

MR W. WEDZINGA

Het demasqué van het wetsontwerp kroongetuige

Wetsontwerp 26 294¹ gaat blijkens het intitulé over de toelaatbaarheid van getuigenverklaringen die in ruil voor een toezegging van het Openbaar Ministerie zijn afgelegd. Maar dat is te veel eer. Want in feite schetst het wetsontwerp slechts de voorwaarden waaronder een toezegging tot strafvermindering aan een getuige mag worden gedaan. Over de toelaatbaarheid van andere toezeggingen aan getuigen spreekt het wetsontwerp zich niet uit en ook over de rechtsgevolgen van een toezegging tot strafvermindering die niet aan de wettelijke eisen voldoet laat het wetsontwerp de lezer in het ongewisse. Er blijft dus een omvangrijk juridisch vacuüm bestaan, waardoor de vraag welke toezeggingen aan getuigen rechtekens door de beugel kunnen grotendeels onbeantwoord blijft. Die vraag staat in deze bijdrage centraal.

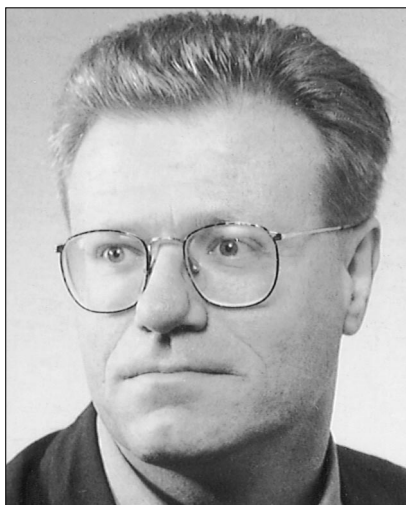
De kroongetuige en plea bargaining

Het wetsvoorstel wordt wel gekarakteriseerd als een ontwerp dat beoogt te voorzien in een wettelijke regeling van de kroongetuige, maar die term wordt in de tekst van het ontwerp niet gehanteerd. Mogelijk is zij te beladen, nadat de Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden (de Commissie-Van Traa) de figuur van de kroongetuige in de ban had gedaan.² De commissie Van Traa dacht daarbij echter aan de getuige aan wie strafrechtelijke immuniteit in het vooruitzicht wordt gesteld. Het wetsontwerp heeft het over toezeggingen met betrekking tot strafvermindering. Van een toezegging dat de getuige wordt gevrijwaard van strafvervolgning wil de MvT niet weten.³ Ook de toezegging dat strafvervolgning 'uitsluitend plaatsvindt voor zeer geringe of aanzienlijk minder feiten' wordt blijkens de MvT ontoelaatbaar geacht.⁴ Plea bargaining zou dus eveneens uit den boze zijn. Dat daarmee het doek voor de kroon-

Het wetsvoorstel dat toezeggingen aan getuigen in strafzaken beoogt te regelen zet geen zoden aan de dijk. Omdat het juist veel ongeregeld laat, opent het de deur naar een praktijk contra of praeter legem, die in de rechtszaal voor veel stof tot discussie zal zorgen en in de politiek wel eens als een tijdbom zou kunnen werken.

getuige is gevallen is echter geenszins waar. Want de MvT kan zich dan wel onomwonden uitspreken tegen toezeggingen met betrekking tot strafrechtelijke immuniteit, rechtekens zijn dergelijke toezeggingen niet a priori ontoelaatbaar. Diezelfde MvT hecht er namelijk aan dat het opportunititeitsbeginsel 'op de gebruikelijke wijze' wordt toegepast.⁵ Dat laat het OM ruimte om door de criminele getuige begane strafbare feiten te seponeren, in ruil voor een toezegging dat die getuige een belastende verklaring aflegt. De kroongetuige mag dan ongewenst zijn, rechtekens ontoelaatbaar is zij op voorhand niet.⁶ En ook op onderhandelingen over de tenlastelegging rust niet bij voorbaat een taboe. Want het opportunititeitsbeginsel, dat in de MvT zo innig wordt omarmd, laat ook hiervoor ruimte. Als de wetgever dergelijke deals wil verbieden, zal hij dat wettelijk moeten regelen. Zolang dat niet gebeurt, lijkt plea bargaining rechtekens toelaatbaar.

Het belang van de 'afgekochte' verklaring en de rechterlijke toetsing van de afspraak



Mr W. Wedzinga is als universitair hoofddocent verbonden aan de Leerstoelgroep Strafrechtswetenschappen van de Universiteit van Amsterdam.

Het wetsontwerp stelt als voorwaarde dat door het afleggen van de verklaring een belangrijke bijdrage is geleverd aan de opsporing of vervolging van bepaalde, ernstige misdrijven⁷ (voorgesteld art. 44a Sr). Dat impliceert dat het mogelijk is dat de verklaring niet voor het bewijs wordt gebezigd. Maar als die verklaring niet voor het bewijs is gebruikt, kan de zittingsrechter zich moeilijk een oordeel vormen over het belang van de door de verdachte in de andere strafzaak als getuige afgelegde verklaring. En als de zaak tegen de criminele getuige wordt behandeld voordat de zaak tegen de andere verdachte op de rol staat, zal de zittingsrechter moeten preluderen op het oordeel over de bewijskracht dat door de rechter in de zaak tegen die andere verdachte moet worden gegeven. Een en ander

roept de vraag op of de verdragsrechtelijk gewaarborgde rechterlijke onpartijdigheid niet in het geding kan komen.⁸ De rechter zal zich volgens de Memorie van Toelichting zelfstandig een oordeel moeten vormen, zowel over de rechtmatigheid van de afspraak tussen de getuige en het Openbaar Ministerie als over de betrouwbaarheid en deugdelijkheid van de getuigenverklaring. Dat klinkt op papier mooi. Maar de werkelijkheid zou er wel eens anders uit kunnen zien. Want in de voorgestelde regeling is de totstandkoming van de overeenkomst ingebed in het gerechtelijk vooronderzoek en de rechterlijke toetsing primair opgedragen aan de Rechter-Commissaris (voorgesteld art. 226g lid 3 Sv jo. voorgesteld art. 226h lid 2 Sv). Hij dient de rechtmatigheid van de tussen de getuige en het Openbaar Minis-

De rechter zal zich volgens de Memorie van Toelichting zelfstandig een oordeel moeten vormen, zowel over de rechtmatigheid van de afspraak tussen de getuige en het Openbaar Ministerie als over de betrouwbaarheid en deugdelijkheid van de getuigenverklaring. Dat klinkt op papier mooi. Maar de werkelijkheid zou er wel eens anders uit kunnen zien.

terie voorgenomen overeenkomst te toetsen. Maar veel te toetsen valt er niet. Niet alleen omdat de op schrift gestelde voorwaarden weinig of niets om het lijf hebben, maar ook omdat de Rechter-Commissaris voor zijn informatievoorziening afhankelijk is van het Openbaar Ministerie en dus ook de 'dringende noodzaak' van de verklaring doorgaans als gegeven zal hebben te accepteren. Veel meer dan een stempelkussen zal de Rechter-Commissaris vermoedelijk niet zijn. En in zijn voetspoor lijkt ook de rol van de zittingsrechter als procesbewaker goeddeels uitgespeeld. Want die zittingsrechter komt weliswaar een zelfstandig oordeel toe, het fiat door de Rechter-Commissaris legt veel gewicht in de schaal. Zoveel gewicht dat de MvT het 'niet aannemelijk acht' dat de zittingsrechter tot een andersluidend oordeel komt.⁹

Van geregelde, ongeregelde en onregelmatige toezeggingen

Het wetsontwerp roept allerlei vragen op, niet alleen omdat het de integriteit van de strafrechtspleging raakt, maar ook omdat de voorgestelde regeling uitsluitend op de toezegging tot strafvermindering betrekking heeft. De vraag is hoe

'hard' die belofte tot strafvermindering is, wat rehtens is als het OM een ongeregelde deal met een criminele getuige sluit en wat de rechtsgevolgen zijn als de deal met betrekking tot strafvermindering niet aan de wettelijke voorwaarden voldoet.

Wat het wetsontwerp regelt is al in de literatuur aan de orde gekomen.¹⁰ Wat het wetsontwerp niet regelt is echter minstens zo belangrijk en verdient daarom volop aandacht. Want deals met criminelen over strafvermindering zullen naar mijn inschatting niet vaak gesloten worden. Het wetsontwerp heeft de criminele getuige op dit punt namelijk te weinig te bieden.

Strafvermindering als belofte

Het voorgestelde artikel 44a zegt dat de rechter op verordening van de Officier van Justitie na de totstandkoming van een rechtmatig geoordeelde afspraak de straf vermindert die hij overwoog op te leggen. Die formulering is dwingend en laat de rechter geen ruimte, al zegt de Minister van Justitie in zijn reactie op het advies van de Raad van State dat het de rechter vrij staat om in het geheel geen strafvermindering toe te passen.¹¹ Het komt mij echter voor dat de rechter die vrijheid niet heeft. Anders dan in artikel 44 Sr waarin schending van een bijzondere ambtsplicht als facultatieve strafverhogingsgrond is opgenomen, kan de zittingsrechter niet om de toezegging van het Openbaar Ministerie heen. Die toezegging maakt dus inbreuk op de straftoemingsvrijheid die de rechter van oudsher toekomt. Zo gezien bindt de afspraak tussen de criminele getuige en het Openbaar Ministerie na het fiat van de Rechter-Commissaris ook de zittingsrechter. Dat lijkt mij een gewrongen constructie.

Voor de criminele getuige is dat op zichzelf een aantrekkelijk perspectief. Maar de schijn bedriegt. Wanneer de zittingsrechter tot het oordeel komt dat door het afleggen van de getuigenverklaring geen belangrijke bijdrage is geleverd aan de opsporing of vervolging van misdrijven, hoeft hij niet tot strafvermindering over te gaan. Waar die zittingsrechter op een later tijdstip oordeelt dan de Rechter-Commissaris, is zeer wel denkbaar dat bewijsmateriaal dat naderhand boven water is gekomen, een ander licht werpt op de verklaring van de criminele getuige. Die verklaring kan 'achteraf' blijken onbetrouwbaar te zijn of niet noodzakelijk, omdat ander bewijsmateriaal de verklaring als bewijsmiddel overbodig maakt.¹² In die gevallen rijst de vraag of de zittingsrechter tot strafvermindering moet overgaan. Het antwoord op die vraag hangt er van af hoe de voorgestelde regeling moet worden begrepen. Want een verklaring die achteraf als onbetrouwbaar heeft te gelden of die voor het bewijs overbodig is, hoeft geen verklaring te zijn die geen belangrijke bijdrage heeft geleverd aan de opsporing of vervolging. Zo geïnterpreteerd, moet de rechter ook tot strafvermindering besluiten als de verklaring van de criminele getuige niet voor het bewijs in de andere strafzaak is gebezigd. Wanneer die verklaring echter als onbetrouwbaar moet worden aangemerkt, zou de criminele getuige zijn aanspraak op strafvermindering eigenlijk dienen te verliezen.

Maar ook indien de rechter oordeelt dat door het afleggen van een getuigenverklaring wel een belangrijke bijdrage is geleverd aan de opsporing of vervolging van misdrijven en die verklaring als betrouwbaar wordt geoordeeld, hoeft de op de toezegging gebaseerde vordering van de Officier van Justitie niet blindelings te worden gevolgd. Het tweede lid van het voorgestelde artikel 44a Sr bepaalt namelijk dat de strafvermindering kan bestaan in maximaal een derde bij een onvoorwaardelijke tijdelijke gevangenisstraf of geldboete

(sub a), de omzetting van maximaal een derde van een onvoorwaardelijk gedeelte van de vrijheidsstraf of van de geldboete in een voorwaardelijk gedeelte (sub b) of de vervanging van een gedeelte van een vrijheidsstraf door een onvoorwaardelijke geldboete (sub c).

Dat laat de rechter veel speelruimte bij de oplegging van de hoofdstraf. Dat de rechter op vordering van de Officier van Justitie de hoofdstraf moet verminderen volgt uit het eerste lid, maar hoeveel die strafvermindering bedraagt is aan de rechter overgelaten. Alleen de maximale strafvermindering is wettelijk gefixeerd. De ontwerp-wetgever heeft op dit punt niet willen tornen aan de straftoemingsvrijheid van de rechter, maar voor de criminele getuige is dat op zijn zachtst gezegd vervelend. Hij moet maar afwachten in hoeverre de rechter de vordering van de Officier van Justitie volgt en verkeert diens gevolg in grote onzekerheid. Wanneer de rechter bijvoorbeeld in plaats van de door de Officier van Justitie toegezegde strafvermindering met een derde, oordeelt dat de oorspronkelijk gevorderde gevangenisstraf aanzienlijk minder moet worden verminderd, zal die getuige zich bekocht voelen. Datzelfde wrange gevoel zal hem mogelijk ook bekruipen wanneer de rechter, anders dan de Officier van Justitie, niet de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf vermindert, maar die straf omzet in een voorwaardelijk gedeelte op de voet van artikel 44a lid 2 sub b. Het wetsontwerp sluit zelfs niet uit dat de rechter een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van langere duur oplegt dan de Officier van Justitie heeft gevorderd, zij het dat die gevangenisstraf nog hoger was uitgevallen als de Officier van Justitie geen deal met de verdachte had gesloten. Al met al is het dus maar zeer de vraag of het voor de criminele getuige zo aantrekkelijk is om met het Openbaar Ministerie in zee te gaan. Veel te bieden heeft het Openbaar Ministerie niet zolang het gezegde 'belofte maakt schuld' niet opgaat. Die belofte zou wel eens een loze belofte kunnen zijn.

De Officier van Justitie zal in zijn requisitoir moeten aangeven dat hij een lagere straf eist dan gebruikelijk is voor het strafbare feit. De rechter is mijns inziens niet gehouden de door de Officier van Justitie gewenste modaliteit te honoreren. Hij kan kiezen tussen de in het tweede lid van artikel 44a door de ontwerp-wetgever genoemde modaliteiten. Een cumulatie van die modaliteiten lijkt mij niet in de rede te liggen. De rechter die de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf eerst met een derde vermindert om vervolgens die vrijheidsstraf te vervangen door een onvoorwaardelijke geldboete, oordeelt volgens mij in strijd met de ratio legis van artikel 44a. De vraag is of de rechter daardoor niet via een omweg in zijn straftoemeting wordt beperkt. Want een rechter die die onvoorwaardelijke geldboete een passende bestraffing vindt, heeft heel wat uit te leggen wanneer de Officier van Justitie om een vermindering van de onvoorwaardelijke tijdelijke gevangenisstraf vraagt.

Ook komt het mij voor dat de rechter die de onvoorwaardelijke tijdelijke gevangenisstraf reduceert, niet de vrijheid

Deals met criminelen over strafvermindering zullen naar mijn inschatting niet vaak gesloten worden. Het wetsontwerp heeft de criminele getuige op dit punt namelijk te weinig te bieden.

toekomt die straf om te zetten in dienstverlening. Maatstaf voor het opleggen van dienstverlening zal de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf dienen te zijn die de rechter los van de door de Officier van Justitie gevorderde strafvermindering overweegt op te leggen. Dat lijkt althans het uitgangspunt van artikel 22b lid 1 Sr. Wederom heeft de rechter dus heel wat uit te leggen wanneer hij een lagere onvoorwaardelijke vrijheidsstraf in gedachten heeft dan de Officier van Justitie en omzetting van die vrijheidsstraf in dienstverlening gewenst oordeelt. Dat zou er wel eens toe kunnen leiden dat in dergelijke gevallen de dienstverlening niet in aanmerking komt.

Het lijkt mij dan ook van belang dat de wetgever meer duidelijkheid verschaft over de reikwijdte en implicaties van het voorgestelde artikel 44a Sr. Daarbij zal de wetgever ook aandacht moeten schenken aan de parameters die bij de rechterlijke straftoemeting een rol dienen te spelen. Welke maatstaf dient de rechter bij de strafoplegging aan te leggen? Door op vordering van de Officier van Justitie tot strafvermindering te besluiten, vormt die straf geen afspiegeling meer van de ernst van het feit en de mate van schuld. Op zichzelf is dat nog tot daar aan toe. Want bij de rechterlijke straftoemeting spelen ook andere factoren als de persoon van de dader, normbevestiging en generale preventie een rol. Maar als de mate van strafvermindering mee wordt gedicteerd door de rechterlijke waardering van de bijdrage van de criminele getuige aan de opsporing of vervolging, kan dat heel goed worden uitgelegd als een premie op onbetrouwbaarheid.

Tenslotte lijkt het mij zinvol dat de wetgever het wetsontwerp doorrekent op zijn effecten voor de positie van de medeverdachte. De medeverdachte die niet als criminele getuige meewerkt met het Openbaar Ministerie komt er namelijk bekaaid vanaf. Voor hem geen strafvermindering, ook al is zijn verklaring voor het bewijs van groot belang. Het enige waar hij op kan rekenen is dat hij door de niet-gevoegde behandeling van de strafzaken, wordt 'opgehangen' aan de verklaring van de andere verdachte. Welke rechtvaardiging is er voor dit verschil in behandeling? Brengt de rechtsgelijkheid niet mee dat ook de medeverdachte op een

1. Aangeboden bij KB van 17 nov. 1998 (*Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, nr 1).

2. Eindverslag, p. 465.

3. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, nr 3, p. 7.

4. Zie noot 3.

5. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 249, nr 3, p. 12.

6. Zie in deze zin ook: G. Knigge, De kroongetui-ge geregeld?, *RMThemis* 1999, p. 101, 102.

7. Bedoeld zal zijn een misdrijf als genoemd in

voorgesteld art. 226g Sr. Dat wil zeggen dat het moet gaan om een misdrijf als omschreven in art. 67, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering die gepleegd is in georganiseerd verband en die gezien zijn aard of de samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert of een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaar of meer is gesteld.

8. Zie bijv. EHRM 7 aug. 1996, *NJ* 1998, 185 (Ferrantelli en Santangelo) alsmede HR 14 okt. 1997, *NJ* 1998, 187.

9. MvT, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, nr 3, p. 9.

10. Zie o.a. M. Otte, De voorgeno- men regeling van de kroongetui-ge, *NJB* 1999, p. 113 e.v.

11. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, A, p. 5.

12. MvT, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 249, nr 3, p. 17.

De ontwerp-wetgever heeft niet willen tornen aan de straftoematingsvrijheid van de rechter, maar voor de criminele getuige is dat op zijn zachtst gezegd vervelend. Hij moet maar afwachten in hoeverre de rechter de vordering van de Officier van Justitie volgt en verkeert dientengevolge in grote onzekerheid.

zekere clementie mag rekenen? En roept het wetsontwerp niet het gevaar op dat van de zijde van de verdediging alles in het werk zal worden gesteld om het dan ook maar met het Openbaar Ministerie op een accoordje te gooien?

Wat het wetsontwerp niet regelt

De Raad van State heeft er terecht op gewezen dat het wetsontwerp niet in een sluitende regeling voor afspraken met getuigen voorziet. Dat is blijkens de reactie van de Minister van Justitie kennelijk ook niet de bedoeling geweest. Andere afspraken dan die welke betrekking hebben op strafvermindering zijn mogelijk. De MvT noemt in dit verband de toezegging dat het Openbaar Ministerie zich niet zal verzetten tegen een verzoek tot schorsing van de voorlopige hechtenis¹³ en dat het Openbaar Ministerie zal bevorderen dat de veroordeelde in een ander regime wordt geplaatst.¹⁴ Daarentegen zijn afspraken die strekken tot vrijwaring van bestraffing uit den boze.¹⁵ Niet alleen mag over bijkomende straffen en maatregelen niet worden onderhandeld, maar ook de afspraak die er op neerkomt dat niet om uitlevering wordt gevraagd voor feiten die onder Nederlandse jurisdictie vallen of dat actieve opsporing in het buitenland wordt gestaakt door het nalaten of intrekken van signalering, wordt in de MvT ontoelaatbaar verklaard.¹⁶ Diezelfde MvT spreekt zich eveneens uit tegen de toezegging dat strafrechtelijke immuniteit wordt gegarandeerd of dat het Openbaar Ministerie niet tot executie van een door de rechter opgelegde gevangenisstraf zal overgaan.

Het lijdt geen twijfel dat sommige van de in de MvT genoemde toezeggingen inderdaad ontoelaatbaar zijn. Niet omdat de MvT dat zegt, maar omdat een dergelijke toezegging wettelijk gezien niet door de beugel kan. Waar het Openbaar Ministerie op grond van artikel 553 Sv de plicht heeft rechterlijke beslissingen ten uitvoer te leggen, komt het Openbaar Ministerie rechteens inderdaad niet de bevoegdheid toe een deal te sluiten die er toe strekt dat niet tot executie wordt overgegaan.¹⁷ Ook toezeggingen die betrekking hebben op bijkomende straffen en maatregelen vallen buiten de orde. Het wetsontwerp regelt immers alleen toezeggingen inzake hoofdstraffen en dat sluit wetsystematisch gezien deals over andere sancties uit. Dat betekent dat een deal over het te betalen ontnemingsbedrag dus niet mag worden gesloten. Voor het Openbaar Ministerie is het echter een koud kunstje een dergelijke deal niettemin af te sluiten, bijvoorbeeld door de zaak te transigeren of voorwaardelijk te seponeren of door als beloning positief te adviseren bij een gratieverzoek. De figuur van het voorwaardelijk se-

pot kan ook als kapstok dienen voor het sluiten van andere deals over bijkomende straffen en maatregelen. De vraag is echter of dergelijke via een omweg afgesloten deals rechteens toelaatbaar zijn.

Rechteens toelaatbaar lijkt mij in ieder geval de toezegging dat de criminele getuige strafrechtelijke immuniteit geniet¹⁸ of dat het door hem beweerdelijk begane strafbare feit in een 'mildere' variant wordt ten laste gelegd of ad informandum wordt gevoegd. Het opportuniteitsbeginsel en de huidige praktijk van de ad info-voeging wenst de Minister van Justitie immers niet te ondergraven. Dat de bewindsman daarmee impliciet de plea bargaining in huis haalt, een vorm van 'koehandel' die hij pertinent van ons strafvorderlijk systeem wenste uit te sluiten, zal wel als een bedrijfsongeval moeten worden aangemerkt.

Daarmee zou wel eens de bodem onder het wetsontwerp kunnen wegvallen. Want de criminele getuige wiens verklaring van wezenlijk belang is, zal heus niet accoord gaan met een belofte van strafvermindering die achteraf wel eens niet hard kan worden gemaakt. Echte kroongetuigen passen wel op.

De toezegging die niet aan de (wettelijke) voorwaarden voldoet

Het wetsontwerp spreekt zich ook niet uit over de rechtsgevolgen van afspraken over strafvermindering die niet aan de wettelijke eisen voldoen. Wat is rechteens wanneer de Officier van Justitie de criminele getuige strafvermindering belooft in een zaak waarin geen gerechtelijk vooronderzoek loopt tegen de verdachte of waarin op het misdrijf geen voorlopige hechtenis staat? Als die getuige vervolgens een verklaring aflegt waardoor een belangrijke bijdrage is geleverd aan de opsporing of vervolging van de verdachte, is toch wezenlijk voldaan aan de rechtsgrondslag voor strafvermindering? Moeten de door het Openbaar Ministerie opgewekte verwachtingen dan niet rechteens worden gehonoreerd? Zou het opwekken van verwachtingen bij de criminele getuige waardoor deze meer los laat dan verantwoord is, niet als een onrechtmatige daad jegens die getuige moeten worden aangemerkt? En zou dat niet moeten resulteren in een niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie¹⁹ dan wel in strafvermindering op de voet van artikel 359a Sv?

Onduidelijk is eveneens welke status een toezegging heeft die tot stand is gekomen in een procedure die in strijd is met de richtlijn van het college van Procureurs-Generaal. Die procedure voorziet er in dat de betrokken korpschef in kennis is gesteld van de voorgenomen afspraak en dat de hoofdofficier van justitie de voorgenomen afspraak ter toetsing voorlegt aan het college van Procureurs-Generaal dat zich laat adviseren door de Centrale Toetsingscommissie. Welke consequenties hebben procedurefouten voor de juridische

De medeverdachte die niet als criminele getuige meewerkt met het Openbaar Ministerie komt er bekaaid vanaf. Voor hem geen strafvermindering, ook al is zijn verklaring voor het bewijs van groot belang.

houdbaarheid van de toezegging tot strafvermindering? Moet aan elke vormfout even zwaar worden getild? Dienen dergelijke fouten niet voor rekening van het Openbaar Ministerie te komen? Zijn op de voorgenomen afspraak civielrechtelijke regels van toepassing? En zo ja, welke invloed hebben die op gemaakte procedurefouten?

Ook op deze en andere vragen die betrekking hebben op de toezegging tot strafvermindering die niet aan de wettelijke voorwaarden voldoet, blijft het wetsontwerp het antwoord schuldig. Maar dat zal zo langzamerhand geen verrassing meer zijn.

Conclusie

Omdat het wetsontwerp veel ongeregeld laat, rijst de vraag of het in het licht van haar doelstellingen zoden aan de dijk zet. Uit het voorgaande zal duidelijk zijn dat de bestrijding van de georganiseerde misdaad in ieder geval niet veel is geholpen. Het wetsontwerp opent de deur naar een praktijk contra of praeter legem, die in de rechtszaal voor veel stof tot discussie zal zorgen en in de politiek wel eens als een tijdbom zou kunnen werken. Het ware beter geweest wanneer het wetsontwerp zou bepalen welke afspraken tussen het Openbaar Ministerie en de criminele getuige zoal mogen worden gemaakt. Die afspraken zouden in een procesverbaal moeten worden vastgelegd en, na rechterlijke goedkeuring, bepaalde in de wet genoemde rechtsgevolgen in het leven moeten roepen. Dat zou veel onduidelijkheid wegnemen en recht doen aan de grondgedachte achter het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel.

Het wetsontwerp is er echter vooral op gericht de procedure te bewaken en bevat te weinig inhoudelijke regels. Het belooft dan ook meer dan het waarmaakt. Zo wordt de kroongetuige niet bij wet verboden verklaard, waardoor het toezeggen van strafrechtelijke immuniteit tegen de achtergrond van het opportuniteitsbeginsel goed verdedigbaar lijkt. En ook andere ongeregelde deals zijn niet bij voorbaat rechtens ontoelaatbaar. Alle reden voor de wetgever om het wetsontwerp stante pede in te trekken en mede met het oog op de integriteit van de strafrechtspleging nu eindelijk eens een deugdelijke regeling te treffen. Want dat er een formeel-wettelijke regeling dient te komen ligt mijns inziens niet alleen besloten in het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel dat in artikel 1 Wetboek van Strafvordering is verankerd, maar behoort ook tot de lessen die we uit het verleden moeten leren.

*Als een spin in het web van de
strafrechtspleging trekt het Openbaar
Ministerie vandaag de dag aan alle draadjes
en wanneer dat Openbaar Ministerie
vervolgens ook nog het vervolgingsrecht als
opsporingsmethode gaat hanteren, is er alle
reden voor de overheid om daaraan paal en
perk te stellen.*

Dat een 'gedetailleerde' wettelijke regeling, zoals Otte²⁰ be-
toogt, 'eenvoudig (kan) leiden tot het oprekken van de wet-
tekst door de opsporingsinstanties en het opnieuw moei-
zaam bepalen van de grenzen door de feiten- en cassatie-
rechter' moge zo zijn, maar mag toch nauwelijks een inhou-
delijk bezwaar worden genoemd. Wie daarin een valide ar-
gument ziet om maar niet tot regelgeving over te gaan, pleit
in feite voor het afschaffen van in ieder geval een substan-
tieel deel van het gecodificeerde strafrecht en etaleert een
behoorlijke portie ongezond vertrouwen in de rol van de
rechter als hoeder van de rechtsstaat. Bovendien miskent hij
de enorme ontwikkelingen die het Openbaar Ministerie
heeft doorgemaakt. Als een spin in het web van de straf-
rechtspleging trekt het Openbaar Ministerie vandaag de dag
aan alle draadjes en wanneer dat Openbaar Ministerie ver-
volgens ook nog het vervolgingsrecht als opsporingsme-
thode gaat hanteren, is er alle reden voor de overheid om
daaraan paal en perk te stellen. Dat dit wetsontwerp het
Openbaar Ministerie geen strobreed in de weg legt is een
veeg teken. De wetgever realiseert zich kennelijk niet dat het
ontbreken van een deugdelijke wettelijke regeling met be-
trekking tot afspraken met criminelen wezenlijk de deur
openzet naar het gebruik van buitenwettelijke opsporings-
methoden. L'histoire se repète! □

13. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, nr 3, p. 14.

14. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, nr 3, p. 14.

15. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, nr 3, p. 14.

16. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, nr 3, p. 14.

17. Aldus ook de Hoge Raad in de Hakkelaar-
zaak (HR 6 april 1999, *NJB* 1999, p. 784, nr 59).

18. Zie HR 15 febr. 1994, *NJ* 1994, 322. In dit
arrest werd de criminele getuige die het slacht-

offer van een rip-deal was toegezegd dat zijn
verklaring niet tegen hem zou worden ge-
bruikt.

19. Hof Den Bosch 27 febr. 1998, *NJ* 1998, 518.

20. Otte, a.w., p. 120.

Seksuele intimidatie op de werkplek: een onuitroeibaar kwaad?

Volgens een vijf jaar geleden in de Arbowet opgenomen bepaling hebben werkgevers een zorgplicht om seksuele intimidatie op de werkplek te voorkomen en te bestrijden. Wegens het ontbreken van sancties is het effect van deze bepaling waarschijnlijk gering. Indirect heeft zij wel geleid tot grote vooruitgang in het bestrijden van seksuele intimidatie, zo blijkt uit jurisprudentieonderzoek.

Dit jaar is het vijf jaar geleden dat in de Arbowet een bepaling is opgenomen waarin werkgevers een zorgplicht kregen opgelegd ten aanzien van het voorkomen en bestrijden van seksuele intimidatie op de werkplek.¹ Een evaluatie van het effect van deze bepaling zal dit najaar plaatsvinden. Het onderzoek zal zich waarschijnlijk richten op de vraag op welke wijze ondernemingen en instellingen in het interne beleid uitvoering geven aan deze zorgplicht en op de rol die de Arbeidsinspectie in deze kan spelen. Omdat de Arbowet niet of nauwelijks voorziet in sancties voor het geval een werkgever niets onderneemt, kan ook zonder een dergelijk onderzoek al wel worden aangenomen dat het directe effect van deze bepaling waarschijnlijk gering is geweest. Indirect heeft de invoering van artikel 4 Arbowet in 1994 echter wel degelijk een grote vooruitgang betekend in het bestrijden van seksuele intimidatie. Dit valt af te leiden uit het onderzoek naar 15 jaar jurisprudentie op dit terrein, dat het Clara Wichmann Instituut en de Afdeling Vrouw en Recht van de Universiteit van Leiden hebben uitgevoerd. Via de civiele en de ambtenarenrechter wordt de norm dat seksuele intimidatie op de werkplek een objectieve grensoverschrijding betreft van wat 'betamelijk gedrag' is in de omgang met collega's en ondergeschikten nu wel degelijk gehandhaafd en worden werkgevers aangespoord om tegen dit ver-

schijnsel op te treden.² De publiekrechtelijke verplichting in de Arbowet heeft, met andere woorden, een belangrijke reflexwerking binnen het civiele arbeidsrecht en binnen het ambtenarenrecht. Uit dit jurisprudentie-onderzoek is duidelijk geworden dat rechters nu dankzij de bepaling in de Arbowet aanzienlijk beter met het verschijnsel seksuele intimidatie op de werkplek uit de voeten kunnen dan 15 jaar geleden.

De belangrijkste uitkomsten van het jurisprudentie-onderzoek

In totaal zijn 116 uitspraken van rechters en enkele andere organen beschreven en geanalyseerd.³ Als startpunt voor het onderzoek is het jaar 1984 genomen, het jaar waarin een kantonrechter in een ontbindingszaak voor het eerst een immateriële schadevergoeding aan het slachtoffer van seksuele intimidatie op de werkplek toekende.⁴ Rechters konden in die begintijd nog maar nauwelijks uit de voeten met het door de vrouwenbeweging uit de taboesfeer bevrijde verschijnsel. In de eerste plaats was er nergens een officiële definitie van wat onder seksuele intimidatie – toen nog ongewenste intimiteiten geheten – moest worden verstaan. Sommige rechters vonden het maar een modieus verschijnsel.⁵ In de tweede plaats worstelden ze met de bewijsvoering. In veel zaken was er slechts de verklaring van het slachtoffer, tegenover een ontkenning door de gedaagde. Getuigen *de auditu* werden slechts schoorvoetend toegelaten.⁶ Wat betreft het slachtoffer: verschillende mogelijke acties werden in de literatuur genoemd (zoals een beroep op de gelijke behandelingswetgeving, een actie uit onrechtmatige daad of een beroep op het goed werkgeverschap), maar in de praktijk kwam seksuele intimidatie op de werkplek vrijwel uitsluitend aan de orde in het kader van ontbindingszaken en ontslagzaken. Het slachtoffer kreeg dan weliswaar in sommige gevallen een schadevergoeding, maar was intussen wel haar baan kwijt.

De uiterst voorzichtige en terughoudende opstelling van (kanton)rechters van het begin van de jaren tachtig heeft inmiddels plaats gemaakt voor de acceptatie van een financiële aansprakelijkheid van de werkgever: indien deze niet uitdrukkelijk een beleid (uit)voert ter bestrijding van seksuele intimidatie is hij aansprakelijk voor onregelmatigheden die zich op dit terrein in zijn bedrijf of instelling voordoen. Dit betekent dat de rechter erkent dat het slachtoffer recht heeft op een schadevergoeding wanneer zij als gevolg van de seksuele intimidatie haar baan verliest. Omgekeerd kan een werkgever tegenover de dader van seksuele intimidatie

ook hard optreden (zonder bang te hoeven zijn voor schadelclaims) wanneer hij een dergelijk beleid (uit)voert. De werknemers zijn door middel van dit beleid gewaarschuwd dat seksuele intimidatie binnen de onderneming niet wordt getolereerd en kunnen getroffen worden door de daarbij aangekondigde sancties (zoals ontslag op staande voet of een strafontslag voor een ambtenaar).

Deze ontwikkelingen zullen in het navolgende worden geïllustreerd aan de hand van enkele hoogtepunten uit de bij het onderzoek gevonden gepubliceerde en ongepubliceerde jurisprudentie.⁷

De juridische kwalificatie van het verschijnsel: van hinder tot een objectieve normoverschrijding

In de praktijk wordt op dit moment door de meeste rechters zonder meer aangenomen dat vrouwen zich seksuele intimidatie door haar chefs of collega's niet hoeven laten aanleunen.⁸ Dat was vijftien jaar geleden allerm minst vanzelfsprekend. In feite moest een vrouw toen nog bewijzen dat het gedrag van de aangeklaagde zodanig ernstig was dat ze het niet hoefde te tolereren. Daarbij was de rechter nogal eens geneigd mee te gaan met de stelling van de tegenpartij dat ze wel tegen een geintje moest kunnen of dat de bedrijfscultuur nu eenmaal zo was dat er seksueel getinte grappen werden gemaakt. Een (vrouwelijke) kantonrechter in Haarlem was de eerste die (in 1987) aangaf dat een werkgever ongepaste grappen niet behoort te tolereren.⁹ Deze rechter was ook degene die al vroegtijdig een poging deed om het begrip te definiëren. Daarbij maakte ze, zo blijkt uit de beschikking, gebruik van de omschrijving van dit verschijnsel in een brochure van het FNV-Vrouwensecretariaat. Meer nog dan materiaal uit de vrouwenbeweging heeft echter de normstelling in de Arbwet een blikverruimende werking gehad. Rechters kregen daarmee een wettelijke definitie van seksuele intimidatie op de werkplek in handen, en konden het alleen daarom al niet langer afdoen als een modieus verschijnsel. Onder verwijzing naar de zorgverplichting in de Arbwet stelt de kantonrechter te Amsterdam in 1996 expliciet vast dat seksuele intimidatie op de werkplek een 'objectieve normoverschrijding' betreft.¹⁰



R. Holtmaat is universitair hoofddocent Vrouw en Recht aan de Universiteit van Leiden en freelance onderzoeker.

De uitbreiding van de mogelijkheid tot aansprakelijkheidstelling van de werkgever

In het begin van de ontwikkeling van jurisprudentie op dit terrein kwam seksuele intimidatie op de werkplek vrijwel uitsluitend aan de orde in procedures in het kader van een ontbinding van de arbeidsovereenkomst.¹¹ Deze procedures leiden bijna altijd het einde van een arbeidsovereenkomst in. Het slachtoffer is dan haar baan kwijt, eventueel onder toekenning van een vergoeding van de zijde van de werkgever. Hoewel (feministische) juristen al langere tijd hadden gewezen op de mogelijkheid om ook schadevergoeding te eisen in het kader van een aansprakelijkheidsprocedure (bijvoorbeeld op grond van de bepalingen inzake het goed werkgeverschap of op grond van onrechtmatige daad)¹² is deze route pas recentelijk echt met succes bewandeld, en wel in een zaak waarin de plicht van de werkgever om voor een veilige werkomgeving te zorgen (art. 7:658 BW) aan de schadevergoedingseis ten grondslag werd gelegd.¹³ Het betrof een zaak die een werkneemster (K) aanspande tegen het Clara ziekenhuis te Rotterdam. De stelling van de advocate in deze zaak luidde dat werkgevers zich vanaf het eind van de jaren tachtig in toenemende mate bewust hadden kunnen

1. Art. 4 Arbwet 1994; inmiddels gewijzigd in art. 1 lid 1 lid 3 sub e jo. art. 3 Arbwet 1998.

2. Zie voor een weergave van het onderzoek: Mr R. Holtmaat, *Seksuele Intimidatie op de Werkplek; een juridische gids*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999. De in de navolgende voetnoten genoemde rechterlijke uitspraken zijn opgenomen in deze gids (Jurisprudentie-overzicht Seksuele Intimidatie, met een volgnummer). Een samenvatting van de kwantitatieve uitkomsten van het onderzoek is te vinden in *Nemesis* 1999, nr 2, actualiteitenkatern, p. 37-40.

