

**A**

ADVOCATENBLAD

**KRONIEK**

Kronieken | nr. 4/2015

*Kronieken*

**BESTUURSPROCESRECHT**

**INSOLVENTIERECHT**

**FAMILIERECHT**

**Sdu**

oprecht  
de beste  
keuze



## Bestuurs- procesrecht

- 4 **Belang**
  - 4 *Procesbelang*
  - 4 *Belanghebbend worden*
  - 4 *Concurrentie*
  - 5 *Afgeleid belang*
  - 5 *Actueel belang*
  - 6 *Objectief bepaalbaar belang*
  - 6 *Collectieve belangen en belangen van bestuursorganen*
  - 7 *Afstand, zicht en kleuring*
- 7 **Relativiteit**
- 7 **Bekendmaking, verzenden en ontvangen**
  - 7 *Termijnen*
  - 8 *Verzenden en ontvangen*
  - 9 *Verschoonbaar*
- 10 **Bezwaarschriftprocedure**
- 10 **(Hoger) beroep en goede procesorde**
- 11 **Finale geschilbeslechting**
- 12 **Herziening**
- 13 **Misbruik van procesrecht**

## Insolventierecht

- 15 **Pandrecht**
- 16 **Bestuurdersaansprakelijkheid**
- 20 **Verrekening**
  - 21 *403-verklaring*
  - 21 *Borgtocht*
  - 21 *Wederzijds zekerheidsarrangement*
- 21 **Bodembeslag fiscus**
- 22 **Doorstart en werknemers**
- 22 **Commissie uit schuldeisers**
- 22 **Artikel 37 Fw**
  - 22 *Onverschuldigde betaling*
- 23 **Kwalificatie vorderingen**
  - 23 *Rangorde vorderingen*
  - 23 *Inbewaringstelling*
  - 23 *Faillissementsaanvraag*
  - 24 *Formeel insolventierecht*
- 24 **Internationale aspecten**
- 25 **Wsnp**



## Familierecht

- 27 **Wet- en regelgeving**
- 27 **Bewind en curatele**
- 27 **Bijzonder curator**
- 27 **Wet Bopz**
- 28 **Gezag en minderjarigheid**
- 28 **Huwelijksvermogensrecht**
  - 28 *Artikel 1:88 BW*
  - 28 *Gemeenschap van goederen*
  - 29 *Huwelijkse voorwaarden*
  - 29 *Strijd met de openbare orde en goede zeden*
- 30 **Kinderalimentatie**
  - 30 *Terugbetalingsverplichting*
- 30 **Ondertoezichtstelling**
- 31 **Partneralimentatie**
  - 31 *Behoeft*
- 31 **Procesrecht**
  - 31 *Uitvoerbaarheid bij voorraad*
  - 31 *Recht op toezending van stukken aan een minderjarige*
  - 31 *De rechter die de zitting doet, neemt (mede) de beslissing*
  - 31 *Een verzoek tot schorsing*
- 31 **Relatierecht**



## COLOFON

### 95e jaargang

Het *Advocatenblad*, het maandblad voor de Nederlandse advocatuur, verschijnt 12 keer per jaar (elke laatste donderdag van de maand) en wordt uitgegeven door Sdu Uitgevers. De van de Nederlandse orde van advocaten onafhankelijke redactie stelt de inhoud samen.

### Hoofdredacteur

Robert Stiphout

### Samenstelling

Nathalie Gloudemans-Voogd

### Advocaat-redactieleden

Halime Celik, Anneke Groenewoud, Martijn Maathuis, Robert Malewicz, Christiaan Oberman, Marc Padberg, Leonie Rammeloo, Theo van Schagen, Bart van Tongeren, Christiane Verfuurden

### Illustratie

Floris Tilanus

### Vormgeving

Dimdim, Den Haag

### Correctie

Sandra Braakmann

### Druk

Senefelder Misset, Doetinchem

### Citeerwijze

*Adv.bl.* Kroniek 2015-4, p.

### Medewerkers aan dit nummer

Jan Coen Binnerts, Inge Beulen, Koert Boshouwers, Mandy van Brunshot-van der Sanden, Marieke Dankbaar, Floris Dix, Arijen van Haandel, Aubrey Klerks-Valks, Tanya Kreeftenberg, Jaap van der Meer, Jacklien Quirijnen, Suzan Winkels-Koerselman

### Contact

Bijdragen kunnen naar [redactie@advocatenorde.nl](mailto:redactie@advocatenorde.nl). Per 500 woorden leveren de 1 opleidingspunt op. De redactie heeft het recht bijdragen in te korten.

### Sdu Uitgevers

Gerit Jan Schinkel (uitgever)

### Advertenties

Fenneke Rosier en Angela Bruins (media adviseurs)  
070-378 05 62  
[www.sduadvertieren.nl](http://www.sduadvertieren.nl),  
[sdu.advertieren@sdu.nl](mailto:sdu.advertieren@sdu.nl),  
Inzendtermijn:  
nr. 10, 9 september 2015  
nr. 11, 14 oktober 2015

### Abonnementen

Per jaar: 240 euro (incl. verzend- en administratiekosten). Studenten: 99 euro. Jaarbanden: 39,95 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](http://www.sdu.nl/service); adreswijzigingen van advocaten: [adres@advocatenorde.nl](mailto:adres@advocatenorde.nl).

### Bureau van de orde

Neuhuyskade 94, 2596 XM Den Haag Postbus 30851, 2500 GW Den Haag [info@advocatenorde.nl](mailto:info@advocatenorde.nl), 070-335 35 35  
Helpdesk: [helpdesk@advocatenorde.nl](mailto:helpdesk@advocatenorde.nl), 070-335 35 54

ISSN 0165-1331

Behoudens door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd of openbaar gemaakt zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden. Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van artikelen aan het *Advocatenblad* impliceert toestemming voor openbaarmaking en vervoelvoudiging t.b.v. de (elektronische) ontsluiting van (delen van) het *Advocatenblad* in enige vorm.

**HOI**  
KEURMERK

uitgeversverbond  
Groep uitgevers voor  
vak en wetenschap

# Kroniek Bestuurs- procesrecht

In de afgelopen kroniekperiode<sup>1</sup> kwam het thema misbruik van procesrecht tot wasdom; reden om er een afzonderlijk hoofdstuk in de kroniek aan te wijden. Verder ontwaarden wij onder meer bewegingen bij het belanghebbendenbegrip, verduidelijkingen bij de relativiteitsregel en rechtseenheid rond herziening. Daarnaast waren er natuurlijk de gebruikelijke verzendperikelen en het termijnleed, dat het bestuursprocesrecht nu eenmaal niet kwijtraakt, ook niet in dit digitale tijdperk.



Marieke Dankbaar en Jan Coen Binnerts<sup>2</sup>

**Belang:** *Procesbelang* » *Belanghebbend worden* » *Concurrentie* » *Afgeleid belang* » *Actueel belang* » *Objectief bepaalbaar belang* » *Collectieve belangen en belangen van bestuursorganen* » *Afstand, zicht en kleuring* » **Relativiteit** » **Bekendmaking, verzenden en ontvangen:** *Termijnen* » *Verzenden en ontvangen* » *Verschoonbaar* » **Bezwaarschriftprocedure** » **(Hoger) beroep en goede procesorde** » **Finale geschilbeslechting** » **Herziening** » **Misbruik van procesrecht**

<sup>1</sup> Voor deze kroniek namen wij de tussen 1 juli 2014 en 30 juni 2015 in *AB Rechtspraak Bestuursrecht* ('AB') en *Jurisprudentie Bestuursrecht* ('JB') gepubliceerde uitspraken als uitgangspunt.

<sup>2</sup> Advocaten bij Pot Jonker Advocaten in Haarlem.

## BELANG

### Procesbelang

Procesbelang vervalt als de bevoegdheid tot invordering van dwangsommen ingevolge art. 5:35 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is verjaard. In ABRvS 5 maart 2014 (AB 2014, 246) betekende dat dat aan het beroep, voor zover de staatssecretaris had bevestigd dat van verjaring sprake was, het procesbelang was ontvallen. De Afdeling (ABRvS 9 april 2014, AB 2014, 247) oordeelde anders (wel degelijk procesbelang) in een verjaringsgeval waarin zij nog een oordeel kon vellen over de vraag of het aan de bij het eerdere dwangsombesluit opgelegde last verbonden maximale dwangsombedrag nog niet was verbeurd. In dat geval zou die last namelijk nog niet zijn uitgewerkt, en zou het college niet de latere last hebben kunnen opleggen.

In zaken betreffende de WIA (Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen) oordeelde de Centrale Raad van Beroep eerder dat geen procesbelang wordt aangenomen indien het (hoger) beroep er niet op is gericht wijziging in de toegekende uitkering aan te brengen en in die zin niet is gericht op een wijziging van de tussen het UWV en de betrokkene bestaande rechtsverhouding. In een uitspraak van 15 februari 2013 heeft de Raad dat kader enigszins verruimd: procesbelang wordt ook aangenomen bij betwisting van de vastgestelde mate van arbeidsongeschiktheid, in verband met de gevolgen die deze vaststelling heeft voor de bij de vervolguitering te stellen inkomenseis. Nu, op 9 januari 2015, heeft de CRvB nog een keer over het hart gestreken in die zin dat ook procesbelang zal worden aangenomen indien het bestreden besluit voor de eisende partij beslissende gevolgen in een rechtsverhouding tussen haar en een andere instantie dan het UWV heeft (CRvB 9 januari 2015, AB 2015, 122, JB 2015, 44).

De bestuursrechter beantwoordt alleen rechtsvragen in een geschil met betrekking tot een besluit. Bestaat het geschil niet meer, dan worden de al dan niet principiële nog openstaande vragen niet meer door de rechter besproken. Bij een door de rechtbank als ongegrond beoordeeld beroep, waarbij het besluit in stand werd gelaten, had de minister in beginsel dus geen belang bij een inhoudelijke beoordeling van zijn hoger beroep, waarin hij de niet-ontvankelijkheid van de oorspronkelijke appellanten bepleitte. Dat de minister een uitspraak wenste te verkrijgen vanwege toekomstige zaken maakte dit niet anders (ABRvS 25 juni 2014, AB 2014, 295). Zo ook in CRvB 28 januari 2015 (JB 2015, 59): procesbelang kan wel aan de orde zijn als in de toekomst vergelijkbare kwesties zullen spelen, maar die moeten dan wel gaan spelen tussen de appellant en het bestuursorgaan. Dat in de toekomst vergelijkbare zaken zullen spelen tussen lotgenoten van appellant en het bestuursorgaan is in de regel daarvoor onvoldoende. Maar de regel kent wel degelijk uitzonderingen, zo illustreert ABRvS 11 maart 2015, JB 2015, 74. De rechtbank had het beroep gegrond verklaard, maar de gevolgen van het besluit in stand gelaten. De Afdeling herhaalde de regel dat in zo'n geval de minister in beginsel geen procesbelang bij een hoger beroep heeft, maar aanvaardde hier een uitzondering. Als de minister de opvatting uit de uitspraak van de rechtbank zou moeten aanhouden, zou hij procedurevoorschriften bij het weigeren van toegang aan de grens moeten aanpassen. Op basis daarvan werd toch procesbelang aangenomen.

Bij meerpartijenverhoudingen lijkt de regel sowieso iets ruimer. Het belang bij een inhoudelijk oordeel over inmiddels geëxpireerde ontheffingen voor het laten stijgen en landen van helikopters of een luchtballon kan zijn gelegen in de omstandigheid dat de burgemeester het inhoudelijke oordeel

van de Afdeling kan betrekken bij procedures tegen toekomstige – jaarlijks te verlenen – ontheffingen. Gelet daarop had de burgemeester in dit geval dus wel belang bij een inhoudelijk oordeel (ABRvS 11 maart 2015, JB 2015, 74). Het feit dat een rechtsvraag in de toekomst toch wel terug zou komen, speelde ook een – zelfs bijzondere – rol in de roemruchte Zwarte Piet-zaak (ABRvS 12 november 2014, AB 2015, 55, JB 2014, 245). De Afdeling ‘betwijfelde’ namelijk of de oorspronkelijke eisers wel belanghebbenden waren; zij stapte daar echter overheen vanwege het grotere belang dat antwoord kwam op de eigenlijke vraag, te weten in hoeverre de burgemeester in het kader van de uitoefening van zijn bevoegdheden op het vlak van openbare orde en veiligheid de inhoud van uitingen en de mogelijke aantasting van grondrechten daardoor moest betrekken. Daarbij werd dus overwogen dat het hier ging om een jaarlijks terugkerende kwestie en eisers zich anders volgend jaar wel in een ontvankelijke groepering zouden hebben verenigd.

### Belanghebbend worden

Procesbelang kun je gaandeweg verliezen. Het omgekeerde kan ook: belanghebbende kun je ook nog worden hangende een geding, zoals de uitspraak van de ABRvS van 15 oktober 2014 (JB 2014, 226, AB 2015, 11) illustreert. Een besluit tot instellen van een markt was met succes bij de rechtbank aangevochten. Na het besluit tot instelling hadden twee marktcooplui rechten verworven om op die markt te staan. Die rechten dreigden waardeloos te worden als gevolg van de uitspraak van de rechtbank, zodat zij daartegen in hoger beroep kwamen. Dat ging allemaal goed.

### Concurrentie

Een eigenaar van een pand dat als supermarkt werd verhuurd, werd belanghebbend geacht bij een besluit tot verlening van een omgevingsver-



gunning ten behoeve van de bouw van een nieuwe supermarkt op vijfhonderd meter afstand. De Afdeling hanteerde de marktsegmentbenadering, en stelde vast dat de verhuurbaarheid van het pand zou kunnen lijden onder de bouw van een nieuw pand. Dat het pand ook voor andere doeleinden geschikt was, deed daar niet aan af in (ABRvS 28 januari 2015, JB 2015, 52). Die omstandigheid kan overigens wel van grote invloed zijn op de materiële kansen in beroep van een dergelijke belanghebbende, zoals de uitspraak van de Afdeling van 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1585 illustreert.

Op de valreep van de kroniekperiode, op 15 juli 2015, wees de Afdeling in dit kader nog een interessante uitspraak (ECLI:NL:RVS:2015:2258). Het betrof een subsidietender ter verdeling van een door een subsidieplafond gelimiteerde pot cultuurgeld. Nadat de aanvragen van de vijf als eerste 'gefinishte' podiumgezelschappen waren gehonoreerd, was de pot op. Opera Holland was als zesde geëindigd en dreigde achter het net te vissen. Zij

vond echter (naar vervolgens bleek: op goede gronden) dat haar aanvraag te negatief en die van nummer vijf te positief was gewaardeerd en dat zij als vijfde had moeten eindigen. Zij was zowel tegen haar eigen weigering als tegen de toekenning aan nummer vijf opgekomen. De Afdeling herhaalde dat concurrenten belang kunnen hebben bij het bestrijden van elkaars subsidiebesluiten, maar stelde vast dat het hier feitelijk niet om concurrenten ging. Opera Holland was niet tegen verlening van subsidie aan nummer vijf. Zij had daar uitsluitend moeite mee omdat daardoor de subsidiepot op was geraakt. Maar de Afdeling overwoog dat in een procedure tegen de afwijzing van de eigen aanvraag ook de beoordeling van hoger geëindigde aanvragen aan de orde kan worden gesteld en dat als zou blijken dat het standpunt van Holland Opera over de beoordeling juist zou zijn en zij eigenlijk als vijfde had moeten eindigen, dat er toe zou leiden dat het subsidieplafond haar niet kon worden tegengeworpen. Dat betekende dat zij niet langer als belanghebbende kon

gelden ten aanzien van de toekenning aan nummer vijf en in zoverre niet-ontvankelijk werd verklaard. Nummer vijf zal opgelucht adem hebben gehaald, want haar toekenning was niet langer afhankelijk van het welslagen van het beroep van Holland Opera en werd hierdoor definitief.

### Afgeleid belang

Een huurder van een gebouw is geen belanghebbende bij een besluit tot aanwijzing ervan als monument, ook niet als hij contractuele verplichtingen jegens de eigenaar heeft tot herstel ervan. Dat laatste heeft immers slechts te gelden als een afgeleid belang (ABRvS 19 november 2014, JB 2015, 7).

### Actueel belang

Het enkele feit dat het perceel nog niet het juridisch eigendom is van een partij, leidt op zichzelf niet tot het oordeel dat hij geen rechtstreeks bij een omgevingsbesluit betrokken belang heeft. Wel moet voldoende duidelijk zijn dat er op korte termijn – binnen de beroepstermijn – zal worden overgedra-

gen. In de zaak die leidde tot ABRvS 21 mei 2014 (AB 2014, 341) had de betrokkene volgens zijn eigen verklaring een mondelinge overeenkomst tot koop gesloten met de wederpartij. Daargelaten of een mondelinge overeenkomst bestond, overwoog de Afdeling dat een dergelijke overeenkomst, die eerst na afloop van de beroepstermijn op schrift is gesteld, onvoldoende is voor het oordeel dat de wederpartij reeds daarom als belanghebbende bij het besluit dient te worden aangemerkt.

### Objectief bepaalbaar belang

Van een popfestival, dat jaarlijks gedurende drie dagen in je omgeving plaatsvindt, kun je last hebben. Als je op 3,2 kilometer van het festivalterrein woont dan kun je – zo werd vastgesteld – afhankelijk van de windrichting, geluid horen dat van dit terrein afkomstig is. De Afdeling maakte evenwel uit de verklaring van een ambtenaar, die was gaan luisteren op het perceel van appellante, op dat het door hem waargenomen geluid ‘niet erg luid’ was. Het was naar het oordeel van de Afdeling daarom niet aannemelijk dat appellante, naar objectieve maatstaven gemeten, als gevolg van het popfestival hinder van enige betekenis ondervond. Appellante wordt dus niet geraakt in een objectief bepaalbaar belang dat rechtstreeks bij het besluit tot vergunningverlening is betrokken (ABRvS 22 oktober 2014, AB 2015, 32).

