

Hysterie bij Google

*Allen voor Europa,
Europa voor zichzelf*

*Meer druk op
internetvrijheid*



39/8

 DRANKJE DOEN RELAXEN {COLLEGES}
 STAGE LOPEN  UITGAAN
INTERNETTEN {STUDEREN}  SPORTEN
 COMMISSIE  BRALLEN CHILLEN
{LEZEN}  FACEBOOKEN  REIZEN
FIETSEN  MUZIEK LUISTEREN
 FILM KIJKEN  LUNCHEN UITSLAPEN
WERK GROEP VOLGEN  TWITTEREN
{PLANNEN}  GAMEN BIJBAANTJE
MINOR KIEZEN  SHOPPEN
BAKKIE DOEN {LEREN}  LINKEDINNEN
FEESTEN {AFSTUDEREN}

Je bent al druk genoeg!

Bestel jouw **samenvattingen**
van alle colleges en literatuur
op www.slimstuderen.nl

slim
Studeren.nl

	Voorwoord	5
<i>Column</i>	Professor Kinneging - De schoonheid van het verschil	6
<i>Analyse</i>	Vriend van Rechtswege?	9
<i>Promotie</i>	Gert Jan Geertjes - Er staat niet wat er staat	12
<i>Annotatie</i>	Wederzijds vertrouwen met een asterisk (I)	14
<i>Opinie</i>	Gaat het internet op zwart met het uploadfilter?	19
<i>Opinie</i>	De zijderoutes van de 21ste eeuw	22
<i>Faculteit</i>	Assessor Jantine Rozenboom	25
<i>Opinie</i>	Wie het vindt, mag het houden. Toch?	26
<i>Questionnaire</i>	Maarten Neuteboom	28
	Juridische Faculteitsvereniging Grotius	30

jfv **GROTIUS**
Onderscheiden met de Koninklijke Erepenning

SG



KINDEREN

VAN EEN VOORSTELLING
VAN GEORGE TOBAL

ALEPPO



Maandag 10 december 2018, 19.30u. Theater ins Blau, Leiden

Kaartverkoop: www.theaterinsblau.nl | www.uaf.nl/kinderenvanaleppo



Jetske Krabbendam
Hoofdredacteur

In dit nummer van de NOVUM heerst een internationale sfeer.

Professor Kinneging bespreekt een recent onslag van een zekere *software engineer* bij een Amerikaans internetbedrijf, en vergelijkt diens uitingen met het onderzoek van een vrouwelijke psychobiologe. Recente ontwikkelingen in het Europese recht worden onder de loep genomen in maar liefst drie artikelen. In de Analyse wordt uitgelegd wat het net in werking getreden Zestiende Protocol op het EVRM inhoudt en wat we er aan (kunnen) hebben. Het Europees Parlement is een richtlijn aan het ontwikkelen om auteursrechten te beschermen. De verschillende opvattingen over de effectiviteit van die plannen worden besproken in de Opinie. Als eerste deel in een serie wordt in de Annotatie de ontwikkelingen in de jurisprudentie van het Hof van Justitie over het wederzijds vertrouwen van lidstaten uiteengezet.

Verder van huis, maar langzaam naderend, is het handelsnetwerk dat China aan het opzetten is. Onze nieuwe redacteur Yong Yong licht toe hoe het Belt and Road-initiatief wordt opgezet, om zo een nieuwe zijderoute van het Verre Oosten naar Europa en Afrika te creëren. Vanuit het westen vertelt promovendus Gert Jan Geertjes over zijn onderzoek naar conventies, wat hem naar Vancouver heeft geleid.

Deze NOVUM bevat bovendien advies voor de lezer. Dat van Maarten Neuteboom is van filosofische aard wanneer hij in de Questionnaire spreekt over liefde en mystiek. Van praktische aard is Femkes stuk, waarin ze uitlegt wat we mogen en moeten met gevonden voorwerpen. Tot slot wordt ook advies gevraagd: in de Faculteit vertelt assessor Jantine Rozenboom hoe studenten via de Nationale Studenten Enquête inspraak hebben in de manier waarop de opleidingen worden vormgegeven.

Mede namens de redactie wens ik u veel leesplezier. ●

De schoonheid van het verschil



Prof. dr. A.A.M. (Andreas) Kinneging is hoogleraar Rechtsfilosofie. Hij verzorgt o.a. de bachelorvakken Rechtsfilosofie I en II, en doceert in de masterafstudeerrichting Encyclopedie en Filosofie van het Recht. Sinds 2013 schrijft hij maandelijks een column voor NOVUM magazine.

Google ontsloeg vorig jaar James Darmore, een van haar software engineers. Reden: hij had een intern memorandum geschreven, getiteld *Google's Ideological Echo Chamber*. Ondertitel: *How bias clouds our thinking about diversity and inclusion*. Het hele stuk is op internet te vinden. Lees het. Helemaal. Het is een goed stuk. Een normaal stuk. Het stelt pertinente vragen en suggereert antwoorden die redelijk en wetenschappelijk onderbouwd zijn. En toch is James Darmore ontslagen. Waarom? Wegens het 'bestendigen van gender stereotypes'. Dat is juridisch-bureaucratisch-feministische newspeak. Het

'bestendigen van gender stereotypes' is hetzelfde als 'sexisme'. Een zeer ernstige overtreding, zo niet een misdrijf in bepaalde kringen. Maar wat heeft Darmore nu precies misdaan? Hij heeft het gewaagd in zijn memo te schrijven dat er wezenlijke verschillen bestaan tussen man en vrouw. En dus vloog hij er zonder pardon uit.

Waar ging het Darmore in concreto om? Bij Google maakt men zich grote zorgen om de zogenaamde 'gender gap in tech', dat wil zeggen het feit dat er minder vrouwen werken in de techniek, inclusief de ict, en dat binnen de techniek minder vrouwen een leidinggevende functie hebben. Men wijt dat uitsluitend aan discriminatie. Darmore begint zijn memo met expliciet te zeggen dat hij 'diversiteit' en 'inclusiviteit' hoogacht en te zeggen dat 'discriminatie' natuurlijk bestaat. Maar, zo vervolgt hij, het feit dat er in de techniek minder vrouwen werken dan mannen is niet alleen maar daaruit te verklaren. Want er zijn wezenlijke biologische verschillen tussen mannen en vrouwen, die ook een deel van de verklaring zijn. Verschillen die hij vervolgens beschrijft. Waarbij hij uiterst voorzichtig en wetenschappelijk verantwoord te werk gaat.

"On average, men and women biologically differ in many ways. These differences aren't just socially constructed because:

- They're universal across human cultures
- They often have clear biological causes and links to prenatal testosterone
- Biological males that were castrated at birth and raised as females often still identify and act like males
- The underlying traits are highly heritable
- They're exactly what we would predict from an evolutionary psychology perspective

Note, I'm not saying that all men differ from all women in the following ways or that these differences are 'just'. I'm simply stating that the distribution of preferences and abilities of men and women differ in part due to biological causes and that these differences may explain why we don't see equal representation of women in tech and leadership. Many of these differences are small and there's significant overlap between men and women, so you can't say anything about an individual given these population level distributions."

Na deze introductie, waarin de nodige voorbehouden worden gemaakt, volgt het stuk waarin de voor de vraag relevante verschillen worden opgesomd.

"Women, on average, have more:

1. Openness directed towards feelings and aesthetics rather than ideas. Women generally also have a stronger interest in people rather than things, relative to men (also interpreted as empathizing vs. systemizing). These two differences in part explain why women relatively prefer jobs in social or artistic areas. More men may like coding because it requires systemizing and (...) comparatively more women work on front end, which deals with both people and aesthetics.

2. Extraversion expressed as gregariousness rather than assertiveness. Also, higher agreeableness. This leads to women generally having a harder time negotiating salary, asking for raises, speaking up, and leading. Note that these are just average differences and there's overlap between men and women, but this is seen solely as a women's issue. (...)

3. Neuroticism (higher anxiety, lower stress tolerance). This may contribute to the higher levels of anxiety women report (...) and to the lower number of women in high stress jobs.

Note that contrary to what a social constructionist would argue, research suggests that 'greater nation-level gender equality leads to psychological dissimilarity in men's and women's personality traits'. Because as 'society becomes more prosperous and more egalitarian, innate dispositional differences between men and women have more space to develop and the gap that exists between men and women in their personality traits becomes wider'."

Zijn conclusie is dan ook: "We need to stop assuming that gender gaps imply sexism."

Wat moeten we hier nu van denken? Is hier een *male chauvinist pig* aan het woord, een bevooroordeelde *bigot*, een *redneck*, die maar wat uit zijn nek zit te kletsen en erop uit is om vrouwen te onderdrukken zodat hij zelf de baas kan blijven? Heeft hij alle feiten die hij noemt, misschien gewoon uit zijn duim gezogen?

Nee, bepaald niet. De feiten die hij naar voren brengt komen rechtstreeks uit de wetenschappelijke literatuur. Ik verwijs hier slechts naar twee boeken, die voor iedereen verplichte kost zijn, van de bekende en gerespecteerde psychologe Martine Delfos, gespecialiseerd in de psychobiologie. Ten eerste *De Schoonheid van het Verschil, waarom mannen en vrouwen verschillend en hetzelfde zijn*, Hartcourt, 2004. En haar *Verschil mag er zijn, waarom er mannen en vrouwen zijn*, Bert Bakker, 2008. In deze boeken wordt de wetenschappelijke *status questionis* met betrekking tussen de verschillen tussen man en vrouw samengevat en glashelder uiteengezet.

Martine Delfos is bepaald geen *redneck* en *male chauvinist pig*. Ze is evenmin traditioneel en conservatief. Ze is in zekere zin een feminist. En ze zegt precies dezelfde dingen als James Darmore.

Hier volgt woordelijk geciteerd een aantal van haar conclusies, die te vinden zijn in haar *De Schoonheid van het Verschil*.

1. Een biologisch fundament is de ondergrond van verschillen tussen mannen en vrouwen. (p.216)

2. De capaciteit tot empathisch vermogen hangt samen met de ontwikkeling van de hersenen, specifiek de ontwikkeling van de linkerhersen helft, waar onder andere veel taalfuncties en het —typisch menselijke— bewustzijn in de zin van het onder woorden kunnen brengen van gedachten en gevoelens, gesitueerd zijn. De ontwikkeling van de linker- ten opzichte van de rechterhersen helft staat onder invloed van testosteron gedurende de ontwikkeling van de foetus in de baarmoeder. (...) Bij jongens is er gemiddeld sprake van een sterker ontwikkelde rechterhersen helft en een minder sterk ontwikkelde linkerhersen helft. (p.173)

3. Mannen en vrouwen verschillen sterk in hun empathisch vermogen. (p.216)

4. Empathie wordt vaak verward met gevoelig zijn. (...) Empathie betekent dat men zich kan verplaatsen in een ander en zich de gevoelens van die ander kan voorstellen, maar dit hoeft niet te betekenen dat men die gevoelens zelf heeft en meevoelt. (p.171)

5. Het manipulatieve van vrouwen laat zien dat hun empathisch vermogen niet altijd leidt tot aardig gedrag. Integendeel, het kunnen aanvoelen van de ander wordt ook ingezet in het eigen voordeel. (p.170)

6. Vrouwen zijn krachtige manipulators. Zij doen het echter, zeker vanuit mannen gezien, zo subtiel dat de ander het niet in de gaten heeft. Vrouwen zijn van daaruit ook erg oneerlijk. Nader onderzoek over leugens maakt echter duidelijk dat de leugens die ze vertellen voor een belangrijk deel bedoeld zijn om een ander te sparen en om de relatie met die ander te versterken. De wijze waarop mannen liegen, is meer rechtstreeks en heeft vaker het doel de eigen belangen te beschermen. Mannen zijn in hun sociaal contact gemiddeld veel ondubbelzinniger, rechtstreekser. Dit wordt vaak ervaren als 'bot' en 'gevoelloos', maar dit eerlijke, rechtstreekse gedrag zorgt er ook voor dat vrouwen eerder vertrouwen wat een man hen zegt dan een vrouw. (p.191)

7. De rechterhersenhelft hangt samen met ruimtelijk, abstract denken en met creativiteit. Deze mogelijkheden zullen daarom bij mannen over het algemeen sterker ontwikkeld zijn dan bij vrouwen. (p.176)

