

N°210 JUNI 2020

Actioma

Nijmeegs Juridisch Faculteitsblad



Jacques Sluysmans

'Twee dwarse snijdertjes'



Jurre Ghielen

'Een scherper aangiftebeleid:
de vervolging van
voortgezette criminaliteit'



Baker McKenzie

'De vergunningsprocedure
voor het uitvoeren van klinische
proeven voor genterapie
in Nederland'

Radboud Universiteit





Woord vooraf

Beste lezer,

Momenteel leven we in een vreemde tijd. Maatregelen beperken onze bewegingsvrijheid, waardoor thuiswerken inmiddels behoort tot het nieuwe normaal, evenals thuis studeren en het afleggen van digitale tentamens. Bovendien is het woordenboek een aantal coronagerelateerde woorden rijker: anderhalvemetersamenleving, lockdownparty, balkon-zwaaier.

Ook voor Actioma heeft de coronacrisis zo haar gevolgen. Het verspreiden van deze laatste editie van het collegejaar 2019-2020 geschiedt digitaal. Dat maakt deze editie niet minder interessant. Deze editie is wederom gevuld met artikelen over boeiende, originele en uiteenlopende onderwerpen. Zo gaat een tweetal artikelen in op de actualiteit, de coronacrisis: twee advocaten van Baker McKenzie bespreken de Nederlandse regelgeving omtrent een eventueel vaccin, en ook de DGA in coronatijden komt voorbij. Andere artikelen hebben betrekking op de rechter en zijn toga of het aangiftebeleid binnen de gevangenis. Daarnaast heeft u in de afgelopen editie kennis kunnen maken met mr. Sam Schuite in onze nieuwe rubriek. In deze editie is hij wederom van de partij, nu met een artikel over overheidsaansprakelijkheid.

Mr. Sam Schuite behandelt in zijn artikel de positie van deskundigen ten overstaan van de rechter. De taakverdeling tussen deze twee functies lijkt helder: de rechter gaat in op het juridische deel en de deskundigen ondersteunen de rechter op basis van hun expertise. Dit beeld gaat echter niet op in het onteigeningsrecht. De onteigeningsdeskundigen maken immers gebruik van hun deskundigheid, en nemen ook een deel van het juridische pakket voor hun rekening. Schuite bespreekt de bijzondere rol van deze onteigeningsdeskundi-

gen vanuit een historische, hedendaagse, kritische en toekomstige invalshoek.

Professor Sluysmans deelt in zijn bijdrage het vergeten verhaal van de muur van Oostmeijer en de schutting van Wente. Bij beide onderwerpen gaat hij in op de achtergrond, de juridische strijd, de uitkomst en de nasleep. Twee historische verhalen vanuit het negentiende eeuwse Amsterdam, besproken vanuit een juridisch perspectief.

Mr. Kossen gaat in haar bijdrage in op de invoering van artikel 67r van de Algemene Wet Inzake Rijksbelastingen. Op grond van een nieuw ingevoerd artikel kan de medeplegersboete onder bepaalde voorwaarden openbaar worden gemaakt. Zij gaat hierbij onder andere in op het te dienen doel van het artikel en of het artikel op een juiste wijze is vormgegeven.

Uiteraard ontbreekt ook onze rubriek 'Maak kennis met...' niet. Deze editie is Rozon aan de beurt. Rozon – afkorting voor: Het Rechtswinkel Overleg Zuid-Oost-Nederland – is het platform voor rechtswinkels. Het is de overkoepelende organisatie voor de bij haar aangesloten rechtswinkels en vormt de schakel tussen de Faculteit der Rechtsgeleerdheid en de rechtswinkels in regio Zuid-Oost Nederland. In de rubriek vertelt secretaris van Rozon, Simone van Schaik, onder andere wat de missie van Rozon is. Een nuttig stuk voor eenieder die werkzaam is bij een rechtswinkel.

In zijn artikel legt mr. dr. Dijkstra uit dat dé DGA niet bestaat, een fictie is. Dit heeft alles te maken met het feit dat DGA's vele verschillende rollen vervullen. Zo is een DGA-werkne-

mer, aandeelhouder, soms ook geldverstrekker of juist geldlener. Daarnaast kan een DGA ook verhuurder zijn en daar komt nog bij dat hij doorgaans ook nog direct of indirect bestuurder is. Kortom: de DGA heeft veel verschillende petten op. Dijkstra gaat de verschillende petten af en legt kort en bondig uit wat de gevolgen van de coronacrisis zijn voor die specifieke pet.

Sharon van Norden en Renate Bik, beide werkzaam bij Baker McKenzie, werpen in hun artikel een blik op de Nederlandse regelgeving betreffende het uitvoeren van klinische proeven. Een Nederlands bedrijf, Janssen, heeft mogelijk een vaccin ontwikkeld tegen het corona-virus. Uiterlijk in september wil Janssen dit mogelijke vaccin gaan testen, maar waarschijnlijk niet in Nederland. In hun artikel beschrijven ze de Nederlandse regelgeving omtrent het uitvoeren van dergelijke proeven en wat de gevolgen van deze regelgeving zijn. Verder worden de nadelen van dit beleid voor Nederland besproken, evenals een verbeterplan voor deze situatie. De politiek is zich bewust van de problematiek. Ze behandelen de vraag of de doelen van de minister behaald zullen worden, en zo ja, of dit snel genoeg zal zijn.

Masterstudent strafrecht Jurre Ghielen gaat in zijn artikel in op de grens tussen het disciplinair straffen van gedetineerden en het doen van aangifte waardoor vervolging van een gedetineerde mogelijk is. De vraag die centraal staat is of het huidige aangiftebeleid aangescherpt moet worden. Hij bespreekt hoe het huidige sanctiestelsel in elkaar steekt en welke rol het legaliteitsbeginsel daarbij speelt. Ook gaat hij in op de mogelijkheden voor gedetineerden om in beroep te gaan tegen een besluit van de directeur. Aan de hand van de

beginselen van rechtsburgerschap, rechtsgelijkheid, de preventieve werking van het doen van aangifte en de inconsistentie van het aangiftebeleid kijkt hij of een aanscherping van het aangiftebeleid nodig is. Zijn betoog komt tot een einde met een kritisch en stevig onderbouwde conclusie.

Masterstudent burgerlijk recht en secretaris bij pleitgenootschap Rota Carolina Thijmen van Hoorn bespreekt in zijn bijdrage kledingvoorschriften in de rechtszaal. Hij gaat in op de motieven voor het dragen van bijvoorbeeld een toga en de historische ontwikkeling van dergelijke voorschriften. Verder bespreekt hij of er problemen ontstaan door deze voorschriften. Thijmen vergelijkt de gebruiken in Nederland met die in het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Zweden. Uiteindelijk maakt hij de afweging: moeten de kledingvoorschriften behouden blijven of is afschaffing onvermijdelijk?

De auteurs hebben hun uiterste best gedaan om een mooi stuk voor u als lezer neer te zetten. Wilt u zelf ook een bijdrage opstellen over een actueel juridisch vraagstuk? Neem dan contact met ons op via info@actioma.eu. Actioma biedt graag een podium aan eenieder met passie voor de rechtsgeleerdheid: van propedeuse- tot masterstudent, van promovendus tot hoogleraar en van academicus tot praktijkjurist.

Tot slot bedanken wij namens de hele redactie de auteurs van deze editie voor hun bijdragen. Wij wensen u veel gezondheid en uiteraard veel leesplezier toe!

Het bestuur van Actioma,

Dominique van Trappen, Sanne van der Aart en Inge Bakker



JUNI TOT EN MET OKTOBER

Agenda Faculteit der Rechtsgeleerdheid

22 juni 2020, symposium, 11:00-12:00

Symposium 'Fiscale actualiteiten' 2020.

22 juni 2020, promotie, 14:30

Icbe-richtlijn kent tekortkomingen, zeker in Nederland, promotie de heer J.E. de Klerk.

30 juni 2020, lezing, 15:30-17:00

30/6: Carolus Grütters: DICTA a Digital Case Tool on Asylum.

2 september 2020, promotie, 14:30

Politiemensen, officieren en rechters over strafrecht. Een onderzoek naar opvattingen van drie groepen professionals over de strafrechtspleging in Nederland, promotie de heer Msc. J. Kort.

2 september 2020, promotie, 16:30

Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement, promotie mevrouw mr. A.M. Mennens.

4 september 2020, excursie, 13:00-16:00

Bezoek Kamp Vught, lezingenreeks 'Achter de Schermen'.

7 september 2020, promotie, 16:30

De positie van aandeelhouders bij preventieve herstructurerings, promotie mevrouw mr. S.C.E.F. Moulen Janssen.

17 september 2020, seminar

Seminar Handboek Jaarrekeningenrecht.

18 september 2020, activiteit

Promovendi-uitwisseling SteR met KU Leuven 2020.

21 september 2020, promotie, 16.30

De uitleg van Aglo-Amerikaanse boilerplatebedingen in Nederlandse contracten, promotie de heer mr. J.W.A. Dousi

2 oktober 2020, lezing, 15:45

Save the Date – Oratie prof. mr. Tesseltje de Lange.

16 oktober 2020, promotie, 12:30

Public funding of failing banks within the European Union, promotie mevrouw mr. M. Louisse.

In dit nummer

OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEIDSRECHT **06**
De bijzondere positie van onteigeningsdeskundigen | Mr. S. Schuite

RECHTSHISTORISCH **14**
Twee dwarse snijdertjes | Prof. Mr. J.A.M.A. Sluysmans

FISCAAL RECHT **22**
Openbaarmaking medeplegersboete: heiligt het doel de middelen? | Mr. M.F. Kossen

RUBRIEK: MAAK KENNIS MET ... **27**
Rozon

ONDERNEMINGSRECHT **28**
De DGA in coronatijden | Mr. Dr. C.G. Dijkstra

COVID-19 **34**
De vergunningsprocedure voor het uitvoeren van klinische proeven voor genterapie in Nederland | Baker McKenzie; Sharon van Norden en Renate Bik

STRAFRECHT **40**
Een scherper aangiftebeleid: de vervolging van voortgezette criminaliteit | Jurre Ghielen

OPINIE **48**
Toga's maatpakken en hoofddoeken: kledingvoorschriften in de rechtszaal | Rota Carolina; Thijmen van Hoorn



OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

De bijzondere positie van onteigeningsdeskundigen



Mr. S. Schuite

Sam Schuite is als promovendus verbonden aan de vaksectie Bestuursrecht en het onderzoekscentrum voor Staat en Recht (SteR) van de Radboud Universiteit Nijmegen.

1. Inleiding

'Deskundigen zijn de planken over het moeras van onwetendheid van de rechter.'¹ De rechter is jurist en bezit niet altijd de feitelijke kennis om tot de juiste beoordeling van een geschil te komen. Daar waar de kennis van de rechter tekort schiet, bieden de deskundigen uitkomst. De taakverdeling is in beginsel duidelijk: de rechter neemt de juridische kant voor zijn rekening en de deskundigen staan hem bij met specifieke (feitelijke) expertise. Het is aan de rechter om de ingewonnen expertise juridisch te interpreteren en toe te passen op het voorliggende geschil. Tot zover niets nieuws. In het onteigeningsrecht ziet dat plaatje er echter anders uit. De aldaar optredende gerechtelijk deskundigen (hierna: onteigeningsdeskundigen) voorzien de rechter immers niet alleen van specifieke deskundigheid, maar nemen ook bij het juridische werk het voortouw. Zij zoeken zelfstandig naar de feitelijke schadeposten en bezien of die schadeposten ook juridisch relevant zijn. Zij passen met andere woorden de rechtsregels toe op de feiten en leveren de rechter daardoor in belangrijke mate het raamwerk van een vonnis aan. In het licht van het voorgaande mag het geen verbazing wekken dat dergelijke deskundigen een grote invloed hebben op de uitkomst van het juridisch schadedebat. Met de Omgevingswet² in aantocht, staat het onteigeningsrecht de nodige verandering te wachten. Het is daarom waardevol de bijzondere positie van de onteigeningsdeskundigen nog eens kritisch te beschouwen.

De aldaar optredende gerechtelijk deskundigen voorzien de rechter immers niet alleen van specifieke deskundigheid, maar nemen ook bij het juridische werk het voortouw.

De bijzondere rol en positie van de onteigeningsdeskundige(n) worden in dit artikel vanuit vier, op elkaar aansluitende, invalshoeken belicht: een historische, een hedendaagse, een kritische en, tenslotte, een toekomstige.

2. Een historische blik

Reeds in de voorlopers van de huidige Onteigeningswet nam deskundigenadviesing een centrale rol in.³ Dat werd niet anders toen in 1851 Thorbeckes Onteigeningswet in werking trad. In de visie van Thorbecke kwamen er slechts twee schadeposten voor vergoeding in aanmerking: de werkelijke waarde van het onteigende plus de waardevermindering van het overblijvende. Hij stelde zich de rol van de deskundigen dan ook betrekkelijk eenvoudig voor. Hun taak was om, onder toezicht van de rechter-commissaris, de te onteigenen percelen te bezichtigen en ter plaatse de twee wettelijke schadeposten van een cijfermatige invulling te voorzien. Het was vervolgens aan de bodemrechter om – met inachtneming van het taxatieadvies – zelfstandig de schadeloosstelling te bepalen. Een duidelijk systeem dus: de deskundigen voorzien de rechter van specifieke expertise, de rechter doet daar zijn voordeel mee en spreekt recht.

Kort na inwerkingtreding van Thorbeckes Onteigeningswet industrialiseerde Nederland echter in rap tempo. Hetgeen gepaard ging met steeds complexere eigendomsverhoudingen, samenlevingsvormen en bedrijfsvoeringen. Er dienden zich meer en meer schadecomponenten aan die simpelweg niet onder het bereik van de twee wettelijke schadeposten vielen. Er kan bijvoorbeeld gedacht worden aan inkomensschade, verhuiskosten of financieringsschade; ondanks reële schadeposten, waren zij niet vergoedbaar. Het gevolg: een beknopt schadeloosstellingsrecht, bestaande uit slechts twee schadeposten, dat niet meer beantwoordde aan de maatschappelijke vraagstukken van haar tijd.⁴ De Hoge Raad voelde de maatschappelijke noodzaak voor een uitgebreider schadebegrip feilloos aan en nam reeds in 1864 afstand van Thorbeckes wettelijke uitgangspunten. In twee opvolgende arresten oordeelde hij dat 'alle schade die een rechtstreeks en noodzakelijk gevolg van de onteigening is, voor vergoeding in aanmerking komt'.⁵ Met dat oordeel stelde de Hoge Raad zichzelf evenwel voor de taak om het schadeloosstellingsrecht in te gaan kleuren. De wetgever was immers niet bedacht op een dergelijke systeemwijziging. De wijziging had vanzelfsprekend ook invloed op het werk van de onteigeningsdeskundigen – zaagt men immers aan de onderkant van een gebouw, gaat de bovenkant ook bewegen. Vanaf dat moment konden de deskundigen niet langer volstaan met het taxeren van de werkelijke waarde en de eventuele waardevermindering van het overblijvende, maar moesten zij ook toepassing geven aan de groeiende rechtsspraak van de Hoge Raad.

Vanaf dat moment konden de deskundigen niet langer volstaan met het taxeren van de werkelijke waarde en de eventuele waardevermindering van het overblijvende, maar moesten zij ook toepassing geven aan de groeiende rechtsspraak van de Hoge Raad.

Het voorgaande heeft als vanzelf geleid tot een zekere professionalisering van de deskundigencommissie: als voorzitter een jurist, geëquipeerd met kennis van het onteigeningsrecht, geflankeerd door twee technische taxateurs.⁶ De professionalisering was bijvoorbeeld zichtbaar tijdens het verloop van de gerechtelijke plaatsopneming (in het onteigeningsrecht ook wel 'descente' genoemd). Het werd tijdens de descente namelijk steeds belangrijker om – bij wijze van hoorzitting – de deskundigen te overtuigen met betrekking tot de hoogte van de schadeloosstelling. Eveneens bij de rechtbank wonnen de deskundigen overigens aan invloed. Dat uitte zich in twee corponderende vaten: ten eerste het empirische gegeven dat de rechter veelvuldig het deskundigenoordeel volgde,⁷ ten tweede het gegeven dat er tijdens de terechtzitting gepleit werd ten overstaan van de deskundigen. De bodemrechter hield er een veelal regisserende rol op na, vergelijkbaar met de rechter-commissaris tijdens de hoorzitting ter descente.⁸

Aan de opmars van de onteigeningsdeskundige(n) hebben evenwel meer ontwikkelingen ten grondslag gelegen dan hierboven zijn weergegeven.⁹ De opmars van de deskundige was een proces van lange adem, te lang om in het korte bestek van dit artikel uit de doeken te doen.

Ik volsta derhalve met het résumé dat de Hoge Raad vanaf 1864 een onomkeerbare ontwikkeling in gang heeft gezet die de materiële uitgangspunten van het wettelijk systeem onderuit heeft gehaald. Er is daardoor een scheefgroei ontstaan tussen het materiële en het procedurele schadeloosstellingsrecht met als gevolg een vacuüm tussen Onteigeningswet en onteigeningsrecht. Een rechtsvacuüm dat de ideale voedingsbron bleek voor de opmars van de onteigeningsdeskundige(n). Zij werden meer en meer de concertmeesters van de onteigeningssymfonie.

Zij werden meer en meer de concertmeesters van de onteigeningssymfonie.

3. Een hedendaagse blik

Door de jaren heen heeft de Onteigeningswet vele aanpassingen ondergaan.¹⁰ Een algehele herziening is echter altijd uitgebleven. Daardoor zijn de procedurele uitgangspunten van toen, de procedurele uitgangspunten van nu. De materiële schadeloosstellingsregels zijn echter fundamenteel veranderd. Het beeld vandaag is daardoor misleidend. Men ziet een beknopte en overzichtelijke Onteigeningswet, maar bij nadere bestudering blijkt dat een wet zonder tanden te zijn. Voor de inhoudelijke schadeloosstellingsregels moeten wij ons immers voornamelijk verlaten op de rechtsregels van de Hoge Raad.¹¹

Hoe ziet het praktijkbeeld er vandaag uit? Krachtens art. 27 Ow dient de rechter steeds één of drie deskundigen te benoemen die hem adviseren over de hoogte van de schadeloosstelling.¹² Dat is verplicht; ook al kan de rechter de schadeloosstelling in een gegeven geval zelf begroten, toch moet hij deskundigen benoemen.

1 Herinnering van B.J. van Etekoven aan een opmerking van M. Schreuder-Vlasblom, zie: B.J. van Etekoven, 'De deskundige deskundige: over registers en de disclosure statement', *O@A* 2016/53, p. 82.

2 *Stb.* 2016. 156.

3 Zie voor de Franse Onteigeningswet van 1810: H.M. van Andel, *Onteigening ten algemeenen nutte* (diss. Leiden), Leiden: Van den Heuvel 1857, p. 7; W. Wijting, *Een studie tot hervorming van het onteigeningsprocesrecht* (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 48. En, voor de eerste vaderlandse Onteigeningswet – die van 1841: J. van den Honert, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetgeving betrekkelijk de onteigening ten algemeenen nutte*, Amsterdam: C.G. Sulpe en Gebroeders Diederichs 1841; J.A.M.A. Sluysmans e.a. (red.), *175 jaar Nederlandse onteigeningswet*, Den Haag: IBR 2016, p. 13-23.

4 J.A.M.A. Sluysmans, *De vitaliteit van het schadeloosstellingsrecht in onteigeningszaken* (diss. Leiden), Den Haag: IBR 2011, p. 28.

5 HR 7 maart 1864, W. 1864, 2569; HR 23 december 1864, W. 1864, 2652. Thans wettelijk verankerd in art. 40 Ow.

6 J.A.M.A. Sluysmans e.a. (red.), *175 jaar Nederlandse onteigeningswet*, Den Haag: IBR 2016, p. 136; J.A.M.A. Sluysmans, *De vitaliteit van het schadeloosstellingsrecht in onteigeningszaken* (diss. Leiden), Den Haag: IBR 2011, p. 179; W. Wijting, *Een studie tot hervorming van het onteigeningsprocesrecht* (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 273.

7 J.A.M.A. Sluysmans, *De vitaliteit van het schadeloosstellingsrecht in onteigeningszaken* (diss. Leiden), Den Haag: IBR 2011, p. 184; J.F. Jansen, 'Onteigenen gaat 'minnelijker' dan u denkt!', *De Nederlandse Gemeente* 1964, p. 13-16.

8 O.A.C. Verpaalen, 'Hervorming van het onteigeningsprocesrecht', preadvies voor de Vereniging voor agrarisch recht', *De Pacht* 1967, p. 16; O.A.C. Verpaalen, 'Thorbecke en de dictatuur van de onteigeningsdeskundigen', *Advocatenblad* 1967, p. 245. W. Wijting, *Een studie tot hervorming van het onteigeningsprocesrecht* (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 289.

9 Bijvoorbeeld de wetwijziging van 1920 (*Stb.* 1920, 329) waardoor deskundigen voortaan werden opgeroepen om bij de pleitzitting aanwezig te zijn. Of het feit dat zich – door het roulatiesysteem – qua specialisatie bij de rechtbanken een veelal tegengestelde ontwikkeling heeft voorgedaan dan bij de deskundigen (zie daarover: J. Kruseman, 'De aanstaande herziening der Onteigeningswet', *W.1920*, 10509).

10 Bijvoorbeeld de intrede van de 'vervroegde descente' (*Stb.* 1972, 578) en de harmonisatie van een aantal administratieve procedures via de Crisis- en herstelwet (*Stb.* 2010,135).

11 J.J. van der Gouw & J.A.M.A. Sluysmans, *Onteigeningsrecht (Mastermonografieën staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, § 5.1; G.C.W. van der Feltz e.a., *Schadeloosstelling voor onteigening. Telders, nieuw voor oud*, Deventer: Kluwer 2006.

12 In praktijk vrijwel altijd drie, zie: J.A.M.A. Sluysmans, *De vitaliteit van het schadeloosstellingsrecht in onteigeningszaken* (diss. Leiden), Den Haag: IBR 2011, p. 187.

De deskundigen maken hun intrede bij de descente. De descente markeert het begin van het processuele debat en is veruit het belangrijkste procesmoment in de schadeloosstellingsprocedure. Het *pièce de résistance* van de descente is de hoorzitting voorafgaand of na afloop van de daadwerkelijke bezichtiging. Partijen worden dan immers voor het eerst in de gelegenheid gesteld om hun standpunten ten aanzien van de hoogte van de schadeloosstelling naar voren te brengen. Aan de hand van pleitnotities komen zowel de feitelijke als juridische omstandigheden ter sprake. Daarnaast kunnen er stukken worden overlegd en personen worden gehoord. Deskundigen bevragen de partijen waarna zij op hun beurt nadere inlichtingen dienen te verschaffen.¹³ Het is voor partijen zaak om bij de descente goed beslagen ten ijs te komen, omdat de deskundigen op dat moment nog blanco tegenover de zaak staan.¹⁴

Na afloop van de terechtzitting is het – en dit is belangrijk – aan de rechter om zelfstandig de schadeloosstelling vast te stellen. Hij dient onafhankelijk van deskundigen en (desnoods) buiten de standpunten van partijen tot een oordeel te komen.

Na afloop van de descente wordt er, in afwijking van het wettelijk regime en met goedvinden van partijen,¹⁵ gewerkt met een concept-rapport-procedure. Deze houdt in dat deskundigen aan de hand van hetgeen gezien en gezegd is tijdens de descente een concept-rapport aan partijen doen toekomen waarop partijen mogen reageren. Vervolgens wordt er, met inachtneming van hetgeen partijen op het concept-rapport hebben aangemerkt, een definitief rapport ter griffie gedeponeerd. Na depot van het definitieve rapport eindigt de schadeloosstellingsprocedure met een zitting bij de rechtbank. Partijen kunnen voor een laatste maal het deskundigenrapport commentariëren in de hoop de rechter naar hun kant te bewegen. De deskundigen zijn ter terechtzitting aanwezig om hun rapport te verklaren en te verdedigen.

Na afloop van de terechtzitting is het – en dit is belangrijk – aan de rechter om zelfstandig de schadeloosstelling vast te stellen.¹⁶ Hij dient onafhankelijk van deskundigen en (desnoods) buiten de standpunten van partijen tot een oordeel te komen.¹⁷ Voor een lijdelijke civiele rechter is in het onteigeningsrecht dus geen plaats.