3. Het merendeel betreft uitspraken van kantonnerechters en van de bestuursrechter in ambtenarenzaken in eerste aanleg. Relatief weinig zaken zijn ook in hoger beroep gevoerd. Daarnaast zijn uitspraken van de Nationale ombudsman en van de Commissie Gelijke Behandeling opgenomen. De strafrechtelijke afhandeling van met seksuele intimidatie op de werkplek gepaard gaande delicten is in het onderzoek achterwege gelaten. Zie voor een overzicht van de jurisprudentie inzake schadevergoeding bij seksueel geweld M. Warnink, *Schadevergoeding bij seksueel misbruik*; Ars

Aequi Libri, Nijmegen, 1995.

4. Kantongerecht Arnhem 26 maart 1984 en 16 april 1984, *NJ* 1984, 413; *Jurisprudentie-overzicht Seksuele Intimidatie* nr 1.

5. Pres. Rb. Rotterdam, 5 dec. 1986, *Prg.* 1987, 2678; *Jurisprudentie-overzicht Seksuele Intimidatie* nr 12.

6. Idem. Zie verder de zaken onder het trefwoord 'bewijsvoering' in het genoemde overzicht.

7. Alle hier besproken uitspraken zijn opgenomen in de in noot 2 genoemde publikatie.

8. De onvermijdelijke tegenwerping tegen de aanname dat vrouwen door dit verschijnsel worden getroffen luidt dat toch ook mannen daarvan het slachtoffer (kunnen) zijn. Daarvan blijkt weinig uit het jurisprudentie-onderzoek. Slechts in twee gevallen betrof het een mannelijk slachtoffer. De ene was zwakbegaafd, de andere was homoseksueel. In beide gevallen was de pleger ook een man.

9. Kantongerecht Haarlem 20 juli 1987, *Prg.* 1987, 2733; *Jurisprudentie-overzicht Seksuele Intimidatie* nr 15.

10. Kantongerecht Amsterdam 9 okt. 1996,

Jurisprudentie-overzicht Seksuele Intimidatie nr 92.

11. 61 van de 116 gerechtelijke uitspraken zijn beschikkingen inzake een ontbindingsprocedure. Van deze 61 ontbindingszaken betreft het 39 ontbindingsverzoeken ten aanzien van een slachtoffer van seksuele intimidatie; dit is 64%. De werkgever kan anderzijds ook van mening zijn dat het juist de dader is die het veld moet ruimen. In het jurisprudentie-overzicht zijn 22 gevallen opgenomen waarin de werkgever ontbinding verzoekt van de arbeidsovereenkomst met de (vermeende) dader van seksuele intimidatie; dit is 36%.

12. Zie met name de bijdrage van Len Andringa aan de bundel *Ongewenste intimiteiten, gewenste rechten*, I. de Vries (red.), Alphen aan den Rijn: Samsom 1990, p. 101-116.

13. In het jurisprudentie-onderzoek zijn slechts enkele zaken aangetroffen waarbij op grond van onrechtmatige daad of goed werkgeverschap werd geprocedeerd. Erg succesvol waren ze niet. Zie de in noot 2 genoemde publikatie, p. 65 e.v.

en moeten zijn van de gevaren waaraan vrouwelijke werknemers bloot staan in een arbeidsorganisatie waarin ook mannen werkzaam zijn en dat het veiligheidsrisico dat de werkgever liep door geen adequaat beleid te voeren, geheel voor zijn rekening kwam.¹⁴

De rechter overwoog als volgt: '(...) dat voldoende is gebleken dat door het ziekenhuis als werkgever de verplichting voortvloeiend uit artikel 7:658 BW is geschonden door onvoldoende maatregelen te treffen om ervoor te zorgen dat eiseres gevrijwaard bleef voor ongewenste intimiteiten. Dat B (de specialist waarvoor K secretariael werk verrichtte) haar in ieder geval tot 1992 heeft lastig gevallen met ongewenste avances tijdens het werk is door het ziekenhuis niet of onvoldoende weersproken. Artikel 7:658

BW verplicht de werkgever – kort samengevat – maatregelen te nemen om te voorkomen dat de werknemer schade lijdt. Vanaf het eind van de tachtiger, begin negentiger jaren is uitgebreid aandacht besteed in de media aan ongewenste intimiteiten op de werkvloer. Bovendien is in 1991 het SER-advies uitgebracht. Van gedaagde als werkgever had in ieder geval vanaf dat moment mogen worden verwacht dat zij uitgebreide maatregelen nam om dergelijke ongewenste en voor het slachtoffer schadelijke gedragingen te voorkomen of in de kiem te smoren, of in ieder geval wanneer melding werd gemaakt van dergelijk gedrag te voorkomen dat verdere intimiteiten plaatsvinden. De enkele verwijzing in een brochure voor het personeel naar het bestaan van een bedrijfsmaatschappelijk werker tot wie men zich bij problemen van allerlei aard kan wenden moet in dit kader als onvoldoende worden beoordeeld, evenals de reactie van mevrouw V (de direct leidinggevende van K, die K als reactie op een schriftelijke klacht uitnodigde om een tijdje bij haar te komen logeren om tot rust te komen).¹⁵ Het verweer van het ziekenhuis dat de schade is veroorzaakt door opzet of bewuste roekeloosheid van K, wordt door de kantonrechter verworpen. Het feit dat B en K ook buiten het werk contact met elkaar hadden, vormt geen excuus voor ongewenste intimiteiten op de werkplek. Aan de schadevergoedingsplicht ex artikel 7:658 BW doet in beginsel niet af dat reeds een schadevergoeding is toegekend in het kader van de ontbindingsprocedure. Deze laatste vergoeding is gebaseerd op wat de kantonrechter billijk acht, terwijl het in deze procedure gaat om een vergoeding van de volledige schade die K als gevolg van de tekortkoming van de werkgever in zijn zorgplicht ondervindt.¹⁶

De relatie tussen het voeren van een beleid tegen seksuele intimidatie op de werkplek en de aansprakelijkheid van werkgevers heeft, zoals hiervoor werd aangegeven, twee kanten: aan de ene kant mag een werkgever die geen beleid voert er op rekenen dat hij ten opzichte van het slachtoffer aansprakelijk is; aan de andere kant kan de werkgever die wel een beleid voert niet door de pleger aansprakelijk worden gesteld wanneer hij ten opzichte van die dader 'overeenkomstig dat beleid' ook maatregelen treft. Beide posities laten zich goed illustreren met de volgende uitspraken:

Kantongerecht Lelystad 20 februari 1998: 'De noodzaak tot ontbinding over te gaan is daarom geenszins aan W (het slachtoffer) te wijten. Immers op de werkgever rust de pri-

In de praktijk wordt op dit moment door de meeste rechters zonder meer aangenomen dat vrouwen zich seksuele intimidatie door haar chefs of collega's niet hoeven laten aanleunen. Dat was vijftien jaar geleden allerminst vanzelfsprekend.

maire verplichting voorwaarden te scheppen voor een gezond werkklimaat en te zorgen voor het welzijn van haar werknemers. Daaronder valt ook de verplichting welke door de Arbowet is voorgeschreven ten aanzien van het ontwikkelen en hanteren van een beleid ten aanzien van seksuele intimidatie op de werkplek. Dat een dergelijk beleid niet aanwezig was komt geheel voor rekening en risico van de werkgever.¹⁷

Kantongerecht Zaandam 1 juli 1998: 'Tegen het verweer van X (pleger van seksuele intimidatie) dat eiser (de werkgeefster) doende is 'een voorbeeld te stellen', voert eiser aan dat zij geenszins de betrokkenen zwaarder wil straffen dan anderen in vergelijkbare gevallen, om die anderen af te schrikken van mogelijke herhaling van

dergelijke incidenten, maar wel duidelijk wil maken dat zij op het stuk van ongewenste intimiteiten op het werk niet alleen een duidelijk beleid heeft, maar ook vastbesloten is dat beleid te handhaven. De kantonrechter kan dit standpunt billijken.¹⁸

Het gebruik van de ontslaggrond

functionele ongeschiktheid in het ambtenarenrecht

Ook binnen het ambtenarenrecht is in de laatste vijftien jaar een aanmerkelijke verruiming te zien van de mogelijkheden om via het recht seksuele intimidatie op de werkplek te bestrijden. In het verleden kwam het eigenlijk alleen voor dat overheidswerkgevers een pleger van seksuele intimidatie aanpakten door middel van het geven van disciplinaire maatregelen als een formele berisping, een schorsing of – in het uiterste geval – het geven van strafontslag. Dit laatste heeft als nadeel dat er hoge eisen worden gesteld aan de verwijtbaarheid van de gedraging. De laatste tijd wordt door overheidswerkgevers met succes de weg bewandeld van het geven van een functioneel ongeschiktheidsontslag in het geval iemand zich schuldig maakt aan seksuele intimidatie op de werkplek. Illustratief is de zaak waarbij een chef van de stadswachten zich te opdringerig ten aanzien van zijn vrouwelijke ondergeschikten had gedragen, welk (onverbeterlijk!) gedrag volgens de korpsleiding niet in overeenstemming was met de aard van deze functie. Van leidinggevend wordt een buitengewoon voorzichtige benadering gevergd, waardoor een juiste middenweg moet worden gevonden tussen betrokkenheid en afstand houden. Deze chef was daartoe niet in staat. In dit geval achtte de bestuursrechter bovendien bewezen dat dit gedrag verwijtbaar was, waarmee vaststond dat het wachtgeld terecht was geweigerd.¹⁹

De mogelijkheid om gebruik te maken van de gelijke behandelingswetgeving

Hoewel de regering bij de wijziging van de WGB uitdrukkelijk heeft uitgesloten dat de Commissie Gelijke Behandeling zich zou kunnen uitspreken over zaken op het terrein van seksuele intimidatie op de werkplek, heeft de Commissie in de praktijk wel een weg gevonden om dergelijke zaken toch aan de gelijke behandelingswetgeving te toetsen. In het jurisprudentie-onderzoek is een vijftal zaken opgenomen waarin de Cgb aanneemt dat het voorkomen van seksuele intimidatie op de werkplek onder omstandigheden kan lei-

den tot ongelijke arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden voor vrouwen, waarmee dit verschijnsel dus onder het bereik van deze wetgeving valt. Onder de verplichtingen van de werkgever om te zorgen voor een werkomgeving die vrij is van discriminatoire smetten valt aldus ook de verplichting te zorgen dat seksuele intimidatie niet voorkomt en dat, indien dit toch mocht gebeuren, adequaat op een klacht wordt gereageerd.²⁰

De versoepelingen in de bewijsvoering

Onder invloed van een bredere bekendheid met en een scherpere veroordeling van seksuele intimidatie op de werkplek als zijnde een objectieve normoverschrijding is de rechter op dit moment eerder geneigd het slachtoffer het voordeel van de twijfel te gunnen dan in 1984. Een goed voorbeeld betreft de rol van een verklaring van horen zeggen (*de auditu*) van een huisarts of andere dienstverlener, die wordt ingebracht in de procedure. Wordt een dergelijke verklaring in het begin van de jaren tachtig maar moeizaam als steunbewijs geaccepteerd, eind jaren negentig hecht de rechter veel gewicht aan het feit dat het slachtoffer in een vroeg stadium met een hulpverlener contact heeft gezocht en haar klachten aan hem/haar heeft voorgelegd. In het algemeen kan het slachtoffer haar procesuele positie dus aanmerkelijk versterken door in een vroegtijdig stadium contact te zoeken met een hulpverlener of een vertrouwenspersoon. Er valt bij deze praktijk wel een kanttekening te plaatsen. Ondanks het feit dat het voor de bescherming van het slachtoffer een stap voorwaarts is dat deze verklaringen bij de bewijsvoering een rol mogen spelen, blijft het wel problematisch of daarmee de positie van de aangeklaagde niet op onacceptabele wijze wordt verzwakt, vooral wanneer de rechter uitsluitend op dergelijke verklaringen afgaat. Een voorbeeld van een in mijn ogen doorgeschoten bescherming van het slachtoffer is te vinden in een uitspraak van de Rechtbank te Groningen.²¹ In deze zaak werd het bewijs geleverd door de klaagster, door twee *de auditu* verklaringen en door een onderzoeksrapport van een extern onderzoeksbureau, wier conclusie evenwel ook uitsluitend steunde op de verklaring van de klaagster en dezelfde *de auditu* getuigen.

De versoepeling van de houding van de rechter blijkt ook uit de betekenis die deze hecht aan het feit dat het slacht-

*De laatste tijd wordt door
overheidswerkgevers met
succes de weg bewandeld van
het geven van een functioneel
ongeschiktheidsontslag in het
geval iemand zich schuldig
maakt aan seksuele
intimidatie op de werkplek.*

offer lange tijd de seksuele intimidatie heeft geduld dan wel daarover heeft gezwegen tegenover haar chefs en/of collega's of haar familie en vrienden. Wordt dit vroeger nogal eens gezien als een teken van haar onbetrouwbaarheid, of werd op grond daarvan verwijtbaarheid van het voortduren van de situatie aangenomen, tegenwoordig bestaat meer begrip voor de ongelijke machtspositie waarin dader en slachtoffer meestal verkeren en voor het feit dat gevoelens van schaamte en onmacht het slachtoffer hebben weerhouden van het ondernemen van stappen tegen de dader.

Illustratief voor de weinig begripvolle houding van de rechter in de beginjaren is een uitspraak van de kanton-

rechter te Utrecht, die stelde dat de werknemster spoedig duidelijk moet zijn geweest dat van haar 'bijzondere diensten' werden verwacht, en dat ze veel eerder stappen had kunnen ondernemen om de dienstbetrekking te doen eindigen.²² Een rechter die wel begrip kon opbrengen voor de ongelijke machtspositie waarin het slachtoffer zich bevond is de kantonrechter te Hoorn, die meende dat 'de werknemster' na het incident in Duitsland niet eerder (hoefde) te vertrekken omdat zij daardoor als ondergeschikte en afhankelijke partij de dupe zou worden van het ontoereikende besef en inzicht van de werkgever. Geen werknemer (M/V) hoeft te wijken voor ongewenste intimiteiten van de meerdere of van collega's (M/V) hetzij door deze maar te accepteren, hetzij door ontslag te nemen.²³ Een werkgever of een meerdere in een bedrijf moet zich van die afhankelijkheidsrelatie bewust zijn, aldus de kantonrechter te Amersfoort: 'Dat de werknemster niet heeft geprotesteerd, maakt hiervoor geen verschil, omdat de ondergeschikten van R zich ten opzichte van hem in een afhankelijke en kwetsbare positie bevinden. R had zich van zijn machtspositie als bedrijfsleider bewust moeten zijn.'²⁴

Het aanscherpen van de eisen wat betreft de procedurele zorgvuldigheid

Uit onderzoek van het Ministerie van SZW blijkt dat maar weinig ondernemingen een deugdelijke interne klachtenregeling op het terrein van seksuele intimidatie op de werkplek hebben, vooral als het kleine ondernemingen betreft.²⁵ Nu is dit voor de particuliere sector, in tegenstelling tot de overheidssector, de welzijnssector en het onderwijs, ook

14. In haar bespreking van deze zaak in het seminar dat op 10 maart 1999 in Amsterdam werd gehouden ter ere van de presentatie van het jurisprudentie-onderzoek, stelde advocate mr J. Hommes dat deze benadering van de kantonrechter rechtstreeks aansluit op de jurisprudentie die door de HR is ontwikkeld inzake de aansprakelijkheid van werkgevers in de asbest-zaken.

15. Kantongerecht Rotterdam 21 april 1998, RN 1998, 923; *Jurisprudentie-overzicht Seksuele Intimidatie* nr 113.

16. De eis van inkomensschade werd in casu verworpen, omdat niet was komen vast te staan dat eiseres deze als gevolg van de ongewenste intimiteiten heeft. De ontbindingsvergoeding

was al hoger dan wanneer de kantonrechters-formule zonder correctiefactor zou zijn toegepast. Ook de eis tot immateriële schadevergoeding werd afgewezen, omdat de vrouw van de dader reeds een vergoeding van f 12 000 had ontvangen. Door K is niets gesteld, aldus de kantonrechter, dat een hogere vergoeding wegens gederfde levensvreugde rechtvaardigt.

17. *Jurisprudentie-overzicht Seksuele Intimidatie* nr 111.

18. JAR 1998, 158; *Jurisprudentie-overzicht Seksuele Intimidatie* nr 114.

19. Pres. Rb Dordrecht, 19 jan. 1998; *Jurisprudentie-overzicht Seksuele Intimidatie* nr 116.

20. Bijzonder uitgebreid op dit punt is de recente uitspraak van de Cgb, nummer 99-48,

d.d. 25 mei 1999 (ongepubliceerd, maar te vinden op de web-site: [www/cgb.nl](http://cgb.nl)).

21. Rechtbank Groningen, sector bestuursrecht 05-06-1997, *Jurisprudentie-overzicht Seksuele Intimidatie* nr 103.

22. Kantongerecht Utrecht 9 okt. 1984; *Jurisprudentie-overzicht Seksuele Intimidatie* nr 3.

23. Kantongerecht Hoorn, 26 juni 1998; *Prg.* 1989, 3109; *Jurisprudentie-overzicht Seksuele Intimidatie* nr 23.

24. Kantongerecht Amersfoort 31 jan. 1996, RN 1996, 602/645; *Jurisprudentie-overzicht Seksuele Intimidatie* nr 86.

25. Min. SZW, *Emancipatie in Arbeidsorganisaties*; Onderzoek van de Arbeidsinspectie, Den Haag 1997.

niet wettelijk verplicht.²⁶ Bij de invoering van artikel 4 Arboret 1994 is dit punt wel aan de orde geweest. De SER en de ER hebben in hun advisering sterk aangedrongen op een dergelijke verplichting. Omdat op dat moment een Wetsvoorstel individueel klachtrecht aanhangig was, is een regeling in de Arboret achterwege gebleven. Het wetsvoorstel is later echter door de regering ingetrokken. Recentelijk heeft de PvdA aangekaart of toch niet een nieuw wetsvoorstel individueel klachtrecht moet worden ingediend. Het lijkt mij verstandig daar niet op te wachten. Er bestaat een aanzienlijk snellere route om deze ommissie te herstellen via een AMvB op grond van de Arboret. De Tweede Kamer heeft bij de meest recente wijziging van de Arboret in 1998 namelijk uitdrukkelijk de mogelijkheid open willen houden om in het kader van artikel 15 van deze wet nadere regels op dit terrein te stellen.

Deze lacune in de Arboret is inmiddels reeds deels door de rechter opgevuld. Rechteren letten er steeds duidelijker op dat binnen de onderneming of de instelling op een zeer zorgvuldige wijze met de afhandeling van klachten op dit terrein wordt omgesprongen. Onzorgvuldige procedures (of helemaal geen procedure!) maken dat veel zaken, die misschien met een goed gesprek of een strenge reprimande de wereld uit hadden kunnen worden geholpen, escaleren en tot een rechtszaak leiden. Is er geen zorgvuldige procedure gevoerd dan is de werkgever in elk geval aansprakelijk voor de daardoor ontstane schade. In een recente uitspraak heeft de kantonrechter te Alkmaar zeer uitvoerig aangegeven waaraan een zorgvuldige procedure dient te voldoen.²⁷ De rechter overweegt als volgt: 'Weliswaar volgt uit de aard van de werkzaamheden van de commissie dat zij haar werkzaamheden zowel met betrekking tot de wijze van klachtenbehandeling en de te volgen procedure en met name ten aanzien van de inhoud van de rapportage en advies met een zekere mate van onafhankelijkheid moet kunnen verrichten (waarvoor ook in het reglement enige waarborgen zijn gegeven), doch dat neemt niet weg dat de commissie daarbij enerzijds is gebonden aan de door de directie ingestelde klachtenregeling zelf en anderzijds aan algemene beginselen van een behoorlijke klachtenbehandeling. Het niet in acht nemen daarvan door de commissie dient aan het MCA als de werkgeefster te worden aangerekend. Zij dient er immers zorg voor te dragen en op toe te zien dat de commissie kwalitatief voldoende is toegerust en berekend voor haar taak. Dit wordt niet anders nu het MCA heeft gesteld dat de wijze van afwikkeling van de klacht zich aan de waarneming van het management heeft onttrokken.'

Wat deze uitspraak zo bijzonder en zo bruikbaar maakt is dat de rechter deze eisen afleidt uit enerzijds de door de directie ingestelde klachtenregeling zelf en anderzijds uit algemene beginselen van een behoorlijke klachtenbehandeling. Met deze open norm kunnen advocaten en rechteren op creatieve wijze verder aan de slag gaan.

De op handen zijnde evaluatie van de Arboretgeving

Ik wil tot slot graag nog enkele aandachtspunten voor de evaluatie van de Arboret op het punt van de bestrijding van seksuele intimidatie op de werkplek noemen. Uit het jurisprudentie-onderzoek komt naar voren dat – ondanks het feit dat de Arboret tot het voeren van een beleid verplicht – nog lang niet alle ondernemingen (en dat geldt met name voor de kleine en de middelgrote bedrijven en instellingen)

een dergelijk beleid hebben ontwikkeld. Waar in de evaluatie naar mijn idee vooral aandacht aan moet worden besteed is de vraag wat de struikelblokken zijn om tot de ontwikkeling van een dergelijk beleid te geraken. Een tweede aandachtspunt is de noodzakelijke expertise op dit terrein bij Arbodiensten en bij de Arbeidsinspectie. Hoe is deze gewaarborgd? Hoe kan worden bevorderd dat deze expertise wordt uitgebreid? In de jurisprudentie ben ik enkele zaken tegengekomen waarin juist deze organisaties de klaagsters onvoldoende wisten te ondersteunen en van advies wisten te voorzien.²⁸

Een derde aandachtspunt voor de evaluatie is het punt dat nog steeds de indruk bestaat dat ondanks het gevoerde beleid het vooral de klaagsters zijn die uiteindelijk aan het kortste eind trekken doordat zij als gevolg van de seksuele intimidatie hun werkkring verliezen. Deze indruk wordt door de uitkomsten van het jurisprudentie-onderzoek bevestigd. De regering heeft in 1994 beloofd om bij tegenvalende resultaten concrete maatregelen te zullen nemen.

Slot

Het probleem van seksuele intimidatie op de werkplek blijft dat veel van de dagelijks voorkomende situaties waarin vrouwen zich geïntimideerd voelen in feite ongrijpbaar zijn. Je stapt niet naar een vertrouwenspersoon of een klachtencommissie, laat staan naar de rechter, wanneer de baas je voortdurend zit te beloeven op een manier waar je je ongemakkelijk onder voelt. Uiteindelijk komt het niet alleen aan op een verandering van de machtsverhoudingen tussen mannen en vrouwen, maar ook op een daar bij behorende verandering in de sekstereotype denkbelden van veel mannen. Zoals onderzoeker Pryor in de VS heeft aangetoond houden mannen die geneigd zijn tot seksuele intimidatie er in het algemeen stereotiep mannelijke ideeën op na over hun rol als 'echte' man en over de fundamentele ongeschiktheid of minderwaardigheid van vrouwen.²⁹ Dit soort attitude en gedrag valt niet direct met wetgeving te bestrijden. Toch kan de overheid – bijvoorbeeld met artikel 5 van het VN-Vrouwenverdrag in de hand³⁰ – wel doorgaan op de weg om te blijven duidelijk maken dat seksuele intimidatie op de werkplek niet kan worden getolereerd en dat daartegen met alle mogelijke middelen moet worden opgetreden. □

26. Zie voor een overzicht van de wetgeving die daar wel toe verplicht de in noot 2 genoemde publikatie, p. 32.

27. Kantongerecht Alkmaar 19 aug. 1998, *Jurisprudentie-overzicht Seksuele Intimidatie* nr 115.

28. Zie de zaken opgenomen onder de nummers 50 en 94 in het *Jurisprudentie-overzicht Seksuele Intimidatie*.

29. Zie E. De Bruin, Portret van een vieze man, *NRC-Handelsblad*, 13 juni 1998.

30. Zie R. Holtmaat, De kracht van een verdrag, *NJB* 1998, p. 650-657.

U IS TE JONG VOOR HOGER BEROEP

Je betaalt minder, maar je krijgt ook minder

Op 12 maart 1998 is aan de Tweede Kamer aangeboden het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie (RO) en van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (WAHV),¹ waarbij onder meer wordt voorzien in afschaffing van het cassatieberoep bij WAHV-zaken om het te vervangen door een geclausuleerd hoger beroep op het Gerechtshof te Leeuwarden. De clausule houdt in dat slechts hoger beroep open zal staan voor die zaken, waarbij na de behandeling van het beroep door de Kantonrechter een administratieve sanctie² resteert van meer dan f 150.³ 4 Het wetsvoorstel is op 9 februari 1999 door de Tweede Kamer aanvaard en ligt thans ter afwikkeling bij de Eerste Kamer.⁵

Los van de hierna te bespreken 'problematiek' met betrekking tot de jeugdige leeftijd van een betrokkene, moet worden geconcludeerd dat de WAHV *enerzijds* zal gaan voorzien in een absolute hoger beroep-grens daar waar de hoogte van de administratieve sanctie in de in artikel 2, eerste lid, van de wet bedoelde – bij AMVB te wijzigen – bijlage is bepaald op maximaal f 150 en *anderzijds* een relatieve hoger beroep-grens omdat artikel 13, eerste lid, van de wet de Kantonrechter de bevoegdheid geeft om het bedrag van de sanctie te verlagen en dat dan te doen tot een bedrag van maximaal f 150. Kijkt men kritisch naar deze absolute en relatieve grens, dan begint het erop te lijken dat het recht van hoger beroep in sterke mate zal worden beheerst door willekeur van *enerzijds* de KB-wetgever en *anderzijds* door de (schijnbare) barmhartigheid van de Kantonrechter doordat deze – na over zijn hart te hebben gestreken – het bedrag van een sanctie op grond van de omstandigheden van de zaak zal willen matigen tot maximaal f 150 maar daarmee met dezelfde pennenstreek de 'recht zoekende' zijn recht van hoger beroep ontnemt. Voor verscheidene personen die zich voor een zelfde 'gedraging'⁶ – waarvoor een sanctie van meer dan f 150 is opgelegd – hebben gewend tot een Kantonrechter ontstaat aldus aan de ene kant de mogelijkheid dat een beroep ongegrond

wordt verklaard met behoud van het volle recht van hoger beroep en aan de andere kant de mogelijkheid dat het beroep – niet geheel maar wel – gedeeltelijk gegrond wordt verklaard en de sanctie wordt gematigd tot maximaal f 150 met daarmee verlies van de hogere instantie. Opent zich met het voorstel van wet niet de mogelijkheid van 'misbruik' om het recht van hoger beroep op grond van maatschappelijk niet objectief te rechtvaardigen belangen af te snijden bij AMVB of rechterlijke beslissing? Er zal zich maar een querulant melden van wie de Kanton-

O&M

rechter weet dat hij/zij altijd hoger beroep instelt en in hogere instantie nog nimmer in het gelijk is gesteld. Op grond van doelmatigheidsoverwegingen zou een Kantonrechter zomaar de aandrang kunnen gevoelen de sanctie dan maar te matigen tot maximaal f 150 om daarmee de – relatieve – rust in Leeuwarden te doen terugkeren. Naar het zich laat aanzien hebben de Ministers van Justitie en van Verkeer en Waterstaat zich *klaarblijkelijk*⁷ niet de tijd gegund om het volgende effect van het voorstel op het stelsel, zoals dat is neergelegd in de WAHV, tot hen te laten doordringen. Immers, artikel 2, vierde lid, van de thans vigerende WAHV bepaalt dat – kort gezegd – de via de WAHV op te leggen administratieve sanctie wordt gehalveerd voor personen die ten tijde van de 'overtreding' de leeftijd van zestien jaren nog niet hebben bereikt. Deze 'halveringsmaatregel', in combinatie met de toekomstige regeling waarbij hoger beroep niet wordt toegestaan indien na de beslissing van de Kantonrechter een 'boete' resteert van maximaal f 150, zal tot resultaat hebben dat reeds voorshands een 'jongeling' het recht op hoger beroep wordt ontzegd omdat hij, gezien zijn jeugdige leeftijd, niet het volle pond hoeft te dragen en een te betalen sanctie van maximaal f 300 door de halvering maximaal f 150 zal bedragen, zulks terwijl een persoon van zestien jaar of ouder voor

dezelfde gedraging zich – bij ongegrond verklaring van zijn beroep of bij een resterende sanctie van meer dan f 150 – wel in Leeuwarden mag doen gelden. Dezelfde gedraging, niet dezelfde rechtsbescherming: U is te jong voor hoger beroep! Kan dat verschil in behandeling worden gerechtvaardigd door te wijzen op de hoogte van het bedrag dat moet worden afgedragen aan de Staat? Je zou zo op het eerste gezicht *ja* willen antwoorden, immers het nieuwe stelsel van rechtsbescherming en de daarin aangebrachte beperking zijn mede ingegeven door doelmatigheidsoverwegingen op grond waarvan een harde ondergrens is bepaald waarbij *klaarblijkelijk* is uitgegaan van de gedachte dat, in gevallen waarbij door fouten van politie, justitie en/of rechters – het zijn ook maar mensen – achteraf gezien ten onrechte een boete is opgelegd of gehandhaafd, de doelmatigheid het wint van de rechtvaardig- en -matigheid; je krijgt geen

nieuwe kans, het geld is en blijft nu van de Staat (maar komt uiteraard wel ten goede aan het maatschappelijk collectief). De reden dat een 'jongeling' niet het volle pond hoeft af te dragen is – als feit van algemene bekendheid – dat hij minder draagkrachtig moet worden geoordeeld. De leeftijdsgrens van vijftien jaar is daarbij absoluut arbitrair. Als je minder draagkrachtig bent, komen (ook) gehalveerde sancties relatief dus even hard aan. Alle feiten en omstandigheden zijn dus hetzelfde, echter geen gelijke rechtsbescherming. Je betaalt minder, maar krijgt dan ook minder. Kruideniersmentaliteit! Naar de mening van steller dezès – en hopelijk van enige thans verontwaardigde kamerleden – zal de in het wetsvoorstel gekozen benadering voor 'jeugdigen' leiden tot een verschil in behandeling van in beginsel volstrekt gelijke zaken op grond van binnen onze samenleving niet objectief te rechtvaardigen feiten en omstandigheden. Redenen waarom steller dezès de Ministers in overweging zou willen geven het wetsvoorstel te heroverwegen om daarbij mede in aanmerking te nemen de mogelijkheid het recht van hoger beroep niet te koppelen aan de *kwantiteit*⁸ van de te betalen sanctie, maar aan de *kwaliteit* van in de formele wet te noemen gedragingen of categorieën van gedragingen, immers bij de behandeling in de Tweede Kamer vielen één- of meerma-

lig de termen *zwaardere verkeersover-tredingen* en *bagatelzaken*.

Hoewel artikel 14, vijfde lid, IVBPR naar zijn geest zo moet worden begrepen dat *bagatelzaken* van een hogere voorziening mogen worden uitgesloten,⁹ zijn het toch de Ministers *zelf* geweest die, om de gedragsconforme inhoud van de WAHV te benadrukken, in de Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel tot invoering van de WAHV het bij de ratificatie van het IVBPR tot uitdrukking gebrachte gevoel van de Regering – inhoudende dat ‘artikel 14, vijfde lid, van het IVBPR aldus dient te worden verstaan dat tegen *elk veroordelend vonnis* het-zij gewoon beroep hetzij cassatieberoep, dan wel beide dient open te staan’ – in herinnering roepen.¹⁰ Toentertijd was het de Regering dus om het even, indien maar in elk geval tenminste *of* hoger beroep *of* cassatie open zou staan. Of is het zo dat, gelijk Macchiavelli in zijn *De Vorst* aanraadt, de Regering – en daarmee *onze* Vorst – zich niet aan het door deze ingeroepen standpunt ‘kan, nog mag houden nu dit voor deze te nadelig zou worden, en de redenen, die de oorzaak waren van de belofte, niet meer bestaan’? Sire, Uw rechtsorde wordt automatisch de onze; laat hem niet verwateren!

Luc C.M. Jurgens
(rechtenstudent UvA)

1. *Kamerstukken II* 1997/98, 25927.
2. Nu de WAHV op bestuursrechtelijke leest is geschoeid wordt in de wet conform bestuursrechtelijke terminologie in plaats van ‘boete’ de term ‘administratieve sanctie’ gebezigd.
3. *Kamerstukken II* 1997/98, 25927, nrs. 1-2, p. 3: Artikel 14 (...) 1. Degene die bij het kantongerecht beroep heeft ingesteld, alsmede de officier van justitie, kunnen tegen de beslissing van het kantongerecht hoger beroep instellen bij het gerechtshof te Leeuwarden, tenzij de opgelegde administratieve sanctie bij *die* beslissing niet meer bedraagt dan f 150.
4. Aannemelijk moet worden geacht dat ongeveer 85 % van het totaal aantal sancties hierdoor van een hogere voorziening zal worden uitgesloten. Zie: C.J.G. Bleichrodt, Wijziging in de regeling van de rechtsmiddelen in de WAHV (Wet Mulder), in: *Verkeersrecht (VR)*, afl. 2, februari 1999, p. 37-39, aldaar p. 38.
5. *Handelingen II* 1999, 49-3300; *Kamerstukken I* 1998/99, 25 927, nr 200.
6. Onder verwijzing naar het in de tweede voetnoot gestelde omtrent de bestuursrechtelijke terminologie wordt in de wet in plaats van ‘(strafbare) overtreding’ de term ‘gedraging’ gebezigd.
7. Deze term ziet men meer dan zelden in arresten van de Hoge Raad in onder meer

WAHV-zaken waarbij de Kantonrechter iets heeft ‘vergeten’. De Hoge Raad repareert dan een en ander door te stellen dat de Kantonrechter *klaarblijkelijk* iets bedoelde te zeggen en dat zulks ligt besloten in de beslissing, zonder dat het dan blijkt uit de expliciete bewoordingen daarvan. Lees nog eens rustig wat er niet staat! *HR* staat dus – even los gezien van de mogelijke maatschappelijke noodzaak daartoe – gewoon voor *Handig Repareren*.

8. Op lange termijn zal ook de inflatie van invloed zijn op het recht van hoger beroep, immers op enig moment in de toekomst zal, om de toepassing van de WAHV geloofwaardig te houden, het in art. 2, derde lid, van de wet genoemde plafond van f 750 worden benaderd en uiteindelijk bereikt, althans een moment

waarop alle sancties boven de f 150 zullen liggen en slechts nog jeugdigen mogelijkkerwijs door de ‘halveringsmaatregel’ verstoken zullen zijn van een hogere voorziening.

