

Kroniek van het vermogensrecht

Edwin van Wechem & Jac Rinkes¹

In deze kroniekperiode is een verschuiving te ontwaren in de rechtspraak van de Hoge Raad en in de rechtsliteratuur over de perceptie van (het begrip) schade en de wijze waarop de omvang van het schadebedrag waarvoor de betreffende schadeveroorzaker aansprakelijk kan worden gesteld, dient te worden vastgesteld. Ook valt op dat de relativiteit zich eveneens in een aantal van de Hoge Raad arresten en in de literatuur laat zien, een norm die in het kader van het bewijsrecht een vreemde eend in de bijt is. In het contractenrecht wees de Hoge Raad op 28 september 2018 een zeer belangrijk arrest over de betekenis van artikel 6:265 lid 1 BW inzake ontbinding van overeenkomsten. Het goederenrecht wordt in de kroniekperiode gekenmerkt door stevige arresten over pandrechten en de ‘chargeback’ van banken en over vraagstukken inzake een directe actie bij faillissement.

Bewijskwesties en causaliteitsvragen zijn zelden zonder onzekerheid. Waardering van bewijs blijft lastig.² In de politiek blijkt dat zonneklaar: een ‘assessment’ door US Attorney General William P. Barr van het bewijsmateriaal in het Mueller-rapport wordt niet klakkeloos overgenomen zonder inzage in het originele bewijsmateriaal.³ Men wenst een eigen oordeel te kunnen vormen (angst voor fake news?).⁴

In het Nederlandse schadevergoedingsrecht dient de schadelijder het condicio sine qua non-verband tussen de geschonden norm en de gepretendeerde schade te bewijzen. Klaarblijkelijk wordt met het begrip bewijs een aanneemelijkheid van waarheidsvinding gezocht en ligt daarin ook een mate van berusting omsloten. Het bijzondere daarvan is dat ook wanneer een feit of een gebeurtenis *niet* is bewezen, daar slechts een mate van (on)zekerheid

aan gekoppeld kan worden, maar geen empirische waarheid, terwijl in het recht daar wel een rechtgevolg aan verbonden wordt. Als een feit of gebeurtenis wél is bewezen, is de empirische waarheid ook dan lang niet altijd gegeven, maar zal het rechtsgevolg een ander zijn dan bij gebrek aan bewijs. Echter, de eventuele onzekerheid strekt zich dan nog (slechts) uit tot de wijze waarop het bewijs is vergaard en ten aanzien van de vraag of *die manier* van bewijsvergaring de conclusie van het bewezen zijn, heeft kunnen dragen. In een eerdere kroniek hebben wij al verzuhtend aangegeven dat zeker is dat alles onzeker is.

Waarom deze beschouwing? Wij menen – en vinden dit voor deze kroniekperiode een kenmerkende ontwikkeling – een verschuiving te ontwaren in de rechtspraak van de Hoge Raad en in de rechtsliteratuur over de perceptie van (het begrip)⁵ schade⁶ en de wijze waarop de omvang

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-Leeu-

warden en rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Rotterdam. Deze kroniek bestrijkt de periode oktober 2018 t/m maart 2019.

Noten

2. Zie bijv. het conceptwetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht, internetconsultatie 2018, waarover onder meer F.J.P. Lock, ‘Nieuw bewijsrecht maar geen recht op bewijs?’, *TCR* 2018-4, p. 91-92.

3. *NYTimes* 1 april 2019.

4. Verdiepend: S. Zuydam, *The credibility challenge of political leaders: Enacting competence, trustworthiness and caring* (diss. Tilburg), 2018.

5. Vgl. T. Hartlief, Uit de ban van hier en nu, *NJB* 2018/2195, die in het kader van schade aandacht vraagt voor schadevoorkeuringen waarbij het nieuwe dan vooral erin zit dat verandering van gedrag geen bijvangst is van aansprakelijkheid voor

schade achteraf, maar juist de kern van de zaak is. Zie ook: T.H.M. van Wechem ‘Schadeclausules bij overdracht van aandelen: een andere kijk?’, *Contracteren* 2018, nr. 4.

6. Vgl. ook HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, waaruit kan worden afgeleid dat een schending van fundamentele rechten (art. 3, 5 en 6 EVRM) niet automatisch leidt tot vergoeding van schade. Het Duitse Bundesgerichtshof is stelliger: in een zaak over het kunstmatig in leven houden

van het schadebedrag waarvoor de betreffende schadeveroorzaker aansprakelijk kan worden gesteld, dient te worden vastgesteld (bewezen). Het is onze persoonlijke visie dat deze gedeelten van het materiële recht en het procesrecht zo vervlochten zijn dat deze eigenlijk niet los van elkaar kunnen worden beschouwd. De synergie tussen beide is echter – zoals wij daar naar kijken – verre van helder en ver te zoeken.⁷

In het materiële recht wordt het begrip *condicio sine qua non* (-verband) en het daarmee corresponderende artikel 6:98 BW gehanteerd om vastgesteld te krijgen voor welke schade(posten) de schadelijder aansprakelijk wordt gesteld.⁸ Het eerste dient dan wel te zijn bewezen. De Hoge Raad wijst in de kroniekperiode een aantal arresten⁹ waarin het *condicio sine qua non*-verband (nogmaals) expliciet wordt gedeut. Wij menen dat het wellicht tijd wordt dat er een herijking van dit begrip zal gaan plaatsvinden.

Wat in de kroniekperiode opvalt, is dat de relativiteit¹⁰ zich eveneens in een aantal van de arresten van de Hoge Raad en rechtsliteratuur laat zien,¹¹ een norm die in het kader van het bewijsrecht een vreemde eend in de bijt is.¹²

Opvallend vinden wij – en daarom wordt daar in de kroniek ruime aandacht aan besteed – zowel in de context van het begrip *schade* als in het licht van de genoemde *relativiteit*, het Hoge Raad-arrest¹³ waarin de vraag centraal stond of een notaris na overlijden van de erflater die door de notaris was geadviseerd en ten behoeve waarvan de notaris een testament had opgesteld en gewijzigd, jegens diens tweede echtgenote aansprakelijk is nu deze laatste niet (meer) in het gewijzigde testament stond genoemd. Dat was naar waarschijnlijkheid niet in overeenstemming met de laatste wil van de zéér vermogende erflater. Wat ons fascineert is dat wanneer immers zou blijken dat de notaris aansprakelijk zou kunnen worden gehouden voor het door de tweede echtgenote misgelopen deel van de erfenis, er de facto een aanwas van de erfenis zou plaatsvinden: een soort wonderbaarlijke geldvermenigvuldiging als het ware.¹⁴

Ook wijst de Hoge Raad een belangrijk arrest over zogenaamde ‘afgeleide schade’,¹⁵ welk thema zich, ons inziens, met evenveel gemak, binnen het leerstuk van relativiteit laat plaatsen.

Tot slot wijzen wij – in het kader van het aansprakelijkheidsrecht – nog op de inwerkingtreding per 1 januari 2019 van de Wet Affectieschade, waarover wij reeds in de vorige kroniek¹⁶ spraken, en op de 100^{ste} verjaardag van het Hoge Raad-arrest *Lindenbaum/Cohen*.¹⁷

In het contractenrecht is te melden dat de Hoge Raad op 28 september 2018¹⁸ een zeer belangrijk arrest heeft gewezen over de betekenis van artikel 6:265 lid 1 BW inzake ontbinding van overeenkomsten. Een arrest

waar eigenlijk – althans dat vinden wij – zo’n 26 jaar naar uit is gekeken. De vraag die (onder meer) op tafel lag is of als hoofdregel *iedere* tekortkoming recht geeft op ontbinding van een overeenkomst en/of zulks slechts in *uitzonderlijke* gevallen anders is. Een van de andere vragen – in het verlengde daarvan – is natuurlijk of de tekortkoming van een bepaalde ‘zwaarte’ dient te zijn om recht te geven op ontbinding; de Hoge Raad geeft richting.

Ook van belang in de kroniekperiode is dat de conceptwettekst voor een wet inzake franchiseovereenkomsten¹⁹ is gepresenteerd, waarover in de rechtsliteratuur inmiddels de nodige reuring is ontstaan.²⁰ Tevens is te melden dat in België op 29 maart 2019 een nieuwe wet inzake misbruik van machtspositie, algemene voorwaarden en oneerlijke handelspraktijken in b2b-relaties, is aangenomen. Voor de praktijk is onder meer relevant dat vanaf 1 december 2020 algemene voorwaarden, die in b2b-relaties worden gebruikt, naar Belgisch recht onderworpen zijn aan een nieuw regime.

De Wet bescherming bedrijfsgeheimen is per 3 oktober 2018 in werking is getreden.²¹ Bedrijfsgeheimen²² krijgen daarmee niet de status van een recht van intellectuele eigendom, maar de gevolgen van een schending van deze geheimen worden niet meer via artikel 6:162 BW afgedwongen, maar via de bepalingen uit voornoemde wet: een *lex specialis* dus.²³

Het goederenrecht in de kroniekperiode wordt gekenmerkt door stevige Hoge Raad-arresten over pandrechten en de ‘chargeback’ van banken,²⁴ over vraagstukken inzake een directe actie bij faillissement²⁵ en persoonlijke aansprakelijkheid van de curator.²⁶ Ook weten wij nu dat het faillissement in de *Yukos*-zaak in Nederland niet wordt erkend.²⁷ Een gevalletje ‘smullen voor de rijdende rechter’ is te vinden in het arrest van de Hoge Raad van 21 december 2018.²⁸ Als de omklemming van het perceel, mede in verband waarvoor ten gunste van de eigenaar van het heersende erf een erfdiensbaarheid was gevestigd om tot de openbare weg te kunnen komen is opgeheven en daardoor ook een andere mogelijkheid ten dienste staat om tot die openbare weg te komen, brengt dat niet per se mee dat die erfdiensbaarheid ten laste van het dienend erf dient te worden opgeheven.

Kortom: weer genoeg te bespreken.

Contractenrecht

Wat was – zonder tekort te doen aan de niet-genoemden – meer dan de moeite van het lezen waard?²⁹

In de vorige kroniek wezen wij op het artikel van Van Veen over aandeelhoudersovereenkomsten.³⁰ Nu vragen wij aandacht voor het artikel van Draaisma hierover.³¹ Draaisma gaat in op IPR-aspecten van dit type overeenkomst en concludeert dat de aandeelhoudersovereen-

Bedrijfsgeheimen krijgen niet de status van een recht van intellectuele eigendom, maar de gevolgen van een schending van deze geheimen worden niet meer via artikel 6:162 BW afgedwongen, maar via de Wet bescherming bedrijfsgeheimen

komst verschillende aspecten kent zoals de geldigheid, de mogelijkheid tot doorwerking en de uitleg en dat per aspect, de analyse of het betreffende aspect aan het incorporatierecht of aan het contractstatuut dient te worden getoetst, kan verschillen. Bij een dergelijke analyse moet ons inziens – hetgeen wij ook bij de studie van Van Veen opmerkten³² – wel goed gekeken worden naar de schakelbepalingen van artikel 3:59 en 6:216 BW. Gemakshalve, ter afbakening van het wettelijke domein.³³

van een vader vorderde de zoon schadevergoeding voor gemaakte onkosten en smartengeld. Het BGH wijst dit af: 'Das menschliche Leben ist ein höchstwertiges Rechtsgut und absolut erhaltungswürdig. Das Urteil über seinen Wert steht keinem Dritten zu. Deshalb verbietet es sich, das Leben – auch ein leidensbehaftetes Weiterleben – als Schaden anzusehen (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG). Auch wenn ein Patient selbst sein Leben als lebensunwert erachten mag mit der Folge, dass eine lebenserhaltende Maßnahme gegen seinen Willen zu unterbleiben hat, verbietet die Verfassungsordnung aller staatlichen Gewalt einschließlich der Rechtsprechung ein solches Urteil über das Leben des betroffenen Patienten mit der Schlussfolgerung, dieses Leben sei ein Schaden. Dem Kläger steht auch kein Anspruch auf Ersatz der durch das Weiterleben des Patienten bedingten Behandlungs- und Pflegeaufwendungen zu. Schutzzweck etwaiger Aufklärungs- und Behandlungspflichten im Zusammenhang mit lebenserhaltenden Maßnahmen ist es nicht, wirtschaftliche Belastungen, die mit dem Weiterleben und den dem Leben anhaftenden krankheitsbedingten Leiden verbunden sind, zu verhindern. Insbesondere dienen diese Pflichten nicht dazu, den Erben das Vermögen des Patienten möglichst ungeschmälert zu erhalten.' BGH, Urteil vom 2. April 2019 - VI ZR 13/18. Zie over vergelijkbare problemen ook het UK Court of Appeal *ARB v IVF Hammersmith and Another* [2018], EWCA Civ 2803 over een succesvolle IVF behandeling (maar zonder toestemming van de vader): 'the legal policy which prevented recoverability of the cost of the upbringing of a healthy child [...] applies in a claim for breach of contract', en: 'It is morally unacceptable to regard a child as a financial liability.' Zie over een lichtere kwestie (smartengeld voor het vernielen van een artistieke lichtinstallatie bij een minigolfbaan BGH 29 november 2018, I ZR 15/18.

