



## 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(35), 2587-2597. [1866].

<http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D0CF51&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 Rinkes<sup>1</sup>

**Doemdenken of opgewekt dwarsliggen in het recht? Vrolijke rechtswetenschap en rechtstoepassing, of juist met pessimisme het juridisch debat in? In deze kroniek vermogensrecht staat het plezier in het denken over de juridische werkelijkheid – zoals altijd – voorop. Er is ruimte voor teleurstelling, maar ook voor innovatie. Weinig turbulent, maar onderweg naar morgen.**

**D**it keer een kort thema in de Kroniek, getriggerd door een 'Vooraf' van Steneker in *Ars Aequi*.<sup>2</sup> Steneker prikkelt met zijn stelling dat juristen doemdenkers zijn. Maar er is hoop. Zoals hij aangeeft: 'Het lijkt misschien een rotklus om je hiermee bezig te houden, maar je gaat er op den duur lol in krijgen.' Klopt het dat juristen als een soort van – door Vestdijk omschreven – Ivoren wachters (van het maagdarmkanaal)<sup>3</sup> als belangrijkste functie hebben om moeilijke boodschappen gemakkelijker te laten 'verteren', en dat de functie van jurist zich met name uitstrekt tot bescherming van anderen tegen onheil? De jurist als verkapte Moeder Theresa? In die context zou Steneker's stelling tot de status van adagium dienen te worden verheven, hetgeen dan in lijn is met de heiligverklaring van Moeder Theresa in 2016. De jurist, maar dan meer als beschermende doemdenker. Wij houden het er vooralsnog op dat juristen mensen zijn met een gewone baan, die zich niet per se als een soort depressieve Batman de bescherming van anderen hoeven aan te trekken. Wij laten het graag aan u over als lezer om vast te stellen waar u zichzelf het meest mee kunt associëren of identificeren.

In de moderne cultuur staan steeds andere waarden en normen centraal. Een neiging tot pessimisme 'in de schaduwen van morgen' hoort daarbij, zo lijkt het (aldus Van der Woud).<sup>4</sup>

Snel naar de realiteit. Een nieuw en prachtig standaardwerk over het contractenrecht en een explosie van Hoge Raad-arresten die betrekking hebben op contractenrechtelijke onderwerpen kenmerken deze Kroniekperiode. In het aansprakelijkheidsrecht valt op dat – eindelijk – de Wet Affectieschade is aangenomen, welke per 1 januari a.s. in werking treedt. Het goederenrecht kabbelt voort zonder veel noemenswaardige ontwikkelingen. Door de Europese commissie is een lang verwacht voorstel ingediend om artikel 14 Rome I Verordening aan te passen, waarover hieronder meer.<sup>5</sup> Voorts is er wat onrust vast te stellen in de rechtsliteratuur<sup>6</sup> over het concept-wetsvoorstel inzake de opheffing van verpandingsverboden.<sup>7</sup>

## Contractenrecht

Tjittes<sup>8</sup> heeft een prachtig boek geschreven over het commerciële contractenrecht: een lijvig werk van 574 pagina's

### Auteurs

1. Prof. mr. dr. T.H.M. van Wechem is hoogleraar Corporate Legal Counselling aan de Open Universiteit, 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 in het Hof Arnhem-Leeuwarden en rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Rotterdam. Deze kroniek bestrijkt de periode april 2018 oktober 2018.

### Noten

2. S. Steneker, *Ars Aequi* september 2018, p. 702. Steneker is in goed gezelschap met zijn oproep aan rechtenstudenten: vergelijk ook E.S. Fruehwald, *Understanding and overcoming cognitive biases for lawyers and law students*, 21 februari 2018, beschikbaar via <https://ssrn.com/abstract=3120662>.

3. S. Vestdijk, *Ivoren wachters*, 1951, 'Ivoren wachters van 't maagdarmkanaal. Uw teugelloos verdwijnen in galop. Maakt mijn kop tot minder dan een doodskop, Die blikkerlucht, van huis en spieren kaal. Ik offerde u aan klui en notenschaal, Aan

zuurtjes, noga, chocola en drop. Mijn oom zei: "Jou verdomde galgestrop, Dacht jij, dat ik de tandarts nog betaal?" Ivoren wachters, 'k draag mijn tegenspoed. Aan vroege ouderdom of diabetes. Is uw betreurder verscheiden niet te wijten. 't Komt enkel door dat tomeloze bijten. Een door 't gesabbel op wat suikergoed. Dat gij ontbreekt zo breed als mijn bek breekt is.'

4. Auke van der Woud, *Een nieuwe wereld, Het ontstaan van het modern Nederland*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2007, p. 21-22.

5. Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law

applicable to the third-party effects of assignments of claims Brussels, 12 maart 2018 COM(2018) 96 final 2018/0044 (COD).

6. R.M. Wibier, 'De wet opheffing verpandingsverboden', *NTHR* 2018, p. 241-244 en F.M.J. Verstijlen, 'De wet opheffing verpandingsverboden', *WPNR* 2018, afl. 7203, p. 577-578.

7. [www.internetconsultatie.nl/verpandingsverbod](http://www.internetconsultatie.nl/verpandingsverbod).

8. R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel Contractenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2018.

waarin diverse stadia van het contracteer-proces worden besproken, geardeerd met uitgebreide rechtspraak en nadere vindplaatsen. Een boek dat ons inziens op géén bureau van contractenschrijvers of contracten-beoordeelaars, mag ontbreken. Ook de nieuwe (3e) druk van het boek van Loos over Algemene voorwaarden, mag er zijn. Mooie uitleg en mooie toelichtingen op de relevante thema's en bovenal zeer up to date met de bespreking van veel rechtspraak.<sup>9</sup>

Van Schaick<sup>10</sup> schrijft naar aanleiding van een Belgische zaak een verhelderend artikel over de rechtsfiguur van partiële vernietiging van overeenkomsten. Hij signaleert een verschuiving van de functie hiervan van een mogelijkheid tot bescherming van de benadeelde tegen zijn wilsgebrek tot een mogelijkheid van de benadeelde om eenzijdig de overeenkomst te modelleren naar het resultaat dat het beste bij zijn belangen past, namelijk door dát deel van de overeenkomst te vernietigen dat hem bij nadere overweging niet goed uitkomt. De belangen van de wederpartij dreigen dan al te zeer in het gedrang te komen, aldus Van Schaick. Een beschouwing waarin wij ons volledig kunnen vinden.

### Niet is door de Hoge Raad aangegeven hoe berekend dient te worden over welke periode de agent zijn provisie misloopt; juist deze factor kan een behoorlijk effect hebben op het bedrag van de eventueel verschuldigde goodwill

Huppés & Wildenbeest<sup>11</sup> laten overtuigend zien dat de Hoge Raad in het *T-Mobile*-arrest<sup>12</sup> op een onjuiste wijze richtlijnen heeft gegeven op welke wijze bij de beëindiging van een agentuurovereenkomst de eventuele 'goodwill', waarop de agent bij beëindiging van de overeenkomst recht heeft, moet worden berekend. De Hoge Raad heeft zijn arrest gebaseerd op het Hof van Justitie EU-arrest *Turgay Semen/Deutsche Tamoil*, van 26 maart 2009,<sup>13</sup> waarbij het Hof van Justitie het Verslag<sup>14</sup> van de Europese Commissie, waarin aanwijzingen voor goodwill-berekeningen zijn gegeven, volgens de auteurs niet juist heeft toegepast. Nu de Hoge Raad het Hof van Justitie EU in zijn arrest volgt, betekent dat dat de aanwijzingen die de Hoge Raad voor goodwill-berekening in het *T-mobile*-arrest heeft gegeven, evenmin juist zijn. De crux zit hem erin dat in de eerste fase van goodwill-berekening dient te worden uitgegaan van de misgelopen provisie van de agent (het Verslag) en niet van de genoten voordelen door de principaal (de Hoge Raad). Hier zijn wij het mee eens. Echter, ons inziens zit er nog een addertje onder het gras, waarmee het Hoge Raad-arrest de lezer op

het verkeerde been zet. Niet is door de Hoge Raad aangegeven hoe berekend dient te worden over welke periode de agent zijn provisie mis loopt. Juist deze factor kan – veelal in het belang van de agent – een behoorlijk effect hebben op het bedrag van de eventueel verschuldigde goodwill. Hoe dan ook een zeer weerbarstige materie. De auteurs – met een back up van agentuurspecialist Christiaans<sup>15</sup> – hebben een stevige bijdrage aan de rechtsliteratuur geleverd. Voer voor debat in de rechtszaal. Wat ons betreft: de 'must read' van deze kroniek.

