

■ Procesrecht algemeen

Jurisprudentie

Onbegrijpelijk of onjuist gemotiveerd oordeel hof ter zake verklaringen partijen ter comparitie

HR 24 februari 2017,
ECLI:NL:HR:2017:305

Eiser is een particulier die wedstrijden met raceauto's rijdt. Hij heeft met het oog op het Europees Autocross Kampioenschap in februari 2011 een 2.5 liter motorblok ('het 2.5 liter blok') gekocht van verweerder voor een bedrag van € 25 000. Tijdens het af testen eind 2010 is het motorblok tweemaal stukgelopen met als gevolg dat het motorblok niet zoals overeengekomen voor de start van het EK aan eiser is geleverd. Verweerder heeft eiser een 2.3 liter motorblok ('het 2.3 liter blok') in bruikleen gegeven in afwachting van door verweerder bestelde onderdelen voor het gereed maken van het 2.5 liter motorblok. Tussen partijen is in geschil over de inhoud van het al dan niet begrepen zijn van de vergoeding voor bruikleen van het 2.3 liter motorblok en de wederzijdse verplichtingen uit de overeenkomst(en). Verweerder stelt dat hij onderdelen van het 2.3 liter blok nodig heeft voor het 2.5 liter blok en heeft eiser tevergeefs verzocht het 2.3 liter blok terug te brengen.

Verweerder vordert in conventie veroordeling van eiser tot afgifte van het 2.3 liter blok, betaling van de restantkoopprijs en vergoeding van de schade als gevolg van het niet-nakomen van de bruikleenovereenkomst. Eiser vordert in reconventie een verklaring voor recht dat de koopovereenkomst buitengerechtelijk is ontbonden en veroordeling van verweerder tot terugbetaling van het voorschot.

De rechtbank heeft voor recht verklaard dat de koopovereenkomst is ontbonden, heeft eiser veroordeeld tot teruggave van het 2.3 liter blok en heeft verweerder veroordeeld tot terugbetaling van het voorschot.

Het hof oordeelde dat eiser door de weigering om het 2.3 liter blok aan verweerder terug te geven in schuldeisersverzuim is komen te verkeren, hetgeen meebrengt dat verweerder niet in verzuim is geraakt ter zake de levering van het 2.5 liter blok zodat eiser niet bevoegd was de koopovereenkomst te ontbinden. Het hof heeft onder meer het oordeel van de rechtbank ter zake de terugbetaling van het voorschot en de teruggave van het 2.3 liter blok in stand gelaten.

Eiser klaagt in cassatie over de onbegrijpelijkheid van het oordeel van het hof dat eiser ter zitting voor het hof de gedetailleerde verklaring van verweerder niet heeft weersproken en verwijst in het middelonderdeel naar een groot aantal vindplaatsen in de processtukken waarin ter zake uitvoerig is gedebatteerd. De Hoge Raad overweegt dat noch uit het oordeel van het hof, noch uit het proces-verbaal van comparitie blijkt dat het hof naar aanleiding van de gedetailleerde verklaring van verweerder specifieke vragen aan eiser heeft gesteld, dat de verklaring van verweerder nieuwe of toespitste punten aan de orde stelde die van dien aard waren dat daarop een (nadere) reactie van eiser kon worden geleverd dan wel sprake is geweest van enige andere omstandigheid die meebracht dat van eiser kon worden geleverd dat hij meer of anders verklaarde dan hij heeft gedaan. Ook blijkt niet uit het proces-verbaal of uit het oordeel van het hof dat verweerder enig verweer heeft prijsgegeven. In dit licht heeft het hof hetzij ten onrechte zijn oordeel enkel gegrond op de wederzijdse verklaringen ter comparitie zonder daarbij rekening te houden met de schriftelijke stukken, hetzij ten onrechte nagelaten te motiveren waarom de gang van zaken ter comparitie de doorslag heeft gegeven ten gunste van verweerder, aldus de Hoge Raad. De Hoge Raad vernietigt en verwijst.

Geen ambtshalve toetsing aan gebondenheid aan WCAM-overeenkomst; hof buiten partijdebat getreden