7. Uit HR 22 februari 2019 ECLI:NL:HR:2019:269 kan (wederom) worden afgeleid dat een rechter in het kader van begroting van schade 'een grote mate van vrijheid' toekomt, terwijl van HR 25 januari 2019 ECLI:NL:HR:2019:96 weer kan

worden geleerd dat een proactieve rechter die in het kader van die begroting informatie van het internet haalt, daarmee het risico loopt de rechten van hoor en wederhoor van proces-partijen te schenden.

8. Natuurlijk binnen de bandbreedte van de overige wetsartikelen over schadebegroting.

9. Zie bijv. HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:353; HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:354; HR 2 februari 2019 ECLI:NL:HR:2019:269; en HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1899.

10. In het kort: ziet de normschending op het voorkomen van het ontstaan van de door de schadelijder gepretendeerde schade.

11. Vgl. Di Bella, 'Aansprakelijkheid politie voor letselschade schietpartij Alphen aan den Rijn. Annotatie Hof Den Haag 27 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:541 (Alphen)', *AV&S* 2018/27 en T.H.M. van Wechem, *Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten* (oratie OU), 21 september 2018, zie voor een digitale versie van de oratie: www.ou.nl/-/oratie-edwin-van-wechem-het-schadebegrip-bij-overnameovereenkomsten.

12. De vraag die daarbij kan worden gesteld is namelijk of de relativiteit in de geschonden norm is 'ingebakken' in welk geval bij schending van de norm de relativiteit is gegeven óf dat de schadeveroorzaker als een soort bevrijdend verweer, de aanwezigheid van de relativiteit dient te bewijzen. In tegenstelling tot causaliteit waarbij ook het leerstuk van proportionaliteit een rol kan spelen, is de bewijspositie bij relativiteit meer een geval van 'alles of niets'.

13. HR 11 januari 2019 ECLI:NL:HR:2019:4.

14. Vgl. het Evangelie volgens Matteüs 14:14-21 en nog eens 15:32-38, in het Evangelie volgens Marcus 6:34-44 en nog eens 8:1-9, in het Evangelie volgens Lucas 9:12-17 en in het Evangelie volgens Johannes 6:5-14.

15. HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1899.

16. *NJB* 218/1866, afl. 35, p. 2592.

17. Zie hierover T. Hartlief, 'Vooruitgang in het recht', *RM Themis* 2019 – 118, p. 18 e.v. Zie ook P.C. van Es, 'Honderd jaar Lindenbaum/Cohen; een bron van gerechtigheid, maar ook een bron van dogmatische

Over juridische kwalificatie van een fiscale ruling en de betekenis daarvan voor de toepassing in de rechtspraak schreef Huiskers-Stoop een uitgebreide visie in *Ars Aequi*.³⁴ Volgens haar hangt de juridische kwalificatie van de individuele fiscale ruling af van de concrete vormgeving ervan. De fiscale ruling kan haars inziens hetzij worden gekwalificeerd als een publiekrechtelijke fiscale toezegging onder voorwaarde van feitelijke grondslag, hetzij als een privaatrechtelijke fiscale vaststellingsovereen-

verwarring', *WPNR* 2019/7223.

18. HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810.

19. Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van regels omtrent de franchiseovereenkomst (Wet franchise), voorstel van wet, (concept 6 december 2018), www.internetconsultatie.nl/wet_franchise.

20. Zie A.W. Dolphijn, 'De (hard) franchiseovereenkomst en zorgplicht gekwalificeerd', *WPNR* 2019/7226, M. de Koning, 'Het wetsvoorstel Franchise – Bezint eer ge begint', *NJB* 2019/201, afl. 4, p. 262 e.v., H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, 'Het Voorontwerp Franchise: strike two voor de wetgever', *Contracteren*, 2019, p. 3 e.v.

21. Wet bescherming bedrijfsgeheimen ('Wbb') (Stb. 2018, 369, inwerkingtreding Stb. 2018, 370).

22. Zie C.H. Sieburgh, 'Van geen inbreuk op een recht naar inbreuk op geen recht', *RM Themis*, 2019, afl. 1, p. 39 e.v.

23. Zie hierover: R. Mellenbergh & E.-A. Zonnenberg-Mellenbergh, 'Bedrijfsgeheimen in vermogensrechtelijk perspectief', *WPNR* 2018/7213.

24. HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:268.

25. HR 1 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:150.

26. HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067. Zie HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*) Persoonlijke aansprakelijkheid curator: schending van een 'regel' als bedoeld in HR 16 december

2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204 (*Prakke/Gips*). Over *Credit Suisse* (kritisch) onder meer R.M. Wibier, annotatie AA 20180720 en idem W.H. van Boom, 'Actief en passief wanpresteren van de faillissementscurator – *Credit Suisse* in het licht van Blaauboer/Berlips', *WPNR* 2019/7232, p. 248-255.

27. HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:54.

28. HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2373.

29. S. Voskamp promoveerde op *Onderwijsovereenkomst/Contractenrechtelijke leerstukken toegepast op de rechtsverhouding*

tussen school, leerling en ouders in het primair en voortgezet bekostigd onderwijs (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridisch 2018, 318 p. Ook fraai: W.D.M. Rijnenberg, 'Aansprakelijkheid van de bruiklener', *NTBR* 2018/33, afl. 8. Zoals – als bijna te doen – gebruikelijk wijzen wij ook op C.M.D.S. Pavillon, 'Boetebeding onredelijk bezwarend, over naar de wettelijke schadevergoeding?' *WPNR* 2018/7217, over HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, *NJ* 2017/394, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Tijhuis/Dexia*). Food for thought achten wij de beschouwing van R. Wibier in dit tijdschrift over uitleg, waarin hij bij uitleg aandacht vraagt voor een meer feitelijke vaststelling van wat zich daadwerkelijk tussen partijen heeft voorgedaan, en voor het minder belang toekennen aan de uitlegmethode: Reinout Wibier, 'Perspectieven op de uitleg van overeenkomsten', *NJB* 2018/1881. Zie over uitleg in de kroniekperiode ook HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2373 waarin de Hoge Raad, contrair aan zijn A-G, zijn licht over cao-bepalingen laat schijnen.

30. W.J.M. van Veen, 'Aandeelhouders overeenkomsten en het Nederlandse vennootschapsrecht', *TVOB* 2018, 4, p. 97-107.

31. A. Draaisma, 'De aandeelhoudersovereenkomst in het IPR. Hybride tussen contract en vennootschappelijk document', *Ars Aequi* december 2018, p. 985 e.v.

32. *NJB* 2018/1866, afl. 35, p. 2588.

33. Art. 3:59 BW luidt: 'Buiten het vermogensrecht vinden de bepalingen van deze titel overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.' Art. 6:216 BW luidt: 'Deze afdeling en de tweede, de derde en de vierde afdeling vinden overeenkomstige toepassing op andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen, voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de rechtshandeling zich daartegen niet verzet.'

34. E. A.M. Huiskers-Stoop, 'De juridische kwalificatie van een fiscale ruling en de betekenis daarvan voor de toepassing in de rechtspraak', *Ars Aequi* oktober 2018, p. 793 e.v.

komst (artikel 7:900 BW). Ook bij de door haar voorgestane kwalificatie van een vaststellingsovereenkomst rijst bij ons – evenals bij het thema aandeelhoudersovereenkomsten – de vraag of hier het bepaalde in artikel 6:216 BW roet in het eten kan gooien. Is hier namelijk wel sprake van ‘andere meezijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen, voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de rechtshandeling zich daartegen niet verzet’, de voorwaarde die – in dit geval – door artikel 6:216 BW wordt gesteld om het aldaar genoemde domein van het vermogensrecht te betreden?

Dammingh³⁵ bespreekt in het *WPNR* de wijzigingen van het NVM koopcontractmodel zoals dat – na de vorige wijziging uit 2014 – per 1 mei 2017 in gebruik is genomen.³⁶ Hij acht deze wijzigingen verbeteringen, maar merkt op dat het per 1 februari 2018 aan de Modelkoopakte toegevoegde nieuwe artikel 15.1 onder c – over een bouwkundige keuring – naar zijn mening onvoldoende duidelijk is geformuleerd, waardoor het de nodige procedures zou kunnen uitlokken. Wanneer wij de lagere rechtspraak over geschillen tussen kopers en verkopers inzake koophuisgeschillen waarop de NVM-voorwaarden van toepassing zijn beschouwen, valt ons op dat in soortgelijke zaken niet zelden op verschillende wijzen wordt geoordeeld. Nu is de ene zaak de andere niet, maar de frequentie van wijzigingen in deze veel gebruikte NVM-voorwaarden, waarbij het toepasselijk normenkader wordt gewijzigd, helpt zeker niet mee, zo dunkt ons.³⁷

Eerder, in een van de vorige kronieken, merkten wij op dat Tjong Tjin Tai onverkort zeer zichtbaar blijft met fraaie artikelen in de rechtsliteratuur. Ook in deze kroniekperiode komt hij weer sterk door. Dit keer met een monografie³⁸ over het weerbarstige thema van de meerpartijenovereenkomst en samenhangende overeenkomsten. Wat ons betreft de *must read* (en de *must have*) van deze kroniekperiode.

Over meerpartijenovereenkomsten, maar dan in de context van bitcoins (overeenkomsten), schreef De Graaf een mooie bijdrage in dit tijdschrift.³⁹ Hij bepleit daarin dat vanuit verbintenisrechtelijk⁴⁰ oogpunt het bitcoin-netwerk als een meerpartijenovereenkomst kwalificeert waartoe de verschillende deelnemers (gebruikers, miners en nodes) toetreden doordat de betreffende deelnemer voor het eerst aan het netwerk deelneemt en daarmee het in die overeenkomst te zijnen gunste opgenomen derdenbeding aanvaardt. Hij vervolgt dat op grond van die overeenkomst een gebruiker die bitcoins overmaakt dan eigenlijk zijn vorderingsrechten uitoefent, ten opzichte van de miners om die transactie te verifiëren en ten opzichte van nodes om het werk van de winnende miner te controleren, waarna de transactie (als die is goedgekeurd) in een block aan de blockchain wordt toegevoegd. De bitcoin-vorderingen kunnen alleen worden geëffectueerd met gebruikmaking van de privésleutel die

Wij raden u aan dit artikel te lezen, om het bovenstaande te kunnen begrijpen

hoort bij het bitcoin-adres van waaruit bitcoins worden overgemaakt.

Wij raden u aan dit artikel te lezen, om het bovenstaande te kunnen begrijpen. Dat was voor uw chroniqueurs ook een noodzakelijkheid.⁴¹

Ontbinding: ‘still confused, but on a higher level’⁴²

Er valt veel van te vinden, maar het is op zijn minst gezegd opmerkelijk, als een voormalig raadsheer van de Hoge Raad in zijn hoedanigheid van rechter bij de Rechtbank Amsterdam prejudiciële vragen gaat stellen aan de Hoge Raad. Dit speelt te meer als het een onderwerp – en onder meer een stelling – betreft waarop zijn proefschrift destijds betrekking had en waarover het hoogste rechtscollege – met zijn aanwezigheid in het college – al eerder had beslist.⁴³ Deze prejudiciële vragen waren de aanleiding van het arrest dat de Hoge Raad op 28 september 2018⁴⁴ heeft gewezen.⁴⁵ Het stellen van de vragen had succes: wat ons betreft staat vast dat dit één van de belangrijkste arresten op rechts-uitleggend gebied is, die de Hoge Raad de afgelopen jaren heeft gewezen.

De vraag waar het in de kern om draaide had betrekking op een situatie waarbij een huurder een half jaar onderdak had geboden aan een gezin, terwijl ook hij nog in het gehuurde verbleef, ondanks dat het eerste in strijd was met de bepalingen in het huurcontract. De rechter – in een kort geding – stelde aan de Hoge Raad de volgende prejudiciële vragen:

‘1. Dient artikel 6:265 lid 1 BW letterlijk te worden uitgelegd in die zin dat iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen aan de wederpartij de bevoegdheid geeft om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij het maken van een uitzondering hierop gerechtvaardigd is aan de hand van de in de wet genoemde gezichtspunten? Zo niet, hoe dient deze bepaling dan te worden uitgelegd?

2. Is er aanleiding bijzondere eisen te stellen ten aanzien van ontbinding van een overeenkomst van huur en verhuur van sociale woonruimte, ervan uitgaande dat zulke woonruimte schaars is?’