8. Mannen en vrouwen verschillen niet zoveel in hun intelligentie, maar meer in hun voorkeuren en de wijze waarop ze hun intelligentie gebruiken. (p.217)

9. Mannen zijn gemiddeld sterker in wiskunde en exacte vakken en vrouwen sterker in talen. Dit loopt synchroon met het hebben van een voorkeur voor de verschillende richtingen. (p.217)

10. Mannen hebben veel meer uitvindingen gedaan dan vrouwen, dat is niet alleen zo omdat vrouwen de kans niet kregen. (p.217)

11. Mannen zijn meer gericht op competitie en rechtvaardigheid, vrouwen zijn meer gericht op zorg om de ander en op coöperatie. (p.217)

Wat valt er uit dit alles te concluderen? In de eerste plaats dat James Darmore nooit ontslagen had mogen worden. De intellectuele atmosfeer bij Google is die van een hysterische en obscurantistische sekte, waar bepaalde zaken worden aangenomen als heilige, onaantastbare waarheden, die niet bevraagd kunnen worden. Zelfs als de wetenschap duidelijk aantoont dat die heilige waarheid gewoon niet klopt. Nu weet ik wel dat de wetenschap een proces is van voortschrijdend inzicht, waarin veel van de waarheden van vandaag de vergissingen van morgen zijn. Maar er zijn toch ook veel wetenschappelijke waarheden die nooit meer onderuit zullen worden gehaald. Denk aan de valwetten van Newton, die—anders dan de onwetenden denken— niet door Einsteins relativiteitstheorie zijn weerlegd, maar hooguit enigszins genuanceerd. Datzelfde geldt voor de biologisch verankerde verschillen tussen man en vrouw. Die zijn een onaantastbaar feit. Dat verklaart veel van het verschillende aard, gedrag en de levenskeuzes van mannen en vrouwen. En dus ook voor een substantieel deel waarom er meer mannen werken in de techniek en er meer mannen—daar, maar ook elders— een leidinggevende functie hebben.

De veel voorkomende gedachte dat overal waar maatschappelijke verschillen bestaan tussen mannen en vrouwen, de oorzaak te vinden is in discriminatie tussen hen, veronderstelt dat mannen en vrouwen hetzelfde zijn. Dat is een wetenschappelijk niet vol te houden conclusie. Ze is gebaseerd op onwetendheid omtrent de menselijke biologie. Of ze is gebaseerd op een Cartesiaanse scheiding tussen lichaam en geest. De gedachte dus dat er weliswaar biologische verschillen zijn tussen mannen en vrouwen, maar dat die niets te maken hebben met hun respectievelijke geest. Zo komt men tot het onderscheid tussen 'seks' en 'gender'. Seks is je biologische identiteit, 'gender' is je geestelijke identiteit, 'wat je je voelt'. Dat is aardig bedacht, maar ook niet vol te houden natuurlijk. Want geest en lichaam zijn helemaal niet op Cartesiaanse wijze te scheiden. Wij mensen zijn een belichaamde geest. Onze geest is volledig verweven met onze biologie en er niet los van te zien.

Waarom proberen we niet, met Martine Delfos, weer meer oog te krijgen voor de schoonheid van het verschil? Juist het feit dat mannen en vrouwen zo van elkaar verschillen, maakt ze zo boeiend voor elkaar en maakt dat ze elkaar, als ze hun best doen en realistisch zijn, zo goed aanvullen. ●

Vriend van rechtswege?

Over de werking van het nieuwe Zestiende Protocol bij het EVRM

Anders dan de ‘populaire’ prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie van de Europese Unie, lijkt het Zestiende Protocol (hierna: P16) bij het EVRM in binnenlandse academische kringen weinig bekendheid te genieten. Werpt men een haastige blik op de relevante vakliteratuur, dan kan zonder meer worden gesteld dat het bestaan van dit protocol is vergeten – althans in Nederland.¹ Des te meer reden om in deze bijdrage de betekenis en (mogelijke) gevolgen van dit protocol nader onder de loep te nemen.



Mohammad Sharifi
Redacteur

Achtergrond

Doordat Frankrijk recent als tiende lidstaat van de Raad van Europa het Zestiende Protocol bij het EVRM heeft geratificeerd, is het per 1 augustus 2018 in werking getreden. Nederland heeft het protocol vooralsnog niet geratificeerd, maar behoort tot de groep landen die het alleen hebben ondertekend. Bij inwerkingtreding van het facultatieve protocol ontstaat er in principe een uitbreiding van de bevoegdheden van het EHRM om adviezen uit te brengen. In theorie is het de bedoeling dat een vooraf aangewezen nationaal gerecht met het advies van het EHRM op correcte wijze het EVRM kan interpreteren en toepassen en hiermee tegelijkertijd ook de werkdruk van het Hof in Straatsburg kan doen verminderen.² Het facultatieve karakter moet hierbij worden onderstreept: een nationaal gerecht is niet verplicht een adviesaanvraag in te dienen én een aanvraag kan ook worden ingetrokken.³ Oud-president van het EHRM, Spielmann, sprak daarom van “le protocol du dialogue”.⁴

“Het is denkbaar dat in sommige zaken de hoogste rechterlijke instantie haar vingers niet al te graag wil branden aan definitieve geschilbeslechting, maar dat op een eenvoudiger manier via een adviesaanvraag overlaat aan het EHRM.”

De noodzaak voor P16 vindt zijn grondslag echter niet uitsluitend in een toenemende vraag naar betere dialoog tussen verschillende rechterlijke instanties op nationaal niveau en het EHRM, maar vloeit mede voort uit waarschuwingen van praktische aard in een rapport opgesteld door de zogeheten ‘Group of Wise Persons’ reeds in 2006.⁵ Dat gezelschap erkende in het kader van een effectiever juridisch controlemechanisme van het EHRM een explosieve toename in het aantal onbesliste zaken. De werkdruk van het EHRM bereikte in 2011 zelfs een hoogtepunt van 150.000 zaken wachtend op een definitieve beslissing.⁶ Hoewel dat inmiddels is afgenomen⁷, bestaat er in navolging van onder andere het Brighton Conferentie van 2012 nog steeds de intentie om (1) de algehele werkdruk voor het EHRM te doen afnemen, (2) de constitutionele wisselwerking tussen het EVRM en het nationale recht te versterken door

middel van een facultatief protocol, en (3) de dialoog met rechterlijke instanties te verbeteren.⁸

Interessant genoeg heeft het EHRM sinds de inwerkingtreding van het Tweede Protocol in 1970 reeds een adviserende bevoegdheid toebedeeld gekregen.⁹ Op grond van artikel 47 EVRM mag het EHRM, op verzoek van het Comité van Ministers, adviezen uitbrengen over “rechtsvragen betreffende de interpretatie van het Verdrag en de Protocolen daarbij.” Opgemerkt moet worden dat aan deze adviezen een tweetal materiële grenzen zijn gesteld op grond van het tweede lid van artikel 47. Zo mogen de adviezen ten eerste geen betrekking hebben op inhoudelijke kwesties in het EVRM en de Protocolen, en ten tweede mogen ze ook niet gaan over rechtsvragen die aan bod zouden kunnen komen in een eventuele procedure. Het is daarom geen verrassing dat het EHRM in de praktijk slechts twee adviezen heeft verstrekt op grond van artikel 47: beide malen over de benoeming van rechters.¹⁰

De ratio voor een restrictieve werking van deze adviesbevoegdheid berust op het uitgangspunt dat adviezen niet mogen overlappen met (toekomstige) procedures.¹¹ Bij uitbreiding van de adviesbevoegdheid via het facultatieve P16 heeft dat uitgangspunt geen betekenis meer, althans niet bij eventuele toepassing ervan. Behoudens het feit dat adviezen niet bindend zijn, kunnen hoge rechterlijke instanties het EHRM verzoeken een advies uit te brengen inzake principiële (rechts)vragen met betrekking tot de interpretatie of toepassing van de rechten en vrijheden neergelegd in het EVRM of de daartoe behorende Protocolen.¹² Dat is precies het tegenovergestelde van de ratio van artikel 47. Bij de totstandkoming van P16 is hierover geen uitgebreid onderzoek gedaan, maar wel zijn er enkele waarborgen opgesteld die tot doel hebben overlap tussen adviesaanvragen en al dan niet toekomstige zaken te vermijden.

Adviesaanvraag en relevante waarborgen

Een adviesaanvraag mag slechts worden gedaan door hoge rechterlijke instantie(s) van een lidstaat. Deze formulering impliceert dat in het geval van Nederland niet alleen de Hoge Raad bevoegd is een aanvraag in te dienen, maar bijvoorbeeld ook en onder andere de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

Zo’n adviesaanvraag dient ten minste de redenen voor de aanvraag te bevatten samen met de relevante juridische

en feitelijke context van de zaak.¹³ Dit gaat gepaard met een aantal formele criteria die ertoe dienen de zaak niet door te schuiven naar het EHRM. Het is namelijk denkbaar dat in sommige complexe en politiek gevoelige zaken de hoogste rechterlijke instantie haar vingers niet al te graag wil branden aan definitieve geschilbeslechting, maar dat op een wellicht eenvoudiger manier via een adviesaanvraag overlaat aan het EHRM.¹⁴

Het EHRM behoudt zich in principe het recht voor te bepalen of een adviesaanvraag überhaupt wel of niet wordt geaccepteerd.¹⁵ Dit recht moet ruim worden toegepast in alle gevallen waarin aan de formele en materiële vereisten voor een aanvraag is voldaan.¹⁶ Indien een adviesaanvraag wordt geweigerd, dient het EHRM dat gemotiveerd te verklaren.¹⁷ Indien een adviesaanvraag wel in behandeling wordt genomen, zal de Grote Kamer van het EHRM het advies voorzien.¹⁸ Dit advies stelt richtlijnen op ter verduidelijking dan wel herziening van de bestaande jurisprudentie of een eventuele interpretatie van een bepaalde jurisprudentielijn.¹⁹ Via deze weg zal het EHRM niet optreden als een soort plaatsvervanger van het nationale gerecht, maar behoudt het een wat afstandelijkere rol.

Bindende karakter en eventuele bezwaren

Over het algemeen zal het advies van het EHRM worden toegepast. Het is de meest voor de hand liggende optie. De achterliggende reden hiervan is namelijk heel simpel: waarom zou men het advies niet opvolgen als het ook zijn adviesaanvraag kan intrekken? Het wordt pas interessant wanneer het advies wordt gepasseerd. In theorie is dat ook goed mogelijk, want het advies is per definitie niet bindend.²⁰ Een hoge rechterlijke instantie zoals de Hoge Raad zal zich in zo'n geval dan moeten verklaren met

goed onderbouwde argumenten. Het is daarom logisch om pas een adviesaanvraag te doen op het moment dat er reeds sprake is van een juist en volledig feitencomplex.²¹ Na de adviesaanvraag bestaat er vervolgens geen enkele ruimte meer om de feiten van de zaak te herzien dan wel aan te vullen. Onze Hoge Raad zal een advies van het EHRM niet zomaar passeren, des te meer omdat het risico bestaat van een klachtprocedure via een individueel verzoekschrift ex artikel 34 EVRM. Het wordt immers niet aannemelijk geacht dat het EHRM tot een ander oordeel komt.²² Om deze reden kan gesteld worden dat dergelijke adviezen wel degelijk een feitelijk bindend karakter kennen. Het advies heeft interpretatieve werking, hetgeen inhoudt dat de verschillende interpretaties en standaarden de facto bindende werking hebben voor lidstaten en in die zin vergelijkbaar zijn met arresten gewezen door de Grote Kamer.²³

De toekomst

Het Zestiende Protocol bij het EVRM is interessant. Niet alleen kunnen er vraagtekens worden gezet bij de noodzaak ervan, maar de praktische uitwerking is nog te vaag. Kwesties zoals een eventuele samenloop met de prejudiciële procedure onder het Europese recht moeten nog worden uitgekristalliseerd in de praktijk. Bovendien moet men zich afvragen hoe dit protocol tot uitdrukking komt in verschillende rechtsgebieden bij verschillende soorten procedures en of het daadwerkelijk leidt tot de gewenste werkdrukverlichting.²⁴ De centrale vraag is dan ook of het Zestiende Protocol een 'vriend' wordt van rechtswege voor onze hoge rechterlijke instanties bij een eventuele adviesaanvraag. Dat zal ongetwijfeld blijken na verloop van tijd. ●

