



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Kroniek van het vermogensrecht

van Wechem, E.; Rinkes, J.

Publication date

2018

Document Version

Final published version

Published in

Nederlands Juristenblad

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van Wechem, E., & Rinkes, J. (2018). Kroniek van het vermogensrecht. *Nederlands Juristenblad*, 93(15), 987-1000. [739].

<http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D008D4&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Kroniek van het vermogensrecht

Edwin van Wechem & Jac Rinkes¹

Een kroniek vermogensrecht over kernwaarden als bezorgdheid en betrouwbaarheid, over beloftes en onaanvaardbaarheid van bedingen en bevoegdheden. Veel aandacht voor uitleg, maar ook verjaring, erkenning en verrekening. Natuurlijk ook aandacht voor aansprakelijkheid, vooral betreffende schade aan bomen. En ten slotte een ‘cliffhanger’ over *Tideman*-vraagstukken.

In deze kroniek is de ‘rode draad’ in het onderdeel contractenrecht het bekende adagium *pacta sunt servanda*; oftewel afspraken moeten worden nagekomen. Maar is dit adagium nog wel van deze tijd, vragen uw chroniqueurs zich af. Of is het geërodeerd naar een afgezwakte versie waarbij met name belang wordt gehecht aan de – veelal in de toekomst gelegen – omstandigheden waaronder de nakoming van de eerder gemaakte afspraken wordt gevorderd, en waarbij *die* omstandigheden en het krachtenveld dat daarbij dan speelt uiteindelijk bepalend zijn? Voor de kroniekonderdelen aansprakelijkheids- en goederenrecht is deze rode draad minder voor de hand liggend, tenzij men onderkent dat het bij *pacta sunt servanda* gaat om de kernwaarden bezorgdheid en betrouwbaarheid, en vaststelt dat deze waarden evenzeer in andere rechtsgebieden gelden (het zijn tenslotte geen Romeinsrechtelijke maar canonieke precedentes).²

In zijn lezing van 2 maart voor de Bertelsmann Stiftung³ refereerde onze minister-president Mark Rutte aan de ‘oerbelofte’ van Europa van 70 jaar geleden gericht op het nastreven van een hoger Europees niveau van gezamenlijke welvaart, veiligheid en stabiliteit. Ook sprak de minister-president over de ‘nakoming’ van basisbeloften, waarbij hij leek te hameren op het adagium ‘afpraak is afspraak’, waarbij ons inziens tussen de regels van zijn rede door te lezen is dat dat gegeven niet onderhevig zou

moeten zijn aan (nadere en latere) concessies; dus aan een afzwakking. Een gedachte die mede in het licht van een naderende (protectionistische) handelsoorlog met de VS in het licht van het contractenrecht als boeiend kan worden beschouwd. Wat is bijvoorbeeld rechtens wanneer bij over langere tijd afgesloten staalleverantie-contracten, tussentijds de staalprijs door dergelijke maatregelen wijzigt en het contract daarin niet adequaat voorziet? Geldt dan ook afspraak is afspraak? Kan afspraak is afspraak nog als adagium blijven bestaan of is een benadering van krachten versus tegenkrachten⁴ meer geëigend? Waarbij het krachtenveld dan niet per se (of beter, niet slechts) door de (eerder gemaakte) afspraak wordt geregeerd.⁵

Alsof de duvel er mee speelt: het contractenrecht in de kroniekperiode kenmerkt zich door een groot aantal Hoge Raad-arresten waarin de vraag centraal staat of, en zo ja in hoeverre, *onverkort* nakoming van gemaakte afspraken kan worden gevorderd. Dit betrof bijvoorbeeld een geval waarin nakoming van een opzeggingsbeding centraal staat en getoetst wordt aan de (onaanvaardbaarheids)-eisen van de redelijkheid en billijkheid, een geval van een beroep op een boetebeding, alsook een beroep op een kettingsbeding, een beroep op een financiële afspraak (betreffende cursusgeld), en een casus waarbij gesteld werd dat nakoming niet kon worden geveerd vanwege een (niet te voorziene) in de toekomst gelegen bevolkings-

Auteurs

1. Prof. mr. dr. T.H.M. van Wechem is hoogleraar Corporate Legal Counseling aan de OU, raadsheer-plaatsvervanger in het Hof Den Bosch en zelfstandig juridisch adviseur te Amsterdam. Prof. mr. J.G.J. Rinkes is hoogleraar Privaatrecht aan de Open Universiteit, hoogleraar Europees en vergelijkend verzekeringsrecht aan de Universiteit van Amsterdam, raadsheer-

plaatsvervanger Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en rechter-plaatsvervanger Rechtbank Rotterdam. Deze kroniek bestrijkt de periode september 2017 – april 2018.

Noten

2. Zie hiervoor L. Waelkens, *Comptes rendus/Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 80, 2012, p. 244-251 (bespreking diss. J.E.

Jansen 2011, *Bezit te kwader trouw*), op p. 249.

3. Zie voor de Nederlandse vertaling van deze rede www.rijksoverheid.nl/documenten/toespraken/2018/03/02/toespraak-van-minister-president-mark-rutte-bij-de-bertelsmann-stiftung.

4. Vergelijk M. Goslings & R.J.Q. Klomp (red.), *Tegenkrachten*, Ars Aequi 2018, waarin een 34-tal bijdragen is opgenomen,

geschreven door een dito aantal auteurs vanuit verschillende disciplines uitgaande van de stelling: een vrije gezonde samenwerking kan niet zonder tegenkrachten. Aardig is – onder veel – dat Ingelse bijvoorbeeld de dissenting opinion nog eens oppakt.
5. Vergelijk T. Hartlief, ‘De jeugd van tegenwoordig’, *NJB* 2018/492, afl. 10.

krimp. Saillant is dat de Hoge Raad in een eerder arrest over dit laatste onderwerp (onvoorziene omstandigheden) expliciet heeft gerefereerd aan de kracht van het gegeven woord.⁶

De 'afpraak is afspraak'-vraag kwam ook indirect aan de orde in een Hoge Raad-arrest van 23 maart 2018 dat betrekking heeft op de werking van beloften die vóór de datum van het faillissementsrecht zijn gemaakt maar pas tijdens het faillissement opkomen: moeten deze beloften alsnog onverkort worden nagekomen? De Hoge Raad wijst in dit arrest – dat onmiskenbaar als standaardarrest kan worden aangemerkt – de weg.

In het aansprakelijkheidsrecht gebeurde dit keer relatief weinig, met een kleine highlight in het kader van een Hoge Raad-arrest over schadebegroting met betrekking tot een boom beschouwd in het (zon)licht van het zelfherstellend vermogen daarvan, alsmede in het licht van de tijdelijk mindere esthetiek tijdens de periode van beschadiging.

In het communautaire recht: het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft op 30 januari 2018 het verlossende woord gesproken en daarmee stevig uitgepakt over de omvang van het begrip dienst in de Dienstenrichtlijn.⁷ Dit gegeven werkt direct door in ons vermogensrecht⁸ alsook in het bestuursrecht.⁹ Het begrip moet aldus worden uitgelegd dat ook de activiteit bestaande in detailhandel in goederen, voor de toepassing van die richtlijn een 'dienst' vormt.¹⁰

Kortom, er is weer veel te melden.

Contractenrecht

In de rechtsliteratuur zijn de periodieke overzichten over het contractenrecht van Hijma altijd een genot om te lezen, zo ook nu weer.¹¹

Schelhaas maakt indruk met een mooie, nieuwe bewerking (lees: algehele revisie) van de Monografie over redelijkheid en billijkheid: de 'must read' van deze keer wat ons betreft.¹²

In zijn arrest van 14 juli 2017,¹³ door ons besproken in de vorige kroniek,¹⁴ poetste de Hoge Raad de *Vleesmeester-Alog*¹⁵-doctrine weer eens goed op. In het kort introduceerde de Hoge Raad daarmee een onderscheid bij aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad tussen willekeurige en niet-willekeurige derden, waarbij een indirecte contractuele band mede bepalend wordt geacht. Lamers & Van Rossum zetten het arrest van 14 juli 2017 inzichtelijk in een breder perspectief.¹⁶

Op 25 mei 2018 zal de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) van toepassing worden.¹⁷ Dit heeft vergaande implicaties met betrekking tot de toepassing van o.a. de Wet bescherming persoonsgegevens: overeenkomsten zullen moeten worden aangepast. Van de Bunt & Strijbos zoomen in hun NJB-artikel¹⁸ in op de overeenkomst tussen de bewerkster en de verantwoordelijke – de bewerksterovereenkomst – met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens om zo te beoordelen of er aanleiding bestaat om de standaarden die thans gebruikt worden te herzien in verband met de inwerking-treding van de AVG. Zij geven daarbij aan welke verplichtingen er gaan gelden voor de bewerkster, en welke aansprakelijkheidsrisico's voor de bewerkster enerzijds en de verantwoordelijke anderzijds kunnen spelen. Handig zijn

hun tips & tricks teneinde de aansprakelijkheid tussen bewerkster en verantwoordelijke contractueel te regelen, met name door vrijwaringen en aansprakelijkheidsbeperkingen.¹⁹ In zijn arrest van 1 december 2017 bracht de Hoge Raad – althans onder het huidige systeem – ook duidelijkheid over het gebruik van persoonsgegevens, maar dan meer in het bijzonder over de verwerking van medische gegevens.²⁰

Een mooie dogmatische beschouwing over de non-existente rechtshandeling geeft Van Vught in WPNR.²¹ De auteur trekt van leer wanneer hij schrijft dat de non-existente rechtshandeling veelal steunt op gekunstelde definities van de rechtshandelingen waarop zij betrekking heeft en haaks staat op het vermogensrecht, dat rechtszekerheid voorop stelt en het aantal nietigheden terugdringt. Een fraai artikel voor een zondagmiddag. Om existentieel te reflecteren, zullen we maar zeggen.

Van Dunné die nogmaals uitleg²² van overeenkomsten uitlegt

Tot slot in de beschouwing van de rechtsliteratuur, het tweeluik van Van Dunné in WPNR.²³ Hij legt nogmaals uit – en is niet zuinig in zijn kritiek – hoe er naar uitleg moet worden gekeken: ruimhartig normatief. Licht grommend verwijt Van Dunné de rechtsliteratuur dat deze het arrest *Skare/Flexmen*²⁴ niet als standaardarrest heeft aangemerkt (en min of meer links laat liggen) in het leerstuk van de uitleg.²⁵ Hij ziet zijn visie in het bijzonder in dat arrest bevestigd. In zijn woorden: 'Er is hier dus gewoon sprake van uitleg, in normatieve zin, stelt de cassatierechter'. Ondanks dat wij *dat stellen* niet (letterlijk) in het Hoge Raad-arrest lezen, zijn wij het wel eens met zijn (normatieve) interpretatie daarvan. Waar wij echter op onze beurt kritiek op hebben is het volgende. Wij menen dat het processuele aspect van *Haviltex* in de visie van Van Dunné als te ondergeschikt wordt gepositioneerd.

Schelhaas maakt indruk met een mooie, nieuwe bewerking (lees: algehele revisie) van de Monografie over redelijkheid en billijkheid: de 'must read' van deze keer wat ons betreft

Hij merkt hierover op: 'Er wordt immers heel veel geprocedeerd over uitleg van overeenkomsten (...) en steevast is er een eiser die wars is van normatieve uitleg, zelfs niet in beperkte vorm, en een beroep doet op de letter van het contract.'

Wij zien *Haviltex* echter als *procestool*: wanneer het debat over de betekenis van een overeenkomst wordt gevoerd heeft de feitenrechter het prerogatief om de omgevingsfactoren die in dat debat naar voren worden

gebracht te wegen en naar zijn inschatting aan belang te alloceren. Het eindoordeel moet inzichtelijk zijn gemotiveerd in het licht van het gevoerde debat. In zijn arrest van 25 maart 2011²⁶ – waar (onder meer) een beroep op een zogenaamde ‘as is’-clausule centraal stond – komt een en ander mooi naar voren.

