

■ Procesrecht algemeen

Jurisprudentie

Appeltermijn behelst drie volle kalendermaanden

HR 1 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2225
De Hoge Raad bespreekt in dit arrest de aanvang, de lengte en het einde van rechtsmiddeltermijnen. In eerste aanleg heeft de kantonrechter bij beschikking van 29 februari 2016 de verzoeken van eisers teneinde verweerster als executeur van een nalatenschap te ontslaan afgewezen. Eisers zijn op 31 mei 2016 in hoger beroep gegaan tegen deze beschikking. Verweerster heeft zich op het standpunt gesteld dat het hoger beroep te laat is ingesteld. Het hof heeft eisers niet-ontvankelijk verklaard in het door hen ingestelde hoger beroep.

De cassatieklacht houdt in dat het hof heeft miskend dat de dag van de uitspraak – in dit geval 29 februari 2016 – niet meetelt voor de berekening van de termijn waarbinnen hoger beroep moet worden ingesteld. Als gevolg daarvan zou de beroepstermijn in deze zaak aanvangen op 1 maart 2016. Drie maanden later is dan 1 juni 2016. Aangezien hoger beroep binnen drie maanden moet worden ingesteld, eindigt de appeltermijn in casu op 31 mei 2016 en was het hoger beroep wel degelijk ontvankelijk, aldus eisers.

De Hoge Raad volgt deze redenering niet. Artikel 358 Rv bepaalt dat hoger beroep moet worden ingesteld binnen drie maanden 'te rekenen van de dag van de uitspraak'. Een daarmee overeenstemmende formulering wordt gebezigd in artikel 339 lid 1, artikel 402 lid 1 en artikel 426 lid 1 Rv. Volgens de Hoge Raad zijn deze bepalingen aldus te verstaan dat het rechtsmiddel moet worden aangewend binnen drie maanden na de dag waarop de uitspraak is gedaan (vgl. HR 19 december 1919, NJ 1920, p. 82 en HR 20 april 1934, NJ 1943, p. 1316). Dit

betekent dat de termijn begint te lopen met ingang van de dag volgende op die waarop de uitspraak is gedaan (vgl. HR 20 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6999, NJ 2012/624). De Hoge Raad overweegt dat met de regel dat het rechtsmiddel moet worden aangewend binnen drie maanden na de dag waarop de uitspraak is gedaan, slechts is beoogd tot uitdrukking te brengen dat de dag van de uitspraak zelf niet meetelt. Dit heeft als gevolg dat de driemaandentermijn pas afloopt aan het einde van de daarmee overeenstemmende dag drie maanden later (en niet al is verstreken aan het begin van die dag). De laatste dag van de beroepstermijn is dan ook niet later gelegen dan drie maanden na de dag van de uitspraak zelf. Indien de uitspraak is gedaan (in een gewoon jaar) op 28 februari (of in een schrikkeljaar op 29 februari), 30 april of 30 september, verstrijkt de termijn dus aan het einde van 28 of 29 mei, 30 juli, respectievelijk 30 december, een en ander afgezien van de werking van de Algemene termijnenwet. Aldus staan voor het aanwenden van het rechtsmiddel steeds drie volle kalendermaanden ter beschikking. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat voornoemde regel overeenstemt met hetgeen in de praktijk algemeen tot richtsnoer wordt genomen en dat deze regel voor de praktijk ook beter hanteerbaar is dan die welke het middel verdedigt. Bij vorenstaande regel eindigt de termijn immers in beginsel steeds drie maanden later op (het einde van) de dag met hetzelfde nummer als van de uitspraak. De enige uitzondering hierop is het geval dat de maand waarin de termijn afloopt, niet een dag met hetzelfde nummer kent omdat zij korter is, in welk geval de termijn eindigt op (het einde van) de laatste dag van die maand (vgl. HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1315, NJ 2004/424). De Hoge Raad verworpt het beroep.

Vrijwaringszaak kan niet gelijktijdig worden afgedaan met hoofdzaak als de uitkomst van de vrijwaringszaak afhangt van de beslissing in de hoofdzaak

HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2388

In dit arrest geeft de Hoge Raad antwoord op de vraag of het mogelijk is de vrijwaringszaak gelijktijdig af te doen met de hoofdzaak indien daarin nog een schadeastaprocedure volgt. In casu dreef verweerster in cassatie een accountants- en belastingadvieskantoor. Op een gegeven moment wilde verweerster van een eindlooppensioenregeling overgaan op een beschikbare-premie-regeling. Verweerster heeft haar werknemers om instemming gevraagd. Verweerster heeft haar tussenpersoon en adviseur, eiseres tot cassatie, gevraagd de werknemers te informeren over de nieuwe pensioensregeling. Drie werknemers zijn akkoord gegaan met de nieuwe pensioensregeling. De werknemers hebben verweerster in rechte betrokken. Zij hebben onder meer vergoeding van de door hen geleden pensioenschade als gevolg van de overstap naar de nieuwe pensioenregeling gevorderd. Verweerster zou onvoldoende, en deels onjuiste, informatie hebben verstrekt over de nieuwe regeling en de daaraan verbonden risico's. Verweerster heeft eiseres in vrijwaring opgeroepen. De kantonrechter heeft zowel in de hoofdzaak als in de vrijwaringszaak de vorderingen afgewezen. Het hof heeft zowel in de hoofdzaak als in de vrijwaringszaak het vonnis van de kantonrechter vernietigd. Het hof heeft verweerster in de hoofdzaak veroordeeld tot schadevergoeding op te maken bij staat. Het tegen die beslissing gericht cassatieberoep van verweerster heeft de Hoge Raad verworpen. In de vrijwaringszaak heeft het hof eiseres veroordeeld tot betaling aan verweerster van het bedrag waartoe verweerster in de hoofdzaak zal worden veroordeeld. Het onderhavige arrest betreft de vrijwaringszaak. Het middel beoogt dat door eiseres in de vrijwa-

ringszaak te veroordelen tot betaling van het bedrag waartoe verweerster in de hoofdzaak zal worden veroordeeld, terwijl in de hoofdzaak nog een schadestaatprocedure gevoerd moet worden, eiseres daardoor in haar verweermogelijkheden wordt beperkt. Het hof zou daarmee hebben gehandeld in strijd met de eisen van een goede procesorde en met het beginsel van hoor en wederhoor. De relevantie en het lot van de verweren van eiseres met betrekking tot de schadevergoeding kunnen immers afhangen van de uitkomst van de schadestaatprocedure in de hoofdzaak, aldus het onderdeel.