¹ Op ambtelijk niveau heeft Nederland wél een rol gespeeld bij het voorstel voor de totstandkoming van het protocol. Zie: *Explanatory Report – CETS No. 214 – Human Rights (Protocol No. 216)*, onder 7. ² *Kamerstukken II 2014/15, 34 235 (R2053)*, nr. 3, p. 1. ³ *Explanatory Report – CETS No. 214 – Human Rights (Protocol No. 216)*, onder 7. ⁴ D. Spielmann, rede gehouden ten behoeve van de 123e Sessie van het Comité van Ministers (16 mei 2013). ⁵ *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, 979bis Meeting, CM(2006)203*. ⁶ *ECHR - Analysis of Statistics 2011*. ⁷ In 2018 is dit aantal aanzienlijk afgenomen tot 'slechts' 56.750 zaken wachtend op een beslissing, vgl: *European Court of Human Rights Statistics 1/1-31/3/2018*. ⁸ J. Gerards, 'Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal', *Maastricht journal of European and comparative law*, 21(4):630 (2014), p. 632. ⁹ *Het Tweede Protocol is via het Elfde Protocol (ETS No. 155) in 1998 gecodificeerd in de tekst van het EVRM*. ¹⁰ Deze dateren uit 2008 en 2010. Zie: N. O'Meara, 'Reforming the ECtHR: The Impacts of Protocols 15 and 16 to the ECHR', *iCourts Working Paper Series*, No. 31 (2015), p. 23. ¹¹ K. Dzehtsiarou & N. O'Meara, 'Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket-control?', *Legal Studies*, Vol. 34 No. 3 (2014), p. 447. ¹² Conform artikel 1 lid 1, P16. Zie: *Kamerstukken II 2014/15, 34 235 (R2053)*, nr. 3, p. 5. ¹³ Conform artikel 1 lid 3 Protocol 16. ¹⁴ *Kamerstukken II 2014/15, 34 235 (R2053)*, nr. 4, p. 5. ¹⁵ Conform artikel 2 Protocol 16. ¹⁶ *Explanatory Report – CETS No. 214 – Human Rights (Protocol No. 216)*, onder 14. ¹⁷ *Opinion of the Court on Draft Protocol No. 16 to the Convention extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the Convention (6 mei 2013)*, onder 9. ¹⁸ Conform artikel 2 lid 2 Protocol 16. ¹⁹ *Kamerstukken II 2016/17, 34 235 (R2053)*, nr. 7, p. 8. ²⁰ Conform artikel 5 Protocol 16. ²¹ *Kamerstukken II 2014/15, 34 235 (R2053)*, nr. 4, p. 8. ²² *Ibid.* Zie ook: *Explanatory Report – CETS No. 214 – Human Rights (Protocol No. 216)*, onder 26 en 27. ²³ Gerards, a.w., p. 644. ²⁴ Zie hiervoor het recent verschenen stuk: S. Eckhardt & S. Bakker, 'Protocol 16 EVRM bezien vanuit Nederlands strafrechtelijk perspectief', *NJB 2018/1299*, afl. 26, p. 1881-1888.

Er staat niet wat er staat

Grondwettelijke en buitengrondwettelijke regels in de Nederlandse constitutie

Staatsrecht is een boeiend vak. Dat komt doordat de invloed van historische ontwikkelingen, cultuur en politieke machtsverhoudingen erop zo groot is. Wie iets van het constitutioneel recht van een land wil begrijpen, moet vaak verder kijken dan de inhoud van de constitutie van dat land. Volgens de letterlijke tekst van onze Grondwet, bijvoorbeeld, lijkt de Koning nog altijd oppermachtig: hij vormt de uitvoerende macht met door hemzelf benoemde ministers, hij vormt de wetgevende macht met de Staten-Generaal en hij is eindverantwoordelijk voor de benoeming van de leden van de rechterlijke macht. Noch de bevolking, noch iemand anders kan hem naar huis sturen. Hij wordt immers niet verkozen, maar door erfopvolging aangewezen het koningschap te vervullen.

Het is algemeen bekend dat de soep in de praktijk niet zo heet gegeten wordt. Vooral vanaf de invoering van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid in 1848 is de machtsbasis in de regering steeds verder verschoven van de Koning naar de ministers. De Staten-Generaal kunnen een individuele bewindspersoon of een voltallige ministersploeg bovendien tot aftreden bewegen op grond van de in de jaren 1866-1868 ontstane vertrouwensregel. In de Grondwet is dit allemaal slechts gedeeltelijk terug te vinden.

Dit ‘incomplete’ karakter van de Grondwet vormt het vertrekpunt van mijn promotieonderzoek naar constitutionele conventies: regels die in de praktijk wel worden nageleefd, maar niet (of slechts gedeeltelijk) in de Grondwet zijn opgenomen. Hét voorbeeld van

zo’n regel is de reeds genoemde vertrouwensregel. De vertrouwensregel is bovendien een rechtsregel, kort gezegd omdat de belangrijkste politieke organen in de Nederlandse constitutie het er over eens zijn dat het daarbij om een regel van ongeschreven staatsrecht gaat.

Het lastige is dat het rechtskarakter van veel, langdurig gevolgde, praktijken ook wordt betwist. Ik noem drie voorbeelden. Is de Eerste Kamer bijvoorbeeld verplicht terughoudend om te gaan met de bevoegdheid om wetgeving te verwerpen die de Tweede Kamer eerder al had aangenomen? Is het altijd noodzakelijk om nieuwe Tweede Kamerverkiezingen te houden, nadat een kabinet valt? Zijn de Tweede Kamer en de regering verplicht de aanbeveling van de Hoge Raad te volgen als zij een nieuwe raadsheer voordragen respectievelijk benoemen? Geen van deze praktijken is in de Grondwet terug te vinden. Bovendien lijkt hier geen sprake te zijn van ongeschreven staatsrecht, simpelweg omdat de betrokken organen niet hebben uitgesproken dat het rechtsregels zijn. Toch is daarmee niet gezegd dat deze regels geen naleving verdienen; daarvoor is hun belang te groot. Zij vormen een soort ‘tussencategorie’: in veruit de meeste gevallen verdienen zij naleving, maar in sommige gevallen laten zij misschien uitzonderingen toe. Deze regels, die ik omschrijf als conventies, hoeven dus niet per se rechtsregels te zijn.

Over de status van conventies bestaat nog altijd veel onduidelijkheid. In mijn proefschrift ga ik nader in op hun ontstaan, hun vaststelling, in hoeverre zij



Mr. G.J.A. Geertjes (1989) studeerde rechten aan de Rijksuniversiteit Groningen en de London School of Economics and Political Science. Sinds 1 september 2013 is hij werkzaam bij de Afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden, aanvankelijk als onderwijs- en onderzoeksmedewerker en sinds 1 september 2015 als promovendus. Tussen september en december 2018 verblijft hij voor zijn onderzoek bij het Departement van Politieke wetenschappen van de Simon Fraser University in Vancouver.

uitzonderingen toelaten en de mate waarin het mogelijk is dat zij veranderen of zelfs verdwijnen. Ik probeer die vragen te beantwoorden tegen de achtergrond van hoe conventies in andere rechtsstelsels, zoals het Verenigd Koninkrijk, Canada en Frankrijk worden omschreven en functioneren. Bovendien breng ik in kaart hoe rekkelijk interpretaties van de Grondwet zijn: sommige conventies kunnen in de Grondwet worden gelezen, terwijl andere geheel los van de Grondwet staan. Daarvoor analyseer ik opvattingen in parlementaire debatten en Nederlandse staatsrechtelijke literatuur. Ten slotte bestudeer ik ook literatuur over de historische ontwikkelingen, cultuur en politieke machtsverhoudingen in Nederland en daarbuiten.

Op papier lijkt het misschien alsof het schrijven van zo'n boek een heel eenzame en eentonige bezigheid is: veel lezen en veel schrijven zonder contact met andere mensen. Voor een deel is dat waar. Maar naast het eigenlijke werk aan het proefschrift ben ik voor mijn werk ook naar congressen, soms in het buitenland, geweest, heb ik in Leiden congressen medegeorganiseerd en heb ik onderwijs in staats- en bestuursrechtelijke vakken gegeven. Vooral ook van het onderwijs heb ik veel geleerd: het dwingt mij om stof zo begrijpelijk mogelijk voor iedereen uit te leggen, waardoor ik die stof zélf ook beter leer te begrijpen. Voor mijn proefschrift is dat tot nog toe heel nuttig geweest.

Maar wat mij waarschijnlijk het meest aanspreekt aan mijn eigen promotietraject, is de flexibiliteit en vrijheid die erbij hoort. Ik kom op plaatsen waar ik nooit zou zijn gekomen en ontmoet mensen die ik nooit zou hebben gekend als ik dit promotietraject niet had gehad. Op dit verblijf ik vlakbij Vancouver, waar ik samenwerk met een hoogleraar die zich met constitutionele conventies in Canada bezighoudt. Mijn verblijf hier biedt mij allerlei nieuwe perspectieven op het onderzoek en bovendien kan ik hier in betrekkelijke rust aan mijn boek werken.

Kortom, voor mij is het promotietraject tot nu toe een geweldige reis geweest door de constitutie van Nederland en andere landen, waarbij ik ook nog nuttige onderwijservaring heb opgedaan en mooie plaatsen heb bezocht. ●

Wederzijds vertrouwen met een asterisk (I)



Joris van de Riet
Redacteur

Over wederzijds vertrouwen, aanhoudingsbevelen en de Poolse rechtsstaat

De preambule van het Verdrag betreffende de Europese Unie noemt “de universele waarden van de onschendbare en onvervreembare rechten van de mens en van vrijheid, democratie, gelijkheid en de rechtsstaat” als de grondslagen van de Europese Unie. Die klinkende woorden worden herhaald in artikel 2, dat spreekt van “eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten” als waarden waarop de Unie berust.

Dat zijn prachtige woorden, maar komt daar ook iets van in de praktijk? Kan de Unie iets doen indien een lidstaat deze waarden blijkt te schenden? Wat kan er bijvoorbeeld gedaan worden nu de Poolse regering de rechterlijke onafhankelijkheid steeds verder onder druk zet en, na eerst al het Constitutioneel Tribunaal te hebben uitgeschakeld,¹ haar blik op het Hooggerechtshof en de lagere rechtbanken richt?

In deze en volgende bijdragen zal ik ingaan op de gebeurtenissen in Polen en de respons uit Brussel en met name Luxemburg. Hoewel er veel ophef is geweest over de artikel 7-procedure die de Europese Commissie heeft ingezet tegen Polen – maar waarvan van meet af aan al duidelijk was dat er weinig van terecht zou komen, nu Hongarije en andere oostelijke lidstaten er duidelijk weinig voor voelen om tegen Polen te stemmen – zijn er andere, minder opvallende, opties om de Poolse rechtsstaat te beschermen. Het Hof van Justitie van de EU heeft dit jaar een aantal belangwekkende arresten gewezen over de rechtsstatelijkheid van Polen en andere lidstaten, en er zijn er nog meer aanhangig.² Van bijzonder belang is het op 25 juli van dit jaar gewezen arrest in de zaak-*Celmer* – bij het Hof geanonimiseerd tot *LM* – dat handelt over het al dan niet uitvoeren van een door Polen uitgevaardigd Europees Aanhoudingsbevel (EAB).³ De uitvoering van een EAB berust op het beginsel van wederzijds vertrouwen – in casu vertrouwen in elkaars rechtsstaat – en de centrale vraag in het arrest is dan ook of – en zo ja, onder welke voorwaarden – de uitvoering van een EAB mag worden geweigerd op grond van het feit dat de rechterlijke onafhankelijkheid in de uitvaardigende lidstaat tekortschiet.

De wisselwerking tussen wederzijds vertrouwen en de rechtsstatelijke beginselen van de Unie en de lidstaten is uitermate complexe materie, waar in de bachelorfase van de rechtenstudie weinig tot geen aandacht aan wordt besteed.⁴ In deze bijdrage zal ik daarom eerst ingaan op de juridische achtergrond van *Celmer* door de jurisprudentie te ontleden.