De Hoge Raad beantwoordt de vragen als volgt en maakt in verband hiermee de volgende observaties.

‘[...] De wetgever heeft aan art. 6:265 lid 1 BW de structuur gegeven van een hoofdregel (kort gezegd: iedere tekortkoming geeft de schuldeiser de bevoegdheid de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden), gevolgd door een ‘tenzij-bepaling’ die een uitzondering op de hoofdregel inhoudt. In de parlementaire geschiedenis van deze bepaling is daarover het volgende opgemerkt: [...] Hoewel uit de slotzinnen van deze passage ook wel anders is afgeleid, is onjuist de opvatting dat de in de tenzij-bepaling neergelegde uitzondering op de hoofdregel slechts ‘bij uitzondering’ toegepast kan worden of op een ‘zeldzaam’ geval betrekking heeft. In de rechtspraak van de Hoge Raad is art. 6:265 lid 1 BW ook nooit aldus uitgelegd (zie hierna).’

Zoals wij deze overweging interpreteren, en dan met name de laatste zin, geeft de Hoge Raad aan dat hij hiermee e.e.a. met een schone lei wil benaderen en ieder

geschil van mening hierover wenst uit te bannen. Wanneer de laatste zin namelijk letterlijk wordt genomen, betekent dit dat een ieder in de rechtsliteratuur die iets anders in eerdere arresten heeft gelezen en heeft bepleit, het bij het verkeerde eind heeft gehad.

De Hoge Raad vervolgt met te overwegen: '[...] zo brengen in art. 6:265 lid 1 BW de hoofdregel en de tenzij-bepaling tezamen de materiële rechtsregel tot uitdrukking dat, kort gezegd, slechts een tekortkoming van voldoende gewicht recht geeft op (gehele of gedeeltelijke) ontbinding van de overeenkomst. In zodanig geval behoeft niet van een schuldeiser gevergd te worden dat hij met een tekortschietende wederpartij als contractspartner verder moet; [...] De inhoudelijke maatstaf dat, kort gezegd, slechts een tekortkoming van voldoende gewicht recht geeft op ontbinding van de overeenkomst, stoelt op de redelijkheid en billijkheid en stemt inhoudelijk overeen met vaste rechtspraak van de Hoge Raad, zowel onder oud recht als onder huidig recht [...].'

Deze overweging is volgens ons de kernoverweging. Maar wat wordt hier nu tot uitdrukking gebracht? Zoals wij deze overweging beschouwen wordt hier met de zwaarteenorm 'een tekortkoming van voldoende gewicht' een weg bewandeld die zich bevindt *tussen* 'ieder wisselwase', in de betekenis van *iedere* tekortkoming, *en* de *wezenlijke* tekortkoming die bijvoorbeeld eigen is aan de norm zoals deze is gehanteerd in het Weens Koopverdrag.⁴⁶ Echter, waar wij aarzeling over hebben is dat het ons inziens eigenlijk niet lijkt te gaan over de hoegroetheid van de tekortkoming, dus *sec* over de tekortkoming, maar meer over *het effect van de tekortkoming* op de rechtsverhouding.⁴⁷ Deze lezing – indien juist – zou ons inziens veel verklaren. Gerealiseerd dient immers te worden dat uit het Hoge Raad-arrest van 27 mei 2011⁴⁸ volgt dat de ontbindingsgronden van een eerder in tijd gevorderde

ontbinding ook eerst pas in rechte hoeven te worden (of mogen worden) aangedragen. De ontbindingsgrond ziet dan dus – zoals wij het zien – *niet louter* op de tekortkoming maar meer op de *combinatie* tekortkoming en reden om te mogen ontbinden: *het effect* dus.

Uit het Hoge Raad-arrest kan ook nog worden geleerd dat de bewijsregel die omsloten ligt in artikel 6:265 lid 1 BW en kort gezegd meebrengt dat de schuldenaar – als bevrijdend verweer – moet stellen en bij betwisting dient te bewijzen⁴⁹ dat de tekortkoming de ontbinding *niet* rechtvaardigt, onder omstandigheden door de feitenrechter wat soepeler mag worden gehanteerd. De Hoge Raad oordeelt dat de regel dat het aan de schuldenaar is om zich op de tenzij-bepaling te beroepen, niet uitsluit dat onder omstandigheden in het verweer van de schuldenaar dat geen sprake is van een tekortkoming, afhankelijk van de daartoe aangevoerde feiten en omstandigheden, het (subsidiare) betoog besloten kan liggen dat de tekortkoming – indien deze in rechte wordt aangenomen – gelet op de omstandigheden van het geval niet de gehele of gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigt. Of dat zo is, is een kwestie van uitleg van de stellingen van de schuldenaar en zal mede ervan afhangen of een dergelijk (subsidiar) betoog voor de schuldeiser voldoende kenbaar was.

De Hoge Raad is er klip en klaar over dat de afweging die in het kader van de tenzij-bepaling van artikel 6:265 lid 1 BW plaatsvindt bij beantwoording van de vraag of de ontbinding in het concrete geval gerechtvaardigd is, niet slechts geschiedt (zoals de eerste prejudiciële vraag het formuleert) 'aan de hand van de in de wet genoemde gezichtspunten'. Naast de in artikel 6:265 lid 1 BW genoemde gezichtspunten (bijzondere aard of geringe betekenis van de tekortkoming; gevolgen van de ontbinding) kunnen immers alle overige omstandigheden van het geval van belang zijn, aldus ons hoogste rechtscollege.

35. J.J. Damingh, 'De recente wijzigingen van de NVM-koopakte (Modelkoopakte)', *WPNR* 2018/7219.

36. Zie over juridische valkuilen bij vastgoed M&A transacties: W.B. Meijer, 'Corporate Real Estate M&A: enkele aandachtspunten bij (vastgoed) M&A-transacties', *WPNR* 2019/7225.

37. Uiteraard hebben wij wel begrip voor de wijzigingen die nodig zijn als gevolg van nieuwe wijzigingen in de rechtspraak van de Hoge Raad, vgl: HR 30 januari 2015, *NJ* 2016/76, m.nt. Jac. Hijma (*Portsticht/De Vries Werkendam*).

38. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Meerpartijenovereenkomst en samenhangende overeenkomsten* (Monografieën. BW nr. A 29), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

39. T. de Graaf, 'De kwalificatie van bitcoins', *NJB* 2019/2, afl. 1, p. 6 e.v.

40. Vanuit de presumptie dat al deze verhoudingen worden beheerst door Nederlands recht.

41. Over de mogelijkheden en onmogelijk-

heden inzake het leggen van beslag op bitcoins, zie: H.B. Krans & T.J. de Graaf, 'Verhaal op bitcoins door gedwongen medewerking van de schuldenaar', *WPNR* 2018/7217.

42. H.N. Schelhaas, 'Een fundamenteel arrest over een fundamentele vraag: vereist de ontbindingsbevoegdheid van artikel 6:265 BW een fundamentele tekortkoming?', *Ars Aequi* 20190293.

43. HR 4 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4728: 'Het eerste onderdeel van het middel berust kennelijk op de stelling dat naar huidige rechtsopvattingen van de mogelijkheid van ontbinding van een overeenkomst wegens een tekortkoming in de nakoming van een contractuele verbintenis een terughoudend gebruik moet worden gemaakt in dier voege, dat ook indien zich niet het geval voordoet dat wegens bijzondere aard of geringe betekenis van de tekortkoming – als bedoeld in art. 6:265 lid 1 BW – ontbinding ongerechtvaardigd is, het de

schuldeiser niet vrijstaat te kiezen voor ontbinding van de overeenkomst wanneer aan hem een voor de schuldenaar minder bezwaarlijke mogelijkheid van redres ter beschikking staat. Deze stelling kan niet als juist worden aanvaard, zodat het onderdeel faalt.'

44. HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810.

45. Zie over dit arrest I.W.M. Olthof, 'Ontbinding: effectief wapen of zwaard van Damocles?', *Contracteren* 2019/01, p. 15 e.v.

46. Art. 25 Weens Koopverdrag luidt: 'A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result.'

47. 'In zodanig geval behoeft niet van een

schuldeiser gevergd te worden dat hij met een tekortschietende wederpartij als contractspartner verder moet; [...].'

48. HR 27 mei 2011,

ECLI:NL:HR:2011:BP6997: '3.6.1 [...] Daarom kan in zijn algemeenheid niet de eis gesteld worden dat een dergelijke verklaring de gronden voor de ontbinding dient te vermelden teneinde rechtsgevolg te kunnen hebben. Dat brengt tevens mee dat de schuldeiser die in zijn ontbindingsverklaring wel een of meer gronden voor de ontbinding heeft genoemd (of die, eventueel desverlangd, alsnog gronden daarvoor heeft opgegeven) in rechte ook andere gronden aan de ontbinding ten grondslag mag leggen dan de reeds eerder door hem vermelde (vgl. voor de buitengerechtelijke vernietiging HR 11 juli 2008, *LJN* BD2410, *NJ* 2010/258). Op het bovenstaande stuit onderdeel 1c af.'

49. Zie bijv. HR 22 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4122, *NJ* 2007/343.

Wij verwachten niet dat de Hoge Raad in de toekomst nog eens een dergelijk standaard-arrest over ontbinding van overeenkomsten wijst

Er bestaat ten aanzien van de ontbinding van een overeenkomst van huur en verhuur van sociale woonruimte derhalve geen behoefte aan bijzondere regels.

Wij verwachten niet dat de Hoge Raad in de toekomst nog eens een dergelijk standaardarrest over ontbinding van overeenkomsten wijst. Hier moet de rechtspraktijk het dus mee doen. Zoals wij het zien zal de ontbindingsrechtspraak zich, nog meer dan in het verleden, op het niveau van de feitenrechter gaan afspelen. Het is aan de feitenrechter om vast te stellen – indachtig het partijdebat – of de tekortkoming van ‘voldoende gewicht’ is. In onze lezing: of *het effect van de tekortkoming van voldoende gewicht is om de ontbinding te rechtvaardigen*.

Wederom beëindiging van overeenkomsten: opzegging

Hoge Raad-rechtspraak inzake de mogelijkheid om overeenkomsten door middel van opzegging te beëindigen zijn regelmatig in onze kronieken aan de orde. In de vorige kroniek bijvoorbeeld, besteedden wij aandacht aan het Hoge Raad-arrest van 2 februari 2018.⁵⁰ Wij gingen er stilzwijgend van uit dat in dit arrest zo goed als alle facetten die bij opzegging van duurovereenkomsten voor onbepaalde⁵¹ tijd een rol spelen, door de Hoge Raad wel waren geadresseerd. In het arrest van 29 maart 2019⁵² moest de Hoge Raad echter wederom bij een opzegging van een duurovereenkomst er aan te pas komen; met een bijzonder – maar wel logisch – resultaat, zo vinden wij.

Waar ging het om? Netbeheerder Liander c.s. was in de rechten getreden van overeenkomsten die de Gemeente Voorst sinds 1923 had gesloten met NV. Provinciale Gelderse Electriciteits Maatschappij en in 1976 met Veluwe Nutsbedrijven NV. De gemeente heeft Liander in juni 2014 bericht dat zij deze overeenkomsten tegen 1 november 2014 door opzegging wilde beëindigen. Hierbij speelt een rol dat de raad van de gemeente op 16 december 2013 de Verordening op de heffing en de invordering van precariobelasting 2014 had vastgesteld. Deze verordening die op 1 januari 2014 in werking was getreden brengt mee dat een directe belasting wordt geheven ter zake van het hebben van buizen, kabels, draden of leidingen onder, op of boven voor de openbare dienst bestemde gemeentegrond. Zeer in het kort, de voornoemde overeenkomsten brachten mee dat er een gedoogplicht bestond voor de betreffende Liander-entiteiten, om deze buizen etc. in de gemeentegrond te mogen hebben. Opzegging van deze duurovereenkomst in kwestie zou derhalve de weg vrij maken voor het heffen van precariobelasting. Echter, saillant⁵³ in deze zaak is dat die precariobelasting toch al betaald diende te worden door een

Liander (groeps-)entiteit die niet de contractspartij van de gemeente was.

Het hof oordeelde dat de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval in deze zaak meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is indien een voldoende zwaarwegende grond voor de opzegging bestaat. Het hof vervolgde ermee te overwegen dat de reden voor de onderhavige opzeggingen er niet in was gelegen dat de gemeente de desbetreffende openbare nutsvoorziening in haar gemeente niet langer zou wensen, maar naast de gewijzigde verhoudingen tussen overheden en netbeheerders, de wens alle netbeheerders uniform publiekrechtelijk te normeren en de bestaande verlegging te wijzigen, er voor een belangrijk deel gelegen was om de mogelijkheid te scheppen precariobelasting te heffen.

