

ADVOCATENBLAD

Kronieken, nr. 3 | 2013

Kronieken
INSOLVENTIERECHT
FAMILIERECHT
BESTUURSPROCESRECHT

Sdu UITGEVERS

NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN

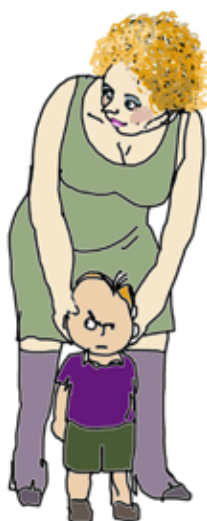




3

Insolventierecht

- 4 Pauliana
- 4 Pandrecht
- 5 Cessie- en verpandingsverbod
- 5 Bestuurdersaansprakelijkheid
- 7 De 2:403- verklaring
- 7 Bodembeslag
- 7 Verrekening
- 8 Concernfinanciering, hoofdelijkheid, borgstelling en regres
- 8 Turboliquidatie
- 9 Failliete moedermaatschappij
- 9 Beslag
- 9 Internationale aspecten
- 10 Opzeggen overeenkomst
- 10 Art. 52 Fw
- 10 Relativering arbeidsovereenkomst
- 11 Doorstart na faillissement
- 11 Schuldsanering



13

Familierecht

- 14 Wet- en regelgeving
- 15 Jurisprudentie
- 15 Belastingrecht
- 15 BOPZ
- 15 Gezag
- 15 Jeugdbescherming
- 15 Huwelijksvermogensrecht
- 16 Meerderjarigenbewind en mentorschap
- 17 Omgang
- 17 Kinderalimentatie
- 17 Partneralimentatie
- 17 Aanspraak
- 18 Draagkracht
- 18 Procesrecht
- 18 Limitering
- 18 Relatierecht



19

Bestuursprocesrecht

- 20 Horen
- 21 Verzenden en ontvangen
- 21 Termijnen en de vooruitgang
- 22 Belanghebbendenbegrip
- 22 Voldoende bepaalbaar, persoonlijk en rechtstreeks belang
- 23 Afgeleid belang
- 23 Zicht et cetera
- 23 Rechtspersonen
- 23 Rechtsopvolging en overdracht van aanspraken op rechtsbescherming
- 24 Procesbelang
- 24 Beslissen op bezwaar
- 24 Relativiteit
- 25 Finale geschillenbeslechting
- 25 Bestuurlijke lus
- 26 Artt. 6:18 en 6:19 Awb (oud) versus art. 5:39 Awb
- 26 Wraking/ onpartijdigheid
- 27 Hoger beroep en goede procesorde
- 27 Herziening
- 27 Redelijke termijn

Colofon

93e jaargang

Het *Advocatenblad*, het officiële orgaan van de Nederlandse Orde van Advocaten, verschijnt 12 keer per jaar (elke laatste donderdag van de maand) en wordt uitgegeven door Sdu Uitgevers. De van de Orde onafhankelijke redactie stelt de inhoud samen.

Hoofdredacteur
Robert Stiphout

Samenstelling
Mark Maathuis

Redactie
mr. K.A. Boshouwers
mr. A. Groenewoud
mr. M.R. Maathuis
mr. R. Malewicz
mr. C.C. Oberman
mr. M.A.R.C. Padberg
mr. L.H. Rammeloo
mr. drs. Th.C. van Schagen
mr. B.J.R. Van Tongeren

Beeldredactie
Charlotte Helmer

Contact
Reacties kunnen naar mailadres redactie@advocatenblad.nl

Vormgeving
Dimdim, Den Haag

Correctie
Sandra Braakmann

Illustraties
Floris Tilanus

Druk
Senefelder Misset, Doetinchem

Citeerwijze
Adv.bl. Kroniek 2013-2, p.

Sdu Uitgevers
Gert Jan Schinkel (uitgever)
Sandra Kroon (directeur Legal, Tax & Regulatory)

Advertenties
Fenneke van der Schee en Angela Bruins (media adviseurs) 070-378 05 62
www.bereikdejurist.nl, advertentie.juridisch@sdu.nl, Inzendtermijn: nr. 7, 10 juli 2013
nr. 8, 14 augustus 2013

Abonnementen
Per jaar: 222,50 euro (incl. verzend- en administratiekosten).
Studenten: 111,25 euro.
Jaarbanden: 39,95 euro (excl. verzendkosten).
Losse nummers: 30 euro (excl. verzendkosten).
Alle bedragen zijn excl. btw.

Adreswijzigingen
Sdu Uitgevers klantenservice, 070-378 98 80, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag, www.sdu.nl/service; adreswijzigingen van advocaten: adres@advocatenorde.nl

Bureau van de Orde
Neuhuyskade 94, 2596 XM Den Haag Postbus 30851, 2500 GW Den Haag info@advocatenorde.nl
070 - 335 35 35
Helpdesk: helpdesk@advocatenorde.nl
070 - 335 35 54
ISSN 2214-4935

HO
PRINT

Nederlandsche
Uitgeversverbond
Groep uitgevers voor vak en wetenschap

Kroniek Insolventie recht



INHOUD

Pauliana » Pandrecht » Cessie- en verpandingsverbod » Bestuurdersaansprakelijkheid »
De 2:403-verklaring » Bodembeslag » Verrekening » Concernfinanciering, hoofdelijkheid, borgstelling
er regres » Turbolidiquidatie » Failliete moedermaatschappij » Beslag » Internationale aspecten »
Opzeggen overeenkomst » Art. 52 Fw » Relativering arbeidsovereenkomst »
Doorstart na faillissement » Schuldsanering

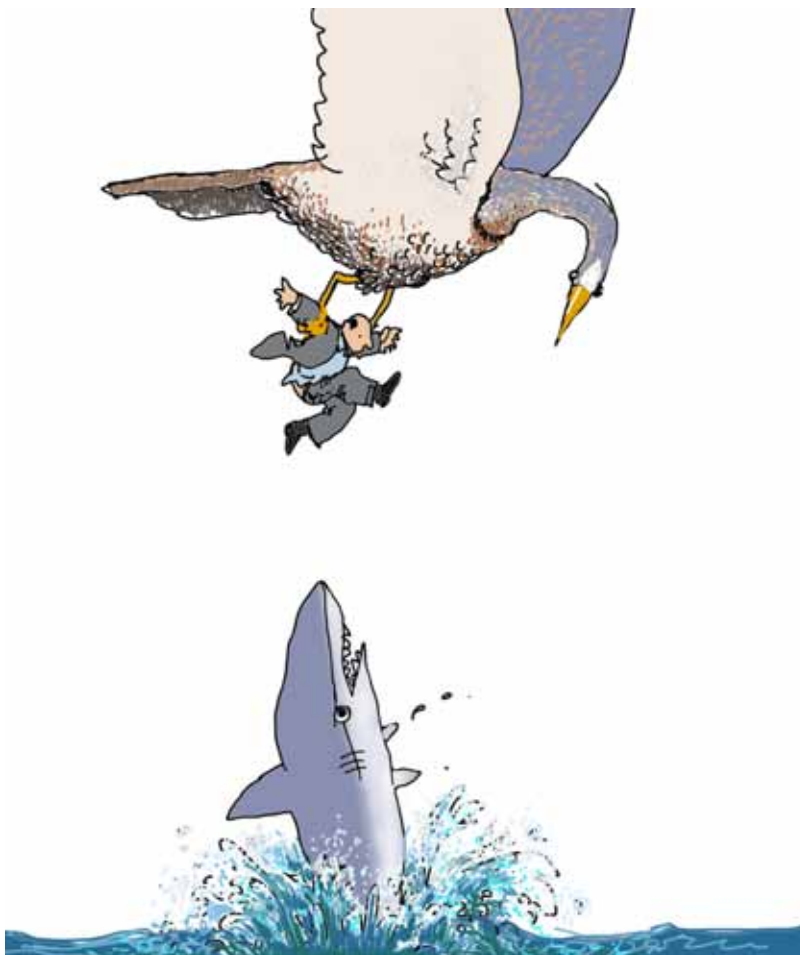
In deze kroniek worden de voor de rechtsontwikkeling in 2012 belangrijkste nieuwe arresten van de HR en voor de praktijk relevante lagere rechtspraak behandeld.

Inge Beulen, Floris Dix, Aubrey Klerks-Valks, Jaap van der Meer, Jacklien Quirijnen en Suzan Winkels-Koerselman.¹

Pauliana

In een door de Hoge Raad op 13 april 2012 beslecht geval² heeft Ammerlaan in 1996 een vordering op Van Staalduinen aan Ammerlaan Beheer gecedeerd. Na het faillissement van Ammerlaan in 2006 heeft de curator die cessie ex art. 42 Fw buitengerechtelijk vernietigd. Ammerlaan Beheer heeft daarin berust. De curator spreekt Van Staalduinen aan tot betaling van de vordering, die zich verweert met de stelling dat de curator niet-ontvankelijk is in zijn vordering, omdat de berusting door Ammerlaan Beheer onbevoegdlijk zou zijn geschied. De HR maakt met die stelling korte metten. Als een partij berust in de vernietiging van een rechtshandeling, dan zal de daarbij betrokken derde (in dit geval Van Staalduinen) in beginsel als vermoeden hebben te laten gelden dat aan de eisen voor vernietiging is voldaan en het daarmee beoogde rechtsgevolg is ingetreden. Het ligt dan op de weg van die derde om feiten en omstandigheden aan te dragen en te bewijzen om dat vermoeden te ontzenuwen. In dit geval had Van Staalduinen daartoe onvoldoende bewijzen aangevoerd.

Door het Hof Den Bosch en het Hof Arnhem³ is in een samenhangende zaak bepaald dat een juridische (af)splitsing conform art. 2:334a e.v. BW niet vernietigbaar is op grond van art. 42 Fw. Als gevolg van die splitsing was onder meer een met een derde hypotheek bezwaarde onroerende zaak ter waarde van ruim 8 miljoen euro uit het vermogen van failliet verdwenen. In de in de wet (art.



2:334u BW) opgenomen limitatieve lijst van vernietigingsgronden staat de pauliana niet vermeld. Met verwijzing naar de memorie van toelichting, overige parlementaire stukken en de considerans bij de Zesde EG-Richtlijn van 17 december 1982⁴ gaat het Hof Den Bosch ervan uit dat de mogelijkheid van vernietiging zeer strikt moet worden uitgelegd en dat art. 2:334u BW als een *lex specialis* een beroep op de pauliana uitsluit. Het Hof Arnhem voegt daaraan toe dat schuldeisers voldoende bescherming wordt geboden door publicatievoorschriften, verzetzrechten en aansprakelijkheidsregels in Titel 7 van Boek 2 BW.

Pandrecht

Banken maken steeds vaker gebruik van een constructie waarbij pandrechten door middel van verzamel-pandakten worden gevestigd. Door de bank wordt dagelijks een alomvattende onderhandse pandakte opgemaakt en bij de Belastingdienst geregistreerd, waarbij alle cliënten van de bank al hun bestaande en toekomstige vorderingen uit dan reeds bestaande rechtsverhoudingen aan de bank verpanden. Bij het opmaken en ondertekenen van de pandakte worden kredietnemers door de bank vertegenwoordigd op grond van eerder verleende (onherroepelijke) volmachten. Met het

1 Allen werkzaam bij Turnaround Advocaten te Best.

2 HR 13 april 2012, JOR 2012, 237, NJ 2012, 445 (Staalduinen/Tiethoff q.q.).

3 Hof 's-Hertogenbosch 27 maart 2012, JOR 2013, 301 (Schreurs q.q. – Favini Real Estate) en Hof Arnhem 25 september 2012, JOR 2012, 343, m.nt. Nagtegaal.

4 Zesde EEG-Richtlijn van de raad inzake het vennootschapsrecht, *PbEG* 31 december 1982, L 278; 82/891/EEG.

arrest-Dix q.q./ING⁵ bevestigt de HR de rechtsgeldigheid van deze constructie.

In het arrest-Rabobank/Kézér⁶ bepaalt de HR dat het onmogelijk is om toekomstig creditsaldo op een bankrekening bij voorbaat stil te verpanden. Ook het 'te goeder trouw'-begrip als bedoeld in art. 54 Fw komt in dit arrest aan bod. In deze zaak heeft failliet, Zon, tot zekerheid van terugbetaling van het krediet van de Rabobank, stille pandrechten op onder meer haar (bestaande en toekomstige) vorderingen gevestigd. De laatste pandakte is op 18 november 2003 geregistreerd, dezelfde dag waarop de Rabobank het krediet met onmiddellijke ingang heeft opgezegd en betaling heeft gevorderd van het aan haar verschuldigde bedrag. Nadien ontvangt Zon gelden op een bankrekening van een andere bank dan de Rabobank. Deze betalingen zijn afkomstig van de aan de Rabobank stil verpande debiteuren van Zon. Door betaling is het pandrecht op deze vorderingen echter tenietgegaan. De gelden worden vervolgens overgeboekt naar de Rabobank die daarna overgaat tot verrekening. De curator vordert betaling van de Rabobank van de overgeboekte bedragen nu de Rabobank redelijkerwijs niet meer kon geloven in de levensvatbaarheid van Zon – zijnde een feitelijke kwestie die het hof heeft aangenomen – bij ontvangst van betreffende bedragen. Nu de verpande vorderingen zijn betaald op een rekening bij een andere bank dan de pandhouder, komt de verrekeningsbevoegdheid uit het arrest-Mulder q.q./CLBN⁷ niet voor toepassing in aanmerking. Gelet op de hiervoor genoemde wetenschap ex art. 54 Fw is het de Rabobank niet toegestaan te verrekenen.

In het arrest van Hof Arnhem⁸ krijgt de bank van kredietnemer op 4 maart 2008 pandlijsten aangeleverd, die door de bank op 11 maart 2008 ter registratie worden aangeboden. Tegelijk wordt op 4 maart 2008 het krediet opgezegd,

waarna de bank de vorderingen op 7 maart 2008 aan een derde verkoopt en cedeert. Het hof oordeelt dat het feit dat de bank – die op moment van registratie (11 maart 2008) geen pandhouder meer was – als pandhouder staat vermeld en de lijst heeft aangeboden, niet afdoet aan de rechtsgeldigheid van de registratie. Voor de verkrijger van de pandrechten op de gecedeerde vorderingen is redelijkerwijs uit het samenstel van de akten te begrijpen dat de pandlijst tot vestiging van pandrechten op vorderingen is bedoeld. De vorderingen op de pandlijsten van 4 maart 2008 zijn dus rechtsgeldig verpand aan deze derde.

Cessie- en verpandingsverbod

Hof Amsterdam heeft in Intergamma/Coface⁹ over een kwestie buiten faillissement geoordeeld, maar dit arrest is deels relevant voor de insolventierechtpraktijk. Het betreft de vraag welke werking een cessieverbod in algemene voorwaarden heeft. Met verwijzing naar Oryx/Van Eesteren¹⁰ heeft het hof, bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel, bepaald dat een dergelijk contractueel verbod, ook voor wat betreft een verpandingsverbod, zo moet worden uitgelegd dat daarmee niet slechts verbintenisrechtelijke werking, maar ook goederenrechtelijke werking is beoogd. Er is cassatie tegen dit arrest ingesteld en de HR zal waarschijnlijk op korte termijn arrest wijzen in deze kwestie.