Ten behoeve van het overzicht en om beter te zien hoe het Hof de casus in *Celmer* oplost zal ik de relevante arresten in drieën splitsen. De eerste lijn is de ontwikkeling van het wederzijds vertrouwen tot en met het onder juristen beruchte Advies 2/13 uit 2014, waarin het Hof het belang van het wederzijds vertrouwen tot grote hoogten verhief en mede op basis daarvan oordeelde dat de Unie niet kon toetreden tot het EVRM. De tweede lijn komt naar voren in het arrest *Aranyosi en Căldăraru* uit 2016, waarin het Hof Advies 2/13 nuanceerde en de mogelijkheid opende om de uitvoering van een Europees Aanhoudingsbevel in sommige gevallen op te schorten. De laatste lijn houdt niet zozeer verband met wederzijds vertrouwen en vooral met het belang van de rechtsstaat en de rechterlijke onafhankelijkheid; centraal staat het arrest van februari dit jaar inzake de Portugese rechtersvakbond *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*.

De grondslagen van wederzijds vertrouwen

Het nu zo belangrijke beginsel van wederzijds vertrouwen begon met een klassiek stukje recht van wat toen nog de Europese Economische Gemeenschap was: de terloopse opmerking van het Hof in *Cassis de Dijon* dat alcohol die in de ene lidstaat geldig op de markt wordt gebracht, niet zonder goede reden door een andere lidstaat kan worden geweigerd.⁵ De gedachte daarachter is simpel: binnen de Europese gemeenschappelijke markt mag men ervan uitgaan dat de lidstaten het Europese recht naleven, met als gevolg dat de ene lidstaat niet nogmaals hoeft te controleren – en ook niet *mag* controleren – of de andere lidstaat wel aan bepaalde voorschriften voldoet. Het toezien op de naleving van het Europese recht is immers de taak van de Europese Commissie, die zo nodig de inbreukprocedure van wat nu artikel 258 VWEU is kan inzetten.

“De grondslag van de wederzijdse erkenning moet hier niet worden gezocht in het feit dat de lidstaten gemeenschappelijke standaarden hanteren, maar in de gedeelde waarden van lidstaten.”

Deze redenering hoeft echter niet beperkt te blijven tot de import van Franse likeuren die al dan niet voldoen aan Duitse minimumalcoholpercentages. Het waren nota bene de Britten – die toch bepaald niet bekendstaan als grote voorstanders van verdere integratie buiten de markt – die het beginsel van wederzijdse erkenning doortrokken naar een ander, veel nieuwer, gebied: de samenwerking in burgerlijke en strafzaken.⁶ Dat deel van het Europese recht, toentertijd geregeld in Titel VI VEU, lijkt op het eerste gezicht minder geschikt voor toepassing van wederzijdse erkenning: het betreft hier immers geen goederen die de grens over gaan, maar mensen en rechterlijke beslissingen. De grondslag van de wederzijdse erkenning moet hier echter niet zozeer worden gezocht in het feit dat de lidstaten gemeenschappelijke standaarden hanteren voor het keuren van bepaalde producten – op zichzelf overigens al een stelling die men in twijfel zou kunnen trekken – maar in de *gedeelde waarden* van lidstaten, die terug te vinden zijn in artikel 2 VEU.⁷ Die gedeelde waarden, mede gelet op de invloed van het

EVRM – waar alle lidstaten partij bij zijn – en meer in het algemeen het feit dat respect voor mensenrechten een belangrijk beginsel van Europees recht is,⁸ brengen met zich mee dat de lidstaten er in beginsel vanuit moeten gaan dat andere lidstaten niet in strijd met Europees recht handelen en de mensenrechten respecteren.⁹

Op weg naar Advies 2/13: de constitutionalisering van het wederzijds vertrouwen

Deze implicaties van het wederzijds vertrouwen kwamen duidelijk naar voren in het kader van de Europese vluchtelingen crisis en de omstandigheden waaronder asielzoekers werden opgevangen in verschillende zuidelijke lidstaten. In 2011 oordeelde het EHRM in *M.S.S.* dat, indien er aanwijzingen zijn dat het overbrengen van een asielzoeker naar een andere lidstaat een schending van artikel 3 EVRM oplevert, “independent and rigorous scrutiny” vereist is om uit te zoeken of dat zo is;¹⁰ is er inderdaad gevaar voor schending van een verdragsrecht, dan dient de overbrenging te worden opgeschort. Het Hof van Justitie ging hier schoorvoetend in mee, maar met de clausulering dat de overlevering in individuele gevallen enkel mag worden opgeschort indien er sprake is van een “fundamentele tekortkoming” in het asielsysteem.¹¹ Deze benadering – die het lastiger maakt om overlevering te weigeren op grond van de mensenrechtelijke toestand in een andere lidstaat – werd niet gewaardeerd door “Straatsburg”, dat in het arrest *Tarakhel* uit 2014 benadrukte dat er toch echt sprake moet zijn van een *individuele* toets, en dat de lidstaten zich niet eenvoudigweg mogen beroepen op het wederzijds vertrouwen van het Europese recht om onder hun verplichtingen onder het EHRM uit te komen.¹²

*“Wederzijds vertrouwen
weegt in voorkomend
geval zelfs zwaarder dan
de mensenrechten die het
EVRM beschermt.”*

Tarakhel viel op zijn beurt niet goed in Luxemburg, waar het Hof van Justitie een maand later in Advies 2/13 het ontwerp-toetredingsakkoord van de Europese Unie tot het EVRM verwierp. Een van de voornaamste redenen daarbij was dat het EHRM er in eerdere zaken – waaronder dus *M.S.S.* en *Tarakhel* – herhaaldelijk op had gewezen dat niettegenstaande het wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten een individuele toets nog steeds vereist is. Dat zou volgens het Hof van Justitie leiden tot

een ondermijning van “het evenwicht waarop de Unie berust”.¹³ Wederzijds vertrouwen, zo stelde het Hof in hetzelfde advies, is namelijk de “fundamentele premisse” waarop het gehele Unierecht en de Europese integratie – de *raison d’être* van de Europese Unie¹⁴ – rusten.¹⁵

Het is een behoorlijk understatement om te zeggen dat Advies 2/13 door de literatuur kritisch is ontvangen.¹⁶ Veel van de kritiek richtte zich daarbij – geheel terecht – op de welhaast absolute status die het Hof aan het wederzijds vertrouwen toekent: het weegt in voorkomend geval zelfs zwaarder dan de mensenrechten die het EVRM beschermt.¹⁷ Dat lijkt op zijn minst een beetje raar gelet op het feit dat de mensenrechten zo prominent in de Verdragen voorkomen – met name in de preambule en artikel 2, alsmede artikel 6 VEU – terwijl het wederzijds vertrouwen niet of nauwelijks wordt genoemd.¹⁸

Het Hof draait bij: *Aranyosi* en *Căldăraru*

Dat ook in Luxemburg de vakliteratuur wordt gelezen en begrepen liet het Hof in 2016 zien in een zaak over EAB’s uit Hongarije en Roemenië. De betrokkenen hadden daarin namelijk gesteld dat overlevering aan die lidstaten zou neerkomen op een schending van artikel 4 van het Handvest – het folterverbod, identiek aan artikel 3 EVRM – omdat de detentieomstandigheden in de verzoekende lidstaten buitengewoon slecht waren. Het Hof constateert dat artikel 4 Handvest een absoluut verbod bevat, dat een van de fundamentele waarden van de Unie weergeeft. Daar de overlevering in geen geval mag leiden tot een schending van dat verbod, dient een rechter te beoordelen of er sprake is van een gevaar van schending en zo nodig de overlevering op te schorten (maar in geen geval in het geheel te weigeren).¹⁹ Van belang is voorts dat de rechter zich bij het vormen van zijn oordeel niet enkel mag baseren op algemene gegevens over de detentieomstandigheden, maar moet beoordelen of er sprake is van een gevaar voor deze specifieke persoon.²⁰

Opmerking verdient vooraleerst dat het Hof ook al in Advies 2/13 erkende dat er sprake kon zijn van “uitzonderlijke omstandigheden” die het zouden kunnen rechtvaardigen om er niet zonder meer vanuit te gaan dat andere lidstaten grondrechten respecteren.²¹ Wat die uitzonderlijke omstandigheden dan waren specificieerde het Hof echter niet, en het bestaan van de uitzondering bleef nogal onderbelicht in een advies dat toch vooral het enorme belang van het wederzijds vertrouwen benadrukte. Daarnaast benadrukt het Hof ook in *Aranyosi* dat aan het wederzijds vertrouwen een groot gewicht toekomt, en dat



Een pro-Europese demonstratie in Warschau in 2016. Bron: Wojtek Radwanski/AFP via Getty Images

alleen in echt uitzonderlijke gevallen, die getuigen van systematische problemen in de detentieomstandigheden, de uitlevering mag worden opgeschort – en dan ook alleen als er sprake is van een gevaar voor het individu in kwestie. Daarmee legt het Hof in feite dezelfde maatstaf aan voor het opschorten van overlevering van gedetineerden als het al eerder deed voor overlevering van asielzoekers in *N.S.*²²

Het belang van de rechtsstaat: ASJP

Het laatste belangrijke arrest in deze bijdrage komt uit een wat onverwachte hoek: Portugal. Naar aanleiding van de crisis en opgelegde Europese bezuinigingsmaatregelen werd daar in 2014 het salaris van een reeks aan ambtsdragers – politici, ambtenaren, rechters, militairen – verlaagd.²³ De rechtersvakbond *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (hierna: ASJP) stelde hiertegen beroep in bij de Portugese bestuursrechter en stelde dat deze salarisverlaging in strijd was met de rechterlijke onafhankelijkheid. De bestuursrechter stelde op zijn

beurt een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie om duidelijkheid te verkrijgen over de vragen of deze salarisverlaging binnen de werkingssfeer van het Unierecht viel en zo ja, of deze daarmee verenigbaar was.

Het Hof oordeelde – kort gezegd – dat er sprake was van een algemeen pakket aan bezuinigingen waar de salarisverlaging voor de rechters in kwestie slechts een onderdeel van was, hetgeen met zich meebracht dat de rechterlijke onafhankelijkheid hier niet in het geding was.²⁴ Dit oordeel werd echter voorafgegaan door een buitengewoon uitgebreide – en voor het oordeel in kwestie tamelijk onnodige – beschouwing over het belang van de rechtsstaat en de rechterlijke onafhankelijkheid in de Europese Unie, waarin het Hof een heel nieuwe kijk gaf op de wisselwerking tussen Europees recht en rechtsstaat. Het Hof leidde namelijk uit artikel 19 lid 1 VEU – “De lidstaten voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het recht van de Unie vallende gebieden te verzekeren” – af dat de lidstaten niet alleen moeten zorgen voor een rechterlijke

macht die het Europese recht toepast, maar ook zorg moeten dragen voor “daadwerkelijke rechtsbescherming” in de vorm van een stelsel van beroepsmogelijkheden²⁵ en een voldoende onafhankelijke rechterlijke macht.²⁶ Deze vereisten gelden volgens het Hof weliswaar enkel voor rechters die Unierecht toepassen, maar daar zo goed als elke rechter het Unierecht toepast – en toe *moet* passen – geldt dit voor elke rechter in elke lidstaat.

