

■ Procesrecht algemeen

Jurisprudentie

Toepassing omkeringsregel causaal verband

HR 23 november 2012, LJN BX7264

In dit arrest liet de Hoge Raad het oordeel van het hof in stand over de vereisten voor toepassing van de omkeringsregel. Het ging in deze zaak om de aansprakelijkheid van de gynaecoloog die de leiding had bij de bevalling van de baby die rond haar geboorte hersenletsel had opgelopen. De ouders legden aan hun vordering ten grondslag dat het geboorteletsel van de baby is ontstaan door een beroepsfout van de gynaecoloog, die erin bestond dat er na het aanbrengen van epiduraal anesthesie geen CTG-registratie van de foetale harttonen heeft plaatsgevonden en/of ten onrechte de bloeddruk van de moeder niet op adequate wijze in de gaten is gehouden.

De rechtbank liet de gynaecoloog toe tot het bewijs dat er ten tijde van de bevalling bij de baby geen periode met foetale asfyxie heeft bestaan en paste de omkeringsregel toe ter zake van het causaal verband tussen de beweerde normschending door de gynaecoloog en het hersenletsel van de baby en liet de gynaecoloog – voor het geval hij niet zal slagen in dat bewijs – toe tot het tegenbewijs van het vermoeden dat de huidige toestand van de baby volledig is veroorzaakt door de omstandigheid dat er tijde van de bevalling bij de baby een periode met asfyxie heeft bestaan. Bij eindvonnis oordeelde de rechtbank dat het verlangde tegenbewijs niet was geleverd en achtte derhalve bewezen dat de toestand van de baby het gevolg is van de beroepsfout van de gynaecoloog. De rechtbank wees de vordering op die grond toe.

In appel oordeelde het hof dat het onderhavige geval zich inderdaad leende voor toepassing van de omkeringsregel. Het hof verwierp het

betoog van (de erven van) de gynaecoloog dat de kans op verwezenlijking van het (door de normovertreding in het leven geroepen) specifieke gevaar aanmerkelijk moet zijn vergroot, en dat daarvan geen sprake is geweest. Die voorwaarde is geen geldend recht, aldus het hof.

De Hoge Raad liet dit oordeel in stand en overwoog ter zake dat voor toepassing van deze regel is vereist dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met de norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade, en dat degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden zich heeft verwezenlijkt. Gelet op het voorgaande heeft het hof terecht geoordeeld dat de voorwaarde dat het specifieke gevaar aanmerkelijk moet zijn vergroot, geen geldend recht is.

Ook het onderdeel dat klaagt dat het hof heeft miskend dat de omkeringsregel ertoe dient om 'een laatste restje causaliteitsonzekerheid' te overbruggen en niet om een causaal verband aan te nemen op basis van niet meer dan een hypothese gevolgd door toepassing van de omkeringsregel, die daarvoor niet bedoeld is, faalt. De ratio van de omkeringsregel brengt mee dat in een geval als het onderhavige de onzekerheid omtrent het exacte verloop van de gebeurtenissen voor rekening komt van degene die de desbetreffende norm heeft geschonden zodat, anders dan het onderdeel kennelijk veronderstelt, dat verloop in die gevallen in zoverre niet door de benadeelde behoeft te worden gesteld en, in geval van betwisting, bewezen. De klacht stuit daarop af.

Ook het onderdeel dat klaagt dat het hof over het hoofd heeft gezien dat het niet alleen het conditio-sine-qua-non-verband diende vast te stellen, maar ook de vraag diende te beantwoorden of het letsel van de baby in redelijkheid aan de gy-

naecoloog viel toe te rekenen, faalt. Gelet op de omstandigheid dat het hof het verweer van de gynaecoloog ter zake in het kader van zijn onderzoek naar het conditio-sine-qua-non-verband heeft onderzocht en verworpen, ligt in zijn oordeel dat het vereiste causale verband dient te worden aangenomen, besloten dat aan het vereiste dat de schade hem in redelijkheid kan worden toegerekend is voldaan. De Hoge Raad verwierp het beroep.