De Hoge Raad casseert. In het algemeen verdient het de voorkeur de hoofdprocedure en de vrijwaringsprocedure gelijktijdig af te doen, en, indien dat niet mogelijk is, eerst de hoofdprocedure af te doen. Ook artikel 215 Rv gaat daarvan uit. In voorkomend geval kan de rechter evenwel, indien daar aanleiding toe bestaat, ervoor kiezen in de vrijwaringsprocedure te beslissen alvorens in de hoofdzaak einduitspraak te doen (vgl. HR 6 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2569, NJ 1998/350). De vrijwaringszaak kan echter in ieder geval nog niet worden afgedaan als de uitkomst daarvan afhangt of redelijkerwijs kan afhangen van de beslissing of het debat in de hoofdzaak (vgl. HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:270), aldus de Hoge Raad. In casu was zowel in de hoofdzaak als in de vrijwaringszaak het debat over de (omvang van de) schadevergoeding nog niet ten volle gevoerd. Door de vordering in de vrijwaringszaak, ondanks verwijzing van de hoofdzaak naar de schadestaatprocedure, direct toe te wijzen, heeft het hof eiseres de mogelijkheid ontnomen ten aanzien van de (omvang van de) schade die zij aan verweerster moet vergoeden verweren te voeren die specifiek haar verhouding tot verweerster betreffen. Dergelijke verweren kan zij immers niet in de schadestaatprocedure, die slechts de verhouding tussen de werknemers en verweerster betreft, aan de rechter voorleggen door voeging op de voet van artikel 217 Rv.

Internationale bevoegdheid rechter: 'als plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan' en bijzondere omstandigheden

HR 15 september 2017,
ECLI:NL:HR:2017:2358

De Hoge Raad heeft in dit arrest prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU aangaande de uitleg van artikel 5 aanhef en sub 3 EEX-Verordening (Verordening (EG) 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken), namelijk de 'plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan'. Dit arrest is het vervolg van HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:36, NJ 2015/44 en HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:NL:EU:C:2016:449. Uit deze uitspraken blijkt dat in casu het volgende speelde. Universal Music International Ltd. is met de platenmaatschappij B&M spol s.r.o., een vennootschap naar Tsjechisch recht, overeengekomen dat een of meer nader te noemen vennootschappen binnen Universal Music Group 70% van de aandelen in B&M zouden kopen. In opdracht van Universal Music Group is de aandelenoptieovereenkomst opgesteld door het Tsjechische advocatenkantoor A. Na acht concepten is de overeenkomst gesloten. Echter, een medewerker van A heeft een voorgestelde tekstwijziging deels fout overgenomen in de overeenkomst, hetgeen ertoe heeft geleid dat de verkoopprijs werd verviervoudigd ten opzichte van de beoogde verkoopprijs en werd vermenigvuldigd met het aantal aandeelhouders. Na arbitrage hebben partijen een vaststellingsovereenkomst gesloten ter vaststelling van de prijs waarvoor Universal Music de aandelen van B&M zou voldoen. Universal Music vordert betaling van de schade die zij heeft geleden als gevolg van de handelwijze van de medewerker van A. Het gevorderde schadebedrag bestaat in het verschil tussen, enerzijds, de beoogde verkoopprijs en, anderzijds, het schikkingsbedrag en de kosten die Universal Music heeft moeten maken in verband met de arbitrage en de schikking. Universal Music heeft gesteld dat de door haar geleden schade is ingetreden in Baarn, al-

waar zij haar plaats van vestiging heeft, met als gevolg dat aan de Nederlandse rechter internationale bevoegdheid toekomt krachtens artikel 5 aanhef en sub 3 EEX-Verordening. In cassatie richt het middel zich tegen het oordeel van het hof dat de Nederlandse rechter geen internationale bevoegdheid toekomt.

De Hoge Raad heeft daaromtrent de volgende vragen gesteld aan het HvJ EU:

1. Moet artikel 5 aanhef en sub 3 EEX-Verordening aldus worden uitgelegd dat 'als plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan' kan worden aangemerkt de plaats in een lidstaat waar de schade is ingetreden, wanneer die schade uitsluitend bestaat in vermogensschade die rechtstreeks gevolg is van een onrechtmatige gedraging die zich heeft voorgedaan in een andere lidstaat?
2. a. Indien het antwoord op vraag 1 bevestigend luidt: aan de hand van welke maatstaf of welke gezichtspunten dient de nationale rechter te bepalen of in het voorliggende geval sprake is van vermogensschade die rechtstreeks het gevolg is van een onrechtmatige gedraging dan wel van vermogensschade die het gevolg is van elders ingetreden aanvankelijke schade respectievelijk schade die voortvloeit uit elders ingetreden schade?
b. Aan de hand van welke maatstaf of welke gezichtspunten dient de nationale rechter te bepalen waar in het voorliggende geval de vermogensschade – hetzij rechtstreeks hetzij afgeleide vermogensschade – is ingetreden of wordt geacht te zijn ingetreden?
3. Indien het antwoord op vraag 1 bevestigend luidt: moet de EEX-Verordening aldus worden uitgelegd dat de nationale rechter die dient te beoordelen of hem in het voorliggende geval op grond van die verordening bevoegdheid toekomt, ertoe is gehouden om bij zijn beoordeling uit te gaan van de in dit verband relevante stellingen van de eiser respectievelijk de verzoeker, dan wel aldus

dat die rechter ertoe is gehouden tevens acht te slaan op hetgeen de verweerder ter betwisting van die stellingen heeft aangevoerd?