### Collectieve belangen en belangen van bestuursorganen

Door langere tijd geen feitelijke handelingen meer uit te voeren in het kader van je statutaire doelstelling, kun je een eerdere ‘erkenning’ als collectieve belangenbehartiger verliezen. Maar het moet dan bij de betreffende organisatie wel heel lang een dooie boel zijn gebleven. In ABRvS 19 december 2014 (AB 2015, 73, JB 2015, 25) werd geoordeeld dat werkzaamheden die meer



dan een jaar aan het bestreden besluit voorafgingen, mochten worden opgevoerd; zelfs werkzaamheden die na de bezwaartermijn waren verricht konden er aan bijdragen dat continuïteit van de werkzaamheden werd aangenomen en een eerder verworven status van belanghebbende werd behouden.

Een vereniging van Maastrichtse coffeeshophouders kwam op tegen een besluit van de burgemeester tot sluiting van een shop van één van haar leden. Zij werd niet-ontvankelijk verklaard, omdat het collectieve belang waarvoor zij stond door die enkele sluiting niet was geraakt. Het feit dat de vereniging langs deze weg – mede ten behoeve van haar leden – het achterliggende beleid aan de kaak wilde stellen, maakte dat niet anders; en dat gold ook voor het feit dat andere leden als gevolg van de sluiting extra toeloop en daardoor overlast stelden te zullen ondervinden. Die laatste belangen waren niet bovenindividueel en vormden dus om die reden geen collectief belang (ABRvS 18 juni 2014, JB 2014, 166).

Dezelfde sluiting gaf aanleiding tot verdere verwickelingen, ook op procesrechtelijk vlak. De eigenaar was zelf ook in beroep gekomen en met succes. Dat leidde tot hoger beroep van de burgemeester. De zaak kreeg een nationale

dimensie en de minister stelde eveneens hoger beroep in, en vroeg subsidiair voeging om als partij tot het geding in hoger beroep te worden toegelaten. Beide pogingen faalden. Dat de uitspraak gevolgen zou kunnen hebben voor het door de minister gevoerde drugsbeleid, betekende niet dat de minister rechtstreeks betrokken was bij het besluit. Toelating als partij werd ook geweigerd om die reden, waaraan de overweging werd toegevoegd dat de minister geen eigen belang had gesteld dat tegengesteld was aan dat van de burgemeester (ABRvS 18 juni 2014, AB 2014, 391, JB 2014, 211).

Belanghebbendheid van een bestuursorgaan stond ook centraal in ABRvS 12 november 2014 (JB 2015, 5). B&W vroegen de minister om op grond van het Asbestbesluit handhavend op te treden tegen een aannemer die bij het plaatsen van zonnepanelen door asbesthoudende dakplaten wilde boren. Daar had de minister natuurlijk helemaal geen zin in. Uiteindelijk besliste de Afdeling dat het college geen belanghebbende was. Het al dan niet optreden van de minister doorkruiste of belemmerde geen bevoegdheden van het college, dat zelf bevoegd was om op grond van de Wet milieubeheer of de Woningwet op te treden.

### Afstand, zicht en kleuring

De hiervóór al onder het kopje procesbelang genoemde uitspraak (ABRvS 25 juni 2014, AB 2014, 295) handelt ook over het belanghebbendebegrip in het kader van zicht en afstand. De minister betoogde dat de rechtbank het beroep, voor zover ingesteld door de personen die op meer dan tweehonderd meter van de te realiseren multifunctionele accommodatie (MFA) woonden, niet-ontvankelijk had moeten verklaren, omdat die personen geen belanghebbenden waren. De Afdeling overwoog (fijn leerstellig) dat om als belanghebbende in de zin van de Awb te kunnen worden aangemerkt, een natuurlijk persoon een voldoende objectief bepaalbaar, eigen, persoonlijk belang dient te hebben dat hem in voldoende mate onderscheidt van anderen en dat rechtstreeks wordt geraakt door het bestreden besluit. Daarbij was in dit geval niet doorslaggevend of appellanten vanuit hun woningen zicht hadden op de MFA en evenmin of die woningen op meer dan tweehonderd meter van de MFA waren gelegen. Gelet op de ligging van de woningen en op de aard en omvang van de werken was het aannemelijk dat het besluit gevolgen kon hebben in de vorm van wateroverlast bij hun woningen. Reeds hierom waren appellanten belanghebbenden bij dit waterbesluit.

### RELATIVITEIT

Dat relativiteit en het belanghebbendebegrip soms dicht tegen elkaar aan schurken, laat ABRvS 3 september 2014 (JB 2014, 200) zien: appellant klaagde dat elders in het plangebied een verkeersonveilige situatie bestond. Die klacht wilde de Afdeling niet behandelen. Vreemd genoeg werd dat opgelost via de relativiteit, waar het oordeel dat betrokkene geen belanghebbende was toch ook mogelijk (en duidelijker) was geweest.

Relativiteit en de ladder van duurzame verstedelijking; inmiddels zijn er

legio uitspraken over deze combinatie afgescheiden. Ingevolge art. 8:69a van de Awb vernietigt de bestuursrechter een besluit niet op de grond dat het in strijd is met een geschreven of een ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept. De Afdeling overwoog dat de 'ladder' van art. 3.1.6 lid 2 van het Besluit ruimtelijke ordening (Bro) beoogt om vanuit een oogpunt van zuinig en zorgvuldig ruimtegebruik planologisch ongewenste versnippering en leegstand te voorkomen. Het belang van appellant is het behoud van een goed woon- en leefklimaat. De genoemde artikelen strekken tot bescherming van deze belangen, nu het in het belang is van appellant dat het perceel dat voorheen was bestemd voor agrarische doeleinden niet onnodig wordt bebouwd (ABRvS 23 april 2014, AB 2014, 213).

Ook over de bepalingen uit de Wabo (Wet algemene bepalingen omgevingsrecht), betreffende afwijken van het bestemmingsplan, heeft de Afdeling zich inmiddels in het kader van art. 8:69a uitgelaten: de regels van art. 2.1 lid 1 onder a en c, en 2.12 lid 1, a, ten 2° Wabo zijn geen procedurebepalingen, zoals verweerder stelde. Deze materiële rechtsregels strekken mede tot bescherming van het belang van appellant om te worden gevrijwaard van de door hem gestelde nadelige effecten op zijn woon- en leefklimaat (ABRvS 18 februari 2015, AB 2015, 118).

De Brabantse Verordening Ruimte was gericht op de zorg voor het behoud en de bevordering van de ruimtelijke kwaliteit en op het principe van een zorgvuldig ruimtegebruik. Omwonenden van een bestemmingsplan-gebied konden voorschriften uit die verordening inroepen, nu die beogen bescherming te geven aan het belang van een goede kwaliteit van de directe leefomgeving van omwonenden. Het

algemene karakter van die voorschriften deed daar niet aan af, of droeg daar zelfs aan bij, omdat het daardoor minder snel viel te concluderen dat de ingeroepen norm niet zou zijn geschreven ter bescherming van de belangen van die omwonenden (ABRvS 28 mei 2014, JB 2014, 165).

Bij de toepassing van art. 8:69a Awb is niet het achterliggende motief van de appellant van belang, maar of de betrokken rechtsregel of het betrokken rechtsbeginsel strekt tot bescherming van zijn belangen (ABRvS 7 mei 2014, AB 2014, 274). De Buurtvereniging Mauritspark werd ervan 'beschuldigd' dat de reden voor het instellen van het beroep niet de bescherming van de leefbaarheid was, maar het verkrijgen van een zo hoog mogelijke financiële vergoeding. Dat verweer leidde dus niet tot toepassing van art. 8:69a Awb.

### BEKENDMAKING, VERZENDEN EN ONTVANGEN

#### Termijnen

Een bezwaar- of beroepstermijn gaat lopen als het besluit op de juiste wijze bekend is gemaakt. Dat blijft in de praktijk een lastige regel, die termijnleed in de hand werkt. In ABRvS 14 mei 2014 (AB 2014, 244, JB 2014, 137) had het bestuursorgaan een vergunning verleend en toegezonden aan de aanvrager op 11 augustus, en vervolgens in een publicatie aan de buitenwereld laten weten dat zo'n vergunning was verleend en dat deze tot en met 28 september ter inzage lag. De publicatie vermeldde dat bezwaar mogelijk was binnen zes weken na de dag van verzending van het besluit en daar was geen woord aan geklopt. De termijn was dus gaan lopen op 12 augustus. Deze eindigde dus op 23 september en niet bij het einde van de tervisielegging, zoals appellanten dachten. Het bestuursorgaan (!) en rechtbank hadden de termijnoverschrijding nog verschoonbaar

gevonden maar de Afdeling was onverbiddelijk: de informatie in de publicatie was feitelijk juist en dus was de termijnoverschrijding niet verschoonbaar. Verkijsk je dus niet op de inzagetermijn!

Het op de juiste wijze bekendmaken betekent dat als er een gemachtigde in het spel is, het besluit aan hem moet worden toegezonden. Dat gaat ver, zoals CRvB 3 december 2014 (AB 2015, 78, JB 2015, 30) illustreert: een zoon had zijn vader als gemachtigde aangesteld. Zij hadden hetzelfde adres opgegeven, maar de zoon was inmiddels voor studie naar het buitenland vertrokken. Het besluit werd naar het ouderlijk huis gezonden, maar gericht aan de zoon. Vader stuurde de enveloppe volgens zeggen ongeopend door. Zoon las een tijd later de post en alarmeerde pa, die weliswaar vrijwel onmiddellijk, maar inmiddels meer dan zes weken na oorspronkelijke toezending aan de zoon in het geweer komt. Geen centje pijn: de bezwaartermijn is pas gaan lopen toen de gemachtigde vader via de zoon van het besluit kennisnam en het bezwaar was dus gewoon op tijd. Wij zouden zelfs menen: te vroeg, want het besluit was nog steeds niet door het bestuursorgaan op de juiste wijze bekendgemaakt. Maar vooruit, wel verschoonbaar te vroeg.

Een gemachtigde kan echter ook weer uit beeld raken, waarna toezending aan de belanghebbende zelf wel weer volstaat. Als bij samenhangende besluiten de gemachtigde al bekend is in verband met zijn optreden tegen het ene besluit, dan moet volgens vaste rechtspraak van de CRvB het tweede besluit ook aan de gemachtigde worden gezonden en is het niet op de voorgeschreven wijze bekendgemaakt, als dat niet gebeurt. Maar dan moet de eerste zaak nog wel 'lopende' zijn. In het op 11 februari 2015 (JB 2015, 63) berechte geval was het bezwaar ter zake van besluit 1 ongegrond verklaard en de beroepstermijn ongebruikt verstreken, toen besluit 2 tot stand kwam. Dat hoefde



Kunt u met feiten  
aannemelijk maken dat u niet  
heeft gemerkt dat u ooit eens  
helemaal niets bijzonders  
is overkomen?

nee,  
u moet mij  
geloven!



toen dus niet meer aan de gemachtigde te worden toegezonden, want die was uit beeld; toezending aan belanghebbende zelf was dus weer de juiste wijze van bekendmaken geworden en deed de bezwaartermijn aanvangen.

Bij besluiten die met toepassing van afdeling 3.4 Awb (de uitgebreide voorbereidingsprocedure) zijn voorbereid, is de juiste wijze van bekendmaken nog niet eenvoudig vast te stellen. Art. 3:44 juncto 3:12 Awb schrijft dan voor dat gepubliceerd wordt op een 'geschikte wijze'. Dat kan, al dan niet in combinatie met publicatie op een website, gebeuren in een plaatselijk sifferdje. Maar dat moet dan wel een geschikt sifferdje zijn, dat wil zeggen één dat wordt verspreid waar belanghebbenden naar verwachting kunnen wonen. Een besluit om aan de ene zijde van het Hartelkanaal een windmolenpark te vergunnen, werd gepubliceerd in een weekblad dat niet werd verspreid in de gemeente aan de overzijde, waar belanghebbende burgers woonden. Het bleef aanvankelijk stil aan de overkant, maar na enkele maanden kwam er toch een verzet. Omdat het besluit niet op geschikte wijze bekend was gemaakt, was de beroepstermijn nog niet begonnen, laat staan verlopen, aldus ABRvS 4 maart 2015 (JB 2015, 69). Zou dit windmolenpark voorwerp van een bestemmingsplan zijn geweest, dan was de

uitkomst echter anders zijn geweest. Dan zou publicatie in een krantje dat wordt verspreid in de betrokken buurgemeente niet per se nodig zijn geweest, zoals de Afdeling onder verwijzing naar haar uitspraak van 23 april 2014 in zaak nr. 201304503/1/R1 ook onderkende en uitlegde. Het verschil in benadering wordt gerechtvaardigd door het verschil in de aard van de besluiten en het belang van de rechtszekerheid die vereist dat vaststaat op welk tijdstip een bestemmingsplan in werking is getreden.

### Verzenden en ontvangen

Indien een besluit of uitspraak aangekend is verzonden en de belanghebbende de ontvangst ervan ontkent, dient te worden onderzocht of het stuk door PostNL (voorheen: TNT Post) op regelmatige wijze aan het adres van de belanghebbende is aangeboden. Wanneer PostNL bij aanbieding van het stuk niemand thuis treft en daarom een afhaalbericht achterlaat, komt het niet-ophalen van dat stuk bij het kantoor van PostNL voor rekening en risico van de belanghebbende. Stelt de belanghebbende geen afhaalbericht te hebben ontvangen, dan ligt het op zijn weg *feiten aannemelijk te maken op grond waarvan redelijkerwijs kan worden betwijfeld* dat een afhaalbericht is achtergelaten. De appellant in ABRvS



23 juli 2014 (AB 2014, 302) kwam niet verder dan dat zijn verklaring dat hij geen afhaalbericht heeft aangetroffen *niet ongeloofwaardig* zou zijn. Maar dat is niet relevant. De niet-ongeloofwaardige ontkenning wordt als criterium gehanteerd als iemand de ontvangst ontkent van een per gewone post verzonden brief. Overigens is ook zo'n niet-ongeloofwaardige ontkenning van de ontvangst van een gewone brief nog geen sinecure, zoals de uitspraak van de Afdeling van 7 mei 2014 (AB 2014, 264) illustreert, ook niet als een advocaat de ontvangst ontkent. Dat het een feit van algemene bekendheid is dat de postbezorging gebreken vertoont was onvoldoende. Ook de overgelegde verklaringen van postbushouders in het bedrijfsverzamelgebouw waar ook de advocaat gevestigd was, welke verklaringen bevestigden dat de bezorging aldaar van tijd tot tijd gebrekkig was, waren onvoldoende. Hieruit kon namelijk niet worden afgeleid dat zich op of omstreeks de datum van verzending van het bestreden besluit daar problemen hadden voorgedaan met de bezorging van poststukken.

Faxen die niet aankomen, ooit zullen zij tot het verleden behoren, maar in het bestuursrecht zijn zij nog niet uitgestorven. In CRvB 4 maart 2015 (JB 2015, 93) kon de verzender een verzendbewijs met oké tonen en zo een vermoeden van tijdige verzending vestigen. De gemeente legde omstandig uit hoe binnenkomende faxen werden geregistreerd en ingevoerd en dat ondanks dat van deze fax nooit een spoor was teruggevonden. De rechtbank had dat een blote ontkenning genoemd en appelland het voordeel van de twijfel gegeven. De CRvB ziet er geen blote ontkenning maar een gemotiveerde betwisting in, waardoor aannemelijk is gemaakt dat het bericht niet is ontvangen. Dan valt het risico van het gebruik van de fax weer terug naar de bezwaarmaker en volgt niet-ontvankelijkverklaring.

De relatief nieuwe regel van de Afdeling over beroepschriften die binnen een week na afloop van de beroepstermijn worden ontvangen, werd nog wat verduidelijkt in een uitspraak van 3 september 2014 (AB 2014, 410). De beroepstermijn verstreek op 1 augustus 2012. Op 7 augustus werd per gewone post een beroepschrift ontvangen, dat was gedateerd op 27 juli. Zoals de Afdeling eerder had overwogen (uitspraak van 30 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1552) is het uitgangspunt dat een via PostNL verzonden brief in elk geval geacht wordt 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 aannemelijk is dat het pas na de termijn is gepost. Nu dit stuk niet binnen die tweewerkdagentermijn was ontvangen, was het aan appelland om aannemelijk te maken dat hij het beroepschrift tijdig ter post heeft bezorgd. Ook daarvoor ligt de lat hoog. Appelland stelde dat hij het beroepschrift op 27 juli 2012 ter post had bezorgd, waarna hij met zijn moeder naar Londen was vertrokken om de Olympische Spelen bij te wonen. Zijn moeder zou desgewenst kunnen bevestigen dat hij het beroepschrift op 27 juli 2012, op weg naar de boot naar Londen, ter post had bezorgd. Zijn eigen verklaring en ook een eventuele gelijkkluidende verklaring van zijn moeder waren echter niet voldoende, reeds omdat deze verklaringen niet door objectieve gegevens werden ondersteund.

Genoemde tweewerkdagentermijn helpt je bovendien niet als je de pech hebt dat PostNL op je brief een leesbaar datumstempel zet, met een datum gelegen binnen die termijn. Dan is het aan belanghebbende aannemelijk te maken dat de brief op een eerdere datum dan het poststempel aangeeft en wel uiterlijk op de laatste dag van de termijn ter post is bezorgd. In CRvB 19 mei 2015 (AB 2015, 220) deed de gemachtigde daartoe een vermakelijke maar vergeefse

poging: 'Voorts heeft de gemachtigde van appelland wel een beschrijving gegeven van zijn activiteiten aan het begin van de avond van 28 augustus 2014, te weten dat hij samen met zijn vrouw heeft deelgenomen aan een vijf-kilometerloop die omstreeks 19.30 uur startte en die hij in 22.33 minuten heeft afgelegd (hetgeen best snel is), maar een precieze beschrijving van het verdere verloop van die avond ontbreekt. Zo is niet duidelijk geworden wat de tijdstippen waren waarop gemachtigde het e-mailbericht van appelland heeft gelezen, het voorlopig beroepschrift heeft opgesteld, zich naar de brievenbus heeft begeven en de brief in de brievenbus heeft gedeponneerd (...).' Misschien was de gemachtigde die avond toch erg moe en op de bank in slaap gevallen; we zullen het nooit weten.

