

02

NOVEMBER 2017

Raad

Ontkenning vaderschap in driehoeksrelatie |
 Kan de makelaar aanspraak maken op courtage
 na ontbinding? | Accountants en IT-leveranciers
 moeten informatie aan curator gaan verstrekken |
 Verzekeraar mag niet te snel uitgaan van
 frauduleus handelen

Arbeidsrecht

**De gevolgen van het regeerakkoord voor
 het arbeidsrecht**

p3

Ondernemingsrecht

**Algemene Verordening Gegevensbescherming
 (AVG)**

p4

Ruimtelijk bestuursrecht

**Tijdelijk afwijken van het bestemmingsplan.
 Maximaal 10 jaar of toch meer?**

p7

INHOUD



Voorwoord

Tweemaal per jaar ontvangt u van Boskamp & Willems Advocaten de nieuwsbrief Raad.

Ook aan einde van dit jaar blijft u met Raad op de hoogte van het laatste nieuws en wetenswaardigheden in onze branche.

De eerstvolgende editie van Raad valt naar verwachting in april 2018 op de deurmat.

Wij wensen u veel leesplezier en verwachten dat u, in welke branche u ook werkzaam bent, met onze Raad en adviezen uw voordeel kunt doen.

De redactie.



Ontkenning vaderschap in driehoeksrelatie

Enkele maanden geleden is door de sectie Familie- en erfrecht een procedure afgerond bij de rechtbank voor drie cliënten die in een driehoeksrelatie samenwonen.

Debbie en Randolph zijn in 2003 met elkaar getrouwd en hebben samen twee kinderen gekregen. Op enig moment wordt Randolph verliefd op een collega, Jorn. Hij vertelt dit aan Debbie, die in eerste instantie veel moeite heeft met deze bekentenis. Wanneer zij kennis maakt met Jorn begrijpt ze wat Randolph zo in hem aantrekt. Debbie

raakt zelf ook ontvankelijk voor Jorn en zo ontstaat er een driehoeksrelatie. Inmiddels wonen Debbie, Randolph en Jorn al enkele jaren samen in één huis. Via de notaris hebben zij een aantal (financiële) afspraken vastgelegd over deze samenwoning en ook de gevolgen van een eventueel overlijden van één van hen.

>>



>> Vervolg van pagina 1

Binnen dit bijzondere gezin ontstaat de wens van Jorn en Debbie om samen een kindje te krijgen. Daarmee zou hun geluk bezegeld worden en de driehoeksrelatie binnen het gezin bestendig. Debbie raakt na enige tijd zwanger van Jorn. Enkele weken nadien volgt een eerste gesprek met hen en later ook met Randolph.

Er is een complicatie. Bij de geboorte van de baby is Randolph juridisch gezien de vader omdat hij getrouwd is met Debbie, ondanks het feit dat Jorn zijn biologische vader is. Debbie, Randolph en Jorn willen dat Jorn wettelijk als vader van de baby wordt erkend, aangezien dit overeenstemt met de biologische werkelijkheid. Dit is echter niet te realiseren zonder een gerechtelijke procedure nu de wet (nog) niet de mogelijkheid biedt van meerouderschap. De Staatscommissie Herijking Ouderschap heeft al wel aanbevelingen gedaan op het terrein van juridisch meerouderschap, gezag en draagmoederschap. Het nieuwe kabinet zal hieraan volgens het regeerakkoord verder gevolg geven. Bij wetgeving die hieruit zal volgen is het belang van het kind leidend, aldus het kabinet.

Voor de geboorte van de baby wordt namens Debbie en Randolph als wettelijke vertegenwoordigers een procedure gestart bij de rechtbank tot gegrondverklaring van de ontkenning van het (juridisch) vaderschap van Randolph. Het verzoek dient namelijk van de baby uit te gaan omdat Randolph heeft ingestemd met de verwekking van een kindje bij Debbie. Nadat de baby, een jongetje, is geboren wordt door de rechtbank een bijzondere curator

(een advocaat die gespecialiseerd is in het personen- en familierecht) benoemd die de belangen van de baby behartigt. Het is in het belang van de baby, maar ook van de andere twee kinderen en cliënten zelf dat de juridische situatie zo snel als mogelijk overeenstemt met de biologische situatie. Hierover zijn cliënten ook naar beide oudere kinderen en naar de buitenwereld altijd duidelijk geweest. De curator neemt het verzoek van de baby vervolgens over en stelt dat niet kan worden gewacht tot de baby oud genoeg is om zichzelf een beeld te vormen van de situatie en het verzoek aan de rechtbank kan richten. Dit is niet in zijn belang.