Na zijn overstap van de commerciële advocatuur naar de wetenschap, timmert De Graaf met een aantal publicaties goed aan de weg. In *NTBR*<sup>16</sup> laat hij zien dat een aantal implementaties van Europese richtlijnen (de Richtlijn E-commerce<sup>17</sup> en de Dienstenrichtlijn)<sup>18</sup> niet geheel vlekkeloos is verlopen voor zover het impact heeft op de wettelijke regeling van algemene voorwaarden.<sup>19</sup> In het *WPNR* biedt een tweeluik van artikelen van zijn hand inzichten in de nieuwe wereld van smart contracts.<sup>20</sup> Breder ontwikkelingen worden vanuit Europa verwacht: er komt een 'New Deal' voor consumenten (met wijziging van tal van richtlijnen op dit terrein).<sup>21</sup> Het toepassen van het consumentenrecht wordt hiermee wel een steeds meer feitelijke aangelegenheid, zoals blijkt uit de antwoorden op recente prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (waarover een volgende kroniek meer).<sup>22</sup>

Hijma<sup>23</sup> schetst in *WPNR* op verhelderende wijze de mogelijkheden die een teleurgestelde koper ten dienste staan indien – en voor zover – deze direct of indirect een mindering op de koopprijs nastreeft. Tot slot in deze opsomming van opvallende artikelen in de rechtsliteratuur wijzen wij op een artikel van Van Veen in *TvOB*<sup>24</sup> over aandeelhoudersovereenkomsten en het Nederlandse vennootschapsrecht.<sup>25</sup> Van Veen bespreekt zeer uitgebreid de diverse vennootschapsrechtelijk georiënteerde afspraken – zoals stemovereenkomsten – die in aandeelhoudersovereenkomsten worden gemaakt en spiegelt deze aan artikel 2:25 BW – waaruit volgt dat van de bepalingen van Boek 2 slechts kan worden afgeweken voor zover dat uit de wet blijkt – en aan artikel 3:40 BW waaruit volgt dat een afspraak die in strijd is met een regel van dwingend recht nietig of vernietigbaar is. Wat jammer is, maar gezien de titel wel begrijpelijk: het artikel richt zich uitsluitend op vennootschapsrechtelijke thema's en daarom komen vragen over de reikwijdte van het vermogensrecht op dit type overeenkomsten niet aan bod. Dat vinden wij jammer omdat dergelijke vragen wel degelijk kunnen spelen, zoals: i) is een aandeelhoudersovereenkomst opzegbaar?; ii) kan nakoming worden gevorderd?; of iii) kan de overeenkomst worden ontbonden? en minstens zo interessant zijn. Bij een dergelijke analyse – als wij een voorzet mogen geven – moet wel goed gekeken worden naar de schakelbepalingen van artikel 3:59 BW en die van artikel 6:216 BW.

### Verpakking versus formele geldigheid

Als partijen afspreken dat bepaalde rechtshandelingen aan vormvereisten dienen te voldoen, heeft een verklaring die niet in de juiste vorm is uitgebracht dan tussen hen werking of blokkeert het vormvoorschrift dan de gelding van de niet in de afgesproken vorm uitgebrachte verklaring? Die vraag speelt niet alleen in de rechtsliteratuur,<sup>26</sup>

## Voor de wils-/vertrouwensleer hoeft ons inziens slechts te worden getoetst aan het (geobjectiveerd subjectieve) gerechtvaardigde vertrouwen bij de ontvangende partij en hoeft niet naar de wederkerigheid te worden gekeken die eigen is aan *Haviltex*

maar kwam ook aan bod in het Hoge Raad-arrest van 1 juni 2018.<sup>27</sup> In het kort speelde daar de vraag of een – aan de advocaat van de wederpartij – uitgebrachte (emotionele) mondelinge opzegging van een VOF-overeenkomst als rechtsgeldig kon worden beschouwd, nu in de VOF-overeenkomst was opgenomen dat deze schriftelijk of bij deurwaardersexploot moest worden opgezegd én deze opzegging een boete ‘triggerde’ van € 75.000.

De Hoge Raad oordeelde: r.o. 3.3.2. Tussen partijen is in geschil of de vof op 9 november 2011 door opzegging is geëindigd als gevolg van een telefonische uitlating van [eiser 2] (...). Deze telefonische uitlating moet, naar het hof heeft onderkend, worden uitgelegd aan de hand van de art. 3:33 BW en 3:35 BW. Daarbij zijn alle omstandigheden van het geval van belang.<sup>28</sup>

Wat opvalt is dat het cassatiemiddel klaagde dat *Haviltex* niet goed was toegepast, maar dat het oordeel van de Hoge Raad slechts refereert aan de wils-/vertrouwensleer van artikel 3:33/3:35 BW. Een oordeel dat wij vinden passen binnen ons betoog in een van de eerdere kronieken<sup>29</sup> waarin wij de stelling poneerden dat *Haviltex* iets anders is dan de wils-/vertrouwensleer.<sup>30</sup> Voor de wils-/vertrouwensleer hoeft ons inziens slechts te worden getoetst aan het (geobjectiveerd subjectieve) gerechtvaardigde vertrouwen bij de ontvangende partij en hoeft niet naar de wederkerigheid te worden gekeken die eigen is aan *Haviltex*.

Maar hoe zit het nu met het vormvereiste waaraan niet was voldaan? Het hof had geoordeeld dat ondanks het feit dat de opzegging niet op de juiste wijze was ‘verpakt’ – zij was immers mondeling gedaan – de overeenkomst toch rechtsgeldig was opgezegd.

De Hoge Raad oordeelt hierover als volgt: ‘Dat partijen in art. 10 lid 1 van de vennootschapsakte zijn overeengekomen dat een vennoot die de vennootschap wil doen eindigen, dat schriftelijk of bij deurwaardersexploot aan de andere vennoot kenbaar moet maken, is een omstandigheid die van belang kan zijn bij de beantwoording van de vraag of de telefonische uitlating van [eiser 2] redelijkerwijs door [verweerder] mocht worden opgevat als opzegging (zie hiervoor in 3.3.2). Als het hof van oordeel was dat aan hetgeen partijen in art. 10 lid 1 van de vennootschapsakte zijn overeengekomen geen betekenis kan toekomen bij de beantwoording van de vraag of [eiseres 1] de vof op 9 november 2011 bij monde van [eiser 2] heeft opgezegd, is dat onjuist. Als het hof de bedoelde omstandigheid wel heeft meegewogen, is zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd.’

Kortom: het niet voldoen aan de voorgeschreven vorm maakt de rechtshandeling niet per definitie ongeldig, maar is een omstandigheid die moet worden meegewogen in de afweging of de ontvangende partij daar gerechtvaardigd betekenis aan heeft mogen toekennen. Wat ons betreft biedt dat mogelijkheden tot rechtvaardig maatwerk.

9. M.B.M. Loos, *Algemene Voorwaarden* (derde druk), Boom juridisch 2018.

10. A.C. van Schaick, ‘Partiele vernietigbaarheid’, *NTBR* 2018/27.

11. N. Huppés & T.L. Wildenbeest, ‘De klantenvergoeding: hoe een fout van het HvJ de Hoge Raad op een dwaalspoor heeft gezet’, *NTBR* 2018/28.

12. HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9865.

13. HvJ EG 26 maart 2009, C-348/07.

14. Verslag van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 23 juli 1996, COM(1996)364.

15. Zie noot 2 van het artikel.

16. T.J. de Graaf, ‘Naar een coherente(re) implementatie van de informatieplichten met betrekking tot (algemene) voorwaarden voortvloeiend uit de e-commerce-richtlijn en dienstenrichtlijn’, *NTBR* 2018/24, afl. 6.

17. Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (‘e-commerce-richtlijn’).

18. Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (‘dienstenrichtlijn’).

19. Een terrein van voortdurende aandacht: zie bijv. HvJ EU 7 augustus 2018, C-96/16 en 94/17, ECLI:EU:C:2018:643 (*Banco Santander*): Richtlijn 93/13/EEG verzet zich niet tegen nationale rechtspraak waarin ook na vernietiging van een oneerlijk vertragsrentebeding in consumentenovereenkomsten de gewone rente blijft lopen. Vraag of dat ook geldt voor wettelijke rente?

20. T.J. de Graaf, ‘Van oud naar nieuw: van internet naar smart contracts en van mensen naar code (I en II)’, *WPNR* 2018/7199, *WPNR* 2018/7200. Zie ook: J.K. Stam, ‘Smart contracts?’, *Contracteren* 2018, nr. 2, p. 54-60.

21. Zie hierover M.B.M. Loos, ‘Oude wijn in nieuwe zakken? Modernisering van het Europese consumentenrecht’, *NTER* 2018 afl. 5/6, p. 150-156 over COM (2018) 183 en 185 final.

22. HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800.

23. J. Hijma, ‘Koopprijsvermindering’, *WPNR* 2018/7202.

24. W.J.M. van Veen, ‘Aandeelhoudersovereenkomsten en het Nederlandse vennootschapsrecht’, *TVOB* 2018, 4, p. 97-107.

25. Zie inzake de ‘twilight zone’ tussen Boek 2 en het algemeen vermogensrecht

ook: Koen van Vught, ‘De totstandkoming en uitleg van besluiten. Een vloeiende lijn tussen Boek 2, *Haviltex* en *cao*’, *Ars Aequi* juni 2018, p. 449-460.