### Verschoonbaar

Een termijnoverschrijding wordt niet minder verschoonbaar als je tot het einde daarvan wacht en er zich dan plotseling een overmachtssituatie voordoet. Een plots gewijzigde medische situatie vlak voor het einde van de bezwaartermijn noopt tot begrip voor het te laat indienen van het bezwaarschrift: terecht ging de primaire aandacht in die periode uit naar appelland, en niet naar de lopende termijn, aldus CRvB 16 april 2014 (AB 2014, 307, JB 2014, 128). Dat het beroep ook eerder had kunnen worden ingesteld, doet er niet toe.

Een van rechtswege ontstane vergunning was netjes gepubliceerd, met correcte vermelding van de bezwaartermijn, die was aangevangen de dag na de schriftelijke mededeling van het ontstaan van de vergunning aan de aanvrager. De publicatie had echter alleen plaatsgevonden in een elektronisch medium, hoewel de aanvraag voor de vergunning zowel in het sufferdje als elektronisch bekend was gemaakt. De te late bezwaarmaker die kennelijk stelde alleen de krant in de gaten te hebben

gehouden, werd gered: de termijnoverschrijding was verschoonbaar (ABRvS 25 juni 2014, *JB* 2014, 167).

Maar als de overschrijding verschoonbaar is, moet je wel binnen twee weken 'na ontdekking' alsnog in het geweer komen. Op dat punt is de Afdeling streng. Ter zitting bij de rechtbank had de betreffende eiser verklaard dat hij begin september 2012 van de inhoud van het besluit op de hoogte was geraakt. Door aldus te verklaren, had hij in hoger beroep niet aannemelijk gemaakt dat hij daarvan ten hoogste veertien dagen voorafgaand aan het door hem op 19 september 2012 ingestelde beroep, dus op of na 5 september, op de hoogte was geraakt. De termijnoverschrijding was daarom niet verschoonbaar (ABRvS 28 mei 2014, *AB* 2014, 315).

## BEZWAARSCHRIFT-PROCEDURE

Ook al vindt de Nationale ombudsman het onmiddellijk zonder reden verdagen van een beslissing na ontvangst van een bezwaarschrift onbehoorlijk, onrechtmatig is die praktijk toch niet. In art. 7:10 Awb is over het moment waarop de verdagingsbeslissing wordt gegeven geen bepaling opgenomen (CRvB 15 april 2014, *AB* 2014, 323, *JB* 2014, 141).

Het is riskant voor het bestuursorgaan om te rekenen met uitstel van beslissingen op bezwaar met instemming van de bezwaarmaker. Lukt het al om die instemming te krijgen, dan is het van belang dat goed te formuleren. Dat ondervond de Sociale Verzekeringsbank (SVB), die uitstel overeenkwam was gekomen, dat zou duren totdat de bezwaarmaker zou laten weten toch een beslissing op bezwaar te willen ontvangen. Toen de bezwaarmaker het lang genoeg vond duren en alsnog aandrang op een beslissing, was de beslistermijn meteen verstreken, verkeerde de SVB

in verzuim en verbeurde zij, toen zij niet binnen veertien dagen na ingebrekestelling een beslissing klaar had, een dwangsom (HR 26 september 2014, *AB* 2014, 398, *JB* 2014, 210). De denkfout van de SVB was dat er nog een stukje beslistermijn van vóór het uitstel bewaard zou zijn gebleven. Maar dat werkt alleen zo bij opschorting van de beslistermijn, niet bij uitstel van de beslissing op grond van art. 7:10 lid 4 Awb.

In ABRvS 14 januari 2015 (*AB* 2015, 110) had het bestuursorgaan aan de bezwaarmaker de tijd gegund om het bezwaar nader te onderbouwen. Hierdoor was de beslistermijn voor het beslissen op bezwaar voor het grootste deel ongebruikt verstreken. Overschrijding van die beslistermijn kan in zo'n geval echter niet aan reclamant worden toegerekend, zoals bedoeld in art. 4:15 Awb. Nu het bestuursorgaan zelf de mogelijkheid had gehad om de gegunde tijd in te perken, dan wel de beslissing te verdagen of met instemming van reclamant uit te stellen, bestond daarvoor geen grond. De rechtbank had terecht geoordeeld dat het college in verzuim was en dat dwangsommen waren verbeurd.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, dient een besluit op bezwaar te worden genomen met inachtneming van alle feiten en omstandigheden zoals die zich voordoen op het tijdstip van de heroverweging. Maar dat besluit moet nog wel te beschouwen zijn als het resultaat van de heroverweging van het besluit waartegen bezwaar is gemaakt. Gebreken in de aanvraag kunnen in bezwaar nog wel hersteld worden, maar de feiten kunnen niet zodanig anders komen te liggen dat geen sprake meer is van heroverweging van het oorspronkelijke besluit. Dat ging mis in de volgende kwestie: Arabica Lounge had een verlenging van haar exploitatievergunning aangevraagd, die werd geweigerd. Hangende de bezwaarschriftprocedure werd de bedrijfsvoering van Arabica Lounge overgenomen door een geheel

andere bestuurder van een andere bv. Deze had vervolgens alle leidinggevenden die ten tijde van de aanvraag leidinggaven aan het horecabedrijf vervangen door anderen. Alle voor de beoordeling van de aanvraag relevante personen waren dus inmiddels gewijzigd. Hierdoor was de afweging die de burgemeester in het besluit in primo had gemaakt zonder betekenis geworden; het hiertegen gerichte bezwaar had dus ook geen grond meer. Arabica Lounge moest een nieuwe aanvraag indienen (ABRvS 5 november 2014, *AB* 2015, 199).

## (HOGER) BEROEP EN GOEDE PROCESORDE

De Centrale Raad van Beroep sloot zich aan bij de andere bestuursrechters en oordeelde dat als iemand een inkomen heeft van minder dan negentig procent van de voor een alleenstaande geldende bijstandsnorm, het niet-betalen van griffierecht niet als verzuim kan gelden en niet aan ontvankelijkheid in de weg staat (CRvB 13 februari 2015, *AB* 2015, 103, *JB* 2015, 64). Je moet dan wel gemotiveerd stellen dat je betalingsonmachtig bent en daar gegevens over verschaffen, omdat zonder die gegevens niet kan worden vastgesteld dat je niet in verzuim bent, zo leert ABRvS 4 maart 2015 (*JB* 2015, 68).

Een beroepschrift of hogerberoepschrift mag niet louter bestaan uit het herhalen van bezwaren respectievelijk in eerste aanleg aangevoerde beroepsgronden. Dergelijke loutere herhalingen denkt de rechter weg en dan blijft over een ongemotiveerd (hoger)beroepschrift; daarop moet dan de mogelijkheid van herstel worden geboden. Daarop geldt echter een uitzondering, zo leert een uitspraak van de ABRvS van 3 september 2014 (*JB* 2014, 199, *AB* 2015, 25), als oorspronkelijk een proformaberoepschrift was ingediend en bij het aanvullen van de gronden met



Als er geen ruzie is,  
is er geen gelijk –  
zo principieel is  
bestuursrecht in  
het poldermodel...

een loutere herhaling wordt volstaan. Dan volgt niet-ontvankelijkheid, omdat er nu eenmaal maar één herstelmogelijkheid geboden wordt.

Soepeler lijkt de CRvB: het college had betoogd dat het hoger beroep van appelland (kennelijk) ongegrond was, omdat appelland door te verwijzen naar wat in bezwaar en beroep is aangevoerd, niet had toegelicht waarom hij zich niet in de aangevallen uitspraak kon vinden. De Raad verwierp dit betoog. Met de verwijzing naar in een eerdere procesuele fase aangevoerde gronden had appelland in elk geval gronden aangevoerd. Appelland had zelf in het bezwaar- en beroepschrift en zijn gemachtigde in de pleitnotitie bij de rechtbank het standpunt van appelland uitgebreid uiteengezet. Het was daardoor duidelijk om welke redenen appelland zich niet in de aangevallen uitspraak kon vinden (CRvB 6 november 2014, AB 2015, 28).

De goede procesorde is uitgegroeid tot een echte open norm. Ook als een nader stuk elf dagen voor de zitting is overgelegd, kan de Afdeling besluiten het buiten beschouwing te laten. In ABRvS 7 mei 2014 (AB 2014, 274) speelde dat. De Afdeling sloeg acht op de aanzienlijke omvang van het stuk, het

groot aantal nieuwe gronden en nadere argumenten dat daarin was opgenomen, het feit dat niet duidelijk was waarom dit niet eerder had gekund en de omstandigheid dat de late indiening van het stuk het college en vergunninghoudster, zoals zij ter zitting te kennen hadden gegeven, had belemmerd in hun mogelijkheden om daarop adequaat te reageren. Dat alles maakte dat het stuk wegens strijd met de goede procesorde buiten beschouwing werd gelaten.

In een gewone handhavingzaak was de Afdeling onverminderd streng over laat gebrachte argumenten. Een pas ter zitting in hoger beroep naar voren gebrachte grond werd buiten beschouwing gelaten wegens strijd met de goede procesorde (ABRvS 18 februari 2015, AB 2015, 171). Maar bij punitieve sancties kan het anders uitpakken: een beroepsgrond die eerst ter zitting werd aangevoerd, achtte de Afdeling toelaatbaar, gelet op het punitieve karakter van het geschil en omdat de grond strekte tot het betoog dat geen overtreding was begaan (ABRvS 1 oktober 2014, AB 2014, 405).

Soms is het echter verweerder die op de zitting nog met nieuwe stukken komt. In een dergelijk geval had

de rechtbank een leespauze ingelast en daarna de zaak hervat. Zij besliste de zaak vervolgens door weliswaar het beroep gegrond te verklaren, maar de gevolgen ervan op basis van het nieuwe stuk in stand te laten. Dat kon niet door de beugel, vond de Afdeling, want daarvoor was appelland belemmerd in een adequate procesvoering (19 november 2014, JB 2015, 6).

Het komt voor dat een bestuursorgaan goede gronden heeft om gedingstukken wel aan de rechter te kunnen tonen maar niet ter kennis van de wederpartij te brengen, zoals bijvoorbeeld in Wob-zaken vaak gebeurt. Daarvoor is een keurige procedure, te vinden in art. 8:29 Awb, die ertoe kan leiden dat de rechter en het bestuursorgaan die stukken wel hebben, maar de appelland niet. Als de rechter dan vragen over die stukken wil stellen aan het bestuursorgaan, dan kan het lastig zijn om dat zo te doen, dat de inhoud ervan niet alsnog prijs wordt gegeven. Maar de rechter kan dat niet oplossen door dan de appelland maar te vragen om even de zaal te verlaten, zodat hij die stukken met verweerder kan doornemen. Deze praktische aanpak viel verkeerd bij de Afdeling (ABRvS 1 oktober 2014, AB 2015, 89, JB 2014, 212). Het beginsel van *equality of arms* was geschonden, hetgeen van openbare orde is en daarom leidde tot ambtshalve overwegingen.

## FINALE GESCHILBESLECHTING

Als de bestuurlijke lus leidt tot een nieuw besluit waarmee het gebrek is hersteld, kan de verleiding bij de rechtbank om dan maar meteen – zonder zitting – uitspraak te doen groot zijn. Maar als in eerste omloop de inhoud van dat besluit eigenlijk nog niet aan de orde is geweest, bijvoorbeeld omdat het gebrek een formeel gebrek was en de behandeling daarop was blijven

steken, dan mag de rechtbank daar niet zelfstandig toe besluiten, maar heeft zij daar de toestemming van partijen voor nodig. Alle partijen dienen zich desgewenst mondeling te kunnen uitlaten over alle relevante aspecten van de zaak en de stukken die zijn overgelegd (CRvB 23 april 2014, AB 2014, 281 en JB 2014, 142).

De hoogste bestuursrechter kon het geschil niet definitief beslechten door instandlating van de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit, of door in de zaak te voorzien, noch door een bestuurlijke lus toe te passen, nu het geschil van partijen in drie opeenvolgende procedures hoofdzakelijk gericht was geweest op de ontvankelijkheid van het bezwaar. Dit betekende dat de inhoudelijke gronden van het bezwaar nog nauwelijks aan de orde waren geweest en het bestuur alsnog op bezwaar moest beslissen (ABRvS 11 juni 2014, AB 2014, 353). Idem: CRvB 3 december 2014 (AB 2015, 78, JB 2015, 30).

De rechtbank mocht het niet, maar de Centrale Raad deed het vervolgens zelf wel: zelf voorzien. Het bestuursorgaan had een ambtenaar wegens twee vergrijpen een straf opgelegd. De rechtbank achtte één vergrijp niet aangetoond, vernietigde het besluit en legde zelf de lagere straf van een voorwaardelijke berisping op. Uit de aangevallen uitspraak en het proces-verbaal van de zitting van de rechtbank bleek echter niet dat het dagelijks bestuur zich had uitgelaten over de straf die het zou opleggen als alleen een van de twee ten laste gelegde feiten als plichtsverzuim werd aangemerkt. Er bestond voor het bestuursorgaan dus nog een zekere mate van vrijheid in de totstandbrenging van nieuwe besluitvorming, die de rechtbank ten onrechte zelf had ingevuld. In hoger beroep gaf het dagelijks bestuur echter toestemming aan de CRvB om zelf in de zaak te voorzien door een straf op te leggen die paste bij het door de Raad vastgestelde plichtsverzuim. Op grond van de aard en ernst



van het plichtsverzuim legde de Raad vervolgens een (onvoorwaardelijke) berisping op (CRvB 25 september 2014, AB 2015, 106).

Tegen een ontheffing op grond van de Flora- en faunawet was bezwaar gemaakt. Ook na lange tijd en vier (!) pogingen daartoe, lukte het de staatssecretaris niet om daarop een beslissing op bezwaar te nemen die bij de rechter stand kon houden. Dat bracht de Afdeling ertoe om op het ontheftingsverzoek zelf maar te beslissen en dit af te wijzen. In het ook aan de orde zijnde handhavingsverzoek, dat strekte tot ongedaanmaking van hetgeen met de geweigerde ontheffing was verricht, wilde de Afdeling echter niet voorzien, gelet op het discretionaire karakter van de handhavingsbevoegdheid van de staatssecretaris. Om toch wat vaart te zetten stelde de Afdeling dan maar een termijn voor een nieuw te nemen besluit en werd bepaald dat slechts beroep bij de Afdeling openstond tegen dat nieuwe besluit (ABRvS 18 februari 2015, AB 2015, 164).

## HERZIENING

In de vorige kroniek vermeldden wij al dat Afdeling en Centrale Raad het erover eens waren dat de mogelijkheid

van een herzieningsverzoek aan een termijn was gebonden, maar dat zij verschillende termijnen hanteerden. Nu heeft ook de Hoge Raad zich in de discussie gemengd en lijkt er consensus te zijn bereikt tussen de hoogste bestuursrechtters. Een verzoek om herziening wordt als regel als onredelijk laat aangemerkt, indien het verzoek is ingediend meer dan een jaar nadat de indiener bekend is geworden met de daarin gestelde nova dan wel, indien geen nova zijn gesteld, na de datum van openbaarmaking van de uitspraak waarvan herziening wordt verzocht, zo oordeelden Afdeling, Hoge Raad en Centrale Raad in koor (ABRvS 28 januari 2015, AB 2015, 108; HR 20 februari 2015, AB 2015, 107; CRvB 20 maart 2015, JB 2015, 108). De Afdeling hield nog wel een slag om de arm voor die uitzonderlijke gevallen waarin het belang van de rechtszekerheid van andere belanghebbenden en bestuursorganen dermate betrokken is dat het hanteren van een zo lange termijn niet aanvaardbaar zou zijn. Dit laatste kan zich eerder in meerpartijengeschillen dan in tweepartijengeschillen voordoen, en eerder indien bij de uitspraak waarvan herziening wordt verzocht, een besluit in stand is gebleven waarbij aan een of meer belanghebbenden toestemming is verleend om bepaalde activiteiten te verrichten. In die gevallen zal een termijn gelden van drie maal zes weken.

De hiervóór geformuleerde regel geldt niet voor het indienen van een verzoek om herziening van een uitspraak over een bestuurlijke boete. Een dergelijk verzoek is niet aan deze termijn gebonden. Aan te nemen is dat de Centrale Raad zich aansluit.

Een bijzonder procesverloop tekende zich af in ABRvS 4 december 2014 (JB 2015, 14). Een bestemmingsplan was vastgesteld met een voor de betrokken perceelseigenaar aanvaardbare regeling. Een derde kwam daartegen op en om een of andere reden raakte de eigenaar daar niet van op de hoogte. De Afde-

ling verzuimde de eigenaar zelfstandig als belanghebbende te identificeren, vernietigde de planregeling en verzag zelf in de zaak. De eigenaar kreeg daar lucht van en verzocht om herziening. De drempel daarvoor haalde hij niet. Maar de Afdeling verklaarde wel ambtshalve haar eerdere uitspraak als vervallen, omdat zij had nagelaten de eigenaar indertijd de kans te geven aan het geding deel te nemen, en deed de zaak alsnog over.

## MISBRUIK VAN PROCESRECHT

Veelschrijvers, probleemburgers en dwangsomjagers; als het bestuurprocesrecht al eens de landelijke actualiteit haalt, is het veelal met dat soort gevallen. In de kroniekperiode zijn er veel uitspraken geweest, waarin het bestuur misbruik van procesrecht door de burger aan de orde stelde.

Heel direct, maar alleen geschikt voor extreme gevallen, is de civielrechtelijke vordering van de overheid tegen de burger strekkende tot een verbod op straffe van een dwangsom om nog brieven en verzoeken tot de overheid te richten. Een op 21 maart 2013 daartoe uitgesproken veroordeling werd door de voorzieningenrechter Rotterdam zelfs met lijfswang versterkt (Vzr. Rotterdam, 25 september 2014, AB 2014, 415). Een dergelijk verbod werd ook toegewezen door de voorzieningenrechter in Den Haag (7 oktober 2014, AB 2014, 416).