HR 10 februari 2017,
ECLI:NL:HR:2017:210

Het Hof Amsterdam heeft op 25 januari 2007 de op 8 mei 2006 door Dexia en enige andere belangenorganisaties gesloten overeenkomst verbindend verklaard. Daarmee gold deze overeenkomst als een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in art. 7:907 BW (WCAM-overeenkomst) tussen Dexia en de kring van gerechtigden als daarin omschreven. De WCAM-overeenkomst bepaalt op welke manier effectenleaseovereenkomsten tussen Dexia en deze gerechtigden behoren te worden afgewikkeld. Bij brief van 16 december heeft eiseres in cassatie met een beroep op art. 1:89 BW de aandelenleaseovereenkomsten vernietigd. In deze procedure vordert eiseres met een beroep op nietigheid dat Dexia wordt veroordeeld tot (terug)betaling van al hetgeen in het kader van de aandelenleaseovereenkomsten is betaald. Dexia heeft zich onder meer beroepen op verjaring van de bevoegdheid tot vernietiging. De kantonrechter heeft het beroep op verjaring deels gehonoreerd. De kantonrechter heeft de vorderingen van eiseres gedeeltelijk toegewezen. Het hof heeft het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd. Het hof overwoog dat de WCAM-overeenkomst op de rechtsverhouding van partijen van toepassing is en dat dit in de weg staat aan honorering van het beroep van eiseres op de vernietiging van gesloten effectenleaseovereenkomst. In cassatie klaagt eiseres dat het hof niet gerechtigd was de kwestie van de vermeende gebondenheid aan de WCAM-overeenkomst ambtshalve aan de orde te stellen, nu Dexia zich daarop niet had beroepen en het hier geen punt van openbare orde betreft. De Hoge Raad acht deze klacht gegrond. Volgens hem laten de gedingstukken geen andere conclusie toe dan dat Dexia zich, voordat het hof zijn tussenarrest wees, ter afwering van de vorderin-

gen van eiseres niet erop heeft beroepen dat laatstgenoemde moet worden aangemerkt als gerechtigde in de zin van de WCAM-overeenkomst en dat haar daarom, bij gebreke van een opt-out verklaring, geen beroep toekomt op art. 1:89 BW. Gelet hierop mocht het hof, ook indien het van oordeel was dat in de stellingen van eiseres besloten lag dat de verbindend verklaarde WCAM-overeenkomst van toepassing is, de desbetreffende afwijzingsgrond, die niet van openbare orde is, niet ambtshalve bijbrengen. Het staat de rechter immers niet vrij zijn beslissing te baseren op rechtsgronden of verweren die weliswaar zouden kunnen worden afgeleid uit in het geding gebleken feiten en omstandigheden, maar die door de desbetreffende partij niet aan haar vordering of verweer zijn ten grondslag gelegd (vgl. HR 12 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1492). Dit wordt niet anders doordat het hof partijen in de gelegenheid heeft gesteld zich over deze kwestie uit te laten en Dexia zich na het tussenarrest erop heeft beroepen dat eiseres moet worden aangemerkt als gerechtigde in de zin van de WCAM-overeenkomst en een opt-out verklaring ontbreekt. Het betrof immers een nieuw verweer, dat niet in het verlengde lag van de door partijen omliggende rechtsstrijd in appel (art. 347 Rv), terwijl niet is vastgesteld dat zich een van de in de rechtspraak aanvaarde uitzonderingen op de twee-conclusieregel voordeed. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof Amsterdam en verwijst het geding.

Geen miskenning twee-conclusieregel, maar nadere precisering van eerdere stellingen

*HR 17 februari 2017,
ECLI:NL:HR:2017:281*

In de onderhavige procedure heeft Amaggi veroordeling van Sanibel gevorderd tot vergoeding van de schade die Amaggi heeft geleden door het ten onrechte 'retenteren' van de lading, het pretenderen van vorderingen en het afdwingen van een bankgarantie voor USD 1 miljoen, alsmede veroordeling tot betaling van USD 300 000. De rechtbank heeft de vordering toegewezen tot een bedrag van USD 115 074,64 (zijnde de wettelijke rente over USD 1 miljoen vanaf het stellen van

de bankgarantie tot aan de teruggave daarvan). Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en Sanibel veroordeeld tot betaling van USD 154 000 en tot schadevergoeding op te maken bij staat. Sanibel klaagt dat het hof de 'in beginsel strakke regel' heeft miskend door stellingen aan zijn oordeel ten grondslag te leggen die Amaggi eerst ter zitting in hoger beroep heeft aangevoerd. Indien het hof de desbetreffende stellingen heeft aangemerkt als een nadere uitwerking of precisering van eerder betrokken stellingen is dat volgens het onderdeel onbegrijpelijk, omdat de gedingstukken daartoe geen aanknopingspunt bieden. Amaggi heeft in de gedingstukken aan haar vordering ten grondslag gelegd dat zij door de in verband met de bankgarantie gedane storting van USD 1 miljoen bedrijfskapitaal ter hoogte van dat bedrag heeft moeten missen, waarmee zij rendement had kunnen maken. Zij heeft dat rendement gelijkgesteld aan de 'return on investment' die zij stelt over de jaren 2010-2013 te hebben gerealiseerd. Tijdens de zitting heeft Amaggi vragen van het gerechtshof beantwoord. De Hoge Raad overweegt dat het hof de antwoorden op de gestelde vragen kennelijk heeft aangemerkt als nadere precisering van eerder aangevoerde stellingen (zie onder meer HR 27 april 2012, NJ 2012/293). Het hof heeft de twee-conclusieregel dan ook niet miskend. De kwalificatie van de desbetreffende antwoorden berust voorts op de aan het hof voorbehouden uitleg van de gedingstukken. Onbegrijpelijk is die niet. Het onderdeel faalt derhalve. Sanibel klaagt verder tegen het oordeel van het hof dat Sanibel de stellingen van Amaggi slechts in algemene termen en onvoldoende concreet heeft betwist, onbegrijpelijk is. Het onderdeel slaagt. Het hof heeft er geen blijk van gegeven het in het onderdeel genoemde verweer van Sanibel te hebben betrokken bij zijn beoordeling van de vraag of de door Amaggi gederfde winst als gevolg van het stellen van de bankgarantie van USD 1 miljoen ten minste het verschil tussen USD 154 000 en € 18 826,76 bedraagt. Het kon daarvan niet afzien op de grond dat Sanibel de ter zitting in hoger beroep door Amaggi ingenomen stellingen op dat moment slechts in algemene