De rechtbank is het gelukkig eens met het gedane verzoek. Nadat de rechtbank de gegrondverklaring van de ontkenning van het vaderschap van Randolph heeft toegewezen, gaat de hoger beroep termijn van drie maanden lopen. Daarna wordt de uitspraak van de rechtbank door de griffier toegestuurd aan de gemeente waar de baby is geboren en die schrijft de uitspraak in het geboorteregister in. Vervolgens wordt de baby conform advies met de toestemming van Debbie erkend door Jorn bij de burgerlijke stand. Hiermee is Jorn de juridische ouder geworden van de baby. Ook vragen Jorn en Debbie de rechtbank via een aanvraagformulier op de site van de Rechtspraak om het gezamenlijk ouderlijk gezag over de baby aan te tekenen. Hiermee verkrijgt Jorn

samen met Debbie beslisbevoegdheid als het gaat om belangrijke zaken die spelen ten aanzien van hun zoontje.

Op deze manier is voor Debbie, Randolph, Jorn en de kinderen geregeld dat de juridische en biologische afstammingsrelaties kloppen. Zij waren erg tevreden met dit uiteindelijke resultaat:

“Voor ons was het heel spannend om met ons verhaal en ons verzoek naar een toen voor ons nog onbekende advocaat te gaan. Het ijs was snel gebroken. Angela reageerde vriendelijk, zette alles netjes op een rijtje en gaf ons een heel fijn gevoel. We voelden ons niet veroordeeld en heel serieus genomen. De periode die daarop volgde loodste ze ons door de procedures en zorgde ze ervoor dat we wisten wat ons te wachten stond. Ook in de rechtbank gaf ze ons een veilig gevoel. Angela kwam erg sterk over met haar rustige houding en welbespraaktheid. Mede door haar inzet is het gelukt om de werkelijkheid ook recht aan te doen. Dank daarvoor.”

Gelet op de bijzondere leefvorm van mijn cliënten, waaraan door de media al vaker aandacht is besteed, was maatwerk noodzakelijk binnen de grenzen die de huidige wetgeving hen bood en dat is gelukt. Zij hopen nu nog dat het in de toekomst ooit mogelijk wordt om te trouwen met meer dan één persoon, zodat ook ten aanzien van hun liefdesrelatie gelijkheid kan ontstaan. ■

*mr. A.H. (Angela) van Gerwen
sectie Familie- en erfrecht.*





De gevolgen van het regeerakkoord voor het arbeidsrecht

Na ruim 200 dagen onderhandelen zijn de VVD, CDA, D66 en de ChristenUnie het eens geworden over de plannen voor de komende vier jaar. Hierbij geldt wel dat de plannen eerst nog door de Tweede en Eerste Kamer moeten worden goedgekeurd. Op het gebied van het arbeidsrecht staan ons diverse veranderingen te wachten. Het kabinet heeft de ambitie om meer mensen aan het werk te krijgen op basis van contracten voor onbepaalde tijd. Maar op welke manier wil het kabinet dit resultaat bereiken? Hierna volgen enkele plannen.

Ontslaggronden "combineren"

Het werkgeverschap moet weer aantrekkelijk worden. Vanwege de risico's en kosten van het in dienst hebben van personeel zijn werkgevers terughoudend in het in dienst nemen van personeel of het aanbieden van een vast contract. Onder de Wet werk en zekerheid (Wwz) is het veel lastiger geworden om een werknemer te ontslaan. In de Wwz zijn de ontslaggronden limitatief opgesomd. Een werkgever zal de ontslaggrond die hij kiest, moeten onderbouwen en aantonen. Een combinatie van verschillende ontslaggronden is niet mogelijk. Werkgevers lopen regelmatig tegen het probleem aan dat de situatie niet valt onder een in de wet genoemde ontslaggrond, waardoor de arbeidsovereenkomst niet kan worden beëindigd. Het kabinet wil het ontslagrecht versoepelen door het combineren van ontslaggronden weer mogelijk te maken en de rechter te laten beoordelen of het ontslag al dan niet gerechtvaardigd is. Voor de werknemer staat hiertegenover dat de rechter aan hem, ten laste van werkgever, een "extra" vergoeding kan toekennen van maximaal de helft van de wettelijke ontslagvergoeding (de "transitievergoeding") bovenop de reeds bestaande transitievergoeding.

