

Vermogens recht

Nieuwsbrief

17 december 2009

Inhoudsopgave

Nieuwe wet- en regelgeving

- Elektronisch betekenen bij derdenbeslag en informatiebevoegdheid deurwaarder
- Wettelijke rente

Opmerkelijke literatuur

- Afscheidscollege Prof. Mr J.H. Nieuwenhuis

Opmerkelijke jurisprudentie

- Ambtshalve toetsing oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten – HvJ EG 4 juni 2009, NJ 2009, 395, C-243/08 (Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustikné Györfi)
- Aansprakelijkheid notaris – HR 12 juni 2009, NJ 2009, 274 (Notaris/Trustee Ilias)
- Persoonlijke aansprakelijkheid bestuurder – HR 26 juni 2009, NJ 2009, 418 (X en Kloosterbrink/Eurocommerce Holding)
- Aansprakelijkheid makelaar ex artikel 3:70 BW – HR 26 juni 2009, RvdW 2009, 796 (Wiggers/Makelaardij Sneek)
- Schadevaststelling en voordeelstoerekening – HR 10 juli 2009, RvdW 2009, 847 (Vos Logistics Nederland/Trailer Service Nederland)

- Wilsgebreken bij bemiddelaar die twee heren dient – HR 4 september 2009, NJ 2009, 398 (Van Eendenburg/De Alternatieve)
- Uitleg van overeenkomsten – HR 4 september 2009, NJ 2009, 397 (van Regteren/VGK) en HR 11 september 2009, RvdW 2009, 1006 (ACS Holding/HTC International)
- Aansprakelijkheid jegens derde wegens wanprestatie – HR 2 oktober 2009, NJ 2009, 478 (KPN/X)
- Verjaring en stuiting – HR 9 oktober 2009, RvdW 2009, 1153 (Gemeente Stadskanaal/VB Deloitte & Touche) en HR 18 september 2009, NJ 2009, 439 (Tijbosch/Fortis)
- Shockschade – HR 9 oktober 2009, RvdW 2009, 1154 (Kleijnen c.s./Reaal Schadeverzekeringen)
- Positie curator bij mededeling stil pandrecht op vordering (vervolg) – HR 30 oktober 2009, RvdW 2009, 1271 (Hamm qq/ABN AMRO)
- Misleiding bij beursgang – HR 27 november 2009, LJN BH2162 (VEB c.s./World Online c.s.)

Nieuwe wet- en regelgeving

Elektronisch betekenen bij derdenbeslag en informatiebevoegdheid deurwaarder (Stb. 2008, 435 en Stb. 2009, 235)

Op 1 juli 2009 zijn in werking getreden de Wet van 30 oktober 2008 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Gerechtsdeurwaarderswet in verband met de bevoegdheid van deurwaarders om informatie op te vragen en om elektronisch te betekenen in geval van derdenbeslag, alsmede het Besluit van 2 juni 2009 houdende regels aangaande de registratie van elektronische adressen van derden en het elektronisch betekenen in geval van derdenbeslag. In Stcrt. 2009, 110, is een aanwijzingsbesluit opgenomen, dat eveneens op 1 juli 2009 in werking getreden is.

De genoemde wet maakt in de eerste plaats mogelijk - door wijziging van de artikelen 45 en 475 Rv - dat bij derdenbeslag de stukken door de deurwaarder elektronisch aan de derdenbeslagene worden gelaten. Voorwaarde hiervoor is dat de derde die een mogelijk beslag op een elektronisch adres wenst te ontvangen, een dergelijk adres heeft laten registreren bij de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders (KBvG; www.kbvg.nl). Overigens laat opgave van een elektronisch adres de mogelijkheid om op conventionele wijze te betekenen onverlet. In de tweede plaats voorziet de wet - door wijziging van artikel 475g Rv - in de bevoegdheid voor de deurwaarder om met het oog op het leggen van derdenbeslag, bij het UWV (adres)gegevens op te vragen van (rechts)personen (bijvoorbeeld werkgevers) en instanties (bijvoorbeeld uitkeringsinstanties) die periodieke betalingen (lonen, uitkeringen) verschuldigd zijn aan een schuldenaar. Hierdoor zal het doorgaans niet meer nodig zijn voor een schuldeiser om dergelijke informatie te achterhalen via handelsinformatiebureaus.

Wettelijke rente (Stb. 2009, 262)

Met ingang van 1 januari 2010 wordt de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW (vergoeding voor vertragingsschade bij een verbintenis tot betaling van een geldsom) verlaagd van 4% naar

3%. Op 1 juli 2009 vond de vorige wijziging plaats (verlaging van 6% naar 4%).