Het ontging menig commentator niet dat het Hof hier wel érg veel aandacht besteedt aan het belang van de rechtsstaat in verhouding tot de inhoudelijke behandeling van de klachten – 19 overwegingen en 1523 woorden aan rechtsstaat tegenover 6 overwegingen en 280 woorden aan inhoud.²⁷ Het Hof lijkt hiermee een schot voor de boeg te geven richting Polen en andere lidstaten waar de rechterlijke onafhankelijkheid wel degelijk in het geding is door er zeer nadrukkelijk op te wijzen dat het Unierecht de lidstaten verplicht om te zorgen voor een onafhankelijke rechterlijke macht.²⁸ Het wekte dan ook weinig verbazing dat slechts twee weken na *ASJP* het Ierse High Court een prejudiciële vraag stelde in de overleveringszaak inzake Artur Celmer.²⁹

Tot besluit

In deze bijdrage is het juridisch kader dat ten grondslag ligt aan het oordeel van het Hof van Justitie in *LM*, waar ik volgende maand in een annotatie op zal ingaan, uiteengezet. In de tussentijd heeft het Hof echter niet stilgezeten: op 19 oktober legde het als voorlopige maatregel op dat Polen de ontslagen van rechters bij het Hooggerechtshof moet terugdraaien totdat het Hof uitspraak heeft gedaan in de hoofdzaak.³⁰ “Jeszcze Polska nie zginęła” – “Polen is nog niet verloren”, zo leert het Poolse volkslied.³¹ Het Hof van Justitie lijkt daar een aardig steentje aan te willen bijdragen. ●

¹ Zie over die episode bijv. M. Stremler, ‘De constitutionele crisis in Polen: een uitdaging voor de EU’, *AA* 2016, afl. 12, p. 952-956. ² C-192/18, *PbEU* 2018, C 182/15 (Commissie/Polen); C-617/18 (Commissie/Polen). ³ HvJ EU (GK) 25 juli 2018, C-216/18 PPU, *ECLI:EU:C:2018:586*, *EHRC* 2018/190, m.nt. K.A.M. van Kruisbergen & J. Krommendijk; *NJB* 2018/1705 (L.M.). ⁴ Dat geldt althans voor de verplichte vakken in het eerste en tweede jaar: bij bijvoorbeeld het keuzevak *A Europe that serves and protects: the Area of Freedom, Security and Justice wordt juist tamelijk uitgebreid ingegaan op het belang van het wederzijds vertrouwen*. ⁵ HvJ EG 20 februari 1979, 120/78, *ECLI:EU:C:1979:42*, §14, *Jur.* 1979, p. 649 (Cassis de Dijon). ⁶ S. Peers, ‘Mutual recognition and criminal law in the European Union: Has the Council got it wrong?’, *CML Rev.* (41) 2004, afl. 1, p. 5-36, hier p. 8-9. ⁷ Vgl. tevens art. 4(2) VEU, waarin de gelijkheid van de lidstaten voor de Verdragen wordt genoemd. Zie verder K. Lenaerts, ‘La vie après l’Avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust’, *CML Rev.* 2017, afl. 4, p. 805-840, hier p. 808. ⁸ Zie bijv. HvJ EG 17 december 1970, 11/70, *ECLI:EU:C:1970:114*, § 4, *Jur.* 1970, p. 1125; *CML Rev.* 1971, p. 250 (Internationale Handelsgesellschaft). ⁹ HvJ EU (plenair) 18 december 2014, *Advies* 2/13, *ECLI:EU:C:2014:2454*, § 191-192 (Toetreding van de EU tot het EVRM); vgl. HvJ EU (GK) 20 december 2011, C-411/10 & C-493/10, *ECLI:EU:C:2010:865*, § 80, *Jur.* 2011, p. I-13905; *CML Rev.* 2012, p. 1735, m.nt. M. den Heijer (N.S./Secretary of State for the Home Department). ¹⁰ EHRM (GK) 21 januari 2011, *ECLI:CE:ECHR:2011:0121JUD003069609*, § 293, *RJ&D ECHR* 2011-I, p. 255 (M.S.S./België & Griekenland). ¹¹ N.S., § 94. ¹² EHRM 4 april 2014, *ECLI:CE:ECHR:2014:1104JUD002921712*, § 103-105, *RJ&D ECHR* 2014-VI, p. 195 (Tarakhel/Zwitserland). Zie reeds eerder M.S.S., § 338-340, beide onder verwijzing naar EHRM 30 juni 2005, *ECLI:CE:ECHR:2005:0630JUD004503698*, § 149-157, *RJ&D ECHR* 2005-VI, p. 107 (Bosphorus/Ierland). ¹³ *Advies* 2/13, § 194. ¹⁴ *Advies* 2/13, § 172. ¹⁵ *Advies* 2/13, § 167-168. ¹⁶ Verwezen zij naar Lenaerts 2017, p. 805, nt. 1 voor een (zeer beperkte) selectie uit de literatuur. ¹⁷ B.E.F.M. de Witte & S. Imamović, ‘Opinion 2/13 on Accession to the ECHR: Defending the EU Legal Order against a Foreign Human Rights Court’, *EL Rev.* (40) 2015, afl. 5, p. 683-705, hier p. 702. ¹⁸ Zie echter wel art. 67(3), 70 en 82(1) VWEU. Zie verder S. Peers, ‘The EU’s Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare’, *German LJ* (16) 2015, afl. 1, p. 213-222, hier p. 221. ¹⁹ HvJ EU (GK) 5 april 2016, C-404/15 & C-659/15 PPU, *ECLI:EU:C:2016:198*, § 85-88 en 98, *CML Rev.* 2016, p. 1675, m.nt. G. Anagnostaras; *DD* 2016/79, m.nt. V.H. Glerum; *EHRC* 2016/157, m.nt. H.G. van der Wilt; *NJB* 2016/887; *RvdW* 2016/801 (Aranyosi en Căldăraru). ²⁰ Aranyosi en Căldăraru, § 89-95. ²¹ *Advies* 2/13, § 191. ²² Vgl. Lenaerts 2017, p. 828-829 en A. Palad Singh, ‘Kroniek Handvest van de Grondrechten van de Unie periode 2016-2017: actieve grondrechtenbescherming vanuit Luxemburg’, *NtEr* 2018, afl. 3/4, p. 87-97, hier p. 89. ²³ Zie de Portugese Lei nr. 75/2014 – Estabelece os mecanismos das reduções remuneratórias temporárias e as condições da sua reversão (Wet 75/2014 tot vaststelling van de regeling voor tijdelijke salarisverlagingen en van de voorwaarden voor intrekking ervan) van 12 september 2014, art. 2 lid 9 sub f en l. ²⁴ HvJ EU (GK) 27 februari 2018, C-64/16, *ECLI:EU:C:2018:117*, § 46-49, *AB* 2018/220, m.nt. P.M. van den Eijnden; *EHRC* 2018/72, m.nt. J. Krommendijk; *NJB* 2018/696 (Associação Sindical dos Juizes Portugueses). ²⁵ *ASJP*, § 34, 36-38. ²⁶ *ASJP*, § 42-44. ²⁷ Ontleend aan J. Krommendijk, noot bij *ASJP*, *EHRC* 2018/72, sub 3. ²⁸ Aldus ook Krommendijk, *EHRC* 2018/72, sub 3 en P.M. van den Eijnden, noot bij *ASJP*, *AB* 2018/220, sub 4 in fine. ²⁹ High Court 12 maart 2018, *Minister for Justice and Equality v Artur Celmer* [2018] IEHC 119. ³⁰ Zie Press Release No 159/18, Poland must immediately suspend the application of the provisions of national legislation relating to the lowering of the retirement age for Supreme Court judges, 19 oktober 2018 (niet in het Nederlands beschikbaar); zie tevens R.D. Sarmiento, ‘Interim Revolutions’, *Verfassungsblog* 22 oktober 2018, *verfassungsblog.de*. ³¹ Zie verder ook A. von Bogdandy e.a., ‘Guest editorial: A potential constitutional moment for the European rule of law – The importance of red lines’, *CML Rev.* (55) 2018, afl. 4, p. 983-996.

Gaat het internet op zwart met het uploadfilter?

Op 13 september 2018 heeft het Europees Parlement (EP) gestemd over een controversiële ontwerprichtlijn over het auteursrecht.¹ Veel commentatoren gebruikten grote woorden als ‘linkbelasting’ of ‘uploadfilter’ bij deze richtlijn. Wikipedia ging ‘op zwart’ als protest tegen het voorstel en anderen betoogden dat het bestaan van het internet op het spel staat. Volgens de grondleggers van deze ontwerprichtlijn zijn de inkomsten van mensen die werkzaam zijn in de creatieve sector op dit moment te laag. Het nieuwe, aangepaste² voorstel heeft als doel om te zorgen dat rechthebbenden eerlijker worden beloond, bijvoorbeeld door platforms licenties met de rechthebbenden te laten afsluiten. Dit artikel gaat in op de twee meest controversiële onderdelen van de richtlijn: het uploadfilter en de linkbelasting.



Martijn Berk
Redacteur

Uploadfilter (artikel 13)

Een van de voorgestelde maatregelen is om de platforms direct aansprakelijk te maken bij een inbreuk op het auteursrecht. Nu geldt een *notice and takedown regime*; pas als een platform na melding van een auteursrechtelijke schending geen actie onderneemt kan het aansprakelijk gesteld worden. Door deze wijziging hopen rechthebbenden dat de grote platforms, bijvoorbeeld Youtube en Facebook, licentierechten aanschaffen. Bij critici bestaat de angst dat deze platforms geautomatiseerde maatregelen (uploadfilters) treffen om te voorkomen dat inbreukmakend materiaal wordt geüpload. Hoewel een dergelijk uploadfilter niet letterlijk wordt geëist, zal in de praktijk een uploadfilter ingezet worden omdat het aantal uploads te groot is voor een handmatige beoordeling.

“Platforms kunnen geneigd zijn het zekere voor het onzekere te nemen en de uploadfilters zo streng mogelijk in te stellen.”

De zorg bestaat dat een filter ten onrechte iets markeert als een schending, bijvoorbeeld een parodie die niet als zodanig herkend wordt. Omdat Youtube nu al een uploadfilter gebruikt, zijn verschillende voorbeelden bekend van content die ten onrechte geweigerd werd op grond van een auteursrechtelijke inbreuk, bijvoorbeeld: een video waarin vogelgezang te horen was werd geblokkeerd omdat deze inbreuk zou maken op auteursrechten.³ Verder wordt aangevoerd dat deze filtertechnologie duur is om te ontwikkelen, kosten die kleinere platforms niet zouden kunnen dragen. Als alternatief voor de filters kunnen platforms ook licenties afsluiten met rechthebbenden. Critici zijn van mening dat het voor de platforms te complex is om licenties voor tekst, beeld en geluid binnen de hele EU af te sluiten, en verwachten dat platforms kiezen voor een geautomatiseerd filtersysteem. Relevant is ook dat bij IE-zaken proceskostenveroordelingen vele malen hoger zijn dan bij een gewone civiele zaak. Hoewel een volledige proceskostenveroordeling voor de verliezende partij inmiddels is afgeschaft, zijn de zogenoemde ‘indicatietarieven’ nog steeds fors. Dit alles kan ertoe leiden dat de platforms geneigd zijn het zekere voor het onzekere te nemen en de uploadfilters zo streng mogelijk in te stellen.

In het aangepaste voorstel is geprobeerd een aantal van deze kritiepunten te verzachten. Zo zijn kleine platforms –met beperktere budgetten– uitgesloten van deze richtlijn. Ook vallen niet-commerciële platforms (Wikipedia) en platforms die hun diensten niet direct aan het publiek (hostingbedrijven) aanbieden niet onder deze richtlijn. Ook zijn de platforms verplicht een herstelprocedure in te stellen waar geklaagd kan worden indien zij een geüpload werk als schending aanmerken. De afhandeling van een dergelijke klacht moet door een mens, dus niet geautomatiseerd, gedaan worden. Critici zeggen dat in de praktijk dit klachtenmechanisme niet zal werken, zij vrezen dat een platform zal zeggen dat het geüpload materiaal simpelweg niet voldoet aan de algemene voorwaarden van het platform, zonder te verwijzen naar de inbreuk op het auteursrecht of het gebruik van een filter. De klachtenprocedure komt dan helemaal niet aan de orde.

Linkbelasting (artikel 11)

Een ander omstreden onderdeel van de richtlijn betreft het linken naar auteursrechtelijk beschermd werk, bijvoorbeeld door Google News of Facebook die naar krantenberichten op de site van een krant linkt. Uitgevers van kranten zijn over het algemeen niet tegen deze links omdat een aanzienlijk deel van de bezoekers op de krantensites hierdoor wordt gegenereerd. Maar zij willen wel meedelen in de winst die de platforms als Google News en Facebook maken doordat zij –kort gezegd– advertenties verkopen bij het plaatsen van deze nieuwsartikelen. Uitgevers kunnen volgens de richtlijn het linken naar nieuwsberichten in licentie geven. Of, als een uitgever dat niet wil, verbieden te linken naar de artikelen van de betreffende krant.

Overigens hebben nationale wetgevers in het verleden geprobeerd om een vergelijkbare regeling voor uitgevers in te voeren, om zo een vergoeding te krijgen voor het linken naar artikelen. In Duitsland besloten in 2014 tweehonderd uitgevers Google te verbieden hun artikelen te citeren en ernaar te linken. Het aantal bezoekers naar de krantensites daalde vervolgens met 40 tot 60 procent, waardoor na slechts twee weken het verbod werd ingetrokken. In Spanje werd, ook in 2014, een wet aangenomen die nieuwsaggregators zoals Google News zou laten betalen voor het indexerend van artikelen. Google besloot daarop de dienst niet meer in Spanje aan te bieden.