26. Zie C.E. Drion, ‘De “No Oral Modification Clause” (op het snijvlak van vormvrijheid en contractsvrijheid)’, *NJB* 2018/996, afl. 20 en T.H.M. van Wechem & H.N. Schelhaas, ‘Yes or no to no oral modification clauses’, *Contracteren* 2017/2, p. 47-52.

27. HR 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:819.

28. Vergelijk HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:315, r.o. 3.3.2. Zie over dit arrest uitgebreid: G.R.G. Driessen, ‘Eenzijdig gerichte rechtshandeling of overeenkomst? Dat verdient Uitleg!’, *Contracteren* 2018, nr. 3, p. 86-91.

29. *NJB* 2017/833, nr. 15, p. 990.

30. Anders: C.E. Drion, ‘De historie van *Haviltex*’, *NJB* 2016/1391, afl. 28.

### Kwijting is niet hetzelfde als kwijtschelding

Het komt veelvuldig voor dat partijen elkaar in een overeenkomst kwijting verlenen. Maar wat wordt daar nu eigenlijk precies mee bedoeld? Deze vraag stond centraal in het arrest van de Hoge Raad van 22 juni 2018.<sup>31</sup> Partijen hadden in een overnameovereenkomst het volgende afgesproken: 'Verkoper verleent aan Koper kwijting voor de betaling van de koopprijs. Koper verleent aan Verkoper kwijting voor betaling van de vordering.'

De betaling geschiedde onder meer door het verstrekken van een lening door de koper (Bela) aan de verkoper (Citadel), welke lening dan van de koopprijs zou worden afgetrokken. Nu blijkt dat verkoper een vergissing heeft gemaakt bij de berekening van de hoogte van zijn schuld uit hoofde van de leningsovereenkomst aan de koper op het moment dat die verrekend werd met de koopsom en vordert hij nog € 225.000 van de koper. Deze laatste stelt zich op het standpunt dat hij conform het bepaalde in de overeenkomst volledig voor zijn betaling is gekweten en dat aan de verkoper geen aanspraken meer toekomen. Het hof geeft de koper daarin gelijk. De Hoge Raad oordeelt anders en legt en passant even uit hoe tegen een beding van kwijting dient te worden aangekeken.

Ons hoogste rechtscollege oordeelt: '(...) Voor zover het hof heeft geoordeeld dat de door Citadel afgelegde kwijtingsverklaring zonder meer meebrengt dat zij afstand heeft gedaan van haar recht op volledige betaling van de koopsom, ook voor het geval zou blijken dat bij de berekening van het te verrekenen bedrag een fout zou zijn gemaakt, geeft dat oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Een kwijting houdt immers in beginsel niet meer in dan de verklaring ten bewijze dat de desbetreffende betaling heeft plaatsgevonden, waartegen tegenbewijs openstaat (art. 6:48-49 BW in verbinding met art. 157 Rv). In een dergelijke verklaring ligt niet zonder meer tevens een kwijtschelding als bedoeld in art. 6:160 lid 2 BW besloten.'

Wat opvalt zijn de woorden 'niet zonder meer' die ons inziens kunnen meebrengen dat partijen een dergelijk rechtsgevolg wel in hun overeenkomst kunnen opnemen.

De Hoge Raad vervolgt: 'Daartoe is vereist dat partijen zijn overeengekomen dat het verschuldigde bedrag niet geheel zou worden voldaan, of dat zij, bij wege van een vaststellingsovereenkomst, aan enige onzekerheid over de verschuldigdheid ervan een einde hebben willen maken (vgl. HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2098). Dat één van deze gevallen zich voordoet heeft het hof evenwel niet vastgesteld.'

Kortom, een gegeven kwijting is niet zonder meer een kwijtschelding, daar is meer duidelijkheid voor nodig.

### Hoe borgt een borgtocht?

In zijn arrest van 15 juni 2018<sup>32</sup> moest de Hoge Raad oordelen over een geval waarbij kort gezegd de schuldeiser talmde bij het aanspreken van de borg nu eerst nog werd getracht om bij de schuldenaar te herfinancieren, dat laatste niet doorging en de schuldenaar faillierde en de borg die tot betaling werd aangesproken erover klaagde dat hij door de late melding werd geconfronteerd met het faillissement waardoor hij een door de schuldenaar verstrekte contra zekerheidsrecht (een pandrecht<sup>33</sup> op aandelen) niet meer kon uitwinnen. De borg meende de borgtochtover-

eenkomst te mogen ontbinden vanwege een tekortkoming jegens hem van de schuldeiser. De borg krijgt in alle instanties nul op het rekest.

De Hoge Raad legt het allemaal duidelijk uit: 'Blijkens de omschrijving in art. 7:850 lid 1 BW van de borgtocht, is deze overeenkomst naar haar aard niet een wederkerige, maar een eenzijdige overeenkomst. Alleen de borg neemt immers een verbintenis op zich, namelijk tot nakoming van de verbintenis die een derde (de hoofdschuldenaar) tegenover de schuldeiser heeft of zal krijgen.

## Een gegeven kwijting is niet zonder meer een kwijtschelding, daar is meer duidelijkheid voor nodig

Daartegenover neemt de schuldeiser niet 'een verbintenis op zich ter verkrijging van de prestatie waartoe de wederpartij zich daartegenover jegens haar verbindt', zoals art. 6:261 lid 1 BW het voor een wederkerige overeenkomst kenmerkende ruilkarakter omschrijft. Een en ander brengt mee dat de voor wederkerige overeenkomsten bestaande mogelijkheid tot ontbinding op grond van een tekortkoming (art. 6:265 BW), niet geldt – behoudens hetgeen hierna in 3.4.3 wordt overwogen – voor de overeenkomst van borgtocht.'

De Hoge Raad nuanceert door te vervolgen met: '3.4.2 De omstandigheid dat uit de borgtochtsovereenkomst ook verplichtingen voor de schuldeiser (kunnen) voortvloeien – zoals de verplichting op grond van art. 6:154 BW om zich te onthouden van gedragingen die ten koste van de borg afbreuk doen aan de rechten waarin hij mag verwachten te worden gesubrogeerd, of meer in het algemeen een jegens de borg in acht te nemen zorgvuldigheidsverplichting – maakt de borgtocht niet tot een wederkerige overeenkomst. Deze verplichtingen komen immers niet op de schuldeiser te rusten 'ter verkrijging' van hetgeen waartoe de borg zich verbindt, zodat aan die verplichtingen het voor wederkerige overeenkomsten kenmerkende ruilkarakter ontbreekt. Wanneer de schuldeiser een dergelijke verplichting niet nakomt, kan de borg daaraan dan ook niet de bevoegdheid tot ontbinding van de borgtochtsovereenkomst ontnemen. Wel heeft hij in zodanig geval, indien aan de overige voorwaarden is voldaan, recht op vergoeding van de schade die hij als gevolg van schending van de verplichting door de schuldeiser lijdt.'

Kortom: hoofdregel is dat een borgtocht in beginsel niet te beschouwen is als een wederkerige overeenkomst die kan worden ontbonden: het is niet anders.<sup>34</sup>

### Overdracht van onderneming: slechts beperkt onder reikwijdte van kooptitel?

In zijn arrest van 7 september 2018<sup>35</sup> ging het er onder meer om of een schending van de verkoper onder een activa passiva-overeenkomst, waarbij een admi-

nistratiekantoor was overgenomen viel onder de regeling van de klachtplicht van artikel 7:23 lid 1 BW en de daarmee samenhangende verkorte verjaringstermijn van artikel 7:23 lid 2 BW.

De Hoge Raad oordeelde: 'Het middel keert zich tegen de verwerping van het beroep op de klachtplicht en de verjaring als bedoeld in art. 7:23 lid 1 respectievelijk lid 2 BW (zie hiervoor in 3.2.8). Het gaat in al zijn onderdelen uit van de opvatting dat de vorderingen van WEA op de grondslag berusten dat de overdracht door [verweerder] van zijn bedrijf, en daarmee "het afgeleverde" als bedoeld in art. 7:23 lid 1 BW, niet aan de overeenkomst heeft beantwoord. De gedingstukken laten evenwel geen andere lezing toe dan dat de vorderingen van WEA uitsluitend erop zijn gegrond dat de koopprijs en de managementvergoeding onjuist zijn berekend door het op onjuiste wijze uren schrijven door [verweerder] in het jaar na de overname (...), alsmede (...). Hoezeer daarin tekortkomingen of op de overnameovereenkomst gegronde betalingsverplichtingen van [verweerder] kunnen zijn gelegen, van non-conformiteit als in art. 7:23 BW bedoeld, is daarmee geen sprake. De vorderingen van WEA zijn immers niet erop gegrond dat wat zij geleverd heeft gekregen, niet aan de overeenkomst beantwoordt.'

