden gehandeld.' (...) 'Het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid inventariseert de gevolgen van de uitspraak met betrekking tot het Burgerlijk Wetboek. Dit wordt afgewacht alvorens artikelen 22 en 23 van het ARAR (...) aan te passen. In deze circulaire wordt een werkwijze vastgesteld aanvullend op artikelen 22 en 23 van het ARAR (...), in lijn met het arrest *Schultz-Stringer*, totdat duidelijkheid is over een wijziging van het ARAR (...)' (...) 'De werkwijze houdt stapsgewijs het volgende in:

1. artikelen 22 en 23 ARAR (...) worden in beginsel toegepast en dat betekent bij langdurige ziekte dat de vakantieopbouw stopt na 26 weken ziekte en dat het aantal over te boeken vakantie-uren naar een volgend kalenderjaar beperkt is;
2. een langdurig zieke ambtenaar wordt zoveel mogelijk – in het lopende jaar – in de gelegenheid gesteld zijn vakantie van ten minste vier weken te gebruiken om zodoende in staat te worden gesteld uit te rusten en over een periode van ontspanning en vrije tijd te beschikken. Dit moet in overleg met de bedrijfsarts worden vastgesteld. Deze periode van vakantie tijdens ziekte komt niet ten koste van de opgebouwde vakantie maar moet wel worden geregistreerd;
3. is vakantie in het lopende jaar niet mogelijk om medische redenen, dan moet de ambtenaar in de gelegenheid worden gesteld in het daaropvolgende jaar zijn vakantie te gebruiken;
4. indien de ambtenaar is hersteld en hij is gedurende de ziekteperiode om medische redenen niet in de gelegenheid geweest om vier weken vakantie per jaar te gebruiken, dan dient bij toepassing van artikel 23, zevende lid, ARAR (...) – het overboeken van vakantie naar een volgend kalenderjaar – vast te worden gesteld of er reden is om bij de betrokken ambtenaar meer vakantie-uren over te boeken naar het volgende kalenderjaar en zo ja in welke mate (...);'
- 4.6. De Raad kan, gelet op de circulaire, niet anders oordelen dan dat de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

inmiddels de opvatting is toegedaan dat de artikelen 22 en 23 van het ARAR (en de daarop gebaseerde uitvoeringspraktijk) niet in lijn zijn met de richtlijn 2003/88, zoals die richtlijn conform het arrest *Schultz-Hoff e.a.* moet worden uitgelegd. Anders dan de minister kennelijk veronderstelt is hij bij de uitleg en toepassing van de bepalingen van het ARAR gebonden aan deze in de circulaire besloten liggende gewijzigde opvatting. De Raad is dan ook met de rechtbank, zij het op andere gronden, van oordeel dat het bestreden besluit een voldoende draagkrachtige motivering ontbeert. De rechtbank heeft het bestreden besluit dus terecht niet in stand gelaten. De Raad zal niet tegemoet komen aan de ter zitting namens de minister uitsproken wens om (niettemin) een oordeel van de Raad te verkrijgen over de principiële vraag of de in het ARAR (en de daarop gebaseerde uitvoeringspraktijk) neergelegde systematiek in overeenstemming is met richtlijn 2003/88.

4.7. De Raad is voorts van oordeel dat appellant onvoldoende feitelijke gegevens heeft aangedragen ter onderbouwing van zijn stelling dat betrokkene tijdens zijn ziekteverlof daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om van het hem door de richtlijn verleende recht gebruik te maken.

5. Het vorenstaande betekent dat de aangevallen uitspraak moet worden bevestigd voor zover door appellant aangevochten, zodat de Raad toekomt aan de ter uitvoering van de aangevallen uitspraak genomen nieuwe beslissing op bezwaar van 29 oktober 2009, die de Raad met overeenkomstige toepassing van artikel 6:19 van de Awb in de beoordeling zal betrekken. (...) •

1601

10 augustus 2011, nr. 10/5286 INBURG, 10/5287 INBURG, 10/6121 INBURG, 10/6122 INBURG
(Mrs. Simons, Van der Kade, De Vries)
I/JN BR4701

De minister is niet het bestuursorgaan als bedoeld in art. 18 Berw. In art. 1:2 lid 2 Awb is bepaald dat ten aanzien van bestuursorganen de hun toevertrouwde belangen als hun belangen worden beschouwd. De memorie van toelichting bij art. 1:2 lid 2 Awb stelt voorop dat beoogd wordt veilig te stellen dat aan bestuursorganen die ambts-halve belangen hebben te behartigen die bij een besluit van een ander bestuursorgaan (rechtstreeks) zijn betrokken, dezelfde rechten toekomen als een degenen die bedoeld zijn in art. 1:2 lid 1 Awb. Er valt echter in de Wet inburgering geen bepaling aan te

wijzen op grond waarvan moet worden geoordeeld dat bij de in beroep bij de rechtbanken bestreden besluiten van de verschillende colleges van B&W belangen zijn betrokken die aan de Minister op grond van de Wet inburgering zijn toevertrouwd (art. 1:2 Awb; art. 18 Berw; WIN). (...)

Overwegingen

6.1. De Raad ziet zich, ambtshalve, gesteld voor de vraag naar de ontvankelijkheid van de hoger beroepen.

6.2. In artikel 18, eerste lid, van de Beroepswet is, voor zover hier van belang, bepaald dat een belanghebbende en het bestuursorgaan (dat wil zeggen: het bestuursorgaan dat het in beroep bij de rechtbank bestreden besluit heeft genomen) hoger beroep kunnen instellen.

6.3. Buiten twijfel is dat appelland hier niet het bestuursorgaan is. Dat zijn de betrokken Colleges van burgemeester en wethouders.

6.4. Ingevolge artikel 1:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) wordt onder belanghebbende verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. In artikel 1:2, tweede lid, van de Awb is bepaald dat ten aanzien van bestuursorganen de hun toevertrouwde belangen als hun belangen worden beschouwd.

6.5. Met verwijzing naar de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in dezen (onder andere neergelegd in de uitspraak van 11 februari 2009, *LJN BH2536*, overweging 2.2), overweegt de Raad dat in de memorie van toelichting bij artikel 1:2, tweede lid, van de Awb is vermeld dat de vraag of kan worden gesproken van een aan een bestuursorgaan als zodanig toevertrouwd belang, moet worden beoordeeld aan de hand van de taken die aan het bestuursorgaan in kwestie zijn opgedragen. Daarvoor is in de eerste plaats de wetgeving (in dit geval: de Wi) bepalend, waaruit voor

sommige bestuursorganen ruime en voor andere bestuursorganen beperkte takenpakketten afleidbaar zijn. De Raad voegt daaraan toe, dat de memorie van toelichting vooropstelt dat artikel 1:2, tweede lid, van de Awb beoogt veilig te stellen dat aan bestuursorganen die ambtshalve belangen hebben te behartigen die bij een besluit van een ander bestuursorgaan (rechtstreeks) zijn betrokken, dezelfde rechten toekomen als aan degenen die bedoeld zijn in artikel 1:2, eerste lid, van de Awb (vgl. *Parl. Gesch. Awb I*, blz. 149).

6.6. Er valt in de Wi geen bepaling aan te wijzen op grond waarvan moet worden geoordeeld dat bij de in beroep bij de rechtbanken bestreden besluiten van de bevoegde Colleges van burgemeester en wethouders belangen zijn betrokken die aan appelland ingevolge de Wi zijn toevertrouwd. Dat appelland besluiten neemt met betrekking tot de overheids-certificering (hoofdstuk 3 van de Wi), het inburgeringsexamen (hoofdstuk 4 van de Wi) en de facilitering (hoofdstuk 5 van de Wi) en taken heeft in het kader van de informatiebepalingen (hoofdstuk 7 van de Wi) en de evaluatie (artikel 71 van de Wi) is onvoldoende om te kunnen spreken van hem toevertrouwde belangen in relatie tot de door de Colleges van burgemeester en wethouders uitgeoefende, in de Wi aan hen geattribueerde bevoegdheden.

6.7. Het gegeven dat appelland als medewetgever bij de Wi is betrokken en voorts op grond van verschillende bepalingen in de Wi bevoegd is om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen en beleidsregels vast te stellen, leidt evenmin tot het oordeel dat appelland belanghebbende is bij de in beroep bij de rechtbanken bestreden besluiten. Een andersluidend oordeel zou leiden tot het verstrekken, en het in het stelsel van rechtsbescherming zoals dat sinds 1 januari 1994 geldt niet passende,

gevolg dat het (bestuurs)orgaan dat betrokken is bij de regelgeving op een bepaald beleidsterrein altijd (ook) belanghebbende is in procedures waarin de rechtmatigheid van een op grond van die regelgeving genomen besluit aan de orde is.

6.8. De verwijzing naar de uitspraak van de Raad van 31 maart 2006, *LJN AV8198*, overweging 7, baat appelland niet. In die uitspraak oordeelde de Raad dat de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, (hierna: Staatssecretaris) als het bestuursorgaan dat het – niet wettelijke geregelde – bovenregionale vervoer van gehandicapten aan zich heeft getrokken, moet worden aangemerkt als belanghebbende bij de krachtens een privaatrechtelijke overeenkomst tussen de Staat (vertegenwoordigd door de Staatssecretaris) en Argonaut B.V. door Argonaut B.V. genomen besluiten. Dat deze besluiten niet zijn genomen door de Staatssecretaris zelf maar door een ander bestuursorgaan maakt dit niet anders. Voor de goede orde voegt de Raad daaraan thans toe, dat dit ook (en juist) zo is omdat er – anders dan in de Wi – voor het bovenregionale vervoer van gehandicapten geen wettelijke bevoegdheidstoedeling bestaat en de Staatssecretaris dus ook had kunnen kiezen voor een stelsel waarin de nu aan Argonaut B.V. opgedragen besluiten door de Staatssecretaris zelf worden genomen. Deze benadering spoort met de vermelding in de memorie van toelichting bij artikel 1:2, tweede lid, van de Awb dat in geval van delegatie van bevoegdheden daaruit kan worden afgeleid dat sprake is van het toevertrouwd zijn van een belang aan het delegerende bestuursorgaan (vgl. *Parl. Gesch. Awb I*, blz. 149). Die situatie komt materieel overeen met de verhouding tussen de Staatssecretaris en Argonaut B.V.

6.9. Uit het onder 6.2 tot en met 6.8 overwogene volgt dat de hoger beroepen niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. ●

Geen blad voor de mond



In *Geen blad voor de mond* schrijft Ybo Buruma over de eerlijkheid van opsporingsonderzoek, de betrouwbaarheid van rechterlijke oordelen en het vertrouwen in de rechtspleging. Waar houdt de strafrechtspleging zich nu eigenlijk mee bezig? En wat gaat er zo nu en dan mis? Buruma heeft diepgaand onderzoek gedaan naar illegale opsporingsmethoden en dubieuze veroordelingen. Maar waarom heeft hij dan nog steeds vertrouwen in de kwaliteit van het werk van politie, Openbaar Ministerie en rechterlijke macht? Buruma waarschuwt tegen een te hoge zuurgraad. Ook in het strafrecht dreigt een cultuur van indekken en wantrouwen. Maar het is juist de daaruit voortvloeiende bureaucratie die het grootste gevaar oplevert. We luisteren dan immers niet meer naar de slachtoffers en de verdachten of naar de functionarissen in de frontline. Controle is goed, maar vertrouwen is beter, zo luidt de boodschap in dit boek. De inleiding van het boek is een uitgewerkte versie van de afscheidsrede die Buruma op 25 augustus 2011 hield aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Het boek bevat diverse essays gegroepeerd onder de noemers: Rechters onder vuur, Betrouwbaarheid van het bewijs, Rechtmatig opsporen, Faire vervolging, Menselijke bestraffing en Rechtspolitiek. •

Ybo Buruma

Uitgeverij Prometheus/Bert Bakker 2011, 336 p., € 19,95
ISBN 9789035136960

Video in de operatiekamer vanuit gezondheidsrechtelijk perspectief

Patiëntveiligheid heeft een hoge prioriteit in de gezondheidszorg. Daarbij is de aandacht ook gericht op verbetering van de veiligheid in de operatiekamer. De Technische Universiteit Delft doet – in samenwerking met het Nederlands Instituut voor Wetenschappelijk Onderzoek NWO – onderzoek naar de ontwikkeling van een bewakingsstelsel dat is toegespitst op het chirurgisch proces. Met behulp van patroonherkenning in videoframes wordt een Digital Operation Room Assistant (DORA)

gecreëerd. En de ontwikkeling van DORA staat niet op zichzelf. Er lijkt sprake te zijn van een tendens om steeds meer en voor verschillende doeleinden gebruik te maken van videobeelden in de medische setting. Tegelijkertijd is er een tendens om het handelen in de operatiekamer meer te protocolleren. Het is niet ondenkbaar dat videoregistratie als vast onderdeel wordt toegevoegd aan operatieprotocollen. Dit boek behelst een onderzoek naar de juridische aspecten van het gebruik van videobeelden in het kader van het DORA-project. Het verschaft enerzijds een beschrijving van het juridisch kader, met name de van toepassing zijnde privacywetgeving, rechtspraak en zelfregulering en anderzijds een overzicht van de verschillende opties die openstaan met betrekking tot het verwerken van de met behulp van DORA verkregen beelden/gegevens en de juridische gevolgen die daaraan zijn verbonden. Uit het onderzoek blijkt dat er de nodige haken en ogen zitten aan videoregistratie in de operatiekamer. •

Mr. C.B. Blaauw en prof. mr. J.H. Hubben

Sdu Uitgevers 2011, 120 p., € 30, ISBN 9789012387064

Traditions and Change in European Administrative Law

The background to this collection of papers is formed by the changes in contemporary society. In modern-day western societies it is thought that individualism trumps collectivism and that non-hierarchical relations between individuals, who each want and expect to be heard seem to become the norm. There is a change from the paradigm of hierarchy to a paradigm of cooperation; though at the same time, there seems to be a large group of individuals who feel they are not heard, or who are in fact ignored. There is also a change of pace: a move from the slowness of traditional mail to instantaneous communications combines with a society of individuals who can access information everywhere and at any time. The change of pace also implies the opinion-making, where laypeople can influence scientifically based government strategies. These changes in society bring about changes in the relationship between

government and the citizen and lead to the question whether they are reflected in the way judicial review of governmental action is shaped. In this book a series of contributions is collected which map this central question for several modern societies. This provides for an overview of the changes that may be visible in judicial review. For the reader to understand the context of the movements described, insight in how the classical, traditional models of judicial review is shaped in each of these constitutions is provided as well. •

Roberto Caranta and Anna Gerbrandy (ed.)