9. J. de Hullu, *Over rechtsmiddelen in strafzaken*, Arnhem 1989, p. 147: ‘(...) De nationale wetgever mag de procedurele aspecten van het vereiste rechtsmiddel zelf invullen en mag vermoedelijk ook, gezien de ontstaansgeschiedenis van de bepaling en de uitspraak in de zaak *De Montejo*, enige beperkingen stellen aan het soort zaken waarin een rechtsmiddel beschikbaar zou moeten zijn. Het gaat dan vooral om de ‘bagatelzaken’. (...) Het principe is duidelijk, de preciese afbakening niet.(...)’.

10. *Kamerstukken II* 1987/88, 20 329, nr 3, p. 29.

PROCESLEED

Er kan van alles mis gaan in de loop van een proces. Soms valt er aan dreigend procesleed nog wat te doen, maar vaak rest ‘slechts berusting in de niet te doorgronden manier waarop het proces zich, als ware het een autonoom functionerend monster, zijn weg zoekt’, zoals rechter Van Benekom het verwoordde in de eerste aflevering van deze serie (NJB 99/2/p. 83). Rechters en advocaten koesteren vaak wederzijdse ergernissen. De redactie heeft deze in een serie korte bijdragen voor het voetlicht willen brengen. Daaruit kan wellicht inspiratie worden opgedaan om te bezien hoe het leven voor hen – en dus ook voor andere procesdeelnemers, vooral voor de justitiabelen – aardiger zou kunnen worden, vóór, tijdens en na de zitting. Eerdere bijdragen in de serie verschenen in de afleveringen 2, 6, 11, 15, 19, 23 en 28. Met onderstaand procesleed wordt de reeks afgesloten.

DISCIPLINAIRE RECHTSPRAAK

Procesleed (8)

Dit stukje gaat over tuchtrecht, en met name over de disciplinaire rechtspraak voor advocaten en de medische beroepen. Het gaat ook over de eisen die artikel 6 EVRM aan het formele tuchtrecht stelt.

Aan het advocaten-tuchtrecht heb ik van 1995 tot eind 1998 intensief deelgenomen als Deken van de Rotterdamse Orde; met het medisch tuchtrecht heb ik vrij veel ervaring als raadsman, waarbij ik bijna steeds de aangeklaagde arts terzijde heb gestaan. Het doel van tuchtrechtspraak voor vrije beroepen is niet zozeer het verschaffen van genoegdoening aan tekort gedane rechtzoekenden en patiënten; dat is hooguit een welkom by-product. Het doel is veeleer falende collega's uit de eigen discipline corrigerend op de vingers te tikken en om dusdoende tot rechtsvorming te komen, en door de publicatie daarvan norm-inzicht binnen de beroepsgroep te bevorderen, respectievelijk te onderhouden. Dat alles is ten dienste van de kwaliteit van de beroepsuitoefening.

De disciplinaire rechtspraak wordt overwegend gevoed door klachten van de consumenten (patiënten en cliënten).

Het ongelukkige van de klagersafhankelijke instroom (procesleed zo men wil) is, dat van een gerichte, professionele opsporing van tuchtrechtelijk verwijtbaar gedrag amper sprake is: de fuik die de klachtwaardige gedragingen moet vangen, opdat zij worden onderzocht en zonodig bestraft, is volstrekt willekeurig geplaatst. Dat betekent dat de fuik voor een groot deel door ongegronde en irrelevante klachtzaken wordt gevuld, die een groot gedeelte van de capaciteit van het verwerkingsapparaat zinloos blokkeren. Wat echter erger is, is dat heel veel klachtwaardig gedrag niet wordt gevangen dat bepaald wel bij de tuchtrechter zou hebben thuisgehoord. Vooral tijdens mijn dekenaat kon ik een ‘dark number’ van verwijtbare gedragingen aanvoelen achter wat wel zichtbaar werd. Dat stemde wel eens somber, en machteloos: (te) veel broddelwerk blijft ongestraft. Het systeem van het advocaten-tuchtrecht is dat de deken de klacht ontvangt en behandelt, dat wil zeggen: hij

tracht de zaak tot een schikking te brengen, en als dat niet lukt zendt hij het dossier met het verslag van zijn onderzoek ter behandeling naar de Raad van Discipline. De Raad beperkt zich tot de aldus geïnstrueerde klacht. De deken kan ook ambtshalve klagen. Hij zal dit bijvoorbeeld doen wanneer hem in het kader van het onderzoek naar een door een justitiabele ingediende klacht blijkt van andere verwijtbare gedragingen, dan waarover wordt geklaagd. Het middel is effectief: op deze wijze heb ik meer dan eens het aantal klachten dat tegen een advocaat bestond, uitgebreid, en dat heeft geleid tot doeltreffender tuchtrechtelijke uitspraken dan anders het geval zou zijn geweest. In enkele gevallen heeft dat bijgedragen tot schrapping van de disfunctionerende advocaat, en tot een hogere gemiddelde kwaliteit van de balie.

Het medisch tuchtrecht kent ook een vooronderzoeksfase, waarin de mogelijkheid gegeven is (zowel onder de oude tuchtwet als thans onder de BIG) om andere bezwaren dan waarover geklaagd is aan de aangeklaagde arts voor te houden.

Het medisch tuchtrecht kent daarnaast echter nog de mogelijkheid dat het Medisch Tuchtcollege aan de hand van bevindingen ter zitting sancties oplegt naar aanleiding van ambtshalve gebleken verwijtbare gedragingen, waarop de klacht, die partijen naar de zitting toebracht, in het geheel geen betrekking had, en die in het vooronderzoek niet aan de aangeklaagde arts waren voorgehouden.

Hoewel dit vrij zelden voorkomt, is het mij als advocaat van een aangeklaagd arts toch tweemaal overkomen dat het Medisch Tuchtcollege ambtshalve een sanctie oplegde voor ter zitting gebleken gedragingen, waarover niet was geklaagd.

Wat daar natuurlijk erg aan is, is dat pas in de uitspraak, en door de sanctie, de arts werd geconfronteerd met het feit dat de medische tuchtrechter bepaalde gedragingen als klacht- en strafwaardig had geïdentificeerd. Het tweede bedoelde geval berokkende mij het procesleed, waarvan ik u wil verhalen.

Enigszins vereenvoudigd kwam de casus hierop neer dat een weduwnaar over klaagde dat een waarnemende huisarts onvoldoende tijdig op huisbezoek was gekomen, na een dringend verzoek daartoe wegens ernstige hoofdpijnklaachten van zijn vrouw; toen de huisarts arriveerde (overigens

binnen een half uur na de oproep) was de patiënte overleden.

Tijdens de mondelinge behandeling vroeg een van de leden van het college, met de verontrustende minzaamheid van wie rotsvast overtuigd is van zijn eigen rechtschapenheid, hoe de arts toch de verklaring van overlijden had kunnen tekenen, nu hij alleen maar de waarnemend arts was. De arts antwoordde dat de eigen huisarts van de overleden patiënte nog geruime tijd wegens vakantie afwezig zou zijn, dat hij het overlijden had vastgesteld, en dat hij meende dat hij dan de aangewezen was om de verklaring van overlijden op te stellen en te tekenen. Dit schijnbaar onbetekenend intermezzo werd afgerond met een meewarig hoofdschudden van de vragensteller. De waan van de zitting bleek te hebben doorgewoed in de raadkamer: in de uitspraak werd aan de arts een waarschuwing opgelegd onder meer omdat hij de verklaring van overlijden getekend had, zulks terwijl hij niet de daarvoor verantwoordelijke en daartoe bevoegde huisarts was.

Het verwijt was ongegrond, zoals aanstonds bleek bij het naslaan van de Wet op de Lijkbezorging en toelichtend materiaal: het is de 'behandelend arts' die de verklaring van overlijden moet opstellen en ondertekenen, en de behandelend arts is hij, die als arts optreedt in de periode onmiddellijk rondom het overlijden van de betrokken patiënt. De arts zou dus de plank hebben mis geslagen als hij volgens de opvatting van zijn rechters (in meerderheid zelf medici!) zou hebben gehandeld.

Er was dus een volstrekt onnodig appel nodig om dit recht te zetten. Mijn bezwaren betreffen echter niet zozeer de evidente misslag als zodanig, doch vooral het feit dat deze de vrucht was van een procedurele aanpak die in mijn ogen gewoon niet kan. Onbestreden is, dat de medische tuchtprocedure onderworpen is aan de eisen van 'due process', als neergelegd in artikel 6 EVRM.

Dat betekent dat de aangeklaagde partij bekend moet zijn met hetgeen hem verweten wordt, en dat hem de gelegenheid moet worden geboden tot deugdelijk verweer, waaronder begrepen een redelijke termijn van voorbereiding. Hier hoorde de aangeklaagde arts pas van het tuchtrechtelijk relevant geachte verwijt nadat hij er al voor was veroordeeld.

Het leek me van een belang dat boven deze ene zaak uitsteeg, dat het Cen-

traal Medisch Tucht College een uitspraak deed over dit 'vanuit de heup in de rug schieten' van een van niets wettende arts, en ik pende dus een op artikel 6 EVRM gebaseerde dogmatisch doorwrochte grief bijeen, en pas daarna een meer materiële.

Ter zitting bleek het college al amper in dit juridisch trapezewerk geïnteresseerd, en de beslissing was voor de rechtsvorming dan ook teleurstellend: het Centraal Medisch Tucht College vernietigde de beslissing van het college in eerste aanleg op grond van de feitelijke onjuistheid, echter zonder één woord te wijden aan mijn principiële grieven van algemeen belang, waarvan toch de behandeling zou hebben bijgedragen aan de duidelijkheid van het formele tuchtrecht.

Dat is dus mijn procesleed, dat ik, naar ik vrees, met veel advocaten deel: je moet nogal eens genoeg nemen met efficiënte rechterlijke beslissingen, waarin op zichzelf wel recht wordt gedaan, maar niet aan alle inspanningen die je je als advocaat hebt getroost, en ook niet aan alle 'voorzetten' voor 'mooie' uitspraken die je als advocaat in de loop van de procedure voor de doelmond hebt gebracht.

Het 'stukloon' waarop de regering onze rechters dreigt te plaatsen, maakt het perspectief in dit verband ook al niet rooskleuriger.

J.D. Loorbach
(advocaat te Rotterdam)

Rechtspraak



Aanbevolen citeerwijze: NJB 1999, p. ..., nr ...

Inhoud:

Internationaal Gerechtshof	1732
Europees Hof voor de Rechten van de Mens	1733
Hof van Justitie EG	1734
Hoge Raad (civiele kamer)	1734
Hoge Raad (strafkamer)	1739

■ Internationaal Gerechtshof

Deze rubriek wordt verzorgd door de medewerkers van het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht. Onderstaande bijdrage is geschreven door prof. dr. B. Kwiatkowska en mr. H.M. Dotinga.

Nrs. 1 – 3

4 december 1998

Vonnissen in contentieus geding. Rechtsmacht. General List nr. 96, International Court of Justice <<http://www.icj-cij.org>>

Fisheries Jurisdiction Case (Spain v. Canada)

11 juni 1998 en 25 maart 1999

Vonnissen in contentieus geding. Preliminaire verweren en interpretatie van de uitspraak. General List nrs. 96 en 101, International Court of Justice, ICJ Reports 1998, p. 275 <<http://www.icj-cij.org>>

Case Concerning the Land and Maritime Boundary Between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections (Cameroon v. Nigeria); and Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 (Nigeria v. Cameroon).

De twee uitspraken van 1998

De zaken *Spain v. Canada* en *Cameroon v. Nigeria*, die respectievelijk in 1995 en 1994 aan het Internationaal Gerechtshof werden voorgelegd, betreffen twee zeer uiteenlopende geschillen. In de zaak *Spain v. Canada* ging het om een geschil over het aanhouden door de Canadese autoriteiten van een Spaans vissersschip op volle zee. In de nog aanhangige zaak *Cameroon v. Nigeria* staan de soevereiniteit over het Bakassi schiereiland en een deel van het gebied rond Lake Chad en de afbakening van de land- en zee grenzen tussen de beide lan-

den centraal. Alhoewel de zaken derhalve inhoudelijk sterk van elkaar verschillen, zijn de twee vonnissen die het Hof in 1998 heeft uitgevaardigd met betrekking tot de preliminaire verweren van groot belang in procedureel opzicht. Beide uitspraken hebben, elk op zijn manier, een belangrijke bijdrage geleverd aan de bevestiging en versteviging van het op instemming gebaseerde systeem van de verplichte rechtsmacht onder art. 36(2), de facultatieve clause ('Optional Clause'), van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof (hierna Statuut), zoals het zich heeft ontwikkeld in het recht en de praktijk van het Hof. Beide uitspraken, die gedaan zijn onder het huidige voorzitterschap van President Stephen M. Schwebel (Verenigde Staten), tonen een zorg voor consistentie in de rechtspraak van het Hof en een nauwgezette aandacht voor de bijzonderheden van elk van de twee zaken.

In de *Spain v. Canada* uitspraak ging het hoofdzakelijk om de interpretatie van een door Canada op 10 mei 1994 gemaakt voorbehoud op de verklaring van aanvaarding van de verplichte rechtsmacht van het Hof. Op basis van dit voorbehoud (paragraaf 2d) sloot Canada 'geschillen voortkomend uit of betreffende maatregelen voor behoud en beheer genomen door Canada ten aanzien van schepen die vissen in het reguleringsgebied van de NAFO [the Northwest Atlantic Fisheries Organization] (...) en de handhaving van dergelijke maatregelen' uit van de rechtsmacht van het Hof. Op 9 maart 1995 hield Canada, op basis van zijn kort daarvoor gewijzigde visserijwetgeving, de Spaanse trawler *Estai* aan op volle zee (binnen het NAFO gebied, maar buiten de Canadese 200-mijls exclusieve economische zone). Gelijktijdig met het verloop van de procedures voor het Hof die door Spanje waren ingeleid en waarin Canada de bevoegdheid van het Hof betwistte om kennis te nemen van de zaak op grond van paragraaf 2d van de facultatieve clause verklaring, werd de beslechting van de 'tarbot oorlog' (inclusief amendering van de Canadese visserijwetgeving en stopzetting van de rechtsvervolgung in Canada tegen de *Estai*) bevorderd door het sluiten van een visserij-overeenkomst in 1995 tussen Canada en de Europese Gemeenschap en andere door NAFO ondersteunde maatregelen.

Zowel het vonnis in de *Spain v. Canada* zaak, als de eerdere uitspraak van het Hof in de zaak *Cameroon v. Nigeria* bevestigden dat de bepalingen van het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht van 1969 slechts naar analogie van toepassing zijn op de interpretatie van de facultatieve clause verklaringen voor zover zij verenigbaar zijn met hun *sui generis* karakter als eenzijdige handelingen van soevereiniteit. In de *Spain v. Canada* uitspraak bevestigde het Hof ook zijn eerdere opvattingen dat een verklaring, inclusief de voorbehouden die daarin zijn opgenomen, als een eenheid ('unity') en op een natuurlijke en redelijke wijze ('natural and reasonable way') moet worden geïnterpreteerd, daarbij naar behoren rekening houdend met de bedoelingen van de staat die een voorbehoud maakt en het doel van het betreffende voorbehoud. De toepassing van een dergelijke interpretatie leidde het Hof tot de nieuwe belangrijke conclusie dat de rechtmatigheid onder internationaal recht van de handelingen die door voorbehouden worden uitgesloten van de rechtsmacht van het Hof niet in overweging kunnen worden genomen bij de interpretatie van deze voorbehouden, omdat een dergelijke benadering (die door Spanje werd aangehangen) de rechtmatigheid van de in het geding zijnde handelingen verwart met aanvaarding van de rechtsmacht. Aan deze con-

clusie werd geen afbreuk gedaan door de bevestiging van het Hof in de *Right of Passage* zaak waar Spanje zich in de *Spain v. Canada* zaak op baseerde dat: 'Het een algemene regel van interpretatie is dat een van een regering afkomstige tekst, in beginsel, geïnterpreteerd moet worden als gevolgen veroorzakend en als bedoeld te veroorzaken in overeenstemming met het geldende recht en niet in strijd daarmee',¹ omdat deze bevinding in de opvatting van het Hof betrekking had op de mogelijke terugwerkende kracht van het voorbehoud.

Het Hof besliste in de *Spain v. Canada* uitspraak dat het niet bevoegd was en deed geen uitspraak over de rechtmatigheid van de in het geding zijnde handelingen van Canada tegen de *Estai*. De interpretatie van de term 'maatregelen voor behoud en beheer' en de precedentscheppende conclusie van het Hof dat de term 'handhaving van dergelijke maatregelen' minimaal gebruik van geweld veronderstelt, zullen niettemin belangrijke gevolgen hebben voor het internationaal recht van de zee. De schriftelijke en mondelinge verslagen zullen zeker hun waarde behouden in een van de meest geruchtmakende geschillen op het gebied van het recht van de zee in onze tijd.

In tegenstelling tot de *Spain v. Canada* zaak, besliste het Hof in de *Cameroon v. Nigeria* uitspraak dat het wel bevoegd was om een uitspraak te doen over het bodemgeschied op basis van art. 36(2) van het Statuut en dat Kameroen's voorlegging van de zaak ontvankelijk was. In de context van de verwerping van de eerste van de (in totaal acht) door Nigeria ingediende preliminaire bezwaren, bevestigde het Hof het in art. 36(2) en (4) van het Statuut vastgelegde regime voor het neerleggen en melden van facultatieve clause verklaringen en de voorwaarde van wederkerigheid, zoals uiteengezet in de *Right of Passage* uitspraak en latere jurisprudentie van het Hof. Het Hof bevestigde onder andere de voortdurende toepasselijkheid van zijn conclusie dat 'door het deponeren van een verklaring van aanvaarding bij de Secretaris-Generaal [van de Verenigde Naties], de aanvaardende staat partij wordt bij het systeem van de facultatieve clause ten aanzien van de andere staten die een verklaring hebben afgelegd, met alle rechten en plichten die voortvloeien uit art. 36. De contractuele relatie tussen de partijen en de verplichte rechtsmacht van het Hof die daaruit resulteren worden 'ipso facto' en zonder bijzondere overeenkomst' gevestigd door het enkele feit van het doen van de verklaring. (...) Want het is op precies deze dag dat de band van wilsovereenstemming, die aan de basis ligt van de facultatieve clause, tot stand komt tussen de betreffende staten'.²

Uitspraak van 1999

Over het geheel genomen is de *Cameroon v. Nigeria* zaak met name van groot belang in procedureel opzicht. De eerdere vaststelling door het Hof van voorlopige maatregelen in zijn besluit ('Order') van 1996 dat gebaseerd was op art. 41 van het Statuut, was een goed voorbeeld van politieke en juridische beslechting van geschillen door gelijktijdig optreden van respectievelijk de VN Veiligheidsraad en het Hof. Het vonnis van 1998 in de *Cameroon v. Nigeria* zaak waar hierboven naar werd verwezen (General List nr. 94) vormde het onderwerp van een afzonderlijke *Nigeria v. Cameroon* zaak (nr. 101). Dit was de derde zaak voor het Hof (na de *Colombia v. Peru* zaak van 1950 en de *Tunisia v. Libya* zaak van 1985) waarin een verzoek ('Request') werd ingediend voor interpretatie van een vonnis op basis van art. 60 van het Sta-

tuut. De *Nigeria v. Cameroon* zaak was precedent-scheppend, omdat het ging om de interpretatie van een vonnis over de preliminaire bezwaren. In de *Nigeria v. Cameroon* uitspraak van 25 maart 1999, besliste het Hof dat het rechtsmacht had om Nigeria's verzoek voor interpretatie te behandelen, maar het wees vervolgens het verzoek af als niet-ontvankelijk. Het belang van de uitspraak is te vinden in de bevestiging van de vooraanstaande plaats van het beginsel van *res judicata* dat de interpretatie van de vonnissen van het Hof beheerst, en in de nooit eerder voorgekomen verduidelijking dat onder art. 60 van het Statuut, 'een uitspraak over preliminaire verweren, net als een uitspraak in het bodemgeschil, het voorwerp kan zijn van een verzoek om interpretatie'.

Aanhangige Bodemgeschil en Interventie Fases
In het aanhangige bodemgeschil in de *Cameroon v. Nigeria* zaak, besliste het Hof, in een 'Order' van 30 juni 1999, dat tegeneisen voorgelegd door Nigeria in zijn contra-memories tegen Kameroen onder art. 80 van de Regels van het Internationaal Gerechtshof als zodanig toelaatbaar zijn en onderdeel uitmaken van de huidige procedure.³ Rekening houdend met deze conclusies en de meningen die zijn geuit door de agenten van de partijen tijdens een bijeenkomst die met hen is gehouden door President Stephen M. Schwebel, heeft het Hof besloten dat Kameroen haar repliek zal indienen voor 4 april 2000 en Nigeria haar dupliek op 4 januari 2001. Daarnaast heeft Equatoriaal Guinea, door middel van een verzoekschrift van 30 juni 1999, het Hof toestemming gevraagd te interveniëren in de *Cameroon v. Nigeria* zaak 'om zijn rechten te beschermen in de Golf van Guinea met alle juridische middelen'. Dit is de vierde keer (na de vonnissen in de *Tunisia/Libya* zaak van 1981, de *Libya/Malta* zaak van 1984 en de *Gulf of Fonseca* zaak van 1990) dat een derde staat een verzoek indient om te interveniëren in een maritiem grensafbakingsgeschil op basis van art. 62 van het Statuut. Sommige van de betreffende aspecten maakten reeds deel uit van het achtste preliminaire verweer van Nigeria en van de interessante 'separate opinions' die zijn toegevoegd aan het vonnis van 1998 in de *Cameroon v. Nigeria* zaak door de rechters Pieter H. Kooijmans (Nederland) en Rosalyn Higgins (Verenigd Koninkrijk). De fase van het bodemgeschil in de *Cameroon v. Nigeria* zaak zal naar verwachting, net als de *Qatar v. Bahrain* zaak die aanhangig is voor het Hof en de *Eritrea v. Yemen* zaak die aanhangig is voor een Arbitraal Tribunaal, de jurisprudentie van het Hof inzake billijke afbakening van maritieme grenzen bevestigen en verder verhelderen, zoals dertig jaar geleden begonnen in de *North Sea Continental Shelf* uitspraak. De twee eerdergenoemde zaken maken deel uit van de meer dan 20 zaken die momenteel aanhangig zijn bij het Hof. Zij dragen bij aan de volste agenda in de geschiedenis van het Hof als het voornaamste gerechtelijke orgaan van de Verenigde Naties.⁴

1. *Portugal v. India Right of Passage over Indian Territory* vonnis (Preliminaire verweren), *ICJ Rep.* 1957, 125, p. 142 vermeldt dat 'It is a rule of interpretation that a text emanating from a Government must, in principle, be interpreted as producing and as intended to produce effects in accordance with existing law and not in violation of it', zoals geciteerd in het vonnis in de *Spain v. Canada* zaak van 1998, para. 53.
2. *ICJ Rep.* 1957, 146, zoals geciteerd in *ICJ Rep.* 1998, 291, para. 25.
3. De beslissing van het Hof om Nigeria's tegenclaims ('counterclaims') toe te staan komt kort na de vergelijk-

bare 'Orders' in de zaken *Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia Genocide and Iran v. USA Oil Platforms (ICJ Rep.* 1997, 243, and 1998, 190) die de jurisprudentie van het Hof inzake tegenclaims ontwikkelden.

4. Zie voor de verklaring van President Stephen M. Schwebel tot de 53^{ste} Algemene Vergadering van de VN op 27 oktober 1998, *NJB* 13 november 1998 (afl. 41), p. 1896. Zie ook P.H. Kooijmans, Kroniek van het internationaal publiekrecht, *NJB* 12 maart 1999 (afl. 10), p. 482-485. Zie voor de uitspraken van het Hof, de verklaringen van de President van het Hof en andere documenten, de website van het Internationaal Gerechtshof <http://www.icj-cij.org>. Zie voor de Eritrea/Yemen zaak de website van het Permanente Hof van Arbitrage <http://www.pca-cpa.org>.

■ Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Deze rubriek wordt verzorgd door mr. M. Kuijter (E.M. Meijers Instituut, Universiteit Leiden) en dr. R.A. Lawson (Europa Instituut, Universiteit Leiden). Zie voor de verkrijgbaarheid van de uitspraken *NJB* 1999, p. 18.

Nr. 31

4 augustus 1999

Art. 5 lid 1 (c) en lid 4 EVRM. Foutieve wettelijke basis voor bevel tot in verzekeringstelling. Geen schending.

Douiyebe, tegen Nederland.

A. Feiten

Op 26 februari 1996 wordt Douiyebe, een in Nederland woonachtige Marokkaan, gearresteerd wegens verdenking van mensenhandel (art. 250^{ter} Wetboek van Strafrecht). De hulpofficier van justitie beveelt vervolgens zijn in verzekeringstelling gedurende maximaal drie dagen. Het bevel tot in verzekeringstelling vermeldt art. 250 Sr (koppelaar). Op 27 februari 1996 behandelt de rechter-commissaris de vordering van het OM tot inbewaringstelling. Ditmaal is het verzoek gebaseerd op art. 250^{ter} Sr. De raadsman van de verdachte stelt dat zijn cliënt in verzekering is gesteld wegens verdenking van overtreding van art. 250 Sr. Hij eist derhalve de onmiddellijke vrijlating van zijn cliënt. De R-C verwerpt deze stelling en verleent het door het OM gevorderde bevel tot bewaring. Op 30 augustus 1996 spreekt de Rb. te Amsterdam de verdachte vrij van de verdenkingen onder art. 250^{ter} Sr. In november 1996 verzoekt Douiyebe met succes op grond van art. 89 Wetboek van Strafvordering compensatie voor de periode dat hij werd gedetineerd.

B. Procedure in Straatsburg

Douiyebe dient in maart 1996 een klacht in bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (Appl. No. 31464/96). Hij stelt dat zijn detentie tijdens de in verzekeringstelling in strijd was met art. 5 lid 1 (c) en lid 4 EVRM. Op 10 maart 1998 verklaart de Commissie de zaak ontvankelijk. In een rapport van 17 september 1999 constateert een meerderheid van de Commissie dat art. 5 lid 1 (c) inderdaad is geschonden en dat zich geen afzonderlijke probleem voordoet onder art. 5 lid 4 EVRM (18 stemmen tegen 14). De Commissie en de Nederlandse regering leggen de zaak vervolgens voor aan het Hof. In overeenstemming met art. 5 lid 4 van het Elfde Protocol

wordt de zaak behandeld door een *Grand Chamber*.

C. Uitspraak van het EHRM

(*Grand Chamber*: Palm, Ferrari Bravo, Cafilisch, Costa, Stráznická, Fuhrmann, Jungwirth, Fischbach, Zupancic, Vajic, Hedigan, Thomassen, Tsatsa-Nikolovska, Pantiru, Levits, Traja, Botoucharova)

(i) Art. 5 lid 1 EVRM

Het Hof herhaalt dat begrippen als 'rechtmatig' en 'overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure' in art. 5 lid 1 EVRM in de eerste plaats verwijzen naar de nationale regelgeving. De Verdragsluitende Partijen zijn o.g.v. art. 5 EVRM verplicht de materiële en formele wettelijke regels na te leven (zie EHRM, 28 oktober 1998, *Assenov – Bulgarije* (Reports 1998, p. 3297), r.o. 139). Het is primair aan de nationale autoriteiten, met name de gerechten, om de nationale regelgeving toe te passen en te interpreteren. Het Europese Hof heeft echter een zekere toezichthoudende taak, aangezien niet-naleving van nationale regelgeving een inbreuk op de verplichtingen onder art. 5 lid 1 EVRM inhoudt. In beginsel is detentie 'rechtmatig' indien zij is gebaseerd op een gerechtelijk bevel. Indien vervolgens wordt vastgesteld dat het gerecht bij het geven van het oorspronkelijke bevel tot detentie heeft gedwaald omtrent een correcte toepassing van de nationale wet, beïnvloedt dit niet noodzakelijkerwijze retroactief de geldigheid van de detentie in de tussenliggende periode (vgl. EHRM, 10 juni 1996, *Benham – VK* (Reports 1996, p. 753), r.o. 41-42).

In casu stelt het Hof allereerst vast dat naar Nederlands strafprocesrecht zowel het strafbare feit van art. 250 Sr. (koppelaar) als van art. 250^{ter} Sr. (mensenhandel) voorlopige hechtenis zou hebben gerechtvaardigd. Gezien de inhoud van het zaaksdossier is het Hof overtuigd dat de verwijzing naar art. 250 Sr. in het bevel tot in verzekeringstelling het resultaat was van een typefout. Alle andere documenten betreffende de relevante strafzaak (zoals het proces-verbaal van aanhouding, het proces-verbaal van verhoor d.d. 26 februari 1996, de kافت van het politiedossier, het verzoek tot inbewaringstelling en het bevel tot inbewaringstelling van de R-C van 27 februari 1996) verwijzen naar art. 250^{ter} Sr. als wettelijke basis voor de ingestelde strafprocedure. Bovendien heeft Douiyebe tijdens het eerste politieverhoor te kennen gegeven dat hij begreep waarvan hij werd verdacht, aldus het proces-verbaal van verhoor. Onder deze omstandigheden moet hij hebben geweten – of behoorde hij te weten – dat de verwijzing naar art. 250 Sr. in plaats van art. 250^{ter} Sr. een typefout was (zie, *mutatis mutandis*, EHRM, 10 februari 1995, *Gea Catalán – Spanje* (Serie A-309), r.o. 29 en EHRM, 24 oktober 1996, *De Salvador Torres – Spanje* (Reports 1996, p. 1587, *NJ* 1998, 294), r.o. 33).

Wat betreft de procedure voor de R-C op 27 februari 1996, merkt het Hof op dat deze typefout onder de aandacht van de R-C is gebracht. De raadsman van de verdachte had gesteld dat de detentie van zijn cliënt derhalve onrechtmatig was. De R-C had deze stelling verworpen. Daarbij heeft hij weliswaar niet expliciet toegegeven dat een typefout is gemaakt, maar in de feitelijke context van de zaak kan worden verondersteld dat de R-C hiervan impliciet is uitgegaan en dat hij de rechtmatigheid van de detentie van Douiyebe heeft getoetst in het licht van art. 250^{ter} Sr. Het Hof is derhalve van mening dat art. 5 lid 1 EVRM in casu niet is geschonden.

(ii) Art. 5 lid 4 EVRM

Het enkele feit dat geen schending is geconstateerd onder het eerste lid van art. 5 EVRM betekent niet dat noodzakelijkerwijze tevens is voldaan aan het vereiste van art. 5 lid 4 EVRM. Het Hof is derhalve genooddacht de klacht ook te bezien in het licht van lid 4 (zie EHRM, 24 september 1992, *Kolompar – België* (Serie A-235-C), r.o. 45). Het Hof merkt in dit verband op dat de R-C zich gedurende de hoorzitting op 27 februari 1996 heeft uitgesproken over de rechtmatigheid van de detentie van Douiyeb, zijn verzoek tot onmiddellijke vrijlating op grond van de vermeende onrechtmatigheid van zijn detentie en de vordering van het OM tot verlenging van zijn detentie. Hieruit volgt dat Douiyeb toegang had tot een gerechtelijke procedure, waarbij de rechtmatigheid van zijn detentie spoedig is vastgesteld door een gerecht. Het Hof is derhalve van mening dat art. 5 lid 4 EVRM in casu niet is geschonden.

D. Slotsom

Geen schending van art. 5 lid 1 en lid 4 (unaniem).

■ Hof van Justitie EG

Deze rubriek wordt verzorgd door de Vakgroep Europees en Internationaal Publiekrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Katholieke Universiteit Brabant.

Nr. 29

14 september 1999, zaak C-375/97

Richtlijn 89/104/EEG, merken, bescherming, waren of diensten die niet soortgelijk zijn, bekend merk.

General Motors Corporation,
tegen
Yplon SA.

General Motors is houder van het Beneluxmerk Chevy, dat op 18 oktober 1971 bij het Benelux-Merkenbureau is gedeponeerd voor, met name, motorvoertuigen.

Yplon is eveneens houder van het Beneluxmerk Chevy, dat op 30 maart 1988 bij het Benelux-Merkenbureau is gedeponeerd voor wasmiddelen en verschillende schoonmaakmiddelen. Zij is tevens houder van het merk Chevy in andere landen, waaronder een aantal lidstaten.

Op 28 december 1995 stelde General Motors bij de Handelsrechtbank te Doornik een vordering in, die ertoe strekte Yplon te verbieden het merk Chevy te gebruiken ter aanduiding van was- of schoonmaakmiddelen, op grond dat een dergelijk gebruik leidde tot verwatering van haar eigen merk en daardoor afbreuk deed aan de reclamefunctie ervan. Zij stelt, dat haar merk Chevy een 'bekend merk' is.

Yplon betwist de vordering, onder meer op grond dat General Motors niet het bewijs levert, dat haar merk Chevy binnen het Beneluxgebied 'bekend' is. De nationale rechter wenste meer duidelijkheid over het begrip 'bekend merk' en over de vraag, of van bekendheid sprake moet zijn in het gehele Beneluxgebied dan wel slechts in een gedeelte ervan.

Het Hof merkt op dat het begrip 'bekend merk' de eerste is van de twee in art. 5, lid 2, van de merken richtlijn (89/104/EEG) genoemde voorwaarden waaraan een ingeschreven merk moet voldoen om in aanmerking te komen voor de verruimde bescherming ten opzichte van waren of diensten die niet soortgelijk zijn.

In de Duitse, de Nederlandse en de Zweedse versie van de richtlijn worden woorden gebruikt die betekenen dat het merk 'bekend' moet zijn, zonder nadere precisering van de vereiste mate van bekendheid, terwijl in de andere taalversies de term 'reputatie' wordt gebruikt dan wel een uitdrukking die, evenals laatstgenoemde term, in kwantitatief opzicht een zekere mate van bekendheid bij het publiek impliceert.

Het Hof overweegt dat deze nuance, die geen echte tegenspraak in zich bergt en die een uitvoeisel is van het meer neutrale karakter van de in de Duitse, de Nederlandse en de Zweedse versie gebezigde termen, echter niet betekent, dat er geen minimum aan bekendheid vereist zou zijn. Dit blijkt, wanneer men, met het oog op een eenvormige uitlegging van het gemeenschapsrecht, alle taalversies van de richtlijn met elkaar vergelekt.

Dat er sprake moet zijn van enige mate van bekendheid, vloeit eveneens voort uit de systematiek en het doel van de richtlijn. Aangezien art. 5, lid 2 een ingeschreven merk bescherming biedt ten opzichte van waren of diensten die niet soortgelijk zijn, onderstelt de eerste voorwaarde een zekere mate van bekendheid van het oudere merk bij het publiek. Immers, enkel wanneer er sprake is van een voldoende mate van bekendheid van dat merk, kan door het publiek dat met het jongere merk in aanraking komt, eventueel een verband worden gelegd tussen de twee merken, ook bij waren of diensten die niet soortgelijk zijn, en kan daardoor afbreuk worden gedaan aan het oudere merk.

Voorts overweegt het Hof dat het publiek waarbij het oudere merk bekendheid moet hebben verworven, het publiek is waarop dat merk is gericht, dat wil zeggen – naar gelang van de aangeboden waar of dienst – het grote publiek dan wel een meer specifiek publiek, bijvoorbeeld een bepaalde beroepsgroep. De letter noch de geest van art. 5, lid 2, van de richtlijn bieden een aanknopingspunt voor het vereiste, dat het merk bekend moet zijn bij een bepaald percentage van dit publiek.

Volgens het Hof kan de vereiste mate van bekendheid worden geacht te zijn bereikt, wanneer het oudere merk bekend is bij een aanmerkelijk deel van het publiek waarvoor de onder dat merk aangeboden waren of diensten bestemd zijn. Bij het onderzoek van deze voorwaarde dient de nationale rechter alle relevante omstandigheden van het geval in aanmerking te nemen, zoals, met name, het marktaandeel van het merk, de intensiteit, de geografische omvang en de duur van het gebruik ervan, en de omvang van de door de onderneming verrichte investeringen om het bekendheid te geven.

Wat het territoriale aspect betreft, is – volgens het Hof – aan deze voorwaarde voldaan wanneer het merk, overeenkomstig de bewoordingen van art. 5, lid 2, van de richtlijn, bekend is 'in de lidstaat'. Nu in de gemeenschapsbepaling een precisering in die zin ontbreekt, kan niet worden verlangd, dat het merk bekend is op het 'gehele' grondgebied van de lidstaat. Het is voldoende, dat het bekend is in een aanmerkelijk gedeelte ervan.