Een meer bestuursrechtelijke insteek introduceerde de Afdeling in de inmiddels beroemde uitspraken van 19 november 2014 (AB 2015, 93, JB 2014, 246), die nadien vele malen is gevolgd. De bevoegdheid om bij de bestuursrechter beroep in te stellen mag niet worden misbruikt. Van misbruik daarvan is sprake als het bestreden besluit tot stand is gekomen als gevolg van misbruik door appellant van een hem toe-

komende wettelijke bevoegdheid, in dit geval het doen van een Wet openbaarheid van bestuur (Wob)-verzoek. Dat leidt dan tot niet-ontvankelijkheid van het beroep bij de rechter. Bijzonder was de transplantatie van het civiele leerstuk van misbruik van recht uit het Burgerlijk Wetboek naar het bestuurs(proces)recht, die de Afdeling daartoe verrichtte. De drempel om van misbruik te kunnen spreken, ligt overigens betrekkelijk hoog. Het enkele feit dat iemand veel Wob-verzoeken doet, is daarvoor niet voldoende. Aangetoond moet worden dat de bevoegdheid om een verzoek te doen evident zonder redelijk doel wordt aangewend. In ABRvS 18 februari 2015 (AB 2015, 119, JB 2015, 56) stelde de verzoeker dat hij een boek over een bepaald onderwerp wilde schrijven en met het oog daarop informatie had gevraagd. Dat volstond. Wanneer het boek uitkomt, weten wij niet.

Nog weer iets verder ging de korpschef van politie, die een bezwaarschrift simpelweg buiten behandeling liet, omdat het in strijd met duidelijke aanwijzingen om het te richten aan een postbusnummer, was geadresseerd aan een antwoordnummer dat voor andere doeleinden werd gebruikt. De bezwaarmaker kwam op tegen het uitblijven van een beslissing op zijn bezwaar, maar dat beroep werd in twee instanties ongegrond verklaard. De Afdeling aanvaardde dat hier sprake was van een misbruiker (ABRvS 27 mei 2015, AB 2015, 232). Twee dingen vallen op. De keuze van het opzettelijk 'verkeerd' adresseren (vermoedelijk in de hoop dat daarmee de behandeling zou vertragen en de dwangsom in beeld zou komen) was gemaakt door de gemachtigde, die volgens de Afdeling beter moest weten. Maar diens kwade trouw wordt aan de verzoeker toegerekend. En over het betoog dat de Awb de figuur van het buiten behandeling stellen helemaal niet kent, walst de Afdeling heen met de overweging dat de korpschef geen herstelbaarheid had hoeven te bieden.

Maar er zijn nog andere trucs, met name gericht op dwangsomjagers. Zo is er de regel dat je alleen aanspraak hebt op een dwangsom wegens het niet tijdig beslissen op een bezwaarschrift, als je belanghebbend bent bij het primaire besluit. Zonder belang een bezwaarschrift indienen en hopen dat er niet tijdig op wordt beslist met het oog op een dwangsom, werkt dus niet (ABRvS 19 december 2014, AB 2015, 73, JB 2015, 25).

Weer een andere oplossing is het 'omlabelen' van een verzoek. Wob-verzoeken, ook verzoeken die uitdrukkelijk als zodanig zijn benoemd, worden soms door het bestuursorgaan of een behulpzame rechter opgevat als een minder schadelijk verzoek. Iemand die bijvoorbeeld hangende een bezwaarprocedure stukken met betrekking tot dezelfde materie opvraagt bij het betreffende bestuursorgaan, wordt geacht dat niet te doen op grond van de Wob, ook al zegt hij van wel. Het wordt opgevat als een verzoek om stukken, hangende een procedure (die overigens in dit geval nota bene al tot een beslissing op bezwaar had geleid en alleen nog maar 'bestond', omdat er nog een beroepstermijn liep). En dat is, zo leert de Afdeling (20 augustus 2014, JB 2014, 185), geen aanvraag om een nieuw besluit, zodat de dwangsomregeling buiten de deur werd gehouden.

Maar bestuursorganen kunnen ook over de schreef gaan in hun aanpak van misbruik: de constatering dat de handtekening op een machtiging niet overeenkomt met de handtekening op het Wob-verzoek, rechtvaardigt niet het aanstonds niet-ontvankelijk verklaren van een bezwaar: er moet een herstelbaarheid worden gegeven (ABRvS 11 juni 2014, AB 2014, 243, JB 2014, 158 en 24 september 2014, AB 2014, 390).

Kortom, het thema misbruik van bestuurs(proces)recht staat op de agenda van de rechtspraak en dat zal nog wel even zo blijven, zeker als oplossingen van de wetgever, zoals aanpassing van de Wob, uitblijven. <<

# *Kroniek* Insolventie- recht

Net als voorgaande jaren is op het insolventierechtelijke gebied de kroniek opgesteld. De voor de rechtsontwikkeling in 2014 belangrijkste nieuwe arresten van de Hoge Raad en voor de praktijk relevante lagere rechtspraak worden behandeld.



*Jaap van der Meer, Floris Dix, Suzan Winkels-Koerselman,  
Aubrey Klerks-Valks, Mandy van Brunschot-van der Sanden, Inge Beulen,  
Jacklien Quirijnen en Arjen van Haandel.<sup>1</sup>*

**Pandrecht » Bestuurdersaansprakelijkheid » Verrekening » 403-verklaring » Borgtocht » Wederzijds zekerheidsarrangement  
» Bodembeslag fiscus » Doorstart en werknemers » Commissie uit schuldeisers » Artikel 37 Fw: Onverschuldigde betaling »  
Kwalificatie vorderingen: Rangorde vorderingen » Inbewaringstelling » Faillissementsaanvraag » Formeel insolventierecht »  
Internationale aspecten » Wsnp**

## PANDRECHT

De Hoge Raad oordeelt in *Feenstra q.q./ING* dat een tussen pandhouder en pandgever overeengekomen onderhandse executieverkoop met zich brengt dat de pandhouder gerechtigd is tot de executieopbrengst die – in het zicht van faillissement – is gestort op een bij de pandhouder aangehouden bankrekening van de pandgever.<sup>2</sup> Als de pandhouder de gestorte opbrengst in mindering brengt op haar vorderingen, is dat geen verrekening ex art. 54 Faillissementswet (Fw). In casu was sprake van een kredietfaciliteit en wilde de ondernemer de bedrijfsactiviteiten staken. De ING Bank had daardoor onmiddellijk het krediet opgezegd en nadien de afspraak gemaakt met de ondernemer om een (opheffings)uitverkoop van de nog aanwezige voorraad te houden. De pinbetalingen en de kasstortingen vonden plaats op de rekening van de eenmanszaak aangehouden bij de ING om vervolgens door de bank verrekend te worden met het negatieve saldo. Dat is volgens de Hoge Raad een afwijkende wijze van verkoop als bedoeld in art. 3:251 lid 2 Burgerlijk Wetboek (BW).

In het arrest *Neo-River* geeft de Hoge Raad antwoord op de vraag of de mededeling van een pandrecht aan de schuldenaar tot gevolg heeft dat de pandgever onbevoegd wordt om afstand te doen van een verpande vordering.<sup>3</sup> De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontkennend. Art. 3:246 lid 1 BW houdt in dat, indien het pandrecht aan de schuldenaar is medegedeeld, de pandhouder bevoegd is in en buiten rechte nakoming van de vordering te eisen en betalingen in ontvangst te nemen. Na die mededeling is de pandhouder ook bevoegd tot opzegging wanneer de vordering niet opeisbaar is, maar door opzegging opeisbaar kan worden gemaakt (art.

3:246 lid 2 BW). Andere schuldeisers-bevoegdheden met betrekking tot de vordering kent de wet de pandhouder niet toe, zodat moet worden aangenomen dat deze bij de pandgever blijven rusten. De pandgever blijft derhalve bevoegd handelingen te verrichten zoals het verlenen van kwijtschelding, het treffen van een afbetalingsregeling en het omzetten van de vordering tot nakoming in een vordering tot schadevergoeding. Daarnaast blijft de pandgever bevoegd tot ontbinding en beëindiging van de overeenkomst waaruit de vordering voortspuit, wat ook gevolgen voor de vordering kan hebben. Normaliter wordt deze beperking ondervangen door een regeling in de kredietdocumentatie van de financier, zodat de pandhouder ook over deze bevoegdheden beschikt. Bij faillissement verliest deze constructie evenwel kracht en wordt de pandhouder weer beperkt in haar bevoegdheden. Dit kan tot gevolg hebben dat een curator de bevoegdheden kan aanwenden in het belang van de boedel. Tot slot, hoewel de Hoge Raad in dit arrest expliciet aangeeft dat de bevoegdheden van de pandhouder beperkt zijn tot hetgeen is vermeld in art. 3:246 BW, rijst bij ons de vraag hoe dit zich verhoudt tot de informatieplicht van de curator om de pandhouder de benodigde gegevens te verstrekken om de inning te kunnen uitoefenen.<sup>4</sup>

In de kroniek *Insolventierecht van 2013 (Advocatenblad Kroniek 2014-3)* is het arrest van het Hof Amsterdam van 19 februari 2013 behandeld.<sup>5</sup> De casus betrof een overeenkomst tot bouw en levering van een volledige tanker die middels een addendum zodanig werd gewijzigd dat er slechts een casco schip zou worden geleverd. Het hof oordeelde dat de oorspronkelijke overeenkomst zodanig was gewijzigd dat

dit leidde tot een ander karakter van de overeenkomst en dat daarmee een andere rechtsverhouding tussen partijen is ontstaan. De Hoge Raad<sup>6</sup> is het daar niet mee eens en oordeelt dat de wijziging van de rechten en verplichtingen uit hoofde van een bestaande overeenkomst nog altijd de rechtstreekse grondslag voor de toekomstige vorderingen kan vormen. Het pandrecht van de bank is aldus op de (gewijzigde) koopprijs blijven rusten.

Over pandrecht op onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken zijn in 2014 belanghebbende uitspraken geweest. In de procedure voor het Hof Den Haag<sup>7</sup> heeft *Revadap van Meteor* een teeltmachine onder eigendomsvoorbehoud gekocht. Een deel van de koopsom blijft onbetaald. Kort daarna sluit *Revadap* met de bank een financieringsovereenkomst, waarbij een pandrecht wordt gevestigd op roerende zaken.<sup>8</sup> Op 24 november 2009 gaat *Revadap* failliet. Na faillissement voldoet de Rabobank de restant-koopsom van de teeltmachine aan *Meteor*. Tussen de curator en de Rabobank ontstaat een geschil of een pandrecht is gevestigd op de teeltmachine. Rabobank meent van wel en beroept zich op art. 3:92 lid 1 BW. Zij stelt dat *Revadap* als koper onder eigendomsvoorbehoud niet een toekomstig goed, te weten het eigendomsrecht, heeft verkregen, maar dat zij terstond een goed, te weten een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, heeft gekregen en dat daarop het pandrecht is gevestigd. In de literatuur wordt dit standpunt door diverse schrijvers verdedigd, maar ook bestreden. Het hof is van mening dat in de visie van de wetgever op een zaak slechts één eigendomsrecht kan bestaan. Nu vóór faillissement de koopsom nog niet volledig was voldaan,

2 HR 14 februari 2014, *JOR* 2014, 118, m.nt. B.A. Schuiling en N.E.D. Faber (*Feenstra q.q./ING*).

3 HR 21 januari 2014, *JOR* 2014, 119 (*Neo-River*).

4 HR 30 oktober 2009, *JOR* 2009, 341 (*Hamm q.q./ABN AMRO*).

5 Hof Amsterdam 19 februari 2013, *JOR* 2013, 290, m.nt. J.M. Atema.

6 HR 23 mei 2014, *JOR* 2014, 252, m.nt. B.A. Schuiling.  
7 Hof 's-Gravenhage 2 september 2014, *JOR* 2015, 53, m.nt. W.J.M. van Andel en M.E. ten Brinke.

8 Het hof oordeelt kort gezegd dat de teeltmachine roerend is.



rustte het eigendom van de teeltmachine bij Meteor en is geen rechtsgeldig pandrecht gevestigd op de teeltmachine. De Rabobank heeft inmiddels cassatieberoep ingesteld tegen dit oordeel van het hof.

In *Snippers q.q./Rabo* vordert de curator een schadevergoeding van de Rabobank omdat de Rabobank niet zou beschikken over een vuistpandrecht en daardoor zou de executieverkoop onrechtmatig zijn.<sup>9</sup> Tijdens vestiging van het pandrecht door de Rabobank zou de pandgever als gevolg van een eigendomsvoorbehoud niet bevoegd zijn over de betreffende zaken te beschikken. De Rabobank stelt dat voor het faillissement afstand zou zijn gedaan van het eigendomsvoorbehoud, waardoor het voordien gevestigde pandrecht alsnog – door bekrachtiging ex art. 3:58 BW – tot stand is gekomen. De Hoge Raad oordeelt dat tussen de voorheen eigendomsgerichtigde en pandgever sprake was van een overeenkomst waarin afstand werd gedaan van het eigendomsrecht. Voor bekrachtiging ex art. 3:58 BW is voldoende dat de onmiddellijk belanghebbenden, zijnde de (voorheen) eigendomsgerichtigde,

de pandgever en de Rabobank als pandhouder, zich niet – in het tijdvak tussen het verrichten van de rechtshandeling en de vervulling van een voor haar geldigheid gesteld wettelijk vereiste – op de nietigheid van de handeling hebben beroepen of zich hebben gedragen op een wijze die onverenigbaar is met de geldigheid van de desbetreffende rechtshandeling. De Hoge Raad volgt de curator dus niet.

Het Hof Amsterdam heeft geoordeeld over de vraag of een ten behoeve van Heineken vóór faillissement gevestigd pandrecht mede strekt tot zekerheid voor een ex art. 39 Fw ontstane boedelvordering van Heineken van ná faillissement.<sup>10</sup> Het hof is gezien de uitleg van de pandakte in casu van oordeel dat dit pandrecht ook ziet op de boedelvordering. Het pandrecht was mede gevestigd op de inventaris van het café. Art. 57 lid 3 Fw stond volgens het hof niet aan het pandrecht van Heineken (ter zake de boedelvordering) in de weg, omdat deze regeling buiten toepassing moet blijven als Heineken zich voor een boedelvordering beroept op de executieopbrengst. Het bodemvoorrecht van de fiscus ziet volgens het hof namelijk

alleen op prefaillissementsvorderingen en die concurreren niet met een boedelvordering. Heineken hoeft als separatist voor haar boedelvordering dan ook niet gehinderd te worden door het bodemvoorrecht van de fiscus, aldus het hof.

## BESTUURDERS- AANSPRAKELIJKHEID

In HR 24 januari 2014 betrof het een doorleenconstructie in het kader van de overname van aandelen in een vennootschap,<sup>11</sup> die werd getoetst aan art. 2:207c BW (oud).<sup>12</sup> Magista leent een van Rabobank verkregen lening van 500.000 euro aan Sansto door. Sansto besteedt het geld aan de koop van de aandelen in Magista en betaalt aan Whittan de koopprijs. Magista gaat failliet. De curator merkt de doorleenconstructie aan als kennelijk onbehoorlijk bestuur en spreekt haar statutair bestuurders ex art. 2:248 lid 1 BW aan. Er was geen sprake van een omkering van de bewijslast ex lid 2. De Hoge Raad benadrukt dat dan de stelplicht en bewijslast ingevolge art. 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) op

9 HR 28 november 2014, *JOR* 2015, 26, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Snippers q.q./Rabo*).

10 Hof Amsterdam 18 november 2014, *JOR* 2015, 88 (*Van der Maas q.q./Heineken*).

11 HR 24 januari 2014, *NJ* 2014, 177; *JOR* 2014, 122.

12 Dit artikel is door de inwerkingtreding van de Flex BV per 1 oktober 2012 vervallen.



de curator rust. De hamvraag was of de doorleenconstructie als een belangrijke oorzaak van het faillissement was aan te merken. De Hoge Raad acht de enkele vaststelling door het hof dat de lening een voorwaarde voor het faillissement was onvoldoende. Het hof had moeten beoordelen of de lening een belangrijke oorzaak van het faillissement was door ook de andere oorzaken van het faillissement bij die toets te betrekken. Er mag derhalve niet te snel worden aangenomen dat een handeling als een belangrijke oorzaak van het faillissement is te gelden.

Op 5 september 2014 deed de Hoge Raad uitspraak in *Hezemans Air*<sup>13</sup> waarmee de discussie rond de gevolgen van het Spaanse Villa-arrest<sup>14</sup> de kop in werd gedrukt. Ter herinnering: in het Spaanse Villa-arrest werd een bemiddelaar bij de verkoop van een Spaanse villa aan een Nederlands echtpaar in persoon uit hoofde van art. 6:162 BW aansprakelijk gehouden voor, kort gezegd, het echtpaar bewust niet informeren over het niet kunnen verkrijgen van een bouwvergunning. Die bemiddelaar schond jegens het echtpaar de zorgvuldigheidsnorm en werd uit onrechtmatige daad rechtstreeks aansprakelijk gehouden. Naast de bemiddelaar werd ook zijn vennootschap aansprakelijk gehouden, omdat zijn handelen aan die vennootschap werd toegerekend.<sup>15</sup> De vraag was of naast de reeds geldende norm voor persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders een nieuwe norm werd geïntroduceerd. De Hoge Raad geeft in *Hezemans Air* aan dat het in het Spaanse Villa-arrest niet ging om het handelen van de bemiddelaar als bestuurder, maar om het handelen van de bemiddelaar in strijd met een op hem als persoon rustende zorgvuldigheidsnorm. De Hoge Raad herhaalt

dat bij wanprestatie of onrechtmatige daad alleen de vennootschap aansprakelijk is en slechts onder bijzondere omstandigheden haar bestuurder, om te voorkomen dat bestuurders hun handelen laten bepalen door defensieve overwegingen.<sup>16</sup> Uiteindelijk gaat de Hoge Raad er in casu vanuit dat de bestuurder geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt omdat hij in strijd met de instructies de koopsom had overgemaakt. De zaak wordt terug verwezen naar het hof. Belangrijkste conclusie is dus dat in het Spaanse Villa-arrest geen uitbreiding van de gronden voor bestuurdersaansprakelijkheid werd aangenomen en dat de verhoogde drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid gehandhaafd blijft.

