

De beslissing van het HvJ

Het Hof stelt voorop dat een sanctiebeschikking ingevolge artikel 11, lid 1 van verordening 3665/87, anders dan een terugvorderingsbeschikking ingevolge artikel 11, lid 3, leidt tot een aanmerkelijke vermindering van het geldende restitutiebedrag (terwijl de terugvorderingsbeschikking uitsluitend bedoelt een onterecht genoten voordeel te ontnemen).

Het HvJ overweegt onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie dat dergelijke - al dan niet strafrechtelijke - sancties slechts kunnen worden opgelegd, indien daarvoor een duidelijke en eenduidige rechtsgrondslag bestaat.

Vervolgens overweegt het HvJ dat voor de toepassing van artikel 11, lid 1 van verordening 3665/87 die rechtsgrondslag niet reeds aanwezig kan worden geacht wanneer er sprake is van een uit hoofde van artikel 11, lid 3 van verordening 3665/87 vastgestelde terugvorderingsbeschikking, noch kan die rechtsgrondslag worden afgeleid uit de loutere omstandigheid dat de marktdeelnemer deze terugvorderingsbeschikking niet heeft betwist. Het wettigheidsbeginsel en het rechtzekerheidsbeginsel vereisen dat de nationale autoriteiten en rechtelijke instanties in het kader van een toetsing van de wettigheid van een uit hoofde van artikel 11, lid 1 van verordening 3665/87 vastgestelde sanctiebeschikking, kunnen nagaan of de exporteur daadwerkelijk een hogere restitutie dan de geldende in de zin van die bepaling heeft gevraagd, los van het feit dat een vroegere, uit hoofde van artikel 11, lid 3 van genoemde verordening vastgestelde terugvorderingsbeschikking definitief is geworden. De door het Finanzgericht gestelde prejudiciële vraag werd derhalve bevestigend beantwoord.

Met deze uitspraak geeft het HvJ toepassing aan het communautaire lex certa-beginsel, dat ook in de jurisprudentie van het EHRM op basis van artikel 6 EVRM een centrale rol speelt.

BOUWRECHT

Mr. B.R. van Veen, Houthoff Buruma,
Rotterdam

Protest? Wel gefundeerd!

Nagenoeg geen onderdeel van de RVOI, uit welke versie dan ook, is zoveel en uitgebreid aan de orde geweest als artikel 16; dit artikel handelt over de aansprakelijkheid van de raadgevende ingenieur ('adviseur'). De opzet van dit artikel is door velen geprezen, omdat het recht zou doen aan de positie van de adviseur als - bijvoorbeeld - constructeur in het bouwproces, met de vele betrokken partijen en potentieel grote schades.

Een adviseur is slechts aansprakelijk voor schade die het rechtstreekse gevolg is van een aan hem toerekenbare tekortkoming. Dan moet wel aan de voorwaarden uit artikel 16 lid 1 zijn voldaan; een tekortkoming is eerst aan de adviseur toerekenbaar indien hij tekortschiet én daarop gefundeerd is aangesproken én niet aan deze sommatie heeft voldaan.

Als aan lid 1 is voldaan, dan is er nog een andere beperking, te weten de soort schade waarvoor de adviseur aansprakelijk kan zijn; de schadesoorten worden beperkt tot de directe schades, die gedefinieerd worden in artikel 16, lid 2. De omvang van de schade wordt vervolgens beperkt tot het honorarium, met een maximum van € 1.000.000,-. Slechts indien sprake is van - kort gezegd - zeer ernstige tekortkomingen wordt dit plafond doorbroken, zo leren literatuur en jurisprudentie (van de Commissie van Geschillen van KIVI)¹. Hetzelfde geldt voor de verruiming van de schade-soorten, zie artikel 16, lid 3.

