

■ Procesrecht algemeen

JURISPRUDENTIE

Afstemmingsregel en kennelijke misslag bodemuitspraak

HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:806

Afstemmingsregel terecht toegepast ondanks latere vernietiging bodemuitspraak door Hoge Raad. Kennelijke misslag in bodemuitspraak levert niet per definitie misbruik van executierecht op.

Casus en hoofdoverwegingen

Eiseres in cassatie is de curator van een Nederlandse vennootschap. Verweerster in cassatie heeft in 2010 het merendeel van haar aandelen in deze vennootschap verkocht aan een Liberiaanse vennootschap. Partijen spreken af dat de Liberiaanse vennootschap de koopprijs van € 500.000 niet aan verweerster betaalt, maar aan de Nederlandse vennootschap en dat verweerster een vordering uit geldlening krijgt op die vennootschap voor hetzelfde bedrag. De statutair bestuurder van de Liberiaanse vennootschap die tegelijk met de aandelenoverdracht tot statutair bestuurder van de Nederlandse vennootschap wordt benoemd bevestigt opzettelijk in strijd met de waarheid aan verweerster dat de € 500.000 aan de Nederlandse vennootschap is betaald.

De Nederlandse vennootschap faillieert waarop de curator in rechte betaling van een rekening courant-schuld van verweerster aan de vennootschap vordert. Verweerster verweert zich met een beroep op verrekening van haar vordering tot terugbetaling van de lening ad € 500.000. De rechtbank verwerpt dit verweer en veroordeelt verweerster tot betaling van € 547.386. Verweerster betaalt de curator € 591.063 ter uitvoering van het vonnis. Het hof honoreert het beroep op verrekening alsnog bij arrest van 24 oktober 2017 en veroordeelt verweerster – na verrekening – tot € 16.509,29 met wettelijke rente en de curator in de kosten van de procedure in beide instanties ten belope van € 40.804,52. Het hof verklaart beide veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad. De curator stelt een cassatieberoep in. De Hoge Raad casseert.

Kort na het ingestelde cassatieberoep spant verweerster een kort geding aan waarin verweerster terugbetaling vordert van € 591.063, vermeerderd met wettelijke rente, en verminderd met een bedrag van € 17.234,54 (restantschuld met rente). In reconventie vordert de curator verweerster te verbieden de proceskostenveroordeling ten uitvoer te leggen tot de datum waarop de slotuitdeling in het faillissement plaatsvindt. De voorzieningenrechter wijst de conventionele terugbetalingsvordering van verweerster af en de reconventionele vordering van de curator toe.

Het hof vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter en wijst de terugbetalingsvordering alsnog toe en de reconventionele vordering van de curator af. Hoewel verweerster in het hoger beroep van de bodemzaak geen terugbetaling had gevorderd, meent het hof dat het hof in de bodemzaak deze wel zou hebben gehonoreerd en dat het kort geding in zoverre dient tot herstel van een ommissie.

De curator stelt opnieuw – ditmaal in het kort geding – een cassatieberoep in. Volgens de curator brengt de cassatie van het bodemarrest met zich mee dat het hof zijn uitspraak op het bodemvonnis moet afstemmen. Dit standpunt faalt omdat de Hoge Raad het bodemarrest pas heeft vernietigd nadat het hof in het kort geding uitspraak heeft gedaan. De vernietiging van het bodemarrest is een feit dat ingevolge art. 419 lid 2 Rv niet in aanmerking kan worden genomen bij de beoordeling van het cassatieberoep in het kort geding. Verwijzend naar zijn eerdere jurisprudentie over de afstemmingsregel (HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1128 en HR 7 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0015) herhaalt de Hoge Raad dat de voorzieningenrechter zijn uitspraak dient af te stemmen op het oordeel van de bodemrechter ongeacht of de bodemuitspraak in kracht van gewijsde is gegaan. Dat het hof wist dat de curator cassatieberoep had ingesteld tegen het bodemarrest doet er niet aan af dat het hof diens kortgedinguitspraak terecht op het bodemarrest heeft afgestemd.

Voorts meent de curator dat het hof de *Ritzen/Hoekstra*-maatstaf (HR 22 april 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4575) voor het aannemen van misbruik van (executie)recht verkeerd heeft toegepast. Volgens de curator zou voldoende moeten zijn dat het te executeren arrest berust op een klaarblijkelijke juridische of feitelijke misslag en stelt het hof een aanvullende eis door te oordelen dat verweerster pas misbruik van recht zou maken als ook haar subsidiaire verweren tegen de vordering van de curator kansloos zouden zijn.

De Hoge Raad merkt op dat hij in het *Ritzen/Hoekstra*-arrest had overwogen dat de rechter in een executiegeschil in kort geding slechts de staking van de tenuitvoerlegging van een uitspraak kan bevelen, indien hij van oordeel is dat de executant, mede gelet op de belangen aan de zijde van de geëxecuteerde die zullen worden geschaad, geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid om in afwachting van de uitslag van het hoger beroep tot tenuitvoerlegging over te gaan. Daarbij had hij overwogen dat dit onder meer het geval zal kunnen zijn indien de te executeren uitspraak klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag berust. Anders dan de curator betoogt, brengt het oordeel dat de te executeren uitspraak berust op een klaarblijkelijke juridische of feitelijke misslag, niet altijd mee dat de executant die deze uitspraak ten uitvoer legt, misbruik van bevoegdheid maakt.