In cassatie wordt er – zeer in het kort weergegeven – over geklaagd dat nu de precariobelasting toch al verschuldigd zou zijn door de andere Liander-entiteit, ook als er niet zou worden opgezegd, het oordeel van het hof dat er een zwaarwegende grond nodig is, niet *daardoor* kan worden geschrapt. A-G Rank-Berenschot⁵⁴ deelt de visie van de gemeente. Zoals wij het lezen vanuit de gedachte dat zulks (het scheppen van de voornoemde mogelijkheid) immers ook de oordeelsvorming omtrent het al of niet noodzakelijk zijn van een voldoende zwaarwegende opzeggingsgrond regardeert.

De Hoge Raad oordeelt anders en overweegt dat in cassatie vast staat dat de overeenkomsten van 1923 en 1976 voor onbepaalde tijd zijn aangegaan en dat niet is voorzien in een wettelijke of contractuele regeling van de opzegging van deze overeenkomsten. Dit betekent dat de overeenkomsten in beginsel opzegbaar zijn. Op grond van artikel 6:248 lid 1 BW kunnen de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de aard en inhoud van de overeenkomsten en de omstandigheden van het geval meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is indien daarvoor een voldoende zwaarwegende grond bestaat, aldus ons hoogste rechtscollege. Voor zover niets bijzonders naar onze mening. Maar dan.

De Hoge Raad overweegt vervolgens:

‘Het hof is in rov. 5.10 tot de slotsom gekomen dat in dit geval opzegging van de overeenkomsten van 1923 en 1976 slechts mogelijk is indien een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging bestaat. In rov. 5.11 heeft het hof vervolgens beoordeeld of sprake is van een dergelijke voldoende zwaarwegende grond. In dat verband heeft het hof vastgesteld dat in de overeenkomsten van 1923 en 1976 contractuele gedoogplichten zijn opgenomen die voor de gemeente een belemmering vormen om precariobelasting te heffen bij haar wederpartij bij deze overeenkomsten, en dat een belangrijke reden om deze overeenkomsten op te zeggen voor de gemeente is gelegen in het wegnemen van deze belemmering. Daarmee lag aan het hof de vraag voor of het scheppen van de mogelijkheid voor de gemeente om precariobelasting te heffen bij haar wederpartij bij de overeenkomsten van 1923 en 1976 kon worden aangemerkt als een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging van deze overeenkomsten. Bij de beantwoording van die vraag is niet van belang of de gemeente ook zonder dat zij de overeenkomsten van 1923

en 1976 opzegt, precariobelasting kan heffen bij een andere vennootschap dan haar wederpartij bij deze overeenkomsten. Onderdeel 2.4 kan om die reden niet tot cassatie leiden.'

Hoe is deze redenering te begrijpen? Wat ons betreft moet er dan 'ondersteboven' worden geredeneerd. We doen een poging. Uit het oordeel van het hof viel al te begrijpen dat – ook al zou het heffen van precariobelasting de reden zijn geweest om de overeenkomsten te willen beëindigen door de gemeente – *die* reden *niet* kwalificeert als een zwaarwegende grond *nadat* is vastgesteld – om een aantal redenen – *dat* er voor de opzegging van de betreffende overeenkomsten een zwaarwegend grond moest worden aangevoerd. Als de reden überhaupt al niet als zwaarwegend kwalificeert, dan is de vaststelling dat de precariobelasting toch (al) verschuldigd zou zijn, niet ter zake doende.

Wat valt hieruit voor de praktijk te leren? Ons inziens scharniert deze zaak om het antwoord op de vragen 1. of er überhaupt een zwaarwegende reden voor opzegging nodig is en 2. als dat het geval is, of in het concrete geval van de opzegging aan *die eis* van een zwaarwegende reden voor de opzegging is voldaan. In het eerste geval gaat het dus *in abstracto* om de vraag of zo een reden aanwezig dient te zijn en in het tweede om de *in concreto* vraag of de betreffende reden als zodanig kwalificeert.

Het zuiveren van verzuim: geen sinecure

Natuurlijk besteden wij in de kroniek aandacht aan een Hoge Raad-arrest over een wetsartikel waarover nog niet eerder specifiek is geoordeeld. Zo'n diamantje schitterde op 7 december 2018.⁵⁵ Het betrof de regeling tot het zuiveren van verzuim: artikel 6:86 BW.⁵⁶ In het kort ging de zaak in kwestie erover dat een levering van rond de 2500 poloshirts faliekant dreigde mis te lopen door redenen aan de zijde van de leverancier. Deze ziet de bui hangen en biedt ter compensatie voor al het gedoe 15% korting op de koopprijs aan.⁵⁷ een voorstel waarmee de koper niet akkoord gaat. Deze laatste komt met een voorstel terug dat vele malen ongunstiger is voor de verkoper, welk voorstel door de verkoper niet wordt geaccepteerd. Sterker: deze ziet daarin reden om de overeenkomst te annuleren. Het hof stelt de verkoper in het ongelijk. In het kort, de verkoper verkeerde in verzuim en met het gedane aanbod was dat verzuim niet gezuiverd in de betekenis van artikel 6:86 BW.

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

51. Vgl. C.E. Drion, die het Hoge Raad-arrest van 2 februari 2018 als volgt 'leest': 'Ik leid daaruit bij nader inzien af dat de Hoge Raad die laatste rechtsoverwegingen mede van toepassing acht op duurovereenkomsten voor bepaalde tijd, althans op langjarige duurovereenkomsten voor bepaalde tijd, zoals de onderhavige licentieovereenkomst welke, als gezegd, voor vijftien jaren was aangegaan. Is dit juist, dan geldt dus dat ook opzegbepalingen in

(dergelijke) overeenkomsten voor bepaalde tijd zowel onder de aanvullende werking (doch slechts indien de overeenkomst daarvoor ruimte laat) als onder de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen worden getoetst.', in: 'Drafting tips & skills: Beëindiging van contracten en beëindigingsbepalingen', ORP 2018/5.

52. HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:446.

53. Saillant is eveneens dat in HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854, in

De Hoge Raad gaat er goed voor zitten en doceert. Uit artikel 6:86 BW volgt dat een schuldenaar die met de nakoming van zijn verbintenis in verzuim is, zijn verzuim kan zuiveren door alsnog behoorlijke nakoming alsmede betaling van de inmiddels verschuldigd geworden schadevergoeding en van de kosten aan te bieden. Met deze mogelijkheid tot zuivering van zijn verzuim wordt het belang gediend dat de schuldenaar heeft bij nakoming (in plaats van bijvoorbeeld ontbinding of vervangende schadevergoeding), zonder dat het belang van de schuldeiser geschaad wordt, aldus de Hoge Raad. De Raad vervolgt door te overwegen dat het in artikel 6:86 BW bedoelde aanbod tot betaling van de inmiddels tevens verschuldigd geworden schadevergoeding niet alleen ziet op de reeds ingetreden schade, maar (ingevolge artikel 6:105 BW) ook op de redelijkerwijs te verwachten toekomstige schade die het gevolg is van het verzuim van de schuldenaar (bijvoorbeeld winstderving of te verwachten verlies van klanten). Het aanbod tot betaling van de kosten ziet onder meer op vergoeding van door de schuldeiser als gevolg van het verzuim van de schuldenaar tevergeefs gemaakte en redelijkerwijs nog te maken extra kosten. De schuldeiser mag een zodanig aanbod ook weigeren, zonder daardoor in schuldeisersverzuim te komen wanneer het aanbod niet voornoemde kosten en schade omvat. Het voorgaande is ons inziens nog 'straight forward'.

De Hoge Raad vervolgt dat als partijen het over het door de schuldenaar aangeboden bedrag oneens blijven, de schuldenaar in het algemeen niet kan volstaan met een aanbod tot betaling van het door hemzelf redelijk geachte bedrag. Hij dient buiten twijfel te stellen dat hij de inmiddels verschuldigd geworden schadevergoeding en kosten volledig zal voldoen.⁵⁸

Het volgende deel van de overweging van de Hoge Raad is bepalend en ons inziens vernieuwend. De schuldeiser die een aanbod weigert dat aan de eisen van artikel 6:86 BW voldoet, komt in beginsel in schuldeisersverzuim (artikel 6:58 BW). Weliswaar eindigt daardoor het verzuim van de schuldenaar (artikel 6:61 lid 1 BW), maar de schuldenaar blijft verplicht tot betaling van de inmiddels door zijn verzuim verschuldigd geworden schadevergoeding en van de kosten.

Afgezien van de voor de schuldenaar bestaande mogelijkheid te vorderen dat de rechter bepaalt dat hij van zijn verbintenis bevrijd zal zijn (artikel 6:60 BW), geeft het verzuim van de schuldeiser de schuldenaar op zichzelf niet de bevoegdheid de overeenkomst te ontbinden, aangezien

een soortgelijke (maar niet geheel gelijkelijke) zaak, 's hofs oordeel dat er een zwaarwegende reden voor de opzegging aanwezig moest zijn, door de Hoge Raad juist was gecasseerd.

54. ECLI:NL:PHR:2019:66, onder kantnummer 2.45.

55. HR 7 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2255.

56. Art. 6:86 BW luidt: 'De schuldeiser kan een na het intreden van het verzuim aangeboden nakoming weigeren, zolang niet tevens betaling wordt aangeboden van de

inmiddels tevens verschuldigd geworden schadevergoeding en van de kosten.'

57. Vermeerderd met vervoerskosten.

58. Hij zou bijvoorbeeld ook zekerheid kunnen stellen ten aanzien van een latere schadebegroting, zoals ook voorgesteld door A-G Wissink in zijn conclusie (onder 3.4.4) vóór HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:647, daarbij een zogenaamde contextgevoelige toepassing bepleitend.

De schuldeiser die een aanbod weigert dat aan de eisen van artikel 6:86 BW voldoet, komt in beginsel in schuldeisersverzuim [...] Het verzuim van de schuldeiser geeft de schuldenaar op zichzelf niet de bevoegdheid de overeenkomst te ontbinden

daarvoor vereist is dat de schuldeiser van zijn kant tekortschiet in de nakoming van een verbintenis die op hem rust (artikel 6:265 BW). Ook deze afslag vinden wij verrassend, maar zondermeer begrijpelijk. Laten we wel zijn, de schuldeiser heeft namelijk niet om een en ander gevraagd.

Zolang de overeenkomst voortduurt, blijft de schuldenaar dan ook verplicht de redelijkerwijs van hem te vergen zorg in acht te nemen opdat hij zal kunnen nakomen indien het schuldeisersverzuim eindigt (bijvoorbeeld doordat de schuldeiser alsnog het aanbod van de schuldenaar als bedoeld in artikel 6:86 BW aanvaardt). Dat brengt mee dat, indien nakoming door de schuldenaar onmogelijk is geworden doordat hij door zijn schuld (of door schuld van zijn ondergeschikte) is tekortgeschoten in de zorg die in de gegeven omstandigheden van hem mocht worden geleverd, de schuldeiser ook tijdens het schuldeisersverzuim bevoegd is de overeenkomst te ontbinden (artikel 6:266 lid 2 BW in verbinding met artikel 6:64 BW).

De Hoge Raad doorbreekt ons inziens met dit arrest de alles-of-niets gedachte dat als de ene partij in verzuim is, de andere dan geen enkel rechtsmiddel meer heeft en scherpt in dat ontbinding slechts mogelijk is bij schending van een op een partij *rustende* verbintenis. Ons inziens – zoals aangekondigd – een diamantje, dit arrest.

Aansprakelijkheidsrecht

Dit keer wat minder aandacht voor de rechtsliteratuur⁵⁹ vanwege de grote hoeveelheid relevante Hoge Raad-arresten. Toch even een (ver)korte weergave.

Kolder promoveerde op 31 mei 2018⁶⁰ op het onderwerp Aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker. Over de toepassing van artikel 6:181 BW. Kolder heeft gepleit⁶¹ voor een aantal wetswijzigingen. Zo zou artikel 6:181 BW⁶² 'opgeschoond' en scherper geredigeerd kunnen worden, terwijl ook aanpassingen verricht zouden kunnen worden aan het door artikel 6:173, 174, 179 en 181 BW gevormde stelsel als geheel. Daarmee zou de in afdeling 6.3.2 BW opgenomen aansprakelijkheidsregeling voor zaken (meer) in overeenstemming worden gebracht met haar praktische toepassing. Toch hoeft de wet niet per se te worden aangepast want de door hem verdedigde toepassing van artikel 6:181 BW is reeds goed mogelijk in haar huidige vorm, zij het dan aan de hand van een niet al te letterlijke interpretatie van de wettekst, aldus de jonge doctor.