Europa Law Publishing, Groningen 2011, 335 p., € 62,-
ISBN 9789089520715

Morren in de marge van de rechtspraak



Klagen over rechters, gerechtsambtenaren en de rechterlijke organisatie

In dit boek wordt het thema van rechterlijk klachtrecht vanuit verschillende perspectie-

ven benaderd: theoretisch, staatsrechtelijk, historisch en vanuit de uitvoeringspraktijk. Het is het resultaat van een door het Nederlands Instituut voor Wetenschappelijk Onderzoek NWO gefinancierd post-doc onderzoek naar de klachtenregeling bij de zittende magistratuur. Dat onderzoek was gericht op de beantwoorden van twee kernvragen: zijn er knelpunten in de praktijk van de interne en externe klachtenregeling gerechten? En: zijn er knelpunten in het licht van de (grond)wettelijke positie van de rechterlijke macht? Het boek beoogt inzicht te geven in de invulling en het gebruik van de interne regelingen bij gerechten en in de externe klachtmogelijkheden. Het decor waarin de klagers met hun verwachtingen over de rechtspraak figuren, de beperkingen van het huidige klachtrecht alsmede de theoretische basis van het klachtrecht worden besproken. De auteur hoopt hiermee voldoende stof te bieden om bij te dragen aan het maken van goede afwegingen bij de toekomstige uitvoering van de klachtenregeling. •

Prof. mr. M.T.A.B. Laemers

Kluwer 2011, 400 p., € 38,50
ISBN 9789013092073

1603

Burgerlijk (proces) recht

Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte

8e jrg. nr. 4, juli/aug. 2011

Mr. J.M. Winter-Bossink, mr. E.T. de Boer

De gebrekenregeling



- De verhuurder is op grond van de wet in beginsel verplicht om gebreken te herstellen. De huurder heeft voorts in geval van gebreken onder bepaalde voorwaarden recht op vermindering van de huurprijs en de huurder kan, indien de verhuurder in gebreke blijft met herstellen van gebreken. In dit artikel wordt dieper op deze rechten en verplichtingen met betrekking tot de verhuur van bedrijfsruimte ingegaan. Nu de hele gebrekenregeling is gebaseerd op het begrip 'gebrek' wordt uitgebreid bij de definitie van dit begrip stilgestaan.

Mr. S.J. van Leeuwen

De leegstandverordening: eigenaren van leegstaand vastgoed opgelet

- Schr. waarschuwt eigenaren van leegstaand vastgoed voor de gevolgen van de leegstandverordening. Door vaststelling van een leegstandverordening kunnen gemeenten sedert 1 oktober 2010 regels toepassen ter zake van het verplicht melden van leegstand, het voeren van overleg en het voordragen van gebruikers. Op deze regels wordt ingegaan waarbij tevens de Amsterdamse leegstandverordening 2011, zoals die per 1 juli 2011 in de gemeente Amsterdam in werking is getreden, wordt beproven. Het is de vraag of het nieuwe instrument van de leegstandverordening het gewenste effect zal hebben.

J. Nijsten

Artikel 7:304 BW: zijn twee partijrapporten voldoende?

- De rechtbank Den Haag besliste op 3 november 2010 dat er geen deskundige in de zin van art. 7:304 lid 1 BW benoemd hoeft te worden omdat er al twee partijrapporten waren opgesteld: de kantonrechter in de te entamerde art. 7:303 BW-procedure

zal zich bij zijn uitspraak over de huurprijs op deze twee partijadviezen moeten baseren. Schr. wijst in zijn artikel op de onwenselijke gevolgen van deze uitspraak.

Tijdschrift voor Insolventierecht

17e jrg. nr. 4, juli/aug. 2011

Mr. F.J.L. Kaptein

Het portefeuillerecht als vermogensrecht van de assurantietussenpersoon. Overdracht, en executie door de pandhouder

- Onderzocht wordt hoe een assurantieportefeuille van een assurantietussenpersoon juridisch gekwalificeerd dient te worden, hoe men dit recht overdraagt, hoe men een rechtsgeldig pandrecht op dit recht kan vestigen en hoe de pandhouder dit recht executeert.

Mr. drs. N.W.A. Tollenaar

Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de pre-pack!

- Het Nederlandse insolventiesysteem schiet voor de eisen van de huidige tijd tekort. Als gevolg daarvan raakt Nederland internationaal achterop. Zolang de wetgever stil blijft zitten, moet de praktijk het heft in eigen handen nemen en het systeem waar mogelijk doorontwikkelen binnen de bestaande wettelijke kaders. De grootste en snelste vooruitgang binnen de bestaande wettelijke kaders is te bereiken met de ontwikkeling van een Nederlandse pre-pack. Een pre-pack houdt in wezen niet meer in dan dat de toekomstige curator vóór de opening van het faillissement bij de zaak betrokken raakt, een activatransactie vooraf voorbereidt en daaraan direct na faillietverklaring uitvoering geeft. Dit biedt de mogelijkheid schade als gevolg van het faillissement te voorkomen, een hogere opbrengst te realiseren en de onderneming direct, met een vrijwel naadloze overgang, weer buiten faillissement voort te zetten met maximaal behoud van waarde en werkgelegenheid.

WPNR

142e jrg. nr. 6897, 27 aug-3 sept. 2011

Mr. J.M. Milo

Ontvlugt nu de steden, wie vreugde begeert

- De herziening en geïmplementeerde timeshare-richtlijn (RL 2008/122/

EG) kent een verruimde werkingsomvang met o.m. vakantieproducten van lange duur, en biedt de consument meer bescherming, met precontractuele informatieplichten en ontbindingsmogelijkheden.

Prof. mr. W. Burgerhart

Is iedere fideicommissaire schenking een voorwaardelijke (tweetraps)gift?

- De civielrechtelijke karakterverwijzing van de tweetrapsgift per 1 januari 2003 wordt in verband gebracht met de recente wijziging van de Successiewet 1956; een en ander wordt geïllustreerd met een casus.

Prof. mr. B.C.M. Waaijer

Rechtsvraag

- Wat dient eerst te worden getekend: de transport- of de hypotheekakte? Wat is de betekenis van de kwijting in de transportakte?

1604

Europees recht

WPNR

142e jrg. nr. 6897, 27 aug-3 sept. 2011

Mr. J.M. Milo

Ontvlugt nu de steden, wie vreugde begeert

Zie onder Burgerlijk (proces) recht

1605

Fiscaal recht

Tijdschrift voor Pensioen vraagstukken

Nr. 4, aug. 2011

Prof. dr. P. Kavelaars

Fiscale behandeling van oudedagsvoorzieningen

- Dit voorjaar heeft een Commissie, ingesteld door de Vereniging voor Belastingwetenschappen (VBW), een geschrift uitgebracht dat handelt over de fiscale behandeling van de oudedagsvoorziening. In deze bijdrage bespreekt schr. het rapport van de Commissie.

Weekblad fiscaal recht

140e jrg. nr. 6918, 25 aug. 2011

Mr. P.J. van Amersfoort

Het wetsvoorstel kostendekkende griffierechten – een brug te ver

- Uit de hier besproken reacties op het wetsvoorstel kostendekkende griffierechten is één ding duidelijk: het kan niet op steun rekenen van de rechters en belastingadviseurs. Schr. deelt de naar voren gebrachte bezwaren. De effecten van het wetsvoorstel op de toegang tot de rechter zullen naar verwachting vooral in het bestuursrecht substantieel zijn en in het belastingrecht zelfs zeer groot. Dit gaat niet alleen ten koste van de rechtsbescherming tegen de machtige overheid op deze terreinen, maar ook van de rechtsvorming door de rechter op deze terreinen, en daarmee van de schaduwwerking van de rechtspraak. Aldus wordt de kwaliteit van onze, op machtscheiding en *checks and balances* gebaseerde, rechtsstaat aangetast.

Mr. drs. B. Jonker, prof. dr. mr. R.N.J. Kamerling

Inzage in de dossiers van de openbaar accountant

- De inzage in de dossiers van een openbaar accountant is al decennia lang onderwerp van discussie. In 1994 is de Gedragscode Openbare accountants/Belastingdienst ingevoerd. Maar de discussies bleven. Met ingang van 1 januari 2010 is de gedragscode evenwel verleden tijd. Op 21 oktober 2010 hebben het NIVRA en de NOVAA 'Praktijkhandreiking 1113' gepubliceerd. Deze handtekening is opgesteld in overleg met de Belastingdienst en beschrijft de (procedure voor) inzage in een controledossier van een openbaar accountant door een medewerker van de Belastingdienst. De uitdaging van het accountantsberoep is om een balans te vinden tussen het feit vertrouwenspersoon te zijn van zijn cliënt en die van het maatschappelijk verkeer.

Mr. L.P. Woltring

Fiscale aanpassingen naar aanleiding van de Europese richtlijn voor beleggingsinstellingen (UCITS IV)

- Op 5 juli 2011 heeft de Eerste Kamer ingestemd met de Nederlandse implementatie van de Europese richtlijn voor beleggingsinstellingen (UCITS IV). Deze vierde aanpassing van de richtlijn beoogt de Europese markt voor beleggingsinstellingen verder te harmoniseren. Op de valreep van het Nederlandse wetgevingsproces zijn alsnog twee fiscale

aanpassingen in het wetsvoorstel opgenomen. Schr. analyseert de fiscale aanpassingen en concludeert dat nadere wetsaanpassing gewenst is om de fiscale beleggingsinstelling te positioneren als het ideale fiscale vehikel.

WPNR

142e jrg. nr. 6897, 27 aug-3 sept. 2011
Prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken

Belastingrecht Actueel.

Aanbevelingen voor de Geefwet

- In het Belastingplan 2012 zal het fiscale regime voor goede doelen worden aangepast. Schr. doet enkele suggesties tot verbetering van de regelgeving.

Prof. mr. W. Burgerhart

Is iedere fideïcommissaire schenking een voorwaardelijke (tweetraps)gift?

Zie onder Burgerlijk (proces) recht

1606

Handels- & economisch recht

AV&S Aansprakelijkheid Verzekering en Schade

Nr. 4, aug. 2011

Prof. mr. J.H. Wansink

Het KiFiD en vervalbedingen: verval van recht of recht in verval?

- De Geschillencommissie KiFiD is voor de consument een alternatieve rechtsgang naast die naar de overheidsrechter. Deskundigheid gekoppeld aan de in art. 19.2 Reglement besloten liggende toezegging dat de Geschillencommissie zich aan het geldende recht en de geldende opvattingen zal houden, lijkt een waarborg voor de consument te geven dat hij snel en tegen minder kosten 'hetzelfde recht krijgt', als bij de gewone rechter. De praktijk leert evenwel dat dit helaas niet altijd het geval is. Schr. wijst op een aantal uitspraken, waarin het verval van elk recht op uitkering centraal staat.

Prof. mr. T. Hartlief

Een wisselwerking tussen aansprakelijkheid en verzekering?

- Al jaren is de wisselwerking tussen aansprakelijkheid en verzekering onderwerp van debat, waarbij veelal

recente jurisprudentie van de Hoge Raad een concrete aanleiding vormt. In het kader van de eerste bijeenkomst van de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR) heeft schr. een aantal stellingen geformuleerd en kort toegelicht. Een weerslag daarvan vormt deze bijdrage.

Mr. R.S. Meijer

Een wisselwerking tussen praktijk en wetenschap?

- In dit artikel geeft schr. een impressie van zijn interventie op de (bijeenkomst van de VASR). Het doel ervan was om vanuit zijn eigen ervaringen met dit thema op Hartlief's stellingen te reageren.

Prof. dr. M.G. Faure, drs. J.A. Loonstra, dr. N.J. Philipsen, prof. dr. W.H. van Boom

Naar een kostenoptimalisatie van de letselschaderegeling: een verkenning

- De noodzaak tot kostenreducties wordt overal gevoeld, ook binnen de letselschadeafdeling van verzekeraars. In deze bijdrage wordt de relatie onderzocht tussen de afwikkelingsinvestering door verzekeraars enerzijds en de totale schadelast anderzijds.

Berichten industriële eigendom

Juli/aug. 2011

Mark van Gardingen

Een jaar Nederlandse octrooirechtspraak (mei 2010-mei 2011)

- Schr. geeft een overzicht waarin onder meer naar voren komt dat de afgelopen 12 maanden de 'toegevoegde materie' in de zin van art. 123 (2) EOV doorbrak als succesvol nietigheidsargument in Nederlandse procedures en een aantal interessante beslissingen over (niet-)nawerkbaarheid is gegeven.

Jeroen den Hartog

Inventiviteit, de stand van zaken rond de "probleem en oplossing aanpak"

- Uitvindingshoogte is een van de inhoudelijke vereisten voor een geldig octrooi. Schr. concludeert dat uitvindingshoogte een complex leerstuk is. De vele aspecten komen terug in de beslissingen bij de rechtbank en het Hof Den Haag die schr. bespreekt. Schr. is van mening dat er een realistische stand van de tech-



niek als uitgangspunt moet worden opgenomen, zodat er geen deel van de uitvinding in de dichtstbij liggende stand der techniek gelegd wordt en dat in de beoordeling van de stand van de techniek zowel positieve als negatieve pointers naar een uitvinding gewogen moeten worden.

IER

27e jrg. nr. 4, aug. 2011

A.F. Kupecz

De harmonisatie van het Europese octrooirecht is niet te stoppen

- Het debat over de invoering van een Europees systeem voor octrooien is in alle hevigheid gaande. De stelling van schr. is dat het Europese octrooirecht nu al wordt geharmoniseerd door de praktijkjuristen, met name Europese octrooirechtshouders en -advocaten. Men zou daarom beter de blik naar voren richten en deze 'informele harmonisatie' laten bloeien en verder vormgeven dan verzanden in een formalistisch debat tussen voor- en tegenstanders. Om deze stelling te onderbouwen geeft schr. een kort overzicht van de laatste ontwikkelingen om vervolgens aan te tonen dat de harmonisatie van het Europese octrooirecht eigenlijk al vergevoerd is.

Ondernemingsrecht

Nr. 10/11, aug. 2011

Drs. R. Abma

Kroniek van het seizoen van jaarlijkse algemene vergaderingen 2011

- De aandeelhouders blijken een toenemende betrokkenheid te tonen bij de vennootschappen waarin wordt belegd. De toegenomen betrokkenheid leidt echter niet tot een groter vertrouwen van de kant van de beursvennootschappen in aandeelhouders. Er is namelijk sprake van een opleving van beschermingsconstructies, vooral bij die vennootschappen die naar de beurs worden gebracht. Daarnaast pogen vennootschappen het aandeelhouders moeilijker te maken om onderwerpen voor de algemene vergadering te agenderen. Een andere bevinding uit het voorbije seizoen is de toenemende weerstand van aandeelhouders om besturen te machtigen nieuwe aandelen uit te geven waarbij het voorkeursrecht voor bestaande aandeelhouders is beperkt of uitgesloten.

Mr. B.J. de Jong, mr. M.A. Verbrugh

De toekomst van het Europese ondernemingsrecht

- Op 5 april 2011 verscheen het 'Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law'. De Reflectiegroep is door de Europese Commissie ingesteld met als opdracht een rapport te schrijven in voorbereiding op een congres dat plaatsvond op 16 en 17 mei 2011. Besproken worden de aanbevelingen over mobiliteit, over de levensvatbaarheid van de onderneming op de lange termijn en over concernrecht.

Tijdschrift voor Consumentenrecht & handelspraktijken

Nr. 4, 2011

B. Keirsbilck

Het gebruik van oneerlijke of intransparante bedingen als oneerlijke, misleidende of agressieve handelspraktijken



- Uitgangspunt van deze bijdrage is de vaststelling dat het gebruik van niet afzonderlijke onderhandelde bedingen door een onderne-

ming ten aanzien van een consument een 'business-to-consumer handelspraktijk' is. Richtlijnen 93/13/EEG en 2005/29/EG hebben overlappende toepassingsgebieden. Opzet van deze bijdrage is te onderzoeken onder welke voorwaarden en hoe de verbodsbepalingen van beide Richtlijnen (zoals omgezet in nationaal recht) cumulatief toegepast kunnen worden.