Kan een vordering waarvan alleen de overdracht en niet uitdrukkelijk de verpanding is uitgesloten, worden verpand? Die vraag is menigmaal gesteld, maar is nog steeds niet door de HR beantwoord. Op 19 december 2012 heeft de Rechtbank Arnhem¹¹ zich over deze vraag uitgela-

ten. De rechtbank overweegt dat niet zonder meer kan worden aangenomen dat een vordering die alleen onoverdraagbaar is gemaakt niet kan worden verpand. Dat zou volgens de rechtbank niet uit het wettelijke systeem of uit de jurisprudentie volgen.¹² Volgens annotator Steneker is deze overweging opmerkelijk te noemen, aangezien art. 3:228 BW uitdrukkelijk bepaalt dat een pandrecht alleen kan worden gevestigd op een overdraagbaar goed.¹³ Steneker stelt aan het einde van zijn noot dat er echter veel voor valt te zeggen om art. 3:228 BW voor verpanding van vorderingen niet te letterlijk te nemen, althans wanneer in het beding alleen de overdracht en niet ook de verpanding is uitgesloten.

Bestuurdersaansprakelijkheid

Het arrest-Huisman q.q./Hoskens¹⁴ (bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW ter zake aanvang van de verjaringstermijn om de bestuurder aansprakelijk te stellen) wordt in deze kroniek niet behandeld, omdat deze al uitgebreid aan de orde is gekomen in de Kroniek Aansprakelijkheidsrecht¹⁵.

In een drietal uitspraken over bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW wordt door rechtbank en gerechtshoven aangeknoopt bij de maatstaf uit het arrest-Ontvanger/Roelofsen¹⁶, inhoudende dat de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt indien komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan opgetreden schade.

5 HR 3 februari 2012, JOR 2012, 200, NJ 2012, 261 (Dix q.q./ING).

6 HR 17 februari 2012, JOR 2012, 234, NJ 2012, 605 (Rabobank/Kézér q.q.).

7 HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 (Mulder q.q./CLBN).

8 Hof Arnhem 13 maart 2012, JOR 2012, 300.

9 Hof Amsterdam, 17 juli 2012, 2012, 340 (Intergamma/Coface).

10 HR 17 januari 2003, 2003, 52 m.n. Rongen (Oryx/Van Eesteren).

11 Rechtbank Arnhem 19 december 2012, 2013, 219, m.nt. A. Steneker.

12 Rechtbank Arnhem 19 december 2012, 2013, 219, m.nt. A. Steneker, r.o. 4.4.

13 Rechtbank Arnhem 19 december 2012, 2013, 219, m.nt. A. Steneker, nr. 6.

14 HR 4 mei 2012, 2012, 349 m.nt. Leijten (Huisman q.q./Hoskens).

15 nr. 2/2013.

16 HR 8 december 2006, LJN: AZ0758 (Ontvanger/Roelofsen).

Ten eerste in een vonnis van de Rechtbank Amsterdam¹⁷, waarin de rechtbank concludeert dat uit de geschetste gang van zaken niet blijkt dat het bestuur wist of redelijkerwijs had moeten weten dat de onderneming KPNQwest niet zou overleven. Integendeel, uit de gehele gang van zaken blijkt dat alle partijen er steeds vanuit zijn gegaan dat er een reële kans bestond dat KPNQwest ook in een teruglopende markt zou kunnen blijven voortbestaan. De rechtbank komt dan ook tot de slotsom dat niet is komen vast te staan dat de bestuurder en de overige leden van het managementteam ter zake van de hun verweten gedragingen een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, zodat geen gronden bestaan hen aansprakelijk te houden.¹⁸

Ten tweede in het tussenarrest van Hof Amsterdam¹⁹, waarin de maatstaf uit Ontvanger/Roelofsen wordt toegepast op een vordering ter zake van vermeende betalingsonwil bij een statutair bestuurder/feitelijk leidinggevende. Het hof oordeelt dat niet als uitgangspunt kan worden aanvaard dat een bestuurder in beginsel gehouden is zijn privévermogen ter beschikking te stellen als (tijdelijke) voorziening tegen liquiditeitsnood van de door hem geleide vennootschap, ook niet indien de bestuurder eerder als geldschietter van de vennootschap heeft gefungeerd. Daarnaast zal de omstandigheid dat een bestuurder zich niet heeft ingespannen om van anderen aanvullende financiering te krijgen slechts onder bijzondere omstandigheden het oordeel kunnen dragen dat hem persoonlijk een ernstig verwijt treft. Indien de bestuurder van een in geldnood verkerende vennootschap constateert dat met de op dat moment beschikbare financiën niet alle crediteuren (volledig) zullen kunnen worden voldaan, moet hem een zekere vrijheid worden gelaten om de crediteu-



ren van wie de vennootschap het meest afhankelijk is voor voortzetting van haar bedrijvigheid met voorrang te (laten) betalen.

Ten slotte in een arrest van Hof 's-Gravenhage²⁰, waarin schuldeisers een bestuurder aansprakelijk stellen, omdat deze zou hebben toegelaten dat een medewerker grote sommen geld aan de vennootschap onttrok, waardoor hun vorderingen onbetaald en onverhaalbaar bleken. De vordering van de schuldeisers slaagt, omdat de bestuurder een handelwijze heeft toegelaten waarvan hij wist of behoorde te weten dat deze tot gevolg zou kunnen hebben dat de vennootschap niet aan haar verplichting tot terugbetaling van de schuldeisers zou kunnen voldoen en daarvoor geen verhaal zou bieden, terwijl hij maatregelen had moeten nemen tegen het handelen van de werknemer.

De HR²¹ heeft in 2012 wederom een arrest gewezen inzake bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 36 IW 1990, aangaande de melding betalingsonmacht. De HR bevestigt zijn eerdere arrest²² dat een redelijke wetsuitleg meebrengt dat met betrekking tot een belasting, waarvoor een tijdige en correcte melding van betalingsonmacht is gedaan, niet opnieuw een melding van betalingsonmacht behoeft te worden gedaan zolang nog sprake is van een betalingsachterstand, tenzij de ontvanger de belasting-schuldige na ontvangst van een betaling schriftelijk laat weten de betalingsonmacht niet langer aanwezig te achten. Dit geldt tevens voor andere over dezelfde of latere tijdvakken verschuldigde belasting(en). Van strijdigheid van de re-

17 Rechtbank Amsterdam 25 april 2012, 2012, 177.

18 In dit vonnis was ook de vraag aan de orde welk recht de vordering beheerste. De rechtbank past de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad en niet de Wet conflictenrecht corporaties toe. Aangezien de schadeveroorzakende gebeurtenis vóór 11 januari 2009 is ingetreden, de datum waarop de Rome II Verordening in werking is getreden, was die verordening aldus nog niet toepasselijk.

19 Hof Amsterdam 14 februari 2012, 2012, 209.

20 Hof 's-Gravenhage 17 april 2012, 2012, 280.

21 HR 21 september 2012, 2012, 379 (X./Staatssecretaris van Financiën).

22 HR 16 maart 2007, 2007, 131 (Ontvanger/Rijntjens).

geling van art. 36 lid 4 IW 1990 met art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM is in dit geval geen sprake.

De 2:403-verklaring

In een door het Hof 's-Hertogenbosch²³ beslecht geschil is opnieuw nadere invulling gegeven aan de reikwijdte van art. 2:403 BW. Inalfa houdt alle aandelen in Mastertools en heeft zich in het kader van een 2:403-verklaring hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de schulden uit rechtshandelingen van Mastertools. Mastertools verkoopt een fabriekstempel aan Metaalwarenfabriek Lentink. Er ontstaat onenigheid over de door Mastertools geleverde kwaliteit. Lentink ontbindt de koopovereenkomst en dient in rechte een vordering tot ongedaanmaking in bij Mastertools en Inalfa, bij laatstgemelde uit hoofde van de vermelde 2:403-verklaring. Inalfa en Mastertools gaan failliet. Lentink bereikt een schikking tegen finale kwijting met de curator van Mastertools en verhaalt het restant van haar vordering tot ongedaanmaking op de boedel van de curator van Inalfa. Die curator verweert zich met de stelling dat die schikking belet dat Lentink zich voor het restant van de vordering tot de curator van Inalfa kan wenden, gelet op het bijzondere karakter van de 2:403-verklaring. Het hof oordeelt echter, onder andere met verwijzing naar het arrest van de HR inzake AkzoNobel/ING²⁴, dat het ter vrije keuze is van de schuldeiser om – in willekeurige volgorde – zowel de dochter als de moeder aan te spreken. De schikking heeft slechts tot gevolg dat de hoofdelijke schuld is verminderd met het betaalde bedrag van de schikking. Voorts vallen onder de reikwijdte van de 2:403-verklaring niet slechts aanspraken van schuldeisers die rechtstreeks uit een rechtshandeling voortvloeien maar ook

vorderingen tot ongedaanmaking en schadevergoedingen na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten.²⁵

Bodembeslag

In 2012 heeft de HR²⁶ de voortdurende discussie tussen fiscus en bank/lease-maatschappij over het bodemrecht nader beslecht in het voordeel van de fiscus. ABN AMRO Lease (hierna 'ABN') sluit in 2005 als lessor een financial lease-overeenkomst met Malatex met betrekking tot een tweetal aan ABN in eigendom toebehorende machines voor de fabricage van plastic. Op 5 oktober 2006 beëindigt ABN de lease wegens betalingsachterstanden van Malatex, onder gelijktijdige opeising van de machines en aanzegging dat zij niet meer mogen worden gebruikt. De machines worden niet daadwerkelijk teruggenomen. Op 17 oktober 2006 wordt Malatex failliet verklaard, zonder dat een afkoelingsperiode wordt afgekondigd. ABN verzoekt de curator om dadelijke terbeschikkingstelling van de machines. Op 26 oktober 2006 legt de fiscus executoriaal bodembeslag op de zich nog in de macht van de curator bevindende machines. ABN stelt dat het bodembeslag onrechtmatig is, omdat ABN in de zin van de Leidraad Invordering²⁷ als reële eigenaar moet worden aangemerkt door de opzegging van de leaseovereenkomst en opeising van de machines. De HR gaat daarin niet mee, nu die handelingen geen wijziging hebben aangebracht in de voor de Leidraad Invordering relevante aard van het eigendomsrecht van de machines, nu die zich nog op de bodem van Malatex bevinden. Het wel of niet daadwerkelijk afvoeren van de machines is voor de HR aldus essentieel. In zijn noot wijst Tekstra in dit verband nog op de afkoelingsperiode. Zou die zijn gelast, dan had het door ABN opeisen van de machines per

deurwaardersexploit het bodembeslag van de fiscus wel kunnen blokkeren.²⁸ Per 1 januari 2013 is dat als gevolg van het gewijzigde bodemrecht echter weer anders.²⁹

Verrekening

In het arrest van HR van 14 december 2012³⁰ komt art. 53 Fw aan bod. Aan failliet worden heffingen opgelegd op basis van een regeling die na datum faillissement, met terugwerkende kracht, in werking treedt. Deze situatie is aldus de HR niet vergelijkbaar met het geval waarin sprake is van een belastingschuld. In het geval van een belastingaanslag is de wet waarop de aanslag is gebaseerd reeds van kracht in de periode waarop de belastingaanslag betrekking heeft en op basis van die (bestaande) wet wordt (uiteindelijk) een aanslag opgelegd. In onderhavig geval treedt de heffingsverordening pas na faillissement in werking. De vraag is relevant in verband met de mogelijkheid van verrekening tijdens faillissement. Beslissend is dan ook of de schuld tot het betalen van heffingen voortvloeit uit de afwikkeling van een voor faillissement bestaande rechtsbetrekking. Uitgangspunt daarbij is, aldus de HR, dat krachtens vaste rechtspraak dit criterium niet te ruim dient te worden uitgelegd. Het enkele behoren tot een bepaalde industriële sector is onvoldoende om te kunnen spreken van een bestaande rechtsbetrekking. Er is dan ook niet voldaan aan het vereiste van art. 53 Fw.

²⁸ Zie art. 63c lid 2 en 241c lid 2 Fw.

²⁹ HR 9 november 2012, 2013, 29, m.nt. Tekstra: 'Onder het versterkte bodemrecht van art. 22bis IW 1990 per 1 januari 2013 is deze specifieke regeling voor de afkoelingsperiode echter feitelijk buiten werking gesteld. Uit het achtste lid van art. 22bis volgt namelijk dat de derde-eigenaar eerst de mededelingsprocedure van art. 22bis moet doorlopen voordat hij een deurwaardersexploit mag uitbrengen. Door de mededeling zal er juist aanleiding zijn bij de Ontvanger om bodembeslag te leggen.'

³⁰ HR 14 december 2012, 2012, 123 (Van der Molen q.q./Productschap Vee en Vlees).

²⁵ Parlementaire Geschiedenis Kamerstukken III1 005, Tweede Nota van wijzigingen, nr. 64.

²⁶ HR 9 november 2012, 2013, 29, m.nt. Tekstra (ABN AMRO Lease/Ontvanger).

²⁷ Art. 22 par. 5 lid 4 Leidraad Invordering 1990 (thans art. 22.8.10 Leidraad Invordering 2008).

²³ Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2012, 2012, 165, m.nt. Bertrams.

²⁴ HR 28 juni 2002, 2002, 136, m.nt. Bartman (Akzo-Nobel/ING Bank).

Concern-financiering, hoofdelijkheid, borgstelling en regres

Op 13 juli 2012 heeft de HR de knoop doorgehakt: als geen afspraken zijn gemaakt over de interne draagplicht tussen hoofdelijke schuldenaren bij concernfinanciering, is er, anders dan uit een arrest van de HR uit 2003³¹ en lagere rechtspraak is afgeleid³², geen draagplicht naar gelijke delen. Volgens de HR moet, om te bepalen wie welke draagplicht heeft, worden gekeken naar wie de lening heeft gebruikt of ten behoeve van wie deze ter beschikking is gekomen en naar de overige omstandigheden van het geval.

In aansluiting op het arrest-ASR/Achmea³³ overweegt de HR³⁴ in een belastingrechtelijke kwestie dat de uit een borgstellingsovereenkomst voortvloeiende verplichting een betaling te doen aan de crediteur van de hoofdschuldenaar als gevolg van art. 3.92 lid 1 Wet IB 2001 tot het werkzaamheidsvermogen behoort en de afwikkeling van die verplichting beheerst wordt door de bepalingen van de Wet IB 2001 met betrekking tot het resultaat uit overige werkzaamheden.³⁵ Hierdoor moet de verplichting van de borg aan die hoofdschuldenaar als ten grondslag liggend aan de regresvordering worden aangemerkt als een rechtstreeks samenhangende schuld in de zin van art. 3.92 lid 1 Wet IB 2001. Aangezien deze verplichting ontstaat

door het aangaan van de borgstelling, behoort zij reeds vanaf dat moment tot het werkzaamheidsvermogen.

