

# Actioma

Nijmeegs Juridisch Faculteitsblad



**Mr. dr. D. Venema**

*Wat is recht?*

**S.J.B. TER BEKE**

*DUO vraagt reisgegevens op: privé of niet?*

**MR. DR. CAROLUS GRÜTTERS**

*Wie doe not spiek duts*

#205 september 2018

Radboud Universiteit



**Contact**

Stichting Nijmeegs Juridisch Faculteitsblad  
Montessorilaan 10  
6525 HR NIJMEGEN

**Correspondentieadres**

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

**Bestuur / Redactie**

Mienke de Wilde (voorzitter)  
Ruben van Dijken (penningmeester)  
Henk Oosterdijk (secretaris)

**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**

Just Bam, Oss  
www.justbam.nl

**Druk**

GLD Grafimedia, Arnhem

**Oplage**

1500 exemplaren

**Abonnement**

Gratis op aanvraag (excl. verzendkosten).  
Stuur een e-mail naar info@actioma.eu

**Adverteren?**

Neem contact op met Ruben van Dijken  
via info@actioma.eu

# Woord vooraf

Beste lezer,

Voor u ligt de eerste Actioma van het nieuwe collegejaar en de laatste van de huidige redactie. Nadat je hopelijk na alle tentamens van je welverdiende rust hebt genoten, is nu de tijd aangebroken om weer met frisse moed aan het studeren te gaan. Dit geldt ook voor alle eerstejaars van onze faculteit die dit blad nu voor de eerste keer ontvangen die gaan beginnen met het studeren van het recht.

Maar wat is nou precies 'recht'? Deze vraag staat zowel tijdens de studie als de praktijk centraal. Een student zal leren uit welke regels het recht bestaat en een rechter buigt zich over de vraag wat nou precies 'recht' en 'rechtens' is in een concrete zaak. Al lijkt er voor de leek soms weinig discussie mogelijk, toch zijn er verschillende manieren om het recht te bekijken. Derk Venema behandelt in zijn opiniestuk zijn kijk op wat recht is vanuit rechtsfilosofisch perspectief.

Veel studenten onder ons hebben de basisbeurs nooit mogen ontvangen. Van het gratis openbaar vervoer kunnen wij gelukkig wel gebruik maken. Dat lijken twee losstaande zaken, maar hoe verhouden die zich eigenlijk





tot elkaar als het gaat om fraude met uit- en thuiswonende studenten? Steven ter Beke heeft dat voor zijn bijdrage aan dit blad uitgezocht en het resultaat is voor iedere student interessant om te lezen, ook voor degenen die helaas nooit van de basisbeurs hebben mogen genieten.

Een deel van de beginnende studenten zal later ooit beginnend advocaat zijn. Wat houdt dat precies in en waar moet je rekening mee houden? Waar loop je tijdens je stageperiode misschien tegenaan? Lees het antwoord op al deze vragen in het interview van CPO met Anne Coenders. Dit artikel is leerzaam voor iedere rechtenstudent met ambities in de advocatuur.

In je studie kom je soms onderwerpen tegen waarbij je in eerste instantie denkt dat ze uit ontzettend saaie en droge stof bestaan. Een deel van ons zal dit ongetwijfeld ook hebben wanneer het over erfrecht en executeurs gaat. Bernard Schols toont aan dat het verre van saai is, zolang je maar iemand hebt die het leuk uit kan leggen.

Een ander hot item van de laatste tijd is de internationalisering van het onderwijs en dan meer specifiek de verengelsing van Nederlandstalige

opleidingen in Nederland. Hoe zit dat nou eigenlijk juridisch? Mag een universiteit besluiten om enkel een opleiding in het Engels aan te bieden? Carolus Grütters van de sectie Rechtssociologie en Migratierecht stelt die vraag in zijn artikel centraal.

Wij wensen iedereen veel succes en plezier in het nieuwe studiejaar en dragen hierbij het stokje met vertrouwen over aan de nieuwe redactie.

Ruben van Dijken, Henk Oosterdijk en Mienke de Wilde



*Ruben van Dijken - Mienke de Wilde - Henk Oosterdijk*



**Blijf  
scherp**

## Afgestudeerd maar nog niet uitgeleerd?

Na je afstuderen aan de Nijmeegse rechtenfaculteit ben je nog niet uitgeleerd. Hoe blijf je als jurist scherp? Door altijd verder te kijken, kritisch te zijn, vragen te stellen en te luisteren. En door samen met beroeps- en leeftijdsgenoten verder te leren in een beroepsopleiding, specialisatieopleiding, tijdens een cursus of een congres. Dat kan bij het CPO: het aan de Nijmeegse faculteit verbonden opleidingsinstituut voor praktijkjuristen.

Het CPO is de grootste opleider van juridisch Nederland. Wij ontwikkelen en organiseren een groot aantal beroepsopleidingen,

zoals de Beroepsopleiding Advocaten, de Beroepsopleiding Notariaat, de Beroepsopleiding Bedrijfsjuristen, de Beroepsopleiding Gemeentjuristen en de specialisatieopleidingen van de Grotius Academie. Je kunt bij ons terecht voor actualiteiten- en verdiepingscursussen, seminars en congressen.

De kans is dus groot dat je ook na je afstuderen nog onderwijs volgt dat wordt verzorgd vanuit de Nijmeegse rechtenfaculteit.

Kijk op [www.cpo.nl](http://www.cpo.nl). Voor scherpe denkers.

Verder denken • Scherper zijn



Centrum voor Postacademisch Juridisch Onderwijs

# In dit nummer

## **Erfrecht**

**Prof. mr. dr. B.M.E.M. Schols**

Volmacht uit het hiernamaals, ook digitaal?

**6**

## **Onderwijs**

**Mr. dr. Carolus Grütters**

Wie doe not spiek duts

**14**

## **Opinie**

**Mr. dr. D. Venema**

Wat is recht?

**22**

## **Interview**

**Mr. M.P. Sluis en mr. E.S. Panford**

Scherp blijven in de praktijk

**26**

## **Annotatie**

**S.J.B. ter Beke**

DUO vraagt reisgegevens op: privé of niet?

**30**



## Prof. mr. B.M.E.M. Schols

*Bernard Schols is hoogleraar  
Successierecht en belastingen  
van rechtsverkeer aan de  
Radboud Universiteit Nijmegen.*

## Volmacht uit het hiernamaals, ook digitaal?

### 1. Prelude

In dank heb ik de uitnodiging van de redactie aanvaard om iets over de executeur te schrijven. Toen ik ruim tien jaar geleden mijn proefschrift<sup>1</sup> afrondde en daarmee de zoektocht naar de ware aard van de erfrechtelijk *executeur*, vond ik het allemaal nog heel spannend: het oeroude erfrecht overgieten met de moderne beginselen van ons algemene vermogensrecht. Ik kwam erachter dat via de gelaagde structuur er inderdaad een 'geheim' gangenstelsel liep tussen het mufte en tot 2003 geïsoleerde erfrecht, dat hermetisch opgeslagen 'lag' in Boek 4 van ons Burgerlijk Wetboek, en de andere boeken van ons BW. Thans zijn de paden, die door de grote denkers al achter de schermen in grote lijnen aangelegd waren, ook ontdekt door de erfrechtbeoefenaars en kabbelen allerlei juridische beekjes of beter: stromen de rivieren dwars door ons BW om verschillende juridische denkbeelden





# ERFRECHT

met elkaar te verbinden. Kortom, de erfrechtelijke ramen zijn geopend en de frisse juridische lucht komt ook de notarieel-erfrechtelijke wereld binnen. Het is overigens een wederkerig proces, want wat te denken van het best bewaarde geheim over voorwaardelijke verkrijgingen in art. 4:138 lid 1 BW:

'Wanneer een erfstelling onder een voorwaarde is gemaakt, wordt degene aan wie het vermaakte tot de vervulling der voorwaarde toekomt, als de uitsluitend rechthebbende aangemerkt voor zover het betreft de door en tegen derden uit te oefenen rechten en rechtsoverdrachten.'

Een prachtige (veelal onbekende) bepaling om in spiegelbeeld een discussie over de rechten van een

eigenaar onder opschortende voorwaarde in te luiden, maar dat terzijde.<sup>2</sup> In ieder geval bewaart het moderne erfrecht ook nog veel interessante onontgonnen geheimen voor de beoefenaars van het algemene vermogensrecht. Vroeger sprak men in dezen nog van de fideicommissaire making, thans door de invloed van het algemene vermogensrecht van de *voorwaardelijke* making, art. 4:141 BW.<sup>3</sup>

Voor de groep mensen die de term executeur overigens nog niets zegt, dan wel bij wie de term andere dan erfrechtelijke ofwel akelige gevoelens oproept: dat is degene die bij testament benoemd is om de nalatenschap van de overleden testateur af te wikkelen, al dan niet met nadere aanwijzingen van de overledene. In de maatschappij bestaat immers een grote behoefte aan een medium tussen leven en dood, aan een volmacht uit het hiernamaals.

<sup>1</sup> B.M.E.M. Schols, *Van exécuteur testamentaire tot Testamentsvollstrecker tot afwikkelingsbewindvoerder: zijn ware aard, civiel en fiscaal. Een onderzoek naar de grondslagen van executele als erfrechtelijke verbintenis*. Deventer: Kluwer 2007. Met trots meld ik dat Van Mourik mijn promotor was. Zie over executele ook *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2015, Hfdst XIV.

<sup>2</sup> Vergelijk Hoge Raad 3 juni 2016, ECLI:2016:1046 (*Rabobank/Reuser*). In erfrechtelijke terminologie: ook een erfgenaam onder opschortende voorwaarde is erfgenaam en krijgt 'bericht' van de notaris.

<sup>3</sup> Met als specialis de voorwaarde van overleven. In populaire erfrechtelijke termen spreekt men zelfs van het tweestaptestament.

Wie houdt in de gaten dat de wensen van erflater volledig uitgevoerd worden? Komt het testament wel boven water? Wordt er wel uit het juiste vaatje getapt na de begrafenis? Heeft de overledene zijn dispuutsdas wel om? Worden de legaten wel uitgekeerd en alle schuldeisers voldaan? En niet te vergeten: wordt de buste van erflater wel regelmatig afgestoft? Iedere erflater heeft behoefte aan een *vertrouwenspersoon* die bij het definitieve vertrek naar gene zijde een erfrechtelijk oogje in het zeil blijft houden. En niet alleen wat de tafelschikking bij de koffietafel<sup>4</sup> na de uitvaart betreft, maar met name ook of er niet teveel geruzied wordt bij de *verdeling* van zijn nalatenschap.<sup>5</sup> Of nog compacter: de executeur is de *erfrechtelijk manager*. Vroeger spraken we van 'executeur-testamentair', een term die de sfeer van 'oude dames, poedels en bonbons' in de omgeving van Wassenaar oproep. Vroeger was deze functionaris dan ook, en nu met een Zuidelijke bril, een soort van erfrechtelijk Prins Carnaval. Hoe anders is dit thans, maar daarover hierna meer. Wel laat ik alvast de teksten vallen die de wetgever in 2003 heeft gebruikt om het erfrechtelijk fenomeen executeur in het gesloten stelsel<sup>6</sup> van uiterste wilsbeschikkingen in te kaderen, te weten art. 4:144 en 4:145 BW. U weet wetteksten en de ziel van een regeling vallen lang niet altijd samen:

#### Art. 4:144 BW

1. Onverminderd de testamentaire lasten die de erflater aan de executeur mocht hebben opgelegd, heeft deze, voor zover de erflater niet anders heeft beschikt, tot taak *de goederen der nalatenschap te beheren en de schulden der nalatenschap te voldoen*, die tijdens zijn beheer uit die goederen behoren te worden voldaan. (Curs. BS)
2. Tenzij bij uiterste wil anders is geregeld, komt de executeur, of als er meer dan een executeur is, hun tezamen, een ten honderd van de waarde van het vermogen van de erflater op diens sterfdag toe.
3. [...].

#### Art. 4:145 BW

1. Is een executeur benoemd, die tot taak heeft goederen der nalatenschap te beheren, dan kunnen de erfgenamen, tenzij hij zijn benoeming niet aanvaardt,

*niet zonder zijn medewerking of machtiging van de kantonrechter over die goederen of hun aandeel daarin beschikken, voordat zijn bevoegdheid tot beheer is geëindigd.*

2. Gedurende zijn beheer *vertegenwoordigt* hij bij de vervulling van zijn taak de erfgenamen in en buiten rechte. (Curs. BS)

Mijn onderzoeksvraag was dan ook destijds, de letterlijke wetteksten loslatende: wat is nu de ware aard van de executeur, in oude tijden ook wel boedelberedderaar genaamd. Wie is dit erfrechtelijk mystieke beestje en wat kan hij wel en wat kan hij niet. Ik heb niet alleen (op mijn studeerkamer) een denkbeeldig tochtje door Europa gemaakt om de buitenlandse collega's van de Nederlandse executeur aan een nader onderzoek te onderwerpen: de Belgische testamentuitvoerders, de Zwitserse Willensvollstrecker en niet te vergeten de Duitse Testamentsvollstrecker, maar heb mij vooral uitgeleefd op en gelaafd aan de prachtige gelaagde structuur van ons Burgerlijk Wetboek. Uit deze bronnen is de gedachte van de *erfrechtelijke verbintenis* ontsprongen. Mijn reisgids was daarbij onder meer het werk van de grote Schoordijk<sup>7</sup>, die mij deed inzien dat het recht zich er uitermate goed voor leent, maar ook dwingt, om zo nu en dan, van de gebaande paden af te gaan en dat er geen absolute waarheden zijn in het recht, hoogstens relatieve. Mijn promotor Van Mourik was ook in zijn juridisch denken behoorlijk geïnspireerd door Schoordijk. Voor mijn onderzoek moesten de Nijmeegse beelden over onmiddellijke vertegenwoordiging (zacht uitgedrukt) enigszins opgerekt worden en zoals gezegd hielpen de denkbepelden van Schoordijk over vertegenwoordiging mij daarbij. Door het schrijven van een proefschrift leert men dat de juridische waarheid nog al eens in het midden ligt en komt men er ook snel achter dat het recht niet stilstaat, maar constant in beweging is en blijft, ook na het 'Hora est'. Dat bleek maar weer tijdens het schrijven van dit artikel toen het Duitse Bundesgerichtshof op 12 juli 2018 uitspraak deed over 'Facebook' en de digitale nalatenschap.<sup>8</sup> De rol van 'Testamentsvollstrecker' wordt in ieder geval nog groter. Zo was in het Verfassungsblog

<sup>4</sup> In Limburg heeft de executeur uiteraard de belangrijke taak om de 'begrafenisvlaai' uit te kiezen.