Op 4 april 2014<sup>17</sup> oordeelt de Hoge Raad over verhaalsfrustratie, betalingsonwil en selectieve (wan)betaling. Van der Valk is bestuurder van *Vlieg Ver Weg B.V.* (hierna 'VWV'), onderdeel van het Van der Valk concern. *Air Holland* verzorgde in opdracht van VWV vlieggreizen. VWV failleerde en liet een schuld van 500.000 euro aan *Air Holland* (eveneens failliet) achter. In de optiek van Van der Valk had VWV echter geen schuld aan *Air Holland* maar een (tegen)vordering wegens geleden schade van minstens 2,3 miljoen gulden. Zo'n twee jaar voorafgaand aan het faillissement van *Air Holland* droeg VWV haar activa over aan zustermaatschappij *Van der Valk Tours* zonder gelden te reserveren voor de claim van *Air Holland*. De curatoren stelden Van der Valk als bestuurder van VWV persoonlijk aansprakelijk op basis van de tweede categorie van het arrest-*Ontvanger/Roelofsen*.<sup>18</sup> Van der Valk verweerde

zich met de stelling dat hij de claim van *Air Holland* niet hoefde te voldoen vanwege de aanzienlijke tegenvordering. De Hoge Raad maakt daar echter korte metten mee door de norm in *Ontvanger/Roelofsen* ook toepasselijk te achten op onzekere verplichtingen waarmee een bestuurder ten tijde van de verweten handeling ernstig rekening mee moest houden.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt in een tussenarrest inzake aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW over het handelen van bestuurder mevrouw Kamer.<sup>19</sup> Vanaf 20 december 1997 was zij via *Kamer Beheer B.V.* dga van *Goedewaagen Gouda B.V.* Daags voordat de aandelen alsmede het bestuur aan *Royal Goedewaagen Beheer B.V.* werden overgedragen, heeft Kamer als dga van *Goedewaagen Gouda B.V.* een in rechte vastgestelde vordering van *Goedewaagen Gouda B.V.* op een crediteur om niet aan *Kamer Beheer B.V.* gecedeerd. Negen jaar daarvoor was reeds een museumcollectie keramiek door *Goedewaagen Gouda* aan *Kamer Beheer* om niet overgedragen. Het hof gaat ervan uit dat bestuurders zich bij de vervulling van hun taak, bij wege van eigen verantwoordelijkheid, dienen te richten naar het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming (vergelijk art. 2:239 lid 5 BW). Dat belang hangt af van de omstandigheden van het geval. Bij een onderneming wordt het vennootschapsbelang in beginsel bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming. Bij hun taakvervulling dienen bestuurders voorts zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van iedereen die betrokken is bij de onderneming. Deze zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat de belangen van betrokken partijen niet onnodig of onevenredig worden

<sup>13</sup> HR 5 september 2014, *JOR* 2014, 296 (*Hezemans Air*).

<sup>14</sup> HR 23 november 2012, *JOR* 2013, 40 (*Van de Riet/Hofmann*).

<sup>15</sup> HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 (*Kleuterschool Babbel*) en HR 9 januari 1998 *JOR* 1998, 47 (*Rabobank/Erven Van Dam*).

<sup>16</sup> HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21 (*Willemsen/NOM*).

<sup>17</sup> HR 4 april 2014, *JOR* 2015, 1 (*Air Holland/Van der Valk*).

<sup>18</sup> HR 8 december 2006, *JOR* 2007, 38 (*Ontvanger/Roelofsen*): het bewerkstelligen dan wel toelaten dat de vennootschap bestaande verplichtingen niet nakomt en het voorzienbaar is dat de vennootschap voor de daardoor gelden schade geen verhaal biedt.

<sup>19</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, *JOR* 2014, 295, m.nt. J. van Bekkum (*Goedewaagen Gouda c.s./Kamer Beheer c.s.*).

Die Van Andel heeft natuurlijk gelijk, poes.  
Dit is misschien niet behoorlijk  
in relatie tot mijn vrouw...



geschaad.<sup>20</sup> Het hof concludeert dat Goedewagen Beheer, in alle omstandigheden van het geval, door haar handelwijze is tekortgeschoten in de behoorlijke bestuurstaakvervulling ex art. 2:9 BW. Op grond van art. 2:11 BW rust die aansprakelijkheid ook hoofdelijk op de (in)direct bestuurders van Goedewaagen Beheer in de betrokken periode (Kamer Beheer en Kamer). De argumentatie van het hof overtuigt de annotator echter niet. Hij beschouwt de betreffende transacties als uitkeringen aan de aandeelhouder. Een formele uitkering leidt pas tot aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de vennootschap als – kort gezegd – voorzienbaar is dat de uitkering de continuïteit van

de vennootschap in gevaar brengt (art. 2:216 lid 2 en 3 BW). Daarvan was volgens hem in dit geval geen sprake.

Rechtbank Midden-Nederland overweegt in een zaak over Stichting Dailados,<sup>21</sup> dat ook indien onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:9 BW of onrechtmatige daad jegens gezamenlijke schuldeisers vaststaat, de vorderingen van de curator alleen toewijsbaar zijn wanneer de verwijtbare gedragingen afzonderlijk, of in elk geval in hun onderlinge samenhang bezien, tot schade hebben geleid voor de stichting en/of diens gezamenlijke schuldeisers ter hoogte van het faillissementstekort. De rechtbank oordeelt dat de bestuurders hun bestuurstaak onbehoorlijk heb-

ben vervuld door niet zorg te dragen voor een deugdelijke administratie in de periode van 2008 tot aan het faillissement, door geen jaarrekeningen op te maken over 2007 t/m 2010 en door zich niet in te spannen voor benoeming van een nieuwe Raad van Toezicht. Daarmee hebben zij ook onrechtmatig gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers van de stichting. De curator maakt echter niet aannemelijk dat de stichting of haar gezamenlijke schuldeisers hierdoor schade hebben geleden, zodat de vorderingen alsnog zijn afgewezen. Annotator Van Andel vraagt zich overigens af of het oordeel, dat niet-nakomen van de administratieplicht en het opstellen van een jaarrekening ook onrechtmatig is jegens de gezamenlijke schuldeisers, onder alle omstandigheden zo is. Volgens Van Andel past in het algemeen enige terughoudendheid om aan te nemen dat iets dat onbehoorlijk is in relatie tot de één, ook onbehoorlijk zal zijn in relatie tot de ander. Dit moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval.

In een arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden (Dennis de Vries c.s./Wimminhove-Kosse q.q.) wordt overwogen dat de indirect bestuurder van een vennootschap, naast de weg van art. 2:11 BW, ook rechtstreeks aansprakelijk kan zijn voor schade ontstaan door het onbetaald laten en onverhaalbaar blijven van vorderingen door de vennootschap.<sup>22</sup> Daarvoor geldt dezelfde maatstaf als voor de directe bestuurder, overweegt het hof met verwijzing naar Kok/Maas q.q.<sup>23</sup> De bedoelde maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid is neergelegd in

20 Het hof verwijst hierbij naar HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014, 286 (Cancun), r.o. 4.2.1 e.v.

21 Rb. Midden-Nederland 30 april 2014, JOR 2014, 291, m.nt. W.J.M. van Andel (Van Dijk q.q./Becht c.s.).

22 Hof Arnhem-Leeuwarden 25 november 2014, JOR 2015, 3, m.nt. J. van Bekkum (De Vries c.s./Wimminhove-Kosse q.q.).

23 HR 23 mei 2014, JOR 2014, 229, m.nt. J. van Bekkum (Kok/Maas q.q.).

Lawe wel weze —  
 bodemloosheid en insolventie zijn  
 ten diepste verweven...



Ontvanger/Roelofsen.<sup>24</sup> In casu gaat het om de vraag<sup>25</sup> of gezien de omstandigheden van het geval grond bestaat voor aansprakelijkheid van de bestuurder, omdat hij heeft bewerkstelligd dat de vennootschap haar verplichtingen niet nakomt, waarbij een schuldeiser is benadeeld. Wat betreft betalingen aan Dennis de Vries c.s. komt het hof tot de slotsom dat a) deze plaatsvonden in het zicht van het faillissement, b) dat Dennis de Vries c.s. wisten of behoorden te weten dat het faillissement aanstaande was, c) dat het gaat om betalingen van eigen vorderingen van de (in)directe bestuurders die in rang niet hoger waren dan die van andere schuldeisers en d) dat geen sluitende rechtvaardiging voor deze selectieve betalingen is gegeven. Ten aanzien van deze betalingen is de conclusie dat Dennis de Vries c.s. wisten of redelijkerwijs moesten begrijpen dat deze betalingen aan henzelf tot gevolg zouden hebben dat De Vries Yacht- en Interieurbouw andere verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de daaruit ontstane schade en dat in dat kader persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken. Daarmee is aansprakelijkheid in zoverre gegeven. Annotator Van Bekkum betreurt dat het hof er zonder motivering vanuit gaat dat art. 2:11 BW ook kan worden toegepast als de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder geen grondslag vindt in Boek 2 BW, maar in art. 6:162 BW. Daarmee miskent het hof volgens hem dat dit niet evident is, omdat in rechtspraak en literatuur hierover verschil-

lend wordt gedacht. Van Bekkum pleit in elk geval tegen toepassing van art. 2:11 BW bij art. 6:162 BW.

De Hoge Raad oordeelt in Allianz Belgium/De Witte over de aanvang van de verjaringstermijn (art. 3:310 lid 1 BW). Het betreft hier een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad van Allianz op de heer De Witte als bestuurder van GS.<sup>26</sup> De Witte heeft als bestuurder bewerkstelligd dat GS toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de agentuurovereenkomst en geen verhaal meer bood voor de vorderingen van Allianz. De Witte verweert zich met een beroep op verjaring. De Hoge Raad oordeelt dat voor beantwoording van de vraag of de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsovereenkomst tot scha-

devergoeding in te stellen, bepalend is of hij voldoende zekerheid heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon. Niet tevens geldt de eis dat (al duidelijk is dat) de in te stellen vordering 'voor toewijzing vatbaar is'. Allianz betoogt volgens de Hoge Raad terecht dat bekendheid met gedragingen van De Witte, die later de oorzaak van de schade blijken te zijn, niet betekent dat de verjaringstermijn aanvangt, nu juist geldt of de benadeelde met de schade bekend is geworden. De schadevergoeding die Allianz vordert, bestaat uit een onverhaalbare vordering op GS. Het oordeel van het hof hieromtrent is onvoldoende gemotiveerd. Een eerdere stellingname hieromtrent is onvoldoende om in casu uit te gaan van reeds in 1997 of 1998 bestaande, daadwerkelijke subjectieve

<sup>24</sup> HR 8 december 2006, JOR 2007, 38 (Ontvanger/Roelofsen).

<sup>25</sup> Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 25 november 2014, JOR 2015, 3, (De Vries c.s./Wimshove-Kosse q.q.). r.o. 3.5 onder (ii).

<sup>26</sup> HR 14 november 2014, JOR 2015, 65 (Allianz Belgium/De Witte).

bekendheid bij Allianz (in de zin van voldoende zekerheid) dat zij door toedoen van De Witte schade lijdt vanwege een verhaalstekort bij GS.

Het vonnis van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant in de faillissementen van de Vilenzo-vennootschappen is – zoals ook de annotator vindt – met name interessant vanwege het oordeel omtrent toepasselijkheid van de klachtplicht van art. 6:89 BW bij vorderingen ex artt. 2:9, 2:138/248 en 6:162 BW.<sup>27</sup> De rechtbank neemt eerst tot uitgangspunt dat de in art. 6:89 BW neergelegde bepaling ziet op een gebrek in de nakoming van een verbintenis, waarop de bepalingen van Boek 6 BW, titel 1, afdeling 9, over de gevolgen van het niet-nakomen van een verbintenis, van toepassing zijn. De rechtbank overweegt vervolgens, samengevat, dat art. 2:9 BW een norm inhoudt voor het handelen van de bestuurder bij de vervulling van de hem opgedragen taak. Een verbintenis tot schadevergoeding ontstaat pas nadat de schending van art. 2:9 BW vast is komen te staan. Hierdoor is de klachtplicht van art. 6:89 BW niet van toepassing op art. 2:9 BW. Hetzelfde geldt voor vorderingen ex art. 2:138/248 BW en art. 6:162 BW en voor de vorderingen jegens de commissarissen.

In RCI Financial Services/Kastrop<sup>28</sup> gaat de Hoge Raad, onder verwijzing naar het Beklamel-arrest<sup>29</sup> en HR Ontvanger/Roelofsen,<sup>30</sup> nader in op het zogenoemde ‘Beklamelcriterium’. In de kern houdt het ‘Beklamelcriterium’ in dat de bestuurder bij het aangaan van de verbintenis wist of behoorde te begrijpen dat de schuldeiser van de vennootschap als gevolg van zijn handelen schade zou lijden. In casu wordt aan de bestuurder het verwijt gemaakt dat

hij namens de vennootschappen een verplichting tot (eerste) verpanding aan RCI van de door deze gefinancierde auto’s aanging, waarvan hij wist of redelijkerwijze moest begrijpen dat de vennootschappen deze niet konden nakomen. Anders dan het middel aanvoert, leidt ook een zodanig verwijt pas tot aansprakelijkheid van de bestuurder indien deze wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de schuldeiser als gevolg van het niet-nakomen van de verplichting schade zou lijden. Het middel betoogt dat die schade in dit geval is gelegen in de gevolgen van het verkrijgen van een slechtere zekerheidspositie dan is overeengekomen. De enkele omstandigheid dat de schuldeiser, anders dan was overeengekomen, geen eerste maar een tweede pandrecht heeft verkregen, brengt evenwel nog niet mee dat hij dientengevolge schade lijdt. De Hoge Raad overweegt dat in het arrest van het hof besloten ligt dat RCI onvoldoende heeft gesteld dat de door haar geleden schade, als gevolg van het niet verkrijgen van eerste pandrechten, voorzienbaar was ten tijde van (de verplichting tot) het vestigen van die pandrechten. Dit oordeel is feitelijk van aard en geenszins onbegrijpelijk.

## VERREKENING

Op basis van de toepasselijke heffingsverordening kan het productschap heffingen opleggen aan bedrijven zoals Groninger Vleeshandel B.V. (GVH). De heffingsverordening treedt echter pas in werking na een besluit van de voorzitter, dat nog niet was genomen in deze zaak. GVH faillieert en de curator vordert alle betaalde voorschotfeffingen terug van het productschap. De voorzitter neemt na datum faillissement het benodigde besluit en bepaalt dat de heffingsverordening met terugwerkende kracht in werking treedt. Het productschap legt nieuwe heffingen aan GVH op en beroept zich op verrekening ex art. 53 Fw. De Hoge Raad

oordeelt dat het productschap door de inwerkingtreding van de heffingsverordening weliswaar met terugwerkende kracht heffingen kon opleggen, dit betekent echter niet dat het productschap reeds voor inwerkingtreding vorderingen op GVH had. De vorderingen zijn derhalve pas na datum faillissement ontstaan en kunnen niet worden verrekend met de vordering van de curator betreffende de terugvordering van de voorschotfeffingen.<sup>31</sup>

In Eurostrip/Velenturf q.q.<sup>32</sup> is tussen Newa en Eurostrip een overeenkomst gesloten voor het leveren van een installatie, waarbij de mogelijkheid tot verrekening is uitgesloten. Newa vordert in rechte betaling van de installatie, terwijl Eurostrip stelt een vordering te hebben op Newa vanwege het feit dat de installatie niet aan de eisen voldoet. Hangende de procedure in eerste aanleg faillieert Newa. Hierdoor wordt de procedure in reconventie, betrekking hebbende op de vordering van Eurostrip op Newa, van rechtswege geschorst. De curator neemt de vordering in conventie over. Omdat Eurostrip geen bevoegdheid heeft om zich te beroepen op verrekening, lijkt zij in een lastig parket te belanden. Zij besluit daarop een beroep te doen op opschorting. Het hof oordeelt dat een beroep op opschorting onmogelijk of ontoelaatbaar is, nu dit slechts tot uitstel leidt, aangezien Eurostrip haar vordering niet kan verrekenen. De Hoge Raad is het hiermee niet eens en bepaalt dat Eurostrip zich, ondanks het verrekeningsverbod, op opschorting kan beroepen, omdat opschorting ertoe strekt pressie uit te oefenen opdat de haar toekomende schadevergoeding wordt voldaan. Het feit dat haar vordering vanwege het faillissement naar alle waarschijnlijkheid niet zal worden voldaan, maakt dat niet anders. Een beroep op opschorting zal er in casu toe leiden dat hetzelfde

27 Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2014, JOR 2015, 94, m.nt. R.G.J. de Haan (Maessen en Hermesen q.q./Van Loon c.s.).

28 HR 5 september 2014, JOR 2014, 325, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (RCI Financial Services/Kastrop).

29 HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 (Beklamel).

30 HR 8 december 2006, JOR 2007, 38 (Ontvanger/Roelofsen).

31 HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1213.

32 HR 31 oktober 2014, JOR 2015, 30 (Eurostrip/Velenturf q.q.).

resultaat wordt bereikt als dat zou zijn bereikt met een beroep op verrekening.