Opmerkelijke literatuur

Afscheidscollege Prof. Mr J.H. Nieuwenhuis

In NJB 2009, 35 (pp. 2254-2263) is het afscheidscollege opgenomen dat Prof. Mr J.H. Nieuwenhuis op 9 oktober heeft uitgesproken bij zijn afscheid als hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden. In dit college geeft Nieuwenhuis op beeldende wijze een overzicht van de in de rechtspraak van de Hoge Raad tot ontwikkeling gekomen zorgplicht in contractuele verhoudingen. Volgens Nieuwenhuis is de 'harde kern' van het contracteren de kunst van twee partijen om beiden winst te maken. Daarmee is contracteren onmiskenbaar een *egoïsme à deux*. Maar tegelijkertijd verlangt het contractenrecht van beide partijen 'een stevige dosis altruïsme'. Dit altruïsme komt in twee vormen voor, te weten paternalisme en fraternalisme. Bij paternalisme wordt de autonomie van de contractuele wederpartij buiten spel gezet: de plicht om de wederpartij tegen zichzelf te beschermen gaat zover, dat zij vergt dat de overeenkomst in de gegeven omstandigheden niet wordt gesloten. Bij fraternalisme wordt de autonomie van de wederpartij juist geoptimaliseerd: de contractuele wederpartij dient voldoende geïnformeerd en soms indringend gewaarschuwd te worden, maar is aan deze voorwaarde eenmaal voldaan, dan dient de wil van de wederpartij tot het desondanks aangaan van de overeenkomst gerespecteerd te worden. Nieuwenhuis gaat onder meer in op de uitspraken van de Hoge Raad van 5 juni 2009 betreffende effectenlease-overeenkomsten (Dexia, Levob, Aegon, zie ook [Nieuwsbrief 2009/02](#)). Daarbij besteedt hij ook aandacht aan de wijze waarop de Hoge Raad in deze uitspraken is omgegaan met eigen schuld.

Opmerkelijke jurisprudentie

Ambtshalve toetsing oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten – [HvJ EG 4 juni 2009, NJ 2009, 395, C-243/08 \(Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustikné Györfi\)](#)

In dit arrest staat de vraag centraal of de nationale rechter gehouden is ambtshalve te toetsen of een aan hem voorgelegde overeenkomst een oneerlijk beding bevat in de zin van de EG-richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993, PbEG L 095, 21 april 1993). De vraag wordt door het HvJ EG bevestigend beantwoord.

De genoemde richtlijn beoogt het gebruik van oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten tegen te gaan. De wetgever achtte het niet noodzakelijk deze richtlijn te implementeren in de Nederlandse wetgeving, omdat onder meer de artikelen 6:233, 6:236 en 6:237 BW reeds beantwoordden aan de daarin opgenomen bepalingen.

De casus die ten grondslag ligt aan het arrest is als volgt. Tussen Györfi als consument en Pannon als dienstverlener is een overeenkomst gesloten voor de levering van telefoondiensten. In de toepasselijke leveringsvoorwaarden is een forumkeuzebeding opgenomen voor de rechter van de plaats van vestiging van Pannon. Van mening dat Györfi haar contractuele verplichtingen niet nakomt, vordert Pannon een betalingsbevel (dat zij bij verstek verkrijgt); op grond van het forumkeuzebeding stelt zij deze vordering in bij de rechter van haar plaats van vestiging.

De rechter die oordeelde over het betalingsbevel heeft vastgesteld dat de rechter van de woonplaats van Györfi volgens het nationale procesrecht bevoegd was. Echter, volgens hetzelfde procesrecht kon de rechter dit niet (meer) eigener beweging aan de orde stellen, nu die bevoegdheid geen exclusieve was en Györfi reeds een verweerschrift over de gronden van de zaak had ingediend. Aangezien het forumkeuzebeding in de leveringsvoorwaarden mogelijk als oneerlijk kon worden gekwalificeerd heeft de aangezochte rechter onder meer de prejudiciële vraag gesteld of, kort gezegd, van de nationale rechter verlangd

wordt dat hij ambtshalve toetst of de hem voorgelegde overeenkomst een oneerlijk beding bevat, ook al is op het oneerlijke karakter geen beroep gedaan.

Het HvJ EG oordeelt dat de rol die het gemeenschapsrecht de nationale rechter toebedeelt, niet alleen de *bevoegdheid* inhoudt om uitspraak te doen over de vraag of een contractueel beding mogelijk oneerlijk is, maar ook de *verplichting* om die kwestie ambtshalve te onderzoeken zodra hij over de noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt. Voorts overweegt het HvJ EG dat de nationale rechter niet gehouden is het betrokken beding buiten toepassing te laten wanneer de consument, na in kennis te zijn gesteld door die rechter, voornemens is het oneerlijke en niet bindende karakter daarvan niet in te roepen.

Over ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten heeft het HvJ EG zich al eerder uitgelaten, onder meer in de arresten Océano, Cofidis en Mostaza Claro ([HvJ EG 27 juni 2000, NJ 2000, 730, C-240/98 t/m C-244/98](#) (Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero); [HvJ EG 21 november 2002, NJ 2003, 703, C-473/00](#) (Cofidis/Jean-Louis Fredout) en [HvJ EG 26 oktober 2006, NJ 2007, 201, C-168/05](#) (Elisa Maria Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium SL)).

Aansprakelijkheid notaris – [HR 12 juni 2009, NJ 2009, 274 \(Notaris/Trustee Ilias\)](#)

Dit arrest draait om de zorgplicht die een notaris heeft bij aan hem toevertrouwde betalingsopdrachten.