<sup>5</sup> Ter voorkoming van misverstanden: een executeur mag de nalatenschap niet verdelen.

<sup>6</sup> Art. 4:42 BW.

<sup>7</sup> De hooggeleerde Schoordijk is onlangs op 5 juli 2018 overleden en is ongetwijfeld een van de grootste juridische denkers die Nederland gehad heeft. Ik heb nog de eer gehad om hem (onder meer) tijdens mijn promotie te mogen begroeten. Hij stelde destijds de laatste vraag voordat het 'Hora est' viel.

<sup>8</sup> Bundesgerichtshof 12 juli 2018 - III ZR 183/17.



(on Matters Constitutional, Karl Nikolaus Peifer) al te lezen over de digitale erfenis:

'Wer auch die enge Familie nicht bedenken will, der müsste *eine Person des Vertrauens* testamentarisch mit der Wahrnehmung dieser Rechte bedenken [...]' (Curs. BS)

**"Door het schrijven van een proefschrift leert men dat de juridische waarheid nog al eens in het midden ligt en komt men er ook snel achter dat het recht niet stilstaat, maar constant in beweging is en blijft, ook na het 'Hora est'"**

Ouders wilden toegang tot het Facebook-account van de overleden dochter en dat kregen ze niet, waarna ze uiteindelijk bij het Bundesgerichtshof terecht kwamen. Inloggen was niet gelukt omdat het account op de 'Gedenkzustand' ofwel *in memoriam* stond. De erfrechtelijke knoop moest door de rechter doorgemaakt worden. Wel of geen toegang door de erfgenamen tot het Facebook-account van de overledene. Vererving of géén vererving van de zogeheten 'social media'?<sup>9</sup> Dat is de kwestie. In het Nederlandse erfrecht kennen we de 'saisine', de rechtsopvolging onder algemene titel, art. 4:182 BW en in Duitsland de vergelijkbare Gesamtrechtsnachfolge § 1922 Abs. 1 BGB:

'Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über.'

Van belang is ook dat in casu de vererving (die 'Vererblichkeit') niet bij overeenkomst was uitgesloten. De clou was uiteindelijk dat deze digitale rechten, inhoudende de toegang tot het Facebook-account, op dezelfde manier

vererven als *analoge* 'Dokumente', zoals dagboeken en persoonlijke brieven. Ofwel:

'Es besteht *aus erbrechtlicher Sicht* kein Grund dafür, digitale Inhalte anders zu behandeln.' (Curs. BS)

Een overweging van het Bundesgerichtshof is ook dat men tijdens leven risico loopt dat derden misbruik van het account maken en dat men (BS: dan ook maar?) bij overlijden rekening moet houden met: '*der Vererbung des Vertragsverhältnisses*'.<sup>10</sup> In mijn woorden, in het licht van deze bijdrage: Benoem een executeur voor de social media. Een vertrouwenspersoon vertrouwt men immers zijn vertrouwelijke gegevens toe. Hij weet wat van hem verwacht wordt in dezen. Kortom, door dit (Duitse) 'arrest' zal de executeur nog belangrijker worden en vooral ook op digitaal gebied. De eigenschap '*met uitsluiting van anderen*', waarover hierna meer, zal de executeur in de digitale wereld goed van pas komen.

Interessant is ook de door het 'Bundesgerichtshof' uitgesproken gedachte over de sinds 25 mei 2018 geldende 'Datenschutz-Grundverordnung' ofwel de Europese privacyverordening AVG:

'Diese steht dem Zugang der Erben nicht entgegen. Datenschutzrechtliche Belangen der Erblasserin sind nicht betroffen, da die Verordnung *nur lebende personen schützt*.' (Curs. BS)

Alleen *levenden* worden beschermd door deze privacywetgeving. Ik realiseer me dat ik de Nederlandse executeur (al de hele tijd) onderdompel in de Duitse rechtssferen, maar we leven nu eenmaal in Europa en daar geldt vaak '*Germania docet*'.<sup>11</sup>

'Terug' naar de bevindingen in mijn proefschrift over het karakter van de executeur en de gedachte van de erfrechtelijke verbintenis. In de symbolische term 'erfrechtelijke verbintenis' kan het algemene vermogensrecht en het bijzondere erfrecht

<sup>9</sup> Digitaal erfrechtexpert Lucienne A.G.M. van der Geld was haar tijd al ver vooruit door zich jaren geleden al de term sociale media-executeur te laten ontvallen. Zie ook L.A.G.M. van der Geld, De executeur in een nalatenschap met bitcoins en andere 'digitale bezittingen', Tijdschrift Erfrecht 2014, aflevering 6.

<sup>10</sup> Juridisch smullen is ook de voorafgaande passage: 'Der Absender einer Nachricht kann dementsprechend zwar darauf vertrauen, dass die Beklagte (BS: Facebook) sie nur für das von ihm ausgewählte Benutzerkonto zur Verfügung stellt. Es besteht aber kein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass nur der Kontoinhaber und nicht Dritte von dem Kontoinhalt Kenntnis erlangen.'

<sup>11</sup> In het voetbal is dit niet meer zo vanzelfsprekend.

samenvloeien ofwel aaneengeschied worden. Uiteraard kan deze gedachte ook bij andere erfrechtelijke rechtsfiguren, zoals een legaat of een testamentaire last gebruikt worden.

## 2. De erfrechtelijke verbintenis

De erfrechtelijke verbintenis *executele* ontstaat eerst op het moment van overlijden. In art. 4:143 BW wordt voor een executele als uiterste wilsbeschikking de grens getrokken ten opzichte van een *overeenkomst*: 'aanvaarding van zijn benoeming na overlijden'. Dat neemt niet weg dat wij het overeenkomstenrecht bij wijze van analogie van toepassing zouden mogen verklaren op een erfrechtelijke rechtsfiguur.<sup>12</sup> Denk aan het belonen van de executeur. Heeft hij recht op een onkostenvergoeding? En hoe groot is zijn beloning als hij voortijdig zijn werkzaamheden heeft moet staken? De antwoorden bevinden zich in eerste instantie niet in het erfrecht maar in het overeenkomstenrecht. Zie art. 7:406 en art. 7:411 BW.

De erfrechtelijke verbintenis *executele* valt, indachtig de gelaagde structuur van ons vermogensrecht, uiteen in drie lagen, waarbij de ene laag zich, afhankelijk van de onderliggende rechtsvraag, soms meer manifesteert dan de andere laag. Analyse van de voorliggende rechtsvraag is steeds van belang. Het bindmiddel is de rechtsfiguur *privatieve lastgeving*.<sup>13</sup> Wie de stap zet van 'laag' naar beginsel komt tot de conclusie dat de drieland *executele* gedragen wordt door de navolgende drie principes:

- I. het verbintenisrechtelijke beginsel van quasi-overeenkomst van opdracht/lastgeving (*intern* van aard, art. 7:424 BW);
- II. het goederenrechtelijke beginsel van beschikkingsonbevoegdheid van de erfgenamen; het *bewindsaspect*;
- III. het verbintenisrechtelijke beginsel van onmiddellijke vertegenwoordiging van erflater (*extern* van aard, art. 3:78 BW).

**"De artikelen 3:78 en 7:424 BW waren voor mij de poortjes naar de geheime gangen, die mij brachten van erfrecht naar algemeen vermogensrecht en omgekeerd om uiteindelijk de ware aard van de executeur te vinden"**

De artikelen 3:78 en 7:424 BW waren voor mij de poortjes naar de geheime gangen, die mij brachten van erfrecht naar algemeen vermogensrecht en omgekeerd om uiteindelijk de ware aard van de executeur te vinden. Het in art. 3:77 BW neergelegde beginsel 'erflater leeft nog' verhoogde sowieso de erfrechtelijke feestvreugde.

## 3. HR 21 november 2008, NJ 2009/116.

Een jaar na het verschijnen van mijn dissertatie heeft de Hoge Raad, in zijn arrest HR 21 november 2008, NJ 2009/116,<sup>14</sup> voor de eerste keer zijn licht laten schijnen over de ware aard van de rechtspositie van de executeur.<sup>15</sup> Waar ik '600' pagina's nodig had, heeft de Hoge Raad maar één alinea nodig. Het gebeurt allemaal in rechtsoverweging 4.2. Met deze rechtsoverweging heeft zowel theorie als praktijk een stevig fundament gekregen om de vele rechtsvragen die dagelijks rijzen over het functioneren van de executeur te kunnen beoordelen en daar waar nodig te lijf te kunnen gaan:

"De executeur aan wie, zoals hier het geval is, het bezit van de goederen van de nalatenschap is toegekend en die is aangesteld tot beredderaar van de boedel, is bevoegd *met uitsluiting van anderen* het beheer over de goederen van de nalatenschap te voeren. Op grond van deze bevoegdheid mag hij het beheer *naar eigen inzicht* voeren en de keuzes maken die hem ten behoeve van dat beheer *geraden voorkomen*, zij het dat hij daarbij *de zorg van een goed executeur* moet betrachten." (Curs. BS).

Ongetwijfeld is de wens ook de vader van de gedachte, maar als ik mijn benadering op de benadering van de

<sup>12</sup> "Door het legaat ontstaat een verbintenisrechtelijke rechtsverhouding, welke op één lijn moet worden gezien met de verbintenisrechtelijke verhouding, die uit een overeenkomst ontstaat", aldus Parl. Gesch. Vast., Boek 4, p. 772.

<sup>13</sup> Anders Asser/Perrick 4 2017/ 692 die van mening is dat het *privatieve* karakter van de bevoegdheid van de *executeur* voldoende kan worden gebaseerd op art. 4:145 lid 2 BW. De ware aard vindt men echter niet altijd in de wettekst. In de Van der Burght-bundel 2009, nr. 12, par. 5, p. 148 merkt hij wel op dat er uiteraard geen bezwaar tegen bestaat om bij de vaststelling van de rechten en verplichtingen van de *executeur* inspiratie op te doen bij de wettelijke regeling van de opdracht en de lastgeving.

<sup>14</sup> HR 21 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD5985. Het arrest werd in de NJ geannoteerd door Perrick.

<sup>15</sup> Het arrest ging weliswaar over een executeur naar oud recht, maar de Hoge Raad gaf in rechtsoverweging 4.5 aan: "Naar huidige recht (...) geldt het hiervoor overwogene eveneens."

Hoge Raad leg, zie ik met enige juridische goede wil een principiële overeenkomst tussen de getrokken conclusies over de ware aard van de onderliggende rechtsfiguur. In de frasen 'naar eigen inzicht' en 'de keuzes maken die hem geraden voorkomen' zie ik het externe aspect in de zin van vertegenwoordigingsmacht in het rechtsverkeer. Naar derden toe is de executeur in beginsel altijd bevoegd, *zij het* dat hij indachtig het afleggen van zijn rekening verantwoording voor de verleende *opdracht*, de zorg van een goed executeur<sup>16</sup> moet betrachten (vgl. art. 7:401 BW) ofwel dat hij in de interne relatie steeds op zijn externe functioneren aangesproken kan worden.<sup>17</sup> Het bewindsaspect - of zo men wil het bindmiddel privatieve lastgeving - zie ik terug in de woorden: 'met uitsluiting van anderen'. Dat erflater de opdrachtgever is illustreert een frase van een arrest van Hof Amsterdam van 22 juli 2014, ECLI:GHAMS:2014:3052: 'Mede gelet op de instructies die hem zijn gegeven, heeft [geintimeerde sub 1] zijn opdracht als executeur redelijkerwijs zo mogen begrijpen dat [...]'.<sup>18</sup>

Het is van belang om te zien dat de wetgever spreekt van vertegenwoordiging van de erfgenamen, art. 4:145 lid 2 BW, maar dat dit niet al te letterlijk genomen moet worden. Men dient dit te lezen als vertegenwoordiging van *erflater*, waarbij de rechtsgevolgen van de vertegenwoordiging toegerekend dienen worden aan de rechtsopvolgers onder algemene titel: de erfgenamen. Erflater is immers niet meer, maar heeft wel zelf nog de erfrechtelijke aftrap gedaan ofwel heeft een opdracht meegegeven met een *volmacht uit het hiernamaals*, art. 3:77 BW. Rechtsfiguren uit het algemeen vermogensrecht, zoals de volmacht worden in Boek 4 BW door het gesloten stelsel, art. 4:42 BW, opgeslurpt ofwel geordend en krijgen een eigen erfrechtelijk koosnaampje, zoals: *executeur*.