In HR 20 januari 2012³⁶ stellen gelieerde vennootschappen geld ter beschikking aan de onderneming. De geldleningen worden vervolgens opgezegd en enige tijd later wordt door de gelieerde vennootschappen het faillissement van de onderneming aangevraagd. De onderneming stelt dat geen sprake is van een toestand van te hebben opgehouden te betalen, omdat de geldbedragen van de gelieerde vennootschappen het karakter hebben van een kapitaalverstrekking dan wel dat het achtergestelde leningen zijn. Hierbij wordt verwezen naar een eerdere uitspraak van de HR.³⁷ De gelieerde vennootschappen stellen echter dat sprake is van tijdelijke, kortlopende geldleningen

ter delging van liquiditeitskrapte. De rechtbank en het hof bepalen dat geen sprake is van kapitaalverstrekking en dat ook geen sprake is van achtergestelde leningen, aangezien er geen overeenkomst van achterstelling conform art. 3:277 lid 1 BW aan ten grondslag ligt. De HR verwierpt het cassatieberoep met toepassing van art. 81 RO. A-G Langemeijer stelt vast dat door de HR tot dusver niet is aanvaard dat bij het vaststellen van de rangorde van de schuldeisers in een faillissement, een vordering uit geldlening door een aandeelhouder of door een andere vennootschap binnen dezelfde groep van ondernemingen wordt aangemerkt als een achtergestelde vordering zonder de in art. 3:277 lid 2 BW genoemde contractuele grondslag. In casu is die rangorde niet direct van belang. Veeleer is van belang wanneer de vorderingen van de gelieerde vennootschappen opeisbaar zijn. In casu waren beide vorderingen opeisbaar, waardoor het faillissement kon worden aangevraagd en uitgesproken.

Turboliquidatie

Hof 's-Gravenhage³⁸ heeft ter zake een verzoek tot faillietverklaring van een reeds ontbonden vennootschap met verwijzing naar Adjuncten Properties/Söderqvist q.q.³⁹ geoordeeld dat wanneer is voldaan aan de vereisten tot faillietverklaring en er tevens summierlijk blijkt van feiten en omstandigheden, die voldoende aannemelijk maken dat er nog baten aanwezig zijn, het faillissement moet worden uitgesproken, ook al is de vennootschap reeds ontbonden. De rechtspersoon moet alsdan worden geacht te zijn blijven bestaan ter afwikkeling van het faillissement.

Voor een aansprakelijkstelling door de Ontvanger van zowel belastingschuldige als (en met name) een derde voor onbetaalde loon- en omzetbelasting, waar-

31 HR 18 april 2003, 2003, 160, m.nt. Bartman (Rivier de Lek/Van de Wetering).

32 Rechtbank Almelo 2 maart 2011, 2011, 166, m.nt. Bartman (SNI/ABN AMRO) en Rechtbank Haarlem 29 februari 2012, 2012, 202, m.nt. Bergervoet (Van der Meer q.q./Prodata Banking Solutions c.s.).

33 HR 6 april 2012, LJN: BU3784 (ASR/Achmea): zie G. de Jager e.a., 'Kroniek Aansprakelijkheidsrecht', 2013, nr. 2, p. 7. Dit arrest is voor de faillissementspraktijk van belang omdat dit mogelijk gevolgen kan hebben voor verpanding dan wel verrekening van een regresvordering in faillissement.

34 HR 14 september 2012, 2012, 346.

35 HR 9 maart 2012, 2012, 171.

36 HR 20 januari 2012, 2012, 97.

37 HR 24 oktober 1997, 1997, 147.

38 Hof 's-Gravenhage 6 september 2012, 2013, 217 m.nt. Nethe. Voor wat betreft bestaan van mogelijke baten en de stel- en bewijsplicht daaromtrent bij turboliquidatie zie tevens Hof Arnhem, 8 mei 2012, 2013, 216 m.nt. Nethe.

39 HR 27 januari 1995, 1995, 579 (Adjuncten Properties/Söderqvist q.q.).

bij de belastingschuldige bij gebrek aan baten is ontbonden (turboliquidatie), heeft de HR⁴⁰ bepaald dat de Ontvanger niet eerst opening van de vereffening van de belastingschuldige hoeft te vragen voordat hij de derde kan aanspreken. Ingebrekestelling van de belastingschuldige ex art. 49 lid 1 IW 1990 is in dat geval niet noodzakelijk.

Failliete moedermaatschappij

De curator van een failliete moedermaatschappij is op grond van art. 68 Fw bevoegd om de rechten uit te oefenen die zijn verbonden aan de onder zijn beheer vallende aandelen in een dochtermaatschappij, voor zover dat past bij een goed beheer van de boedel. De vermogensrechtelijke belangen van de boedel moeten daardoor derhalve worden gediend. De curator kan dan ook als AvA van de dochtermaatschappij beslissen over de toestemming tot het aanvragen van het eigen faillissement van de vennootschap. Het bestuur is – behoudens andersluidende bepaling in de statuten – zonder opdracht van de AvA niet bevoegd aangifte te doen tot faillietverklaring. Dat betekent echter niet dat, wanneer in de statuten ter zake niet anders is bepaald, de AvA bevoegd is om, met voorbijgaan aan het bestuur, te besluiten tot het aanvragen van het eigen faillissement van de vennootschap.⁴¹

Beslag

Hof Amsterdam⁴² heeft bepaald dat in een verklaringsprocedure ex art. 477a Rv ook de curator met een negatieve boedel, die als executant een procedure tegen de derde-beslagene entameert, desverzocht zekerheid moet stellen als bepaald in lid 2. Het hof komt daartoe omdat niet in art. 477a Rv, noch in de Faillissements-



wet een bepaling aan te wijzen zou zijn waaruit volgt dat het betreffende gedeelte van lid 2 niet van toepassing zou zijn op de curator als executant.

Een boedelcrediteur legt executoriaal beslag op de boedelrekening voor zijn concurrente boedelvordering, bestaande uit een proceskostenveroordeling zijdens curator in een eerdere procedure. De curator verzoekt opheffing van dit beslag, omdat het boedelactief (eerst) benodigd zal zijn voor de voldoening van de preferente boedelcrediteuren. Hof 's-Gravenhage⁴³ overweegt dat doorgang van de executie daarom als bezwaar heeft dat een situatie kan ontstaan waarin appellant meer geld ten laste van de boedel ontvangt dan waar hij recht op heeft. Het belang van appellant om desondanks de executie te kunnen voortzetten is, gezien de feiten en omstandigheden, duidelijk van minder gewicht dan de belangen die worden gediend bij een juiste verdeling van het boedelactief, waarbij duidelijk is dat de aanspraken van alle betrokken crediteuren worden gerespecteerd. Het hof bekrachtigt het vonnis van de voor-

zieningenrechter, waarbij het beslag is opgeheven.

Internationale aspecten

In HvJ EU⁴⁴ heeft de curator van een Duitse GmbH zijn rechtsoverdrachten ter zake een faillissementspauliana gecedeerd aan een vennootschap uit Litouwen. De wederpartij van de paulianeuze rechtshandeling is eveneens een Litouwse vennootschap. De rechtsvraag is of de bevoegdheid van de Litouwse rechter getoetst moet worden aan de EEX-verordening of de Insolventieverordening. Conform art. 1 lid 2 sub b EEX-Vo is de Insolventieverordening van toepassing op rechtsoverdrachten die rechtstreeks uit een insolventieprocedure voortvloeien én daarmee nauw samenhangen. Bepalend is de intensiteit van het verband tussen de betreffende rechtsoverdracht en de insolventieprocedure.⁴⁵ De rechts-

40 HR 11 mei 2012, 2012, 241 m.nt. Tekstra.

41 Hof Arnhem, 23 maart 2012, 2012, 203.

42 Hof Amsterdam 14 februari 2012, 2012, 132 m.nt. Stenekker.

43 Hof 's-Gravenhage 23 oktober 2012, 2013, 150 m.nt. Rijckenberg.

44 HvJ EU 19 april 2012, 2012, 303, m.nt. Veder.

45 HvJ EU 12 februari 2009, 2011, 340, m.nt. Veder (Seagon q.q./Deko Marty).

vordering uit hoofde van pauliana hangt volgens het HvJ EU niet nauw samen met de insolventieprocedure. Het HvJ EU overweegt daartoe dat de cessionaris, in tegenstelling tot de curator, vrij is het recht al dan niet uit te oefenen, dat de cessionaris in zijn eigen belang en te eigen bate handelt en dat het eindigen van de insolventieprocedure geen gevolg heeft voor de bevoegdheden van de cessionaris. Er is daarom niet voldaan aan de uitzonderingsbepaling van art. 1 lid 2 sub b EEX-Vo zodat de bevoegdheid van de Litouwse rechter aan de hand van de EEX-Verordening moet worden getoetst.

Het arrest van 22 november 2012⁴⁶ betreft de insolventie van een vennootschap naar Pools recht. Aangezien het centrum van de voornaamste belangen van de vennootschap in Frankrijk ligt, is daar een hoofdprocedure geopend. Het betrof een reorganisatieprocedure. De Franse rechter heeft een herstelplan bekrachtigd, waarmee de vennootschap uitstel van betaling krijgt. Vervolgens wordt de Poolse rechter verzocht een secundaire procedure te openen. Vraag is of de hoofdprocedure door de bekrachtiging van het herstelplan is geëindigd. Conform art. 4 IVO wordt het tijdstip van beëindiging van de procedure beoordeeld naar de lex concursus, in casu naar Frans recht. Geoordeeld wordt dat het feit dat de hoofdprocedure een saneringsdoel heeft niet wegneemt dat er een secundaire procedure kan worden geopend, die conform de Insolventieverordening een liquidatieprocedure moet zijn. De rechter die oordeelt over het openen van een secundaire procedure mag de insolventie van de schuldenaar niet meer toetsen, ook al is de hoofdprocedure een saneringsprocedure.

Rechtbank Maastricht⁴⁷ heeft zich over de rechtsmacht van de Nederlandse rechter ten aanzien van een Peeters/Gatzen-vordering⁴⁸ jegens de Belgische Fortis Bank uitgelaten. De curator kan in geval van benadeling voor de belangen van de gezamenlijke crediteuren opkomen, waarbij de opbrengst in de boedel valt

46 HvJ EU 22 november 2012, 2013, 151.

47 Rechtbank Maastricht 1 augustus 2012, 2013, 215.

48 HR 14 januari 1983, 1983, 597.



en daardoor aan de gezamenlijke crediteuren ten goede komt. De bevoegdheid van de curator tot het geldend maken van dergelijke vorderingen ontleent de curator aan de hem in art. 68 Fw gegeven opdracht tot beheer en vereffening van de failliete boedel. Nu de door de curator ingestelde vordering dus rechtstreeks voortvloeit uit de faillissementsprocedures van gefailleerden, is sprake van de uitzondering als bedoeld in art. 1 lid 2 sub b EEX-Vo, waardoor deze verordening niet van toepassing is. Op grond van het bepaalde in art. 3 en 25 IVO alsmede op grond van art. 6 sub e Rv heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht.

Opzeggen overeenkomst

Foto Noort c.s. sluit een huurkoopovereenkomst met AgfaPhoto Netherlands en een financieringsovereenkomst met AgfaPhoto Europe. AgfaPhoto Netherlands gaat failliet waardoor de met de huurkoopovereenkomst samenhangende verplichtingen om garantie en service te verlenen niet meer worden nagekomen. De huurkoopovereenkomst wordt door de curator niet gestand gedaan. Naar aanleiding hiervan ontbindt Foto Noort c.s. de financieringsovereenkomst met AgfaPhoto Europe. AgfaPhoto Eu-

rope stelt dat de financieringsovereenkomst niet kan worden ontbonden. De HR⁴⁹ overweegt ten aanzien hiervan dat het oordeel van het hof aldus moet worden verstaan dat, gelet op de nauwe feitelijk-economische samenhang tussen de overeenkomsten, de tekortkoming in de huurkoopovereenkomst naar redelijkheid en billijkheid de gevorderde ontbinding van de financieringsovereenkomst rechtvaardigt, ook al is de ontbinding van de huurovereenkomst niet uitdrukkelijk mede gevorderd. Dit oordeel geeft volgens de HR niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.⁵⁰

Art. 52 Fw

Op 23 maart 2012 handhaaft de HR⁵¹ het oordeel van 28 april 2006⁵² dat de bank geen bescherming ex art. 52 Fw geniet wanneer de bank uitvoering geeft aan betalingsopdrachten verstrekt door failliet op datum faillietverklaring.

Relativering arbeids-overeenkomst

De HR⁵³ heeft, anders dan het hof heeft overwogen, bepaald dat wanneer een middellijk enig aandeelhouder tevens middellijk bestuurder van een vennootschap een arbeidsovereenkomst heeft gesloten met de onderneming die later failliet gaat, deze arbeidsovereenkomst niet kan worden gerelativeerd in die zin dat deze vanaf het moment van de eigen faillissementsaanvraag niet meer valt aan te merken als een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 40 Fw. Dit kan anders zijn wanneer het gaat om de statutair bestuurder van failliet⁵⁴ maar dat is in casu niet het geval.

49 HR 20 januari 2012, 2012, 98.

50 HR 20 januari 2012, 2012, 98, r.o. 3.5.3.

51 HR 23 maart 2012, 2012, 278.

52 HR 28 april 2006, 2006, 223.

53 HR 13 juli 2012, 2012, 307.

54 HR 15 april 2005, 2005, 144.



Doorstart na faillissement

Rechtbank Leeuwarden⁵⁵ heeft geoordeeld over de handelwijze van een curator, die reeds uitvoering had gegeven aan een weliswaar rechtsgeldig tot stand gekomen koopovereenkomst, maar waarbij nog niet was voldaan aan de opschortende voorwaarden van toestemming van de rechter-commissaris en pandhouder. De rechtbank oordeelde dat, in het geval dat een doorstart wordt overwogen via een activatransactie, er in het belang van de boedel zowel ten aanzien van de gegadigden voor de overname als bij de afwikkeling van de overdracht sprake dient te zijn van een transparante, consistente en zorgvuldige procedure. Gelet op de handelwijze van de curator in dezen is niet komen vast te staan dat de belangen van de boedel optimaal zijn behartigd door de bestaande koopovereenkomst en de afwikkeling daarvan. De rechtbank oordeelt dat deze handelwijze geen beheer van de boedel is in het belang van de bij de boedel betrokken belanghebbenden, zodat de curator wordt veroordeeld om opnieuw te onderhandelen met een derde partij.

55 Rechtbank Leeuwarden, 30 maart 2012, 2012, 336.

Schuldsanering

Over alle goederen van de schuldenaren – echtelieden – is een beschermingsbewind ingesteld. Tevens zijn zij toegelaten tot de schuldsaneringsregeling die door de rechtbank echter tussentijds beëindigd wordt. Schuldenaren stellen hiertegen hoger beroep in en het hof acht hen ontvankelijk, waarbij in aanmerking wordt genomen een overgelegde brief van de beschermingsbewindvoerder waarin deze instemt met het door schuldenaren ingestelde hoger beroep. Vervolgens wordt cassatie in het belang der wet ingesteld. De procureur-generaal stelt namelijk dat het hof het recht geschon- den heeft door voor de ontvankelijkheid voldoende te achten dat het beroep door de schuldenaren is ingesteld en dat de beschermingsbewindvoerder per brief hiermee heeft ingestemd. Uit het arrest blijkt niet (voldoende) of het hof op grond van die latere brief de beschermingsbewindvoerder als medeappellant heeft beschouwd en waarom het hof die brief daartoe voldoende heeft geacht. De HR oordeelt dat de regeling van het bewind als bedoeld in art. 1:431 lid 1 BW niet meebrengt dat de beschermingsbewindvoerder de schuldenaar in rechte dient te vertegenwoordigen bij een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsre-

geling en evenmin dat die schuldenaar slechts samen met de beschermingsbewindvoerder bevoegd is zo'n verzoek in te dienen. Voorts is geoordeeld dat indien het standpunt van de beschermingsbewindvoerder onvoldoende bekend is, de beschermingsbewindvoerder door de rechter dient te worden opgeroepen teneinde te worden gehoord op een dergelijk verzoek. Dat geldt eveneens bij de behandeling van een rechtsmiddel tegen een beslissing tot tussentijdse beëindiging van de schuldsaneringsregeling op de voet van art. 350 Fw.⁵⁶

Art. 288 lid 2 aanhef en onder b Fw bepaalt dat een verzoek tot toelating tot de schuldsanering dient te worden afgewezen wanneer een poging tot een buitengerechtelijke schuldregeling niet is uitgevoerd door een persoon of instelling als bedoeld in art. 48 lid 1 van de Wet op het consumentenkrediet (Wck). Verzoekers stellen dat art. 288 lid 2 aanhef en onder b Fw niet aan toewijzing van een verzoek in de weg staat in geval de poging tot buitengerechtelijke schuldregeling is uitgevoerd door een persoon of instelling die beschikt over een NEN-8048-certificaat en de verklaring als bedoeld in art. 285 lid 1 onder f Fw is afgegeven door het college van B&W. De HR⁵⁷ gaat hierin niet

56 HR 25 mei 2012, 2012, 545.

57 HR 6 januari 2012, 2012, 66.

mee omdat de honorering van dit middel erop neer zou komen dat de rechter de in art. 48 lid 1 onder d en art. 48 lid 2 Wck gegeven regelgevende bevoegdheid gaat uitoefenen. Daartoe is uitsluitend de regering bevoegd.