termen heeft betwist. In aanmerking genomen dat Amaggi eerst op die zitting heeft gepreciseerd dat een vermindering van haar creditsaldo met USD 1 miljoen leidde tot een vermindering van haar leencapaciteit met USD 6 miljoen en dat zij met laatstgenoemd bedrag transacties had kunnen verrichten waarvan de omzet een veelvoud van USD 6 miljoen zou hebben bedragen, kon op dat moment van Sanibel geen nader, specifiek daarop toegespitst verweer worden verlangd. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof Amsterdam en verwijst het geding.

Processueel ondeelbare rechtsverhouding

*HR 10 maart 2017,
ECLI:NL:HR:2017:411*

In dit arrest oordeelt de Hoge Raad over de in het geding te betrekken partijen bij een processueel ondeelbare rechtsverhouding. De Hoge Raad overweegt dat een vordering tot boedelbeschrijving en verdeling van een nalatenschap in beginsel een rechtsverhouding betreft waarbij het rechtens noodzakelijk is dat een beslissing daarover in dezelfde zin luidt ten aanzien van alle bij die rechtsverhouding betrokkenen (een zogeheten processueel ondeelbare rechtsverhouding). Dat betekent dat de rechter de beslissing over die boedelbeschrijving en verdeling slechts kan geven in een geding waarin allen die bij die rechtsverhouding zijn betrokken, partij zijn, zodat de rechterlijke beslissing hen allen bindt. Dat geldt zowel in eerste aanleg als na aanwending van een rechtsmiddel (vgl. o.m. HR 8 november 1991, NJ 1992/34). Laat een partij die een beslissing wil uitlokken over een processueel ondeelbare rechtsverhouding na om alle bij de rechtsverhouding betrokken partijen in het geding te betrekken, dan dient de rechter, naar aanleiding van een daarop gericht verweer dan wel ambtshalve, gelegenheid te geven om de niet opgeroepen personen alsnog als partij in het geding te betrekken door oproeping op de voet van art. 118 Rv binnen een daartoe door de rechter te stellen termijn. Ook dit geldt zowel in eerste aanleg als na aanwending van een rechtsmiddel (vgl. HR 15 maart 2013, NJ 2013/290, r.o. 3.4.3). Is een partij de gelegenheid gegeven om

de niet opgeroepen personen op de voet van art. 118 Rv in het geding te betrekken, maar maakt deze niet (of niet tijdig) van die gelegenheid gebruik, dan dient zij niet-ontvankelijk te worden verklaard in haar vordering respectievelijk het door haar aangewende rechtsmiddel. Omdat de op een rechtsmiddel te geven uitspraak voor alle partijen bij de processueel ondeelbare rechtsverhouding dient te gelden en de hiervoor genoemde herstelmoogelijkheid dient te bestaan, krijgt een uitspraak in vorige instantie waartegen een rechtsmiddel is ingesteld, (ook) jegens de eventueel ten onrechte niet opgeroepen personen niet aanstonds kracht van gewijsde (vgl. HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:183, r.o. 4.2.3). Wordt van die herstelmoogelijkheid geen gebruik gemaakt, dan gaat die uitspraak door niet-ontvankelijkheid van het rechtsmiddel jegens alle bij de rechtsverhouding betrokken partijen in kracht van gewijsde. Volgens de Hoge Raad bestaat geen behoefte meer aan een regel als aanvaard in HR 21 november 1952, NJ 1953/468 (zie ook o.m. HR 27 juni 1975, NJ 1976/62 en HR 3 mei 2002, NJ 2002/393), inhoudende dat het rechtsmiddel dat is ingesteld door een van de eisers of een van de gedaagden tegen een beslissing over een processueel ondeelbare rechtsverhouding, mede werking heeft voor de andere eisers respectievelijk de andere gedaagden, ook al hebben die andere eisers dan wel gedaagden zelf geen rechtsmiddel ingesteld. Alle partijen dienen immers in de volgende instantie in het geding te worden betrokken. De Hoge Raad komt dan ook terug van deze regel. Omdat de praktijk op de gelding van die regel is ingesteld, blijft die regel echter van toepassing met betrekking tot uitspraken die zijn gedaan in zaken waarin het hiervoor genoemde herstel niet heeft plaatsgevonden, en waarin dat herstel na het uitspreken van dit arrest niet meer mogelijk is, ook niet door aanwending van een rechtsmiddel. Uit het hiervoor overwogene volgt dat het onderdeel terecht is voorgesteld voor zover het erover klaagt dat het hof uitspraak heeft gedaan zonder dat betrokkene 2 en betrokkene 3 als medegerechtigden tot de nalatenschap in het hoger beroep waren betrokken. Het hof had verweerder gelegenheid moeten geven

om hen alsnog op te roepen. Het bestreden arrest kan daarom niet in stand blijven. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden en verwijst het geding.