De wetgever wilde nog wat erfrechtelijke folklore behouden, althans dat denk ik, anders had

men ongetwijfeld gesproken van erfrechtelijk vertegenwoordiger of erfrechtelijk opdrachtnemer. Als men in dezen te grote stappen had gezet, had men ongetwijfeld nog vijftig jaar moeten wachten tot het nieuwe erfrecht een feit was. De wetgever heeft het inbedden van de klassieke erfrechtelijke rechtsfiguren aan de gelaagde structuur overgelaten en dat is een zeer geslaagde en verfrissende gedachte geweest.

#### 4. De afwikkelingsbewindvoerder: de 'driesterrenexecuteur'

Wie teleurgesteld is dat een executeur wel mag beheren (managen) maar niet mag *verdelen*, dient te rade te gaan bij een bijzonder erfrechtelijk ingrediënt: *afwikkelingsbewind*, te vinden in art. 4:171 BW. Een afwikkelingsbewindvoerder mag op de schouders van de executeur gaan staan en kan door erflater bekleed worden met zelfstandige *verdelingsbevoegdheid*.<sup>19</sup> In de praktijk spreken wij dan ook van de executeur-afwikkelingsbewindvoerder als een synthese van rechtsfiguren, waarbij het afwikkelingsbewind wel nog testamentair gekneet dient te worden. Populaire toepassingen van afwikkelingsbewind in de praktijk zijn: de quasi-wettelijke verdeling en de democratieclausule. Art. 4:171 BW spreekt voor de erfrechtelijk creatieveling voor zich:

'Bij de uiterste wil kunnen de bevoegdheden en verplichtingen van de bewindvoerder nader worden geregeld; zij kunnen *daarbij ruimer* of beperkter worden vastgesteld dan uit de voorgaande bepalingen van deze afdeling voortvloeit.'

Bij ruimer dient men inderdaad te denken aan het verlenen van zelfstandige verdelingsbevoegdheid aan

<sup>16</sup> Op p. 123 van mijn proefschrift merk ik op: "Met 'sui generis' alleen kan men in de rechtspraktijk immers geen problemen oplossen en doop, gelet op de gelaagde structuur, art. 7:401 BW, de norm voor de opdrachtnemer, vervolgens om tot een erfrechtelijke regel: 'De executeur moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed executeur in acht nemen.'"

<sup>17</sup> Zie over dit arrest ook de interessante annotatie van A.J.M. Nuytinck in *Ars Aequi* van januari 2009, p. 44-50. Hoewel hij zelf zegt dat het opvallend is dat "de Hoge Raad tot zesmaal toe spreekt over 'de zorg van een goed executeur'", waarmee volgens Nuytinck de Hoge Raad duidelijk in de trant van art. 7:401 BW inzake de overeenkomst van opdracht formuleert, komt hij uiteindelijk tot de conclusie dat de executeur een zeer bijzondere, eigensoortige vertegenwoordiger is, een vertegenwoordiger *sui generis*. Uiteraard aanvaard ik in dank de door hem aan mij verleende erfrechtelijke geuzentitel de 'godfather' van de executele.

<sup>18</sup> De Hoge Raad heeft de 'lagere' rechters in zijn arrest van 21 november 2008, NJ 2009/116 een helder richtsnoer gegeven waar ze iedere executeurscasus eenvoudig mee kunnen oplossen, en wel in rechtsoverweging 4.2. in het bijzonder.

<sup>19</sup> In erfrechtelijk jargon ook wel de derde ster genaamd.

<sup>20</sup> De executeur wordt dan executeur-afwikkelingsbewindvoerder, een synthese tussen twee rechtsfiguren.

de executeur.<sup>20</sup> Een andere veel gebruikte clause om de verkoopbevoegdheid van de executeur uit te breiden is bijvoorbeeld:<sup>21</sup>

'De afwikkelingsbewindvoerder is bevoegd om over de goederen van mijn nalatenschap als vertegenwoordiger van de erfgenamen te beschikken, als ware hij enig rechthebbende en derhalve zonder medewerking/toestemming/machtiging/goedkeuring van welke aard dan ook, zulks met toepassing van het beginsel van zaaksvervanging. Dit mede met als doel een soepele boedelafwikkeling te garanderen.'

## 5. Het levenstestament en de levensexecuteur

Wie een executeur benoemt om de afwikkeling van zijn nalatenschap soepel te laten verlopen komt op enig moment ook op het idee om al *tijdens leven* een dergelijke *vertrouwenspersoon* aan te stellen voor de situatie dat men het zelf allemaal niet meer zo goed kan. Niet alleen wat betreft beslissingen op vermogensrechtelijk gebied, maar ook op medisch gebied: de *levensexecuteur*. Ook bij het opstellen van een *levenstestament* worden dan de rechtsfiguren volmacht (extern) en opdracht (intern) als juridische ingrediënten van stal gehaald. De sterveling die nog (niet overtuigd) het bewijs zou zoeken dat ook een executeur inderdaad als grondstof de algemeen vermogensrechtelijke figuren opdracht en volmacht heeft, stelt zich de eenvoudige vraag of een rechter een 'opdracht' en een 'volmacht' (bijvoorbeeld tot verkoop of afgifte legaat) opgenomen in een uiterste wil, indachtig het in art. 4:42 BW gesloten stelsel, zou transformeren in een benoeming tot executeur. Dit blijkt al snel een retorische vraag te zijn. Ik maak bij het terugvallen op de juridische grondstof opdracht/lastgeving wel de kanttekening dat aangezien bij de levensexecuteur de achterman nog in leven is, minder behoefte zal zijn aan het private karakter van de executeur.<sup>22</sup> Een andere vergelijking tussen deze vertrouwenspersonen is dat de levensexecuteur de rechterlijke overheidsbemoeyenis die beschermingsbewind nu eenmaal met zich brengt, wenst te ontspringen door zelfregulering, welke zelfregulering we ook aantreffen bij de erfrechtelijk executeur. Er is

uit respect voor de autonomie van de aspirant erflater testamentair maatwerk mogelijk, zie bijvoorbeeld in het hiervoor opgenomen art. 4:144 BW de frase 'onverminderd testamentaire lasten' dat ook de invloed van de overheid in de vorm van bemoeienis van de rechterlijke macht poogt te ontlopen.<sup>23</sup> Denk aan de dwingende regeling van formele vereffening als concept voor de boedelafwikkeling in het belang van schuldeisers. Een executeur die een ruimschoots-toereikend-verklaring kan afleggen is niet aan de formele vereffening onderworpen in geval van een beneficiaire aanvaarding, art. 4:202 BW.

De ontwikkelingen op het gebied van de levensexecuteur/levenstestament bespoedigen de ontwikkeling van de executeur en het filosoferen over de erfrechtelijk executeur bevordert de ontwikkeling van de levensexecuteur. Deze rechtsfiguren zullen dan ook steeds meer op elkaar afgestemd worden, niet alleen qua inhoud, maar ook qua personele bezetting.

De executeur heeft zich niet alleen civielrechtelijk sterk ontwikkeld, maar de laatste jaren ook *fiscaal*. De 'Edelweissproblematiek' leek daar in eerste instantie een stokje voor te steken, maar het tegendeel was het geval. Dit heeft te maken met de nieuwe disculpatiemogelijkheid voor executeurs, waarover in de volgende paragraaf meer. Overigens heeft de executeur-afwikkelingsbewindvoerder ook bij de fiscale ontwikkeling van flexibele testamenten een belangrijke rol gespeeld.

## 6. De executeur fiscaal: de Edelweissexecuteur

Op grond van art. 72 SW 1956 is de executeur per 1 januari 2012 *verplicht* om aangifte te doen voor de heffing van erfbelasting.<sup>24</sup> Deze verplichting geldt - anders dan naar de letter van de wet - niet voor de 'begrafenisexecuteur', aangezien deze geen bemoeienis heeft met de afwikkeling van de nalatenschap.<sup>25</sup> In het verlengde hiervan bepaalt art 47 Invorderingswet 1990 dat executeurs en door de rechter benoemde vereffenaars van nalatenschappen *hoofdelijk aansprakelijk* zijn voor al de door en bij het overlijden van de erflater verschuldigde *erfbelasting*, tenzij de aangifte voor de erfbelasting niet door hen

<sup>21</sup> Voor een tweesterrenexecuteur geldt voor het te gelde maken art. 4:147 BW.

<sup>22</sup> Zie art. 4:145 lid 1 BW en in het algemeen vermogensrecht art. 7:423 BW (de private lastgeving).

<sup>23</sup> Een vergelijking zou ook gemaakt kunnen worden met het vraagstuk op welk moment de regeling van het levenstestament in moet gaan, vergelijk art. 4:143 BW.

<sup>24</sup> Zie hierover uitgebreid J.P.S.A. Wouters, Executeur en erfbelasting, *WPNR* 2013/6997.

<sup>25</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 004, nr. 5, p. 20-21. In jargon is de begrafeniseexecuteur de executeur met één ster.



is gedaan. Deze aansprakelijkheid geldt echter niet voor zover een executeur aannemelijk maakt dat het niet aan hem te wijten is dat de aanslag tot een te laag bedrag is vastgesteld of anderszins te weinig belasting is geheven.<sup>26</sup> Deze disculpatiemogelijkheid heeft in de praktijk mijns inziens de klassieke angst bij executeurs voor de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de erfbelasting grotendeels weggenomen.<sup>27</sup>

## 7. Enfin

De executeur staat als een huis, maar is juridisch kameleon genoeg om zich naar de maatschappelijke erfrechtelijke behoeften te blijven ontwikkelen, denk aan ontwikkelingen op het gebied van de *digitale* nalatenschap, zoals het recente, hiervoor behandelde, Duitse *Facebook*-'arrest'.<sup>28</sup> Het belangrijkste blijft vooral dat men zich in het verkeer met executeurs steeds realiseert dat men de frase 'vertegenwoordiger van de erfgenamen' niet al te letterlijk moet nemen, art. 4:145 lid 2 BW, maar - indachtig het bepaalde in art. 3:77 BW - dient te interpreteren als vertegenwoordiger van *erflater*. De 'volmacht' wordt niet gegeven door de erfgenamen maar komt uit het 'hiernamaals'. Soms zelfs digitaal. Het succes van de executeurs is met name te danken aan het feit dat hun bevoegdheden *privatief* zijn, dat zij derhalve handelen met uitsluiting van anderen. Verschillende beroepsgroepen hebben dit al aan den lijve ondervonden. Notarissen bij het beschikken over onroerende zaken: de erfgenamen zijn beschikkingsonbevoegd, advocaten bij het procederen: als ze de executeur niet in het geding betrekken: niet-ontvankelijkheid. Bankiers betaalden ten onrechte aan de erfgenamen uit en fiscalisten kunnen niet om de executeur heen bij de aangifte erfbelasting. En in de wereld van de social media en alle daarmee samenhangende vertrouwelijkheid zal, zoals reeds aangestipt, het private karakter van de executeur hoge ogen gooien. Een digitale executeur zal weldra

een erfrechtelijke vanzelfsprekendheid zijn. Digitale (juridische) verbinding met het hiernamaals lijkt binnen handbereik.

*"De executeur staat als een huis, maar is juridisch kameleon genoeg om zich naar de maatschappelijke erfrechtelijke behoeften te blijven ontwikkelen, denk aan ontwikkelingen op het gebied van de digitale nalatenschap, zoals het recente, hiervoor behandelde, Duitse Facebook-'arrest'"*

Een laatste hartenkreet: Student, als u de kans krijgt om te promoveren in het recht, grijp hem, al dan niet als 'buitenpromovendus'. Tijd vliegt en de investering loont. Vergelijk het maar met de weg naar de Olympische Spelen. 'Vier jaar' is zo voorbij. Schrijf uw eigen Harry Potter!

*"Een laatste hartenkreet: Student, als u de kans krijgt om te promoveren in het recht, grijp hem, al dan niet als 'buitenpromovendus'. Tijd vliegt en de investering loont. Vergelijk het maar met de weg naar de Olympische Spelen. 'Vier jaar' is zo voorbij. Schrijf uw eigen Harry Potter!"*

<sup>26</sup> Deze disculpatiemogelijkheid is opgenomen in art. 47 lid 2 Invorderingswet 1990. Zie ook de voor de erfgenamen opgenomen kennisgevingsplicht in art. 10c Uitvoeringsbesluit SW. Het bepaalde in art. 66 lid 3 SW, waar onbepaalde navordering mogelijk wordt gemaakt voor verzwegen buitenlands vermogen, maakt ook onderdeel uit van de Edelweisswetgeving. De Edelweissconstructie kwam er op neer dat buitenlands vermogen buiten de Nederlandse erfbelasting werd gehouden met behulp van 'geheimhouders' en executeurs. Het was waarschijnlijk een monster van Loch Ness verhaal dat door te politiek te serieus genomen is.

<sup>27</sup> B.M.E.M. Schols, Niet iedere executeur is een Edelweissexecuteur, *FBN* 2017 nr. 19.

<sup>28</sup> Bundesgerichtshof 12 juli 2018- III ZR 183/17.

## Wie doe not spiek duts

Is het toegestaan om universitair onderwijs in het Engels te geven en niet (meer) in het Nederlands? Die vraag stond centraal in het kort geding dat de vereniging Beter Onderwijs Nederland (BON) had aangespannen tegen de Universiteit Maastricht en de Universiteit Twente en de Inspectie van het Onderwijs. De aanleiding voor het geding was dat er volgens BON afbreuk wordt gedaan aan de kwaliteit van het onderwijs als de voertaal in het hoger onderwijs onnodig wordt gewijzigd van het Nederlands

naar het Engels. Bovendien zou dit Engelstalige aanbod in strijd zijn met de WHW (Wet op het Hoger Onderwijs en Wetenschappelijk Onderzoek). De rechter werd gevraagd om de beide universiteiten te verbieden hun bacheloropleiding psychologie in het Engels aan te bieden.