Drs. N. Wouters

De 'sociaal zwakkere consument' als slachtoffer van oneerlijke handelspraktijken

- Oneerlijke handelspraktijken, zoals misleidende loterijen, misleidende prijzenfestivals en misbruik van dure telefoonnummers maken in Nederland jaarlijks honderdduizenden slachtoffers. Om deze praktijken een halt toe te roepen is Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt (Richtlijn OHP) vastgesteld. In Nederland is deze Richtlijn geïmplementeerd in wetgeving, specifiek in afdeling 3 A van Boek 6 BW. De regels richten zich op B2C-transac-

ties: van de ondernemer naar de consument. Maar wie is nu precies die consument? En dient er ook rekening gehouden te worden met een naïeve consument, die zich al rijk rekent, voordat hij een euro heeft verdiend? Deze vragen worden beantwoord in deze bijdrage. De kernvraag hierbij zal luiden wat de precieze definiëring is van de term (*gemiddelde*) consument in de Nederlandse OHP-wetgeving gezien in Europeesrechtelijk kader.

Mr. E.H. Hoogenraad,

mr. E.C. Rog-den Ouden

'Gefeliciteerd, u bent de kersverse winnaar van een ongewild veel te duur sms-abonnement...'

- Per 1 april 2009 is de Reclamecode SMS-Dienstverlening (SMS Reclamecode) in werking getreden. De SMS Reclamecode is aangescherpt na een grondige evaluatie. Per 14 mei 2011 is deze aangepaste SMS Reclamecode van toepassing, zonder overgangstermijn. Wat zijn de belangrijkste wijzigingen, wat verandert er praktisch en wat kun je als consument anno 2011 doen tegen onjuiste en misleidende 'sms-marketing'? Dat wordt besproken in dit artikel.

Tijdschrift voor Financieel recht

13e jrg. nr. 7/8, 13 juli/aug. 2011

Mr. C.W.M. Lievever, mr. A.B.

Schoonbeek

Doen en nalaten. Over opleggen van boetes aan feitelijk leidinggevers en medeplegers

- Dit artikel bespreekt de sinds 1 juli 2009 bestaande bevoegdheid van toezichthouders om aan natuurlijke personen, zoals bestuurders en andere leidinggevenden, en zogenoemde *facilitators* (als zij kwalificeren als medeplegers), bestuurlijke boetes op te leggen voor overtredingen van voorschriften uit de financiële toezichtwetgeving die door (financiële) ondernemingen zijn begaan.

Mr. E.P. Roelofsen

Overkreditering na de aangepaste Gedragscode: much ado about nothing?

- Recent is de Gedragscode (Hypothecaire Financieringen) aangescherpt omdat de normen voor hypothecaire kredietverlening in Nederland te ruim zouden zijn. In dit artikel wordt eerst kort aangegeven wat de achtergrond is van de aanscherping. Daar-

na wordt de systematiek van de oude Gedragscode uit 2007 besproken. Aan de hand daarvan wordt ingegaan op het toezicht van de Autoriteit Financiële Markten en de ontstaansgeschiedenis van de nieuwe Gedragscode. Vervolgens volgt een uiteenzetting van de belangrijkste wijzigingen en ten slotte een conclusie waarin de gevolgen van de aanpassingen worden bekeken.

Prof. mr. J.M.A. Berkvens

Het nieuwe Incidentenwaarschuwingssysteem financiële instellingen in het perspectief van de bestaande jurisprudentie inzake inzage en correctie

- In dit artikel wordt eerst ingegaan op het algemene juridische kader dat financiële instellingen verplicht een raamwerk van beschermingsmaatregelen op te zetten. In een dergelijk raamwerk is het nagenoeg onvermijdelijk voor financiële instellingen dat zij deelnemen aan een branchewaarschuwingssysteem. Vervolgens wordt het nieuwe branchewaarschuwingssysteem van de financiële instellingen belicht. Ten slotte wordt ingegaan op de privacyaspecten van het branchewaarschuwingssysteem van de financiële instellingen. Daarbij wordt ook aandacht besteed aan de betekenis van de bestaande jurisprudentie inzake inzage en correctie voor het nieuwe systeem.

Mr. A.L. Wissing

Het Jaarverslag 2010 van De Nederlandsche Bank N.V.

- In deze bijdrage worden de meest relevante onderwerpen uit het jaarverslag betreffende het toezicht op de Nederlandse financiële sector en betreffende (oversight op) het betalings- en effectenverkeer behandeld. Tevens zal hierbij worden stilgestaan bij de verantwoording die DNB aflegt over de bedrijfsvoering, de bereikte resultaten en de daarvoor verrichte inspanningen.

Mr. J.L.S.M. Hillen

Het Jaarverslag 2010 van de Autoriteit Financiële Markten

- In deze bijdrage wordt met name ingegaan op deel I – het verantwoordingsdeel – van het jaarverslag. Het thema dat in het Jaarverslag 2010 centraal staat is ‘het bevorderen van eerlijke en transparante financiële markten’.

Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken

Nr. 4, aug. 2011

Ingeborg Rademakers, Thijs Hinskens
Besturen is vooruitzien

- DNB heeft onderzoek gedaan naar de governance bij pensioenfondsen. Er is gekeken hoe bestuurders leiding geven aan het pensioenfonds en besluiten nemen die hun deelnemers, gewezen deelnemers en gepensioneerden aangaan. In dit artikel, dat gebaseerd is op de bevindingen uit het themaonderzoek van DNB, worden vragen beantwoord als: hoe laveren bestuurders van pensioenfondsen tussen alle politieke belangen door en komen zij tot onafhankelijke besluiten?

Lucy Kok, Caroline Berden

Voor- en nadelen van waardeoverdracht

- De maatschappelijke meerwaarde van het recht op waardeoverdracht is gering. Werknemers dragen over omdat ze dan al hun pensioenaanspraken in één hand hebben. Werknemers waarderen dit positief. De meerwaarde hiervan is echter verminderd door invoering van het pensioenregister. Een ander positief effect zou kunnen zijn dat de mobiliteit op de arbeidsmarkt toeneemt. In de praktijk is het effect op de arbeidsmobiliteit vrijwel nihil, omdat eindloonregelingen nauwelijks meer voorkomen. Negatief effect van de mogelijkheid tot waardeoverdracht is dat werknemers meer risico lopen op hun pensioen. Als zij het pensioen laten staan bij hun oude fonds dan zijn de risico's meer gespreid. Ook is negatief dat werkgevers risico lopen op bijbetalingen.

Prof. dr. Jaap Koelewijn

Deskundigheid in een nieuw perspectief

- De kredietcrisis heeft een grote impact gehad op de financiële gezondheid van onze pensioenfondsen. Er was sprake van een ongekend sterke daling van de dekkingsgraden. Een complicerende factor in deze is dat veel fondsen er de laatste jaren ertoe over zijn gegaan hun beleggingsbeleid en andere belangrijke taken aan externe partijen uit te besteden. Er worden dus zeer hoge eisen gesteld aan de bestuurders terwijl zij steeds minder taken zelf uitvoeren terwijl deze taken ook nog eens ingewikkelder worden. In deze

bijdrage beschouwt schr. de ontwikkelingen op het gebied van deskundigheidsbevordering. Hij brengt de plannen en visie van de sector alsmede die van de toezichthouder in kaart en geeft daarop een kritisch commentaar.

1607

Internationaal publiekrecht

Leiden Journal of International Law

24e jrg. nr. 3, sept. 2011

Nicholas Tsagourias

Security Council Legislation, Article 2(7) of the UN Charter, and the Principle of Subsidiarity

- This article considers the relationship between the United Nations and its member states in view of the Security Council's assertion of legislative powers. It claims that

the exponential growth in UN powers at the expense of the powers of its member states cannot be arrested by legal means, because of the nature of the UN system and the absence of legally enforceable criteria and compulsory dispute-settlement mechanisms for this reason, it proposes a different approach to law-making in the area of international peace and security – one that is built around the principle of subsidiarity, as reflected in Article 2(7) of the UN charter.

Emre Öktem

Turkey: Successor or Continuing State of the Ottoman Empire?

- This article explores whether Turkey is the continuing or a successor state of the Ottoman Empire. This is a question that attracts particular attention in the context of the contemporary political debate on ‘neo-Ottomanism’.

Sara Kendall

Donors' Justice:

Recasting International Criminal Accountability

- International legal scholarship to date has largely neglected the donor-driven dynamics of international criminal justice. This article advances what the author terms ‘donors’ justice’ as an analytic frame for interpre-



ting the work of international criminal tribunals. Donors' justice is defined as third-party financial support for tribunal activity.

Michael Mandel

International Criminal Court and Tribunals. Aggressors' Rights: The Doctrine of 'Equality between Belligerents' and the Legacy of Nuremberg

- The moral and legal debate over the separation of *jus in bello* from *jus ad bellum* generally assumes that the law of war supports this separation and the concomitant doctrine of 'equality between belligerents', also known as the 'duality' or the 'symmetry' principle. This article examines the Nuremberg-era precedents and legal scholarship, as well as more recent legal and scholarly material, and argues that the general assumption is wrong and that the arguments supporting the radical legal separation of the two *jus*s are unconvincing.

Elies van Sliedregt,

Larissa van den Herik

Symposium on the Special Tribunal for Lebanon's Appeal Decision on Terrorism. Introduction: The STL Interlocutory Decision on the Definition of Terrorism – Judicial Ingenuity or Radicalism?

- The Special Tribunal for Lebanon (STL), set up in The Hague to try those responsible for the 2005 bombing that killed former Lebanese prime minister Rafiq Hariri and 22 others, is the first international court with jurisdiction over the crime of terrorism. On 16 February 2011, the STL Appeals Chamber issued an Interlocutory Decision on the applicable law, having been asked by the pre-trial judge to clarify the law on 15 points. This unanimous Decision is a landmark ruling that has sparked debate amongst legal practitioners and scholars. Two of those, Kai Ambos and Ben Saul, will comment on the ruling in this symposium. As an introduction to their comments, the authors briefly discuss the most important points of the Appeals Chamber's decision.

Kai Ambos

Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon:

Is There a Crime of Terrorism under International Law?

- On 21 January 2011, the pre-trial judge of the Special Tribunal for Lebanon (hereinafter 'STL') posed several

questions to the Appeals Chamber ('Chamber') pursuant to Rule 68(G) of the Rules of Procedure and Evidence. Three of these questions dealt with the crime of terrorism. (i) Should the Tribunal take into account international notions on terrorism even though Article 2 of the Statute only refers to the Lebanese Criminal Code ('LCC')? (ii) If so, is there an international definition of 'terrorism' and how should it be applied? (iii) If not, how is the Lebanese definition of 'terrorism' to be interpreted by the Chamber? The Chamber argues, in a nutshell, that terrorism has become a crime under international law and that the respective international definition influences the (applicable) Lebanese law. In the first part of this paper the author will argue that the Chamber's considerations, albeit innovative and creative, are essentially *obiter*, since the applicable terrorism definition can be found, without further ado, in the Lebanese law. As to the Chamber's affirmation that there is a crime of terrorism under international law, it's argued that the available sources indicate, at best, that terrorism is a particularly serious transnational, treaty-based crime that comes close to a 'true' international crime but has not yet reached this status.

Ben Saul

Legislating from a Radical Hague: The United Nations Special Tribunal for Lebanon Invents an International Crime of Transnational Terrorism

- In 2011, the Appeals Chamber of the UN Special Tribunal for Lebanon purported to identify a customary international crime of transnational terrorism and applied it in interpreting domestic terrorism offences under Lebanese law. This article argues that the Tribunal's decision was incorrect because all the sources of custom relied upon by the Appeals Chamber – national legislation, judicial decisions, regional and international treaties, and UN resolutions – were misinterpreted, exaggerated, or erroneously applied.

Mélanie Samson

Current legal developments. High Hopes, Scant Resources: A Word of Scepticism about the Anti-Fragmentation Function of Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties

- Focusing on some undertheorized aspects of Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, the present article aims to reassess critically the anti-fragmentation function generally assigned to this provision. The high hopes associated with the harmonizing potential of Article 31(3)(c) are usually based on a reading of this provision as requiring the interpreter to take into account not only rules applicable between all of the parties to the treaty, but also those applicable only between some of the parties. However, this reading does not seem to be confirmed by the interpretive approach suggested in this article.

1608

Omgevingsrecht

Bouwrecht

48e jrg. nr. 8, aug. 2011

Mr. drs. E.R. Hijmans, mr. M. Fokkema
Kroniek van het grondbeleid



- Deze kroniek beoogt een overzicht te bieden van de belangrijkste ontwikkelingen die in het recente verleden op het gebied van grondbeleid hebben plaatsgevonden.

Mr. N.A. Goldberg, mr. B.M.H.C. Le Haen, mr. G.L. van 't Hoff

Kroniek civielrechtelijk bouwrecht (deel I)

- In dit artikel worden bouwrechtelijke uitspraken die in 2010 zijn gewezen door de civiele rechter of de Raad van Arbitrage voor de Bouw besproken. De vonnissen die zijn gewezen tot en met juni 2010 worden in deel I van deze kroniek behandeld, de vonnissen uit de daaropvolgende periode tot en met december 2010 in deel II. De vonnissen worden per thema besproken.

1609

Onderwijsrecht

NTOR

23e jrg. nr 2, 2011

Joke Sperling

Onderwijskeuzevrijheid; pluriform verkeersplein of éénrichtingsverkeer?

- Schr. betoogt dat de Nederlandse overheid het discriminatieverbod overtreedt, want zij ondersteunt alleen het keuzerecht van ouders met bepaalde levensbeschouwelijke overtuigingen of levensbeschouwelijk-neutrale overtuigingen. De overheid bekostigt immers alleen bijzondere scholen die zijn gebaseerd op een door de staat erkende godsdienst of die godsdienstig-neutraal zijn. Een correcte toepassing van artikel 2 Eerste Protocol bij het EVRM zal volgens schr. tot gevolg hebben dat de staat het recht op bekostiging moet uitbreiden tot scholen met een pedagogisch-didactische grondslag. De regeling voor het leerlingenvervoer zou eveneens van toepassing moeten zijn op elke godsdienstige of filosofische overtuiging

Mr. G.A.J. Tijbosch

De verhouding tussen de onderwijswetgeving en de subsidiëtitel van de Awb

- Deze bijdrage bevat een analyse van de verhouding tussen de onderwijswetgeving en de Algemene wet bestuursrecht (Awb), en met name de subsidiëtitel daarvan. Deze levert spanning op. Soms is er een goede reden voor afwijking van de Awb-systematiek en soms lijkt aanpassing van de regels in de rede te liggen. De onderwijswetgeving heeft weliswaar een aantal typische eigenschappen maar dat neemt niet weg dat ook voor onderwijswetgeving de Awb uitgangspunt moet zijn. Bij het opstellen van een nieuwe WVO zal de verhouding tot de Awb daarom volgens schr. kritisch tegen het licht moeten worden gehouden en zal meer dan tot nu toe in onderwijswetgeving gebruikelijk was, aangesloten moeten worden bij de Awb.

1610

Rechten van de mens**Leiden Journal of International Law**

24e jrg. nr. 3, sept. 2011
Cecily Rose

The Application of Human Rights Law to Private Sector Complicity in**Governmental Corruption**

- This article examines private sector complicity in governmental corruption that violates economic and social rights. Although banks and multinational corporations typically play critical roles in facilitating the diversion of public revenues away from the provision of social services, the link between the private sector, corruption, and human rights violations remains underexplored. This article examines this relationship and explores the viability of a standard for assessing the complicity of the private sector in such violations of economic and social rights.