### 403-verklaring

Econcern N.V. heeft een 403-verklaring gedeponeerd inhoudende dat zij hoofdelijk aansprakelijk is voor uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden van haar dochtermaatschappij. Het UWV heeft in het faillissement van Econcern haar op grond van art. 66 lid 1 Werkloosheidswet (WW) bevoorrechte vordering ingediend. De vraag of deze bevoorrechte vordering op de dochtermaatschappij tot een bevoorrechte vordering op moedermaatschappij leidt, is voorgelegd aan de Hoge Raad. De Hoge Raad oordeelt<sup>33</sup> dat de vordering van het UWV op Econcern niet is bevoorrecht. Daartoe heeft hij overwogen dat volgens art. 3:278 BW voorrechten slechts ontstaan uit de wet. Art. 3:288, aanhef, sub e BW geeft slechts een voorrecht aan bepaalde vorderingen van de werknemer op (het vermogen van) de werkgever en Econcern is in dit verband niet de werkgever. Art. 2:403 BW zelf verbindt evenmin voorrecht aan de op de aansprakelijkheidsverklaring gebaseerde vordering.<sup>34</sup>

### Borgtocht

Rechtbank Midden-Nederland oordeelt over de vordering van de bank, als begunstigde van een borgtocht, dat deze volledig wordt afgewezen wegens schending van op haar rustende nevenverplichtingen.<sup>35</sup> De bank had een krediet verleend aan twee vennootschappen. Als zekerheid had zij een stil pandrecht en een door de dga afgegeven borgtocht bedongen. De bank heeft vervolgens nagelaten om de pandakte

te registreren waardoor geen geldig pandrecht tot stand was gekomen. De opbrengst van de zaken is daardoor niet bij de bank maar in de faillissementsboedel van de vennootschap terechtgekomen. Bij uitwinning van de borg stelt de borg zich op het standpunt dat de bank haar zorgplicht heeft geschonden. Was het pandrecht wel geldig gevestigd, dan had de bank zich daarop afdoende kunnen verhalen, of de borg kunnen aanspreken die dan gesubrogeerd zou worden in de vordering met daaraan verbonden het pandrecht.<sup>36</sup> De borg wordt door de rechtbank volledig in het gelijk gesteld.

Tussen een curator en echtgenote van een frauderende curator (die eerstgenoemde heeft opgevolgd) is een borgtochtovereenkomst gesloten. Hiermee staat de echtgenote borg voor de door haar echtgenoot veroorzaakte schade als frauderend curator. De echtgenote stelt dat er sprake is van oneigenlijke dwaling en roept de vernietiging in van de borgtochtovereenkomst. De Hoge Raad overweegt in zijn arrest van 21 maart 2014<sup>37</sup> onder meer dat op de curator niet de bijzondere zorgplicht toepasselijk is die voor banken en financiële dienstverleners uit hun maatschappelijke positie en professionele deskundigheid geldt.<sup>38</sup> De Hoge Raad acht het bovendien onbegrijpelijk dat het hof verlangde dat de curator de echtgenote op de aan de borgstelling verbonden risico's had gewezen, gelet op de genoemde omstandigheden.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> Zie art. 6:12 en art. 6:142 BW.

<sup>37</sup> HR 21 maart 2014, *JOR* 2014, 183, m.nt. Bertrams en *NJ* 2014, 266, m.nt. Tjong Tjin Tai.

<sup>38</sup> De onderhavige informatieplicht wordt dus thans uitdrukkelijk gebaseerd op de bijzondere zorgplicht voor banken en andere financiële dienstverleners (zie hierover de conclusie van de plv. P-G). Deze informatieplicht wordt bovendien beperkt tot uitsluitend die grondslag, zodat zij niet geldt voor de curator.

<sup>39</sup> Deze omstandigheden, die in de overeenkomst uitdrukkelijk zijn vermeld, lijken immers onmiskenbaar duidelijk te maken dat de echtgenoot een significant risico loopt om aansprakelijk gesteld te worden, zodat de echtgenote zelf ook grote kans heeft dat zij

### Wederzijds zekerheidsarrangement

Actueel is de vraag of er tijdens faillissement verhaal kan worden genomen op vóór faillissement gevestigde zekerheden voor regresvorderingen die voortvloeien uit een wederzijds zekerhedenarrangement. In een procedure bij de Rechtbank Amsterdam<sup>40</sup> werd betoogd dat er met het aangaan van de wederzijdse zekerhedenregeling een contractuele regresvordering was ontstaan. Deze regresvordering zou, in tegenstelling tot de in ASR/Achmea<sup>41</sup> bedoelde wettelijke regresvordering, een ten tijde van het faillissement bestaande vordering onder opschortende voorwaarde zijn, zodat deze vordering op de gevestigde zekerheden kon worden verhaald. De rechtbank gaat hierin mee en oordeelt dat er voor deze vordering verhaal kan worden genomen op de gevestigde zekerheden. In een procedure bij de Rechtbank Midden-Nederland kwam tussen partijen vast te staan dat er sprake was van een wettelijke regresvordering die na datum faillissement was ontstaan. De rechtbank zag in deze procedure aanleiding om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad over het uitwinnen van voorafgaand aan het faillissement gevestigde zekerheden voor een vordering die op of na de faillietverklaring is ontstaan.<sup>42</sup>

### BODEMBESLAG FISCUS

De Hoge Raad heeft in 2014 opnieuw geoordeeld over wanneer sprake is van een bodem van de belastingplichtige.<sup>43</sup> In casu had de fiscus bodembeslag gelegd op een café-inventaris. Op dat moment waren de activiteiten echter al

daadwerkelijk uit hoofde van de borgtocht zal worden aangesproken.

<sup>40</sup> Rb. Amsterdam 27 augustus 2014, *JOR* 2014, 318.

<sup>41</sup> HR 6 april 2012, *JOR* 2014, 172, m.nt. NEDF en Vermunt.

<sup>42</sup> Rb. Midden-Nederland 27 augustus 2014, *JOR* 2014, 317 (tussenvonnis) en Rb. Midden-Nederland 8 oktober 2014, *JOR* 2015, 24 (tussenvonnis).

<sup>43</sup> HR 11 april 2014, *JOR* 2014, 185, m.nt. Tekstra.

<sup>33</sup> HR 11 april 2014, ECLI:NL:2014:904.

<sup>34</sup> Tevergeefs is ook het beroep van het UWV op de Vierde Richtlijn betreffende de jaarrekening (78/660/EEG) (hierna: de Richtlijn). Een richtlijnconforme interpretatie van art. 2:403 BW leidt naar het oordeel van de HR evenmin tot een andere uitkomst.

<sup>35</sup> Rb. Midden-Nederland 8 januari 2014, *JOR* 2014, 117, m.nt. Bertrams.

gestaakt, was zowel de huur- en franchisovereenkomst van het café beëindigd en was er sprake van een faillissement. De curator had wel toegang tot het pand doordat hij de sleutels bezat en er stond nog een deel van de administratie in het pand. De ontvanger meende op basis van de deze omstandigheden dat er sprake was van een bodem ex art. 22 lid 3 Invorderingswet 1990. De Hoge Raad ziet dat echter anders en stelt dat de curator het pand in casu slechts als 'boedelberedderaar' kan betreden, zonder dat activiteiten zijn/worden voortgezet. Dat maakt niet dat het pand als bodem van de belastingplichtige geldt. Dat zou anders zijn als de curator de onderneming (kan) voortzet(ten), maar daar was in casu geen sprake van. Tekstra stelt in zijn noot dat tevens cruciaal is dat de huurovereenkomst in casu reeds was beëindigd.

## DOORSTART EN WERKNEMERS

Een werknemer van het failliete Henk Wind Transport B.V. trad in dienst van de doorstartende partij. In de nieuwe arbeidsovereenkomst was een proeftijdbeding opgenomen. De kantonrechter stelt vast dat het proeftijdbeding nietig is, nu de nieuwe arbeidsovereenkomst dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige en er tussen de nieuwe en de vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het inzicht van de vorige werkgever in de geschiktheid van de werknemer moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.<sup>44</sup> Daarbij was van belang dat de werknemer bij de nieuwe werkgever in dezelfde functie werkte, onder dezelfde leidinggevend.

Art. 7:666 lid 1 BW bepaalt dat regels van overgang van onderneming niet van toepassing zijn in een

faillissementssituatie. Rechtbank Noord-Nederland oordeelt in de faillissementen van het Jan de Roos-concern dat er toch sprake was van overgang van onderneming.<sup>45</sup> De voornaamste redenen daarvoor zijn dat de doorstart buiten de curator om was uitgevoerd en dat reeds voorafgaand aan het faillissement door de bestuurder op een doorstart werd aangestuurd. Ook was dit al het derde doorstartscenario voor het concern.

## COMMISSIE UIT SCHULDEISERS

SNS Property Finance, Rabobank als mede de bestuurder van failliet (als crediteur) hebben verzocht een voorlopige commissie uit schuldeisers samen te stellen. Zowel de rechter-commissaris als de rechtbank heeft dit verzoek afgewezen. De Hoge Raad stelt voorop dat een crediteurencommissie volgens de wetsgeschiedenis wordt ingesteld vanwege de belangrijkheid van een faillissement of de aard van de boedel. Het gaat hierbij zowel om de omvang als de wijze van beheer van de boedel. De Hoge Raad vindt de afwijzing door de rechtbank in deze zaak niet onbegrijpelijk.<sup>46</sup> Interessant is vooral het daaropvolgende oordeel van de Hoge Raad: de failliet zelf is belanghebbende in de procedure tot het instellen van een crediteurencommissie. De reden hiervoor is dat de crediteurencommissie bevoegdheden heeft die de gefailleerde in zijn eigen belang kunnen treffen, waaronder de verschijningsplicht en inlichtingenplicht uit art. 105 Fw. Bij beantwoording van de vraag wie in ter zake zo'n verzoek ingevolge de Faillissementswet als belanghebbende kan worden aangemerkt dient volgens de Hoge Raad zo veel mogelijk aansluiting wordt gezocht bij het begrip 'belang-

hebbende' van art. 282 Rv en de in dat verband ontwikkelde rechtspraak.

## ARTIKEL 37 FW

Hof 's-Gravenhage oordeelt over of het niet gestand doen van een overeenkomst door de curator ex art. 37 Fw meebrengt dat er door de curator ook geen tegenprestatie meer kan worden gevorderd ter zake vóór faillissement door de failliet verrichte werkzaamheden.<sup>47</sup> In casu was sprake van een aannemer die conform de aanneemovereenkomst recht had op betaling van de eerste termijn van twintig procent van de aanneemsom. Met verwijzing naar de wetsgeschiedenis bepaalt het hof dat het verbod van art. 37 Fw om nakoming te vorderen geen betrekking heeft op de vordering tot nakoming van de tegenprestatie waarvoor de failliet vóór de faillietverklaring de prestatie al heeft verricht. Daarvoor is echter wel vereist dat zowel de prestatie als de tegenprestatie deelbaar is.

### Onverschuldigde betaling

In het arrest van de Hoge Raad van 31 oktober 2014<sup>48</sup> was sprake van een onverschuldigde betaling door CZ Zorgkantoor, die niet berustte op een onmiskenbare vergissing,<sup>49</sup> zodat CZ Zorgkantoor een concurrente boedelvordering toekwam. Een boedelvordering behoeft geen verificatie en kan buiten het faillissement om tegen de curator worden ingesteld. Als vaststaat dat de boedel onvoldoende actief heeft om de vordering te kunnen voldoen, vormt dat grond voor afwijzing van de vordering. Daarbij is de toestand van de boedel ten tijde van de slotuitdeling beslissend, aldus de Hoge Raad, niet de toestand van de boedel zoals deze

44 Rb. Noord-Nederland (Vzr.) 24 juli 2014, JOR 2014, 233.

45 Rb. Noord-Nederland 22 augustus 2014, JOR 2014, 315.

46 HR 6 juni 2014, JOR 2014, 280 m.nt. Van Hees.

47 Hof 's-Gravenhage 30 december 2014, JOR 2015, 179 m.nt. T.T. van Zanten.

48 HR 31 oktober 2014, JOR 2015, 55.

49 HR 6 september 1997, NJ 1998, 437 (Ontvanger/Hamm q.q.).

is ten tijde van de beoordeling van de vordering.

## KWALIFICATIE VORDERINGEN

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft al een aantal keren geoordeeld dat curatoren na faillissement verantwoordelijk zijn voor de naleving van de milieuwetgeving. Meest recent is dat het geval geweest ter zake van bluswater dat voor verontreiniging heeft gezorgd. De ABRvS<sup>50</sup> heeft daarin bepaald dat een vordering die ter zake van verontreiniging wordt opgelegd, zoals toepassing van bestuursdwang en de bijkomende kosten, met verwijzing naar Koot/Tideman q.q.,<sup>51</sup> een boedelvordering is omdat zij een gevolg is van een handelen van de curator q.q. in strijd met de op hem als curator rustende verplichting om de (in casu) Waterwet na te leven, althans handelen/nalaten dat hem q.q. kan worden toegerekend.

De Rechtbank Zeeland-West-Brabant<sup>52</sup> stelt echter dat de Afdeling in voormeld arrest als bestuursrechter buiten haar bevoegdheid is getreden door over een civielrechtelijk geschil ter zake van de kwalificatie van een dergelijke vordering te oordelen. De rechtbank oordeelt, tevens met verwijzing naar Koot/Tideman q.q., dat handhavingskosten niet per definitie als boedelvordering zijn aan te merken, maar dat er drie categorieën vorderingen zijn die als préfaillissements-, boedel- of niet-verifieerbare vordering kwalificeren. De categorieën in het kader van bestuursdwang zijn: a) opruimverplichtingen en/of handhavingskosten van vóór faillissement (concurrente préfaillissementsvordering); b) opruimkosten

en/of handhavingskosten ter zake verontreiniging ontstaan tijdens voortzetting van de onderneming door de curator (boedelschuld); c) opruimverplichtingen en/of handhavingskosten die geen betrekking hebben op een opruimverplichting die voortvloeit uit een handelen of nalaten van curatoren in het kader van voortzetten van de onderneming na faillissement (niet-verifieerbare vordering). Het hangt er zodoende vanaf wanneer een vordering is ontstaan en als dat na faillissement is gebeurd of dit concreet aan de curator is toe te rekenen.

### Rangorde vorderingen

In beginsel kwalificeert een vordering uit hoofde van een proceskostenveroordeling als concurrente boedelvordering. In de zaak van 24 april 2014 promoveerde de vordering echter door toedoen van de curator.<sup>53</sup> Hij had zonder daarbij enig voorbehoud te maken ten aanzien van de rangorde of de stand van de boedel aan eiser expliciet toegezegd de proceskosten te zullen betalen. De rechtbank oordeelt dat de curator door deze toezegging ook daadwerkelijk gehouden is om de proceskosten direct uit te betalen. Boeve wijst er in zijn noot op dat dergelijke toezeggingen voor de curator het risico met zich kunnen brengen dat hij door de andere boedelschuldeisers persoonlijk wordt aangesproken voor een bedrag gelijk aan de betaling aan de 'gepromoveerde' schuldeiser. Een curator dient derhalve terughoudend te zijn met het doen van dergelijke beloftes.

### Inbewaringstelling

De Hoge Raad heeft bepaald dat de rechter-commissaris niet kan worden aangemerkt als een verzoeker of belanghebbende die het recht toekomt een rechtsmiddel aan te wenden tegen de op zijn voordracht gegeven beschikking

van de rechtbank.<sup>54</sup> In casu had de rechter-commissaris ex art. 87 lid 1 Fw een voordracht aan de rechtbank gedaan tot inbewaringstelling van de bestuurder van de gefailleerde vennootschap. Bij afwijzing door het hof, stelt zowel de curator als de rechter-commissaris casus in. De rechter-commissaris wordt niet-ontvankelijk verklaard, omdat hij ook bij die voordracht optreedt in zijn hoedanigheid van rechter.

Kort daarna geeft de Hoge Raad invulling aan het arrest van 12 juli 2013,<sup>55</sup> waarin is bepaald dat het uitoefenen van dwang door gijzeling, die erop is gericht failliet te bewegen te voldoen aan de inlichtingenplicht ex art. 105 Fw, geen strijd oplevert met art. 6 EVRM. Wanneer niet kan worden uitgesloten dat de inlichtingen tevens in verband met een 'criminal charge' tegen de gegijzelde zullen worden gebruikt, moeten de nationale autoriteiten waarborgen dat deze zijn recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie effectief kan uitoefenen. In casu zijn aan de failliet geen waarborgen verschaft zoals hiervoor bedoeld. De Hoge Raad verbindt daarom een restrictie aan de gijzelneming, die erin bestaat dat door de failliet te verstrekken inlichtingen uitsluitend worden gebruikt ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement. Indien die inlichtingen desondanks gebruikt worden voor doeleinden van strafvervolging, dient de strafrechter te bepalen welk gevolg aan schending van de restrictie toekomt.