De notaris verlijdt aktes waarbij X een aandeel in de eigendom van een onroerende zaak verkrijgt en dit vervolgens doorlevert aan Ilias. X is zelfstandig bevoegd bestuurder van Ilias. Ilias en Y - die het resterende aandeel in de eigendom heeft - verkopen de onroerende zaak aan Z. Z stort de aan Ilias toekomende koopsom reeds voor het transport op de derdengeldenrekening van de notaris; deze betaling wordt vormgegeven als een lening van Z aan Ilias. De terugbetalingsverplichting van Ilias zou uiteindelijk door verrekening met de koopprijs tenietgaan. De notaris maakt het aldus door Ilias van Z geleende

geld in opdracht van X - bestuurder van Ilias - over naar Spaanse rekeningen van X en rekeningen van de zuster van X. Daarna vindt de levering plaats. De lening wordt door verrekening afgelost; Ilias ontvangt het geld niet omdat dit inmiddels is weggesluisd. Ilias stelt de notaris aansprakelijk. Het Hof heeft geoordeeld dat de notaris aansprakelijk is jegens Ilias. Het Hof heeft dit vastgelegd in een tussenarrest en liet enkele vragen van schade en causaal verband open. Tegen het tussenarrest wordt tussentijds cassatieberoep ingesteld door de notaris. De Hoge Raad laat het oordeel van het Hof in stand. De Hoge Raad stelt voorop dat het Hof terecht heeft geoordeeld dat op een notaris, gelet op zijn positie in het maatschappelijke verkeer en op het vertrouwen dat notarissen als zodanig genieten, een zwaarwegende zorgplicht rust jegens degene die aan hem gelden toevertrouwt met een betalingsopdracht. Deze zorgplicht brengt mee dat de notaris, voorzover redelijkerwijs mogelijk is en van hem kan worden gevergd, nadere informatie inwint bij degene die aldus gelden aan hem heeft toevertrouwd, ingeval over de inhoud of strekking van de opdracht redelijkerwijs twijfel kan bestaan. Nu de constructie van geldlening- op-voorhand en verrekening daarvan met de koopprijs bij levering ongebruikelijk is en noopt tot verhoogde waakzaamheid, en de notaris wist dat Ilias gerechtigd was tot dit bedrag, kon de notaris er niet zonder meer van uitgaan dat de opdrachten van X tot betaling naar rekeningen van hemzelf en zijn zuster waren gebaseerd op afspraken tussen X en Ilias. De Hoge Raad overweegt dat het Hof kennelijk heeft geoordeeld dat de notaris in deze omstandigheden rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat X zijn bestuursbevoegdheid misbruikte en gelden die aan Ilias toebehoorden verduisterde, en dat de zorgplicht van de notaris ten opzichte van Ilias meebracht dat hij navraag had moeten doen bij een andere vertegenwoordiger van Ilias.

Persoonlijke aansprakelijkheid bestuurder – HR 26 juni 2009, NJ 2009, 418 (X en Kloosterbrink/Eurocommerce Holding)

Volgens de in vaste jurisprudentie neergelegde zogenaamde Beklamel-norm handelt een bestuurder van een vennootschap onrechtmatig

tegenover een schuldeiser van die vennootschap, indien hij namens de vennootschap verplichtingen is aangegaan terwijl hij wist of redelijkerwijs moest begrijpen dat de vennootschap niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de wederpartij ten gevolge van die wanprestatie zou lijden, tenzij de bestuurder persoonlijk van de benadeling niet een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Geldt deze norm ook indien de bestuurder de vennootschap niet onrechtmatig schulden heeft laten maken tegenover een contractuele wederpartij van die vennootschap, maar wel bewerkstelligd heeft dat de joint venture-partner van de door hem bestuurde vennootschap een risico voor aansprakelijkheid tegenover een derde op zich heeft genomen dat wezenlijk groter is dan die joint venture-partner wist of kon begrijpen? En hoe ver gaat de objectivering van de wetenschap van de vennootschap en van de bestuurder in een dergelijk geval?

De vennootschappen Kloosterbrink en Eurocommerce zijn ieder voor 50% aandeelhouder van Vista Office Solutions. In het kader van door Vista verlangde uitbreiding van de financiering door Fortis geven Kloosterbrink en Eurocommerce ieder aan Fortis een zogenaamde kapitaalinstandhoudingsverklaring ('KIV') af. Kloosterbrink is voor haar mogelijkheden om de KIV gestand te doen afhankelijk van financiering door Y. Y is slechts bereid de nodige financiering te verstrekken indien de financiële situatie van Vista zich zou ontwikkelen overeenkomstig een bepaalde prognose. X is bestuurder van Kloosterbrink. De financiële situatie van Vista ontwikkelt zich niet overeenkomstig de prognose, Vista gaat failliet en Fortis spreekt Eurocommerce aan voor het volledige bedrag (EUR 1,35 miljoen) dat op grond van de KIV verschuldigd is. Eurocommerce spreekt vervolgens Kloosterbrink en haar bestuurder X aan tot vergoeding van het (volledige) door haar, Eurocommerce, aan Fortis betaalde bedrag.