Inhoudelijke behandeling ondanks dagvaarding verkeerde rechtspersoon

HR 11 januari 2013, LJN BX9762

Eiseres Unidek vorderde in eerste aanleg een verklaring voor recht dat HDI Holding (de holding) gehouden was om Unidek dekking te verlenen onder een bij haar afgesloten verzekering. Unidek had echter de verkeerde rechtspersoon gedagvaard, nu niet de holding, maar een dochtermaatschappij HDI Verzekeringen B.V. (de verzekeraar) verzekeraar onder de betrokken verzekering was. Unidek erkende dat de holding niet de verzekeraar was en verzocht de holding mee te werken aan een praktische oplossing ter voorkoming van extra kosten, bijvoorbeeld door de verzekeraar het geding na voeging over te nemen of een vonnis gewezen jegens de holding te beschouwen als tegen de verzekeraar gewezen. Daarin wilde de holding niet meegaan. Als enige oplossing zag zij de situatie dat de rechtbank het geschil wel inhoudelijk zou behandelen, zonder daarbij echter tot een veroordeling van de holding te kunnen komen.

De rechtbank oordeelde dat, gelet op de uitlatingen van de holding namens de verzekeraar, partijen voldoende belang hebben bij een inhoudelijke behandeling van de vordering en wees de vordering op inhoudelijke gronden af.

In haar appel hiertegen wijzigde Unidek haar eis aldus dat zij een verklaring voor recht vorderde dat de verzekeraar gehouden was haar

dekking te verlenen onder de verzekering. Het hof verklaarde Unidek desondanks niet-ontvankelijk en vernietigde het vonnis van de rechtbank. Inhoudelijke beoordeling van de dekkingsvraag achtte het hof gelet op de niet-ontvankelijkverklaring niet zinvol, nu een dergelijke uitspraak jegens de verzekeraar niet executabel zou zijn, het niet aanneemelijk was dat daarvan een (inhoudelijk) cassatieberoep mogelijk zou zijn en de verzekeraar zich bovendien jegens Unidek (in hoger beroep) op verjaring beriep.

De Hoge Raad vernietigde het arrest van het hof, en overwoog daartoe dat Unidek in de onderhavige context aan de uitlatingen van de holding het vertrouwen mocht ontleen dat de holding en de verzekeraar zich dienovereenkomstig zouden gedragen. Omdat de verkeerde partij was gedagvaard, kon in dit geding weliswaar geen veroordelend vonnis of arrest worden gewezen, maar gelet op de verklaringen van de holding bestond desondanks voldoende belang bij een inhoudelijke beoordeling van de vordering, aldus de Hoge Raad. Gelet hierop gaf het oordeel van het hof dat een inhoudelijke beoordeling van de vordering niet zinvol is, blijkt van een onjuiste rechtsopvatting.

Voor zover het oordeel van het hof daarop berustte dat de holding niet meer bestond, had het hof eveneens blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Daartoe overwoog de Hoge Raad dat op grond van art. 2:19 lid 6 BW een ontbonden rechtspersoon in geval van vereffening van haar vermogen eerst ophoudt te bestaan op het tijdstip dat de vereffening eindigt, terwijl art. 2:23c lid 1 BW voorziet in de mogelijkheid om de vereffening te heropenen. Hiermee strookt het om aan te nemen dat in een geval zoals het onderhavige, waarin een procedure tegen een rechtspersoon is aangevangen voor het tijdstip van haar ontbinding en van de vereffening van haar vermogen, de procedure tegen de rechtspersoon kan worden voortgezet, mede in volgende instanties, ook indien de vereffening van haar vermogen inmiddels is geëindigd en daarvan opgave is gedaan door de vereffenaar aan de registers overeenkomstig art. 2:19 lid 6 BW. Dat de holding niet meer bestond

in de door het hof bedoelde zin, stond dus niet in de weg aan voortzetting van de procedure en derhalve evenmin aan een inhoudelijke beoordeling van de vordering en een eventuele toewijzing van de in hoger beroep door Unidek gewijzigde verklaring voor recht.