Knigge, Van Boom & de Keijser,⁶³ schreven een intrigerend artikel over het in de praktijk werken met gezichtspuntencatalogi, zoals deze in voorkomende gevallen – zoals bijvoorbeeld in het arrest *Van Hese/Koninklijke Schelde*⁶⁴ – door de Hoge Raad zijn geformuleerd. Zij beschouwen dat het werken met beperktere gezichtspuntencatalogi niet de geschikte methode lijkt om het probleem aan te pakken omdat dergelijke gezichtspunten-

catalogi te weinig sturing zouden bieden. Hun onderzoek duidt er voorts op dat het voor partijen in een civiele procedure een lonende strategie kan zijn om steeds zoveel mogelijk feiten en omstandigheden die mogelijk in hun voordeel zijn aan te voeren, ook als deze feiten en omstandigheden geen betrekking hebben op een van de gezichtspunten uit de toepasselijke gezichtspuntencatalogus. Beoordelaars kunnen zich immers wel degelijk door dergelijke feiten en omstandigheden laten beïnvloeden, aldus de auteurs. Voorts roept het onderzoek meer in zijn algemeenheid de vraag op of de invloed van de beslissingsmaatstaf op de beoordeling van civielrechtelijke geschillen niet wordt overschat. In hun onderzoek bleek in elk geval dat verschillen in uitkomst niet terug te voeren waren op een interactie van het type casus en de catalogus: de casus deed ertoe, het type catalogus niet.

Vranken⁶⁵ mijmert (verder) over de klachtplicht van de artikelen 6:89 BW en 7:23 BW. Hij merkt op dat deze sterk casuïstisch en heel verfijnd zijn, en daarmee een koper weinig zekerheid bieden om vooraf te weten wat hij moet doen. Vergist deze zich, dan is de sanctie zwaar en onherstelbaar. Ons inziens terecht merkt hij op dat het dan ook geen wonder is dat tegenwoordig iedere advocaat van de verkoper al heel gauw schending van de klachtplicht als verweer opwerpt. Hij vraagt zich af of dat voor een zo belangrijk onderdeel van het recht wenselijk is. Vranken meent van niet. Hij staat dan ook de volgende oplossing voor, het aanpakken van de echte boosdoener: de sanctie. Geen alles of niets meer, maar bijvoorbeeld – kort en zonder toelichting – schadevergoeding, verschuiven van het bewijsrisico als de koper te lang heeft gewacht dan wel, analogisch, toepassen van de aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden. Krachtige taal, zo dunkt ons. Nu de Hoge Raad nog, zullen we maar zeggen.⁶⁶

Is condicio sine qua non aan revisie toe?

We vallen meteen met de deur in huis. Nee, deze kroniek is niet de plaats om zo'n zwaar thema ter discussie te stellen, eigenlijk dient dat op proefschriftniveau te gebeuren. Maar uw chroniqueurs kunnen niet op hun handen blijven zitten als de Hoge Raad in een kort tijdsbestek een aantal arresten over dit thema wijst en daarin overwegingen formuleert, die volgens ons vragen oproepen. Dan maar even kort door de bocht en de knuppel in het hoenderhok.

csqn: vierkante meters kunnen nu eenmaal niet aanwassen

In zijn arrest van 2 februari 2019⁶⁷ ging het erom dat een koper van een huis dat achteraf 124 m² groot bleek te zijn de makelaar aansprakelijk stelde omdat deze had aangegeven dat het huis een oppervlakte van 150 m² had. De vraag waar het arrest om scharniert is welke schade de

koper heeft geleden waarvoor hij de makelaar aansprakelijk kan houden.⁶⁸ Het hof past de regel uit HR 28 januari 2005⁶⁹ (*Dakar Rally*) toe en meent dat het gemiste genot aan de vloeroppervlakte op waarde – door een deskundige – moet worden gewaardeerd, als ware dat er geen huis was gekocht van 150 m² maar inderdaad van 124 m².

De Hoge Raad casseert en overweegt dat de omvang van de schade die koper heeft geleden, dient te worden bepaald door vergelijking van de situatie waarin hij verkeert, met de situatie waarin hij zou hebben verkeerd wanneer de onrechtmatige gedraging van de makelaar achterwege zou zijn gebleven, de situatie dus waarin de makelaar zich wel aan de NVM-meetinstructie zou hebben gehouden en de verkoopinformatie een woonoppervlakte van 124 m² zou hebben vermeld. Ook in die hypothetische situatie zou de woning niet een woonoppervlakte van 150 m² hebben gehad.

Het oordeel van het hof dat 'de schade dient te worden bepaald door het waardeverminderende aspect [...] als gevolg van het feit dat de woning slechts een woonoppervlakte heeft van 124 m² in plaats van de in de verkoopbrochure vermelde woonoppervlakte van 150 m²', getuigt om die reden van een onjuiste rechtsopvatting, aldus de Hoge Raad.

Maar hoe dan wel? De zaak wordt wat vertroebeld omdat het hof als vaststaand had aangenomen dat de koper een overeenkomst had gesloten die hij niet zou zijn aangegaan als hem voorafgaand aan de koop van de woning de juiste woonoppervlakte zou zijn meegegeeld en deze vaststelling in cassatie niet was bestreden.

In dit geval oordeelt de Hoge Raad dat na verwijzing de rechter de omvang van de schade dus zal moeten bepalen op basis van de hypothetische situatie dat de koper de woning niet had gekocht bij vermelding van het juiste aantal vierkante meters, gemeten op basis van de NVM-meetinstructie. Van belang daarbij is dat de rechter de schade begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is en dat de omvang van de schade wordt geschat als die omvang niet nauwkeurig kan worden vastgesteld (artikel 6:97 BW). De rechter heeft daarbij een grote mate van vrijheid.

Waar wringt de schoen? Deze wringt bij de fictie van de hypothetische situatie die eigen is aan het csqn-denken. Zou het hof bedoeld kunnen hebben dat de koper dit huis niet tegen *deze* prijs zou hebben gekocht? Maar hier zit niet het echte probleem. Waarom zou dat er toe doen, als de Hoge Raad aan de ene kant oordeelt dat de vierkante meters niet aanwassen bij een csqn-vergelijking. Wat maakt het dan uit voor de omvang van de vaststelling van de wegens de normschending *geleden schade* of de koop al dan niet fictief zou zijn gesloten? Dit lijken meer argumenten die op de regeling van de wilsgebreken betrekking hebben en niet op schadebegroting. Maar er is meer kritiek mogelijk op de csqn-benadering. Aangesloten kan worden bij de zeer fraaie conclusie van A-G Valk.⁷⁰ Valk merkt op: 'Met de vaststelling van het hypothetische gedrag van de aspirant-koper zijn we er nog niet. Houdt die vaststelling in dat de koper een lagere prijs zou hebben geboden, dan komt het vervolgens aan op een vaststelling van de hypothetische reactie van de verkoper daarop. Die hypothetische

59. Ook vermeldenswaard: T.J. Dorhout Mees, 'Nog net geen oneerlijk beding', *AV&S* 2019/1, waarin Hoge Raad HR 28 september 2018 ECLI:NL:HR:2018:1800 centraal staat. Daarin oordeelde de Hoge Raad – in antwoord op prejudiciële vragen – het veelgebruikte beding 'Artikel 14 Vaststelling van de uitkering: Zolang verzekerde arbeidsongeschikt is, zullen de mate van arbeidsongeschiktheid, de omvang van de uitkering en de periode waarvoor deze zal gelden, worden vastgesteld door de maatschappij aan de hand van gegevens van door de maatschappij aan te wijzen medische en andere deskundigen. Van deze vaststelling zal telkens zo spoedig mogelijk na ontvangst daarvan aan verzekeringnemer mededeling worden gedaan. Indien verzekeringnemer niet binnen 30 dagen zijn bezwaar heeft kenbaar gemaakt, wordt hij geacht het standpunt van de maatschappij te aanvaarden' niet op voorhand oneerlijk.

60. A. Kolder, *Aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker. Over de toepassing van art. 6:181 BW* (diss. Groningen), 2018. Zie ook J. Hiemstra, *De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpmiddelen. Een rechtsvergelijkende en rechtsecundaire analyse van de aansprakelijkheid van de hulpverlener jegens de patiënt* (diss.

Groningen), 2018. Vgl. ook de kwestie van de MoM-heupprotheses (prejudiciële vragen in Hof Den Haag 13 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:166).

61. Zie ook A. Kolder, 'Drie stellingen Aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker', *WPNR* 2019/7228 alsook zijn bijdrage, 'Op wie rust binnen het stelsel van art. 6:174 en 6:181 BW de kwalitatieve aansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen?', *AV&S* 2018/3.

62. Art. 6:181 BW luidt: 1. Worden de in de artikelen 173, 174 en 179 bedoelde zaken, opstallen of dieren in de uitoefening van een bedrijf, dan rust de aansprakelijkheid uit de artikelen 173 lid 1, 174 lid 1 en lid 2, eerste zin, en 179 op degene die dit bedrijf uitoefent, tenzij het een opstal betreft en het ontstaan van de schade niet met de uitoefening van het bedrijf in verband staat. 2. Wanneer de zaken, opstallen of dieren in de uitoefening van een bedrijf worden gebruikt door ze ter beschikking te stellen voor gebruik in de uitoefening van het bedrijf van een ander, dan wordt die ander als de uit hoofde van het vorige lid aansprakelijke persoon aangemerkt. 3. Wanneer een stof als bedoeld in artikel 175 in de uitoefening van een bedrijf wordt gebruikt door deze

stof ter beschikking te stellen voor gebruik in de uitoefening van het beroep of bedrijf van een ander, wordt die ander als de uit hoofde van art. 175 lid 1 aansprakelijke persoon aangemerkt.

63. M.W. Knigge, W.H. van Boom & J.W. de Keijser, 'Minder gezichtspunten, betere sturing?', *NTBR* 2018/37, afl. 9/10.

64. HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635 (*Van Hese/Koninklijke Schelde*).

65. J.B.M. Vranken, 'De facelift van een oude dame', *WPNR* 2019/7231.

66. Met betrekking tot de klachtplicht van art. 6:89 en 7:23 BW wijzen wij ook nog op HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176.

Daarin oordeelde de Hoge Raad: 'De onderdelen 2.2 tot en met 2.6 berusten op de veronderstelling dat de klachtplicht van art. 6:89 BW ook geldt in de verhouding tussen [verweerder] c.s. en [eiseres]. Die veronderstelling is echter onjuist. De klachtplicht van art. 6:89 BW heeft, evenals die van art. 7:23 lid 1 BW bij een koopovereenkomst, betrekking op gebrekkige prestaties, dat wil zeggen prestaties van een schuldenaar (bij art. 7:23 BW: prestaties van een verkoper) die niet aan de verbintenis beantwoorden. De klachtplicht ziet derhalve niet op een vordering uit onrechtmatige daad.

Dat laatste is slechts anders indien de vordering uit onrechtmatige daad is gericht tegen de schuldenaar (bij art. 7:23 BW: is gericht tegen de verkoper) en is gegrond op feiten die tevens de stelling zouden rechtvaardigen dat de prestatie niet aan de verbintenis beantwoordt (bij art. 7:23 BW: niet aan de koopovereenkomst beantwoordt); zie onder meer HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, *NJ* 2008/552, rov. 4.8.2 (*Ploum/Smeets I*) en HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2902, *NJ* 2017/438, rov. 3.3.2 (*MBS/Prowi*). [...].'

67. HR 2 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269. Rinkes maakte deel uit van de combinatie die het arrest a quo wees. De hier weergegeven analyse is van Van Wechem.

68. Zie over de aansprakelijkheid van NVM-makelaars inzake de NVM-meetmethode, HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176. Over de hypothetische schadeberekening ook A-G Hartlief (*kwestie Vianen*), nng.

69. HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, *NJ* 2008/55.

70. ECLI:NL:PHR:2018:145, onder nummer 3.14 e.v.

De schoen wringt bij de fictie van de hypothetische situatie die eigen is aan het csqn-denken

reactie van de verkoper zal, afgezien van eventuele factoren die diens persoon betreffen, in veel gevallen weer afhankelijk zijn van de hypothetische reactie van andere gegadigden, want uiteraard zal een verkoper in de regel niet instemmen met een verlaging van de prijs beneden het bedrag dat andere aspirant-kopers willen betalen. Houdt de vaststelling van het hypothetische gedrag van de aspirant-koper in dat hij de woning niet zou hebben gekocht, dan moet een inschatting worden gemaakt van wat er dan vervolgens zou hebben plaatsgehad. Zou de aspirant-koper een andere woning hebben gekocht en zo ja welke en tegen welk bedrag? En zou dit dan een relevant verschil hebben gemaakt wat betreft zijn vermogenspositie? Dit zijn alle evident lastige vragen, en bij een strikte opvatting van de stelplicht en bewijslast van de koper is het voor deze zelfs onbegonnen werk. Aldus biedt het bedoelde sterk hypothetische karakter van de schadevaststelling aan de makelaars die de meetinstructie niet hebben nageleefd, op het eerste gezicht veel ruimte om alsnog aan aansprakelijkheid te ontkomen.’