De Rechtbank heeft de vordering van Eurocommerce afgewezen.

Het Hof heeft de KIV - (ook) in de verhouding tussen Kloosterbrink en Eurocommerce, welke laatste in verband met de KIV als derde te gelden

heeft - uitgelegd aan de hand van de Haviltex-maatstaf (zoals nader uitgewerkt in het arrest DSM/Fox ([HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493](#))). Met toepassing van deze objectieve, althans geobjectiveerde maatstaf, heeft het Hof geoordeeld dat Kloosterbrink geacht moest worden een 'ongeclausuleerde' KIV te hebben afgegeven, dat wil zeggen een KIV die niet slechts zou gelden in het geval de financiële situatie van Vista zich zou ontwikkelen overeenkomstig de eerder afgegeven prognose. Het Hof achtte niet alleen Kloosterbrink maar ook (haar bestuurder) X aansprakelijk tegenover Eurocommerce, en wel tot het (gehele) beloop van het door Eurocommerce aan Fortis betaalde bedrag.

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep. In verband met Kloosterbrink oordeelt de Hoge Raad, kort gezegd, dat zij, Kloosterbrink, onder de nader in het arrest omschreven omstandigheden onrechtmatig heeft gehandeld dan wel toerekenbaar tekort geschoten is tegenover Eurocommerce. In verband met X oordeelt de Hoge Raad dat het Hof terecht de Beklamel-norm ook heeft toegepast in het onderhavige geval, ook al gaat het daarbij niet om de situatie dat X Kloosterbrink onrechtmatig schulden heeft laten maken tegenover Eurocommerce. Hoewel de aansprakelijkheid van X mede berust op de op basis van de 'objectieve' Haviltex-maatstaf vastgestelde uitleg van de KIV, terwijl voor aansprakelijkheid van X als bestuurder vereist is dat hem persoonlijk van de benadeling (van in dit geval Eurocommerce) een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt, past volgens de Hoge Raad bij de door de Hoge Raad aangenomen grond voor aansprakelijkheid van X – kort gezegd: aansprakelijkheid op grond van de Beklamel-norm- (toch) niet de door X in cassatie bepleite subjectivering van wetenschap; deze subjectivering past evenmin bij de aangenomen grond voor aansprakelijkheid van Kloosterbrink.

Aansprakelijkheid makelaar ex artikel 3:70 BW – [HR 26 juni 2009, RvdW 2009, 796](#) (Wiggers/Makelaardij Sneek)

In dit arrest staat de vraag naar aansprakelijkheid van een makelaar centraal.

De casus is als volgt. Gebroeders Weissenbach hebben aan Makelaardij Sneek de opdracht

verstrekt om hen te assisteren bij de verkoop van hun pand. Wiggers toont belangstelling in het pand en doet een bod. De makelaar brengt dit bod onder de aandacht van Weissenbach en laat enige tijd later weten aan Wiggers dat het bod akkoord is bevonden door Weissenbach. De makelaar heeft Wiggers daarbij gefeliciteerd en met hem afgesproken dat de koopovereenkomst op 29 augustus 2003 om 17.00 uur ten kantore van de makelaar zou worden getekend. Wiggers verschijnt op die dag, Weissenbach echter niet. Weissenbach blijkt niet bereid de koopovereenkomst te ondertekenen. Wiggers start vervolgens een kort geding tegen Weissenbach, waarin nakoming van de volgens Wiggers gesloten overeenkomst wordt gevorderd. De Voorzieningenrechter wijst de vordering van Wiggers af. Vervolgens start Wiggers een (bodem)procedure tegen de makelaar, waarin schadevergoeding van de makelaar wordt gevorderd. Wiggers baseert zijn schadevergoedingsvordering op onder meer artikel 3:70 BW. Dit artikel bepaalt dat hij die als gevolmachtigde handelt, jegens de wederpartij instaat voor het bestaan en de omvang van de volmacht, tenzij de wederpartij weet of behoort te begrijpen dat een toereikende volmacht ontbreekt of de gevolmachtigde de inhoud van de volmacht volledig aan de wederpartij heeft medegedeeld. Aldus scheidt artikel 3:70 de mogelijkheid om schadevergoeding van de pseudo-gevolmachtigde te vorderen in het geval de achterman niet gebonden is geraakt wegens het ontbreken van een toereikende volmacht.