1611

Sociaal Recht**AV&S Aansprakelijkheid Verzekering en Schade**

Nr. 4, aug. 2011

Dr. E.F.D. Engelhard

Voorbij de grenzen van het wettelijk regresrecht van werkgevers en sociale risicodragers

- In dit overzichtsartikel worden de ontwikkelingen besproken op het terrein van de wettelijke regresrechten van met name schadeverzekeraars, werkgevers en het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen. Betoogd wordt dat de wettelijke beperkingen van deze verhaalsrechten in de periode 2008-2011 zijn opgerekt.

Tijdschrift Recht en Arbeid TRA

3e jrg. nr. 8/9, aug./sept. 2011

Prof. mr. S. Klosse, prof. dr. J. Muysken

Wwvv-voorstel:**een wolf in schaapskleren**

- In april 2011 verscheen de Hoofdlidnotitie werken naar vermogen. Daarin worden de contouren geschetst van een nieuwe Wet Werken naar vermogen; een uniforme regeling voor de onderkant van de arbeidsmarkt die meer eenheid en duidelijkheid en meer gelijke kansen op de arbeidsmarkt moet gaan brengen. De stelling die schrs. in dit artikel betrekken, is dat dit



niet gaat lukken op de voorgestelde manier. Zij onderbouwen dit door een aantal knelpunten bloot te leggen en geven in het licht daarvan de gedachte mee om de gelijkheidsproblematiek eens vanuit een andere invalshoek te benaderen.

Prof. mr. M. Westerveld

Re-integratierecht, plichten, sancties, samenhang – Voor iedereen die straf verdient, straf

- Twee jaar geleden (TRA 2009/76) berichtte schr. over de 'wortel' van het re-integratierecht, het geheel aan instrumenten dat burgers wil stimuleren om het re-integratiebeleid tot een succes te maken. In deze bijdrage richt zij zich op de tegenhanger, de plichten en de bij overtreding gestelde sancties. Zij kijkt naar de regels vanuit het perspectief van kwaliteit van wetgeving.

Mr. A.D.M. van Rijs, mr. G.A.L.

Widera-Stevens

Implementatie van het Maritiem Arbeidsverdrag 2006

- De schrs. geven in dit artikel aan welke gevolgen de bekrachtiging van het Maritiem Arbeidsverdrag 2006 heeft voor de Nederlandse wetgeving. Zij concluderen dat de bekrachtiging leidt tot een verbetering van de rechtspositie van zeevarenden en een bevordering van een wereldwijd gelijk speelveld voor de handelsvaart.

1612

Staats- & bestuursrecht**Tijdschrift voor Financieel recht**

13e jrg. nr. 7/8, 13 juli/aug. 2011

Mr. C.W.M. Lieverse,

mr. A.B. Schoonbeek

Doen en nalaten. Over opleggen van boetes aan feitelijk leidinggevers en medeplegers

Zie onder Handels- & economisch

Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte

8e jrg. nr. 4, juli/aug. 2011

Mr. S.J. van Leeuwen

De leegstandverordening: eigenaren van leegstaand vastgoed opgelet

Zie onder Burgerlijk (proces) recht

1613

**Straf (proces)recht,
penitentiair recht &
criminologie**

**Leiden Journal of
International Law**

24e jrg. nr. 3, sept. 2011

Sara Kendall

**Donors' Justice: Recasting
International Criminal
Accountability**

Zie onder Internationaal publiekrecht

Michael Mandel

**Internationals Criminal Court and
Tribunals. Aggressors' Rights:
The Doctrine of 'Equality between
Belligerents' and the Legacy of
Nuremberg**

Zie onder Internationaal publiekrecht

Elies van Sliedregt, Larissa van den Herik

**Symposium on the Special Tribunal
for Lebanon's Appeal Decision on
Terrorism. Introduction:**

**The STL Interlocutory Decision on
the Definition of Terrorism –
Judicial Ingenuity or Radicalism?**

Zie onder Internationaal publiekrecht

Kai Ambos

**Judicial Creativity at the Special
Tribunal for Lebanon:**

**Is There a Crime of Terrorism
under International Law?**

Zie onder Internationaal publiekrecht
Ben Saul

**Legislating from a Radical Hague:
The United Nations Special
Tribunal for Lebanon Invents an
International Crime of
Transnational Terrorism**

Zie onder Internationaal publiekrecht

Tijdschrift voor Herstelrecht

11e jrg. nr. 2, 2011

Themanummer: Herstelrecht en
Criminaliteitspreventie

Adam Crawford

**Van conceptueel kader
naar praktische uitdaging**



- Schr. gaat in op de vraag of en hoe het herstelrecht kan bijdragen tot de preventie van criminaliteit of, omgekeerd, hoe criminaliteitspreventie herstelrechtelijke principes

kan uitdragen. Een van zijn conclusies is dat we voorzichtig moeten zijn in het sterk benadrukken van doelen en ambities van het herstelrecht in de sfeer van de criminaliteitspreventie. Het creëren van te hoge verwachtingen brengt politieke en praktische risico's met zich mee. De grote uitdaging voor het herstelrecht ligt volgens schr. bij het verbreden van zijn deliberatieve processen naar veelzijdige probleemoplossing in functie van criminaliteitspreventie, zonder echter de centrale focus op

het slachtoffer en de dader en hun individuele rechten uit het oog te verliezen.

Anniek Gielen, Inge Vanfraechem

**Een empirische blik op herstelrecht
en criminaliteitspreventie**

- Dit artikel biedt een overzicht van een aantal empirische onderzoeksgegevens en de interpretatie van herstelrecht in een preventieperspectief

en dit op het niveau van daders, slachtoffers en de brede maatschappij.

Melinda Gyökös, Eszter Sárík

**Het streven naar coöperatief
handelen in de samenleving**

- In dit artikel wordt geanalyseerd welke plaats gerechtvaardigd is voor herstel binnen en buiten het justitiële kader, dat wil zeggen op het gebied van de primaire en secundaire criminaliteitspreventie. Het doel: het belang van de herstelgerichte aanpak verhelfen en de verschillen belichten in de vormen van conflictafhandeling als ze zich voordoen tussen afzonderlijke sociale groepen en de samenleving en op de diverse terreinen van het strafrechtssysteem.

Eric Wiersma

**Herstelrecht en
criminaliteitspreventiebeleid
in een aantal EU-lidstaten**

- In dit artikel staat de vraag centraal in hoeverre herstelrecht ingebed is binnen het beleid en de regelgeving van de verschillende Europese lidstaten op het terrein van criminaliteitspreventie.

Een overzicht van aanhangige wetsvoorstellen en gepubliceerde staatsbladen met links naar de integrale Kamerstukken is opgenomen op de NJB-site www.njb.nl

1614

Staatsblad

Slimme energiemeter

Inwerkingtreding

Besluit tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van enkele onderdelen van de wet van 26 februari 2011 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet ter verbetering van de werking van de elektriciteits- en gasmarkt (*Stb.* 130). – Enkele onderdelen van deze wet zijn per 1 juli 2011 in werking getreden. Dit besluit ziet op de inwerkingtreding van de overige onderdelen van de wet marktmodel op verschillende momenten. Op grond van artikel 1, eerste lid, treden de onderdelen van de wet marktmodel met betrekking tot op afstand uitleesbare meetinrichtingen per 1 januari 2012 in werking. Voorts treden enkele onderdelen van de wet marktmodel in werking die zien op de wettelijke taak van netbeheerders bij het ter beschikking stellen en beheren van meetinrichtingen voor gas. Tot slot treedt het verplichte leveranciersmodel bij kleinverbruikers van elektriciteit en gas per 1 april 2013 in werking.

Inwerkingtredingsbesluit van 8-8-2011, Stb. 2011, 384

Energie efficiëntie

Besluit houdende de toepassing van artikel 37 van de Wet implementatie EG-richtlijnen energie-efficiëntie (*Stb.* 2011, 114) – Het tijdstip, bedoeld in artikel 37 van de Wet implementatie EG-richtlijnen energie-efficiëntie, is 1 januari 2012.

De Wet implementatie EG-richtlijnen energie-efficiëntie kent enkele bepalingen die zien op meetinrichtingen van kleinverbruikers. Door de inwerkingtreding van de bepalingen over op afstand uitleesbare meters uit de wet marktmodel zou er een overlap in de regelgeving ontstaan. Door

toepassing te geven aan artikel 37 van de Wet implementatie EG-richtlijnen energie-efficiëntie wordt de werking van die wet beperkt tot grootverbruikers van elektriciteit en gas, waardoor dubbele regulering wordt voorkomen.

Besluit van 8-8-2011, Stb. 2011, 384

Fusietoets in het onderwijs

Inwerkingtreding

(*Stb.* 2011 95).

– De Wet van 27 januari 2011, houdende wijziging van diverse onderwijs-wetten in verband met het invoeren van een fusietoets in het onderwijs (*Stb.* 2011, 95) treedt in werking met ingang van 1 oktober 2011.

Stb. 2011, 388

Bescherming van nationale ruimtelijke belangen

Besluit houdende algemene regels ter bescherming van nationale ruimtelijke belangen (Besluit algemene regels ruimtelijke ordening (Barro)). – Bij de toedeling van de bevoegdheden krachtens de Wro is de wetgever uitgegaan van de gedachte ‘bevoegdheid volgt verantwoordelijkheid’: een overheidsniveau dat verantwoordelijk wordt gehouden voor een bepaald ruimtelijk beleid, heeft ook de bevoegdheden toebedeeld gekregen om die verantwoordelijkheid waar te maken. Voor gevallen waarin de belangenafweging van lagere overheden niet parallel loopt met de belangenafweging die op een hoger niveau is gemaakt heeft de wetgever in de Wro, ter waarborging van de nationale of provinciale belangen, de begrenzing aangegeven van besluitmogelijkheden van lagere overheden in de ‘juridische kolom’. Indien provinciale of nationale belangen dat met het oog op een goede ruimtelijke ordening noodzakelijk maken kunnen bij of krachtens provinciale verordening respectievelijk bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld omtrent de inhoud van bestemmingsplannen. In de ontwerp-Structuurvisie Infrastructuur en Ruimte (SVIR) geeft het kabinet een totaalbeeld van het ruimtelijk- en mobiliteitsbeleid op rijksniveau. Het kabinet heeft in de genoemde SVIR vastgesteld dat voor een beperkt aantal onderwerpen de

bevoegdheid om algemene regels te stellen zou moeten worden ingezet. Het gaat om de volgende nationale belangen: Rijksvaarwegen, Project Mainportontwikkeling Rotterdam, Kustfundament, Grote rivieren, Waddenzee en waddengebied, Defensie, Ecologische hoofdstructuur, Erfgoederen van uitzonderlijke universele waarde, Hoofdwegen en hoofdspoorwegen, Elektriciteitsvoorziening, Buisleidingen van nationaal belang voor vervoer van gevaarlijke stoffen, Primaire waterkeringen buiten het kustfundament en IJsselmeergebied (uitbreidingsruimte). De SVIR bepaalt welke kaderstellende uitspraken zodanig zijn geformuleerd dat deze bedoeld zijn om beperkingen te stellen aan de ruimtelijke besluitvormingsmogelijkheden op lokaal niveau. Ten aanzien daarvan is een borging door middel van normstelling, gebaseerd op de Wro, gewenst. Die uitspraken onderscheiden zich in die zin dat van de provincies en de gemeenten wordt gevraagd om de inhoud daarvan te laten doorwerken in de ruimtelijke besluitvorming. Zij zijn dus concreet normstellend bedoeld en worden geacht direct of indirect, d.w.z. door tussenkomst van de provincie, door te werken tot op het niveau van de lokale besluitvorming, zoals de vaststelling van bestemmingsplannen. Het voorliggende Besluit algemene regels ruimtelijke ordening (Barro) bevestigt in juridische zin die kaderstellende uitspraken.

Inwerkingtreding op een bij kb te bepalen tijdstip

Besluit van 22-8-2011, Stb. 2011, 391

1615

Vervolgstukken

Stiletto verbod

Memorie van antwoord (29-7-2011) bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet wapens en munitie, houdende een volledig verbod van stiletto's, valmessen en vlindermessen, alsmede uitbreiding en flexibilisering van het verbod van opvouwbare messen en verduidelijking van de Wet wapens en munitie.

Kamerstukken I 2010/11, 32 206, C

Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten

Nota naar aanleiding van het verslag (23-8-2011) over het wetsvoorstel tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met bepalingen over nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsdaad.

Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 6

Verhoging pensioenleeftijd

Brief van de Minister van SZW (12-8-2011) over het wetsvoorstel tot wijziging van de Algemene Ouderdomswet, de Wet inkomstenbelasting 2001 en de Wet op de loonbelasting 1964 in verband met verhoging van de leeftijd waarop recht op ouderdomspensioen ontstaat van 65 naar 66 jaar.

Kamerstukken II 2010/11, 32 767, nr. 8

1616

Nota's, rapporten & verslagen

Online gokken

Verslag van een schriftelijk overleg (vastgesteld 3-8-2011) met de staatssecretaris van VenJ naar aanleiding van de brief van 9 juni 2011 inzake de kabinetsreactie op het Groenboek onlinegokken op de interne markt (*Kamerstukken 24 557 en 22 112, nr. 126*).

- Op vragen over de handhavingsmogelijkheden met betrekking tot illegaal kansspelaanbod via internet antwoordt de Staatssecretaris dat bij de aanpak van illegaal kansspelaanbod een beroep zal worden gedaan op organisaties die een faciliterende rol vervullen bij het aanbieden van illegale kansspelen, zoals financiële instellingen/dienstverleners, internet hosting providers en internet service providers. De huidige Wok bevat in artikel 1, aanhef en onder b een verbod om de deelneming aan niet-vergunde kansspelen te bevorderen. Zijns inziens valt het verwerken van betalingen en hosten van illegale websites ook onder dit verbod. De

handhaving van illegale kansspelen vindt dan ook op basis van dit verbod plaats. Daarnaast zijn nog een 50-tal andere vragen gesteld.

Kamerstukken II 2010/11, 24 557, nr. 129

NV-Mensenrechtenraad

Brief van de Minister van BuZa (17-8-2011) over het verloop van de zeventiende reguliere zitting van de VN-Mensenrechtenraad, die van 30 mei tot 17 juni jl. werd gehouden. Daarnaast wordt de Kamer op de hoogte gebracht van de zogeheten *review* van de Raad.

- De Raad heeft voor het eerst in haar bestaan een resolutie over de rechten van LHBTI (lesbiennes, homo- en biseksuelen, *transgenders* en *intersex*-mensen) aangenomen. Ook heeft Nederland een interregionale verklaring ondertekend over internetvrijheid. Daarnaast zijn er mede op initiatief van Nederland in de EU/WEOG groep belangrijke resoluties aangenomen over de mensenrechtensituatie in Wit-Rusland, Ivoorkust en Libië. In juni heeft de Algemene Vergadering van de VN gedebatteerd over de *review* van de VN-Mensenrechtenraad (MRR). In maart heeft de Raad voorstellen naar aanleiding van de door zichzelf uitgevoerde *review* van de werkmethoden aangeboden aan de AVVN. De AVVN heeft vervolgens de afgelopen maanden gesproken over de status en het lidmaatschap van de Raad. Nederland heeft zich vanaf het begin op het standpunt gesteld dat de zwaktes van de MRR niet zozeer voortkomen uit de werkwijze van de Raad, maar vooral uit zijn samenstelling. Uiteindelijk hebben de onderhandelingen in Genève niet veel meer opgeleverd dan een verlenging van de cyclus van de Universal Periodic Review (UPR) van vier naar vierenhalf jaar, meer tijd per te examineren land en meer mogelijkheden voor nationale Mensenrechten-instituten met A-status om deel te nemen aan MRR-zittingen en UPR-examens.