Het HvJ EU heeft de eerste vraag in het prejudiciële arrest als volgt beantwoord: artikel 5 punt 3 van de verordening moet aldus worden uitgelegd dat 'als plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan' niet kan worden aange-merkt, bij gebreke van andere aanknopingspunten, de plaats in een lidstaat waar de schade is ingetreden wanneer die schade uitsluitend bestaat in een financieel verlies dat rechtstreeks intreedt op de bankrekening van de verzoeker en rechtstreeks het gevolg is van een onrechtmatige gedraging die zich heeft voorgedaan in een andere lidstaat. Uitsluitend in de situatie waarin de andere bijzondere omstandigheden van de zaak er eveneens toe bijdragen bevoegdheid toe te kennen aan het gerecht van de plaats waar zuiver financiële schade is ingetreden, zou dergelijke schade kunnen rechtvaardigen dat de verzoeker zijn zaak bij dit gerecht aanbrengt. Gelet op het antwoord op de eerste vraag heeft het HvJ EU afgezien van de beantwoording van de tweede vraag. Het HvJ EU heeft de derde vraag als volgt beantwoord: het gerecht waarbij een geschil aanhangig is gemaakt, moet in het kader van de toetsing van zijn bevoegdheid krachtens EEX-Verordening alle hem ter beschikking staande gegevens in aanmerking nemen, daaronder begrepen, in voorkomend geval, de betwistingen van de verweerder.

Uit het voorgaande vloeit volgens de Hoge Raad voort dat Universal Music tevergeefs heeft geklaagd over het oordeel van het hof. De Hoge Raad oordeelt dat het standpunt van Universal Music dat voor internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter uit hoofde van artikel 5 aanhef en sub 3 EEX-Verordening voldoende is dat zij als gevolg van de aan verweerdens verweten handeling in Nederland initiële vermogensschade heeft geleden, immers onverenigbaar is met het oordeel van het HvJ EU.

De Hoge Raad doet de zaak zelf af. Teneinde te doen vaststellen of in het onderhavige geval sprake is van

'andere aanknopingspunten' laten de stukken van het geding geen andere conclusie toe dan dat Universal Music zich in feitelijke instanties niet heeft beroepen op andere aanknopingspunten met Nederland dan het feit van haar vestiging in Baarn en haar hier te lande gelokaliseerde vermogen ten laste waarvan zij het schikkingsbedrag en de kosten in verband met de arbitrage en de schikking heeft betaald, aldus de Hoge Raad. In haar schriftelijke toelichting heeft Universal Music slechts aangevoerd dat haar vermogen nergens anders dan in Nederland kan worden gelokaliseerd. Uit het prejudiciële arrest volgt dat deze omstandigheden geen 'andere aanknopingspunten' met Nederland opleveren. De Hoge Raad verworpt het beroep.

Literatuur

J.H. van Dam-Lely, 'De schorsing van de executie van (ontruimings)vonnissen in een incidentele vordering: in hoger beroep of in kort geding?', *WR* 2017, afl. 8
De auteur behandelt in dit artikel jurisprudentie over de beoordeling van de incidentele vordering tot schorsing van de executie in hoger beroep ex artikel 351 Rv, mede in het licht van het executie kort geding ex artikel 438 lid 2 Rv en de andere incidentele vorderingen rond de uitvoerbaarverklaring bij voorraad, artikel 234 en 235 Rv.

M.R. Hebly, 'Geen beweging in het verjaringsregime voor mesotheliomclaims', *NTBR* 2017, afl. 7
Het arrest *Van Otterloo/Maersk* draait om de verjaring van asbestclaims, meer specifiek om de hanteerbaarheid van de gezichtspuntencatalogus uit het arrest *Van Hese/De Schelde* en de vraag of recente rechtspraak van het EHRM aanleiding geeft tot (enige) koerswijziging, nu de verjaring van schadevergoedingsvorderingen ter zake van 'verborgen' (personen)schade op gespannen voet kan staan met het recht op toegang tot de rechter. In deze bijdrage wordt door de auteur nader ingegaan op dat spanningsveld en wordt de afdoening door de Hoge Raad in deze zaak kritisch beoordeeld.

F.J.P. Lock, 'Samen thuis, samen uit', *TvPP* 2017, afl. 4

De Hoge Raad heeft op 10 maart 2017 nieuwe regels geformuleerd voor de wijze waarop in een civiele procedure moet worden omgegaan met zogenoemde processueel ondeelbare rechtsverhoudingen. In dit artikel geeft de auteur in hoofdlijnen een overzicht van de huidige stand van zaken rondom het fenomeen van de processueel ondeelbare rechtsverhouding.

J.A. Möhlmann, 'Herstel van verzuim en strijd tegen tegenstrijdige beslissingen. Over de oproeping van derden ex artikel 118 Rv', *TCR* 2017, afl. 3

Artikel 118 Rv bevat processuele voorschriften voor de oproeping van derden in het geding. Een geldig opgeroepen derde is gebonden aan de tussen eiser en gedaagde te wijzen uitspraak. De auteur biedt duidelijkheid over de mogelijkheden om dit artikel toe te passen met behulp van een analyse van de wetsgeschiedenis en jurisprudentie van de Hoge Raad.

S. Brenninkmeijer, 'De rechtsvorderlijke aspecten van art. 843a Rv', *BER* 2017, afl. 4

De auteur bespreekt in welke procedures artikel 843a Rv zoal ingesteld kan worden en geeft daarbij praktische tips and tricks. Tevens komt de bewijslastverdeling aan de orde.