Ten aanzien van bij het Benelux-Merkenbureau ingeschreven merken moet het Beneluxgebied worden gelijkgesteld met het grondgebied van een lidstaat, aangezien art. 1 van de richtlijn die merken gelijkstelt met in een lidstaat ingeschreven merken. Art. 5, lid 2, moet derhalve aldus worden gelezen, dat bekendheid is verworven 'in' het Beneluxgebied. Om dezelfde redenen als met betrekking tot de voorwaarde, dat het merk bekend is in een lidstaat, kan voor een Beneluxmerk dus niet

worden verlangd, dat het in het gehele Beneluxgebied bekend is. Het is voldoende, dat het merk bekend is in een aanmerkelijk gedeelte van dat gebied, hetgeen in voorkomend geval een gedeelte van één van de Beneluxlanden kan zijn.

Wanneer de nationale rechter aan het einde van zijn onderzoek tot de slotsom komt, dat zowel ten aanzien van het publiek als ten aanzien van het grondgebied aan de bekendheidsvoorwaarde is voldaan, zal hij de tweede voorwaarde van art. 5, lid 2, van de richtlijn moeten onderzoeken, te weten dat er zonder geldige reden afbreuk wordt gedaan aan het oudere merk. Dienaangaande geldt: hoe groter het onderscheidend vermogen en de bekendheid van het merk zijn, des te gemakkelijker zal de afbreuk kunnen worden vastgesteld.

Art. 5, lid 2, van de richtlijn moet volgens het Hof dus op zo een manier worden uitgelegd, dat een ingeschreven merk slechts in aanmerking komt voor de verruimde bescherming ten opzichte van waren of diensten die niet soortgelijk zijn, wanneer het bekend is bij een aanmerkelijk deel van het publiek waarvoor de onder dat merk aangeboden waren of diensten bestemd zijn. Voorts is het in het Beneluxgebied voldoende, dat het merk bekend is bij een aanmerkelijk deel van het desbetreffende publiek in een aanmerkelijk gedeelte van dat gebied, hetgeen in voorkomend geval een gedeelte van één van de Beneluxlanden kan zijn.

■ Hoge Raad (civiele kamer)

Deze rubriek wordt verzorgd door mr. C.L. de Vries Lentsch-Kostense, A-G bij de Hoge Raad en redacteur RvdW en NJ alsmede door mrs. V. van den Brink, mw. mr. M.I.W.E. Hillens-Muns, W.J. Noordhuizen, mw. R.E.M. Schimmel, mw. M.P.J. Ruijpers, leden van het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad (civiele zaken) en medewerkers van de RvdW en de NJ. De hieronder opgenomen uitspraken, resp. de met een C aangeduide conclusies bij die zaken zijn onder het zelfde nummer gepubliceerd in afl. 28 Rechtspraak van de Week 1999, resp. Conclusies Rechtspraak van de Week 1999.

Nr. 127C

24 september 1999, nr. C97/330 HR (16 851) (Mrs. Mijnsen, Korthals Altes, Neleman, Heemskerk, De Savornin Lohman; A-G Strikwerda)

EEX. Bevoegdheid Nederlandse rechter; jurisdictie-clausule art. 17 EEX; vormvereisten; gebondenheid rechtsopvolgers; temporele toepassingsgebied bevoegdheidsbepaling EEX. Grenzen rechtsstrijd.

De op de voet van art. 17 lid 1 EEX door partijen aangewezen rechter is bij uitstek bevoegd. De rechtsopvolgers van de partijen bij de overeenkomst zijn gebonden aan een in die overeenkomst voorkomend forumkeuzebeding. De vormvereisten van art. 17 hebben tot doel te waarborgen dat de wilsovereenstemming tussen (oorspronkelijke) partijen over de forumkeuze vaststaat. Ten aanzien van het temporele toepassingsgebied van de bevoegdheidsbepalingen van het EEX is beslissend de dag waarop de rechtsovereenkomst wordt ingesteld. Geen overschrijding grenzen rechtsstrijd doordat Hof zich in bevoegdheidsincident heeft ingelaten met de vraag welk recht op de overeenkomst van toepassing was aangezien beantwoording deze vraag noodzakelijk was om te kunnen beoordelen of de Nederlandse rechter bevoegdheid kon ontlenen aan art. 5 lid 1 EEX.

Technisch Handelsbureau C. van Maanen B.V., te Tiel, eiseres tot cassatie, voorwaardelijk incidenteel verweerster, adv. mr. E. van Staden ten Brink, tegen de rechtspersoon naar Italiaans recht *Coorle* S.p.A., te Marano, Vicentino, Italië, verweerster in cassatie, voorwaardelijk incidenteel eiseres, adv. mr. E. Grabandt.

(EEX art. 5, 6, 17, 21, 54; het eerste EEX-Toetredingsverdrag van 9 oktober 1978, *Trb.* 1978, 175, art. 32 t/m 34; het tweede EEX-Toetredingsverdrag van 25 oktober 1982, *Trb.* 1983, 24, art. 12; het derde EEX-Toetredingsverdrag van 26 mei 1989, *Trb.* 1989, 142, art. 29; BW 3:303; Rv art. 176)

Feiten en procesverloop, voor zover in cassatie nog van belang

Van Maanen stelt vordering terzake een distributie-overeenkomst in tegen de in Italië gevestigde firma *Coorle* voor de Rb. te 's-Hertogenbosch tot veroordeling van laatstgenoemde firma tot betaling van een bedrag van f 398 913,83, vermeerderd met de wettelijke rente. *Coorle* heeft zich op onbevoegdheid van de rechtbank beroepen en daartoe o.m. aangevoerd dat deze schriftelijke distributie-overeenkomst, gesloten tussen de rechtsvoorgangers van partijen, een forumkeuze bevat waarbij de rechter te Vicenza, Italië, als bevoegd wordt aangewezen, zodat ingevolge art. 17 EEX deze rechter bij uitsluiting bevoegd is. Subsidiair heeft *Coorle* zich beroepen op art. 2 EEX, meer subsidiair op art. 21 EEX in verband met een eerder door *Coorle* tegen Van Maanen bij de rechter te Vicenza aanhangig gemaakte procedure. Genoemde akte van 23 oktober 1969 is alleen door A. *Coorle* ondertekend en niet door of namens de andere partij. *Coorle* heeft ook een Italiaanse versie van die akte in het geding gebracht, die door geen van de daarin vermelde partijen is ondertekend. Van Maanen heeft ontkend dat de akte een schriftelijke overeenkomst zou zijn en dat de rechtsverhouding tussen de huidige partijen Van Maanen en *Coorle* zou worden beheerst door die akte. Volgens Van Maanen wordt die rechtsverhouding beheerst door de wijze waarop deze partijen gedurende de afgelopen decennia feitelijk met elkaar handel hebben gedreven, waarbij Van Maanen een exclusief recht had als alleenverkoper van de producten van *Coorle* voor Nederland en later ook België.

De rechtbank heeft het beroep van *Coorle* op onbevoegdheid verworpen, omdat naar haar oordeel van een schriftelijk overeengekomen forumkeuze ex art. 17 EEX in rechte niet is gebleken, heeft zich op grond van art. 6 lid 1 EEX bevoegd geacht en heeft het beroep op art. 21 EEX van de hand gewezen. Na hoger beroep door *Coorle* heeft het Hof te 's-Hertogenbosch het vonnis van de rechtbank vernietigd en zich onbevoegd verklaard op grond van het bestaan van een overeenkomst als bedoeld in art. 17 lid 1 EEX. Tegen het arrest van dit hof heeft Van Maanen in de procedure tegen *Coorle* beroep in cassatie ingesteld. *Coorle* heeft voorwaardelijk incidenteel beroep in cassatie ingesteld.

Hoge Raad:

Beoordeling van het principaal beroep

Van Maanen betoogt allereerst dat het hof heeft miskend dat de rechtbank haar bevoegdheid heeft aangenomen op grond van twee overwegingen, te weten r.o. 3.1, inhoudende dat van een forumkeuze geen sprake is, en r.o. 3.2, inhoudende dat *Coorle* ingevolge art. 6 lid 1 EEX voor deze recht-

bank kan worden opgeroepen. Nu *Coorle* geen grief heeft gericht tegen r.o. 3.2, had het hof het vonnis van de rechtbank moeten bekrachtigen. Ook indien het beroep van *Coorle* op art. 17 EEX zou worden gehonoreerd, zou de op art. 6 lid 1 EEX gebaseerde bevoegdheid van de Nederlandse rechter blijven bestaan en voorrang verdienen boven toepassing van art. 17 EEX, aldus Van Maanen.

Dit betoog berust volgens de Hoge Raad op een onjuiste rechtsopvatting. Het miskent dat de op de voet van art. 17 lid 1 EEX door partijen aangewezene rechter bij uitsluiting bevoegd is, hetgeen meebrengt dat art. 6 lid 1 EEX niet kan worden ingeroepen tegen een verweerder die zich met succes heeft beroepen op een forumkeuze-overeenkomst als bedoeld in art. 17 lid 1, waarin een andere rechter als bevoegd is aangewezen dan uit art. 6 lid 1 zou volgen. De rechtbank heeft het beroep op forumkeuze verworpen en daardoor de weg vrijgemaakt voor toepassing van art. 6 lid 1. Het hof heeft daarentegen het beroep op forumkeuze aanvaard en daarmee de mogelijkheid van toepassing van art. 6 lid 1 afgesneden. Het hof heeft kennelijk en niet onbegrijpelijk aangenomen dat dit ook de strekking van appelgrief I was en dat gegrondbevinding van deze grief meebracht dat het op art. 6 lid 1 steunend bevoegdheidsoordeel van de rechtbank was vervallen.

Voorts voert Van Maanen aan dat het hof blijf heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door ervan uit te gaan dat een forumkeuze als bedoeld in art. 17 EEX zijn werking ook behoudt tussen rechtsopvolgers, althans tussen rechtsopvolgers als waarvan in dit geval sprake is. De Hoge Raad overweegt Van Maanen hierin niet. De Hoge Raad overweegt daartoe dat het hof ervan is uitgegaan dat de onderhavige procespartijen de rechtsopvolgers zijn van de partijen bij de overeenkomst van 23 oktober 1969 en zijn getreden in de rechten en verplichtingen, voortvloeiend uit die overeenkomst. De Hoge Raad onderschrijft het oordeel van het hof dat in een zodanig geval ook de rechtsopvolgers gebonden zijn aan een in de overeenkomst voorkomend forumkeuzebeding, ongeacht of zij met de forumkeuze hebben ingestemd.

Van Maanen klaagt nog dat de aanwijzing van de rechter te Vicenza in de akte van 23 oktober 1969 geen beding is dat voldoet aan de in art. 17 lid 1 EEX gestelde eisen. Volgens Van Maanen is het andersluidende oordeel van het hof rechtens onjuist, althans had het nader moeten worden gemotiveerd. Deze klacht van Van Maanen treft doel. De Hoge Raad: Het hof heeft dit oordeel gebaseerd op zijn vaststelling dat de akte van 23 oktober 1969 slechts is ondertekend door (de rechtsvoorganger van) *Coorle* en dat Van Maanen deze akte heeft ontvangen, hetgeen blijkt uit het feit dat Van Maanen in een procedure tegen een derde daarop een beroep heeft gedaan en in 1994 aan *Coorle* toezending van de Italiaanse versie daarvan heeft verzocht. Het Hof heeft blijkens zijn r.o. 4.5 daarbij mede gelet op de beslissing in r.o. 15 van het arrest van HvJEG 11 juli 1985, zaak 221/84 (*Berghefer/ASA*), *Jurispr.* 1985, p. 2699, *NJ* 1986, 602. Gelet op dit een en ander moet 's hofs oordeel aldus worden verstaan dat het onderhavige beding moet worden beschouwd als 'een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst' en daarom voldoet aan het aldus in art. 17 lid 1 onder a EEX geformuleerde tweede vormvereiste.

Het HvJEG heeft in het aangehaalde arrest evenals in HvJEG 20 februari 1997, zaak C-106/95 (*MSG/GR*), *Jurispr.* 1997, p. I-911, *NJ* 1998, 565,

geoordeeld dat de vormvereisten van art. 17 tot doel hebben te waarborgen dat de wilsovereenstemming tussen partijen over de forumkeuze inderdaad vaststaat. Ten aanzien van het hier aan de orde zijnde vormvereiste heeft het in eerstgenoemd arrest geëist dat daadwerkelijk vaststaat dat de aanwijzing van een bevoegde rechter bij een uitdrukkelijk daarop betrekking hebbende mondelinge overeenkomst is geregeld en dat de van een van de partijen afkomstige bevestiging van de overeenkomst is ontvangen door de andere partij en deze laatste niet te gelegener tijd enig bezwaar heeft kenbaar gemaakt.

Uit de door het hof in r.o. 4.4 vastgestelde feiten blijkt niet dat de in de akte van 23 oktober 1969 vermelde forumkeuze berust op een uitdrukkelijk daarop betrekking hebbende mondelinge overeenkomst van de oorspronkelijke partijen en rechtsvoorgangers van de procespartijen *Coorle* en Van Maanen in deze zaak. Het hof heeft derhalve hetzij blijf gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, het zij zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd.

Voorzover Van Maanen klaagt dat het hof ten onrechte het thans geldende lid 1 van art. 17 van toepassing heeft geacht, faalt deze klacht, omdat dit oordeel juist is. De Hoge Raad verwijst hier kortheidshalve naar hetgeen de A-G terzake heeft opgemerkt. In zijn conclusie wees de A-G erop dat uit art. 54 EEX, in samenhang met de daarop georiënteerde overgangsrechtelijke bepalingen van de verschillende EEX-Toetredingsverdragen (art. 32 t/m 34 van het Eerste Toetredingsverdrag van 9 oktober 1978, *Trb.* 1978, 175; art. 12 van het tweede Toetredingsverdrag van 25 oktober 1982; *Trb.* 1983, 24; art. 29 van het derde Toetredingsverdrag van 26 mei 1989, *Trb.* 1989, 142) volgt dat ten aanzien van het temporele toepassingsgebied van de bevoegdheidsbepalingen van het EEX beslissend is de dag waarop de rechtsvordering wordt ingesteld. De vraag naar de geldigheid (processuele werking) van een forumkeuze dient derhalve te worden beoordeeld naar de regeling zoals deze geldt op het moment waarop de rechtsvordering wordt ingesteld. Nu de inleidende dagvaarding tegen *Coorle* is uitgebracht op 20 juni 1995, is de huidige versie van art. 17 EEX (d.w.z. art. 17, zoals dit luidt na de inwerkingtreding – op 1 februari 1991 voor Nederland en op 1 mei 1992 voor Italië – van het derde Toetredingsverdrag) bepalend.

Beoordeling van het (voorwaardelijk) incidenteel beroep

De Hoge Raad komt ook aan beoordeling van het voorwaardelijk incidenteel beroep toe, nu de voorwaarde waaronder dit is ingesteld, is vervuld. De Hoge Raad overweegt in dit verband allereerst dat *Coorle*'s eerste klacht bij gebrek aan belang niet tot cassatie kan leiden. Het hof heeft grief I van *Coorle* gegrond bevonden en zich onbevoegd verklaard, hetgeen meebracht dat het hof zich niet meer behoefde uit te laten over grief II waarin *Coorle* de afwijzing van haar beroep op art. 21 EEX bestreed. Indien na verwijzing grief I ongegrond zou worden bevonden, dient grief II alsnog te worden onderzocht. Het oordeel van het hof dat zonder forumkeuze de Nederlandse rechter bevoegd is op grond van art. 5 lid 1 EEX, staat daaraan niet in de weg.

Voorzover *Coorle* betoogt dat het hof door in dit bevoegdheidsincident een oordeel te geven omtrent het toepasselijke recht buiten de grenzen van het debat tussen partijen is getreden, en dat het hof ten onrechte zijn oordeel omtrent het toepasselijke recht (mede) van belang heeft geacht bij be-

antwoording van de vraag of de Nederlandse rechter bevoegd is, gaat dit betoog volgens de Hoge Raad uit van een onjuiste rechtsopvatting en is het daarom ongegrond. De Hoge Raad geeft aan dat Caorle miskent dat 's hofs overwegingen betreffende de vraag naar het op de overeenkomst toepasselijke recht slechts dienen om te onderzoeken of de Nederlandse rechter bevoegdheid kan ontleen aan art. 5 lid 1 EEX. Deze bepaling voorziet in een bijzondere bevoegdheid van de rechter van de plaats waar de verbintenis uit overeenkomst, die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd. Nu in deze bepaling de plaats van uitvoering van de verbintenis de grond voor de bevoegdheid van de rechter vormt, moet de rechter die plaats van uitvoering vaststellen aan de hand van het materiële recht dat volgens de regels van het internationaal privaatrecht van de aangezochte rechter op de overeenkomst van toepassing is (HvJEG 6 oktober 1976, zaak 12/76 (Tessili/Dunlop), *Jurispr.* 1976, p. 1473, *NJ* 1977, 169). In een geval als dit is voorafgaande beantwoording van de vraag van het op de overeenkomst toepasselijke recht noodzakelijk om de vraag of de Nederlandse rechter bevoegd is te kunnen beantwoorden, aldus de Hoge Raad.

Volgt in het principaal beroep vernietiging en verwijzing en in het incidentele beroep verwerping, een en ander conform de conclusie van de A-G.

Nr. 128C

24 september 1999, nr. C97/331HR
(Mrs. Martens, Korthals Altes, Neleman, Heemskerk, De Savornin Lohman; A-G De Vries Lentsch-Kostense)

Uitleg 's Hofs dictum in het licht van de daaraan voorafgaande rechtsoverweging. Ingevolge art. 5:73 lid 2 BW staat niet iedere vermindering van genot van het heersend erf, hoe gering ook, aan verlegging erfdienstbaarheid in de weg, doch slechts een zodanige vermindering dat in redelijkheid moet worden geoordeeld dat sprake is van een vermindering van het genot die aan een verlegging in de weg staat.

(BW art. 5:73)

Hendrik Jan Ledeboer, te Enschede, eiser tot cassatie, adv. mr. R.V. Kist, tegen
Theodorus Christiaan Wouter Oudemans, te Enschede, verweerder in cassatie, adv. mr. R.S. Meijer.

Inleiding

Bij akte van 3 juli 1978 is een erfdienstbaarheid van weg gevestigd ten nutte van een thans aan Ledeboer toebehorend perceel en ten laste van twee thans aan Oudemans toebehorende percelen. Op eerstgenoemd perceel ligt het woonhuis van Ledeboer, op één van de laatstgenoemde percelen dat van Oudemans. De erfdienstbaarheid is in de akte van vestiging als volgt omschreven: 'Bij deze worden gevestigd erfdienstbaarheden van weg en wel: a. ten behoeve van het bij deze verkochte en ten laste van de aan verkoper toebehorende delen van de kadastrale percelen gemeente Lonneker, sectie E nummers 61, 2969 en 3571, zulks om op de bestaande wijze te komen en te gaan naar de Stokhorstlaan te Enschede.' Oudemans heeft bij brief van 11 augustus 1992 aan Ledeboer voorgesteld om deze erfdienstbaarheid te verleggen door vanaf de inrit bij de Stok-

horstlaan een nieuwe toegangsweg aan te leggen, ten zuiden van de bestaande en lopende langs de ter plaatse aanwezige bosrand. Op een in 's Hofs arrest opgenomen kaartje is deze weg aangeduid met de letters PQXRS (waarbij S is het woonhuis van Ledeboer). Ledeboer was niet bereid dit voorstel te aanvaarden. Oudemans heeft deze nieuwe toegangsweg, door hem aangeduid als alternatief B, in 1992 voor eigen rekening laten aanleggen. In augustus 1993 heeft Oudemans Ledeboer op verkorte termijn gedagvaard en gevorderd Ledeboer te veroordelen om mee te werken aan het maken van een nieuwe akte van erfdienstbaarheid, waarin de voorgestelde nieuwe toegangsweg zou worden vastgelegd, en om die akte te ondertekenen, alsmede hem te verbieden nog langer van de oude toegangsweg gebruik te maken. Oudemans stelde dat de oude toegangsweg bochtig en gevaarlijk was en hinder opleverde, doordat zij zeer dicht langs zijn woonhuis liep. Ledeboer heeft de vorderingen bestreden op de grond dat de voorgestelde nieuwe toegangsweg aanmerkelijk langer was dan de oude, zodat niet was voldaan aan de in art. 5:73 lid 2 BW voor verplaatsing van een erfdienstbaarheid gestelde eis dat deze mogelijk is zonder vermindering van het genot van de eigenaar van het heersende erf.

De rechtbank heeft dit verweer gegrond bevonden en de vorderingen van Oudemans afgewezen. In hoger beroep heeft Oudemans zijn eis gewijzigd in dier voege dat hij een verklaring voor recht vordert dat hij gerechtigd is tot verlegging van de erfdienstbaarheid.

Voorts heeft hij gesteld dat er een derde mogelijkheid bestaat voor Ledeboer om zijn woonhuis te bereiken, waarin de toegangsweg, door hem aangeduid als alternatief C, belangrijk korter is dan die van alternatief B welke onderwerp was van de procedure in eerste aanleg. Oudemans heeft in verband hiermee zijn eis gewijzigd in dier voege dat hij subsidiair een verklaring voor recht vordert dat Ledeboer gehouden is zijn recht uit te oefenen over deze door hem als alternatief C aangeduide weg.

Ledeboer heeft ook tegen dit alternatief C bezwaar gemaakt en aangevoerd dat in dit alternatief een 'haarspeldbocht' ligt, waardoor zijn huis voor grotere voertuigen, zoals vrachtauto's niet of zeer moeilijk bereikbaar is. Daarop heeft Oudemans bij een comparitie van partijen zich bereid verklaard om de alternatieve toegangsweg C aldus te verleggen dat de toerit naar het huis van Ledeboer wordt vergemakkelijkt; deze aanpassing van alternatief C is in de processtukken aangeduid als 'fase 5'. Ledeboer heeft erkend dat in deze variant het bezwaar van de 'haarspeldbocht' vervalt, maar voerde aan dat zowel in deze variant als in alternatief C de route ongeveer 20 meter langer is, terwijl hij voorts heeft betoogd dat Oudemans geen vergunning van de gemeente Enschede zou kunnen krijgen voor de aanleg van de variant 'fase 5'. Het Hof heeft in zijn eindarrest met betrekking tot dit betoog als volgt overwogen:

'In de eerste plaats berust dit standpunt op een veronderstelling. Geenszins is zeker dat voor de geringe uitbreiding van de aftakking bij V tot de verbinding met de bestaande weg bij W geen vergunning zal worden verleend, zo die al vereist mocht zijn.' Vervolgens heeft het Hof overwogen dat, mocht deze vergunning geweigerd worden en fase 5 inderdaad niet tot uitvoering kunnen komen, alternatief C met de 'haarspeldbocht' een toereikend alternatief voor de bestaande weg oplevert, omdat vrachtauto's en andere grotere voertuigen zonder bezwaar gebruik kunnen maken van alternatief B.

Het bezwaar van Ledeboer dat de nieuwe toegangsweg ongeveer 20 meter langer is dan de bestaande toegangsweg, heeft het Hof verworpen op de grond dat op een totale lengte van 345 meter een toename van 20 meter in redelijkheid niet kan worden aangemerkt als een zodanige vermindering van het genot van het heersende erf dat deze aan verlegging in de weg staat. Ook de overige bezwaren van Ledeboer, die in cassatie niet meer van belang zijn, heeft het Hof verworpen. In het dictum van zijn eindarrest heeft het Hof met vernietiging van het vonnis van de rechtbank voor recht verklaard dat Oudemans voor de uitoefening van de erfdienstbaarheid mag aanwijzen de weg die op de in 's hofs arrest opgenomen kaart is aangeduid met de letters OPQVWRS (alternatief C met de variant 'fase 5'), en ook, ten behoeve van verkeer met grotere voertuigen dan personenauto's – naar keuze van de eigenaar van het heersende erf – de weg van O via P en Q en X naar S (alternatief B). Het Hof heeft Ledeboer veroordeeld om mee te werken aan het opmaken en het ondertekenen van een nieuwe akte waarin de nieuwe loop van de weg is neergelegd, en hem verboden om, nadat het arrest onherroepelijk zal zijn geworden, gebruik te maken van de oude weg.

Hoge Raad

Ledeboer betoogt in cassatie in de eerste plaats dat het Hof ten onrechte heeft geoordeeld dat zijn standpunt dat Oudemans geen vergunning zal krijgen voor de aanleg van de variant 'fase 5', op een veronderstelling berust en geenszins zeker is dat daarvoor geen vergunning zal worden verleend, zo deze al vereist mocht zijn. Het Hof had moeten onderzoeken of voor deze aanleg een vergunning vereist is en verleend zal worden alvorens te oordelen dat verplaatsing van de weg overeenkomstig de variant 'fase 5' mogelijk is. De Hoge Raad oordeelt dat deze klacht belang mist. Het Hof heeft niet miskend dat van verplaatsing van een erfdienstbaarheid van weg slechts sprake kan zijn, indien de nieuwe weg kan worden aangelegd en ook wordt aangelegd. Het heeft immers overwogen dat, mocht de vergunning geweigerd worden en fase 5 inderdaad niet tot uitvoering kunnen komen, alternatief C met de 'haarspeldbocht' een toereikend alternatief voor de bestaande weg oplevert, omdat vrachtauto's en andere grotere voertuigen zonder bezwaar gebruik kunnen maken van alternatief B. In dit licht moet 's hofs dictum aldus worden begrepen dat Oudemans voor de uitoefening van de erfdienstbaarheid slechts dan alternatief C met de variant 'fase 5' mag aanwijzen, indien die variant kan worden uitgevoerd.

Ledeboer betoogt voorts dat het Hof ten onrechte heeft geoordeeld dat het alternatief C (met de 'haarspeldbocht') een toereikend alternatief voor de thans bestaande weg oplevert, en voert daartoe aan dat in dat alternatief vrachtauto's en andere grotere voertuigen het woonhuis van Ledeboer niet via die weg kunnen bereiken, maar gebruik moeten maken van alternatief B, hetgeen een vermindering van genot als bedoeld in art. 5:73 BW oplevert. Deze klacht kan niet tot cassatie leiden. Het Hof is kennelijk en niet onbegrijpelijk ervan uitgegaan dat de omstandigheid dat vrachtauto's en andere grotere voertuigen geen gebruik kunnen maken van alternatief C met de 'haarspeldbocht' en derhalve op het – langere – alternatief B aangewezen zijn, niet van zodanige betekenis is, dat in redelijkheid moet worden geoordeeld dat sprake is van een vermindering van het genot van het heersende erf, die in de weg staat aan verlegging van de erfdienstbaarheid. Dit oordeel geeft

niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kan voor het overige, als verweven met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet op zijn juistheid worden getoetst, aldus de Hoge Raad. Ledeboer richt zich ten slotte tegen 's hofs oordeel dat op een totale lengte van de weg van 345 meter een toename van 20 meter in redelijkheid niet kan worden aangemerkt als een zodanige vermindering van het genot van het heersende erf dat deze aan verlegging in de weg staat. De Hoge Raad onderstreept dat Ledeboer terecht niet aanvoert dat ingevolge art. 5:73 lid 2 BW iedere vermindering van het genot, hoe gering ook, aan verplaatsing van de erfdienstbaarheid in de weg staat. Wel beoogt Ledeboer dat in redelijkheid wel sprake is van een vermindering van het genot, wanneer de voorgestelde weg 20 meter langer is, althans dat 's hofs beslissing niet voldoende gemotiveerd is, 's hofs beslissing geeft echter naar het oordeel van de Hoge Raad niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl zij voor het overige, als verweven met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet op haar juistheid kan worden getoetst. Zij behoefde ook geen nadere motivering.

Volgt verwerping van het beroep cfm. de conclusie van de A-G.

Nr. 129C

24 september 1999, nr. C98/016HR
(Mrs. Mijnsen, Herrmann, Van der Putt-Lauwers, Fleers, De Savornin Lohman; A-G De Vries Lentsch-Kostense)

Erfdienstbaarheid van weg; voortdurend?

Op de regel dat een erfdienstbaarheid van weg of overpad naar oud recht niet voortdurend is in de zin van art. 744 en 747 (oud) BW omdat zij slechts door menselijk handelen kan worden uitgeoefend, kan een uitzondering worden aanvaard in een geval dat veeleer wordt gekenmerkt door het moeten dulden van de permanente aanwezigheid van deuren die op het lijdend erf uitkomen dan door de omstandigheden dat het feitelijk gebruik van beide deuren noodzakelijk met het betreden van het lijdend erf gepaard ging.

(BW (oud) art. 744, 747; Rv art. 420, 422)

Franciscus Jacobus Maria Damen, Margaretha Velders, beiden te Nijmegen, eisers tot cassatie, adv. mr. F.M. Wachter, tegen
Gerardus Johannes Giesbers, te Nijmegen, verweerder in cassatie, adv. mr. P.J.L.J. Duijsens.

Inleiding

In de gemeente Nijmegen bevinden zich twee percelen gelegen aan de Sint Jacobslaan nr. 49 en 51. Op elk van beide percelen is een huis gebouwd. Het huis op nr. 51 wordt bewoond door Damen c.s., het huis op nr. 49 door Giesbers. Deze huizen grenzen aan de voorzijde onmiddellijk aan de straat. Achter deze huizen bevindt zich telkens een tuin. Langs één kant van perceel Sint Jacobslaan 49 loopt een weg. Aan de andere kant grenst dit perceel onmiddellijk aan het perceel op nr. 51. De beide hiervoor genoemde percelen hebben vroeger één geheel gevormd, dat bij notariële akte van 5 december 1923 is verkocht. Deze akte is op 12 december 1923 overgeschreven in de daartoe bestemde openbare registers. Bij deze akte is ten behoeve van het gehele toen verkochte en overgedragen perceel een erfdienstbaarheid van weg gevestigd met betrekking tot de hiervoor bedoelde

weg die thans loopt langs het perceel op nr. 49. Het gehele, nog ongesplitste, perceel is in 1928 verkregen door Th. Hutting. In dat jaar zijn op het perceel de twee woonhuizen gebouwd. Th. Hutting is gaan wonen in het huis aan de Sint Jacobslaan 49. Het huis Sint Jacobslaan 51 is door Hutting verhuurd aan E. Lieskamp. Na het overlijden van Th. Hutting in 1957 hebben zijn erfgenamen de woning Sint Jacobslaan 51 met de achterliggende grond verkocht aan Lieskamp. Het hele, aanvankelijk aan Hutting toebehorende, perceel is bij notariële akte van 15 januari 1958 gesplitst in de twee hierboven genoemde percelen. In de akte, die was bestemd tot levering van perceel Sint Jacobslaan 51 aan Lieskamp, is de in de akte van 5 december 1923 voorkomende passage opgenomen, die betrekking had op de vestiging van de erfdienstbaarheid. Damen c.s. hebben het woonhuis Sint Jacobslaan 51 met de daarbij behorende grond blijkens notariële akte van eigendomsoverdracht van 17 december 1985 van Lieskamp gekocht. Deze akte is op laatstgenoemde datum overgeschreven in de openbare registers. In die akte is wederom de op vestiging van de erfdienstbaarheid betreffende hebbende passage, voorkomend in de akte van 5 december 1923, overgenomen. Uit een akte wijziging tenaamstelling van 18 september 1991 blijkt dat het huis Sint Jacobslaan 49 met de daarbij behorende grond krachtens een ouderlijke boedelverdeling is toebedeeld aan Giesbers. Over de achterzijde van het erf van Giesbers loopt over de breedte van de tuin een pad tussen de tuin van Damen c.s. en de weg waarop in 1923 de hiervoor genoemde erfdienstbaarheid is gevestigd. Ter hoogte van het pad is op de grens tussen beide erven een poort geplaatst. Het pad is (in ieder geval) gedeeltelijk van de tuin van Giesbers afgesloten (geweest) door een betonnen fundering met een hekwerk en een haag. Giesbers heeft het gedeelte van zijn erf waar het pad ligt afgesloten met een hekwerk, zodat Damen c.s. niet vanuit hun tuin genoemd pad kunnen betreden en niet via dat pad de weg, die loopt langs het erf van Giesbers, kunnen bereiken. In dit geding hebben Damen c.s. gevorderd, samengevat weergegeven, dat voor recht zal worden verklaard dat ten behoeve van perceel Sint Jacobslaan 51 door bestemming of verjaring een erfdienstbaarheid is ontstaan om te komen en te gaan over het in de achtertuin van perceel 49 gelegen pad, naar de weg die is gelegen naast het perceel Sint Jacobslaan 49. Damen c.s. vorderen voorts dat Giesbers zal worden bevolen het pad te herstellen en Damen c.s. doorgang te verlenen. De rechtbank heeft kennelijk tot uitgangspunt genomen dat de vraag of de door Damen c.s. gestelde erfdienstbaarheid is ontstaan, moet worden beoordeeld naar het vóór 1 januari 1992 geldende recht. Dit oordeel is juist; het is in hoger beroep dan ook niet bestreden. In haar tussenvonnis heeft de rechtbank geoordeeld, samengevat weergegeven, dat de splitsing van het perceel in 1958 in beginsel tot gevolg had dat de toen bestaande erfdienstbaarheid ten behoeve van ieder perceel bleef bestaan, tenzij de rechthebbende van een der beide door splitsing ontstane percelen vanaf de splitsing in de onmogelijkheid verkeerde gebruik van de erfdienstbaarheid te maken. Daarvan uitgaande heeft de rechtbank Damen c.s. toegelaten tot het bewijs dat door de familie Lieskamp, vóór de eigendomsoverdracht in 1958, voortdurend gebruik is gemaakt van het pad achterin de tuin van het perceel Sint Jacobslaan 49. Bij haar eindvonnis heeft de rechtbank bewezen geoordeeld dat door de familie Lieskamp vóór de eigendomsoverdracht in 1958 voortdurend gebruik is

gemaakt van het pad achterin de tuin van Sint Jacobslaan 49. Voorts heeft de rechtbank in r.o. 5.3 van haar eindvonnis geoordeeld dat de erfdienstbaarheid, waarop Damen c.s. hun vordering gronden, een voortdurende is welke aldus – naar het vóór 1 januari 1992 geldende recht – door bestemming kon ontstaan. Op die grond heeft de rechtbank de vorderingen toegewezen. Het hof heeft de vorderingen van Damen c.s. echter als nog afgewezen. Daartoe heeft het hof, samengevat weergegeven en voorzover in cassatie van belang, geoordeeld dat een erfdienstbaarheid niet voortdurend kan zijn in de zin van art. 747 jo. 724 (oud) BW, indien voor de uitoefening ervan een menselijke handeling nodig is. Dit is naar 's hofs oordeel in geval van een erfdienstbaarheid van weg of overpad uit de aard der zaak altijd het geval, ook al is het gebruik nog zo frequent. Omdat de door Damen c.s. gestelde erfdienstbaarheid niet voortdurend is kan zij niet door bestemming zijn ontstaan. Damen komen tegen dat oordeel in cassatie op.

Hoge Raad

Allereerst voeren Damen c.s. aan dat het hof heeft miskend dat een erfdienstbaarheid van weg of overpad, ook al is voor de uitoefening daarvan een menselijke handeling nodig, toch 'voortdurend' kan zijn. Daarbij doen zij blijkens de toelichting een beroep op HR 27 september 1996, *NJ* 1997, 496. Verder richten zij zich met motiveringsklachten tegen 's hofs oordeel dat zich in het onderhavige geval niet een zodanige bijzondere situatie voordoet dat op grond daarvan moet worden aangenomen dat door bestemming een erfdienstbaarheid is ontstaan om over het pad achterin de tuin van Giesbers te gaan. Bij de beoordeling van het cassatiemiddel moet, zo stelt de Hoge Raad voorop, tot uitgangspunt worden genomen dat een erfdienstbaarheid van weg of overpad naar het vóór 1 januari 1992 geldende recht als regel niet voortdurend is in de zin van de art. 744 en 747 (oud) (BW), omdat zij slechts door menselijk handelen kan worden uitgeoefend. Zoals de Raad heeft aanvaard in zijn arrest 27 september 1996, nr. 15 984, *NJ* 1997, 496, kunnen de omstandigheden van het geval echter meebrengen dat een uitzondering op deze regel moet worden aangenomen. Dit heeft het hof miskend, zodat het middel in zoverre gegrond is. Niettemin kan het volgens de cassatierechter niet tot cassatie leiden. Het in genoemd arrest aan de orde zijnde geval werd veeleer gekenmerkt door het moeten dulden van de permanente aanwezigheid van deuren die op het lijdend erf uitkomen, dan door de omstandigheid dat het feitelijk gebruik van beide deuren noodzakelijk met het betreden van het lijdend erf gepaard ging. De in het cassatiemiddel weergegeven vaststaande feiten laten volgens de Hoge Raad evenwel geen andere gevolgtrekking toe dan dat zich in het onderhavige geval niet voordoet een bijzondere situatie als in genoemd arrest aan de orde was. Het hof heeft derhalve met juistheid geoordeeld dat de door Damen c.s. gestelde erfdienstbaarheid niet door bestemming kan zijn ontstaan.