In de inleiding merkten wij op dat het bewijsrecht en materiële recht in deze wel erg vervlochten door elkaar lopen.⁷¹ Ons inziens kan dat leiden tot een onontwarbare kluwen, terwijl het evident is dat er een mate van benadeling heeft plaatsgevonden, maar mede gezien het csqn-verband niet bewezen kan worden. Wij zouden er veel meer voorstander van zijn dat de rechter een autonoom oordeel mag geven over het geleden nadeel zonder dat de csqn-vraag per se beantwoord hoeft te worden, die beantwoording is dan deels ingebakken in het rechterlijk oordeel. Is dat raar? Wij brengen hier graag de figuur van nadeelcompensatie van artikel 6:230 lid 2 BW onder de aandacht. Dit betreft immers geen schadevergoeding, maar een redelijk door de rechter vast te stellen bedrag. Dit zou ook passen bij artikel 6:97 BW, zonder gewrongen toepassing van de csqn-regel wat ons betreft.

Csqn, ex tunc en toekomst

In de casus die ten grondslag lag aan het arrest van de Hoge Raad van 15 maart 2019⁷² ging het er zeer in het kort om dat een bedrijf zijn zandontgrondingswerkzaamheden – waarvoor GS een vergunning had afgegeven – van deze moest staken omdat deze werkzaamheden schade aan het talud veroorzaakten. Vervolgens geeft GS een verkeerde aanwijzing die meebrengt dat er niet verder ontgrond kon worden en het bedrijf tekent tegen die aanwijzing bezwaar aan, waarbij het gelijk krijgt, maar de aanwijzing wordt alsnog omgezet in een beperktere vergunning die meebrengt dat de werkzaamheden evenmin nog kunnen worden uitgevoerd. Het betrof dus een verkeerde aanwijzing van GS, maar als deze correct was geweest had

het voor het resultaat (het wederom kunnen aanvangen van de werkzaamheden) niet uitgemaakt. Het bedrijf had zijn apparatuur in afwachting van het oordeel op het bezwaar, niet weggehaald en claimt onder meer stillig schade, maar krijgt van het hof nul op rekest. De Hoge Raad oordeelt:⁷³

[...] In de gevallen waarin het bestaan van causaal verband tussen een onrechtmatig besluit en schade niet afhankelijk is van een nieuw besluit van het bestuursorgaan, dient het bestaan van dat verband te worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf hoe het bestuursorgaan zou hebben beslist of gehandeld indien het niet het onrechtmatige besluit had genomen. Het causale verband als bedoeld in art. 6:162 lid 1 BW (het *condicio sine qua non*-verband), waar het hier om gaat, moet immers worden vastgesteld door vergelijking van enerzijds de situatie zoals die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan, en anderzijds de hypothetische situatie die zich zou hebben voorgedaan als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven. [...] Indien het bestuursorgaan een nieuw rechtmatig besluit neemt dat tot hetzelfde rechtsgevolg leidt als het onrechtmatige besluit, kan dit grond zijn om tot uitgangspunt te nemen dat het bestuursorgaan ten tijde van het onrechtmatige besluit eenzelfde besluit zou hebben genomen, indien dat op dat tijdstip ook rechtens mogelijk was. [...] Het *condicio sine qua non*-verband moet dus ook in gevallen waarin schade is ontstaan door een onrechtmatig besluit, worden vastgesteld door de situatie zoals zij zich in werkelijkheid heeft voorgedaan te vergelijken met de hypothetische situatie die zich zou hebben voorgedaan als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven.’ Het hof had volgens de Hoge Raad terecht geoordeeld dat de stilstand schade niet in csqn-verband stond met de initieel onjuiste aanwijzing.

Wij hebben om twee redenen moeite dit arrest te plaatsen. Allereerst omdat het bedrijf door het hof euvel werd geduid dat het de (gehuurde) ontgrondingsmachines – gedurende de (lange) tijd dat het beroep tegen de verkeerde aanwijzing duurde (meer dan een jaar) – niet had weggehaald, temeer omdat het toch duidelijk was dat een nieuw besluit voor het bedrijf ook geen soelaas zou bieden. Wij vinden dit meer in de sleutel van eigen schuld (artikel 6:101 BW) passen⁷⁴ dan in het csqn-verband.

Het tweede punt waarvoor wij aandacht vragen is het aspect van tijdsverloop. Een besluit is onrechtmatig vanaf het moment dat het onjuiste besluit is genomen.⁷⁵ Als het *condicio sine qua non* verband wordt toegepast ligt het dan niet voor de hand dat de gepretendeerde schade niet zou zijn geleden als GS niet *de toekomstige onzekerheid* in het leven hadden geroepen van een vernietigbaar besluit door de onjuiste aanwijzing en is *die onzekerheid*, nu deze zich door de vernietiging van de aanwijzing heeft gemanifesteerd, dan niet de oorzaak van de stilligschade? De *ex tunc*-benadering van het csqn-denken houdt ons inziens in dit geval in het geheel geen rekening met schade die door tijdsverloop wordt geleden en gedurende het tijdsverloop nog aanwast, zelfs niet als de *toekomstige onzekerheid* door een onjuistheid in het verleden is veroorzaakt. Eigenlijk wordt nu geredeneerd dat een toekomstige onzekerheid geen onzekerheid is als in de toekomst anders wordt beslist. Volgens ons moet men

een jurist zijn om hier de lol van in te zien. Voor ons een reden temeer om te bepleiten dat het csqn-denken aan een herijking toe is.

Csqn en gemist dividend?

In het Hoge Raad-arrest van 12 oktober 2018,⁷⁶ ging het er onder meer – wederom zeer in het kort – om of een moeder-vennootschap die er mee werd geconfronteerd dat een gemeente jegens zowel haarzelf als jegens haar 100%-dochter een gedane toezegging niet gestand deed, schadelijk kan worden gehouden voor de schade die de moeder leed als gevolg van de schade die de dochter leed.⁷⁷ Ten opzichte van de dochter had de toezegging van de gemeen-

Eigenlijk wordt nu geredeneerd dat een toekomstige onzekerheid geen onzekerheid is als in de toekomst anders wordt beslist. Men moet een jurist zijn om hier de lol van in te zien

te inmiddels formele rechtskracht gekregen, dus die kon geen claim meer jegens de gemeente indienen.

De Hoge Raad doceert over het thema afgeleide schade en overweegt: 'Volgens vaste rechtspraak geldt dat indien een derde aan een naamloze of besloten vennootschap vermogensschade toebrengt door een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een contractuele verplichting jegens de vennootschap of door gedragingen die jegens de vennootschap onrechtmatig zijn, alleen de vennootschap een vordering heeft tot vergoeding van deze schade. In beginsel komt aan een of meer houders van aandelen in de vennootschap niet een vordering toe tot vergoeding van schade bestaande in vermindering van de waarde van hun aandelen of gemiste koerswinst die het gevolg is van de vorenbedoelde tekortkoming of onrechtmatige gedraging jegens de vennootschap (zogeneten afgeleide schade). Op deze regel kan een uitzondering

worden gemaakt indien sprake is van een gedraging die specifiek onzorgvuldig is jegens de aandeelhouder.'⁷⁸

De Hoge Raad vervolgt met: 'Het onderdeel neemt terecht tot uitgangspunt dat schade van een vennootschap (hier: de dochtermaatschappij) ook schade van de aandeelhouder(s) (hier: de holding) in de vorm van gemiste dividenduitkeringen of een lagere waarde van de aandelen tot gevolg kan hebben. Indien inderdaad van laatstbedoelde schade bij de holding sprake is en deze schade in zodanig verband staat met de onrechtmatige gedragingen van de Gemeente jegens de holding dat de schade, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van die onrechtmatige gedragingen aan de Gemeente kan worden toegerekend (vgl. art. 6:98 BW), komt die schade voor vergoeding in aanmerking, ook indien de aandelen niet tussentijds zijn verkocht door de holding.' Het hof had vastgesteld dat er geen recht op schadevergoeding bestond en de zaak wordt door de Hoge Raad gecasseerd en doorverwezen.

Over dit arrest is veel te zeggen, echter in het kader van het door ons gestelde thema vragen wij ons het volgende af. Allereerst, dient het leerstuk van afgeleide schade⁷⁹ niet gewoon geplaatst te worden in het leerstuk van de relativiteit van artikel 6:163 BW?⁸⁰ Anders gezegd, zou niet gewoon gesteld kunnen worden dat de jegens de vennootschap geschonden norm door de normschender, in beginsel *niet* strekt ter bescherming van het ontstaan van schade bij de aandeelhouders? In het onderhavige arrest strekt de door de gemeente geschonden norm wél tot voorkoming van het ontstaan van schade, omdat deze norm ook is geschonden jegens de moeder en dat is het a-typische.⁸¹

De Hoge Raad merkt op dat 'ook schade van de aandeelhouder(s) (hier: de holding) in de vorm van gemiste dividenduitkeringen' kan plaatsvinden. Hoe zit het hier dan met het csqn-verband? De onrechtmatige gedraging jegens de moeder vindt plaats op het moment van de onrechtmatige daad, de onjuiste toezegging in het verleden. Op grond van het bepaalde in artikel 6:83 onder b BW is vanaf dat moment over het schadebedrag via artikel 6:119 BW wettelijke rente verschuldigd. De omvang van de toekomstige schade is dus gefixeerd. Of dit ook een effect heeft op gemiste dividenduitkeringen, loopt volgens ons dan wel spaak op het csqn-denken; het dividendbesluit zal immers door een *andere* vennootschap dan de moeder-vennootschap worden genomen, dan wel loopt spaak omdat het toekomstige schade betreft die op grond van artikel 6:105 BW moet worden vastgesteld. Bij artikel 6:105 BW gaat het

71. In medische aansprakelijkheidszaken essentieel: vgl. BGH, Urteil vom 19. Februar 2019 - VI ZR 505/17: 'Im Arzthaf-tungsprozess wird die erweiterte – sekundäre – Darlegungslast der Behandlungsseite ausgelöst, wenn die primäre Darlegung des Konfliktstoffs durch den Patienten den insoweit geltenden maßvollen Anforderungen genügt und die Vermutung eines fehlerhaften Verhaltens der Behandlungsseite aufgrund der Folgen für ihn gestattet, während es dieser

möglich und zumutbar ist, den Sachverhalt näher aufzuklären. Letzteres wird bei der Behauptung eines Hygieneverstößes regelmäßig der Fall sein.'

72. HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:354.

73. Indachtig: HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18 (UWV).

74. Dat overigens ook een causaliteitskwestie betreft.

75. Zie HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:353, onder 3.4.3.

76. HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1899

77. Zie hierover W.J. Oostwouder, 'Actualiteiten "afgeleide schade" What's in a name?', *Onderneming en Financiering* 2018, (26) 4, p. 5 e.v.

78. Zie 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. 79. Zie ook over afgeleide schade: HR 28

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

80. Vgl. Lindenbergh, *T&C Vermogensrecht*, art. 163, aant. 2.

81. Vgl. G.M. Menon & T.H.M. van Wechem, 'Afgeleide en rechtstreekse schade revisited', HR 2 november 2007, NJ 2008, 5 (Kessock c.s./S.F.T. Bank N.V.), Vra, 2008, 1, p. 95-116. Vgl. ook: HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419, JOR 2007/112, m.nt. W.J.M. van Veen en T.H.M. van Wechem.

om de afweging van de goede en kwade kansen en niet om het csqn-verband; althans zo kijken wij er naar.⁸²

Relativiteit toe aan relativering?

Tijdens de kroniekperiode zijn er twee mooie arresten geweest die dit dogmatisch zwaarwegend thema adresseerden. Dat betreft de Hoge Raad-arresten van 19 oktober 2018,⁸³ en die van 11 januari 2019.⁸⁴ Wij bespreken het laatste arrest.⁸⁵

In dat arrest stond onder meer de vraag centraal of een notaris na overlijden van de erflater, die door de notaris was geadviseerd en ten behoeve waarvan de notaris een testament had opgesteld en gewijzigd, jegens diens tweede echtgenote aansprakelijk was nu deze laatste niet (meer) in het gewijzigde testament stond genoemd.⁸⁶ Dat was naar waarschijnlijkheid niet in overeenstemming met de laatste wil van de zéér vermogende erflater.⁸⁷ De vrouw, die met de overige erven een vaststellingsovereenkomst had gesloten waarbij zij afstand heeft gedaan van haar aanspraken jegens die erven, spreekt de notaris ter vergoeding van de door haar geleden schade aan.⁸⁸ Het hof oordeelt dat de notaris jegens de erflater een beroepsfout heeft begaan maar wijst de vordering van de vrouw af op grond van eigen schuld (artikel 6:101 BW) omdat zij met de erven een vaststellingsovereenkomst heeft gesloten. Uiteindelijk wordt het arrest van het hof door de Hoge Raad gecasseerd (mede) omdat het testament opnieuw door de rechter dient te worden uitgelegd.