Transitievergoeding

Ook de voorwaarden voor de transitievergoeding wil het kabinet veranderen. Nu heeft een werknemer pas recht op deze vergoeding als hij tenminste twee jaar in dienst is geweest. Het kabinet wil dat werknemers al vanaf het begin van hun arbeidsovereenkomst hier recht op krijgen in plaats van pas na twee jaar.

Daarnaast is het de bedoeling dat de opbouw van de transitievergoeding na 10 jaar dienstverband gelijk wordt aan de jaren daarvoor. Nu vindt er na de eerste 10 contractjaren een hogere opbouw plaats. Verder wil het kabinet de ingediende wetsvoorstellen, die ervoor moeten zorgen dat werkgevers die de transitievergoeding aan langdurig zieke werknemers moeten betalen vanuit een collectief fonds worden gecompenseerd, doorzetten.

Ketenregeling

Onder de huidige wetgeving ontstaat na twee jaar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het kabinet wil deze periode verlengen naar drie jaar. De ketenregeling gaat dus weer terug naar de oude situatie van vóór inwerkingtreding van de Wwz. De regeling die inhoudt dat - als er langer dan zes maanden tussen twee opeenvolgende tijdelijke arbeidsovereenkomsten zit - de reeks van arbeidsovereenkomsten opnieuw begint te tellen, blijft gehandhaafd. Wel zal de mogelijkheid worden geboden om binnen bepaalde sectoren daarvan af te wijken en de tussenliggende periode te verkorten als het werk daarom vraagt. Dit is reeds mogelijk voor seizoenswerk. Het kabinet wil die optie verruimen voor ander terugkerend tijdelijk werk dat ten hoogste gedurende een periode van negen maanden kan worden verricht.

Proeftijd

Om het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te stimuleren, wordt de proeftijdregeling verruimd. Indien een werkgever direct een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aanbiedt,

wordt de proeftijd verruimd naar maximaal vijf maanden. Voor tijdelijke arbeidsovereenkomsten voor de duur van méér dan twee jaar wordt de proeftijd maximaal drie maanden. Voor de overige gevallen blijft de proeftijd zoals deze nu is; maximaal twee maanden voor arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd en geen proeftijd voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd van ten hoogste zes maanden.

Loondoorbetaling bij arbeidsongeschiktheid

Om te bevorderen dat het MKB weer meer personeel in (vaste) dienst durft te nemen, wordt de loondoorbetalingsverplichting tijdens ziekte voor kleine werkgevers (tot 25 werknemers) verkort van twee naar één jaar. Werknemers die langer dan een jaar arbeidsongeschikt zijn, worden in het tweede jaar vanuit het UWV betaald. Ook de re-integratieverplichting gaat in het tweede jaar over op het UWV. De collectieve kosten worden gedekt via een uniforme lastendekkende premie die betaald moet worden door de kleine werkgevers.

Naast bovengenoemde wijzigingen wil het kabinet onder andere zelfstandigen meer de ruimte geven om te ondernemen, in arbeidsongeschiktheidsregelingen stimuleren dat WIA-gerechtigden zich meer richten op het vinden van werk en het partnerverlof bij geboorte uitbreiden. Onze sectie arbeidsrecht kan u verder informeren over één van deze onderwerpen. ■

*mr. E.H.T. (Ellen) Kleeven
sectie Arbeidsrecht.*

Algemene Verordening Gegevensbescherming

Op 25 mei 2018 treedt de nieuwe Europese wet voor databescherming (AVG) in werking. Dit heeft gevolgen voor alle bedrijven, want elk bedrijf verwerkt persoonsgegevens.



De bescherming van persoonsgegevens heeft vanwege de inwerking-treding van de AVG uw aandacht nodig. Het gaat dan om direct maar ook

om indirect identificerende persoonsgegevens. In de AVG wordt met persoonsgegevens het volgende bedoeld:

'Alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon. Als identificeerbaar wordt beschouwd een natuurlijke persoon die direct of indirect kan worden geïdentificeerd aan de hand van een identifier, zoals een naam, id-nummer, locatiegegevens of elementen die kenmerkend zijn voor de fysieke, fysiologische genetische psychische, economische, culturele of sociale identiteit van die natuurlijke persoon.'

Het gaat dus niet alleen om naam, adres en geboortedatum, maar ook om identificatienummers, loginnamen, wachtwoorden, IP-adressen, tracking cookies, RFID-nummers, MAC-adressen, maar zelfs om surfgedrag, overtredingen, opleidingen en competenties.