Volgt verwerping van het beroep. De conclusie van de A-G strekte tot vernietiging en verwijzing.

Nr. 130C

24 september 1999, nr. C98/039HR
(Mrs. Roelvink, Herrmann, Van de Putt-Lauwers, Jansen, De Savornin Lohman; A-G Bakels)

Uitlating ter comparitie: bindende eindbeslissing? Rechtsverwerking; enkel stilzitten. Niet blij van een onjuiste rechtsopvatting geeft oordeel rechtbank dat kantonrechter tijdens comparitie niet een bindende eindbeslissing heeft gegeven maar slechts een voorlopig oordeel omtrent geschilpunten die partijen verdeeld hielden. Rechtbank heeft niet miskend dat enkel stilzitten onvoldoende is om rechtsverwerking aan te nemen.

(Rv art. 19a, art. 46, art. 177; BW art. 6:2)

Lucas Bleij, te Maarssen, eiser tot cassatie, adv. mr. J.F. Schultz van Haegen, tegen
Stegman Total Exhibition Services B.V., te Nieuwegein, verweerder in cassatie, adv. mr. A.G. Castermans.

Inleiding

Bleij is in 1991 of 1992 in dienst getreden van Stegman. Zijn bruto maandloon bedroeg laatste-lijk f 3950. Bij beschikking van de Kantonrechter te Utrecht van 14 juli 1995 is de arbeidsovereenkomst tussen partijen ontbonden per 30 juli 1995. Stellende dat hij in de jaren 1992 tot en met 1995 gedurende 1052 uren overwerk heeft verricht, heeft Bleij de onder 1 vermelde vordering tot betaling van achterstallig en opeisbaar loon over voormelde periode met nevenvorderingen ingesteld. Stegman heeft als verweer aangevoerd dat Bleij geen overuren heeft gemaakt, althans niet het opgegeven aantal. Zou Bleij wel het opgegeven aantal uren hebben overgewerkt, dan zijn die uren gecompenseerd met vrije tijd, aldus Stegman. Voor het geval dat sprake is geweest van niet gecompenseerd overwerk beroept Stegman zich voorts op schijn van afstand van recht, onderscheidenlijk rechtsverwerking. Tenslotte heeft Stegman aangevoerd dat tussen Bleij en hem (nader) is overeengekomen dat Bleij eventuele overuren niet gecompenseerd zou krijgen.

Bij tussenvonnis van 2 oktober 1996 heeft de kantonrechter een comparitie van partijen gelast. Deze heeft op 11 november 1996 plaatsgevonden. Van deze comparitie is geen procesverbaal opge- maakt. Wel heeft de griffier aantekeningen ge- maakt van hetgeen ter comparitie is verhandeld. Blijkens deze aantekeningen heeft de kantonrechter ter comparitie alle verweren van Stegman besproken. Op de laatste pagina van deze aanteken- ingen is onder meer vermeld – zakelijk weerge- geven – dat alleen het verweer ‘rest’ dat, indien Bleij het beweerde aantal uren heeft overgewerkt, die overuren gecompenseerd zijn met vrije tijd. Dienaangaande is aan het slot van die aantekenin- gen vermeld dat de kantonrechter heeft medege- deeld ‘Naar rol 4 weken pp uit! Niet eruit: bewijs aan Stegman.’ Kort na de comparitie is de kanton- rechter overleden. Bij tussenvonnis van 26 maart 1997 heeft de opvolgende kantonrechter het be- roep van Stegman op schijn van afstand van recht verworpen. Met betrekking tot het beroep van Stegman op rechtsverwerking heeft de kanton- rechter – samengevat – overwogen dat Stegman heeft aangevoerd dat Bleij op cruciale momenten – te weten de tijdstippen waarop hij maandelijks zijn salaris ontving, op welke tijdstippen hij had kunnen klagen over het uitblijven van overwerk- vergoedingen – heeft stilgezeten. De kantonrech- ter heeft vervolgens Bleij toegelaten tot het bewijs van zijn stellingen dat hij herhaaldelijk aan Steg- man (de heer M. Cliteur) heeft kenbaar gemaakt dat hij uitbetaling van overuren wenste, dat deze belofte dat de overuren te zijner tijd gecomp-

seerd zouden worden en dat deze tevens erop aandrong de overuren zoveel mogelijk te compen- sieren met vrije tijd. Tenslotte heeft de kantonrech- ter overwogen ‘Te zijner tijd zal, indien nodig, na- der worden ingegaan op de rest van het verweer van gedaagde.’

Bleij is van voormeld vonnis in hoger beroep ge- komen en heeft met zijn eerste grief de hem gege- ven bewijsopdracht bestreden. De rechtbank heeft de grief verworpen. Daartoe heeft zij overwogen: ‘4.3. (...) Ook naar het oordeel van de rechtbank is beslissend, of en zo ja, op welke tijdstippen, Bleij heeft geïntendeerd tegen het uitblijven van betaling van zijn overuren. Indien en voorzover een dergelijk – door Bleij ook gesteld – protest niet komt vast te staan, staat de omstandigheid dat hij in dat geval steeds genoeg heeft geno- men met uitbetaling van loon zonder overuren en niettemin zeer veel overuren is blijven maken naar redelijkheid en billijkheid in de weg aan het thans nog geldend kunnen maken van een aanspraak op uitbetaling van die overuren.

4.4. De kantonrechter heeft Bleij derhalve terecht met het bewijs belast van zijn stelling, dat en – naar de rechtbank begrijpt – op welke tijdstippen hij herhaaldelijk aan Stegman in de persoon van de heer M. Cliteur heeft kenbaar gemaakt dat hij uitbetaling van overuren wenste.

4.5. De omstandigheid dat de kantonrechter tij- dens de comparitie van partijen van 11 november 1996 aan partijen in het kader van schikkingson- derhandelingen een andere bewijslastverdeling heeft voorgesteld doet hieraan niet af. Aan een dergelijke – naar de rechtbank begrijpt voorlopige – bespreking van bewijsposities tijdens een com- paritie kan niet steeds het gerechtvaardigd ver- trouwen worden ontleend, dat in een te wijzen vonnis tot een zelfde bewijslastverdeling wordt gekomen.’

Vervolgens heeft de rechtbank, na te hebben over- wogen dat de tweede grief geen zelfstandige bete- kenis heeft, het vonnis van de kantonrechter be- krachtigd.

Hoge Raad

Het middel klaagt in de eerste plaats dat de recht- bank heeft miskend dat de door de kantonrechter bij de comparitie van partijen aan Stegman opge- legde, althans voorgedragen bewijsopdracht is aan te merken als een uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven eindbeslissing, waarvan de (opvolgende) kantonrechter in het verdere verloop van de procedure niet kon terugkomen door Bleij met bewijs te belasten. Het middel voegt daaraan toe dat Bleij aan de uitlatingen van de kantonrech- ter wel het gerechtvaardigde vertrouwen kon en mocht ontleen dat aan Stegman het ter compari- tie voorgedragen bewijs zou worden opgedragen. Deze klachten kunnen volgens de Hoge Raad niet tot cassatie leiden. Met r.o. 4.5 heeft de rechtbank tot uitdrukking gebracht dat naar haar oordeel de kantonrechter tijdens de comparitie van partijen voor het zich te dezen voordoende geval dat par- tijen niet tot overeenstemming zijn gekomen, niet een bindende eindbeslissing heeft gegeven, in- houdende dat Stegman moet bewijzen – kort ge- zegd – dat was overeengekomen dat overuren niet in geld zouden worden uitbetaald, maar slechts een voorlopig oordeel omtrent de geschilpunten die partijen verdeeld hielden, en dat Bleij derhalve aan de uitlatingen van de kantonrechter ter com- paritie niet het gerechtvaardigd vertrouwen heeft kunnen ontleen dat in een opvolgend vonnis aan Stegman voormeld bewijs zou worden opgedra- gen. Deze oordelen geven naar het oordeel van de Hoge Raad niet blij van een onjuiste rechtsopvat-

ting. Zij zijn niet onbegrijpelijk en behoeften geen nadere motivering.

Anders dan het middel betoogt heeft de rechtbank voorts in r.o. 4.3 niet miskend dat ‘enkel stilzitten’ onvoldoende is om rechtsverwerking aan te ne- men. Immers, de rechtbank heeft blijkens die rechtsoverweging voor dat oordeel naast het niet protesteren mede redengevend geacht dat Bleij ‘steeds genoeg heeft genomen met uitbetaling van loon zonder overuren en niettemin zeer veel overuren is blijven maken.’ Het onderdeel kan der- halve bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden, zo oordeelt de Hoge Raad.

Volgt verwerping van het beroep, conform de conclusie van de A-G.

Nr. 131C

24 september 1999, nr. C98/044 HR
(Mrs. Roelvink, Korthals Altes, Neleman, Herrmann, Jansen; A-G Spier)

Arbeidsovereenkomst; geen arbeid, geen loon. Nietigheid beding met ongeoorloofde voor- waarde.

Falende rechtsklacht tegen oordeel rechtbank dat onverbindend is beding in arbeidsovereen- komst dat recht op winstuitkering (als onderdeel loon) afhankelijk is van niet staken in jaar waarop uitkering betrekking heeft: art.

7A:1638b (oud) BW (= art. 7:627 BW) sluit de verschuldigdheid van loon slechts uit voor de tijd gedurende welke de bedongen arbeid niet is verricht. Voor de beantwoording van vraag of beding waaraan een ongeoorloofde voorwaarde is verbonden geldig dan wel nietig is, moet dat beding met inachtneming van art. 3:40 BW in zijn geheel worden beoordeeld: in casu vernietigbaarheid uitsluitend ingevolge beroep werk- nemer terwijl dat beroep niet tot ongerijmde ge- volg kan leiden dat geen uitkering verschuldigd is.

(ESH art. 6, art. 31; BW art. 3:40, art. 7:627; BW (oud) art. 7A:1638b)

1. Frisian Shipyard Welgelegen B.V., 2. Scheepsw- erf Harlingen Frisian B.V., 3. ‘Welsec’ Schilders- en Classificeerbedrijf B.V., 4. Scheepswerf en Re- paratiebedrijf Harlingen B.V., alle te Harlingen, ei- seressen tot cassatie, adv. mr. E. Grabandt, tegen

1. de vereniging Industriebond FNV, per 1 febru- ari 1998 opgevolgd door de vereniging FNV Bond- genoten, te Amsterdam, 2. de vereniging Indus- trie- en Voedingsbond CNV, per 1 januari 1998 opgevolgd door de vereniging CNV Bedrijven- bond, te Houten, verweersters in cassatie, adv. mr. J.C. van Oven.

Inleiding

Sinds 1981 geldt voor de werknemers van Welge- legen c.s. de Regeling Winstuitkering, die onder meer inhoudt:

‘Winstuitkering is 12,5% van de geconsoli- deerde winst na afschrijving wordt uitgekeerd als volgt:

- a. een verbindende regeling op basis van het dienstverband gedurende het jaar waarover de winstuitkering van toepassing is.
- b. een verbindende regeling op basis van de ge- maakte overuren in dat jaar.
- c. het resterende bedrag in een onverbindende, dan wel verbindende regeling indien geen staking gedurende het jaar voorafgaande aan de uitbeta- ling.

Dit bedrag te verdelen op basis van het jaarloon en pro rata per medewerker.'

Deze regeling is voor zover het betreft onderdeel a aldus nader uitgewerkt dat het uit te keren bedrag is vastgesteld op f 250 bij een vol jaar dienstverband. Werknemers die maar een gedeelte van het jaar in dienstbetrekking zijn geweest en/of korter dan de normale wekelijkse arbeidsduur werkzaam zijn geweest, ontvangen een uitkering naar evenredigheid. In geval van arbeidsongeschiktheid gedurende het jaar waarop de uitkering betrekking heeft, wordt de uitkering verminderd volgens een van de regeling deel uitmakende tabel. Ingevolge onderdeel b van de regeling bedraagt het uit te keren bedrag f 2,50 per gewerkt uur met een maximum van f 600 per werknemer. De in onderdeel c bedoelde restantuitkering is eveneens gereleerd aan de omvang van het eventuele ziekteverzuim en de duur van het dienstverband in het desbetreffende jaar alsmede aan het brutosalarij op 31 december van dat jaar. De Bonden hebben destijds aan Welgelegen c.s. medegedeeld dat de onderdelen a en b van deze regeling in overeenstemming zijn met de tussen partijen gemaakte principeafspraken. Deze onderdelen gelden derhalve als collectieve arbeidsvoorwaarde bij Welgelegen c.s. Aan deze onderdelen zijn de Bonden en Welgelegen c.s. contractueel gebonden. In 1991 heeft bij Welgelegen c.s. een staking plaatsgevonden. In dat jaar is wel winst gemaakt. In november 1992 hebben Welgelegen c.s. aan de werknemers geen winstuitkering ingevolge onderdeel c van de Regeling Winstuitkering verstrekt, omdat in het jaar 1991 in de ondernemingen van Welgelegen c.s. is gestaakt.

In het onderhavige geding hebben de Bonden gevorderd, kort weergegeven en voor zover in cassatie van belang, te verklaren voor recht dat het Welgelegen c.s. niet geoorloofd is in de Regeling Winstuitkering als voorwaarde op te nemen dat een betaling niet zal plaatsvinden wanneer bij Welgelegen c.s. in het betreffende jaar een staking heeft plaatsgevonden, alsmede Welgelegen c.s. te veroordelen tot betaling van voormelde winstuitkering over 1991.

De rechtbank heeft deze vorderingen toegewezen. In haar vonnis heeft de rechtbank geoordeeld dat door het recht op een deel van de winstuitkering afhankelijk te stellen van het niet staken in het jaar waarop de winstuitkering betrekking heeft, op voorhand financiële druk op de werknemers wordt uitgeoefend om geen gebruik te maken van het stakingsrecht, hetgeen gelijkgesteld moet worden met een beperking van dat recht. Nu niet gezegd kan worden, aldus de rechtbank, dat de in onderdeel c van de regeling neergelegde beperking valt onder een van de in art. 6, vierde lid, en 31 Europees Sociaal Handvest, *Trb.* 1962, 3, toegestane beperkingen, is deze beperking in strijd met art. 6, vierde lid, ESH en om die reden onverbindend.

Hoge Raad

Het middel bestrijdt deze overwegingen enkel met het betoog dat de omstandigheid dat een deel van het loon – waaronder ook een winstuitkering als de onderhavige moet worden begrepen – in geval van staking niet wordt uitgekeerd, niet meebrengt dat het recht op staking op rechtens relevante wijze wordt beperkt. Daartoe wijst het onderdeel erop dat ook ingeval een werknemer deelneemt aan een staking, de consequentie is dat de werkgever geen loon verschuldigd is voor de tijd gedurende welke de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht. Het onderdeel heeft hierbij klaarblijkelijk het oog op de regel die is neergelegd

in art. 7A:1638b (oud) BW (art. 7:627 BW) maar miskent volgens de Hoge Raad dat deze bepaling, zoals ook uit haar formulering blijkt en door het onderdeel zelf als uitgangspunt wordt aanvaard, de verschuldigdheid van het loon slechts uitsluit voor de tijd gedurende welke de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht, maar geen betrekking heeft op een geval waarin een winstuitkering als de onderhavige in geval van staking op die enkele grond, zonder enig verband met de duur van de staking, aan de werknemer wordt onthouden. De rechtsklacht faalt derhalve. Ook de motiveringsklacht is tevergeefs voorgesteld, nu een rechtsoordeel in cassatie niet met een motiveringsklacht kan worden bestreden. De rechtbank heeft in haar vonnis vervolgens de vraag onder ogen gezien welk gevolg voor onderdeel c van de regeling moet worden verbonden aan de omstandigheid dat de daarin neergelegde beperking onverbindend is. Voor de beantwoording van de vraag of een beding waaraan een ongeoorloofde voorwaarde is verbonden geldig dan wel nietig is, moet dat beding met inachtneming van art. 3:40 BW in zijn geheel worden beoordeeld, aldus de Hoge Raad. In aanmerking genomen dat het ongeoorloofde karakter van de voorwaarde berust op strijd met een verdragsbepaling die strekt ter bescherming van de werknemers, moet worden aangenomen (en heeft klaarblijkelijk ook de rechtbank aangenomen) dat hier overeenkomstig de gedachte die tot uitdrukking komt in art. 3:40 lid 2, sprake is van vernietigbaarheid uitsluitend ingevolge een beroep van de werknemers en dat, wanneer van de zijde van de werknemers op deze grond voor vernietiging een beroep wordt gedaan ingeval een staking heeft plaatsgevonden, zulks niet tot het ongerijmde gevolg kan leiden dat, evenals wanneer de voorwaarde wel als geoorloofd zou zijn aangemerkt, geen uitkering verschuldigd is. Met haar oordeel dat onderdeel c van de winstdelingsregeling een verbindende regeling is, die tot uitbetaling komt ongeacht of een staking heeft plaatsgevonden, heeft de rechtbank derhalve niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, zo oordeelt de Hoge Raad.

Volgt verworping van het beroep, conform de conclusie van de A-G.

■ Hoge Raad (strafkamer)

Deze rubriek wordt verzorgd door prof. mr. J.C.M. Leijten, oud-advocaat-generaal bij de Hoge Raad en oud-redacteur van dit blad.

Nr. 135

14 september 1999, nr. 111 808 P

(Mrs. Haak, Bleichrodt, Corstens, Orie en Balkema)

(gewezen na concl. van A-G Van Dorst, strekkende tot vernietiging van de bestreden uitspraak met verwijzing; cassatieberoep ingesteld door de P-G bij het hof en de betrokkene, welke laatste geen middelen van cassatie heeft voorgesteld).

Ontneming van het wederrechtelijk genoten voordeel.

De rechtbank ontnemt voor een bedrag van f 2 300 000. In hoger beroep ontnemt het hof voor een bedrag van f 31 000 omdat, naar zijn oordeel, het voordeel voortvloeiend uit feiten ten aanzien waarvan het OM niet-ontvankelijk is verklaard, niet kan worden ontnomen. De Hoge Raad zet uiteen waarom hij deze opvatting onjuist oordeelt.

Hoge Raad, onder meer:

4.1. Het middel behelst de klacht dat het hof ten onrechte het openbaar ministerie deels niet-ontvankelijk heeft verklaard in zijn vorderingen tot ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel althans dat het hof die niet-ontvankelijkheid op ontoereikende gronden heeft gemotiveerd.

4.2. Het hof enz.

4.3. Het oordeel van het hof komt daarop neer dat na de niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de hoofdzaak ter zake van de feiten 1 en 2 het SFO (Strafrechtelijk Financieel Onderzoek, L) voorzover dit betrekking had op die feiten ingevolge art. 126f, tweede lid, Sv gesloten had moeten worden en dat die feiten bij de beoordeling van de vordering tot ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel buiten beschouwing moeten blijven.

Die opvatting is echter onjuist.

4.4.1. Art. 126f, tweede lid eerste volzin, Sv bepaalt dat de officier van justitie het SFO dient te sluiten indien de verdachte bij de einduitspraak ter zake van het strafbare feit of het misdrijf, bedoeld in art. 36e, eerste onderscheidenlijk derde lid, Sr niet wordt veroordeeld. Daarmee heeft de wet een regeling gegeven voor het geval het SFO slechts een enkel strafbaar feit betreft en de strafvervolgging ter zake van het feit niet leidt tot een einduitspraak die een veroordeling van de verdachte inhoudt. De eerste volzin van het tweede lid van art. 126f Sv moet echter niet aldus worden uitgelegd dat indien het SFO naar aanleiding van de verdenking van meer strafbare feiten is ingesteld, eveneens de verplichting zou bestaan voor de officier van justitie om dat onderzoek te sluiten voor die feiten ter zake waarvan de verdachte bij einduitspraak niet wordt veroordeeld indien voor één of meer feiten wel een veroordeling is gevolgd. Ook in dat geval is de officier van justitie ontvankelijk in zijn ontnemingsvordering.

4.4.2. Art. 36e, tweede lid, Sr eist niet meer dan dat een veroordeling is uitgesproken wegens een strafbaar feit. In dat geval mag rekening worden gehouden met het voordeel verkregen door middel van of uit de baten van dat feit of soortgelijke feiten of feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd, waaromtrent voldoende aanwijzingen bestaan dat zij door de betrokkene zijn begaan.

Art. 36e, derde lid, Sr schrijft voor dat indien de betrokkene is veroordeeld wegens een misdrijf waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd terwijl tegen de betrokkene een SFO is ingesteld, bij de beoordeling van de vordering tot ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel ook voordeel in aanmerking genomen mag worden indien gelet op dat onderzoek aannemelijk is dat ook andere strafbare feiten zelfs al heeft de betrokkene die feiten niet zelf begaan op enigerlei wijze ertoe hebben geleid dat de betrokkene daaruit wederrechtelijk zodanig voordeel heeft verkregen.

4.4.3. De Wet staat er niet aan in de weg dat de in art. 36e, tweede lid, Sr bedoelde soortgelijke feiten en feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd, alsmede de in art. 36e, derde lid, Sr bedoelde andere strafbare feiten aanvankelijk voorwerp zijn geweest van de tenlastelegging zonder dat zij tot een veroordeling hebben geleid. De wetgever heeft hier en ruime regeling voor ogen gehad die het in het bijzonder mogelijk maakt het wederrechtelijk verkregen voordeel te ontnemen van feiten die onderdeel uitmaken van een complex van 'systematische en min of meer georganiseerde wetsschendingen'

(vgl. *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 12). Niet valt in te zien waarom wel feiten die geen voorwerp zijn geweest van de tenlastelegging ten grondslag mogen worden gelegd aan een ontnemingsmaatregel en niet feiten die wel in de tenlastelegging waren opgenomen. In beide gevallen geldt dat de rechter moet beraadslagen over de vraag of aan alle voorwaarden voor oplegging van de maatregel is voldaan en dat hij – volgens art. 511f Sv – de schatting van het op geld waardeerbare voordeel slechts mag ontleen aan de inhoud van wettige bewijsmiddelen. In dat kader dient hij vast te stellen dat er voldoende aanwijzingen bestaan dat de in art. 36e, tweede lid, Sr bedoelde soortgelijke feiten of feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd, door de betrokkene zijn begaan onderscheidenlijk dat aannemelijk is dat de in art. 36e, derde lid, Sr bedoeld andere strafbare feiten op enigerlei wijze ertoe hebben geleid dat de betrokkene wederrechtelijk voordeel heeft gekregen.

4.5.1. De betrokkene is in de hoofdzaak onder meer onherroepelijk veroordeeld ter zake van art. 197a Sr in verbinding met art. 47 Sr, welk feit is bedreigd met een geldboete van de vijfde categorie. Dat houdt in dat niet alleen art. 36e, tweede lid, Sr maar ook art. 36e, derde lid, Sr in beginsel voor toepassing in aanmerking komt en dat het hiervoor bedoelde in de hoofdzaak tenlastegelegde feit, indien en voorzover aan de in die bepaling genoemde vereisten is voldaan, betrokken kan worden bij de beslissing op de ontnemingsvordering.

4.5.2. Daaraan staat, voor wat betreft art. 36e, derde lid, Sr niet in de weg dat het SFO, zoals volgt uit hetgeen hiervoor onder 3.1 is weergegeven, geen betrekking had op een feit waarvoor de verdachte is veroordeeld, ook al bepaalt art. 36e, derde lid, Sr dat een SFO moet zijn ingesteld tegen de verdachte van 'dat misdrijf', te weten het misdrijf ter zake waarvan die verdachte is veroordeeld. In dit verband is in de memorie van toelichting bij het voorstel dat heeft geleid tot de Wet van 10 december 1992, *Stb.* 1993, 11 (profijsontnemingswetgeving) het volgende opgemerkt:

'Een tweede voorwaarde is dat tot de verruimde aansprakelijkstelling alleen kan worden besloten op grond van een strafrechtelijk financieel onderzoek, waaruit het ook anderszins dan door het bewezen misdrijf wederrechtelijk verkregen voordeel aannemelijk wordt. De gedachte om in het Wetboek van Strafvordering de figuur van het – buitgerichte – strafrechtelijk financieel onderzoek te introduceren – een gedachte ontleend aan het rapport van de RAC-werkgroep financiële facetten van ernstige vormen van criminaliteit – vormt een der pijlers waarop de voorgestelde verbeteringen voor de toepasbaarheid van de maatregel van art. 36e Sr rust. Op deze figuur wordt verderop nader ingegaan. Het is van belang te benadrukken, dat aan de beslissing een gedegen onderzoek ten grondslag dient te liggen, dat slechts kan worden ingesteld als er sprake is van verdenking van een ernstig misdrijf waardoor op geld waardeerbaar voordeel van enig belang kan zijn verkregen en dat het onderzoek in overeenstemming met de te dien behoeve gegeven rechtsinstrumenten dient te zijn uitgevoerd' (*Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 13).

De in de laatste zin van het citaat genoemde twee belangen worden evenzeer gediend indien het SFO is ingesteld voor een ander feit of andere feiten dan dat of die waarvoor de verdachte is veroordeeld. De wetgever heeft bij het redigeren van de tekst van art. 36e, derde lid, Sr klaarblijkelijk het oog gehad op het eenvoudige geval dat het

SFO slechts één enkel strafbaar feit betreft.
4.6. Het middel is terecht voorgesteld.

Volgt vernietiging en terugwijzing.

Nr. 136

14 september 1999, nr. 110 920
(Mrs. Davids, Schipper en Aaftink)
(gewezen na concl. van A-G Van Dorst, strekkende tot vernietiging van het bestreden arrest met verwijzing; schriftuur ingediend door de verdachte zelf)

Wegens: aanzetten tot haat tegen en discriminatie van mensen wegens hun ras en/of godsdienst (art. 137d Sr) veroordeelde het hof de verdachte tot een voorwaardelijke geldboete. Vraag of de telastelegging in alle onderdelen voldoende feitelijk is.

Hoge Raad (onder meer):

3.1. Het middel klaagt over 's hofs verwerping van het beroep op nietigheid van de inleidende dagvaarding.

3.2. (...)

3.4. De in de omschrijving van het primair tenlastegelegde feit voorkomende woorden 'dat hij in het openbaar bij geschrift en/of afbeelding heeft aangezet tot haat tegen en/of discriminatie van mensen en/of gewelddadig optreden tegen persoon of goed van mensen wegens hun ras en/of godsdienst' moeten worden geacht aldaar te zijn gebezigd in dezelfde zin als toekomt aan de overeenkomstige termen in art. 137d Sr.

3.5.1. De memorie van antwoord bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot art. 137d Sr houdt in: 'Naar aanleiding van de vraag of 'aanzetten tot haat' een objectief dan wel een subjectief begrip is, merken de ondergetekenden op dat 'aanzetten' opzet insluit. Voor de strafbaarheid is dus – in verband met de leer van de Hoge Raad omtrent het voorwaardelijk opzet – vereist, dat de dader tenminste de kans dat anderen door zijn uitlating tot haat, discriminatie of gewelddadig optreden zouden worden bewogen, wilens en wetens heeft aanvaard (*Kamerstukken II*, 1969/70, 9724, nr. 6, p. 5)'.
3.5.2. Uit het hiervoor overwogene volgt dat een tenlastelegging die – zoals in deze zaak – is toegesneden op het bij art. 137d Sr strafbaar gestelde feit, een feitelijke omschrijving dient in te houden van het door de verdachte opzettelijk trachten te bewegen tot haat tegen of discriminatie van mensen of gewelddadig optreden tegen persoon of goed van mensen.

3.6. Het hof heeft in de hiervoor onder 3.2 weergegeven verwerping van het verweer als zijn oordeel tot uitdrukking gebracht dat het gedeelte van de tenlastelegging dat inhoudt dat de verdachte in het openbaar in de gang van het stadhuis van de gemeente Dordrecht een of meer vellen papier met de in de tenlastelegging vermelde tekst heeft verspreid, uitgedeeld, overhandigd en aanwezig heeft gehad, een voldoende feitelijke omschrijving vormt van het aanzetten tot haat, discriminatie of gewelddadig optreden als bedoeld in art. 137d Sr. In aanmerking genomen hetgeen hiervoor onder 3.5 is overwogen, is dit oordeel met betrekking tot het verspreiden en het uitdelen van deze vellen papier niet onbegrijpelijk en geeft het niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat geldt echter niet met betrekking tot het enkele overhandigen en het aanwezig hebben daarvan. In zoverre is het oordeel van het hof zonder nadere motivering, welke ontbreekt, niet begrijpelijk. De bestreden uitspraak is derhalve niet naar de eis der wet met redenen

omkleed.
Het middel treft derhalve doel.

Volgt vernietiging en verwijzing.

Nr. 137

21 september 1999, nr. 112 076
(Mrs. Davids, Schipper en Van Buchem-Spapens)
(gewezen na concl. van A-G Machiels strekkende tot verwerping van het beroep; adv. mr. G. Spong, 's-Gravenhage)

Gewapende overval op geldtransportauto. In hoger beroep opgelegd vier jaren gevangenisstraf. Heeft het hof, toen het weigerde aan het verzoek van de verdediging tot het alsnog doen plaatsvinden van een Oslo-confrontatie te voldoen, bij die weigering het juiste criterium gehanteerd?

Overwegingen van het hof inzake deze weigering: Hoewel meervoudige herkenningsconfrontaties de voorkeur verdienen, zal het hof niet alsnog een dergelijke confrontatie gelasten. Diverse getuigen hebben reeds meegewerkt aan een enkelvoudige confrontatie waardoor de uitkomsten van een alsnog uit te voeren Oslo-confrontatie niet langer betrouwbaar zijn te achten. Voorts hebben de getuigen die nog niet met verdachte zijn geconfronteerd alle medewerking geweigerd.

Bij de beslissing is niet zonder betekenis dat de bereidheid van de getuigen en het modellenbureau om aan een confrontatie mee te werken als gevolg van geuite dreigementen en persoonlijke brieven aan de getuigen is komen te vervallen.

Hoge Raad:

Het middel faalt om de redenen vermeld in de conclusie van de A-G onder drie.

De conclusie van de advocaat-generaal onder drie luidt als volgt:

3.1. Het middel bekritiseert de afwijzing door het hof van het verzoek van de verdediging om een Oslo-confrontatie te houden. Het hof zou niet het juiste criterium hebben gebezigd. Ook zou de motivering van de beslissing onbegrijpelijk zijn.

3.2. De motivering die het hof voor de afwijzing van het verzoek heeft gegeven is weergegeven in de schriftuur. Inderdaad bezigt het hof in die motivering niet woorden als 'noodzakelijk' of 'nodig'. Het hof wijst erop dat de resultaten van een Oslo-confrontatie waarbij personen zijn betrokken die al middels een enkelvoudige confrontatie aan het onderzoek hebben meegewerkt niet langer betrouwbaar zijn te achten. Ook heeft het hof vastgesteld dat de getuigen die nog niet met de verdachte zijn geconfronteerd alle medewerking hebben geweigerd. Het hof heeft tenslotte gememooreerd dat de bereidheid van de getuigen en van het modellenbureau om aan een confrontatie mee te werken als gevolg onder meer van dreigementen aan de getuigen is komen te vervallen.

3.3. Dit samenstel van overwegingen laat geen andere slotsom toe dan dat het gerechtshof van oordeel is geweest dat het organiseren van een Oslo-confrontatie geen zinnige bijdrage meer zou kunnen leveren aan het onderzoek, hetzij door een gebrek aan medewerking van betrokkenen, hetzij vanwege de onbetrouwbaarheid die aan zo een confrontatie zou kleven. Dat meervoudige confrontaties gewoonlijk de voorkeur verdienen staat aan deze overwegingen niet in de weg. Het hof heeft deze voorkeur klaarblijkelijk uitgesproken voor meerkeuzeconfrontaties die zijn gehouden onder zulke omstandigheden, dat de betrouwbaarheid van de resultaten zoveel mogelijk wordt

bevorderd, welke omstandigheden in de onderhavige zaak niet (meer) aanwezig waren. Voorts ligt in de overweging van het hof, dat de te benaderen getuigen *alle* medewerking hebben geweigerd besloten dat de weg naar art. 226a Sv evenmin begaanbaar is geoordeeld. De redengeving voor de afwijzing van het verzoek komt er dus kort gezegd op neer, dat het organiseren van een Oslo-confrontatie zinloos en daarmee niet noodzakelijk was. Aldus verstaan is de motivering niet onbegrijpelijk.

Het voorgestelde middel faalt.

Nr. 138

21 september 1999, nr. 112 035

(Mrs. Haak, Bleichrodt en Orie)

(gewezen na concl. van A-G Machielse strekkende tot vernietiging en verwijzing; adv. mr. G. Spong, 's-Gravenhage)

De verdachte werd wegens het twee maal plegen van ontuchtige handelingen met iemand ouder dan twaalf en jonger dan zestien jaar, in hoger beroep veroordeeld tot twee jaar gevangenisstraf met dwangverpleging.

De verdachte had ter zitting aangevoerd of doen aanvoeren dat zijn bekende verklaring bij de politie onder ongeoorloofde druk tot stand was gekomen. Het hof was op dat verweer niet ingegaan. Omdat de bekende verklaring door het hof voor het bewijs was gebruikt had het – op straffe van nietigheid – op het verweer moeten responderen.

De HR vernietigt het bestreden arrest en verwijst de zaak naar een ander hof.

Literatuur



Boeken

P.M. van den Bergh, J. Douma, J. Hoekman

Zedenzaken en verstandelijk gehandicapten. Een empirisch onderzoek naar de afhandeling door politie en openbaar ministerie van zedenzaken bij mensen met een verstandelijke handicap. Psychologische Studies nr 31.

Leiden: DSWO Press 1999, 196 p., f 48,50, ISBN 9066951494.

– Van de honderden gevallen van seksueel misbruik waarbij een verstandelijk gehandicapte betrokken is – hetzij als dader, hetzij als pleger – leiden er slechts enkele tot een veroordeling. Veel gevallen worden niet bij de politie gemeld. Met een kwart van de aangiftes wordt niets gedaan. Van wat resteert komt ongeveer de helft van de gevallen tot een zitting. In slechts 15% van de aangiftes wordt een dader veroordeeld.

Uit interviews met jeugd- en zedenrechercheurs en officieren van justitie blijkt dat zowel bij politie als bij justitie kennis ontbreekt over verstandelijke handicaps. Dit wrekt zich vooral in de communicatie met slachtoffers en plegers, met name op het terrein van het (ver)horen van plegers. De schrijvers bevelen onder meer aan meer uitwisseling tussen politie en justitie en tussen politie en zorginstellingen tot stand te brengen en tot instelling over te gaan van een officier van justitie met specifieke deskundigheid op het gebied van zedenzaken.

Drs D.H. Grijpstra, drs D.J. Klein Esselink, drs P.M. Klaver, drs E.P. Miedema

Eerste ervaringen met de Wet Flexibiliteit en Zekerheid. Een onderzoek onder vier steekproeven van werkgevers, uitzendwerkgevers, uitzendwerknemers en flexwerkers in februari/maart 1999. SZW-reeks.

Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie 1999, 144 p., f 45, ISBN 905749275X.

H.R. van Gunsteren

Verantwoording: Regeren door terugzien. Mededeling van de Afdeling Letterkunde van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, nieuwe Reeks, Deel 62 (jaargang 1999) nr 5.

Amsterdam: Editia KNAW 1999, 22 p., f 20, ISBN 9069842467.

– Loopt de democratie gevaar doordat burgers onverschillig worden ten aanzien van politiek en menen dat ze wel zonder kunnen? Wordt deze onverschilligheid gevoed door het ontluisterende karakter van reële politieke verantwoordingsprocessen? Velen vinden politieke verantwoording een noodzakelijk kwaad, dat zo beperkt mogelijk dient te worden gehouden. Deze bijdrage bepleit een positieve waardering van verantwoording als onmisbaar moment van sturing en van het ontdekken van gemeenschappelijke waarden.