Literatuur

M.H. ten Wolde & N. Peters, 'De Wet collectieve afwikkeling massaschade: wat is zij waard in het buitenland?', *NTBR* 2013-1, 2

Met behulp van de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) worden ook massaschades afgewikkeld waarbij buitenlandse benadeelden betrokken zijn. Dat heeft ten opzichte van die benadeelden in beginsel alleen zin als de algemeen verbindend verklaarde schikking in het land van de buitenlandse benadeelde wordt erkend en daar zo nodig kan worden geëxecuteerd. In dit artikel onderzoeken de auteurs of dat mogelijk is. Daarbij zullen zij zich vooral richten op erkenning en tenuitvoerlegging onder de EEX-Verordening en het EVEX-Verdrag.

P.E. Ernste, 'De aansprakelijkheid van de bindend adviseur', *Trema* 2013-1

Geschillenbeslechting buiten de rechter, waaronder bindend advies, staat volop in de belangstelling. Hierdoor is het van belang om te bepalen onder welke voorwaarden de bindend adviseur aansprakelijk is voor schade als gevolg van een door hem gegeven bindend advies. Op 31 oktober 2012 promoveerde mr. P.E. Ernste op het proefschrift met de titel *Bindend advies*. In deze bijdrage staat de vraag centraal welke maatstaf zou moeten worden aangelegd voor aansprakelijkheid van de bindend adviseur.

J.H.M. Spanjaard, 'Arbitrage en ambtshalve toetsing: mag de arbitrageclausule wel of niet?', *Contracten* 2012-4

Recent heeft zowel het HvJ EU als de Hoge Raad zich uitgelaten over de toetsing van bedingen aan de Richtlijn oneerlijke bedingen. In deze bijdrage staat de auteur allereerst stil bij het fenomeen 'ambtshalve toetsing', waarna het arrest van het HvJ EU wordt besproken, gevolgd door een bespreking van het arrest van de Hoge Raad. In de af-

ronding gaat hij in op de gevolgen die de arresten voor de Nederlandse contractpraktijk hebben.

M.C. van Leyenhorst, 'Procedurale aspecten van wraking', *TvA* 2013-1, 2

In deze bijdrage wordt eerst een korte omschrijving gegeven van wraking en van de aan wraking gerelateerde disclosure. Vervolgens komen verschillende procedurele aspecten van wraking aan de orde, zoals de termijn waarbinnen een wraking moet worden ingesteld, de onderzoeksplicht van partijen naar mogelijke wrakingsgronden, het misbruik van wraking, enz. Aan het einde van deze bijdrage zal kort worden ingegaan op de (on)mogelijkheid van wraking van bindend adviseurs.

H.W. Wefers Bettink, 'E-Court en de lange weg naar houdbare elektronische geschiloplossing', *TvA* 2013-1, 3

In januari 2010 ging e-Court van start, een commerciële instelling voor het oplossen van civielrechtelijke geschillen. De procedure was zodanig ingericht dat partijen niet inhoudelijk op elkaars stellingen konden reageren. Aanvankelijk stond geen beroep tegen een verstekvonnis open, terwijl waarborgen ontbraken dat de wederpartij de oproep voor de procedure ook daadwerkelijk had bereikt. Kortom, de procedure miste de meest fundamentele waarborgen voor een 'fair trial'. Het feit dat e-Court in het eerste jaar al vijf keer haar reglement moest aanpassen riep twijfels op over de zorgvuldigheid waarmee de procedure was opgezet bij het streven om de 'first to market' te zijn.

D.C. Theunis
CMS Derks Star Busmann

■ Verbintenissenrecht/ consumentenrecht

Jurisprudentie

Regres(verbod)

HR 23 november 2012, LJN BX5880
In dit arrest stond de vraag centraal of een gesubrogeerde zorgverzekeraar (voor het gehele bedrag) regres kon nemen op een van beide hoof-

delijk aansprakelijke partijen, ondanks het regresverbod op de andere hoofdelijk aansprakelijke partij ex art. 7:962 lid 3 BW.