Een voorbeeldje hoe ver dit gaat?

Wat dacht u van het volgende: gegevens van overleden personen worden volgens de AVG niet beschouwd als persoonsgegevens, maar als deze gegevens wel iets zeggen over nog levende personen dan zijn de gegevens wel weer persoonsgegevens in de zin van de AVG. Kortgezegd is het makkelijker om er van uit te gaan dat alle informatie die bekend is binnen een bedrijf en op enigerlei wijze is gekoppeld aan een persoon valt onder de AVG.

Uw bedrijf valt onder de AVG!

Wat nu?

U dient te voldoen aan de verplichtingen die staan opgenomen in de AVG. Dat wil zeggen dat u o.a. een register moet gaan aanhouden waarin staat opgenomen welke persoonsgegevens u hebt en wat u er mee doet. De personen van wie u de persoonsgegevens hebt, dienen toestemming aan u te verlenen voor het gebruik van de persoonsgegevens en u dient ook nog aan te geven dat deze personen (werknemer, klant, leverancier) rechten hebben omtrent het gebruik van hun persoonsgegevens, zoals o.a. het recht van verwijdering, inzage, rectificatie en overdracht.

Alle verwerkingen van persoonsgegevens moeten dus worden gedocumenteerd. Uiteraard dient u ook nog te voorkomen dat deze persoonsgegevens worden gelekt. De beveiliging is dus ook zeer van belang. Het is daarom ook belangrijk om verwerkingsovereenkomsten te sluiten met bijvoorbeeld uw salaris- en administratiekantoor. U bent namelijk ook verantwoordelijk voor de verwerking van persoonsgegevens door uw salaris- en administratiekantoor. Het is dus van belang dat niet alleen u maar ook uw salaris- en administratiekantoor de persoonsgegevens op de juiste wijze beveiligd. Het is raadzaam om daarover goede afspraken te maken.

Datalekken

Elk datalek dient u vanaf 25 mei 2018 ook te documenteren. Alle datalekken moeten namelijk worden gedocumenteerd, dus ook het verlies van een USB-key met minimale persoonsgegevens. Onder de huidige wetgeving is dat nog niet het geval, want dan moet een datalek alleen worden gemeld als de persoonlijke levenssfeer door dit lek

wordt beïnvloed. Het is daarom van groot belang dat uw bedrijf een datalek procedure kan volgen en een datalek register zorgvuldig bijhoudt.

Wie is de zwakste schakel?

Uw bedrijf dient zich voor te bereiden op de komst van de AVG. De voorbereiding houdt echter niet op bij het bestuur van uw bedrijf. Ook is het raadzaam dat uw werknemers, klanten en leveranciers daarbij worden betrokken.

Anders wordt het een kwestie van: 'wie is de zwakke schakel'. Dat kan, naast het opmaken van overeenkomsten en een goede databeveiliging, ook worden voorkomen door het creëren van bewustzijn bij uw medewerkers. Dat is overigens ook een van de belangrijkste aspecten van de AVG. Zorg er voor dat o.a. uw werknemers op de hoogte zijn van de AVG en dat er een strikt beleid wordt gehanteerd ten aanzien van de bescherming van persoonsgegevens. Het bijwonen van een lezing van Boskamp & Willems Advocaten kan daarbij helpen. Boskamp & Willems Advocaten kan uw bedrijf begeleiden en voorzien van AVG-overeenkomsten zoals verwerkingsovereenkomsten, alsmede andere aan de AVG gerelateerde documenten, zoals personeelsreglementen, algemene voorwaarden en een documenten over de te volgen procedure bij een datalek.

Boskamp & Willems Advocaten geeft geregeld intern en extern lezingen. Bent u daarin geïnteresseerd? Laat het dan weten, zodat Boskamp & Willems Advocaten u verder kan informeren. ■

*mr. S.E.L. (Steven) van Kerkhof
sectie Ondernemingsrecht.*

Kan de makelaar aanspraak maken op courtage na ontbinding?

In een schriftelijke koopovereenkomst tot verkoop van een woonhuis wordt door de koper vaak een financieringsvoorbehoud (zijnde: een ontbindende voorwaarde) bedongen. Dit voorbehoud geeft de koper het recht de koop te ontbinden indien hij de benodigde financiering – ten behoeve van betaling van de koopsom – niet (tijdig) weet te verkrijgen.