Drie stellingen worden ontwikkeld: (1) naarmate de toekomst minder voorspelbaar wordt, dient regeren door vooruitzien plaats te maken voor het opbouwen van veerkracht door selectie uit variëteit; (2) in een veerkrachtig regime is verantwoording een centraal selectief moment; (3) zolang politici verantwoording tot Zwarte Pieten reduceren zullen ze er weinig van leren.

T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.)

Contractvrijheid. Meijers-reeksnr 12. Deventer: Kluwer 1999, 566 p. f 85, ISBN 9026835116.

– Dit boek is het resultaat van een conferentie die eind 1998 door het E.M. Meijers Instituut werd georganiseerd. Er zijn 38 bijdragen, gerubriceerd in de delen: Plaats en belang van het contract en de contractvrijheid; Het contract op andere terreinen van het recht; Informatietechnologische ontwikkelingen; Grenzen aan de contractvrijheid en Bescherming van de zwakkere partij. In de openingsbijdrage van T. Hartlief worden de opstellen in perspectief geplaatst en van een kort commentaar voorzien.

Prof. mr A.H.T. Heisterkamp,
mr D.W. Bruil
Pachtwet/Wetgeving landelijk gebied. Tekstuitgave 99/00
Deventer: Kluwer 1999, 358 p.,
f 49,50, ISBN 9026835221.

Mr L.E.M. Hendriks, mr J.H. Klifman, prof. mr G.P.M.F. Mols, prof. mr Th.A. de Roos, mr J. Wöretshofer
Hoofdstukken strafprocesrecht
Deventer: Gouda Quint 1999, f 60,
ISBN 9038707169.

Prof. dr B. Hessel
Wetgevingsbundel Nederlands economisch recht. Zesde druk.
Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999,
476 p., f 35, ISBN 9027151474.

E.H. Hondius (red.)
De meerwaarde van de rechtsvergelijking. Opstellen aangeboden aan prof. mr H.U. Jessurun d'Oliveira
Geschriften Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking no. 57.
Deventer: Kluwer 1999, 270 p., f 75,
ISBN 9026835027.
– In 1998 heeft Ulli d'Oliveira na dertig jaar bestuurswerk in de NVVR zijn bestuurslidmaatschap neergelegd. Bij gelegenheid daarvan is hij tot erelid van de vereniging benoemd. Een tweede huldeblijk is deze opstellenbundel. Deze bevat 'updates' van preadviezen die de afgelopen dertig jaar aan de NVVR zijn uitgebracht, aangevuld met twee bijdragen van bestuursleden die niet eerder preadviseerden. De tweëntwintig artikelen zijn gerubriceerd onder rechtsvergelijking algemeen, privaatrecht, sociaal recht, staats- en bestuursrecht en strafrecht.

Mr J.B. Huizink
Insolventie. Derde druk.
Deventer: Kluwer 1999, 142 p., f 45,
ISBN 9026834802.

Mr Lydia Janssen
Nieuwe introductie in het recht
Utrecht: Lemma 1999, 384 p., f 65,
ISBN 9051897928.
– Algemene inleiding, gevolgd door hoofdlijnen van het publiek- en privaatrecht en een uiteenzetting over de betekenis van het internationaal recht voor het Nederlandse, met opdrachten na elk hoofdstuk. Tot slot een deel waarin juridische vaardigheden centraal staan.

Mr drs B.F. Keulen
Crimineel vermogen en strafrecht.
Een commentaar op de ontnemings-

wetgeving. Facetten van strafrechtspiegeling 13.
Deventer: Gouda Quint 1999, 410 p.,
f 69, ISBN 9038707436.

Klassen-Eggens
Huwelijksgoederen- en erfrecht.
Eerste gedeelte. Huwelijksgoederenrecht. Bewerkt door prof. mr E.E.A. Luijten. Twaalfde druk.
Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999,
381 p., f 127,50, ISBN 9027151660.

Dr J.F.I. Klaver, drs E.T. Visser
Evaluatie wet arbeid vreemdelingen.
Eindrapport.
SZW-reeks onderzoeksrapporten.
Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie
1999, 144 p., f 45.

Prof. mr A.K. Koekkoek (red.)
Organisatie van de rechtspraak. Publikaties van de staatsrechtkring nr 17.
Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999,
78 p., f 36, ISBN 9027151415.
– Met bijdragen van: prof. mr A.K. Koekkoek, Aan welke staatsrechtelijke eisen dient de organisatie van de rechtspraak te voldoen? (inleiding); mr P.P.T. Bovend'Eert, De modernisering van de rechterlijke organisatie: integraal management als staatsrechtelijk probleem; prof. mr F.H. van der Burg, bestuursrechtspraak in de eenentwintigste eeuw; dr W.J.M. Voermans, De opkomst van de Raden voor de rechtspraak in de Europese Unie en mr M.R. Wijnholt, Selectie en benoeming van onafhankelijke rechters in het Koninkrijk.

G. Lauwers
Inleiding tot het Russisch handels- en economisch recht. Gostic-reeks.
Apeldoorn: Maklu/Garant 1999,
76 p., f 24, ISBN 9053509194.

J.P. Loof (red.)
Onafhankelijkheid en onpartijdigheid. De randvoorwaarden voor het bestuur en beheer van de rechterlijke macht. Stichting NJCM-Boekerij 36.
Leiden: NJCM 1999, 178 p., f 35 (leden f 30), ISBN 9067500372.
– Op 2 april 1998 organiseerde het Van Asbeck Centrum voor Mensenrechtenstudies van de Universiteit Leiden een symposium, tijdens welk een aantal ontwikkelingen aan de orde kwam, die verband houden met de organisatie van de rechterlijke macht in Nederland, becommentarieerd vanuit Europeesrechtelijke randvoorwaarden. Ook de ontwikkelingen in België werden besproken. De voor

deze bundel geactualiseerde bijdragen zijn van de hand van onder anderen: E. Alkema, P.B. Cliteur, M. de Werd, I. Dupré, G.J.M. Corstens, A.C. 't Hart, A.H. van Delden, E.C.M. Jurgens, P. Ingelse en J.P. Loof.

Prof. mr J.M.M. Macijer (inleiding)
Rechtspersonen, incl. ondernemings- en handelsrecht, editie 1999/2000.
Deventer: Kluwer 1999, 509 p.,
f 46,50, ISBN 9026834012.

Wetgeving Makelaardij O.G.
1999/2000.
Deventer: Kluwer 1999, 1795 p.,
f 102,50, ISBN 9026834039.

Mr A.W.H. Meij, mr Zaira F. Penders
Europocket Verdragsteksten EG-Europese Unie C.A. Negende druk.
Deventer: Kluwer 1999, 446 p.,
f 49,50, ISBN 9026835051.

Dr J.A. Monsma
Toetsing van belastingverordeningen en gemeentelijke autonomie
Deventer: Kluwer 1999, f 82,50, ISBN 9020022067.
– Gemeentelijke belastingverordeningen hebben niet de status van wetten in formele zin, maar van regelgeving in materiële zin. De rechter is dan ook bevoegd een belastingverordening onverbindend te verklaren als deze in strijd is met hoger recht, waaronder de wet waarop de verordening steunt. Belastingaanslagen die steunen op zo'n onverbindend geachte belastingverordening kunnen in beginsel niet in stand blijven en daardoor lopen gemeenten financiële risico's. In deze monografie blijkt dat er een relatie bestaat tussen de mate van autonomie die gemeenten hebben om trent het regelen van hun belastingen en de omvang van het risico dat een gemeentelijke belastingverordening de noodzakelijke rechtskracht mist. Hoe deze risico's kunnen worden ingeperkt wordt aan het slot van het boek besproken.

J.H. Nieuwenhuis
Hoofdstukken vermogensrecht.
Vijfde druk.
Deventer: Kluwer 1999, 187 p.,
f 53,50, ISBN 9026828918.

Mr Dorien Pessers
Solidariteit als moraal vrijheidsrecht
Den Haag: Juristenfonds Personae Miserabiles 1999, 15 p., f 10, ISBN 9080409820.
– In de lezing die zij op 28 november

1998 hield voor het Juristenfonds *Personae Miserales* gaat Pessers in op de keerzijde van het fundamentele recht van *personae miserales* – kinderen, zwaar gehandicapten, psychiatrische patiënten en gedragsgestoorden – op hulp en steun van anderen: de fundamentele plicht van deze anderen om die hulp en steun te geven, in de context van het onderhouden van waardevolle menselijke relaties.

Kees Roos

De laatste stelling. Opmerkelijke beweringen van Nederlandse promovendi.

Den Haag: Uitgeverij BZZTÔH, 160 p., f 19,50, ISBN 905501656x.

– Wetenschapsjournalist Roos publiceerde wekelijks laatste stellingen in de Telegraaf. Aan die rubriek is een eind gekomen. Dit boekje bevat voor de laatste keer een selectie van de meest in het oog springende stellingen van de afgelopen jaren.

M.L. Thieme, drs M.P. Verberk, drs S. Verberk, mr A. Kuijer, mr M.L.W.M. Viering

Rechtseenheid in de vreemdelingen-rechtspraak. Verslag van een onderzoek naar de mate van rechtseenheid in uitspraken van vreemdelingenrechters en naar het functioneren van de mechanismen ter bevordering van rechtseenheid.

Amsterdam: Thela Thesis 1999, 226 p., f 49,50, ISBN 9051704925.

– In opdracht van Justitie door B&A Groep Beleidsonderzoek en Advies en de Universiteit Utrecht uitgevoerd onderzoek, mede met het oog op de invoering van een hoger beroep in vreemdelingenzaken. In beginsel leent het instrument van de Rechtseenheidskamer zich wel voor het bereiken van rechtseenheid in de zin van een duidelijke interpretatie van juridische begrippen, maar waar het rechterlijk oordeel direct en onlosmakelijk verbonden is aan de feiten en omstandigheden van het individuele geval, zoals bijv. in asielzaken, komt de REK slechts een beperkte rol toe resp. kan haar die toekomen. Verduidelijking van beleid met een duidelijk toetsingskader lijkt een geschikt instrument om rechtseenheid te herstellen.

Mr M.A. van Wijngaarden

Hoofdstukken Bouwrecht. Tweede druk.

Deel 16: Aanbestedingsrecht; algemene inleiding en bekendmaking, uitnodiging tot inschrijving en inschrij-

ving. 143 p., f 66,50, ISBN 9027150621.

Deel 17: Aanbestedingsrecht; geschiktheidseisen, selectiecriteria en gunningscriteria. 164 p., f 66, ISBN 9027150648.

Deel 18: Aanbestedingsrecht: aanbesteding, opdracht (gunning), geschillenregeling. 126 p., f 59,50, ISBN 9027150656.

Deventer: Tjeenk Willink 1999.



Tijdschriften

● Belastingrecht

Weekblad fiscaal recht, 128e jrg. nr 6356, 30 sept. 1999

Prof.dr K. Goudswaard, Begrotings-evenwicht: wat nu?

– Het naderend begrotingsevenwicht hoeft volgens de schrijver niet te leiden tot een sterke verandering in het begrotingsbeleid. Wel liggen er voor de toekomst nog belangrijke uitdagingen te wachten.

Prof.dr L.G.M. Stevens, Fiscale beleidsnotities 2000.

– De gekozen oplossingsrichtingen in het belastingplan voor de 21e eeuw zijn zeer wel verantwoord, maar soms te zeer beklemd onder een politiek taboe om alternatieven onbevange te kunnen bespreken (eigenwoningregime, forfaitair rendement versus vermogenswinstbelasting). Ook bevat het boxenstelsel nog onevenwichtigheden die nopen tot een heroverweging (fiscale achterstelling risicodragend vermogen ten opzichte van risicomijdend vermogen en te hoge lastendruk voor de aansmerkelijk belanghouders). Duidelijk is dat 2000, ook fiscaal gezien, een zeer bewogen jaar zal worden. *Verder in deze aflevering o.m.: Drs J.E. van den Berg*, Verhuurde woning voor een niet zo zeer afwijkende huur (n.a.v. HR 16-6-'99, 34546, zie NJB'99, p. 1214, nr 50).

● Burgerlijk (proces)recht

De praktijkgids, 67e jrg. nr 20, aug. 1999

In deze aflevering o.m.: Mr A.J.J. van der Heiden, In- en externe werking

branchebeschermingsbepalingen in huurovereenkomsten. (Pres. Rb. Maastricht 16-8-'99, rol nr 99-350; Buco/Woonboulevard).

WPNR, 130e jrg. nr 6372, 2 okt. 1999
Mr M.G. van 't Westeinde, De overgangsprikelen van een bankhypotheek (II, slot).

– In dit tweede deel van haar bijdrage wordt de cessie van een vordering besproken die door een bankhypotheek wordt gedekt en de economische overdracht daarvan. Schr. meent dat de uitspraak van de Hoge Raad, dat een bankhypotheek pas op een eventuele cessionaris overgaat indien de relatie tussen de cedent en de debiteur is beëindigd en de cedent geen nieuwe vorderingen meer op de debiteur zal kunnen verkrijgen, niet uitsluit dat ná de cessie van de betreffende vordering aan deze voorwaarden wordt voldaan. Verder wordt aanbevolen om te bepalen dat de cedent zijn (toekomstige) vorderingen op de debiteur, dan wel zijn aanspraken op de executie-opbrengst van het hypothecaire onderpand achterstelt bij de gecedeerde vordering, dan wel aanspraken van de cessionaris op de executie-opbrengst. *Mr R.I. V.F. Bertrams*, Hoe ver reikt de onderzoeksplicht van de bank bij een bankgarantie en hoe is de procesorde bij een vordering tot een betalingsverbod?

– Bij bankgaranties blijven de onderzoeksplicht van de bank en het fenomeen 'fraude' hete hangijzers en omgeven door misverstanden. Deze bijdrage zet een aantal punten op een rij. Geconcludeerd wordt dat de onderzoeksplicht van de bank niet verder gaat dan het controleren of aan de voorwaarden van betaling zoals omschreven in de garantie is voldaan en dat helemaal niet zo'n plicht bestaat m.b.t. door de opdrachtgever gestelde fraude aan de zijde van de begunstigde.

Mr drs M.H.M. van Oers, Waardeoverdracht pensioenvoorziening eigen beheer naar professionele verzekeraar bij echtscheiding.

– Centraal staat de vraag of bij echtscheiding afstorting van pensioen in eigen beheer naar een professionele verzekeraar kan worden afgedwongen. Schr. gaat in op het juridische systeem van eigen beheer en beschrijft de waardeoverdracht. Geconcludeerd wordt dat waardeoverdracht dient plaats te vinden, met uitzondering van de situatie dat de bedrijfscontinuïteit in gevaar komt.

● Europees recht

Nederlands tijdschrift voor Europees recht, 5e jrg. nr 9, sept. 1999
In deze aflevering o.m.: Prof. mr H.G. Sevenster, Hof vereist expliciete goedkeuring Commissie voor afwijkingen interne markt. *Mr I. van der Steen*, Studiefinanciering ook voor kinderen van grensarbeiders. *Mr J.C.M. van der Beek*, Hypotheek in buitenlandse valuta en een financiële garantie van een buitenlandse bank toegestaan op grond van vrij verkeer van kapitaal en diensten. *Mr H.E. Akyürek-Kievits*, Over concentratiecontrole zonder grenzen en wanneer er sprake is van een collectieve machtspositie. *Mr Ch.R.A. Swaak*, XXVIIIe Verslag over het Mededingingsbeleid 1998. *Mr D.C. Buijs*, De dertiende richtlijn 'inzake het vennootschapsrecht betreffende het overnamebod' bijna aanvaard. *Mr I. van der Steen*, Toepassing Barber-rechtspraak Hof van Justitie: schending van art. 26 BuPo-Verdrag. *Mr L. Dommering-van Rongen*, De richtlijn produktaansprakelijkheid: op naar een Europees aansprakelijkheidsrecht?

● Handels- & economisch recht

NbBW, 9e jrg. nr 9, sept. 1999
Mr N. Frenk, Het besluit verplichtte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen.
 – Op 1 december a.s. zal de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen in werking treden, waarin ter bescherming van proefpersonen het medisch-wetenschappelijk onderzoek aan regels wordt gebonden. Schr. stipt niet alleen het karakter en doel van de verplichte verzekering en de verhouding tot aansprakelijkheid aan, maar bespreekt ook welke schade de verplichte verzekering moet dekken en welke schade mag worden uitgesloten.

Ondernemingsrecht, nr 12, 1999
Hans De Wulf, Centros: vrijheid van vestiging zonder race to the bottom.
 – Het recente Centros-arrest van het Hof van Justitie EG bevordert de vrijheid van vestiging zonder dat dit aanleiding zal geven tot een dramatische toename van competitie tussen wetgevers die in elk geval, gezien de Europese context, niet zo gauw tot een 'race to the bottom' zou leiden.
Mr P.J. van der Korst, Prospectusaansprakelijkheid van de uitgevende ven-

nootschap: kapitaalbescherming tegenover beleggersbelangen.

– Vormt prospectusaansprakelijkheid van de uitgevende instelling daadwerkelijk een inbreuk op de kapitaalbeschermingsregels, met name art. 2:98c BW? Bij nadere beschouwing blijkt dit niet het geval. De vennootschap is wettelijk verplicht om bij aanbidding van aandelen in besloten kring inzicht te geven in haar financiële positie. Als dat inzicht onjuist, onvolledig of misleidend blijkt te zijn, pleegt de vennootschap een onrechtmatige daad resp. schiet zij toerekenbaar tekort.
Mr Eugenie Nunes, 'De plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht' nader beschouwd.
 – Diverse bepalingen m.b.t. het arbeidsrecht in de Nederlandse wetgeving en Europese regelgeving bevatten de zinsnede 'de plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht'. Het gaat dan om de aanwijzing van de rechter die bevoegd is kennis te nemen van een geschil met betrekking tot de arbeidsovereenkomst en het recht dat op deze overeenkomst van toepassing is. Tot op heden ontbreekt een duidelijke scheidslijn tussen 'ergens tijdelijk werkzaamheden verrichten' en 'ergens gewoonlijk zijn arbeid verrichten'. De implementatie van de Detacheringsrichtlijn noodzaakt tot een bezinning over de vraag waar de grens dient te worden getrokken.

Verder in deze aflevering o.m.: Mr D.C. Buijs, Spookfusies. (Column n.a.v. de Gucci-zaak en art. 34 Mw).

● Internationaal privaatrecht

Vervoer & Recht, nr 5, sept. 1999
Mr P. de Meij, Het forum contractus in zeevervoerszaken: EE-eXit?
 – In het begin 1998 door de Europese Commissie gepubliceerde ontwerp voor een nieuw EEX is art. 5 sub 1 van het verdrag grondig gewijzigd. In de ontwerptekst blijft het forum contractus van art. 5 sub 1 EEX alleen nog maar bestaan voor geschillen over koopovereenkomsten en arbeidsovereenkomsten. Schr. geeft een overzicht van het belang van het huidige artikel voor de natte praktijk en van de mogelijke gevolgen van de wijziging, die versterkt wordt door de eveneens voorgestelde wijziging in art. 2 EEX. Het woonplaatsbegrip wordt nl. vervangen door een verdragsautonoom begrip: de gewone verblijfplaats van de gedaagde. Is de gedaagde een rechtspersoon, dan heeft het centrum

van zijn bedrijfsactiviteiten als diens gewone verblijfplaats te gelden.

● Internationaal publiekrecht

Leiden Journal of International Law, 12e jrg. nr 2, 1999

Jorri Duursma, Justifying NATO's Use of Force in Kosovo? (Redactioneel).

– De NATO heeft met haar ingrijpen in Kosovo buiten VN-kader aanzienlijke risico's genomen. Niemand ontkent de wreedheden waartegen moest worden opgetreden, maar de kans dat staten nu gemakkelijker het humanitaire interventie-argument zullen gebruiken om geweld tegen andere staten te gebruiken is groter geworden. Als de mensenrechtenschendingen al hebben plaatsgevonden is een klacht-recht bij een tribunaal effectiever dan een militair antwoord.

Rex J. Zedalis, Untying the Gordian Knot: Evaluating the Legal Dimensions of the UN Weapons Inspection Programme in Iraq and Rethinking the future.

– Er kleven zoveel juridische problemen aan de VN Wapeninspectie in Irak dat de patstelling die na de lucht-aanvallen van dec. 1998 is ontstaan het best doorbroken kan worden door een geheel geherstructureerd inspectieprogramma. Schr. doet daartoe voorstellen. Rationaliteit en de wil om Irak weer binnen de volkerengemeenschap te krijgen zijn daarbij leidraad.
Verder in deze aflevering o.m.: Outi Korhonen, Unconventional Dispute Settlement in the Finnish Question (1899 to World War I): The Power of Cultural and Historical Argument in International Law. *Jürgen Bröhmer*, Diplomatic Immunity, Head of State Immunity, State Immunity: Misconceptions of a Notorious Human Rights Violator (de Pinochet-zaak). *Suzannah Linton*, Righting a Wrong or Prolonging the Agony? The Work of the Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland.
 En – Overzichten van de werkzaamheden van de Haagse International Tribunalen, met commentaren.

Vervoer & Recht, nr 5, sept. 1999
In deze aflevering o.m.: Prof. em. mr H. Libert, Boycot van schepen door syndicale acties. Een beknopte juridische benadering van het fenomeen aan de hand van de rechtspraak en de huidige stand van het verdragsrecht.

● Jeugd-, relatie- & erfrecht

Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht, 21e jrg. nr 9, sept. 1999

Annelies van Vliet, Kritische kanttekeningen bij het wetsontwerp beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen.

– Het wetsontwerp Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen, dat is ingediend op 27 april '98, bevat een catalogus van rechten en plichten, waarmee de materiële rechtspositie van de bewoners in kaart worden gebracht. Na het inventariseren van het voorstel stelt schr. vast dat de gehanteerde definities niet altijd sporen met de wet op de jeugdhulpverlening, terwijl die wet wel van toepassing is. Verder wordt het onwenselijk geacht dat het mogelijk blijft dat jeugdigen met een civielrechtelijke plaatsingstitel in dezelfde inrichting terecht komen als jeugdigen met een strafrechtelijke titel. *J.N.E. Plasschaert*, Anderhalf jaar geregistreerd partnerschap in de praktijk.

– In deze bijdrage wordt het onderzoek 'Geregistreerd partnerschap in Nederland. Een verkennend onderzoek' besproken. Doelstellingen van dit onderzoek waren het inventariseren van het aantal aangegane partnerschapsrelaties, uitgesplitst naar samenstelling, sekse en leeftijd en na te gaan welke redenen mensen hebben om te kiezen voor een geregistreerd partnerschap en de consequenties van die keuze. Geconstateerd wordt dat het geregistreerd partnerschap sociaal is geaccepteerd en dat de enkele knelpunten zich vanzelf op zullen lossen.

● Rechten van de mens

NJCM Bulletin, 24e jrg. nr 6, sept. 1999

Prof.mr P. Vlaardingerbroek, De nieuwe afstammings- en adoptiewetgeving en de mensenrechten.

– Per 1 april 1998 zijn de Titels 11 en 12 van Boek 1 BW herzien. Het afstammings- en adoptierecht zoals dat thans in de wet is neergelegd, bevat grotendeels een weergave van de jurisprudentie van met name onze Hoge Raad en het Europees Hof te Straatsburg. In deze bijdrage wordt nagegaan in hoeverre met deze wetsherziening volledig is tegemoet gekomen aan de mensenrechtelijke positie van ouders (incl. verwekkers) van kinderen. Schr. relateert de euforie over het nieuwe afstammingsrecht door op enkele onopgeloste problemen te wijzen en

voorspelt dat door toekomstige jurisprudentie het afstammingsrecht verder zal worden aangescherpt.

Mr E.E.V. Lenos, Mensenrechtelijke en bestuursrechtelijke waarborgen bij handhaving van de sociale zekerheid.

– In deze bijdrage in de serie artikelen n.a.v. mensenrechtelijke proefschriften brengt schr. enkele bevindingen uit zijn proefschrift over bestuurlijke sanctietoepassingen in de sociale zekerheid onder de aandacht. Centraal staat de vraag of bestuurlijke sanctiënering in de sociale zekerheid voldoet aan art. 6 EVRM, dat in het licht van de drie klassieke strafrechtelijke beginselen het onschuldvermoeden, het nemo tenetur-beginsel en het ne bis in idem-beginsel, wordt gezien. Geconcludeerd wordt dat de vraag bevestigend kan worden beantwoord.

Mr P.R. Rodrigues, De migrant als koning-klant? Onderscheid naar ras en nationaliteit bij consumententransacties.

– In deze bijdrage, die eveneens past in de serie over mensenrechtelijke proefschriften, worden enkele delen van het proefschrift 'Anders niets? Discriminatie naar ras en nationaliteit bij consumententransacties' nader onderzocht. Schr. bespreekt vormen van structurele discriminatie, die ontstaan door het institutionaliseren van acceptatieprocedures en zo eigenlijk gestandaardiseerde discriminatie in houden. Geconcludeerd wordt dat de selectie op (vermeende) risicofactoren vaak te grofmazig gebeurt en dat discriminatie met het gebruik van nauwkeuriger factoren kan worden voorkomen zonder dat het bedrijfsrisico hieronder hoeft te leiden.

● Rechtshulp

Advocatenblad, 79e jrg. nr 18, 1 okt. 1999

In deze aflevering o.m.: Mr P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, Klagen maakt blij (column over de net ingestelde Geschillencommissie Advocatuur, zie ook NJB'99/34/p. 1677).

● Sociaal recht

SMA, 54e jrg. nr 9, sept. 1999

Prof.dr G.J. Vonk, Eigen land eerst, fort Europa of mondiale plichten? (rubriek Deze Maand).

– Het open karakter van het Nederlandse socialezekerheidsstelsel is inmiddels aanzienlijk geërodeerd (Kop-

pelingswet, uitkeringsgerechtigden in het buitenland bijv.) Kenmerkend voor alle maatregelen is dat het stelsel minder toegankelijk wordt gemaakt voor personen die zich in een grensoverschrijdende situatie bevinden – de 'grensnormenstructuur' van het stelsel wordt aangescherpt, waarbij verschillende groepen migranten in verschillende mate worden getroffen. Die verschillen zijn deels onontkoombaar maar moeten niet onbeperkt oplopen, aldus schr.

Mr L.C.J. Sprengers, Het primaat van de politiek in de WOR: een evaluatie na 4 jaar rechtspraak.

– De in 1995 op de overheid van toepassing verklaarde WOR levert in die sector i.h.a. geen specifieke problemen op. Deze waren er t.a.v. het vormgeven en functioneren van een medezeggenschapsstructuur bij grote overheidsorganisaties; het instemmingsrecht van de ondernemingsraad bij de overheid bij arbeidsvoorwaardelijke regelingen van onderwerpen waarover geen afspraken met de vakorganisaties zijn gemaakt en de rol van de ondernemingsraad bij sluiten van politieke organen. Op dit laatste gaat schr. in. *Mr G.C. Boot*, Ontslagvergoedingen: grondslag, vormen en toekomst.

– In het ontslagvergoedingsrecht viert de rekenkunde hoogtij, vooral sinds de kantonrechttersformule. Schr. vraagt mede n.a.v. enkele arresten aandacht voor de juridische grondslagen van de diverse vormen van ontslagvergoedingen.

Mr D.J.B. de Wolff, Een nieuw richtlijnvoorstel inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

– Op 18 maart jl. hebben de Europese werkgevers- en werknemerskoepelorganisaties een raamovereenkomst gesloten over arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. De Europese Commissie heeft het onderhandelingsresultaat ongewijzigd in de vorm van een Richtlijnvoorstel aan de Raad van Ministers voorgelegd. Politieke obstakels voor aanvaarding lijken er niet te zijn.

Vervoer & Recht, nr 5, sept. 1999

In deze aflevering o.m.: Prof.em.mr H. Libert, Boycot van schepen door syndicale acties.

● Staats- & bestuursrecht

De Gemeentestem, 149e jrg. nr 7105, 1 okt. 1999

Prof.mr H.Ph.J.A.M. Hennekens, De

gemeentelijke verordeningenbevoegdheid inzake schadevergoeding.

– Nagegaan wordt of en zo ja, in hoeverre de gemeenteraad bevoegd is algemeen verbindende voorschriften vast te stellen inzake het toekennen van schadevergoeding aan hen die jegens de gemeente aanspraken menen te hebben op zo'n vergoeding. Dit artikel is behalve een gedegen verhandeling van het probleem van de reikwijdte van de bevoegdheid van de gemeenteraad op dit terrein, deels een reactie op het artikel van Bernd van der Meulen in Gst. 1999, nr 7101.

De Gerechtsdeurwaarder, 109e jrg. nr 7, sept. 1999

Mr J.D. van Vlastuin, De algemene Wet op het binnentreden.

– Kort overzicht van de praktische gevolgen voor deurwaarders van de wetswijzigingen.

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

Advocatenblad, 79e jrg. nr 18, 1 okt. 1999

In deze aflevering o.m.: Mr R.B. Milo, Valkuilen in het strafprocesrecht (jaarlijks jurisprudentieoverzicht).

Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht, 21e jrg. nr 9, sept. 1999

Annelies van Vliet, Kritische kanttekeningen bij het wetsontwerp beginselenwet justitiële jeuginrichtingen. – Zie onder jeugd-, relatie- & erfrecht.

● **Vrouw & recht**

Nemesis, 15e jrg. nr 5, sept./okt. 1999
Ellen-Rose Kambel, Bescherming van landrechten van inheemse vrouwen. Mijn land of ons land.

– Binnen VN-verband wordt de bescherming van landrechten van vrouwen vooral gedefinieerd als een vorm van seksdiscriminatie en middel voor armoedebestrijding, maar het is zeer de vraag of ook inheemse vrouwen gebaat zijn bij een dergelijke, op individuele eigendomsrechten gebaseerde, benadering. Na een uiteenzetting van de concrete problemen waar inheemse vrouwen in Suriname mee te maken hebben bij hun toegang tot en controle over grond en andere natuurlijke hulpbronnen, bespreekt schr. twee benaderingen van landrechten – als –

mensenrechten; de 'inheemse rechten' – benadering en de 'seksdiscriminatie'-benadering. De oplossing die voortkomt uit de internationale vrouwenrechtenbeweging om individuele titels aan vrouwen uit te reiken poogt een eind te maken aan gender-ongelijkheid en dient tevens als middel tot armoedebestrijding, maar past ook in het assimilatiebeleid van de Nederlandse koloniale overheid en de Suri-naamse Staat.

Christa Tobler, Paritaire vertegenwoordiging als universeel concept. Zonder pariteit geen democratie.

– Vrouwen maken 52% uit van de wereldbevolking, maar wereldwijd komt het gemiddelde percentage van vrouwen in nationale parlementen niet boven een magere 12,7%. Het debat over maatregelen om aan deze ondervertegenwoordiging een eind te maken gaat in de meeste landen over de invoering van politieke quota's. Tegenover de quotaregelingen staat het beginsel van Parité: geen kwantitatieve doelen en arbitraire en veranderlijke percentages, maar de 'volmaakte gelijkheid' als absoluut en compromisloos doel. Schr. schetst de discussie. *Verder in deze aflevering o.m.: Stans Goudsmit, Tessel de Lange*, Eindelijk politieke aandacht voor immigrantenvrouwen? *Kroniek vreemdelingenrecht. Els van Blokland*, De dubbele standaard van het omgangsrecht. (On)verbreekelijke gezinsbanden (kritiek op de omgangsregeling in het vreemdelingenrecht).

Wetgeving



■ **Nieuwe wetsvoorstellen**

Niet-verspreiding van kernwapens

Brief van de minister van Buitenlandse Zaken (17-9-'99) waarbij hij ter stilzwijgende goedkeuring aanbiedt het aanvullend Protocol bij de Overeenkomst tussen de Republiek Oostenrijk, het Koninkrijk België, het Koninkrijk Denemarken, de Republiek Finland, de Bondsrepubliek Duitsland, de Helleense Republiek, Ierland, de Italiaanse Republiek, het Groot-hertogdom Luxemburg, het Koninkrijk der Nederlanden, de Portugese Republiek, het Koninkrijk Spanje, het Koninkrijk Zweden, de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie ter uitvoering van artikel III, leden 1 en 4, van het Verdrag inzake de niet-verspreiding van kernwapens, met bijlagen; Wenen, 22 september 1998.

– Het waarborgenstelsel van de Internationale Organisatie voor Atoomenergie (IAEA) was tot dusverre vooral gericht op de nucleaire materialen-boekhouding op basis waarvan werd gecontroleerd of alle door een staat aangegeven splijtstoffen in nucleaire installaties daar ook werkelijk aanwezig waren en niet aan de vreedzame splijtstofkringloop waren onttrokken voor (mogelijk) militair gebruik. Kernpunt van dit Aanvullend Protocol is daarentegen de uitbreiding van het waarborgenregime tot installaties, activiteiten en materialen, die een niet-nucleair karakter hebben en/of niet onder de werking van de waarborgovereenkomsten vallen. Zij kunnen echter wel (indirect) een rol spelen bij de proliferatie van kernwapens of een indicatie geven voor activiteiten,

die in strijd zijn met de verplichtingen, die een staat op zich heeft genomen. Tevens krijgt het IAEA de bevoegdheid om te controleren of op het grondgebied van een staat niet-aangegeven splijtstoffen aanwezig zijn. Het Aanvullend Protocol levert een belangrijke bijdrage aan de versterking van het internationale nonproliferatie-regime.

S-G. '99'00 – 26 810, nrs 3 en 1

Wijzigingswet beperking export uitkeringen

Wetsvoorstel (22-9-'99) tot wijziging van de Ziektewet, de wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering en enkele andere wetten i.v.m. de inwerkingtreding van de Wet beperking export uitkeringen.

– Personen die in een land gaan wonen waarmee Nederland geen verdrag heeft afgesloten over de controle op socialeverzekeringsuitkeringen en die hun uitkering kwijtraken als gevolg van de Wet beperking export uitkeringen (Wet van 27-5-'99, 251. Inwerkingtreding 1-1-2000), krijgen alsnog recht op die uitkering, zodra met dat land een dergelijk verdrag wordt afgesloten. Deze herleving van het recht op een uitkering is een toezegging van staatssecretaris Hoogervorst aan de Eerste Kamer bij de behandeling van de Wet beperking export uitkeringen. Deze wet, die op 1 januari 2000 in werking treedt, bepaalt dat mensen die buiten Nederland wonen, alleen recht hebben op een socialeverzekeringsuitkering zoals een nabestaandenuitkering, WAO-uitkering of kinderbijslag als zij in een lidstaat van de Europese Unie wonen of in een land waarmee een verdrag over controle op de uitkeringen is gesloten. Zie over deze wet verder de rubriek wetgeving, NJB 99/27/p. 1286-1287.

TK. '99'00 – 26 812, nrs 1-3

Grensoverschrijdende belasting-fraude

Brief van de minister van Buitenlandse Zaken (17-9-'99) waarbij hij ter stilzwijgende goedkeuring aanbiedt het verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Bondsrepubliek Duitsland inzake de wederzijdse administratieve bijstand bij de invordering van belastingsschulden en de uitreiking van documenten; 's-Gravenhage, 21 mei 1999.

– Bij de bestrijding van grensoverschrijdende fraude wordt de mogelijkheid gemist om aan Duitsland te verzoeken bijstand te verlenen bij de in-

vordering van in Nederland verschuldigde belastingen. In dit verdrag wordt beoogd deze lacune in de mogelijkheden voor de verlening van wederzijdse bijstand bij de invordering van belastingsschulden in de relatie tot Duitsland op te vullen.