Dit arrest laat fraai zien dat artikel 7:23 BW gelinkt is aan artikel 7:17 BW en slechts een beperkte reikwijdte heeft.

### Aansprakelijkheidsrecht

In de literatuur wijzen wij op een uitgebreid artikel van Schelhaas in *Ars Aequi*.<sup>36</sup> Zij bepleit uitgebreid en goed gedocumenteerd, indachtig Calimero's: 'Zij zijn groot en ik is klein en dat is niet eerlijk', dat er *geen* goede argumenten zijn om zpp-ers qua bescherming niet op eenzelfde beschermingsniveau te plaatsen als consumenten.

Inspirerend vinden wij ook de gedetailleerde uiteenzetting in *RM Themis* door Van Dongen en Giesen<sup>37</sup> van het *Kelderluik*-arrest: zoals zij terecht aangeven, niet meer weg te denken. Dat (het) *Kelderluik* nog steeds wijd open staat, toont ook Jansen aan wanneer hij bij tentamens (en naar zijn zeggen als instinker) vraagt: Hoe luiden de *kelderluik*-factoren? Een vraag die zich gemakkelijker laat stellen dan beantwoorden.<sup>38</sup>

Van Velthoven<sup>39</sup> imponeert met zijn technische tweeluik – ook een luik – in *NTBR* waarin hij de vraag stelt (en beantwoordt)<sup>40</sup> of er in de aard van de gevallen van onzekere causaliteit, factoren zijn aan te wijzen die het nood-

zakelijk en mogelijk maken om proportionele aansprakelijkheid en het verlies van een kans als afzonderlijke leerstukken te onderscheiden. Hij concludeert dat bij nadere beschouwing deze leerstukken gelijkwaardig en uitwisselbaar te zijn. Wij zijn nog niet zover om hem in die conclusie te volgen. Hij geeft aan dat hij het begrip schade bij zijn analyse heeft vermeden. Zoals eerder in een van de kronieken<sup>41</sup> gesignaleerd, lijkt het ons dat de Hoge Raad in zijn arrest van 21 december 2012<sup>42</sup> een gemiste kans als 'schade' aanmerkt en daarmee een verschil aanbrengt met het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid. Of de analyse van Van Velthoven juist is, binnen de door hem aangebrachte parameters, kunnen we thans nog niet met zekerheid zeggen, daarover hebben wij onze gedachten – binnen het bestek van het schrijven van deze kroniek – nog niet geheel kunnen vormen.

Pavillon & Kolder<sup>43</sup> bieden een innovatief perspectief in hun gezamenlijke artikel over het ontwikkelen van een verzekering voor het risico des levens. Zij wijzen er op dat eenieder geconfronteerd kan worden met een zogeheten 'ongeval van het leven'. Hiermee doelen zij in hoofdzaak op letsel opgelopen in de privésfeer zoals te wijten aan struikelen, vallen, verstappen, uitglijden, alsmede aan letsel door een sportongeval, geweldsmisdrijf, terroristische aanslag, medisch incident of verkeersongeval. Empirisch onderzoek wijst volgens hen uit dat in Nederland in 2014 ongevallen in de privésfeer voorkwamen, tijdens sportbeoefening, in het verkeer en ook in verband met arbeid tot 8,51 miljoen letsels, waarvan 3,92 miljoen getroffen medische behandeling nodig hadden. Zij stellen in het artikel de vraag centraal of de in Frankrijk sinds 2000 geïntroduceerde Garantie des accidents de la vie (GAV), die Franse particulieren kunnen afsluiten tegen een gemiddelde jaarpremie van € 125 (of rond € 200 voor een gezin), ook in Nederland een te introduceren product zou kunnen zijn. Na een analyse van de GAV, betwijfelen de auteurs de daadwerkelijke

## Dit arrest laat fraai zien dat artikel 7:23 BW gelinkt is aan artikel 7:17 BW en slechts een beperkte reikwijdte heeft

31. HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:975.

32. HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:915.

33. Zie voor een fraai overzicht voor alternatieven voor inningsbevoegdheid van pandhouders: K.J. Krzemiński, 'De versterkte inningsbevoegdheid van de openbaar pandhouder', *WPNR* 2018/7200.

34. De Hoge Raad maakt nog wel een uitzondering door er op te wijzen dat: 'Mogelijk is wel dat in verband met de borgtocht (ook) door de schuldeiser ver-

plichtingen zijn aangegaan die in zodanig nauwe samenhang staan tot de verbintenis van de borg, dat sprake is van een rechtsbetrekking die strekt tot het wederzijds verrichten van prestaties in de zin van art. 6:261 lid 2 BW (vgl. HR 29 april 2011 ECLI:NL:HR:2011:BP4340 (...)/Staat', rov. 3.15).'

35. HR 7 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1435.

36. H.N. Schelhaas, 'Bescherming voor de zelfstandige zonder personeel in het contractenrecht', *Ars Aequi* september 2018,

p.681-692. Zie ook: H.N. Schelhaas *Commercële contracten – consistentere differentieren?*, Boom juridisch 2018.

37. E.G.D. van Dongen & I. Giesen, 'Het Kelderluik-arrest: van niet zo revolutionair naar niet meer weg te denken', *RM Themis*, 2018, p. 67-78.

38. K.J.O. Jansen, 'Hoe luiden de kelderluikfactoren?', *NTBR* 2018/14.

39. B.C.J. van Velthoven, 'Verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid: verschillende figuren voor verschillende gevallen? (I + II)', *NTBR* 2018/11, afl. 3 en

*NTBR* 2018/15, afl. 4.

40. Waarbij hij zijn analyse beperkt tot het onzekere causale verband.

41. *NJB* 2013/785, afl. 15.

42. HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/Hassink*).

43. C.M.D.S. Pavillon & A. Kolder, 'Een garantie des accidents de la vie voor Nederland?', *AV&S* 2018/8.

## In ons hoofd mijmeren de overwegingen van het oude Hoge Raad-arrest inzake *Duwbak Linda*, waarin de Hoge Raad ruim baan geeft voor de relativiteitseis van artikel 6:163 BW

haalbaarheid (en betaalbaarheid) van een dergelijk product. De doorslaggevende aarzeling ligt met name in de – in vergelijking met het Franse recht – ruimere mogelijkheden tot schadebegroting en de daarmee in verband staande omvang van de geleden schade, zoals het Nederlandse recht deze kent. De auteurs lijken derhalve meer in te zetten op het (kunnen) afsluiten van deelverzekeringen voor (slechts) een aantal van de ongevallen des levens. Uw chroniqueurs zijn dermate enthousiast over de GAV, dat zij een introductie ervan met een maximumvergoeding aan de achterkant en een ‘threshold’ aan de voorkant, zonder meer lovenswaardig vinden. Ook innovatief is de dissertatie van Zegveld over – kort gezegd – aansprakelijkheid in de zorg.<sup>44</sup>

Aandacht verdient ook de bijdrage van Fleurke & Smeehuijzen<sup>45</sup> in het *NJB* over de aansprakelijkheidsstelling door Milieudefensie van Shell.<sup>46</sup> De auteurs geven aan waar volgens hen de mogelijke knelpunten kunnen zitten bij deze ‘public interest litigation’. In het oog springt de analyse die zij maken over de afwegingen van de rechter in het licht van artikel 6:162 lid 2 BW bij de beantwoording van de vraag of Shell al dan niet handelt in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid door niet te voldoen aan wat Milieudefensie stelt dat haar verantwoordelijkheden zijn. Zij noemen (i) de aard, ernst, duur en te verwachte schade; (ii) Shell is enkel een schakel in een keten; (iii) de beperkte bijdrage van Shell; (iv) de langdurige bijzondere wetenschap van Shell; (v) toewijzing van de vordering zou geen verminderde CO<sub>2</sub>-uitstoot opleveren; (vi) de belangen die door het handelen van Shell worden gediend; (vii) de betekenis van het Akkoord van Parijs; en (viii) de betekenis van soft law.

In ons hoofd mijmeren echter de overwegingen van het oude Hoge Raad-arrest inzake *Duwbak Linda*,<sup>47</sup> waarin de Hoge Raad ruim baan geeft voor de relativiteitseis van artikel 6:163 BW. De Hoge Raad overwoog: ‘Bij de beantwoording van de vraag of voldaan is aan het in art. 6:163 BW neergelegde vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, komt het aan op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt.(...) niet de strekking heeft een in beginsel onbeperkte groep van derden te beschermen tegen de vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan.’

Het zou zo maar een lange procedure kunnen worden....