Bovenstaande weergave van de schadeloosstellingsprocedure levert op het eerste oog geen bijzonderheden op. Indien we de werkzaamheden van de deskundigen echter nader bekijken, voltrekt zich het beeld dat wij herkennen uit paragraaf 1; de onteigeningsdeskundige als belangrijkste pion in de procedure. De deskundigen taxeren immers niet alleen de te onteigenen goederen, en adviseren de rechter in zoverre over iets wat zich aan zijn expertise onttrekt, maar nemen ook bij de zoektocht naar de relevante schadeposten het voortouw.

De deskundigen taxeren immers niet alleen de te onteigenen goederen, en adviseren de rechter in zoverre over iets wat zich aan zijn expertise onttrekt, maar nemen ook bij de zoektocht naar de relevante schadeposten het voortouw.

Dat zit zo: de schadevergoeding bij onteigening dient een volledige te zijn; alle schade die als rechtstreeks en noodzakelijk gevolg van de onteigening aangemerkt kan worden, komt voor vergoeding in aanmerking. Zoals eerder opgemerkt leidt dat uitgangspunt ertoe dat de rechter desnoods buiten de standpunten van partijen om de schadeloosstelling moet vaststellen. Hij dient zich hiertoe verplicht te laten adviseren door deskundigen die daarbij als eerste ‘aan zet’ zijn. Zij verrichten in belangrijke mate het voorwerk voor de rechter. Het is namelijk in eerste instantie aan hen om de feitelijke schadeposten te zoeken en vervolgens ook te beoordelen of de feitelijke schadeposten juridisch relevant zijn. Zij moeten met andere woorden per geval afbakenen welke schade nog wel, en welke schade niet meer, een rechtstreeks en noodzakelijk gevolg van de onteigening is. Derge-

lijke afpalingen vereisen een hoge mate van juridische kennis en leiden onmiskenbaar tot de beantwoording van rechtsvragen. Daarmee onderscheiden de onteigeningsdeskundigen zich dus van ‘normale’ deskundigen in de civiele procedure. Gezien de respectabele leeftijd van de Onteigeningswet is het jurisprudentiebestand inmiddels groot. Het bevremdt in dat kader geenszins dat de voorzitter van de deskundigencommissie vrijwel altijd een jurist is, uitgerust met de benodigde onteigeningskennis. Die kennis wordt vergaard door vaak jarenlang verbonden te zijn aan zijn metier. Voeg daar nog aan toe dat zich door het roulatiesysteem bij de rechterlijke macht een veelal tegengestelde ontwikkeling heeft voorgedaan,¹⁸ alsmede de veel becommentarieerde ‘kennisparadox’,¹⁹ en alle recepten voor een dominante deskundigeninvloed zijn aanwezig.

Zij moeten met andere woorden per geval afbakenen welke schade nog wel, en welke schade niet meer, een rechtstreeks en noodzakelijk gevolg van de onteigening is.

4. Een kritische blik

De twee voorgaande paragrafen hebben laten zien dat de onteigeningsdeskundigen meer en meer sleutelfiguren in de schadeloosstellingsprocedure voor onteigening zijn geworden. Zij taxeren niet alleen de te onteigenen goederen, maar nemen ook bij de zoektocht naar de relevante schadeposten het voortouw. De centrale positie die zij daardoor innemen, heeft de voorbije decennia tot de nodige kritiek geleid. Ik meen dat die kritiek in twee rubrieken is in te delen.

De ‘eerste lijn’ van kritiek stelt dat deskundigen te veel in de rechterlijke taak zijn getreden.²⁰ Zij meent dat daardoor de rechterlijke zelfstandigheid in het gedrang is gekomen. Dat is bezwaarlijk omdat de zelfstandigheid van de rechter in de schadeloosstellingsprocedure nu juist een van de kern-

waarden van het onteigeningsrecht is. In tegenstelling tot de normaal lijdelijke civiele rechter, waar partijen het procesdebat afbakenen, moet de onteigeningsrechter immers – desnoods buiten de standpunten van partijen om – de schadeloosstelling vaststellen.²¹ Deze lijn van kritiek stuurt aan op een herziening van het onteigeningsprocesrecht. Immers, als het procesrecht terug ‘up-to-date’ wordt gebracht met het materiële recht, zo is de gedachte, kan de positie van de rechter versterkt worden.

De ‘tweede lijn’ van kritiek richt zich niet zozeer op het feit dat deskundigen te veel de rechterlijke taak op zich hebben genomen, maar wijst veeleer op het gebrek aan procesrechtelijke waarborgen die de positie van onteigeningsdeskundigen normeren.²² Het is immers niet zo dat de belangrijke positie van onteigeningsdeskundigen gepaard gaat met een daarmee corresponderende wettelijke verankering. Behoudens enkele algemeenheden,²³ bevat de wet geen regels die de deskundigen normeren. Het ontbreken van een goed opgetuigde (wettelijke) normering klemt te meer omdat ex art. 52 Ow hoger beroep tegen het schadeloosstellingsvonnis is uitgesloten. Er hangt bij de rechtbankprocedure dus veel aan de haak.

Als reactie op de ‘tweede lijn’ van kritiek zijn er de laatste jaren stappen in de goede richting genomen. De expertgroep Grondzaken²⁴ heeft hierin het voortouw genomen. Met een aantal maatregelen tracht zij de regels en transparantie rondom de inzet van onteigeningsdeskundigen te vergroten. Als eerste valt dan te wijzen op de ‘buitenwettelijke voorhangprocedure’. Deze houdt in dat de vermeende deskundigen een tijdje aan partijen worden ‘voorgehangen’. Partijen kunnen dan gemotiveerd bezwaar aantekenen tegen de benoeming. Daarnaast wijs ik op de oprichting van een bijzonder register voor onteigeningsdeskundigen.²⁵ Met de rechtbanken is afgesproken dat er – met inachtneming van een overgangstermijn – alleen nog maar onteigeningsdeskundigen benoemd worden die als zodanig staan ingeschreven in het register.

5. Een toekomstige blik

Onder aanvoering van de expertgroep Grondzaken zijn er de laatste jaren dus positieve veranderingen zichtbaar. Dat de rechterlijke macht dergelijke veranderingen initieert

¹³ J.E.F.M. den Drijver-van Rijckevorsel e.a., *Handboek Onteigening* (Recht en Praktijk nr. SB8), Deventer: Kluwer 2013, § 3.18.

¹⁴ J.A.M.A. Sluysmans, J.J. van der Gouw en W.J. Bosma, *Onteigeningsrecht in de praktijk*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2011, § 2.3.7; E. van der Schans & A.C.M.M. van Heesbeen, *Onteigening. Het spel en de knikkers*, Doetinchem: Reed Business BV 2011, p. 45-47. Ik laat de, in praktijk belangrijke, vervroegde onteigeningsprocedure (H IIIa, Afd. 1 Ow) verder buiten beschouwing.

¹⁵ Partijen dienen ter descente nadrukkelijk afstand te doen van het recht dat art. 36 Ow hen toekent, de griffier dient hiervan melding te maken in het procesverbaal.

¹⁶ HR 16 mei 1956, NJ 1956/488 (*Bakker/Genemuiden*).

¹⁷ W. Thorbecke, *Stelsel en toepassing der Ontheigeningswet*, Arnhem: Gouda Quint 1880, p. 181-182.

¹⁸ J.A.M.A. Sluysmans, *De vitaliteit van het schadeloosstellingsrecht in onteigeningszaken* (diss. Leiden), Den Haag: IBR 2011, p. 182.

¹⁹ Ook wel informatieasymetrie genoemd. Zie hierover bijvoorbeeld: R.W.M. Giard & H.L.G.J. Merckelbach, ‘De ene deskundige is de andere niet. Hoe de rechter empirisch gefundeerd bewijs kan waarderen’, *NJB* 2018/3.

²⁰ O.A.C. Verpaalen, ‘Thorbecke en de dictatuur van de onteigeningsdeskundigen’, *Advocatenblad* 1967, p. 237-248; W. Wijting, *Een studie tot hervorming van het onteigeningsprocesrecht* (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 274.

²¹ HR 16 mei 1956, NJ 1956/488 (*Bakker/Genemuiden*).

²² M.W. Scheltema en E.J. Storm, ‘De rol van deskundigen in de onteigeningsprocedure’, *NTBR* 2007, § 5; J.A.M.A. Sluysmans, ‘De positie van de deskundigen in het onteigeningsrecht’, *TBR* 2008, p. 25-30; J.A.M.A. Sluysmans, ‘Verleden en toekomst van de deskundige in het onteigeningsrecht’, *O&A* 2015/89.

²³ Artt. 27-37 Ow.

²⁴ Het landelijk overlegorgaan van de Ontheigeningskamers.

²⁵ Welke is ondergebracht bij het LRGD.

is natuurlijk goed, maar van de wetgever zou men wellicht ook wat verwachten. Toch is het vanuit die kant angstvallig stil gebleven.

Dat de Omgevingswet enkele fundamentele herzieningen in de huidige onteigeningspraktijk gaat aanbrengen, moge duidelijk zijn.²⁶ Niet voor niets wordt wel eens gesproken van 'de grootste wetgevingsoperatie sinds de vernieuwing van de Grondwet in 1848'.²⁷ Meteen dien ik er echter op te wijzen dat de inhoudelijke schadeloosstellingsregels nauwelijks veranderen. De rechtsspraak van de Hoge Raad blijft dus relevant. In het verlengde daarvan zal het inhoudelijke werk van de deskundigen ook niet of nauwelijks veranderen. Aan hen blijft de taak opgedragen om de schadeloosstelling te begroten en daarover advies uit te brengen aan de rechter. Met het gegeven dat hun bijzondere positie in stand blijft, was de taak voor de wetgever duidelijk: een betere regulering van die belangrijke positie.

**Met het gegeven dat hun
bijzondere positie in stand blijft,
was de taak voor de wetgever
duidelijk: een betere regulering
van die belangrijke positie.**

De wetgever heeft met de enorme aanloop van de Omgevingswet de ideale mogelijkheid gehad om het proces van deskundigenadvisering gedetailleerd ter hand te nemen. Ondanks het feit dat sommige van de aanstaande herzieningen ontegenzeggelijk doorwerken in het proces van deskundigenadvisering, is een aparte en expliciete regeling achterwege gebleven. Dat is een gemiste kans.

Ten aanzien van de meer algemene herzieningen springt er één in het bijzonder in het oog. Op de totstandkoming van het deskundigenbericht zijn onder vigeur van de Omgevingswet namelijk de algemene deskundigenregels van Rv (artt. 194-200) van toepassing. Die regels zijn thans nadrukkelijk niet van toepassing. Art. 32 Ow bepaalt immers expliciet dat de regels die het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geeft ten aanzien van deskundigenadvisering niet van toepassing zijn op de onteigeningsprocedure.

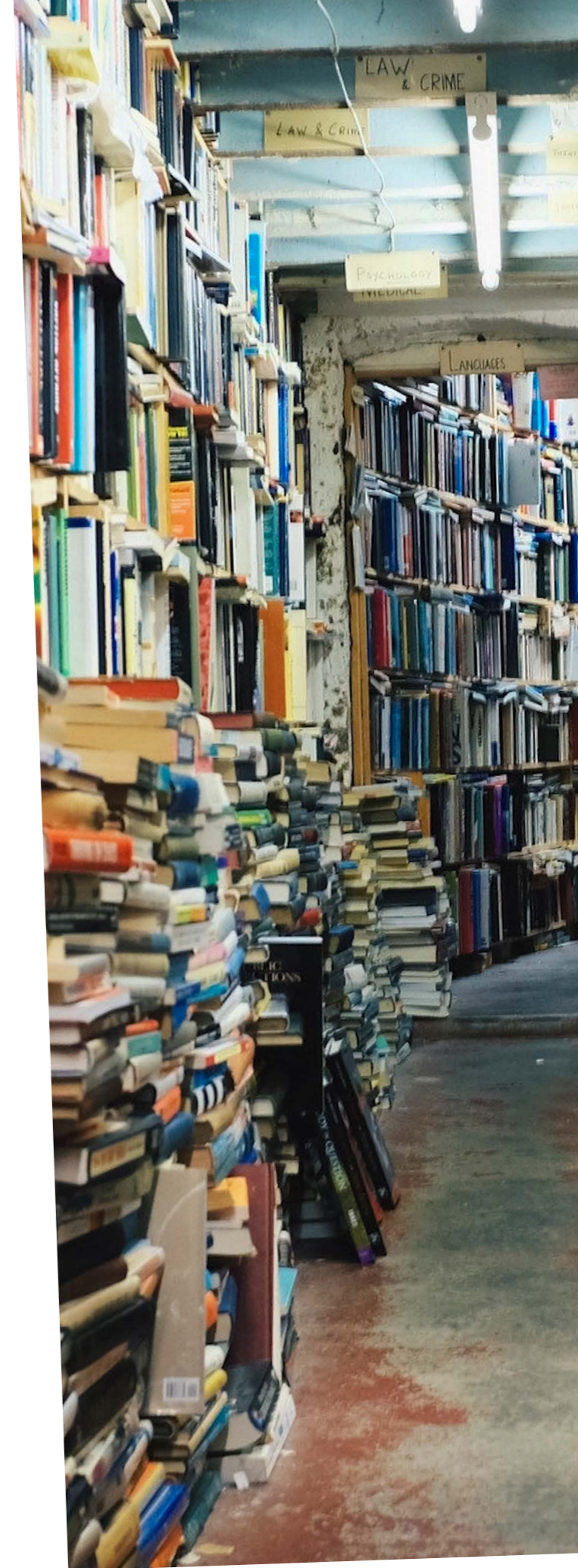
En hoewel oudere literatuur nog wel eens beredeneerd aannam dat de regels van Rv desondanks toch van toepassing waren,²⁸ verklaarde de Hoge Raad deze hoop in 2013 definitief ijdel.²⁹ De wetgever meent dat er nu, anders dan in 1851, geen reden meer is om de onteigeningsdeskundigen buiten het bereik van de algemene regels van Rv te houden.³⁰ In het verlengde daarvan zal ook de 'Leidraad deskundigen in civiele zaken' voortaan van toepassing zijn. Het wettelijke regime van Rv tezamen met de Leidraad zorgt er bijvoorbeeld voor dat een aantal buitenwettelijke regels, zoals de voorhangprocedure en de concept-rapport-procedure, voortaan wettelijk geregeld zijn.

Onder de Omgevingswet worden de onteigeningsdeskundigen dus meer in lijn gebracht met 'normale' deskundigen in civiele zaken. Ondanks het feit dat er daarmee enige vooruitgang wordt geboekt, wordt vooral de bijzonderheid van de onteigeningsdeskundigen miskent. Geen andere deskundige in civiele zaken neemt zodanig het voortouw bij de zoektocht naar de schadeposten en heeft een dermate vrije rol: zij weten wat van hen verwacht wordt en gaan – op basis van hun kennis, ervaring en intuïtie – zelfstandig te werk. Een specifieke rechterlijke opdracht is vaak niet nodig.³¹ De onteigeningsdeskundigen zijn eenvoudigweg geen 'normale' deskundigen en zouden dus ook niet langs die lat moeten worden gelegd.

Gegeven de bijzonderheid van de onteigeningsdeskundigen had de wetgever bijvoorbeeld eens kunnen beginnen met wettelijke codificatie van de kwaliteits- en ervaringseisen die het LRGD heeft opgesteld voor toelating tot hun deskundigenregister. Ook de verankering van wettelijke waarborgen omtrent onafhankelijkheid, onpartijdigheid en deskundigheid was wenselijk.

6. Afronding

Dit artikel heeft de bijzondere positie van de onteigeningsdeskundigen eens te meer bevestigd. De vier invalshoeken van waaruit de deskundige bekeken werd, vertonen grote onderlinge samenhang. De hedendaagse (paragraaf 3) bijzondere positie is immers historisch (paragraaf 2) verklaarbaar, hetgeen de nodige kritiek (paragraaf 4) heeft opgeleverd. Dat de (nabije) toekomst (paragraaf 5) grote gedeeltes van die kritiek niet zal wegnemen, is echter ook direct duidelijk. Verder onderzoek is nodig om te bezien of er passender waarborgen nodig zijn én om wellicht met die waarborgen te komen. De deskundigen zijn immers 'de planken over het moeras van onwetendheid van de rechter.' Dat uitgangspunt is echter alleen acceptabel als het solide, gedegen planken betreft. De kwaliteit van de plank is niet alleen bepalend voor de kwaliteit van het juridisch oordeel, maar ook voor het vertrouwen dat partijen in dat oordeel hebben.



²⁶ Zie hierover onder meer: J.W.M. Hagelaars, 'Onteigening in de Aanvullingswet grondeigendom', *BR* 2019/27; M. Rus-van der Velde & F.A. Mulder, 'De gewijzigde onteigeningsprocedure in de Aanvullingswet grondeigendom', *VGR* 2019/2, p. 28-36; J.A.M.A. Sluysmans & T. Röttscheid, 'Wijzigingen van het onteigeningsrecht onder de Omgevingswet', *TvAR* 2019, nr. 7/8; J.A.M.A. Sluysmans & R.T. Wiegerink, 'Onteigenen volgens de Omgevingswet: fundamentele kritiek op een fundamentele herziening', *Gst.* 2016/111.

²⁷ De 'eer' valt te beurt aan Melanie Schultz van Haegen (VVD), minister van Infrastructuur in 2014.

²⁸ W.J.I. van Wijmen, *Het Onteigeningsproces* (diss. Nijmegen), Roermond: Van der Marck 1945, p. 132; W. Wijting, *Een studie tot hervorming van het onteigeningsprocesrecht* (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 298 e.v.; Concl. A-G R.W.L. Loeb, ECLI:NL:HR:1995:AB9383, bij HR 6 april 1995, NJ 1996/404, m.nt. R.A. Mörzner Bruyns en de aldaar aangehaalde literatuur.

²⁹ HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8098, NJ 2013/215 (*Gielen/Sittard Geleen*).

³⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35133, 3, p. 123.

³¹ M.W. Scheltema en E.J. Storm, 'De rol van deskundigen in de onteigeningsprocedure', *NTBR* 2007, p. 457-461.



Prof. mr. Jacques Sluysmans

J.A.M.A. Sluysmans is bijzonder hoogleraar Onteigeningsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en partner bij Van der Feltz advocaten in Den Haag.

RECHTSHISTORISCH

Twee dwarse snijdertjes

1. Inleiding

In ons land zijn wij goed bekend met infrastructurele projecten vol tegenslagen, denk aan de Haagse tramtunnel en de Noord-Zuidlijn, maar ook aan de perikelen rond de Utrechtse Uithof-verbinding en de Hoekse Lijn tussen Maassluis en Hoek van Holland, met uiteraard als meest recente voorbeeld het ternauwernood afgewende drama rond de aanleg van het Zuidasdok te Amsterdam.

Het vergeten verhaal dat ik hier wil vertellen, is ook een Amsterdams verhaal.¹ Het betreft de geschiedenis van de in die dagen roemruchte muur van Oostmeijer en de even zo bekende schutting van Wente. Het verhaal voert ons terug naar het Amsterdam van het einde van de negentiende eeuw, naar de hoogtijdagen van de Amsterdamsche Omnibusmaatschappij, de AOM. Lees het boek of – liever nog – bekijk de film 'Publieke werken',² en je proeft direct de vereiste sfeer.

2. De muur van Oostmeijer

2.1 Achtergrond

De omnibus, een bus getrokken door paarden, was een transportmiddel dat in de negentiende eeuw op diverse plekken in ons land werd ingezet. De omnibus was een hoog rijtuig van twee verdiepingen; men kon dus in de wagen en achter de ruitjes zitten of via een steil trapje met smalle treden het dak bereiken, waar men in weer en wind zat, maar ongetwijfeld een heerlijk uitzicht had.

In Amsterdam werden sinds circa 1839 maar liefst 18 omnibuslijnen geëxploiteerd. Vanaf 1872 geschiedde die exploitatie (ten dele) door de in dat jaar opgerichte AOM. De AOM verving de omnibussen echter al na enkele jaren door een paardentram, waarvan het succes al in het ons omringende buitenland was bewezen.³ Een paardentram op rails was voor de reiziger veel comfortabeler dan de over hobbelige straten rijdende omnibussen. De inzet van de paardentram vergde wel de aanleg van rails, en de versterking van de nodige bruggen.

Op het kruispunt van het Singel met Kalverstraat, Rokin,

Amstel, Reguliersbreestraat en Vijzelstraat, ligt een plein dat tegenwoordig Muntplein heet, maar tussen 1877 en 1917 luiserde naar de naam Sophiaplein en daarvoor bekend stond als Schapenplein. Dit plein bevond zich ooit aan de grens van de oude stad. In 1876 verkreeg de AOM de goedkeuring van de gemeenteraad voor de aanleg van een nieuwe lijn die het zuidelijk deel van de stad met de Dam, over het Sophiaplein, zou verbinden.

De voorbereidende werkzaamheden begonnen al gauw na het verkrijgen van die goedkeuring in 1876. Ze hadden nogal wat voeten in de aarde, want een aantal huizen gelegen tussen de Muntsluis en de Kalverstraat moest verdwijnen en de Muntsluis diende te worden verlaagd. Achtereenvolgens werden de voor de sloop bestemde panden verworven door de AOM en ontruimd in afwachting van het tijdstip waarop de sloophamer zijn werk zou doen. Tot zolang, dat wil zeggen tot het verlagen van de Muntsluis gereed zou zijn, bleven ze ter beschikking van de verkopers. Een aardige geste van de AOM waarvan zij snel spijt zou krijgen. Een van die verkopers namelijk besloot, in de veronderstelling dat de daadwerkelijke sloop van zijn pand nog wel enige tijd op zich zou laten wachten, de meest in het oog lopende gevelvlakken van het pand voor reclamadoeleinden te verhuren. Daartoe werd een langlopend huurcontract gesloten met het destijds bekende kledingmagazijn van de heer M. Oostmeijer, aan de Kalverstraat 224.

2.2 De strijd om de muur

Langer dan een jaar bleven de ontruimde huizen wachten op de sloophamer, alhoewel (als we op de kranten van die tijd mogen afgaan) de Amsterdamse straatjeugd intussen wel een handje hielp. Uiteindelijk gingen de opstallen begin september 1877 tegen de vlakte, inclusief het gebouw waartoe de reclamemuur van Oostmeijer behoorde. Die muur zelf moesten de slopers echter laten staan, want het huurcontract met het kledingmagazijn was nog lang niet afgelopen. De muur stond echter hinderlijk in de weg.

¹ Deze bijdrage is in meer uitgebreide vorm verschenen in: P.J. Huisman e.a. (red.), *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap* (Struiksbundel), IBR, Den Haag 2019, p. 537-547.

² Thomas Rosenboom publiceerde 'Publieke Werken' in 1999, in 2015 regisseerde Joram Lürsen de verfilming van dit boek, met in de hoofdrollen Jacob Derwig en Gijs Scholten van Aschat.

³ Het Nieuws van den dag: kleine courant 6 april 1877.

De nieuwe tramplannen stagneerden, de overheid was verbolgen, de bladen hekelden de sarrrende houding van de confectiehandelaar, het publiek voelde zich gedupeerd. En toch. De reclamemuur bleef er, al werden de daarop geschilderde reclames 's nachts ook bedolven onder 'modderkluiten en teerplakkaten'.⁴

De reclamemuur bleef er, al werden de daarop geschilderde reclames 's nachts ook bedolven onder 'modderkluiten en teerplakkaten'.

Het Algemeen Handelsblad van 4 september 1877 wijdt een uitgebreid overzicht aan de casus, onder de titel "De muur": "De werkzaamheden ter verlaging van de Muntsluis zijn een tijdperk van gedeeltelijke staking ingetreden, wegens den bekenden muur van het laatste der huizen tegenover den Munttoren. Die muur bevat een monsteradvertentie van een kleerenmagazijn, welks eigenaar, die tot 1 Mei 1879 de muurvlakte in huur heeft voor f 125 's jaars, met het bestuur der Omnibusmaatschappij niet tot eenstemmigheid heeft kunnen komen over den afkoop van zijn recht."

Volgens de krant is Oostmeijer hetzelfde bedrag aangeboden, waarmee andere huurders van muuropervlakte genoeg hebben genomen, namelijk het dubbele van de huursom voor elk jaar, dat de huur nog loopt. Oostmeijer zou evenwel ongeveer het drievoud van de aangeboden som hebben gevraagd. Toch is het verschil in vraag en aanbod volgens het Handelsblad niet de kern van de problematiek: "de onderhandelingen schijnen te zijn gestaakt wegens persoonlijke moeilijkheden, die zoo dikwijls het treffen van schikkingen in den weg staan." Overwogen wordt dat de weg van de gerechtelijke onteigening, waarbij de huurder slechts een vergoeding van de huurprijs voor twee jaren zou verkrijgen, misschien de impasse zou kunnen doorbreken, maar veel extra tijd zou kosten, "gesteld al dat in dit geval een onteigeningswet ware te verkrijgen". Het artikel sluit af met de verzuchting – en aansporing – dat Oostmeijer zeker "een uitnemend blijk van belangstelling zou geven in den bloei van de stad zijner inwoning, als hij zijn bijzonder belang achterstelde bij dat van zijn medeburgers (...). Dat zou ten slotte misschien

veel wijzer zijn, dan de op zichzelf niet laakbare zucht om van de omstandigheden zooveel mogelijk partij te trekken."