Vrijdag 6 juli 2018 oordeelde de Rechtbank Midden-Nederland<sup>1</sup> dat onvoldoende aannemelijk was gemaakt dat de handelwijze van de Universiteit Maastricht en die



**ONDERWIJS**

# Mr. dr. Carolus Grütters

*Carolus Grütters is onderzoeker bij de vaksectie Rechtssociologie en Migratierecht van de Radboud Universiteit*

van Twente in strijd zou zijn met de WHW. Op de juridische logica van de rechter valt weinig af te dingen. In het vonnis is helder beschreven waar het juridische geschil om draait, of de rechter wel bevoegd is, of eiser ontvankelijk is in zijn vorderingen en welke wettelijke bepalingen ter discussie staan. De rechter oordeelde vervolgens dat de over en weer gegeven argumenten niet leiden tot de conclusie dat het handelen van de universiteiten onrechtmatig is, althans in strijd met de WHW, en wees de vordering van BON af.

Zijn belangrijkste argument hiervoor is dat de WHW nogal wat ruimte laat aan de instelling om in een opleiding een andere taal dan het Nederlands te hanteren. De bepalingen uit de WHW waar het om draait, luiden als volgt:

- Artikel 1.3(5) WHW:  
*De instellingen voor hoger onderwijs schenken mede aandacht aan de persoonlijke ontplooiing van hun studenten en de bevordering van hun maatschappelijk verantwoorde-lijkheidsbesef. De bevordering van maatschappelijk verantwoordelijkheidsbesef houdt ten minste in dat de instellingen, met inbegrip van degenen die hen formeel of informeel vertegenwoordigen, zich onthouden van discriminatoire gedragingen en uitlatingen. De instellingen richten zich in het kader van hun werkzaamheden op het gebied van het onderwijs wat betreft Nederlandstalige studenten mede op de bevordering van de uitdrukkingsvaardigheid in het Nederlands.*
- Artikel 7.2 WHW:  
*Het onderwijs wordt gegeven en de examens worden afgenomen in het Nederlands. In afwijking van de eerste volzin kan een andere taal worden gebezigd:*
  - a. wanneer het een opleiding met betrekking tot die taal betreft,*
  - b. wanneer het onderwijs betreft dat in het kader van een gastcollege door een anderstalige docent gegeven wordt, of*
  - c. indien de specifieke aard, de inrichting of de kwaliteit van het onderwijs dan wel de herkomst van de studenten daartoe noodzaakt, overeenkomstig een door het instellingsbestuur vastgestelde gedragscode.*

<sup>1</sup> Rb Midden Nederland (zp Utrecht) 6 juli 2018, (kg), C/16/460210 / KG ZA 18-278, ECLI:NL:RBMNE: 2018:3117.

In artikel 1.3(5) WHW is – onder meer – bepaald dat een instelling voor hoger onderwijs (in casu een universiteit) in het aanbod van het onderwijs, wat betreft de Nederlandstalige studenten, zich mede richt op de bevordering van de uitdrukkingsvaardigheid van studenten in het Nederlands. De bevordering van taalvaardigheid in het Nederlands is daarmee een wettelijk voorschrift. De formulering is ruim: de instelling dient zich te 'richten op de bevordering van' de genoemde vaardigheid. De wijze waarop is echter niet voorgeschreven.

Volgens de rechter sluit artikel 7.2 WHW hierop aan. In deze bepaling is weliswaar het uitgangspunt geformuleerd dat het Nederlands moet worden gebezigd, maar er is ook de mogelijkheid gecreëerd om een andere taal te hanteren, indien 'de specifieke aard, de inrichting of de kwaliteit van het onderwijs dan wel de herkomst van de studenten daartoe noodzaak'. Ten overvloede staat er dan ook nog een verwijzing naar een gedragscode – die door elke instelling zelf kan worden geformuleerd – waarin de richtlijnen staan om de ene of de andere taal te hanteren, zolang er maar een 'noodzaak' aannemelijk wordt gemaakt. Kort gezegd kan vrijwel elke overweging om niet het Nederlands te hanteren onder deze redenering worden geschaard: er moet slechts het stempel van 'noodzakelijk' op worden gezet.

Het is niet verwonderlijk dat de rechter in kort geding, gegeven deze ruime marges van noodzakelijkheid die uit een gedragscode volgen, oordeelde dat de door BON aangevoerde argumenten geen standhielden in de context van een vermeende schending van de wettelijke voorschriften.

Indien de rechter wordt gevolgd in zijn redenering dat artikel 1.3(5) WHW 'zich niet leent voor zelfstandige toetsing' (r.o. 2.32), dan roept dit de intrigerende vraag op wat de betekenis is van artikel 1.3(5) WHW, en dan met name van het voorschrift dat de instellingen zich richten 'wat betreft Nederlandstalige studenten op de bevordering van de uitdruk-kings-vaardigheid in het Nederlands', indien het onderwijs niet in het Nederlands wordt gegeven. Vervalt die eis dan omdat het Nederlands niet wordt gehanteerd? Of moet de uitdrukkingsvaardigheid dan in die andere taal worden bevorderd?

Het vonnis van de rechter is niet alleen zeer leesbaar, maar in het vonnis is ook duidelijk verwoord (in r.o. 2.46) wat de taak van de rechter in deze is en dat die taak los staat

van de maatschappelijke of politieke discussie omtrent het belang van het hanteren van een bepaalde taal in (onderdelen van) een opleiding in het wetenschappelijk onderwijs. De rechter formuleert dat als volgt:

*Het is niet aan de voorzieningenrechter om in het debat een standpunt in te nemen over het belang van Nederlandstalig onderwijs voor de kwaliteit van het hoger onderwijs of over de vraag of Nederlandse universiteiten in het algemeen al dan niet te ver, of zonder noodzaak doorschieten in hun bereidheid om Engelstalige opleidingen aan te bieden ten koste van Nederlandstalige opleidingen. Het is primair aan de onderwijsinstellingen zelf om hierop met inachtneming van de geldende wettelijke kaders beleid te voeren, het is aan de verantwoordelijke toezichthouder en de Minister om daarop toe te zien en aan de wetgever om zo nodig nadere wet- of regelgeving vast te stellen die recht doet aan alle actuele omstandigheden en betrokken belangen. De voorzieningenrechter dient in deze procedure alleen een oordeel te geven over de – juridische – vraag of de vorderingen die BON tegen UM en UT heeft ingesteld, toegewezen kunnen worden.*

*Het bovenstaande laat onverlet dat uit bijvoorbeeld het onderzoek dat de Inspectie momenteel naar de gedragscodes en de internationalisering van het hoger onderwijs verricht, zal kunnen blijken dat UM, UT of andere Nederlandse universiteiten zonder aangetoonde noodzaak zijn overgegaan tot het aanbieden van Engelstalige opleidingen, naar aanleiding waarvan verdere actie nodig kan zijn. Dit valt echter buiten het bestek van deze procedure.*

De discussie omtrent het hanteren van een andere taal dan het Nederlands is een discussie die niet voor de rechter moet worden gevoerd, maar binnen de onderwijsinstellingen zelf en met de wetgever. In het bijzonder gaat het dan om de verantwoording door de instelling (in casu de faculteit die de opleiding verzorgt) met betrekking tot de (wettelijke vereiste) noodzaak om geen Nederlands te hanteren. Vooral deze laatste opdracht – het aantonen van de noodzaak – vormt de kern van de maatschappelijke discussie over het taalgebruik in het wetenschappelijk onderwijs.

Alhoewel de discussie zich lijkt toe te spitsen op een keuze voor Nederlands dan wel Engels, is de onderliggende vraag niet zozeer of het Engels – of welke andere taal dan ook – noodzakelijk is, maar of de instellingen zich voldoende inspannen om het



onderwijs op een dusdanige manier aan te bieden dat er geen noodzaak (meer) is om een andere taal – dan het Nederlands – te bezigen. Als het uitgangspunt derhalve is dat de Nederlandse taal wordt gehanteerd tenzij er redenen zijn om daarvan af te wijken, dan spelen twee factoren een doorslaggevende rol: de mensen en het geld.

Om met dat laatste te beginnen; demografische statistieken laten zien dat het aantal nieuwe studenten dat zich jaarlijks meldt op de Nederlandse universiteiten afneemt. Dat wil zeggen, de aanwas van studenten die al in Nederland wonen neemt af, simpelweg omdat er sinds 2000 jaarlijks minder kinderen worden geboren.<sup>2</sup> Ter illustratie: in 2017 werden er bijna 170.000 kinderen geboren, terwijl dat er in 2000 nog ruim 206.000 waren. Dat is bijna een vijfde minder en dat heeft onmiddellijk consequenties voor de omvang van de totale studentenpopulatie en daarmee ook op de hoeveelheid geld die universiteiten krijgen. Naast een vast bedrag krijgen zij namelijk een variabel bedrag afhankelijk van het aantal inschrijvingen en de bijbehorende nominale studieduur, en het aantal bachelor dan wel masterexamens dat is behaald. Meer studenten betekent derhalve meer geld. Betere studenten betekent ook meer geld, omdat voor een student die snel een studie afrondt evenveel geld wordt betaald als voor een student die langzaam door de studie gaat, of die ruimschoots van allerlei herkansingen gebruik maakt.

Een van de manieren om derhalve meer financiële middelen te genereren is de werving van buitenlandse studenten. Studenten die gebruik maken van het Erasmusprogramma en in Nederland gaan studeren, leveren de desbetreffende universiteiten echter niet meer geld op. Voor studenten uit een van de lidstaten van de Europese Unie (Unieburgerstudenten) geldt namelijk hetzelfde tarief (collegegeld). Een Franse, Griekse of Hongaarse student aan een Nederlandse universiteit levert derhalve niet meer op dan een Nederlandse student. Het financiële verschil wordt wél gemaakt door studenten van buiten de Europese Unie. Deze zogenoemde derdelanderstudenten betalen (veel) meer dan de Unieburgerstudenten en genereren derhalve een niet te verwaarlozen inkomstenbron voor de instellingen van wetenschappelijk onderwijs.<sup>3</sup> Er is derhalve een onderscheid tussen

de financiële consequenties van de inschrijving van Unieburgerstudenten en derdelanderstudenten.

Dat onderscheid heeft een vervelende bijwerking. Derdelanderstudenten brengen (meer) geld op en dus is het financieel aantrekkelijk om de drempel voor derdelanderstudenten zo klein mogelijk te houden. Een van de maatregelen is dan om de opleiding in het Engels aan te bieden omdat er meer derdelanderstudenten zijn die het Engels machtig zijn dan het Nederlands. Op zich lijkt dat geen probleem: een opleiding aanbieden waarin Engels de voertaal is en waarvoor zich Engelstalige studenten inschrijven. Het wordt pas een probleem indien de vereiste noodzaak daartoe slechts een financieel criterium is: het levert meer op. Dat zou immers kunnen leiden tot het afschaffen van onderwijs in het Nederlands. En als de voertaal dan ook nog eens geen Engels maar Dungleish is, dan is het begrijpelijk dat dit protesten oproept.

*"Van de docenten die vakken verzorgen in een Engelstalige opleiding moet worden geëist dat zij het Engels tenminste op C1 niveau beheersen (C2 is het niveau van een near-native speaker)"*

Van de docenten die vakken verzorgen in een Engelstalige opleiding moet worden geëist dat zij het Engels tenminste op C1 niveau beheersen (C2 is het niveau van een near-native speaker). Zij moeten immers de stof uitleggen in het Engels en zeker in talige studies als de rechtsgeleerdheid is de taal daarbij een uiterst belangrijk, zo niet onmisbaar, instrument. Van de student moet min of meer hetzelfde worden geëist. Bij een talige studie als de rechtsgeleerdheid is het een absoluut vereiste dat de student de taal van het vakgebied beheerst: en dan niet een *vertaling* maar de oorspronkelijke taal.

Betekent dit nu dat het Engels niet gehanteerd zou mogen worden? Nee. In sommige opleidingen kan

<sup>2</sup> Centraal Bureau voor de Statistiek: kerncijfers, bevolking, bevolkingsontwikkeling, geboorte. <statline.cbs.nl/Statweb/selection/?DM=SLNL&PA=37422NED&VW=T> [9 augustus 2018].

<sup>3</sup> Fernhout, R. 'Studie', in: K. Zwaan (et al.), *Nederlands Migratierecht*, 2e druk, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p.91-176.

het Engels een nuttige aanvulling zijn. Bijvoorbeeld als de docent zich veel beter in het Engels dan in het Nederlands kan uitdrukken en het vak zich er goed voor leent. Het gebruik van het Engels zou dan ook zelfs als noodzakelijk kunnen worden bestempeld omdat de staf die een bepaalde opleiding verzorgt Engelstalig is en het Nederlands niet of slecht beheerst. In de Nederlandse praktijk – en zeker in Nijmegen – is het echter maar zeer de vraag of het aanbieden van een Engelstalige opleiding een noodzaak en gewenst is, zeker in het licht van de eis die aan rechters en advocaten in Nederland wordt gesteld om het juridische jargon goed te beheersen. Meer in het bijzonder is het zeer de vraag of de kwaliteit van het Engelstalige onderwijs wel ten minste zo hoog is als het Nederlandstalige onderwijs. Dat laatste zou eigenlijk de maatstaf moeten zijn.