Om van een rechtsgeldig beroep op het genoemde voorbehoud te kunnen spreken, dient de koper het beroep tijdig en op de

voorgeschreven wijze te doen. Veelal komt het financieringsvoorbehoud erop neer dat partijen afspreken dat de koper uiterlijk vóór een vastgestelde datum een beroep op de ontbindende voorwaarde kan doen indien voor betreffende datum aan de verkoper of aan de makelaar tenminste twee schriftelijke afwijzingen van banken zijn overgelegd.

Stel de koper doet tijdig een beroep op het financieringsvoorbehoud, maar legt slechts één afwijzing over, terwijl hij contractueel gehouden was twee afwijzingen te overleggen. Wat als de verkoper vervolgens, ondanks het gegeven dat de koper formeel niet aan de vereisten van

het financieringsvoorbehoud heeft voldaan, het beroep op de ontbindende voorwaarde aanvaardt? Kan de makelaar van de verkoper in een dergelijk geval alsnog aanspraak maken op courtage?

Uit artikel 7:426 lid 1 BW volgt dat de verkoopmakelaar recht heeft op courtage zodra de woning is verkocht (door zijn bemiddeling). Dit houdt in dat de makelaar reeds bij het sluiten van de overeenkomst (en nog voordat een beroep op de ontbindende voorwaarde is gedaan) aanspraak op courtage kan maken.

Echter tussen verkopers en makelaar wordt in de praktijk vaak contractueel afgeweken van artikel 7:426 BW, in die zin dat geen courtage verschuldigd is wanneer de koopovereenkomst met een beroep op het financieringsvoorbehoud wordt ontbonden. In dat kader heeft de Hoge Raad op 31 maart 2017 (ECLI:NL:HR:2017:567) zich uitgelaten over de vraag of de verkoopmakelaar recht heeft op courtage wanneer de koper een beroep op het financierings-

voorbehoud heeft gedaan. De Hoge Raad heeft bepaald dat het recht van een verkoopmakelaar op courtage niet komt te vervallen op de enkele grond dat de verkoper het beroep van de koper op het financieringsvoorbehoud heeft aanvaard. Daarbij heeft de Hoge Raad overwogen: 'Indien dit beroep van koper (op het financieringsvoorbehoud) op kennelijk ontoereikende gronden is gebaseerd, kan de omstandigheid dat verkoper dit beroep heeft aanvaard, geen afbreuk doen aan het recht van de makelaar op de voor zijn diensten overeengekomen courtage.'

De uitspraak van de Hoge Raad biedt ruimte voor makelaars om aanspraak te maken op courtage als de koopovereenkomst niet als rechtsgeldig ontbonden kan worden beschouwd. Daarbij is echter wel van belang, zoals door de Hoge Raad is benadrukt, dat de verkoopmakelaar krachtens artikel 7:401 BW de zorg van een goed opdrachtnemer in acht dient te nemen. Deze zorgplicht impliceert dat de verkoopmakelaar bij het uitvoeren van zijn opdracht het belang van zijn opdrachtgever centraal dient te stellen en belangenverstrengeling dient te voorkomen.

Kortom: als verkoper dient u zich bewust te zijn van de mogelijke risico's van het aanvaarden van een op ontoereikende gronden gebaseerd beroep op het financieringsvoorbehoud en als makelaar dient u bovenal het belang van uw opdrachtgever in acht te nemen. Voor meer informatie kunt u uiteraard ook contact met ons opnemen. ■

*mr. W.P.G. (Rob) Verstappen
sectie Onroerend goedrecht.*



Accountants en IT-leveranciers moeten informatie aan curator gaan verstrekken



De wetgever heeft diverse wetten geïntroduceerd om de positie van de curator te versterken. Op 1 juli 2017 is een wet in werking getreden op basis waarvan ook derden, zoals een accountant, Cloud-provider of een IT-leverancier die administraties van klanten beheert, verplicht zijn om aan een curator in een faillissement informatie te verstrekken. Niet uitgesloten is dat dit ook nog kosteloos moet.