In het Algemeen Handelsblad van zondag 9 september 1877 wil Oostmeijer op dit artikel reageren, zelf "eenige opmerkingen onder de aandacht van het publiek (...) brengen, die zowel mijne houding in die aangelegenheid toelichten kunnen, als enkele feitelijke voorstellingen, die niet geheel juist door u zijn vermeld, releveeren."⁵

Oostmeijer ontkent het eerdere bericht in de krant dat de AOM hem een alternatieve reclamemuur zou hebben aangeboden. Het vinden van een betaalbaar alternatief is nu eenmaal een dure aangelegenheid. De AOM vraagt zelf NLG 80 per jaar voor een advertentie in de omnibus en maar liefst NLG 1.100 om gedurende vier maanden een reclame te plaatsen op de buskaartjes. Onder deze omstandigheden kan Oostmeijer, zo schrijft hij, "niet anders handelen dan zijn goed recht, door zijn rechtsgeleerden raadsman – die zijne houding in deze in elk opzicht goedgekeurde, en tegenover een minder karig en bekrompen aanbod, zeer zeker aan de zaak reeds lang een minnelijk einde zou hebben gemaakt, - te doen handhaven." Een eventuele onteigening via een "gelegenheidsonteiningswetje" beschouwt Oostmeijer overigens veeleer als een zegen dan als een dreiging: "kwam zoodanig wetje werkelijk tot stand, mijn positie [zou] veel gunstiger zijn, ook uit een financieel oogpunt, dan die waarin de AOM mij heeft willen plaatsen."⁶

Van de zijde van de AOM wordt direct van repliek gediend.⁷ Bestuurder (en oprichter) Schadd⁸ wijst de lezers van de krant erop dat de onderhandelaar namens de AOM, de Amsterdamse makelaar Hedden, Oostmeijer wel degelijk alternatieve muurruimte heeft aangeboden, maar Oostmeijer enkel de muurvlakte bij de Muntsluis wilde behouden. Zelfs een huisbezoek van de AOM-bestuurders in eigen persoon vermocht geen zoden aan de dijk te zetten: "Een nadere poging tot schikking door ons gedaan werd door den heer Oostmeijer afgeslagen. De ondergeteekende bezocht met een zijner medebestuurders (den heer Caramelli) den heer Oostmeijer, ten einde te trachten tot eene schikking te komen. Volgens de verklaring van den bediende was de heer Oostmeijer wel thuis, doch niet voor ons te spreken. Wij verzochten den bediende nogmaals te vragen of de heer O. ons even zoude willen te woord staan, want dat wij namens de AOM kwamen om over de quaestie te spreken. Het tweede

antwoord luidde als het eerste: dat de heer O. niet voor ons te spreken was."⁹ Of de impasse in de onderhandelingen uiteindelijk door het breekijs van een onteigening zou zijn doorbroken, zullen we nooit weten, want in de vroege ochtend van 18 oktober 1877 bleek de muur van Oostmeijer ineens verdwenen. De stad juichte, de overheid was tevreden, de AOM-directie in haar schik en de politie deed, met betrekking tot het opsporen van de daders, beide ogen toe. Slechts hopen puin herinnerden aan de vergane reclameglorie, die geheel Amsterdam zo lang in beroering had gebracht.

Slechts hopen puin herinnerden aan de vergane reclameglorie, die geheel Amsterdam zo lang in beroering had gebracht.

2.3 De val van de muur

Wat was er gebeurd? Een toenmalige vereniging van medische studenten, Mavors Medicator, vierde op 17 oktober 1877 een feest op hun sociëteit 'Machaon', die was gevestigd in het toenmalige Muntgebouw, dat op dezelfde plaats stond als het tegenwoordige. Een zeer groot balkon strekte zich uit boven het water van de Singel en verschaft de studenten uitzicht over de Muntsluis en het Sophiaplein, inclusief de muur van Oostmeijer. Aangeschoten studenten, staande op het balkon, vatten toen het voornemen op om die muur, die steen des aanstoots, af te breken. Aanstichter van dit alles zou zijn geweest de student A.F. Verschuur, bijgenaamd 'de Kaffer' vanwege zijn 'afrikaansch uiterlijk' en Surinamer van geboorte.¹⁰ Volgens ooggetuigen kwam hij met een groot touw op zijn schouders ongeveer te middernacht de zaal van de sociëteit binnen en hield een vurige speech, die ongeveer luidde als volgt: "Broeders! Ginds waar het spoor van den vooruitgang van 't Rokin zich buigt naar de Reguliersbreestraat, daar heerscht het vooroordeel. Het spook van den nieuweren tijd tracht er te vergeefs naar een doortocht. Versperd vindt het daar zijnen weg daar een krachtige mure. 't Eeuwenheugend gebouw is bezweken, de tijdgeest overwon daar het vooroordeel, maar een Kobold oud als de tijden

verhult zich in het kled van de nieuwe mode en hecht zich geweldig aan 't leste wat reste, aan een alouden muur zonder waarde, getooid maar alleen met het wapen des koppigen Kobolds. Op, mannen, gij die gewijd zijt aan Pallas, de dochter van Zeus den geweldigen, priesters, die offert op 't altaar der wijsheid. Zult gij dulden, dat het gedrocht van den klein-geest zich plaatst in den weg des vooruitgangs? Godin is Minerva voor u, maar alleen niet als Godin der Wijsheid. Draagt vergeefs zij een speer en schild als Athene Nike? 'Dat doet zij niet.' zoo hoor ik u roepen. Welaan dan, zoo volgt mij!"¹¹

Verschuur sprak niet tot dovemans oren. Vrijwel allen die hem hoorden volgden hem naar buiten om de muur naar beneden te halen. Eerst liep de groep aangeschoten studenten naar het nabijgelegen in aanbouw zijnde vergaderingsgebouw D'Geelvinck, waar zij steigerpalen 'leenden', waarmee vervolgens werd opgemarcheerd naar de reclame-muur van Oostmeijer. Onder het gezamenlijk aanheffen van het oude heierslied 'Haal op die hei; die is gewassen al in de plassen, haal op die hei' is toen het voorwerp van de algemene ergernis gerammeid.¹²

De politie hield zich die avond opvallend afzijdig. In de krant werd geopperd dat zulks wellicht samenhang met een uitlating van toenmalig burgemeester Den Tex, die tot zijn zoon, op dat moment rector van het Amsterdamsch Studenten Corps, zou hebben gezegd: "Als jelui nu knappe jongens bent, gooi-jelui van nacht den muur van Oostmeijer om!"¹³

"Als jelui nu knappe jongens bent, gooi-jelui van nacht den muur van Oostmeijer om!"

Het gebeuren opende de dichtaderen van het gilde der liedjeszangers, die er in de volkswijken menige cent mee ophaalden en ook in de variététheaters — er waren er toen nog van verschillend genre in onze hoofdstad — werd menige rijmelarij op het gebeurde als nieuwste Schlager, voor het voetlicht gebracht. De studenten zelf brachten een operette op de planken met de nogal gezochte titel

⁴ Algemeen Handelsblad 31 maart 1940.

⁵ Algemeen Handelsblad van 9 september 1877.

⁶ Algemeen Handelsblad van 9 september 1877.

⁷ Algemeen Handelsblad van 9 september 1877.

⁸ K.H. Schadd was tot eind 1893 directeur van de AOM en overleed op 26 november 1913 in Den Haag. Hij was voor de oprichting van de AOM oprichter en directeur van het dagblad 'Het Noorden'. De Telegraaf van 27 november 1913 meldt over de oprichting van de AOM: "De heer Schadd woonde in de Plantage en bezocht iederen dag de Beurs. Hij kwam met eenige buurtgenooten van hem, n.l. de heeren Schmitz, Westerman, Raman en Caramelli op het denkbeeld den grooten toestand voor gezamenlijke rekening te rijden en zoo kwam 't omnibusdienstje tot stand, waaruit later de uitgebreide paardentramdienst is ontstaan."

⁹ Algemeen Handelsblad van 9 september 1877.

¹⁰ Dr. A.F. Verschuur overleed in 1901 op pas 48-jarige leeftijd als gevolg van een aderbreuk. Hij was op dat moment werkzaam als officier van gezondheid bij de Nederlandse Marine. Zie: Het nieuws van den dag voor Nederlandsch-Indië van 1 oktober 1901.

¹¹ Algemeen Handelsblad 14 juni 1952.

¹² In een alternatieve versie van de feiten kregen de Amsterdamse studenten de nodige hulp van een toevallig passerende groep matrozen. Zie: De Maasbode van 15 april 1911, waarin een van die matrozen gelaten verzucht: "Maar zoo gaat het meneer: paarden, die den haver verdienen... 't Heet altijd nog, dat de studenten het hebben gedaan!"

¹³ Het nieuws van den dag voor Nederlandsch-Indië van 1 oktober 1901.

‘De muur-muureerende Maarten Muurmeijer, of hoe Leve Demisaison het hazenpad koos’.¹⁴ Een zekere Ego Rotterdam bracht een 8 pagina’s tellende brochure uit onder de titel ‘Westmeijer’s verzuchting contra de joviale soldeniers uit de Pillenkroeg in Marenstad’,¹⁵ Jan Brouwer publiceerde twee foto’s van de muur met een dichtelijk bijschrift.¹⁶ Het was duidelijk: de (voormalige) muur prikkelde alom de verbeelding.

De val van de muur genereerde zelfs nep-nieuws. Zo meldde het Handelsblad dat voor gemeenschappelijke kosten van de Omnibusmaatschappij, de heer Oostmeijer en de stad Amsterdam, ieder voor een derde, in de muur van de Munttoren een wit marmeren steen wordt geplaatst waarin, verguld, de twee letters ‘O.M.’ worden gegrift binnen een krans van eikenbladeren.¹⁷ De betekenis van dat letterpaar zou viervoudig zijn:

1. Den naam van: Omnibus-Maatschappij;
2. Oostmeijer;
3. Oude Muur;
4. (last not least) dat hij Om is.

2.4 De nasleep

De muur was weliswaar voorgoed verdwenen, de kwestie van de muur was dat zeker nog niet. De restanten van de muur vormden naar het oordeel van de gemeente een gevaar voor de veiligheid van het publiek, en de AOM gaf opdracht om die restanten af te breken en af te voeren. Een zekere aanemer De Vries uit Weesp werd met die klus belast.

Zodra dit voornemen hem bereikte, liet Oostmeijer de AOM dagvaarden in kort geding. Mr. Haas lichtte op welsprekende – zij het hier en daar ook wat breedspakige – wijze de vorderingen van Oostmeijer toe: “Daden van zeer ingrijpend onrechtmatigen aard nu hebben plaats gevonden; maar reeds is het terrein van het brutaal geweld verlaten. Mokers en hamerslagen zwijgen: de eindfase zijn wij ingetreden.”¹⁸

Mr. Haas verwijt de AOM niet het omverwerpen van de muur. Dat is “een daad van derden, een daad van ruw en dwaas geweld; een daad, hier door pleiter echter gaarne met een verschoonend oog beschouwd, omdat zij gepleegd werd door jongelieden in een lustige bui op een leeftijd, waarop men veel pleegt te vergeven. Daarom, al geldt het een handeling, die haar hoogst bedenkelijke zijde heeft, gaarne wil zij deze met den mantel der liefde bedekken.” Wat de AOM wel kwalijk wordt genomen, is dat zij nu overgaat, niet tot herstel van de muur, maar tot totale afbraak daarvan. In de woorden van mr. Haas: “En bij het kriecken van den dag, terwijl der herfstzon eerste schemering aan de kimme daagt: — o, dat zij over dergelijke handeling moest opgaan! — komt de direct— met een bende mannen, gewapend met schoppen en houwelen, en amoveert, raseert, vernietigt!” Oostmeijer vordert dan ook staking van de sloopwerkzaamheden, wederopbouw van de muur, vergoeding van kosten, schaden en interesten, alsmede benoeming van deskundigen die de situatie ter plaatse moeten opnemen met het oog op schadebegroting.

Namens de AOM voert mr. Heineken verweer. Hij schetst dat, zoals Oostmeijer ook toegeeft, de muur enkel door toedoen van de studenten ernstig was beschadigd. Vanwege onmiddellijk instortingsgevaar had de AOM geen andere optie dan om de restanten te doen slopen. Herbouw was geen reële mogelijkheid: het stadsbestuur zou daarvoor nooit meer vergunning verlenen. Mr. Heineken tracht en passant de schade aan de zijde van Oostmeijer te bagatelliseren, door zich ter zitting te beroepen op ‘het gevoelen’ van een ‘deskundige in de publiciteit’, een zekere heer Koster, die meent dat een goede advertentie veel beter is dan een muur, en minder duur.

Voor de vorderingen die Oostmeijer nu op tafel legt, is het kort geding volgens mr. Heineken bovendien niet de geëigende route. “Is hier een zóó groote haast noodwendig” – zo vraagt mr. Heineken zich af – “dat de zaak aan dien

natuurlijken rechter, aan de uitspraak der geheele rechtbank, mag worden onttrokken, en de heer voorzitter genoodzaakt, haar uitsluitend op eigen gevaar te beslissen. Het antwoord is zeer stellig: neen!”

Mr. Haas repliceert dat de zaak mogelijk geen haast heeft voor de AOM, maar zeker wel voor zijn cliënt: “Haast bestaat zeker wanneer het geldt het doen staken van een daad van geweld!”

“Haast bestaat zeker wanneer het geldt het doen staken van een daad van geweld!”

Mr. Heineken benut de dupliek om onder de aandacht van de rechter te brengen dat inmiddels ten overstaan van notaris Pollones een akte van schenking is verleden waarbij de grond waarop de muur heeft gestaan is overgedragen aan de gemeente, welke akte inmiddels in de publieke registers is ingeschreven. Herbouw is dus eenvoudigweg geen optie. De AOM beschikt niet meer over de grond. Mr. Heineken benadrukt nogmaals dat het spoedeisend karakter van de vorderingen een- en andermaal niet is aangetoond, waardoor geheel het petitum – evenals voorheen de reclameschildering op de muur – in de lucht hangt.

De voorzitter van de arrondissementsrechtbank heeft niet veel tijd nodig voor zijn oordeelsvorming en heeft zich gedeeltelijk onbevoegd, en voor een ander deel Oostmeijer niet-ontvankelijk verklaard in zijn vorderingen, met veroordeling van eiser in de kosten.¹⁹ Oostmeijer koos ervoor om dan maar in die uitspraak te berusten.²⁰

3. De schutting van Wente

3.1 Achtergrond

De muur van Oostmeijer mocht voorgoed tot het verleden behoren, een volgend obstakel diende zich alweer aan. Geen muur nu, maar een schutting.

De AOM wilde enkele jaren later – in 1883 - een nieuwe tramlijn een parcours laten berijden van het Emmaplein over de

Willemsparkweg, door de P.C. Hoofdstraat, de Hobbemastraat, door het Leidsebosje en over het Leidseplein, door de Leidsestraat, over het Koningsplein, het Singel, langs het Rokin naar de Dam. Het leggen van de rails verliep volgens het door de AOM-directie vastgestelde plan, op één uitzondering na. Dit betrof het gedeelte van de Hobbemastraat tussen de Vossiusstraat en de P.C. Hoofdstraat, dat luisterde naar de naam Schapenburgerpad.

Dit pad werd sinds het midden van de achttiende eeuw beheerd door de bewoners van de aangrenzende percelen en tuinen. Zij zorgden voor bestrating en beplanting en de kosten daarvan werden onderling naar evenredigheid van de lengte waarmee hun percelen aan het pad grensden verdeeld. Zij waren gezamenlijk eigenaren van het pad en gedroegen zich ook als zodanig. Op enig moment kocht ook de AOM een aan het pad gelegen perceel. Toen de voormelde nieuwe lijn van het Leidseplein naar de P.C. Hoofdstraat moest worden aangelegd, verhoogde de AOM het pad, maakte houten leuning aan weerszijden van het opgehoogde deel en legde rails over dat deel.²¹

Daarop dagvaardde de heer F.H. Wente, eigenaar van verschillende aan het Schapenburgerpad gelegen percelen en aldus mede-rechthebbende op dat pad, de AOM voor de rechtbank te Amsterdam. Hij vorderde wegneming van de reeds gelegde rails op en herstel in de oude toestand van het=Schapenburgerpad.²² Wente was niet zomaar iemand. Hij was – aldus zijn necrologie – een der eerste kleermakers van Amsterdam: “En een goede. Niet goedkoop, maar zijn waar was goed.”²³ Hij werd beschouwd als miljonair en was naast een deel van het Schapenburgerpad ook eigenaar van vrijwel de gehele Vossiusstraat. Toch was hij ‘heel gewoon’ gebleven en kom men hem in die dagen “iedere morgen langs ’s heren wegen zien wandelen met nog altijd jeugdige vlugheid hoewel hij diep in de zestig is.”²⁴

De rechtbank stelde Wente bij vonnis van 5 juni 1883 in het ongelijk, maar ten overstaan van het Hof won hij het pleit. De AOM vocht het arrest nog aan in cassatie, maar vergeefs. Het cassatieberoep werd op 9 maart 1888 verworpen.²⁵ Als de Hoge Raad heeft gesproken, “*da schweigen alle Flöte*, zelfs die van de conducteur der machtige A.O.M.”²⁶ De AOM diende derhalve de rechten van haar mede-eigenaars van het Schapenburgerpad te eerbiedigen.

14 Het nieuws van den dag voor Nederlandsch-Indië van 1 oktober 1901. Een bekend couplet uit deze operette luidde als volgt:

*“Zuidmeijer is mijn naam,
Op vleugelen van de faam
Door Amsterdam geheel verbreid,
Want elken dag, elk uur,
Ziet iedereen mijn muur
En leert mijn naam met vreugd of spijt
Daarop ben ik zoo trotsch,
Sta vast gelijk een rots,
En heb mijn muurtje o, zoo lief;
Naast Lise en mijn vrouw,
Blijf ik mijn muurtje trouw.
O muur, gij zijt mijn hartedief!”*

15 Nieuwsblad voor den boekhandel 2 november 1877.

16 Nieuwsblad voor den boekhandel 7 juni 1878.

17 Algemeen Handelsblad 1 november 1877.

18 Algemeen Handelsblad 30 oktober 1877. Ook de navolgende citaten uit de pleidooien van de beide raadslieden zijn aan deze bron ontleend.

19 Provinciale Overijsselsche en Zwolsche courant 30 oktober 1877.

20 Arnhemsche courant 30 juli 1878.

21 De Amsterdammer 29 maart 1883.

22 Algemeen Handelsblad 15 mei 1890.

23 Algemeen Handelsblad 18 februari 1919.

24 Bataviaasch handelsblad 25 juni 1890.

25 Het nieuws van den dag: kleine courant 10 maart 1888.

26 Bataviaasch handelsblad 25 juni 1890.

Als de Hoge Raad heeft gesproken, “da schweigen alle Flöte, zelfs die van de conducteur der machtige A.O.M.”

3.2 De schutting

Er zat voor de AOM toen niets anders op dan te trachten met de wederpartij – Wente in het bijzonder – tot een schikking te komen. De onderhandelingen mislukten evenwel. De AOM was bereid voor de benodigde vijf vierkante meter een bedrag van NLG 4.000 te betalen, alsmede een bouwterrein van 115 m² af te staan. Wente wilde nog NLG 2.000 extra ontvangen. Dat was voor de AOM niet aanvaardbaar.²⁷

In de nacht van 13 op 14 mei 1990 liet Wente toen de Hobbemastraat ter hoogte van het Schapenburgerpad afsluiten door een houten schutting. Het nieuws van den dag meldt: “De bewoners van de P.C. Hoofdstraat moeste zich hedenmorgen meer dan eens de oogen uitwrijven, om zeker te zijn dat zij zich niet vergisten toen zij maar geen trams zagen aankomen. Er was blijkbaar een hinderpaal, want de dienst is anders stipt als een uurwerk. Wat die hinderpaal was, bleek al spoedig bij den ingang van de Hobbemastraat, den kleinen verbindingsweg tusschen P.C. Hoofdstraat en Stadhouderskade, den twistappel in het beroemde proces Wente contra A.O.M. Tal van mannen waren bezig daar eene wegversperring te maken in den vorm van een doorlopende schutting, welke het verkeer geheel afsloot, behoudens een kleine opening links in de laagte, waardoor een mensch juist kan gaan.”²⁸

De tram kon niet meer passeren, maar voetganger konden wel door een nauwe opening achter de schutting omlopen. Een paar dagen later werd de opening in de schutting verwijd, zodat voetgangers en handkarren daardoor konden passeren, maar trams zeker niet.²⁹ Aan die tijdelijke oplossing maakte Wente echter alweer vlug een einde.

Aldus ontstond de situatie dat trampassagiers op dit punt steeds moesten uitstappen, waarna zij achter de schutting een andere tramwage vonden waarmee zij hun reis konden voortzetten.³⁰ Een slimme kruier, die een onderhuis op de P.C. Hoofdstraat bewoonde, zag nering in dit onheil en stelde zijn huis tegen betaling open als een tunnel: voor één cent mocht men door het ‘donker onderhuisgangetje’ van de P.C. Hoofdstraat naar het Schapenburgerpad gaan, en vice versa.³¹

Op 21 mei 1890 begon Wente zelfs – onder toezicht van een deurwaarder en twee getuigen – met het weggraven van de ophooggrond die de AOM ten behoeve van de tramverbinding had aangebracht op het Schapenburgerpad.³² Ook de rails werden verwijderd.

Zo werd het op dat plekje Amsterdam een zeer ongeregelde toestand. Het openbaar vervoer stagneerde in hoge mate en het gemeentebestuur, dat zich aanvankelijk met de kwestie niet had bemoeid, vroeg aan de regering te bevorderen dat een onteigeningswetje tot stand zou komen, uiteraard niet nadat eerst de AOM zich bereid had verklaard de kosten van een eventuele onteigening te dragen.³³

3.3 Oplossing

Uiteindelijk werd in de loop van het voorjaar van 1890 de route van de tram verlegd, door de P.C. Hoofdstraat naar de Stadhouderskade. Die lijn opende op 24 juni 1890,³⁴ waardoor aan het ongemak van de tramreizigers een einde kwam. De schutting bleef echter staan, tot ongenoegen van met name de winkeliers van de P.C. Hoofdstraat. Een ingezonden brief aan het Nieuws van den dag vertolkt het algemeen gevoelde ongemak: “men kan zich door een nauwe opening in de schutting wringen – voor corpulente menschen een stout stuk – waarna men bij vochtig weder in een modderpoel terecht komt.”³⁵

Soms ontstond er door speling van het hout – of door menselijk geweld – enige ruimte in de schutting, maar al snel spijkerde Wente een eventueel gat weer dicht.³⁶

“Men kan zich door een nauwe opening in de schutting wringen – voor corpulente menschen een stout stuk – waarna men bij vochtig weder in een modderpoel terecht komt.”

Het zou uiteindelijk duren tot begin juni 1892, na ruim twee jaar van ongemak, vooraleer de schutting zou verdwijnen. Dat gebeurde onder druk van een onteigeningsprocedure. De desbetreffende wet van 20 februari 1891 had al in het Staatsblad gestaan,³⁷ de administratieve procedure vervolgens afgerond.³⁸ Aangezien er geen kadastrale eigenaar van het Schapenburgerpad kon worden achterhaald, benoemde de rechtbank een zekere mr. J.C. de Koning als ‘derde’ namens de gerechtigden tot dat pad en deze De Koning maakte geen bezwaar tegen een weghalen van de schutting.³⁹ Toen dat eenmaal was gebeurd, kwam Wente alsnog tot zaken met de gemeente, en datzelfde gold – niet lang daarna – voor de overige ‘padders’.⁴⁰ De details van die schikkingen zijn helaas niet bekend.

4. Afronding

In de ‘Amsterdamsche Kroniek’ van de Provinciale Overijsselsche en Zwolsche Courant van 30 juni 1890 wordt met stelligheid opgemerkt dat in de ‘jaarboeken onzer Stedemaagd’ zowel de muur van Oostmeijer als de schutting van Wente feiten worden geacht van historische betekenis. Wie leefde in het Nederland – en in het bijzonder in het Amsterdam – van het einde van die negentiende eeuw zal inderdaad zonder enige twijfel vertrouwd zijn geweest met de geschiedenissen van de twee dwarse kleermakers en hun beruchte obstakels.