Er zijn critici die erop wijzen dat Google News hetzelfde besluit kan nemen zodra deze richtlijn van kracht wordt en de dienst niet meer zal aanbieden aan Europese gebruikers. De auteurs van het de richtlijn achten dit niet waarschijnlijk en, mocht het toch gebeuren, geloven in andere marktpartijen die dan een vergelijkbare dienst zullen ontwikkelen.

*“Zullen de platforms
inderdaad strenge filters gaan
gebruiken en zich verschuilen
achter hun algemene
voorwaarden? Stopt Google
met het aanbieden van de
News-dienst binnen de
Europese Unie?”*

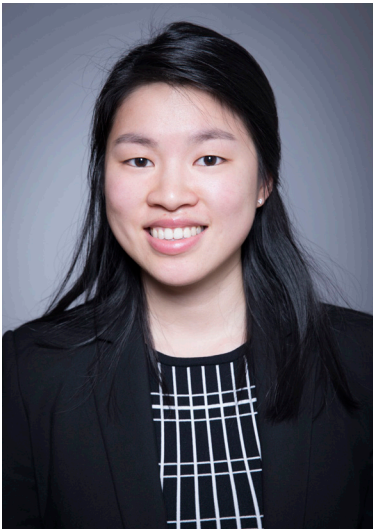
Tenslotte

De grote woorden die bij de eerste versie van deze richtlijn gebruikt werden lijken overdreven, het internet zal niet op zwart gaan en parodieën zullen nog steeds wel gemaakt en verspreid kunnen worden – al is het alleen maar omdat de platforms erbij gebaat zijn de bezoekers gevarieerde en populaire content aan te bieden. Toch is het onduidelijk wat er precies zal gebeuren als deze richtlijn van kracht wordt; zullen de platforms inderdaad strenge filters gaan gebruiken en zich verschuilen achter hun algemene voorwaarden? Stopt Google met het aanbieden van de News-dienst binnen de Europese Unie? De prioriteit van deze richtlijn ligt in ieder geval bij de auteursrechtelijke bescherming ten koste van de vrijheid van meningsuiting. Je kunt je afvragen of het auteursrecht wel het juiste middel is om te zorgen dat de creatieve sector een beter inkomen krijgt; een groot deel van de auteursrechtelijke vergoedingen worden door de intermediairs, zoals platenlabels, opgeslokt.

Als de richtlijn definitief wordt⁴, zal het onvermijdelijk zijn dat dit leidt tot gerechtelijke procedures bij het Hof van Justitie om precies te weten wat de reikwijdte van deze regels is. Duidelijkheid die, mede door de lange doorlooptijd van een dergelijke procedure, nog een aantal jaar op zich zal laten wachten. ●

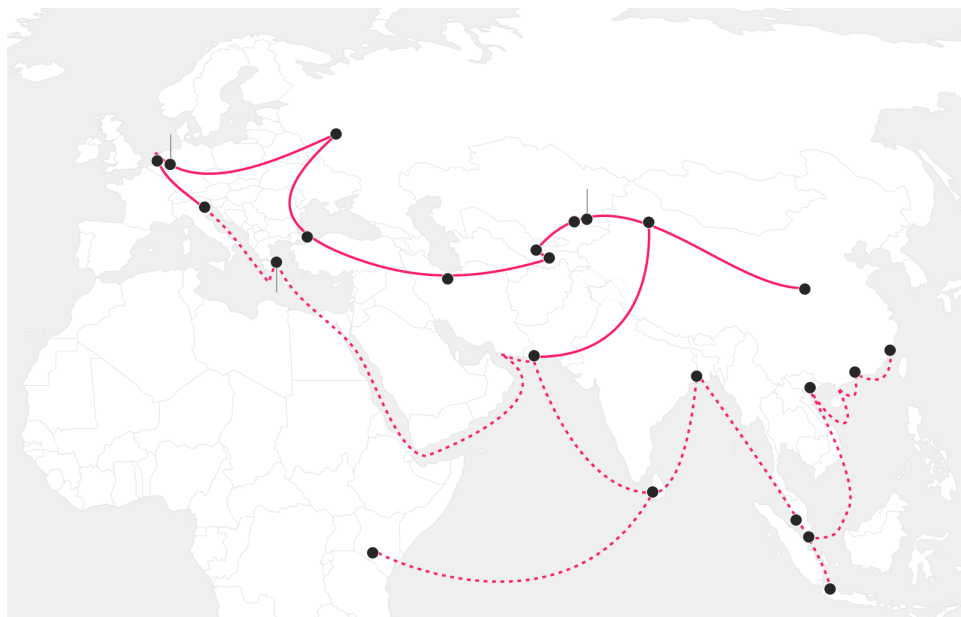
¹ Copyright in the Digital Single Market, 2016/0280/COD. ² Een stemming in juni 2018 is door het Europees Parlement uitgesteld vanwege alle ophef. ³ N. Messieh, 'A copyright claim on chirping birds highlights the flaws of YouTube's automated system', *The Next Web* 27 februari 2012, thenextweb.com. ⁴ Na akkoord van de Raad van Ministers en de Europese Commissie.

De zijderoutes van de 21ste eeuw



Yong Yong Hu
Redacteur

Als we het over China hebben, dan denken we aan het ‘Verre Oosten’, of een land dat veel goedkope producten produceert. Maar de realiteit is dat China meer te bieden heeft dan alleen maar spullen met het ‘Made in China’ label. China krijgt langzamerhand een steeds belangrijkere positie op het wereldtoneel en we kunnen niet meer om de groeiende wereldmacht China heen. In 2013 kondigde de huidige president Xi Jinping een van de grootste projecten ooit aan, de ‘One Belt, One Road’, beter bekend als de Nieuwe Zijderoute. Het doel van het initiatief is om infrastructurele projecten tot aan Europa te faciliteren zodat grondstoffen veilig worden gesteld en nieuwe afzetmarkten worden gecreëerd voor Chinese producten. Daarmee probeert president Xi de samenwerking, bereikbaarheid en handel tussen China en zijn omliggende landen te versterken.



De Belt and Road-routes. Bron: Bloomberg

De benaming ‘zijderoutes’ werd door de Duitse geograaf Ferdinand Von Richthofen voor het eerst genoemd in 1877. Hij doelde op het enorme handelsnetwerk van China, waarbij zijde het voornaamste handelsproduct was. Van oudsher was de zijderoute van China een netwerk van land- en zee routes die het land verbond met Centraal Azië en waarlangs handel werd gedreven. In de 19e eeuw verplaatste de handel zich naar de zee en raakten de zijderoutes in de vergetelheid.¹

Tot in de herfst van 2013 waarin president Xi de Nieuwe Zijderoute aankondigde. Het initiatief omvat twee routes: De eerste route, de ‘Silk Road Economic Belt’, linkt China door middel van landwegen aan Europa via Centraal en Zuidoost-Azië. De tweede route, de ‘New Maritime Silk Road’ is de scheepvaartroute van China naar Europa via Zuidoost-Azië, de Perzische Golf en Noord-Afrika. Deze routes worden ook wel gezien als de ‘Zijderoutes van de 21ste eeuw’. In 2015 heeft de Chinese overheid de naam ‘One Belt, One Road’ veranderd in het ‘Belt and Road’-initiatief. Met het ‘Belt and Road’-initiatief wil China zich niet mengen in de interne politiek van naburig landen. Het initiatief is bedoeld voor economische ontwikkeling en omvat samenwerkingsverbanden met meer dan 60 landen in verschillende sectoren, zoals infrastructuur, energie en transport. Het doel van de samenwerkingsverbanden is het stimuleren van economische ontwikkeling in Azië, Europa en Afrika. We spreken dan over 64% van de wereldpopulatie en 30% van de wereldwijde BBP. Eind 2016 werden al voor ruim 1 biljoen dollar contracten ondertekend onder het initiatief.²

In het actieplan 2015 van de Chinese Staatsraad werd het doel van het ‘Belt and Road’-initiatief als volgt omschreven: “The initiative is designed to uphold the global free trade regime and the open world economy in the spirit of open regional cooperation. It is aimed at (...) jointly creating an open, inclusive and balanced regional economic cooperation architecture that benefits all.” “The Belt and Road Initiative aims to promote the connectivity of Asian, European and African continents and their adjacent seas (...). The Chinese government advocates peace and cooperation, openness and inclusiveness, mutual learning and mutual benefit.”³ Om dit initiatief te ondersteunen heeft China een aantal staatsbanken opgericht, waaronder de Asian Infrastructure Investment Bank, die vergelijkbaar is met de Amerikaanse Wereldbank. Daarnaast stellen de Asian Development Bank en de Export-Import Bank of China leningen beschikbaar die nodig zijn voor het aanleggen van wegen in verschillende landen. Momenteel investeert Beijing bijna 200 biljoen dollar per jaar in landen die zich hebben aangesloten bij het ‘Belt and Road’-initiatief.⁴

Een cruciaal onderdeel van het ‘Belt and Road’-initiatief is het hogesnelheidslijn-netwerk (hierna: hsl-netwerk). Aangezien het initiatief als doel heeft om de internationale handelsroutes te verbeteren, kan het uitbreiden van het hsl-netwerk niet ontbreken. Momenteel heeft China het langste hsl-netwerk van de wereld. Het ‘Belt and Road’-initiatief zorgt niet alleen voor een betere infrastructuur tussen China en andere Aziatische landen, maar uiteindelijk lopen de infrastructurele verbindingen door tot West-Europa.⁵

Momenteel worden sommige belangrijke projecten al uitgevoerd, zoals de spoorweg tussen de Chinese provincie Xinjiang, de haven van Gwadar in Pakistan en de haven van Khorgos aan de Chinese-Kazachse grens.⁶ Echter, het 'Belt and Road'-initiatief is niet zonder risico's. Aangezien veel landen betrokken zijn bij dit initiatief, moet er rekening worden gehouden met verschillende wet- en regelgeving met betrekking tot de import van goederen. Daarnaast moet rekening worden gehouden met risico's die verband houden met grote infrastructuurprojecten. Voorbeelden daarvan zijn milieuvervuiling en biodiversiteitsverlies.

China is van plan om internationale rechtbanken in Shenzhen en Xi'an op te richten om toekomstige commerciële geschillen die te maken hebben met de 'Belt and Road' op te lossen. De Chinese Hoge Raad zal de eerste internationale rechtbank opzetten in Shenzhen, in de provincie Guangdong in het zuiden van China. Deze rechtbank zal de geschillen beslechten die te maken hebben met zeeroute. Daarnaast zal deze rechtbank in Shenzhen helpen met het promoten van de bouw van de Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area. De tweede rechtbank wordt in de hoofdstad van de Shaanxi Provincie, Xi'an, opgezet. Deze rechtbank zal geschillen beslechten die te maken hebben met de landroute.⁷ Beide rechtbanken hebben een internationaal karakter en zullen legal experts en professionals hebben om de legitimiteit, onpartijdigheid en transparantie te waarborgen.⁸

Naast de rechtbanken in Shenzhen en Xi'an heeft de Chinese Hoge Raad een proactieve houding wat betreft internationale geschillenbeslechting, in het bijzonder arbitrage.⁹ Het is onvermijdelijk dat het 'Belt and Road'-initiatief zal leiden tot geschillen en het is niet ondenkbaar dat veel van die geschillen opgelost zullen (kunnen)

worden aan de hand van arbitrage.¹⁰ Arbitrage is namelijk een goede manier van geschillenbeslechting als het gaat om geschillen tussen internationale partijen. De partijen kunnen dan zelf bepalen waar hun geschil beslecht wordt en de partijen kunnen zelf de arbiters uitkiezen. Deze manier van geschillenbeslechting zal de onpartijdigheid garanderen.¹¹

De Chinese Hoge Raad heeft veranderingen aangebracht aan haar bepalingen en deze meer pro-arbitrage gemaakt. Dat is terug te zien in een aantal kerngebieden. Ten eerste zijn er richtlijnen opgesteld voor de rechterlijke macht over de interpretatie van arbitrageovereenkomsten. Bij de interpretatie en toepassing van een arbitrageovereenkomst zullen Chinese rechtbanken eerst naar elke overeenkomst tussen partijen kijken om te kijken of er consensus kan worden bereikt over welk recht van toepassing is op de arbitrageovereenkomst.¹² De tweede verandering is het rapportagesysteem. Als een arbitrageovereenkomst onderworpen is aan toetsing door de rechter, moet de rechtbank dat rapporteren aan de People's High Court in de desbetreffende provincie. Voor buitenlandse arbitrage geldt dat de beslissing gemeld moet worden aan de Chinese Hoge Raad.¹³ Dit kan leiden tot een ongewenste vertraging in de arbitrageprocedure.