Als gevolg van een verkeersongeval tussen eiser en X, zijn de vrouw en een kind van X gewond geraakt. Zorgverzekeraar Menzis vergoedde de ziektekosten van de vrouw en het kind en nam daarvoor regres op eiser en diens WAM-verzekeraar Interpolis. Menzis legde aan haar vordering ten grondslag dat eiser en Interpolis hoofdelijk aansprakelijk zijn voor haar gehele vordering. Weliswaar staat het regresverbod van art. 7:962 lid 3 BW eraan in de weg dat zij de schade verhaalt op X, maar dat brengt niet mee dat de hoofdelijke verbondenheid van eiser wordt doorbroken, aldus Menzis. Eiser en Interpolis verweerden zich met de stelling dat Menzis op grond van art. 7:962 lid 3 BW geen vordering kreeg op X, nu X de echtgenoot respectievelijk de vader van de benadeelden is en zij uit dien hoofde geen regres op hen kan nemen. Omdat Menzis slechts één partij kon aanspreken (te weten eiser), is art. 6:102 BW volgens Interpolis niet van toepassing nu alleen sprake kan zijn van hoofdelijkheid als men meer dan één partij kan aanspreken tot vergoeding van dezelfde schade.

De rechtbank ging mee met het verweer van eiser en Interpolis en wees de vordering af. Het hof vernietigde dit vonnis echter. Volgens het hof stond vast dat de slachtoffers hun gehele schade naar keuze zouden kunnen verhalen op X of eiser, die hoofdelijk verbonden zijn. Zij hebben dus een vordering van 100% van de schade op eiser. Het is in die schade dat Menzis is gesubrogeerd, aldus het hof, hetgeen betekent dat ook Menzis de gehele schade op eiser en Interpolis kon verhalen. Dat Menzis op grond van art. 7:962 lid 3 BW zelf niet de mogelijkheid had de schade (ook) op X te verhalen, doet daaraan niet af, aldus het hof.

De Hoge Raad vernietigde het arrest en bekrachtigde het vonnis. Hij overwoog dat het strookt met de strekking van art. 7:962 lid 3 BW dat Menzis de schade slechts op eiser kon verhalen onder aftrek van het gedeelte dat X in zijn onderlinge verhouding met eiser aanging. In-

dien zou worden geoordeeld dat Menzis de schade volledig op eiser zou kunnen verhalen, zou dat meebrengen dat deze – op grond van art. 6:102 lid 1 jo. art. 6:101 lid 1 BW – voor het deel van de schade dat hem in zijn verhouding jegens X niet aangaat, regres zou kunnen nemen op X. Hierdoor zou langs deze indirecte weg alsnog het resultaat worden bereikt dat de wetgever met art. 7:962 lid 3 BW beoogde te voorkomen. Hierbij past dat art. 7:962 lid 3 BW het verhaalsrecht van Menzis tegen overige medeschuldners, in dit geval eiser, dienovereenkomstig beperkt.

Billijkheidscorrectie bij proportionele aansprakelijkheid

HR 14 december 2012, LJN BX8349
In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat onder specifieke omstandigheden art. 6:101 BW aanleiding kan geven tot een vermindering van de op basis van proportionele aansprakelijkheid vastgestelde vergoedingsplicht en eventueel tot een billijkheidscorrectie als in dat artikel bedoeld. De volgende feiten lagen aan dit arrest ten grondslag.

Verweerder 2 (moeder) raakte tijdens haar zwangerschap betrokken bij een verkeersongeval, doordat een bij Nationale-Nederlanden verzekerde auto geen voorrang verleende. Daarna is zij door middel van een keizersnede bevallen van verweerder 1 (baby). Kort na zijn geboorte ontstond bij de baby respiratory distress syndrome (RDS) en enige maanden na zijn geboorte is bij hem periventriculaire leucomalacie (PVL, een hersenbeschadiging) geconstateerd, waaraan hij blijvend letsel overhield.