De HR⁵⁸ oordeelt over de vraag of de aanspraak van een (voormalige) saniet op een deel van de nalatenschap van haar moeder die na het eindigen van de schuldsaneringsregeling is verkregen, in de boedel valt. Conform art. 295 lid 1 Fw omvat de boedel zowel de goederen die de schuldenaar bij toelating tot de schuldsaneringsregeling bezit als de goederen die hij tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling verkrijgt. De schuldsanering eindigt met het aflopen

van de in art. 349a Fw bedoelde termijn van (in beginsel) drie jaar. Goederen die de schuldenaar eerst verkrijgt na afloop van de in art. 349a Fw bedoelde termijn, behoren niet tot de boedel. Er is geen sprake van een nagekomen bate in de zin van art. 356 lid 4 j° art. 194 Fw, nu het niet gaat om een bate die voor het einde van de schuldsanering is opgekomen maar pas nadien bekend is geworden.

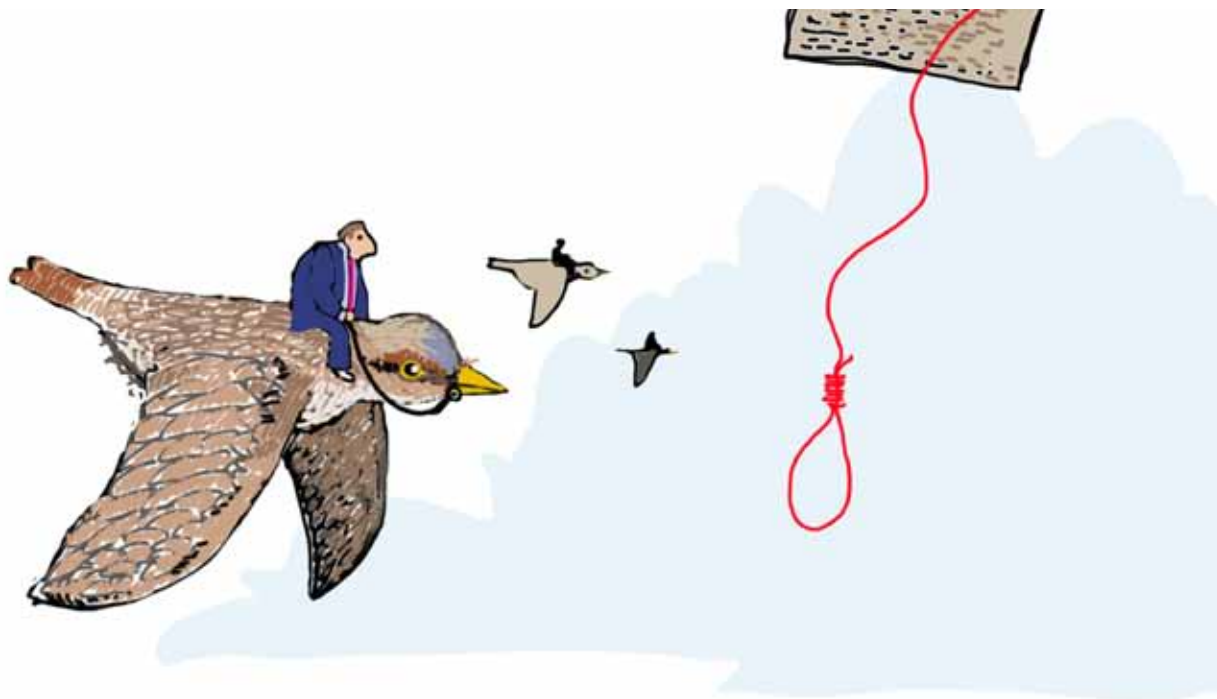
Het HvJ EU⁵⁹ overweegt dat een nationale regeling die aan toekenning van een schuldsaneringsmaatregel de voorwaarde verbindt dat de schuldenaar woonplaats moet hebben in de betreffende lidstaat, een beperking oplevert van het vrije verkeer van werknemers en daarmee in strijd is met art. 45 VWEU.

Rechtbank Assen⁶⁰ ten slotte overweegt dat, in verband met par. 6.3 onder e van de Recofa-richtlijnen, daadwerkelijk gewerkte uren die vanwege onvoldoende actief niet kunnen worden uitbetaald, in beginsel niet als basis kunnen dienen voor de salarisvaststelling van de curator. Ter zake daarvan zal daarom niet in het faillissement noch in de schuldsanering een boedelschuld ontstaan. Indien en voor zover de rechtbank het salaris van de curator ook bij onvoldoende actief zou vaststellen op de daadwerkelijk gewerkte uren, dan zou deze boedelschuld in het faillissement van de commanditaire vennootschap niet ook gelden als boedelschuld in de schuldsaneringsregeling van de beherende vennoot.

58 HR 24 februari 2012, 2013, 50.

59 HvJ EU 8 november 2012, 2013, 152.

60 Rechtbank Assen 16 februari 2012, 2013, 17.



Kroniek Familie- recht



INHOUD

Wet- en regelgeving » Jurisprudentie: *Belastingrecht* » BOPZ » Gezag »
Jeugdbescherming » *Huwelijksvermogensrecht* » *Meerderjarigenbewind en*
mentorschap » *Omgang* » *Kinderalimentatie* » *Partneralimentatie: Aanspraak* »
Draagkracht » *Procesrecht: Limitering* » *Relatierecht*

Deze kroniek bevat een overzicht van de ontwikkelingen op het terrein van het personen- en familierecht tussen 1 oktober 2012 en 1 augustus 2013

Koert Boshouwers en Tanya Kreeftenberg¹

Wet- en regelgeving

Sinds 1 januari 2013 wordt het kindgebonden budget, dat de verzorgende ouder kan ontvangen voor een minderjarig kind dat deel uitmaakt van zijn gezin, niet langer als inkomensbron bij de verzorgende ouder in aanmerking genomen, maar in mindering gebracht op het eigen aandeel van de ouders in de kosten van het betreffende kind. Het kindgebonden budget vormt – net als de kinderbijslag – een tegemoetkoming in de kosten van ouders en dient dan ook op deze kosten in mindering te worden gebracht.

Deze wijziging vormde de opmaat tot het op 1 april 2013 invoeren van een nieuwe berekeningsmethodiek voor het vaststellen van kinderalimentatie. Bij het berekenen van de draagkracht van de onderhoudsplichtige ouders wordt niet langer rekening gehouden met allerlei lasten die voorheen konden worden opgevoerd. In plaats hiervan geldt een meer forfaitaire benaderingswijze van de draagkracht. Op het besteedbare inkomen (vanaf 1.500 euro netto per maand) van de alimentatieplichtige wordt een redelijk te achten woonlast van 30 procent van het netto inkomen in mindering gebracht alsmede een bedrag van 850 euro voor de overige kosten van levensonderhoud. Van hetgeen na aftrek van de forfaitaire lasten overblijft, dient 70 procent aangewend te worden voor het voldoen van kinderalimentatie. De berekende draagkracht wordt evenals voorheen verhoogd met de buitengewone lastenaftrek. Bij lagere inkomens (onder 1.500 euro netto per maand) wordt een hoger percentage van de draagkracht tot maximaal 100 procent in aanmerking genomen. Dit leidt tot een



minimale bijdrage van 25 euro voor een kind en 50 euro per maand voor twee of meer kinderen gezamenlijk.

Op het beschikbare bedrag aan alimentatie wordt vervolgens een zorgkorting in mindering gebracht. Daar waar voorheen rekening werd gehouden met een bedrag van 5 euro per kind per dag dat een kind bij de niet-verzorgende ouder verbleef, wordt nu een bedrag ter grootte van 15 tot 35 procent van het eigen aandeel als onderhoudsbijdrage in natura toegekend aan de andere ouder.

Per 1 april 2013 is tevens een landelijk uniforme werkwijze Verdelen en Verrekenen ingevoerd. Doel van de regeling is om te komen tot een efficiëntere procedure. Daar waar in het verleden verzoeken tot echtscheiding, gezag en verblijf en alimentatie veelal werden afgesplitst van verzoeken tot verdeling en verrekening, zodat twee zittingen noodzakelijk waren, is het de bedoeling om alle zaken op één zitting te behandelen. Ten aanzien van de verdeling en verrekening is een webformulier ontwikkeld dat beide partijen dienen in te vullen en ter kennis van zowel de rechtbank als de wederpartij dienen te brengen. In het formulier worden de boedelbestanddelen beschreven met vermelding van de hieraan door een van partijen toegekende waarde. Tevens wordt aangegeven of over de verdeling of verrekening van een boedelbestanddeel al dan niet overeenstemming bestaat.

¹ Beiden advocaat en vFAS-scheidingsmediator in respectievelijk Utrecht en Son en Breugel.

Jurisprudentie

Belastingrecht

Op 14 april 1993 (BNB 1993/201) overwoog de Hoge Raad dat het in het zicht van een echtscheiding creëren van een beperkte gemeenschap van goederen die een woning, een hypotheek en twee polissen van spaarverzekering omvat, met als doel de woning zonder overdrachtsbelasting verschuldigd te zijn toe te delen aan de echtgenoot, die voorheen geen eigenaar van de woning was, geen fraus legis opleverde.

Deze constructie werkte niet bij twee belanghebbenden, die gezamenlijk een tiental onroerende zaken in (economische) eigendom hadden. Zij gingen met elkaar een geregistreerd partnerschap aan, waarbij zij bij partnerschapsvoorwaarden een beperkte gemeenschap creëerden die deze panden omvatte. Na een dag werd het partnerschap weer ontbonden en in het kader van de verdeling kreeg de een zes en de ander vier panden toegedeeld. Zij beriepen zich op de vrijstelling voor het voldoen van overdrachtsbelasting. De inspecteur doorzag deze constructie en weigerde vrijstelling te verlenen. Zowel het hof als de advocaat-generaal bij de Hoge Raad concludeerde dat vrijstelling verleend had dienen te worden; zo niet de Hoge Raad. Op 15 maart 2013 (LJN: BY0548) overwoog hij dat het geregistreerd partnerschap was aangegaan met als doorslaggevend motief het ontgaan van overdrachtsbelasting door het doen van een beroep op de vrijstelling. Dit levert wetsontduiking op, zodat het geregistreerd partnerschap buiten beschouwing gelaten moest worden voor de heffing van overdrachtsbelasting.

BOPZ

Indien er zekerheid bestaat over de aanwezigheid van een geestesstoornis, kan de rechtbank ex art. 2 BOPZ een voorlopige machtiging tot opname verlenen. Een hierop gegeven beschikking is zes maanden geldig. In noodgevallen kan op grond van art. 20 lid 2 aanhef en onder c BOPZ om een last tot inbewaringstelling worden verzocht. In dat geval dient er

een vermoeden van een geestesstoornis te bestaan en moet er sprake zijn van een zodanige gevaarstelling, dat de uitkomst van de reguliere voorlopige machtiging niet kan worden afgewacht. De inbewaringstelling is drie weken geldig.

Op 1 februari 2013 (LJN: BZ0285) oordeelde de Hoge Raad dat de Wet BOPZ zich er niet tegen verzet dat als een verzoek tot voorlopige machtiging is ingediend voordat is beslist over een machtiging tot voortzetting van de inbewaringstelling, ook wordt beslist over een voorlopige machtiging. Ook als beide verzoeken tegelijkertijd worden ingediend, kan de rechter het verzoek met de meest verstrekkende gevolgen het eerst behandelen.

De Hoge Raad hecht grote waarde aan het door de rechter horen van een persoon, alvorens te beslissen of hij van zijn vrijheid wordt beroofd in het kader van de Wet BOPZ. In de zaak over welke de Hoge Raad op 8 maart 2013 (LJN: BZ3590) oordeelde, had de rechtbank vastgesteld dat de betrokkene na herhaald aanbellen de deur niet opendeed. De constatering dat niet open werd gedaan is volgens de Hoge Raad niet voldoende om hieruit de conclusie te trekken dat de betrokkene niet gehoord wil worden. De rechter had om die reden een nieuwe poging moeten wagen om in contact te komen, alvorens een beslissing te nemen.

Gezag

De met het gezag belaste ouder kan volgens art. 1:266 BW uit het ouderlijk gezag worden ontheven, als deze ouder ongeschikt of onmachtig is om de plicht tot verzorging en opvoeding te vervullen. De rechter onderzoekt dan of de belangen van het kind zich niet tegen de onthefing verzetten. In de zaak die op 1 februari 2003 (LJN: BY4148) aan de Hoge Raad ter beoordeling voorlag, verbleef een kind al tien jaar lang in een pleeggezin. Het had een goede band met haar moeder en verbleef geregeld bij haar. De moeder voerde een doorlopende strijd om haar kind weer terug te krijgen. Deze strijd, de tegenstrijdige signalen die het kind van moeder, pleegzorg en pleegouder ontving en de onzekerheid over het toekomstperspectief van het kind als gevolg van de jaar-

lijkse verlenging van de uithuisplaatsing, brachten het hof ertoe om de moeder uit het ouderlijk gezag te ontheffen. De Hoge Raad deed de zaak ex art. 81 RO af. Hiermee wordt feitelijk al vooruitgelopen op het nieuwe art. 1:266 BW in het kader van de Wet Herziening kindbeschermingsmaatregelen, welk wetsvoorstel in behandeling is bij de Eerste Kamer. Op grond van dit wetsontwerp kan de ouder van een uit huis geplaatst kind tegen diens wil uit het gezag worden ontheven, indien blijkt dat een kind, mede gelet op diens leeftijd, niet meer binnen afzienbare tijd terug kan keren naar die ouder.

De Hoge Raad oordeelde op 26 april 2013 (LJN: BZ0293) opnieuw dat bij het verlenen van vervangende toestemming tot verhuizing alle omstandigheden van het geval in de beoordeling dienen te worden betrokken en afgewogen. Het hof had het verzoek van de moeder om vervangende toestemming voor een verhuizing naar België afgewezen op grond van het enkele feit dat zij geen uitvoering had gegeven aan de beslissing tot teruggeleiding. Nu geen belangenafweging had plaatsgevonden, vernietigde de Hoge Raad deze beslissing.