Het hof heeft in het midden gelaten of het oordeel van het hof in de bodemzaak dat plaats is voor verrekening berust op een juridische misslag. Het hof heeft geoordeeld dat tenuitvoerlegging van de proceskostenveroordeling door verweerster geen misbruik van executie-recht zou opleveren omdat een aantal andere verweren van verweerster tegen de vordering van de curator in de bodemzaak nog moet worden beoordeeld en dus allerm minst zeker is hoe de zaak zal aflopen. Bij dat oordeel heeft het hof betrokken dat de curator niet heeft gesteld dat die andere verweren van verweerster kansloos zijn. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting aldus de Hoge Raad.

Duiding

De Hoge Raad merkt op dat hij in zijn arrest van 20 december 2019 (HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, *Hotel-Restaurant De Zeester*) gedeeltelijk is teruggekomen van zijn rechtspraak zoals ingezet met het arrest *Ritzen/Hoekstra*, waarin voor een executiegeschil in kort geding als maatstaf misbruik van bevoegdheid was voorgeschreven (art. 3:13 BW).

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 20 december 2019 beslist dat, indien in kort geding op de voet van art. 438 lid 2 Rv wordt gevorderd dat de tenuitvoerlegging van een uitspraak waartegen een rechtsmiddel is ingesteld of nog openstaat, wordt verboden of geschorst, de vordering aan de hand van dezelfde maatstaf moet worden beoordeeld als een daartoe strekkend(e) vordering of verzoek als bedoeld in de art. 351 en 360 lid 2 Rv. De *Ritzen/Hoekstra*-maatstaf en daarmee het misbruikcriterium is dus alleen van toepassing als de uitspraak in kwestie onherroepelijk is. Dat was hier niet het geval.

Dat het hof naar achteraf blijkt de verkeerde maatstaf heeft toegepast, namelijk *Ritzen/Hoekstra* in plaats van een gewone belangenafweging, heeft geen gevolgen voor deze zaak aangezien daartegen in cassatie niet is opgekomen, zo overweegt de Hoge Raad. Vraag is of het had uitgemaakt als de juiste maatstaf van een gewone belangenafweging zou zijn toegepast, wat op het eerste gezicht een veel lichtere maatstaf lijkt te zijn dan het misbruikcriterium. Zou een kennelijke misslag in de bestreden uitspraak voldoende zijn om de uitvoerbaarheid bij voorraad daarvan te schorsen of te verbieden? In zijn arrest van 20 december 2019 bepaalt de Hoge Raad dat de rechter in zijn oordeelsvorming 'kan' betrekken of de bestreden beslissing berust op een kennelijke misslag.

Wie zich met succes tegen een uitvoerbaarheid bij voorraad wil keren zal echter meer omstandigheden moeten aanvoeren dan alleen een kennelijke misslag. Ook omdat niet snel sprake zal zijn van kennelijke misslag. Dit blijkt uit een ander recent arrest, HR 13 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:429, waarin de Hoge Raad oordeelde dat het hof vrij evidente fouten van de bodemrechter ten onrechte als kennelijke misslagen had aangemerkt. Dit leidde echter niet tot cassatie aangezien de overige door het hof in aanmerking genomen omstandigheden zelfstandig het oordeel konden dragen dat de voortzetting van de tenuitvoerlegging van het bodemvonnis gedurende de appelinstantie appellante

onevenredig zou schaden en misbruik van recht zou opleveren.

Of sprake is van een kennelijke misslag is dus relevant, maar niet doorslaggevend in de belangenafweging onafhankelijk van de gehanteerde maatstaf.

Litispendingie en connexiteit

Rb. Rotterdam 20 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:4827

Geen litispendingie en connexiteit bij mogelijk overlap-pende vorderingen, belang voortvarende behandeling.

Casus en hoofdoverwegingen

De Belgische vennootschap Intervlees N.V. ('Intervlees'), vordert van de Nederlandse vennootschap GVFI Europe B.V. ('GVFI') terugbetaling van de koopprijs ter hoogte van USD 160.710,15, de kosten van vervoer en de gedeerde winst (ad € 28.927,83) voor een partij rundvlees die GVFI niet geleverd zou hebben.

Intervlees heeft GVFI eveneens in vrijwaring gedagvaard voor de rechtbank in Antwerpen in een door Pátia tegen Intervlees aangespannen procedure waarin Pátia USD 10.758.926,92 vordert van Intervlees. De vordering van Pátia is afgewezen en Pátia heeft tegen deze uitspraak hoger beroep ingesteld. Intervlees heeft GVFI ook in hoger beroep in vrijwaring opgeroepen.

GVFI vordert dat de rechtbank zich onbevoegd verklaart op grond van litispendingie (art. 29 Brussel I bis) althans subsidiair de zaak aanhoudt tot de Belgische rechter uitspraak heeft gedaan op grond van connexiteit (art. 30 Brussel I bis). Intervlees betwist dat sprake is van litispendingie en connexiteit.

De litispendingieregeling van art. 29 Brussel I bis vindt toepassing wanneer in verschillende lidstaten vorderingen aanhangig zijn (1) tussen dezelfde partijen, (2) die 'hetzelfde onderwerp' betreffen en (3) op 'dezelfde oorzaak' berusten. GVFI stelt dat de vordering van Intervlees in de procedure voor de Rotterdamse rechtbank ook onderdeel is van de vordering aanhangig in de Belgische procedure en derhalve aan deze voorwaarden zou zijn voldaan.

GVFI stelt dat beide vorderingen 'hetzelfde onderwerp' hebben omdat zij tot doel hebben om GVFI te veroordelen in de schade die Intervlees lijdt. Die schade zou eruit bestaan dat Intervlees zou hebben betaald/zou moeten betalen voor goederen, die Intervlees stelt niet geleverd te hebben gekregen. Ook berusten beide vorderingen volgens GVFI op 'dezelfde oorzaak', namelijk vermeend fout handelen van GVFI rondom de levering van goederen. Intervlees voert aan dat de vrijwaringsvordering gebaseerd is op buitencontractuele aansprakelijkheid en de onderhavige vordering op niet-nakoming van een contractuele verbintenis door GVFI.