Dit betekent dat het Engels (of beter gezegd: een andere taal dan het Nederlands) slechts een tweede optie is die pas mag worden overwogen indien er een noodzaak toe is (en dat is uitdrukkelijk géén financiële noodzaak). Ook zou overwogen kunnen worden om standaard Nederlandse taallessen aan niet-Nederlandstalige studenten aan te bieden. Stel dat alle opleidingen, die nu hoofdzakelijk of zelfs exclusief in het Engels worden aangeboden, zouden overschakelen naar het Nederlands als voertaal, en stel dat alle studenten die zich zouden willen inschrijven voor die opleiding het Nederlands eerst eigen moeten maken. Dan zou de kwaliteit van het onderwijs er zeker niet onder lijden en in vergelijking met het eerder gegeven Engelstalige onderwijs er waarschijnlijk gemiddeld

genomen op vooruitgaan. Belangrijker nog is dat in een dergelijke situatie de oneigenlijke discussie over het discrimineren van studenten of het uitgesloten voelen van niet-Nederlandstalige studenten in een ander perspectief geplaatst kunnen worden. Het zou een interessant perspectief opleveren indien alle EU-lidstaten hun opleidingen uitsluitend in hun eigen landstaal zouden aanbieden inclusief intensieve taalcursussen voor de internationale student.

*"In de Nederlandse praktijk – en zeker in Nijmegen – is het echter maar zeer de vraag of het aanbieden van een Engelstalige opleiding een noodzaak en gewenst is, zeker in het licht van de eis die aan rechters en advocaten in Nederland wordt gesteld om het juridische jargon goed te beheersen"*

De veel gebruikte mantra van het belang van de internationalisering zou dan uit het benepen circuit van de verengelsing kunnen worden gehaald en geplaatst in het ruimere perspectief van het kennis nemen van een andere cultuur en taal. Wat zou het toch mooi zijn als 'de' student niet alleen over de grens gaat studeren maar ook in de taal die over die grens gesproken wordt. Lastig? Wellicht. Mogelijk? Wel zeker.

# SCHRIJF MEE!

*Actioma is het juridische  
faculteitsblad van de Radboud  
Universiteit in Nijmegen. Het wordt  
geschreven voor en door studenten,  
docenten en alumni. **We speuren ieder  
kwartaal weer naar nieuw talent.***

*Heb jij een passie voor het  
geschreven woord?*

*Stuur een mailtje naar [info@actioma.eu](mailto:info@actioma.eu)  
en wij nemen contact met je op.*

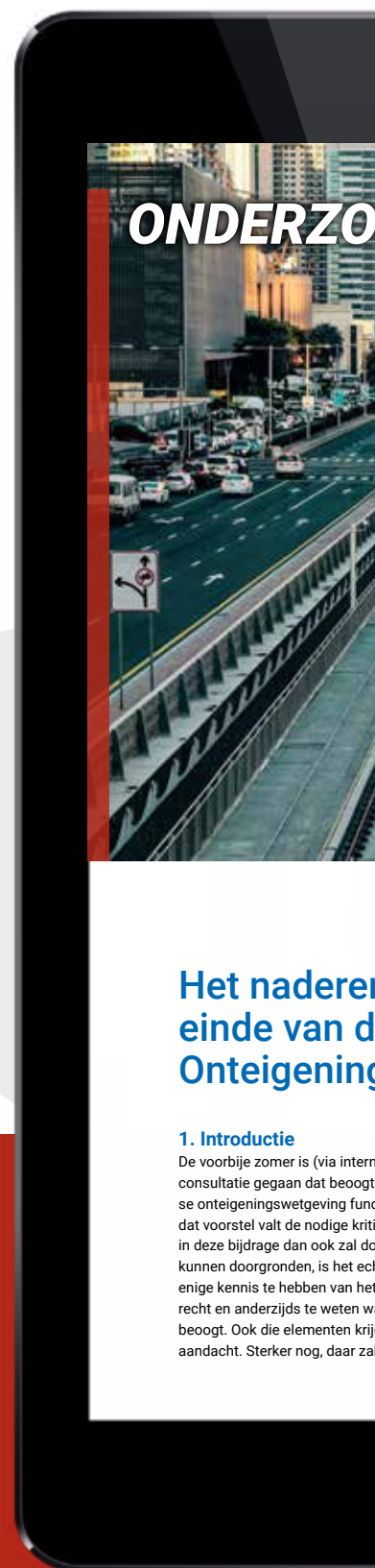


# Actioma

# LEES ACTIOMA OOK ONLINE

*Via onze website heb je altijd en overal toegang tot de digitale versie van Actioma. Naast de meest recente versie vindt je daar ook eerder gepubliceerde edities zodat je deze nog eens terug kunt lezen.*

Actioma



ONDERZOEK

## Het naderende einde van de Onteigeningswetgeving

### 1. Introductie

De voorbije zomer is (via internetconsultatie) gegaan dat beoogt de nieuwe onteigeningswetgeving functioneel te maken. Het voorstel valt de nodige kritiek in deze bijdrage dan ook zal de lezers kunnen doorgronden, is het echter enige kennis te hebben van het recht en anderzijds te weten wat beoogt. Ook die elementen krijgen aandacht. Sterker nog, daar zal

[WWW.ACTIOMA.EU](http://WWW.ACTIOMA.EU)



EK



## Prof. mr. J.A.M.A. Sluysmans

*Prof. mr. J.A.M.A. Sluysmans is partner bij Van der Feltz advocaten en is als bijzonder hoogleraar Onteigeningsrecht verbonden aan de Radboud Universiteit Nijmegen*

nde  
e oude  
gswet

et) een wetsvoorstel in  
om de huidige Nederland-  
damenteel te herzien.<sup>1</sup> Op  
tek te leveren, hetgeen ik  
en. Om die kritiek goed te  
nter nuttig om enerzijds  
t huidige onteigenings-  
at het nieuwe voorstel  
gen daarom in dit artikel  
ik mee beginnen.

## ter Doeleman

*Doeleman is  
beksmaisterstudent  
recht (afstudeerrichting  
en bestuursrecht) en geeft  
open Inleiding tot de  
wetenschap*



## ilateral ronmental reements and the : From potential nlict to silent nciliation

### uction

years ago, the Tuna-Dolphin ruling caused a  
oversy.<sup>1</sup> Due to a restrictive interpretation of  
of the General Agreement on Tariffs and Trade  
GATT), it seemed that no unilateral measures  
trade for environmental reasons could ever

triumph in a conflict before the WTO's dispute settlement  
system.<sup>2</sup> To this day, there have been no cases before the  
WTO's dispute settlement bodies about a conflict between  
multilateral environmental measures in the form of a  
Multilateral Environmental Agreement (henceforth: MEA)  
and the WTO.<sup>3</sup> What if such a conflict would arise in the  
future: could an MEA survive in proceedings before the  
WTO's dispute settlement bodies?

### 2. The WTO and its dispute settlement system

#### 2.1 The WTO

Shortly after World War II, attempts to create an  
international organization regulating world trade failed due  
to opposition from the United States Congress. However,  
the attempts did lead to the creation of GATT.<sup>4</sup> From  
1947 to 1994, GATT operated as a multilateral forum to  
negotiate on the reduction of trade barriers.<sup>5</sup> The last  
round of GATT negotiations – the Uruguay Round (1986-  
1995) – led to the establishment of the World Trade  
Organization: an international organization which provides  
institutional structures to oversee and implement rules  
on trade in goods and services and on the protection of  
intellectual property.<sup>6</sup> These rules can be found in a great



## Wat is recht?

De grote vraag van de rechtsfilosofie is niets meer of minder dan: wat is recht? Zoals een taalfilosoof vraagt wat taal is, en een techniekfilosoof wat techniek is, stelt de rechtsfilosoof voortdurend de vraag: wat is recht? Dat klinkt misschien voor de hand liggend, maar dat is het niet. Zelfs rechtsfilosofen zijn zich er niet altijd van bewust wat die vraag allemaal behelst. Een van de grootste misverstanden is zelfs verergerd door een beroemde rechtsfilosoof: Ronald Dworkin. Deze Amerikaan heeft vooral met zijn hoofdwerk *Law's Empire* (1986) een belangrijke bijdrage geleverd aan de verwarring van drie verschillende dingen: (1) *denken over de aard van het recht*, (2) *een mening hebben over hoe het recht er uit zou moeten zien*, en (3) *het werk van de praktijkjurist*. Dat hij zo populair is geworden en gebleven, is waarschijnlijk te danken aan zijn handige retoriek en aan een interessant effect van de miskennis van het onderscheid tussen filosofie, ethiek en praktijk van het recht. Door die grensvervaging zijn filosofen en ethici namelijk gaan geloven dat hun bespiegelingen relevantie hebben voor de rechtspraktijk, en juristen



## Mr. dr. D. Venema

*Derk Venema was universitair docent rechtsfilosofie en algemene rechtswetenschappen aan de Radboud Universiteit Nijmegen.*

dat ze halve filosofen en driekwart ethici zijn. Voor de filosofen is die verwarring aantrekkelijk als onderbouwing van subsidieaanvragen en het rekken van hun verblijf aan juridische faculteiten, en juristen krijgen het gevoel eigenlijk heel diepzinnig en ethisch bezig te zijn. Toch is het onderscheid vrij eenvoudig uit te leggen.

### **"Zoals een taalfilosoof vraagt wat taal is, en een techniekfilosoof wat techniek is, stelt de rechtsfilosoof voortdurend de vraag: wat is recht?"**

Een wiskundefilosoof geeft als antwoord op de vraag 'wat is wiskunde?' geen formule of berekening. Formules en berekeningen zijn namelijk onderdelen van de wiskundige praktijk. Een techniekfilosoof beantwoordt de vraag naar de aard van de techniek niet met het in werking zetten van een vernuftig apparaatje (afgezien van zijn spraakorganen). Een taalfilosoof heeft het moeilijker, omdat hij alleen maar antwoord kan geven in het medium waarover hij nadenkt: de taal. Maar de rechtsfilosoof lijkt een dergelijk excuus te ontberen. Een filosofisch antwoord op de vraag wat recht is, heeft niet de vorm 'de eis wordt toegewezen op grond van art. 87 lid 3 Wet ABC jo art. 576 Wet XYZ.' Dat kan alleen een antwoord zijn op de vraag wat *rechtens* is in een bepaalde casus. Een filosofisch antwoord op de vraag wat recht is, zou eerder deze vorm hebben: 'recht is gecodificeerde moraal', of 'recht is de memetische uitdrukking van bepaalde evolutionair ontwikkelde handelingspatronen en emoties', of 'recht is de rechtvaardigingspraktijk van overheidshandelen', of 'recht is een machtsstrategie van de zwakkeren' of 'recht is een flexibele adaptatie aan een veranderlijke omgeving' of 'recht is een voortbrengsel van de economie'. *Wetenschappelijke* bestudering van het recht beweegt zich *binnen* een dergelijk filosofisch antwoord en neemt dat als (onuitgesproken) uitgangspunt. Rechtssociologen werken bijvoorbeeld vanuit de vooronderstelling dat recht een sociale praktijk is met bepaalde concrete sociale oorzaken en effecten en rechtshistorici kunnen in een breder chronologisch perspectief laten zien waar ons recht vandaan komt. Dat filosofen zelf ook wetenschappers zijn is trouwens weer een stukje zelfbedrog ten behoeve van fondsenwerving.

Nog iets heel anders is het hebben van normatieve opvattingen over het recht. Heel veel juristen kunnen hun werk grotendeels prima doen zonder ethische bespiegelingen. De gevallen waarin een ethisch lastige

beslissing moet worden genomen, of zelfs een heus moreel dilemma moet worden opgelost, zijn schaars – maar niet onbelangrijk. Dworkin wil ons echter doen geloven dat aan elke juridische beslissing en discussie, zeker bij rechters, een al dan niet bewuste ethische visie op het recht als geheel ten grondslag ligt. Dat is al twijfelachtig, maar nog twijfelachtiger is Dworkins stelling dat aan alle juridische beslissingen en standpunten van één bepaalde persoon op *dezelfde* ethische visie gebaseerd zijn. Of *zou moeten* liggen, want ook dat loopt bij de hogepriester van de rechtsfilosofie door elkaar. Het is bij Dworkin nooit duidelijk of hij nu meent te *beschrijven* hoe rechters daadwerkelijk beslissingen nemen, of dat hij vertelt hoe *hij zelf vindt dat ze dat zouden moeten doen*. Erg vermoeiend. Maar zoals alle spirituele leiders weet hij blijkbaar dat onbegrijpelijkheid en mystificatie voorwaarden zijn voor het vormen van een trouwe aanhang.

Terug naar het probleem: hoe kan Dworkin, met vele adepten en epigonen in zijn kielzog, de rechtspraktijk dan toch hebben verward met filosofische vragen? Dat zit zo. De beantwoording van rechtsvragen in rechtszaken is geen exacte wetenschap. Het is zelfs helemaal geen wetenschap. Omdat de jurist te maken heeft met regels die niet in cijfers maar in woorden zijn vevat, is er vaak ruimte voor verschillende interpretaties. Volgens Dworkin berust elk meningsverschil over de interpretatie van een regel uiteindelijk op een meningsverschil over de ideale samenleving, en de rol van het recht daarin. En omdat hij samenlevingsidealen filosofisch vindt, doet in zijn ogen elke jurist dus aan filosofie, meestal onbewust. Een voorbeeld: als de ene partij de rechter verzoekt om een regel van privaatrecht heel strikt op te vatten, terwijl de andere partij die regel graag extensief uitgelegd ziet, kan het zijn dat de ene partij een meer liberaal en de andere een meer socialistisch samenlevingsideaal heeft. Althans, dat zou Dworkin zeggen. Of zou het ook zo kunnen zijn dat elke partij per zaak een interpretatie kiest die haar op dat moment toevallig het meeste oplevert? Zou een advocaat het in zijn hoofd halen om een pleidooi te baseren op een maatschappijvisie die niet optimaal strookt met het belang van zijn cliënt?