Jeugdbescherming

Op 19 oktober 2012 (LJN: BQ4724) oordeelde de Hoge Raad over de vraag of de machtiging tot plaatsing van een minderjarige in een gesloten inrichting (art. 29b Wet op de jeugdzorg) komt te vervallen, indien deze niet gedurende een periode van drie maanden ten uitvoer is gelegd. Het hof had overwogen dat de vervaltermijn van drie maanden uit art. 1:262 lid 3 BW ook gold voor een machtiging tot gesloten plaatsing. De Hoge Raad vernietigde de beschikking van het hof en overwoog dat de vervaltermijn van art. 1:262 lid 3 BW niet zag op de machtiging tot plaatsing in een gesloten inrichting.

Huwelijksvermogensrecht

Op 19 oktober 2012 (LJN: BX5576) oordeelde de Hoge Raad over het geval dat een van de echtgenoten uit privévermogen een bedrag van 50.000 euro had geïnvesteerd in de echtelijke woning, die van de huwelijksgoederengemeenschap deel uitmaakte. De Hoge Raad over-



woog dat deze echtgenoot in dat geval een vordering kreeg op de huwelijksgoederengemeenschap en niet op de andere echtgenoot. De Hoge Raad heeft op 13 januari 2006 (NJ 2006, 60) uitgemaakt dat voor zover de reprisevordering niet kan worden voldaan uit de gemeenschap, er wél een vordering op de andere echtgenoot ontstaat. De Hoge Raad gaf in de uitspraak van 19 oktober 2012 niet aan de bedoeling te hebben op de uitspraak van 13 januari 2006 terug te komen.

Kan een schadevergoeding in geld verknocht zijn? De Hoge Raad overwoog op 7 december 2012 (LJN: BY0957) dat deze vraag niet in zijn algemeenheid kan worden beantwoord. Niet alleen de aard van het goed is bepalend, maar ook andere omstandigheden van het geval. De partij die zich op verknochtheid beroept, zal om die reden omstandigheden dienen te stellen om te rechtvaardigen dat de schadevergoeding niet dan wel niet geheel in de gemeenschap valt.

Op grond van het bewijsvermoeden van art. 3:196 BW kan de verdeling van een gemeenschap worden vernietigd, indien komt vast te staan dat een van de partijen in het kader van de verdeling voor meer dan een kwart is benadeeld. De Hoge Raad overwoog op 25 januari 2013 (LJN: BV6689) dat dit artikel niet van toepassing was op een verrekening die heeft plaatsgehad vóór 1 september 2002, de

datum van inwerkingtreding van de Wet Verrekenbedingen. Door het ontbreken van de schakelbepaling van art. 1:135 BW kon art. 3:196 BW niet van toepassing worden verklaard. Een beroep op dwaling kon alleen op de algemene dwalingsbepalingen worden gestoeld. Voor het beroep op dwaling gold het bewijsvermoeden niet.

Op 25 januari 2013 (LJN: BV6689) en 8 februari 2013 (LJN: BY4279) maakte de Hoge Raad (nogmaals) duidelijk op welk moment en wanneer men wettelijke rente verschuldigd wordt over een vordering op basis van een niet-uitgevoerd periodiek verrekenbeding, dat in een finaal verrekenbeding is omgezet, respectievelijk over de vordering tot overbedeling in het kader van een huwelijksgoederengemeenschap. Bij een verrekenvordering treedt het verzuim in op het moment dat de vordering op grond van het finaal verrekenbeding opeisbaar wordt. Indien in de akte huwelijkse voorwaarden een termijn is genoemd waarop verrekend dient te worden, kan deze termijn worden aangemerkt als 'een bepaalde termijn' in de zin van art. 6:83 sub a BW en is geen ingebrekestelling noodzakelijk. De datum van opeisbaarheid zal – afhankelijk van de inhoud van de huwelijkse voorwaarden – het moment van het verbreken van de samenleving dan wel (uiterlijk) het moment van het indienen

van het verzoekschrift tot echtscheiding zijn. In het geval van een huwelijksgoederengemeenschap is de wettelijke rente pas verschuldigd nadat men in verzuim is. Hiertoe dient dan wel eerst de verdeling te zijn vastgesteld.

Meerderjarigenbewind en mentorschap

Staat aan een meerderjarige wiens vermogen onder bewind is gesteld en aan degene over wie een mentor is benoemd een rechtsmiddel ten dienste, indien er tussen deze en de bewindvoerder of de mentor een geschil over een te verrichten rechtshandeling ontstaat? In de zaak op 11 januari 2013 ging het om een geschil over de hoogte van de bijdrage voor kost en inwoning en kleedgeld (LJN: BY8145), respectievelijk het aanvragen van een zorgindicatie (LJN: BY5917). Het hof had in beide zaken geoordeeld dat de wet niet voorziet in een geschillenregeling in het geval van onenigheid tussen de onder bewind gestelde en de bewindvoerder, respectievelijk de meerderjarige en diens mentor. De A-G in deze zaak concludeerde dat er geen algemene regel bestaat op grond waarvan de juistheid van de beslissing van de bewindvoerder of mentor aan de rechter ter beoordeling kan worden voorgelegd. De wetgever heeft bewust van een dergelijke regeling afgezien. De Hoge Raad deed de zaak ex art. 81 RO af.

Omgang

Op 2 november 2012 (LJN: BX5798) oordeelde de Hoge Raad over de vraag of een spermadonor was gerechtigd tot een omgangsregeling ex art. 1:377a BW. De rechtbank had hem niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek, omdat biologisch ouderschap onvoldoende is voor het aannemen van een nauwe persoonlijke betrekking tussen de donor en het kind. Hiervoor waren aanvullende omstandigheden nodig in de vorm van een band met de moeder of het kind na de geboorte. Hiervan was niet gebleken. Het hof achtte een nauwe persoonlijke betrekking aanwezig, maar vond omgang in strijd met zwaarwegende belangen van het kind. De Hoge Raad overwoog dat de door het hof gestelde omstandigheden – te weten contact met de moeder tijdens de zwangerschap, het op de hoogte stellen van de geboorte en het kort na de geboorte bezoeken van moeder en kind, waarbij een cadeau werd meegenomen – als onvoldoende om een persoonlijke band aan te nemen. Hij bekrachtigde vervolgens de beslissing van de rechtbank.

Kinderalimentatie

De onderhoudsverplichting van ouders en stiefouders zijn in beginsel van gelijke rang. Op grond van art. 1:397 lid 2 BW kan rekening worden gehouden met ieders draagkracht en de verhouding waarin eenieder tot de onderhoudsgerechtigde staat. De stiefouderverplichting van art. 1:395 BW maakt het berekenen van kinderalimentatie ingewikkeld, doordat de draagkracht van alle onderhoudsplichtigen in de berekening dient te worden betrokken, ook als deze onderhoudsplichtigen geen partij zijn in de procedure. In de zaak waarover de Hoge Raad op 15 februari 2013 (LJN: BY1882) oordeelde, had het hof de werkelijke bijdrage van de vader van de stiefkinderen bij de beoordeling van de bijdrage van stiefvader betrokken. In de lijn van de uitspraak van de Hoge Raad van 13 juli 2012 (LJN: BX1295) oordeelde de Hoge Raad dat het hof de actuele draagkracht van de vader had moeten beoordelen en niet zonder meer kon uitgaan van diens feitelijke bijdrage.



Wat is de sanctie indien een van de alimentatieplichtige ouders onvoldoende inzicht geeft in zijn draagkracht? In de zaak die op 14 juni 2013 (LJN: BZ6609) aan de Hoge Raad ter beoordeling voorlag, stond tussen de ouders vast dat hun eigen aandeel in de kosten van hun kind 500 euro per maand bedroeg. De moeder had onder verwijzing naar art. 1:404 lid 1 BW – terecht – gesteld dat beide ouders naar rato van hun draagkracht in deze kosten dienden bij te dragen. Zij had echter onvoldoende inzicht in haar eigen draagkrachtpositie gegeven. Het hof had vervolgens beslist dat in dat geval elk van de partijen de helft van de kosten van het kind voor eigen rekening diende te nemen. Dit oordeel kon niet op de instemming van de moeder rekenen; zij stelde cassatie in. De Hoge Raad wees haar cassatieverzoek echter ex art. 81 RO af.

Bij echtscheidingsconvenant hadden partijen afspraken gemaakt over de hoogte van de door de man te betalen kinderalimentatie. Zij waren overeengekomen dat hij deze bijdrage ook verschuldigd was indien hij met een ander zou gaan samenleven. Nadat de man was hertrouwd en met zijn nieuwe echtgenoot en haar kinderen – voor wie hij als stiefouder onderhoudsplichtig was – een gezin was gaan vormen, verzocht hij om wijziging van zijn onderhoudsbijdrage voor zijn eigen kinderen. Hij voerde aan dat zijn draagkracht was verminderd. De rechtbank wijzigde hierop de kin-

deralimentatie. Het hof vernietigde de beschikking en achtte de man gebonden aan de afspraken die in het convenant waren opgenomen. De Hoge Raad verwierp zijn cassatieverzoek op 17 mei 2013 (LJN: BZ1466). Het hield de man aan de afspraak dat het vormen van een nieuw gezin geen wijzigingsgrond voor zijn onderhoudsbijdrage vormde.

Partneralimentatie

Aanspraak

Is er na het verbreken van een buiten-huwelijkse samenleving sprake van een onderhoudsverplichting van de ene ten opzichte van de andere ex-partner? Deze kwestie lag op 14 juni 2013 (LJN: CA2925) ter beoordeling voor aan de Hoge Raad. De vrouw had zich in de procedure primair beroepen op het feit dat er sprake was van een stilzwijgende afspraak tussen partijen die met zich bracht dat de man alimentatieplichtig ten opzichte van haar was. Subsidiarisch beriep zij zich op onrechtmatig handelen door de man, door haar ontijdig te verlaten. Zowel de rechtbank als het hof wees haar verzoek af. Zij overwoog dat er geen sprake is van een wettelijke onderhoudsverplichting tussen samenlevers. De vrouw liet het hierbij niet zitten en stelde cassatie in. De Hoge Raad heeft de zaak ex art. 81 RO afgedaan.

Een en/of rekening biedt:
de man én zijn geld,
of de rekening...



Draagkracht

Op grond van art. 22 Wet werk en bijstand geldt voor 65-plussers een hogere bijstandsnorm dan voor alimentatieplichtigen onder de 65. De werkgroep alimentatierichtlijnen beval in punt 9 van het tremarapport aan om bij het vaststellen van alimentatie uit te gaan van de bijstandsnorm die geldt voor mensen jonger dan 65 jaar. De hogere bijstandsnorm was naar haar mening het gevolg van de hogere premie die voor de zorgverzekering is verschuldigd. Aangezien de zorgpremie als aparte post wordt opgevoerd bij het opstellen van de draagkrachtberekening, is er volgens de werkgroep geen reden om in dat geval nog van de hogere bijstandsnorm uit te gaan.

Op 22 maart 2013 (LJN: BY7007) heeft de Hoge Raad overwogen dat de aanbeveling van de werkgroep op dit punt niet juist is. Het hogere normbedrag voor 65-plussers vloeit niet voort uit het in aanmerking nemen van bepaalde hogere lasten zoals zorgkosten, maar vormt een generieke inkomstenmaatregel die verzekert dat deze groep een inkomen op AOW-niveau heeft, zelfs al ontvangen zij niet de volledige AOW en hebben zij geen of onvoldoende pensioen. De werkgroep heeft de richtlijn intussen in versie juli 2013 van de tremarichtlijnen aangepast.

Daags na het vaststellen van de hoogte van de partneralimentatie, waarbij met de hoogte van de schulden die de man zou aflossen rekening was gehouden, vroeg de man in de zaak die leidde tot Hoge Raad 5 april 2013 (LJN: BY8279) zijn eigen faillissement aan. Vervolgens verzocht hij een nihilstelling van zijn onderhoudsbijdrage. De rechtbank wees zijn verzoek toe, het hof en de Hoge Raad wezen het echter af. In zijn arrest van 18 november 2011 (LJN: BU4937) had het hoogste rechtscollege overwogen dat een failliet – uitzonderingen daargelaten – niet over draagkracht beschikt om alimentatie te betalen. Een uitzondering op deze hoofdregel deed zich in dit geval voor. Het aanvragen van het eigen faillissement werd aangemerkt als het vrijwillig verwijtbaar

opgeven van draagkracht. Conform het stappenplan uit HR 23 januari 1998, NJ 1998, 707 oordeelde de Hoge Raad dat het verlies aan draagkracht herstelbaar was door een homologatieakkoord aan te gaan met de schuldeiser. Gezien de omvang van de schuldenlast en de hoogte van het inkomen van de alimentatieplichtige was er een grote kans dat een akkoord met de schuldeisers over de aflossing van de schuldenlast kon worden bereikt.

Kunnen hoge motiveringseisen worden gesteld aan een alimentatiebeslissing waarbij een hoge partneralimentatie (3.800 euro per maand) gedurende drie jaar op nihil werd gesteld? Op 15 februari 2013 (LJN: BY3236) oordeelde de Hoge Raad dat aan een tijdelijke nihilstelling gewone motiveringseisen verbonden zijn. Er is alleen sprake van een ingrijpende alimentatiebeslissing indien de rechter de alimentatie limiteert en als er sprake is van een nihilstelling die is gegrond op omstandigheden die naar hun aard niet meer voor wijziging vatbaar zijn.

Procesrecht

Op 28 september 2012 (LJN: BW9226) beantwoordde de Hoge Raad de vraag of in hoger beroep een verzoek over een omgangsregeling na het indienen van het verweerschrift in hoger beroep nog kon worden gewijzigd, bevestigend.

Het strakke regime dat grieven, dan wel een vermeerdering of wijziging van het verzoek in hoger beroep bij verzoek- of verweerschrift moet worden ingediend, lijdt uitzondering indien de aard van een geschil met zich brengt dat het later nog kan worden gewijzigd. De Hoge Raad neemt een dergelijke uitzondering aan in het geval van een omgangsregeling, waarbij alle belangen van betrokkenen worden gewogen op het moment van het nemen van de beslissing. De Hoge Raad had op 20 maart 2009 (LJN: BG9917) al geoordeeld ten aanzien van het wijzigen van een verzoek tot vaststelling van alimentatie.

Limitering

Volgens vaste rechtspraak gelden er zware motiveringseisen voor rechterlijke beslissingen die leiden tot het definitief eindigen van een recht op alimentatie (Hoge Raad, 26 maart 1999, NJ 1999/653, 654 en 655). De Hoge Raad heeft op 7 december 2012 (LJN: BY5384) overwogen dat diezelfde zware motiveringseisen ook gelden in het geval van de afwijzing of toewijzing van een verzoek tot verlenging voor een beperkte termijn tot verlenging van een voor 1 januari 1994 voor het eerst vastgestelde onderhoudsbijdrage in de zin van art. II lid 2 WLA.

Relatierecht

Wanneer ontstaat er een gezamenlijk vermogen in het geval van twee samenlevers? De man was van mening dat het openen van een tweetal effectenrekeningen op beider naam leidde tot het tot stand komen van een gezamenlijk vermogen, zodat hij tot de helft van het saldo van de rekeningen was gerechtigd. De Hoge Raad deelde zijn visie op 19 oktober 2012 (LJN: BX5636) niet. De tenaamstelling van een rekening is niet bepalend voor de gerechtigdheid tot het saldo, het geeft aan dat de rekeninghouders ten opzichte van de bank zijn gerechtigd om over het saldo te beschikken. Wie tot het saldo in de interne verhouding tussen de samenlevers is gerechtigd, is afhankelijk van de vraag van wie het saldo afkomstig is.