Vandaag de dag is dat bepaald anders: de magazijnen van Oostmeijer en Wente bestaan allang niet meer, geen historische romans zijn aan de strijd tussen de beide heren en de AOM gewijd, het Schapenburgerpad bestaat nog steeds, maar is helaas niet openbaar toegankelijk. Geen gedenkteken herinnert aan de muur of de schutting, geen ander gedenkteken dan dit verhaal.

27 Het nieuws van den dag: kleine courant 15 mei 1880.

28 Het nieuws van den dag: kleine courant 15 mei 1880.

29 Hoornsche Courant 18 mei 1890.

30 De Tijd 15 mei 1890.

31 De Tijd 23 mei 1890.

32 Het nieuws van den dag: kleine courant 21 mei 1890.

33 Algemeen Handelsblad 20 mei 1890.

34 Het nieuws van den dag: kleine courant 24 juni 1890.

35 Het nieuws van den dag: kleine courant 17 oktober 1891.

36 De Tijd 1 januari 1892.

37 Stbl. 1891, 36.

38 Stcr. 31 maart 1891.

39 De Tijd 3 juni 1892.

40 De Tijd 6 juni 1892.



DE MAN DIE OP ZIJN RECHT STAAT,
n teekening van Johan Braakensiek in „De G



Mr. M.F. Kossen

M.F. Kossen is als docent verbonden aan de vaksectie Belastingrecht van de Radboud Universiteit en tevens werkzaam als advocaat-belastingkundige bij FT-advocaten.

FISCAAL RECHT

Openbaarmaking medeplegersboete: heiligt het doel de middelen?

1. Inleiding

De Panama Papers. Weinig juristen zullen niet bekend zijn met het begrip. In de Panama Papers is een zeer groot aantal (11,5 miljoen) vertrouwelijke documenten van de Panamese juridische en zakelijke dienstverlener Mossack Fonseca gelekt. De documenten geven blijk van agressieve internationale tax planning,¹ waarbij de desbetreffende belastingstructuren veelal door tussenkomst van intermediairs – denk aan accountants, belastingadviseurs, notarissen, trustmaatschappijen – worden opgezet.

Niet verrassend is dat het lekken van de Panama Papers heel wat teweeg heeft gebracht; niet in de laatste plaats een duidelijk waarneembare verharding als het gaat om de aanpak van belastingontwijking en -ontduiking.² In deze bijdrage zal ik stilstaan bij het meest recente middel dat is geïntroduceerd in deze strijd: artikel 67r Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR).³ Aan de hiervoor genoemde intermediairs kon op grond van artikel 5:1, lid 2 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) reeds een medeplegersboete worden opgelegd. Op grond van het op 1 januari 2020 in werking getreden artikel 67r AWR kan deze medeplegersboete vervolgens onder voorwaarden openbaar worden gemaakt.

In deze bijdrage zal ik nader ingaan op de invoering van artikel 67r AWR. Hiertoe zal ik eerst ingaan op de medeplegersboete in het fiscale boeterecht. Voorts zal ik ingaan op artikel 67r AWR. Tot slot zal ik tot een conclusie komen.

2. De medeplegersboete in het fiscale boeterecht

Het heffen van belasting betreft een gebied van bestuurswerkzaamheid en valt daarmee in beginsel binnen het toepassingsbereik van de Awb. Bepaalde delen van de Awb zijn voor het fiscale (proces)recht echter uitgesloten. De AWR bevat namelijk bijzondere bepalingen ten aanzien van het fiscale (proces)recht, die afwijken van en voorrang hebben op de algemene bepalingen die zijn opgenomen in de Awb. Voor wat betreft het fiscale boeterecht is zowel de Awb, als de AWR van toepassing. De beboetbare feiten en de hoogte van de op te leggen boeten, volgen uit de AWR. Daarnaast zijn de titels 5.1 en 5.4 (bestuurlijke boeten) van toepassing.

In de AWR is een onderscheid gemaakt tussen de verzuimboete en de vergrijpboete. Verzuimboeten zijn opgenomen in de artikelen 67a tot en met 67ca AWR. Voor het opleggen van een verzuimboete is het niet vereist dat er sprake is van opzet of grove schuld bij de belastingplichtige; voldoende is dat er door de belastingplichtige niet is voldaan aan een wettelijke verplichting, bijvoorbeeld het niet tijdig doen van aangifte of het niet tijdig betalen van een verschuldigde betaling. Het enkele feit dat de aangifte niet tijdig is gedaan of dat er niet tijdig is betaald, is voldoende voor het opleggen van de verzuimboete.⁴ Vergrijpboeten kunnen worden opgelegd op grond van de artikelen 67cc tot en met 67f AWR en artikel 10a AWR. Het verschil met verzuimboeten is dat het voor het opleggen van vergrijpboeten wel vereist is dat er sprake is van opzet of grove schuld bij de belastingplichtige.

¹ Tax planning is het doen van onderzoek naar een voor het bedrijf fiscaal zo voordelig mogelijk plan. Enige vorm van tax planning is noodzakelijk voor de bedrijfsstrategie. We spreken echter van agressieve tax planning wanneer de wijze van planning omslaat naar belastingontwijking, of zelfs -ontduiking.

² Daarbij zij overigens opgemerkt dat louter belastingontduiking strafbaar is. Belastingontwijking betreft een legale vorm van gebruikmaking van wettelijke regelingen om daarmee tot een lager te betalen bedrag aan belasting te komen.

³ In de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen – de wet waarin we de regelingen met betrekking tot toeslagen terugvinden – is een met artikel 67r AWR corresponderend artikel opgenomen: artikel 42a Awir. Gemakshalve zal deze bijdrage zich louter richten op artikel 67r AWR en zal artikel 42a Awir verder buiten beschouwing worden gelaten.

⁴ Tenzij als er sprake is van "afwezigheid van alle schuld" (avas). Zie § 4, lid 1, Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst.

Het enkele feit dat de aangifte niet tijdig is gedaan of dat er niet tijdig is betaald, is voldoende voor het opleggen van de verzuimboete.

De belastingplichtige is in de voornoemde artikelen de 'normadressaat', ofwel de pleger in de zin van artikel 5:1, lid 2 Awb. Voornoemde boeten kunnen op grond van artikel 5:1, lid 2 Awb echter ook worden opgelegd aan degene die de overtreding medepleegt. Medeplegen is aan de orde indien sprake is van een bewuste en nauwe samenwerking. Hiervan is sprake wanneer de medepleger een intellectuele en/of materiële bijdrage van voldoende gewicht heeft geleverd.⁵ Het handelen van de hiervoor genoemde intermediairs kan in bepaalde gevallen dus worden gekwalificeerd als medeplegen, hetgeen ertoe kan leiden dat aan hen een medeplegersboete wordt opgelegd.

De belastingplichtige is in de voornoemde artikelen de 'normadressaat', ofwel de pleger in de zin van artikel 5:1, lid 2 Awb.

Een bekende casus waarin een dergelijke medeplegersboete is opgelegd, betreft de casus van een notaris die als medepleger werd aangemerkt van het opzettelijke niet voldoen van de door zijn cliënt verschuldigde overdrachtsbelasting. In deze casus had de inspecteur – want let wel: we zitten nog steeds in het fiscale boeterecht, niet in het strafrecht – aan de notaris bij voor bezwaar vatbare beschikking een boete opgelegd ter hoogte van maar liefst € 72.000. In hoger beroep heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden geoordeeld dat uit de handelingen en gedragingen van de notaris en de cliënt af te leiden valt dat zij samen een constructie – bestaande uit het opstellen van koopakten en wederinkoopakten om zodoende teruggaaf van overdrachtsbelasting te verzoeken – hebben besproken en uitgevoerd. De door de inspecteur aan de notaris opgelegde medeplegersboete is dan ook terecht opgelegd. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft de boetebeschikking nog wel tot € 55.000 verminderd, maar dan nog hebben we het hier over een fikse boete. Ter vergelijking: in het strafrecht betreft dit een boete van de vijfde categorie (van de zes categorieën in totaal).⁶

Over de medeplegersboete is nog veel meer te zeggen, te schrijven en te vinden. Gelet op de omvang van deze bijdrage, zal ik dat hier echter achterwege laten. Ik zal nu overgaan tot behandeling van artikel 67r AWR.

3. Artikel 67r AWR

3.1 Inleiding

Per 1 januari 2020 is artikel 67r AWR in werking getreden. Artikel 67r AWR ligt in het verlengde van de hiervoor beschreven mogelijkheid om aan de intermediair van een belastingplichtige een medeplegersboete op te leggen. Artikel 67r AWR bepaalt namelijk dat de inspecteur de bevoegdheid heeft de hiervoor beschreven medeplegersboete openbaar te maken indien:

1. er sprake is van een vergrijp in de zin van de artikelen 10a, 67cc, 67d, 67e of 67f AWR. Verzuimboeten vallen dus niet onder het bereik van artikel 67r AWR;
2. het vergrijp opzettelijk door de medepleger is begaan tijdens de door hem beroepsmatig of bedrijfsmatig verleende bijstand. Het moet dus gaan om een intermediair;
3. de medeplegersboete onherroepelijk is vast komen te staan;
4. het besluit tot openbaarmaking genomen wordt bij voor bezwaar vatbare beschikking.⁷

Daarnaast dient de inspecteur bepaalde waarborgen in acht te nemen. Zo moet de intermediair in de gelegenheid worden gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen en moet de inspecteur afwegen of de intermediair niet onevenredig in zijn belangen wordt getroffen.

Indien de inspecteur overgaat tot openbaarmaking van de boetebeschikking, dan zal de boetebeschikking publiekelijk toegankelijk zijn op de website van de Belastingdienst voor een periode van vijf jaar.⁸

3.2 Het te dienen doel

Dat het bepaalde in artikel 67r AWR een rechtstreeks gevolg betreft van het lekken van de Panama Papers, blijkt uit de Memorie van Toelichting (hierna: MvT): "Uit de Panama Papers blijkt hoe sommige intermediairs hun cliënten actief geholpen hebben om via agressieve fiscale planning de belastingdruk te verlagen of buitenlands vermogen buiten het zicht van de Belastingdienst te houden. Hoewel complexe transacties en ondernemingsstructuren legitieme doelen kunnen dienen, wordt het merendeel van de structuren uit de Panama Papers opgezet om belasting te ontwijken of te ontduiken. (...) Uit de verhoren blijkt ook dat verschillende beroepsbeoefenaren een belangrijke rol spelen bij het bedenken en implementeren van

structuren die belastingontwijking en -ontduiking mogelijk maken."⁹ Uit de MvT blijkt voorts dat met artikel 67r AWR is beoogd het publiek voor te lichten, zodat een ieder een geïnformeerde keuze voor een adviseur kan maken.¹⁰

Bijzonder is vervolgens dat de staatssecretaris stelt dat leedtoevoeging niet een beoogd doel is. Artikel 67r AWR wordt dan ook niet geacht bestraffend te zijn.¹¹ Erkend wordt dat de maatregel door de intermediair als bestraffend kan worden ervaren, maar dat maakt nog niet dat sprake is van een bestraffende maatregel.¹² De vraag is of dit standpunt van de staatssecretaris houdbaar is. Een vergelijking kan worden getrokken met het strafrecht. In artikel 9, lid 1, onder b, sub 3 Wetboek van Strafrecht vinden we de openbaarmaking van een rechterlijke uitspraak. In het strafrecht is de openbaarmaking van een uitspraak gekwalificeerd als een bijkomende straf, welke kan worden opgelegd tezamen met een of meer van de in lid 1 onder a bedoelde hoofdstraffen. Het is mij niet duidelijk waarom in het strafrecht openbaarmaking wel gekwalificeerd is als een straf, terwijl dezelfde regeling in het fiscale boeterecht louter zou dienen als voorlichting en daarmee punitief karakter zou dragen. Het antwoord op deze vraag is in de MvT onbeantwoord gelaten.

3.3 Toepassingsbereik artikel 6 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM)

Een volgende vraag die opkomt is de vraag of artikel 67r AWR al dan niet onder het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM valt. Voor de beantwoording van deze vraag is allereerst van belang dat in het belastingrecht een onderscheid bestaat tussen regelgeving met betrekking tot de materiële belastingheffing enerzijds en het boeterecht anderzijds. Regelgeving met betrekking tot de materiële belastingheffing valt namelijk niet onder het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM.¹³

Het fiscale boeterecht daarentegen valt wel onder het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) heeft reeds in zijn arrest van 8 juni 1972 geoordeeld dat het begrip 'criminal charge' ex artikel 6 EVRM een autonome betekenis toekomt en dat de invulling van nationale wetgeving niet beslissend is voor de vraag of er al dan niet sprake is van een straf-

rechtelijk karakter.¹⁴ Het is dus niet mogelijk toepassing van het begrip 'criminal charge' in het nationale recht te vermijden, door de procedure nationaalrechtelijk niet onder het strafrecht te laten vallen. In de zaak Öztürk – waarbij het ging om een Duitse administratieve boete, vergelijkbaar met een boete in Nederland op grond van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften – benadrukte het EHRM dat dit ook geldt voor bestuursrechtelijke sancties.¹⁵

Het is dus niet mogelijk toepassing van het begrip 'criminal charge' in het nationale recht te vermijden, door de procedure nationaalrechtelijk niet onder het strafrecht te laten vallen.

Of al dan niet sprake is van een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM, dient te worden beoordeeld aan de hand van de classificatie van de overtreding volgens het nationale recht, de aard van de overtreding en de aard en zwaarte van de straf waarmee de overtreding wordt bedreigd.¹⁶ Deze criteria dienen op alternatieve wijze – en dus niet op cumulatieve wijze – te worden toegepast.¹⁷ Dat de beoordeling van deze criteria ertoe leidt dat fiscale boeten onder het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM vallen, is door de Hoge Raad in 1985 reeds bevestigd.¹⁸

De staatssecretaris gaat niet in op deze problematiek. Ik maak daaruit op dat de staatssecretaris van mening is dat artikel 67r AWR niet valt onder het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM, nu er volgens de staatssecretaris geen sprake is van een bestraffend karakter (en daarmee dus geen sprake is van een 'criminal charge'). Dit standpunt lijkt mij echter niet houdbaar, gelet op hiervoor genoemde criteria. Tevens lijkt het mij niet mogelijk dat enerzijds de medeplegersboete wel onder het bereik van artikel 6 EVRM zou vallen, terwijl anderzijds de bekendmaking van diezelfde medeplegersboete er niet onder zou vallen.

⁵ HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474.

⁶ Zie artikel 23 Wetboek van Strafrecht.

⁷ Zie artikel 67r AWR, lid 1 tot en met lid 4 AWR.

⁸ Zie artikel 67r, lid 7 AWR.

⁹ Kamerstukken II 2019/20, 35.303, nr. 3, p. 3.

¹⁰ Kamerstukken II 2019/20, 35.303, nr. 3, p. 4.

¹¹ Kamerstukken II 2019/20, 35.303, nr. 3, p. 5.

¹² Kamerstukken II 2019/20, 35.303, nr. 3, p. 5-p. 6.

¹³ EHRM 12 juli 2001, nr. 44759/98, § 29 (Ferrazzini/Italië).

¹⁴ EHRM 8 juni 1972, Publ. ECHR Series A, nr. 22, § 81 (Engel e.a./Nederland).

¹⁵ EHRM 21 februari 1984, nr. 8544/79, § 49 (Öztürk/Duitsland).

¹⁶ EHRM 8 juni 1972, Publ. ECHR Series A, nr. 22, § 82 (Engel e.a./Nederland).

¹⁷ EHRM 24 september 1997, nr. 18996/91, § 33 (Garyfallou AEBE/Griekenland); EHRM 23 juli 2002, nr. 34619/97, § 67 (Janosevic/Zweden).

¹⁸ HR 19 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8934, r.o. 4.2 (Belastingboete).

Mijns inziens is het dan ook niet alleen verdedigbaar, maar zelfs aannemelijk dat artikel 67r AWR te kwalificeren is als een 'criminal charge' en daarmee valt onder het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM. Indien wordt aangenomen dat dit inderdaad het geval is, maakt dat niet alleen dat vaststaat dat de stelling dat geen sprake is van leedtoevoeging niet houdbaar is, maar zijn tevens alle rechten die in artikel 6 EVRM worden gewaarborgd ook een op een van toepassing in situaties waarin 67r AWR aan de orde is.

Mijns inziens is het dan ook niet alleen verdedigbaar, maar zelfs aannemelijk dat artikel 67r AWR te kwalificeren is als een 'criminal charge' en daarmee valt onder het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM.

3.4 De online publicatie

Indien de boetesbeschikking openbaar wordt gemaakt, gebeurt dit door online publicatie hiervan op de website van de Belastingdienst.¹⁹ Is het haalbaar te garanderen dat de openbaarmaking na vijf jaren wordt beëindigd?

Mijns inziens dient deze vraag ontkennend te worden beantwoord. We weten immers allemaal inmiddels dat iets wat eenmaal op internet is geplaatst, bijna nooit permanent te verwijderen is.²⁰

Daarnaast kan ook niet worden gegarandeerd dat derden niet met de openbaar gemaakte informatie aan de haal gaan – bijvoorbeeld door het maken van screenshots of het plaatsen van de informatie op een eigen website – gedurende die periode van vijf jaren.

¹⁹ Artikel 67r, lid 7 AWR.

²⁰ Vgl. <https://www.consumantenbond.nl/internet-privacy/persoonlijke-informatie-van-internet-verwijderen>;

4. Conclusie

Ja, de Panama Papers hebben heel wat teweeggebracht in zowel de fiscale wereld, als in de gehele maatschappij. En nee, daarvoor moeten wij onze ogen niet sluiten. Het is een goede ontwikkeling dat we met elkaar de discussie aangaan over het bijdragen van een 'fair share' en over rechtvaardige wijzen van belastingdrukverdeling. Ook is het niet onbegrijpelijk dat het kabinet extra inzet op het bestrijden van belastingontduiking. Dit lijkt me terecht. Zeker ook gelet op de roep hierom vanuit de maatschappij.

De vraag is echter wel of we dit moeten willen op een manier zoals nu vormgegeven in artikel 67r AWR? Ik denk van niet. Het doel heiligt niet altijd de middelen. Met minder verstrekende middelen, kan hetzelfde doel worden bereikt. Zo kan voorlichting van het publiek bijvoorbeeld ook plaatsvinden door middel van het afgeven van keurmerken door beroepsverenigingen. Daarnaast kennen we ook al veel regelingen op basis waarvan intermediairs gesanctioneerd kunnen worden. Zo bestaan er al veel mogelijkheden tot het sanctioneren van intermediairs via de verschillende vormen van tuchtrecht. Laten we dan ook helder blijven nadenken over de in te voeren maatregelen, de consequenties die met deze maatregelen gemoeid zijn en de proportionaliteit van de maatregelen in het kader van de bijbehorende gedraging. Dit is naar mijn mening bij de invoering van artikel 67r AWR helaas in onvoldoende mate gebeurd.

Het is een goede ontwikkeling dat we met elkaar de discussie aangaan over het bijdragen van een 'fair share' en over rechtvaardige wijzen van belastingdrukverdeling.



'Maak kennis met...'

door: **Simone van Schaik (Secretaris Vereniging Rozon)**



Allereerst zou ik graag namens het bestuur van Vereniging Rozon willen zeggen dat wij erg verheugd zijn dat wij zijn benaderd om een stuk te schrijven voor Actioma. Vereniging Rozon is dit collegejaar druk bezig meer bekendheid te genereren en dit is daar een mooie aanvulling op.

Over ons

Vereniging Rechtswinkel Overleg Zuid Oost Nederland (Rozon) is het overkoepelend orgaan van rechtswinkels in de regio Zuidoost/Nederland. De vereniging is opgericht als reactie op een rapport van een door de Faculteit der Rechtsgeleerdheid ingestelde commissie. Deze commissie heeft onderzocht op welke manier de faculteit een bijdrage zou kunnen leveren aan het werk van rechtswinkels. Op 15 juni 2000 zijn de statuten opgesteld en werd de vereniging Rechtswinkel Overleg Zuid Oost Nederland een feit. Vereniging is een vereniging in bloei en groeit dan ook elk jaar weer. Momenteel zijn er maar liefst 20 rechtswinkels bij Rozon aangesloten.

Onze missie

Vereniging Rozon komt op voor de belangen van rechtswinkels en de bij hen aangesloten rechtswinkeliers. Daarnaast vormt zij een schakel tussen de rechtswinkeliers onderling en de Faculteit der Rechtsgeleerdheid. De missie van Vereniging Rozon is het verbeteren van kwaliteit van rechtswinkels, zorg dragen voor onderlinge binding en het vergroten van bekendheid van het rechtswinkelwerk. Dit doet Rozon onder andere door middel van het verstrekken van subsidies ten behoeve van de promotie van de rechtswinkels. Op deze manier hebben zij wat extra middelen om hun rechtswinkel op de kaart te zetten.

In de afgelopen decennia is het werk van rechtswinkels een onmisbare voorziening geworden in de maatschappij. Vereniging Rozon steunt rechtswinkels in hun ontwikkeling door de mogelijkheid van kennisverbreding voor medewerkers te bieden. Dit doet zij onder andere door het organiseren van lunchlezingen en cursussen omtrent een breed scala aan rechtsgebieden, geleid door advocaten en andere experts. Het gaat daarbij vaak om rechtsgebieden die veelal aan bod komen bij het rechtswinkelwerk. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan het huurrecht, het arbeidsrecht en het personen- en familierecht. Daarnaast heeft Vereniging Rozon afgelopen jaar een discussieavond georganiseerd, speciaal voor de bestuurders van de rechtswinkels. Hiermee hebben wij beoogd een platform te creëren waar de rechtswinkels zelf van elkaar kunnen leren. We hebben verschillende onderwerpen besproken, zoals de organisatie en de promotie van de rechtswinkels. Ook organiseert de vereniging jaarlijks verschillende informele activiteiten om de rechtswinkeliers van verschillende rechtswinkels met elkaar in contact te brengen. De jaarlijkse Pubquiz is dan ook een van de drukst bezochte activiteiten van het collegejaar.

Een ander belangrijk doel dat Vereniging Rozon voor ogen heeft, is de rechtswinkeliers kennis laten maken met verschillende arbeidsmogelijkheden. Zo gaat zij jaarlijks op bezoek bij diverse advocatenkantoren. Dit jaar hadden we het genoegen De Kempnaer Advocaten te bezoeken. Op deze manier kunnen wij de rechtswinkeliers op een laagdrempelige manier kennis laten maken met de advocatuur. Daarnaast komt EIFFEL ieder jaar op bezoek om een lezing te verzorgen over hun werkzaamheden en om te laten zien welke mogelijkheden er zijn voor rechtenstudenten buiten de advocatuur. Wij vinden het erg belangrijk dat rechtswinkeliers zich kunnen voorbereiden op een mooie carrière na hun studietijd. Het is ons streven daaraan bij te dragen.

Wat trekt Vereniging Rozon aan het recht

Wat het bestuur van Vereniging Rozon trekt aan het recht is dat het recht iedereen raakt. Iedereen heeft er op enig moment mee te maken. Dat zie je ook goed terug in het rechtswinkelwerk. De spreekuren worden druk bezocht door verschillende soorten mensen. Deze mensen krijgen ook te maken met allerlei soorten problemen. Het is daarom ook maar goed (en logisch) dat er zo veel rechtswinkels bestaan. De rechtswinkel vormt namelijk voor veel mensen het eerste contact en het eerste aanspreekpunt wanneer zij op zoek zijn naar een antwoord op hun juridische vraag. Het is laagdrempelig, mede doordat het advies gratis verleend wordt door enthousiaste rechtenstudenten. Het recht moet toegankelijk zijn voor iedereen en de rechtswinkels en de rechtswinkeliers dragen daar hun steentje aan bij! Op 15 juni 2020 heeft Vereniging Rozon haar vierde lustrum mogen inluiden! Een prachtige mijlpaal waar we met zijn allen trots op kunnen zijn. Het rechtswinkelwerk is in de afgelopen twintig jaar niet alleen onmisbaar geworden in de maatschappij, maar ook in de studieloopbaan van veel rechtenstudenten. Wij verwachten niet dat het rechtswinkelwerk snel ten einde loopt. Het lijkt ons dan ook een gegeven dat Vereniging Rozon nog vele jaren mee zal gaan.