De rechtbank Rotterdam stelt het 'onderwerp' van de vrijwaringsvordering van Intervlees in de Belgische procedure mede vast aan de hand van het processtuk waarin Pátia haar vordering in het hoger beroep van de Belgische procedure instelt.

Daaruit blijkt dat Pátia in januari 2015 een lening overnam die een Braziliaanse bank aan rundvleesgroot-handelsbedrijf en leverancier van Intervlees, JJZ, had verstrekt. JJZ en Pátia hebben in dat kader afgesproken dat JJZ al haar toekomstige vorderingen op Intervlees voor de verkoop van rundvlees aan Pátia overdroeg. Intervlees is op de hoogte gebracht van deze overdracht en heeft die erkend en daarna nog 1,4 miljoen ton rundvlees van JJZ afgenomen voor in totaal een bedrag van USD 10.758.926,92. Intervlees heeft Pátia niet betaald.

Intervlees vordert in de Belgische procedure dat GVFI haar vrijwaart voor zover de vordering van Pátia wordt toegewezen. Intervlees stelt alle van JJZ afkomstige goederen van GVFI te hebben afgenomen en op basis van facturen van GVFI, aan GVFI te hebben betaald. GVFI heeft de bedragen niet correct doorgezet aan Pátia. Intervlees was niet op de hoogte van het feit dat in de facturen tussen GVFI en JJZ, GVFI werd aangeduid als 'buyer' maar 'on behalf of Intervlees'. Als Intervlees op grond van die vermelding gehouden wordt om Pátia te betalen, dan is dat het gevolg van een onterechte schijn die GVFI heeft gecreëerd. Het doel van de vrijwaringsvordering is dus dat vast komt te staan dat GVFI jegens Intervlees aansprakelijk is als de vordering van Pátia jegens Intervlees wordt toegewezen.

Volgens de rechtbank heeft de vrijwaringsvordering daarmee een ander 'onderwerp' dan onderhavige vordering die ziet op het niet leveren door GVFI van een specifieke partij van 22,6 ton rundvlees. Ook berusten de vorderingen niet op 'dezelfde oorzaak'. De vrijwaringsvordering is gebaseerd op een buitencontractuele aansprakelijkheid voor het wekken door GVFI bij Pátia dat Intervlees de koper van de afgenomen goederen was. De onderhavige vordering is gebaseerd op contractuele aansprakelijkheid, namelijk een tekortkoming in de nakoming van een koopovereenkomst.

De feitelijke en juridische grondslag van beide vorderingen is dus verschillend. Aan de vereisten van art. 29 lid 1 Brussel I bis is volgens de rechtbank Rotterdam niet voldaan. Ook het beroep van GVFI om het vonnis aan te houden op grond van art. 30 Brussel I bis, omdat een beoordeling van onderhavige vordering tot tegenstrijdige uitspraken zou leiden en tot een dubbele veroordeling ten aanzien van dezelfde vordering, slaagt niet.

Een concreet risico op tegenstrijdige uitspraken ontbreekt. De vrijwaringsvordering is gebaseerd op een onrechtmatige daad terwijl de onderhavige vordering is gebaseerd op een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst. De grondslag van de onderhavige vordering is geen geschilpunt waarover de Belgische rechter zich dient uit te spreken. Of het risico op een dubbele veroordeling bestaat valt volgens de rechtbank nog niet te beoordelen omdat niet vaststaat dat sprake is van een overlap aan vorderingen. Ook het risico of GVFI tweemaal tot hetzelfde bedrag wordt veroordeeld valt niet te voorspellen. De vrijwaringsvordering in België is pas aan de orde als de vordering van Pátia tegen Intervlees in hoger beroep alsnog wordt toegewezen, terwijl eveneens onzeker is of onderhavige vordering wordt toegewezen.

De rechtbank Rotterdam weegt het belang van Intervlees bij een voortvarende behandeling van de onderhavige procedure thans zwaarder dan het belang van voorkoming van tegenstrijdige beslissingen. De rechtbank maakt geen gebruik van haar bevoegdheid om de behandeling c.q. de beslissing in de onderhavige zaak aan te houden totdat in de Belgische procedure zal zijn beslist.

Duiding

Deze uitspraak illustreert het belang van een juiste in-kleding van de vordering en formulering van de eis om een geslaagd beroep op litispendingie van de gedaagde te voorkomen.

Bij het vaststellen of beide vorderingen 'hetzelfde onderwerp' hebben wordt uitsluitend rekening gehouden met de aanspraken van eisers in elk van de gedingen, zo overweegt de rechtbank Rotterdam in navolging van HvJ EG 8 mei 2003, ECLI:EU:C2003:257 (*Gantner/Basch*). Idee daarachter is dat de verweermiddelen van de gedaagde niet achteraf de aanhangigheid kunnen beïnvloeden. Een vordering wordt aanhangig gemaakt door een eis in te stellen, niet door het voeren van verweer.

In navolging van HvJ EG 6 december 1994, ECLI:EU:C:1994:400 (*Tatry/Maciej Rataj*) overweegt de rechtbank dat 'het onderwerp' van een vordering gelijkstaat aan het doel van de vordering. Misschien wat onhandig geformuleerd stelt de rechtbank Rotterdam vast dat het doel van de vrijwaringsvordering van Intervlees is, dat komt vast te staan dat GVFI aansprakelijk is jegens Intervlees, wanneer de miljoenenvordering van Pátia jegens Intervlees wordt toegewezen. Doel van de vrijwaringsprocedure is natuurlijk dat GVFI Intervlees financieel vrijwaart van de vordering van Pátia op Intervlees. Doel van onderhavige procedure is terugbetaling van de koopprijs en schadevergoeding voor het niet leveren van een partij rundvlees ter waarde van USD 160.710,15. Hoewel niet uit te sluiten is dat de vrijwaringsvordering de vordering tot terugbetaling van de koopprijs van USD 160.710,15 overlapt, heeft de vordering van gedeelde winst ad € 28.927,83 niets met de vrijwaringsvordering van Intervlees gemeen.