T.B. Arens, A.M.B. Munsters & A.W. Jongbloed, 'De (on)mogelijkheid om dwangsommen te matigen op grond van de redelijkheid en billijkheid', *BER* 2017, afl. 4

Dwangsommen worden niet opgelegd als de veroordeelde niet in staat is aan de uit te spreken veroordeling te voldoen. Dwangsommen kunnen daarom worden opgeheven, opgeschort en gematigd op grond van artikel 611d Rv als sprake is van blijvende of tijdelijke gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid. In de praktijk worden dwangsommen soms gematigd op grond van de redelijkheid en de billijkheid. De auteur werpt een kritische blik op de huidige Nederlandse dwangsomregeling en maakt inzichtelijk of het wenselijk is dat een dwangsom wordt gematigd als handhaving daarvan naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

T. Kruger & M. Rys, 'Waar dagvaarden in geval van een grensoverschrijdende onrechtmatige daad? Overschadeveroorzakende gebeurtenissen en schade. Korte analyse naar aanleiding van de laatste ontwikkelingen in de zaak *Universal Music*', *SEW* 2017, afl. 9

In geval van een grensoverschrijdende onrechtmatige daad ligt de internationale bevoegdheid bij de rechter van de 'plaats van het schadebrennende feit'. Dit begrip valt uiteen in de schadeveroorzakende gebeurtenis en de schade. Vaak vallen deze samen. Indien niet, is de plaats waar de schade voor het eerst intreedt van belang. Dit krijgt een redelijk strikte interpretatie, behalve bij laster via het internet. Bij het onderzoek naar de internationale bevoegdheid, moet de rechter alle voorliggende beweringen overwegen, zonder over te gaan tot een uitgebreide bewijsprocedure.

C. Jeloschek, "Netherlands Commercial Court": Wanneer komt het alternatief voor grote internationale handelsgeschillen eindelijk?, *Bb* 2017, afl. 20

Meer dan een jaar geleden werd een belangrijke wijziging van het Nederlandse procesrecht aangekondigd: de oprichting van de zogenaamde 'Netherlands Commercial Court', een rechtbank die zich exclusief, en in het Engels, bezighoudt met internationale handelsgeschillen. Sindsdien is het stil geworden. Behalve een website die in het leven werd geroepen om de status bij te houden en enkele symposia was er weinig aandacht. Tot voor kort. Op 18 juli jl. werd het wetsvoorstel met memorie van toelichting naar de Tweede Kamer gestuurd. In deze bijdrage laat de auteur de belangrijkste punten de revue passeren.

C.L. Kaspersen
CMS

■ Verbintenissenrecht/ consumentenrecht

Jurisprudentie

**Uitzondering op regeling
forfaitaire proceskosten-
veroordeling: volledige
vergoeding proceskosten**

HR 15 september 2017,
ECLI:NL:HR:2017:2366

In casu waren verweerders eigenaar van twee aangesloten percelen grond. Verweerders sloten met eiser 2, makelaar in onroerend goed, een overeenkomst van exclusieve bemiddeling voor de verkoop van hun twee percelen. De Alternatieve, waarvan eiser 2 indirect aandeelhouder was, deed een aanbod om de twee percelen te kopen. Conform het advies van eiser 2 sloten verweerders een mondelinge koopovereenkomst met De Alternatieve. Vervolgens werd een gedeelte van de twee percelen onteigend en eiser 2 beëindigde de bemiddelingsovereenkomst. Voor het overige gedeelte van de percelen bestond het voornemen deze ook te onteigenen. Verweerders namen contact op met De Alternatieve om te onderhandelen over de verkoop van het niet-onteigende gedeelte van de twee percelen. De Alternatieve gaf daarop te kennen dat verweerders al ter zake van verkoop van dat gedeelte aan haar gebonden waren. Nadat de goedkeuring tot onteigening was ontzegd, verlangde De Alternatieve dat verweerders het niet-onteigende gedeelte van de twee percelen aan haar zou overdragen. Verweerders gaven geen gehoor aan dit verlangen. Zij meenden dat geen sprake was van een rechtsgeldige koopovereenkomst met De Alternatieve. De Alternatieve heeft daarop beslag gelegd op de percelen en heeft een procedure bij de rechtbank aanhangig gemaakt waarin zij nakoming van de koopovereenkomst vorderde. De rechtbank heeft de vordering van De Alternatieve afgewezen. Het gerechtshof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd. In cassatie is het arrest van het gerechtshof vernietigd en is de zaak terugverwezen naar het gerechtshof. Het gerechtshof heeft uiteindelijk geoordeeld dat de koopovereenkomst tussen De Alternatieve en verweerders onder invloed van bedrog tot stand is ge-

komen en dat verweerders zich terecht bij wege van verweer op vernietigbaarheid van de overeenkomst hebben beroepen. Het hof heeft daartoe onder meer overwogen dat De Alternatieve willens en wetens niet aan verweerders heeft medegedeeld dat eiser 2 een aanmerkelijk belang had in De Alternatieve en De Alternatieve verweerders willens en wetens op dit punt heeft misleid. Het cassatieberoep door De Alternatieve tegen het arrest van het Gerechtshof Amsterdam is door de Hoge Raad verworpen.

In de onderhavige procedure vorderen verweerders hoofdelijke veroordeling van De Alternatieve en eiser 2 tot betaling van schadevergoeding ter zake van de door verweerders gemaakte kosten van juridisch advies en bijstand in verband met de door De Alternatieve gelegde beslagen en gevoerde procedure. Verweerders hebben aan hun vordering ten grondslag gelegd dat De Alternatieve en eiser 2 bedrog hebben gepleegd en onrechtmatig hebben gehandeld, doordat zij bij het aangaan van de mondelinge overeenkomst met verweerders bewust hebben verzwegen dat eiser 2 tevens belanghebbende was bij De Alternatieve en het beleid daarvan bepaalde, en doordat zij vervolgens in rechte nakoming van die overeenkomst hebben gevorderd, hoewel zij moesten beseffen dat verweerders de overeenkomst met De Alternatieve niet, althans niet op dezelfde voorwaarden, zouden hebben gesloten indien zij destijds van de juiste situatie op de hoogte waren geweest. De rechtbank heeft de vordering van verweerders toegewezen. Het hof heeft het toegewezen bedrag verlaagd en voor het overige het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Het hof is daar wat betreft de proceskostenveroordeling toe gekomen door te overwegen dat nu De Alternatieve en eiser 2 misbruik van het procesrecht hebben gemaakt door in rechte nakoming te willen afdwingen van een overeenkomst, die naar zij wisten, tot stand was gekomen door bedrog of in ieder geval bij onwetendheid van de feitelijke rol van eiser 2, er zich een uitzondering voordoet op het stelsel omtrent vergoeding van kosten, en er ruimte is voor toewijzing van een volledige proceskostenveroordeling.