ONDERNEMINGSRECHT

De DGA in coronatijden



Mr. dr. C.G. Dijkstra

C.G. Dijkstra is Directeur Watermill Tax & Legal B.V. te Utrecht, tevens als Universitair Docent belastingrecht verbonden aan de Radboud Universiteit Nijmegen

1. Inleiding

Dé DGA (Directeur Grootaandeelhouder) bestaat helemaal niet. Echter worden wel heel veel DGA's getroffen door de directe of indirecte gevolgen van corona. Dat kunnen eenmans-BV's zijn, maar ook DGA's van grote familiebedrijven. Een DGA is echter niet alleen een werknemer, maar heeft veel verschillende rollen. In deze bijdrage wordt ingegaan op de vraag hoe al deze rollen in deze tijd fiscaal optimaal kunnen worden ingevuld.

2. Welke rollen heeft de DGA?

De DGA is zoals hiervoor al aangegeven allereerst doorgaans werknemer van zijn BV.¹ Daarnaast is hij of zij natuurlijk ook nog aandeelhouder.² Verder kan hij geldverstrekker zijn van de BV of juist geld geleend hebben van de BV. Geld lenen aan de BV wordt ook nog weleens vormgegeven door het afgeven van een borgstelling. Ook kan de DGA als verhuurder optreden wanneer een bedrijfspand vanuit privé wordt verhuurd aan de eigen BV. Onder omstandigheden kan dit ook gelden voor de werkkamer. Tenslotte is de DGA doorgaans direct of indirect ook bestuurder van (een groep van) vennootschap(en). Zeker in deze tijd dient hij daarin zijn of haar verantwoordelijkheid te nemen.

Zo zien we een DGA met heel veel verschillende petten op. Het is daarom steeds van belang om goed op te letten met welke pet de DGA acteert en wat de gevolgen daarvan zijn.

3. DGA en loon

Voor iedere DGA geldt in beginsel de gebruikelijk-loonregeling van artikel 12a Wet Loonbelasting 1964. In principe maakt het niet uit of deze DGA wel, dan wel niet onder de sociale verzekeringen valt.³ Een lager gebruikelijk loon dan inde wettekst is aangegeven, doorgaans minimaal € 46.000, was tot voor kort niet zonder toestemming van de Belastingdienst mogelijk. Inmiddels heeft de Belastingdienst toegestaan dat de DGA en zijn BV tijdelijk een lager maandloon mogen afspreken in het geval "de coronacrisis grote gevolgen heeft voor omzet en liquiditeit van de BV".⁴ Deze goedkeuring geldt ongeacht de vraag of de DGA verplicht verzekerd is voor de sociale verzekeringen, echter voor deze laatste categorie zal men hier over het algemeen geen gebruik van willen maken omdat deze groep immers onder de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor werkbehoud

(NOW) valt, waardoor bij volledig omzetverlies in beginsel een loonkostensubsidie van 90% kan worden verkregen.

Voor overige DGA's waarvan het bedrijf getroffen is, kan het verlagen of wellicht zelfs op nihil stellen van het loon een interessante optie zijn. Immers hoe lager de component loon, hoe hoger aanspraken op heffingskortingen⁵ en andere van het inkomen afhankelijke regelingen. In veel gevallen is er ook aanleiding om het loon te verlagen, omdat de resultaten of de liquiditeit het niet toelaten het gebruikelijk loon uit te betalen. Daar zit echter gelijk ook de adder onder het gras van deze regeling. Immers het kan nu wel slecht gaan, maar wie weet gaat (en laten we het ook van harte hopen) het het tweede halfjaar wel weer beter. En in de mededeling van de Belastingdienst staat dat het gebruikelijk loon achteraf kan worden bepaald. Dat zou het risico met zich meebrengen dat achteraf alsnog tot € 46.000 of het hogere van toepassing zijnde bedrag moet worden verloond. Dat kan de bedoeling niet zijn! Het verdient dan ook aanbeveling om de loonsverlaging over de betreffende maanden goed te onderbouwen, inclusief achterliggende stukken. Het verdient aanbeveling om de loonsverlaging tevens vast te leggen in een aandeelhoudersbesluit. Dit dient tevens te gebeuren op het moment dat het salaris weer naar het normale niveau wordt aanpast.

Het verdient aanbeveling om de loonsverlaging tevens vast te leggen in een aandeelhoudersbesluit.

Er zijn nog twee zaken waarop moet worden gelet. Allereerst mag het salaris niet met terugwerkende kracht worden aangepast. Het corrigeren van reeds verstreken loonperiodes is dus niet toegestaan. Daarnaast kan het naar mijn mening niet zo zijn dat op het moment dat het salaris wordt teruggebracht naar een lager niveau, het verschil in rekening-courant van de BV wordt geleend. Hier wordt door sommigen anders over gedacht.⁶ Dit vanwege het feit dat de goedkeuring van de Belastingdienst geen voorwaarden kent. Dit is inderdaad zo, maar het komt mij voor dat het alsnog opnemen van bedragen er veel eerder toe leidt dat aan het einde van het jaar alsnog een hoger gebruikelijk loon in aanmerking dient te worden genomen.

Ze recent heeft het ministerie in een brief van 24 april 2020⁷ aanvullende fiscale maatregelen opgenomen die gelden in verband met covid-19. Ten aanzien van het gebruikelijk loon is hierin vermeld dat dit evenredig met de omzetsdaling mag worden verlaagd. De omzetsdaling wordt berekend door de omzet in de referentieperiode van 2020 te vergelijken met die van 2019.

Ze recent heeft het ministerie in een brief van 24 april 2020 aanvullende fiscale maatregelen opgenomen die gelden in verband met covid-19.

4. DGA als aandeelhouder

Het jaar 2019 is voor veel vennootschappen een goed jaar geweest. Dit kan betekenen dat in 2020 mogelijk dividend zal worden uitgekeerd, bijvoorbeeld op basis van afspraken in een aandeelhoudersovereenkomst. In de context van de coronacrisis dient er dan nog wel extra aandacht te worden besteed aan de uitkeringstoets.⁸ Kan de vennootschap de komende 12 maanden wel aan haar verplichtingen voldoen nu er bedragen worden onttrokken aan dividend? Anders zal diezelfde DGA, die ook vaak bestuurder is, worden aangesproken voor de terugbetaling van het uitgekeerde dividend.

Maar de DGA kan ook geld opnemen uit de vennootschap ten titel van lening, terwijl er feitelijk sprake is van een dividenduitkering. De Belastingdienst heeft de laatste jaren steeds meer aandacht voor het oplopen van de zogenaamde consumptieve rekening-courant. Het boeken van feitelijk consumptieve opnamen in rekening-courant kan dan leiden tot naheffingsaanslagen dividendbelasting (vaak met boete) en correcties in de aangiften inkomstenbelasting. Recent heeft ook de Rechtbank Den Haag⁹ nog een keer een dergelijke correctie van de inspecteur bevestigd.

In dit geval liep jaarlijks de rekening-courant per 31 december als volgt op:

2010: € 325.049
2011: € 387.106
2012: € 452.108
2013: € 523.313
2014: € 637.292

Duidelijk was dat de BV de "pinautomaat" was voor de DGA. Daarnaast was er ook nog sprake van een lening t.a.v. de eigen woning van ruim € 650.000. Het grootste probleem was dat de toename van de rekening-courantschuld over 2014 nooit uit eigen middelen zou kunnen worden terugbetaald, omdat er sprake was van een negatief privévermogen. In eerdere jurisprudentie is al uitgemaakt dat de waarde van de aandelen van de BV zelf niet mag worden meegenomen in de bepaling van de omvang van het privévermogen. In een goed, uiteindelijk werd het grootste deel van de toename als uitdeling aangemerkt, behalve voor een gedeelte waarbij aflossing nog wel mogelijk zou zijn door de verkoop van een stuk grond.

Het is zeker in de huidige tijd van belang om veel aandacht te besteden aan toename van consumptieve leningen om aanslagen achteraf te voorkomen! Maar, zult u zeggen, we hebben toch het wetsvoorstel excessief lenen? En gaat dat eigenlijk nog wel door, gelet op de huidige crisis? Het wetsvoorstel excessief lenen ziet op (bestaande) schulden boven de € 500.000. De extra aandacht voor toename van consumptieve schulden is daar feitelijk nog bij gekomen. Het zou best kunnen dat de indiening van het wetsvoorstel nog wat wordt opgeschoven. 2022 is immers nog ver weg. Inmiddels heeft de staatssecretaris ook laten weten dat het wetsvoorstel pas in 2023 zal ingaan.¹⁰ Maar het voorstel zal niet van tafel gaan, want straks na de crisis hebben we juist extra belastingopbrengsten nodig om alle extra leningen voor steunmaatregelen terug te betalen. Realiseren we ons dat wel voldoende?

Het is zeker in de huidige tijd van belang om veel aandacht te besteden aan toename van consumptieve leningen om aanslagen achteraf te voorkomen!

5. DGA als aandeelhouder-belegger

Er zijn ook DGA's die hun vermogen belegd hebben in hun beleggings-NV of Open fonds voor gemene rekening. Om belastingheffing te beperken hebben ze een zogenaamde VBI-status aangevraagd.¹¹ Voordeel is dat de betreffende vennootschap of fonds geen vennootschapsbelasting betaalt.

1 Voor zover er al niet sprake is van een gewone dienstbetrekking, staat de DGA in fictieve dienstbetrekking op grond van artikel 4 letter d Wet Loonbelasting 1964.
2 Het vertrekpunt is de aanmerkelijk belanghouder die op grond van artikel 4.6 Wet Inkomstenbelasting 2001 een aandelenbezit heeft van tenminste 5% van het geplaatst kapitaal. De term "groot" is derhalve ook enigszins relatief.
3 In beginsel is daarvoor leidend of de DGA wel, dan wel niet tegen zijn/haar wil kan worden ontslagen.
4 Forum Fiscaal Dienstverleners, mededeling 1 april 2020, verlaging gebruikelijk loon vanwege coronacrisis
5 Zie bijvoorbeeld artikel 8.10 en 8.11 Wet Inkomstenbelasting 2001, het gaat hier om de algemene heffingskorting en de arbeidskorting, die beiden inkomensafhankelijk zijn. Hoe hoger het inkomen, hoe lager de korting.
6 MFAS, nieuwsbrief 2020-13

7 Kenmerk: 2020-0000080433

8 Artikel 2:216 BW

9 Rechtbank Den Haag, 9 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1127, NTFR 2020/920

10 Zie onderdeel 5 Kamerbrief van 24 april 2020, kenmerk: 2020-0000080433

11 Artikel 6a Wet Vennootschapsbelasting 1966

Wel dient jaarlijks op basis van het vermogen per 1 januari in box 2 een fictief rendement te worden aangegeven. In 2020 is dit rendementspercentage 5,28%.¹²

De VBI-status was natuurlijk bijzonder prettig toen het goed ging met de aandelen, maar door de coronacrisis worden er op dit moment verliezen geleden van 20% of meer. Dan word je niet blij van een fictieve rendementsafdracht per 1 januari en zou je het verlies graag ook in de vennootschapsbelasting als aftrekpost willen nemen. De vraag is dan of je een verzoek kan doen om over het jaar 2020 weer een normaal belaste entiteit te worden. Maar dat kan dus niet! Een dergelijk verzoek moet voorafgaand aan het kalenderjaar worden ingediend.¹³ Er is echter een escape. Als je in het kalenderjaar zelf niet aan de voorwaarden voldoet, wordt de VBI-status met terugwerkende kracht naar het begin van het kalenderjaar ingetrokken.¹⁴ En wat is er eenvoudiger dan om even in overtreding te gaan? Iemand zou vastgoed in de entiteit kunnen kopen of geld uitlenen aan de DGA. En weg is het probleem van het fictief rendement. Crisis vraagt ook om creativiteit!

6. DGA als verhuurder

Op het moment dat de DGA zijn pand verhuurt aan zijn BV, kan hij ook geconfronteerd worden met betalingsproblemen van de BV. De vraag is of de BV zomaar de huurbetaling kan opschorten zonder dat de verhuurder daar fiscaal mee in de problemen komt. Verhuur aan de BV valt immers onder de zogenaamde terbeschikkingstellingsregeling, waarvoor uiteindelijk het “winst-regime” geldt.¹⁵ En daar ligt ook gelijk het antwoord op de vraag of er huurkorting mag worden gegeven in deze barre tijden. Er moet zakelijk worden gehandeld tussen de aandeelhouder en de BV. Maar dit betekent dus ook dat als de buurman huurkorting krijgt omdat de winkelstraat leeg is, de DGA die ook mag geven aan zijn eigen BV. Dit dient echter goed te worden vastgelegd. Daarnaast dienen zakelijke afspraken te worden gemaakt, zoals dat ook met een derde partij zou gebeuren. Dan zal de Belastingdienst hier ook achteraf in mee gaan.

Op het moment dat de DGA zijn pand verhuurt aan zijn BV, kan hij ook geconfronteerd worden met betalingsproblemen van de BV.

De crisis zal ook zijn impact hebben op de waarde van bepaalde onroerende zaken. Dit betekent dat het ook nu het moment kan zijn om misschien wel de TBS te beëindigen door bedrijfsoverdracht of juist het pand in te brengen in de BV. Wel is het goed als er sprake is van gelieerde transacties de waarde in overleg met de Belastingdienst vast te stellen.

Tenslotte kan er door het niet betalen van huur door de vennootschap natuurlijk een liquiditeitsprobleem ontstaan. Als er sprake is van een bancaire financiering zal het uitstellen van de aflossing vaak tot de mogelijkheden behoren, deze zelfde maatregel kan worden toegepast als er geleend is van de BV. Ook dan zal het niet onzakelijk zijn om de overeengekomen aflossing zes maanden uit te stellen.

7. DGA als geldverstrekker

Het komt zeer regelmatig voor dat de DGA geld heeft geleend aan de BV voor de bedrijfsvoering. Mogelijk zullen er in de crisis ook weer nieuwe geldleningen worden verstrekt. Daarnaast treedt de DGA ook zeer regelmatig op als borg voor geldleningen die bancair aan de vennootschap worden verstrekt. De kans dat de DGA de komende tijd mogelijk zal worden aangesproken in het kader van deze borgstelling is meer dan ooit aanwezig. De staatssecretaris is van mening dat een borgstelling zich altijd in de kapitaalsfeer afspeelt en de DGA dus feitelijk in zijn hoedanigheid als aandeelhouder borg staat voor de vennootschap.¹⁶ Het gevolg hiervan is dat een eventueel verlies uit deze borgstelling niet als TBS-verlies aftrekbaar is en slechts het opgeofferde bedrag/verkoopprijs van de aandelen in box 2 zal verhogen. Doorgaans kan dit verlies dan pas worden genomen als de vennootschap wordt geliquideerd.

Toch is het standpunt van de staatssecretaris naar mijn mening te rigide. Uit de jurisprudentie blijkt dat een borgstelling wel degelijk zakelijk kan zijn als deze is aangegaan onder zakelijke voorwaarden.¹⁷ Van belang is dat de borgstelling is aangegaan op het moment dat de vennootschap goede perspectieven had en daarnaast ook een borgstellingsvergoeding is overeengekomen die ook daadwerkelijk wordt betaald. De hoogte van een zakelijke borgstellingsvergoeding zal doorgaans liggen tussen nihil en de rente op de lening aan de vennootschap.

Feitelijk geldt hetzelfde uitgangspunt bij het verstrekken van geldleningen aan de BV. Ook hier geldt dat op het moment van verstrekking sprake moet zijn van een zakelijke transactie. Wel is het van belang dat een lening ook op een later moment onzakelijk kan worden. Een eventuele (verdere) afwaardering is dan niet meer ten laste van het TBS-resultaat mogelijk. Laat dit dan ook een aansporing zijn om ook in coronatijden zakelijk te blijven handelen. Ga dus met de aan de BV verstrekte lening niet anders om dan dat bijvoorbeeld een bank of een andere particuliere geldverstrekker dat op dit moment doet. Er dient ook te worden gezorgd voor een goede vastlegging van de acties die zijn ondernomen. Hierbij kan worden gedacht aan bijvoorbeeld een formele (aangetekende) brief of mail aan de BV.

8. DGA en liquidatie van de BV

Deze coronatijden betekenen helaas ook nog weleens het einde van een vennootschap. Soms wordt de liquidatie van een BV ook gepland, juist om het verlies te kunnen nemen op een onzakelijke geldlening. Het is van belang om je te realiseren dat verliesneming pas mogelijk is als de liquidatie is afgerond en de vereffening dus is voltooid. Dit kan als de vennootschap in faillissement is, geruime tijd duren.¹⁸

Soms wordt de liquidatie van een BV ook gepland, juist om het verlies te kunnen nemen op een onzakelijke geldlening.

Van belang is om goed in de gaten te houden dat er verschil is in het nemen van liquidatieverlies in het geval er sprake is van een aandeelhouder in privé, danwel dat een dochtervennootschap wordt geliquideerd. In het eerste geval is er sprake van een verlies uit aanmerkelijk belang, en bestaat het verlies uit het verschil tussen de liquidatieopbrengst en de verkoopprijs. Indien er in eerste instantie al wat liquidatie-uitkeringen worden verstrekt mogen deze worden afgeboekt van de verkoopprijs.¹⁹

Heel anders werkt dit als een dochteronderneming, een deelneming, wordt geliquideerd. Uitgangspunt is dat het om een dochter-BV gaat die niet in de fiscale eenheid zit. Indien de moedervennootschap eigenaar is van tenminste 5% van het gestort kapitaal, dan is de deelnemingsvrijstelling van toepassing. Zowel winsten als verliezen uit de deelneming zijn niet aftrekbaar. Dit is alleen anders in het geval van liquidatie. Het liquidatieverlies mag worden genomen als het vermogen van de vennootschap is vereffend en de onderneming niet via een andere gelieerde entiteit wordt voortgezet. Maar let op! Bij de liquidatie-uitkering dient te worden opgeteld de dividenduitkeringen uit het jaar van liquidatie en de vijf daarvoorafgaande jaren. Daardoor kan het verlies nog wel eens aanzienlijk lager uitvallen. Als er sprake is van verliesjaren dient zelfs ook het dividend uit de jaren zes tot en met tien voorafgaand aan de liquidatie te worden meegenomen.²⁰

9. Ten slotte

De DGA dient in coronatijden naast het managen van de crisis in zijn onderneming ook aandacht te hebben voor de fiscaliteit. Van belang is zakelijk handelen tussen de DGA en zijn BV, maar ook zicht te hebben op de fiscale gevolgen daarvan. Echter het is ook tijd om kansen te zien. Het is zaak om kort op de bal te zitten!

De DGA dient in coronatijden naast het managen van de crisis in zijn onderneming ook aandacht te hebben voor de fiscaliteit.

¹² Artikel 4.13-1a jo. artikel 4.14 Wet IB 2001

¹³ Zie artikel 6a, lid 8 Wet VPB 1969

¹⁴ Zie artikel 6a, lid 7 Wet VPB 1969

¹⁵ Artikel 3.92 jo. artikel 3.95 Wet IB 2001.

¹⁶ Zie Besluit van 9 maart 2018, nr. 2018-27139 en besluit van 21 februari 2014, nr. BLKB 2014/286M, onderdeel 13.3.

¹⁷ Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 22 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2286, nr. 15/00292, *NTRF* 2016/1268.

¹⁸ Zie artikel 13d lid 11 Wet VPB 1969

¹⁹ Artikel 4.16c Wet IB 2001 jo. artikel 4.34 Wet IB 2001

²⁰ Artikel 13d lid 3 Wet VPB 1969



COVID-19

De vergunningsprocedure voor het uitvoeren van klinische proeven voor gentherapie in Nederland



Sharon van Norden

Sharon van Norden is procesrechtadvocaat bij Baker McKenzie en voorzitter van de Amsterdam Healthcare Industry Group. Sharon adviseert regelmatig cliënten in de Life Sciences Industry over de voor deze industrie relevante wet- en regelgeving.



Renate Bik

Renate Bik is procesrechtadvocaat bij Baker McKenzie en lid van de Healthcare Industry Group. Renate is onder andere gespecialiseerd in 'pharma regulatory' en overige relevante vraagstukken binnen de geneesmiddelensector.

1. Inleiding

Wereldwijd zetten partijen zich in om zo snel mogelijk een COVID-19 vaccin te ontwikkelen. Ook in Nederland. Zo is het biotechbedrijf Janssen momenteel in Leiden een COVID-19 vaccin aan het ontwikkelen. Begin september 2020 zal Janssen het vaccin waarschijnlijk op mensen willen gaan testen.¹ Het bedrijf heeft echter aangegeven dat de klinische proeven door de Nederlandse milieuregelgeving waarschijnlijk niet in Nederland zullen plaatsvinden.² Waarom kiezen instanties ervoor om de klinische proeven voor genterapie niet in Nederland uit te voeren?

2. Genetisch gemodificeerde organismen (GGO's)

Genetisch gemodificeerde organismen zijn organismen waarvan het genetisch materiaal door een kunstmatige ingreep, de zogenaamde 'genetische modificatie', is veranderd op een wijze die van nature niet mogelijk is door voortplanting en/of natuurlijke recombinatie.³ Onder genterapie wordt volgens het Loket Genterapie verstaan: "Klinisch onderzoek in mensen waarbij handelingen uitgevoerd worden met een genetisch gemodificeerd organisme (ggo's), of waarbij genetisch gemodificeerde cellen in het menselijk lichaam kunnen ontstaan of waarbij wijzigingen worden aangebracht in het erfelijk materiaal van menselijke cellen."⁴

3. Klinisch onderzoek met GGO's

Een verplicht onderdeel in de ontwikkeling van geneesmiddelen en vaccins is het klinisch onderzoek waarin het middel op mensen wordt getest. Na het voltooiën van het klinisch onderzoek en het verkrijgen van de vereiste vergunningen, kan een medicijn of een vaccin in de handel worden gebracht. Om de veiligheid van de deelnemers te waarborgen is het klinisch onderzoek aan strikte regels gebonden. Indien bij het uitvoeren van de klinische proeven GGO's worden toegepast, moet voorts worden voldaan aan specifieke vereisten en procedurevoorschriften. Deze regels zijn beschreven in de ggo wet- en regelgeving ("GGO-regels").

Om de veiligheid van de deelnemers te waarborgen is het klinisch onderzoek aan strikte regels gebonden.

4. De GGO wet- en regelgeving

De GGO-regels beogen, onder meer, de menselijke gezondheid en het milieu te beschermen tegen de ongewenste effecten van genetisch gemodificeerde organismen.⁵ Op Europees niveau zijn de Richtlijnen 2001/18/EG (inzake doelbewuste introductie van GGO's in het milieu) en Richtlijn 2009/41/EG (inzake ingeperkt gebruik van GGO's) van belang.⁶ In Nederland zijn deze Richtlijnen in het Besluit GGO en de Regeling GGO geïmplementeerd.⁷

Binnen de Europese Unie bestaat er discussie over de toepasselijkheid van de Richtlijnen 2001/18/EG en Richtlijn 2009/41/EG op genterapie. Deze discussie ziet in het bijzonder op de vraag of de activiteiten met genterapie moeten worden gekwalificeerd als 'ingeperkt gebruik' of 'doelbewuste introductie in het milieu'. Hierdoor zijn er in de lidstaten van de Europese Unie verschillende regelgevende kaders - en hiermee uiteenlopende procedures - voor het uitvoeren van klinische proeven met genterapie tot stand gekomen. In Nederland wordt Richtlijn 2001/18/EG voor genterapie als uitgangspunt genomen. De activiteiten met genterapie worden gekwalificeerd als 'doelbewuste introductie in het milieu'. De reden voor deze opvatting is dat de GGO's die aan de patiënten bij genterapie worden toegediend in het milieu terecht kunnen komen. Indien de genterapeutische behandeling in het ziekenhuis plaatsvindt en de patiënten na deze behandeling naar huis gaan, kunnen de GGO's via bijvoorbeeld urine of speeksel in het milieu terecht komen. Hierdoor kan de risicobeoordelingsmethode voor ingeperkt gebruik, zoals voortvloeit uit Richtlijn 2009/41/EG, voor genterapie niet volstaan.⁸

Binnen de Europese Unie bestaat er discussie over de toepasselijkheid van de Richtlijnen 2001/18/EG en Richtlijn 2009/41/EG op genterapie.

