

JURIDISCH UP TO DATE

Hoofdredacteur:
Prof. mr. W.J. Slagter

Redactie-adres:
Euroforum BV
Juridisch up to Date
Mw. mr. W.J. Schipper
Antwoordnummer 10552
5600 WB Eindhoven

E-mail: wj.schipper@tiscali.nl

Voor wie bestemd?

Voor de gespecialiseerde jurist die snel wil weten wat er zich in algemeen juridisch Nederland afspeelt. En voor de algemene jurist die binnen korte tijd volledig up to date wil zijn.
www.juridischuptodate.nl

Abonnementen:
Euroforum BV
Postbus 125
5600 AC Eindhoven
Tel.: (040) 29 25 950

Abonnementen kunnen op elk gewenst tijdstip ingaan en lopen automatisch door, indien zij niet 2 maanden voor het verstrijken van de abonnementsstermijn schriftelijk zijn opgezegd.

ISSN 0924-9451

Hoewel uiterste zorg is besteed aan de inhoud van Juridisch up to Date, aanvaardt de uitgever noch de redactie enige aansprakelijkheid voor de inhoud, onvolledigheid of onjuistheid van de artikelen of voor gevolgen daarvan. De auteurs alsmede de rubrieksredacteurs van de artikelen leveren hun bijdrage op persoonlijke titel. Verveelvoudiging en openbaarmaking van Juridisch up to Date is niet toegestaan.

Nummer 22
4 december 2014

EUROFORUM

In dit nummer:

NIEUWSOVERZICHT (14-137)	2
RUBRIEKEN	
• BOUWRECHT Bouwarbitragebeding onredelijk bezwend? Raad van Arbitrage voor de bouw 29 september 2014, nr. 34.979 (14-138)	8
• EUROPEES / ECONOMISCH RECHT REMIT: Regels om handel met voorkennis en marktmanipulatie op de energiemarkt tegen te gaan. Stand van zaken (14-139)	10
• HANDELSVERKEERSRECHT Vertegenwoordiging in douanezaken (14-140)	12
• ONDERNEMINGSRECHT Door de bank genomen boeterente! (14-141)	17
HOOFDARTIKEL	
• BESTUURSRECHT EN PUBLIEK-PRIVATE SAMENWERKING Eerste ervaringen met de bestuursrechtelijke 'grote kamer' (14-142) <i>Auteur: mr. J.H.W. Koster, Clifford Chance LLP, Amsterdam</i>	19

Nieuwsverzicht:

Prof. mr. W.J. Slagter, emeritus hoogleraar Erasmus Universiteit Rotterdam
Mr. A.W.M. Bijloos, lid van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Mw. mr. dr. B.H.A. van Leeuwen, docent ondernemingsrecht Vrije Universiteit, JuristvandeZaak Heemstede
Mw. prof. mr. M.M. van Rossum, Hoofd Wetenschappelijk Bureau Deterink Advocaten en Notarissen, Bijzonder Hoogleraar Open Universiteit Heerlen

Rubrieksredacteurs:

Bank- en effectenrecht: mw. mr. F.F. Nagelkerke, Norton Rose Fulbright LLP, Amsterdam.
Bestuursrecht en PPS: mr. J.H.W. Koster, Clifford Chance LLP, Amsterdam.
Bouwrecht: mw. mr. A.N. Kikkert, Houthoff Buruma, Rotterdam.
Energie recht: mr. M.W.F. Oosterhuis, Loyens & Loeff N.V., Rotterdam.
Europees/economisch recht: mw. mr. J.I. Kohlen, Bird & Bird LLP, Den Haag, mr. G.J. van Midden, Pels Rijcken & Droogleeuw Fortuijn, Den Haag.
Fiscaal recht: mw. mr. T.G. Perié, Loyens & Loeff N.V., Amsterdam.
Goederen- en faillissementsrecht: mr. F.F.A. Smetsers, Van Iersel Luchtman Advocaten, Breda.
Handels- en transportrecht: mw. mr. J.A. Biermasz, Kneppelhout & Korthals N.V., Rotterdam.
Intellectueel eigendomsrecht: mr. A.J. Gieske en mr. A. Verbeek, Van Diepen Van der Kroef, Advocaten, Amsterdam.
Internationaal privaatrecht: mr. E. Hennis, Smithuijsen Winters & De Vries Advocaten, Haarlem en Hoofddorp.
Omgevingsrecht: mr. B. Koolhaas, DLA Piper Nederland N.V., Amsterdam.
Onderneming en strafrecht: prof. mr. Th. A. de Roos, hoogleraar Straf- en strafprocesrecht, Universiteit van Tilburg en raadsheer Hof 's-Hertogenbosch.
Ondernemingsrecht: mr. A.C. van Campen, Van Iersel Luchtman Advocaten, Uden, mr. dr. S. Parijs, Drijber en Partners, Velp, mr. T. van Wijngaarden, Eversheds B.V., Amsterdam.
Sociaal recht: mw. mr. W. Halfkamp-Van der Zwaard, Houthoff Buruma, Amsterdam.
Technologie en telecomrecht: mw. mr. M. de Koning en mw. mr. N. Wolters Ruckert, Kennedy Van der Laan, Amsterdam.
Verbintenissenrecht: mr. P.R. van der Vorst, VanNiekercCieremans B.V., Rotterdam
Verzekerings- en aansprakelijkheidsrecht: mr. H. Lebbing, Houthoff Buruma, Rotterdam.