Kroniek Bestuurs- procesrecht

INHOUD

Horen » Verzenden en ontvangen » Termijnen en de vooruitgang » Belanghebbendenbegrip:
Voldoende bepaalbaar, persoonlijk en rechtstreeks belang » Afgeleid belang » Zicht et cetera »
Rechtspersonen » Rechtsopvolging en overdracht van aanspraken op rechtsbescherming » Procesbelang
» Beslissen op bezwaar » Relativiteit » Finale geschillenbeslechting » Bestuurlijke lus » Artt. 6:18 en
6:19 Awb (oud) versus art. 5:39 Awb » Wraking/onpartijdigheid » Hoger beroep en goede procesorde »
Herziening » Redelijke termijn

Zoals inmiddels gebruikelijk is deze de kroniek samengesteld uit bestuursprocesrechtelijke uitspraken die in de *AB Rechtspraak Bestuursrecht (AB)* en de *Jurisprudentie Bestuursrecht (JB)* zijn gepubliceerd. Deze beslaan de periode tussen juni 2012 en juli 2013.



Marieke Dankbaar¹ en Jan Coen Binnerts²

In de vorige kroniek (*Advocatenblad* 2012/13) maakten we al kort melding van de wijzigingen die de Wet aanpassing bestuursprocesrecht met zich mee zou brengen. 'Voer voor een volgende kroniek,' schreven we. Maar hoewel die wet inmiddels op 1 januari 2013 in werking is getreden (*Staatsblad* 2012, 683), is er nog geen noemenswaardige jurisprudentie over die wijzigingen in deze kroniekperiode verschenen. Belangrijke onderdelen van de wetsaanpassing vormen de in de Crisis- en

herstelwet (Chw) al vastgelegde relativiteitseis en het passeren van gebreken. De betreffende artikelen zijn inmiddels uit de Chw verwijderd (bij het permanent maken van de Chw: 25 april 2013, *Staatsblad* 2013, 144) en gelden nu algemeen – door opname in de Awb per 1 januari 2013 – in het bestuurs(proces)recht. Jurisprudentie over in elk geval de relativiteitseis is wel te vinden in deze kroniek; zij het dus nog gebaseerd op de betreffende bepaling in de Chw. Op 1 juli 2013 (*Staatsblad* 2013, 258) is ook het onderdeel 'incidenteel hoger beroep' van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht in werking getreden, maar daarover is in deze kroniekperiode uiteraard nog geen jurisprudentie beschikbaar. Tot slot is noemenswaardig dat per 1 juli 2013 (*Staatsblad* 2013, 50) ook de procedurele regeling betreffende schadevergoeding

bij onrechtmatige besluiten in werking is getreden. Daarmee is een verzoekschriftprocedure in het bestuursprocesrecht geïntroduceerd. We wachten de jurisprudentie daarover nog in spanning af.

Horen

Het niet voorafgaand aan een besluit horen van een belanghebbende is, in de gevallen waar art. 4:8 Awb daartoe wel verplicht, een gebrek, dat zich echter veelal laat herstellen in bezwaar. Toch kan dat nog misgaan: een leerkracht kreeg tussentijds ontslag uit een tijdelijke aanstelling wegens disfunctioneren. Verzuimd was echter om de leraar naar aanleiding van het voornemen tot ontslag te horen. Dat was gelet op het feitencomplex, waarbij aan het vermeende

¹ Verder geldt dat – net als in eerdere kronieken – wij jurisprudentie rond het begrippenpaar 'besluit' en 'bestuursorgaan' in verband met de beperkte ruimte niet behandelen.

² Beiden advocaat bij Pot Jonker Advocaten in Haarlem.

disfunctioneren maar weinig aandacht was besteed en ook nog eens sprake was van een van rechtswege eindigende aanstelling voor bepaalde tijd, onjuist. De Centrale Raad oordeelde – net als de rechtbank – dat dit verzuim ook niet hersteld kon worden in bezwaar (CRvB 24 januari 2013, AB 2013/106).

Verzenden en ontvangen

Met het tijdig verzenden en ontvangen van besluiten en de reacties daarop gaat nog steeds vaak iets mis. Dat geldt met name als een stuk niet aangetekend is verstuurd. Hoe liggen dan ook alweer de bewijsverhoudingen? De Centrale Raad van Beroep is inmiddels meegegaan met de al eerder omgegangene Raad van State (26 juni 2012, AB 2012/321): indien een geadresseerde stelt dat hij een niet-aangetekend verzonden besluit niet heeft ontvangen, is het in beginsel aan het bestuursorgaan om aannemelijk te maken dat het besluit wel op het adres van de geadresseerde is ontvangen. In de regel wordt post op het op de envelop vermelde adres ontvangen. In eerste instantie kan het bestuursorgaan dan ook volstaan met het aannemelijk maken van de verzending naar het juiste adres. Een juiste adressering, een verzenddatum en een deugdelijke verzendadministratie zijn dan relevant. Voorts moet niet zijn gebleken van recente problemen bij de verzending van post. Kan het bestuursorgaan dat aannemelijk maken, dan is het aan de geadresseerde om het vermoeden dat de brief is bezorgd, te ontzenuwen. Als aan de ontvangst hierdoor redelijkerwijs kan worden betwijfeld, is het weer aan het bestuursorgaan om nader bewijs te leveren. Een besluit kan ook door uitreiking worden bekendgemaakt. Wordt die echter betwist, dan moet het bestuursorgaan aannemelijk maken dat de uitreiking wel degelijk heeft plaatsgevonden, bijvoorbeeld door overlegging van een ondertekend ontvangstbewijs, maar ook andere mogelijkheden worden niet uitgesloten. Kan het bestuursorgaan niet aannemelijk maken dat het besluit is uitgereikt, dan is de bezwaartermijn niet gaan lopen en moet



alsnog op de voorgeschreven wijze worden bekendgemaakt (CRvB 7 maart 2012, AB 2012/379). In een uitspraak van 9 mei 2012 (JB 2012/162) toetste ook de afdeling of de gestelde uitreiking voldoende aannemelijk was geworden. Het betrof een bestuursdwangbesluit dat aan een kantooradres zou zijn uitgereikt. Als bewijs daarvan had de betreffende bouwinspecteur een foto van de buitenkant van het kantoor gemaakt waarop een datum stond waarop hij daar was geweest en het besluit zou hebben uitgereikt. De afdeling oordeelde dat uit de foto slechts bleek dat hij op die datum ter plaatse was geweest, maar niet dat er ook een besluit was uitgereikt. De post is niet meer wat die ooit geweest is, dat is inmiddels wel bekend. Wat doe je bijvoorbeeld als een poststempel ontbreekt? Hoe kan dan worden beoordeeld of een poststuk tijdig ter post is bezorgd zoals bedoeld in art. 6:9 lid 2 Awb? Een via TNT (PostNL) verzonden poststuk wordt in elk geval geacht tijdig ter post te zijn bezorgd als het de eerste of tweede werkdag na de laatste dag van de bezwaar- of beroepstermijn is ontvangen, tenzij op grond van vaststaande feiten aannemelijk is dat het later ter post is bezorgd (CRvB 8 juni 2012, AB 2013/6). Wordt het na die tweede werkdag ontvangen, dan moet appellant aantonen dat het stuk tijdig ter post is bezorgd (maar PostNL er te lang over deed), bijvoorbeeld dan toch met een bewijs van aangetekende verzending (CRvB 31 augustus 2012, JB 2012/267). Tot slot: het gebruik van een faxnummer van de Centrale Raad

van Beroep anders dan het faxnummer van de griffie leidde niet tot niet-ontvankelijkheid in CRvB 7 juni 2012 (JB 2012/191). Dat klinkt niet zo vreemd, maar de Centrale Raad had – oordelend in verzet – toch art. 6 EVRM nodig om deze uitkomst te kunnen bereiken. Geen aanrader dus voor de professionele rechtshulpverlener om niet het nummer van de griffie te gebruiken.

Termijnen en de vooruitgang

Dagen tellen is een kunst. De zesweektermijn van art. 6.8 Awb eindigt als deze op een zaterdag is begonnen, op een vrijdag en niet op de daaropvolgende maandag. Hij vangt namelijk aan op 00.00 uur van een zaterdag en eindigt 42 dagen van 24 uur later op een vrijdag om 24.00 uur, zodat – anders dan de betrokken confrère dacht – het weekend en de Algemene termijnenwet geen rol spelen (CRvB 10 december 2012, JB 2013/34). Te laat is te laat, en dat te laat is niet verschoonbaar als je niet zelf tijdig je post ophaalt. De rechtbank was clement geweest en had daartoe overwogen dat het een ingrijpend sociaalzekerheidsbesluit betrof en dat het te laat helemaal niet zo heel veel te laat was. De ruimte voor die afweging had de rechtbank echter niet, aldus de Centrale Raad van Beroep: te laat was en bleef te laat (CRvB 1 mei 2013, AB 2013/190). Een bestuursorgaan dat een ontwerpbesluit ter visie legt op grond van uitgebreide voorbereidingsprocedures moet daarvan kennisgeving doen (art. 3:12 Awb). Vanouds deden gemeentes dat in plaatselijke krantjes, maar zoekend naar besparingen publiceren zij die kennisgeving tegenwoordig veelal alleen nog op hun website. Dat volstaat alleen als zij bij verordening hebben bepaald dat louter elektronische kennisgeving voldoet (ABRS 15 augustus 2012, JB 2012/222, 12 oktober 2012, JB 2012/264 en 16 januari 2013, JB 2013/48). De provincie Limburg zag zich met deze jurisprudentie geconfronteerd en vaardigde zo'n verordening met terugwerkende kracht uit om publicatiegebreken uit het verleden te dekken; dat liep niet goed af in ABRS 7 maart 2013 (JB 2013/97). Ook in de besluitfase speelt deze regel een



rol. In ABRS 3 april 2013 (*JB 2013/97*) was buiten de termijn beroep van een uitsluitend aan de aanvrager gericht besluit ingesteld door een derde belanghebbende. Die stelde niet eerder dan kort tevoren van het besluit op de hoogte te zijn geraakt. Verder voerde aan dat hij van het besluit kennis had gegeven op de provinciale website, maar bij gebreke van zo'n verordening volstond dat naar het oordeel van de afdeling niet. De termijnoverschrijding was verschoonbaar.

Op 31 juli 2013 deed de afdeling nog een interessante, maar ook misschien wel verontrustende uitspraak over de toepassing van deze regel (ABRS 31 juli 2013, 201208434/1/A1). Daar ging het om een met afdeling 3.4 Awb voorbereid besluit, dat aan de aanvrager bekend was gemaakt. De mededeling van de terinzagelegging, voorgeschreven in art. 3:44 Awb, had echter alleen op de website plaatsgevonden. Daarmee was die niet juist geschied, met als opzienbarend gevolg dat de beroepstermijn nog niet was aangevangen, ook niet voor de aanvrager zelf, die dus al wel over het besluit beschikte. Dat zou alle gemeenten die het gebruik van de plaatselijke krant als publicatiemedium al hadden afgeschaft zonder zó'n verordening te hebben, tot nadenken moeten stemmen: de met afdeling 3.4 Awb voorbereide besluiten die in die tijd tot stand zijn gekomen, zullen dan nog niet onherroepelijk zijn geworden en als het gaat om bijvoorbeeld bepaalde Wabo-besluiten, zijn deze ook niet in werking getreden. Hoeveel besluiten hangen zo in het luchtledige?

Het gebruik van email om een zienswijze of bezwaarschrift in te dienen, is alleen mogelijk als het bestuursorgaan die weg uitdrukkelijk heeft opengesteld (art. 2:15 Awb). Maar ook als de elektronische weg niet is opengesteld, pogen burgers die toch te benutten en niet zonder succes. De afdeling oordeelde dat in zo'n geval het bestuursorgaan de e-mailende bezwaarmaker pas niet-ontvankelijk mag verklaren, als hem de mogelijkheid is geboden het 'gebrek' – namelijk het niet schriftelijk indienen – te herstellen en deze mogelijkheid vervolgens niet wordt benut. Voorwaarde is wel dat de mail gezonden wordt naar het officiële emailadres van het bestuursorgaan, van de relevante ambtelijke dienst of van die ambtenaar met wie appellant zodanig contact heeft gehad, dat de burger 'ervan uit mocht gaan dat de email met het bezwaar of administratief beroep ook naar die ambtenaar mocht worden opgestuurd' (ABRS 29 augustus 2012, *JB 2012/227*). ABRS 23 januari 2013 (*JB 2013/49*) leert dat het gebruik van een emailadres van een ambtenaar dat in een publicatie van een ontwerp-besluit stond vermeld als inlichtingenadres, voor het indienen van een zienswijze per mail niet werkt. Appellant had geen zodanig contact met de ambtenaar gehad dat hij had mogen denken dat hij dat adres kon gebruiken. De herstelmogelijkheid behoeft dus hem niet te worden geboden. De regel geldt zelfs als ongeoorloofd per mail beroep wordt ingesteld en als dat dan ook nog eens bij het verkeerde orgaan gebeurt. Zo kon een mail aan de gemeente waaruit

bleek dat appellant het oneens was met de vaststelling van een bestemmingsplan, die door de gemeente werd geprint en na einde beroepstermijn was doorgezonden naar de afdeling, gelden als een tijdig beroepschrift (ABRS 29 augustus 2012, *JB 2012/227*).

Belanghebbendenbegrip

Voldoende bepaalbaar, persoonlijk en rechtstreeks belang

Een inwoner van een gemeente had bezwaar tegen een aan een promotiebuureau verleende ventvergunning. Een persoonlijk belang ontbrak echter: niet alleen de appellant, maar alle inwoners van de gemeente konden immers geconfronteerd worden met de wervingsactiviteiten, die de vergunning toestond, niet alleen de appellant die van deurbellers verschoond wenste te blijven. Hij onderscheidde zich aldus onvoldoende van de 'amorphe massa' en werd niet als belanghebbende aangemerkt (ABRS 29 augustus 2012, *AB 2012/363* en *JB 2012/228*). Ook onvoldoende onderscheidend was het belang van een appellant die zich niet kon verenigen met de nieuwe mandaatregeling binnen zijn gemeente (ABRS 10 oktober 2012, *AB 2013/19*). Indien de eigendomsbelangen van een verhuurder door een besluit worden geraakt, kan deze als belanghebbende worden aangemerkt. Maar dat 'raken' moet dan wel vrij rechtstreeks gebeuren. In casu ging het om de

eigenaar van enkele horecapanden, die zich verzette tegen een aan het dorps huis verleende evenementenvergunning. Die kon van invloed zijn op de verhuurbaarheid van zijn panden en daarom werd hij daarvoor rechtstreeks in zijn belang getroffen (ABRS 17 oktober 2012, AB 2013/24 en JB 2012/274). Maar strenger was de afdeling op 27 maart 2013 (JB 2013/95). In die uitspraak werd een verhuurder van winkelpanden op acht kilometer van het plangebied niet-ontvankelijk verklaard in beroep tegen een bestemmingsplan, dat voorzag in een wijzigingsbevoegdheid om een sportzaak te beginnen. De panden van verhuurder konden immers ook voor iets anders dan een sportzaak worden gebruikt; daarom ontbrak een voldoende bepaalbaar, eigen en persoonlijk belang dat rechtstreeks was betrokken bij het bestemmingsplan. Dat twee van de panden van appellant nu als sportzaak waren verhuurd, deed daar niet aan af.