Verweerders vorderden schadevergoeding van Nationale-Nederlanden, stellende dat het letsel van de baby is veroorzaakt door het verkeersongeval. Nationale-Nederlanden stelde zich op het standpunt dat de hersenbeschadiging van de baby is veroorzaakt door de RDS vlak na de bevalling en dat een prenatale PVL als gevolg van het ongeval slechts een theoretische mogelijkheid is. Zowel vóór als tijdens de procedure in feitelijke aanleg hebben verschillende deskundigen zich uitgelaten over beide mogelijke oorzaken (prenatale PVL ten gevol-

ge van het ongeval en postnatale PVL ten gevolge van RDS).

De rechtbank leidde uit de deskundigenrapportages af dat de hersenbeschadiging van de baby kan zijn veroorzaakt door zowel de prenatale als de postnatale PVL, dan wel door een combinatie van die twee, zonder dat met voldoende zekerheid is vast te stellen in welke mate deze schade door deze gebeurtenissen dan wel één daarvan is ontstaan. In verband met dit onzeker causaal verband koos de rechtbank voor een proportionele benadering. De kans dat de hersenbeschadiging was toe te rekenen aan de prenatale PVL ten gevolge van het ongeval schatte zij op basis van het deskundigenbericht op 50%. De rechtbank veroordeelde Nationale-Nederlanden daarom tot vergoeding van 50% van de materiële en immateriële schade en verwees de zaak naar de schadestaatprocedure.

Het hof sloot zich bij de rechtbank aan en nam het oordeel van de rechtbank over dat de kans dat het verkeersongeluk de schade had veroorzaakt 50% is. Ten aanzien van de door verweerders ingeroepen billijkheidscorrectie, oordeelde het hof vervolgens dat het mogelijk moet zijn, met analoge toepassing van de billijkheidscorrectie van art. 6:101 lid 1 BW, de veroorzakingskansen aan te passen indien de omstandigheden hiertoe nopen, mits dit met terughoudendheid gebeurt. In dit geval achtte het hof een correctie van 10% op zijn plaats, zodat zij Nationale-Nederlanden aansprakelijk achtte voor 60% van de schade.

Nationale-Nederlanden voerde in cassatie aan dat bij proportionele aansprakelijkheid geen ruimte bestaat om de veroorzakingskansen (vastgesteld door toepassing van de proportionele benadering) aan te passen door middel van een billijkheidscorrectie. Een billijkheidscorrectie zou alleen dan mogelijk zijn, binnen de grenzen van het beoordelingskader van de proportionele aansprakelijkheid, bij toepassing van eigen schuld of een andere in de wet voorziene regeling. Hiervan is volgens Nationale-Nederlanden in dit geval geen sprake.

De Hoge Raad oordeelde dat indien met toepassing van de regel van

proportionele aansprakelijkheid een percentage voor de vergoedingsplicht van de aansprakelijke persoon is bepaald, en vervolgens dat percentage op grond van een billijkheidscorrectie verhoogd zou worden, deze verhoging verder zou gaan dan door de regel van de proportionele aansprakelijkheid wordt gerechtvaardigd, en op gespannen voet staat met de in het arrest *Fortis/Bourgonje* bedoelde terughoudendheid. Onder specifieke omstandigheden kan art. 6:101 BW wel aanleiding geven tot een vermindering van de (op basis van proportionele aansprakelijkheid vastgestelde) vergoedingsplicht en eventueel tot een billijkheidscorrectie als in dat artikel bedoeld, aldus de Hoge Raad. Daarvoor moet sprake zijn van causale omstandigheden aan de zijde van de benadeelde die niet reeds verdisconteerd (konden) zijn in het kader van de proportionele aansprakelijkheid zelf. Op grond hiervan vernietigde de Hoge Raad het arrest en bekrachtigde het vonnis.