Het hof oordeelde in die (doorverwijzings)zaak dat de uitleg van het exoneratiebeding, luidende: ‘Het verkochte wordt aanvaard in de feitelijke staat, waarin het zich ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst bevond (...)’, diende te geschieden aan de hand van de *Haviltex*-maatstaf, doch dat bij gebreke van stellingen van partijen op dit punt vooral naar de taalkundige betekenis van het beding moest worden gekeken. Vervolgens oordeelde het hof dat deze uitleg de aan het beding door [eiseres] toegedachte betekenis van uitsluiting van aanspraken van [verweerster] op grond van de wet, niet toeliet. De Hoge Raad oordeelde: ‘Het hof is aan de hand van de juiste maatstaf tot de conclusie gekomen dat een exoneratiebeding als door [eiseres] bedoeld, waarmee de aanspraken van [verweerster] op grond van art. 7:21 BW zijn uitgesloten, daarin niet valt te lezen.’

Kortom, wij menen hier uit af te leiden dat wanneer het partij-debat over deze clausule anders gevoerd zou zijn, de uitkomst van deze procedure wellicht een andere zou (kunnen) zijn geweest. Dus normatieve uitleg van een

Normatieve uitleg van een overeenkomst kan nooit als een statisch geheel worden gezien: het partijdebat is bepalend en het gemotiveerd oordeel van de rechter doorslaggevend

overeenkomst kan nooit als een statisch geheel worden gezien: het partijdebat is bepalend en het gemotiveerd oordeel van de rechter doorslaggevend. Wij zijn het op dat punt dus – in tegenstelling tot Van Dunné – wél met Valk eens wanneer hij in ‘zijn’ preadvies relativerend aandacht voor het processuele aspect van *Haviltex* vraagt.²⁷ Wellicht ten overvloede verwijzen wij hier nog maar eens naar de wijze waarop uitlegeregels in bijvoorbeeld het Duitse en het Engelse recht worden toegepast. Voor het Bundesgerichtshof staat voorop²⁸ dat het uitgangspunt voor uitleg is de *Wortlaut der Vereinbarung* maar dat de partijwil (mits overeenstemmend natuurlijk) voorgaat boven de

6. HR 20 februari 1998, NJ 1998/493 (Brijlant Schreuders/ABP).

7. HvJ EU 30 januari 2018, gevoegde zaken C 360/15 en C 31/16, ECLI:EU:C:2018:44.

8. Zie R. de Graaff & D. Verheij, ‘Europese verordeningen en Nederlands vermogensrecht’, AA 2017, p. 988 e.v. die overtuigend inzichtelijk maken dat coördinatie op meerdere niveaus nodig is, tussen verordeningen onderling, tussen verordeningen en richtlijnen, en tussen verordeningen en het algemene vermogensrecht. Wij laten de Dienstenrichtlijn in deze kroniek verder onbesproken.

9. Zie art. 6:230 onder a BW.

10. Zie C.E. Drion, ‘Detailhandel is een dienst, een beslissing met verrassende consequenties’, *NJB* 2018/300, afl. 6. Zie ook J.H.M. Spanjaard, ‘Detailhandelaren en leveranciers in distributieland treden toe tot Walhalla van de Dienstenrichtlijn’, *Contracteren* 2018, nr. 2.

11. J. Hijma, ‘Ontwikkelingen in het overeenkomstenrecht (III)’, *WPNR* 2017/7166.

12. H.N. Schelhaas, *Monografieën BW* (A5), Deventer: Wolters Kluwer 2017. Ook M.H. Wissink, ‘Onroerend goed en algemene voorwaarden’, *WPNR* 2018/7179, zien wij als zeer lezenswaardig.

13. HR 14 juli 2017, NJ 2017/364 (*Vissers c.s./Compaen*).

14. *NJB* 2017/1905, afl. 35, p. 2521.

15. HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587.

16. A.H. Lamers & M.M. van Rossum, ‘Samenhangende rechtsverhoudingen in het overeenkomstenrecht in nader perspectief: de Hoge Raad zet de deur verder open’, *NTHR* 2017, p. 354 e.v. Zie hierover ook N.C. van Oostrom-Streep, ‘Over de positie van derden bij overeenkomsten na HR 14 juli 2017 (ECLI:NL:HR:2017:1355, *X./Compaen*)’, *WPNR* 2017/7170.

17. Verordening 2016/679/EU van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG. Vrij schrijnend is de beperking van de reikwijdte van deze bepalingen, die een beperking opleveren van het recht op verstreking van medische analyses, HR 16 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:365.

18. T. van de Bunt & A. Strijbos, ‘De bewerkersovereenkomst onder de AVG. Een redelijke verdeling van risico’s’, *NJB* 2018/357, afl. 7.

19. Vergelijk ook T.F. Walree, ‘De vergoedbare schade bij de onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens’, *WPNR* 2017/7172.

20. HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3053: ‘Het vereiste van specifieke toestemming houdt in dat de toestemming voor het verwerken van gegevens betrekking moet hebben op bepaalde

gegevens die voor een of meer bepaalde doeleinden worden verwerkt of aan bepaalde personen worden verstrekt (...). Met zijn overweging (in r.o. 4.12 en 4.13) dat de toestemming als voldoende specifiek kan worden beschouwd als degene die de toestemming verleent, weet welke concrete gegevensset in welke situatie voor welk type zorgverleners inzichtelijk is, heeft het hof daarom geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Zijn oordeel dat de zorginfrastructuur in verband hiermee naar de in deze zaak toepasselijke regels van de Privacyrichtlijn en de Wbp voorziet in een voldoende specifieke toestemming, is niet onbegrijpelijk en voldoende gemotiveerd.’

21. K.A.M. van Vught, ‘De non-existente rechtshandeling. Ceci n’est pas une pipe?’, *WPNR* 2017/7168.

22. Zie over uitleg tijdens deze kroniekperiode: HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:148 (uitleg kettingbeding: beoogd is de rechtspositie van derden te bepalen; bij uitleg daarvan bestaat grond om uit te gaan van een geobjectiveerde variant van de *Haviltex*-maatstaf, waarbij aan de bewoordingen van de regeling, gelezen in het licht van de gehele inhoud van de overeenkomst, in beginsel doorslaggevend gewicht toekomt); HR 9 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:180 (uitleg CAO bij overgang van onderneming, zie hierna); en HR 10 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2842 (uitleg balansgaran-

tie: de uitleg dat het alleen zou gaan om een samengesteld begrip voor inventaris lag terminologisch niet voor de hand). Voor dwingende bewijskracht van een akte (art. 156 lid 3 Rv) komt het voor een beroep op art. 157 lid 2 Rv aan op (uitleg van) alleen die akte zelf; HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3263. Zie gedetailleerd over uitleg van software-contract HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3140.

23. J.M. van Dunné, ‘“Normatieve uitleg” algemeen aanvaard, maar ook in ruime zin, inclusief derogerende werking en aanvulling van leemte? (I en II)’, *WPNR* 7184, p. 211 e.v. en respectievelijk 7185, p. 225 e.v.

24. HR 11 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN7886, (*Skare/Flexmen*).

25. De publicatie van F.W. Grosheide in *Contracteren* 2011, afl. 4 en de Kroniek vermogensrecht *NJB* 2013/2108, afl. 35 lijken echter aan de aandacht van Van Dunné (mits gelezen) te zijn ontsnapt?

26. ECLI:NL:HR:2011:BP8991.

27. H.N. Schelhaas & W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 83-86. Zie tevens J.B. Spath, ‘Bespreking en Verslag van preadviezen en vergadering’, *NTBR* 2017/16.

28. Zie het mooie overzicht van de stand van zaken betreffende uitleg in BGH 6 december 2017, VIII ZR 219/16.

letterlijke betekenis en elke andere uitleg van het contract, zelfs als deze niet of onvoldoende daarin tot uitdrukking is gekomen. Voorop staat de taak van de rechter om de *Inhalt vollständig aus [zu] schöpfen*, met inachtneming van de *Gesamtumstände und der mit der Vereinbarung verfolgte Zweck und eine nach beiden Seiten hin interessengerechte Auslegung* te waarborgen.²⁹ In het VK geldt evenzeer dat niet alleen de tekst relevant is maar ook de achtergrondkennis van partijen ten tijde van het contracteren.³⁰ Hoeveel gewicht geldt voor elk? De UK Supreme Court verwerpt de gedachte dat sprake is van een *battle* tussen deze twee benaderingen (*emphasis on words versus the weight of the factual matrix*). Volgens het UKSC: *each tool will help the court*, waarbij onderscheid mag worden gemaakt tussen geavanceerde complexe en uitonderhandelde contracten met assistentie van professionals, contracten met meer nadruk op de feitelijke situatie (informeel, kort, geen deskundige bijstand) en contracten die mogelijk professioneel zijn maar waarin geen logische en coherente tekst valt te onderkennen door tegenstrijdige belangen, slechte *drafting*, enz. Wat moet een rechter doen? *Check each suggested interpretation against the provisions of the contract and investigate its commercial consequences*. Daarbij moet aandacht worden besteed aan alle relevante onderdelen van het contract; bij de gedetailleerde analyse maakt het dan niet uit of gestart wordt met de tekst of met de *factual matrix* (de omstandigheden van het geval), mits een afweging wordt gemaakt van de indicaties van de verschillende benaderingen. Uitleg-regels lijken dus meer processueel, of zelfs procedureel; daar is natuurlijk niets mis mee (ook het antieke Romeinse recht was in de eerste plaats procesrecht).³¹

Zoals in de inleiding aangekondigd, volgt nu een korte bespreking van een aantal Hoge Raad-arresten over de houdbaarheid van gemaakte afspraken.³² Maakt belofte schuld of kan daaraan worden getornd?

Houdbaarheid van een opzeggingsbepaling

In het Hoge Raad-arrest van 2 februari 2018,³³ stond onder meer³⁴ de vraag centraal of een (octrooi) licentiegever zich op een tussentijdse beëindigingsbepaling³⁵ in de licentieovereenkomst mocht beroepen en daarenboven een substantieel bedrag aan vooraf bedongen *break-off fee* kon claimen. Het hof vond van wel nu voor het hof – mede gezien de proceshouding van de licentienemer – vaststond dat deze de verschuldigde licentievergoeding te laat had betaald. In cassatie wordt er onder meer over geklaagd dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat bij een tevoren afgesproken opzegmogelijkheid, opzegging pas ontoelaatbaar is als zij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, nu in een dergelijk geval ook de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid aan opzegging, opzegging zonder zwaarwegende grond, opzegging op een bepaald moment, of opzegging zonder aanbod tot betaling van een (schade)vergoeding, in de weg kan staan.

De Hoge Raad doceert en oordeelt: 'Bij de beoordeling van deze klacht wordt het volgende vooropgesteld. Of en, zo ja, onder welke voorwaarden een duurovereenkomst die voor onbepaalde tijd is aangegaan, opzegbaar is, wordt bepaald door de inhoud daarvan en door de van toepassing zijnde wettelijke bepalingen. Indien wet en overeen-

komst niet voorzien in een regeling van de opzegging, geldt dat de overeenkomst in beginsel opzegbaar is. Op grond van art. 6:248 lid 1 BW kunnen de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval, meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is indien daarvoor een voldoende zwaarwegende grond bestaat.'³⁶ De Hoge Raad vervolgt met: 'Ook als de wet of een duurovereenkomst wel voorziet in een regeling van de opzegging, kunnen, indien de wet en hetgeen tussen partijen is overeengekomen daarvoor ruimte laten, de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval op grond van art. 6:248 lid 1 BW meebrengen dat aan de opzegging nadere eisen gesteld worden.'

Vervolgens komt een nuancering die ons inziens door de Hoge Raad subtiel wordt aangebracht in het kader van zijn eerdere arresten op dit onderwerp.