€ 9.000. Voorts motiveert arbiter zijn beslissing met het argument dat het geschil van bouwtechnische aard is en kennis vereist van bouwtechniek, die de overheidsrechter in de regel ontbeert, zodat gerede kans bestaat dat hij een deskundige zal benoemen en dat de kosten daarvan waarschijnlijk het honorarium van arbiters zullen overstijgen. Bovendien, zo merkt arbiter op, zorgt een deskundigenbericht er vaak voordat de procedure (veel) langer duurt, hetgeen ook kostenverhogend werkt.

Commentaar

Het oordeel van arbiter ligt volledig in lijn met eerdere uitspraken van de Raad van Arbitrage, waaronder de hiervoor genoemde uitspraak van 27 december 2011. In die uitspraak oordeelde arbiter dat de door opdrachtgever opgeworpen redenen niet tot de conclusie konden leiden dat het arbitragebeding onredelijk bezwarend was en daarom vernietigbaar. Deze redenen waren dat de onafhankelijkheid van de arbiter niet op dezelfde wijze gewaarborgd zou zijn als bij de overheidsrechter, dat arbiters van de Raad van Arbitrage recht spreken als goede mannen naar billijkheid en dus niet naar de regelen des rechts en dat arbitrage duurder zou zijn dan een procedure bij de overheidsrechter. Ook werd het voorontwerp van de wetsherziening als argument aangedragen. Precies dezelfde argumenten waren voor het Hof Leeuwarden nu juist reden om het arbitragebeding wel als onredelijk bezwarend aan te merken. In zijn noot onder het arrest van de Hoge Raad van 21 september 2012 wijst professor Snijders er terecht op dat een hoogst ongelukkig stelsel is ontstaan omdat dit tot eindeloze discussies kan leiden over de vraag of de overheidsrechter dan wel een scheidsgerecht bevoegd is, met als gevolg het risico dat de consument van het kastje naar de muur wordt gestuurd zonder dat de zaak inhoudelijk wordt behandeld. Ik deel zijn mening dat het een goede zaak is dat de wet zal worden aangepast. Vanaf 1 januari 2015 maakt een bij wijze van algemene voorwaarde gemaakt arbitragebeding waarbij de consument niet de keuze krijgt naar de overheidsrechter te gaan, onderdeel uit van de zwarte lijst van artikel 6:236 BW en is dus per definitie onredelijk bezwarend en vernietigbaar.

Met arbiters in voormelde uitspraken ben ik van oordeel dat als sprake is van een geschil dat bouwtechnisch van aard is, het in beginsel de voorkeur heeft dit voor te leggen aan de Raad van Arbitrage. Het scheidsbericht zal immers bestaan uit een of meerdere arbiters met een technische achtergrond en kennis van de bouwbranche, die veelal tijdens de mondelinge behandeling een bezoek zullen brengen aan het werk om de situatie ter plekke te bekijken en beoordelen. Uiteraard kunnen rechters ook beslissen om een deskundige te benoemen, maar gelet op de kosten daarvan en de vertraging in de procedure die daardoor zal ontstaan zijn zij daartoe niet altijd genegen. Bovendien, zo is mijn ervaring, bestaat voor partijen meer ruimte voor discussie met arbiters dan met een door de rechtbank benoemde deskundige. Deze deskundige kan zelf bepalen hoe hij zijn onderzoek zal uitvoeren. Hij kan een bijeenkomst met partijen en bezoek ter plekke organiseren, maar daartoe is hij niet gehouden en dat gebeurt dan ook niet altijd. Met name op de advocaat van consument opdrachtgevers zal de taak komen te rusten om zijn cliënten hierover goed voor te lichten zodat zij een weloverwogen keuze kunnen maken tussen de overheidsrechter en arbitrage.