Onderscheid kansschade en proportionele aansprakelijkheid

HR 21 december 2012, LJN BX7491

In dit arrest liet de Hoge Raad zich uit over het onderscheid c.q. de verhouding tussen het leerstuk van de kansschade en proportionele aansprakelijkheid. In casu had eiser in opdracht van verweerder advies gegeven over de fiscale consequenties van het uittreden van verweerder bij accountantskantoor A. Het advies was erop gericht om de belastingdruk op een door verweerder te ontvangen uittreedensom zo veel mogelijk te beperken. Eiser zou bij zijn advisering jegens verweerder toerekenbaar tekort zijn geschoten door geen melding te maken van de mogelijkheid van de zogenoemde 'ruilarresten', en ook door hem een geruisloze inbreng te adviseren, hetgeen geen haalbare mogelijkheid en in feite een onbegaanbare weg was. Verweerder vorderde in deze procedure vergoeding van de schade als gevolg van de beroepsfout van eiser.

Nadat de rechtbank die vordering had afgewezen, wees het hof de vordering toe tot een bedrag van € 54.285,27 vermeerderd met rente. De Hoge Raad vernietigde dit arrest

en verwees de zaak terug. Na eiswijziging (waarbij verweerder schadevergoeding nader op te maken bij staat vorderde) wees het hof in zijn thans bestreden arrest de vordering aldus toe dat het eiser veroordeelde tot betaling van 60% van de schade die verweerder had geleden als gevolg van de door eiser gemaakte beroepsfout, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. Hierbij had het hof zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting toepassing gegeven aan het leerstuk van de kansschade. Daarbij merkte de Hoge Raad nog op dat, nu het hof het *conditio-sine-qua-non-verband* tussen de normschending van eiser en het verlies van de kans van verweerder op een gunstiger fiscale behandeling had vastgesteld volgens de gewone bewijsregels, zonder in dat verband een proportionele benadering te hanteren, geen grond bestaat voor de terughoudende benadering die in geval van causaliteitsonzekerheid volgens het arrest *Fortis/Bourgonje* bij toepassing van proportionele aansprakelijkheid op haar plaats is.

Omtrent hetzij het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid en dat van de 'kansschade' of 'verlies van een kans' overwoog de Hoge Raad in zijn algemeenheid als volgt. In zijn arrest van 31 maart 2006, *NJ* 2011, 205 (*Nefaliti/Karamus*) heeft de Hoge Raad de rechtsregel van de proportionele aansprakelijkheid aanvaard. Die houdt in, zeer kort samengevat, dat de rechter in gevallen waarin niet kan worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door een normschending van de aansprakelijk gestelde persoon of van iemand voor wie hij aansprakelijk is, dan wel door de oorzaak die voor risico van de benadeelde zelf komt (of door een combinatie van beide oorzaken), en waarin de kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt niet zeer klein noch zeer groot is, de aansprakelijk gestelde persoon mag veroordelen tot schadevergoeding in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door zijn normschending is veroorzaakt. Daaraan heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 24 december 2010, *NJ* 2011, 251 (*Fortis/Bourgonje*) toegevoegd dat de aldus aanvaarde mogelijkheid van proportionele aansprakelijkheid met terughoudend-

heid moet worden toegepast. Deze rechtsregel van de proportionele aansprakelijkheid is derhalve geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over het *conditio-sine-qua-non-verband* tussen enerzijds de normschending en anderzijds de schade, en waarin die onzekerheid grond vindt in de omstandigheid dat de schade kan zijn veroorzaakt hetzij door de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis, hetzij door een voor risico van de benadeelde komende omstandigheid, hetzij door een combinatie van beide oorzaken.