De Hoge Raad overweegt: 'Een beroep op een uit de wet of een overeenkomst voortvloeiende bevoegdheid om de overeenkomst op te zeggen kan op grond van art. 6:248 lid 2 BW onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn (vergelijk HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134, NJ 2016/450, r.o. 4.4.2).'³⁷

Wanneer men echter de rechtsoverweging 4.4.2, waarnaar wordt verwezen, er op naslaat, staat het daar toch net even anders, hetgeen wellicht tot verwarring kan leiden. De Hoge Raad overwoog aldaar: 'Ook als een overeenkomst voorziet in een regeling van de opzegging, kunnen de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst in de omstandigheden van het geval in de weg staan aan respectievelijk opzegging, opzegging zonder zwaarwegende grond, opzegging op een bepaald moment, of opzegging zonder aanbod tot betaling van een (schade)vergoeding.'

De vraag die naar aanleiding hiervan kon worden gesteld is of deze toets dezelfde is als de toets naar 'onaanvaardbaarheid' die eigen is aan artikel 6:248 lid 2 BW. Eventuele twijfel op dat punt is nu met het arrest van 2 februari wat ons betreft volledig weggenomen: een mooie aanvulling dus. Overigens, de opzegbepaling en de break-off-bepalingen bleven staan en de licentienemer mocht zich daar in volle omvang op beroepen.

Houdbaarheid van een boetebeding³⁸

In het Hoge Raad-arrest van 16 februari 2018³⁹ stond de vraag centraal of een onverkort beroep op een boetebeding in de overeenkomst, dat als volgt luidde, was toegestaan. 'Bij overtreding van een of meerdere van de hierboven genoemde bedingen verbeurt (...) ten gunste van (...) een dadelijk, zonder sommatie of in gebreke stelling opeisbare boete van € 20 000 voor elke overtreding, vermeerderd met € 5000 voor elke dag gedurende [welke] de overtreding voortduurt, onverminderd het recht van (...) om in plaats van deze boete volledige schadevergoeding te vorderen.'

Wegens overtreding van deze bepaling werd een boetebedrag ter hoogte van om en nabij de € 1,2 miljoen gevorderd, waarvan het hof uiteindelijk slechts – na matiging – zo'n € 21 000 toewees, mede indachtig (en naast een groot aantal relativeringen) dat de daadwerkelijk geleden schade zo'n € 6000 bedroeg. De Hoge Raad oordeelt

Dergelijke oordelen van de feitenrechter nodigen ons inziens uit om – zelfs bij duidelijkheid van afspraken – de kans op een (overmatig) gunstig oordeel in juridische procedures te beproeven

dat het hof de juiste maatstaf op de juiste wijze en goed gemotiveerd heeft toegepast, en grijpt niet in vanwege het feitelijk karakter van het oordeel van het hof.

Uit het eerdere Hoge Raad-arrest van 27 april 2007⁴⁰ vloeit voort dat voor de in artikel 6:94 BW opgenomen matiging slechts grond kan zijn indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, hetgeen mee brengt dat de rechter pas van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik mag maken als de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt.⁴¹ Deze maatstaf, is volgens de Hoge Raad in casu door het hof dus goed toegepast. A-G Hartlief concludeerde tot een vernietiging van het arrest om een reden die ons zeer aansprak, maar die dus niet door de Hoge Raad werd gevolgd.

Hartlief⁴² meende dat de feitenrechter zou dienen te matigen tot een bedrag dat niet klaarblijkelijk onbillijk is.

Voorkomen moet immers worden dat de matigende rechter tot een bedrag komt dat hij redelijk (en billijk) vindt; in dat geval immers plaatst hij zijn idee over wat in het contractuele evenwicht tussen partijen geëigend is, in de plaats van hetgeen partijen zijn overeengekomen. Het is dus in die visie niet aan de rechter om tot een redelijk bedrag te matigen, maar – zo als wij het zien – te matigen tot een bedrag dat net beneden de 'pijngrens' van het buitensporige ligt. De boete blijft dan voor zover (tot het gedeelte) van de buitensporigheid buiten toepassing. Het lijkt ons dan inderdaad niet meer dan logisch – zoals ook door Hartlief werd voorgestaan – dat uit het oordeel van de rechter zou moeten blijken waarom de rechter tot het betreffende bedrag heeft gematigd. In dat geval dienen er hoge motiveringseisen aan zijn oordeel te worden gesteld. Volgens Hartlief voldeed het arrest van het hof daar niet aan en had het dus moeten sneuvelen.

Het is voor ons onbegrijpelijk waarom de Hoge Raad zijn A-G op dit punt niet heeft gevolgd en de feitenrechter heeft toegestaan om zo fors in de contractuele afspraak van partijen in te grijpen zonder dat zulks meer inzichtelijk gemaakt hoefde te worden.

Dergelijke oordelen van de feitenrechter nodigen ons inziens uit om – zelfs bij duidelijkheid van afspraken – de kans op een (overmatig) gunstig oordeel in juridische procedures te beproeven.

Twee keer hetzelfde (ketting)beding,⁴³ maar dan toch anders?

In een ingewikkelde casus omtrent (de allocatie) van beheerkosten en parkbijdragen in verband met een recreatiepark, speelde onder meer de situatie dat er huisjes inclusief parkeerplaats waren geleverd en in de loop van

29. Nog een mooi voorbeeld van deze aanpak: OLG München, Beschl. V. 16.8.2017–34 SchH 14/16, IHR 1/2018.

30. *Wood/Capita Insurances Limited* [2017] UKSC 24, 29 maart 2017.

31. Waelkens, a.w., p. 246 in navolging van Durand.

32. Een fraai arrest dat aandacht zou verdienen maar binnen het bestek van de kroniek niet aan bod kon komen: HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2901 (moment van het ontstaan van verbintenissen bij zorgovereenkomsten). Zie hierover: W.H. van Boom, *Ars Aequi* maart 2018, p. 230 e.v. Dit geldt evenzeer voor het arrest van de Hoge Raad van – eveneens – 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2902 waaruit te leren valt dat ook bedrog onder de verkorte tweejaars verjaringstermijn van art. 7:23 lid 2 BW, te brengen valt.

33. HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141.

34. Ook stond de vraag centraal of er in het licht van art. 348 Rv sprake was van een 'gedekt verweer'. Een verweer kan slechts als gedekt worden aangemerkt indien uit de door een partij in eerste aanleg ingenomen

procehouding ondubbelzinnig voortvloeit dat het desbetreffende verweer is prijsgegeven (HR 19 januari 1996,

ECLI:NL:HR:1996:ZC1964, NJ 1996/709, r.o. 3.10). Wij achten het feitelijk oordeel

van het hof dat er sprake was van een gedekt verweer, welk oordeel door de Hoge Raad als 'feitelijk' is beschouwd en in stand wordt gelaten, in deze zaak verrassend. Ook A-G Van Peursem vond het verweer in deze zaak 'niet gedekt'.

35. Zie over de inroepbaarheid van een beëindigingsbepaling ook: HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:426.

36. Die eisen kunnen voorts in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval meebrengen dat een bepaalde opzegtermijn in acht moet worden genomen of dat de opzegging gepaard moet gaan met het aanbod tot betaling van een (schade)vergoeding (vergelijk onder meer HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854, NJ 2012/685, r.o. 3.6; HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4163, NJ 2013/341, r.o. 3.5.1; en HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134, NJ 2016/450, r.o.

4.4.2)

37. Tevens verdient opmerking dat een en ander niet wegneemt dat het mogelijk is dat een voor onbepaalde tijd gesloten duur-overeenkomst naar de bedoeling van partijen niet-opzegbaar is. De wederpartij van degene die zich op de niet-opzegbaarheid beroept, kan daartegen, overeenkomstig het hiervoor in 3.6.4 overwogene, onder omstandigheden een beroep doen op, kort gezegd, art. 6:248 lid 2 en art. 6:258 BW (vergelijk HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:660, NJ 2016/236, r.o. 4.4).

38. Bij de totstandkoming van de wettelijke regeling over boetebedingen – zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis – van (de voorloper van) art. 6:94 BW is tot uitgangspunt genomen dat boetebedingen, omdat daarover (meestal) niet (intensief) wordt onderhandeld, de schuldeiser in onevenredige mate kunnen bevoordelen. Om die reden werd de matigingsbevoegdheid niet in strijd geacht met het uitgangspunt dat de overeenkomst partijen tot wet strekt (vergelijk art. 1374 BW 1838: 'Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dege-

nen die dezelve hebben aangegaan tot wet', oftewel *pacta sunt servanda*). Voorts is van belang te onderkennen dat in toenemende mate publiekrechtelijke toezichthouders zijn belast met toezicht op belangrijke onderdelen van het privaatrecht; de bestuurlijke boete heeft daarbij ruimere werking dan de contractuele, zie C.A. Hage, *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

39. HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:207.

40. HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6638, NJ 2007/262, r.o. 5.3.

41. Daarbij zal de rechter niet alleen moeten letten op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen.

42. Zie conclusie voor het arrest 3.13, ECLI:NL:PHR:2017:1327.

43. HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:148.

de tijd separate parkeerplaatsen waren verkocht en geleverd. Alle overeenkomsten bevatten ten aanzien van de parkbijdragen een aantal (dezelfde) bepalingen ('het kettingbeding'). Daarenboven bevatten de overeenkomsten voor de separate parkeerplaatsen nog een aparte verplichting om € 450 te betalen aan een beheersvergoeding. De mensen die naast een huisje later, separaat, een parkeerplaats aanschafte, waarin ook het kettingbeding was opgenomen, werden met dubbele (substantiële) parkbijdragen geconfronteerd voor zowel het huisje als de parkeerplaats, hetgeen door hen als oneerlijk werd ervaren temeer omdat zij ook al het bedrag van € 450 moesten betalen. Bedacht moet worden dat de aanspraken op de te betalen bedragen door cessie zijn overgegaan op een andere dan de oorspronkelijke contractspartij. Het hof had geoordeeld dat het kettingbeding objectief diende te worden uitgelegd en de passage over de parkbijdragen was in dat kader duidelijk en deze was dus verschuldigd.

De Hoge Raad casseert. Het gaat volgens de Hoge Raad in dit geval, voor zover in cassatie van belang, uitsluitend nog om de vraag of de eisende partijen op grond van het in de leveringsakte van de parkeerplaats opgenomen beding verplicht zijn een (tweede) parkbijdrage te betalen naast de parkbijdrage die zij reeds eerder verschuldigd waren op grond van het in de leveringsakte van het huisje opgenomen beding. Voor de uitleg van hetgeen ter gelegenheid van de levering van de parkeerplaats met betrekking tot de parkbijdrage is overeengekomen, komt het aan op de zin die de oorspronkelijke contractspartijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen van hun overeenkomst mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, waarbij alle omstandigheden van het geval van belang zijn (de *Haviltex*-maatstaf). Het aldus overeengekomene is ook bepalend voor de rechtsverhouding tussen de eisende partijen en de succesieve rechtsopvolgers van hun wederpartij.

Dit komt ons als volstrekt logisch voor,⁴⁴ maar dan doet zich een opmerkelijke tournure voor.

De Hoge Raad laat zich ook uit over een aspect waar het in cassatie niet meer om ging. Het rechtscollege overweegt: 'Met betrekking tot de toe te passen uitlegmaatstaf onderscheidt de vraag waar het in dit cassatieberoep om gaat (...) zich van de vraag die een belangrijk twistpunt in de feitelijke instanties was maar in cassatie niet meer aan de orde is, namelijk de vraag welke aanspraken de huidige eigenaren van de huisjes jegens de beheerder van het bungalowpark aan het hiervoor in 3.1 onder (iii) bedoelde beding (*lees: het kettingbeding EvW/JR*) kunnen ontleenen met betrekking tot de soort en mate van onderhoud en renovatie van de algemene delen van het park en welke parkbijdrage daar tegenover staat. De daarop betrekking hebbende afspraken zijn de huidige eigenaren immers niet zelf met de beheerder van het bungalowpark (of een van zijn rechtsvoorgangers) overeengekomen, maar zijn omschreven in de – voor de diverse huisjes op het bungalowpark grotendeels gelijklopende – regeling die telkens door middel van een kettingbeding, met een derdenbeding ten behoeve van de beheerder van het bungalowpark, aan de kopers van de huisjes is opgelegd (...).'