Het eerste middel richt zich tegen het oordeel dat eiser 2 bij de totstandbrenging van de overeenkomst tussen verweerders en De Alternatieve onrechtmatig heeft gehandeld. Het hof heeft geoordeeld dat eiser 2 bij die totstandkoming onrechtmatig heeft gehandeld, omdat hij als professioneel bemiddelaar heeft nagelaten, ondanks zijn gehoudenheid daartoe, verweerders ervan op de hoogte te stellen dat hij (indirect) betrokken was bij en financieel belang had in De Alternatieve. Volgens De Hoge Raad geeft dit oordeel, mede gelet op artikel 7:418 lid 1 jo. artikel 7:427 BW geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is niet vereist dat door dit nalaten daadwerkelijk vermogensschade is ontstaan. De in artikel 7:418 lid 1 BW neergelegde mededelingsplicht geldt immers – behoudens de in het artikellid genoemde uitzonderingen, die zich hier niet voordoen – zodra de lasthebber (eiser 2) direct of indirect belang heeft bij de totstandkoming van de rechtshandeling, waarna het aan de lastgever (verweerders) is om te beoordelen of zich een belangenconflict voordoet dat aan een optimale behartiging van zijn belang door de lasthebber zou kunnen afdoen (HR 6 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ5440, NJ 2008/493).

Voorts wordt erover geklaagd dat het hof heeft miskend dat voor een veroordeling tot volledige proceskostenvergoeding sprake moet zijn van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen door het aanspannen van een bij voorbaat kansloze of evident ongegronde procedure en dat bij het oordeel dat daarvan sprake is terughoudendheid past, gelet op het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op toegang tot de rechter, althans dat het hof zijn oordeel dat aan deze maatstaf is voldaan, onvoldoende heeft gemotiveerd. De Hoge Raad overweegt dat artikel 237-240 Rv, behoudens bijzondere omstandigheden, een zowel limitatieve als exclusieve regeling bevatten van de kosten waarin de partij die bij vonnis in het ongelijk wordt gesteld, kan worden veroordeeld. Dat neemt niet weg dat een volledige vergoedingsplicht denkbaar is, doch alleen in 'buitengewone omstandigheden', waarbij dient te worden gedacht aan misbruik van procesrecht en onrecht-

matige daad. Hieromtrent is in het arrest HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828 (*Duka/Achmea*) overwogen dat pas sprake is van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen als het instellen van de vordering, gelet op de evidente ongegrondheid ervan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij achterwege had moeten blijven. Bij het aannemen van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen door het aanspannen van een procedure past terughoudendheid, gelet op het recht op toegang tot de rechter dat mede gewaarborgd wordt door artikel 6 EVRM, aldus de Hoge Raad. De Hoge Raad vervolgt door te overwegen dat de in artikel 241 Rv voorziene exclusiviteit van de proceskostenregeling van artikel 237-240 Rv strekt tot bescherming van de desbetreffende procespartijen. Daaruit volgt dat de vraag of, en zo ja, in hoeverre een benadeelde kosten van een procedure kan verhalen op een derde die niet in de procedure betrokken was, niet beantwoord moet worden aan de hand van de strikte maatstaf uit *Duka/Achmea*. Voor de beantwoording van die vraag gelden dus de algemene regels betreffende aansprakelijkheid en schadevergoeding (vgl. HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1212, NJ 2014/387). Van die algemene regels kunnen in het bijzonder die betreffende het causaal verband van belang zijn, alsmede de in artikel 6:96 lid 2 BW besloten liggende zogenoemde dubbele redelijkheids-toets. Gelet op het voorgaande heeft het hof de aansprakelijkheid van eiser 2 voor de gevorderde integrale proceskostenveroordeling ten onrechte getoetst aan de strikte maatstaf uit het arrest *Duka/Achmea*. Eiser 2 was immers geen partij in de procedure tussen De Alternatieve en verweerders, van welke procedure thans een volledige proceskostenvergoeding wordt gevorderd. Dit brengt mee dat de klachten aangaande eiser 2 die zijn gebaseerd op de toepasselijkheid van de strikte maatstaf uit het arrest *Duka/Achmea* reeds geen doel kunnen treffen omdat zij uitgaan van een onjuiste rechtsopvatting. De Hoge Raad merkt overigens op dat de veroordeling van eiser 2 tot een volledige proceskostenveroordeling ook in het licht van de algemene regels

betreffende aansprakelijkheid en schadevergoeding, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en niet onbegrijpelijk is. Wat betreft de aansprakelijkheid van De Alternatieve voor de proceskosten heeft het hof geen blijk gegeven de strikte maatstaf uit het arrest *Duka/Achmea* ten aanzien van De Alternatieve te hebben miskend. De rechtsklachten falen daarom. Ook de motiveringsklachten falen. Het hof heeft immers geoordeeld dat De Alternatieve misbruik van procesrecht heeft gemaakt en daarom onrechtmatig (volgens de strikte maatstaf uit het arrest *Duka/Achmea*) heeft gehandeld door in rechte nakoming na te streven van de door haar opzettelijke misleiding tot stand gekomen overeenkomst. De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Een advocaat dient zich bij advisering van een commanditaire vennootschap te richten op het gezamenlijk belang van vennoten, dus zowel de beherend als de commanditaire vennoten