5. De Nederlandse vergunningsprocedure

Door de in Nederland heersende opvatting dat de activiteiten met genterapie onder Richtlijn 2001/18/EG vallen, moeten fabrikanten voor het uitvoeren van klinische onderzoek met GGO's in Nederland, een milieurisicobeoordeling uitvoeren en een 'Introductie in het Milieu- vergunning' ("IM-vergunning") verkrijgen. De procedure voor het doen van een milieurisicobeoordeling en het verkrijgen van een IM-vergunning verschilt echter van de vereiste procedure voor ingeperkt gebruik. Op grond van Richtlijn 2001/18/EG moet een milieurisicobeoordeling voor de doelbewuste introductie in het milieu plaatsvinden.⁹ In Nederland moet een dergelijke beoordeling worden uitgevoerd voor de aanvraag van de IM-vergunning.¹⁰ Daarentegen is voor de activiteiten voor ingeperkt gebruik in Nederland een risicobeoordeling vereist.¹¹ Alhoewel beide beoordelingen zien op de bescherming van de menselijke gezondheid en het milieu, verschillen de procedures in het soort beoordeling en de uitvoering van elkaar. Zo ziet de risicobeoordeling op het nemen van inperkingsmaatregelen die noodzakelijk zijn om het contact met mens en milieu te voorkomen, terwijl bij de milieurisicobeoordeling ervan uit wordt gegaan dat het GGO daadwerkelijk in contact komt met mens en milieu. De milieurisicobeoordeling beoordeelt daarom of de risico's van het GGO voor de menselijke gezondheid en het milieu aanvaardbaar zijn.¹² Voorts is voor de risicobeoordeling minder informatie vereist dan voor de milieurisicobeoordeling.¹³ Naast de verschillen tussen de milieurisicobeoordeling en de risicobeoordeling, is voor het ingeperkt gebruik niet altijd een vergunning vereist. In sommige gevallen kan worden volstaan met een kennis-

geving voorafgaand aan het gebruik.¹⁴ Voor de activiteiten die vallen onder 'doelbewuste introductie in het milieu' is een vergunning echter wel vereist.¹⁵

In vergelijking met de EU lidstaten die eveneens Richtlijn 2001/18/EG op genterapie toepassen, duurt de vergunningverlening in Nederland langer. Het verkrijgen van een IM-vergunning duurt in Nederland gemiddeld 12 maanden. Spanje en Zweden hanteren ook Richtlijn 2001/18/EG als regelgevend kader, maar de procedures daar duren gemiddeld 3 tot 4 maanden.¹⁶ De duur van de Nederlandse vergunningsprocedure heeft te maken met verschillende nationale factoren, zoals de formele termijnoverschrijdingen van de behandeling van vergunningaanvragen door de RIVM.¹⁷

6. De gevolgen

De duur van de vergunningsprocedure is een reden voor fabrikanten om ervoor te kiezen om het klinisch onderzoek buiten Nederland te verrichten.¹⁸ Volgens een rapport van de Alliance for Regenerative Medicine ("ARM") is de goedkeuringsprocedure voor het kunnen uitvoeren van klinisch onderzoek voor fabrikanten de op één na belangrijkste reden om voor een bepaald land te kiezen. De deskundigheid en de vaardigheden van de artsen is de belangrijkste reden voor het selecteren van het land waarin het klinisch onderzoek zal plaatsvinden. Pas daarna komen de kwaliteit van de autoriteiten, de plaats van eigen vestiging, de kosten, het marktpotentieel en andere redenen.¹⁹

Uit het rapport van de ARM blijkt dat in Europa minder klinische proeven met geavanceerde therapieën - waaronder de activiteiten met GGO's kunnen vallen - worden uitgevoerd, dan in Noord-Amerika en Azië. Tussen januari 2014 en juni 2019 zijn 323 nieuwe klinische proeven met geavanceerde therapieën in Europa uitgevoerd. In Noord-Amerika en Azië liggen de getallen echter hoger: 845 respectievelijk 736 nieuwe klinische proeven met geavanceerde therapieën. In de periode tussen 2014 en 2018 werd op mondiaal niveau een groei van 32% ten aanzien van het uitvoeren van nieuwe klinische proeven met geavanceerde therapieën gemeten. In Europa was er echter sprake van een daling van 2%.²⁰

1 T. Vaessen, 'Leids coronavaccin mogelijk begin volgend jaar beschikbaar', *Financieele Dagblad* 30 maart 2020.

2 M. Kenter, 'Waarom wordt het Leidse coronavaccin niet in ons land getest?', *Financieele Dagblad* 31 maart 2020.

3 Artikel 2 Richtlijn 2001/18 EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 maart 2001 inzake de doelbewuste introductie van genetisch gemodificeerde organismen in het milieu en tot intrekking van Richtlijn 90/220/EEG van de Raad - Verklaring van de Commissie ("Richtlijn 2001/18/EG") en artikel 1.1 lid 1 Besluit genetisch gemodificeerde organismen milieubeheer 2013 ("Besluit GGO").

4 https://www.loketgenterapie.nl/?_sm_au_=iVVTwRFZ1vqqRWTfKkM6NKsW8f6TG.

5 *Stb.* 2014, 157.

6 Richtlijn 2009/41/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 inzake het ingeperkte gebruik van genetisch gemodificeerde micro-organismen ("Richtlijn 2009/41/EG").

7 Regeling genetisch gemodificeerde organismen milieubeheer 2013 ("Regeling GGO").

8 *Stb.* 2014, 157; Bijlage 892281 van *Kamerstukken II* 2018-2019, 27428, nr. 358.

9 Paragraaf 19 van de considerans van Richtlijn 2001/18/EG.

10 Artikel 3.6 Besluit GGO.

11 Artikel 2.5 Besluit GGO, artikel 2.15 GGO en artikel 2.35 Besluit GGO.

12 *Stb.* 2014, 157; Bijlage 892281 van *Kamerstukken II* 2018-2019, 27428, nr. 358.

13 Bijlage 892281 van *Kamerstukken II* 2018-2019, 27428, nr. 358.

14 Artikel 2.6 Besluit GGO, artikel 2.15 Besluit GGO.

15 Artikel 3.2 Besluit GGO.

16 Bijlage 892281 van *Kamerstukken II* 2018-2019, 27428, nr. 358.

17 *Kamerstukken II*, 2019-2020, 27 428, 364.

18 M. Kenter, 'Waarom wordt het Leidse coronavaccin niet in ons land getest?', *Financieele Dagblad* 31 maart 2020.

19 'Clinical Trials in Europe: Recent Trends in ATMP Development', Alliance for Regenerative Medicine oktober 2019, alliancerm.org.

20 'Clinical Trials in Europe: Recent Trends in ATMP Development', Alliance for Regenerative Medicine oktober 2019, pag. 1 en 2, alliancerm.org.

Volgens het rapport liggen hier verschillende factoren aan ten grondslag, zoals de verdeling van bevoegdheden van verschillende autoriteiten die bij het kunnen uitvoeren van klinische proeven betrokken zijn, het gebrek aan harmonisatie van wet- en regelgeving en de aanwezigheid van risicokapitaal in Europa.²¹

7. Het belang van klinische proeven voor Nederland

Volgens de Vereniging Innovatieve Geneesmiddelen kan het om meerdere redenen van belang zijn dat de klinische proeven met GGO's in Nederland worden uitgevoerd. Ten eerste kunnen de Nederlandse patiënten door middel van klinische proeven in een vroeg stadium toegang tot nieuwe behandelingen krijgen. Ten tweede kunnen de klinische proeven de expertise en kwaliteit van de zorgaanbieders ten goede komen. Door het uitvoeren van klinische proeven doen de zorgaanbieders ervaring op met innovatieve geneesmiddelen en vaccins. Ten derde zullen vestigen zich sneller in Nederland vestigen, als de omstandigheden voor de ontwikkeling van geneesmiddelen en vaccins hier gunstig zijn. Dit zorgt onder andere voor meer werkgelegenheid en meer investeringen in de Nederlandse economie.²² Uiteraard blijft de bescherming van mens en milieu een vooraanstaand belang die hierbij gewaarborgd moet worden.

Uiteraard blijft de bescherming van mens en milieu een vooraanstaand belang die hierbij gewaarborgd moet worden.

8. Het verbeterplan

Afgelopen jaar is de duur van de vergunningsprocedure in de Nederland door de Nederlandse politiek onder de aandacht gebracht. De Nederlandse overheid heeft daarom een verbeterplan opgesteld en hieromtrent verschillende maatregelen genomen.

Op 3 juli 2019 heeft de A. Weverling, Kamerlid Volkspartij voor Vrijheid en Democratie, een motie over het verbeteren

van de procedures voor, en de eisen aan, de medische toepassingen van biotechnologie ingediend. In de motie constateert A. Weverling dat, kort gezegd, de Nederlandse regelgeving meer beperkingen oplegt aan het Nederlands medisch-wetenschappelijk onderzoek dan verschillende andere (Europese) landen en dit ten koste van het Nederlandse innovatieklimaat gaat. Hij verzoekt de Nederlandse regering om zo veel mogelijk haast te maken met alle mogelijke verbeteringen van het beleid en, waar nodig, met spoed binnen het RIVM extra capaciteit vrij te maken.²³ De Tweede Kamer heeft de motie aangenomen.²⁴

In oktober 2019 is een Kamerbrief van de Minister van Infrastructuur en Waterstaat ("Minister") gepubliceerd, waarin een pakket aan maatregelen voor het oplossen van de knelpunten omtrent de vergunningverlening voor genterapie werd geïntroduceerd. De doelen van dit pakket zijn: (i) het verbeteren van het vergunningverleningsproces; (ii) het verkorten van proceduretermijnen en vermindering van informatievereisten; en (iii) het verminderen van verschillen tussen Nederland en de andere Europese lidstaten. Zo werd de wettelijk vastgestelde termijn van 120 dagen voor het behandelen van vergunningaanvragen door de Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM) overschreden. De RIVM heeft aangegeven dat de werkprocessen hieromtrent zijn aangepast, waardoor de overschrijdingen van de wettelijke proceduretermijnen niet meer zullen plaatsvinden. Voorts is de wachttijd van 6 weken voor verleende GGO vergunningen afgeschaft, waardoor een vergunninghouder eerder met zijn vergunde werkzaamheden zou kunnen aanvangen. Daarnaast vroeg de Minister van Infrastructuur en Waterstaat aan de Commissie Genetische Modificatie (COGEM) om, in samenwerking met het RIVM, de Commissie Mensgebonden Onderzoek (CCMO) en eventueel andere instanties, een advies inzake mensgebonden risico's van klinisch onderzoek uit te brengen.²⁵ Op 23 januari 2020 heeft de COGEM het advies uitgebracht.²⁶ De Minister gaf tevens aan dat op Europees niveau gezocht moet worden naar (totaal)harmonisatie van Europese regelgeving, waardoor een gelijk spelveld tussen de lidstaten op het gebied van milieuregelgeving zal ontstaan. Volgens de Minister streeft Nederland naar Europese afspraken die tegemoet zullen komen aan de ambitie om in het kader van de vergunningverlening voor genterapie internationaal concurrerend te zijn.²⁷

Volgens de Minister streeft Nederland naar Europese afspraken die tegemoet zullen komen aan de ambitie om in het kader van de vergunningverlening voor genterapie internationaal concurrerend te zijn.

Op 26 maart 2020 werd in het kader van de ontwikkeling van een vaccin tegen COVID-19 een motie ingediend. In de motie werd verzocht om met spoed de procedures voor klinische onderzoeken te versnellen, zodat nieuwe medische behandelingen en technologieën, zoals het COVID-19 vaccin, sneller ontwikkeld en getest kunnen worden.²⁸ De motie is door de Tweede Kamer aangenomen.²⁹

Op 31 maart 2020, is de Tijdelijke regeling afwijkende behandeling vergunningaanvragen genterapie in verband met bestrijding COVID-19 in werking getreden.³⁰ Op grond van deze regeling is de reguliere voorbereidingsprocedure, in plaats van de Uniforme Voorbereidingsprocedure, van toepassing op de vergunningverlening voor klinische proeven met GGO's ter bestrijding van COVID-19. De beslistermijn voor dergelijke vergunningaanvragen is van 120 dagen naar 28 dagen verkort.³¹ Daarnaast is op 15 april 2020 een ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit GGO gepubliceerd.³² De proceduretermijn voor vergunningaanvragen ten aanzien van klinische proeven met GGO's gaat voor de meeste toepassingen van 120 dagen naar maximaal 56 dagen.³³ Totdat de regelgeving is aangepast, streeft de Nederlandse overheid ernaar om deze termijnen tot 70 dagen terug te brengen.³⁴

9. Conclusie

Voor het kunnen uitvoeren van klinisch onderzoek met GGO's moet in Nederland onder meer een milieureisicobeoordeling worden gedaan en een IM-vergunning worden aangevraagd. In vergelijking met andere Europese landen staat de Nederlandse wetgeving aan een snelle ontwikkeling van vaccins in de weg. In de afgelopen jaren duurde de gemiddelde IM-vergunningsprocedure een jaar. Naast dat het van maatschappelijk belang is dat er zo snel mogelijk een COVID-19 vaccin op de markt wordt gebracht, kan Nederland er baat bij hebben dat de klinische proeven in Nederland worden uitgevoerd. Om de duur van de vergunningsprocedure te mitigeren heeft de Nederlandse overheid een verbeterplan opgesteld en verschillende maatregelen genomen. Zo is de beslistermijn voor IM-vergunningaanvragen in het kader van COVID-19 naar maximaal 28 dagen verkort en is er een ontwerpbesluit voor een generieke verkorting van de beslistermijn van IM-vergunningen voor klinische proeven met GGO's gepubliceerd. Wij hopen dat dit de aftrap is van een snellere procedure voor klinisch onderzoek van andere geneesmiddelen en vaccins. Dit past immers in de ambitie van Nederland om Europees koploper te worden op het gebied van klinisch onderzoek.

In vergelijking met andere Europese landen staat de Nederlandse wetgeving aan een snelle ontwikkeling van vaccins in de weg.

21 'Clinical Trials in Europe: Recent Trends in ATMP Development', Alliance for Regenerative Medicine oktober 2019, pag. 8, alliancerm.org.

22 VIG, *Hoe wordt Nederland koploper op het gebied van klinisch onderzoek?*, <https://www.vereniginginnovatievegeneesmiddelen.nl/stream/folder-hoe-wordt-nederland-koploper-op-het-gebied-van-klinisch-onderzoek.pdf>.

23 *Kamerstukken II* 2018-2019, 27 428, nr. 361.

24 Motie van het lid Weverling over verbeterde regelgeving op het gebied van klinisch onderzoek naar genterapie van 3 juli 2019, *Tweede Kamer*, tweedekamer.nl.

25 *Kamsterstukken II* 2019-2020, 27 428, nr. 364.

26 Bijlage 'Adviesvraag 'Beoordeling van risico's voor derden bij genterapiestudies' van *Kamerstukken II* 2019-2020, 27 428, nr. 365.

27 *Kamerstukken II* 2019-2020, 27 428, nr. 365.

28 *Kamerstukken II* 2019-2020, 25 295, nr. 180.

29 Motie van het lid Veldman c.s. over de procedures voor klinische onderzoeken met spoed versnellen van 26 maart 2020, *Tweede Kamer*, tweedekamer.nl.

30 Regeling van de Minister van Infrastructuur en Waterstaat van 28 maart 2020, nr. IENW/BSK-2020/57427, houdende spoedmaatregelen met betrekking tot genterapie ter bestrijding van COVID-19 (Tijdelijke regeling afwijkende behandeling vergunningaanvragen genterapie in verband met bestrijding COVID-19).

31 Artikel 2 Tijdelijke regeling afwijkende behandeling vergunningaanvragen genterapie in verband met bestrijding COVID-19.

32 Voorpublicatie ontwerp van het besluit van 10 april 2020 tot wijziging van het Besluit genetisch gemodificeerde organismen milieubeheer 2013 (vervallen onderscheid II-k en II-v en wijziging procedure genterapie), *Stcrt.* 2020, 20466.

33 Snellere procedure vergunningen genterapie, 9 april 2020, *Rijksoverheid.nl*.

34 Beantwoording Kamervragen over brief over oplossen knelpunten genterapie, 23 januari 2020, *Rijksoverheid.nl*.



STRAFRECHT

Een scherper aangiftebeleid: de vervolging van voortgezette criminaliteit

1. Inleiding

Voorbeeldig gedrag tijdens detentie lijkt een utopie te zijn. Het uitzitten van een vrijheidsstraf in een penitentiare inrichting (PI) weerhoudt gedetineerden er namelijk lang niet altijd van om binnen de gevangensmuren strafbare feiten te plegen. Met betrekking tot deze voortgezette criminaliteit gaat het met name over drugshandel en mishandeling.¹ Dergelijke strafbare feiten kunnen niet onbestraft blijven. De Penitentiare Beginselenwet (Pbw) geeft de directeur van de PI de bevoegdheid om ordemaatregelen dan wel disciplinaire straffen op te leggen wanneer strafbare feiten zijn begaan. De directeur bevindt zichzelf hierbij in een conflict oplossende rol. De strafbare feiten die gedetineerden plegen, zijn, naast in strijd met de huisregels van de inrichting, in strijd met bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht of bijzondere strafrechtelijke bepalingen. Derhalve is ook de strafwet op hen van toepassing. Na aanleiding van een artikel uit *Sancties* over een onderzoek naar voortgezette criminaliteit in detentie, ben ik mij gaan verdiepen in hoe er met strafbare feiten wordt omgegaan in detentie.²

Waar ik in dit artikel op in wil gaan is de grens tussen het disciplinair straffen van de gedetineerde en het doen van aangifte waardoor de gedetineerde vervolgd kan worden voor het delict. De Pbw geeft niet aan wanneer het gepleegde feit binnen de muren van de PI kan worden afgehandeld en wanneer aangifte van het feit moet worden gedaan. De vraag die in dit artikel centraal staat is of het huidige aangiftebeleid aangescherpt dient te worden. Als eerste zal ik het huidige

stelsel van ordemaatregelen en disciplinaire straffen in de Pbw uiteenzetten (§2). Vervolgens bespreek ik het beklag die de gedetineerden kunnen instellen (§3). Daarna ga ik in op relevante voor- en tegenargumenten voor de aanscherping van het aangiftebeleid (§5 & 6). Als laatste maak ik een uitstapje naar de terbeschikkinggestelden (§7) om vervolgens af te sluiten met mijn conclusie (§8).

2. Het huidige sanctiestelsel

Het sanctiestelsel in de Pbw kent, net zoals het strafrechtelijke sanctiestelsel, een tweesporinstelsel.³ Dit houdt een onderscheid in tussen disciplinaire straffen en ordemaatregelen. Een disciplinaire straf kan ex artikel 50 lid 1 jo. lid 2 Pbw door de directeur aan de gedetineerde worden opgelegd wanneer de gedetineerde betrokken is bij feiten die onverenigbaar zijn met de orde of de veiligheid in de inrichting ofwel met de ongestoorde tenuitvoerlegging van de vrijheidsbenemende straf. Men spreekt in dit verband van 'strafbare feiten in penitentiair rechtelijke zin'.⁴ Welke delicten hieronder vallen is niet wettelijk geregeld. Neem bijvoorbeeld het handelen in drugs. Dit is volgens artikel 2 onder b en artikel 3 onder b Opiumwet verboden. Voor deze feiten staat respectievelijk ten hoogste acht en twee jaren gevangenisstraf.⁵ In de modelhuisregels voor penitentiare inrichtingen staat dat het bezit van drugs en wapens verboden is.⁶ Met het bezit ervan overtreedt de gedetineerde dus een strafbepaling en de regels die gelden in de PI. Het is dan de vraag op welke wijze de gedraging dient te worden afgedaan.



J. Ghielen

Jurre Ghielen is vierdejaars student Recht & Management en momenteel bezig met de masterspecialisatie Strafrecht.

¹ W. Thijssen, 'Veel gedetineerde gaan in de cel door met drugshandel, smokkel of afpersing', *De Volkskrant* 18 december 2018. 'Voortgezette criminaliteit' of 'voortgezet crimineel handelen' zijn termen waarmee criminele activiteiten in detentie worden aangemerkt, zie bijv.: *Kamerstukken II 2018/19*, 24587, 742 (Kamerbrief).

² M.M. Kommer & P.C. Vechter, 'Voortgezet crimineel handelen tijdens detentie', *Sancties* 2020/5, afl. 1.

³ F. W. Bleichrodt & P.C. Vegter, *Sanctierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 252.

⁴ Kenniscentrum Commissie van Toezicht, *Disciplinaire straffen gevangeniswezen*, geraadpleegd op 9 april 2020, <https://www.commissievantoezicht.nl/dossiers/disciplinairestraffen/disciplinaire-straffen-gevangeniswezen/>.

⁵ Artikel 10 lid 1 jo. artikel 11 lid 2 Opiumwet.

⁶ Artikel 4.5.1. Bijlage Regeling modelhuisregels penitentiare inrichtingen.

Bij het overtreden van regels die gelden binnen de PI's speelt het legaliteitsbeginsel een rol. De gedetineerden kunnen pas bestraft worden wanneer zij van tevoren van de geldende regels op de hoogte waren.⁷ De directeur dient hiervoor zorg te dragen (artikel 56 Pbw).⁸

Men spreekt in dit verband van 'strafbare feiten in penitentiair rechtelijke zin'.

De ordemaatregelen worden geregeld in de artikelen 23 tot en met 25 Pbw. De directeur heeft de bevoegdheid om de gedetineerde uit te sluiten van deelname aan activiteiten. Dit kan wanneer het van belang is voor de handhaving van de orde dan wel voor een ongestoorde tenuitvoerlegging van de vrijheidsbeneming. Maar ook wanneer dit ter bescherming van de betrokken gedetineerde noodzakelijk is, ingeval van ziekte van de gedetineerde of wanneer de gedetineerde dit verzoekt en de directeur het verzoek uitvoerbaar oordeelt.

Bij het overtreden van regels die gelden binnen de PI's speelt het legaliteitsbeginsel een rol. De gedetineerden kunnen pas bestraft worden wanneer zij van tevoren van de geldende regels op de hoogte waren.

3. Procedure van beklag en beroep

Tegen de hierboven beschreven opgelegde sancties kan de gedetineerde optreden. Net zoals na een veroordeling door de strafrechter in eerste aanleg, is er voor de gedetineerde de mogelijkheid om tegen het besluit van de directeur actie te ondernemen bij een hogere instantie. De gedetineerde kan beklag doen bij de beklagcommissie (artikel 60 lid 1 Pbw). De beklagcommissie is benoemd door de Commissie van Toezicht en bestaat uit drie leden (artikel 62 lid 1 Pbw). Bij voorkeur wordt de beklagcommissie voorgezeten door een met rechtspraak belast lid van de rechterlijke macht.⁹ De beklagcommissie bekijkt of de beslissing van de directeur in strijd is met penitentiaire regelgeving, wettelijke voorschriften en verdragsbepalingen (artikel 68 lid 2 onder a Pbw).

De beklagcommissie dient slechts te beoordelen of de directeur in redelijkheid tot zijn beslissing had kunnen komen (artikel 68 lid 2 onder b Pbw).

Tegen de uitspraak van de beklagcommissie kan zowel de gedetineerde als de directeur beroep instellen bij de Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (RSJ) (artikel 69 lid 1 en 2 jo. artikel 6 Pbw). De gedetineerde dan wel de directeur maakt het beroep aanhangig door het indienen van een met redenen omkleed beroepschrift (artikel 69 lid 1 Pbw). De RSJ kan het beroep afdoen met drie verschillende uitspraken, te weten: niet-ontvankelijk verklaren van het beroep, bevestigen van de uitspraak van de beklagcommissie of het vernietigen van de uitspraak van de beklagcommissie. Indien van de laatste mogelijkheid sprake is, doet de beroepscommissie wat de beklagcommissie had horen te doen (artikel 71 lid 3 Pbw). De RSJ kan de zaak ook terugwijzen naar de beklagcommissie wanneer de feiten onduidelijk zijn, nader onderzoek op inrichtingsniveau is afgewezen en de beroepsmogelijkheid behouden dient te blijven.¹⁰ Dit gebeurt slechts incidenteel.¹¹

4. 'Recht doen, kansen bieden'.

De vraag of en hoe de huidige wijze van het disciplinair straffen en het doen van aangifte moet worden aangescherpt, is al een aantal jaren een punt op de politieke agenda. In zijn visie 'Recht doen, kansen bieden. Naar effectieve gevangenisstraffen' is de minister voor Rechtsbescherming, Sander Dekker, kort ingegaan op het aangiftebeleid voor de directeur.¹² Hierin haalt de minister aan dat agressie en geweld tegen personeel van de PI nooit wordt getolereerd en dat hiervan altijd aangifte wordt gedaan. Vervolgens stelt hij dat ook in andere gevallen waarin een disciplinaire straf niet zal volstaan, de directeur aangifte kan doen. Mijns inziens geeft dit nog geen duidelijk kader waarbinnen de directeur aangifte dient te doen. Wat precies onder 'gevallen waarin een disciplinaire straf niet zal volstaan' dient te vallen is niet duidelijk. Ervan uitgaande dat van een dergelijk geval sprake is, kan de directeur aangifte doen. Er lijkt nog een zekere beleidsvrijheid aan de directeur toe te komen. Tot dusver is er nog geen uniform kader. De minister vermeldt echter wel dat de Dienst Justitiële Inrichtingen (DJI) samen met de politie en het Openbaar Ministerie in overleg treedt om afspraken te maken over de gevallen waarin aangifte dient te worden gedaan.