De vereisten van art. 29 Brussel I bis zijn hoe dan ook cumulatief en dat betekent dat de vorderingen ook 'dezelfde oorzaak' zouden moeten hebben wil een beroep op litispendingie slagen, wat betekent dat zij eenzelfde feitelijke en juridische grondslag moeten hebben. Daarbij is niet voldoende dat GVFI in beide gevallen 'fout' heeft gehandeld omtrent de levering van goederen, zoals GVFI stelt. Dat de vrijwaringsvordering en de onderhavige vordering een andere feitelijke en juridische grondslag hebben behoeft geen verdere toelichting. De rechtbank verklaart zich mijns inziens terecht bevoegd.

Voor wat betreft het beroep op connexiteit is van belang om te constateren dat wanneer samenhangende vorderingen aanhangig zijn in verschillende lidstaten, de rechter waar de zaak het laatst is aangebracht de uitspraak kan aanhouden, maar daartoe geen verplichting bestaat en dat die bevoegdheid op ieder moment kan

worden uitgeoefend wanneer daartoe aanleiding bestaat. Het leerstuk van connexiteit is bedoeld om tegenstrijdige uitspraken te voorkomen aangezien die een beletsel vormen voor de erkenning en uitvoering van uitspraken.

Deze doelstelling vindt men terug in de definitie van samenhang van art. 30 lid 3 Brussel I bis: *‘Samenhangend in de zin van dit artikel zijn vorderingen waartussen een zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onvereenigbare beslissingen worden gegeven.’* In het hierboven reeds aangehaalde *Tatry*-arrest overweegt het Hof van Justitie dat het begrip ‘samenhang’, met het oog op het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken, ruim moet worden uitgelegd en alle gevallen omvat waarin bij afzonderlijke behandeling en berechting van de vorderingen gevaar bestaat voor tegenstrijdige uitspraken, ook al kunnen de uitspraken afzonderlijk ten uitvoer worden gelegd en sluiten de rechtsgevolgen ervan elkaar niet uit. Naar mate het risico op tegenstrijdige uitspraken concreet wordt (gemaakt) zal de rechter meer geneigd zijn om zijn bevoegdheid te gebruiken om de zaak aan te houden los van eventuele verschillen in feitelijke en juridische grondslag.

Bij een geslaagd beroep op litispendingie door gedaagde wordt de eiser een rechtsingang bij een bevoegde rechter onthouden. Vanwege het alles-of-niets karakter van deze exceptie is een strengere toets dan een beoordeling van connexiteit gerechtvaardigd. Een beroep op een gevaar voor onverenigbare uitspraken en procesinefficiëntie zoals gedaan door GVFI kan een beroep op litispendingie, zonder dat aan de cumulatieve vereisten van art. 29 Brussel I bis is voldaan, niet laten slagen.

Overigens, ook art. 8 Brussel I bis, dat een bijzondere bevoegdheidsgrond schept in het geval van samenhangende vorderingen tegen meerdere verweerders, namelijk voor de rechter van de lidstaat waar een van de verweerders woonplaats heeft, is bedoeld om onverenigbare beslissingen tussen rechters in verschillende lidstaten te vermijden. Mijns inziens geldt de ruime uitleg van ‘samenhang’ en van ‘onverenigbare beslissingen’ zoals voorgestaan in het *Tatry*-arrest niet in het kader van de beoordeling van de rechtsmacht op grond art. 8 Brussel I bis, omdat bij een geslaagd beroep op deze bevoegdheidsgrond ten overstaan van een verweerder rechtsmacht wordt gecreëerd voor een rechter die anders niet bevoegd zou zijn. Zie anders: Ibili, in: *T&C Rv*, art. 8 Brussel I-bis, aant. 2.b. (online, bijgewerkt 1 januari 2020).

LITERATUUR

De WAMCA onder de loep genomen

A.A.L. Oving

Bron: *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade (TVP)* 2020, afl. 1

In maart 2019 heeft de Eerste Kamer de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) aangenomen en per 1 januari 2020 is zij in werking getreden. In deze bijdrage wordt besproken welke (procesrechtelijke) wijzigingen de WAMCA met zich brengt en of de

WAMCA de in de praktijk meest voorkomende knelpunten bij het afwikkelen van massaschade ondervangt.

Aanbevelingen voor regulering van procesfinanciering bij massaschade in Nederland

C. Damen

Bron: *Tijdschrift Financieel Recht in de Praktijk (FRP)* 2020, afl. 3

Dit artikel richt zich op de risico's rondom Third Party Funding (TPF) in de collectieve actie bij massaschade in Nederland, onder meer vanwege het gebrek aan regulering. Er wordt nader ingegaan op TPF als procesfinancieringsinstrument, de risico's die momenteel bestaan in dit verband en mogelijke oplossingen in de vorm van enkele aanbevelingen voor de beperking van deze risico's.

Nadere regels voor processtukken. Wat kunnen we leren van de Verenigde Staten?

M.J. Bosselaar, B. Kemp

Bron: *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht (NTBR)* 2020, afl. 4

De auteurs doen geïnspireerd door de Amerikaanse praktijk, enkele aanbevelingen voor de Nederlandse praktijk over de inrichting van processtukken.