In artikel 105b Faillissementswet is het volgende opgenomen:

1. Derden met inbegrip van accountantsorganisaties en een externe accountant, die in de uitoefening van hun beroep of bedrijf, op welke wijze dan ook, de administratie van de gefailleerde geheel of gedeeltelijk onder zich hebben, stellen die administratie en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers desgevraagd volledig en ongeschonden aan de curator ter beschikking, zo nodig met inbegrip van de middelen om de inhoud binnen redelijke tijd leesbaar te maken.
2. In afwijking van artikel 60 kunnen derden geen beroep op een retentierecht doen ten aanzien van de administratie van de gefailleerde die zij in de uitoefening van hun beroep of bedrijf, op welke wijze dan ook, onder zich hebben als de curator die administratie op grond van het eerste lid heeft opgevraagd.
3. Elk beding dat strijdig is met het bepaalde in het eerste of tweede lid is nietig.

Het wetsartikel spreekt specifiek over accountants die de administratie van gefailleerde onder zich hebben, maar het artikel heeft ook betrekking op andere derden, zoals IT-leveranciers die op enige

wijze de administratie van hun klanten beheren. Dat speelt bijvoorbeeld bij partijen die software aanbieden voor het online voeren van administraties. De curator heeft de bevoegdheid om de administratie op te eisen, waarbij geldt dat ook de middelen om de administratie binnen een redelijke tijd leesbaar te maken moeten worden aangeleverd. Bestanden zullen derhalve ook bruikbaar moeten zijn, bijvoorbeeld na conversie in algemene bestanden. In sommige gevallen kan het voor IT-leveranciers goedkoper en makkelijker zijn om de oorspronkelijke dienstverlening voort te zetten en de curator een inlogcode te geven. Dit wordt waarschijnlijk voer voor discussie. De vraag is hoe veeleisend een curator mag zijn bij het omzetten van gegevens of het verlenen van ondersteuning en gedurende welke periode een curator kan eisen dat dienstverlening wordt voortgezet. Er zullen hierover ongetwijfeld de nodige procedures gevoerd gaan worden.

In beginsel dient de curator die informatie bij derden inwint daarvoor een redelijke vergoeding te voldoen. In veel faillissementen is er echter helemaal geen geld om kosten te voldoen. De gegevens moeten dan kosteloos worden verstrekt.

In de wetsgeschiedenis wordt de suggestie gedaan dat derden die voor een ander op commerciële basis boekhoudkundige diensten verrichten in hun tariefstelling het risico van lege boedels verdisconteren. Kortom: hogere tarieven aan klanten berekenen voor reguliere diensten om eventuele schade bij faillissementen door kosteloze dienstverlening aan de curator te compenseren. In feite een risico-opslag. Uitoefening van het retentierecht op de gegevens of administratie van de gefailleerde is niet meer toegestaan.

De curator heeft dus met de nieuwe wet een sterk instrument in handen en kan het de financieel dienstverlener of IT-leverancier moeilijk maken. Alleen al het voeren van een discussie met de curator kost tijd en dus geld. Bekijk daarom als financieel dienstverlener of IT-leverancier of u dergelijke kosten in uw reguliere tarieven gaat verdisconteren en bedenk alvast een plan van aanpak in faillissementen. Het is goed als u een curator direct kunt informeren over wat u kunt doen en wat de daaraan verbonden kosten zijn.

Nog een aandachtspunt: het niet voldoen aan een wettelijke inlichtingenplicht is op grond van artikel 194 Wetboek van Strafrecht strafbaar. Het artikel lijkt met name gericht op de gefailleerde zelf die geen informatie geeft, maar taalkundig zou het artikel ook toepasbaar kunnen zijn op de bestuurders van de derde partijen die tot inlichtingen gehouden zijn. Er bestaat dus een risico dat vervolging plaatsvindt. Hoe dat gaat uitpakken zal moeten blijken. Bereid u dus goed voor. ■

*mr. drs. D.D. (Dagmar) Dielissen-Breukers
sectie Insolventierecht.*





Tijdelijk afwijken van het bestemmingsplan. Maximaal 10 jaar of toch meer?

Sinds 2010 kunnen gemeenten op grond van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) omgevingsvergunningen verlenen voor een tijdelijke afwijking van het bestemmingsplan. In 2014 is deze regeling in de Wabo ingrijpend veranderd. Bij die verandering werd de regeling voor tijdelijke omgevingsvergunningen verruimd en vereenvoudigd. Onder meer werd een mogelijkheid voor tijdelijke omgevingsvergunningen opgenomen op de zogenaamde kruimelgevallenlijst in het Besluit omgevingsrecht (Bor).