In de eerste voortgangsbrief van de visie 'Recht doen, kansen bieden' van 11 juli 2019 is de minister nog niet ingegaan op de

intensivering van het aangiftebeleid.¹³ Er lijken dus wel plannen te zijn om de directeur handvatten te bieden voor het aangiftebeleid.¹⁴ De vraag is nu of er een scherper aangiftebeleid dient te komen, en zo ja, waarom.

5. Naar een aangescherpt aangiftebeleid?

Na besproken te hebben hoe het huidige sanctiestelsel en aangiftebeleid er momenteel uitziet, beargumenteer ik hierna waarom het aangiftebeleid al dan niet aangescherpt dient te worden. Gekeken wordt naar de beginselen van rechtsburgerschap en rechtsgelijkheid, de preventieve werking van het doen van aangifte en de inconsistentie van het aangiftebeleid.

5.1 Rechtsburgerschap en rechtsgelijkheid

Het uitgangspunt is dat een gedetineerde een rechtsburger is, zoals ieder andere burger.¹⁵ Voor de gedetineerde houdt dit in dat hij of zij aanspraak moet kunnen maken op zijn of haar rechten in een beklagprocedure op tegenspraak, die met voldoende waarborgen is omkleed.¹⁶ Daarnaast moet hij of zij, indien gewenst, worden voorzien van rechtsbijstand en moet de gedetineerde zich kunnen verweren tegen een hem treffende beslissing.¹⁷ Het uitgangspunt van rechtsburgerschap heeft onder andere tot gevolg dat de gedetineerde passief kiesrecht heeft.¹⁸ Hoe zit het met een beroep op de andere grondrechten? Artikel 15 lid 4 Grondwet stelt dat een gedetineerde in zijn grondrechten kan worden beperkt. Dit impliceert dat de grondrechten in beginsel ook voor de gedetineerden gelden.

Het rechtsburgerschap houdt voor de burger niet alleen rechten in, maar ook plichten. De gedetineerde moet zich, ook binnen de muren van de PI, aan de wet houden.

Het rechtsburgerschap houdt voor de burger niet alleen rechten in, maar ook plichten.¹⁹ De gedetineerde moet zich,

ook binnen de muren van de PI, aan de wet houden. Wanneer de gedetineerde een strafbaar feit begaat, overtreedt hij hiermee een wettelijk voorschrift uit het Wetboek van Strafrecht of een van de bijzondere strafwetten. Zou de gedetineerde dan ook per definitie volgens deze wettelijke bepaling gestraft moeten worden? Vanuit het beginsel van rechtsgelijkheid gezien zou het antwoord ja zijn. Net zoals iedere burger met rechtsburgerschap moet de gedetineerde deze wettelijke voorschriften naleven. Het gaat over feiten die voor eenieder strafbaar zijn en niet louter om penitentiair rechtelijke vergrijpen. Wanneer een gedetineerde 'slechts' disciplinair gestraft wordt voor mishandeling terwijl een verdachte buiten de PI voor een soortgelijk feit wordt vervolgd, kan dit worden beschouwd als in strijd met het beginsel van rechtsgelijkheid. Gelet op de beginselen van rechtsburgerschap en rechtsgelijkheid is er derhalve wel degelijk iets te zeggen voor een scherper aangiftebeleid.

Tegen het bovenstaande is in te brengen dat binnen PI's toch een andere cultuur heerst dan in de maatschappij ertbuiten. De vrijheidsbenemende straffen dienen ter bescherming van de maatschappij, maar er wordt ook gewerkt aan resocialisatie (artikel 2 Pbw) en daarmee verbetering van het gedrag. Het is wellicht te veel om van de gedetineerde te verwachten zich direct voorbeeldig te gedragen in de gevangenis en zijn gedrag van de een op de andere dag volledig om te gooien. Het blijkt zelfs dat de gemiddelde gedetineerde kampt met verminderde zelfcontrole.²⁰ De gevangenisstraf betreft nu eenmaal een geleidelijk proces van verbetering. Neem bijvoorbeeld verslaafden. De PI dient voor hen tevens als een afkickkliniek. Het is enigszins begrijpelijk dat er behoefte is aan drugs. Het is immers algemeen bekend dat afkicken een lastig proces is. De drugshandel maakt wel een inbreuk op de orde en veiligheid in de inrichting, maar het lijkt dan niet direct nodig om hier aangifte van te doen.

7 F. W. Bleichrodt & P.C. Vegter, *Sanctierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 252.

8 Dit dient bijvoorbeeld te worden gedaan door het plaatsen van een kopie van de huisregels en Pbw, in de juiste taal, op de cel.

9 F. W. Bleichrodt & P.C. Vegter, *Sanctierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 272.

10 F. W. Bleichrodt & P.C. Vegter, *Sanctierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 287.

11 F. W. Bleichrodt & P.C. Vegter, *Sanctierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 287.

12 Rapport 'Recht doen, kansen bieden. Naar effectieve gevangenisstraffen', *Kamerstukken II 2017/18*, 29279, 439.

13 *Kamerstukken II 2018/19*, 29279, 532.

14 B.C.M. Raes, 'Behandelen en bestraffen', *DD 2018/60*, afl. 9, p. 747-748.

15 J. de Lange & P. Mevis, 'De gedetineerde als rechtssubject; algemene aspecten van de rechtspositie van gedetineerden' in: Muller e.a. (red.), *Detentie*, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2009, p. 373-420.

16 C. Kelk, 'Verschuivende mensbeelden van gedetineerden', in: J.A.A.C. Claessen & D. de Vocht (red.), *Humaan strafwerk. Liber amicorum Gerard de Jonge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 189.

17 C. Kelk, 'Verschuivende mensbeelden van gedetineerden', in: J.A.A.C. Claessen & D. de Vocht (red.), *Humaan strafwerk. Liber amicorum Gerard de Jonge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 189.

18 F. W. Bleichrodt & P.C. Vegter, *Sanctierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 121.

19 C. Kelk & M. Boone, 'Een normatief-juridische optiek', *Nederlands Detentierecht 2015/2*, 3.2, p. 15.

20 S. Ligthart e.a., 'De Nederlandse detentieuomgeving en het resocialisatiebeginsel', *NJB 2018/629*, p. 927.

Daarentegen kan het in toenemende mate vervolgen van strafbare feiten, gepleegd door gedetineerden, een preventieve werking hebben. Wanneer duidelijk is dat drugsgebruik niet wordt getolereerd en tot aangifte en vervolging zal leiden, zou de afnemering van drugsgebruik een logisch gevolg zijn. Per 1 november 2019 is de toevoer van onder andere drugs in de PI's al bemoeilijkt door de invoering van artikel 429a Wetboek van Strafrecht (Sr). Dit artikel maakt het mogelijk om de bezoeker die verboden middelen de PI binnensmokkelt of poogt binnen te smokkelen te vervolgen en te bestraffen.²¹ Dit zal de toevoer en de handel binnen de inrichting echter niet volledig tegenhouden omdat het denkbaar is dat er nog steeds succesvolle smokkelacties blijven bestaan. Een strenger aangifte beleid zou wellicht, gezien de consequenties, het drugsgebruik doen afnemen.

5.2 Meer consistentie in aangiftebeleid

Een andere reden voor de invoering van een scherper aangiftebeleid is dat het aangiftebeleid per PI en zelfs per afdeling binnen de inrichting, kan verschillen.²² Door het opstellen van wettelijke voorschriften, die regelen wanneer de directeur aangifte *moet* doen, wordt de inconsistentie tussen de PI's weggenomen. Ook hier komt het argument van rechtsgelijkheid om de hoek kijken. Het zou mijns inziens onverenigbaar zijn met dit beginsel wanneer de gedetineerde in PI Arnhem slechts een disciplinaire straf krijgt terwijl de gedetineerde uit PI Rotterdam wordt vervolgd voor een soortgelijk delict. De omstandigheden waaronder eenzelfde delict worden begaan kunnen natuurlijk verschillen, maar toch zou in beginsel eenzelfde aangiftebeleid dienen te gelden.

Omtrent drugsgerelateerde feiten is op 10 december 2014 al het Drugsontmoedigingsbeleid en verslavingszorg gevangeniswezen aangenomen.²³ Hierin is een geüniformeerd aangiftebeleid opgenomen die de directeur laat zien voor welke drugsfeiten en hoeveelheden drugs hij aangifte dient te doen. Het drugsontmoedigingsbeleid is gebaseerd op de Aanwijzing Opiumwet van het Openbaar Ministerie. Wat betreft drugs uit Lijst II van de Opiumwet is in het drugsontmoedigingsbeleid vijf gram als minimum opgenomen voor het doen van aangifte. Alles wat onder de vijf gram valt wordt wel vernietigd, en zal een disciplinaire straf of maatregel opleveren, maar zal niet leiden tot een aangifte.

Net als in de maatschappij buiten de PI worden bepaalde hoeveelheden softdrugs gedoogd.²⁴ Gezien het beginsel van rechtsgelijkheid zou dit gedoogbeleid inderdaad ook voor de gedetineerden moeten gelden.

Net als in de maatschappij buiten de PI worden bepaalde hoeveelheden softdrugs gedoogd. Gezien het beginsel van rechtsgelijkheid zou dit gedoogbeleid inderdaad ook voor de gedetineerden moeten gelden.

6. Op naar een nieuw aangiftebeleid?

In mijn optiek is met het drugsontmoedigingsbeleid een goede start gemaakt met het reguleren van het aangiftebeleid. Om het idee van een scherper aangiftebeleid te bewerkstelligen zijn duidelijke regels nodig. Het is wellicht wat te veel gevraagd om voor iedere categorie strafbare gedragingen een aangiftebeleid op te stellen. Naar mijn mening zou een integraal aangiftebeleid de oplossing kunnen bieden. Dit houdt simpelweg het volgende in: wanneer in strijd met een strafbepaling wordt gehandeld, zowel commune als bijzondere, dient de directeur aangifte te doen. Er dient echter wel ruimte te zijn voor gecodificeerde uitzonderingen. Voor hennep wordt het bezit van een gebruikershoeveelheid van vijf gram gedoogd.²⁵ Wanneer een gedetineerde wordt betrap met een hoeveelheid die de grens van vijf gram niet overschrijdt, zou van aangifte afgezien moeten worden. Dit houdt echter niet in dat het bezit van een gebruikershoeveelheid hennep is toegestaan in de PI. De directeur kan de gedetineerde evengoed disciplinair straffen, ook al leidt de overtreding niet tot aangifte. Vanuit mijn oogpunt is het, met betrekking tot niet vastgelegde uitzonderingen, niet aan de directeur om over de strafbaarheid van de feiten te beslissen, maar aan de rechtspraak. Het is immers niet de taak van de directeur om als *judge and executioner* op te treden.²⁶

Het is immers niet de taak van de directeur om als judge and executioner op te treden.

Wanneer de directeur sneller aangifte moet doen, betekent dit dan dat de gedetineerde niet meer disciplinair gestraft kan worden? De Hoge Raad heeft in zijn uitspraak van 15 mei 2012 geoordeeld dat het vervolgen van de gedetineerde, nadat hij al disciplinair gestraft is, niet in strijd is met het ne bis in idem-beginsel.²⁷ Het verwijt wat de gedetineerde wordt gemaakt wanneer deze disciplinair gestraft wordt, is dat hij betrokken is geraakt bij feiten die niet verenigbaar zijn met de orde of veiligheid van de inrichting dan wel met de ongestoorde tenuitvoerlegging van de vrijheidsbenemende straf. Dit verwijt verschilt juridisch gezien van het verwijt dat ten grondslag ligt aan de tenlastelegging.²⁸ Het verwijt bij de tenlastelegging ziet op het handelen in strijd met een wettelijk voorschrift.²⁹ Wanneer een gedetineerde een medegedetineerde bedreigt met een mes, ligt de bedreiging ten grondslag aan de tenlastelegging en niet de verstoring van de orde en veiligheid dan wel de ongestoorde uitoefening van de tenuitvoerlegging.

Hoe zou de directeur dan met disciplinaire straffen moeten omgaan met betrekking tot feiten waarvoor hij aangifte dient te doen? Mijns inziens is de directeur vrij om dan alsnog disciplinaire straffen op te leggen. Wanneer een puber wordt gearresteerd voor winkeldiefstal, hoeft dit niet te betekenen dat zijn ouders hem geen huisarrest of een andere straf op mogen leggen. Gezien de verschillende redenen die ten grondslag liggen aan de disciplinaire straf dan wel de straf opgelegd door de strafrechter, zou de directeur desondanks de gedetineerde disciplinair mogen straffen.

Dat een ander verwijt ten grondslag ligt aan de disciplinaire straf, dan wel de door de strafrechter opgelegde straf, kan tevens als argument dienen waarom de directeur eerder en vaker aangifte dient te doen. Indien een strafbaar feit wordt begaan, dient hiernaar gehandeld te worden.

7. Aangiftebeleid in tbs-kliniek

Zou een aangescherpt en uniform aangiftebeleid ook moeten worden doorgevoerd in een tbs-kliniek? Ook in een tbs-kliniek kunnen disciplinaire sancties worden opgelegd (artikel 48 jo. 49 Beginselenwet TBS). Net zoals bij de disciplinaire sancties in de Pbw is ook hier een verstoring van de orde of veiligheid vereist (artikel 48 lid 1 Beginselenwet TBS). Daarnaast moet de terbeschikkinggestelde verantwoordelijk kunnen worden gesteld voor zijn gedragingen. Zo niet, dan kan diegene geen disciplinaire sanctie worden opgelegd (artikel 49 lid 6 Beginselenwet TBS). Voor de oplegging van tbs is een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens vereist tijdens het begaan van het delict (artikel 37a lid 1 Sr). Wanneer een gedraging als bedoeld in artikel 48 lid 1 Beginselenwet TBS wordt begaan onder invloed van die gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis, kan derhalve niet worden gesanctioneerd.³⁰ Wegens de gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis ben ik van mening dat een aangescherpt en uniform aangiftebeleid niet moet worden gehanteerd voor terbeschikkinggestelden. Dit omdat de strafbare feiten onder invloed van die gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis kan zijn gepleegd en de toerekenbaarheid derhalve per geval kan verschillen. In beginsel zou het aangiftebeleid wel als basis kunnen dienen, maar moet per individueel geval gekeken worden naar de psychische toestand en de toerekenbaarheid van de terbeschikkinggestelde.

In beginsel zou het aangiftebeleid wel als basis kunnen dienen, maar moet per individueel geval gekeken worden naar de psychische toestand en de toerekenbaarheid van de terbeschikkinggestelde.

21 A.J. Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Remmelink Strafrecht*, artikel 429a Sr, aant. 2.

22 Kenniscentrum Commissie van Toezicht, *Disciplinaire straffen gevangeniswezen*, geraadpleegd op 9 april 2020, <https://www.commissievantoezicht.nl/dossiers/disciplinairestraffen/disciplinaire-straffen-gevangeniswezen/>

23 Drugsontmoedigingsbeleid en verslavingszorg gevangeniswezen, uitvoeringsbesluit van Directie Gevangeniswezen van de Dienst Justitiële Inrichtingen, 10 december 2014.

24 Zie artikel 11 lid 6 Opiumwet en Aanwijzing Opiumwet.

25 T. Blom, in: *T&C Strafrecht* 2019, art. 3 Opw, aant. 5b.

26 Dit valt niet binnen de taken van de directeur (artikel 5 Pbw). Dit heeft betrekking op strafbare feiten en niet het sanctioneren van het overtreden van de huisregel.

27 HR 12 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5166, NJ 2012/327, m.nt. A.H. Klip.

28 HR 12 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5166, NJ 2012/327, m.nt. A.H. Klip.

29 HR 12 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5166, NJ 2012/327, m.nt. A.H. Klip.

30 S. Struijk, in: *T&C Strafrecht* 2019, art. 49 Beginselenwet TBS, aant. 2b.

8. Conclusie

Gedetineerden zijn rechtsburgers, zij hebben zowel rechten als plichten. De strafwetgeving dient in dezelfde mate op gedetineerden van toepassing te zijn, zoals die van toepassing is op de vrije burger. Zou het door de gedetineerde gepleegde feit buiten de gevangenis tot vervolging en bestraffing leiden, dan dient dit ook te gebeuren binnen de gevangenis. Het feit dat de gedetineerde al een straf aan het uitzitten is mag hier geen afbreuk aan doen. Idealiter komt er een wettelijke grondslag die de directeur verplicht aangifte te doen van een strafbaar feit. Ik ben mij ervan bewust dat in de praktijk de vrije burger niet altijd aangifte doet van bijvoorbeeld mishandeling, maar ik vind dat van strafbare feiten binnen de PI wél aangifte moet worden gedaan. De vrijheidsbenemende straf heeft ook een resocialisatiedoel. Duidelijk moet worden gemaakt dat het begaan van strafbare feiten consequenties met zich meebrengt. Het is dan uiteindelijk aan het OM om te bepalen om tot vervolging over te gaan. Hoe moet het dan verder met de disciplinaire bestraffingen? Aangezien aan de disciplinaire bestraffing een andere verwijtbaarheid ten grondslag ligt dan aan de bestraffing door de strafrechter, zou de directeur naast het doen van aangifte nog kunnen overgaan tot het intern disciplineren. Nu blijkt dat een disciplinaire straf én een straf opgelegd door de strafrechter niet in strijd is met het ne bis in idem-beginsel, kunnen deze sancties naast elkaar blijven bestaan. Doordat aan beide sancties een andere verwijtbaarheid ten grondslag ligt, ben ik van mening dat de directeur voor feiten waarvoor hij aangifte moet doen de gedetineerde ook nog intern kan bestraffen.





OPINIE

Toga's, maatpakken en hoofddoeken: kledingvoorschriften in de rechtszaal

1. Inleiding

Stel, u maakt een zaak aanhangig bij de bestuursrechter. U betreedt de rechtszaal en de rechters dragen een zwarte toga met een witte bef. Besluit u na de uitspraak in hoger beroep te gaan, komt u terecht bij de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State (hierna: ABRvS). De leden van de rechtbank dragen geen toga, maar veelal een mooi maatpak. Had u in het Verenigd Koninkrijk een zaak aanhangig gemaakt, was de situatie nog anders geweest: de rechter had naast een toga ook een pruik gedragen.

In deze bijdrage tracht ik na te gaan waarom deze verschillen bestaan en wat dit betekent voor de waarde van de toga. Na een beschouwing van de kledingvoorschriften, hun achterliggende betekenis en hun geschiedenis in Nederland (§1), bespreek ik de problemen die ervaren worden met de kledingvoorschriften (§2). Hierna maak ik een rechtsvergelijking met een aantal van de andere lidstaten bij het EVRM (§3) en kijk ik naar de voor- en nadelen van het behouden of afschaffen van de voorschriften in Nederland (§4). Uiteindelijk weeg ik in de conclusie (§5) mijn bevindingen af om tot een antwoord te komen op de centrale vraag: "Welke kledingvoorschriften zouden moeten bestaan voor rechters?"

2. De kledingvoorschriften en hun betekenis

Dat de rechter een toga en een bef dragen is zelfs menig leek welbekend. De kledingvoorschriften voor rechters staan beschreven in het Kostuum- en tituluurbesluit rechterlijke organisatie uit 1997 (hierna: Togabesluit). Dit besluit gaat een stuk verder dan enkel het bepalen wat een rechter dient te dragen. Ter illustratie: in de zeer minutieuze bepalingen

van het besluit staat onder andere beschreven hoe breed de kraag van de toga moet zijn¹ en van welke stof de bef bij voorkeur gemaakt is.²

In de zeer minutieuze bepalingen van het besluit staat onder andere beschreven hoe breed de kraag van de toga moet zijn¹ en van welke stof de bef bij voorkeur gemaakt is.

2.1 Motieven

De - bijna lachwekkend - specifieke bepalingen zijn niet in 1997 uit de lucht komen vallen. De geschiedenis van de toga en de bef zijn terug te leiden naar Napoleon Bonaparte. Hij voerde vanaf 1790 kledingvoorschriften in, waaronder de plicht voor alle rechters om ter zitting een toga te dragen.³ Bij Napoleon vinden we ook een eerste beschrijving van de motivatie achter de kledingvoorschriften. Van Hout noemt dat Napoleon van mening was dat "de tijd rijp [was] om het aanzien en gezag van de rechterlijke macht tot uitdrukking te laten komen in de kleding."⁴

Dat was dus een reden om de rechter een toga te laten dragen: de toga straalt aanzien en gezag uit. Het geven van aanzien en gezag is echter niet het enige motief achter de togaplicht. De toga is er ook om de nadruk te leggen op het ambt

¹ Art. 3 lid 1 Kostuum- en tituluurbesluit rechterlijke organisatie.

² Art. 10 lid 1 Kostuum- en tituluurbesluit rechterlijke organisatie.

³ *Bulletin des lois de la République française*, 1 (aug. 1789-sept. 1790), p. 399-401 (bronvermelding kan wegens ouderdom incompleet zijn).

⁴ M.B.A. van Hout, 'Van tabbaard tot toga', in: L.J.A. Pieterse (red.), *Van Mens tot Mens. Vriendenbundel aangeboden aan Harrie van Mens ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar belastingrecht aan de Universiteit van Utrecht op vrijdag 18 maart 2011*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 135-145.



Thijmen van Hoorn

Thijmen van Hoorn is masterstudent Burgerlijk recht en secretaris van Pleitgenootschap Rota Carolina.



in plaats van de persoon van de rechter.⁵ Dat zorgt er volgens de Raad voor de rechtspraak voor dat onpartijdigheid en onafhankelijkheid worden uitgedrukt.⁶

De toga straalt aanzien en gezag uit.

Aanzien, gezag en neutraliteit lijken dus het doel van de kledingvoorschriften te zijn. Verdere doelen zijn niet te vinden: het Togabesluit heeft geen nadere toelichting en spreekt dus niet over de motivatie achter de kledingvoorschriften.

2.2 Historische ontwikkeling

Sinds 1790 wordt dus minutieus voorgeschreven hoe de rechter zich moet kleden, maar de praktijk laat zeker de laatste jaren iets anders zien. Een sprekend voorbeeld van hoe de praktijk in de afgelopen eeuw is af gaan wijken van de voorschriften is de baret. Volgens het Togabesluit is de baret namelijk ook onderdeel van het ambtskostuum van de rechter.⁷ Toch wordt de baret tegenwoordig vrijwel nooit meer gedragen. In mijn zoektocht naar de vraag waarom een toga wordt gedragen vind ik het opmerkelijk om te zien dat dit kledingvoorschrift vrijwel volledig is komen te vervallen. Is de baret niet meer van toegevoegde waarde voor het aanzien, het gezag en de neutraliteit? Of is de baret net als de meeste andere hoofddeksele simpelweg “uit de mode” geraakt? Uit mijn onderzoek heb ik niet kunnen afleiden dat er één specifieke reden bestaat voor het vervallen van de baret als onderdeel van het ambtskostuum van de rechter. Wat de reden erachter ook mag zijn, door het verdwijnen van de baret is duidelijk geworden dat de regels omtrent het ambtskostuum niet in beton gegoten zijn. Dit wordt nog eens benadrukt door allerlei andere kleine bepalingen in het Togabesluit die in de praktijk geen navolging (meer) krijgen: waar zijde, moiré en batist worden voorgeschreven als stoffen en weefsel waarvan de kleding gemaakt dient te worden, wordt toch vaak kunststof gebruikt.⁸

Door het verdwijnen van de baret is duidelijk geworden dat de regels omtrent het ambtskostuum niet in beton gegoten zijn.

Hoewel de kledingvoorschriften zelfs na 230 jaar nog niet worden losgelaten, zijn de regels niet zo rigide zijn als het Togabesluit zou doen denken. Wat met de baret is gebeurd, zou eventueel uiteindelijk ook kunnen gebeuren met de toga en de bef. Het verdwijnen van de toga en de bef ligt zeker niet voor de hand. Het dragen ervan wordt als een vanzelfsprekendheid gezien en wordt in de literatuur vrijwel niet in twijfel getrokken.