Voldoet de *rechtswetenschap* dan misschien wél aan Dworkins theorie? Is het zo dat rechtswetenschappers hun interpretaties en analyses van het recht uiteindelijk (al dan niet bewust) baseren op een fundamentele visie op maatschappij en recht? Dat zou natuurlijk best kunnen. Maar is dat dan filosofie, of eerder ethiek of politiek? 'Een fundamentele visie' klinkt natuurlijk heel



diepzinnig en eerbiedwaardig, en een bepaald soort filosofen is gespecialiseerd in het uitwasemen van eerbiedwaardigheid en diepzinnigheid. Maar filosofisch? Neem bijvoorbeeld de verschillende visies op art. 22b Sr. In dat artikel staat dat de rechter onder andere bij misdrijven met een maximumstraf van zes jaar of meer geen taakstraf op mag leggen, tenzij er tevens een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf wordt opgelegd. Veel rechters vinden dit artikel een monstrum en leggen, wanneer zij dat gepast vinden, voor zulke misdrijven toch een taakstraf op. En om aan de wet te voldoen, geven ze er nog één nachtje cel bij. Deze rechters laten zich niets gelegen liggen aan de formulering van dit artikel, noch aan de bijbehorende memorie van toelichting, waaruit overduidelijk blijkt dat wat zij doen niet de bedoeling van de wetgever was.

***"Een fundamentele visie' klinkt natuurlijk heel diepzinnig en eerbiedwaardig, en een bepaald soort filosofen is gespecialiseerd in het uitwasemen van eerbiedwaardigheid en diepzinnigheid. Maar filosofisch?"***

Doen deze rechters, of de rechtswetenschappers die erover schrijven, aan filosofie? Een mening over strafrechtelijk beleid toepassen op een actuele kwestie is rechtsgeleerd, politiek, ethisch. Je kunt er Beccaria, utilitarisme, Kant, Nietzsche, deugdenleer, Rawls, desnoods Dworkin bijhalen. Dat kan altijd, maar wordt een betoog daar automatisch filosofisch van? De filosoof Wouter Oudemans zei eens: 'hoedt u voor de drie e's: emotie, esthetiek en ethiek.' Een uitstekende raad. Binnen die domeinen wordt veel niet-filosofische kletspraat voor filosofie verkocht. Het punt is namelijk, dat particuliere opinie of voorkeur met veel bombarie als geleerd, fundamenteel en eerbiedwaardig opgedist en op die manier *geïmmuniseerd* wordt. Dat werkt het beste als het over de grote drama's van het leven gaat: geboorte, relaties, dood, rechtszaken. Niemand durft een Auschwitz-overlevende tegen te spreken, die aan komt zetten met een naïeve sprookjesachtige nonsensentheorie over goed en kwaad. De eerbied (soms overgaand in betutteling) die zo iemand oproept, verhindert dat.

Het werkt ook bij misdaad. Wie durft tegen een rechter in te gaan die heel diepzinnig kijkend zegt dat hij diep van binnen overtuigd is van de waarheid van Kants

categorische imperatief, en dat daaruit voor hem noodzakelijk volgt dat één dag gevangenisstraf plus 120 uur taakstraf voor een bepaald geval van schaking (art. 281 Sr.) correct is? Dat verschilt evenwel niet wezenlijk van Mark Rutte die zegt dat het afschaffen van de dividendbelasting precies is wat Nederland nodig heeft, omdat hij dat 'in zijn diepste vezels voelt.' En die immuniserende, diepzinnige, hoogdravende, emotionele, persoonlijke strategie is nou typisch wat je bij gelovigen ook tegenkomt; het is een bij uitstek religieuze opstelling. Over spookjes gesproken. Wat beoogt een gelovige, een ethicus, een 'rechtsfilosoof' daarmee? Men wil ofwel anderen iets aansmeren, hen overtuigen, ofwel anderen respect laten opbrengen, bewondering als het meezit, voor de eigen positie. Daarmee wordt die positie (dat klinkt trouwens al veel echter en eerbiedwaardiger dan 'mening'), ook voor de gelovige in kwestie, *gelegitimeerd*. En dan maar verder kletsen over 'mijn positie', 'mijn filosofie', 'mijn denken', 'mijn rotsvaste geloof', net alsof het om een object gaat dat er gewoon is, maar dat alleen sommige bevoorrechte personen goed kunnen zien en beschrijven. Daaruit laten de quasi-filosofen dan soms de gekste dingen volgen, zoals de stelling dat het leven van een sluwe advocaat zinnvoller is dan het leven van een vorkheftruckchauffeur, of dat seksuele geaardheid een kwestie van vrije keuze is.

Legitimatie door immunisering dus. Weer eens wat anders dan *Legitimation durch Verfahren*. Maar we moeten terug naar het probleem en het aangekondigde thema 'wat is recht?' De discussies omtrent juridische onderwerpen waar ik het over had, zijn onderdeel van de rechtspraktijk. Dat is het grappige van het recht: discussies over wat in bepaalde gevallen rechtens is, of wat bepaalde regels in abstracto betekenen, of hoe het recht zou moeten zijn, zijn onderdeel van de rechtspraktijk. De zogenaamde rechts'wetenschap' valt daar ook grotendeels onder, inclusief de gedroomde filosofische onderbouwingen die daarbij gedebiteerd worden. Dat geeft niets. Dat is juist hartstikke leuk. Want daarmee verheft de jurist, en de rechtsfilosoof al helemaal, zich torenhoog boven het gewone volk. Gooi er nog wat (quasi-)Latijnse termen doorheen en het effect is compleet. Peremptoir! Gelaedeerde! Utilitarist! Categorische imperatief! Je ziet de leken sidderen.

Maar is dat filosofisch? Wat is wél filosofisch? Zoals Sokrates over iets anders zei: het antwoord hing de hele tijd al voor onze neus te bengelen. Een filosoof let namelijk altijd heel zorgvuldig op de manier van spreken. Hoe iemand een bepaald onderwerp bespreekt, kan

namelijk laten zien vanuit welk perspectief diegene tegen dat onderwerp aankijkt. En zo'n perspectief is niet zelf bedacht of gekozen door de spreker of schrijver, maar dat is voor hem 'vanzelfsprekend': zoals iets je al dan niet aanspreekt, zonder dat je dat van tevoren zelf kunt bepalen. Dworkin, bijvoorbeeld, spreekt over recht als iets wat mensen bedacht hebben en wat mensen interpreteren vanuit hun eigen opvattingen. Dat dat maar één perspectief op de zaak is, ziet hij niet. Iedereen die met hem in discussie gaat (of ging, want de beste man ligt al weer een tijdje rustig onder zoden) wordt door Dworkin opgenomen in diens perspectief: Dworkin vat elke kritiek namelijk op als een mening over het recht, waardoor zijn eigen theorie ook geldt voor degene die er kritiek op heeft. Een heel slimme immunisatiestrategie. Iemand die bijvoorbeeld tegen Dworkin zegt: in tegenstelling tot jou beschrijf ik het recht vanuit economisch perspectief en concludeer ik dat het een bijverschijnsel van de (al dan niet 'vrije') markt is. Dan antwoordt Dworkin doodleuk: aha, dus jouw ethische visie is dat het recht de economie moet dienen. Zo win je elke discussie.

Maar als je goed let op de manier waarop iemand een onderwerp benadert, dan kun je misschien zien in welke manier van spreken diegene gevangen zit. Bijvoorbeeld in de idee-fixe dat iedereen die iets over het recht zegt eigenlijk een ethische opvatting ventileert. Of dat het recht uitsluitend in economische termen te verklaren valt. Of dat het recht alleen maar evolutionair te begrijpen is. Maar zijn dit nu willekeurige perspectieven op hetzelfde verschijnsel? Kun je naar geloven een perspectief uitkiezen om daardoorheen het recht te bekijken en te verklaren? Hoe komt iemand erbij om een bepaalde kijk op het recht te hebben? Waarom zijn er maar betrekkelijk weinig echt verschillende 'rechtsfilosofieën' in omloop? Zijn rechtsfilosofen niet creatief genoeg? Hoe ontstaat een perspectief op een verschijnsel eigenlijk? Hoe weet je of jouw kijk op de zaak klopt of niet? Ligt dat aan de woorden die je gebruikt? Hoe kom je daar eigenlijk op? Verzin je die zelf? Of ligt het aan het succes van je beschrijving? Hoe meet je die? Aan de overeenkomst met het beschrevene? Aan het aantal citaties van je

publicaties? Aan de afmetingen van je werkkamer? Hier begint pas het filosofische vragen. Maar deze voorvragen slaan degenen die zich rechtsfilosoof noemen meestal maar over. Het zijn namelijk geen gezellige vragen waar elke jurist over mee kan ouwehoeren. Ze zijn niet met een inwisselbare mening te beantwoorden. Subsidieverstrekkers en aanvraagvoorbereiders kunnen er niets mee. Dat dergelijke vragen in de universitaire economie volstrekt overbodig zijn, is doorgaans de beste indicatie voor hun filosofisch gehalte.

Hoe doe je *recht* aan het recht? Is de ene beschrijving meer *terecht* dan de andere? Wordt de ene rechtsfilosofische theorie beter door de werkelijkheid gerechtvaardigd dan de andere? Let op de wijze van spreken en de betekenissen van de woorden, en je ziet dat 'recht' zowel voor het te beschrijven fenomeen als voor de verhouding tussen beschrijving en fenomeen wordt gebruikt. Filosofisch praten over recht lijkt net zo lastig te zijn als filosofisch praten over taal. Je maakt al gebruik van taal, en van recht, om je onderwerp (taal of recht) te benaderen, voordat je hebt vastgesteld wat de meest passende omschrijving van dat onderwerp is. Dat is, nadat je van je duizeligheid bekomen bent, een belangrijk filosofisch inzicht. Net als het inzicht dat niemand opzettelijk heeft verzonnen om het woord 'recht' op bepaalde manieren in bepaalde betekenissen te gaan gebruiken. Filosofie van het recht en filosofie van de taal hebben meer met elkaar te maken dan je op het eerste gezicht zou zeggen. In plaats van een uitvoerige behandeling hiervan, waarvoor in dit essay geen plaats is, volsta ik met een citaat, dat een begin van een antwoord zou kunnen zijn op de vraag uit de titel van dit stuk, en vooral een aanzet tot verder nadenken. In zijn zeer lezenswaardige boek over recht en literatuur merkt Kieran Dolin over recht en taal op: 'law is [...] a matter of how language is used'.<sup>1</sup> Omgekeerd geldt hetzelfde: taal is een kwestie van het volgen van regels, wetmatigheden. In beide gevallen is er speelruimte, in beide gevallen is er onduidelijkheid, en die worden in beide gevallen gebruikt door mensen die met vernuftige argumenten en ethische retoriek van elkaar proberen te winnen. Maar die hebben de filosofische beschouwing dan al overgeslagen.

<sup>1</sup> Kieran Dolin, *A Critical Introduction to Law and Literature*, Cambridge: Cambridge University Press 2011, p. 20. Zie verder Derk Venema, 'Verhaalsrecht', in: *Het verhaal van de rechter: rechtspraak in verleden, heden en toekomst. Liber amicorum Hans den Tonkelaar*, Deventer: Kluwer 2018, p. 7-20.



# Scherp blijven in de praktijk

*“Vraag niet teveel van jezelf als beginnende advocaat”*

*In de rubriek ‘Scherp blijven in de praktijk’ spreken we met een alumna van de Nijmeegse rechtenfaculteit, die sinds enige tijd werkzaam is in de juridische rechtspraak. Het Centrum voor Postacademisch Juridisch Onderwijs (CPO) verzorgt als onderdeel van de Radboud Universiteit onderwijs voor de praktijkjurist. Het onderwijs varieert van cursussen en symposia tot beroepsopleidingen voor bijvoorbeeld het notariaat. Het CPO wil cursisten uitnodigen door te vragen tot de kern en daarbij de essentie achter de juridische actualiteit te doorgronden. Dat leidt tot meer inzicht en een frisse blik. Het motto van het CPO is dan ook: verder denken, scherper zijn.*



**INTERVIEW**

## Beroepsopleiding Advocaten

In de 205<sup>e</sup> editie van dit blad is een bijdrage gewijd aan de Beroepsopleiding Advocaten. Het CPO voert deze opleiding uit in samenwerking met vaardighedenbureau Dialogue in opdracht van de Nederlandse orde van advocaten. De Beroepsopleiding Advocaten start traditiegetrouw in maart en september en duurt tweeënehalf jaar. De opleiding maakt deel uit van de stageperiode, die aanvangt bij de beëdiging en vanaf dat moment drie jaar voortduurt. In die periode dient de advocaat-stagiaire de opleiding succesvol af te ronden en voldoende opleidingspunten te behalen voor activiteiten in het eigen arrondissement. Ook dient de

stagiaire na drie jaar over voldoende praktijkervaring te beschikken. De advocaat-stagiaire wordt gedurende de stagetermijn begeleid door een ervaren advocaat, de zogenoemde patroon.

De advocaat-stagiaire kiest bij aanvang van de opleiding uit drie leerlijnen: burgerlijk recht, strafrecht of bestuursrecht. De stagiaire volgt binnen de gekozen leerlijn het hoofdvak major en een aantal keuzevakken. Ook doet de advocaat-stagiaire kennis op in één van de andere rechtsgebieden door het volgen van een minor. Bovendien volgen alle advocaat-stagiaires het vak Jaarrekeninglezen. De hiervoor genoemde cognitieve vakken vormen samen met ADR<sup>1</sup>, het vaardighedenprogramma en het vak beroepsattitude- en beroepsethiek het curriculum van de opleiding.