TK. '99'00 – 26 809, nrs 1-2

Centraal beheer politie

Wetsvoorstel (21-9-'99) tot wijziging van de Politiewet 1993 i.v.m. de concentratie van beheersbevoegdheden op rijksniveau m.b.t. de regionale politiekorpsen bij de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

– Met dit wetsvoorstel wordt het beheer op rijksniveau van de politie geconcentreerd bij de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Het wetsvoorstel voorziet daarnaast in waarborgen voor de minister van Justitie om te verzekeren dat deze optimaal inhoud kan geven aan diens verantwoordelijkheid voor de nationale en internationale strafrechtshandhaving. Concentratie van beheer op rijksniveau maakt het mogelijk om de samenwerking tussen de politiekorpsen meer structureel vorm te geven en beheersmatig aan te sturen. Dit moet leiden tot een grotere slagvaardigheid en transparantie van de Nederlandse politie als geheel en uiteindelijk tot een verbetering van de veiligheidssituatie. Het adagium 'beheer volgt gezag' is niet alleen leidend in de verhoudingen tussen de gezagsdragers en de korpsbeheerders op regionaal niveau, maar geldt mutatus mutandis ook voor de verhoudingen op rijksniveau, waarbij de minister van BZK -onder meer- verantwoordelijk is voor het centraal beheer en de minister van Justitie verantwoordelijk is voor de strafrechtshandhaving. Als de politie in een gemeente optreedt ter handhaving van de openbare orde en ter uitvoering van de hulpverleningstaak, staat zij onder gezag van de burgemeester. Als de politie optreedt in het kader van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, dan wel taken verricht ten dienste van Justitie, staat zij onder gezag van de officier van Justitie. Ook krijgt het Beleidsplan Nederlandse Politie, zo is het voorstel, een wettelijke grondslag. Aan het begin van elke kabinetsperiode wordt het beleidsplan door de ministers van BZK en van Justitie gepresenteerd en jaarlijks geactualiseerd door de landelijke politiebrieven. Naar aanleiding van het advies van de Raad van State is het wetsvoorstel met betrekking tot de waarborgen

voor de minister van Justitie op enkele punten aangescherpt. Zo krijgt de minister van Justitie mede-aanwijzingsbevoegdheid indien de landelijke beleidsthema's betrekking hebben op zijn beleidsterrein.

TK. '99'00 – 26 813, nrs 1-3

Correctie baksteenarrest

Wetsvoorstel (24-9-'99) tot wijziging van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 (continuering regime inzake voorzieningen)

– In het geruchtmakende 'Baksteenarrest' heeft de HR na een bestendige gedragslijn van meer dan veertig jaar voor het bedrijfsleven de mogelijkheden verruimd om ten laste van de fiscale winst voorzieningen te treffen (26 aug. '98, nr 33 417). De verruiming kan tot verstreckende budgettaire gevolgen leiden waarmee het kabinet geen rekening heeft kunnen houden en die overigens ook niet passen in het fiscale en financiële beleid van het kabinet. Het wetsvoorstel strekt er toe om zowel voor het verleden als voor de toekomst het fiscale regime voor voorzieningen zoals dat direct voorafgaand aan het baksteenarrest bestond, te continueren. De regeling is niet alleen van toepassing op nieuwe boekjaren, maar ook op boekjaren waarover de aanslag of de verliesbeschikking op de datum van inwerkingtreding van deze wet niet onherroepelijk vaststaat.

TK. '99'00 – 26 821, nrs 1-3

Euro en boek 2 BW

Wetsvoorstel (24-9-'99) tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wet-

boek i.v.m. de invoering van de euro

– De invoering van de euro heeft ook gevolgen voor het vennootschapsrecht. Bij het opstellen van dit wetsvoorstel is ervan uitgegaan dat de kosten voor vennootschappen zo beperkt mogelijk moeten blijven. Als dat niet strikt noodzakelijk is, wordt afgezien van het geven van dwingendrechtelijke regels. Indien de invoering van de euro wijziging van statuten onvermijdelijk maakt, is gekozen voor regelingen waardoor de kosten en formaliteiten van dergelijke wijzigingen worden beperkt. Op grond van de Europese verordeningen en de wet heeft iedere vennootschap de volgende keuzemogelijkheden: a. geen wijzigingen aanbrengen in de statuten. Volgens de verordeningen wordt iedere vermelding in guldens in statuten dan vanaf 1 januari 2002 van rechtswege gelezen als verwijzingen in euro; b. de statuten wijzigen met inachtneming van de

verordeningen en de gebruikelijke regels van boek 2 BW. Zij kunnen bijvoorbeeld kiezen voor splitsing en samenvoeging van aandelen; c. de statuten wijzigen met gebruikmaking van de bijzondere regels van dit wetsvoorstel.

TK. '99'00 – 26 823, nrs 1-3

■ Vervolgstukken

Bevordering eigen huizenbezit

Nota n.a.v. het nader verslag, brief van de indieners (beide van 21-9-'99) en derde nota van wijziging (22-9-'99) bij het initiatiefvoorstel van wet van de leden Duivesteyn, Biesheuvel, Hofstra en Van 't Riet houdende nieuwe regels over het toekennen van bijdragen aan lagere inkomensgroepen ten behoeve van het verkrijgen en kunnen blijven bewonen van een eigen woning.

TK. '99'00 – 25 309, nrs 18-20

Bijzondere politieregisters

Brief van de minister van Justitie (22-9-'99) over het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet politieregisters, houdende nadere regels voor bijzondere politieregisters ten behoeve van de politie, Koninklijke marechaussee en daartoe aangewezen diensten van publiekrechtelijke lichamen die met de opsporing van strafbare feiten zijn belast.

EK. '99'00 – 25 398, nr 10

Aanstellingswijze burgemeester uit de Grondwet

Nader voorlopig verslag (21-9-'99) over het wetsvoorstel tot verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot het doen vervallen van de bepaling inzake de benoeming van de commissaris van de Koning en de burgemeester.

EK. '99'00 – 25 620, nr 6

Directe werking uitspraak huurcommissie

Nota n.a.v. het verslag (21-9-'99) bij het initiatiefvoorstel van wet van de leden Duivesteyn en M.M. van der Burg houdende wijziging van de Huurprijzenwet woonruimte en de Wet op de huurcommissies (begrenzing van de huurharmonisatie).

TK. '99'00 – 25 796, nr 7

Dwangsom en bestuurlijke boete in financiële wetgeving

Memorie van antwoord (24-9-'99) bij het wetsvoorstel tot opnemings in de

Wet toezicht beleggingsinstellingen, de Wet toezicht effectenverkeer 1995, de Wet toezicht kredietwezen 1992, de Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf, de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993, de Wet inzake de wisselkantoren, de Wet melding zeggenschap in ter beurze genoteerde vennootschappen 1996 en de Wet financiële betrekkingen buitenland 1994, van bepalingen betreffende handhaving door middel van een dwangsom of een bestuurlijke boete en van bepalingen betreffende de rechtsgang.

EK. '99'00 – 25 821, nr 9

Deregulering taxivervoer

Voorlopig verslag (23-9-'99) over het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet personenvervoer voor het taxivervoer.

EK. '99'00 – 25 910, nr 8

Taakstraffen

Nota van wijziging (22-9-'99) bij het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten omtrent de straf van onbetaalde arbeid ten algemene nutte.

TK. '99'00 – 26 114, nr 7

Retributies milieugevaarlijke stoffen

Voorlopig verslag (14-9-'99) over het wetsvoorstel tot uitbreiding van de Wet milieubeheer.

EK. '98'99 – 26 161, nr 332

Aanpassing arbeidsduur

Brieven van de staatssecretaris van SZW (20 en 21-9-'99) over het wetsvoorstel regels inzake het recht op aanpassing van de arbeidsduur.

TK. '98'99 – 26 358, nrs 25-26

Regelgevingsprocedure euro

Verslag (17-9-'99) over het wetsvoorstel met procedurele voorzieningen voor de aanpassing van regelgeving in verband met de vervanging van de gulden door de euro.

TK. '98'99 – 26 685, nr 4

■ Nota's, rapporten & verslagen

Uitvoering EG-richtlijnen

Brief van de staatssecretaris van Buitenlandse Zaken (23-7-'99) waarbij hij het kwartaaloverzicht aanbiedt met betrekking tot de implementatie van EG-richtlijnen naar de stand van 30 juni 1999.

– In deze periode zijn in totaal 47 richtlijnen verwerkt. Van 35 richtlij-

nen is de implementatieperiode verstreken en er zijn in het geheel 10 inbreukprocedures aangespannen. De meeste richtlijnen, nl. 15, werden geïmplementeerd door het ministerie van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij. Daarna komt Verkeer en Waterstaat met 13 verwerkte richtlijnen. Maar Verkeer en Waterstaat is de koploper in niet tijdig geïmplementeerde richtlijnen, nl. 18. Er lopen 6 inbreukprocedures tegen dit ministerie.

TK. '98'99 – 21 109, nr 99

First use kernwapenstaten

Brief van de minister van Buitenlandse Zaken (6-9-'99) waarin hij ingaat op het nucleaire beleid van de NAVO, met name hoe de mogelijkheid van 'first use' zich verhoudt tot de negatieve veiligheidsgaranties.

– Vanaf 1978 zijn door de vijf kernwapenstaten in verschillende bewoordingen unilateraal 'negatieve veiligheidsgaranties' afgegeven. Aan de vooravond van de Toetsings- en Verlengingsconferentie van het Non Proliferatieverdrag (NPV) in 1995 werd door elk van de kernwapenstaten opnieuw een negatieve veiligheidsgarantie afgegeven. Naar deze negatieve veiligheidsgaranties werd vervolgens verwezen in VN-Veiligheidsraadsresolutie 984 van 11 april 1995.

De VS gaf de volgende garantie af: 'The United States reaffirms that it will not use nuclear weapons against non-nuclear-weapon States to the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons except in the case of an invasion or any other attack on the United States, its territories, its armed forces or other troops, its allies, or on a State towards which it has a security commitment, carried out or sustained by such a non-nuclear-weapon State in association or alliance with a nuclear-weapon State'. Frankrijk, Rusland, het VK gaven in essentie gelijklopende verklaringen af. China verwoordde zijn garantie weer anders. De VS heeft later overigens niet uitgesloten dat onder bepaalde omstandigheden de inzet van kernwapens zou kunnen worden overwogen in geval van gebruik door een tegenstander van andere massavernietigingswapens.

De interpretatie van de reikwijdte van de negatieve veiligheidsgarantie voor het nucleaire beleid van een kernwapenstaat berust op dit moment in de eerste en laatste instantie bij die kernwapenstaat zelf, dit aangezien zij de garanties unilateraal hebben gegeven

en de uiteindelijke beslissingsbevoegdheid behouden. De eerste implicatie daarvan is, dat de NAVO zelf geen negatieve veiligheidsgaranties kan afgeven aangezien het geen beslissingsbevoegdheid heeft. De tweede implicatie is dat door het verbreden van de negatieve veiligheidsgaranties tot een multilaterale afspraak, er meer duidelijkheid kan worden gecreëerd over de modaliteiten daarvan. Nederland is daarom voorstander van totstandkoming van effectieve internationale arrangementen, die de vorm zouden kunnen krijgen van een juridisch bindend instrument.

TK. '98'99 – 25 819 en 26 348, nr 8

Wetgeving voor de elektronische snelweg

Brief van de minister van Justitie (15-9-'99) waarin hij een geactualiseerde versie aanbiedt van het actieplan behorend bij de nota 'Wetgeving voor de elektronische snelweg'.

– Een van de belangrijkste conclusies van de nota was dat het Nederlandse recht in vergaande mate toepasbaar is op de elektronische snelweg. In de nota is voorts aangegeven dat, hoewel het Nederlandse recht veelal toereikend zal zijn voor de situatie op het Internet, het niettemin mogelijk is dat de omstandigheden zodanig zijn dat aanpassing van wetgeving of bijzondere voorzieningen nodig zijn. Daarom is de bijzondere strafrechtelijke voorziening voorgesteld in het wetsvoorstel computercriminaliteit II, in verband met de aansprakelijkheid van tussenpersonen op het Internet (TK. 26 671, zie NJB 99/28/p. 1350). Een ander deel van de actiepunten heeft betrekking op onderzoek met het oog op het vormgeven van beleid ten aanzien van de informatiemaatschappij en met het oog op eventuele aanpassingen in de wetgeving. Gedacht kan daarbij worden aan de diverse onderzoeken inzake 'datamining' die gaande zijn.

TK. '98'99 – 25 880, nr 8

Jeugd

Lijst van vragen en antwoorden van de minister van Justitie (vastgesteld 20-9-'99) inzake de bestuurlijke informatievoorziening op het terrein Jeugd. Aan de orde komen o.m. de doorlooptijd bij de Raad voor de Kinderbescherming; de toenemende mate waarin sprake is van jeugdigen met psychiatrische stoornissen; het wegwerken van wachtlijsten in de jeugdhulpverlening, de groei van het aantal

strafzaken bij de Raad voor de Kinderbescherming.

TK. '98'99 – 26 200 VI, nr 71

Zorgverlof

Brief van de staatssecretaris van SZW (20-9-'99) waarbij zij het kabinetsstandpunt aanbiedt over de betaling van het kortdurende zorgverlof.

– Het kabinet heeft besloten dat werknemers een wettelijk recht dienen te krijgen op maximaal tien dagen zorgverlof per jaar met doorbetaling van 70% van het loon conform de systematiek van de Wet uitbreiding loon doorbetalingsplicht bij ziekte. Werkgevers worden voor de helft van de kosten gecompenseerd. Dit betekent dat de kosten van het zorgverlof voor circa één derde door de werknemer, voor circa één derde door de werkgever en voor circa één derde door de overheid worden gedragen. Werkgevers worden wettelijk verplicht 70% van het loon door de betalen, met een minimum gelijk aan het bruto minimumuurloon en een maximum gelijk aan het maximumdagloon, overeenkomstig de regeling bij ziekte. Men zie ook de rubriek Nieuws van de vorige aflevering.

TK. '98'99 – 26 447, nr 14

Terugkeerbeleid afgewezen asielzoekers

Lijst van vragen van de vaste commissie voor de Rijksuitgaven en antwoorden de staatssecretaris van Justitie (vastgesteld 22-9-'99) over het rapport van de Algemene Rekenkamer inzake het terugkeerbeleid van afgewezen asielzoekers.

TK. '99'00 – 26 626, nr 4

Liberalisering gasmarkt

Brief van de Algemene Rekenkamer (29-9-'99) waarbij zij het rapport 'Aardgasbaten' aanbiedt.

– Door de liberalisering van de gasmarkt kunnen buitenlandse gasproducenten, naast de Gasunie, direct aan grootverbruikers en later tevens aan distributiebedrijven gaan leveren. Het gevolg van de liberalisering zal volgens de Rekenkamer zijn dat de Gasunie ongeveer 20% van haar marktaandeel zal verliezen en dat de gasprijzen zullen gaan dalen. De aardgasbaten voor de Staat, die vooral afkomstig zijn van binnenlandse gasproductie, nemen door de liberalisering structureel af, mogelijk met honderden miljoenen gulden per jaar.

De Rekenkamer beveelt de minister van EZ aan de (financiële) gevolgen

van de liberalisering zichtbaar te maken en eventueel het huidige aardgasbatenstelsel te heroverwegen. Naar het oordeel van de Rekenkamer voldeed het aardgasbatenbeleid tot nu toe.

TK. '99'00 – 26 811, nrs 1-2

Actualiteiten



Nieuws

STRAFRECHTELIJKE AANPAK BIJ ORDEVERSTORINGEN

Aansluitend op het wetsvoorstel bestuurlijke ophouding (*Kamerstukken II* 26 736, zie *NJB* 1999, p. 1640 en 1708) is op 24 september een wetsvoorstel ingediend dat de rechter-commissaris de mogelijkheid geeft personen direct in verzekering te stellen als zij worden verdacht van een strafbaar feit en de kans op herhaling erg groot is. Het gaat bijvoorbeeld om vernieling, mishandeling en opruiing. Het wetsvoorstel behelst een aanpassing van de regeling van de rechterlijke bevelen tot handhaving van de openbare orde. Deze aanpassing strekt er hoofdzakelijk toe deze procedure, in aansluiting op een uitbreiding van de bevoegdheid van bestuurlijke autoriteiten, meer toe te snijden op grootschalige ordeverstoringen, opdat zij diensten kan bewijzen in gevallen waarin met bestuurlijke ophouding niet kan worden volstaan, aldus de minister van Justitie.

Het huidige wettelijk instrumentarium wordt door de twee wetsvoorstellen als volgt uitgebreid. Centraal staat de bestuurlijke ophouding. Indien personen groepsgewijs een noodbevel of een bij noodverordening vastgesteld voorschrift overtreden kunnen zij, indien zij aan een waarschuwing geen gehoor geven, worden opgehouden. Deze ophouding duurt niet langer dan noodzakelijk is ter verzekering van de naleving van ter handhaving van de openbare

orde gegeven voorschriften of bevelen. In ieder geval duurt de ophouding niet langer dan twaalf uur. Deze bestuurlijke ophouding vereist geen geïndividualiseerde rechtsbasis in die zin, dat de waarschuwing die aan de ophouding ten grondslag ligt een algemeen karakter heeft. De betrokkenen worden ook niet geregistreerd. Zij krijgen slechts de mogelijkheid om zich te laten registreren, voor het geval zij bezwaar willen maken tegen de bestuurlijke ophouding. Zonder een dergelijke registratie kan het voor de betrokkene immers lastig zijn, achteraf aan te tonen dat hij bestuurlijk opgehouden is.

Na uiterlijk twaalf uren dienen de opgehouden te worden vrijgelaten. Mogelijk is evenwel dat de politie er – bijvoorbeeld aan de hand van video-beelden – tegen die tijd in geslaagd is binnen de opgehouden één of meer personen te identificeren van wie kan worden vastgesteld dat zij een vrij grote bijdrage aan de ongeregelheden hebben geleverd. Denkbaar is ook dat zij die personen in verband kunnen brengen met informatie die zij over de betrokkene hebben vergaard, die indiceert dat de betrokkene ook in ander verband bij ongeregelheden op de voorgrond is getreden. In het bijzonder op dat soort gevallen ziet de voorgestelde aanpassing van de regeling van de rechterlijke bevelen tot handhaving van de openbare orde. Deze aanpassing beoogt het mogelijk te maken, deze personen voor de rechter-commissaris te leiden teneinde door deze te laten beoordelen of de verzamelde aanwijzingen een vrijheidsbenaming van langere duur rechtvaardigen, aldus de toelichting.

Daarbij geldt als voorwaarde dat de rechter-commissaris zich ervan moet vergewissen dat handhaving van de openbare orde niet met een minder grijpend middel kan worden afgedwongen. En er moet een dagvaarding van de officier van Justitie liggen om binnen tien dagen terecht te staan. Bij de directe inverzekeringstelling kan de rechter-commissaris de verdachte maximaal twee termijnen van elk vijf dagen vasthouden.

Geen wijziging wordt voorgesteld van het 'heterdaad-vereiste' dat in artikel 540 Sv wordt gesteld. Dat vereiste blijft tot uitdrukking brengen dat tussen het begaan van het feit en de oplegging van het rechterlijk bevel niet te veel tijd mag verstrijken. Ontdekking op heterdaad heeft plaats, zo volgt uit artikel 128 Sv, wanneer het strafbare

feit ontdekt wordt, terwijl het begaan wordt of terstond nadat het begaan is. Die situatie doet zich voor als tijdens de bestuurlijke ophouding kan worden vastgesteld dat bepaalde personen een vrij grote bijdrage aan de ongeregelheden hebben geleverd. In dit verband kan ook nog aangegeven worden dat zolang de opsporingsambtenaren na de ontdekking op heterdaad onafgebroken opsporingsactiviteiten hebben verricht, ontdekking op heterdaad kan worden aangenomen (vgl. HR 17 mei 1949, NJ 1949, 553).

GELDLeningen ZUID-HOLLAND

Het vertrouwelijk besluit van Gedeputeerde Staten van de provincie Zuid-Holland van 24 oktober 1995 (zie ook *NJB* 1999, p. 1709), luidend: 'Als onderdeel van de treasury wordt gebruik gemaakt van risicolozie intensiveringsinstrumenten op de geldmarkt' is even beknopt als ondoorgrondelijk. Dat stelt de onafhankelijke onderzoekscommissie geldleningen Zuid-Holland (Commissie-Van Dijk) in haar op 1 oktober jl. aan de voorzitter van de Provinciale Staten aangeboden rapport. Het oordeel van de commissie over dat besluit, waarvoor het bankieren door de provincie mogelijk werd gemaakt, en over de op basis daarvan naderhand ondernomen acties, is hard: 'naar inhoud ondeugdelijk en extreem riskant, onrechtmatig want onbevoegd genomen en democratisch ontoelaatbaar omdat het Provinciale Staten buiten spel zette.' De Commissie-Van Dijk adviseert het besluit in te trekken. In haar eindoordeel vervolgt de onderzoekscommissie: 'Het besluit is door Gedeputeerde Staten na ampel beraad bewust zo genomen. Het College van Gedeputeerde Staten van 1995 is hiervoor in zijn geheel verantwoordelijk; een bijzondere verantwoordelijkheid ligt bij de portefeuillehouder Financiën. Hij, de Commissaris van de Koningin en de griffier die in dit opzicht een bijzondere verantwoordelijkheid hadden, hebben de rechten van Provinciale Staten niet beschermd.

2. Maatregelen om het besluit adequaat in te voeren zijn niet genomen. De primaire verantwoordelijkheid daarvoor berust bij de ambtelijke hiërarchie: griffier, hoofd centrale afdeling Financiën en hoofd bureau Middelbeheer, de provincie- en dienstcontrollen en het verantwoordelijke Gedeputeerde-Statenlid.

3. De uitvoering van het besluit is gedaan op een wijze, die buitengewone risico's inhield. Daarbij werden vele regels en voorschriften geschonden. De algehele verantwoordelijkheid daarvoor berust bij het hoofd van de centrale afdeling Financiën, tevens provinciecontrollor. Op uitvoerend niveau is sprake van een onverantwoordelijk en onrechtmatig want onbevoegd handelen van de treasurer. Voorts dragen de griffier en het verantwoordelijke Gedeputeerde-Statenlid verantwoordelijkheid doordat zij onvoldoende toezicht hebben uitgeoefend.

4. De externe controle op de uitvoering is ontoereikend geweest. De accountant is ernstig in zijn controletaak tekort geschoten.

5. Het onderzoek door Provinciale Staten bij de vaststelling van de rekening is ontoereikend geweest. De omvang van de treasury-winst had moeten attenderen op de grootte van de risico's en had moeten leiden tot indringende vragen aan Gedeputeerde Staten en aan de accountant. De primaire verantwoordelijkheid hiervoor ligt bij de Rekeningcommissie uit Provinciale Staten.

De Commissie-Van Dijk doet in het rapport een reeks aanbevelingen om te komen tot een kasgeldbeheer van normale proporties dat controleerbaar is. Provinciale Staten moet niet het zicht op inkomsten en uitgaven en op de financiële positie van de provincie worden ontnomen. P.S. dienen onder meer toe te zien op strikter naleving van de voorschriften van de Provinciewet en van het Besluit comptabiliteitsvoorschriften. De juridische functie zou moeten worden versterkt zodat besluiten consequenter op hun rechtmatigheid kunnen worden getoetst. Het rapport van de Commissie is te lezen op www.pzh.nl.

De Commissaris van de Koningin ir. J. Leemhuis-Stout, die overigens zelf tegen het gewraakte besluit was, heeft vanwege (het oordeel over) deze Ceteco-affaire evenals enkele gedeputeerden en de griffier haar ontslag ingediend. Het is de eerste keer dat een Commissaris van de Koningin om politieke redenen voortijdig ontslag indient. Leemhuis constateerde in haar toespraak tot Provinciale Staten op 6 oktober onder meer dat er staatsrechtelijk spanning bestaat tussen de diverse rollen die de Commissaris speelt: provinciaal bestuurder, eenhoofd, zelfstandig bestuursorgaan en lid van het college van Gedeputeerde Staten.

De kennis en het inzicht in de meerledige functies van de CdK en de daarmee samenhangende bestuurlijke verantwoordelijkheden en bevoegdheden is gering, zo vindt zij.

GEEN SAMENWERKING NOTARISSEN EN ACCOUNTANTS

Notarissen mogen samenwerken met advocaten en met fiscaal-juristen, maar uitbreiding van de samenwerkingsverbanden tot andere beroepsgroepen is voorlopig niet aan de orde. Dat schrijft staatssecretaris Cohen van Justitie in een brief van 2 oktober aan de Tweede Kamer over interdisciplinaire samenwerking tussen vrije beroepsbeoefenaren. Cohen is niet principieel tegen nieuwe vormen van samenwerking tussen vrije beroepsbeoefenaren, maar vindt het onverantwoord die nu toe te staan terwijl er tussen beroepsgroepen geen overeenstemming bestaat over de voorwaarden die aan samenwerking moeten worden gesteld. Die voorwaarden moeten de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris waarborgen. Daarbij speelt een rol dat het notariaat al wordt geconfronteerd met een aantal vernieuwingen als gevolg van de net in werking getreden nieuwe Notariswet. Ook is het op dit moment te onduidelijk hoe er door de Europese rechter en in andere landen (m.n. de Angelsaksische) over deze vormen van samenwerking wordt gedacht.

De nieuwe notariswet biedt notarissen de mogelijkheid van samenwerking met andere beroepsgroepen voor zover dat de voor een notaris vereiste onafhankelijkheid en onpartijdigheid niet in gevaar brengt. De Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie kan bij verordening voorwaarden stellen aan die samenwerking. De staatssecretaris heeft in dit verband geen principieel bezwaren tegen samenwerking tussen notarissen en accountants. Hij maakt in zijn brief – in tegenstelling tot de Nederlandse Orde van Advocaten – geen principieel onderscheid tussen samenwerking tussen juridische vrije beroepsbeoefenaars zoals advocaten en notarissen enerzijds en samenwerking tussen juridische en niet-juridische vrije beroepsbeoefenaars anderzijds.

Er kleven risico's aan samenwerking tussen notarissen en accountants maar die zijn in beginsel 'overkomelijk' aldus de staatssecretaris. Verder onder-

zoek naar de voorwaarden die aan de verschillende samenwerkingsverbanden moeten worden gesteld is echter noodzakelijk voordat zij wordt toegestaan. De staatssecretaris maakt daarbij onderscheid tussen samenwerking met accountants die in grotere samenwerkingsverband werken en samenwerking met accountants die niet in zo'n samenwerkingsverband opereren. Binnen een jaar wil de staatssecretaris onderzoeken of de samenwerking met de laatstgenoemde accountants mogelijk gemaakt kan worden. Onderzoek naar de samenwerking van notarissen met accountants die in grote samenwerkingsverbanden optreden gaat maximaal drie jaar duren. De staatssecretaris hoopt dat hij er samen met de betrokken beroepsorganisaties in zal slagen binnen die tijd een regeling tot stand te brengen over de voorwaarden voor die samenwerking.

AANSPRAKELIJKHEID VAN PROVIDERS

In kringen van tussenpersonen op het Internet bestaat een zekere angst dat zij aansprakelijk worden gehouden voor een onrechtmatige inhoud van materiaal dat zij doorgeven. Dat is niet nodig, aldus de minister van Justitie, die in een notitie van 7 september jl. (*Kamerstukken II 1998/99*, 25 880, nr. 7) ingaat op de civielrechtelijke en strafrechtelijke aansprakelijkheid van tussenpersonen en op enkele internationale uitgangspunten terzake. Wat die laatste betreft kan het kabinet zich goed vinden in de ministeriële verklaring van juli 1997 te Bonn, naar aanleiding van een conferentie onder auspiciën van de Europese Commissie. De ministers legden de nadruk op de noodzaak een helder onderscheid te maken tussen de aansprakelijkheid van de makers en de tussenpersonen:

- Gemeenschappelijke juridische principes zijn nodig om een 'level playing field' te bereiken.
- Geen algemene verantwoordelijkheid voor tussenpersonen en in ieder geval geen onredelijke, disproportionele eisen.
- Geen voorafgaande controles door tussenpersonen, tenzij zij op redelijke gronden redenen hebben om te weten dat de via hun systemen lopende informatie illegaal is.
- Aansprakelijkheidsregels moeten uiting geven aan de vrijheid van meningsuiting en publieke en private belangen respecteren.

De bestaande algemene normen over aansprakelijkheid blijken voorshands te voldoen, aldus de minister. Ze zijn flexibel genoeg voor de wereld 'online'. Voorts lijkt hem de vrees dat al snel sprake zou zijn van aansprakelijkheid van providers, ongerechtvaardigd, met name de tussenpersonen die zich beperken tot het enkele ter beschikking stellen van de technische infrastructuur.

In het civiel recht heeft de tussenpersoon in beginsel weinig te vrezen; tussenpersonen dienen zich te houden aan de normale regels van maatschappelijke zorgvuldigheid. Daarbij zal voor de aansprakelijkheid steeds een belangenafweging plaatsvinden op basis van alle omstandigheden van het geval. Bij de huidige stand van zaken op het gebied van onder meer de techniek en de maatschappelijke activiteiten van tussenpersonen zal een en ander naar geldend recht slechts bij uitzondering tot aansprakelijkheid leiden.

In het auteursrecht geldt dat eveneens voor wat betreft de aansprakelijkheid ten gevolge van een inbreuk op auteursrecht. Voor enkele specifieke gedragingen van de tussenpersoon bestaan bijzondere voorzieningen, die de tussenpersoon beschermen en daarmee indirect het elektronisch berichtenverkeer bevorderen: het verschaffen van fysieke faciliteiten voor communicatie is op zichzelf geen openbaarmaking in de zin van het auteursrecht, op puur technische kopieën is het auteursrecht niet van toepassing. De regels van het strafrecht gelden eveneens en zijn bruikbaar voor tussenpersonen. Wel is een bijzondere vervolgingsuitsluitingsgrond nodig voor bepaalde handelingen van tussenpersonen in verband met de verspreiding van strafbare uitingen. De ratio is te voorkomen dat tussenpersonen overgaan tot zelfcensuur, aldus minister Korthals.

Het geluid wordt wel gehoord dat het elektronisch zakendoen zich ten dele afspeelt in een sfeer van economische en maatschappelijke onzekerheid. Dat zou een reden zijn de aansprakelijkheid van de tussenpersoon op het Internet te regelen. Van de wetgever mag met recht worden verwacht dat zij zorgt voor een redelijke voorspelbaarheid van de aansprakelijkheidsposities. Regels omtrent de aansprakelijkheid van bij een transactie betrokken partijen kunnen het vertrouwen in het gebruik van het Internet bevorderen. Bij de vaststelling van de aansprake-

lijkheid is de tussenpersoon niet de enige naar wie gekeken wordt. Bij de regeling en concrete vaststelling van aansprakelijkheid spelen diverse belangen een rol, die van zenders, ontvangers, potentiële zenders en potentiële ontvangers (bevordering van het gebruik van het Internet). Voorts merkt de bewindsman in dit verband op dat rechtszekerheid wordt verkregen door het geheel van regels en door het gebruik en de toepassing ervan. Rechtszekerheid valt daarbij niet gelijk te stellen met absolute zekerheid en evenmin met maatschappelijke zekerheid. Naar zijn oordeel zijn de bestaande regels thans voldoende richtinggevend. Vooralsnog bestaat verder geen behoefte aan bijzondere wettelijke aansprakelijkheidsregels.

ONDERNEMINGSKAMER HOF AMSTERDAM

Kort verslag van de werkzaamheden in 1998, door mw mr T.J. Vlot

Sinds enkele jaren bestaat voor belangstellenden de mogelijkheid een abonnement te nemen op (bepaalde soorten) uitspraken van de Ondernemingskamer. Abonnees ontvangen die uitspraken waarop zij geabonneerd zijn kort nadat de uitspraak is gedaan. Voortschrijdende mogelijkheden op het gebied van elektronische informatievoorziening maken het inmiddels mogelijk dat uitspraken op het Internet worden gezet, een mogelijkheid waarvan de Ondernemingskamer reeds een enkele keer gebruik gemaakt heeft. Vooralsnog zullen alleen die uitspraken waarvoor grote publieke belangstelling bestaat op de website van het Gerechtshof worden opgenomen. Het streven is erop gericht p termijn alle uitspraken van de Ondernemingskamer op de website te plaatsen. Het adres van de website van het Gerechtshof is: www.gerechtshof-amsterdam.nl.

De Ondernemingskamer kan, al of niet op verzoek van partijen, onmiddellijk na de behandeling van de zaak mondeling uitspraak doen, niet alleen betreffende eventueel verzochte voorlopige voorzieningen doch ook ten gronde. Dat partijen hierdoor hun recht om van die uitspraak beroep in cassatie in te stellen prijs geven is een hardnekkig misverstand. Wel zal de uitspraak, in verband met de gevraagde snelheid, een verkorte motivering bevatten. De mondelinge uit-

spraak wordt in beginsel in het proces-verbaal van de terechtzitting opgenomen. Het proces-verbaal wordt na de behandeling aan partijen toegezonden.

In de door Ars Aequi Libri vanwege het Gerechtshof te Amsterdam uitgegeven serie 'Prinsengrachtrees' is deeltje 1998/1 gewijd aan de ondernemingskamer. De bijdragen zijn geschreven door personen die nauw zijn betrokken bij het werk van de Ondernemingskamer maar daarvan geen deel (meer) uitmaken. (Zie *NJB* 1999, p. 360)

De Ondernemingskamer beschikt over een eigen fax: 020-5413817. Het telefoonnummer van de secretaresse, mevrouw E.H. van Wijngaarden is: 020-5413432. Het postadres van de Ondernemingskamer is: Postbus 1312, 1000 BH Amsterdam, het bezoekadres (eveneens adres voor bezorging van stukken ter Griffie) is: Paleis van Justitie, Prinsengracht 436, 1017 KE Amsterdam.

Overzicht van de zaken

In 1998 zijn de volgende aantallen zaken ingekomen, behandeld en uitgesproken. Tussen haakjes zijn ter vergelijking de cijfers over 1997 opgenomen.

Het recht van enquête

– *Eerste fase:* Verzoeken tot het instellen van een enquête (*art. 2:345 BW*).

Ingekomen zaken: 21 (15).

Aantal behandelingen ter zitting: 16 (12).

Aantal beschikkingen: 10, waarvan 9 toewijzend en 1 afwijzend (10).

– *Tweede fase:* Verzoeken tot het vaststellen van wanbeleid en het trefpen van voorzieningen na een enquête (*art. 2:355 BW*).

Ingekomen zaken: 5 (1).

Aantal behandelingen ter zitting: 5 (1).

Aantal beschikkingen: 4, waarvan 3 toewijzend en 1 aanhouding (1).

– *Voorlopige voorzieningen/kort geding:* Verzoeken tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen in zaken waarin een enquête-verzoek is gedaan (*art. 2:349a lid 2 BW*).

Ingekomen zaken: 7 (6).

Aantal behandelingen ter zitting: 7 (6).

Aantal beschikkingen: 7, waarvan 6 toewijzend, 1 wijziging van eerder getroffen voorzieningen (4).

– *Overige verzoeken in enquête-zaken:* Ingekomen verzoeken, bijvoorbeeld: kostenverhaal (*artikel 2:354 BW*) en tussentijdse verzoeken tot het

treffen, wijzigen of verlengen van voorzieningen:
Ingekomen zaken: 20 (11).
Aantal behandelingen ter zitting: 7 (2).
Aantal beschikkingen: 20 (12).

Wet op de ondernemingsraden

– *Bodemzaken*: Verzoeken houdende beroep van een ondernemingsraad tegen een adviesplichtig besluit van een ondernemer (art. 26 WOR).
Ingekomen zaken: 68 (54).
Aantal behandelingen ter zitting: 20 – 35 zaken voortijds ingetrokken – (14).
Aantal beschikkingen: 11, waarvan 6 – deels – toewijzend, 4 afwijzend en 1 niet ontvankelijkheid (12).
– *Voorlopige voorzieningen/kort geding*: Verzoeken tot het treffen van voorlopige voorzieningen in zaken waarin een bodemverzoek (WOR) is gedaan (art. 26 lid 8 WOR).
Ingekomen zaken: 9 (geen).
Aantal behandelingen ter zitting: 9 (geen).
Aantal beschikkingen: 9, waarvan 8 toewijzend en 1 afwijzend (geen).

Rechtspleging inzake jaarrekeningen en jaarverslagen

– *Vorderingen tot inrichting jaarstukken overeenkomstig rechterlijk bevel* (art. 999 Rv).
Ingekomen zaken: geen (2).
Aantal behandelingen ter zitting – waaronder accountantsverhoor –: 1 (3).
Aantal arresten: 1 eindarrest, (deels) toewijzend (3).

Uitkoop kleine minderheidsaandeelhouders

– *Vorderingen tot overdracht van aandelen door minderheidsaandeelhouders* (art. 2:92a en 2:201a BW).
Ingekomen zaken: 8 (12).
Aantal behandelingen ter zitting: 1 (1).
Aantal arresten: 20 waarvan 3 deskundigenbenoemingen, 10 – overige – tussenaarresten, 7 eindarresten, waarvan 6 toewijzend (18).