Het 'Belt and Road'-initiatief is in lijn met de status waarin het land zich nu bevindt, namelijk als groeiende wereldmacht. De uitvoering van het 'Belt and Road'-initiatief is in volle gang en de vraag is of dit initiatief een verandering in de wereldeconomie teweeg zal brengen en hoe de geschillen die betrekking hebben op het 'Belt and Road'-initiatief opgelost zullen worden. De tijd zal het leren. ●

¹ P. Frankopan, *De Zijderoutes. Een nieuwe wereldgeschiedenis*, Houten: Het Spectrum 2016. ² Y. Huang, "Understanding China's Belt & Road Initiative: Motivation, framework and assessment", *China Economic Review*, Vol. 40, September 2016, p. 314-321. ³ The State Council of The People's Republic of China, "Action plan on the Belt and Road Initiative", 30 maart 2015, http://english.gov.cn/archive/publications/2015/03/30/content_281475080249035.htm ⁴ W. Ellwood, "One belt, one road", *New Internationalist*, 1 juni 2018, <https://newint.org/features/2018/06/01/one-belt-one-road> ⁵ G. Chan, *Understanding China's New Diplomacy. Silk Roads and Bullet Trains (New Horizons in East Asian Politics series)*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2018, p. 20-42. ⁶ Mercator Institute for China Studies (merics), "China creates a global infrastructure network. Interactive map of the Belt and Road Initiative", 7 september 2018, <https://www.merics.org/en/bri-tracker/interactive-map> ⁷ Xinhua, "China inaugurates two int'l commercial courts", *Xinhuanet*, 29 juni 2018, <http://www.xinhuanet.com> ⁸ Y. Sheng, "China to set up international courts to settle Belt and Road disputes", *Global Times*, 28 juni 2018, <http://www.globaltimes.cn> ⁹ Article 14 of the Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues Regarding the Establishment of International Commercial Courts, <http://cicc.court.gov.cn> ¹⁰ P. Hirst, "China's Supreme People's Court Takes Clear Steps To Support BRI Arbitration", *Mondaq Business Briefing*, 31 augustus 2018. ¹¹ S.F. Ali, "Approaching the Global Arbitration Table: Comparing the Advantages of Arbitration as Seen by Practitioners in East Asia and the West", 28 Rev. Litig. 791, 2008-2009. ¹² Article 13 and 14 of the Provisions of the Supreme People's Court on Judicial Review of Arbitral Matters. ¹³ Article 2 of the Provisions of the Supreme People's Court on Judicial Review of Arbitral Matters

Met de maand november wordt alweer het tweede blok van het collegejaar ingeluid. Voor de meesten van jullie betekent dat dat de eerste tentamens van het collegejaar erop zitten en er even een adempauze is na weken te hebben gezwoegd in de UB.

Voor mij betekent het dat ik nu al twee maanden aan de slag ben als assessor en veel nieuwe indrukken heb opgedaan. Tal van onbekende afkortingen, personen en functies vlogen mij de afgelopen maanden om de oren. Een faculteit waar ik al twee jaar aan studeer, maar waar ik nog behoorlijk wat dingen niet van wist.

Eén van de dingen waar ik als student geen beeld van had, was wat er binnen de faculteit en universiteit wordt gedaan met de resultaten van evaluaties. Als student aan onze faculteit zijn er verschillende evaluaties die je kan invullen waarin jij als student je stem tot uitdrukking kan brengen. Zo kan je na elk vak de welbekende vakevaluatie invullen en is er jaarlijks de Nationale Studenten Enquête (NSE). Van deze laatste zijn de resultaten afgelopen maand bekend gemaakt.

Wat gebeurt er dan met jouw mening? Het is belangrijk om het onderscheid tussen de NSE en de vakevaluaties voor ogen te houden. Als je de NSE invult krijg je vragen die gaan over je opleiding in het algemeen, terwijl de vakevaluaties toegespitst zijn op het desbetreffende vak. Wat er vervolgens met de uitslagen gebeurt is daarentegen niet verschillend, beide evaluaties worden ongelooflijk serieus genomen! Zo heeft de faculteit afgelopen jaren naar aanleiding van de uitslagen van de NSE een loopbaancoach aangesteld, wordt er een plan uitgezet dat zich richt op het verbeteren van de arbeidsmarktorientatie voor studenten, en wordt er op dit moment een concrete vaardighedenlijn voor studenten uitgezet – allemaal op basis van de verbeterpunten die studenten via de NSE kenbaar hebben gemaakt.

De vakevaluaties worden door de Opleidingscommissies (dit zijn commissies bestaande uit studenten en docenten) uitgebreid besproken, en vanuit dit orgaan wordt er nog extra feedback gegeven richting de betreffende afdelingen, vakcoördinatoren en docenten, die deze evaluaties grondig doornemen. Aan de hand van de vakevaluatie wordt in veel gevallen wijzigingen getroffen voor het volgende jaar.

Zelf op de hoogte blijven? De evaluatieresultaten kan je ook zelf volgen! Er is een speciale Blackboardpagina, genaamd vakevaluaties, waarop de uitslagen van de evaluaties van alle vakken worden geplaatst.

Daarnaast zal er komende periode aandacht worden besteed aan de resultaten van de NSE van afgelopen jaar, en wat de faculteit komend jaar wil verbeteren om jullie tevredenheid naar een (nog) hoger niveau te tillen. Conclusie: maak vooral gebruik van de evaluaties, op deze wijze kan jij zelf een vak, je opleiding, of facultair beleid beïnvloeden! ●



Jantine Rozenboom
Assessor FdR

Faculteitsagenda

LUS Breakfastclub
16 november, 09.00 - 11.00 uur
Restaurant van de Faculty Club

Honours College Fair
27 november, 16.30 - 19.00 uur
Kamerlingh Onnes Gebouw

Afscheidsrede Job Cohen
30 november, 16:30 - 17:30 uur
Wijnhaven, Turfmarkt 99 Den Haag

Training Leer Studeren
7 en 14 december, 13.30 - 17.30 uur
Kamerlingh Onnes Gebouw

Wie het vindt, mag het houden. Toch?

Iedereen vindt wel eens iets op straat. Een sleutelbos, een verloren handschoen, een euro of misschien zelfs een portemonnee. Mag je al deze dingen nou zomaar meenemen? Waarschijnlijk zullen we uit instinct zeggen dat we het muntje en de handschoen wel mee mogen nemen. Dat zijn vrij waardeloze objecten. Bij een sleutelbos of een portemonnee zit dat wellicht anders. Maar waar ligt de grens? Dat zal in dit artikel worden toegelicht.

Stel: Je loopt op een zaterdag over de drukke Breestraat in Leiden en ziet daar een telefoon op straat liggen. Je kan al wel een tijdje een nieuwe telefoon gebruiken, want die barsten in je iPhone 5 ben je nou wel zat. Dus je pakt de telefoon op en neemt hem mee. Mag dat zomaar? Voor het antwoord op die vraag moeten we eerst gaan kijken naar de regeling van de eigendomsovergang. Er zou in deze situatie namelijk eventueel sprake kunnen zijn van prijsgeving. Volgens art. 5:18 BW kan de eigendom van een roerende zaak worden verloren door deze zaak prijs te geven met het oogmerk om zich van de eigendom te ontdoen. Deze zaak wordt door prijsgeving een *res nullius*.¹ Dat wil zeggen dat de zaak aan niemand toebehoort. Volgens art. 5:4 BW verkrijgt iemand door inbezitneming van een aan niemand toebehorende zaak de eigendom hiervan. In casu moet de telefoon dus een

aan niemand toebehorende zaak zijn geweest toen jij het in bezit nam. Hiervoor is vereist dat de eerdere eigenaar bij de prijsgeving het oogmerk hadden om zich van de eigendom te ontdoen. Of er een oogmerk is geweest, kunnen we helaas niet weten, want de eigenaar is ons niet bekend. Wanneer we er dan vanuit gaan dat dit oogmerk niet aanwezig was, kunnen we ons nog beroepen op de derdenbescherming van art. 3:36 BW.

Voor het slagen van een beroep op 3:36 BW is nodig dat bij een derde een onjuiste voorstelling van zaken is opgewekt door een verklaring of gedraging van een ander, waardoor de derde het bestaan, ontstaan of tenietgaan van een bepaalde rechtsbetrekking heeft kunnen aannemen. Mocht jij dus aannemen dat de eigenaar van de telefoon af wilde? Hiervoor zijn onder andere de aard en de waarde van de zaak van belang.² Want om wat voor telefoon gaat het hier eigenlijk? Is het de nieuwste iPhone of een oude Nokia? Ligt de telefoon er total-loss bij of ziet hij er nog piekfijn uit? Een Nokia kan misschien wel weg zijn gegooid door iemand, maar kan ook zijn verloren door een oude man die hopeloos naar zijn mobiel aan het zoeken is. De nieuwste iPhone kan uit iemands zak zijn gevallen, maar kan ook zijn weggegooid door iemand die 'toch niet helemaal tevreden was met de opslagruimte'. Daarnaast is een telefoon vaak nog een hoop geld waard. Volgens de rechter kan de 'kennelijke waarde' van een gevonden object belangrijk zijn in het onderscheid tussen een *res nullius* en een verloren zaak.³ We zien dus dat een telefoon zeer zelden zal kunnen worden gekwalificeerd als een prijsgegeven zaak. Dat betekent voor jou helaas ook dat je de telefoon niet zomaar mee mag nemen.

Wat voor dingen zou je dan wel zomaar van straat kunnen plukken? Onder andere afval mag mee worden genomen.⁴ Een bekend fenomeen dat hier mee te maken heeft is dumpster diving. Hierbij gaan mensen op zoek in containers en vuilnisbakken naar voedsel dat te vroeg is weggegooid en naar eigen zeggen nog ‘prima eetbaar’ is. In Nederland is dumpster diving legaal en op dumpstermap.org zijn zelfs containers over de hele wereld aangegeven op een kaart. Maar om te maken te krijgen met prijsgeving hoef je niet meteen in het afval te duiken. Ook een krant die je in de trein vindt of een oude bank op de stoep is een *res nullius*.

Wat nu te doen met de gevonden telefoon? Door het oprapen van de telefoon ben je zojuist vinder geworden. Vinder in de zin van art. 5:5 BW is namelijk hij die een onbeheerde zaak vindt en deze zaak onder zich neemt.⁵ De vinder heeft een aantal verplichtingen. Ten eerste heeft de vinder een meldingsplicht.⁶ Hij dient met bekwame spoed aangifte te doen bij een daartoe aangewezen gemeente-ambtenaar. Ten tweede dient de zaak te worden afgegeven aan de gemeente die dit vordert. Overigens mag de vinder die zaak ook in bewaring geven aan de gemeente. Doet hij dit niet, dan moet hij zelf de zaak bewaren. Stel nu dat je de telefoon zelf hebt bewaard na aangifte te hebben gedaan en na een jaar is de telefoon nog niet opgeëist. In dat geval heb je de eigendom van de telefoon verkregen.⁷

Het onderscheid tussen prijsgeving en vinderschap lijkt simpel te kunnen worden gemaakt, maar we zien dat dit in de realiteit niet het geval is. Voor dit onderscheid zijn o.a. van belang de aard en waarde van de zaak en de omstandigheid waarin deze werd aangetroffen.⁸ De kennelijke waarde van de zaak dient zichtbaar te zijn voor de inbezitnemer, maar hangt tegelijkertijd vast aan veel verschillende aspecten. Om er dus zeker van te zijn dat je juridisch gezien het juiste doet, kun je bij twijfel gevonden voorwerpen maar beter aangegeven. Juich de volgende keer bij het vinden van een nieuwe telefoon dus niet te hard, want waarschijnlijk loop je nog wel even met dat gebarsten scherm rond. ●



Femke de Wijs
Redacteur

¹ H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht, Studiereeks Burgerlijk Recht*, Kluwer, Deventer: p. 166. ² J.C.T.F. Lokin, “Ongewilde’ prijsgeving: een kwestie van derdenbescherming op de voet van art. 3:36 BW”, *NTBR* 2014/45; par. 5. ³ Rb. Rotterdam 10 december 2015, *ECLI:NL:RBROT:2015:8778*. ⁴ Groefsema, in: *GS art. 5:18 BW, aant. 1*, HR 19 december 1995, NJ 1996, 249 m.nt. T.M. Schalken en Rb. Rotterdam 19 december 2012, NJF 2013/72. ⁵ J. Hijma, *Compendium van het Nederlands Vermogensrecht*, Wolters Kluwers 2017, p.150. ⁶ Art. 5:5 BW. ⁷ Art. 5:6 lid 1 BW. ⁸ Lokin, *NTBR* 2014/45, par. 5.