Kamerstukken II 2010/11, 26 150, nr. 101

Grensoverschrijdende afvaltransporten

Brief van de Staatssecretaris van I&M (16-8-2011) waarbij hij het eindrapport van het project IMPEL-TFS Enforcement Actions II aanbiedt.

- IMPEL is het Europese netwerk

voor de implementatie en de handhaving van milieuwetgeving. Enforcement Actions II (hierna EA II) is een handhavingsproject dat plaatsvindt onder de paraplu van het IMPEL-TFS4 netwerk en een bijdrage wil leveren aan het creëren van een gelijke handhavingsdruk in Europa op het gebied van grensoverschrijdende afvaltransporten.

In het kader van dit project zijn 21.670 transportbewegingen gecontroleerd, waarvan er 3897 betrekking hadden op het grensoverschrijdend vervoer van afvalstoffen. In 21% was er sprake van een overtreding van de EVOA (Europese Verordening Overbrenging Afvalstoffen) of gerelateerde nationale wetgeving. Van deze overtredingen betrof 34% illegale overbrengingen, 52% administratieve overtredingen en 14% overtredingen van nationale bepalingen. De illegale overbrengingen hadden met name betrekking op elektronica-afval, huishoudelijk afval, autowrakken en textiel afval.

In 120 aanvullende bedrijfscontroles werden nog eens 95 illegale verschepingen geconstateerd. Ondanks de groei van het project participeert een aantal EU landen (Luxemburg, Italië en Griekenland) nog steeds niet en is de deelname in sommige deelnemende landen beperkt tot enkele regio's. De betekenis dat het gelijk speelveld voor heel Europa nog niet bereikt is. Deelname aan het project is geen verplichting, echter het samenwerken is wel een verplichting uit de EVOA.

Kamerstukken II 2010/11, 27 664, nr. 67

Veiligheid en vertrouwen

Brief van de Ministers van VenJ en van BZK (5-8-2011) met een algemeen schets van de voornaamste bevindingen van het in januari jl. verschenen rapport van de Raad voor het Openbaar Bestuur *'Veiligheid en vertrouwen – Kernen van een democratische rechtsstaat* en op hoofdlijnen een reactie hierop. Tot slot wordt op de zes aanbevelingen van het rapport gereageerd.

- De Rob besteedt volgens de bewindslieden (te) weinig aandacht aan het belang van een stevige en prioritaire aanpak van de georganiseerde criminaliteit. Het kabinet hoopt met zijn stevige veiligheidsaanpak een goede snaar bij de bevol-

king te hebben geraakt en zo te kunnen werken aan het verder vergroten van zowel de veiligheid in Nederland als het vertrouwen bij de burgers.

Kamerstukken II 2010/11, 28 684, nr. 326

Tewerkstellingsvergunningen seizoensarbeid

Brief van de Minister van SZW (8-7-2011) over de toetsingscriteria die het UWV vanaf 1 juli hanteert bij aanvragen voor tewerkstellingsvergunningen in de land- en tuinbouwsector voor seizoenarbeid.

Kamerstukken II 2010/11, 29 407, nr. 128

Verzekerden monitor

Brief van de Minister van VWS (1-8-2011) met de VWS-verzekerdenmonitor 2011.

- Met de monitor wordt een samenhangend beeld geboden over de getalsmatige ontwikkeling van zowel de nationale als de internationale aspecten van het verzekeringsstelsel en de kosten die zijn gemoeid met medisch noodzakelijke zorg aan illegalen. In deze monitor is de stand van zaken met betrekking tot wanbetalers, onverzekerden, verdragsgerechtigden, gemoedsbezwaarden, illegalen en de Bes-eilanden per april 2011 weergegeven.

Kamerstukken II 2010/11, 29 689, nr. 348

AIVD

Verslag van een algemeen overleg (vastgesteld 10-8-2011) met de Minister van BZK over: het Jaarverslag van de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD), de hoofdlijnen van het AIVD Jaarplan 2011, het Toezichtsrapport CTIVD inzake de rechtmatigheid van de uitvoering van de inlichtingentaak buitenland door de AIVD en nog zo wat zaken betreffende de inlichtingendiensten.

Kamerstukken II 2010/11, 30 977, nr. 43

JBZ-Raad

Brief van de Minister van VenJ (8-8-2011) met het verslag van de informele bijeenkomst van de Raad Justitie en Binnenlandse Zaken van 18 en 19 juli jl.

- De belangrijkste resultaten zijn als volgt samen te vatten: Een groot deel van de lidstaten, waaronder Nederland, steunt het Voorzitterschap in de voorstellen over de voortzetting van de onderhandelingen inzake het gemeenschappelijk Europees asiel-

stelsel. De Commissie gaf aan dat een nieuwe compromistekst van de Dublin-verordening in september 2011 zal uitkomen inclusief een voorstel voor "early warning" en peer-to-peer evaluaties inzake de toepassing van het asielaquis door de lidstaten. De meeste lidstaten achten het van belang de Schengen-evaluaties te versterken en te verbeteren. Daarbij heeft Nederland het voorstel gedaan om ook rechtsstatelijke elementen te betrekken bij de Schengen-evaluaties. Het Voorzitterschap wil een EU pact synthetische drugs sluiten. De Europese Commissie zal in het najaar van 2011 een mededeling over de aanpak van synthetische drugs uitbrengen en in 2012 wetgevende voorstellen tot wijziging van bestaande drugsregelgeving en over civiel- en strafrechtelijke ontneming van opbrengsten. Steun van de lidstaten voor een optioneel instrument inzake Europees contractenrecht is niet zeker. Diverse lidstaten en het Europees Parlement steunen een optioneel instrument onder vergelijkbare voorwaarden. De Commissie zal hierover eind 2011 een voorstel uitbrengen. De lidstaten stemmen ermee in dat ten behoeve van slachtoffers van misdrijven eerst de onderhandelingen over het Europees beschermingsbevel in strafzaken worden afgerond.

Kamerstukken II 2010/11, 32 317, nr. 70

Verzamelwetgeving

Brief van de Staatssecretaris van VenJ (20-7-2011) met als bijlage een notitie over verzamelwetgeving.

- Deze geeft uitvoering aan de toezegging aan de Eerste Kamer over verzamelwetgeving en geeft een reactie op de vraag van de Eerste Kamer over de splitsing van wetsvoorstellen in het geval van implementatie. De Afdeling advisering van de Raad van State heeft op 3 december 2010 advies uitgebracht over deze notitie. De Eerste Kamer behandelde op 31 maart 2009 het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, Wetboek van Strafvordering en enkele aanverwante wetten in verband met de strafbaarstelling van het deelnemen en meewerken aan training voor terrorisme, uitbreiding van de mogelijkheden tot ontzetting uit het beroep als bijkomende straf en enkele andere wijzigingen. Zoals

uit het opschrift blijkt, bevat dit wetsvoorstel een verzameling van verschillende onderwerpen. De Eerste Kamer stelde naar aanleiding hiervan de vraag aan de orde of in één wetsvoorstel wel belangrijke inhoudelijke wijzigingen van verschillende aard kunnen worden aangebracht. Verzamelwetten worden regelmatig gebruikt. Het verduidelijken van wanneer verzamelwetten kunnen worden gebruikt en welke inhoud in die wetten kan worden opgenomen, is dus van belang. De kern van het bezwaar is dat er een voorstel voorligt met onderwerpen die enkel het aspect van strafrecht of strafvordering gemeen hebben. De samenhang tussen de onderwerpen ligt verder niet voor de hand. De consequentie van een dergelijke samenstelling van een wetsvoorstel is dat de Eerste Kamer in haar staatsrechtelijke beoordeling van een wetsvoorstel in de situatie komt te verkeeren dat als zij voor het een is maar tegen het andere, zoals neergelegd in het wetsvoorstel, zij in een dwangpositie geraakt.

Uitgangspunt voor het omgaan met verzamelwetgeving is, aldus de notitie, dat hierbij recht wordt gedaan aan de positie van het parlement. Om een goede behandeling van verzamelwetgeving te bevorderen zal bij het opstellen van verzamelwetgeving getoetst worden aan de criteria samenhang, omvang en omstredeheid.

Het eerste criterium ziet op de samenhang tussen de verschillende onderdelen van een verzamelwet. Bij het opnemen van verschillende onderdelen in een wetsvoorstel acht de staatssecretaris het van belang dat hiermee geen afbreuk wordt gedaan aan de constitutionele positie van de Eerste Kamer. De Eerste Kamer kan op basis van artikel 85 van de Grondwet wetsvoorstellen aannemen of verwerpen. De verschillende onderdelen van een verzamelwet die aan de Eerste Kamer voorgelegd wordt dienen voldoende samenhang te hebben. De criteria omvang en omstredeheid liggen in het verlengde van het criterium samenhang. Uitgangspunt bij een verzamelwet is dat deze bestaat uit verschillende onderdelen. Onderdelen die als zodanig niet dermate groot en inhoudelijk complex zijn

dat zij een separaat wetsvoorstel rechtvaardigen. Bij het opstellen van een verzamelwetsvoorstel is het raadzaam dat een inschatting plaatsvindt van de politieke gevoeligheid van de verschillende onderdelen. Het is niet raadzaam om een onderdeel in een verzamelwet op te nemen waarvan het bij voorbaat helder is dat dit politiek gezien omstreden is. Hierdoor kan het verzamelwetsvoorstel vertraging oplopen waardoor de andere onderdelen van het wetsvoorstel later dan nodig in werking kunnen treden. Bij de drie criteria is het niet eenvoudig om heel scherp aan te geven waar precies de grens ligt. Zo zal het zo kunnen zijn dat een bepaald onderdeel van een verzamel-

wet als gevolg van bepaalde ontwikkelingen opeens omstreden raakt of dat om andere redenen op voorhand de politieke gevoeligheid niet was te voorzien. Ook kan er verschil van inzicht bestaan tussen kabinet en parlement of er tussen verschillende onderdelen van een verzamelwet voldoende samenhang bestaat. De drie criteria die vervat worden in een aanwijzing voor de regelgeving zijn dan ook richtsnoeren om een goede parlementaire behandeling zoveel mogelijk te borgen. Het kabinet neemt het voorstel van de voorzitter van de Eerste Kamer en de Afdeling advisering van de Raad van State over om voor de verzamelwet een aanwijzing op te stellen. In deze aan-

wijzing zal het aspect van samenhang van verschillende onderwerpen bij verzamelwetten aan de orde komen. In de toelichting bij deze aanwijzing zal ook aandacht worden besteed aan de positie van de Eerste Kamer.

Kamerstukken I 2010/11, 32 500 VI, M

Mensenrechtenrapportage

Brief van de Minister van BuZa (25-7-2011) met de Menschenrechtenrapportage over 2010.

- De rapportage maakt inzichtelijk op welke manier Nederland zich in 2010 heeft ingezet voor de wereldwijde bevordering en bescherming van mensenrechten.

Kamerstukken II 2010/11, 32 735, nr. 26

1617

Meer volks- en minder koninklijke soevereiniteit

Op 1 september jl. dienden de Tweede Kamerleden Elissen en Helder van de PVV een drietal initiatiefwetsvoorstellen in die gezamenlijk de rol van de Koning in het staatsbestel tot louter vertegenwoordigend en ceremonieel staatshoofd beogen te beperken. De wetsvoorstellen huldigen het principe van de volkssoevereiniteit waarnaast geen koninklijke soevereiniteit kan bestaan. De initiatiefnemers hebben zich laten inspireren door het model dat in Zweden wordt gehanteerd, waar in 1974 in artikel 1 van de Grondwet de volkssoevereiniteit werd vastgelegd. De Koning vervult daar sindsdien een louter ceremoniële functie. De wetsvoorstellen gaan een stap verder

dan de visie op de monarchie die de PvdA een week eerder ontvouwde.

Als men onder het begrip 'democratie' verstaat dat het volk zichzelf regeert dan is Nederland, in de ogen van de initiatiefnemers, nog geen volwaardige democratie. Tijdens de grondwetsherziening van 1983 karakteriseerde de regering haar eigen staatkundige positie als 'de motor van ons staatsbestel'. Gelet op de uitvoerende en wetgevende bevoegdheden van de regering en gelet op de centrale positie van de regering in de staat, ligt het voor de hand dat de staatsorganen die de regeringsfunctie uitoefenen, een zo sterk mogelijke democratische legitimatie bezitten.

Het erfelijk koningschap past in beginsel niet goed in een dergelijke benadering van het democratisch regeringsstelsel. Naar het oordeel van initiatiefnemers is de huidige staatsrechtelijke positie met bijbehorende bevoegdheden van de Koning te sterk geënt op de rol die deze in het verre verleden had. Dit wetsvoorstel en de twee daarmee gepaard gaande voorstellen voorzien derhalve in een modernisering van de rol van de Koning in ons staatsbestel. Daarbij wordt beoogd de Koning een representatieve en ceremoniële rol als staatshoofd toe te kennen. Het is volgens de initiatiefnemers evenwel ook ongewenst dat Nederland zal veranderen in een Republiek daar het koninklijk huis een bindende factor

voor de staat is. Deze wetsvoorstellen beogen de monarchie dan ook in stand te houden, maar de (schijn van) politieke invloed van de Koning te minimaliseren.

Drietal voorstellen

De voorgestelde wijzigingen die verband houden met de wens om de rol van de Koning in het staatsbestel te veranderen hebben geleid tot drie voorstellen van wet:

- een voorstel van Rijkswet tot wijziging van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden (*Kamerstukken 32 865*);
- een voorstel van Rijkswet tot wijziging van de Grondwet (*Kamerstukken 32 866*);
- een voorstel van wet tot wijziging van de Grondwet (*Kamerstukken 32 867*).

Om het lidmaatschap van de Koning van de regering van Nederland te beëindigen is een wijziging van het Statuut noodzakelijk. De initiatiefnemers willen bovendien niet alleen het lidmaatschap van de Koning van de regering van Nederland beëindigen, maar ook dat van de regering van het Koninkrijk, die op grond van het Statuut de regeringsmacht in de aangelegenheden van het Koninkrijk uitoefent. Ook daarvoor is een wijziging van het Statuut noodzakelijk. De huidige Grondwet gaat er vanuit dat de Koning lid is van de Koninkrijksregering, hetgeen onder meer tot uitdrukking komt in de bepalingen over de procedure van totstandkoming van formele wetten die ook van toepassing is op voorstellen van Rijkswet. Daarom wordt artikel 55, derde lid, van het Statuut van toepassing geacht. Dit betekent dat het onderhavige voorstel deels dezelfde procedure moet doorlopen als een wijziging van de Grondwet. De artikelen die gewijzigd moeten worden in de Grondwet in verband met de modernisering van de rol van de Koning in het staatsbestel vallen deels onder het bereik van artikel 5, derde lid, van het Statuut en moeten daarom ook bij Rijkswet worden gewijzigd. Een aantal andere bepalingen valt niet onder de reikwijdte van artikel 5 Statuut en gelden niet op het niveau van het Koninkrijk. Deze bepalingen worden bij voorstel van wet tot wijziging van de Grondwet gewijzigd.