### Faillissementsaanvraag

Appellante heeft een eigen aangifte tot faillietverklaring gedaan met als doel snel tot de Wet schuldsanering natuurlijke personen (Wsnp) te worden toegelaten. Zij vond dat het minnelijke schuldhulpverleningstraject niet (snel genoeg) haar financiële problemen oploste. Bovendien wilde ze zo probe-

50 ABRvS 23 juli 2014, JOR 2015, 19 m.nt. Tekstra (De Groot q.q./Waterschap).

51 HR 19 april 2013, JOR 2013, 224 m.nt. Boekraad (Koot Beheer/Tideman q.q.).

52 Rb. Zeeland-West-Brabant 19 maart 2014, JOR 2015, 18 (Thermphos).

53 Rb. Noord-Nederland 24 april 2014, JOR 2015, 86, m.nt. Boeve.

54 HR 10 januari 2014, NJ 2014, 116.  
55 HR 12 juli 2013, JOR 2013, 339.

tot onze spijt kunnen wij  
de klachten van mevrouw  
niet behandelen; zij is arm  
en spreekt immer Nederlands.



ren een uithuisplaatsing te voorkomen. Een faillissement dient echter een schuldeisersbelang, namelijk verdeling van de boedel. Er was geen sprake van enig actief en dat was ook niet binnen afzienbare tijd te verwachten, zodat appellante misbruik van bevoegdheid tot faillietverklaring maakte, aldus Hof Den Bosch.<sup>56</sup>

Door de Hoge Raad is bevestigd dat de appelrechter bij hoger beroep tegen faillietverklaring ex nunc moet toetsen of aan het pluraliteitsvereiste is voldaan, waarbij opnieuw wordt getoetst of de steunvorderingen nog bestaan.<sup>57</sup> Het in dit kader voldoen van steunvorderingen door derden levert geen doorbreking van de paritas creditorum op. Daarnaast heeft de Hoge Raad geoordeeld dat bij de beoordeling van het vereiste dat summierlijk blijkt van het vorderingsrecht van de aanvrager, de juistheid van een verstekvonnis – in eerste aanleg gewezen zonder dat de gedaagde in de procedure is gehoord – niet zonder meer uitgangspunt kan

zijn, indien daartegen verzet is ingesteld of nog kan worden ingesteld.<sup>58</sup>

In het inmiddels veelvuldig besproken Berzona-arrest verzocht de bank het faillissement van schuldenaar Berzona.<sup>59</sup> De bank had een opeisbare vordering en stelde dat Berzona ook andere schuldeisers onbetaald liet. Zij verwees daarvoor naar de vorderingen die huurders van de door Berzona verhuurde flats op Berzona zouden verkrijgen ter zake van het verschaffen van huurgenot en het verrichten van onderhoud aan de flats. Berzona betwist dat deze (toekomstige) als steunvorderingen kunnen dienen. Er waren geen overige steunvorderingen bekend. De Hoge Raad overweegt dat uitgangspunt is dat een steunvordering niet opeisbaar hoeft te zijn en dat de omvang van die vordering niet hoeft vast te staan. Voorts is niet vereist dat een steunvordering betrekking heeft op betaling van een geldsom. Ook de vordering tot het verrichten van onderhoud en tot het verschaffen van huurgenot kunnen derhalve een steunvordering zijn. Een toekomstige vordering kan geen steunvordering zijn, omdat niet vaststaat dat zo'n vordering daadwerkelijk zal ontstaan. De Hoge Raad stelt vast dat de vordering tot het plegen van onderhoud een toekomstige vordering is, omdat niet is gebleken dat tijdens de behandeling sprake is van achterstallig onderhoud. Aangezien ook geen sprake is van niet-nakoming door Berzona van het verstrekken van huurgenot kan de vordering ook daarom niet dienen als steunvordering. Nadrukkelijk merkt de Hoge Raad op dat naar zijn oordeel in het Nebula-arrest<sup>60</sup> geen ander oordeel ligt besloten.

### Formeel insolventierecht

In een cassatieprocedure zijn op 13 september 2013 stukken gefourneerd voor

arrest en de conclusie van de advocaat-generaal staat bepaald op 24 januari 2014. De wederpartij faillieert echter op 25 september 2013. De Hoge Raad stelt dat partijen op de voet van art. 44 lid 3 Rv nog invloed kunnen uitoefenen op de procedure door hun reactie te geven op de conclusie van de advocaat-generaal. De procedure is dus nog niet aan de invloed van partijen onttrokken en art. 30 Fw is niet van toepassing. Voorts oordeelt de Hoge Raad dat de gehele procedure ingevolge art. 29 Fw van rechtswege geschorst is, zelfs betreft de niet-verifieerbare vorderingen, omdat deze geen zelfstandige betekenis hebben en geen ander doel dienen dan de voldoening van een verbintenis uit de boedel.<sup>61</sup>

Rechtbank Midden-Nederland heeft geoordeeld dat een renvooiprocedure met name ziet op geschillenbeslechting ter zake van de omvang en preferentie van ter verificatie ingediende vorderingen. In een renvooiprocedure is daarom geen plaats voor het vaststellen van aansprakelijkheid, vernietiging van een vordering of een beroep op verrekening door een van de schuldeisers, maar wordt enkel geoordeeld over de erkenning van een vordering.<sup>62</sup>

## INTERNATIONALE ASPECTEN

Een schuldeiser verhaalt zich na faillietverklaring op buitenlands vermogen op basis van vóór faillietverklaring in New York verkregen beslagverlof. De curator vordert ex art. 203 Fw de opbrengst van de schuldeiser. Art. 203 Fw kent als uitzondering op de vergoedingsplicht van een schuldeiser het geval dat de goederen waarop hij zich verhaald heeft 'bij voorrang aan hem zijn verbonden'. De vraag die bij de Hoge Raad is voorgelegd, is of het verkregen beslagverlof naar inhoud en strekking kan worden

58 HR 7 maart 2014, NJ 2014, 155.

59 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:2014:1681 (Berzona).

60 HR 2 november 2006 JOR 2007, 76 m.nt. Kortmann en Bartels (Nebula).

61 HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:675.

62 Rechtbank Midden-Nederland, 19 maart 2014, JOR 2015, 149.

56 Hof 's-Hertogenbosch 6 februari 2014, JOR 2015, 83.  
57 HR 17 januari 2014, NJ 2014, 61.



gelijkgesteld met een voorrangrecht naar Nederlands recht.

De Hoge Raad neemt aan<sup>63</sup> dat het verkregen verlot een beslagmaatregel is, dat beslag naar Nederlands recht geen voorrang schept en dat uit de stellingen van de schuldeiser niet volgt dat de aan de zogeheten 'Rule B Attachment' (RBA) te ontleen voorrangspositie kan worden gelijkgesteld met een voorrangspositie als bedoeld in art. 3:278 BW. Het recht waar de schuldeiser zich op beroept, kan niet worden beschouwd als een recht van voorrang in de zin van art. 203 Fw.

Het Hof van Justitie<sup>64</sup> geeft een vervolg op zijn arrest van 12 februari 2009,<sup>65</sup> waarin is bepaald dat art. 3 lid 1 Insolventieverordening (IVO) inhoudt dat de rechterlijke instanties van de lidstaat op wiens grondgebied de insolventieprocedure is geopend, bevoegd zijn om uitspraak te doen over een faillissementspauliana die gericht is tegen een verweerder die zijn statutaire zetel in een andere lidstaat heeft. In casu oordeelt het hof dat er geen reden is om af te wijken van deze regel als de gedaagde

partij geen woonplaats heeft in een EU-lidstaat. Dit draagt immers bij aan de bevordering van de voorspelbaarheid van de rechterlijke bevoegdheid en rechtszekerheid en verhindert forum-shopping. Bovendien geldt dat als art. 3 lid 1 IVO niet als zodanig wordt uitgelegd, er een prikkel bestaat om goederen buiten de EU te brengen door transacties aan te gaan met in derde landen woonachtige partijen. Het hof acht het dan ook niet problematisch dat een buiten de EU woonachtige partij ter zake van faillissementspauliana voor een andere rechter kan worden gedaagd dan de rechter van zijn woonplaats.

## WSNP

In een Wsnp-zaak weigerde het hof toelating tot de schuldsanering, omdat de schuldenaar in kwestie gezondheidsklachten had en de Nederlandse taal onvoldoende beheerste. Daardoor is het niet aannemelijk dat de schuldenaar de verplichtingen uit de schuldsanering zal kunnen nakomen. In cassatie vernietigt de Hoge Raad dit oordeel.<sup>66</sup> Nu het hof niets heeft gesteld omtrent de aard en ernst van de gezondheidsklachten kan dat niet leiden tot de

conclusie dat niet voldaan zal worden aan de verplichtingen uit de schuldsanering. En de enkele omstandigheid dat de schuldenaar de Nederlandse taal onvoldoende beheerst, belet niet dat toch kan worden voldaan aan deze verplichtingen.

In een andere zaak was de looptijd van de schuldsanering ingevolge art. 349a lid 1 Fw geëindigd. Het hof heeft twee prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad over de verlenging van de schuldsanering. De Hoge Raad stelt ten eerste dat verlenging van de schuldsanering na afloop van de looptijd uit art. 349a lid 1 Fw mogelijk is, mits de schuldsanering niet reeds formeel is beëindigd met toekenning van de *schoone lei* ex artt. 352-356 Fw. Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat de verplichtingen uit de schuldsanering niet gelden in de periode tussen het einde van de looptijd ex art. 349a lid 1 Fw en het onherroepelijk worden van de beslissing tot verlenging van de schuldsanering. Gedragingen van de schuldenaar in deze tussenliggende periode kunnen echter wel worden meegewogen bij de beslissing tot verlenging van de schuldsanering.<sup>67</sup> <<

63 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1630.

64 HvJ EU 16 januari 2014, JOR 2014, 182 m.nt. Veder (*Schmid q.q./Hertel*).

65 HvJ EG 12 februari 2009, JOR 2011, 340 m.nt. Veder (*Deko Marty*).

66 HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:331.

67 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2935.

# *Kroniek* Familierecht

Deze kroniek bevat een overzicht van de ontwikkelingen op het terrein van het personen- en familierecht tussen 1 augustus 2014 en 1 augustus 2015.



*Koert Boshouwers<sup>1</sup> en Tanya Kreeftenberg<sup>2</sup>*

**Wet- en regelgeving** » **Bewind en curatele** » **Bijzonder curator** » **Wet Bopz** » **Gezag en minderjarigheid** »  
**Huwelijksvermogensrecht:** *Artikel 1:88 BW* » *Gemeenschap van goederen* » *Huwelijkse voorwaarden* » *Strijd met de openbare orde en goede zeden* » **Kinderalimentatie:** *Terugbetalingsverplichting* » **Ondertoezichtstelling** » **Partneralimentatie:** *Behoefte* »  
**Procesrecht:** *Uitvoerbaarheid bij voorraad* » *Recht op toezending van stukken aan een minderjarige* » *De rechter die de zitting doet, neemt (mede) de beslissing* » *Een verzoek tot schorsing* » **Relatierecht**

1 Advocaat en vFAS scheidingsmediator bij Hanssen Spronk in Utrecht.

2 Advocaat en vFAS scheidingsmediator bij Mr. Mediators in Son en Breugel.

## WET- EN REGELGEVING

Op 1 januari 2015 is de Wet hervorming kindregelingen in werking getreden. De alleenstaande-ouderkorting en de aanvullende alleenstaande-ouderkorting zijn komen te vervallen. De alleenstaande-ouderkop is daarvoor als aanvulling op het kindgebonden budget in de plaats gekomen. De alleenstaande-ouderkortingen werden verwerkt in de draagkrachtberekening. De alleenstaande-ouderkop dient conform de alimentatienormen van de Expertgroep net als het kindgebonden budget op de behoefte in mindering te worden gebracht. Dit verschil in benadering heeft geleid tot veel discussie in de literatuur (zie onder andere 'Beeld van verdeeldheid binnen rechtspraak is onwenselijk' in *Advocatenblad* 2015-5) en binnen de rechterlijke macht. Teneinde eenduidigheid te verkrijgen op dit punt heeft het Hof Den Haag op 3 juni 2015 (ECLI:NL:GHDHA:2015:1288) twee prejudiciële vragen aan de Hoge Raad voorgelegd.

## BEWIND EN CURATELE

Kan de rechter een verzoek tot ontslag van een bewindvoerder om andere redenen ambtshalve toewijzen dan die welke de procespartijen aan het verzoek ten grondslag hebben gelegd? De Hoge Raad beantwoordde die vraag op 16 januari 2015 (ECLI:NL:HR:2015:86) bevestigend. Hij overwoog dat de bevoegdheid tot ambtshalve ontslag met zich brengt dat de rechter niet is beperkt tot de door de procespartijen aangevoerde gronden voor ontslag, maar ook de feiten en omstandigheden zoals die tijdens de procedure blijken aan het ontslag ten grondslag kan leggen. Hiermee treedt de rechter niet buiten de rechtsstrijd.

## BIJZONDER CURATOR

Heeft een minderjarige een zelfstandige bevoegdheid tot het instellen van hoger

beroep als diens verzoek tot benoeming van een bijzonder curator is afgewezen? Deze vraag lag op 29 mei 2015 ter beoordeling aan de Hoge Raad voor (ECLI:NL:HR:2015:1409). Het hof had de minderjarigen niet-ontvankelijk verklaard in hun hoger beroep, omdat het niet was ingesteld door hun wettelijk vertegenwoordiger(s) of een bijzonder curator. De Hoge Raad overwoog dat een minderjarige, als belanghebbende ex art. 798 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), zijn processuele bevoegdheden alleen kan uitoefenen door tussenkomst van zijn wettelijk vertegenwoordiger(s) of een bijzonder curator, behoudens voor zover de wet hierin voorziet. Dat is het geval ten aanzien van een verzoek tot benoeming van een bijzonder curator.

## WET BOPZ

Op 17 oktober 2014 (ECLI:NL:HR:2014:2998) oordeelde de Hoge Raad over de vraag of een betrokkene bij het beoordelen van een voorlopige machtiging tot vrijheidsbeneming voldoende had onderzocht of de betrokkene wilde worden gehoord. De zitting vond op de overloop voor haar kamer met een gesloten deur plaats. De raadsman van betrokkene heeft herhaaldelijk luidkeels aan de persoon in de kamer met de gesloten deur meegedeeld dat de rechter was verschenen om haar te horen. De betrokkene gaf aan niets van een zitting te weten, naar de rechtbank te willen gaan voor een zitting en haar eigen advocaat te willen regelen. De rechter verleende de machtiging maar die bleef in cassatie niet in stand. Uit de mededelingen van de betrokkene had de rechter niet mogen afleiden dat zij niet bereid was om te worden gehoord. Zij had alsnog behoorlijk opgeroepen dienen te worden.

Een betrokkene verzocht om een rechterlijke toets van het omzetten van een voorwaardelijke machtiging tot onvrijwillige opname in een voorlopige

machtiging. Tevens verzocht hij om een verklaring voor recht dat zijn vrijheidsbeneming onrechtmatig was. De rechtbank kwam aan het laatste verzoek niet toe omdat het bij dagvaarding dient te worden ingesteld en niet bij verzoekschrift. De Hoge Raad casseerde op 17 oktober 2014 (ECLI:NL:HR:2014:2996). Hij overwoog onder verwijzing naar art. 5 EVRM dat een oordeel over de rechtmatigheid van een vrijheidsbenemende maatregel niet met zich brengt dat deze vergezeld gaat met een verzoek om schadevergoeding of een verklaring voor recht.

Op 17 oktober 2014 overwoog de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2014:2985) dat een geneeskundige verklaring van een psychiater in opleiding niet voldoet aan de eisen die aan een geneeskundige verklaring bij een inbewaringstelling worden gesteld en om die reden de beslissing tot een inbewaringstelling niet kan dragen.

Hoe ver strekt de inspanningsverplichting van een onafhankelijke psychiater om met een betrokkene in contact te komen om deze te horen en te observeren in het kader van het uitbrengen van een advies? De Hoge Raad overwoog op 30 januari 2015 (ECLI:NL:HR:2015:187) dat de psychiater al het mogelijke moet doen dat redelijkerwijs van hem verwacht kan worden om de patiënt persoonlijk te horen en te observeren. Wat moet worden ondernomen, verschilt van geval tot geval. De AG vond dat een psychiater een betrokkene in een beveiligde omgeving moet horen als niet wordt gereageerd op uitnodigingen voor een bezoek aan de praktijk en huisbezoek niet mogelijk is. De Hoge Raad wil zo ver niet gaan.

Op 6 maart 2015 (ECLI:NL:HR:2015:528) lag bij de Hoge Raad de vraag ter beantwoording voor hoe ver een verzoek van een advocaat tot het plaatsvinden van een *second opinion* dient te worden onderbouwd. De advocaat wilde onderzocht zien in hoeverre er sprake was van psychiatrische problematiek of het



bestaan van een sterke persoonlijkheid. De Hoge Raad overwoog dat een rechter het afwijzen van een dergelijk verzoek bij een beslissing die leidt tot een vrijheidsbenemende maatregel slechts gemotiveerd kan afwijzen. Belangrijk in dit kader is op welke punten nader onderzoek zich zou moeten richten en de vraag of de uit onderzoek al voorhanden zijnde resultaten voldoende duidelijkheid geven voor de door hem te nemen beslissingen. De Hoge Raad overwoog dat aan het verzoek van de advocaat geen al te hoge eisen konden worden gesteld.

## GEZAG EN MINDERJARIGHEID

Op 5 september 2014 (ECLI:NL:HR:2014:2632) overwoog de Hoge Raad dat een verzoek ex art. 810a lid 2 Rv tot benoeming van een deskundige in een zaak die een minderjarige betreft in beginsel dient te worden toegewezen. Het verzoek dient voldoende concreet te zijn en feiten en omstandigheden te bevatten die zich lenen voor een dergelijk onderzoek. Deze uitspraak is een steun in de rug voor ouders en biedt de mogelijkheid tot het plaatsvinden van

een tegenonderzoek tegen de conclusies die in een rapport van de Raad voor de Kinderbescherming zijn getrokken. De rechter zal een afwijzing van het verzoek van de ouders goed dienen te motiveren.

## HUWELIJKS-VERMOGENSRECHT

### Artikel 1:88 BW

In de casus die heeft geleid tot HR 9 januari 2015 (ECLI:NL:HR:2015:41) had de man effectenleaseovereenkomsten gesloten met Dexia die als huurkoop dienden te worden gekwalificeerd en waarvoor de toestemming van zijn echtgenote ex art. 1:88 Burgerlijk Wetboek (BW) nodig was. Deze overeenkomsten waren verlengd zonder dat opnieuw toestemming was verleend. De Hoge Raad oordeelde dat de ratio van art. 1:88 BW – het beschermen van de andere echtgenoot en het gezin tegen financiële risico's – meebrengt dat ook verlengingsovereenkomsten overeenkomsten zijn die als huurkoop moeten worden aangemerkt met handhaving van dezelfde voorwaarden. Ook voor de verlenging was derhalve toestemming noodzakelijk.

### Gemeenschap van goederen

Sinds het op 1 mei 1995 in werking treden van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding maken de aanspraken op ouderdomspensioen niet langer deel uit van de huwelijksgoederengemeenschap als echtgenoten in gemeenschap van goederen zijn getrouwd. Bij het verdelen van huwelijksgoederengemeenschappen die vóór 1 mei 1995 zijn opgevallend, werden de pensioenaanspraken nogal eens overgeslagen. Pas als de partij die de aanspraken heeft opgebouwd pensioengerechtigd wordt, komt dit boedelbestanddeel alsnog aan de orde.