Questionnaire met Maarten Neuteboom



Maarten Neuteboom is verbonden aan het instituut Metajuridica. Hij doceert bij de afdeling Moot Court en Rechtsfilosofie, en schrijft een proefschrift over liefde en recht bij Dante Alighieri.

Wat is uw belangrijkste karaktertrek?

Dat is niet aan mij om te zeggen, daarom een antwoord van algemener aard. ‘Karakter’ is een woord van Griekse origine en gaat terug op een zegel dat men in was drukt (om een brief te verzegelen). Het is – zeker ook voor juristen – belangrijk voor ogen te houden dat er een stempel van waardigheid in de was van onze menselijke verschijning is gedrukt. De traditie brengt dat op de noemer dat de mens ‘het beeld van God’ draagt. Of zoals Dante Alighieri het in zijn Divina Commedia in de mond van Odysseus legt: ‘Bedenkt uw oorsprong: gij waart niet gemaakt om te leven gelijk redeloze beesten, maar om kennis en deugd na te jagen.’ Volgens Dante vulde Odysseus zijn verlangen op ondeugdzame wijze in, maar de opdracht blijft. Wanneer we daaraan niet op de juiste manier proberen te beantwoorden, doen we af aan onze waardigheid. Ook Immanuel Kant, die de waardigheid van de mens wat minder poëtisch verwoordde dan de traditie dat doet – namelijk met de droog aandoende stelling dat de mens geen middel tot een doel is, maar een doel in zichzelf – laat zich soms verleiden tot mystieke taal:

‘Twee dingen vervullen de geest met steeds nieuwe en toenemende bewondering en eerbied, hoe vaker en langduriger het denken zich ermee bezighoudt: de sterrenhemel boven mij en de morele wet in mij.’

Wat is uw favoriete karaktertrek in anderen?

Laat ik mij beperken tot studenten voor zover het studeren betreft: verwondering over en toewijding aan het ware, het goede en het schone.

Wat is de belangrijkste eigenschap van een jurist?

Liefde voor de gerechtigheid. In de woorden van het joodse Boek der Wijsheid, ook wel Wijsheid van Salomo genoemd: ‘Hebt de gerechtigheid lief, gij, die de aarde richt.’

Wat is uw favoriete bezigheid?

Lezen, onderwijs geven én de wereld – vooral de kwetsbare schoonheid ervan – (her)ontdekken door de ogen van mijn dochter.

Wat is uw voorstelling van de grootste ellende?

Godverlatenheid. Wat is dat? Ik volg hier opnieuw Dante. Het is een wegvallen uit de Liefde die – dat is mijn vaste hoop – de wezenlijke natuur van de realiteit is. Onze liefdes in de breedste zin van het woord zijn richtingwijzers. ‘Er is niemand die niet liefheeft’, zegt Augustinus ergens. ‘Dat wat je vraagt, is dat wat je liefheeft.’ De vraag is of we liefhebben op een manier die ons van de dingen, de medemens en onszelf vervreemdt of op een wijze die ons omhoog voert en brengt tot een dieper verstaan van de werkelijkheid. Liefde is groter dan wijzelf; het is de hoogste waarde van het leven en het is ons diepste verlangen. Mogen we dan tenminste de positieve verdenking koesteren dat het hart van de realiteit de Liefde is waarnaar we altijd en voortdurend zoeken? In dat geval is liefde niet zozeer iets van ons, maar zijn wij in meer of mindere mate in de liefde.

Wie is uw favoriete schrijver?

De dichter-filosoof Dante Alighieri (1265-1321).

Welk fictieve personage bewondert u het meest?

De werkelijkheid waarin wij leven is in zichzelf een poëtisch wonder. We voelen dat veelal wel aan, maar kunnen daar soms moeilijk woorden aan geven. Heeft dat te maken met ons verwetenschappelijkte wereldbeeld, dat wel ons hoofd voedt, maar ons hart laat verkommeren door alles te reduceren tot troosteloze materie? Goede fictie is wáár, omdat het ons iets anders laat zien: de diepere zin van het bestaan. Klinkt dat idioot? Wend u dan tot prins Mýsjkin alias

de Idioot uit Fjodor Dostojewski’s gelijknamige roman.

Wat is uw favoriete wet?

Het dubbelgebod van de liefde.

Welk levend persoon bewondert u het meest?

Gaat u bij het stellen van deze vraag wel of niet uit van de mogelijkheid van een hiernamaals?

Wie uit de geschiedenis zou u wel willen zijn?

Escapisme van welke soort dan ook is een verleiding waar ik niet aan toe probeer te geven.

Welk wetsartikel zou u willen afschaffen?

Mag ik ook een wet in zijn geheel voordragen? In dat geval de WHW, de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek. U vindt er de verstatelijking, bureaucratisering en instrumentalisering van de academie in één beeld gevangen. Mocht afschaffing onhaalbaar blijken, dan zou ik graag een preambule voorstellen waarin we de Middeleeuwen prijzen als de scheppers van de grote Europese universiteiten.

Aan welke eigenschap heeft u een hekel?

Hoogmoed. Niet voor niets de oerzonde; zij is het grootste obstakel voor de mens om zichzelf te overwinnen.

Wat is de meest overgewaardeerde deugd?

Een bepaalde interpretatie van de zelfbeheersing die inhoudt dat boosheid tegenwoordig doorgaat voor ‘je zwakte tonen’. Sommige handelswijzen verdienen echter onze oprechte boosheid.

Wie is uw favoriete componist / muzikant?

Johann Sebastian Bach. Hij is de Dante Alighieri van de muziek.

Wat is uw favoriete reis?

Altijd Italië. Om inspiratie op te doen voor het leven en het *dolce far niente* te vinden.

Welke historische figuren veracht u het meest?

De geschiedenis getuigt van datgene waartoe de mens helaas ook in staat is: het begaan van kwaad dat iedere verbeelding tart. Verachting van personen lijkt me alleen geen gepaste respons. *Miserere nobis*.

Wat is uw favoriete arrest?

Lautsi and others v. Italy. Een intrigerend arrest over godsdienst, de neutraliteit – of beter onpartijdigheid – van de overheid en de (Italiaanse) samenleving.

Wat is uw motto?

Tolle lege. ●

Door Nathan Oosthoek

Pleittraining

Dinsdag 13 en 27 november

Ben je na de pleitborrel van 11 oktober enthousiast geworden over pleiten? Schrijf je dan via de website in voor de pleittrainingen op 13 en 27 november. De trainingen worden verzorgd door advocaten van twee gerenommeerde kantoren. Kom langs en bereid je goed voor op het vak Moot Court!

Symposium: Kraak de zaak!

Woensdag 14 november

Bijzonder hoogleraar Ten Voorde zal onze debatavond aftrappen met een inleiding over een strafzaak en de bijbehorende theorie. Een officier van justitie en een advocaat zullen vervolgens beide kanten van de zaak belichten. Zodra dit gedaan is zullen wij, de studenten, een kant kiezen en in debat gaan. De zaak wordt uiteindelijk gesloten met het vonnis van de rechter. Heb jij zin in een leuke inhoudelijke avond? Kom langs!

Recruitmentdiner

Dinsdag 20 november

De carrièrecommissie heeft in samenwerking met Simmons & Simmons, HVG Law, Van Doorne en BarentsKrans een recruitmentdiner georganiseerd. Onder het genot van een luxe diner en een drankje kun jij informeel kennis maken met deze vier kantoren. De aan het diner verbonden kosten zijn € 12,50. Wil jij meedoen aan de selectie voor dit diner? Meld je dan snel aan via de site en upload je cv!

Diesfeest: 101 nachten!

Woensdag 21 november

J.F.V. Grotius zal dit jaar de zeer hoge en respectabele leeftijd van 101 jaar oud bereiken. Reden genoeg voor een groots feest! Jullie zijn allen van harte uitgenodigd om deze viering goed met ons te komen vieren op het Diesfeest: 101 Nachten. Hul je in harembroek en tulband en stap binnen in een wereld vol kleuren, geuren en oosterse mystiek. Ontdek je eigen oriëntaalse danstalent en spieren waarvan je het bestaan niet wist.

Kaartjes kosten slechts €3,- bij aankoop op de bestuurskamer (A 0.43) of via de site en €4,- aan de deur. De deuren zijn geopend van 23:00-01:00 uur. Collegekaart en ID zijn verplicht!

Studiereisbekendmakingsborrel

Donderdag 29 november

Donderdag 29 november zal de studiereislocatie bekend worden gemaakt! Deze reis is een Legal Experience waarbij de ervaring van een andere cultuur met de rechtenstudie wordt gecombineerd. De deelnemer zal zo een onvergetelijke reis beleven waarin een stukje levenservaring wordt opgedaan. De studiereiscommissie heeft een afwisselend juridisch en cultureel programma opgesteld voor ongeveer 30 rechtenstudenten. Zo worden er bezoeken gebracht aan bijvoorbeeld het parlement, de rechtbank, de ambassade of een advocatenkantoor. De locaties van de afgelopen jaren zijn Cairo, Israël, Dubai, Washington D.C., Shanghai, Singapore, Kuala Lumpur, New York, Tokyo en Toronto.

De reis zal plaatsvinden van 6 april tot en met 16 april en 799,- o.v. kosten. Inschrijving is mogelijk vanaf 30 november door middel van het opsturen van je motivatiebrief en cv.

Juridisch congres:

De nieuwe rage, ARBITRAGE!

Donderdag 6 december

Wil jij je verdiepen in een belangrijk onderwerp dat nauwelijks aan bod komt in de bachelor? Dé manier van procederen voor alle multinationals? De congrescommissie presenteert de nieuwe rage: ARBITRAGE. Wil jij in één dag worden klaargestoomd voor deze wereld? Op 6 december is dit mogelijk! Dus zet het in je agenda en doe mee met de nieuwe vorm van litigation.

Voorstelling: Kinderen van Aleppo

Maandag 10 december

Kinderen van Aleppo volgt het verhaal van drie studenten die de straten opgingen voor meer vrijheid in Syrië. Allen met eigen beweegredenen, allen met een eigen verhaal, maar wel met één doel. In een persoonlijke monoloog vertelt George Elias Tobal het verhaal van deze vreedzame vrijheidsstrijders. Het verhaal van hen wiens revolutie is gestolen. Een initiatief van Stichting voor Vluchteling-Studenten UAF die mede mogelijk wordt gemaakt door Studium Generale Leiden en J.F.V. Grotius. Tickets zijn verkrijgbaar via www.jfvgrotius.nl.

NOVUM magazine is het juridisch faculteitsblad van de Universiteit Leiden, ontstaan uit de fusie tussen het faculteitsblad Trias (1968) en het blad Request (1999) dat werd uitgegeven door het rechtenmentoraat Appèl.

Ons doel is een bijdrage te leveren aan de ontwikkeling van (toekomstig) juridische professionals.

Hoofdredacteur

Jetske Krabbendam

Eindredacteur

Jurian Bos

Redacteuren

Martijn Berk

Nick du Bois

Yong Yong Hu

Nathan Oosthoek

Joris van de Riet

Mohammad Sharifi

Christiaan Silven

Ferah Taptik

Corné Smit

Femke de Wijs

Raad van advies

Prof. mr. dr. A.G. Castermans

Prof. mr. dr. P.M. Schuyt

Mw. drs. A.F.M. van der Helm

Jantine Rozenboom, assessor FdR

Fabian Snijders, praeses JFV Grotius

Oplage: 1000 exemplaren

Grafisch ontwerper: Duncan Snel

Drukker: Primus-Print

ISSN-nummer: 1567-7931

© Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de redactie openbaar worden gemaakt of verveelvuldigd.

Adverteren, solliciteren of reageren: novum@law.leidenuniv.nl