Afgeleid belang

Een afgeleid belang is in het algemeen onvoldoende om toegelaten te worden tot de bestuursrechter. Een verzoek tot onttrekking van parkeerplaatsen aan het openbaar verkeer was uitsluitend ingegeven door verplichtingen van verzoeker uit koopovereenkomsten met derden. Verzoeker heeft daarom slechts een uit haar contractuele relatie met de kopers van de parkeerplaatsen afgeleid belang (ABRS 8 augustus 2012, AB 2012/336).

Ook mis ging het voor de visvereniging Samen Sterk, die opkwam tegen de voorwaarden die aan de aan het onderzoeksinstituut Imares verleende ontheffing waren verbonden. Beide partijen hadden belang bij een ruime ontheffing. Deze ontheffing en de daaraan verbonden voorwaarden hadden voor Samen Sterk echter slechts gevolgen in verband met haar privaatrechtelijke verhouding tot Imares. Dat Samen Sterk initiatiefnemer was en financieel verantwoordelijk voor het project waarvoor Imares de ontheffing nodig had, deed daar niet aan af. Het afgeleide belang werd geen rechtstreeks eigen belang (ABRS 27 december 2012, AB 2013/53 en JB 2013/27).

Zicht et cetera

Bij ruimtelijke besluiten en Flora- of fauna- of Natuurbeschermingswetbesluiten spelen zicht en afstand een belangrijke rol bij het bepalen of iemand als belanghebbende kan worden aangemerkt. In een Afdelingsuitspraak van 24 april 2013 (AB 2013/180) had de buurman aan het ministerie om handhaving gevraagd, nu in zijn directe omgeving een bouwer bezig was die zich niet hield aan de voorwaarden van een aan hem verleende ontheffing voor het verstoren van vleermuizen en de kamsalamander. Appellant werd eerst niet als belanghebbende aangemerkt, maar de Afdeling bestuursrechtspraak oordeelde anders. Zij analyseerde afstanden en ruimtelijke uitstraling; het ontbreken van zicht was minder van belang, indien de afstand maar niet te groot werd en de ruimtelijke uitstraling voldoende aannemelijk werd geacht. Beide beestjes kleurden de directe leefomgeving van appellant die zo toch belanghebbende werd. Zicht – of beter: het ontbreken ervan – was wel funest voor de ontvankelijkheid van een omwonende in ABRS 15 juni 2012 (JB 2012/186). Hij was eigenaar van een historische buitenplaats. Vanuit zijn woning had hij geen zicht op de te bouwen silo's, maar vanaf de grens van zijn buitenplaats wel; dat laatste deed echter niet ter zake, ook niet bij een buitenplaats, waar een gebouw en de grond daaromheen als een onlosmakelijk geheel moeten worden gezien.

Rechtspersonen

Voor de ontvankelijkheid van een rechtspersoon die een algemeen of collectief belang vertegenwoordigt, is vereist dat deze feitelijke werkzaamheden verricht en geen loutere procedeerclub is. Die feitelijke werkzaamheden moeten uit meer bestaan dan het inspreken op raadsvergaderingen, want die ziet de afdeling niet los van de procedures en voorbereiding daarvan (ABRS 3 oktober 2012, JB 2012/260). Publieksacties en voorlichting over, c.q. wandelexcursies en schoonmaakacties in het gebied, waarvan de rechtspersoon zich de bescherming ten doel stelt, doen het daarentegen – terecht – goed; zie ABRS 9 januari 2013 (JB 2012/30). Uit ABRS 17 oktober 2012 (JB 2012/276) lijkt overigens te volgen dat het niet noodzakelijk is dat de

feitelijke werkzaamheden zich specifiek op het gebied richten waar het besluit betrekking op heeft. Voldoende voor de ontvankelijkheid van de Bond Heemschut en het Cuypersgenootschap in een bestemmingsplanprocedure in de gemeente Druten was dat zij werkzaamheden hadden verricht 'met betrekking tot de bescherming van cultuurwaarden (...) die ook op het historisch centrum van Druten zijn gericht'. Het feit dat de ontvankelijkheid – en dus ook de vraag of een rechtspersoon belanghebbende is – ambtshalve moet worden beoordeeld, betekent niet dat de rechtbank daarover een stichting niet-ontvankelijk kan verklaren wegens gebrek aan belang, als het punt geheel niet aan de orde is geweest tijdens de behandeling; dat levert strijd op met het verdedigingsbeginsel, aldus ABRS 13 maart 2013 (JB 2013/82).

Rechtsopvolging en overdracht van aanspraken op rechtsbescherming

Nadat de rechtbank negatief had geoordeeld over nadeelcompensatieaanspraken van verzoeker, droeg deze zijn – pretense – aanspraken bij cessie over aan een derde, die vervolgens hoger beroep instelde. Daarmee heeft de afdeling geen moeite: de verzoeker had geen belang meer en dat betekent dat de aanspraken op rechtsbescherming verloren zouden gaan als de derde-verkrijger die niet geldend zou kunnen maken; deze kon dus in hoger beroep worden ontvangen (14 november 2012, JB 2012/7). Iemand die erft na het einde van de tervisielegging van een bestemmingsplan en daardoor pas nadien belang krijgt, kan alsnog tegen de vaststelling daarvan opkomen; ook als degene van wie hij erfde geen zienswijze had ingediend, zo leert ABRS 17 april 2013 (JB 2013/115). Welbeschouwd een bijzondere uitkomst in een geval van rechtsopvolging onder algemene titel. De erfplaatster had immers juist geen recht op

beroep meer, nu zij geen zienswijze had ingediend.

Procesbelang

De belastingrechter zal – in verband met het ontbreken van procesbelang – een beroep in beginsel niet-ontvankelijk moeten verklaren als de inspecteur tijdens de procedure geheel aan de klachten van de belanghebbende tegemoetkomt. Dat gebeurde dan ook in HR 23 maart 2012 (AB 2012/335). De appellante had aangegeven dat dat niet aan de orde kon zijn indien het Unierecht in het geding was. De Hoge Raad was het daar niet mee eens. Niet-ontvankelijkheid wegens het ontvallen van belang vindt op gelijke wijze plaats bij nationale rechtsvorderingen en rechtsvorderingen die zijn gebaseerd op het gemeenschapsrecht. Als je de nationale rechter alleen vraagt een verklaring voor recht te geven over de vraag of iets staatssteun is en expliciet verzoekt om niet te oordelen over de aan zo'n uitspraak verbonden gevolgen van terugvordering, kom je wegens het ontbreken van procesbelang van een koude kermis thuis. Het zou in strijd komen met de uit de taak van de nationale rechter voortvloeiende verplichting om zodanige maatregelen te nemen dat de toestand voor de steunverlening wordt hersteld, aldus het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) (13 september 2012, AB 2013/115). Het feit dat Pinkpop 2012 voorbij was, nam niet weg dat de partij die een vergunning had gevraagd om vuurwerk af te mogen steken bij de afsluiting van dit festival, nog wel belang hield bij een beoordeling van zijn bezwaar tegen de weigering. Enerzijds in verband met een oordeel over de vergoedbaarheid van proceskosten in bezwaar, anderzijds omdat Pinkpop ook wel in latere jaren georganiseerd zou worden; verweerder had hem ten onrechte wegens gebrek aan procesbelang niet-ontvankelijk verklaard (ABRS 25 maart 2013, JB 2013/94).

Beslissen op bezwaar

Mijn wrakingsverzoek
geldt de grondwet...



Op juiste wijze beslissen op bezwaar is niet altijd makkelijk. Indien het bestuursorgaan hangende het bezwaar het besluit intrekt en een nieuw besluit neemt, dan wordt het bezwaar geacht mede gericht te zijn tegen dat nieuwe besluit. Dat moet vervolgens dan ook blijken uit de beslissing op bezwaar. Zo niet, dan voldoet de beslissing op bezwaar niet en kan dat ook niet op basis van art. 6:22 Awb gepasseerd worden (CRvB 8 maart 2012, AB 2012/235). Zoals bekend moet in de bezwaarschriftfase een volledige heroverweging van het bestreden besluit plaatsvinden en dient er *ex nunc* te worden getoetst. Bij die volledige heroverweging in bezwaar geldt als uitgangspunt dat rekening moet worden gehouden met alle relevante feiten en omstandigheden zoals die zich op dat moment voordoen en dat het recht moet worden toegepast zoals dat op dat moment geldt (en dat geldt ook voor beleidsregels; zie ABRS 6 maart 2013, AB 2013/182). De enkele omstandigheid dat een belanghebbende door toepassing van nieuw recht in een ongunstiger positie komt, is onvoldoende om van dat uitgangspunt af te wijken. Wel kunnen er bijzondere gevallen zijn waarin toch anders moet worden geoordeeld. En die omstandigheden deden zich voor in de situatie dat in de nieuwe regels met betrekking tot het vergunnen van een ligplaats voor de betrokken aanvrager relevante fouten waren gemaakt. De aanvrager diende ook in bezwaar aan de

oude detailkaart te worden getoetst (ABRS 28 november 2012, AB 2013/71).

Volledig heroverwegen kan echter niet als de aard van het besluit zich daartegen verzet. Dat is bijvoorbeeld het geval bij het toepassen van een tendersysteem. Uit de aard van dat systeem vloeit voort dat voor sluiting van de aanvraagtermijn alle relevante gegevens moeten zijn overgelegd. In bezwaar alsnog toegevoegde stukken mogen niet meer bij het besluit worden betrokken (ABRS 26 september 2012, AB 2012/397).

De volledige heroverweging in bezwaar kent nog andere grenzen. Een ambtenaar werd verhoord op het politiebureau. Op advies van de agenten belde hij zijn werkgever en meldde hij zich ziek. De ambtenaar werd – toen uitkwam dat hij niet de waarheid had gesproken – ernstig plichtsverzuim verweten. De bezwaarschriftencommissie achtte de verweten gedraging niet te kwalificeren als plichtsverzuim, nu de agenten de ambtenaar hadden verteld zich ziek te melden. Wel vond de commissie dat de man meteen na terugkomst op kantoor duidelijk had moeten maken wat er gaande was. Nu hij dat niet had gedaan, werd dat door de commissie wel als plichtsverzuim aangemerkt. Het bestuursorgaan nam dat over, maar dat leidde bij de Centrale Raad tot een probleem: ten onrechte was het primaire besluit niet op grondslag van het bezwaar heroverwogen (CRvB 22 november 2012, AB 2013/35).

Relativiteit

Veel uitspraken, uiteraard vooral in het ruimtelijk bestuursrecht, handelen over de relativiteitseis; enkele daarvan behandelen wij hier. In een procedure over een bestemmingsplan (ABRS 7 maart 2012, AB 2012/298) voor een gebied waar een molen aanwezig was, oordeelde de afdeling over de relativiteitseis op grond van art. 1.9 Chw. Dat gebeurde echter wel op een wat vreemde manier: de afdeling overwoog dat appellante geen eigenaar was van de molen en dat er met betrekking tot die molen geen andere rechten golden. Vervolgens gaf de afdeling aan dat appellante op driehonderd meter van de molen woonde en er geen direct zicht op had. Op grond

daarvan was zij van oordeel dat de Gelderse Molenverordening kennelijk niet strekt ten behoeve van de bescherming van de belangen van appellant. De op die verordening gebaseerde beroepsgronden stuiten dus af op de relativiteitseis, terwijl de overwegingen van de afdeling ter zake op een belanghebbendetoets lijken. Relativiteit en belanghebbendheid vloeien in elkaar over.

Duidelijker was de afdeling (ABRS 18 juli 2012, AB 2012/343) in de zaak van het te verbouwen monumentale gemeentehuis in Zeist. Een vastgoedontwikkelaar, die enkele panden in de buurt exploiteerde, kwam tegen de verleende monumentenvergunning op. De ontmoeting met de relativiteit viel niet goed: de normen van de Monumentenwet strekken tot bescherming van de monumentale waarden van het beschermde monument. Het commerciële belang van de vastgoedexploitant bij de aantrekkelijkheid van het vastgoed dat hij verhuurt, is geen belang dat onder het beschermingsbereik van de normen van de Monumentenwet valt. Ook is geen sprake van een belang dat verweven is met de algemene belangen die de Monumentenwet beoogt te beschermen. Een *escape* via de algemene beginselen van behoorlijk bestuur mocht ook niet baten: bij de toepassing van de relativiteitseis komt aan de formele beginselen van behoorlijk bestuur geen zelfstandige betekenis toe. De onderliggende materiële norm is in die context bepalend. De relativiteitseis was geen belemmering in ABRS 28 maart 2012 (AB 2012/345), waarin een ten behoeve van de bouw van 64 woningen genomen projectbesluit onder de loep werd genomen. Appellanten beriepen zich op bepalingen uit de Wet geluidhinder. De afdeling overwoog dat de bepalingen uit die wet zowel strekken ter bescherming van omwonenden, als van naastgelegen bedrijven. De relativiteitseis staat daaraan niet in de weg.

Finale geschillenbeslechting

De rechter kan natuurlijk zelf in de zaak voorzien indien hij de overtuiging heeft dat de uitkomst van het geschil – in het geval het bestuursorgaan opnieuw in de

zaak zou voorzien – geen andere zou zijn en de toets aan het recht kan doorstaan. De rechter echter gaat te ver als hij een voorschrift aan een vergunning verbindt die verdergaande bescherming biedt dan de Flora- en faunawet voorschrijft (ABRS 21 maart 2012, AB 2012/233).

Nogal finaal oordeelde het CBb (7 december 2012, JB 2013/40) toen deze een beslissing op bezwaar ter zake van een handhavingsbesluit vernietigde, nadat verweerder via een tussenuitspraak gelegenheid had gekregen om een motiveeringsgebrek te herstellen maar daarin niet was geslaagd. Vervolgens herriep hij namelijk ook het handhavingsbesluit, omdat hij uitsloot dat verweerder na drie jaar en twee pogingen alsnog een aanvaardbare motivering zou kunnen geven.