De Rechtbank heeft de vordering van Wiggers toegewezen. Het Hof heeft de vordering evenwel alsnog afgewezen. Het Hof heeft daartoe overwogen dat Wiggers niet uit de mededelingen van de makelaar mocht afleiden dat de Makelaar was gemachtigd om namens Weissenbach een koopovereenkomst te sluiten. Naar het oordeel van het Hof is niet komen vast te staan dat de makelaar als pseudo-gevolmachtigde heeft gehandeld, zodat van aansprakelijkheid op de voet van artikel 3:70 geen sprake kan zijn. Wiggers gaat vervolgens in cassatie, doch zonder succes. De Hoge Raad onderschrijft het oordeel van het Hof en overweegt daartoe onder meer dat de enkele omstandigheid dat een verkoopmakelaar

aan een potentiële koper meedeelt dat de opdrachtgever instemt met diens bod, niet meebrengt dat de potentiële koper daaruit mag afleiden dat de makelaar als gevolmachtigde van die opdrachtgever handelt. Uitgangspunt is volgens de Hoge Raad dat de potentiële koper in een dergelijk geval moet aannemen dat de makelaar optreedt als bode van zijn opdrachtgever. Bijgevolg is er volgens de Hoge Raad geen grond voor toepasselijkheid van artikel 3:70 en is de makelaar in dit geval niet aansprakelijk. De Hoge Raad overweegt dat dit alleen anders is in het geval van bijzondere, door de wederpartij te stellen en zondig te bewijzen, omstandigheden op grond waarvan deze heeft aangenomen, en mocht aannemen, dat de pseudo-gevolmachtigde niet als bode, maar als gevolmachtigde handelde. Vermeldenswaardig is dat A-G Mr Wuisman in deze zaak tot een andere conclusie is gekomen dan de Hoge Raad. Volgens de A-G kan uit de omstandigheden dat de makelaar, in aansluiting op de mededeling dat het bod is aanvaard, Wiggers met de aankoop heeft gefeliciteerd en dat de makelaar ook gegevens voor het opmaken van de koopakte heeft opgevraagd, worden afgeleid dat de mededeling van de makelaar geschiedde met het oog op het doen ontstaan van een overeenkomst tussen partijen. Aldus is volgens de A-G voldaan aan de eis in artikel 3:70 van 'handelen als gevolmachtigde', aangezien het optreden van de makelaar neerkomt op een als tussenpersoon met een eigen verklaring bekendheid geven aan een op rechtsgevolg gerichte wil van een ander.

**Schadevaststelling en voordeelstoerekening –
HR 10 juli 2009, RvdW 2009, 847 (Vos Logistics
Nederland/Trailer Service Nederland)**

Bij schadeplichtige beëindiging van een duurovereenkomst mag de winst die door de benadeelde wordt behaald over na het wegvallen van de overeenkomst gegenereerde (vervangende) omzet niet in aanmerking genomen worden bij de bepaling van de hoogte van de te betalen schadevergoeding.

Vos sluit eind 1999 met TSN een overeenkomst voor (ten minste) 5 jaar voor reparatie en onderhoud van opleggers. Echter, reeds in augustus 2001 beëindigt Vos deze overeenkomst.

Niet (meer) in geschil is dat deze voortijdige beëindiging van de overeenkomst door Vos niet gerechtvaardigd was. TSN vordert (onder meer) schadevergoeding.

Rechtbank en Hof hebben de vordering van TSN toegewezen. Voor wat betreft de omvang van de te vergoeden schade heeft het Hof vooropgesteld, dat deze diende te worden vastgesteld door, kort gezegd, vergelijking van enerzijds de hypothetische situatie waarin TSN zou hebben verkeerd bij correcte nakoming van de overeenkomst en anderzijds de situatie waarin zij na beëindiging van de overeenkomst feitelijk verkeerde (het zogenaamde positief contractsbelang). Volgens het Hof moest de schade bestaande in winstderving worden begroot op de per de datum van beëindiging van de overeenkomst verwachte winst die TSN bij correcte nakoming van de overeenkomst tijdens de resterende looptijd van de overeenkomst zou hebben gerealiseerd. Daarbij diende, aldus het Hof, 'geabstraheerd' te worden van vragen als in hoeverre TSN na het wegvallen van de overeenkomst met Vos erin geslaagd was vervangende omzet te genereren.

De Hoge Raad oordeelt dat het Hof door het gebruik van het woord 'geabstraheerd' niet heeft bedoeld dat de door Vos verschuldigde schadevergoeding abstract moet worden berekend; het Hof heeft volgens de Hoge Raad slechts bedoeld tot uitdrukking te brengen dat de winst uit de vervangende omzet, als na de ontbinding aan TSN opgekomen voordeel, niet van invloed is op de omvang van de door TSN geleden schade en dat oordeel is juist, aldus de Hoge Raad. Met andere woorden, niet kan met succes worden betoogd dat TSN in feite geen schade heeft geleden, voor zover zij winst heeft behaald uit vervangende omzet. En ook langs de weg van voordeelstoerekening (artikel 6:100 BW) kan met die latere winst geen rekening worden gehouden. In lijn met zijn eerdere, strikte toepassing van artikel 6:100 oordeelt de Hoge Raad dat de schade - die het gevolg is van de (onregelmatige) beëindiging van de overeenkomst door Vos - en het voordeel - dat is behaald in het kader van nadien, als gevolg van de eigen inspanningen van TSN gesloten overeenkomsten met derden - niet

voortvloeien uit 'dezelfde gebeurtenis' in de zin van artikel 6:100.