Het is natuurlijk zeker zo dat de toga het beeld van de rechter als hoge magistraat versterkt. Ik verwacht ook dat de rechter er baat bij heeft dat de uitstraling van zijn ambtskleding ontzag afdwingt. Tevens helpt de toga de rechter om “inzijn rol te kruipen”.⁹ Ook acht ik het zeker zo dat een toga altijd meer bijdraagt aan onafhankelijkheid en onpartijdigheid dan welke andere kleding dan ook; er valt immers geen partijdigheid te deduceren uit de kledingkeuze van de rechter wanneer deze kledingkeuze van hogerhand is opgelegd.

3. Problemen met de kledingvoorschriften

Het dragen van een toga is natuurlijk niet direct problematisch en lijkt misschien slechts een studeerkamerprobleem. Natuurlijk kan het als gedachtenexperiment interessant zijn om vanzelfsprekendheden aan de tand te voelen, maar tot aanpassing van de wet hoeft dat in principe niet te leiden. Dit lijkt mij pas aan de orde wanneer concrete problemen en onregelmatigheden ontstaan. In het geval van de kledingvoorschriften komt dit voor, waardoor de discussie de studeerkamer uit wordt getrokken. Omtrent de kledingvoorschriften zijn namelijk lastige kwesties ontstaan.

3.1 Neutraliteit vs. diversiteit

Te beginnen met de bekendste kwestie: de rechter en de hoofddoek. In 2001 en 2016 hebben de Commissie Gelijke Behandeling en het College voor de Rechten van de Mens in twee losstaande zaken moslima's in het gelijk gesteld die als griffier een hoofddoek wilden dragen.¹⁰ De argumentatie was dat bevolkingsgroepen op voorhand worden uitgesloten van functies in de rechtspraak als de hoofddoek niet gedragen mag worden. Deze beslissingen waren zeer controversieel. Ze veroorzaakten een debat over wat belangrijker is in de rechterlijke macht: een strikt neutrale uitstraling of diversiteit. Grapperhaus stelde, mijns inziens terecht, dat de rechterlijke macht als afspiegeling van de samenleving niet per se een afvaardiging van de samenleving hoeft te zijn.¹¹ Hoewel diversiteit nagestreefd moet worden, betekent dat niet dat van alles zonder meer toegestaan moet worden.

Waar moet de grens tussen diversiteit en eenheid dan liggen? Van der Burg stelt dat de rechterlijke macht eenheid moet hebben qua rituelen en vormen ‘voor zover ze noodzakelijk zijn om een inhoudelijk beginsel te realiseren, zoals de principes van hoor en wederhoor en van onpartijdigheid’.¹² Voor de rest moet er ruimte zijn voor diversiteit. De vraag is dan wat nodig is om het beginsel van neutraliteit te realiseren. Onder artikel 6 EVRM is vastgesteld dat er een schijn van onafhankelijkheid en onpartijdigheid nodig is. Is deze schijn wel op te houden wanneer een rechter een religieus kledingstuk draagt? Een religieus kledingstuk zegt namelijk veel over hoe iemand in het leven staat en wat zijn persoonlijke opvattingen zijn. Zelfs al beïnvloedt de religie het oordeel van de rechter niet, de schijn van het tegendeel kan lastig op te houden zijn.

Aan de discussie over religieuze kledingstukken zou ik een volledig artikel kunnen wijden, maar voor de focus van deze bijdrage zal ik niet verder ingaan op deze discussie. Belangrijk om vast te stellen is dat het als een paal boven water staat dat de kledingvoorschriften te veel ruimte overlaten voor de vraag waar de neutraliteit ophoudt. De toga is klaarblijkelijk niet voldoende om de neutraliteit te waarborgen, anders was er niet zulke felle kritiek op een hoofddoek. Maar zeggen een kopsel, een bril, schoenen en sierraden niet net zo goed iets over de persoonlijke opvattingen van een rechter? Het is niet duidelijk waar de grens ligt.

3.2 De rechter in de 21e eeuw

Een opmerkelijke inconsistentie is te vinden wanneer men kijkt naar de modernisering van de rechtspraak. In de afgelopen jaren wordt er veel meer geprocedeerd, de rechterlijke macht gebruikt meer digitale hulpmiddelen en de rechtspraak wordt steeds minder formalistisch. Toch wordt nog steeds vastgehouden aan 230 jaar oude kledingvoorschriften. Moet de rechter hierin niet meer met zijn tijd mee gaan? Leidt een toga in de huidige maatschappij nog wel tot het gewenste aanzien en gezag? Bestaan er niet andere doelen die enkel bereikt kunnen worden wanneer de rechter de toga juist aan de kapstok laat hangen?

De toga wordt door sommigen gezien als een verwezenlijking van het stoffige, archaïsche beeld dat in de samenleving bestaat omtrent de rechtspraak. Dit wordt ook onderschreven door juristen. De bekende advocaat Spong noemde de toga ouderwets.¹³ Brenninkmeijer noemt de toga in één adem met de hoge stapels papier en kroontjespen als voorbeeld van de archaïsche uitstraling van Nederlandse rechters.¹⁴

In dit verband betreft hij de vraag of rechters niet in een ivoeren toren leven; of rechters wel meekrijgen wat er in de samenleving gebeurt.

De toga wordt door sommigen gezien als een verwezenlijking van het stoffige, archaïsche beeld dat in de samenleving bestaat omtrent de rechtspraak.

Om haar geloofwaardigheid te behouden lijkt mij dat de rechtspraak zich moet inzetten om dit beeld te voorkomen. Dat heeft de rechtspraak dan ook gedaan in de afgelopen jaren. Aspecten van de klassieke procedure zijn veranderd of verdwenen: ‘de rechter levert (...) meer maatwerk’.¹⁵ De rechter wordt ook meer benaderbaar. Maatwerk en benaderbaarheid worden veelal bereikt door het minder strak hanteren van de klassieke regels in de rechtszaal. Zo ziet men dat het klassieke pleidooi in groot tempo vervangen wordt door een dialoog tussen de procespartijen en de rechter. Ook is het taalgebruik steeds minder wollig en de rechtspraak zet zich in om uitspraken leesbaarder te maken voor de “gewone burger”.¹⁶ Het Promis-motiveringsmodel in het strafrecht is hier een duidelijk voorbeeld van. “Overwegende dat” is tegenwoordig nagenoeg verdwenen.

Als de overheid zich inzet voor het meer benaderbaar maken van rechtspraak vind ik het bijzonder om te zien dat de togaplicht nog bestaat. Dit valt misschien uit te leggen door te kijken naar de felle kritiek op het informeler worden van rechtspraak. Griffiths stelt dat een toga nodig is om het vertrouwen in de rechtspraak overeind te houden. Hij stelt dat een rechter herkenbaar moet zijn als dusdanig, omdat gewone mensen hun gelijken niet gehoorzamen.¹⁷ De rechter moet dus meer zijn dan een gelijke, hij moet zijn gezag kunnen uitoefenen. Dit bereikt hij onder andere door zijn rituele kleding.

Deze opvatting lijkt mij te kort door de bocht. Griffiths lijkt te miskennen dat absoluut gezag van de rechter niet altijd het hoofddoel moet zijn. Natuurlijk moet het gezag van de rechter altijd in stand worden gehouden, maar de rechter moet boven alles heldere communicatie ten doel stellen. Zonder heldere communicatie wordt waarheidsvinding lastiger en kunnen procespartijen en de maatschappij de gedachtesgang van de rechter minder goed volgen. Dit doet even-

⁵ Van Roij, in: *Cursus Belastingrecht* FBR.6.2.1.C.

⁶ ‘Rechtspraak houdt vast aan kledingvoorschrift rechter en griffier’, *NJB* 2016/1172, afl. 23, p. 1663.

⁷ Art. 2 lid 1 Kostuum- en tituluurbesluit rechterlijke organisatie.

⁸ Y. van Regteren Altena, ‘Mode in naam der wet’, *NRC Handelsblad* 19 september 1996.

⁹ W. van de Poll, ‘Een toga roept ontzag op’, *Trouw* 15 mei 2013.

¹⁰ CRM 26 mei 2016, ECLI:NL:XX:2016:34.

¹¹ F.B.J. Grapperhaus, ‘De vrijheid, de toga en het hoofddekje’, *Ondernemingsrecht* 2001, afl. 10, p. 287.

¹² W. van der Burg, ‘De rechterlijke macht en culturele en religieuze diversiteit’, *NJB* 2010/1650, afl. 31.

¹³ J. Nolles, ‘Wie kan er nog een toga maken?’, *De Volkskrant* 7 april 2015.

¹⁴ A.F.M. Brenninkmeijer, ‘De reorganisatie van de rechtspleging en de onafhankelijkheid van de rechter’, *NTM/NJCM-bull.* 2002, afl. 1, p. 9-29.

¹⁵ T. ten Kroode e.a., ‘Afscheid van de klassieke procedure? Een verslag van een afscheid en een weerzien’, *NJB* 2017/1514, afl. 28, p. 1967-1974.

¹⁶ *Jaarverslag 2018*, uitgave van de Raad voor de rechtspraak, www.jaarverslagrechtspraak.nl.

¹⁷ J. Griffiths, ‘Vertrouwen in de rechtspraak (vervolg)’, *NJB* 2011/1816, afl. 36, p. 2-7.

goed afbreuk aan het vertrouwen in de rechtspraak. Deze communicatie kan worden bevorderd door het minder formeel maken van de procedure. In een rechtszaal waar autoriteit en formele omgangsregels centraal staan zullen partijen minder gestimuleerd worden om hun verhaal te doen, terwijl zij dat in een gesprek van mens tot mens wel worden. Een toga stimuleert partijen minder tot het doen van hun verhaal. Een toga straalt immers autoriteit uit; het maakt een rechter een imposant figuur om naar te kijken en creëert een zekere afstand. Het weglaten van de toga kan dus een goede volgende stap zijn om heldere communicatie te bereiken.

Natuurlijk moet het gezag van de rechter altijd in stand worden gehouden, maar de rechter moet boven alles heldere communicatie ten doel stellen.

Zelfs al zou men uitgaan van het gezag van de rechter als hoofddoel, zie ik niet in waarom de rechter een toga per uitsteking nodig heeft om zijn gezag te benadrukken. Men hoeft maar naar *De Rijdende Rechter* te kijken om te zien dat de toga niet van doorslaggevende waarde is: Frank Visser en John Reid geven 'de partijen er zelfs zonder toga van langs als zij muggen ziften'.¹⁸

3.3 Hitte

Als laatste benoem ik nog een simpel, praktisch bezwaar tegen de togaplicht: de hitte. Een groot zwart stuk stof is niet bepaald de ideale outfit wanneer de buitentemperaturen de 40 graden Celsius bereiken. In 2017 liepen de gemoederen in een rechtbank in België zo hoog op dat de rechters besloten hun toga uit te trekken.¹⁹ Wegens de binnentemperatuur van 27 graden was het voor de rechters niet mogelijk om zich nog te concentreren wanneer zij ook nog een toga moesten dragen. Een advocaat kwam in deze opmerkelijke toestand zelfs in een korte broek naar de zitting. Hoewel deze beslissing van de rechter een unicum was, is er toch een precedent geschapen. Ook in Nederland gaan geruchten dat de toga bij grote hitte soms uit gaat.²⁰

Een groot zwart stuk stof is niet bepaald de ideale outfit wanneer de buitentemperaturen de 40 graden Celsius bereiken.

4. De kledingvoorschriften in andere landen

Wanneer men het heeft over onafhankelijkheid en onpartijdigheid kan het EVRM niet onbesproken blijven. Omdat dit verdrag dezelfde minimumeisen stelt voor al haar lidstaten, is een rechtsvergelijking erg nuttig. Nederland kan eventueel veel leren wanneer wordt bekeken hoe de andere lidstaten bij het EVRM die onafhankelijkheid en onpartijdigheid invullen. In mijn onderzoek naar kledingvoorschriften springen drie lidstaten in het oog: het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Zweden.

4.1 Het Verenigd Koninkrijk

Te beginnen met het Verenigd Koninkrijk. De kledingvoorschriften in dit land zijn vrij bekend: naast een toga dragen rechters een pruik. Deze kledingvoorschriften zijn nog ouder dan de Nederlandse: de *Judges' Rules* kwamen al in 1635 tot stand. Bijna vier eeuwen later is er veel weerstand tegen de pruik, zeker in de oude koloniën van het Verenigd Koninkrijk. Vooraanstaande Ghanese advocaat Augustine Niber sprak over de pruik als symbool van intimidatie en angst in de rechtszaal²¹ en in Kenia zijn de klassieke voorschriften zelfs afgeschaft.²²

In het Verenigd Koninkrijk bestaat ook de discussie over het dragen van religieuze kleding in de rechtbank. Waar de kledingvoorschriften in Nederland strak werden gehandhaafd wanneer het ging over een religieus hoofddeksel, was de Engelse staat welwillender. De plicht voor sikhs om een dastaar, een soort tulband, te dragen is op een ingenieuze manier verenigd met de plicht om een pruik te dragen. Sikh-rechters dragen in de rechtbank een witte dastaar die zowel voldoet aan de voorschriften voor de dastaar als aan de voorschriften voor de rechterlijke pruik.²³ De fundamentele discussie over diversiteit lijkt met dit compromis gesloten te zijn.

Sikh-rechters dragen in de rechtbank een witte dastaar die zowel voldoet aan de voorschriften voor de dastaar als aan de voorschriften voor de rechterlijke pruik.

4.2 Ierland

De kledingvoorschriften in Ierland lijken in grote mate op die in het Verenigd Koninkrijk. Rechters dragen een toga en een pruik, hoewel de pruik tegenwoordig optioneel is. In Ierland gelden de kledingvoorschriften echter niet altijd. Naar aanleiding van een reeks wetgeving ter hervorming van het familie- en jeugdrecht is ook de procesvoering in zaken waar kinderen bij betrokken zijn veranderd: zittingen waarbij kinderen betrokken zijn moeten zo informeel mogelijk zijn. Daarom dienen de toga en pruik niet gedragen te worden.²⁴ De toga wordt dus uitgetrokken om de communicatie met en begrijpbaarheid voor kinderen te verbeteren. Dit lijkt op hetgeen ik eerder over Nederland schreef: gezag van de rechter kan niet altijd het einddoel zijn; om de communicatie te verbeteren moet de toga soms worden uitgetrokken. In Nederland bestaan voor het verhoor van kinderen speciale kamers waarin een rechter zonder toga met een kind kan praten. Dit blijkt ook nuttig te zijn: in een steekproef van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak gaven elf van de zestien onderzochte kinderen aan dat ze in een procedure liever gehoord zouden worden door een rechter zonder toga. Vier kinderen wilden juist een rechter met toga, één wist het niet.²⁵ Het feit dat een rechter zonder toga zo positief wordt ervaren laat zien dat het Ierse model veel meerwaarde zou kunnen hebben. Als kinderen het dermate fijner vinden om een rechter zonder toga te treffen, lijkt het mij belangrijk om hierop in te spelen.

4.3 Zweden

In Zweden geldt een compleet ander systeem dan in Nederland. Zweedse rechters hebben namelijk geen officiële ambtskleding.²⁶ Zweden is hierin tamelijk uniek, maar dat is te herleiden naar de algemene opvattingen over rechtspraak en openbaar bestuur in het land. Wanneer hij de autoriteit van het recht bekijkt, plaatst Dahlberg Zweden lijnrecht

tegenover het Verenigd Koninkrijk. Waar de gebruiken in het laatstgenoemde land het gezag van de rechters enorm accentueren, stellen de gebruiken in Zweden de functionaliteit van de rechter voorop. De rechter draagt geen toga en de rechtbanken zijn zakelijker ingericht. Nederland lijkt wat betreft dit laatste ook meer op Zweden dan op het Verenigd Koninkrijk. Nederland gaat echter niet zo ver als Zweden in die zake: de rechter: symbolen als de toga bestaan hier immers wel. Toch is Zweden misschien een toekomstbeeld voor Nederland wanneer de modernisering van de rechtspraak zich nog verder uitbreidt.

5. Behouden of afschaffen?

Ik heb uiteengezet welke problemen er worden ondervonden worden met de kledingvoorschriften en hoe deze in andere landen worden aangepakt. Moet de toga dan worden behouden of worden afgeschaft? Ik bemerk een principiële keuze voor de toga die vooral gebaseerd is op traditie. Voorstanders van de toga verschuilen zich tevens achter het argument van de neutraliteit van de rechter. In dit verband bestaat een verwarrende inconsistentie in het Nederlandse systeem: de lekenrechtspraak. De lekenrechters in onder andere de Ondernemingskamer en de ABRvS moeten voldoen aan dezelfde eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid, maar dragen geen toga. Dit onderschrijft des te meer mijn bevindingen dat de toga blijkbaar niet zoveel waarde heeft als het Togabesluit doet denken. De rechters bij de ABRvS werden in 2017 bij de jaarvergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging dan ook genoemd als hét voorbeeld dat de in de toga niet de essentie van de rechter ligt besloten.²⁷ De Rechtbank Amsterdam heeft in een recente uitspraak ook onderschreven dat zij de toga niet doorslaggevend vindt voor de onpartijdigheid van de rechter: 'zelfs al zou de rechter geen toga hebben gedragen, dan nog levert dat geen objectivering op van verzoeksters gevoel dat zij niet serieus werd genomen door de rechter'.²⁸

Mensen worden geweigerd als griffier omdat ze niet voldoen aan de kledingvoorschriften en de toga blijft aan in jeugdzaken, zelfs al is er bewijs dat het weglaten van de toga meerwaarde heeft voor de communicatie met kinderen. Ik vind het dan opmerkelijk om te zien dat andere rechters niet eens kledingvoorschriften kennen. Deze realisatie doet mij de vraag stellen wat de meerwaarde van de togaplicht dan nog is.

18 P. Wattel, 'Vertrouwen in rechtspraak en rechters', *NJB* 2011/1815, afl. 36, p. 1-2.

19 K. Verhulst, 'Rechters zonder toga en advocaten in short: ook in de rechtbank is het zweten geblazen', *Het Nieuwsblad* 22 juni 2017.

20 Th.G.M. Simons, 'De rechterlijke organisatie in Nederland', Deventer: Kluwer 1996, p. 168.

21 E. Smith-Asante & Y. Ntiriwaa Adjei, 'Do away with wigs, gowns in court', *Daily Graphic* 30 augustus 2014.

22 M. Gaithe, 'Maraga's red robes signal end of Willy Mutunga's activism', *Daily Nation* 29 augustus 2017.

23 W.O. Cole & P.S. Sambhi, *Sikhism and Christianity: A Comparative Study*, Berlijn: Springer 2016.

24 Order 65A rule 2 van de Rules of the Superior Courts, order 5 rule 2 van de District Court Rules, order 3 rule 1 van de Circuit Court Rules.

25 A. van Teijlingen-Pover, 'De gerechtelijke procedure in jeugd- en familiezaken door de ogen van de kinderen', *Trema* 2019, afl. 2.

26 L. Dahlberg, 'Introduction. Visualizing Law and Authority', in: L. Dahlberg (red.), *Visualizing Law and Authority: Essays on Legal Aesthetics*, Berlijn: De Gruyter 2012, p. 1-9.

27 Ten Kroode e.a., *NJB* 2017/1514.

28 Rb. Amsterdam 6 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7135.

‘Zelfs al zou de rechter geen toga hebben gedragen, dan nog levert dat geen objectivering op van verzoeksters gevoel dat zij niet serieus werd genomen door de rechter.’

Waarschijnlijk zal de situatie van nu de komende tijd behouden blijven. De rechtspraak is immers een vrij conservatieve organisatie.²⁹ Dan wordt echter niet tegemoetgekomen aan de serieuze kritiek op de toga. De doelen die behaald kunnen worden door het uittrekken van de toga worden niet bereikt. Dit betekent naar mijn mening echter niet dat de toga helemaal moet verdwijnen. Hoewel ik niet overtuigd ben door het argument dat de toga essentieel is voor het gezag, het aanzien en de neutraliteit van de rechter, zie ik zeker wel de meerwaarde voor de rechters zelf. Rechters geven aan dat het voor hen van belang is dat zij hun persoonlijke betrokkenheid aan de kant kunnen zetten, zeker bij straf- en familiezaken.³⁰ De toga draagt daaraan bij: met het aantrekken stapt de rechter in zijn rol en de toga geeft een veilig gevoel.³¹ Zowel het aanhouden van de huidige situatie als het totaal wegvagen van de toga leidt naar mijn mening niet tot een bevredigend resultaat.

6. Conclusie

Dit brengt mij terug naar de centrale vraag van deze bijdrage: welke kledingvoorschriften zouden moeten bestaan voor rechters? De huidige kledingvoorschriften schrijven een toga, een bef en een baret voor, hoewel de baret tegenwoordig niet meer wordt gedragen. Er zijn lastige problemen ontstaan: mag een rechter een hoofddoek dragen? Moet de rechter niet meer met zijn tijd mee gaan? Is een toga niet veel te warm? Andere landen pakken hun kledingvoorschriften anders aan. Het Verenigd Koninkrijk schrijft een pruik voor en heeft progressieve stappen gezet in het debat omtrent de religieuze kledingvoorschriften. Ierland heeft ingezien dat een toga intimiderend kan zijn voor kinderen en heeft de toga afgeschaft voor zaken waar zij bij betrokken zijn. Zweden kiest volledig voor de zakelijke uitstraling van de rechter en kent helemaal geen toga. Het behouden van de toga leidt niet tot een oplossing van de problemen van de dag van vandaag, maar een maatregel tot afschaffen van de toga schiet zijn doel voorbij.

De toga moet bewaard blijven, maar de togaplicht moet verdwijnen.

Wat vind ik dan dat er moet gebeuren met de kledingvoorschriften? De toga moet bewaard blijven, maar de togaplicht moet verdwijnen. Om inconsistenties te voorkomen moeten de regels wel gelijk worden getrokken voor iedere rechter, ook de lekenrechters zoals die in de Ondernemingskamer en de ABRvS. Ik denk dat een rechter meer maatwerk kan leveren als hij zelf kan inschatten of en wanneer hij een toga aantrekt. Bij kwetsbare partijen zal de rechter dan naar lers voorbeeld de toga vaak weglaten. Bij zaken met een zakelijk karakter kan hij naar Zweeds voorbeeld de toga ook aan de kapstok laten hangen. Heeft de rechter echter te maken met procespartijen die een harde hand en streng gezag nodig hebben? Dan trekt hij de toga aan. Voor het geval dat de rechter hierin een inschattingsfout maakt lijken wraking en hoger beroep mij afdoende correctiemechanismen. Het dragen van een teken van persoonlijke of religieuze overtuiging lijkt mij nog steeds zeer onwenselijk en rechters moeten zich hier wat mij betreft ook nog steeds van onthouden. Ik zie ook in een liberaler beleid omtrent een toga geen ruimte voor het dragen van iets wat de schijn van onpartijdigheid niet ophoudt.

Het klassieke ritueel van het aantrekken van een toga is belangrijk, zowel voor de traditie als voor de praktijk. De toga mag echter wel de eenentwintigste eeuw in worden getrokken.

²⁹ Brenninkmeijer, *NTM/NJCM-bull.* 2002, afl. 1, p. 9-29.

³⁰ Ten Kroode e.a., *NJB* 2017/1514.

³¹ Van de Poll, *Trouw* 15 mei 2013.

Schrijf mee!

Stuur een mailtje naar info@actioma.eu en wij nemen contact met je op.



Contact

Stichting Nijmeegs Juridisch Faculteitsblad
Montessorilaan 10
6525 HR NIJMEGEN

Correspondentieadres

Postbus 9049
6500 KK NIJMEGEN
info@actioma.eu
www.actioma.eu

Bestuur

Dominique van Trappen (voorzitter)
Sanne van der Aart (secretaris)
Inge Bakker (penningmeester)

Redactie

Dominique van Trappen
Sanne van der Aart
Inge Bakker
Jelte Jorritsma
Thijmen van Hoorn

Redactieraad

Prof. mr. C.J.H. Jansen
Prof. mr. R.J.N. Schlössels

Raad van Toezicht

Prof. mr. P.H.P.H.M.C. van Kempen (decaan)
Drs. I. van den Heuvel (directeur)
Emily van den Brink (student)
Anna Cleuters (student)

Vormgeving

OSAGE, Utrecht
www.osage.nl

Druk

Zalsman, Zwolle
www.zalsman.nl


Oplage


500 exemplaren

Adverteren?

Neem contact op met Inge Bakker via
info@actioma.eu

Actioma is het juridische faculteitsblad
van de Radboud Universiteit in Nijmegen.
Het wordt geschreven voor en door
studenten, docenten en alumni.

 Nijmeegs Juridisch Faculteitsblad Actioma

 Nijmeegs Juridisch Faculteitsblad Actioma

 www.actioma.eu

 info@actioma.eu