Staatshoofd

De unieke en bijzondere plaats die de Koning als staatshoofd inneemt, dient volgens de initiatiefnemers behouden te blijven. Om diens neutrale, boven de partijen staande, positie te verduidelijken wordt voorgesteld artikel 32 van de Grondwet aan te vullen: de Koning zweert of belooft een getrouwe en onpartijdige vervulling van zijn ambt.

Regering

Uit artikel 47 van de Grondwet volgt dat de Koning mede beslissingsbevoegd is binnen de regering. De bepaling suggereert gelijkwaardigheid en wederzijdse afhankelijkheid tussen Koning en ministers binnen de regering. Het lidmaatschap van de Koning van de regering leidt tot een sterk vermoeden van intensieve koninklijke betrokkenheid bij het

Onschendbaarheid

De strekking van de onschendbaarheid is thans allereerst dat de Koning geen verantwoording schuldig is aan het parlement of een andere staatsinstelling. Daarnaast vloeit uit de Koninklijke onschendbaarheid voort dat de Koning niet strafrechtelijk vervolgd kan worden.

De term koninklijke onschendbaarheid wordt in het kader van deze voorstellen niet langer passend geacht. Tevens scheidt de term verandering nu er verschillende opvattingen zijn omtrent de reikwijdte van de onschendbaarheid. De strafrechtelijke component van de onschendbaarheid dient (in principe) te worden gehandhaafd. Het wordt echter niet langer wenselijk geacht dat de Koning zich geheel onttrekt aan de werking van het strafrecht.

Als men onder het begrip ‘democratie’ verstaat dat het volk zichzelf regeert dan is Nederland geen volwaardige democratie

regeringsbeleid, die verder zou gaan dan wat bij een modern constitutioneel koningschap gerechtvaardigd is. Daarom wordt voorgesteld artikel 42, eerste lid, van de Grondwet te wijzigen. De regering zal worden gevormd door de ministers. Het seign van de Koning is, naast het contraseign van de minister momenteel een constitutief vereiste voor de totstandkoming van de betreffende wet. Nu de Koning middels deze wetsvoorstellen geen deel meer uitmaakt van de regering zal het seign van de Koning komen te vervallen. Alle wetten en koninklijke besluiten worden door een of meer ministers of staatssecretarissen ondertekend (aanpassing artikel 47 Grondwet). Handhaving van de terminologie vanuit de traditie van het koninklijk besluit druist volgens initiatiefnemers niet in tegen de betekenis van dit besluit. De noodzaak van de wekelijkse raadpleging van de Koning door de minister-president over het regeringsbeleid zal ook komen te vervallen.

Voorgesteld wordt te regelen dat de strafvorderlijke immuniteit van de Koning en de regent slechts bestaat indien en zolang als deze personen het koninklijk gezag uitoefenen. De Koning (en de regent) is vervolgbaar indien sprake is van een strafbaar feit, maar alleen nadat hij buiten staat is verklaard het koninklijk gezag uit te oefenen (artikel 35 Grondwet), tijdelijk het koninklijk gezag heeft neergelegd (artikel 36 Grondwet), of in het geval een Koning nog niet de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt, ook in dat geval oefent hij immers nog niet het koninklijk gezag uit (artikel 33 Grondwet).

Ministeriële verantwoordelijkheid

De drie wetsvoorstellen beogen een duidelijke scheiding aan te brengen tussen enerzijds het erfelijk en ceremonieel koningschap en anderzijds het democratisch overheidsbestuur. Aangezien de Koning enkel nog ceremoniële en representatieve taken zal

vervullen, is het niet nodig en ook niet wenselijk om de ministeriële verantwoordelijkheid te handhaven. Daarbij achten initiatiefnemers het ook niet nodig en wenselijk om de ministeriële verantwoordelijkheid voor de andere leden van het koninklijk huis te handhaven.

Kabinetsformatie

Traditioneel speelt de Koning een rol bij de kabinetsformatie. Deze rol hangt samen met het feit dat na deze periode een nieuw kabinet zal

De huidige formatieprocedure heeft naast het gebrek aan een wettelijke grondslag een gebrek aan transparantie. Een kabinet is het resultaat van de verkiezingsuitslag en een formateur zou daarom enkel verantwoording moeten afleggen aan de volksvertegenwoordiging en het ligt dan ook in deze lijn dat een (in)formateur door de Tweede Kamer, in nieuwe samenstelling, benoemd dient te worden. Hiertoe wensen de initiatiefnemers een waarborg in de Grondwet op te nemen voor het aan-

Voorzitter Raad van State

De Koning is op dit moment de voorzitter van de Raad (artikel 74 Grondwet) en zijn beoogde eerste opvolger in lijn heeft tevens zitting in de Raad (artikel 2 van de Wet op de Raad van State). Alhoewel de voorzitter geen stemrecht heeft, kan vanwege de positie van voorzitter toch de schijn van politieke beïnvloeding worden gewekt. Gezien de aard van dit orgaan is het binnen het kader van dit wetsvoorstel ongewenst om daarvoor als voorzitter een staatshoofd te hebben dat niet democratisch gekozen is. Voorgesteld wordt dan ook om de voorzitter te benoemen volgens de manier waarop dit nu bij de Hoge Raad gebeurt. De Raad van State stelt een aanbevelingslijst samen van zes personen. Op basis van deze lijst doet de Tweede Kamer een voordracht van drie personen. Zo ontstaat er een democratische legitimatie voor het voorzitterschap en sluit deze procedure zoveel mogelijk aan bij de reeds bestaande procedure die wordt gehanteerd voor dergelijke Hoge Colleges van Staat. Tevens dienen andere leden van het koninklijk huis ook geen zitting meer te hebben in de Raad van State. •

Het lidmaatschap van de Koning van de regering leidt tot een sterk vermoeden van intensieve koninklijke betrokkenheid bij het regeringsbeleid

dienen aan te treden en de Koning in die periode derhalve de continuïteit van de regering belichaamt. De initiatiefnemers beogen de taken van de Koning te beperken tot louter een representatieve en ceremoniële rol. Derhalve is een rol bij de kabinetsformatie niet meer op zijn plaats.

wijzen van een of meer (in)formateurs door de Tweede Kamer. Middels deze Grondwetswijziging wordt in artikel 43 vastgelegd dat een formateur, aangewezen door de Tweede Kamer, de voordracht doet voor een koninklijk besluit, waarin de minister-president wordt benoemd.

1618

EHRM: nieuwe spelregels Rule 39

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft nieuwe spelregels opgesteld voor advocaten die om een voorlopige voorziening volgens Rule 39 vragen.

In ieder geval moet duidelijk worden aangegeven wat de aard van het dreigende gevaar is, de gronden waarop deze zijn gebaseerd en welke verdragsartikelen daarmee in het geding zijn. Verwijzing naar nationale procedures is niet voldoende, bij de aanvraag moeten alle relevante documenten worden meegestuurd. Als een zaak al in behandeling is bij het Hof dient het applicatienummer vermeld te worden. In geval van een incomplete aanvraag hoeft het Hof de aanvrager niet om nadere informatie te verzoeken, de aanvraag wordt normaal gesproken dan niet behandeld.

In zaken waarin uitzetting op het spel staat moet

de verwachte datum en tijd van de uitzetting vermeld worden, het adres of de plaats van detentie waar de met uitzetting bedreigde persoon verblijft en zijn of haar zaaksnummer. Zodra er veranderingen in één van deze gegevens optreden moet het Hof daarvan onmiddellijk in kennis worden gesteld.

Verder worden aanvragen per email niet meer in behandeling genomen. Alle aanvragen dienen per post of fax aan het Hof te worden gericht.

De 'Practice direction Requests for interim measures' is te vinden op www.njb.nl, Actuele documenten, week 36.

1619

Vraag naar gesubsidieerde rechtsbijstand stabiliseert

Tot vorig jaar steeg de vraag naar gesubsidieerde rechtsbijstand continu en ook de contacten met het Juridisch Loket namen jaar op jaar toe. In 2010 is de vraag gestabiliseerd.

Dit blijkt uit de Monitor gesubsidieerde rechtsbijstand 2010 van de Raad voor de Rechtsbijstand. In totaal zijn in 2010 ongeveer 430.000 toevoegingen afgegeven tegen 436.000 in 2009. Het aantal lichte adviestoevoegingen, bedoeld voor zaken van eenvoudiger aard, daalde in 2010 van 13.792 naar 9.884. Het aantal mediationtoevoegingen nam toe van 6.866 tot 7.330. De stabilisering van de vraag is ook zichtbaar bij het Juridisch Loket. Het Loket registreerde in 2009 783.000 klantcontacten, in 2010 ruim 770.000. De reguliere toevoegingen hebben vooral betrekking op het strafrecht (35%) en het personen- en familierecht (24%). De lichte adviestoevoegingen op het verbintenissenrecht (27%), het arbeidsrecht (13%) en het personen- en familierecht (13%). De meeste mediationtoevoegingen hebben betrekking op het personen- en familierecht (97%).

Opvallend is dat het totale aantal strafvoegingen in het afgelopen jaar, na jaren van toename, is afgenomen. In 2010 is, net als in 2009, weer een daling waar te nemen in het aantal afgegeven ambtshalve toevoegingen, terwijl het aantal civiele toevoegingen ongeveer gelijk bleef. In 2009 en vooral in 2010 is weer een stijging te zien van het aantal asieltoevoegingen. Het aantal toevoegingen op het gebied van echtscheiding blijft ook stijgen. De Raad ontwikkelt diverse initiatieven om deze trend om te buigen.

Piket na Salduz

Hulpverlening in het kader van piket heeft in 2010 in totaal 110.259 keer plaatsgevonden. Ten opzichte van

De grootste stijgers van de reguliere toevoegingen in de periode 2006–2010

Grootste absolute stijgers		
Personen-en familierecht	absoluut + 13.887	relatief + 16%
Verbintenissenrecht	absoluut + 9.234	relatief + 34%
Asielrecht	absoluut + 8.332	relatief + 39%
Bestuursrecht	absoluut + 3.239	relatief + 62%

Grootste relatieve stijgers		
Fiscaal recht	relatief + 101%	absoluut + 683
Bestuursrecht	relatief + 62%	absoluut + 3.239
Goederenrecht	relatief + 48%	absoluut + 1.002

De grootste dalers van de reguliere toevoegingen in de periode 2006–2010

Grootste absolute dalers		
Vreemdelingenrecht	absoluut - 8.373	relatief - 29%
Straftoevoegingen	absoluut - 4.815	relatief - 3%
Sociale verzekeringen	absoluut - 3.705	relatief - 23%
Sociale voorzieningen	absoluut - 2.879	relatief - 12%

Grootste relatieve dalers		
Faillissementsrecht	relatief - 32%	absoluut - 269
Vreemdelingenrecht	relatief - 29%	absoluut - 8.373

2009 is deze hulpverlening met 24% toegenomen. De oorzaak van de stijging zijn de aanpassingen naar aanleiding van de zaak Salduz.

In het najaar van 2010 is er een internet enquête gehouden onder alle rechtsbijstandverleners die op dat moment bij de Raad staan ingeschreven waarin onder meer werd gevraagd naar ervaren knelpunten in de Salduz-regeling. Aan de respondenten die ervaring hebben met deze regeling (50% van de respondenten) is gevraagd welke van vooraf genoemde verbeteringen volgens hen het meest wenselijk is. Van de respondenten die hier hun mening over hebben gegeven geeft 59% aan dat de meest wenselijke verbetering is om advocaten permanent aanwezig te laten zijn op het politiebureau volgens een vast (spreekuur)rooster, 29% ziet als meest wenselijke verbetering de mogelijkheid om advies te

geven via videoconsult en de overige 12% denkt dat de meest wenselijke verbetering is om meer advocaten op het piketrooster te plaatsen.

Rechtsbijstandverleners

In 2010 verleenden 7.332 verschillende rechtsbijstandverleners in ten minste één zaak gesubsidieerde rechtsbijstand. Bijna de helft van deze rechtsbijstandverleners neemt deel aan piketdiensten voor onder meer verdachten in een strafproces die in verzekering zijn gesteld of burgers die tegen hun wil in een psychiatrische instelling zijn opgenomen (BOPZ). Het merendeel van de rechtsbijstandverleners is advocaat. In 2010 verleenden 7.043 advocaten gesubsidieerde rechtsbijstand, tegen 6.875 advocaten in 2009. Dit is 43% van alle advocaten die bij de Nederlandse Orde van Advocaten staan ingeschreven. In 2010 is het aantal toevoegingen

gen per rechtsbijstandverlener licht gedaald tot gemiddeld 59 toevoegingen per rechtsbijstandverlener.

Kosten

De totale kosten van het stelsel

bedragen in 2010 bijna € 475 miljoen. De kosten voor de in 2010 verleende piketdiensten bedragen ongeveer € 27 miljoen. Als wordt opgedeeld naar type toevoeging, dan blijkt dat voor de lichte adviestoevoe-

gingen een bedrag van € 2,4 miljoen is uitbetaald. Voor mediationtoevoegingen is dit een bedrag van € 3,7 miljoen en voor de overige reguliere toevoegingen € 325,6 miljoen. •

1620

Verplichte kennistoets bij aanschaf financieel product

Het Ministerie van Financiën wil dat consumenten die een complex financieel product willen aanschaffen verplicht worden om een kennis- en ervaringstoets af te leggen. Dit blijkt uit een concept-wetsvoorstel dat ter consultatie is gepubliceerd.

Uit de evaluatie van de provisiereggeving (Evaluatie provisieregels complexe producten, september 2010) werd duidelijk dat de huidige provisieregels onvoldoende effectief zijn om de gewenste cultuuromslag, van productgedreven verkoop naar klantgerichte advisering, bij financiële dienstverleners op gang te brengen. Dit kan alleen met regelgeving worden gerealiseerd, zonder welke de praktijk van provisiebetalingen hoogstwaarschijnlijk in stand blijft. Uit het onderzoek blijkt eveneens dat onder de huidige transparantieregels de aard, kosten en kwaliteit van de dienstverlening onvoldoende zichtbaar worden wanneer de klant aan de poort staat. Daarom dient door middel van transparantieregels voor financiële dienstverleners een herkenbaar dienstverleningsdocument verplicht te worden gesteld, om de klant in staat te stellen een goede keuze te maken uit een gedifferentieerd aanbod van financiële dienstverlening.

Verplichte toets

Op dit moment kan de consument zonder waarschuwing kiezen om een

complex financieel product af te nemen zonder advies, terwijl hij mogelijk de risico's daarvan niet in kan schatten. In dit wetsvoorstel wordt een bepaling opgenomen die het mogelijk maakt om in lagere regelgeving bepalingen op te nemen ten aanzien van de kennis- en ervaringstoets die een financiële dienstverlener ten aanzien van bepaalde producten dient af te nemen, wanneer de consument deze wenst af te nemen zonder advies. Door dit in regelgeving op te nemen wordt het mogelijk dat op uniforme wijze een dergelijke toets wordt uitgevoerd en de consument wordt gewaarschuwd. Een dergelijke toets bestaat al bij producten onder de MiFID. Hierdoor wordt de consument bewust gemaakt van zijn financiële inzicht en de vraag of hij in staat is een afgewogen keuze te maken voor een financieel product. Zo wordt een vorm van bescherming geboden bij het afsluiten van een financieel product zonder advies. Het uitgangspunt is en blijft dat een consument zelf kan kiezen voor een distributiekanaal en dus de keuze heeft of hij voor de aanschaf van een financieel product advies inwint. Echter voor bepaalde complexe of impactvolle producten is het van belang dat wordt nagegaan of de consument over voldoende kennis en ervaring beschikt om het product zonder advies af te nemen. Indien dat niet het geval is, dient de consument gewaarschuwd te worden dat het verstandig is advies in te winnen.