Literatuur

C. Prins, 'E-mailverkeer en de kernwaarden van de Rechtspraak', NJB 2017, afl. 1

De Hoge Raad oordeelde in november 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2654) over het instellen van beroep in cassatie door middel van (een volmacht in een bijlage bij) een e-mail. Een dergelijke bijdrage dient als een rechtsgeldige volmacht tot de instelling van een rechtsmiddel te worden beschouwd, indien de e-mail is verzonden naar een e-mailadres dat door het gerecht is aangewezen voor communicatie met de griffie-medewerkers inzake de aanwending van rechtsmiddelen en de schriftelijke volmacht voldoet aan de door de Hoge Raad in het arrest van 22 december 2009 (ECLI:NL:HR:2009:BJ7810) geformuleerde eisen. De auteur gaat in op het gebruik van e-mail binnen de Rechtspraak.

E. Loesberg, 'De vordering tot nakoming van een overeenkomst in kort geding', ORP 2017, afl. 2

In deze bijdrage gaat de auteur in op de vordering tot nakoming in kort geding. Degene die in kort geding de veroordeling tot nakoming vordert, zal het bestaan van de overeenkomst aannemelijk moeten maken, bijvoorbeeld door het overleggen van een schriftelijke overeenkomst dan wel verklaringen van degene(n) die bij het tot stand komen van de overeenkomst waren betrokken. Tevens zal hij aannemelijk moeten maken dat sprake is van een spoedeisend belang bij de veroordeling tot nakoming. De gedaagde kan eventueel het spoedeisend belang in formele zin betwisten en aannemelijk maken dat in ieder geval geen sprake is van spoedeisend belang in materiële zin.

Themanummer Arbitrage, BB 2017, afl. 4

In deze special, die uit negen bijdragen bestaat, beantwoorden de auteurs vele vragen met betrekking tot arbitrage. In dit themanummer wordt onder meer ingegaan op de vraag wanneer het verstandig is

voor partijen om voor arbitrage te kiezen. Ook is er aandacht voor de vraag waar partijen rekening mee moeten houden.

L. Boersma, 'De kosten van de deelgeschilprocedure: enkele suggesties tot normering', TVP 2017, afl. 1

Belangenbehartigers, verzekeraars en ook deelgeschilrechters worstelen vandaag de dag met de problematiek van het (vooraf) inschatten en beoordelen van de redelijkheid van de kosten van deelgeschilprocedures. In de literatuur is hierom reeds meermaals betoogd dat 'normering' van de kosten in de deelgeschilprocedure tot minder discussie, meer transparantie en meer rechtszekerheid zal leiden. De auteur bespreekt in dit artikel drie concrete normeringsvarianten.

D. Hesemans, 'Naar een Wet bevordering mediation in Nederland', Tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement 2016, afl. 4

In Nederland wordt sinds enkele jaren gewerkt aan wetgeving ter bevordering van het vertrouwen in mediation en mediators en, daarmee, ter bevordering van de inzet van mediation als een wijze van geschiloplossing. Meer recent richt het werk zich op de voorbereiding van de Wet bevordering mediation. In deze bijdrage wordt het grillige verloop van de voorbereiding van deze wetgeving beschreven.

J.F.M. Heuvelmans, 'Ja, maar of Nee, want', Jurid 2017, afl. 7

In alle gevallen is het verstandig zorgvuldig woorden te kiezen om een partijbedoeling duidelijk te maken. Dat begint bij de inleidende gesprekken die gevoerd worden en tot een overeenkomst kunnen leiden, het opstellen van de overeenkomst zelf en hetgeen partijen daaromtrent over en weer aan elkaar verklaren. De bedoeling van partijen loopt immers als een rode draad door de uitleg van de overeenkomst heen. Dat geldt ook als de uitleg van de overeenkomst uitmondt in een procedure voor de rechter. Ook in geval van een procedure is het zorgvuldig kiezen van woorden een zaak van levensbelang, omdat daaraan gevolgen verbonden worden die de rechtspositie van partijen kunnen beïnvloeden,

bijvoorbeeld bij het verdelen van de bewijslast.