Raad van Arbitrage en de klachtplicht ex artikel 6:89 BW

S.J.H. Rutten, H.C.W.M. Moesker

Bron: *Tijdschrift voor Bouwrecht (TBR)* 2020, afl. 5, art. 62

In deze bijdrage wordt de jurisprudentie op grond van de klachtplicht uit art. 6:89 BW, die zowel door de burgerlijke rechter als de Raad van Arbitrage (RvA) in de jaren 1996-2019 gewezen is, besproken. Tevens wordt ingegaan op hoe het omgaan met de klachtplicht door de burgerlijke rechter en RvA past binnen het nieuwe stelsel voor kwaliteitsborging voor het bouwen.

Interpretatie van arbitrale vonnissen

I.P.M. van den Nieuwendijk

Bron: *Tijdschrift voor Arbitrage (TvA)* 2020, afl. 2

De auteur bespreekt de interpretatie van een arbitraal vonnis naar Nederlands recht, waaronder de vraag in welke gevallen interpretatie mogelijk is en hoe het scheidsgerecht zijn arbitraal vonnis zou moeten uitlegen. In tegenstelling tot vele andere arbitragewetten ontbreekt in de Nederlandse arbitragewet de mogelijkheid van interpretatie van een arbitraal vonnis.

G.N. Creighton
CMS

■ Verbintenissenrecht/consumentenrecht

JURISPRUDENTIE

Wanneer ontstaat en verjaart een regresvordering ex art. 7:961 BW?

HR 15 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:889

Op welk moment ontstaat een regresvordering van een verzekeraar op een andere verzekeraar, als de eerstgenoemde verzekeraar meer aan de verzekerde heeft voldaan dan het deel dat hij moest dragen? En wanneer

vangt de verjaringstermijn voor een dergelijke regresvorderingen aan?

Casus en hoofdoverwegingen

De zaak betreft de schade als gevolg van een beroepsfout van een internist jegens zijn patiënt. De patiënt was vanaf 1989 tot in ieder geval 1998 onder behandeling van de internist. Tot 1 april 1990 was (de rechtsvoorgangster van) Reaal diens beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar, daarna Centraal Beheer.

Reaal heeft de patiënt op 15 juni 2001 een voorschot betaald van € 11.345 en op 24 oktober 2005 een verder voorschot van € 100.000. In april 2006 heeft Reaal een vaststellingsovereenkomst met de patiënt gesloten, waarna zij op 11 mei 2006 een slotuitkering heeft gedaan van € 213.655.

Reaal heeft bij brief van 6 mei 2011 een stuitingsbrief aan Centraal Beheer gestuurd en bij brief van 26 juni 2012 Centraal Beheer gesommeerd tot betaling van de slotuitkering, vermeerderd met wettelijke rente.

Centraal Beheer heeft aangevoerd dat de schade zou zijn ontstaan vóór 1 april 1990, maar ook – en daar ga ik nader op in met deze bijdrage – dat de regresvordering van Reaal is verjaard, omdat deze zou zijn ontstaan op de dag dat Reaal de eerste betaling heeft gedaan (15 juni 2001). Met de latere betalingen zouden er geen nieuwe, afzonderlijke vorderingsrechten voor Reaal zijn ontstaan.

De rechtbank verwerpt het verweer van Centraal Beheer met het oordeel dat Reaal de verjaring van de rechtsvordering met de brief van 6 mei 2011 tijdig heeft gestuit, en de rechtsvordering tot betaling van het bedrag van € 213.655 vervolgens tijdig in rechte heeft ingesteld.

Ook het hof gaat niet mee met het betoog van Centraal Beheer. Met verwijzing naar de relevante jurisprudentie,¹ verwerpt het hof het argument dat met de betaling op 15 juni 2001 de regresvordering is ontstaan die mede de betaling van de slotuitkering omvat en daarmee de verjaringstermijn van de gehele vordering op 15 juni 2001 een aanvang heeft genomen. Reaal heeft op 11 mei 2016 de slotuitkering betaald en op dat moment is de regresvordering ontstaan en de verjaringstermijn aangevangen. De brief van 6 mei 2011 was daarmee tijdig om deze termijn te stuiten en de vordering is niet verjaard.

Ook bij de Hoge Raad faalt het cassatieberoep van Centraal Beheer.

Duiding

De kernvraag van dit arrest was het ontstaansmoment van een regresvordering in de zin van art. 7:961 BW en wanneer de verjaringstermijn hiervan aanvangt.

De vergelijking dringt zich op met het *ASR/Achmea*-arrest, waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de regresvordering van een hoofdelijk verbonden schuldenaar pas ontstaat op het moment dat hij de schuld voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat en dat dan ook de verjaringstermijn een aan-

vang neemt.² A-G Hartlief haalt aan dat afdeling 2 van titel 1 van Boek 6 BW niet van toepassing is op samenloop van verzekeringen, maar kunnen deze bepalingen wel analoog worden toegepast en vertoont samenloop van verzekeringen veel gelijkenissen met de hoofdelijke verbondenheid van schuldenaren.³

Het zal dan ook niet verbazen dat zowel Reaal als Centraal Beheer in feitelijke instanties een beroep hebben gedaan op de analoge toepasselijkheid van het *ASR/Achmea*-arrest. Zij waren het onderling echter niet eens over de uitleg en toepassing van dit arrest.⁴