Biedingsregels

In het wetsvoorstel worden ook enkele wijzigingen op het terrein van de biedingsregels voorgesteld. Eén van de wijzigingen betreft het opnemen van een nadere waarborg gericht op de bescherming van de positie van minderheidsaandeelhouders ingeval van een openbaar bod. Het gaat om het volgende. Een persoon die overwegende zeggenschap verkrijgt in een naamloze vennootschap met statutaire zetel in Nederland is gehouden een verplicht bod uit te brengen. In artikel 5:71, eerste lid, van de Wft is een aantal uitzonderingen op deze biedplicht opgenomen waaronder de uitzondering ingeval eenieder overwegende zeggenschap verkrijgt door de gestanddoening van een vrijwillig openbaar bod op alle aandelen of met medewerking van de doelvennootschap uitgegeven certificaten van aandelen van de doelvennootschap. Teneinde te voorkomen dat de biedplicht kan worden omzeild, wordt een additionele waarborg opgenomen, namelijk de toevoeging dat deze uitzondering op de biedplicht alleen geldt indien deieder als gevolg van de gestanddoening van het bod meer dan 50 procent van de stemrechten in de algemene vergadering van de aandeelhouders van de doelvennootschap kan uitoefenen. •

Het conceptwetsvoorstel getiteld 'Wijzigingswet financiële markten 2013' is te vinden op internetconsultatie.nl, alwaar tot 26 september gereageerd kan worden.

Wilt u dat uw (juridische) proefschrift of dat van iemand die u kent besproken wordt in deze rubriek dan kunt u uw proefschrift sturen naar het redactie bureau; zie colofon.

Oraties

Bijzonder hoogleraar Forensische Psychiatrie aan de Tilburg Law School *Prof. dr. T.I. (Karel) Oei* neemt op vrijdag 9 september afscheid met de rede *The Role of the Unconscious in Forensic psychiatry*.

Tijd: 16.15 uur

Plaats: aula van de Tilburg University

Prof. mr. Margreet Ahsmann, rechter en hoogleraar Rechtspleging, richtte zich op 26 augustus 2011 in haar oratie ter aanvaarding van haar leerstoel op de opleiding tot rechter, eerst op de universitaire 'vooropleiding' en vervolgens op de specialistische opleiding tot rechter (raio/rio). Beide zijn onderwerp van discussie. In haar oratie 'Van meesters in de rechten tot priesters van het recht: Feit en fictie in hun opleiding' vraagt Ahsmann zich telkens af welke rol de feiten hebben gespeeld bij standpunten en keuzen: is gekeken of feitelijke informatie beschikbaar of nodig was, m.a.w. is gekeken of er onderzoeksresultaten aanwezig waren? Of is fictie – aannames, vooronderstellingen – als feit aangenomen? Ahsmann behandelt het onderwerp met aandacht voor de (rechts)geschiedenis. Ahsmann stelt met betrekking tot de academische juridische opleiding vragen als: In hoeverre dient de discussie over de aard en richting van rechtswetenschap gevolgen te hebben voor de opleiding tot jurist? Moet de opleiding worden verbreed met sociale, geestes- en zelfs biologische wetenschap, voor een breder maatschappelijk begrip? Of leidt dit juist tot funeste vervlakking en versplintering? En wat betreft de postacademische opleiding tot rechter: Is de selectie van rechters op orde? Is het een goede zaak dat de raio-opleiding is afgeschaft? Hoe komt het dat blijkbaar bij grote rechtbanken meer rechters in-opleiding afvallen dan bij kleine rechtbanken? Doet het nieuwe oplei-

dingshuis dat de Raad voor de rechtspraak wil op tuigen wel recht aan de complexe werkelijkheid? Ook hier telkens weer de vraag: zijn de keuzes gebaseerd op feiten of op fictie. Ahsmann stelt uitdagende vragen. In haar opinie moeten persoonlijke meningen en belangen niet de basis van beslissingen vormen, maar zij moeten gestoeld zijn op feitenkennis die door onderzoek geproduceerd moet worden.

Promoties

The anti-money laundering system in the context of globalisation: a Panopticon built on quicksand?

This dissertation, written by *Liliya Gelemerova*, under the supervision of Prof. Petrus C. van Duyn and Prof. Marc S. Groenhuijsen, discusses the money laundering phenomenon in the context of globalisation.



Globalisation can be viewed as a process that has led to money laundering facilities, such as money transfers, becoming easily available to criminals worldwide. On the other hand, anti-money laundering (AML) regulatory efforts are becoming increasingly globalised too. As a result, globalisation helps curb money laundering but it may also further it.

The purpose of this thesis is to examine the applicability and adequacy of the legal term 'money laundering' and related requirements in the context of a globalised AML system. This thesis examines the origins and foundations of the global anti-money laundering policies as well as the arguments that policy makers employ to introduce new and stricter regulations. Policy makers have presented money laundering as a significant threat to the world economy and society. In order to curb it, regulators have put into place a global system of surveillance, a 'Panopticon', which involves reporting by banks and other financial institutions of suspicious financial activity to law enforcement and regulatory authorities. Is this system built on solid ground, i.e. on a clear definitional basis, or is it built on a constantly shifting plat-

form similar to a Panopticon, outwardly solid, but actually built on quicksand? It appears that this extended system of control is not working. Rather, given the lack of performance measures, we do not know how it is working: even concerning unintended effects, we learn about these anecdotally. The AML system's definitional basis is unclear resulting in uncertainties and inadequacies in the application of penal law and regulations. Left to their own devices, reporting institutions struggle to understand whether their compliance procedures are adequate and often resort to a simplified 'tick-the box' exercise in due diligence. As a result, financial intelligence units do not necessarily receive quality intelligence information. The lack of adequate direction does not help to achieve the goals of anti-money laundering policies. Whether a financial institution will deal with a particular customer or partner has largely become a variable of the institution's risk appetite, which varies from institution to institution. As a result, while the penal law approach has been accepted almost universally, the practical implementation of due diligence and reporting practices has remained inconsistent across businesses, sectors and countries, largely due to ill-defined terms, unclear rules and varying legal and corporate cultures. This thesis concludes that there is a plethora of issues arising from the AML legislation that impact business and ordinary people, particularly in the fields of due diligence practices and reporting on suspicious activity. These implications cannot be ignored if we want this system to work better. •

L.Y. Gelemerova

The anti-money laundering system in the context of globalisation: a Panopticon built on quicksand?

Wolf Publishers 2011, 320 p., € 25,-

ISBN 9789058506665

Contracteren door intermediairs in de muziekindustrie

De overheid heeft zich sinds de jaren '90 van de vorige eeuw steeds meer teruggetrokken als financier en organisator van de kunstensector. Dat heeft onder andere tot gevolg gehad dat musici en andere kunstenaars in



het kader van hun beroepspraktijk steeds actiever de markt benaderen en als gevolg daarvan ook steeds vaker zelf contracteren. Uit het onderzoek dat in dit

werk is beschreven, is onder meer gebleken dat ongeveer 80% van de opdrachten die de musici uitvoeren wordt verkregen via tussenpersonen zoals impresario's en artiestenbureaus. De overeenkomsten die partijen daartoe sluiten hebben mede tot doel het verkrijgen van rechtszekerheid. Het is evident dat op het moment dat twee partijen daarbij via of door middel van een intermediair met elkaar contracteren, er drie-partijenverhoudingen ontstaan die juridisch gezien niet of nauwelijks te kenmerken zijn als samenstel van symmetrische of synallagmatische (tweezijdige, wederzijds bindende) overeenkomsten. Indien een organisator van een muziekevenement, een intermediair en een musicus met elkaar contracteren ontstaan contractencomplexen die beeldend kunnen worden voorgesteld door een driehoek. Om vast te kunnen stellen welke rechten en plichten uit de verschillende overeenkomsten hieruit voor alle betrokken partijen voortvloeien zal het contractencomplex moeten worden ontleed langs de benen van de driehoek die door bilaterale overeenkomsten zijn ingevuld. Dat levert een diffuus beeld op omdat één van de benen van de driehoek vaak niet of onvoldoende daardoor is ingevuld.

Ton Lamers is op 2 september gepromoveerd op het proefschrift "Contracteren door intermediairs in de muziekindustrie". Promotores waren Prof. mr. dr. A.L.H. Ernes en prof. mr. dr. J.G.J. Rinkes. In het eerste deel wordt een beeld gegeven van de wijzen waarop de contractencomplexen in de muziek- en entertainmentindustrie zijn opgebouwd. In het tweede deel wordt deze wijze van contracteren vergeleken met de wijze waarop doorgaans in de bouw wordt gecontracteerd omdat de contractencomplexen in de bouw vergelijkbaar zijn met de wijze waarop in de muziekindustrie wordt gecontracteerd. Vervolgens wordt ingegaan op de wijze waarop de leemten die in de beschreven contractencomplexen blijken te bestaan, rechtens kunnen

worden ingevuld. Daartoe worden onder andere recente ontwikkelingen met betrekking tot het leerstuk groepscontracten in het Franse recht en de Belgische literatuur beschreven. Tot slot wordt een pleidooi gehouden voor de introductie van groepscontracten in het Nederlandse recht waarbij de auteur een door hem ontwikkelde spiltheorie uitwerkt als bescherming tegen een te eenvoudige aansprakelijkheid op grond van wanprestatie tussen partijen die geen directe bilaterale contractband met elkaar hebben. •

A.H. Lamers
**Contracteren door
intermediairs in de
muziekindustrie**

Serie Recht & Praktijk, Kluwer 2011, € 42,50
ISBN 9789013092981

Scriptie

De bus komt zo, toch?

Onder omstandigheden hebben passagiers die per vliegtuig en trein reizen recht op een vergoeding bij vertraging en annulering. Passagiers in het stads- en streekvervoer hebben nog geen bescherming door Europese verordeningen. In deze scriptie onderzoekt *Mark van Dam* hoe het recht op compensatie voor passagiers bij vertraging en uitval in het Nederlandse stads- en streekvervoer kan worden vormgegeven, zodat deze overeenstemt met de Europese verordeningen omtrent passagiersrechten bij vertraging en annulering. In de scriptie wordt beschreven hoe de bescherming van luchtvaart- en spoorwegpassagiers bij vertraging en annulering, zoals neergelegd in de Europese verordeningen, door de Europese en nationale rechters wordt gewaarborgd. Tevens wordt gekeken hoe de Europese Commissie de rechten van boot- en buspassagiers wenst te beschermen in nieuwe verordeningen, waarbij deze aan de hand van de reeds van kracht zijnde verordeningen kritisch worden beschouwd. Vervolgens wordt onderzocht hoe stads- en streekvervoerders in Nederland omgaan met reizigers die te maken krijgen met vertraging. Uit het onderzoek blijkt dat door weinig samenhangende compensatieregelingen een onduidelijke situatie voor rei-

zigers bestaat, en dat de communicatie tussen reiziger en vervoersbedrijf te wensen overlaat. De oplossing is volgens Van Dam de compensatieregelingen in het stads- en streekvervoer te harmoniseren. Hierdoor wordt eenheid gecreëerd, wat de reiziger ten goede komt. Daarnaast komt de auteur met alternatieven voor de huidige compensatieregelingen, waarbij de reiziger centraal staat. Door de Europese verordeningen als uitgangspunt te nemen en te combineren met de verschillende compensatieregelingen in het Nederlandse stads- en streekvervoer wordt uiteindelijk een kader gecreëerd waarbinnen de Europese wetgever regelgeving kan creëren die overeenstemt met de huidige verordeningen voor passagiersbescherming bij vertraging en annulering. Ook vervoersmaatschappijen kunnen gebruikmaken van het kader. Zij kunnen binnen het kader compensatieregelingen aanbieden, zodat de regeling overeenkomt met de Europese verordeningen. •

M.R. van Dam
**De bus komt zo, toch? Een onderzoek
naar de rechten van passagiers bij
vertraging en annulering in het
Nederlandse stads- en streekvervoer
in verhouding tot de Europese ver-
ordeningen voor passagiersrechten**

Masterscriptie Erasmus Universiteit Rotterdam, Erasmus School of Law, Sectie Burgerlijk Recht
Scriptiebegeleider: mw. mr. H.Th. Vos
De integrale scriptie is te lezen op www.njblog.nl

Scripties

De redactie biedt aan studenten de mogelijkheid om met een korte samenvatting van hun masterscriptie in dit tijdschrift te komen. Hiernaast wordt de gehele versie van het document op de website van het NJB geplaatst. De redactie wil graag een podium bieden voor de vele mooie juridische teksten en innovatieve opvattingen van studenten die tot nu toe nog te weinig onder de aandacht komen van de vele juristen die in ons land werkzaam zijn. Heb je belangstelling om te worden geselecteerd voor opname van een samenvatting van je masterscriptie in het NJB? Stuur dan je scriptie, voorzien van een samenvatting van maximaal 200 woorden, het eindcijfer (minimaal een acht) dat je voor de scriptie hebt ontvangen en ook je afstudeerrichting en de naam van je scriptiebegeleider, naar het redactiebureau van het NJB, postbus 30104, 2500 GC Den Haag of e-mail: njb@kluwer.nl.

Hoogleraren



Prof. dr. Astrid Stadler is per 1 augustus benoemd tot hoogleraar Comparative Mass Litigation in de

Erasmus School of Law, met de leeropdracht Grensoverschrijdend en vergelijkend massaschaderecht. Stadler is vanaf 1994 hoogleraar aan de universiteit van Konstanz (Duitsland), waar ze de leerstoel voor burgerlijk recht, burgerlijk procesrecht, internationaal privaatrecht en rechtsvergelijking bekleedt. Prof. Stadler heeft een internationale staat van dienst. Haar expertise ligt op het gebied van internationaal en vergelijkend procesrecht, consumentenrecht en vermogensrecht. •



Arno Lodder is benoemd tot hoogleraar Internet governance and regulation: de eerste leerstoel op het

gebied van Internetrecht in Nederland. Arno Lodder verzorgt onder andere de vakken Actualiteiten Internetrecht, Internet Governance en E-commerce Law. Daarnaast doet hij onderzoek naar de spanning tussen de technische mogelijkheden van internettechnologie en de juridische toelaatbaarheid. Dit doet hij onder andere op het terrein van Cyberwar, het Internet van Dingen (een netwerk van onderling verbonden objecten) en binnen het EU FP7 Hemolia-project Anti Money Laundering. Lodder heeft gepubliceerd over diverse internetrechtelijke onderwerpen zoals spam, sociale netwerken, virtuele werelden,

elektronische handtekeningen en online geschillenoplossing. •

Decaan Rechtsgeleerdheid



Prof. dr. Hildegard Schneider is per 1 september benoemd tot de nieuwe decaan van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid

van de Universiteit Maastricht. Schneider studeerde Rechten, Politologie en Kunstgeschiedenis in Freiburg, Londen, Parijs en Münster. De UM-carrière van Schneider begon in 1986, met haar aanstelling als universitair docent Europees Recht. In 1995 promoveerde ze aan de UM met een onderzoek naar de wederzijdse erkenning van diploma's en beroepskwalificaties in de EU. In 2000 werd zij benoemd op de Jean Monnet Leerstoel European Migration Law. Schneider werkt als onderzoeker bij het Maastricht Centre for European Law en is lid van onderzoeksschool Ius Commune. Daarnaast doceert en coördineert ze verschillende programma's aan de rechtenfaculteit. Een van de aspecten die zij de komende jaren extra aandacht wil geven in het onderwijscurriculum zijn de juridische aspecten van het werken en leven in een grensregio. •

Vice-presidenten Hoge Raad

De ministerraad heeft op voorstel van minister Opstelten van Veiligheid en Justitie ingestemd met de voordracht tot benoeming van drie vice-presidenten van de Hoge Raad. Het gaat om de heren mr. W.A.M van Schendel, mr. J.A.C.A. Overgaauw en mr. E.J. Numann.