### Wet affectieschade

Het heeft even geduurd (zo’n dertig jaar) maar uiteindelijk is Wet Affectieschade<sup>48</sup> een feit. Ook anderen dan de direct gelaedeerden kunnen een schadevergoeding claimen als een dierbare (ernstige) schade wordt toegebracht. In het Burgerlijk Wetboek worden daartoe artikelen 6:95, 6:106, 6:107 en 6:108 aangepast. De wet bepaalt vanaf 1 januari 2019 – in het kort – dat indien iemand ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, lichamelijk of geestelijk letsel oploopt, die ander behalve tot vergoeding van de schade van de gekwetste zelf, ook verplicht is tot vergoeding van: de kosten die een derde anders dan krachtens een verzekering ten behoeve van de gekwetste heeft gemaakt en die deze laatste, zo hij ze zelf zou hebben gemaakt, van die ander had kunnen vorderen; én een bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vast te stellen bedrag of bedragen voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat geleden door bepaalde naasten van de gekwetste met ernstig en blijvend letsel.

De personen die naast de gelaedeerde recht hebben op de hiervoor bedoelde bedragen zijn: a. de ten tijde van de gebeurtenis niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of geregistreerde partner van de gekwetste; b. de levensgezel van de gekwetste, die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam met deze een gemeenschappelijke huishouding voert; c. degene die ten tijde van de gebeurtenis de ouder van de gekwetste is; d. degene die ten tijde van de gebeurtenis het kind van de gekwetste is; e. degene die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg voor de gekwetste heeft; f. degene voor wie de gekwetste ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg heeft; g. een andere persoon die in een zodanige nauwe persoonlijke relatie tot de gekwetste staat, dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat hij voor de toepassing als naaste wordt aangemerkt.

Een goede ontwikkeling zo dunkt ons, maar er hangt wel een prijskaartje aan. Het Verbond van Verzekeraars, dat overigens positief staat tegenover deze rechtsontwikkeling, voorspelt dat de aansprakelijkheidsverzekeringspremies zullen stijgen, voor de WAM-verzekeraars wordt uitgegaan van een stijging van de schadelast van minimaal 3%, voor medische aansprakelijkheidsverzekeraars wordt de stijging zelfs geschat op circa 15% en de reguliere AVP-premies gaan, met zo’n 5% omhoog, aldus Hartlief in dit tijdschrift.<sup>49</sup>

### Bestuurdersaansprakelijkheid voor dummies

Assink analyseert in *Ars Aequi* het Hoge Raad-arrest van 30 maart 2018.<sup>50</sup> In dat arrest moest de Hoge Raad oordelen over de vraag of een Antilliaanse Trustmaatschappij een persoonlijk ernstig verwijt viel te maken bij de uitoefening van haar bestuurstaken in het kader van een aansprakelijkstelling gebaseerd op artikel 6:162 BW. Deze vorderingen stonden in de sleutel van externe bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW en waren onder meer erop gebaseerd dat zij heeft nagelaten te voorkomen dat de door haar bestuurde BVI-vennootschappen hebben gehandeld in strijd met het bepaalde in artikel 3 en 7 van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (oud).

## Het lijkt nu wel of de rechtsregel zich omdraait, dat de bestuurder slechts persoonlijk aansprakelijkheid kan worden gehouden als hij een taak laat liggen waarvan dan dient te worden aangetoond dat dat zijn taak was én dat hij die heeft geschonden én hij daarvan wetenschap had

De Hoge Raad begint met het aangeven van het kader waarbinnen de vraag naar persoonlijk ernstig verwijt moet worden beantwoord door (wederom) te overwegen dat ook bij aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW geldt dat in beginsel alle bestuurders die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld, tot de taak van iedere bestuurder behoren, en dat iedere bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken en dat dit in het bijzonder gevolgen heeft voor de aansprakelijkheid voor nalaten. Verder wijst ons hoogste rechtscollege erop dat uit het persoonlijke karakter van het ernstige verwijt dat de bestuurder moet kunnen worden gemaakt, volgt dat voor het aannemen van aansprakelijkheid, behoudens bij toepassing van artikel 2:11 BW,<sup>51</sup> voor iedere bestuurder afzonderlijk moet worden vastgesteld dat hij in zijn hoedanigheid onrechtmatig heeft gehandeld en dat dit handelen (waaronder is begrepen nalaten) aan hem kan worden toegerekend. Eén van de onderdelen klaagde er in de kern over, dat de niet-naleving door een vennootschap van wettelijke voorschriften ter bescherming van het beleggend publiek, zoals artikel 3 en 7 (oud) Wte 1995, in beginsel, althans eerder dan bij andere normschendingen, aansprakelijkheid meebrengt van iedere bestuurder van die vennootschap. Met de niet-naleving van dergelijke voorschriften is een persoonlijk ernstig verwijt in beginsel gegeven. De Hoge Raad gaat niet in het middel mee en vereist ook bij een dergelijke schending dat in de sleutel van artikel 6:162 BW wordt vastgesteld dat sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt.

Maar hoe verhoudt dit zich nu tot het niet-uitoefenen van toezicht op de andere bestuurders die de Nederlandse toezichtwetgeving niet naleefden? Ons inziens ontleent het arrest aan de daaropvolgende overweging van de Hoge Raad zijn relevantie.

De Hoge Raad oordeelde: '3.5.2 Op zichzelf is juist dat ook het houden van onvoldoende toezicht op de uitoefening van een taak door een medebestuurder onder

omstandigheden persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder kan meebrengen. Het hof heeft dit evenwel niet miskend. Het heeft het daarop betrekking hebbende verwijt van [eisers] immers onderzocht en is tot het oordeel gekomen dat [eisers] geen feiten en omstandigheden hebben gesteld waaruit blijkt dat TMF Management heeft geweten of redelijkerwijs heeft behoren te weten (waarmee het hof kennelijk heeft bedoeld: wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen) dat [betrokkene 2] c.s. in strijd met de Nederlandse regelgeving hebben gehandeld (r.o. 3.6.4). Het heeft daarbij in aanmerking genomen dat de vestiging van TMF Management op de British Virgin Islands en de omstandigheid dat de bedrijfsvoering van TMF Management bestond uit het verlenen van management- en administratieve services, belangrijke redenen zijn geweest om TMF Management ten behoeve van de op die eilanden gevestigde vennootschappen in te zetten, en dat ook niet is gebleken dat zij andere dan – kort gezegd – administratieve werkzaamheden heeft verricht. Het oordeel dat TMF Management onder die omstandigheden niet persoonlijk een ernstig verwijt ervan kan worden gemaakt dat zij niet actief erop heeft toegezien dat de vennootschappen artikel 3 en 7 (oud) Wte 1995 naleefden, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.'

Met andere woorden: hoe onwetender de bestuurder hoe kleiner de kans op aansprakelijkheid.

Assink acht het oordeel verklaarbaar vanuit de gedachte dat de Hoge Raad met betrekking tot artikel 6:162 lid 3 BW<sup>52</sup> in het kader van het persoonlijk ernstig verwijt meer van een schuld aansprakelijkheid uitgaat dan van een aansprakelijkheid gebaseerd op toerekening, en oordeelt het arrest mild voor de bestuurder maar verklaarbaar en verdedigbaar.<sup>53</sup>

Wij oordelen minder mild. Wij hebben reeds in een eerdere kroniek<sup>54</sup> onze verbazing uitgesproken over een eerder Hoge Raad-arrest over dit onderwerp, en merken op dat wij het raar vinden dat wie het spel speelt en de

44. Ch. Zegveld, *Netwerkaansprakelijkheid voor gebrekkige samenhangende zorg* (diss. Tilburg), 23 mei 2018, [https://pure.uvt.nl/portal/files/25859492/Zegveld\\_Netwerkaansprakelijkheid\\_23\\_05\\_2018.pdf](https://pure.uvt.nl/portal/files/25859492/Zegveld_Netwerkaansprakelijkheid_23_05_2018.pdf).

45. F. Fleurke & L. Smeehuijzen, 'Milieudefensie versus Shell; een verkenning', *NJB* 2018/1580, afl. 30, p. 2232-2238.

46. Brief Vereniging Milieudefensie aan Royal Dutch Shell van woensdag 4 april

2018, aansprakelijkstelling voor gebrekkig klimaatbeleid, <https://milieudefensie.nl/actueel/aansprakelijkstelling-shell>.

47. HR 07 mei 2004, *NJ* 2006, 281, *Duw-bak Linda*.

48. Wet van 11 april 2018 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht teneinde de vergoeding van affectieschade mogelijk te maken en het verhaal

daarvan alsmede het verhaal van verplaats-te schade door derden in het strafproces te bevorderen (*Stb.* 2018, 132).

49. T. Hartlief, 'Koopkracht', *NJB* 2018/1697, afl. 32.

50. HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470 (*X./TMF Management (BVI)*). zie hierover: B.F. Assink, 'Externe bestuurders aansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW en de eis van een persoonlijk

ernstig verwijt, De Hoge Raad trekt lijnen (door)', *Ars Aequi* juni 2018, p. 502-512.