R.J.G. van Brakel
CMS

■ Verbintenissenrecht/ consumentenrecht

Jurisprudentie

Schadeberekening in geval van total loss

HR 10 februari 2017,
ECLI:NL:HR:2017:208

In dit geding vordert verzoeker dat verzekeraar New India wordt veroordeeld tot het vergoeden van alle schade die verzoeker als direct of indirect gevolg van een ongeval heeft geleden. Het Gerecht in eerste aanleg heeft ter zake van de schade aan de auto na aftrek van de restwaarde een bedrag van Afl. 26 000 toegewezen. Het Gemeenschappelijk Hof heeft de vonnissen bekrachtigd en daarnaast New India veroordeeld het bedrag van de restwaarde van Afl. 6000 te betalen. Volgens de Hoge Raad geldt als uitgangspunt voor de berekening van de omvang van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding dat de benadeelde zo veel mogelijk in de toestand moet worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven. Hieruit volgt dat de schade in beginsel moet worden berekend met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval. Op praktische gronden en om redenen van billijkheid, kan in bijzondere gevallen van een of meer omstandigheden van het geval worden geabstraheerd. (Zie onder meer HR 5 december 2008, NJ 2009/387.) De Hoge Raad overweegt dat wanneer een zaak geheel en al verloren gaat voor de rechthebbende doordat herstel niet mogelijk is of economisch onverantwoord, deze door dit verlies een nadeel in zijn vermogen lijdt gelijk aan de waarde van de zaak. Indien de desbetreffende, verloren gegane zaak een exemplaar is zonder eigen, individueel bepaalde kenmerken, van een soort waarvoor een voor het publiek toegankelijke markt bestaat, zal de rechthebbende door dit verlies een nadeel in zijn vermogen lijden dat in het algemeen kan wor-

den gesteld op de waarde in het economisch verkeer van de zaak ten tijde van het verlies (de 'marktwaaarde', vgl. HR 7 mei 2004, NJ 2005/76). De Hoge Raad overweegt dat – behoudens bijzondere door de rechthebbende te stellen omstandigheden – daarmee recht wordt gedaan aan het uitgangspunt dat hij als benadeelde zo veel mogelijk in de positie moet worden gebracht waarin hij zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis zou hebben verkeerd. In het onderhavige geval is sprake van algeheel verlies van de auto. Volgens de Hoge Raad brengt het voorgaande dan mee dat verzoeker aanspraak kan maken op vergoeding van de marktwaaarde van deze auto ten tijde van het verlies. Het Hof heeft (onder verwijzing naar het arrest *Reaal/Athlon*, HR 26 oktober 2012, NJ 2013/219) het standpunt van New India aanvaard dat bij de begroting van de schade een 'afschrijvingsmethode' wordt gehanteerd. Verzoeker heeft echter betwist dat toepassing van die methode ertoe leidt dat zijn schade wordt vergoed. Het Hof heeft die betwisting op ontoereikende gronden verworpen. Het heeft immers naar aanleiding van die betwisting niet vastgesteld dat de afschrijvingsmethode ertoe leidt dat verzoeker de marktwaaarde van de auto ten tijde van het verlies vergoed krijgt. De daarop gerichte klachten van het onderdeel slagen dan ook. De Hoge Raad vernietigt het vonnis van het Hof en verwijst het geding terug.

Toerekening van schade, matiging en onderscheid schade en wettelijke rente

HR 10 februari 2017,
ECLI:NL:HR:2017:214

Avi (een Israëlische vennootschap) en verweerster in cassatie zijn actief in de handel van (bouw)kranen. Zij hebben een koopovereenkomst gesloten ter zake de verkoop van twee kranen door Avi aan verweerster. Daarnaast zijn zij overeengekomen dat Avi door tussenkomst van verweerster een kraan verhuurt aan een derde (een in Dubai gevestigde vennootschap). Avi heeft de verkochte kranen echter niet geleverd. De verhuurde kraan heeft zij wel ter beschikking gesteld, in welk verband zij transportkosten heeft gemaakt en huurinkomsten heeft gederfd omdat de huurovereen-

komst tijdens de huurder niet door een tekeningsbevoegd persoon is ondertekend. In dit geding heeft verweerster in conventie gevorderd dat Avi wordt veroordeeld tot terugbetaling van een aanbetaling ad € 446 500 voor de niet geleverde kranen en tot betaling van € 300 000 wegens gederfde winst. In reconventie heeft Avi een verklaring voor recht gevorderd dat de aanbetaling is verrekend, dan wel is opgeschort en alsnog mag worden verrekend. Subsidiar heeft Avi betaling gevorderd van onder meer € 111 625 voor gemiste korting ter zake de niet geleverde kranen, alsmede een bedrag van € 715 000 wegens gederfde huur en € 98 490 voor transportkosten in verband met de aan de derde verhuurde kraan. Tegen de toewijzing van de aanbetaling hebben partijen niet gegriefd. De door verweerster gevorderde gederfde winst en de door Avi gevorderde misgelopen korting zijn door het hof afgewezen. Het hof wees de gederfde huurinkomsten en de transporten toe tot een bedrag van € 480 000. Het hof overwoog daartoe dat in het kader van toerekening in de zin van art. 6:98 BW van belang is dat verweerster Avi, een zakelijke relatie die niet op eigen naam zaken kon doen met Arabische landen ter wille was, dat zij dat niet uit eigen belang heeft gedaan en dat het nalaten te controleren of de huurovereenkomst door een tekeningsbevoegd persoon haar weliswaar kan worden verweten, maar er niet toe dient te leiden dat zij alle door Avi geleden schade moet vergoeden.