Voor het plaatsen van berichten in deze rubriek kunt u uw tips en informatie naar njb@kluwer.nl sturen.

Mr. W.A.M. van Schendel vervult met ingang van 1 januari 2012 de vacature die ontstaat als gevolg van het terugtreden van vice-president mr. F.H. Koster. Dhr. Van Schendel is sinds november 2001 raadsheer in de Hoge Raad. •

Mr. J.A.C.A. Overgaauw vervult met ingang van 1 december 2011 de vacature die ontstaat als gevolg van het terugtreden van vice-president mr. D. van Vliet. Dhr. Overgaauw was van juni 2002 tot januari 2008 als advocaat-generaal verbonden aan de Hoge Raad. Sindsdien is hij raadsheer in de Belastingkamer van de Hoge Raad. •



Mr. E.J. Numann vervult met ingang van 1 september 2011 de vacature die is ontstaan als gevolg van het terugtreden vice-president van mr. D.H. Beukenhorst per 1 juni 2011. Dhr. Numann is sinds oktober 2000 raadsheer in de Hoge Raad. •

Publicatieprijs

De tweejaarlijkse publicatieprijs van de Stichting Maatschappij, Veiligheid en Politie (SMVP) is toegekend aan prof. Peter van Koppen voor zijn boek "Overtuigend Bewijs". Van Koppen is hoogleraar rechtspsychologie aan de Universiteit Maastricht. •

22 09 t/m 06 11 2011 Verdachte portretten

In 2011 bestaat de Rechtspraak 200 jaar, aanleiding om aandacht te schenken aan het beeldbepalende, maar onderbelicht beroep van recht-

banktekenaar. Het Persmuseum organiseert daarom in samenwerking met de Rechtbank Amsterdam een (reizende) tentoonstelling van rechtbanktekeningen uit de afgelopen decennia, ingedeeld aan de hand van

een aantal belangwekkende en geruchtmakende rechtszaken.

Tijd en plaats: van 22 september tot en met 6 november 2011 in het Persmuseum, Zeeburgerkade 10 te Amsterdam, daarna reizend langs de rechtbanken en gerechtshoven.

Informatie: www.persmuseum.nl

27 09 2011

Seminar and Inaugural Lecture Hiil

The Hague Institute for the nationalisation of Law announces the Seminar and Inaugural Lecture by Professor Maurits Barendrecht as Hiil-Hague Visiting Professor on the Rule of Law. During the event, Professor Maurits Barendrecht will discuss the unexpected ways in which courts face competition from other third parties. He will present research that suggests ways in which courts can innovate in order to retain their position and serve their constituents in a better way. The inaugural lecture will be followed by a debate, moderated by NRC journalist Folkert Jensma. Maurits Barendrecht and Judge Bruno Cathala, President of the Tribunal de Grande Instance in France and former first Registrar of the International Criminal Court, will reflect on the tension between short term pressures of high case loads and the need to innovate. Moreover, they will debate whether the setting for court innovation can be improved, for instance by involving outside suppliers of ideas, processes and services.

Tijd: dinsdag 27 september van 15.30 tot 19.00 uur

Plaats: Paleiskerk, Paleisstraat 8, Den Haag

Inlichtingen en aanmelden: zie voor meer informatie www.hiil.org (upcoming events)**29 09 t/m 01 10 2011
International Weekend
Young Lawyers**

This event is organised by the Law Society's Junior Lawyer Division, the Young Barristers Committee of the Bar Council of England and Wales, the London Young Lawyers' Group and the European Young Bar Association. It has been created to coincide with the Opening of the Legal Year, to equip junior lawyers from around the world with practical career development skills while providing the opportunity to experience legal London.

Tijd: donderdag 29 september vanaf 19.00 uur tot en met zaterdag 1 oktober

Plaats: donderdag The Living Room, St. Katherine Docks, London, vrijdag en zaterdag The Law Society of England & Wales, 113 Chancery Lane, London

Inlichtingen en aanmelden: via de sites www.eyba.org of www.juniorlawyers.lawsociety.org.uk of e-mail teresa@sillarsandjones.com. Kosten voor het bijwonen van het gehele weekend: leden £145 en niet-leden £210 (incl. VAT).

07 10 2011

Alumnidag Toezicht

De alumniking Oudemanhuispoort organiseert in samenwerking met het Eggens Instituut voor Juridisch Postacademisch Onderwijs een alumnidag met als thema Toezicht. Gastsprekers zijn prof. dr. Edgar du Perron, hoogleraar privaatrecht, prof. dr. Saskia Lavrijssen, hoogleraar consument en energie, prof. dr. Jaap Winter, hoogleraar internationaal ondernemingsrecht en prof. dr. Nico van Eijk, hoogleraar informatierecht. Zij zullen tijdens deze middag dieper ingaan op het thema Toezicht gezien vanuit het onderwerp van hun onderzoek.

Tijd: vrijdag 7 oktober 13.30 tot 17.00 uur

Plaats: Universiteit van Amsterdam, Oudemanhuispoort, Oudemanhuispoort 4-6, Amsterdam

Inlichtingen en aanmelding: De toegang is gratis voor leden van de Amsterdamse Universiteitsvereniging/alumniking Oudemanhuispoort en bedraagt € 50,- voor niet-leden. De Nederlandse Orde van Advocaten kent 2 PO-punten toe. Meer informatie en aanmelding via: www.jur.uva.nl/eggens.

28 10 2011

Vergadering Vereniging 'Handelsrecht'

Deze vergadering zal gewijd worden aan het preadvies "De nieuwe geschillenregeling". Na een inleiding van de preadviseurs, Mr. C.D.J. Bulten, Mr. G.C. van Eck, Mr. H.M. de Mol van Otterloo en Prof. Mr. J.H.M. Willems, zal het preadvies aan de orde worden gesteld.

Tijd: vrijdag 28 oktober om 14.30 uur

Plaats: De Brauw Blackstone Westbroek N.V. te Amsterdam, gebouw 'The Rock', Claude Debussylaan 80 (pal naast het station Amsterdam Zuid-WTC).

Inlichtingen en aanmelden: voor het bijwonen van deze bijeenkomst dienen leden van de vereniging zich aan te melden bij het secretariaat van de Vereniging "Handelsrecht", Postbus 293, 3000 AG te Rotterdam (telefoon 010-2012939, telefax 010-2012949, e-mail mieke.tuijtel@borsboomhamm.nl).

28 10 2011

**Bijeenkomst Vereniging
Civiele Cassatie Advocaten**

Een thans bij de Tweede Kamer ahangig wetsvoorstel Versterking cassatierechtspraak voorziet in de vorming van een landelijke civiele cassatiebalie. Een concept-verordening van de NOVA ter uitwerking van dit wetsvoorstel ligt in september voor bij het College van Afgevaardigden. Mogelijk zal de landelijke civiele

cassatiebalie al per 1 januari 2012 worden ingevoerd. De VCCA ziet hierin aanleiding een tweede bijeenkomst te organiseren over de civiele cassatiebalie, waarin vooral praktische kwesties aan de orde komen. Mrs. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt en J.W.H. van Wijk verzorgen een inleiding.

Tijd: vrijdag 28 oktober 2011 om 15.00.

Plaats: ten kantore van Houthoff Buruma, Gustav Mahlerplein 50 Amsterdam

Inlichtingen en aanmelden: belangstellende advocaten kunnen zich voor deze bijeenkomst aanmelden bij Adri Tijdeman (adri.tijdeman@nautadutilh.com).

04 11 2011

Fiscaliteit & Innovatie

Op vrijdag 4 november opent Staatsecretaris van Financiën mr. drs. Frans Weekers het *Maastricht Centre for Taxation (MCT)*. Het MCT bundelt de fiscale krachten van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid en de School of Business and Economics en brengt het aanbod aan fiscaal onderwijs en onderzoeksexpertise samen. De opening en het aan de opening gekoppelde *21e Maastrichts Fiscaal Symposium* staan geheel in het teken van fiscaliteit & innovatie in Nederland. Het symposium vindt plaats voorafgaand aan de opening van het MCT en wordt georganiseerd door het Maastricht Centre for Taxation in samenwerking met de Belastingdienst/Limburg, Deloitte, Ernst & Young, KPMG Meijburg & Co en PwC. Staatsecretaris Weekers is een van de sprekers tijdens het symposium.

Tijd: vrijdag 4 november, start Symposium 13.00 uur, opening MCT 17.00 uur

Plaats: Maastricht University, School of Business and Economics, Tongersestraat 53, Maastricht

Inlichtingen en aanmelden: kosten € 175 inclusief diner en bundel. Voor studenten en medewerkers van Maastricht University is deelname gratis (studenten zijn vanwege de beperkte capaciteit uitgesloten van het diner). Voor meer informatie en aanmelding: www.maastrichtuniversity.nl (trefwoord Fiscaliteit en innovatie)**04 en 05 11 2011
Nationaal Arbeidsrecht-
congres**

Het Nationaal Arbeidsrechtcongres wordt georganiseerd door de Universiteiten van Amsterdam, Leiden, Nijmegen en Rotterdam en de Vereniging van Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN). Het congres vindt voor de negende maal plaats en het thema dit jaar is het *Arbeidsprocesrecht in*

beweging. Sprekers uit de rechterlijke macht, de wetenschap en de advocatuur behandelen diverse vraagstukken vanuit dit thema. Mr. J.J.M. de

Laat, kantonrechter en vicepresident Rechtbank Utrecht, is voorzitter.

Tijd: vrijdag 4 november 12.00 uur t/m zaterdag 5 november 12.00 uur

Plaats: Hotel Buunderkamp, Buunderkamp 8, Wolfheze
Inlichtingen en aanmelden: informatie op www.jur.uva.nl
(trefwoord Arbeidsrechtcongres), 7 PO punten

Agenda kort

13 & 14 09 2011

Culturele Criminologie Conferentie
NJB 2011/1533, afl. 28 p. 1937

14-21 09 2011

Summer School 'Islam and Criminal Justice'
NJB 2011/1391, afl. 29, p. 1753

15 09 2011

Inleverdatum NVER-Scriptieprijs 2011
NJB 2011/1468, afl. 27 p. 1852

15 09 2011

Inleverdatum Internet Scriptieprijs Internet en recht
NJB 2011/1584, afl. 29, p. 2005

20 09 2011

Geen bonus tijdens verlof zwangere werknemster?
NJB 2011/1584, afl. 29, p. 2005

21 09 2011

Seminar 'Rechten van het kind en kunstmatige voortplantingstechnieken'
NJB 2011/1255, afl. 24, p. 1596

21 09 2011

Bijeenkomst Gezelschap voor Internationaal Strafrecht
NJB 2011/1468, afl. 27 p. 1852

22 09 2011

Schaarse publieke rechten
NJB 2011/1533, afl. 28 p. 1936

vanaf 22 09 2011

Tentoonstelling 'Verdachte portretten'
NJB 2011/1623, afl. 30, p. 2069

23 09 2011

Jaarcongres NOVA 'Ethische dilemma's, grenzeloos'
NJB 2011/1468, afl. 27 p. 1852

27 09 2011

Seminar and Inaugural Lecture Hiil
NJB 2011/1623, afl. 30, p. 2070

28 09 2011

Congres 'Five Years of Energy Law in Groningen: Academics meet Practice'
NJB 2011/1391, afl. 26, p. 1753

29 09 2011

Cursus 'Crisismanagement in de scheepvaart'
NJB 2011/1223, afl. 23, p. 1540

29 09 2011

Juridische alumnidag Leiden
NJB 2011/1468, afl. 27 p. 1852

29 09 t/m 01 10 2011

International Weekend Young Lawyers London
NJB 2011/1623, afl. 30, p. 2070

30 09 2011

Europa lezing 'Toekomstbestendig EU-mediarecht'
NJB 2011/1468, afl. 27 p. 1852

30 09 2011

Medische wetenschap, islam en recht
NJB 2011/1533, afl. 28 p. 1936

01 10 2011

OM-Scriptieprijs
NJB 2011/1533, afl. 28 p. 1937

04 10 2011

Congres 'Cross-cultural mediation'
NJB 2011/1468, afl. 27 p. 1852

05 10 2011

Seminar 'Advocaten, accountants en integriteit'
NJB 2011/1468, afl. 27 p. 1852

Een uitgebreide versie van deze agenda is te raadplegen op www.njb.nl.

06 & 07 10 2011

Conferentie 'Ageing Europe, health law revisited'
NJB 2011/1036, afl. 19, p. 1309

07 10 2011

5e Gronings Letselschadecongres 'Werkgeversaansprakelijkheid, een grensverleggend debat!'
NJB 2011/1468, afl. 27 p. 1853

07 10 2011

Alumnidag Toezicht alumnikring Oudemanhuispoort en Eggens Instituut
NJB 2011/1623, afl. 30, p. 2070

10 & 11 10 2011

VNG Juridische tweedaagse
NJB 2011/1584, afl. 29, p. 2005

12 10 2011

Symposium 'Onderneming en Pensioen'
NJB 2011/1391, afl. 26, p. 1753

20 10 2011

Launching Event ICGI
NJB 2011/1468, afl. 27 p. 1853

28 10 2011

Vergadering Vereniging 'Handelsrecht'
NJB 2011/1623, afl. 30, p. 2070

28 10 2011

Bijeenkomst Vereniging Civiele Cassatie Advocaten
NJB 2011/1623, afl. 30, p. 2070

01 11 2011

Stichting Jo Maes/Capra Prijs 2011
NJB 2011/1533, afl. 28 p. 1937



Het recht op exclusiviteit

De Kluwer Collegebundel. Nu verkrijgbaar als limited edition in luxe bewaarcassette!

De Kluwer Collegebundel kent u ongetwijfeld uit uw studententijd. Doeltreffend in gebruik door zijn uitgebreide inhoud (4864 pagina's) én zoekgemak. Altijd handig om snel de inhoud van bepaalde wetteksten te bekijken. Er is nu ook een luxe uitvoering van de Kluwer Collegebundel in limited edition. Chique harde omslag, fraai gebonden bundels en een representatieve bewaarcassette. Zo'n luxe editie mag gezien worden. Ook bij deze luxe uitvoering krijgt u gratis toegang tot de online editie. Deze is bovendien uitgebreid met links naar de meeste standaardarresten.

Bestel snel op www.kluwer.nl (zoek op 'limited edition'), want de oplage is beperkt.



Online
en mobiel
uitgebreid met
arresten!



Kluwer

a Wolters Kluwer business

www.kluwer.nl