51. Zie HR 17 februari 2017, *NJ* 2017/215 (*K./Le Roux Fruit Exporters (Pty)*), r.o. 3.4.2-3.4.3.

52. Assink, a.w., p. 509.

53. Assink, a.w., p. 512.

54. *NJB* 2015/730, afl. 15.



toepasselijke regels overtreedt, zich dan achter onwetendheid kan verschuilen.

Binnen een objectief wettelijke definitie van bestuurder en de daarbij behorende bestuurderstaken, achten wij het een uitholling van het wettelijk objectief te duiden begrip van de bestuurder als deze, wegens subjectieve gronden, zich voor aansprakelijkheid kan disculperen. Gewaakt moet worden voor een kip en ei-discussie zodat een bestuurder bij onwetendheid niet aansprakelijk kan worden gehouden voor taken die bij zijn functie als bestuurder horen. Is hij dan nog wel bestuurder? Als de achterwege gebleven handeling (objectief) tot de bestuurstaken behoort, dan achten wij een disculpatie wegens onwetendheid niet passend in het aansprakelijkheidsrecht. Het lijkt nu wel of de rechtsregel zich omdraait, dat de bestuurder slechts persoonlijk aansprakelijkheid *kan* worden gehouden als hij een taak laat liggen waarvan dan dient te worden aangetoond dat dat zijn taak was *én* dat hij die heeft geschonden *én* hij daarvan wetenschap had.

Wij zien de wervingsteksten voor bestuurders al voor ons: 'gezocht bestuurder: bij voorkeur met een zo laag mogelijk IQ.' TMF komt met de schrik vrij, voor ons een verrassende uitkomst. In dit verband valt op dat men ook positief kan zijn (als jurist) over de mogelijkheden tot het incorporeren van ethische maatstaven bij governance, bijvoorbeeld door zelfregulering: zie hiervoor de dissertatie van Mark Nelemans.<sup>55</sup>

### Wettelijke limiet of toch maar niet?

In het Hoge Raad-arrest van 18 mei 2018<sup>56</sup> lag een wel heel bijzondere casus ter beoordeling voor. Tijdens een georganiseerde plezierzeiltocht liep een deelnemer ernstig letsel op omdat de giek van de boot was afgebroken en op hem was terecht gekomen. Vanwege de bij AMvB vastgestelde wettelijke beperkingen die voor aansprakelijkheid in het vervoersrecht gelden, kreeg het slachtoffer slechts een beperkte schadevergoeding, die bij lange na niet zijn daadwerkelijk geleden schade compenseerde. Het hof achtte een beroep van de (verzekeraar) van de schipper op de wettelijke beperking niet toegestaan, voor zover deze betrekking had op de krachtens AMvB gebaseerde bedragen, omdat deze sinds 1991 niet meer waren geïndexeerd. Het hof paste op de gelimiteerde bedragen een indexatie toe en verhoogde daarmee het door de verzekeraar uit te keren bedrag aan schadevergoeding.

Hierover – en over een aantal andere kwesties – werd in cassatie geklaagd.

Voor zover het een beroep op de wettelijke limiet betreft overweegt de Hoge Raad:

'Beide onderdelen stellen de vraag aan de orde of en in hoeverre een wettelijke bepaling zoals hier aan de orde, op grond van de art. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW terzijde kan worden gesteld in verband met omstandigheden zoals door het hof aan zijn oordeel ten grondslag gelegd, dan wel zoals in onderdeel 1 van het middel in het principale beroep ingeroepen. Dat betreft in de eerste plaats de hiervoor (...) genoemde omstandigheid dat de limiet van art. 8:983 lid 1 BW, anders dan andere limieten en ondanks de opgetreden geldontwaarding, sedert 1991 niet is verhoogd.'

De Hoge Raad vervolgt (onze weergave is zeer fragmentarisch):

'Bij het antwoord op deze vraag moet onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de bepaling van art. 8:983 lid 1 BW, waarbij de aansprakelijkheidslimiet is ingesteld, (...) en anderzijds de algemene maatregelen van bestuur waarin achtereenvolgens op grond van die bepaling de hoogte van de limiet is bepaald (het Besluit van 11 maart 1991), en is afgezien van verhoging van die limiet (het hiervoor in 3.5.5 genoemde Besluit van 24 november 2008), (...) Reeds hierom kan niet worden gezegd dat de wetgever niet tot de bepaling van art. 8:983 lid 1 BW heeft kunnen komen. Voor het buiten toepassing laten van art. 8:983 lid 1 BW bestaat dus geen grond.'

Maar dan: 'Een regel of regeling die geen wet in formele zin is, kan buiten toepassing worden gelaten op de grond dat een beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (...).De hiervoor (...) bereikte slotsom doet de vraag rijzen of de rechter, op de hiervoor (...) genoemde gronden, zelf kan voorzien in verhoging van de limiet. In dat verband is met name van belang of dit de rechtsvormende taak van de rechter te

**Let wel, wij misgunnen dit slachtoffer op geen enkele wijze deze verhoging van het schadebedrag, maar vinden de wijze waarop de Hoge Raad deze motiveert nogal rigoureu; eigenlijk is er geen sprake van een derogerende werking, maar van een aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid**

buiten gaat. Voor zover het betreft de aanpassing van het bedrag van de limiet aan de opgetreden geldontwaarding, is dat laatste niet het geval. Die verhoging laat zich immers naar objectieve maatstaven bepalen, terwijl die aanpassing bovendien in overeenstemming is te achten met de door de wetgever in 1991 gemaakte keuze, nu de limiet door die aanpassing in feite op haar reële economische waarde wordt gehouden.'

Wat hiervan te vinden? De rechter als corrector van de wetgever? Hoe redelijk de uitkomst ook is, wij kunnen hem niet plaatsen. De rechtsgrond daarvoor is de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, maar wat zijn nu de omstandigheden die een beroep op de wettelijke limiet onaanvaardbaar maken? De enige omstandigheid is de discrepantie tussen de geleden schade en de

limiet, maar daar zijn limieten toch voor? Let wel, wij misgunnen dit slachtoffer op geen enkele wijze deze verhoging van het schadebedrag, maar vinden de wijze waarop de Hoge Raad deze motiveert nogal rigoureuus. Eigenlijk is er geen sprake van een derogerende werking, maar van een aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Betekent dit arrest nu dat alle limieten die bij AMvB zijn vastgesteld aan het huidige prijspeil dienen te worden aangepast? Of geldt dit slechts bij een grote discrepantie tussen de geleden schade en het schadebedrag; dus voor situaties waarvoor de wettelijke limieten nu juist zijn bedoeld? Wat opvalt is dat de Hoge Raad ter zake nogal omvangrijke en uitgebreide rechtsoverwegingen heeft opgenomen, maar overtuigen doet het arrest – in ieder geval ons – niet.

### Afgeleide schade is niet hetzelfde als gevolgschade

Wanneer een partij aandelen in een onderneming koopt en de gekochte onderneming schade lijdt,<sup>57</sup> kan de eigenaar van de aandelen zich er dan op beroepen dat hij schade heeft geleden? Dat hangt ervan af of de normschending jegens hem rechtstreeks plaats heeft gevonden of dat het een normschending jegens de gekochte vennootschap betreft, waardoor hij wegens *die* normschending schade lijdt. In het laatste geval komt hem in beginsel geen recht op schadevergoeding toe. Dat volgt uit het arrest *Poot/ABP*.<sup>58</sup> Dat afgeleide schade en gevolgschade nog wel eens door elkaar worden gehaald blijkt maar weer eens uit het Hoge Raad-arrest van 28 september 2018.<sup>59</sup>

De rechtsoverweging van de Hoge Raad spreekt voor zich, dunkt ons:

‘Onderdeel 1 van het middel in het principale beroep klaagt terecht dat het hof met het hiervoor in 3.3.1 weergegeven oordeel ten onrechte toepassing heeft gegeven aan de regels die gelden voor afgeleide schade (zie daarvoor onder meer HR 2 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1564, *NJ* 1995/288 (*Poot/ABP*), r.o. 3.4.3, en HR 15 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2443, *NJ* 2001/573 (*Chipshol/Coopers & Lybrand*), r.o. 3.4.2). De vordering tot schadevergoeding waarop Licorne Holding haar beroep op opschorting baseert, vloeit voort uit de schending van de garanties uit de koopovereenkomst jegens haar. Zij betreft bovendien geen afgeleide schade, maar naar haar stellingen eigen schade die Licorne Holding als koper van de aandelen in Licorne Nederland heeft geleden, in het bijzonder doordat die aandelen minder waard bleken te zijn dan Licorne Holding op grond van de garanties mocht verwachten (waardoor zij ook een te hoge koopprijs heeft betaald).’

55. M.D.H. Nelemans, *Financiële regulering: de verhouding tussen interne governance en extern toezicht* (diss. Open Universiteit), 23 maart 2018, Zutphen: Uitgeverij Paris 2018.

56. HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729.

57. Zie T.H.M. van Wechem, *Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten* (oratie

Open Universiteit), september 2018, [www.ou.nl/-/oratie-edwin-van-wechem](http://www.ou.nl/-/oratie-edwin-van-wechem).

58. HR 2 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1564, *NJ* 1995/288.

59. HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1811.

60. J. Jansen, 'Is het recht van voorpoet accessoir?', *Ars Aequi* juni 2018, p. 468-472.

### Goederenrecht

Het recht van voorpoet is het recht om bomen en planten in overheidsgrond rondom een erf te hebben, die bomen te exploiteren, en de grond desgewenst opnieuw te beplanten of te bepoten aldus. Jansen beschrijft de historische ontwikkeling van dit recht en of dit recht accessoir is of al dan niet afsplitsbaar.<sup>60</sup> De pootrechten komen niet meer terug in het Burgerlijk Wetboek van 1992 en kunnen sindsdien niet meer worden gevestigd. Maar hoe om te gaan met de nog reeds bestaande voorpoetrechten? Jansen laat zien dat deze rechten notarieel moeten worden overgedragen, maar dat zulks niet gebeurt, hetgeen meebrengt dat de voorpoetrechten zullen uitsterven en/of door verjaring zullen verworden tot opstalrechten. Hij trekt enigszins romantisch ten strijde tegen deze mogelijke inperking van de 'biodiversiteit' in het goederenrecht, en hoopt dat het gewoonterecht hier nog een rol kan vervullen zodat dit recht – zoals wij hem interpreteren – tegen uitsterven wordt bedreigd. Een interessant betoog, maar naar onze mening niet geheel 'gegrond'.

Wibier<sup>61</sup> analyseert het Hoge Raad-arrest van 23 maart 2018,<sup>62</sup> dat wij in de vorige kroniek<sup>63</sup> als Cliffhanger voor bespreking in deze kroniek hadden doorgeschoven. In het arrest stond kort gezegd een aantal prejudiciële vragen centraal met betrekking tot de al dan niet verifieerbaarheid van vorderingen – veelal voortvloeiend uit duurovereenkomsten – in faillissement. Het scharnierde onder meer om de vraag of aanzienlijke advocaatkosten, die gemaakt waren na het moment van surseance, op grond van een contractuele afspraak daarover als verifieerbare kosten in het faillissement mochten worden opgevoerd. Bij faillissement geldt immers het fixatiebeginsel (artikel 24 Fw) tenzij de vordering als boedelschuld kan worden aangemerkt, in welk laatste geval deze schuld buiten de verificatie blijft.

Uit het arrest *Koot Beheer Tideman q.q.*<sup>64</sup> valt volgens Wibier te leren dat de Hoge Raad drie grondslagen voor boedelschulden onderscheidt: 1. boedelschulden ingevolge de wet; 2. boedelschulden die door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan; en 3. boedelschulden die een gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting. In dit kader veroorzaken met name duurovereenkomsten hoofdbreken. Enerzijds omdat uitgangspunt van artikel 37 Fw is dat het faillissement geen wijzigingen aanbrengt in lopende overeenkomsten, maar dat tijdens het faillissement uit die overeenkomst wel een schadeplichtigheid kan ontstaan ten laste van de failliet. De vraag of artikel 37 a Fw daarvoor altijd een oplossing biedt is niet gemakkelijk te beantwoorden. Artikel 37a Fw voorziet erin dat de eventuele vorderingen uit hoofde van

61. R.M. Wibier, 'Boedelschulden, bij de curator in te dienen vorderingen en niet verifieerbare vorderingen', *Ars Aequi* september 2018, p. 720-725. Zie ook M.P. Verdonk, 'Over de herijking van het fixatiebeginsel voor faillissementsschulden. Een analyse van HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*)' NTHR 2018, 4.

62. HR 23 maart 2018, ECLI: NL: HR: 2018: 424 (*Credit Suisse Brazil (Bahamas) Ltd./Jongepier q.q.*)

63. *NJB* 2018/739, afl. 15, p. 1000.

64. HR 19 april 2013, ECLI: NL: HR: 2013: BY6108, *NJ* 2013/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).

ontbinding en schadevergoeding kwalificeren als ter verificatie in te dienen vorderingen. Maar kunnen de betreffende advocaatkosten wel als schadevergoeding als bedoeld in artikel 37a Fw worden aangemerkt? Het arrest van 23 maart leert ons dat deze kosten ook voor verificatie in aanmerking kunnen komen.

In het voornoemde arrest overweegt de Hoge Raad onder meer dat het fixatiebeginsel niet zonder meer eraan in de weg staat dat tijdens faillissement uit een bestaande overeenkomst nog nieuwe vorderingen ontstaan die voor verificatie in aanmerking komen. Dat beginsel brengt echter wel mee dat verificatie van dergelijke nieuwe vorderingen uitsluitend mogelijk is indien en voor zover zij reeds besloten lagen in de rechtspositie van de schuldeiser zoals die bij het intreden van het faillissement bestond. Dat laatste is het geval indien de nieuwe vorderingen geen uitbreiding opleveren van de aanspraken die deze schuldeiser op grond van die rechtspositie op dat tijdstip al had, aldus de Hoge Raad. De Hoge Raad pakt door en overweegt dat deze regel zich niet beperkt tot vorderingen die voortvloeien uit een ten tijde van het intreden van het faillissement bestaande wederkerige overeenkomst, maar dat deze ook heeft te gelden voor andere ten tijde van het intreden van het faillissement bestaande rechtsverhoudingen (zoals rechtsverhoudingen die zijn ontstaan uit een vóór het faillissement gepleegde onrechtmatige daad van de schuldenaar). De regel uit het arrest *Koot Beheer Tideman q.q.*, dat indien de curator in verband met het belang van de boedel besluit om een overeenkomst niet gestand te doen, voor de wederpartij steeds, kort gezegd, een concurrente vordering resteert, is te ruim geformuleerd en dient dan met inachtneming van de beperking te worden gelezen dat verificatie van dergelijke nieuwe vorderingen uitsluitend mogelijk is indien en voor zover zij reeds besloten lagen in de rechtspositie van de schuldeiser. Het arrest *Koot Beheer Tideman q.q.* brengt evenmin mee dat vorderingen die voortvloeien uit een ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar en die geen boedelschuld opleveren, behoren tot de vorderingen op de schuldenaar die voor verificatie in aanmerking komen, ook als ze pas tijdens het faillissement ontstaan.

Wij interpreteren het arrest aldus dat de Hoge Raad een minder rigide beleid inzake het fixatiebeginsel nastreeft dan voorheen en dat er meer gekeken moet worden naar de omstandigheden van het geval: van doorslaggevende betekenis is of de betreffende ter verificatie aangeboden vordering al omsloten lag in de betreffende rechtsverhouding. Over wanneer van dat laatste sprake zal zijn, is het laatste woord zeker nog niet gezegd. Het ligt zondermeer in de lijn van de verwachting dat zulks in een aantal Hoge Raad-arresten nog zal dienen te worden verduidelijkt.

### Internationale cessie: het duurt even maar dan heb je ook wat

Op 12 maart 2018 heeft de Europese Commissie een voorstel uitgebracht voor een Verordening van het Europees parlement en de raad betreffende het recht dat van toepassing is op de derdenwerking van de cessie van vorderingen.<sup>65</sup>

Enigszins merkwaardig is de opmerking in het voorstel dat het voorstel voldoet aan het in artikel 27 lid 2<sup>66</sup> van de Rome I-verordening<sup>67</sup> neergelegde vereiste dat de Commissie een verslag en zo nodig een voorstel moet uitbrengen over de werking van een cessie van een vordering jegens derden en de voorrang van het recht van de cessionaris boven het recht van een ander persoon. Het voorstel harmoniseert collisioneregels met betrekking tot deze kwesties alsook de reikwijdte van het toepasselijke recht, dat wil zeggen de aangelegenheden die door het nationale recht moeten worden beheerst dat door het voorstel als toepasselijk is aangemerkt.

Een saillant punt is dat artikel 27 lid 2 van de Rome I-Verordening bepaalt dat dit verslag er uiterlijk op 27 juni 2010 had moeten zijn. Maar ach, een kniesoor die daar op let.

In het kort, de regeling behelst bij internationale cessie drie conflictregels, i) de vraag of de vordering overdraagbaar is wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de over te dragen vordering, ii) de vraag of de vordering rechtsgeldig is overgedragen door het cessistatuut.<sup>68</sup> Nieuw is de collisionregel (iii) voor het recht dat van toepassing is op de vraag wat de positie is van een derde ten opzichte van de overgedragen vordering. Die positie wordt – grosso modo – bepaald door het recht van het land van de gewone verblijfplaats van de cedent ten tijde van de feiten.<sup>69</sup> Waar het recht zich toe uitstrekt wordt in artikel 5 van de verordening bepaalt.<sup>70</sup> Het betreft weerbarstige materie met een hoog specialistisch niveau. Wij volstaan hier slechts met de kennisgeving.