Een punt waarvoor wij aandacht vragen is het volgende. Een van de cassatiemiddelen klaagt erover – in het kort – dat het hof onvoldoende aandacht heeft besteed aan de stelling dat de door de notaris geschonden norm jegens de erflater niet strekt tot bescherming van de echtgenote (en er dus niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste). A-G Wesseling-Van Gent⁸⁹ geeft in haar conclusie aan dat van het hof ten minste had mogen verwacht dat er goed gemotiveerd op de stelling inzake de relativiteit zou zijn geoordeeld en acht het cassatiemiddel op dat punt succesvol. Zij wijst er in haar conclusie met name op dat in de rechtsliteratuur zowel wordt verdedigd dat bij een schending van een zorgvuldigheidnorm de relativiteit dikwijls in de toepasselijke zorgvuldigheidnorm is ‘ingebakken’, alsook dat de opvatting wordt verdedigd dat aan de relativiteit verbonden aspecten afzonderlijke overweging verdienen. Jansen,⁹⁰ bijvoorbeeld, stelt zich op het standpunt dat het antwoord op de vraag of men na de vaststelling van de schending van de zorgvuldigheidnorm nog afzonderlijk aandacht moet besteden aan het relativiteitsvereiste, zal afhangen van de mate van abstractie van de gehanteerde zorgvuldigheidnorm.

De Hoge Raad is op dat punt heel kort en oordeelt: ‘De klacht is ongegrond. Het hof heeft [...] overwogen dat [...] de notaris jegens de echtgenote een zorgvuldigheidnorm heeft geschonden. Daarin (in het bijzonder in de woorden “jegens [de echtgenote]”) ligt besloten dat het hof het bedoelde verweer van de notaris c.s. heeft verworpen. Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en behoefde geen nadere motivering om begrijpelijk te zijn (vgl. HR 7 december 1990 ECLI:NL:HR:1990:ZCO070, rov. 3.3 en HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831, rov. 3.4.3).’

Moet hier nu uit worden afgeleid dat de relativiteit door de Hoge Raad in de norm geacht wordt ingebakken te

zijn? Dat zou meebrengen dat in het kader van het bewijsrecht dan iets vreemds aan de hand zou zijn. Het komt dan nog slechts aan op het csqn-verband waarbij de bewijslast bij de schadelijder ligt. Wij menen dat *de afwezigheid* van de relativiteit door de vermeende normschender moet worden bewezen, temeer daar de relativiteit in een apart wetsartikel (6:163 BW) is ondergebracht. Ook bevreedt het ons dat in het woord ‘jegens’ zoveel te lezen valt. Het gegeven dat de norm ook jegens een persoon wordt geschonden, is ons in ziens niet gelijk te stellen met de situatie dat de norm tevens kan worden geacht *te beschermen* tegen het

Moet hier uit worden afgeleid dat de relativiteit door de Hoge Raad in de norm geacht wordt ingebakken te zijn?

ontstaan van schade door *die* persoon geleden. Dat lijkt ons principieel wat anders en is alleen maar te begrijpen als de relativiteit inderdaad ingebakken in de normschending moet worden beschouwd en niet als een separaat element daarvan kan worden aangemerkt. Maar wordt artikel 6:163 BW dan geen zinledige bepaling?⁹¹

Goederenrecht

Ook hier slechts een kort overzicht.⁹² Over opzegging, maar dan in het goederenrecht schreven Krzeminski & Hartman een mooi artikel.⁹³ Zij bespreken de illustere bepalingen van artikel 3:246 lid 2 BW⁹⁴ en artikel 477 lid 4 Rv.⁹⁵ Deze strekken ertoe verpande of beslagen vorderingen opeisbaar te maken. Maar waar ziet deze bevoegdheid nu precies op? Zien deze bepalingen op de verpande of beslagen vordering, of juist op de onderliggende (duur)overeenkomst? De opzeggingsbevoegdheid ziet op de onderliggende rechtsverhouding waaruit de verpande of beslagen vordering voortvloeit, aldus de auteurs. Het opeisbaar maken van een vordering door opzegging van de onderliggende rechtsverhouding, speelt – praktisch gezien – alleen in het geval hierdoor een verplichting van de vorderingsdebiteur tot terugbetaling van een geldsom wordt teweeggebracht. In de regel geldt dit alleen bij lenings- of kredietovereenkomsten, omdat bij opzegging daarvan een terugbetalings- en aflossingsverplichting ontstaat.

Over opzegging, maar dan voor een verbeterende regeling van erfpacht, schreef Vonck.⁹⁶ De auteur gaat in op het KNB/WPNR-preadvies 2016 *Boek 5 BW van de toekomst*,⁹⁷ waarin in het hoofdstuk over erfpacht en opstal aandacht besteed wordt aan de opzeggingsregeling. Hij komt met een aantal alternatieve voorstellen mede indachtig de kritiek die uit de praktijk op dit voorstel uit het preadvies is gegeven. Wat ons in zijn artikel opviel was zijn observatie dat de erfpachter geen, of slechts summie-re, dwingende rechtsbescherming geniet op grond van de erfpachtregeling,⁹⁸ behalve dan rechtsbescherming op grond van de algemene voorwaarden-regeling. De auteur

merkt op dat als na een gedegen (juridisch) onderzoek naar de grenzen van de rechtsbescherming van de erfpachter tot het (politieke) oordeel is gekomen dat deze ontoereikend is, het moment aangebroken is om bepalingen te ontwerpen die tot de gewenste bescherming strekken. Wij vinden dat de wereld op zijn kop. Zoals wij het zien is afdeling 6.5.3 BW (algemene voorwaarden) 'correctie'-wetgeving, het beperkt het (te) ruime gebruik van hun wettelijke vrijheden door gebruikers van algemene voorwaarden. Maar discussie is vaak mogelijk en de regeling is in beginsel defensief omdat de consument actie moet ondernemen om een bepaling aan te tasten.⁹⁹ Het is ons inziens juist aan te bevelen om bij wijziging van het erfpachtrechtstelsel, de bescherming van de erfpachter in de basis – en dus in de erfpachtregeling zelf – te verankeren. Desnoods kan de regeling een afzonderlijke bescherming voor slechts de consument/erfpachter bevatten naast een generieke regeling voor niet consumenten.

Zowel Nieuwesteeg¹⁰⁰ als Wibier¹⁰¹ schreven over het Hoge Raad-arrest van 23 november 2018.¹⁰² Dit arrest heeft betrekking op de zogenaamde 'charge back' die banken toepassen. De banken vestigen ten behoeve van zichzelf (openbare) pandrechten op vorderingen die kredietnemers op hen hebben.

Naar aanleiding van deze bankpraktijk werd aan de Hoge Raad de volgende prejudiciële vraag gesteld: 'Is een bank gerechtigd zich krachtens een rechtsgeldig gevestigd en onaantastbaar openbaar pandrecht te verhalen op vor-

deringen van een klant op de bank die het gevolg zijn van betalingen door derden van niet aan de bank verpande vorderingen die door de bank ten gunste van die klant in ontvangst zijn genomen en vervolgens in de rekening-courant met deze klant (de bankrekening) worden geboekt, indien de betaalde bedragen na het peilmoment in de zin van art. 54 Fw door de bank zijn ontvangen?'

De Hoge Raad beantwoordt de prejudiciële vraag ontkennend en ziet geen aanleiding om een uitzondering te aanvaarden zoals in het arrest van 17 februari 1995,¹⁰³ voor het geval sprake is van een betaling die strekt tot voldoening van een vordering die aan de bank stil is verpand. De uit een dergelijke betaling voortvloeiende vordering van de rekeninghouder op de bank kan de bank wél verrekenen met haar vordering op de rekeninghouder, ook al is die betaling binnengekomen na het peilmoment (maar vóór de faillietverklaring). Echter, dat geval is in deze zaak niet aan de orde aldus de Hoge Raad.

Nieuwesteeg meent dat dit goed onderbouwde arrest in de toch iets uit het lood geslagen verhouding tussen concurrent-crediteuren en banken weer enig evenwicht terugbrengt. Wibier vraagt zich onder meer af of het antwoord op de vraag in hoeverre banken of andere schuldeisers een voorrangspositie behoren te hebben, niet zou moeten afhangen van de goederenrechtelijke techniek, maar van een bewuste keuze van de wetgever. Het maken van een dergelijke keuze begint, volgens hem, zo langzamerhand toch wel dringend te worden.

82. Zie ook T.H.M. van Wechem, 'Schadeclausules bij overdracht van aandelen: een andere kijk?', *Contracteren* 2018, nr. 4.

83. HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1973.

84. HR 11 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:4.

85. In het arrest van 19 oktober ging het erom dat aan de Nederlandse wetgever werd verweten een richtlijn op een onjuiste wijze te hebben geïmplementeerd. De Hoge Raad overwoog: 'In een geval als het onderhavige stelt zowel het Unierecht als het Nederlandse recht de eis dat komt vast te staan dat de niet-tijdig of onjuist omgezette EU-richtlijn mede strekt tot bescherming van de individuele vermogensbelangen van de gedupeerden, althans dat laatstgenoemde belangen zodanig nauw samenhangen met de door de richtlijn nagestreefde doelstellingen dat de schade die is ontstaan als gevolg van niet-tijdige of onjuiste omzetting, valt onder het beschermingsbereik van de richtlijn.'

86. Deze tweede echtgenoot was overigens wel gerechtigd tot de helft van het vermogen van de erflater omdat zij in gemeenschap van goederen met hem gehuwd was geweest.

87. Het betrof een erfenis van om en nabij € 47 miljoen.

88. Saillant is dat in de vaststellingsovereenkomst een bedrag van € 250.000 is gereser-

veerd voor de kosten van een procedure tegen de notaris.

89. Conclusie ECLI:NL:PHR:2018:1076, 5.11-5.19.

90. Zie K.J.O. Jansen, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:163 BW, t.a.p., aant. 1.1.5.

91. Althans bij de toepassing van zorgnormen.

92. Proefschriften waren er ook: T.E. Boomschreef een proefschrift over het aanvullen van subjectieve rechten (diss. Nijmegen), 2019. We noemen ook L.M. De Hoog, *De prioriteitsregel in het vermogensrecht* (diss. Leiden), 2018, T.H. Sikkema, *Beginsel en begrip van verdeling* (diss. Leiden), 2018 en S. van Bergen, *Zekerheid voor de vastgoedfinancier. Een onderzoek naar hypothecaire bevoegdheden bij commercieel vastgoed* (diss. Tilburg), 2019. Ook fraai vonden wij het artikel J. Eggens, 'Oneigenlijk pandrecht', *WPNR* 2019/7228. Over goederenrecht en faillissementsissues: J.M. van Anken, 'Fixatie in faillissement en vereffening', *WPNR* 2018/7213 en G.C. Berkhout, 'Faillissementsbestendige verpanding van huurvorderingen', *WPNR* 2018/7210. Over de positie van een curator HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067 (*Curatoren/Verhuurder*); de faillissementstoestand geeft de curator niet de bevoegdheid om een voortdurende prestatie van de schuldenaar die bestaat uit een dulden of nalaten,

'actief' te beëindigen nu in deze zaak het Hof had geoordeeld dat de ingebruikgeving door de curator van de bedrijfsruimte aan [B] in strijd was met de verplichting om het gehuurde niet in gebruik te geven aan een derde ging het in deze kwestie om 'actieve' schending door de curator van een voortdurende verplichting van de schuldenaar tot nalaten als hiervoor bedoeld. Deze schending moet worden gelijkgesteld aan een 'actieve' beëindiging als bedoeld in het arrest *Credit Suisse/Jongepier q.q.*

93. Mr. K.J. Krzeminski & T.A. Hartman, 'Opeisen door opzeggen', *WPNR* 2019/7229.

94. Art. 3:246 lid BW luidt: 'Degene aan wie de in lid 1 bedoelde bevoegdheden toekomen, is tevens bevoegd tot opzegging, wanneer de vordering niet opeisbaar is, maar door opzegging opeisbaar gemaakt kan worden. Hij is jegens de ander gehouden niet nodeloos van deze bevoegdheid gebruik te maken.'

95. Art. 477 lid 4 Rv luidt: 'De beslaglegger is bevoegd tot opzegging, wanneer de vordering niet opeisbaar is, maar door opzegging opeisbaar gemaakt kan worden. Hij is jegens de geëxecuteerde gehouden niet onnodig van deze bevoegdheid gebruik te maken.'

96. F.J. Vonck, 'Een verbeterde opzeggingsregeling voor erfpacht', *WPNR* 2019/7227.

Zie over erfpacht ook: P.J. van der Plank & D. de Jong, 'Instrumenteel gebruik van het recht van erfpacht in het kader van circulair bouwen', *WPNR* 2019/7224.