Dient een vordering tot verdeling van dit vermogensbestanddeel dan te worden beschouwd als een vordering tot verdeling van een gemeenschappelijk goed in de zin van art. 3:178 lid 1 BW of als een vordering tot verdeling van een overgeslagen goed in de zin van art. 3:179 lid 2 BW? Het hof oordeelde de gekozen rechtsingang relevant, omdat voor het verdelen van een gemeenschappelijk goed geen verjaringstermijn geldt en het recht om verdeling van een overgeslagen goed te vorderen volgens het hof verjaart na verloop van twintig jaar. Art. 3:179 lid 2 BW bepaalt slechts dat de omstandigheid dat bij de verdeling een of meer goederen zijn overgeslagen, alleen tot gevolg heeft dat hiervan alsnog verdeling kan worden gevorderd, overwoog de Hoge Raad op 27 maart 2015 (ECLI:NL:HR:2015:762). Deze vordering is aldus aan te merken als een vordering tot verdeling in de zin van art. 3:178 BW, waarvoor geen verjaringstermijn geldt.

In de casus van Hoge Raad 1 mei 2015 (ECLI:NL:HR:2015:1199) waren partijen in gemeenschap van goederen gehuwd. Tijdens het huwelijk had de man met een lening van zijn ouders van 52.000 gulden de aankoop van een perceel grond van zijn ouders gefinancierd. De ouders van de man hadden van deze lening een bedrag van 34.996 gulden kwijtgescholden onder uitsluitingsclau-

sule. Op het perceel grond bouwden partijen vervolgens de echtelijke woning. De vraag was of de woning in de gemeenschap was gevallen dan wel door natrekking eigendom van de man was geworden. De vrouw stelde zich op het standpunt dat de lening een gemeenschapsschuld was, zodat de koopsom moest worden geacht ten laste van de gemeenschap te zijn gekomen. Het hof oordeelde dat de lening, koop en kwijtschelding een samenspel van gelijktijdige rechtshandelingen betrof en dat de man de koopsom van het perceel voor meer dan de helft met privévermogen had voldaan. Met analoge toepassing van art. 1:124 lid 2 (oud) BW kwam het hof tot het oordeel dat het perceel met daarop de echtelijke woning niet in de gemeenschap was gevallen en derhalve niet voor verdeling in aanmerking kwam. Het hof gaf geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting door doorslaggevende betekenis belang toe te kennen aan het samenstel van rechtshandelingen en te oordelen dat het gedeelte van de tegenprestatie voor de overdracht van het perceel dat door de ouders onder uitsluiting was kwijtgescholden ten laste van het privévermogen van de man was gekomen, aldus de Hoge Raad. Ook de analoge toepassing van art. 1:124 lid 2 (oud) BW, die bedoeld was voor de beperkte gemeenschappen van winst en verlies en vruchten en inkomsten bleef in cassatie in stand. Algemeen wordt aangenomen dat deze regeling ook analoog van toepassing is op de wettelijke gemeenschap van goederen. Met ingang van 1 januari 2012 is de zaaksvervangingsregel van art. 1:124 lid 2 (oud) BW verplaatst naar art. 1:95 lid 1 BW.

### Huwelijkse voorwaarden

Zijn de algemene dwalingsbepalingen van toepassing op een verdeling van een eenvoudige gemeenschap? De Hoge Raad beantwoordde deze vraag op 10 juli 2015 (ECLI:NL:HR:2015:1871) ontkenkend. Het hof had het door partijen gesloten convenant vernietigd op grond

van de algemene dwalingsbepalingen van artt. 6:228 e.v. BW. Het beroep van de man op benadeling voor meer dan een kwart (art. 3:196 BW) kon niet slagen, omdat partijen het eens waren over de waarde van de eenvoudige gemeenschap. Het hof oordeelde dat beide partijen bij het sluiten van het convenant hadden gedwaald door te bepalen dat de man de gehele inbreng van de vrouw van 110.000 euro in de gezamenlijke, echtelijke woning aan de vrouw diende te vergoeden in plaats van de helft daarvan. Deze beslissing werd door de Hoge Raad vernietigd. Op grond van art. 3:199 BW zijn de algemene dwalingsbepalingen niet op de verdeling van toepassing. Voor zover het hof ten aanzien van het vergoedingsrecht van de man heeft beoogd aan te sluiten bij de wettelijke regeling, heeft het hof miskend dat partijen ingevolge art. 1:87 lid 4 BW bij overeenkomst kunnen afwijken van de wettelijke regeling. De afspraak in het convenant – waarvoor het vormvereiste van art. 1:115 lid 1 BW niet geldt – prevaleert boven de wettelijke regeling van vergoedingsrechten.

In de casus van HR 10 juli 2015 (ECLI:NL:HR:2015:1875) was sprake van een niet-uitgevoerd periodiek verrekenbeding. Op grond van art. 1:141 lid 3 BW werd het vermogen van partijen op de peildatum vermoed gevormd te zijn uit inkomsten die verrekend hadden moeten worden, behoudens tegenbewijs. De vrouw kon bewijzen dat de echtelijke woning deels was gefinancierd met de opbrengst van eerdere woningen, die niet verrekend hoefde te worden. Het hof oordeelde dat de aflossingen op de hypothecaire geldleningen en waardevermeerderende investeringen in de echtelijke woning die ten laste van de te verrekenen inkomsten van de man waren gedaan, niet konden leiden tot verrekening van de waarde van de woning. Tegen dit laatste oordeel werd met succes een cassatiemiddel gericht. De Hoge Raad oordeelde dat zowel uit de tekst als uit de ratio van art. 1:136 lid

1 en art. 141 lid 1 en 3 BW voortvloeit dat bij het einde van het huwelijk het aanwezig vermogen dat is gevormd uit door de echtgenoten tijdens het huwelijk overgespaard inkomen, dient te worden verrekend, **ongeacht** aan wie van de echtgenoten dat vermogen toebehoort en uit wiens overgespaarde inkomen dat vermogen is gevormd.

### Strijd met de openbare orde en goede zeden

In HR 19 december 2014 (ECLI:NL:HR:2014:3650) had de man gelden geleend aan zijn echtgenote met wie hij buiten gemeenschap van goederen was gehuwd met als doel deze gelden aan beslaglegging door crediteuren te onttrekken. Dit doel was ook in de considerans van de overeenkomst opgenomen. Na ontbinding van het huwelijk had de man conservatoir derdenbeslag gelegd op de vordering van zijn ex-echtgenote jegens haar vader. De man vorderde in kort geding dat de ouders van zijn ex-echtgenote hoofdelijk veroordeeld zouden worden tot terugbetaling van een deel van de geleende gelden. De ouders van de vrouw beriepen zich op nietigheid van de overeenkomst op grond van strijd met de openbare orde en goede zeden (art. 3:40 BW). De rechtbank en het hof wezen de vordering van de man op deze grond af. De man stelde dat van feitelijke benadeling van schuldeisers geen sprake was geweest. De Hoge Raad oordeelde dat de nietigheid reeds haar grond vindt in de door het hof vastgestelde onzedelijke strekking van de rechtshandeling. Van feitelijke benadeling van crediteuren behoeft derhalve geen sprake te zijn. De Hoge Raad kwam echter toch tot vernietiging. Het hof was zonder nadere motivering voorbijgegaan aan het beroep van de man op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. De man had onder meer gesteld dat de ouders van zijn ex-echtgenote die geen partij waren bij de overeenkomst, 'gezien alle omstandigheden en de redelijkheid en billijkheid geen

Ach Henk, het is allemaal zo vernederend.  
Nou mag het Hof bepalen wat  
mijn huwelijksgereleerde  
behoefte zijn — jij weet  
wat ik allemaal al te kort  
kom...



beroep (zouden) mogen en kunnen doen op de strijd met de goede zeden'.

## KINDERALIMENTATIE

Op 9 januari 2015 (ECLI:NL:HR:2015:40) bevestigde de Hoge Raad opnieuw de vaste jurisprudentie dat in beginsel met alle schulden rekening dient te worden gehouden bij de vaststelling van de draagkracht. De Hoge Raad vernietigde de beslissing van het hof dat geen rekening kon worden gehouden met een schuld van de man aan zijn ouders, omdat de man deze schuld onvoldoende had onderbouwd en de feitelijke aflossing en rentebetaling niet aannemelijk had gemaakt. De rechter kan weliswaar redenen aanwezig oordelen om in afwijking van de hoofdregel aan bepaalde schulden geen of minder gewicht toe te kennen, maar in dat geval dient hij dit oordeel te motiveren.

### Terugbetalingsverplichting

De rechter heeft een grote mate van vrijheid bij het bepalen van de ingangsdatum van de wijziging van de

alimentatie, maar dient terughoudendheid te betrachten bij het verlagen van alimentatie met terugwerkende kracht. Indien de alimentatie met terugwerkende kracht wordt verlaagd, komt de rechtsgrond voor de betaalde alimentatie te ontvallen. De reeds betaalde alimentatie kan op grond van art. 6:203 BW worden teruggevorderd als zijnde onverschuldigd betaald. In de casus die leidde tot HR 6 februari 2015 (ECLI:NL:HR:2015:232) had het hof verzuimd om op het terugbetalingsverzoek te beslissen. De Hoge Raad oordeelde dat de rechter die een onderhoudsverplichting verlaagt met ingang van een vóór zijn uitspraak gelegen datum, steeds aan de hand van hetgeen ten processe is gebleken zal moeten beoordelen in hoeverre een daaruit voortvloeiende terugbetalingsverplichting in redelijkheid kan worden aanvaard. De rechter is derhalve bij die beoordeling niet afhankelijk van een door de onderhoudsge-rechtigde gevoerd, op die terugbetaling betrekking hebbend verweer. De man had een rechtens te respecteren belang bij zijn verzoek tot veroordeling tot

terugbetaling, zodat het hof op dit verzoek had moeten beslissen.

Ook de uitspraak van de Hoge Raad van 6 maart 2015 (ECLI:NL:HR:2015:520) had betrekking op de terugbetalingsverplichting. Het hof oordeelde dat van de vrouw in redelijkheid niet kon worden gevergd dat zij het na 15 september 2005 te veel ontvangene terugbetaalde. Deze motivering was onbegrijpelijk, nu de vrouw de (door het Gerechtshof te 's-Gravenhage bepaalde) alimentatie van 500 euro per maand over de periode vanaf 15 september 2005 pas had ontvangen na de beschikking van dat hof van 22 februari 2006, zodat deze alimentatie over de periode voorafgaande aan die beschikking niet van maand tot maand kon zijn verbruikt. De Hoge Raad oordeelde dat voor de beantwoording van de vraag in hoeverre van de vrouw in redelijkheid kan worden gevergd of zij het te veel ontvangene aan de man dient terug te betalen, onder meer relevant is in hoeverre de aan alimentatie is verbruikt, in hoeverre de vrouw behoefte had aan de alimentatie, alsmede het belang van de man bij terugbetaling van de door hem te veel betaalde alimentatie. In deze uitspraak is voor het eerst expliciet vermeld dat ook de belangen van de betaler in de beoordeling over de terugbetalingsverplichting dienen te worden meegenomen.

In HR 26 juni 2015 (ECLI:NL:HR:2015:1742) had het hof de kinderalimentatie met terugwerkende kracht verlaagd zonder te bepalen dat de vrouw niet tot terugbetaling hoefde over te gaan. De Hoge Raad beoordeelde deze uitspraak van het hof aan de criteria genoemd in voormelde uitspraak van 6 maart 2015 en kwam tot de conclusie dat het hof zijn beslissing onvoldoende had gemotiveerd.

## ONDERTOEZICHTSTELLING

Kan een ouder zonder gezag als belanghebbende beroep instellen tegen een beschikking tot verlenging van een

ondertoezichtstelling? De Hoge Raad beantwoordde die vraag op 12 september 2014 (ECLI:HR:2014:2665) ontkenkend. Ondertoezichtstelling grijpt in de rechtsbetrekking tussen de met het gezag belaste ouder(s) en de minderjarige in. De belangen van de niet met het ouderlijk gezag belaste ouder worden hierdoor niet rechtstreeks geraakt.

## PARTNERALIMENTATIE

### Behoeft

In HR 10 juli 2015 (ECLI:NL:HR:2015:1842) had het hof de huwelijksgereleerde behoefte van de vrouw in redelijkheid en billijkheid begroot op een bedrag van 2.500 euro netto per maand. De Hoge Raad oordeelde dat het hof deze beslissing ontoereikend had gemotiveerd. Het hof was uitgegaan van een netto besteedbaar gezinsinkomen van afgerond tussen de 5.500 en 6.000 euro en van 'een aantal redelijke uitgaven op het behoefelijstje'. Deze motivering gaf geen inzicht in de uitgaven die het hof in aanmerking had genomen dan wel buiten beschouwing had gelaten.

## PROCESRECHT

### Uitvoerbaarheid bij voorraad

Op 20 maart 2015 formuleerde de Hoge Raad regels die in acht genomen dienden te worden bij het beoordelen van een verzoek – in incident – tot het uitvoerbaar verklaren bij voorraad van een veroordeling tot betaling van een gebruiksvergoeding (ECLI:NL:HR:2015:688):

- i. De verzoekende partij dient bij het uitvoerbaar bij voorraad verklaren belang te hebben. Dit is in beginsel zo, als het gaat om het betalen van een geldsom.
- ii. De belangen van partijen dienen te worden afgewogen in het licht van de omstandigheden van het geval. Relevant hierbij is het antwoord op de vraag of het belang van de

veroordeelde op handhaving van de bestaande rechtstoestand tot het moment dat te gronde is beslist op de vraag of een gebruiksvergoeding dient te worden betaald, zwaarder weegt dat het recht van de ander op ontvangst van de toegekende gebruiksvergoeding.

- iii. Bij het beoordelen van de vraag of de beslissing uitvoerbaar bij voorraad dient te worden verklaard, blijft de kans van slagen van het rechtsmiddel in beginsel buiten beschouwing en dient te worden uitgegaan van de bestreden beslissing en de hieraan ten grondslag liggende vaststellingen en oordelen.
- iv. Als gemotiveerd in eerdere aanleg is beslist over de uitvoerbaarheid bij voorraad, dient de belanghebbende bij afwijzing van het verzoek feiten en omstandigheden naar voren te brengen, die in eerdere aanleg nog niet bekend waren en zich nadien hebben voorgedaan.
- v. Als geen gemotiveerde beslissing is gegeven in eerdere aanleg, geldt het onder iv genoemde niet.

### Recht op toezending van stukken aan een minderjarige

Op 5 december 2014 (ECLI:NL:HR:2014:3535) beantwoordde de Hoge Raad de vraag of een minderjarige zelfstandig als belanghebbende recht heeft op inzage in de processtukken ontkenkend. De minderjarige is weliswaar belanghebbende ex art. 798 Rv, maar dit brengt niet met zich dat deze alle processuele bevoegdheden zelfstandig kan uitoefenen. De minderjarige dient dit via de wettelijk vertegenwoordiger(s) of een bijzonder curator te doen.

### De rechter die de zitting doet, neemt (mede) de beslissing

Op 31 oktober 2014 (ECLI:NL:HR:2014:3076) overwoog de Hoge Raad dat de rechter ten overstaan van wie de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, het vonnis of de beschikking

(mede) dient te wijzen respectievelijk dient te nemen.

### Een verzoek tot schorsing

Op 5 december 2014 (ECLI:NL:HR:2014:3533) overwoog de Hoge Raad dat een procespartij niet alleen in een dagvaardingsprocedure (art. 223 Rv) maar ook in een verzoekschriftprocedure kan verzoeken om voorlopige maatregelen voor de duur van het geding te treffen. Het voeren van een aparte procedure in kort geding is hiertoe dan ook niet (meer) nodig. De Hoge Raad overwoog dat het verzoek zowel bij verzoekschrift en verweerschrift als bij apart incidenteel verzoekschrift kan worden gedaan. De rechter kan beslissen of hij het verzoek apart of samen met de hoofdzaak behandelt, afhankelijk van de spoedeisendheid.

## RELATIERECHT

De uitspraak van HR 10 oktober 2014 (ECLI:NL:HR:2014:2931) had betrekking op samenwoners met een gemeenschappelijke eigen woning. In de samenlevingsovereenkomst waren partijen overeengekomen dat de rente en aflossing op de financiering van de gemeenschappelijke woning dienden te worden aangemerkt als kosten van de huishouding. De man had een bedrag van 67.978 euro extra afgelost uit eigen vermogen, welk bedrag hij terugvorderde. De rechtbank wees de vordering van de man toe. Het hof oordeelde dat de opbrengst van de woning bij helfte verdeeld diende te worden, omdat de bepaling in de samenlevingsovereenkomst beschouwd diende te worden als voldoening aan een dringende verplichting van moraal en fatsoen. De man had voldaan aan een natuurlijke verbintenis. De Hoge Raad vernietigde, aangezien zonder nadere motivering het oordeel van het hof dat de bepaling in de samenlevingsovereenkomst moest worden beschouwd als een dringende verplichting van moraal en fatsoen onbegrijpelijk was. <<

**Martijn van de Leemkolk,**  
advocaat bij Absolute Advocaten

**“Ik ben zeer  
tevreden over  
de gekoppelde  
jurisprudentie.”**



## **UW SLEUTEL TOT SUCCES** van de mensen van OpMaat

**OpMaat voor Kleine Kantoren: uw sleutel tot succes.**

Bij OpMaat weten wij dat u het als advocaat binnen een klein kantoor druk heeft en fungeert als juridische duizendpoot. U gaat verstandig om met uw budgetten en daar hoort een passende oplossing bij:

**OpMaat voor Kleine Kantoren.**

Voor slechts € 2.460 per jaar per fee earner krijgt u toegang tot de wet- en regelgeving, jurisprudentie, commentaren, nieuws, de praktijktijdschriften (incl. TAP en TOP) en aanvullende redactionele content van alle rechtsgebieden.

Ga naar [opmaat.sdu.nl/sleutel](https://opmaat.sdu.nl/sleutel) voor uw aanbod. Of neem contact op met één van onze adviseurs via 070-378 93 13.