EUROPEES / ECONOMISCH RECHT

Mw. mr. J.I. Kohlen, Bird & Bird LLP, Den Haag

Mr. G.J. van Midden, Pels Rijcken en Droogleever Fortuijn, Den Haag

REMIT: Regels om handel met voorkennis en marktmanipulatie op de energiemarkt tegen te gaan. De stand van zaken 14-139

Geschreven door: mr. A.A. Pasaribu, Bird & Bird LLP, Den Haag

Inleiding

De verordening betreffende de integriteit en de transparantie van de groothandelsmarkt voor energie (Verordening (EU) 1227/2001 van 25 oktober 2011), beter bekend onder haar Engelse afkorting 'REMIT', is deels in werking getreden op 28 december 2011. Dat de REMIT thans nog altijd niet volledig van kracht is, houdt verband

met de gekozen wetgevingstechniek, de zogeheten comitology-procedure. Kort samengevat houdt deze methode in dat het Europees Parlement en de Raad eerst een wetgevingsinstrument (in de vorm van een kaderverordening of een kaderrichtlijn) vaststellen dat de kaders van regulering op hoofdlijnen bevat. Het bewuste wetgevingsinstrument wordt vervolgens door de Europese Commissie uitgewerkt in technische uitvoeringsmaatregelen. De Europese Commissie laat zich bij het opstellen van de op de REMIT gebaseerde technische uitvoeringsmaatregelen bijstaan door 'the Agency for the Cooperation of Energy Regulators' (ACER).

Op dit moment zijn nog niet alle voor de REMIT benodigde technische uitvoeringsmaatregelen vastgesteld. Op 3 oktober 2014 heeft de REMIT Comitology Committee van ACER ontwerpen van technische uitvoeringsmaatregelen goedgekeurd. In deze bijdrage wordt kort stilgestaan bij deze technische uitvoeringsmaatregelen. Hierna wordt eerst een kort overzicht gegeven van de REMIT op hoofdlijnen. Daarna wordt ingegaan op de goedgekeurde technische uitvoeringsmaatregelen.

REMIT op hoofdlijnen

De REMIT bevat regels om handel met voorkennis en marktmanipulatie op de energiemarkt te voorkomen. De REMIT ziet op voor de groothandel bestemde energieproducten. Daarmee wordt bedoeld op (i) contracten voor de levering van elektriciteit of aardgas waarbij de levering plaatsvindt in de Unie, (ii) derivaten met betrekking tot in de Unie geproduceerde, verhandelde of geleverde elektriciteit of aardgas, (iii) contracten met betrekking tot het transport van elektriciteit of aardgas in de Unie en (iv) derivaten met betrekking tot het transport van elektriciteit of aardgas in de Unie.

Contracten voor de levering en distributie van elektriciteit of aardgas aan eindgebruikers zijn geen voor de groothandel bestemde energieproducten, en zij vallen dus buiten het bereik van de REMIT. Contracten voor de levering en distributie van elektriciteit of aardgas aan eindgebruikers met een verbruikscapaciteit voor elektriciteit of aardgas groter dan 600 GWh per jaar, worden echter (wel) behandeld als voor de

groothandel bestemde energieproducten. Dit brengt mede dat voor dergelijke contracten de REMIT wel relevant is.

Handhaving van de REMIT geschiedt door ACER en, in Nederland, door de Autoriteit Consument & Markt (ACM) en het openbaar ministerie. Sinds de inwerkingtreding van de REMIT is er sprake van een verbod op handel met voorwetenschap (en pogingen daartoe) in voor de groothandel bestemde energieproducten (art. 3), een verplichting om koersgevoelige informatie te openbaren (art. 4, lid 1), en een verbod op marktmanipulatie (en pogingen daartoe) (art. 5). Daarnaast geldt er voor marktdeelnemers een verplichting om ACER en ACM te informeren over het gebruik van bepaalde uitzonderingen op het verbod van handel met voorwetenschap (art. 3, lid 4 onder b, alsmede art. 4, lid 2). Ten slotte geldt er een meldplicht voor professionele partijen die vermoeden dat er sprake is van (a) handel met voorwetenschap of (b) marktmanipulatie (art. 15).

Welke onderdelen van de REMIT zijn nog niet van kracht?

Marktdeelnemers hoeven op dit moment nog geen melding te maken van de transacties die zij verrichten (art. 8, lid 1) en zij hoeven zich nog niet als marktdeelnemer te registreren (art. 9). Transacties in voor de groothandel bestemde energieproducten dienen ook pas zes maanden nadat de Europese Commissie de technische uitvoeringsmaatregelen ter zake heeft vastgesteld (art. 8) te worden gemeld. De bedoelde technische uitvoeringsmaatregelen zijn op het moment van schrijven nog niet vastgesteld. Op 3 oktober 2014 keurde de *REMIT Comitology Committee* van ACER wel al de ontwerpen van deze technische uitvoeringsmaatregelen goed. De Europese Commissie zal thans de bedoelde technische uitvoeringsmaatregelen moeten vaststellen en zij zal deze moeten publiceren in het Publicatieblad van de Europese Unie. Twintig dagen later zullen de technische uitvoeringsmaatregelen vervolgens in werking treden.