97. L.C.A. Verstappen (red.), *Boek 5 BW van de toekomst. Over vernieuwingen in het zakenrecht*, KNB preadviezen 2016, WPNR Boekenreeks, Den Haag: Sdu 2016.

98. Vgl. T.H.M. van Wechem & B. Wessels, 'Toetsen erfpachtsvoorwaarden (I)', *WPNR* 1992, afl. 6040, p. 198-200; T.H.M. van Wechem & B. Wessels, 'Toetsen erfpachtsvoorwaarden (II, slot)', *WPNR* 1992, afl. 6041, p. 221-223.

99. Natuurlijk hebben wij oog voor de ambtshalve toepassing van het onderhavige systeem bij consumenttransacties.

100. W.H.B.K. Nieuwesteeg, 'HR: Rabobank/Curatoren Eurocommerce en de Nederlandse 'chargeback'', *WPNR* 2019/7231.

101. R.M. Wibier, 'Pandrecht op het saldo ten gunste van de bank zelf en de regel van artikel 54 Fw', *Ars Aequi* januari 2019, p. 54 e.v.; HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2189 (*Rabobank/Schepel en Miedema q.q.*).

102. HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2189.

103. HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641 (*Mulder q.q./CLBN*).

Bestanddeel of niet: toch weer naar de Hoge Raad

In zijn arrest van 7 december 2018¹⁰⁴ moest de Hoge Raad er aan te pas komen om te oordelen of stelconplaten (dit zijn tijdelijke of permanente industriepaten voor grondverharding) onder het hypotheekrecht van de executerend bank vielen, nu deze platen voor het moment van feitelijke levering aan de koper, door de voormalig eigenaar van het bedrijfsterrein, waren verwijderd. Het hof stelde vast dat de vordering van de koper uitsluitend betrekking had op de stelconplaten van het kweekveld en de containervelden en oordeelde vervolgens dat de koper er niet in is geslaagd te bewijzen dat de stelconplaten die op dat kweekveld en/of die containervelden lagen, bestanddeel uitmaakten van het registergoed.

A-G Rank-Berenschot adviseerde tot vernietiging van het arrest omdat niet valt in te zien dat de enkele omstandigheid dat kweek- en containervelden in het algemeen op verschillende wijzen kunnen worden verhard c.q. afgedekt, meebrengt dat de verwijdering van stelconplaten in het concrete geval niet tot gevolg heeft dat het betreffende kweek- of containerveld als onvoltooid moet worden beschouwd.

De Hoge Raad oordeelt anders. Allereerst bevestigt de Hoge Raad de regel uit eerdere rechtspraak¹⁰⁵ door te overwegen dat op de voet van het bepaalde in artikel 3:4 lid 1 BW hetgeen volgens verkeersopvatting onderdeel uitmaakt van een zaak, bestanddeel is van die zaak en dat een aard- of nagelvaste verbinding daarvoor niet vereist is. Een aanwijzing dat een zaak volgens verkeersopvatting als onderdeel van een hoofdzaak heeft te gelden, kan gelegen zijn in de omstandigheid dat de twee zaken in constructief opzicht specifiek op elkaar zijn afgestemd, of in de omstandigheid dat de hoofdzaak, indien het bestanddeel zou ontbreken, als onvoltooid moet worden beschouwd in de zin dat de hoofdzaak dan niet geschikt is te beantwoorden aan haar bestemming. Of in een bepaald geval naar verkeersopvatting sprake is van een bestanddeel, moet echter in het licht van alle omstandigheden van het geval beoordeeld worden; voor zover dat oordeel berust op een waardering van die omstandigheden, is het feitelijk van aard en kan het in cassatie slechts in beperkte mate worden onderzocht.

In de ogen van de Hoge Raad heeft het hof tot zijn oordeel kunnen komen temeer omdat op door de banken overgelegde foto's ook container- of kweekvelden zijn te zien, terwijl zichtbaar is dat die velden niet zijn verhard met stelconplaten, zodat niet in zijn algemeenheid kan worden gesteld dat stelconplaten volgens verkeersopvatting onderdeel uitmaken van container- of kweekvelden en evenmin dat door het ontbreken van de stelconplaten de hoofdzaak onvoltooid is.

Is dit arrest nieuws onder de zon? Dat niet per se, maar het is wel mooi dat de abstracte regel uit het arrest van de Hoge Raad uit 2012 nu in concrete toetsing nogmaals aan de Hoge Raad is voorgelegd.

Kan een pandakte multifunctioneel worden uitgelegd?

In het kort: een groot verschil tussen een stil pandrecht en een openbaar pandrecht is dat een stil pandrecht zich

op grond van het bepaalde in artikel 3:239 lid 1 BW niet kan uitstrekken tot toekomstige vorderingen die niet voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding. Een openbaar pandrecht kan dat wel, mits de debiteur onder de (toekomstige) vordering ten tijde van de vestiging van dit pandrecht bekend is. Het openbaar maken van een (reeds gevestigd) stil pandrecht is wat anders dan het vestigen van een openbaar pandrecht. In het eerste geval maakt men de (reeds eerder gevestigde) pandrechten openbaar die bestaan op het moment van de openbaarmaking¹⁰⁶ en bij het vestigen van een openbaar pandrecht komt door de openbaarmaking het pandrecht eerst tot stand.¹⁰⁷ De bevoegdheden van de pandhouder tot een en ander volgen natuurlijk uit betreffende pandakte. Kan het nu zo zijn dat uit de pandakte kan worden afgeleid dat de pandgever tot beiden bevoegd is?

In zijn arrest van 22 februari 2019¹⁰⁸ moest de Hoge Raad over een dergelijke kwestie oordelen en wijst op dit punt een standaardarrest.

De Hoge Raad overweegt: 'Het is mogelijk om in één authentieke of geregistreerde onderhandse pandakte vestigingshandelingen te verrichten ten behoeve van zowel een stil pandrecht op bestaande vorderingen en toekomstige vorderingen die rechtstreeks zullen worden verkregen uit een rechtsverhouding die reeds bestaat op het moment van het opmaken van de authentieke akte of het aanbieden ter registratie van de onderhandse akte, als een openbaar pandrecht op overige toekomstige vorderingen. Indien van deze mogelijkheid gebruik is gemaakt, zal de akte in de eerste plaats dienen tot vestiging van een stil pandrecht op de bestaande vorderingen en op toekomstige vorderingen die daarvoor, gelet op de beperking van de slotpassage van art. 3:239 lid 1 BW, op het moment van het opmaken van de authentieke akte dan wel de aanbieding ter registratie van de onderhandse akte in aanmerking komen. Voor zover het deze zojuist genoemde toekomstige vorderingen betreft, komt het stille pandrecht op een later moment, bij het ontstaan van de desbetreffende vorderingen, op die vorderingen te rusten.'¹⁰⁹

De Hoge Raad vervolgt met te overwegen dat in de tweede plaats diezelfde akte zal kunnen dienen tot vestiging van een openbaar pandrecht op toekomstige vorderingen waarop het stille pandrecht geen betrekking kan hebben in verband met de beperking van de slotpassage van artikel 3:239 lid 1 BW. Voor het tot stand brengen van dit openbare pandrecht is, naast de pandakte, mededeling van de verpanding aan de schuldenaren van de desbetreffende vorderingen vereist. Voor zover die vorderingen op het moment van de mededeling nog niet bestaan, komt dit pandrecht eveneens pas bij het ontstaan van de desbetreffende toekomstige vorderingen daarop te rusten.¹¹⁰

Het openbaar maken van een (reeds gevestigd) stil pandrecht is wat anders dan het vestigen van een openbaar pandrecht

Voor de praktijk essentieel is hetgeen de Hoge Raad vervolgens opmerkt, namelijk of is gekozen voor alleen een stil pandrecht, alleen een openbaar pandrecht of voor een combinatie van beide pandvormen zoals hiervoor bedoeld, zal moeten worden vastgesteld door uitleg van de pandakte. Daarbij kan tot uitgangspunt dienen dat, behoudens aanwijzingen voor een andere uitleg, een zo ruim mogelijke zekerheidsstelling is beoogd, derhalve beide pandvormen als hiervoor bedoeld.

Een en ander wordt door de Hoge Raad gelegitimeerd door het gegeven dat door dit stelsel de pandgever en pandhouder de mogelijkheid houden om alsnog over te gaan tot stille verpanding van vorderingen waarvoor dit eerder in verband met de beperking aan het slot van artikel 3:239 lid 1 BW niet mogelijk was, maar inmiddels wel mogelijk is geworden. Dit is mogelijk zolang deze vorderingen nog niet door mededeling openbaar zijn verpand. Voor het bewerkstelligen van het stille pandrecht zijn dan wel nieuwe vestigingshandelingen nodig, die eventueel kunnen plaatsvinden op een wijze als bedoeld in HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947 (*Dix q.q./ING*), r.o. 4.2, aldus de Hoge Raad. Door die nieuwe vestigingshandelingen ontnemen partijen aan de oorspronkelijke pandakte haar functie van vestigingshandeling voor een openbaar pandrecht op de desbetreffende vorderingen.

Het kan ons inziens bijna niet anders dan dat dit arrest er toe zal leiden dat vele pandaktes zullen worden aangepast en wellicht anders zullen worden uitgelegd. De aanwijzingen die de Hoge Raad in dit arrest daartoe geeft zijn behoorlijk sturend.

104. HR 7 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2256.

105. HR 6 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7474, r.o. 3.4.

106. Welke mededeling ook in faillissement werking heeft.

107. En dient de pandgever op dat moment beschikbevoegd te zijn.

108. HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:268.

109. Behoudens de werking van een bepaling als art. 35 lid 2 Fw.

110. Wederom behoudens de werking van een bepaling als art. 35 lid 2 Fw.

111. Natuurlijk hebben ook wij oog voor de leerstukken inzake proportionaliteit. Echter, die vinden binnen de csqn-toerekening plaats en dus binnen het leerstuk van de csqn-toerekening. Wij bepleiten afschaffen van het csqn-leerstuk, en meer vrijheid voor de rechter, op een wijze zoals in de kroniek voorgesteld. Causaliteitsdenken via csqn-ketens is – zo stellen wij het – niet meer van deze tijd. Csqn doelt op een onvermijdelijke voorwaarde; ook in het civiele recht dient meer aandacht te worden besteed aan andere valide oorzakelijkheidsketens, vgl. voor het strafrecht L. Pauwels, *Oorzakelijke mechanismen*

Waarheids- en rechtsvinding kunnen – meer nog dan uitlegkwesties – worden gekenschetst als de origami van het privaatrecht

Uitleiding

Een aannemelijkheid van een mogelijke waarheid bevredigt een gevoel van rechtvaardigheid, maar kan dit ook worden omgekeerd? Wanneer een feit of een bepaalde schade niet kan worden bewezen en daarmee de aannemelijkheid (in rechte) niet komt vast te staan is het dan ook rechtvaardig om daar in het geheel géén rechtsgevolg aan te verbinden? Met name bij het c.s.q.n.-denken menen wij dat er wellicht over alternatieven¹¹¹ dienen te worden nagedacht, vanuit het gegeven dat een waarheid(svinding)¹¹² ook in het midden kan liggen en het niet altijd staat of valt met het volledig bewezen zijn daarvan. De kronieken lenen zich in beginsel niet voor dergelijke fundamentele beschouwingen, zo hebben wij onze opmerkingen niet bedoeld. Wij hopen echter wel dat wij hiermee prikkelen, wellicht dat zulks kan leiden tot een andere gedachtenvorming. •

en verklaringsmodellen voor regelovertrekend gedrag, Gent: Academia Press 2015.

112. Waarheids- en rechtsvinding kunnen – meer nog dan uitlegkwesties – worden gekenschetst als de origami van het privaatrecht. Er zijn ontelbaar veel methoden beschreven en bedacht (*Entia non sunt praeter necessitatem multiplicanda*, aldus Ockhams Wet van de spaarzaamheid). Toch blijkt de realiteit vrij tweedimensionaal (2D): wet en regel, toepassing in de praktijk. Op welke wijze komt de rechter vervolgens tot een inzichtelijk 3D model met overtuigingskracht? De motiveringsplicht vereist intuïtie,

bezinning op beginselen en technisch inzicht. Wikken en wegen, keuzes maken met respect voor beginselen en voor de systematiek, maar ook voor een praktische en aanvaardbare uitkomst (Schoordijk zou zeggen: een uitspraak met werfkracht, zie H.C.F. Schoordijk, *Realistische en pragmatische rechtsvinding, Taak en taakopvatting van de rechter in de westerse wereld*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishing 2014, p. 64 (met verwijzing naar Vranken) en p. 262: 'de karavaan gaat voort'), dat is de taak van de rechtspraak. Voorwaar een vorm van geavanceerd vouwwerk.