Al het voorgaande komt echter eerst aan de orde indien de - chronologisch - eerste drempel is genomen, te weten het bepaalde in artikel 16, lid 11. Dit artikellid stelt als voorwaarde dat de opdrachtgever die de adviseur op diens beweerdelijke tekortkoming wil aanspreken binnen bekwame tijd na ontdekking daarvan bij de adviseur moet hebben geprotesteerd, doch uiterlijk

binnen 5 jaar na beëindiging van de opdracht. Als de opdrachtgever dat heeft gedaan, dan rest hem nog 2 jaar waarbinnen hij de (daadwerkelijke) rechtsvordering tegen de adviseur moet instellen. Zowel indien de opdrachtgever niet binnen bekwame tijd protesteert, als indien hij de genoemde 2 jaar ongebruikt laat verstrijken, is de sanctie op dit stilzitten verval van aanspraak op de adviseur voor diens beweerdelijke tekortkoming². Met andere woorden, einde oefening. In het bijzonder dit laatste aspect is onderwerp van kritiek.

De verplichting om binnen bekwame tijd te protesteren is, hoewel reeds verplichtend, niet zo bijzonder en kent ook een bredere toepassing in het burgerlijk recht; ik verwijs bijvoorbeeld naar artikel 7:23 BW, welk artikel verplichting omvat voor een koper om binnen bekwame tijd zijn verkoper op non-conformiteit aan te spreken. 'Binnen bekwame tijd' wordt in de regel gelezen als 'binnen 2 maanden'.

De kritiek richt zich vooral op de 2 jaarstermijn; de consequentie van het ongebruikt verstrijken van deze termijn wordt als bijzonder streng ervaren, te meer daar hierdoor minnelijk of infomeel overleg toch altijd onder een zekere tijdsdruk plaatvindt. Bovendien kunnen er genoeg andere redenen zijn om (nog) geen procedure op te (willen) starten.

Op 14 juni 2006 heeft de CvG van het KIVI een principiële uitspraak gedaan over dit aspect, in casu opgenomen in artikel 16, lid 8 RVOI 1987 (herziene druk 1993). Chao-Duivis heeft in Actualiteiten IBR reeds kort bij deze uitspraak stilgestaan³. Ook zij is van mening dat de uitspraak van groot belang is, mede omdat artikel 16 van De Nieuwe Regeling 2005 ('DNR') een vergelijkbare regeling bevat.

Arbiters hebben getuigd van gevoel voor de praktijk. Zij oordeelden dat het rigoureuze rechtsgevolg van artikel 16, lid 8 met zich brengt dat slechts dan sprake is van een protest in de zin van dat artikel, indien de opdrachtgever in zijn schriftelijke klacht duidelijk en gemotiveerd aangeeft dat hij de adviseur verantwoordelijk acht voor de te-

kortkoming die hij heeft geconstateerd. Kortom, een briefje met het - op dat moment nog - vriendelijke verzoek om te komen praten over het niet goed functioneren van een klimaatsysteem - zoals in de kwestie waarover arbiters hebben geoordeeld - betekent niet automatisch meer het (elektro-nisch) laten agenderen van de datum van verzending, maar dan 23 maanden later⁴.

Aardig is nog wel dat aangeknoopt zou kunnen worden bij artikel 6:74 BW ev. DNR spreekt (nog slechts) van een ingebrekestelling. Hoewel in de toelichting bij DNR duidelijk wordt aangegeven dat aangesloten worden bij artikel 16 uit de RVOI, zou verwezen kunnen worden naar jurisprudentie van de Hoge Raad terzake de ingebrekestelling. Immers, de Hoge Raad heeft aangegeven dat een ingebrekestelling onder omstandigheden achterwege kan blijven, althans niet zonder meer schriftelijk behoeft te geschieden⁵. Aldus zouden adviseurs kunnen aanvoeren dat de opdrachtgever wel degelijk reeds in gebreke heeft gesteld, waarna (alsnog) infomeel/minnelijk overleg plaatsvond en de 2-jaarstermijn gewoon is gaan lopen (en is verstreken). En opdrachtgevers op hun beurt dat wel degelijk in gebreke is gesteld, indien het verstrijken van de 5-jaarstermijn hen wordt tegengeworpen.

Overigens kent artikel 7:761 BW - handelend over de overeenkomst tot aanneming van werk - eveneens een 2-jaarstermijn; hier is het echter een verjaringstermijn, die derhalve gestuit kan worden. Dit is ook een manier om recht te doen aan de praktijk, al moet nog wel een termijn in de gaten gehouden worden.

Ik wijs tot slot nog even op het feit dat artikel 16 DNR thans ook geldt voor architecten. Degenen die gewend zijn met de SR (1997) te werken, dienen hierop bedacht te zijn. De SR 1997 - artikel 19 - kent geen vervaltermijn gekoppeld aan een klachtplicht.