Maar dan komt het: 'Nu met deze regeling gelet op het daaraan verbonden kettingbeding is beoogd de rechts-

positie van derden (de kopers van huisjes) te bepalen, bestaat bij de uitleg daarvan grond om uit te gaan van een geobjectiveerde variant van de *Haviltex*-maatstaf, waarbij aan de bewoordingen van de regeling, gelezen in het licht van de gehele inhoud van de overeenkomst, in beginsel doorslaggevend gewicht toekomt (vergelijk r.o. 3.5.1 van HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4410, *NJ* 2008/104 (*NBA/Meerhuysen*)).'

Kortom: een kettingbeding kan dus een andere betekenis hebben voor zover het de uitleg betreft tussen de partijen die aan het begin van de schakel staan, in vergelijking met partijen die als latere rechtsopvolgers zich aan het kettingbeding hebben gecommitteerd. *Haviltex* ontloopt zich daarmee als een veelkleurige kameleon die in de hoedanigheid van dezelfde tekst, qua betekenis van kleur kan verschieten.

Onvoorziene omstandigheden⁴⁵ die al zichtbaar waren

In de casus die ten grondslag lag aan het Hoge Raad-arrest van 13 oktober 2017,⁴⁶ ging het in het kort om het volgende. Vanwege een bevolkingskrimp in de Achterhoek, wilde een gemeente onder haar afspraken uit met een projectontwikkelaar die al begonnen was met uitvoeringswerkzaamheden in verband met de bouw van woningen. In de samenwerkingsovereenkomst (SOK) met de projectontwikkelaar waren onder meer de volgende bepalingen opgenomen:

Artikel 13: 'Ingeval van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat van de Gemeente en/of de Ontwikkelaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van deze overeenkomst niet mag/mogen verwachten, zullen de Partijen trachten de inhoud van deze overeenkomst bij addendum aan te passen en wel op zodanige wijze dat de beoogde doelstellingen zoveel mogelijk in stand blijven en bereikt kunnen worden.' En artikel 21.1: 'Indien zich onvoorziene wijzigingen voordoen of omstandigheden die niet in deze overeenkomst zijn verdisconteerd, zullen de Partijen de gevolgen daarvan in goed overleg en tegen de uitgangspunten waarop deze Overeenkomst is gebaseerd, in redelijkheid vaststellen alsmede afspraken maken hoe deze gevolgen moeten worden opgelost. (...). In een uitgebreid arrest oordeelde het hof dat vanwege bekendheid van de gemeente met de bevolkingskrimp bij het aangaan van de overeenkomst dit niet als een onvoorziene omstandigheid kon worden gezien en, mocht het voor bepaalde aspecten anders zijn, en deze wel als onvoorziene omstandigheid kunnen zijn aan te merken, voor afwijking van het uitgangspunt van ongewijzigde nakoming van de overeenkomst voor een beroep daarop tevens nodig is dat er in het licht van de onvoorziene omstandigheden voldoende rechtvaardiging bestaat de verplichting uit de overeenkomst niet (ongewijzigd) na te komen.⁴⁷

In tegenstelling tot A-G Keus, volgt de Hoge Raad het hof wél in zijn oordeel en overweegt: 'Mede gelet op de terughoudendheid die is geboden bij de toepassing van art. 6:258 BW, heeft het hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door, op de hiervoor weergegeven grondslagen, te oordelen dat het beroep van de Gemeente op de bij art. 6:258 BW aansluitende art. 13 en 21.1 van de SOK niet opgaat.'

De vraag die ons intrigeert is of bepalingen als die van artikel 13 en artikel 21 in de SOK überhaupt wel zijn toegestaan; wij menen van niet. Deze bepalingen lijken het bepaalde in artikel 6:258 lid 2 BW namelijk 'weg te maken'. Artikel 6:258 lid 2 BW bepaalt immers dat een wijziging of ontbinding niet wordt uitgesproken, voor zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept. En nu komt het: van deze bepaling mag (dwingendrechtelijk) volgens artikel 6:250 BW niet bij overeenkomst worden afgeweken. Of de Hoge Raad *dat* heeft onderkend door in zijn rechtsoverweging voor de woorden 'op de bij artikel 6:258 BW aansluitende' te kiezen, kunnen wij niet met zekerheid zeggen.

Houdbaarheid van een annuleringsbeding

Kan de organisator van een MBO-beroepsopleiding waar- bij het cursusgeld van om en nabij € 12 000, dat aan het begin van het studiejaar is betaald, zich er bij tussentijdse opzegging van de cursist op beroepen dat de lesvergoeding voor het gedeelte van het jaar dat het onderwijs niet is genoten, niet hoeft te worden gerestitueerd temeer omdat daar in de overeenkomst een afspraak over is gemaakt? In de overeenkomst waren namelijk twee bedin- gen opgenomen die als volgt luiden: 'Bij annulering na 31 augustus 2012 (...) is de student 100% van het cursus- geld verschuldigd.(...)' en 'De ingeschrevene kan de over- eenkomst te allen tijde opzeggen. Tussentijdse beëin- diging leidt, ongeacht de reden ervan, niet tot restitutie van het door de ingeschrevene verschuldigde bedrag of tot het vervallen van de betaalplicht daarvan.' Deze bepalingen zullen hierna worden genoemd: het annuleringsbeding.

Deze casus lag ten grondslag aan het Hoge Raad- arrest van 27 oktober 2017.⁴⁴ Het hof oordeelde een beroep op het annuleringsbeding niet toegestaan omdat het naar het inzicht van het hof onredelijk bezwarend is en derhalve dient te worden vernietigd. In analogie met het bepaalde in artikel 7:411 BW (zéér in het kort: ver- schuldigdheid van een redelijk deel van het loon bij vroegtijdige beëindiging van een overeenkomst van opdracht) kent het hof een kwart aan lesgeld toe en dient de rest aan de cursist te worden terugbetaald. In cassatie wordt geklaagd dat artikel 7:411 BW toepassing mist. Vol- gens de Hoge Raad doet dat er echter niet toe. Het rechts- college overweegt:

'De klacht mist in zoverre feitelijke grondslag dat het hof niet heeft geoordeeld dat art. 7:411 BW (rechtstreeks) toepasselijk is. Het hof heeft bij de beantwoording van de vraag of het annuleringsbeding ten nadele van de consu- ment een "aanzienlijke verstoring van het evenwicht" tus- sen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen veroorzaakt, aansluiting gezocht bij deze wetsbepaling en is vervolgens tot het oor- deel gekomen dat het annuleringsbeding in de verhou-

ding tussen [verweerder] en Tio onredelijk bezwarend is in de zin van art. 6:233, aanhef en onder a, BW. Nu het hof de tussen partijen gesloten overeenkomst als een over- eenkomst van opdracht in de zin van art. 7:400 lid 1 BW heeft aangemerkt, hetgeen in cassatie terecht niet wordt bestreden, en [verweerder] als opdrachtgever ingevolge art. 7:413 lid 2 BW in verbinding met art. 7:408 lid 3 BW het recht had de overeenkomst op te zeggen, geeft het oordeel van het hof om aansluiting te zoeken bij art. 7:411 BW geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is evenmin onbegrijpelijk of ontoereikend gemoti- veerd. In zoverre faalt de klacht dus.'

Laten we duidelijk zijn: artikel 7:411 BW is – naar onze mening – een draak van een bepaling, die via artikel 7:413 lid 2 BW dwingendrechtelijk van toepassing is wanneer de opdrachtgever een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Het is volstrekt onduidelijk namelijk wat precies bedoeld wordt met de zinsnede in artikel 7:411 lid 1 BW dat de verschuldigdheid van loon afhankelijk moet zijn van de volbrenging (van de opdracht) of het verstrijken van de tijd. Het wordt nu ech-

Wat ons in dezen volstrekt verbaast is dat er wel erg gemakkelijk geredeneerd wordt dat er een lineair vergoedings- en kostenpatroon zou bestaan bij de organisatie en uitvoering van cursussen, hetgeen ons volstrekt gespeend lijkt van iedere economische realiteit

ter met dit arrest wel allemaal erg ingewikkeld. Via de (communautaire) bescherming van de algemenevoorwaar- denregeling wordt zelfs indien de dwingendrechtelijke nati- onale wetgeving niet rechtstreeks van toepassing is (of zou zijn) eenzelfde beschermingsniveau gecreëerd als ware dat de dwingendrechtelijke rechtsregel wél rechtstreeks van toepassing zou zijn. Wat ons in dezen volstrekt verbaast is dat er wel erg gemakkelijk geredeneerd wordt dat er een lineair vergoedings- en kostenpatroon zou bestaan bij de organisatie en uitvoering van cursussen, hetgeen ons vol- strekt gespeend lijkt van iedere economische realiteit. Wat ons betreft in één woord dus: bizar.

44. De A-G Drijber had op dit punt een andere mening: zie conclusie ECLI:NL:PHR:2017:1323 onder 4.7: 'Het hof is niet alleen terecht uitgegaan van de geobjectiveerde *Haviltex*-maatstaf, het heeft deze maatstaf vervolgens ook correct

toegepast. (...). Het hof heeft geoordeeld dat zulks onvoldoende is om aan de duide- lijke tekst van de leveringsakte af te doen. Dat oordeel acht ik op zichzelf niet onbe- grijpelijk.'

45. Zie ook J.H.M. Spanjaard, 'Verwacht

altijd het onverwachte', *Contracteren* 2018, nr. 1. Vergelijk N. de Boer, 'Drafting tips & skills: Onvoorziene omstandigheden', *ORP* 2018/2.

46. HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2615.

47. Zie onder meer HR 23 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0834 en HR 10 sep- tember 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1055.

48. HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2775.

Een kleine oprisping of wellicht een boude stelling?

In het Hoge Raad-arrest van 15 december 2017⁴⁹ werd het oordeel van de Hoge Raad gevraagd over – kort gezegd – de vraag of in casu een ingebrekestelling nodig was (voor de ontbinding van de overeenkomst). Wat opviel in die zaak was de zeer beschouwende conclusie van de A-G Valk⁵⁰ die als volgt wordt afgesloten: ‘Mijns inziens is het wenselijk dat uw Raad zich in zijn arrest niet beperkt tot een beoordeling van de klachten van het cassatiemiddel in de onderhavige zaak, maar bovendien (nader) richting geeft aan de praktijk, al dan niet in overeenstemming met hetgeen ik hiervoor (...) heb verdedigd.’

Zoals wij het zien volgt de Hoge Raad zijn A-G niet geheel (of beter, zo goed als geheel niet) in de weg naar het eindresultaat toe, en is de Hoge Raad summier in zijn (vernietigings-)oordeel. Maar één aspect valt op waarbij de Hoge Raad iets toevoegt of verduidelijkt aan het leerstuk van artikel 6:83 a BW: ‘De klachten (...) over art. 6:83, aanhef en onder a, BWC, kunnen niet tot cassatie leiden(...) het hof [heeft] niet miskend dat art. 6:83, aanhef en onder a, BWC niet eist dat een kalenderdatum is genoemd (vergelijk voor art. 6:83, aanhef en onder a, BW, *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 294), maar heeft het de door [verzoeker] gestelde termijn onvoldoende bepaald geacht.’

Artikel 6:83a BW luidt: Het verzuim treedt zonder ingebrekestelling in: a. wanneer een voor de voldoening bepaalde termijn verstrijkt zonder dat de verbintenis is nagekomen, tenzij blijkt dat de termijn een andere strekking heeft.