De tijdelijke omgevingsvergunning bestond ook al voor 2014, maar er golden belangrijke beperkingen. Een omgevingsvergunning voor tijdelijk afwijken van het bestemmingsplan kon voor maximaal vijf jaar worden verleend en alleen als aantoonbaar sprake was van een tijdelijke behoefte. Bij de wetwijziging in 2014 is dat veranderd. Op grond van de kruimelgevallenlijst kan de gemeente nu een tijdelijke omgevingsvergunning verlenen voor tien jaar. Ook hoeft niet meer vooraf te worden aangetoond dat de betreffende activiteit in een tijdelijke behoefte voorziet en dus van tijdelijke duur is. Het hoeft alleen maar duidelijk te zijn dat de activiteit waarvoor een tijdelijke omgevingsvergunning wordt aangevraagd, na tien ongedaan kan worden gemaakt. Dat maakt het dus mogelijk om ook een tijdelijke omgevingsvergunning te krijgen voor (grotere) bouwwerken en activiteiten die van zichzelf niet tijdelijk zijn maar wel na tien kunnen worden verwijderd of beëindigd.

Een vraag die de nieuwe regeling opriep was, wanneer de termijn van tien jaar gaat lopen. Onder het oude recht was het vaste rechtspraak dat de toen nog geldende termijn van maximaal vijf jaar ging lopen vanaf het moment dat de betreffende

activiteit feitelijk was gestart. Als iemand bijvoorbeeld tijdelijk en in afwijking van het bestemmingsplan een bijgebouw bij zijn woning als bedrijfsruimte wilde gebruiken, dan kon hij daarvoor een tijdelijke omgevingsvergunning voor vijf jaar krijgen. Maar als hij op het moment van de vergunningaanvraag feitelijk al twee jaar het bedrijf in het bijgebouw uitoefende, dan kon hij nog maar een tijdelijke omgevingsvergunning voor drie jaar krijgen. De maximale termijn van vijf jaar ging dus lopen vanaf het moment dat de betreffende activiteit feitelijk was gestart.

Bij de wetwijziging in 2014 is dat veranderd. Dat blijkt uit een tweetal uitspraken van de Raad van State. In de eerste uitspraak begin dit jaar oordeelde de Raad van State dat bij het bepalen van de maximale termijn van tien jaar rekening moet worden gehouden met een eerder verleende tijdelijke vergunning. Als in ons voorbeeld van het bedrijf in het bijgebouw al eerder een tijdelijke omgevingsvergunning voor twee jaar was verleend, dan zou dus nog slechts een omgevingsvergunning voor nog eens acht jaar kunnen worden verleend. De vraag die deze uitspraak opriep was, hoe het dan zat met situaties die feitelijk al wel bestaan

maar waarvoor nog niet eerder een tijdelijke omgevingsvergunning is verleend. In de literatuur werd veelal aangenomen dat ook met dat feitelijk bestaande (illegale) gebruik rekening moest worden gehouden. Zo niet, dan zou namelijk de "illegale" gebruiker worden beloond.

In een uitspraak van 16 augustus 2017 oordeelde de Raad van State echter anders, precies zoals door ons kantoor in die procedure was betoogd. De Raad van State sprak uit dat bij het verlenen van een tijdelijke omgevingsvergunning op grond van de kruimelgevallenlijst geen rekening hoeft te worden gehouden met bestaand afwijkend gebruik als voor dat gebruik nog niet eerder een vergunning is verleend. Als in ons voorbeeld dus nog niet eerder een tijdelijke omgevingsvergunning voor het al twee jaar bestaande bedrijf in het bijgebouw is verleend, dan kan alsnog een tijdelijke omgevingsvergunning voor de volle tien jaar worden verleend.

Let wel, uit de uitspraak volgt slechts dat geen rekening hoeft te worden gehouden met bestaand gebruik waarvoor nog niet eerder een tijdelijke vergunning is verleend. Het bevoegd gezag mag daarmee wel rekening houden. In ons voorbeeld zou de gemeente kunnen beslissen dat vanwege het feitelijke gebruik dat al twee jaar heeft plaatsgevonden, zij nog slechts een tijdelijke omgevingsvergunning wil verlenen voor een periode van acht jaar. Het verlenen van een dergelijke vergunning is namelijk een bevoegdheid, niet een verplichting. ■

*mr. drs. F.K. (Koen) van den Akker
sectie Ruimtelijk bestuursrecht.*



Verzekeraar mag niet te snel uitgaan van frauduleus handelen

Op 25 oktober 2017 wees de rechtbank Gelderland vonnis in een verzekeringsgeschil met de verzekeraar Achmea Schadeverzekeringen.