De Hoge Raad heeft het leerstuk van de kansschade aanvaard in gevallen waarin een advocaat had verzuimd om tijdig hoger beroep in te stellen of om tijdig een rechtsvordering in te stellen. In deze gevallen stond op zichzelf de tekortkoming van de advocaat vast, maar was onzeker of een ingesteld hoger beroep of een ingestelde rechtsvordering tot succes voor de cliënt zou hebben geleid, met andere woorden: of de tekortkoming van de advocaat heeft geleid tot schade voor de cliënt, bestaande in een slechtere uitkomst van het geschil dan bij uitblijven van de tekortkoming het geval zou zijn geweest. Vaststond slechts dat de cliënt de kans op een betere uitkomst door de tekortkoming van de advocaat was onthouden. De Hoge Raad heeft voor dit soort gevallen geoordeeld dat de rechter de schade moet vaststellen door te beoordelen hoe de appèlrechter, indien wel tijdig hoger beroep was ingesteld, had behoren te beslissen, althans dat de rechter het toewijsbare bedrag aan schadevergoeding moet schatten aan de hand van de goede en kwade kansen die de cliënt in het hoger beroep zou hebben gehad; een overeenkomstige maatstaf geldt voor een te laat ingestelde rechtsvordering. Opmerking verdient dat teneinde de leer van de kansschade te kunnen toepassen, eerst beoordeeld moet worden of *conditio-sine-qua-non-verband* aanwezig is tussen de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis en het verlies van de kans op succes, aldus nog steeds de Hoge Raad. In de gevallen waarop de hiervoor genoem-

de arresten van de Hoge Raad betrekking hadden, is dat *conditio-sine-qua-non-verband* echter zonder meer gegeven met het verzuim van de advocaat om tijdig een rechtsmiddel of de rechtsvordering in te stellen, en resteert dus slechts de vaststelling van de schade aan de hand van de schatting van de goede en kwade kansen die die cliënt in het hypothetisch geding zou hebben gehad. Deze leer van de kansschade is derhalve geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld of en in hoeverre in de hypothetische situatie dat de tekortkoming of onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven de kans op succes zich in werkelijkheid ook zou hebben gerealiseerd.

Vergoeding van kosten van herstel in oude toestand

HR 11 januari 2013, LJN BX9830

In dit arrest liet de Hoge Raad het oordeel van het hof in stand over vergoeding van kosten van herstel in de oude toestand, nadat het vonnis op basis waarvan de toestand was gewijzigd, door het hof was vernietigd.

In dit geval waren partijen een ruilovereenkomst aangegaan betreffende twee van hun in eigendom toebehorende en aan elkaar grenzende percelen grasland. Eiser was van plan om op het door hem te ontvangen gedeelte zijn boomkwekerij uit te breiden. De rechtbank veroordeelde eiser tot nakoming van de ruilovereenkomst, door het uitvoeren van de werkzaamheden waartoe eiser zich in de ruilovereenkomst had verbonden. Het vonnis van de rechtbank is in appèl door het hof vernietigd.

In de onderhavige schadestaatprocedure vorderde eiser vergoeding van de schade die hij had geleden doordat hij de werkzaamheden had (laten) verrichten waartoe hij in het vonnis was veroordeeld op straffe van een dwangsom. Nu de grondruil niet doorging, verlangde eiser een vergoeding van de kosten die

hij had gemaakt om die werkzaamheden te laten uitvoeren, alsmede een vergoeding van de kosten van herstel van de grond in de oude toestand. Anders dan de rechtbank, wees het hof de tweede post slechts toe voor een bedrag van € 10 000 (in plaats van de gevorderde ruim € 40 000). Met betrekking tot die tweede schadepost achtte het hof niet zonder meer aannemelijk dat er voor eiser voldoende aanleiding bestond om de op zijn grond uitgevoerde werkzaamheden ongedaan te maken. Het hof overwoog dienaangaande dat eiser niet had gesteld dat de uitgevoerde werkzaamheden aan de exploitatie van de grond in de weg stonden.

De Hoge Raad oordeelde dat de opvatting dat de rechter de schade moet begroten op een bedrag van de kosten van herstel in de oude toestand, ook al hebben de onder de dreiging van tenuitvoerlegging verrichte werkzaamheden de waarde of de exploitatiemogelijkheid van de grond niet aangetast, in haar algemeenheid niet kan worden aangevaard. In beginsel dient de schadevergoeding de benadeelde zo veel mogelijk in de toestand te brengen waarin zij hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven, hetgeen meebrengt dat de omvang van de schade wordt bepaald door vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die vermoedelijk zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden. Als die vergelijking echter aan het licht brengt dat de nieuwe toestand voor de partij die schadevergoeding verlangt geen achteruitgang inhoudt ten opzichte van de oude, en die partij er geen rechtens te respecteren belang bij heeft dat de oude toestand wordt hersteld, kan de rechter zonder enige rechtsregel te schenden tot het oordeel komen dat er geen vermogensschade is geleden en op die grond de vordering tot vergoeding van de kosten van herstel in de oude toestand afwijzen. Dat geldt ook indien het gaat om een vordering tot vergoeding van schade als gevolg van onrechtmatige dreiging met tenuitvoerlegging van een vonnis dat later in hoger beroep is vernietigd. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep.