Avi klaagt er in cassatie over dat het toerekeningsoordeel inzake de gemiste korting onjuist is. De Hoge Raad oordeelt dat de klacht faalt voor zover zij aanvoert dat bij toerekening van schade als geregeld in art. 6:98 BW, niet de voorzienbaarheid van het aldus toebrengen van de schade mag meewegen. De klacht mist feitelijke grondslag voor zover zij erop berust dat het hof zijn oordeel alleen heeft gebaseerd op de voorzienbaarheid van de schade, nu het hof naast deze omstandigheid ook de aard van de schade in zijn oordeel heeft betrokken, aldus de Hoge Raad.

Verder klaagt Avi dat het oordeel van het hof dat verweerster niet uit eigen belang heeft gehandeld, onbegrijpelijk is. Deze klacht slaagt. Volgens de Hoge Raad voert de

klacht terecht aan dat Avi in feitelijke instanties heeft gesteld dat zij met verweerster een commissie van 10% van de huurpenningen is overeengekomen, en dat het hof deze stelling niet heeft verworpen. Avi klaagt terecht dat het oordeel van het hof dat slechts een deel van de schade toerekenbaar is aan verweerster blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting dan wel onvoldoende is gemotiveerd, aldus de Hoge Raad. De Hoge Raad zet uiteen dat het bij de toerekening op grond van art. 6:98 BW gaat om de vraag of voldoende verband bestaat tussen de schade en de gebeurtenis waarvoor aansprakelijkheid bestaat. De omstandigheid dat een contractspartij bij de tekortkoming waarvoor aansprakelijkheid bestaat, niet uit eigen belang handelt, kan weliswaar mede van belang zijn bij de beantwoording van de vraag welk verband in de omstandigheden van het geval te eisen is, maar kan niet op zichzelf ertoe leiden dat slechts een deel van de veroorzaakte schade is aan te merken als een toerekenbaar gevolg van de gebeurtenis waarvoor aansprakelijkheid bestaat. De Hoge Raad overweegt dat de omvang van de onderhavige verplichting tot schadevergoeding ook had kunnen worden gematigd op grond van art. 6:109 BW. Tevens wijst de Hoge Raad erop dat ten onrechte geen duidelijk onderscheid is gemaakt welk deel van het toewijsbaar geoordeelde bedrag de schade betreft en welk deel de wettelijke rente daarover. Daarbij is volgens de Hoge Raad van belang dat art. 6:119 BW ertoe strekt de schadevergoeding wegens vertraging in de voldoening van een geldsom te fixeren op de wettelijke rente en dat van de bevoegdheid tot matiging van wettelijke rente terughoudend gebruik behoort te worden gemaakt (HR 14 januari 2005, NJ 2007/481). Dit brengt volgens de Hoge Raad mee dat hoofdsom en rente afzonderlijk moeten worden vastgesteld, en dat voor matiging van de wettelijke rente een afzonderlijk, gemotiveerd, oordeel moet worden gegeven. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof Den Haag en verwijst het geding naar het Hof Amsterdam.

Reikwijdte artikel 2:11 BW en de maatstaf van het persoonlijk ernstig verwijt

HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275

In dit arrest gaat de Hoge Raad in op de verhouding tussen art. 2:11 BW en de bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW. Art. 2:11 BW bepaalt dat de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon tevens hoofdelijk rust op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is. Noch uit de tekst, noch uit de ratio van art. 2:11 BW volgt dat een beperking is beoogd tot toepassing van art. 2:11 BW op een of meer bepaalde wettelijke grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid. Uit het voorgaande volgt volgens de Hoge Raad dat art. 2:11 BW ook van toepassing is op de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder die is gebaseerd op art. 6:162 BW. Dit betekent volgens de Hoge Raad dat voor vestiging van de aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder niet de aanvullende eis geldt dat de schuldeiser stelt, en zo nodig bewijst, dat ook die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Uit de aard van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW volgt echter wel dat als een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is op die grond, een bestuurder van die rechtspersoon-bestuurder aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW (alsnog) kan voorkomen door te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van de gedragingen waarop de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is gebaseerd. Deze bewijslastverdeling doet recht zowel aan de ratio van art. 2:11 BW als aan de vereisten voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW. De Hoge Raad vernietigt het arrest en verwijst het geding.