Wij begrijpen eigenlijk de positie van artikel 6:83a BW niet in het BW. Een prestatie kan ten achter blijven van de oorspronkelijke belofte omdat deze niet tijdig heeft plaatsgevonden of omdat deze kwalitatief niet aan de afspraak voldoet. Deze twee typen gebreken, interfereren in een groot aantal dossiers met elkaar. Als vaststaat dat er ‘te laat’ is gepresteerd waarom zou er dan nog ‘verzuim’ nodig zijn? Indachtig de rechtsregel uit het arrest *Kinheim/Pelders*⁵¹ vloeit⁵² immers voort dat voor de blijvend geleden schade, die niet door herstel wordt weggenomen, de prestatie *blijvend onmogelijk is* en daarvoor géén eis voor verzuim geldt. Als er niet meer tijdig gepresteerd kan worden (trouwjurk na de trouwdatum) hoeft niet meer in gebreke te worden gesteld, dat is de regel. In dat licht bezien is het raar dat de wet – bij overschrijding van een fatale termijn (de schuldenaar kan de geschonden norm niet meer herstellen) – bepaalt dat het verzuim van rechtswege intreedt. Dat is ons inziens in het geheel niet nodig; er kan toch al niet meer *vanaf* dat moment *tijdig* worden nagekomen, en het betreft een blijvende onmogelijkheid. Artikel 6:83a BW zou wat ons betreft dus geschrapt kunnen worden zonder merkbaar effect. Scheelt een hoop onduidelijkheid in procedures, zullen we maar denken.

Aansprakelijkheidsrecht

We willen niemand als lezer tekortdoen en proberen altijd de toegemeten ruimte van de kroniek evenwichtig over de centrale thema's contractenrecht, aansprakelijkheidsrecht en goederenrecht te verdelen; daarin zijn we dit keer echter niet goed geslaagd. Vraagstukken betreffende zorgplichtclaims zijn bijzonder relevant:⁵³ bestuurdersaansprakelijkheidsrecht dient weer begrijpelijk te worden;⁵⁴

desondanks komen bijvoorbeeld dergelijke vragen nu onvoldoende aan bod. In het goederenrecht zijn in de kroniekperiode zeer interessant de *Chemours*-zaken (wie is eigenaar, wat zijn bestanddelen?).⁵⁵ Deze zaken komen volgende keer uitvoerig aan bod. Aansprakelijkheidsrecht en goederenrecht⁵⁶ komen er dit keer dus wat bekaaid af, waarvoor onze verontschuldigen.

Engelhard, Giesen & Van Schaick leggen de vinger op de zere plek, niet alleen wanneer zij aangeven dat over de precieze invulling van het begrip schade in het burgerlijk recht weinig duidelijkheid bestaat, maar ook wanneer zij er op wijzen dat het gebrek aan (nadere) invulling en precisering van het begrip schade op het niveau van de algemene regeling voelbaar is als het gaat om rechtsontwikkeling in ‘nieuwe’ gevallen waarvoor richtinggevende rechtspraak nog ontbreekt. Privacy-schendingen, hinder en ongelijke behandeling zijn voorbeelden van terreinen waarop het concept schade nog nauwelijks tot ontwikkeling is gekomen.⁵⁷

In het overige deel van het thema-nummer van *NTBR* schrijven Bleeker,⁵⁸ Verheij,⁵⁹ Rijnhout⁶⁰ en Tjong Tjin Tai⁶¹ mooie stukken over respectievelijk klimaatschade, angstschade, (im)materiële schade na de dood en over een Europees schadebegrip. Over omrijschade – om maar eens wat te noemen – wees de Hoge Raad op 22 december 2017 een tweetal arresten.⁶²

Rijnhout⁶³ komt ook eerder stevig door met een artikel over alternatieve vergoedingssystemen in personenschadezaken en slachtofferbehoeften. Zij vraagt daarin aandacht voor – en wijst erop dat – de vraag welke doelen het aansprakelijkheidsrecht dient, en of dit rechtsgebied daadwerkelijk aan die doelen voldoet of kan voldoen, met name in personenschadezaken, een belangrijk onderwerp van discussie geworden is. Parallel aan deze discussie gaan de laatste jaren weer stemmen op over mogelijke alternatieve vergoedingssystemen.

In dit kader – en in het verlengde hiervan – is het aardig te melden dat een van uw chroniqueurs als spreker was uitgenodigd voor het LSA-congres over begroting van (letsel) schade op vrijdag 26 januari 2018. Wat uw chroniqueur (bij de lezing van een van de andere inleiders) had getroffen is dat bij de begroting van letselschade bij jonge kinderen veel gewicht toekomt aan de vermeend te missen (toekomstige) inkomenscapaciteit en dat bij de begroting daarvan aan veel (buiten het kind) aanwezige sociale factoren aandacht wordt geschonken. Daarop reagerend werd onder leiding van Jort Kelder – voor 500 deelnemers die onmiddellijk digitaal konden reageren – de stelling van uw chroniqueur aan de deelnemers voorgelegd dat er wellicht minder gekeken zou moeten worden naar de *verschillen* tussen de diverse jonge slachtoffers maar meer naar hetgeen ze gemeen hebben: een mate van toekomstig leed en ongemak. Waarom niet trachten – in zwaartecategorieën – dit leed te kwalificeren en daaraan (ook) een geldelijke vergoeding te verbinden teneinde op die wijze de financiële verschillen te verkleinen en niet (voornamelijk) te kijken naar het toekomstig gemis van arbeidsvermogen? Een meerderheid van de aanwezigen liet via hun stemknop weten open te staan om zulks nader te onderzoeken of te beschouwen.

Terug naar de literatuur: Tjong Tjin Tai is al geruime tijd zeer zichtbaar in de rechtsliteratuur waar hij het inzichtelijk maken van complexe thema's niet schuwt. Zo ook zijn

bijzonder fraaie artikel over het ingewikkelde onderwerp van de meervoudige causaliteit.⁶⁴ Bij het thema van de meervoudige causaliteit zijn de concepten causaliteit en schadebegroting altijd lastig uit elkaar te houden. Ook dit is wat ons betreft een 'must read' van deze rubriek.⁶⁵

In de rechtspraak viel ons een aantal arresten van de Hoge Raad op.⁶⁶

Beroepsaansprakelijkheid:⁶⁷ met de schrik vrij of komt de boemerang terug?

De aansprakelijkheid⁶⁸ van de vrije beroepsbeoefenaar,⁶⁹ en met name die van de advocaat,⁷⁰ dient zich de laatste tijd wat vaker dan voorheen op Hoge Raad-niveau aan. In de casus die ten grondslag lag aan het Hoge Raad-arrest van 22 december 2017⁷¹ speelde het volgende. Een advocaat van een gespecialiseerd vastgoedkantoor begeleidt zijn cliënt bij de aankoop van een bedrijventerrein waarbij van begin af aan duidelijk is dat er een kwestie van vervuiling speelt. De cliënt geeft min of meer – althans in onze woorden – aan dat hij geen kat in de zak wil kopen en laat zijn advocaat ondermeer met de landsadvocaat onderhandelen over de afkoop van door de Staat gemaakte saneringskosten waarbij hij telkens aan zijn advocaat aangeeft, geen losse eindjes te willen. Het laat zich natuurlijk raden, aan het eind van de rit blijkt de grond na aankoop alsnog bijzonder zwaar vervuuld te zijn, temeer omdat de sanering die zijdens de overheid was uitgevoerd, slechts een klein gedeelte van het perceel had beslagen. De cliënt stelt zich op het

standpunt dat zijn advocaat hem over e.e.a. niet goed heeft geïnformeerd en stelt hem aansprakelijk. Naast de talloze feiten in de zaak lijkt het oordeel van het hof, die de cliënt in het gelijk stelt, te scharnieren rond een door een (milieu-)bedrijf (Oranjewoud) opgesteld bijzonder dik rapport, dat eind 2000 was opgesteld en waaruit toen al bleek dat de grond zeer zwaar was vervuuld. Eerst ruim later is de grond uiteindelijk aan de cliënt (althans aan een door de cliënt opgerichte vennootschap) verkocht.

Het hof oordeelde dat de advocaat in zijn advisering was tekortschoten en legt de lat voor de advocaat hoog door te oordelen dat de cliënt ook zonder expliciete daartoe strekkende opdracht van de advocaat, als redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat, mocht verwachten dat hij ervoor zorg zou dragen dat hij zich op grond van de beschikbare stukken een beeld zou vormen van de afloop van de sanering die de Provincie had uitgevoerd, teneinde de omvang van de voor zijn cliënt als koper resterende restrisico's in te kunnen schatten en daarover zo nodig nader te adviseren. Het hof vervolgde door op te merken dat het Oranjewoud-rapport, dat op de sanering betrekking heeft, dateerde van 7 december 2000; de onderhandelingen over de koop van het terrein vonden met name in 2001 plaats. Nu wordt het oordeel van het hof saillant. Op de stelling van de advocaat dat hij niet over het rapport beschikte oordeelde het hof dat die stelling hem niet baat, nu hij niet tevens heeft aangevoerd dat hij ook niet over dat rapport kon of mocht beschikken.

49. HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3144.

50. ECLI:NL:PHR:2017:1164.

51. HR 4 februari 2000, NJ 2000/258.

52. In ieder geval voor de schadeplichtigheid.

53. Vergelijk B. van Hattum, *De afwikkeling van zorgplichtclaims* (diss. Amsterdam UvA), 20 december 2017, Den Haag: Boom Juridisch 2018; I.P.M.J. Jansen, *De civielrechtelijke zorgplicht van de beleggingsdienstverlener jegens de niet-particuliere cliënt* (diss. Nijmegen), 28 juni 2017, Deventer: Wolters Kluwer 2017. Het spanningsveld tussen financieel toezichtrecht en nationaal privaatrecht doet zich voelen: M.W. Wallinga & A.C.W. Pijs, 'De wisselwerking tussen Europees financieel toezichtrecht en nationaal privaatrecht', *RM Themis* 2018/1. Vergelijk ook M.D.H. Nelemans, *Financiële regulering: de verhouding tussen interne governance en extern toezicht* (diss. Open Universiteit), 23 maart 2018, Zutphen: Uitgeverij Paris 2018. Let erop dat wettelijke beperkingen van toezichthoudersaansprakelijkheid (art. 1:25d lid 1 Wft) zien op al het handelen en nalaten van de toezichthouder (in casu DNB) dat rechtstreeks dan wel voldoende inhoudelijk met de uitoefening van haar wettelijke taken en bevoegdheden verband houdt, waaronder het nemen van bestuursrechtelij-

ke besluiten, HR 9 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:309.

54. W.A. Westenbroek, *Bestuursaansprakelijkheid in theorie* (diss. Rotterdam), 3 november 2017, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

55. *Energiericht en goederenrecht*, HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:1 en 12.

56. Zie bijv. het probleem van de onevenredige onteigeningen: B. Hoops, *De rechtvaardiging van onteigening* (diss. Groningen), 14 december 2017, Kaapstad: Juta Law Publishers 2017.

57. E.F.D. Engelhard, I. Giesen & A.C. van Schaick, 'Nieuwe schadessoorten', *NTBR* 2018/1.

58. T.R. Bleeker, 'Aansprakelijkheid voor klimaatschade: een driekoppige draak', *NTBR* 2018/2.

59. A.J. Verheij, 'Vergoedbaarheid van angstschade', *NTBR* 2018/3. Zie over angstschade ook: A.M. Overheul, 'Angst als juridisch relevante schade', *AV&S* 2017/33.

60. R. Rijnhout, 'Vergoeding voor (im) materiële schade na de dood: over perte d'une chance de survie en lost years', *NTBR* 2018/4.

61. T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Een Europees schadebegrip?', *NTBR* 2018/5.

62. HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3109 (rechtstreekse en noodzakelijke gevolgen van onteigening

komen voor vergoeding in aanmerking; de omstandigheid dat een perceel buiten het onteigende valt staat daaraan niet in de weg) en ECLI:NL:HR:2017:3184 (idem).

63. R. Rijnhout, 'Alternatieve vergoedingsystemen in personenschadezaken en slachtofferbehoeften', *NTBR* 2017/39.

64. T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Meervoudige causaliteit', *WPNR* 2018/7186, p. 237 e.v.

65. Ook mooi vonden we nog: A. Kolder, 'Op wie rust binnen het stelsel van art. 6:174 en 6:181 BW de kwalitatieve aansprakelijkheid voor gebrekkige opstellen?', *HR* 24 november 2017, *RvdW* 2017/1278 (*Schavemaker Transport BV en Schavemaker Logistics BV/Planet c.s.*), *AV&S* 2018/3; en G.M. Veldt & A.E.C. Wissink, 'Bewijslastverlichting voor de benadeelde bij productaansprakelijkheid voor onzekere risico's. Annotatie bij HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (*W. c.s./Sanofi Pasteur MSD SNC, Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine, Carpimko*)', *NTBR* 2017/36.