Literatuur

M.L. Hendrikse, 'Het leerstuk subrogatie in het verzekeringsrecht: noodzakelijke regeling of overdreven regelzucht?', *NTHR* 2013-1

In deze bijdrage wordt aandacht besteed aan de rol die art. 7:962 lid 2 en 3 BW vervullen bij het verhaal op derden en wordt ook aangegeven op welke wijze beide bepalingen kunnen worden verbeterd gegeven die rol. In deze bijdrage zal er ook enige aandacht zijn voor rechtsvergelijking.

P. van Zwieten, 'Reikwijdte van de verhaalsimmunititeiten ex art. 7:962 lid 3 BW', *NTHR* 2013-1

De verhaalsuitsluitingen, welke zijn opgenomen in de subrogatiebepaling van titel 7.17 BW, werken ook door in een vordering op een hoofdelijk aangesproken medeaansprakelijke (HR 23 november 2012, LJN BX5880). In zijn uitspraak van 23 november 2012 heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over een verhaalsconstructie, met als kennelijk doel de verhaalsuitsluiting uit art. 7:962 lid 3 BW te omzeilen. In deze bijdrage staat de onderhavige uitspraak van de Hoge Raad centraal.

M.H.P. Claassen & J.L. Snijders, 'Consumentenkrediet, anderhalf jaar later', *FR* 2012-12

Deze bijdrage beoogt een overzicht te geven van de regelgeving inzake consumentenkrediet anderhalf jaar na implementatie van de Richtlijn Consumentenkrediet, van de valkuilen en van de ophanden zijnde ontwikkelingen. Vooral de uitbreiding waardoor ook flitskredieten onder de reikwijdte van het consumentenkrediet en daarmee van de vergunningplicht zijn gebracht, hebben al tot enkele uitspraken geleid.

C.J.M. Klaassen, 'De reikwijdte van de werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen na TNT/Wijenberg en De Rooyse Wissel/Hagens en hoe nu verder?', *NTBR* 2012-10, 53

De reikwijdte van de klassieke werkgeversaansprakelijkheid op grond van art. 7:658 BW roept diverse vragen op en sluit in diverse opzichten niet aan bij de hedendaagse wijze van werken. De tegen deze achtergrond ontwikkelde 'aanvul-

lende' aansprakelijkheid op grond van 'goed werkgeverschap' met een verzekeringsplicht voor bepaalde gevallen is door de Hoge Raad inmiddels echter 'on hold' gezet. De vraag is: hoe nu verder?

M.W.F. Bosters, 'Art. 3:40 BW verscherpt, maar niet verduidelijkt', *Juridisch up to Date* 2013-1, p. 19-21

Op grond van art. 3:40 lid 1 BW zijn rechtshandelingen en daarmee tevens overeenkomsten nietig indien zij door inhoud of strekking in strijd met de goede zeden of de openbare orde zijn. Op 1 juni 2012 heeft de Hoge Raad deze bepaling echter verder genuanceerd (*LJN BU5609*). Het onderwerp in dit arrest is een tussen Mediq Apotheken Beheer B.V. en Esmilo B.V. gesloten samenwerkingsovereenkomst, waarvan de strekking in strijd zou zijn met een wettelijke bepaling en de openbare orde. De Hoge Raad gaat in op de vereisten van art. 3:40 BW en de mogelijke nietigheid van de samenwerkingsovereenkomst. In dit artikel bespreekt de auteur de feiten die aan het arrest zijn voorafgegaan en de overwegingen van de Hoge Raad.

D.C. Theunis
CMS Derks Star Busmann