Wilsgebreken bij bemiddelaar die twee heren dient – HR 4 september 2009, NJ 2009, 398 (van Eendenburg/De Alternatieve)

Voor een geslaagd beroep op dwaling, bedrog of misbruik van omstandigheden is vereist dat degene die dat beroep doet, de overeenkomst niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten als dwaling, bedrog of misbruik van omstandigheden niet had plaatsgevonden. In dit arrest staan de stelplicht en bewijslast centraal. Van Eendenburg c.s. is eigenaar van een aantal percelen in de gemeenten Den Haag en Westland. De Ontwikkelingscombinatie (waarin de gemeenten participeren) probeert Van Eendenburg c.s. ertoe te bewegen vrijwillig de percelen te verkopen, maar tevergeefs. De Alternatieve gaat de concurrentie aan met de gemeenten en de Ontwikkelingscombinatie. Van Eendenburg c.s. schakelt Agromak – een vennootschap waarvan Van Zanten directeur is – in om voor hen te bemiddelen bij de verkoop van de percelen. Aan Van Eendenburg c.s. wordt niet medegedeeld dat Van Zanten een aanmerkelijk belang heeft in De Alternatieve en daarvan beleidsbepaler is. Volgens De Alternatieve komt door bemiddeling van Agromak en Van Zanten een overeenkomst tot stand tussen De Alternatieve en Van Eendenburg c.s., waarbij Van Eendenburg c.s. de percelen verkoopt aan De Alternatieve voor NLG 6 miljoen. De Alternatieve spreekt Van Eendenburg c.s. aan tot – onder meer – nakoming. Van Eendenburg c.s. stelt zich primair op het standpunt dat niet een voldoende bepaalde overeenkomst tot stand is gekomen en beroept zich subsidiair (en ook in reconventie) op dwaling, bedrog en misbruik van omstandigheden.

Het Hof heeft geoordeeld dat een overeenkomst tot stand gekomen is. Het Hof heeft verder geoordeeld dat Van Eendenburg c.s. onvoldoende concreet heeft onderbouwd hoe zou zijn gehandeld als het belang van Van Zanten in De Alternatieve aan Van Eendenburg c.s. bekend zou zijn gemaakt. De Hoge Raad vernietigt die laatste beslissing.

De Hoge Raad oordeelt dat in een geval als dit, waarin op grond van tussen de bemiddelaar en de

wederpartij (De Alternatieve) bestaande betrekkingen ervan moet worden uitgegaan dat de bemiddelaar bij de totstandkoming van de overeenkomst (mede) de belangen van de wederpartij heeft behartigd zonder dat zijn opdrachtgever (Van Eendenburg c.s.) daarmee had ingestemd, niet van degene die zich op een wilsgebrek beroept kan worden verlangd dat hij precies aangeeft op welke voorwaarden hij de overeenkomst zou hebben gesloten als hij niet onder invloed van dwaling, bedrog of misbruik van omstandigheden zou hebben gehandeld. Voldoende is dat hij stelt en bij betwisting aannemelijk maakt dat hij de overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten. Er gelden bovendien verzwaarde motiveringseisen voor de betwisting door de wederpartij. Voorzover het Hof niet is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, is het oordeel van het Hof onbegrijpelijk omdat (a) niet voldoende is gemotiveerd waarom met de stelling dat Van Eendenburg c.s. de bemiddelingsovereenkomst niet zou hebben gesloten als het belang van Van Zanten in De Alternatieve duidelijk zou zijn geweest niet voldoende zou zijn gesteld dat (ook) de koopovereenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden tot stand zou zijn gekomen en (b) niet duidelijk is waarom het Hof heeft aangenomen dat ook zonder dwaling, bedrog of misbruik van omstandigheden de prijs en de voorwaarden niet gunstiger zouden zijn geweest voor Van Eendenburg c.s.

Uitleg van overeenkomsten – HR 4 september 2009, NJ 2009, 397 (van Regteren/VGK) en HR 11 september 2009, RvdW 2009, 1006 (ACS Holding/HTC International)

Het onderwerp van de uitleg van overeenkomsten blijft tot rechtspraak van de Hoge Raad leiden. In de afgelopen verslagperiode zijn er twee vermeldenswaardige arresten van de Hoge Raad gewezen over dit onderwerp.

De casus die aan het arrest van 11 september 2009 ten grondslag ligt, is als volgt. Bij brief van 6 december 2001 wordt door (de advocaat van) HTC jegens ACS aanspraak gemaakt op betaling van bedragen in verband met onder meer een geldlening, geleverde goederen en verrichte diensten. In totaal vordert HTC een bedrag van

NLG 1.133.651. HTC laat daarbij aan ACS weten dat hij 'een dezer dagen' facturen zal zenden wegens managementvergoedingen voor 2000 en 2001 en dat zij nog aanzienlijke bedragen te vorderen heeft in verband met door X en Y verrichte werkzaamheden. Tussen partijen vindt vervolgens overleg plaats, hetgeen leidt tot een vaststellingsovereenkomst die op 11 december 2001 wordt ondertekend. In deze vaststellingsovereenkomst is onder meer opgenomen dat (i) partijen overeenkomen dat HTC per 7 december 2001 NLG 1.210.000 van ACS te vorderen heeft, (ii) ACS uiterlijk op 14 december een bedrag van NLG 210.000 aan HTC betaalt en (iii) het restantbedrag van NLG 1.000.000 zal worden omgezet in een hypothecaire geldlening. Vervolgens zendt HTC in augustus 2002 aan ACS facturen voor de hiervoor genoemde managementvergoedingen voor 2000 en 2001 en voor X en Y verrichte werkzaamheden. ACS weigert evenwel betaling, stellende dat de genoemde posten reeds waren opgenomen in het schikkingsbedrag. HTC begint vervolgens een procedure.