De Hoge Raad volgt de lijn van de rechtbank en het hof en oordeelt dat het hof terecht ervan uit is gegaan dat een regresvordering in de zin van art. 7:961 lid 3 BW ontstaat op het moment dat een verzekeraar de schade aan de verzekerde vergoedt voor meer dan zijn deel en de vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW niet eerder aanvangt dan op de dag na die waarop de desbetreffende verzekeraar de schade aan de verzekerde heeft vergoed voor meer dan zijn deel. Dit geldt ook indien voordien reeds bekend is dat de schade geleden zal worden en wie de aansprakelijke persoon is. Dit brengt mee dat de verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW voor iedere afzonderlijke regresvordering aanvangt op de dag volgend op die waarop de desbetreffende regresvordering is ontstaan en opeisbaar is geworden. De Hoge Raad heeft hiermee overigens contrair geoordeeld aan A-G Hartlief, die concludeerde tot vernietiging. In de optiek van de A-G was het hof eraan voorbij gegaan dat de Hoge Raad in het arrest *ASR/Achmea* (ook) heeft geoordeeld dat een verjaringstermijn die is gaan lopen mede geldt voor de vergoeding van schade waarvan de benadeelde redelijkerwijs kon verwachten dat hij die als gevolg van dezelfde schadeveroorzakende gebeurtenis zou kunnen gaan lijden, omdat in zoverre sprake is van afzonderlijke elementen van de reeds ingetreden schade. Hij was van mening dat een verwijzingshof zou moeten onderzoeken of Reaal bij de betaling in 2001 redelijkerwijs kon verwachten dat zij ook de latere schade als gevolg van dezelfde schadeveroorzakende gebeurtenis zou kunnen gaan lijden.

De Hoge Raad oordeelt dat dit niet voor een regresvordering uit hoofde van art. 7:961 lid 3 BW geldt. De overwegingen in het *ASR/Achmea*-arrest waarnaar de A-G verwijst, ziet op gevallen waarin al schade is geleden, zodat een opeisbare schadevergoedingsvordering bestaat, en in dat geval de vordering ook ziet op toekomstige schadeposten die als afzonderlijke elementen van dezelfde doorlopende schade moeten worden gezien, en voorzienbaar zijn. Voor dergelijke schadeposten bestaat dan dus al een opeisbare vordering tot schadevergoeding. Deze overweging ziet niet op een rechtsvordering die nog niet is ontstaan (in het geval van art. 7:961 lid 3 BW dus op het moment dat een verzekeraar de schade aan de verzekerde vergoedt voor meer dan zijn deel).

1. Zie het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden 18 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8476, r.o. 5.2-5.3.

2. HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784.

3. Conclusie A-G Hartlief 10 januari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:18, 3.9.

4. Conclusie A-G Hartlief 10 januari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:18, 3.4.

'Order' of niet?

HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:809

Heeft Dexia als aanbieder van effectenleaseproduct onrechtmatig gehandeld door een aanvraagformulier te aanvaarden via tussenpersoon die geen vergunning had als orderremisier?

Casus en hoofdoverwegingen

Tussen (een rechtsvoorganger van) Dexia en X is een effectenleaseovereenkomst tot stand gekomen, waarbij Finans Verzekeringen als 'adviseur' fungeerde. Zo staat Finans Verzekeringen in ieder geval benoemd op de handtekeningenpagina van de overeenkomst, over de door Finans Verzekeringen uitgevoerde werkzaamheden zijn partijen het niet geheel eens.

X heeft door middel van een opt-out verklaring laten weten niet aan de 'Duisenberg-regeling' (zie ook hieronder bij *Duiding*) te willen zijn gebonden. Dexia vordert in deze procedure een verklaring voor recht dat zij tegenover X, na betaling van een volgens het 'hofmodel' verschuldigd bedrag, niets meer verschuldigd is.

Tussen Dexia en X lijkt niet (meer) in geschil dat de vergoeding volgens het hofmodel twee derde gedeelte van de restschuld van X zou bedragen. X stelt echter dat hij de overeenkomst heeft gesloten met tussenkomst van Finans Verzekeringen en deze tussenpersoon zonder de benodigde vergunning heeft gehandeld. Dexia wist dit en moet derhalve zijn gehele schade vergoeden. De kantonrechter heeft de door Dexia verzochte gevraagde verklaring voor recht toegewezen en het hof heeft dit bekrachtigd. Om in geval van advisering af te wijken van de in het hofmodel neergelegde verdelingsmaatstaf van eigen schuld, is nodig dat persoonlijke advisering komt vast te staan. Dat heeft X onvoldoende onderbouwd en elk inzicht in de inhoud van het advies ontbreekt, aldus het hof.

De Hoge Raad casseert. Het hof is niet (voldoende gemotiveerd) ingegaan op het standpunt van X dat Dexia het door Finans Verzekeringen doorgegeven aanvraagformulier van X heeft geaccepteerd en dat dit kwalificeert als een 'order' in de zin van de wetgeving. Voor het doorgeven van een dergelijke order gold een vergunningplicht en Dexia wist (of behoorde te weten) dat Finans Verzekeringen niet beschikte over een dergelijke vergunning.

Het hof na verwijzing krijgt de opdracht te onderzoeken of het aanvraagformulier dat X heeft getekend, kan worden beschouwd als een order. Daarbij zal het hof moeten bekijken of het formulier een voldoende duidelijke specificatie bevatte van het soort transactie en van de effecten waarop de voorgenomen transactie betrekking heeft. Indien voor de kwalificatie 'order' beslissend blijkt of de transacties pas zullen worden uitgevoerd, of pas definitief voor rekening van de cliënt zullen komen, nadat X de daartoe strekkende effectenleaseovereenkomst heeft getekend en teruggezonden, merkt de Hoge Raad op dat het aan het Hof van Justitie is deze vraag te beantwoorden. Het antwoord op deze vraag is niet met voldoende zekerheid af te leiden uit de tekst

van de Richtlijn beleggingsdiensten en de MiFID en uit de rechtspraak van het Hof van Justitie, aldus de Hoge Raad.