Praktisch en op afdoening gericht was ook de Centrale Raad (24 januari 2013, JB 2013/54): aan de orde was dat in het bezwaar eigenlijk een aanvraag verpakt zat, waarop in een als beslissing op bezwaarschrift aangeduid stuk een primair besluit was genomen. Dit was echter door de rechtbank en partijen niet onderkend. De raad zond het bij de rechtbank ingediende beroepschrift niet alsnog terug naar verweerder om als bezwaarschrift te behandelen, maar besliste daarop alsof het een beroepschrift was. Een appellant klaagde in hoger beroep dat de rechtbank na gegrondverklaring van zijn beroep en vernietiging van het besluit niet zelf in de zaak had voorzien. Hij stelde dat daarmee in strijd met art. 6 EVRM werd gehandeld, omdat hij daardoor voor onbepaalde tijd in onzekerheid werd gelaten over het voortduren van een onrechtmatige toestand. Dat betoog slaagde niet omdat, naar het oordeel van de afdeling, die termijn beperkt werd door het feit dat na vernietiging verweerder binnen een bij wet bepaalde beslistermijn een besluit moest nemen. Dat besluit was overigens ook genomen en liep van rechtswege mee in appel; dat leidde wel tot een tussenuitspraak, waaruit bleek dat ook dit nieuwe besluit niet deugde, waarop verweerder nogmaals acht weken kreeg om dat te herstellen of te vervangen, maar onbepaald was die tijd niet (ABRS 20 maart 2013, JB 2013/92). De rechter kan ook de rechtsgevolgen in stand laten en zo tegemoetkomen aan de wens

het geschil finaal te beslechten. In CRvB 16 oktober 2012 (AB 2013/56) legt de Centrale Raad een standaardoverweging neer over het in stand laten van de rechtsgevolgen. Daarmee wordt (zij het impliciet) aansluiting gezocht bij eerdere jurisprudentie van – onder meer – de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State: als een besluit wordt vernietigd, dient de rechtbank de mogelijkheden van finale geschilbeslechting te onderzoeken. Daarbij dient zij onder meer te beoordelen of er grond is om met toepassing van art. 8:72 lid 3 Awb de rechtsgevolgen in stand te laten. Voor het in stand laten van de rechtsgevolgen is niet vereist dat nog slechts één beslissing mogelijk is. In dit geval is het bestreden besluit vernietigd omdat de motivering geen stand kon houden. Uit oogpunt van proceseconomie kan het aangewezen zijn de rechtsgevolgen in stand te laten indien het bestuursorgaan vasthoudt aan zijn besluit, dat besluit alsnog voldoende motiveert en de andere partijen zich daar in voldoende mate over hebben kunnen uitlaten. Daarbij is niet vereist dat het bestuursorgaan een nieuw besluit neemt dat in de plaats van het vernietigde besluit wordt gesteld. Beslissend is of de inhoud van het vernietigde besluit na de alsnog kenbaar gemaakte motivering de rechterlijke toets kan doorstaan.

Bestuurlijke lus

Er wordt veel gelust maar een zaak leent zich er niet altijd voor. Omdat het debat in een kwestie in drie opvolgende procedures hoofdzakelijk gericht was geweest op de ontvankelijkheid in bezwaar, waardoor de feiten die aan het onderliggende terugvorderingsbesluit ten grondslag lagen onderbelicht waren gebleven, bleef een bestuurlijke lus uit. Wel gaf de Centrale Raad wat ‘tips’ mee aan het bestuursorgaan. Dat werd opgedragen binnen acht weken een nieuw inhoudelijk besluit te nemen. De raad achtte het daarbij aangewezen dat een nadere hoorzitting zou plaatsvinden (CRvB 27 maart 2012, AB 2012/199). Bestuurlijk gelust werd er wel toen bleek dat de beslissing op bezwaar onbevoegd was genomen, nu dat in strijd met art. 10:3 lid 3 Awb door dezelfde func-

tionaris was genomen als het besluit in primo. Door het besluit, in de bestuurlijke lus, te bekrachtigen, had het college van B&W het gebrek hersteld (ABRS 3 oktober 2012, AB 2012/361).

In ABRS 13 februari 2013 (AB 2013/124) werd ook gelust: de staatssecretaris van Economische Zaken werd in de gelegenheid gesteld opnieuw te beslissen op bezwaar en deed dat. Maar in plaats van de gevraagde Ffw-ontheffing alsnog op de juiste wijze te verlenen, werd appellant (IVN) alsnog niet-ontvankelijk verklaard in haar bezwaar: de aanvrager had namelijk inmiddels de aanvraag voor de ontheffing ingetrokken. De afdeling achtte dit een juiste beslissing, terwijl IVN had aangegeven dat er nog wel degelijk een belang was, omdat het intrekken van de aanvraag niet meteen effect had op de bestreden beslissing in primo. Het is maar de vraag wie nu gelijk had. De afdeling is kritisch ten aanzien van het bewaken van de termijn waarbinnen na tussenuitspraak moet worden gereageerd, maar niet geheel onvermuisbaar. De gemeenteraad die een onderzoek moest uitvoeren, maar daarvoor eerst met appellant overeenstemming moest zien te krijgen over de onderzoeksmethode en daarom uit de termijn dreigde te lopen, kreeg verlenging (ABRS 17 oktober 2012, JB 2012/265). ABRS 17 oktober 2012 (JB 2012/275) toont vervolgens aan dat de bij tussenuitspraak gestelde termijn voor herstel van een gebrek toch betrekkelijk eenvoudig kan worden omzeild. Verweerder zag zijn verzoek om verlenging van de termijn afgewezen, waarop de rechtbank een voortzetting van de mondelinge behandeling gelastte. Meer dan tien dagen voor die zitting stuurde verweerder alsnog een stuk in met de verbeterde motivering. De rechtbank nam die mee bij de behandeling en zo leidde een en ander tot dezelfde uitkomst als wanneer verweerder wel tijdig zou hebben hersteld, namelijk vernietiging van het oorspronkelijke besluit wegens ontoereikende motivering en instandlating van de rechtsgevolgen. Dat mocht van de afdeling. Het staat de rechtbank, behoudens uitzonderlijke gevallen, niet vrij terug te komen van een door haar in een tussenuitspraak zonder voorbehoud gegeven oordeel. In een zaak had het UWV in een reactie op de tussenuitspraak uiteengezet waarom

naar haar oordeel het standpunt van de rechtbank onjuist was. De rechtbank had daaruit moeten concluderen dat het UWV geen gebruik wilde maken van de mogelijkheid tot herstel. De rechtbank veranderde echter naar aanleiding van het nadere verweer haar oordeel ten gunste van het UWV. Geen juiste gang van zaken, aldus de Centrale Raad (CRvB 2 november 2012, JB 2012/289 en AB 2013/75). Zo ook CRvB 6 maart 2013 (JB 2013/87). Wel goed ging dat in CRvB 21 september 2012 (JB 2012/269): als de rechtbank een tussenuitspraak geeft en vraagt om een nadere motivering, is het niet de bedoeling dat het bestuursorgaan in een reactie uiteenzet dat en waarom het oorspronkelijke besluit reeds goed gemotiveerd was c.q. dat daar geen gebrek aan kleefde. De rechtbank vond echter dat die uiteenzetting toch als een herstel kon dienen van het – door het UWV ontkende – gebrek en dat mocht van de Centrale Raad.

Artt. 6:18 en 6:19 Awb (oud) versus art. 5:39 Awb

Op grond van art. 6:19 Awb wordt een ingesteld beroep ook geacht betrekking te hebben op een nieuw besluit dat het oorspronkelijke wijzigt, tenzij daarmee volledig aan het bezwaar of beroep tegemoet wordt gekomen. Maar wat nu als dat oorspronkelijke beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard? Deelt dan het beroep van rechtswege datzelfde lot? Dat hangt af van de aard van het ontvankelijkheidsgebrek. In ABRS 3 oktober 2012 (JB 2012/260) was het oorspronkelijke beroep niet-ontvankelijk vanwege het op onjuiste wijze inroepen van rechtsbescherming: er was geen zienswijze ingediend. Dan gaan ook de beroepen van rechtswege onderuit. Maar dat kan anders liggen als bijvoorbeeld bij het eerste besluit geen procesbelang meer bestaat, maar dat belang bij het tweede besluit er nog wel is. Een nuancering geldt ook voor vervolgbesluiten naar aanleiding van bestuursdwang of dwangsom. Als die worden betwist, bepaalt art. 5:39 Awb dat van rechtswege beroep ontstaat als het handhavingsbesluit zelf onder de rechter

is. Maar wat dan als het griffierecht niet betaald is en het beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard? Dan moet de rechtbank die betwistingen weer terugzenden aan het bestuursorgaan om ze als bezwaarschrift te laten behandelen, zo bepaalde de afdeling op 16 mei 2012 (JB 2012/165). En als die vervolgbesluiten pas genomen en betwist worden als het beroep tegen het handhavingsbesluit zelf al in hoger beroep aanhangig is, dan geldt – alles onder het motto van de finale geschillenbeslechting – dat die beroepen van rechtswege mee gaan lopen in de appelprocedure. Appellant verliest dan dus een instantie (ABRS 24 oktober 2012, JB 2012/277).

Wraking/ onpartijdigheid

Het lijkt wel alsof je tegenwoordig niet meer meetelt als je niet een keer een rechter of een heel rechterlijk college hebt gewraakt. Maar aan ongebreideld wraken zit een grens. Zo oordeelde het CbB dat wraking van elke wrakingskamer, van welke samenstelling ook, neerkomt op een verzoek om wraking van alle rechters van dat college. Zo'n verzoek moet buiten behandeling worden gelaten. Misbruik van recht wordt door het CbB aangenomen bij het indienen van opeenvolgende wrakingsverzoeken, zonder de beslissing daaromtrent af te wachten en waarbij wordt nagelaten op de persoon van die rechters betrekking hebbende feiten of omstandigheden naar voren te brengen die blijk zouden geven van twijfel aan de onpartijdigheid van de behandelende rechters (CbB 12 april 2012, AB 2012/206). Het wrakingsverzoek mag niet onredelijk laat worden gedaan: een verzoek dat meer dan een maand na de behandeling werd ingediend, vond de Centrale Raad van Beroep te laat (CRvB 10 mei 2012, JB 2012/169). De nieuwe zaaksbehandeling – en de wens steeds sneller finaal het geschil te beslechten – brengt ook risico's met zich mee. Niet elke partij, maar ook niet iedere rechter is steeds in staat om een nieuwe zaaksbehandelingszitting in goede banen te leiden. De rechter die de eisende partij, voordat deze zijn beroepsgrond over 'wegbestemmen'

kan toelichten, toevoegt dat wat hij heeft gesteld onzin is, wordt terecht gewraakt. De vrees bij verzoeker dat sprake was van vooringenomenheid bij de behandelend rechter was met die opmerking objectief gerechtvaardigd (Rb. Arnhem, 15 maart 2012, AB 2012/273).

Ook mis gaat het met de rechter die tegen de gemachtigde van eiser zegt dat deze zit te zeuren (Rb. Breda, 13 oktober 2012, AB 2012/274). Met die uitlating heeft de rechter er niet alleen blijk van gegeven hetgeen door de gemachtigde ter adstruc-tie van het beroep werd aangevoerd irrelevant te achten, maar diskwalificeerde zo ook wat de gemachtigde naar voren bracht. Onpartijdigheid speelt ook een rol bij de toepassing van de bestuurlijke lus. De rechter moet niet zover gaan dat in het kader van een tussenuitspraak zo precies wordt voorgeschreven wat er aan een ambtshalve te nemen nadelig besluit moet worden hersteld om dat in stand te laten, dat de appellant de indruk kan krijgen dat de rechtbank daarover niet langer onbevangen zal oordelen. Dat leidt namelijk tot strijd met art. 6 EVRM, aldus CRvB 16 april 2013 (JB 2013/119). ‘Meeprocederen’ moet dus omzichtig gebeuren...

Hoger beroep en goede procesorde

Een aantal uitspraken illustreert dat de afdeling nog steeds een meer beperkte opvatting heeft over de functie van het hoger beroep dan de andere bestuursap-pelrechters. Bij die laatste heeft het hoger beroep een herkansingsfunctie. Dat betekent dat in appel alsnog nieuwe grieven tegen het bestreden besluit kunnen worden ontwikkeld; zie bijvoorbeeld expliciet CBB 22 juni 2012 (JB 2012/133). De afde-ling wil daar niet aan, zoals onder meer uitdrukkelijk bevestigd in ABRS 6 maart 2013 (JB 2013/69). Tegelijkertijd is de afde-ling wel gaan schuiven als het gaat om argumenten, bijvoorbeeld berekeningen, rapporten of bewijsstukken, ter onderbou-wing van gronden die al bij de rechtbank waren aangevoerd. In ABRS 19 december 2012 (JB 2012/24), werd het in appel op de proppen komen met bewijsstukken nog

ouderwets afgestraft met het argument dat slechts de uitspraak van de rechtbank ter toetsing voorligt en deze nu eenmaal niet over die stukken beschikte. Maar op 6 februari 2013 (JB 2013/63) en 3 april 2013 (JB 2013/99) werd anders beslist: in beide zaken waren in eerste aanleg stukken zo laat aan de rechtbank gezonden, dat deze die pro-ducties en argumenten wegens strijd met de goede procesorde buiten beschouwing had gelaten. Dat vond de afdeling telkens wel terecht maar dat verhinderde niet dat appellanten die stukken en argumenten in hoger beroep alsnog mochten inbrengen. Dus toch kleine bewegingen in de richting van een herkansingsfunctie.

Herziening

Bij de beslissing op een verzoek om herzie-ning wordt slechts rekening gehouden met nader gebleken feiten en omstandigheden die hebben plaatsgevonden voor de uit-spraak en die de verzoeker in de procedure, die heeft geleid tot de uitspraak waarvan herziening wordt gevraagd, redelijkerwijs niet naar voren had kunnen brengen. Het rechtsmiddel van herziening leent zich er niet voor om het geschil waarover bij uitspraak is beslist naar aanleiding van die uitspraak opnieuw aan de rechter voor te leggen.

Ook is het niet bedoeld om een partij in de gelegenheid te stellen argumenten, die in een eerdere procedure naar voren zijn gebracht of hadden kunnen worden gebracht, opnieuw of alsnog naar voren te brengen – en zo het debat te heropenen – nadat is gebleken dat de aangevoerde feiten en omstandigheden niet tot het gewenste resultaat hebben geleid (ABRS 14 maart 2012, AB 2013/25).

In ABRS 27 juli 2012 (AB 2012/368) gaat de Afdeling bestuursrechtspraak in het belang van de rechtseenheid en uit oog-punt van rechtsbescherming ‘om’. Zij oor-deelt dat ze bevoegd is kennis te nemen van een tegen een uitspraak van de rechtbank op een herzieningsverzoek ingesteld hoger beroep, ongeacht of de rechtbank inwilligend dan wel afwijzend op het betreffende verzoek heeft beslist.

Redelijke termijn

Zoals bekend bestaat bij te lange duur van een procedure recht op vergoeding van immateriële schade wegens overschrijding van de redelijke termijn, die op vijfhon-derd euro per halfjaar overschrijding van die termijn gesteld is.

Dat heeft geleid tot een baaiert aan uitspraken. Wanneer vangt de redelijke termijn precies aan? Welke aftrek mag plaatsvinden wegens de proceshouding van de appellant? Wat te doen met de aan tussentijdse mediationpogingen verloren tijd (telt niet mee, zie CRvB 10 oktober 2012, JB 2013/51)? Hoe om te gaan met het tarief bij meerdere appellanten (gedeelde smart is halve smart, maar alleen als de appellanten iets gemeen hadden: CRvB 14 december 2012, JB 2013/37)? In hoeverre kan overschrijding in de ene fase ingehaald worden door een snellere dan gebruike-lijke vervolgfase? Et cetera...

Grappig genoeg blijft er echter een ver-schil tussen de CRvB en de belastingrechter enerzijds en de andere bestuursrechters anderzijds als het de redelijk te achten termijn voor een procedure betreft. De eerste houden het op vier jaar (halfjaar bezwaar, anderhalf jaar beroep en twee jaar hoger beroep), de laatste op vijf jaar (een jaar bezwaar, twee jaar beroep en twee jaar hoger beroep), althans bij niet-punitieve besluiten. Ook in deze kroniekperiode is het op dit punt niet tot rechtseenheid gekomen, waarbij nog speelt dat bepaalde bijzondere besluiten soms weer speci-ale redelijke termijnen blijken te kennen, zoals besluiten in het mededingingsrecht. In geval van twijfel geldt voor de advocaat het devies: gewoon om vergoeding van immateriële schade vragen, dan gaat de rechter wel rekenen. Dat vragen moet ech-ter niet vergeten worden, want als er niet over geklaagd wordt, vindt de regeling geen toepassing.