P.S.

Eerder in dit tijdschrift schreef ik over de wettelijke handelsrente en de UAV-89⁶. Mijns inziens dient onder de wettelijke rente als bedoeld in § 45 UAV-89 de wettelijke

handelsrente in de zin van artikel 6:119a BW te worden begrepen. De Raad van Arbitrage had in zijn uitspraak van 5 oktober 2005 echter duidelijk gemaakt een andere mening te zijn toegedaan; gelet op het moment van ontstaan van de UAV-89 bestond het bepaalde in artikel 6:119a BW nog niet, welk artikel eerst eind 2002 in werking is getreden. Ik heb dit 'historisch' argument verworpen met de stelling dat de omschrijving van § 45 UAV-89 daarvoor simpelweg geen ruimte gaf. Immers, § 45 UAV-89 spreekt onomwonden van 'wettelijke rente' en er kan geen discussie bestaan over de aard van een overeenkomst tot aanneming van werk, te weten een handelsovereenkomst.

Recentelijk is de Raad van Arbitrage 'omgegaan'; in een nog niet gepubliceerde uitspraak van circa 1 maand geleden - we schrijven thans begin juli 2006 - heeft de Raad van Arbitrage geoordeeld dat onder de wettelijke rente als bedoeld in § 45 UAV-89 de wettelijke handelsrente moet worden verstaan, waarbij het 'historisch' argument werd verworpen. Bovendien kenden arbiters de 2% verhoging uit § 45 lid 2 UAV-89 toe. Eén van de behandelende advocaten, mr. R. Smith van Van den Herik & Verhulst advocaten te Rotterdam, stelde mij hiervan in kennis. Hij zal in een ander tijdschrift uitgebreid bij deze interessante uitspraak stilstaan.

Noten

1. Ik verwijs naar mijn artikel in nr. 8 van dit tijdschrift (27 april 2006).
2. De adviseur moet in de procedure overigens wel uitdrukkelijk een beroep doen op het verstreken zijn van de termijn.
3. Actualiteiten Bouwrecht online d.d. 27 juni 2006.
4. Rekening houdend met 1 maand voorbereidingstermijn.
5. Zie bijvoorbeeld *Hoge Raad 22 oktober 2004, RvdW 2004, 119*.
6. *Jutd* nr. 3, 16 februari 2006.

FISCAAL RECHT

Mw. mr. T. Perie, NautaDutilh, Rotterdam

Werken aan winst en de voorgestelde wijzigingen in de deelnemingsvrijstelling: een gemiste kans?

Gastauteur: drs. B.H.C.M. Le Blanc MBA, NautaDutilh, Rotterdam

Inleiding

Op 24 mei 2006 heeft de staatssecretaris van Financiën, Joop Wijn, een wetsvoorstel¹ tot herziening van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 ('Wet Vpb') aan de Tweede Kamer toegezonden. Dit wetsvoorstel heeft als doel het Nederlandse vestigingsklimaat te versterken en zodoende de concurrentie met andere (Europese) landen opnieuw aan te gaan. Het Ministerie van Financiën schrijft hierover op hun website (<http://vpb2007.minfin.nl>): *'Nederland hoort thuis in de Europese kopgroep van landen met een aantrekkelijk vestigingsklimaat. Het fiscale stelsel draagt hier in belangrijke mate toe bij. Het moet aantrekkelijk zijn voor buitenlandse ondernemingen om naar Nederland te komen en het moet aantrekkelijk zijn voor in Nederland gevestigde bedrijven om hier te blijven en vanuit Nederland hun vleugels uit te slaan.'* Ten einde de doelstelling budgetneutraal te bereiken, worden in het wetsvoorstel grofweg drie soorten maatregelen voorgesteld, te weten tariefsverlaging, grondslagverbreding en vereenvoudiging.

Ik beperk me in dit artikel tot de voorgestelde wijzigingen in de Nederlandse deelnemingsvrijstelling. Na een korte samenvatting van de huidige deelnemingsvrijstelling zal ik een inventarisatie geven van de belangrijkste wijzigingen en de redenen die hieraan ten grondslag liggen. Ik besluit dit rubrieksartikel met een conclusie.