Duiding

In 2007 heeft het Gerechtshof Amsterdam de zogeheten 'Duisenberg-regeling' voor aandelenleaseproducten algemeen verbindend verklaard (het zogenoemde 'hofmodel'). Daarin volgen 'standaardregels' over de verdeling van de schade (op de voet van art. 6:101 BW). X was een van de partijen die een opt-out verklaring heeft ingediend en daarmee niet aan de regeling gebonden was.

In de latere jurisprudentie van de Hoge Raad zijn uitzonderingen aan bod gekomen, zoals in het geval de aanbieder een overeenkomst heeft gesloten terwijl hij wist (of behoorde te weten) dat de daarbij optredende tussenpersoon de afnemer heeft geadviseerd, zonder te beschikken over de daarvoor benodigde vergunning. In dat geval eist de billijkheid dat de aanbieder in beginsel de gehele schade vergoedt.⁵

X klaagt in cassatie (onder andere) dat Dexia volledig aansprakelijk is voor haar schade omdat Finans Verzekeringen zonder vergunning optrad als orderremisier en Dexia dit wist althans behoorde te weten. Het hof lijkt in haar arrest te gemakkelijk de advisering en het doorgeven van een order op een hoop te hebben geveegd in haar arrest, als gevolg waarvan de Hoge Raad casseert.

A-G Wissink concludeerde ook dat de motiveringsklacht van X diende te slagen (dit lijkt zelfs niet ter discussie te zijn gesteld door Dexia⁶), maar stelde voor de zaak anders af te doen. Hij komt na onderzoek van Nederlands- en Europeesrechtelijke effectenwetgeving en rechtspraak tot de conclusie dat het inzenden van het aanvraagformulier door de tussenpersoon niet kan worden aangemerkt als 'het doorgeven van een order'. De door X bepleite ruimere opvatting dat niet vereist is dat met het 'doorgeven van de order' ook al daadwerkelijk een effectentransactie door de uitvoerende instelling tot stand wordt gebracht, verwierpt hij. Hij komt daarmee tot de conclusie dat de (slagende) motiveringsklacht niet tot cassatie kan leiden en concludeert tot verwerping van het cassatieberoep.

Zoals gezegd, de Hoge Raad casseert. Hij lijkt X hierbij te volgen dat er uit de (overwegingen van) de Richtlijn beleggingsdiensten en MiFiD zou kunnen worden afgeleid dat niet is vereist dat het aanvraagformulier een bindende opdracht inhoudt tot het (laten) verrichten van de transacties voor rekening van de cliënt, en dat voldoende is dat het formulier de transacties omschrijft die uiteindelijk tot stand (kunnen) komen.

LITERATUUR

Een verzoek tot wijziging van de (rechts)gevolgen van een overeenkomst als alternatief voor vernietiging of schadevergoeding bij dwaling

Mr. S.T.J. van der Weiden

Bron: Bedrijfsjuridische Berichten (BB) 2020, afl. 6, art. 21

5. HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012 (B./Dexia); HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1935 (T./Dexia).

6. Conclusie A-G Wissink 15 november 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1203.

In deze bijdrage gaat de auteur in op de mogelijkheid om, in plaats van vernietiging van de overeenkomst, de rechter op grond van art. 6:230 lid 2 BW te verzoeken om de overeenkomst zo te wijzigen, dat het door de dwaling geleden nadeel wordt opgeheven. Aan bod komt welke schadeposten onderdeel kunnen uitmaken van het 'nadeel' dat de rechter op grond van art. 6:230 lid 2 BW kan opheffen en in hoeverre de rechter vrijheid (of zelfs de verplichting) heeft de omvang van het nadeel naar eigen inzicht vast te stellen.

EBI-arrest: een nieuwe koers

Prof. mr. A.J. Verheij

Bron: Nederlands Juristenblad (NJB) 2020, afl. 12, art. 763
Bijdrage over de vraag waarom de Hoge Raad in het EBI-arrest een nieuwe koers inzet. In dit arrest formuleert de Hoge Raad criteria waaraan moet zijn voldaan om los van fysiek of geestelijk letsel aanspraak te hebben op vergoeding van immateriële schade.

Een nieuwe toekomst voor telemarketing door herziening van de Code Telemarketing?

Mr. L.E. den Butter

Bron: Juridisch up to Date 2020, afl. 3

In dit artikel geeft de auteur een overzicht van de verplichtingen die volgen uit de herziene Code Telemarketing, geldend vanaf 1 maart 2020 en van toepassing op telefoongesprekken tussen telemarketeers en consumenten. De focus van de auteur ligt op de wijzigingen ten opzichte van de voorgaande telemarketingcode uit 2012.

Collectieve acties van franchisenemers

Mr. A.W. Dolphijn

Bron: Contracteren 2020, afl. 1

Bijdrage over het collectief organiseren van de belangen van franchisenemers jegens de franchisegever. Aan bod komen de relevante ontwikkelingen op wetgevingsgebied en de modelfranchiseovereenkomst als set van algemene voorwaarden. Vervolgens komen de collectieve actie van art. 6:240 e.v. BW door een franchisenemersorganisatie en de vergelijking met de collectieve actie van art. 3:305a e.v. BW aan de orde, gevolgd door de (onwettige) franchisenemersorganisatie en de mogelijke remedie van de collectieve privaatieve last.

Plas/Valburg na CBB/JPO? Een netwerkanalyse van rechtspraak over afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase

Prof. dr. mr. G. van Dijck, mr. J. Cleuters

Bron: Contracteren 2020, afl. 1

Is CBB/JPO het leidende arrest bij afgebroken onderhandelingen, en niet langer Plas/Valburg? Dit artikel doet verslag van een uitgevoerde netwerkanalyse over uitspraken over afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase om te zien welk arrest het meest wordt aangehaald. Hieruit blijkt dat Plas/Valburg minder vaak, maar nog altijd geregeld is aangehaald nadat CBB/JPO is gewezen.