66. Eveneens relevant: HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2789 (reikwijdte art. 6:101 lid 2) en HR 5 januari 2018 ECLI:NL:HR:2018:7 (*Hedwigepolder*).

67. Vergelijk V.C. Hofman, 'Ernstig verwijt als criterium voor buitencontractuele aansprakelijkheid van advocaten', *WPNR* 2018/7186.

68. Zie over kansschade bij medische aansprakelijkheid: HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2786, waarin de Hoge Raad overwoog: 'Uit het feit dat een deskundige een kans niet in een percentage kan uitdrukken omdat naar de grootte van die kans geen onderzoek is gedaan, volgt immers niet dat die kans niet in een rechtens relevante omvang bestaat (...). Het hof had – nu de deskundige geen kanspercentage kon noemen maar zijn antwoorden niet uitsluiten dat van het verlies van een reële kans sprake kan zijn geweest – nader moeten onderzoeken of door het delay een reële kans op een betere uitkomst verloren is gegaan, en had – bij bevestigende beantwoording van die vraag – vervolgens tot een zo goed mogelijke schatting van deze kans moeten komen. Daartoe had het hof bijvoorbeeld de deskundige op een zitting nader kunnen bevragen.'

69. Zie HR 10 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2850 voor een kwestie inzake aansprakelijkheid van een notaris.

70. Zie over de declaratie van een advocaat (precieze boekhoudkundige verwerking niet beslissend in dit concrete geval): HR 16 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:363.

71. HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3260.

In het kader van de vaststelling van de *normschending* van de advocaat zien wij niet in wat het ertoe doet dat zijn cliënt wél en hij géén wetenschap had ten aanzien van het bestaan van het rapport

Juist als advocaat die cliënten bij de verkoop van het (net door de Provincie gesaneerde) terrein begeleidde had de advocaat het Oranjewoud-rapport, waarvan hij mocht aannemen dat het bestond, bij de Provincie moeten opvragen en vervolgens op zijn minst van de hoofdlijnen daarvan kennis moeten nemen. Als hij dat gedaan zou hebben dan zou het duidelijk zijn geweest dat het perceel zwaar vervuild was. Plv. P-G Langemeijer⁷² merkt hierover nog op dat het lastig is om een rapport op te vragen als je niet weet dat het bestaat, maar acht het oordeel van het hof op dit punt (alsook voor de rest) te billijken en concludeert tot verwerping van het cassatieberoep.

De Hoge Raad oordeelt anders en acht de klacht op dit punt gegrond. Nu als vaststaand diende te worden aangenomen dat de cliënt wél en de advocaat niet over het rapport beschikt valt volgens de Hoge Raad niet zonder nadere toelichting in te zien dat, zoals het hof heeft geoordeeld, de advocaat nog onderzoek had moeten instellen naar de omvang van de verontreiniging die na de sanering resteerde. De Hoge Raad verwijst daarbij uitdrukkelijk naar zijn eerdere arrest van HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406, NJ 2015/267, r.o. 3.4.3).

Wij vinden het moeilijk om dit arrest te plaatsen. De rechtsregel waarnaar de Hoge Raad verwijst luidt: 'Wanneer een advocaat een cliënt adviseert in het kader van een door een cliënt te nemen beslissing over een bepaalde kwestie, brengt de (...) genoemde zorgvuldigheidsplicht mee dat de advocaat de cliënt in staat stelt goed geïnformeerd te beslissen (...). Het antwoord op de vraag of en in welke mate een advocaat de cliënt daarbij behoort te informeren over en te waarschuwen voor een bepaald risico, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In dat kader kan onder meer betekenis toekomen aan de ernst en omvang van het desbetreffende risico, de mate van waarschijnlijkheid dat dit zich zal realiseren en de mate waarin de cliënt ervan heeft blijk gegeven zich reeds van dat risico bewust te zijn.'

Mede indachtig de conclusie van de plv. P-G en de uitgebreidheid van het oordeel van het hof komt het ons voor dat het hof bij zijn oordeel deze rechtsregel scherp op het netvlies heeft gehad. In het kader van de vaststelling van de *normschending* van de advocaat zien wij niet in wat het ertoe doet dat zijn cliënt wél en hij géén wetenschap had ten aanzien van het bestaan van het rapport. Dit zou ons inziens alleen maar een rol spelen bij de schadebegroting in een eventueel debat over eigen schuld in het licht van artikel 6:101 BW. Wij begrepen het oordeel van het hof aldus dat van een ervaren vastgoedadvocaat

wat nader onderzoek verwacht had mogen worden en dat zulks past in de door de Hoge Raad in zijn arrest van 2015 vervatte norm. Dit lijkt ons toch echt een feitelijk oordeel. De Hoge Raad heeft anders beslist. Wij zullen de doorverwijzingszaak met interesse volgen.

Juridisch bomen over een boom

Wanneer een (gemeente) boom wordt beschadigd en deze er daardoor minder esthetisch uitziet heeft de gemeente dan schade wanneer de boom zich vanwege zijn zelfherstellend vermogen uiteindelijk herstelt? Men zou indachtig het Hoge Raad-arrest van 28 januari 2005 (*Rally Dakar*)⁷³ kunnen menen dat de kosten *die* de gemeente heeft moeten maken om op de plaats van de beschadigde boom oorspronkelijk een niet-beschadigde (esthetisch fraai uitziende) boom neer te zetten door de beschadiging hun doel hebben gemist en dat daarom die kosten – voor zover dat redelijk is – voor vergoeding in aanmerking komen. Deze vraag lag onder meer voor in het arrest van de Hoge Raad van 15 december 2017.⁷⁴

De Hoge Raad oordeelde allereerst dat niet aan de orde was of de kosten gemoeid met het bevorderen of ondersteunen van het zelfherstel en andere in verband met de beschadiging te maken kosten voor vergoeding in aanmerking zouden komen, dat spreekt immers voor zich. Opmerkelijk is de overweging dat de ondersteuning en bevordering van zelfherstel ook verantwoord kunnen zijn indien de daarmee gemoeide kosten die van vervanging overtreffen.

Maar de Hoge Raad focust op de rechtsvraag, namelijk of naast de genoemde kosten ander nadeel voor vergoeding in aanmerking komt en, zo ja, hoe dit moet worden begroot. Daarbij gaat het om nadeel gelegen in de al dan niet tijdelijk beperkte functie en belevingswaarde van de boom en/of de mogelijke aantasting van de gezondheid en het risico op (vervroegde) uitval van de boom.

Het Hof meende van wel indachtig het idee dat de kosten om de boom als mooie boom te faciliteren hun uitwerking hadden gemist. De Hoge Raad oordeelt anders en oordeelt:

'Indien een boom wordt beschadigd zonder dat dit noodzaakt tot vervanging (...), laat dit onverlet dat die boom tot het moment van de beschadiging de functie die hij voordien had steeds in volle omvang heeft vervuld en nadien ten dele nog vervult. Daarom kan de begroting van de schade niet worden gestoeld op het uitgangspunt dat de kosten die in het verleden zijn gemaakt om het genot van de boom te verkrijgen en te behouden, geacht moeten worden hun doel te hebben gemist. Het onderhavige geval verschilt dan ook van het geval dat aan de orde was in HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 (*Rally Dakar*), op welk arrest het oordeel van het hof klaarblijkelijk is geënt.'

In cassatie werd er ook over geklaagd dat de schade zich niet laat begroten omdat het niet zeker is of het zelfherstel plaatsvindt of dat er wellicht andere oorzaken dan de beschadiging zijn die dat in de weg zou staan.

De Hoge Raad vervolgt: 'Op grond van art. 6:105 BW kan de begroting van nog niet ingetreden schade worden uitgesteld of na afweging van goede en kwade kansen bij voorbaat geschieden. Ook bij de laatstgenoemde wijze van begroting blijft uitgangspunt dat zoveel als redelijkerwijs

mogelijk is de werkelijk te lijden schade wordt begroot. Daartoe dient de feitelijke situatie vergeleken te worden met de hypothetische situatie zonder de beschadiging. Bij deze vergelijking komt het aan op de redelijke verwachting van de rechter omtrent toekomstige ontwikkelingen (...) Vaak zal onzekerheid bestaan over enerzijds de ontwikkeling van het zelfherstel van de boom na de beschadiging en anderzijds de ontwikkeling in het hypothetische geval zonder de beschadiging. In zodanige gevallen kan een afweging van goede en kwade kansen op bezwaren stuiten die aan directe algehele begroting op basis van een schatting in de weg staan.'

De uitsmijter is voor de hand liggend maar toch wel wat verrassend: 'Een algemene regel als door het hof (...) gegeven kan daarom niet worden aangenomen.'

Met andere woorden: de ene boom is de andere niet.

Verjaring⁷⁵ en erkenning:⁷⁶ een merkwaardig koppel

In de kronieken is al weer geruime tijd geen aandacht besteed aan het thema verjaring, de rechtspraak lijkt zich op dat punt wel enigszins uit te kristalliseren. In zijn arrest van 26 januari 2018⁷⁷ moest de Hoge Raad zich uitlaten over de vraag of een werkgever zich op verjaring mocht beroepen nu eerdere uitkeringen aan de werknemer vanwege een arbeidsongeval reeds sinds 2001 door de verzekeraar van de werkgever waren geacordeerd en betaald en de werkgever zich jaren later voor de zich dan aandienende betalingen op verjaring beroept. Het Hof geeft de werkgever gelijk. De A-G Rank-Berenschot adviseert tot verwerving van het daar tegen ingestelde cassatieberoep.

De werknemer beroept zich erop dat de aansprakelijkheid op grond van artikel 3:318 BW was erkend en dat de verjaring daarmee was gestuit. De werkgever stelt zich op het standpunt dat de verzekeraar niet namens de werkgever de aansprakelijkheid heeft kunnen erkennen, dat kan slechts de werkgever. De Hoge Raad maakt korte metten en oordeelt: dat artikel 3:318 BW bepaalt dat erkenning van het recht tot welks bescherming een rechtsvordering dient, de verjaring stuit van de rechtsvorderingen

tegen hem die het recht erkent en dat een vertegenwoordiger de verjaring kan stuiten door erkenning.⁷⁸ Vaststaat volgens de Hoge Raad dat de verzekeraar rechtsgeldig namens de verzekerde de aansprakelijkheid voor de schade heeft erkend, en dat die verzekeraar in vervolg daarop met de benadeelde in onderhandeling is getreden over de schadeafwikkeling. Als een verzekeraar in een dergelijk geval al niet op grond van de polisvoorwaarden (ook) bij de schadeafwikkeling optreedt als vertegenwoordiger van de verzekerde, geldt – behoudens bijvoorbeeld andersluidende mededeling van de verzekeraar of de verzekerde – in elk geval als uitgangspunt dat de benadeelde op een zodanige vertegenwoordigingsbevoegdheid mag vertrouwen.⁷⁹

De Hoge Raad benadrukt dat door de erkenning van de aansprakelijkheid door de verzekeraar namens de werkgever in 2001 de aansprakelijkheidsvraag in deze procedure niet meer ter discussie staat; uitsluitend de omvang van de schadevergoeding waarop de werknemer aanspraak heeft, is nog aan de orde. In dat verband is dan ook voor een eventuele erkenning door de verzekeraar (namens werkgever als grond voor stuiting van de lopende verjaring, voldoende de erkenning dat de werknemer aanspraak heeft op een hogere schadevergoeding dan reeds (zonder voorbehoud) is betaald, waarbij zonder belang is dat over de omvang van het nog verschuldigde bedrag geen overeenstemming bestaat.