HR 22 september 2017,
ECLI:NL:HR:2017:2444

In casu hebben de vennootschappen EAI en EAIG in 2002 het initiatief genomen om een belegging in een project, namelijk de aankoop van grond, de ontwikkeling en de bouw van een appartementencomplex, aan het publiek aan te bieden. Daartoe is de commanditaire vennootschap Euro American Warmond CV (hierna: de CV) opgericht. Tevens is de vennootschap EAW opgericht als bestuurder en beherend vennoot in de CV. EAI was enig aandeelhouder en bestuurder van EAIG en EAIG enig aandeelhouder en bestuurder van EAW. In het door EAIG (als bestuurder van EAW) in december 2002 opgestelde prospectus voor de CV staat onder meer vermeld dat de eerste bouwvergunning reeds in 1999 is aangevraagd en naar verwachting eind december 2002 zal worden verleend en dat de appartementen een recreatieve bestemming hebben. Het bestemmingsplan voor het terrein betrof sinds 12 juni 2001 'horeca'. Nadat de grond op 1 december 2002 door CV was gekocht, heeft de gemeente bij besluit van 19 augustus 2013 de op 23 januari 2002 verleende bouwvergunning voor het oprichten van de appartementen, herroe-

pen, omdat het ingediende bouwplan niet voldeed aan de bestemming horeca. De CV heeft Lexence ingeschakeld voor advies in verband met de herroeping van de bouwvergunning. Tijdens een bespreking met EAIG heeft Lexence onder meer aangegeven dat de bouwvergunning terecht is ingetrokken en dat er twee partijen zijn die EAIG aansprakelijk kunnen stellen, namelijk de vennoten en de potentiële kopers. Ook geeft Lexence aan dat de afgegeven prospectus niet correct was, nu de ingediende bouw aanvraag niet betrof het wonen voor recreatieve doeleinden en dus nimmer kon leiden tot een bouwvergunning als bedoeld in de prospectus, hetgeen tot aansprakelijkheid kan leiden. Lexence heeft namens de CV beroep ingesteld tegen het herroepingsbesluit. Het herroepingsbesluit is in stand gebleven, zowel in beroep bij de rechtbank, als in hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Lexence heeft met betrekking tot de strategie jegens de vennoten aan EAIG onder meer geadviseerd inzake de CV dat zij ervoor kunnen kiezen om op dat moment niets te zeggen over het feit dat het prospectus op het moment van uitgifte onjuistheden bevatte, nu de vennoten die in de raad van advies zitten dit nog niet lijken te beseffen. Uiteindelijk is op 7 februari 2008 het faillissement van EAI en EAIG uitgesproken. Op 21 september 2009 heeft de CV het project verkocht. Aan de vennoten van de CV is geen betaling gedaan.

De Stichting Participanten Warmond vordert namens de commanditaire vennoten betaling door Lexence wegens door hen onjuiste advisering van het bedrag dat de CV zich zou hebben bespaard als Lexence deugdelijk had geadviseerd en het totaalbedrag van de waardevermindering van de inbreng van de participanten, en de door hen ten gevolge van de onjuiste advisering van Lexence daarop gemiste rendementen. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat de CV van meet af aan correct en volledig door Lexence is geïnformeerd over de mogelijkheden, de kansen en de risico's en op basis van die informatie

tot een keuze heeft kunnen komen. De constructie van de CV brengt met zich mee dat de commanditaire vennoten – de participanten – in feite slechts geldschietters zijn. Een CV, ook deze, neemt aan het rechtsverkeer deel door haar beherend vennoot. Die beherend vennoot maakt keuzes en treedt handelend op. Gesprekspartner voor Lexence was dus de beherend vennoot namens de CV. Wat er ook zij van eventuele (interne) verwijten van de participanten jegens de beherend vennoot, die gaan Lexence als buitenstaander niet aan. Het hof oordeelt voorts dat de CV als enige opdrachtgever van Lexence te gelden heeft, daartoe rechtsgeldig vertegenwoordigd door haar beherend vennoot. Het is dan ook de CV jegens wie Lexence een zorgplicht heeft. Deze zorgplicht kan zich onder omstandigheden uitstreken tot derden. Het hof volgt de stichting echter niet in haar betoog dat Lexence haar zorgplicht jegens de participanten als zodanige derden heeft geschonden. Immers, deze zorgplicht kan niet zo ver gaan dat van een advocaat verlangd kan worden dat hij handelt in strijd met de belangen van zijn eigen cliënt of dat hij de vertrouwensrelatie met zijn cliënt schaadt. Het advies aan de CV om niet de aandacht te vestigen op de fout van de prospectus, maar zich in te spannen om de waarde van de grond en de profijtelijkheid van de investering te herstellen, diende het belang van de CV. Van Lexence kon niet worden gevergd dat zij in strijd met dat belang de participanten actief zou informeren over de mogelijkheid van prospectusaansprakelijkheid en aldus wanprestatie jegens haar opdrachtgever zou plegen. Het enkele feit dat de advisering de facto voor rekening van de participanten zou komen, maakt het voorgaande niet anders. Daarbij is mede van belang dat de – zelfverkozen – rechtsverhouding tussen de stille vennoten en de CV zich kenmerkt door het volledig ontbreken van zeggenschap van de participanten, aldus het hof.

De stichting klaagt in cassatie onder meer dat het hof heeft miskend dat het belang van een commanditaire vennootschap mede wordt bepaald door de belangen van de commanditaire vennoten, en dat daarom van