Geschillenregeling

– *Hoger beroep van een vonnis van de rechtbank in een geschillenregeling* (art. 2:336 en 2:343 BW).
Ingekomen zaken: 5 (1).
Aantal behandelingen ter zitting: 2 (1).
Aantal arresten: 1 tussenarrest (2).

Overige procedures

– *Verzoeken ex art. 2:328 lid 3 BW*.
Ingekomen zaken: 3 (2).
Aantal beschikkingen: 3, toewijzend (2).

– *Verzoeken ex art. 2:334 aa lid 4 BW*.
Ingekomen zaken: 4 (geen).
Aantal beschikkingen: 4, toewijzend (geen).

– *Verzoeken ex art. 2:268 lid 9 BW*.
Ingekomen zaken: geen (geen).

– *Vorderingen ex art. 2:350 lid 2 BW*.
Ingekomen zaken: 1 (geen).
Aantal arresten: 1, afwijzend (geen).

– *Verzoeken ex art. 382 Rv*.

Ingekomen zaken: 1 (geen).
Aantal beschikkingen: geen (geroyeerd), (geen).

Het vorenstaande levert de volgende *totalen* op:

Ingekomen zaken: 152 (114).
Behandeling ter zitting: 64 (40).
Aantal uitspraken: 91 (64).

Nota Bene: Voor wie de cijfers ook nog wil vergelijken met de cijfers over 1996: het verslag over de jaren 1996 en 1997 is gepubliceerd in De Naamloze Vennootschap, 1998, afl. 5, p. 124-125; TVVS 1998, afl. 5, p. 28-30; Adv.bl. 1998, afl. 11, p. 601-602.

Enige ontwikkelingen in de rechtspraak in 1998

• *Enquêterecht*

Op grond van het systeem en de strekking van de wet moet worden aangenomen dat de rechtspersoon, en daarmee de curator, de bevoegdheid toekomt een verzoek te doen tot vaststelling van wanbeleid. Ook indien een project van een rechtspersoon reeds 'ten dode is opgeschreven' dient de vraag te worden gesteld of de rechtspersoon in die situatie vervolgens adequaat is opgetreden (Ondernemingskamer 23 april 1998, NJ 1998, 699 en JOR 1998, 92 m.nt. Josephus Jitta).

De curator, die de rechtspersoon representeert, komt de bevoegdheid toe tot verhaal van de kosten van het onderzoek, zodat hij in zijn daartoe strekkend verzoek ontvankelijk is (Ondernemingskamer 23 april 1998, NJ 1998, 700).

Indien de Ondernemingskamer een enquête heeft gelast en de verzoeker tot het houden van die enquête hangende de enquête zijn verzoek intrekt, brengt dat niet – en zeker niet in alle gevallen – mee dat reeds daardoor de procedure is beëindigd en voor de Ondernemingskamer geen taak meer is weggelegd. Of dat gevolg intreedt, staat ter beoordeling van de Ondernemingskamer (Ondernemingskamer 12 november 1998, NJ 1999, 374).

• *Wet op de Ondernemingsraden*
Het bestreden besluit is genomen

door de Staat en niet door de Kamer van Koophandel te Rotterdam. Deze heeft daarmee rechtstreeks in de onderneming(en) van de samen te voegen Kamers van Koophandel ingegrepen. Met het oog op toepassing van de WOR moet de Staat daarom in zoverre tenminste als mede-ondernemer worden aangemerkt. De Staat en de Kamer van Koophandel te Rotterdam hadden in onderling overleg dienen te bepalen door wie en op welke wijze het advies van de OR zou worden gevraagd. Dat betekent dat de Kamer van Koophandel te Rotterdam in de gegeven omstandigheden eveneens als ondernemer moet worden aangemerkt (Ondernemingskamer 2 april 1998, NJ 1998, 751 en JAR 1998, 97).

Het plan om het gebied van de gemeente 's-Gravenhage uit te breiden onder meer door correcties van de grenzen met de gemeenten Rijswijk, Leidschendam, Voorburg en Nootdorp, is aan het adviesrecht van art. 25 WOR onderworpen. De plicht advies te vragen rust op de gemeenten en op de provincie Zuid-Holland, die tot beslissen bevoegd is, tezamen. De provincie treedt voor de toepassing van het adviesrecht op als (mede-)ondernemer en niet als overheid. Het bestreden besluit valt niet onder de uitzondering van het zogeheten primaat van de politiek en is reeds daarom adviesplichtig omdat het ingrijpende gevolgen heeft voor de werkzaamheden van de in de ondernemingen van de gemeenten werkzame personen. Vanuit het oogpunt van aan de ondernemingsraad op grond van de WOR toekomende medezeggenschapsrechten geldt de voordracht van GS aan PS als adviesplichtig besluit (Ondernemingskamer 5 nov. 1998, NJ 1999, 185 – zie ook nr. 186 –).

Het standpunt van GS als bedoeld in artikel 3 Waterschapswet is niet en het ontwerpbesluit van GS tot het doen ontstaan van één all in waterschap is wél een voorgenomen besluit dat adviesplichtig is ingevolge de WOR. De plicht tot advies vragen rust op het waterschap en op de provincie Gelderland, die tot beslissen bevoegd is, tezamen. De provincie treedt voor de toepassing van het adviesrecht op als (mede-)ondernemer en niet als overheid (Ondernemingskamer 22 okt. 1998, NJ 1999, 187).

De bezetting van de Ondernemingskamer

In verband met het bereiken van de 70-jarige leeftijd is K. van der Toorn

RA teruggetreden als (plaatsvervangend) Raad in de Ondernemingskamer. Ondergetekende heeft haar functie als griffier van de Ondernemingskamer met ingang van 1 september 1999 beëindigd. Zij is in haar functie opgevolgd door mevrouw mr Marian de Vries en mr Arnout J. Gieske.

SECURITEL-ZAKEN

Tijdens een algemeen overleg in maart van dit jaar over o.m. een rapport van de Algemene Rekenkamer over Europese meldingsverplichtingen kwam een door de Rekenkamer genoemd aantal van 5500 strafzaken op grond van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen ter sprake en de mogelijke gevolgen voor aanhangige strafzaken van een eventuele onherroepelijke uitspraak van de strafrechter waarin een Securitел-verweer werd gehonoreerd. In een brief van 20 september 1999 (TK '98'99 25 389 en 26 310 nr 34) zet de minister van Justitie enkele naar zijn mening misverstanden recht die waren gerezen door de naar aanleiding van het Securitел-arrest gemaakte inventarisatie van aanhangige zaken op grond van de WTV. In 1995 en 1996 waren bij het OM 5636 feiten binnengekomen. In die periode is 2622 maal proces-verbaal opgemaakt voor overtreding van de WTV, veel p-v's bevatten meer dan één feit. Eind juni 1997, het moment van bekend worden van het Securitел-arrest, stonden 630 zaken open. Niet alle daarvan betroffen overigens niet-genotificeerde voorschriften.

Van die zaken zijn er 620 afgehandeld. Daarvan werden 119 geseponneerd, niet vanwege redenen verband houdend met het arrest, 201 zaken werden getransigeerd en 288 ter zitting aangebracht. Twaalf zaken werden gevoegd en zijn niet meer zelfstandig terug te vinden.

In tien zaken was medio mei nog geen beslissing genomen. Daaronder vallen ook vijf appelzaken in Amsterdam en een in Rotterdam waarin (gedeeltelijk) ontslag van rechtsvervolging werd uitgesproken op grond van een Securitел-verweer.

In de Amsterdamse zaken zal het beroep worden ingetrokken. De in die zaken aan de orde zijnde voorschriften zijn met invoering van de Telecommunicatiewet gewijzigd. De feiten zijn onder het nieuwe regime niet meer strafbaar. Het hoger beroep in de Rotterdamse zaak zou op 22 septem-

ber jl. dienen.

De gevolgen van het na intrekken van het hoger beroep definitief geworden ontslag van rechtsvervolging dat in de Amsterdamse zaken is uitgesproken, zal zeer beperkt zijn, aldus de minister, gezien het feit dat nog slechts een enkele WTV-zaak aanhangig is. Nu begin 1998 de Securitел-hersteloperatie was afgerond, hebben zich ook geen nieuwe zaken meer voorgedaan waarin een Securitел-verweer aan de orde is, noch op het terrein van de WTV, nog op het terrein van andere wetgeving. Bij het OM zijn op dit moment ook overigens geen problemen bekend in relatie tot het Securitел-arrest.

Daarbij komt dat het Hof van Justitie van de EG in de tussentijd arrest heeft gewezen in twee Nederlandse prejudiciële zaken (arresten Lemmens en Albers). Als gevolg hiervan konden Securitел-verweren in de desbetreffende strafzaken buiten beschouwing worden gelaten.

In het algemeen concludeert de minister dat de gevolgen van de onherroepelijke uitspraken gering zullen zijn.

OVERSCHOT AAN CELLEN

In de detentiecapaciteit voor volwassenen, zowel voor mannen als voor vrouwen, is er volgend jaar bij ongewijzigd beleid een overschot van 1095 plaatsen. Dit blijkt uit een nieuwe prognose van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van de benodigde sanctiecapaciteit in de komende twee jaren. Als oorzaken worden aangevoerd een daling in de vermogenscriminaliteit in de periode 1994-1996 en een geringere toename van de gemiddelde strafduren dan op basis van eerdere CBS-informatie werd voorspeld. Bovendien zal naar verwachting vaker gebruik worden gemaakt van elektronische detentie. In een brief van 6 oktober aan de Tweede Kamer meldt de minister van Justitie dat het overschot waar mogelijk zal worden benut om de tekorten in de tbs- en de jeugdsector op te vangen. Deze tekorten zullen op basis van het WODC-onderzoek voor de tbs-sector volgend jaar 50 en in 2001 105 en voor de jeugdsector 185 resp. 205 bedragen. Verder is er een reservecapaciteit nodig om schommelingen in het 'aanbod' op te kunnen vangen. Daarbij wordt gedacht aan het Europees kampioenschap voetbal komende zomer, te verwachten effecten van intensivering van het werk van politie en

justitie bij de aanpak van fraude en georganiseerde criminaliteit en de extra ruimte die nodig zal zijn voor vreemdelingenbewaring als gevolg van de intensivering van het terugkeerbeleid. Daarnaast is er nu ruimte voor onderhoud en renovatie van gevangnissen.

BIOMETRIE EN PRIVACY

Identificatiesystemen die met stem, vingerafdruk, netvlies of iris werken, zouden zo min mogelijk persoonsgegevens moeten gebruiken. Bovendien zou verspreiding van vastgelegde persoonsgegevens niet mogelijk moeten zijn. Dit stelt de Registratiekamer in een op 5 oktober jl. gepresenteerd rapport over biometrische identificatie, onder de titel 'At face value'.

PIN-codes en wachtwoorden hebben volgens dit rapport, dat gemaakt werd in samenwerking met TNO/FEL, hun langste tijd wel gehad. Daarvoor in de plaats zal steeds meer gebruik gemaakt worden van biometrische identificatie. Hierbij wordt met behulp van een analyse van lichamelijke kenmerken zoals, stem, vingerafdruk, netvlies of iris vastgesteld dat iemand is wie hij of zij claimt te zijn. Identificatie aan de hand van lichamelijke kenmerken is beter dan een PIN-code of wachtwoord omdat deze kenmerken uniek zijn en niet aan iemand anders gegeven kunnen worden. De Registratiekamer ziet dit als een positieve ontwikkeling omdat systemen daardoor beter beveiligd kunnen worden.

Zij plaatst echter ook handtekeningen bij deze ontwikkeling. Biometrie als identificatiemiddel kent een groot bezwaar. De belangrijkste eigenschap van lichaamskenmerken is dat ze uniek naar één persoon verwijzen. Wanneer iemand steeds hetzelfde biometrische gegeven voor verschillende handelingen moet gebruiken, zal zijn leven voor een groot deel te traceren zijn. Vooral in de relatie overheid-burger kan dit problemen geven, omdat de burger niet naar een alternatieve aanbieder kan gaan. Bij het plan het paspoort biometrisch te beveiligen, moet de overheid daar terdege rekening mee houden, meent de Registratiekamer. Biometrische gegevens bevatten vaak meer informatie dan nodig is. Zo valt uit lichaamskenmerken soms iets over gezondheidstoestand of ras af te leiden. Deze onvrijwillig gegeven informatie kan misbruik uitlokken.

Universitair nieuws

ORATIE

Op 12 oktober jl. hield *dr A. Flessner*, als bijzonder hoogleraar (faillissementsrecht) op de Van der Grinten-leerstoel verbonden aan de Katholieke Universiteit Nijmegen, zijn inaugurele rede onder de titel 'Philosophy and detail in European Insolvency Law'.

Rechtsgrondslag EU-besluiten

Dient een richtlijn over een verbod op tabaksreclame op de bepaling over de interne markt (art. 95 EG) te worden gebaseerd, of vormt het verdragsartikel over volksgezondheid (art. 152 EG) een betere rechtsgrondslag? Liggen verordeningen over de bescherming van Europese bossen tegen brand en luchtverontreiniging meer in de sfeer van het landbouwbeleid, of gaat het vooral om milieubescherming? Aan de keuze voor deze of gene rechtsbasis zijn vaak zeer uiteenlopende gevolgen verbonden. Het gekozen verdragsartikel bepaalt welke voorschriften van toepassing zijn, met welke meerderheid de raad het besluit mag vaststellen, welke invloed het Europees Parlement toekomt, of adviesorganen al dan niet moeten worden ingeschakeld etc. Het vraagstuk van de horizontale verdeling van bevoegdheden tussen de EG/EU-instellingen is dus niet zonder praktische betekenis. Het vraagstuk is juridisch extra interessant omdat het Hof van Justitie zich in laatste instantie bevoegd acht om de juiste rechtsbasis voor secundaire regelgeving te bepalen. Het ontwikkelen van algemene leerstukken inzake de keuze der rechtsgrondslag voor besluiten van de Europese Unie is de doelstelling van het onderzoek waarop *Ronald van Ooik* op 29 september aan de Universiteit Utrecht promoveerde. Promotores waren prof. dr D.M. Curtin en prof. mr K.J.M. Mortelmans. Het proefschrift is als volgt opgebouwd. In deel A worden algemene aspecten van het rechtsbasis-vraagstuk behandeld en definities gegeven. Deel

B gaat nader in op de vraag hoe de instellingen de juiste bevoegdheidsbepaling dienen te identificeren en deel C brengt de gevolgen van de rechtsbasis-keuze in kaart. De controle door het Hof van Justitie komt aan bod in deel D. In deel E wordt onderzocht of de algemene leerstukken die in het kader van de communautaire pijler werden ontwikkeld in de delen B-D ook bruikbaar zijn indien de rechtsbasis van zgn. tweede en derde pijler-besluiten moeten worden vastgesteld. Tot slot volgen in deel F aanbevelingen. Een van de belangrijkste conclusies is dat er een algemeen beginsel van Unierecht bestaat volgens welk de bevoegdheidsgrondslag van secundaire regelgeving, ongeacht het betrokken beleidsterrein, volgens dezelfde uniforme, objectieve methode dient te worden vastgesteld. Deze in de rechtspraak van het HvJ EG uitgekristalliseerde methode legt zeer sterk de nadruk op de waarborgfunctie van het rechtsbasis-vereiste.

R.H. van Ooik, *De keuze der rechtsgrondslag voor besluiten van de Europese Unie*.

Een handelseditie verschijnt bij Kluwer, Deventer, 1999, ca. 500 p., serie Europese Monografieën deel 63.

De internationale handel in lanceerdiensten

De handel in lanceerdiensten – het leveren van raketten om bijvoorbeeld satellieten in een baan om de aarde te brengen – groeit met sprongen. Lanceerbedrijven willen graag als 'normale' dienstverleners aan de eisen van privéondernemingen zoals grote telecommunicatiebedrijven voldoen. In de praktijk laat een aantal belangrijke spelers in dit veld dit om militair-strategische redenen en uit overwegingen van nationale veiligheid nog niet toe. Het conflict tussen belangen van nationale en wereldveiligheid enerzijds en internationale handel anderzijds en de wijze waarop dit de ontwikkeling van de internationale handel in lanceerdiensten beïnvloedt, is het centrale thema van het proefschrift waarop *Peter van Fenema* op 30 september aan de Universiteit Leiden promoveerde. Promotor was prof. dr H.A. Wassenbergh.

De komende tien jaar zullen naar verwachting zo'n honderd commerciële satellieten per jaar gelanceerd moeten worden. Men zou verwachten dat een flink aantal concurrerende bedrijven staat te springen om lucratieve contracten af te sluiten met de satellietfa-

brikanten of met de kopers van de satellieten. Er zijn voldoende landen met een aanbod van lanceermogelijkheden. Het blijkt echter dat de Verenigde Staten met de lanceerbedrijven van Lockheed Martin en Boeing in mindere mate Europa met Ariane-space deze markt domineren. Van Fenema onderzoekt of en zo ja Amerikaanse wetgeving, beleid en praktijk de ontwikkeling van de internationale handel in lanceerdiensten heeft beïnvloed c.q. nog steeds beïnvloedt en dan vooral door het opwerpen van zodanige hindernissen voor buitenlandse lanceermaatschappijen dat deze niet of slecht in staat zijn een lanceermarkt-aandeel te veroveren. Het blijkt dat vele factoren het verwezenlijken van 'free and fair trade in launch services' in de weg staan – de bescherming van de eigen industrie, nadat die een eigen positie naast NASA had verworven, overwegingen van nationale veiligheid, de moeizame verhouding tussen de Amerikaanse regering en het Congres vooral op het gebied van buitenlands beleid en de botsende behoeften van de Amerikaanse launch service providers en de satellietfabrikanten. Daarnaast is sprake van exportcontrole en handelssancties (China bijv.). Van Fenema doet suggesties om door middel van multilaterale afspraken een juiste balans te vinden tussen eisen van nationale en mondiale veiligheid en die van internationale handel om te komen tot normalisatie van die handel. Daarbij wordt ook aandacht besteed aan GATS en aan het verdragsrecht op het gebied van de ruimte. H.P. van Fenema, *The International Trade in Launch Services. The effects of U.S. laws, policies and practices on its development*.

Uitgave in eigen beheer, International Institute of Air and Space Law / E.M. Meijers Instituut, Universiteit Leiden 1999, 474 p., ISBN 9090130640. Internet: <http://surf.to/launchtrade>.

Personalia

HOOGLERAAR STRAFRECHT LEIDEN

Per 1 januari 2000 is *prof. mr C.P.M. Cleiren*

benoemd tot hoogleraar straf(proces)-recht aan de Universiteit Leiden. Zij wordt daar o.m.

coördinator van het project geschillenbeslechting van het E.M. Meijers Instituut. Tineke Cleiren promoveerde in 1989 te Leiden op 'Beginnen van een goede procesorde', waarvoor zij de Moddermanprijs 1990 ontving. Daarna werd zij hoogleraar straf(proces)-recht aan de EUR. Sinds drie jaar is zij werkzaam op het ministerie van Justitie als directeur-generaal Wetgeving, rechtspleging en rechtsbijstand.



HOOFDDIRECTEUR IND

Met ingang van 1 oktober jl. is *Dick Schoof* hoofddirecteur van de Immigratie- en Naturalisatiedienst. Schoof, van huis uit planoloog, was plv. Secretaris-Generaal bij het ministerie van Justitie. Daarvoor was hij o.m. werkzaam als plv. hoofd-directeur van de Centrale Financiën Instelling van het ministerie van OCenW. Hij volgt in zijn nieuwe functie Lucas Elting op, die per 1 oktober voorzitter is geworden van de Raad van bestuur van de Verenigde Vlaardingse en Schiedamse Ziekenhuizen.

MUTATIES RECHTERLIJKE MACHT

Plaatsvervangers:

Mr F.C.V. de Groot, officier van justitie bij het arrondissement Den Haag, in de rang van arrondissementsofficier van justitie eerste klasse, is benoemd tot officier van justitie bij het Landelijk parket te Rotterdam, in de rang van plaatsvervangend hoofdofficier. *Mr R. van der Hoeven*, officier van justitie bij het arrondissementsparket te Almelo, in de rang van officier eerste klasse, is benoemd tot plaatsvervangend hoofdofficier bij dat parket. *Mr M.J. van Lee*, rechter in de arrondissementsrechtbank te Zutphen en *mr W.C. Oosterbroek*, rechter in de arrondissementsrechtbank te Alk-

maar, zijn benoemd tot plaatsvervangend lid bij het College van beroep studiefinanciering.

Mw mr B.E. Mildner, rechter in de arrondissementsrechtbank te Alkmaar, is benoemd tot plaatsvervangend lid bij het College van beroep studiefinanciering.

Mw mr F.P. Dresselhuys-Doeleman, vice-voorzitter van het College van beroep studiefinanciering, is benoemd tot raadsheer-plv. in de Centrale Raad van Beroep.

Mr M.H. Wissink, universitair docent aan de Universiteit Leiden, tvs. rechter-plv. in de arrondissementsrechtbank te Utrecht, is benoemd tot raadsheer-plv. in het gerechtshof te Arnhem.

Mr L.C.A.H.J. Lafleur, coördinerend vice-president van de arrondissementsrechtbank te Assen, is benoemd tot raadsheer-plv. in het gerechtshof te Leeuwarden.

Mr J.P.M. Zeijen, gerechtsauditeur bij de Centrale Raad van Beroep, is benoemd tot rechter-plv. in de arrondissementsrechtbank te Breda.

Mw mr drs S.K. Bouwman, rechterlijk ambtenaar in opleiding, is benoemd tot rechter-plv. in de arrondissementsrechtbank te Roermond.

Mw mr J.D. den Hartog, universitair docent aan de Rijksuniversiteit te Groningen, is benoemd tot rechter-plv. in de arrondissementsrechtbank te Assen.

Mw mr C.P.E. Meeuwisse, gerechtsauditeur bij, tvs. rechter-plv. in de arrondissementsrechtbank te Amsterdam, is benoemd tot rechter-plv. in de arrondissementsrechtbank te Den Haag.

Mw mr Y.K. de Boer, advocaat te Den Haag, is benoemd tot rechter-plv. in de arrondissementsrechtbank te Rotterdam.

Mw mr M. Rus-van der Velde, advocaat te Rotterdam, is benoemd tot rechter-plv. in de arrondissementsrechtbank te Rotterdam.

Mr R.A.J. van Leeuwen, advocaat te Weert, is benoemd tot rechter-plv. in de arrondissementsrechtbank te Maas-tricht.

Mw mr N.H.J.M. Veldman-Gielen, plv. officier van justitie bij het arrondissementsparket te Den Bosch, tvs. wnd. advocaat-generaal bij het gerechtshof aldaar en *mr E.C.P.M. Valckx*, advocaat te Roermond, zijn benoemd tot rechter-plv. in de arrondissementsrechtbank te Den Bosch.

Mr W.L. Valk, raadsheer in het gerechtshof te Arnhem, is benoemd tot

Uit de pers

'LOVE CONTRACT' BIJ RELATIES OP HET WERK

Liefde is mooi, maar als er een einde aan komt, kan het wel eens geld gaan kosten. Onder dat motto sluiten steeds meer Amerikaanse managers een 'love contract' als ze een relatie op het werk hebben. Het doel van het liefdescontract is te voorkomen dat de relatie, als de liefde is bekoeld, uitmondt in een miljoenenclaim wegens 'ongewenste intimiteiten'.

Gary Mathiason van het advocatenkantoor Little Mendelson vond het 'liefdescontract' uit, nadat hij door een directeur was benaderd die een relatie met een vrouw op het werk had. In het contract legden de twee vast dat ze de relatie vrijwillig waren aangegaan en dat beëindiging ervan geen gevolgen zou hebben. (...)

Het komt ook voor dat de bedrijfsleiding werknemers dwingt een liefdescontract te sluiten, als ze erachter komt dat een chef een verhouding heeft met een ondergeschikte. Veel bedrijven zijn bang geworden door de reuzenboetes die verscheidene ondernemingen de afgelopen jaren hebben moeten betalen.

In veel gevallen gaat het inderdaad om ongewenste intimiteiten, maar er zitten (...) ook valse claims bij. Via het liefdescontract kan een bedrijf zich daar tegen indekken. (...)

Uit de Volkskrant, 24 september 1999

rechter-plv. in de arrondissementsrechtbank te Haarlem.

Mw mr E.M.A. Schmitz, laatstelijk Staatssecretaris van Justitie, *mw mr F.P. Dresselhuys-Doeleman* en *mw mr E.F. Kuiper-Smeele*, beiden vice-voorzitter van het College van beroep studiefinanciering en *mw mr C.M. Telman*, juridisch medewerker bij de sector bestuursrecht van de arrondissementsrechtbank te Leeuwarden, zijn benoemd tot rechter-plv. in de arrondissementsrechtbank te Zwolle.

Mr J.T.G. Roovers, advocaat te Zoetermeer en *mr J.J. Catsburg*, gerechtsauditeur bij de Centrale Raad van Beroep, zijn benoemd tot rechter-plv. in de arrondissementsrechtbank te Arnhem.

Mr H.J. Vetter, advocaat te Amsterdam, is benoemd tot rechter-plv. in de arrondissementsrechtbank te Haarlem.

Mr W.H.F.M. Cortenraad LL.M. en *mr H.M.M. Steenberghe*, beiden advocaat te Amsterdam, zijn benoemd tot rechter-plv. in de arrondissementsrechtbank te Utrecht.

Mw mr J. Jonkers, hoofd van de afdeling Auteursrechtzaken bij Buma/Stemra, is benoemd tot rechter-plv. in de arrondissementsrechtbank te Amsterdam.

Mr H.P.H.I. Cleerdin, advocaat te Amsterdam, is benoemd tot rechter-plv. in de arrondissementsrechtbank te Amsterdam.

Mr F.M.D. Aardema, gerechtsauditeur bij de Centrale Raad van Beroep, is benoemd tot rechter-plv. in de arrondissementsrechtbank te Utrecht.

Mr J.H.M. Zwinkels en *mr P.M. Roelse*, beiden oud plaatsvervangend procureur-generaal bij het gerechtshof te Leeuwarden, zijn benoemd tot kantonrechter-plv. Beetsterzwaag, Heerenvveen, Leeuwarden en Sneek.

Mr F.J. Agema, vice-voorzitter van het College van beroep studiefinanciering, is benoemd tot kantonrechter-plv. te Groningen, Zuidbroek en Winschoten.

Mr W. Reinds, advocaat en procureur te Etten, is benoemd tot kantonrechter-plv. te Arnhem, Nijmegen, Tiel en Wageningen.

Ontslagen:

Aan *mr W.O.M. Philippart* is, op zijn verzoek, eervol ontslag verleend als raadsheer-plv. in het gerechtshof te Arnhem.

Aan *mr S.J.F.M. Jurgens* is, op zijn verzoek, eervol ontslag verleend uit zijn ambt van vice-president van het

gerechtshof te Den Bosch. De heer Jurgens is gelijktijdig benoemd tot raadsheer-plv. in het gerechtshof te Den Bosch.

Aan *mr K. Kok* is, op zijn verzoek, eervol ontslag verleend als vice-president van het gerechtshof te Arnhem. De heer Kok is gelijktijdig benoemd tot raadsheer-plv. in het gerechtshof te Arnhem.

Aan *mr F.B. Falkena* is, op zijn verzoek, eervol ontslag verleend uit zijn ambt van vice-president van het gerechtshof te Leeuwarden. De heer Falkena is gelijktijdig benoemd tot raadsheer-plv. in het gerechtshof te Leeuwarden.

Aan *mr S.W.P.C. Braunius* is, op zijn verzoek, eervol ontslag verleend als rechter in de arrondissementsrechtbank te Utrecht. De heer Braunius is gelijktijdig benoemd tot rechter-plv. in dat college.

Aan *mw mr M.M. Bense* is, op haar verzoek, eervol ontslag verleend als gerechtsauditeur bij, tvs. rechter-plv. in de arrondissementsrechtbank te Den Haag.

Aan *mr A. Jongsma* is, op zijn verzoek, eervol ontslag verleend als rechter-plv. in de arrondissementsrechtbank te Leeuwarden.

Niet eerder vermeld:

Mw mr M.M.A. Gerritzen-Gunst is per 1 januari 1999 raadsheer in het Hof Amsterdam.



Agenda

Scriptieprijs ITeR & NVvIR

Het Nationaal Programma voor Informatietechnologie en Recht (ITeR) en de Nederlandse Vereniging voor Informatietechnologie en Recht (NVvIR) loven gezamenlijk een scriptieprijs uit voor de beste afstudeerscriptie op het gebied van informatietechnologie en recht. De prijs bestaat uit publicatie van de scriptie in de ITeR reeks.

Afstudeerscripties op het terrein van informatietechnologie en recht die in de periode van 1 september 1998 tot en met 31 augustus 1999 aan een Nederlandse universiteit met een vol-
doende zijn beoordeeld, komen voor

de prijs in aanmerking. De scripties dienen *uiterlijk 15 november a.s.* te worden toegezonden aan de heer mr A.H.J. Schmidt (Universiteit Leiden, Afdeling Recht en Informatica, Postbus 9521, 2300 RA Leiden, tel. (071) 5277873). De scriptieprijs zal worden uitgereikt op het jaarlijkse ITeR congres dat eind 1999 plaatsvindt.

Voor meer informatie: NVvIR: prof. mr J.E.J. Prins, tel. (013) 4663088. ITeR: mr drs. A.M.E. de Kroon, tel. (070) 3151947/950, e-mail: iter@nwo.nl

Individueel klachtrecht VN-Vrouwenverdrag

De Landelijke Werkgroep Vrouw en Recht, onderdeel van het Clara Wichmann Instituut, organiseert op *dinsdag 9 november a.s.* een studiebijeenkomst over het Protocol individueel klachtrecht bij het VN-Vrouwenverdrag. Dit protocol, dat burgers de mogelijkheid geeft een klacht te deponeeren bij een internationaal comité over de naleving van het Vrouwenverdrag, zal naar verwachting in december a.s. door de Algemene vergadering van de VN worden aangenomen. Op de bijeenkomst zullen lezingen worden verzorgd door prof. mr Cees Flinterman en dr. mr Ineke Boerefijn, beiden verbonden aan het Studie- en Informatiecentrum Mensenrechten van de Universiteit te Utrecht. Prof. Flinterman zal met name de inhoud en totstandkoming van het protocol belichten, terwijl dr. Boerefijn zal ingaan op de ervaringen met het protocol individueel klachtrecht bij het Bupo-Verdrag, bezien vanuit hun relevantie voor het klachtrecht bij het Vrouwenverdrag. *Tijd:* 18.00-21.00 uur.

Plaats: Stadskaasteel Oudaen te Utrecht.

Aanmelding en nadere informatie: Clara Wichmann Instituut, tel. (020) 6684069. De kosten bedragen f 75 voor niet-leden van de werkgroep. De studiebijeenkomst levert twee studiepunten op voor de Permanente Opleiding Advocatuur.

TV programma De Jury

De NCRV zendt vanaf *woensdag 10 november* (22.00 uur, Nederland 1) een zevendelige serie uit onder de titel 'De Jury'. Vijf Nederlanders krijgen iedere week de mogelijkheid zich uit te spreken over de strafmaat. Uitgangspunt daarvoor vormen bestaande strafzaken uit een recent verleden, waarbij vaststaat dat de dader schuldig is. Tegen de achtergrond van

de veel gehoorde klacht dat er niet lang en zwaar genoeg wordt gestraft wordt in het programma nagegaan hoe leken oordelen wanneer zij bekend zijn met alle feiten en omstandigheden van een strafzaak en de dilemma's die deze kunnen opleveren bij het bepalen van een rechtvaardige straf. De feiten en omstandigheden worden gefaseerd aangeboden door middel van een reconstructiefilm van het misdrijf, het requisitoir en het pleidooi. Tussen deze elementen door vindt de discussie plaats en wordt de juryleden gevraagd een gemotiveerd oordeel uit te spreken en een strafmaat vast te stellen. Aan het slot van de uitzending horen de juryleden en kijker wat het vonnis van de rechter in de betreffende zaak is geweest. De presentatie is in handen van mr Mariska Hulscher. Als vast officier

van justitie treedt op mr Willem Overbosch, voormalig hoofdofficier van justitie te Maastricht. Het pleidooi wordt gevoerd door de echte advocaat van de dader.

SKILEX

Voor de 27ste keer, sedert Sestrière in 1973 wordt SKILEX gehouden, een intellectueel en sportief treffen voor advocaten, rechters, notarissen, bedrijfsjuristen en deurwaarders. Gedurende een week, van 26 maart tot 2 april 2000: is alles georganiseerd in Club Méditerranée in Val d'Isère: maaltijden (vin à volonté) logies in 2 persoonskamers, ski-pas etc., voor 1000 euro, te betalen vóór 15.11.1999. *Inschrijfformulieren* per e-mail aan te vragen bij Jacobs Kranenburg advocaten Almelo: info@JacobsKranenburg.nl.

18 oktober	Levenslang delinquent? (Zie NJB 99/32/p. 1589)
19 oktober	Debat (Europees) asielbeleid (Zie NJB 99/35/p. 1716)
20 oktober	Wie zal de opvoeders opvoeden? (Zie NJB 99/26/p. 1231)
20 oktober	Non-discriminatie en diversiteit (Zie NJB 99/29/p. 1406)
21 oktober	Strafrecht en media (Zie NJB 99/33/p. 1633)
22 oktober	Wetgevingsbeleid in België (Zie NJB 99/32/p. 1589)
25 oktober	Debat asielbeleid (Zie NJB 99/35/p. 1716)
28 oktober	Recht in uitvoering: marktwerking gezondheidszorg (Zie NJB 99/30/p. 1450)
29 oktober	De Europese regelgever en de decentrale overheden (NJB 99/32/p. 1589)
29 oktober	Ned. Ver. v. Zee- en vervoersrecht (Zie NJB 99/35/p. 1716)
29-30 oktober	Conflicten rondom de rechtspersoon (Zie NJB 99/15/p. 714)
30 oktober	Meester Bridge Kampioenschap 1999 (Zie NJB 99/29/p. 1406)
1 november	Debat asielbeleid (Zie NJB 99/35/p. 1716)
2 november	De nieuwe Vreemdelingenwet (NJB 99/32/p. 1589)
2 november	Vrouw en recht Drenthe (Zie NJB 99/35/p. 1716)
3 november	Onderhoudsbeleid woningcorporaties (Zie NJB 99/35/p. 1717)
4 november	De instrumentalisering van het belastingrecht (Zie NJB 99/33/p. 1633)
4 november	Rotterdams Juridisch Genootschap (Zie NJB 99/35/p. 1717)
4-5 november	Corporate Governance (Zie NJB 99/33/p. 1633)
4-5 november	Europees mededingingsrecht (Zie NJB 99/35/p. 1717)
5 november	Van preventie naar straf (Zie NJB 99/5/p. 240)
5 november	Internationale verkeersaansprakelijkheid (Zie NJB 99/29/p. 1406)
6 november	Nederlandse Vereniging voor Europees Recht (Zie NJB 99/33/p. 1633)
8 november	Debat asielbeleid (Zie NJB 99/35/p. 1716)
9 november	Ontslagrecht voor de 21e eeuw (Zie NJB 99/33/p. 1633)
9 november	Protocol VN-Vrouwenverdrag (Zie NJB 99/36/p. 1756)
11 november	De PIJ-maatregel belicht (Zie NJB 99/29/p. 1407)
11 november	Recht in uitvoering: rechtsherstel na WO II (Zie NJB 99/30/p. 1450)
11 november	Lezing en workshop prof. Waldron (Zie NJB 99/32/p. 1589)

Inhoud



■ Artikelen

<i>Mr W. Wedzinga</i>	
Het demasqué van het wetsontwerp kroongetuige	1719
<i>Mr R. Holtmaat</i>	
Seksuele intimidatie op de werkplek: een onuitroeibaar kwaad?	1724

■ O&M

<i>L.C.M. Jurgens</i>	
U is te jong voor hoger beroep. Je betaalt minder, maar je krijgt ook minder.	1729

■ Procesleed

<i>Mr J.D. Loorbach</i>	
Disciplinaire rechtspraak	1730

■ Rubrieken

<i>Rechtspraak</i>	1732
<i>Literatuur / Boeken / Tijdschriften</i>	1741
<i>Wetgeving</i>	1746
<i>Actualiteiten</i>	1750
<i>Agenda</i>	1757