Zowel de Rechtbank als het Hof hebben de vordering van HTC tot betaling (grotendeels) toegewezen. ACS stelt cassatieberoep in, maar vangt ook bij de Hoge Raad bot. De Hoge Raad overweegt dat het cassatieberoep van ACS met name berust op de opvatting dat de aard van een vaststellingsovereenkomst meebrengt dat het vaststellen van bepaalde schulden per een zekere datum steeds en zonder meer impliceert dat de schuldenaar aan zijn wederpartij bij die overeenkomst geen andere schulden meer heeft. De Hoge Raad acht die opvatting onjuist. Volgens de Hoge Raad heeft het Hof de vraag of de door HTC gevorderde bedragen in het schikkingsbedrag waren opgenomen, terecht beantwoord aan de hand van de Haviltexmaatstaf.

In het arrest van 4 september 2009 bevestigt de Hoge Raad dat ook een mondeling gesloten overeenkomst 'gewoon' aan de hand van de Haviltexmaatstaf dient te worden uitgelegd. Bij de uitleg van een dergelijke overeenkomst komt het dus evenzeer aan op de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan de door hen gebezigde bewoordingen mochten toekennen en op hetgeen

zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

Aansprakelijkheid jegens derde wegens wanprestatie – HR 2 oktober 2009, NJ 2009, 478 (KPN/X)

Onder bepaalde omstandigheden kan het tekortschieten bij de uitvoering van een overeenkomst tegenover de contractuele wederpartij tevens onrechtmatig zijn jegens derden.

Tussen X (een natuurlijk persoon) en PTT bestaat een verhouding waarvan in cassatie moet worden aangenomen dat het geen contractuele rechtsbetrekking is. X verschaft onderdak en andere faciliterende diensten aan een aantal ondernemingen dat 06-nummers exploiteert vanuit een pand van X. PTT verleent diensten met betrekking tot deze 06-nummers en heeft daartoe technische voorzieningen aangebracht. De inkomsten uit het verhoogde tarief dat bellers naar 06-nummers betalen, worden verdeeld tussen PTT en de partij die met PTT een overeenkomst over het desbetreffende 06-nummer heeft. Op enig moment wordt X verdacht van betrokkenheid bij fraude. In de veronderstelling dat zij een contractuele rechtsbetrekking met X heeft, zendt PTT hem een brief en zegt de daarin de betrekkingen met X op. Bovendien sluit PTT de 06-nummers af, haalt zij de voor exploitatie benodigde apparatuur bij X weg, stelt zij in het vooruitzicht gestelde nieuwe aansluitingen niet beschikbaar en legt zij conservatoir beslag in verband met door de fraude geleden schade. In een procedure waarin PTT X aanspreekt tot schadevergoeding wegens de fraude, wordt geoordeeld dat PTT er niet in is geslaagd om betrokkenheid van X bij de fraude te bewijzen, zodat de vorderingen worden afgewezen. In de onderhavige procedure vordert X schadevergoeding van PTT.

Het Hof heeft de vordering van X toegewezen voorzover het ging om schadevergoeding wegens (a) het zonder goede grond beëindigen van de dienstverlening met betrekking tot een aantal 06-nummers en het verwijderen van de benodigde apparatuur en (b) onrechtmatig beslag. De Hoge Raad laat die beslissing in stand.

Volgens de Hoge Raad heeft het Hof geoordeeld dat de beëindiging van de aansluitingen en het verwijderen van de in verband daarmee

aangebrachte technische voorzieningen niet alleen onrechtmatig was jegens degenen met wie PTT (wel) overeenkomsten had, maar in de omstandigheden van dit geval ook jegens X. Dat het Hof uit de opzeggingsbrief en uit het feit dat deze brief door PTT aan X werd gericht heeft afgeleid dat het de bedoeling van PTT was om de betrokkenheid van X bij de 06-nummers en zijn vermeende frauduleuze handelen onmogelijk te maken, is volgens de Hoge Raad alleszins begrijpelijk. Het geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting om daaraan de conclusie te verbinden dat de betrokkenheid van X bij de relatie tussen PTT en haar contractuele wederpartijen zodanig was, dat een toerekenbaar tekortschieten van PTT in de nakoming van die overeenkomsten tevens onrechtmatig is jegens X.