Lexence verwacht had mogen worden dat zij de belangen van de commanditaire vennoten in aanmerking zou nemen. Daaraan doet niet af dat een commanditaire vennootschap slechts door haar beherend vennoot aan het rechtsverkeer deelneemt. Voorts zou het hof hebben miskend dat Lexence, hoewel zij wist dat de beherend vennoot EAW een tegenstrijdig belang had met de CV en de beherend vennoten, een koers heeft geadviseerd die in strijd was met het belang van de CV en de commanditaire vennoten. Ten slotte klaagt de stichting dat Lexence zich als advocaat van de CV tevens de gerechtvaardigde belangen van de participanten had moeten aantrekken. Lexence zou dit onvoldoende hebben gedaan en daarmee onrechtmatig hebben gehandeld jegens de participanten. De Hoge Raad casseert. Het belang van de commanditaire vennootschap bestaat in het gezamenlijk belang van de vennoten, dus zowel de beherend als de commanditaire vennoten, aldus de Hoge Raad. Een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat die een commanditaire vennootschap adviseert, dient zich te richten naar het belang van de vennoten. Indien voor de advocaat kenbaar is dat bij zijn advies tegenstrijdige belangen van de vennoten betrokken zijn, dient hij bij zijn advisering met deze tegenstrijdigheid rekening te houden op een wijze die met de aard van de commanditaire vennootschap in overeenstemming is. Dit zal in een geval als het onderhavige met zich meebrengen dat hij op de tegenstrijdigheid van belangen wijst en adviseert hoe daarmee om te gaan. Onder omstandigheden kan deze gehoudenheid van de advocaat meebrengen dat hij zijn werkzaamheden voor de vennootschap dient te beëindigen. Voorts oordeelt de Hoge Raad dat het hof uit het oog heeft verloren dat de participanten commanditaire vennoten van de CV waren en derhalve niet kunnen worden aangemerkt als (willekeurige) derden ten opzichte van de CV. Omdat de belangen van de participanten als commanditaire vennoten nauw waren betrokken bij (het belang van) de CV, diende Lexence als advocaat van de CV mede op hun belangen acht te slaan en levert een tekortkoming in de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst jegens de CV

in beginsel tevens een onrechtmatige daad op jegens de participanten (vgl. HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:A09069, NJ 2008/587 en HR 2 april 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4355, NJ 1983/367).

Verandering gezondheidstoestand tussen invullen vragenformulier en acceptatie levens- of overlijdensverzekering moet worden gemeld als een mededelingsplicht daartoe uitdrukkelijk is vermeld

HR 22 september 2017,
ECLI:NL:HR:2017:2447

De Hoge Raad behandelt in dit arrest de vraag of een verandering in een gezondheidstoestand tussen het invullen van een vragenformulier en acceptatie van een levensverzekering moet worden gemeld bij de verzekeraar. Eiseres tot cassatie heeft met Reaal een levens- of overlijdensrisicoverzekering afgesloten, met als ingangsdatum 1 augustus 2011. Eiseres is aangemerkt als verzekeringnemer en eerste begunstigde en als verzekerde is aangemerkt de echtgenoot van eiseres. Ingevolge de verzekering wordt een bedrag van € 150 000 uitgekeerd bij overlijden van verzekerde voor 1 september 2025. De echtgenoot heeft op 1 augustus 2011 met het oog op afsluiten van voormelde verzekering een 'Uitgebreide gezondheidsverklaring' ingevuld. Hierin is onder meer vermeld dat alle klachten moeten worden vermeld en dat als de gezondheidstoestand verandert na het invullen van het formulier, maar voordat de verzekering tot stand komt, dit direct aan Reaal moet worden doorgegeven. Ook moet een rubriek worden aangekruist met betrekking tot de gezondheidstoestand, namelijk als een huisarts, hulpverlener of arts is geraadpleegd en als sprake is van een of meer van de volgende aandoeningen, ziekten en/of gebreken (hier vallen ook klachten onder), namelijk aandoeningen van slokdarm, maag, darmen, lever, galblaas en alvleesklier. De echtgenoot heeft daar aangaande niets aangekruist. Bij de toelichting op de gezondheidsverklaring door Reaal wordt onder meer vermeld dat een verandering in de gezondheid tussen het invullen van de gezondheidsverklaring en het moment waarop Reaal laat weten de aanvraag te accepteren/weigeren moet

worden doorgegeven, omdat dit van invloed kan zijn op de beoordeling van de aanvraag en omdat anders sprake is van verzwijging. Op 15 augustus 2011 heeft de echtgenoot zijn huisarts geraadpleegd in verband met slikklachten. De huisarts verwijst hem door naar een specialist. In de verwijfsbrief heeft de huisarts vermeld dat de echtgenoot van eiseres sinds een halfjaar klachten heeft. Het onderzoek door de specialist heeft op 13 september 2011 plaatsgevonden. Op 18 september 2011 heeft Reaal het risico voor de overlijdensrisicoverzekering geaccepteerd. De verzekering is met terugwerkende kracht ingegaan per 1 augustus 2011. Op 29 september 2011 is bij de echtgenoot de diagnose slokdarmkanker gesteld. Op 17 mei 2012 is hij overleden. Eiseres heeft Reaal verzocht een overlijdensuitkering te doen. Reaal heeft aan eiseres meegedeeld de claim niet te zullen honoreren, omdat de echtgenoot van eiseres de spontane mededelingsplicht niet is nagekomen. Reaal voert aan dat als zij bij het accepteren van de verzekering in 2011 op de hoogte zou zijn geweest van de medische situatie op dat moment, de verzekering niet zou zijn geaccepteerd. In de onderhavige procedure vordert eiseres veroordeling van Reaal tot betaling van een bedrag van € 150 000.

De rechtbank heeft de vordering toegewezen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vordering alsnog afgewezen. Het heeft daartoe overwogen dat de echtgenoot van eiseres, voor zover hij in de gezondheidsverklaring al geen melding had moeten maken van zijn toen bestaande klachten, hij in ieder geval op of zeer kort na 15 augustus 2011 aan Reaal opgave had moeten doen van het bezoek aan zijn huisarts en doorverwijzing naar een specialist. Door dat niet te doen heeft hij aan Reaal voor het aangaan van de verzekeringsovereenkomst wezenlijke informatie onthouden. Het middel klaagt onder meer dat het hof heeft miskend dat in de periode tussen het invullen van het vragenformulier en de acceptatie zwaardere eisen aan het kenbaarheidsvereiste moeten worden gesteld dan bij het invullen van dat formulier. De Hoge Raad verworpt het beroep en oordeelt als volgt. Artikel 7:928 BW regelt de