Bestuurdersaansprakelijkheid bij onterechte ontbinding

HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:484

Hanzevast III is een projectvennootschap waarvan Hanzevast Beleggin-

gen bestuurder en aandeelhouder is. Hanzevast III en G4 hebben langdurig onderhandeld over de koop door Hanzevast III van kantoorruimte in de Euroborg te Groningen. In een brief van 29 juli 2005 aan G4 heeft Hanzevast III zich op het standpunt gesteld dat geen overeenstemming is bereikt over een koopovereenkomst. Voor zover wel overeenstemming zou zijn bereikt, schoot G4 volgens Hanzevast III ernstig tekort in de nakoming van de op haar rustende verplichtingen doordat zij niet bereid was de kantoorruimte tegen de overeengekomen koopprijs op het vereiste niveau op te leveren. Volgens het gerechtshof was wel overeenstemming bereikt en heeft Hanzevast III ten onrechte de ontbinding ingeroepen. G4 heeft daardoor in beginsel recht op vergoeding van het positief contractsbelang dat in zoverre in de plaats komt van nakoming door Hanzevast III. Het gerechtshof heeft ten aanzien van Hanzevast Beleggingen geoordeeld dat zij onrechtmatig zou hebben gehandeld als bestuurder door in weerwil van de overeenkomst Hanzevast III op het moment van levering niet te voorzien van de financiële middelen om haar in staat te stellen de overeenkomst met G4 na te komen. In het verlengde daarvan ligt het dat niet kan worden aanvaard dat de bestuurder de projectvennootschap niet van financiële middelen voorziet indien de projectvennootschap door een ongegronde ontbinding niet nakomt, haar verzuim niet zuivert en daarom gehouden is het positief contractsbelang aan haar wederpartij te voldoen. Op deze gronden oordeelt het hof dat Hanzevast als bestuurder van Hanzevast III een ernstig persoonlijk verwijt treft en zij dus aansprakelijk is voor zover zij Hanzevast III niet van voldoende financiële middelen heeft voorzien om het positief contractsbelang aan G4 te voldoen. Hanzevast Beleggingen komt in cassatie op tegen het oordeel van het hof over de aansprakelijkheid van Hanzevast Beleggingen als bestuurder van Hanzevast III. Zij klaagt dat de door het hof meegewogen omstandigheden onvoldoende zijn om aan te nemen dat Hanzevast Beleggingen als bestuurder van Hanzevast III, persoonlijk een ernstig verwijt treft. Het hof heeft de vraag of Hanzevast Beleggingen aansprakelijk is, beoordeeld

aan de hand van de maatstaf uit HR 8 december 2006, *NJ* 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*). Daartegen komt het middel op zichzelf niet op, zodat dit in cassatie tot uitgangspunt dient. Voor zijn oordeel dat Hanzevast Beleggingen als bestuurder van Hanzevast III persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt en daarom aansprakelijk is, heeft het hof een aantal omstandigheden in aanmerking genomen. Hanzevast Beleggingen heeft, namens de daartoe speciaal door haar opgerichte lege projectvennootschap Hanzevast III, de onderhandelingen met G4 c.s. gevoerd en de koopovereenkomst ondertekend. Ingevolge de koopovereenkomst tussen Hanzevast III en G4 mocht laatstgenoemde ervan uitgaan dat Hanzevast Beleggingen ervoor zou zorg dragen dat Hanzevast III van voldoende financiële middelen zou worden voorzien om op het moment van levering van de kantoorruimte de koopsom te kunnen voldoen. Ook Hanzevast Beleggingen was zich ervan bewust dat G4 daarvan uitging en om die reden geen zekerheden had bedongen. Het zou onrechtmatig tegenover G4 zijn geweest indien Hanzevast Beleggingen op het moment van levering van de kantoorruimte niet ervoor zou hebben zorg gedragen dat Hanzevast III van voldoende financiële middelen zou zijn voorzien om de koopsom te voldoen. Naar het oordeel van het hof is van onrechtmatigheid eveneens sprake in het onderhavige geval, waarin Hanzevast Beleggingen als bestuurder van Hanzevast III de ontbinding van de koopovereenkomst op onjuiste gronden heeft ingeroepen, daaruit een schadevordering van G4 jegens Hanzevast III is voortgevloeid en Hanzevast Beleggingen nalaat ervoor zorg te dragen dat Hanzevast III van voldoende financiële middelen is voorzien om die schadevordering te kunnen voldoen. Het hof heeft volgens de Hoge Raad geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. In zijn oordeel ligt besloten dat Hanzevast Beleggingen heeft bewerkstelligd of toegelaten dat Hanzevast III haar verplichtingen jegens G4 niet kon nakomen, terwijl Hanzevast Beleggingen wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat Hanzevast III geen verhaal zou bieden voor de schadevordering van G4 doordat Hanzevast Beleggingen

niet ervoor heeft zorg gedragen dat Hanzevast III van financiële middelen is voorzien. Het oordeel van het hof kan, verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet verder op juistheid worden onderzocht; het is ook niet onbegrijpelijk. De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Literatuur

J.J. Dammingh, 'Is een schuldenaar bedongen rente verschuldigd gedurende het verzuim van de schuldeiser?', *ORP* 2017, afl. 2

De auteur behandelt in deze bijdrage de vraag of de schuldenaar bedongen rente is verschuldigd gedurende het verzuim van de schuldeiser. Schuldeisersverzuim houdt in dat de schuldenaar zijn verbintenis niet kan nakomen als gevolg van een in de risicosfeer van de schuldeiser gelegen omstandigheid.