In deze editie spreken we Anne Coenders. Zij is werkzaam als advocaat-stagiaire bij Holla Advocaten. Zij heeft in september 2015 haar rechtenstudie aan de Radboud Universiteit afgerond. Anne is in september 2017 gestart met de Beroepsopleiding Advocaten, waarbij zij heeft gekozen voor de leerlijn burgerlijk recht. Zij vertelt ons meer over haar ervaringen als advocaat-stagiaire.

## Van student naar advocaat-stagiaire

Anne wilde eigenlijk naar het Conservatorium van Amsterdam, maar een ongelukje met een keukenmes gooide roet in het eten. Desondanks heeft ze geen moment spijt gehad van haar keuze voor de rechtenstudie in Nijmegen. In eerste instantie koos Anne voor de dubbelstudie Recht & Economie, maar



**Mr. M.P. Sluis**

*Mr. M.P. Sluis is alumni van de Nijmeegse Faculteit der Rechtsgeleerdheid en werkzaam bij het CPO.*



**Mr. E.S. Panford**

*Mr. E.S. Panford is alumni van de Nijmeegse Faculteit der Rechtsgeleerdheid en werkzaam bij het CPO.*

<sup>1</sup> Alternative Dispute Resolution. Denk hierbij bijvoorbeeld aan mediation of arbitrage.

switchte al snel naar de bachelor Rechtsgeleerdheid om zich volledig te kunnen focussen op rechten. Naast haar rechtenstudie was Anne druk in de weer met allerlei nevenactiviteiten, zoals een bestuursfunctie bij V.I.E.R. (Vereniging voor Intellectuele Eigendom & Reclamerecht). Anne heeft mooie herinneringen aan haar studententijd: 'Het meest waardevolle van mijn studententijd zijn toch wel de mensen die ik heb leren kennen, met wie ik nog steeds veel contact heb. Ook mijn Erasmus periode aan de University of Glasgow koester ik.'

*"Het meest waardevolle van mijn studententijd zijn toch wel de mensen die ik heb leren kennen, met wie ik nog steeds veel contact heb"*

Na het behalen van de master Nederlands recht aan de Radboud Universiteit, heeft Anne de master Bedrijfskunde gevolgd aan de Erasmus Universiteit in Rotterdam. Het volgen van deze master was een weloverwogen keuze. Tijdens verschillende stages in de advocatuur viel het Anne namelijk op dat het advocatenberoep een ondernemend aspect kent: 'Je bent werkzaam voor een kantoor, maar je bent daarnaast je eigen ondernemer. Op den duur is het immers de bedoeling dat je je eigen cliënten binnensleept. Juist dit facet van de advocatuur spreekt me aan en zie ik minder terug bij andere juridische beroepen.'

Ook de keuze voor Holla Advocaten is een weloverwogen beslissing geweest: 'Voorheen was ik werkzaam voor een ander kantoor. Daar deed ik voornamelijk zaken op het gebied van faillissementsrecht, terwijl ik mij vooral wilde focussen op privacy en nieuwe technologieën. Ik ben wat dat betreft wel een 'tech-savvy' advocaat. Holla heeft op dit gebied een voorsprong, waardoor de keuze makkelijk was gemaakt. Het kantoor legt al jaren de focus op privacy, dat spreekt me erg aan.'

### Verwachtingen van de advocatuur

Met student-stages bij drie verschillende advocatenkantoren, kan Anne zeggen dat ze een realistisch beeld had van de advocatuur voordat ze de stap waagde. Met het combineren van de beroepsopleiding en de praktijk was Anne echter niet bekend: 'Ik moet zeggen dat de combinatie van de beroepsopleiding en de praktijk me zwaarder valt dan dat ik vooraf had verwacht. Natuurlijk wordt op kantoor

rekening gehouden met de opleiding, maar ondertussen loopt je werk niet weg. Je zult de opleiding voor een gedeelte in je vrije tijd moeten doen. Dat had ik vooraf niet helemaal voor ogen.'

*"Natuurlijk wordt op kantoor rekening gehouden met de opleiding, maar ondertussen loopt je werk niet weg"*

### Combinatie van rechtspraktijk en postacademische opleiding

Hoewel de combinatie van leren en werken af en toe bijdraagt aan de werkdruk, ervaart Anne dat haar werkgever rekening houdt met de opleiding: 'Holla beseft dat je het meeste uit de beroepsopleiding moet halen. Op kantoor is beleid over hoeveel tijd advocaat-stagiaires tijdens kantooruren aan de opleiding mogen besteden. Zo mag ik het huiswerk (deels) tijdens kantoortijd maken. Dat is echt niet overal het geval.'

Op de vraag of de kennis die zij tijdens de beroepsopleiding heeft opgedaan in de praktijk al goed van pas is gekomen, antwoordt Anne: 'De basisbeginselen van bijvoorbeeld burgerlijk recht kun je altijd wel gebruiken. Voor mij zijn het wel met name de vaardigheden die ik in de praktijk kan gebruiken. Bijvoorbeeld presentatievaardigheden die je in kunt zetten bij een netwerkevent of bij een presentatie die je geeft voor een cliënt. De cognitieve vakken komen hier en daar ook zeker wel van pas, maar op dit moment concentreer ik me in de praktijk voornamelijk op privacyrecht en heb ik alleen nog maar de vakken burgerlijk recht en bestuursrecht gehad.'

Anne ervaart de meerwaarde van het volgen van de, soms tijdrovende, opleiding naast het werk op kantoor: 'Al is het maar dat je de theoretische kennis weer goed voor ogen hebt. Ik heb na mijn rechtenstudie een master Bedrijfskunde gedaan, dus mijn juridische kennis was een beetje weggezaakt. Daarnaast is het heel belangrijk dat je advocaat-stagiaires in je arrondissement leert kennen. Je bent gewend om elkaar in de rechtbank hard aan te pakken. Onder andere de opleiding herinnert je er weer aan dat het een conflict betreft tussen cliënten. Bovendien is het heel prettig om met mensen omringd te zijn die in precies hetzelfde schuitje zitten en dat je met hen kunt overleggen hoe je iets aanpakt. Dit kan natuurlijk ook met je kantoorgenoten, maar soms heb je de mening nodig van iemand die er volledig buiten staat. Ik vind de opleiding heel waardevol.'

## Scherp blijven

Het recht is constant in beweging. Advocaten moeten op de hoogte blijven van nieuwe regelgeving en jurisprudentie. We vroegen Anne hoe zij scherp blijft in haar werk. 'Het rechtsgebied waarin ik werk staat inderdaad niet stil. Hoe meer big datatechnologieën er komen, hoe belangrijker het privacyrecht wordt. Voornamelijk mijn cliënten houden me scherp door de vragen die zij stellen. Via hen weet ik wat er speelt in het bedrijfsleven en waar zij tegenaan lopen. Mijn patroon zorgt ook dat ik scherp blijf in mijn werk door mij op dingen te wijzen waar ik zelf nog niet aan heb gedacht. Kantoorbreed worden we ook gewezen op actualiteiten. Zo hebben we inhouse cursussen, waar bijvoorbeeld recente jurisprudentie wordt besproken.'

## Tips voor juristen in spe

Toekomstige advocaat-stagiaires wil Anne nog meegeven: 'Ga er echt even voor zitten voordat je een kantoor kiest. Ga voor jezelf na wat je wilt, en wat je belangrijk vindt. Maak eerst een keuze of je wilt werken bij een klein, middelgroot of groot advocatenkantoor. Kijk vervolgens naar het rechtsgebied waarin je je wilt specialiseren. Maak tot slot een shortlist met de kantoren die jou aanspreken en probeer bij deze kantoren binnen te kijken. Ieder advocatenkantoor is uniek. Om een idee te krijgen van een kantoor, moet je gewoon meer hebben gezien dan hun website.' Over het combineren van de beroepsopleiding met de praktijk adviseert ze de toekomstige advocaat-stagiaires tot slot: 'Probeer het verwachtingsmanagement op orde te hebben. Houd je patroon overal van op de hoogte. Zorg dat alle opleidingsdagen in zijn of haar agenda staan. Patroons vinden over het algemeen de opleiding echt wel belangrijk, maar ze moeten rekening kunnen houden met het feit dat je op de opleidingsdagen niet op kantoor bent. Tot slot: vraag niet te veel van jezelf als beginnend advocaat. Je komt net kijken, het kost tijd om dingen aan te leren. Wees realistisch over hoeveel tijd de opleiding kost en communiceer dat ook goed.'

*"Wees realistisch over hoeveel tijd de opleiding kost en communiceer dat ook goed"*



# DUO vraagt reisgegevens op: privé of niet?

*Annotatie bij CRvB 5 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:269*

## 1. Inleiding

Financieel kent het studentenleven zo zijn beperkingen. Ondanks studiefinanciering en een bijbaantje houden veel studenten 'aan het eind van hun geld een stuk maand over'. Ten tijde van de basisbeurs was de regel dat uitwonende studenten een hoger bedrag aan studiefinanciering kregen. Studenten maakten hier dan ook graag gebruik van – ook als ze niet uitwonend waren. De Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO) gaat deze vorm van fraude tegen door reisgegevens van de ov-chipkaart van studenten bij de beheerder van het ov-chipkaartsysteem op te vragen.

De Centrale Raad van Beroep (hierna: CRvB) oordeelde in februari 2018 dat dit opvragen verenigbaar is met artikel 8 EVRM.<sup>1</sup> Deze uitspraak leidde echter tot nogal wat media-aandacht.<sup>2</sup> Tevens blijkt uit latere jurisprudentie dat DUO gretig reisgegevens gebruikt als bewijsstuk in procedures en dat de CRvB met deze uitspraak een vaste lijn in de jurisprudentie heeft aangelegd.<sup>3</sup> De gronden die aan deze nieuwe vaste lijn ten grondslag liggen, zijn echter summier gemotiveerd.

Om die reden is het interessant de zaak aan de hand van het geldende recht te reconstrueren en te becommentariëren. De hoofdvraag in deze annotatie is dan ook: "Is het opvragen van reisgegevens ter handhaving van wettelijke voorschriften verenigbaar met artikel 8 EVRM?"

Als eerste behandel ik kort de casus van de onderhavige zaak (§ 2). Vervolgens reconstrueer ik aan de hand van het geldende recht de uitspraak (§ 3) en trek ik een conclusie over de uitspraak (§ 4).

<sup>1</sup> CRvB 5 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:269.

<sup>2</sup> Ik verwijz onder meer naar 'DUO mag reisgegevens student inzien om fraude tegen te gaan', NOS 5 februari 2018, nos.nl.

<sup>3</sup> CRvB 25 april 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1231; CRvB 2 mei 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1309.



## S.J.B. ter Beke

*Steven ter Beke is student aan de rechtenfaculteit van de Radboud Universiteit Nijmegen.*





## 2. Zaak en rechterlijke beslissing<sup>4</sup>

Appellante heeft als studente recht op studiefinanciering voor uitwonende studenten krachtens de Wet studiefinanciering 2000. Toen onderzoek werd gedaan naar de rechtmatigheid van de aan haar verstrekte studiefinanciering, kregen de toezichthouders van DUO argwaan: appellante was herhaaldelijk niet aanwezig op het adres waarop ze stond ingeschreven in de Basisregistratie Personen (BRP). Aan de hand van dit onderzoek en gesprekken met omwonenden trok men de conclusie dat appellante

ten onrechte een beurs voor uitwonende studenten kreeg, omdat ze feitelijk bij haar moeder woonde en dus thuiswonend was.

Om de bewijsvoering voor de besluitvorming kracht bij te zetten, vroeg een medewerker van DUO de reisgegevens van appellante op bij Trans Link Systems (TLS), de beheerder van het ov-chipkaartsysteem. TLS verstrekte DUO deze gegevens en daaruit kon men de conclusie trekken dat, gezien het in- en uitcheckpatroon van appellante, appellante

<sup>4</sup> Dit gedeelte wordt aan de uitspraak ontleend: CRvB 5 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:269.

niet op haar BRP-adres woonde. Deze reisgegevens werden in de procedure voor de rechter gebruikt als aanvullend bewijs.

Appellante betoogt dat DUO deze gegevens niet had mogen gebruiken, omdat het gebruiken van deze gegevens in strijd zou zijn met het recht op privéleven uit artikel 8 EVRM. De rechter gaat hierin niet mee: aan de hand van de beperkingssystematiek van het EVRM komt de rechter tot de conclusie dat de minister de gegevens mocht gebruiken om het besluit te motiveren en dat dit geen strijdigheid met artikel 8 EVRM oplevert.

De rechter brengt wel een nuance aan. Reisgegevens zijn als zelfstandig bewijsmateriaal niet voldoende om aan te tonen dat iemand al dan niet op zijn BRP-adres woont. Als aanvullend bewijs zijn reisgegevens wel bruikbaar, maar de bewijskracht is dan beperkt. Met andere woorden: reisgegevens spelen in soortgelijke zaken dus een marginale rol.

### 3. Reconstructie van de rechterlijke beslissing

Centraal in de onderhavige uitspraak staat artikel 8 EVRM. Hierdoor is het relevant om van tevoren op te merken dat uit de verdragstekst blijkt dat men bij het sluiten van het EVRM niet direct de bescherming van persoonsgegevens heeft willen laten vallen onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM. Pas sinds het sluiten van het aanvullende Databeschermingsverdrag in de jaren tachtig vallen persoonsgegevens onder de bescherming van artikel 8 EVRM.<sup>5</sup>

In deze paragraaf zal ik de rechterlijke uitspraak aan de hand van het geldend recht reconstrueren en becommentariëren.