Goederenrecht

In de literatuur komt Wibier op het gebied van Europees insolventierecht sterk door met zijn analyse van het arrest van het HvJ EU van 22 juni 2017 (*Small steps*), waarbij wordt ingegaan op overgang van onderneming⁸⁰ en de pre-pack-praktijk in het faillissementsrecht.⁸¹ Hartkamp⁸² is als altijd weer instructief en zeer gedetailleerd en dit keer gaat zijn analyse over een arrest van het HvJ EU van 26 januari 2017 ten aanzien van de verhouding tussen lokale procesrechtregels inzake de uitwinning van hypothecaire zekerheid en de bescherming die de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten biedt.⁸³ Opvallend is toch weer keer op keer dat de bepa-

72. Conclusie vóór het arrest onder randnummer 2.17, ECLI:NL:PHR:2017:1088.

73. HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 (*Rally Dakar*).

74. HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, zie hierover onder meer www.ou.nl/-/de-verplante-boom-of-niet-toekomstige-schade.

75. Zie ook inzake verjaring: HR 26 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:111 (niet uitgesloten is dat het onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat een schuldenaar die – voordat de vijfjaarstermijn van art. 3:310 lid 1 BW is voltooid – met een schuldeiser in onderhandeling treedt, zich tegenover deze erop beroept dat op enig tijdstip gedurende de onderhandelingen deze termijn is vol-

tooid. In een zodanig geval moet worden aangenomen dat een nieuwe verjaringstermijn begint te lopen te rekenen van het ogenblik waarop de onderhandelingen worden afgebroken).

76. Zie ook: HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:755, NJ 2017/194 (het oordeel (van het hof) dat eerder gemaakte afspraken zijn opgegaan in een nieuwe (gewijzigde) overeenkomst, is in het licht van de stukken van het geding niet onbegrijpelijk). Zie ook HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:426 (aanpassing overeenkomst digitaliseringsproject ziekenhuis, geen afstand van recht, beperkende werking redelijkheid en billijkheid).

77. Zie HR 26 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:108.

78. Zie HR 13 december 2002,

ECLI:NL:HR:2002:AE9243, NJ 2003/212.

79. Vergelijk HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:142, NJ 2017/78 (toerekening aan de achterman op grond van het risicobeginsel) en HR 14 juli 2017,

ECLI:NL:HR:2017:1356, NJ 2017/326 (toerekening van verklaringen en gedragingen van een notaris aan de achterman op grond van het risicobeginsel, daaraan te stellen eisen). Ook hier lijkt convergentie van denkbeelden mogelijk, zie A.L.H. Ernes, 'Kelly v. Fraser compared to the Allocation of Risk in Agency Law in the Netherlands', *EJCL* 2017(3), p. 101-106.

80. Vergelijk ook HR 9 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:180 (uitleg cao: overdracht activa door faillissementscurator gevolgd door overname van schoonmaakcontract door koper die ten behoeve van de

uitvoering van dat contract arbeidscontracten aanbiedt aan personeel van gefailleerde. Geen 'contractswisseling', heraanbesteding niet door dezelfde partij).

81. R.M. Wibier, 'Europees insolventierecht en het belang daarvan voor de Nederlandse pre-pack-praktijk', *HvJ EU* 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489 (*Federatie Nederlandse Vakvereniging/Smallsteps BV*), AA 2017, p. 996 e.v.

82. A.S. Hartkamp, 'Oneerlijke contractbedingen in verband met hypothecaire uitwinning en gezag van gewijsde', *HvJ EU* 26 januari 2017, C-421/14, ECLI:EU:C:2017:60 (*Banco Primus SA/Gutiérrez García*), AA 2017, p. 827 e.v.

83. Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.

Wellicht zien wij het te eenvoudig als we redeneren dat de niet overdraagbare vordering het vermogen van de rechthebbende daarvan, niet kan verlaten: met andere woorden de vordering is ‘thuis’ en blijft ‘thuis’

lingen uit deze richtlijn in vele rechtsgebieden ingrijpen en doorwerken.

Van Dijken⁸⁴ beschouwt in dit tijdschrift een juridische onduidelijkheid in de verhouding tussen de bepalingen van de Mijnbouwwet (Mbw), artikel 3:3 BW⁸⁵ en artikel 5:20 BW.⁸⁶ In beginsel wordt de eigendom over grond en zaken die zich daar in of op begeven, geregeld door artikel 5:20 BW. De Mijnbouwwet doorbreekt echter de algemene eigendomstoeiwijzingsregels van het BW voor delfstoffen, zoals aardgas. Volgens Van Dijken berust de eigendom van delfstoffen die zich op minder dan 100 meter diepte bevinden niet bij de Staat en is men weer aangewezen op de algemene regels van het BW. In zijn visie sluiten de regelingen van artikel 3:3 BW en 5:20 BW niet duidelijk op elkaar aan en zou het volgens hem aanbevelenswaardig zijn een wetwijziging te bewerkstelligen die meer duidelijkheid – en daarmee rechtszekerheid – biedt voor degenen met grote economische belangen, zolang wij volop gebruik maken van aardgas als energievoorziening. Hij pleit een aansluiting bij artikel 5:20 BW, door ‘niet gewonnen delfstoffen’ in artikel 3:3 BW te vervangen door de zinsnede ‘daaronder zich bevindende aardlagen’. Hierdoor vallen vloeibare en gasvormige delfstoffen niet onder artikel 3:3 BW, zoals deze ook niet onder artikel 5:20 BW vallen.

Verheul⁸⁷ relativeert – in een mooi artikel – de relatieve werking van artikel 3:90 lid 2 BW. Dit artikel stelt beperkingen aan een levering door een bezitter door middel van een constitutum possessorium. Totdat de zaak in handen van de verkrijger is gekomen, heeft een dergelijke levering geen werking tegenover een derde die een ouder recht op de zaak heeft. Artikel 3:90 lid 2 BW strekt er volgens Verheul toe de ouder gerechtigde te beschermen tegen onzichtbaar rechtsverlies. Deze bescherming kan slechts gerealiseerd worden door aan haar werking jegens *eenieder* toe te kennen. Dat strookt volgens de auteur bovendien met de opzet en werking van de bepaling. Naar zijn mening is er geen reden om slechts relatieve werking aan artikel 3:92 BW toe te kennen, dat brengt namelijk de absolute werking jegens de ouder gerechtigde in gevaar. Wij zijn overtuigd.

Van Dijken⁸⁸ pleit met verve dat niet-overdraagbaarheidsbedingen⁸⁹ in de zin van artikel 3:83 lid 2 BW – wanneer deze zo zijn opgesteld dat zij goederenrechtelijk werking hebben –⁹⁰ doorbroken kunnen worden door de derdenbeschermingsregeling uit artikel 3:36 BW. Althans in die zin dat de pandhouder/cessionaris in beginsel altijd succesvol een beroep op artikel 3:36 BW kan doen jegens de pandgever/cedent, mits eerstgenoemde aan zijn onderzoeksplicht voldoet. De auteur geeft wel aan dat wenselijkheid van deze uitleg mogelijk valt te betwisten. Wij zijn (nog) niet overtuigd en betwisten niet alleen de wenselijkheid van deze uitleg. Wellicht zien wij het te eenvoudig als

we redeneren dat de niet overdraagbare vordering⁹¹ het vermogen van de rechthebbende daarvan, niet kan verlaten: met andere woorden de vordering is ‘thuis’ en blijft ‘thuis’. Artikel 3:36 BW gaat niet zo ver dat op basis van een verklaring of gedraging bij een derde het gerechtvaardigd vertrouwen kan worden gewekt dat de vordering ‘toch de deur is uitgegaan’ en zulks dan ook is geschied. Dat zou het gesloten systeem van het goederenrecht ons inziens op een onaanvaardbare wijze doorkruisen. Zoals wij het zien *creëert* artikel 3:36 BW geen rechten die er niet zijn.⁹²

Zoals Hoops⁹³ het mooi verwoordt: ‘Landjepikkers moeten op grond van het arrest van 24 februari 2017 niet 10, niet 20, maar minimaal 25 en maximaal 40 jaar wachten totdat zij zeker kunnen zijn dat zij eigenaar zullen blijven.’ Daarbij refererend aan het Hoge Raad-arrest⁹⁴ – zoals door ons gesignaleerd in de kroniek van vorig jaar⁹⁵ – waarin de Hoge Raad via artikel 6:103 BW (nakoming anders dan in geld) langs de weg van een onrechtmatige daads-claim gebaseerd op artikel 3:314 BW, aan de termijn van de verkrijgende verjaring, nog een termijn tot teruggave van maximaal twintig jaar heeft geplakt. Hoops analyseert het arrest op verschillende wijzen en biedt daarmee wat ons betreft mooie inzichten.

Verrekening in faillissement: artikel 6:136 versus artikel 53 Fw

Hoe vaak moet de Hoge Raad een oordeel geven over hetzelfde thema?

Artikel 53 lid 3 Fw bepaalt: De curator kan geen beroep doen op artikel 136 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. Artikel 6:136 BW luidt: De rechter kan een vordering ondanks een beroep van de gedaagde op verrekening toewijzen, indien de gegrondheid van dit verweer niet op eenvoudige wijze is vast te stellen en de vordering overigens voor toewijzing vatbaar is.

Komt in het geval van een faillissement de bevoegdheid om zich op artikel 53 Fw slechts aan de curator toe? Nee, zo volgt uit de arresten van de Hoge Raad van 11 juli 2003,⁹⁶ alsmede uit die van 18 november 2005,⁹⁷ en die van 13 september 2013,⁹⁸ waarin is geoordeeld dat in geval van het faillissement van de pandgever ook de debiteur van de verpande vordering zijn tegenvordering kan verrekenen met overeenkomstige toepassing van artikel 53 lid 3 Fw, zonder dat de pandhouder een beroep toekomt op artikel 6:136 BW.

Toch moest de Hoge Raad er in zijn arrest van 24 november 2017⁹⁹ aan te pas komen om het hof – het zij toegegeven in een wat atypische casus – te corrigeren nu het hof het beroep op verrekening had afgewezen omdat de gegrondheid van de vordering niet eenvoudig was vast te stellen en daarmee artikel 6:136 BW had toegepast.

De Hoge Raad oordeelt: ‘In geval van het faillissement

van de pandgever kan de debiteur van de verpande vordering zijn tegenvordering verrekenen met overeenkomstige toepassing van art. 53 lid 3 Fw, zonder dat de pandhouder een beroep toekomt op art. 6:136 BW, en wel in verband met het belang dat de debiteur van de verpande vordering erbij heeft zijn schuld aan de boedel als “onderpand” te kunnen beschouwen (zie laatstelijk HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7391, NJ 2014/521, r.o. 3.6.2). Na verwijzing zal de gegrondheid van de tegenvordering van Artis derhalve alsnog moeten worden onderzocht.

Maar snel door naar het volgende arrest.

Eindelijk een Hoge Raad-arrest over artikel 3:43 BW

Uit artikel 3:43 BW volgt dat rechtshandelingen die, hetzij rechtstreeks, hetzij door tussenkomende personen, strekken tot verkrijging door advocaten van goederen waarover een geding aanhangig is voor het gerecht, onder welks rechtsgebied zij hun bediening uitoefenen nietig en verplichten de verkrijgers tot schadevergoeding.

In zijn arrest van 23 maart 2018¹⁰⁰ – in een ingewikkelde casus die zich lastig laat samenvatten – stond de vraag centraal of een advocaat de vordering – van om en nabij € 80 000 – die zijn cliënt op een wederpartij meende te hebben aan hem heeft mogen laten cederen (via een stille cessie als bedoeld in artikel 3:94 lid 3 BW), ter betaling van zijn (advocaat)-kosten. Deze cessie vond plaats vlak voordat tussen zijn cliënt en die wederpartij een arbitrale procedure werd opgestart.

Na faillissement van de cliënt, wil de wederpartij allerlei vorderingen verrekenen en wordt aan haar de stille cessie – die voor het faillissement aan haar was meegegeeld – tegengeworpen. De wederpartij van de cliënt beroept zich onder meer op de nietigheid van de cessie op grond van artikel 3:43 BW. De advocaat verweert zich met de stelling dat de vordering nog niet aanhangig was op het moment van de (stille) cessie.