R.J.Q. Klomp, 'Opschorting: Voor wiens risico?', *ORP* 2017, afl. 2

In deze bijdrage bespreekt de auteur het arrest van de Hoge Raad van 4 november 2016 (*Creative Industry Amsterdam/Heredium Coöperatie*) waarin de Hoge Raad de regel dat wie achteraf gezien ten onrechte heeft opgeschort van rechtswege in verzuim verkeert, heeft genuanceerd. De Hoge Raad heeft bepaald dat niet altijd degene die in verband met een te verrekenen tegenvordering zijn verplichtingen opschort, in verzuim komt indien achteraf de tegenvordering niet blijkt te bestaan.

J.V. Tetelepta, 'Wanneer mag een koopovereenkomst worden ontbonden?', *JutD* 2017, afl. 4

Koper X B.V. sluit met verkoper Y B.V. een koopovereenkomst op grond waarvan X schoenen en kleding geleverd zal krijgen van Y. X zal de door Y te leveren schoenen en tassen op haar beurt doorverkoopen aan andere professionele partijen. Y komt haar leveringsverplichting echter niet na. Kan Y de koopovereenkomst nu ontbinden? Een tekortkoming in de nakoming van een wederkerige overeenkomst kan ontbinding rechtvaardigen. In dit artikel zal de auteur aan de hand van voornoemd voorbeeld de bevoegdheid tot ontbinding bespreken.

A.A.M. van der Steen, 'De veertien-dagenbrief', *JutD* 2017, afl. 4

In zijn arrest van 25 november 2016 heeft de Hoge Raad prejudiciële vragen beantwoord over de veertien-dagenbrief, met name over de stelplicht en bewijslast ter zake van de aanvang van deze veertiendagentermijn en de gevolgen van een onjuiste vermelding daarvan in de brief. De auteur gaat hierop in.

J.W. Silvius, 'Voordeels-toerekening volgens het arrest Verhaeg/Jenniskens: duidelijkheid of debat?', *AV&S* 2017, afl. 1, art. 3

Het is omstreden of het redelijk is om uitkeringen uit verzekeringen in mindering te brengen op de vergoeding van letselschade. In het arrest *Verhaeg/Jenniskens* heeft de Hoge Raad een zestal gezichtspunten en vuistregels geformuleerd op grond waarvan dit moet worden beoordeeld. Dit heeft geleid tot een genuanceerd model dat veel algemeenheden bevat en ruimte laat voor uitzonderingen. Het is de vraag of dit arrest in de lagere rechtspraak voor duidelijkheid heeft gezorgd. Om deze vraag te beantwoorden wordt in deze bijdrage lagere rechtspraak onderzocht die is verschenen na het arrest *Verhaeg/Jenniskens*.

K. Engel, 'Een rechtsvergelijkende blik op de Nederlandse verzwijgingsregeling (art. 7:928-7:931 BW)', *AV&S* 2017, afl. 1, art. 5

Dit artikel gaat over de verzwijgingsregeling (art. 7:928-7:931 BW). De verzwijgingsregeling is van belang, aangezien schendingen van de precontractuele mededelingsplicht nog regelmatig voorkomen en verzekeraars zich regelmatig op verzwijging beroepen. De auteur plaatst de verzwijgingsregeling in een rechtsvergelijkend perspectief, zulks naar aanleiding van zijn onlangs verschenen proefschrift.

F. van der Woude, E.M. van Orsouw & J.S. Overes, 'Kroniek zorgplicht assurantietussenpersoon', *AV&S* 2017, afl. 1, art. 6

In deze kroniek wordt de jurisprudentie van de laatste jaren over de zorgplicht van de assurantietussenpersoon besproken.

**T.H.M. van Wechem, 'Mededelings-
plichten vs. onderzoeksplichten
bij overeenkomsten.**

**Schuijft de Hoge Raad in zijn vaste
leer – enigszins verscholen – op
naar het zwaartepunt van de onder-
zoeksplicht?', *NJB* 2017, afl. 12,
art. 668**

De Hoge Raad lijkt een schending
van een onderzoeksplicht op een
andere wijze dan voorheen te
waarderen in casusposities waar
ook een schending van mededelings-
plichten wordt gesteld. Het ziet er-
naar uit dat de schending van een
onderzoeksplicht mede bepalend is
voor het bestaan van en voor de
omvang van een mededelingsplicht.
Ook kan aan schending van een
onderzoeksplicht bij de schadebegro-
ting alsnog belang worden gehecht,
maar dan in het kader van art. 6:101
BW. De auteur vraagt aandacht
voor drie recente Hoge Raad-arres-
ten waarin de Hoge Raad nuances
op het leerstuk aanbrengt.

**J.P. van der Klein, 'Kansschade bij
medische aansprakelijkheid',
Bb 2016, afl. 7, art. 28**

De auteur bespreekt in dit artikel
het arrest van 23 december 2016. In
zijn arrest van 23 december 2016
(*Esther/Erasmus MC*) benadrukt de
Hoge Raad dat schade concreet be-
paald moet worden. Daarnaast be-
paalt de Hoge Raad dat het leerstuk
van kansschade kan worden toege-
past in geval van medische aanspra-
kelijkheid.

R.J.G. van Brakel
CMS