De verzekerde in kwestie was al 35 jaar verzekerd bij Achmea en had een "alles-in-een-polis" waaronder ook een allrisk-verzekering voor

zijn eigen auto. Op een dag schampt hij met de rechterzijdant van de auto een laag tuinmuurtje waardoor lakschade ontstaat. Omdat de auto nog kon rijden en hij binnen enkele weken voor een geplande onderhoudsbeurt naar de garage moest, besluit de verzekerde om de lakschade maar niet direct te laten repareren. Eenmaal bij de garage aangekomen, wordt de lakschade aan de rechterkant alsnog gemeld bij Achmea op de allrisk verzekering. Omdat verzekerde de exacte schadedatum niet meer weet, noemt hij een fictieve schadedatum. De schade wordt geaccordeerd door Achmea en de reparatie volgt.

Kort daarna wordt de verzekerde bestookt met telefoontjes van de schadeafdeling van de verzekeringsmaatschappij. Er worden tal van vragen gesteld over de autoschade en de opgegeven schadedatum. De verzekerde herhaalt dat hij met de auto een muurtje heeft geschampt en dat de schade daardoor is ontstaan. De schadedatum weet hij niet meer precies, maar hij noemt nogmaals de opgegeven fictieve schadedatum. Andere incidenten waarbij de lak van de auto beschadigd kan zijn, hebben zich niet voorgedaan. De betrokken medewerkster neemt hiermee geen genoegen en spreekt het vermoeden uit dat de verzekerde tracht meerdere schades onder één gedekte gebeurtenis onder te brengen om de terugval in bonus-malus te beperken. Volgens de schade-expert kunnen de schades aan de rechterkant niet door hetzelfde tuinmuurtje veroorzaakt zijn. De verzekerde begrijpt niets van de

telefoontjes en is zich van geen kwaad bewust. Na een grimmig telefoongesprek krijgt de verzekerde schriftelijk bericht waarin onomwonden wordt gesteld dat er een sterk vermoeden van fraude is en dat de verzekerde geadviseerd wordt om open kaart te spelen.

Enkele dagen later valt er een brief op de deurmat. In deze brief deelt Achmea mee dat besloten is om een aantal maatregelen te treffen: de reparatiekosten worden niet vergoed, de autoverzekering wordt direct tussentijds beëindigd, de overige verzekeringen enkele maanden later en de verzekerde wordt voor 3 jaar in het Externe Verwijzingsregister opgenomen. Als reden hiervoor wordt verwezen naar de polisbepaling waarin is vermeld dat schadevergoeding geweigerd kan worden indien de verzekerde een onvolledige of onware opgave heeft gedaan omtrent een schade met de opzet om de verzekeraar te misleiden. De verzekeraar kan een beroep doen op deze bepaling indien er sprake is van verzekeringsfraude.

De verzekeraar die een beroep doet op de fraudebepaling, dient te bewijzen dat er gehandeld is met opzet tot misleiding en dat de door haar getroffen maatregelen proportioneel zijn. Dit bewijs acht de rechtbank niet geleverd, waarna de vordering tot vergoeding van de reparatiekosten alsnog wordt toegewezen en de naam van de verzekerde uit het Externe Verwijzingsregister moet worden verwijderd.

De rechtbank is van oordeel dat de verzekerde weliswaar niet voldaan heeft aan zijn verplichting om op correcte wijze alle inlichtingen te verschaffen die nodig zijn voor een beoordeling van de claim. In dit geval is de rechtbank van oordeel dat dit echter onvoldoende grond is om de schadevergoeding te weigeren en

hem in het Externe Verwijzingsregister te laten opnemen. Ook is de opzet tot misleiding niet aangetoond. De stelling dat er sprake geweest zou zijn van twee afzonderlijke schades is onvoldoende onderbouwd. De verzekerde krijgt na ruim anderhalf jaar alsnog de schadevergoeding waar hij recht op heeft. ■

*mr. A.B. (Adri) Noordhof
sectie Schade en aansprakelijkheid.*



Colofon

Raad is een uitgave van
Boskamp & Willems Advocaten

Boskamp & Willems Advocaten

Dr. Holtropaan 42
5652 XR Eindhoven
Postbus 8727
5605 LS Eindhoven
Tel +31 (0)40 250 14 14
Fax +31 (0)40 250 14 50
www.boskampwillems.nl

Redactie

H.G.M. van der Westen
Soulid

Ontwerp en productie

Soulid, Eindhoven