#### 3.1 Beperkingssystematiek van artikel 8 EVRM

De bescherming van persoonsgegevens via artikel 8 EVRM is niet absoluut. In lid 2 is ruimte gelaten om het mensenrecht te beperken. De CRvB loopt de reguliere beperkingssystematiek van het EVRM langs om te

bepalen of er sprake is van een rechtmatige inbreuk op artikel 8 EVRM. Daarom is het van belang eerst kort de beperkingssystematiek van het EVRM in kaart te brengen. De exacte invulling van de beperkingssystematiek van het EVRM blijkt uit de jurisprudentie van het Hof.<sup>6</sup> Een beperking van het EVRM is gerechtvaardigd indien deze is voorzien bij wet, noodzakelijk is in een democratische samenleving en voldoet aan één van de in de verdragsbepalingen genoemde doelcriteria. Een wet (een betere vertaling is: regeling) hoeft niet per definitie geschreven te zijn, maar mag ook ongeschreven zijn, zo lang deze maar voorzienbaar en toegankelijk is.<sup>7</sup> De vraag of een maatregel noodzakelijk is in een democratische samenleving, wordt door het Hof slechts marginaal getoetst vanwege beoordelingsruimte (*'margin of appreciation'*) van de verdragsstaten<sup>8</sup>, net als de voorzienbaarheid en de toegankelijkheid van een (wettelijke) regeling.<sup>9</sup>

#### 3.2 Wettelijke grondslag

De eerste rechtsvraag waar de Centrale Raad van Beroep zich voor zag gesteld, was de vraag of artikel 5:17 Awb voldoende grondslag bood voor de inmenging in artikel 8 EVRM. Op grond van deze bepaling hebben toezichthouders van bestuursorganen namelijk de bevoegdheid om zakelijke gegevens in te zien. Deze vraag viel weer uiteen in twee deelvragen: een materiële vraag (of de persoonsgegevens zijn aan te merken als 'zakelijke gegevens') en een formele vraag (of artikel 5:17 Awb voldoet aan de eisen van de beperkingssystematiek van het EVRM).

De formele vraag gaat duidelijk in de richting van de beperkingssystematiek van het EVRM. Artikel 5:17 Awb is een algemeen geformuleerde bepaling en de vraag is of een dergelijke bepaling inbreuk mag maken op artikel 8 EVRM. Al eerder merkte ik op dat een 'wet' voorzienbaar en toegankelijk moet zijn. Het Hof verlangt echter niet dat de inbreuk voortvloeit uit een expliciete bevoegdheid – een impliciete (eventueel door de jurisprudentie geconcretiseerde) bevoegdheid volstaat ook.<sup>10</sup> Kortmann schrijft dat algemeen geformuleerde bevoegdheden voorkomen dat een

<sup>5</sup> P.J.A. de Hert, A. Hoefmans & L. Stevens, commentaar op art. 8 EVRM, aant. C.6.1, in: J. Gerards (red.), *Sdu Commentaar EVRM*, Den Haag: Sdu (online, bijgewerkt 10 juni 2015).

<sup>6</sup> Hoewel de beperkingssystematiek ook duidelijk is terug te zien in artikel 8 lid 2 EVRM zelf.

<sup>7</sup> EHRM 26 april 1979, NJ 1980/146 (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*).

<sup>8</sup> EHRM 7 december 1976, NJ 1987/236 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*).

<sup>9</sup> J. Vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM. Deel 1. Algemene beginselen*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 127.

<sup>10</sup> EHRM 4 december 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD002705805 (*Dogru/Frankrijk*).

wettelijke bevoegdheid verouderd raakt.<sup>11</sup> Gezien de aard van de handhavingsbevoegdheden in de Awb lijkt mij een algemene formulering onvermijdelijk.

De materiële vraag gooit echter roet in het eten. Met toepassing van artikel 5:17 Awb mogen slechts 'zakelijke gegevens' worden gevorderd. Persoonlijke gegevens vallen daarbuiten.<sup>12</sup> Het gaat in deze zaak echter om bij Trans Link Systems opgeslagen reisgegevens.

Persoonlijke gegevens kunnen zakelijke gegevens zijn als deze zijn opgeslagen in een persoonsregistratie.<sup>13</sup> In feite houdt Trans Link Systems geen persoonsregistratie bij, maar een transactieregister, waarbij men in- en uitcheckmomenten als een transactie ziet. Op het eerste gezicht lijken dit zakelijke gegevens. Ik ben van mening dat er in het geval van ov-chipkaartgegevens wel degelijk sprake is van persoonlijke gegevens. In een zaak bij het Hof van Justitie over dataretentie bij telecommunicatiegegevens oordeelde men namelijk dat gegevens waaruit men zeer precieze conclusies kan trekken over het privéleven van mensen moeten worden getypeerd als *persoonlijke gegevens*.<sup>14</sup> Daarnaast oordeelde de rechtbank Den Haag in een soortgelijke (maar niet dezelfde) zaak als de onderhavige DUO-zaak ook dat er sprake was van persoonlijke gegevens.<sup>15</sup> Van opgeslagen reisgegevens kunnen zeer precieze conclusies over het privéleven van mensen worden getrokken: op basis van reisgegevens kan bijvoorbeeld worden opgemaakt waar iemand woont of werkt en welke plaatsen iemand vaak bezoekt. Bovendien kan het naar mijn mening niet zo zijn dat persoonlijke gegevens, zodra deze worden opgeslagen in een transactieregister, ineens een zakelijk karakter gaan dragen.

Hierdoor ben ik van mening dat artikel 5:17 Awb niet voldoende grondslag biedt voor het gebruiken van reisgegevens. De CRvB ziet dit in de uitspraak duidelijk anders: juist omdat de persoonsgegevens een zakelijke

functie vervullen (zoals het faciliteren van betalingen en het verlenen van service aan reizigers), moeten ze worden aangemerkt als *zakelijk*.<sup>16</sup> De bepaling zelf voldoet overigens wel aan de eisen van artikel 8 EVRM en opent daarmee de mogelijkheid om reisgegevens van studenten op te vragen. De bepaling vormt echter zelf gelijk ook de beperking door te stellen dat er geen persoonlijke gegevens mogen worden gevorderd.

### 3.3 Doelcriteria

De CRvB stelde ten aanzien van de doelcriteria dat de inmenging in het recht op privéleven gebeurt in het belang van het economisch welzijn van Nederland, omdat de reisgegevens werden verstrekt ter handhaving van een wettelijk voorschrift.

Het Hof heeft in eerdere jurisprudentie geoordeeld dat het beperken van artikel 8 EVRM ter voorkoming van belastingontduiking in ieder geval beantwoordt aan het belang van het economisch welzijn.<sup>17</sup> Abstraherend van deze zaak trek ik de conclusie dat het belang van het economisch welzijn aan de orde kan zijn indien, door schending van een wettelijk voorschrift, de staatskas negatief wordt beïnvloed. Daarvan is bij fraude met studiefinanciering sprake.

Overigens schrijven Barkhuysen en Van Emmerik dat het voldoen aan een doelcriterium van het EVRM in de jurisprudentie van het Hof snel wordt aangenomen<sup>18</sup>, zodat daar weinig problemen zullen optreden.

### 3.4 Noodzakelijkheid in een democratische samenleving

Uit de jurisprudentie van het Hof volgt dat het er bij de noodzakelijkheid in een democratische samenleving om gaat dat sprake is van een *pressing social need*, ofwel een dringende maatschappelijke behoefte. Bij het bepalen van deze dringende maatschappelijke behoefte is er beoordelingsruimte voor de nationale overheden.<sup>19</sup> Het

<sup>11</sup> C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 401.

<sup>12</sup> *Kamerstukken II 1993/94*, 23 700, 3, p. 144 (MvT).

<sup>13</sup> A.B. Blomberg, 'Handhaving en toezicht', in: F.C.M.A. Michiels & E.R. Muller (red.), *Handboeken Veiligheid: Handhaving*, Deventer: Kluwer 2013, p. 48.

<sup>14</sup> HvJ EU 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238.

<sup>15</sup> Rb. Den Haag 8 mei 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:5165.

<sup>16</sup> CRvB 5 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:269, r.o. 5.6.3.

<sup>17</sup> EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884, BNB 1993/350 (*Funke/Frankrijk*).

<sup>18</sup> T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 92.

<sup>19</sup> EHRM 7 december 1976, NJ 1987/236 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*).



maatschappelijk belang moet dwingen tot het beperken van één van de mensenrechten.<sup>20</sup>

Het Hof voert, zoals ik al eerder schreef, uiteindelijk een marginale toets uit. Deze marginale toets richt zich op de gronden voor de noodzakelijkheid voor de beperking en loopt uiteindelijk uit op een proportionaliteits- en subsidiariteitstoets. De CRvB heeft daarom ook in de uitspraak ook voornamelijk een proportionaliteits- en subsidiariteitstoets uitgevoerd.

Dwingt het maatschappelijk belang nu tot het maken van een inbreuk op artikel 8 EVRM? Deze vraag moet op een casuïstische wijze worden benaderd. In deze zaak zijn de controleurs van DUO herhaaldelijk bij het BRP-adres van appellante op bezoek geweest. De controleurs hebben gesprekken gehad met de hoofdbewoonster en hebben buurtonderzoek verricht, waarbij ze aan drie buurtbewoners vragen hebben gesteld. Uiteindelijk hebben ze van twee personen getuigenverklaringen ontvangen. Naar mijn mening heeft DUO op basis van de bevindingen van de controleurs en de getuigenverklaringen voldoende bewijs om aan te tonen dat appellante niet op het BRP-adres woont. Op het moment dat er voldoende bewijsmateriaal voorhanden is, is het beperken van een grond- of mensenrecht naar mijn mening niet meer rechtmatig mogelijk.

***"Naar mijn mening heeft DUO op basis van de bevindingen van de controleurs en de getuigenverklaringen voldoende bewijs om aan te tonen dat appellante niet op het BRP-adres woont"***

De CRvB oordeelde dat het opvragen van reisgegevens voldeed aan het proportionaliteits- en subsidiariteitsvereiste, omdat DUO geen andere mogelijkheid had om bewijsmateriaal te verzamelen om het besluit te onderbouwen en de reisgegevens slechts heeft opgevraagd om het werkelijke woonadres van appellante te bepalen.

De overheid moet mogelijkheden om grondrechten minder te beperken eigenlijk altijd aangrijpen.<sup>21</sup> De vraag

is of er in deze zaak minder ingrijpende maatregelen denkbaar waren geweest. Naar mijn mening waren die er niet. De toezichthouders van DUO kunnen moeilijk 'posten' bij het BRP-adres van vermoedelijk frauderende studenten – dat gaat waarschijnlijk ook niet met artikel 8 EVRM verenigbaar zijn. Derhalve wordt aan het subsidiariteitsvereiste voldaan.

Het proportionaliteitsvereiste ligt iets ingewikkelder. DUO heeft reisgegevens over een periode van anderhalf jaar (mei 2014 tot november 2015) opgevraagd om achter het werkelijke woonadres van appellante te komen. Hoewel DUO dit nodig heeft om tot een in de zin van artikel 3:46 Awb deugdelijk gemotiveerd besluit te komen, had DUO ook steekproeven kunnen nemen uit deze periode, zeker gezien het feit dat de reisgegevens niet als primair bewijs zijn gebruikt: de reisgegevens zijn slechts gebruikt om een onderzoek nader te onderbouwen. *In deze zaak* wordt daarom naar mijn mening niet voldaan aan proportionaliteitsvereiste, maar het opvragen van reisgegevens in het algemeen kan dus wel aan proportionaliteitsvereiste voldoen.

#### **4. Conclusie**

Vanuit het EVRM bezien staat artikel 8 EVRM niet per definitie in de weg aan het opvragen van reisgegevens ter handhaving van wettelijke voorschriften, zo oordeelde ook de Centrale Raad van Beroep. De hoofdvraag of het opvragen van reisgegevens ter handhaving van wettelijke voorschriften verenigbaar is met artikel 8 EVRM moet daarom ook bevestigend worden beantwoord – ook al werd in de aan de onderhavige uitspraak ten grondslag liggende casus, naar mijn mening, niet aan het proportionaliteitsvereiste voldaan.

En toch heeft de CRvB het in deze uitspraak niet bij het rechte eind. Ik betwist namelijk dat het Nederlandse bestuursrecht met artikel 5:17 Awb wel grondslag biedt om reisgegevens van studenten op te vragen. Reisgegevens van studenten zijn naar mijn mening persoonlijke gegevens en geen zakelijke gegevens, zoals de CRvB oordeelde. De lijn die in de jurisprudentie is aangelegd en de nieuwe gewoonte van DUO om reisgegevens te gebruiken als aanvullend bewijs zijn mijns inziens dan ook een zorgelijke ontwikkeling.

<sup>20</sup> J. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu 2011, p. 144-145.

<sup>21</sup> J. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu 2011, p. 152-153.

# ADVERTEREN IN ACTIOMA IS INVESTEREN IN KENNIS.

*Actioma is het juridische faculteitsblad van de Radboud Universiteit. Het wordt gratis aangeboden aan studenten en medewerkers. Daarom zijn we afhankelijk van financiële steun.*

*Een advertentie in ons blad helpt ons niet alleen verder, maar is ook een goede manier om tegen zeer gunstige tarieven in contact te komen met een interessante doelgroep.*

*Interesse in adverteren? Neem contact op via [info@actioma.eu](mailto:info@actioma.eu) voor de mogelijkheden.*



# Actioma



Afgestudeerd en  
excellentie leren in de  
notariële praktijk? Kom  
werken bij Hekkelman  
Notarissen. Kijk op  
[werkenbijhekkelman.nl](http://werkenbijhekkelman.nl)



**Hekkel**  
**man** advocaten | notarissen

Hekkelman Notarissen  
Vestigingen in Arnhem en Nijmegen  
Oranjesingel 41  
6511 NN Nijmegen  
T 024 - 382 84 86  
[notariaat@hekkelman.nl](mailto:notariaat@hekkelman.nl)