De Hoge Raad oordeelt daarover: ‘Voor zover thans van belang zijn ingevolge art. 3:43 lid 1, aanhef, onder a, en slot, BW nietig: rechtshandelingen die strekken tot verkrijging door (onder meer) advocaten van goederen waarover een geding aanhangig is voor het gerecht onder welks rechtsgebied zij hun bediening uitoefenen. Blijkens

de totstandkomings-geschiedenis van deze bepaling (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.4-2.11) is zij slechts van toepassing indien over de betrokken goederen een geding aanhangig is in de zin van art. 125 lid 1 Rv, dat wil zeggen vanaf de dag van de dagvaarding, dan wel, in geval van digitaal procederen, de dag waarop de procesinleiding is ingediend. Het past bij de nietigheidssanc-tie die art. 3:43 BW aan handelen in strijd met de bepaling verbindt, om de gevallen waarin zij van toepassing is, duidelijk te begrenzen. Het onderdeel faalt dus omdat het uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting.’

Ook werd – kort samengevat – tegen het arrest van het hof opgeworpen dat voor de werking van de cessie voor de vraag of het geding aanhangig is in de zin van artikel 3:43 BW bepalend is wanneer de cessie was meegegeeld. Ook deze stelling wordt door de Hoge Raad verworpen.

Het rechtscollege oordeelt: ‘Volgens art. 3:94 lid 3 BW – voor zover hier van belang – kunnen vorderingsrechten worden geleverd door een daartoe bestemde authentieke of geregistreerde onderhandse akte, zonder mededeling daarvan aan de personen tegen wie die rechten moeten worden uitgeoefend, maar kan deze levering niet worden tegengeworpen aan de personen tegen wie deze rechten moeten worden uitgeoefend dan na mededeling daarvan aan die personen door de vervreemder of de verkrijger. De levering – en daarmee, als aan alle overige daarvoor geldende vereisten is voldaan: de overdracht – van de vordering vindt dus al plaats op het moment van het verlijden van de authentieke akte of het registreren van de onderhandse akte. Op dat moment is sprake van een rechtshandeling strekkende tot verkrijging in de zin van art. 3:43 lid 1 BW. De bescherming die de schuldenaar van de gecedeerde vordering volgens art. 3:94 lid 3 BW kan ontlenen aan het ontbreken van een mededeling, brengt niet mee dat voor de toepassing van art. 3:43 lid 1 BW het moment van de mededeling beslissend zou zijn. Bij deze toepassing doet zich niet het geval voor dat de levering wordt “teggeworpen” aan de schuldenaar, in de zin van art. 3:94 lid 3 BW. De strekking van art. 3:43 lid 1 BW is immers het dienen van het algemeen belang gelegen in de onkreukbaarheid van het gerechtelijk apparaat in de ruime zin van het woord, en niet het beschermen van belangen als die van de schuldenaar (vergelijk *Parl. Gesch.* Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1145).’

84. M. van Dijken, ‘Plaatsing van aardgas in het goederenrechtelijke systeem’, *NJB* 2018/588, afl. 12.

85. Art. 3: 3 BW luidt: 1. Onroerend zijn de grond, de nog niet gewonnen delfstoffen, de met de grond verenigde beplantingen, alsmede de gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken. 2. Roerend zijn alle zaken die niet onroerend zijn.

86. Art. 5:20 BW lid 1 onder a en b luidt: De eigendom van de grond omvat, voor zover de wet niet anders bepaalt: a. de bovengrond; b. de daaronder zich bevindende aardlagen; (...).

87. E.F. Verheul, ‘Hoe relatief is de relative-

ring van de levering c.p. door een bezitter?’, *WPNR* 2017/7171. Verheul is op 11 januari 2018 aan de RUG gepromoveerd op het eigendomsvoorbehoud, gepubliceerd bij Deventer: Wolters Kluwer 2018.

88. M.T.P. van Dijken, ‘Derdenbescherming bij niet-overdraagbaarheidsbedingen’, *WPNR* 2017/7174.

89. Zie over cessieverboden naar Engels recht G.Á.C. Orbán, ‘De Engelse Business Contract Terms (Assignment of Receivables) Regulations 2017 Een cessieverbod-verbod?’, *WPNR* 2017/7175.

90. Vergelijk HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682 (*Coface/Intergamma*).

91. Wanneer inderdaad is vastgesteld dat

deze niet overdraagbaar is.

92. Vergelijk HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2640 (de aard van beslaglegging als middel tot bewaring van rechten brengt derhalve mee dat art. 3:36 BW niet tot gevolg heeft dat [verweerster in cassatie] door het enkele leggen van beslag tegenover [eiseres tot cassatie] aanspraak verkrijgt het beslagen goed onbezwaard te executeren).

93. B. Hoops, ‘Te goeder trouw, te kwader trouw of geen van beide? Wegwijs in de nieuwe verjaringsverkrigingsjungle’, *WPNR* 2017/7174. Zie ook J.E. Jansen, ‘Schadevergoeding uit onrechtmatige daad na verkrijging door artikel 3:105 BW 1’, *RM Themis* 2018-1 p. 3 e.v.

94. HR 24 februari 2017,

ECLI:NL:HR:2017:309.

95. *NJB* 2017/833, afl. 15, p. 998.

96. HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7535, *NJ* 2003/539, m.nt. Pvs (r.o. 3.4).

97. HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT9061, *NJ* 2006/190 (r.o. 3.4).

98. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7391, *NJ* 2014/521, m.nt. HJS (r.o. 3.6.2).

99. HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3017.

100. HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:428.

Zo, eindelijk wat duidelijkheid over de toepassing van artikel 3:43 BW, het heeft even geduurd, maar dan heb je ook wat.¹⁰¹

De impliciete uitsmijter: cliffhanger voor de volgende kroniek

Op de valreep van de kroniekperiode heeft de Hoge Raad prejudiciële vragen beantwoord¹⁰² over het faillissementsrecht in een arrest dat – daarvan zijn wij overtuigd – nu al als standaardarrest kan worden aangemerkt. Kwesties die – kort gezegd – *Koot/Tideman*-vragen betreffen zijn actueel en uiterst interessant. In haar conclusie¹⁰³ voor de *Famed*-zaak¹⁰⁴ merkte A-G Rank-Berenschot op (noot 29) dat het de vraag is in hoeverre partijen het ontstaansmoment van de vordering kunnen bepalen, zeker nu de Hoge Raad blijkens het arrest *Tideman* een minder rigide uitleg lijkt te hanteren ter zake van de fixatie van het passief (dient dit ook te gelden voor het actief?). Inmiddels spelen vragen hierover in meerdere recente arresten.¹⁰⁵

De in het arrest van 23 maart 2018 beantwoorde vragen en de daarbij door de Hoge Raad aangegeven aanwijzingen zijn zo omvangrijk en talrijk dat deze zonder nadere beschouwing niet in het bestek van deze kroniek zorgvuldig kunnen worden samengevat. Het ligt in de rede dat hierop in de volgende kroniek wordt teruggekomen.

Toch even wat highlights, het gaat om de volgende vragen:

- (I) dienen, mede gelet op het fixatiebeginsel en artikel 249 Fw, vorderingen die zijn ontstaan op of na de dag waarop aan de schuldenaar surseance van betaling is verleend (maar vóór de dag waarop de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard) in het faillissement te worden erkend?
- (II) dienen, mede gelet op de in rechtsoverweging 3.7.2 van het arrest van de Hoge Raad der Nederlanden van 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*) geformuleerde rechtsregel, de vorderingen van een schuldeiser die voortvloeien uit een op de dag waarop aan de schuldenaar surseance van betaling is verleend reeds met de schuldenaar bestaande rechtsverhouding maar die zijn ontstaan op of na die dag, althans op of na de dag waarop de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard, maar steeds vóór de dag waarop het faillissement eindigt, in het faillissement te worden erkend?
- (III) maakt het voor het antwoord op vraag (II) uit of op de dag waarop aan de schuldenaar surseance van betaling is verleend, althans op de dag waarop de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard, het ontstaan, althans de omvang, van de bedoelde vordering niet zeker was?
- (IV) maakt het voor het antwoord op vraag (II) uit of het ontstaan en/of de omvang van de bedoelde vorderingen het gevolg was van handelingen van de schuldeiser (dan wel van handelingen aan diens zijde) tijdens de surseance van betaling, althans het faillissement?
- (V) hoe en wanneer dienen, mede gelet op de belangen van de overige schuldeisers en de schuldenaar, na de verificatievergadering ontstane vorderingen te worden geverifieerd?

De vragen I-III worden door Hoge Raad als volgt beantwoord. Vorderingen die zijn ontstaan tijdens een

faillissement of een daaraan voorafgaande surseance, komen in beginsel niet voor erkenning in aanmerking, omdat die erkenning in strijd zou zijn met het fixatiebeginsel. Zij moeten echter wel worden erkend indien en voor zover zij besloten lagen in een ten tijde van het ingaan van dat faillissement of die surseance reeds bestaande rechtspositie van de schuldeiser, zodat geen sprake is van een uitbreiding van aanspraken die in strijd komt met het fixatiebeginsel. In dat geval maakt niet uit of het ontstaan of de omvang van de vordering op het moment van het ingaan van de surseance nog niet zeker was.

Vraag IV wordt als volgt beantwoord. Als een vordering ontstaat of in omvang toeneemt als gevolg van handelingen (aan de zijde) van de schuldeiser, staat dit in de weg aan verificatie van de vordering (in deze omvang) indien dit ontstaan of deze toename van de omvang moet worden aangemerkt als een uitbreiding van de aanspraken zoals die ten tijde van het ingaan van de surseance (of van een niet op surseance aansluitend faillissement) al bestonden of in de rechtspositie van deze schuldeiser besloten lagen.

Vraag V: Voor zover de waarde van de na de faillietverklaring ontstane vorderingen waarvoor de schuldeiser in het faillissement kan opkomen, onzeker is, dienen deze vorderingen te worden geverifieerd naar de geschatte waarde die deze op de dag van de faillietverklaring hebben. De uit artikel 131 en 133 Fw voortvloeiende regels zijn hierbij van overeenkomstige toepassing. De vorderingen dienen op het overeenkomstig artikel 108 lid 1 aanhef en onder 1 Fw bepaalde moment ter verificatie te worden ingediend, ook voor zover het gaat om vorderingen die naar verwachting nog tijdens het faillissement maar na de verificatievergadering zullen ontstaan.

Kortom een nadere analyse houdt u (van ons) tegoed.

Uitleiding

'Afspraak is afspraak' is een mooi adagium, maar of gedane beloften in de ingewikkeldheid van de huidige maatschappij altijd zijn waar te maken – zoals onze minister-president voor lijkt te staan – kan worden betwijfeld. De vraag die intrigeert is of een niet-nakomen van de belofte altijd strijdig is met het recht of dat juist het dwingen van de ander om de belofte gestand te doen strijdig is – of kan zijn – met het recht. De rechtspraak biedt geen antwoord: deze is te casuïstisch. Of wij onze bovenstaande belofte gestand doen... •

¹⁰¹. Het arrest van het hof wordt in het kader van een feitelijk oordeel inzake verrekening art. 6:127 BW vernietigd, welk feitelijk aspect van de procedure wij in het bestek van de kroniek niet hebben belicht.

¹⁰². HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (precisering *Koot/Tideman*-rechtspraak). Ook precisering in HR 26 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:107 (OD, aansprakelijkheid insolventieadviseur jegens gezamenlijke faillissementscrediteuren; *Peeters/Gatzen*-vordering: ingangsdatum wettelijke rente.)

¹⁰³. HR 23 juni 2017, ECLI:NL:PHR:2017:554.

¹⁰⁴. HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2901.

¹⁰⁵. Vergelijk HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:563; HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:1094; HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2907; HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3149; HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:427 (81 RO, maar zie vooral de conclusie ECLI:NL:PHR:2018:42), zie ook HR 2 februari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:74.