omvang van de precontractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer en, bij een persoonsverzekering, van degene op wiens risico de verzekering betrekking heeft (de aspirant-verzekerde). Op grond van het in artikel 7:928 BW tot uitdrukking gebrachte kenbaarheidsvereiste geldt de mededelingsplicht slechts voor die feiten die de verzekeringnemer of de aspirant-verzekerde kent of behoort te kennen, en waarvan hij weet of behoort te begrijpen dat zij relevant (kunnen) zijn voor de beslissing van de verzekeraar of, en zo ja, op welke voorwaarden, hij de verzekering zal willen afsluiten. Als de verzekeraar in het vragenformulier uitdrukkelijk erop heeft gewezen dat in de periode tussen het invullen van het vragenformulier en het accepteren van de verzekering mededeling dient te worden gedaan van wijziging in de relevante feiten of omstandigheden waarnaar in het formulier wordt gevraagd, dienen, bij de beantwoording van de vraag of de mededelingsplicht in die periode is nagekomen, geen zwaardere eisen te worden gesteld aan het kenbaarheidsvereiste ten aanzien van die feiten en omstandigheden dan bij het invullen van dat formulier, aldus de Hoge Raad. Daarbij geldt als uitgangspunt dat de verzekeringnemer of de aspirant-verzekerde moet begrijpen dat feiten waarnaar gevraagd wordt door de verzekeraar van belang (kunnen) zijn bij zijn beslissing over het aangaan van de verzekering. De Hoge Raad acht dat beslissend is hoe de verzekeringnemer of de aspirant-verzekerde de aanwijzing om de mededeling te doen van gewijzigde feiten of omstandigheden onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs in de context van het gehele vragenformulier heeft behoren op te vallen. Het hof heeft vastgesteld dat Reaal in de gezondheidsverklaring uitdrukkelijk erop heeft gewezen dat wijzigingen in de gezondheidstoestand onmiddellijk aan Reaal moeten worden meegedeeld. De Hoge Raad oordeelt dat het middel dan ook ten onrechte betoogt dat het hof voor de periode tussen het invullen van het formulier en de acceptatie zwaardere eisen had moeten stellen aan het kenbaarheidsvereiste dan bij het invullen van dat formulier.

Literatuur

S.A. Kruisinga, '25 jaar (uitsluiting van het) Weens Koopverdrag in Nederland', *NTHR* 2017, afl. 4

Op 1 januari 2017 was het precies 25 jaar geleden dat het Weens Koopverdrag (CISG) in Nederland in werking trad. Partijen hebben bij een internationale koopovereenkomst de keuze om toepassing van dit verdrag (gedeeltelijk) uit te sluiten (artikel 6 CISG). In de praktijk gebeurt dit veelvuldig. De uitsluiting heeft echter niet altijd het beoogde effect. De auteur bespreekt de vereisten om het Weens Koopverdrag rechtsgeldig uit te sluiten.

S. Rutten, 'Erkenning van aansprakelijkheid en de intrekking ervan – een overzicht', *TAV* 2017, afl. 6

Een verzekeraar kan aansprakelijkheid erkennen, zowel richting een verzekerde als richting een derde c.q. een benadeelde. Achteraf kan blijken dat deze erkenning is gebaseerd op onjuiste informatie. De auteur behandelt de vraag of, en zo ja, onder welke voorwaarden de verzekeraar in dat geval terug kan komen op de erkenning in het licht van het arrest van het Hof Den Haag van 13 december 2016 (ECLI:NL:GHDHA:2016:3604).

D.J.B. Op Heij, 'De gebruiksfunctie voor de consument als uitgangspunt bij de definiëring van het begrip "digitale inhoud"', *TvC* 2017, afl. 4

In december 2015 is het richtlijnvoorstel over digitale inhoud gepubliceerd. In het voorstel is een definitie van digitale inhoud opgenomen die dusdanig breed is dat niet alleen de op koop lijkende vormen, zoals standaardsoftware, maar ook diensten, zoals social media, onder de definitie vallen. Vervolgens wordt op alles wat onder de definitie valt de beschermende regelgeving uit het voorstel, zoals inzake non-conformiteit en remedies, toegepast. De auteur bespreekt of door de vormgeving van de definitie terecht of ten onrechte bepaalde producten of diensten binnen of buiten de bescherming van dergelijke voorgestelde regels worden gebracht.

A.L.M. Keirse & B.M. Paijmans, 'In pari delicto; als de pot de ketel verwijt', *MvV* 2017, afl. 7/8

In het aansprakelijkheidsrecht kunnen gedaagde en eiser op vergelijkbare wijze hebben gehandeld. De auteur bespreekt of de gedaagde dader in dat geval een beroep kan doen op het verwijtbare handelen van de benadeelde eiser. Voorts behandelt de auteur de verschillende manieren waarop dit in de context van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht tot uiting kan komen bij de vestiging van aansprakelijkheid.

A.I. Schreuder, 'Schuld en schadevergoeding. Hoe kleurt de zwaarte van de aansprakelijke partij het schadevergoedingsdebat?', *MvV* 2017, afl. 7/8

De auteur bespreekt hoe de zwaarte van de schuld van de aansprakelijke partij lijkt door te werken in de verschillende figuren uit het schadevergoedingsrecht, waarbij onder meer leerstukken als het *condicio-sine-qua-non-verband*, de begroting van schade en de vergoeding van immateriële schade aan de orde komen.

A.Ch.H. Franken & J.K.G. Meijer, 'Productaansprakelijkheid bij onzekere risico's', *Bb* 2017, afl. 19

Ook onzekere risico's kunnen aanspraak geven op compensatie. Met een beroep op de doelstellingen van de Richtlijn 85/374/EEG van de Raad van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie op 21 juni 2017 in de zaak *W./Sanofi Pasteur* geoordeeld dat gebrek en causaal verband ook aannemelijk kunnen zijn in gevallen waarin het bestaan van een verband tussen de toedieningen van het vaccin en het optreden van de ziekte door medisch onderzoek wordt bevestigd noch ontkend.

C.L. Kaspersen
CMS