### Dient verhuurder eigenaar te zijn?

In zijn arrest van 23 februari 2018<sup>71</sup> diende de Hoge Raad over een principiële kwestie te beslissen. Een verhuurder (RTL) had auto's verhuurd aan diverse huurders. RTL gaat failliet maar de huurders blijven de auto's gebruiken. RTL was niet zelf eigenaar van de verhuurde auto's. De bedrijven die de auto's in eigendom hadden, hadden vóór het faillissement de overeenkomsten met RTL ontbonden en eisten de auto's op bij de huurders waarna nieuwe overeenkomsten met de huurders zijn gesloten, die op een latere datum dan het faillissement in gingen. De curator van RTL eiste voor de 'in between periode' tussen het ingaan van de nieuwe huur en vanaf de datum van het

**Wij interpreteren het arrest aldus dat de Hoge Raad een minder rigide beleid inzake het fixatiebeginsel nastreeft dan voorheen en dat er meer gekeken moet worden naar de omstandigheden van het geval**

faillissement de huurpenningen, die huurders meenden niet te hoeven betalen aan RTL omdat zij hen niet het ongestoorde huurgenot kon verschaffen vanwege het feit dat RTL geen eigenaar was van de voertuigen.

De Hoge Raad doceert: 'Bij de beoordeling van deze klachten wordt vooropgesteld, (...) dat op de in dit geding (mede) aan de orde zijnde leaseovereenkomsten de voor huurovereenkomsten geldende rechtsregels van overeenkomstige toepassing zijn. (...) De verbintenis van de verhuurder houdt blijkens art. 7:201 lid 1 BW en art. 7:203 BW in dat hij de zaak ter beschikking van de huurder stelt (en laat), en hem daardoor in staat stelt de zaak te gebruiken. Het gaat daarbij om de mogelijkheid voor de huurder de zaak feitelijk, dat wil zeggen daadwerkelijk, te gebruiken. Zoals is opgemerkt in (...) de memorie van toelichting (...), is voor de geldigheid van een huurovereenkomst niet vereist dat de verhuurder eigenaar van de zaak is of uit anderen hoofde in staat is aan de huurder het overeengekomen gebruik van de zaak te doen hebben. Indien de verhuurder niet (op grond van eigendomsrecht of anderszins) bevoegd is de zaak aan de huurder in gebruik te geven, volgt uit het samenstel van de bepalingen van art. 7:204 lid 2 en lid 3 BW (in verbinding met art. 7:211 BW) dat van een daaruit voortvloeiend gebrek, en dus van een tekortkoming in de nakoming van de huurovereenkomst door de verhuurder, eerst sprake is indien, kort gezegd, een derde tegenover de huurder een beter recht pretendeert te hebben en het bovendien als gevolg daarvan tot een feitelijke stoornis van het gebruik komt. De opmerking in de hiervoor bedoelde passage uit de memorie van toelichting dat de hoofdhuurder na het einde van de

hoofdhuur 'niet meer in staat is het gebruik van de zaak aan de onderhuurder te verschaffen', is klaarblijkelijk gemaakt met het geval voor ogen van onderverhuur van een zaak waarin de hoofdverhuurder deze na het eindigen van de hoofdhuurovereenkomst onmiddellijk opeist en de onderverhuurder deze ook feitelijk niet meer ter beschikking van zijn onderhuurder kan stellen of laten. De passage ziet derhalve niet op een geval als het onderhavige, waarin de hoofdverhuurder de zaak niet terstond van de onderhuurder opeist. Zolang de hoofdverhuurder daartoe niet overgaat, behoudt de onderhuurder het feitelijke gebruik van de zaak ingevolge de onderhuurovereenkomst; van een tekortkoming in de nakoming van de verbintenis door de onderverhuurder is in zo'n geval dan ook nog geen sprake.<sup>72</sup>

Eigendom en betalingsverplichtingen hoeven in het huurrecht dus niet synchroon te lopen, zolang de huurder maar het daadwerkelijk ongestoorde genot heeft over de betreffende zaak. Logisch maar wel handig dat dit nu een keer zo duidelijk is geëxpliciteerd.

## Uitleiding

Er was weinig aanleiding tot doemdenken tijdens de Kro-niekperiode. Dit keer geen spectaculaire ontwikkelingen maar een rustige en overzichtelijke periode zonder turbulentie. Is voor uw chroniqueurs ook wel een keer prettig, zullen we maar zeggen. En voor rechtenstudenten: de werkelijkheid bepaalt het juridisch denken, en daar gaat het om: nadenken. Die stelling is niet van ons, maar in memoriam van die meest *opgewekte* dwarsligger Herman Schoordijk.<sup>73</sup> •

65. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to the third-party effects of assignments of claims Brussels, 12 maart 2018 COM(2018) 96 final 2018/0044 (COD).

66. Verordening 593/2008/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I).

67. Zie uitgebreid, J.A. Pontier & T.H.M. van Wechem, *Pre-adviezen voor NVIR, Europese conflictregels voor de overeenkomst en de onrechtmatige daad: Rome I en II, Zicht op zekerheid nog ver weg*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2008, p. 51-52.

68. Deze twee regels volgens uit art. 14 Rome I-verordening.

69. Art. 4 luidt: Toepasselijk recht 1. Tenzij in dit artikel anders bepaald, is het recht dat van toepassing is op de derdenwerking van een cessie van vorderingen, het recht van het land waar de cedent zijn gewone verblijfplaats heeft ten tijde van de feiten. Wanneer de cedent zijn gewone verblijfplaats heeft gewijzigd tussen twee cessies van dezelfde vordering aan verschillende

cessionarissen, wordt de prioriteit van het recht van een cessionaris ten opzichte van het recht van een andere cessionaris beheerst door het recht van de gewone verblijfplaats van de cedent op het ogenblik van de cessie die het eerst tegenover derden afdwingbaar was krachtens het recht dat overeenkomstig de eerste alinea als toepasselijk werd aangewezen. 2. Het recht dat op de gecedeerde vordering van toepassing is, beheerst de derdenwerking van de cessie van: (a) op een rekening bij een kredietinstelling gecrediteerde contanten; (b) vorderingen die voortvloeien uit een financieel instrument. 3. De cedent en de cessionaris kunnen ervoor kiezen dat het recht dat op de gecedeerde vordering van toepassing is, ook van toepassing is op de derdenwerking van een cessie van vorderingen in het kader van een securitisatie. De rechtskeuze wordt uitdrukkelijk gemaakt in de cessie-overeenkomst of in een afzonderlijke overeenkomst. De materiële en formele geldigheid van de handeling waarbij de rechtskeuze wordt gemaakt, wordt beheerst door het gekozen recht. 4. Een prioriteitsconflict tussen cessionarissen van dezelfde vordering, waarbij de derdenwerking van

een van de cessies wordt beheerst door het recht van het land waar de cedent zijn gewone verblijfplaats heeft en de derdenwerking van andere cessies wordt beheerst door het op de gecedeerde vordering toe-passelijke recht, wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de derdenwerking van de cessie van de vordering die krachtens het recht dat op de gecedeerde vordering van toepassing is, het eerst tegenover derden kon worden afgedwongen.

70. Art. 5 Werkingsfeer van het toepasselijke recht. Het recht dat krachtens deze verordening van toepassing is op de derdenwerking van een cessie van vorderingen, beheerst met name: (a) de vereisten om te waarborgen dat de cessie tegenover andere derden dan de debiteur afdwingbaar is, zoals vormvereisten voor registratie of publicatie; (b) de prioriteit van de rechten van de cessionaris ten opzichte van de rechten van een andere cessionaris van dezelfde vordering; (c) de prioriteit van de rechten van de cessionaris ten opzichte van de rechten van de crediteurs van de cedent; (d) de prioriteit van de rechten van de cessionaris ten opzichte van de rechten van de

begunstigde van een overdracht van een overeenkomst ten aanzien van dezelfde vordering; (e) de prioriteit van de rechten van de cessionaris ten opzichte van de rechten van de begunstigde van een novatie van een overeenkomst jegens de debiteur, ten aanzien van de equivalente vordering.

71. HR 23 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:284.

72. De Hoge Raad voegt hier nog wel aan toe: 'Het vorenstaande betekent niet dat de (onder)huurder, indien hij tijdens de duur van de huurovereenkomst ermee bekend wordt dat zijn verhuurder niet of niet langer tot (onder)verhuur bevoegd is, de daaruit voortvloeiende onzekerheid of, en zo ja wanneer, voor hem een feitelijke stoornis in het genot van de zaak zal optreden, dient te aanvaarden. In voorkomend geval kan hij met het oog op de dreigende tekortkoming een beroep doen op art. 6:80 BW teneinde de overeenkomst te ontbinden, dan wel kan hij zijn betalingsverplichting opschorten (art. 6:263 BW).'

73. Interview Mr. 2010 6/7, p. 15-16.