Goedgekeurde technische uitvoeringsmaatregelen

De door de *REMIT Comitology Committee* goedgekeurde (ontwerpen van) techni-

sche uitvoeringsmaatregelen zien op 'data collection', zoals bedoeld in art. 8 van de REMIT. De maatregelen bevatten nadere eisen met betrekking tot de informatie die door marktdeelnemers aan ACER aangeleverd dient te worden. Art. 3 geeft aan welke contracten gemeld dienen te worden. Art. 4 bepaalt welke contracten desgevraagd op verzoek van ACER gemeld moeten worden. Opmerkelijk is dat er geen sprake is van een in tijd gelimiteerde bevoegdheid van ACER, in de zin dat ACER (bijvoorbeeld) binnen vijf werkdagen na het verrichten van de transactie relevante gegevens kan opvragen. Ook onduidelijk is welke gegevens desgevraagd verstrekt dienen te worden. In art. 5 wordt aangegeven dat meldingen van transacties in voor de groothandel bestemde energieproducten in een bepaald format aangeleverd dienen te worden; hier wordt een onderscheid gemaakt tussen *standard contracts* en een *non-standard contract* (zie de definities opgenomen in art. 2). Artt. 6 en 7 gaan in op de vraag op welke wijze en wanneer er gemeld dient te worden. Artt. 8 en 9 hebben betrekking op het rapporteren van zogenoemde 'fundamental data' voor elektriciteit respectievelijk gas. Met *fundamental data* wordt bedoeld op 'information related to the capacity and use of facilities for production, storage, consumption or transmission of electricity and natural gas or related to the capacity and use of LNG facilities, including planned or unplanned unavailability of these facilities' (art. 2). Kortom, het gaat hier om gegevens over de beschikbaarheid en benutting van productie-, opslag-, en transmissiefaciliteiten die van belang zijn voor de markt.

De technische uitvoeringsmaatregelen dwingen ACER om nog nadere informatie aan de markt te verschaffen. Zo dient ACER een lijst op te stellen van *standard contracts* en van *organised market places* (art. 3, lid 2). Ook dient ACER een handleiding op te stellen welke meer houvast dient te bieden met betrekking tot de door de marktdeelnemers te verschaffen informatie (art. 5, lid 2). Voorts zal ACER procedures, standaarden en digitale bestanden moeten opstellen welke door marktdeelnemers gebruikt kunnen worden om meldingen te doen (artt. 10 en 11). ACER zal, ten slotte, ook nog moeten registreren welke markt-

deelnemers voldoen aan de eisen die aan hen op grond van het bij of krachtens de REMIT bepaalde, worden gesteld.

Lopende zaken en verwachting volledige bekrachtiging

Op 10 december 2014 organiseert ACER een workshop waarin wordt ingegaan op de implementatie van de REMIT. Tijdens de workshop zal ACER ook de eerste versie van de handleidingen alsmede de 'Registered Reporting Mechanisms' (art. 5, lid 2 van de technische uitvoeringsmaatregel) publiceren. De Registered Reporting Mechanisms bevatten technische en organisatorische eisen die gesteld worden aan marktdeelnemers om hen in staat te stellen krachtens de REMIT meldingen te doen van handelstransacties.

Inmiddels consulteert ACER marktpartijen met betrekking tot de lijst van *organised market places*. De consultatietermijn eindigt op 11 december 2014. De lijst bevat 55 handelslocaties (zie de bijlage bij het consultatiedocument). De lijst bevat nog geen 'virtual trading points' of 'primary auction platforms'. Marktdeelnemers wordt gevraagd of dergelijke platformen toegevoegd moeten worden aan de lijst van *organised market places*.

Geconcludeerd kan worden dat er veel ontwikkelingen gaande zijn met betrekking tot de REMIT. Het einde lijkt - gelukkig? - in zicht. Het ziet er naar uit dat de REMIT in de zomer van 2015 volledig van kracht zal zijn.

HANDELS- EN TRANSPORTRECHT

Mw. mr. J.A. Biermasz, Kneppelhout en Korthals Advocaten, Rotterdam

Vertegenwoordiging in douanezaken 14-140

Geschreven door: mw. mr. J.A. Biermasz, Kneppelhout & Korthals advocaten

Inleiding

In deze bijdrage zal ik aandacht besteden aan vertegenwoordiging in douanezaken en met name aan de figuur van directe vertegenwoordiging in het douanerecht. Hoe werkt directe vertegenwoordiging in de