Zorgt een kwijtingsbeding inderdaad voor het definitief kwijtraken van vorderingsrechten?

Prof. mr. H.N. Schelhaas, mr. drs. J.H.M. Spanjaard

Bron: Contracteren 2020, afl. 1

In deze bijdrage staat het kwijtingsbeding in vaststellingsovereenkomsten centraal. Nadat de auteurs het

karakter van een vaststellingsovereenkomst in kaart brengen, bespreken zij de mogelijke rechtsgevolgen en de uitleg van een kwijtingsbeding.

Contract en coronacrisis

Prof. mr. H.N. Schelhaas, mr. drs. J.H.M. Spanjaard

Bron: Nederlands Juristenblad (NJB) 2020, afl. 14, art. 881

Bijdrage over hoe de coronacrisis de contractuele verplichtingen van partijen beïnvloedt. In het bijzonder bespreken de auteurs welk contractenrechtelijk sanctiearsenaal bestaat als partijen niet in onderling overleg tot een solidaire oplossing komen die recht doet aan de belangen van beide partijen. Zij bekijken of er nakoming kan worden gevorderd, de overeenkomst kan worden ontbonden en of er recht bestaat op vergoeding van schade als de andere partij door coronaperikelen zijn contractuele verplichtingen niet nakomt.

Uitleg en kwalificatie van een overeenkomst

Mr. P.J. Tanja, mr. G.J. Standhardt

Bron: Bedrijfsjuridische Berichten (BB) 2020, afl. 8, art. 31

Deze bijdrage gaat in op de kwalificatie van een overeenkomst als een 'benoemde' overeenkomst, waarop dwingende wettelijke bepalingen van toepassing zijn, naar aanleiding van het *Inscharing*-arrest van 20 december 2019 (ECLI:NL:HR:2019:2034). In dit arrest maakt de Hoge Raad duidelijk dat een overeenkomst eerst moet worden uitgelegd en vervolgens pas gekwalificeerd. De eerdere jurisprudentie omtrent de kwalificatie van overeenkomsten wordt besproken en de bijdrage die het *Inscharing*-arrest hieraan levert.

Corona en commerciële contracten: een schets van de (reikwijdte van de) juridisch relevante remedies

Mr. K.L. Maes, J. den Hartog

Bron: Bedrijfsjuridische Berichten (BB) 2020, afl. 8, art. 32

In deze bijdrage bespreken de auteurs de drie belangrijkste, aan de coronacrisis te relateren, leerstukken voor commerciële contracten met name met betrekking tot 'overmacht' en 'onvoorziene omstandigheden'. Zij geven een overzicht van de belangrijkste juridische remedies waar contractspartijen in de huidige omstandigheden mee te maken kunnen krijgen, en hoe deze remedies zich in het 'coronaspectrum' bewegen.

Kroniek van het vermogensrecht

Prof. dr. mr. E. van Wechem, prof. mr. J. Rinkes

Bron: Nederlands Juristenblad (NJB) 2020, afl. 15, art. 953

Deze kroniek bestrijkt de periode oktober 2019 t/m maart 2020 en behandelt contractenrecht, aansprakelijkheidsrecht (inclusief het arrest over de *Urgenda*-zaak), goederenrecht, ambtshalve toetsing van wijzigingsbedingen in algemene voorwaarden, tekortschieten, en verzuim en schadeplichtigheid.

Kroniek Europees privaatrecht

Prof. mr. J.W. Rutgers

Bron: Nederlands Juristenblad (NJB) 2020, afl. 15, art. 960

De kroniek bestrijkt de periode april 2018 t/m maart 2020. Er wordt aandacht besteed aan de digitale interne markt, de overeenkomst op afstand en buiten verkoopruimte, oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, oneerlijke handelspraktijken en de platformeconomie. Voor elk van deze onderwerpen wordt besproken de bestaande regelgeving, Europese en na-

tionale jurisprudentie en wijzigingen om de bestaande regelgeving geschikt te maken voor de digitale interne markt en nieuwe regelgeving voor de digitale interne markt.

**Kroniek Beroepsaansprakelijkheid van de advocaat
Mr. S. van Zandvoort**

Bron: Aansprakelijkheid, Verzekering en Schade (AV&S) 2020, afl. 2, art. 10

Overzicht van een selectie van jurisprudentie over de beroepsaansprakelijkheid van de advocaat uit de afgelopen vijf jaar. Onderwerpen waar o.a. aandacht aan wordt besteed zijn: de reikwijdte van de zorgplicht; de persoonlijke aansprakelijkheid van de advocaat; de leer van de kansschade; de klachtplicht; het tuchtrecht.

Civielrechtelijke handhaving door concurrenten van de regels over oneerlijke handelspraktijken: nu en in de toekomst

Mr. V. van Druenen, mr. C. Jeloschek

Bron: Tijdschrift voor Internetrecht 2020, afl. 2

Artikel over de handhaving van de regels over oneerlijke handelspraktijken door concurrenten. Na de bespreking van Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten, die ten grondslag ligt aan de Nederlandse regels over oneerlijke handelspraktijken, wordt ingegaan op de implementatie daarvan in Nederland. Vervolgens komen aan de orde de ontwikkelingen op het gebied van handhaving van deze regels door concurrenten in Nederland, de stand van de rechtspraak en mogelijke verbeterpunten. Ook wordt gekeken naar hoe in Duitsland de handhaving van regels over oneerlijke handelspraktijken al van oudsher bij concurrenten is geregeld.

O. van de Weijer
CMS