Verjaring en stuiting – HR 9 oktober 2009, RvdW 2009, 1153 (Gemeente Stadskanaal/VB Deloitte & Touche) en HR 18 september 2009, NJ 2009, 439 (Tijbosch/Fortis)

Het arrest van 9 oktober 2009 inzake Gemeente Stadskanaal/VB Deloitte & Touche gaat over het volgende. VB Deloitte & Touche adviseert de gemeente bij het afgeven van een borgstelling ten gunste van een bank die de ontwikkeling van een recreatieproject financiert. Daarbij vertegenwoordigt VB Deloitte & Touche de gemeente in alle onderhandelingen met de bank. Begin december 1995 roept de bank de borgstelling mondeling in. Dan blijkt tussen de gemeente en de bank een geschil te bestaan over de uitleg van de borgstelling. De gemeente heeft naar haar zeggen haar uitleg gebaseerd op hetgeen VB Deloitte & Touche bij het aangaan van de borgstelling aan haar heeft meegedeeld. Om haar positie beter in te schatten, laat de gemeente zich door een notaris respectievelijk een advocaat over het geschil met de bank adviseren. Beide adviseurs stellen dat de positie van de bank, gelet op de tekst van de borgstelling, sterk is. Deze adviezen ontvangt de gemeente begin januari 1996.

Op 22 januari 1996 roept de bank de borgstelling schriftelijk in. De gemeente laat bij brief van 26 januari 2001 aan VB Deloitte & Touche weten dat zij laatstgenoemde aansprakelijk zal houden voor de schade, indien de procedure tegen de bank

voor de gemeente ongunstig mocht aflopen. Uiteindelijk wordt de gemeente in de procedure tegen de bank bij onherroepelijk geworden uitspraak van 17 april 2002 in het ongelijk gesteld. In de procedure die de gemeente op 3 februari 2004 tegen VB Deloitte & Touche begint en die tot het onderhavige arrest heeft geleid, heeft het Hof geoordeeld dat de vordering van de gemeente is verjaard. Redengevend is dat de aansprakelijkstelling van 26 januari 2001 dateert en de gemeente sinds ten laatste 23 januari 1996 met de voor haar ongunstige interpretatie van de bank bekend is. Bovendien wist de gemeente op 23 januari 1996, door de ingewonnen adviezen bij de notaris en de advocaat, dat die interpretatie in rechte mogelijk stand zou houden. Daarnaast wist zij dat VB Deloitte & Touche haar in alle onderhandelingen met de bank had vertegenwoordigd. Daardoor was de gemeente op 23 januari 1996 met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon bekend en was ten tijde van de aansprakelijkstelling van 26 januari 2001 de vijfjaarstermijn van artikel 3:310 lid 1 BW verstreken.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof. Hij stelt daarbij, onder verwijzing naar eerdere rechtspraak ([HR 24 januari 2003, NJ 2003, 300](#)), voorop, dat de eis van bekendheid met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon ex artikel 3:310 lid 1 ertoe strekt dat de verjaringstermijn pas begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de door hem geleden schade in te stellen. Daarvan zal sprake zijn als de benadeelde voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid hoeft te zijn – heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon.

De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat het Hof onvoldoende heeft gemotiveerd waarom de gemeente reeds op 23 januari 1996 met de schade bekend was. Die schade zou immers pas ontstaan als de uitleg van de gemeente van de borgstelling onjuist zou blijken te zijn en dat stond op 23 januari 1996 niet vast. De Hoge Raad spreekt van bekendheid met 'meer dan een kans op schade'. Op basis van de door het Hof vastgestelde feiten kon het niet oordelen dat de gemeente op 23

januari 1996 voldoende zekerheid had verkregen dat haar interpretatie van de borgstelling onjuist was en dat de schade het gevolg was van tekortschieten van VB Deloitte & Touche. Uit het tweede arrest, het arrest van 18 september 2009 inzake Tijbosch/Fortis, blijkt dat het indienen van een verzoekschrift tot het bevelen van een voorlopig deskundigenbericht of een voorlopig getuigenverhoor niet kan worden beschouwd als 'het instellen van een eis' of 'een andere daad van rechtsvervolging' in de zin van artikel 3:316, zodat een dergelijk verzoekschrift niet op die grond stuitende werking heeft. Of het indienen van een dergelijk verzoekschrift wel kan gelden als mededeling met stuitende werking in de zin van artikel 3:317 lid 1, zal afhangen van de inhoud en strekking van het verzoekschrift, de context waarin het verzoekschrift werd ingediend en de overige omstandigheden van het geval. Het komt uiteindelijk erop aan of de mededeling een voldoende duidelijke waarschuwing aan de schuldenaar inhoudt dat deze rekening moet houden met de mogelijkheid dat de vordering nog geldend wordt gemaakt zodat hij ervoor kan zorgen dat hij de beschikking behoudt over voor het voeren van verweer benodigde gegevens en bewijsmateriaal.

Shockschade – HR 9 oktober 2009, RvdW 2009, 1154 (Kleijnen c.s./Reaal Schadeverzekeringen)

Een ongeval met dodelijke afloop: achtervolgd door een Opel, raakt een Honda met vier inzittenden van de weg en botst tegen een boom. Drie personen in de leeftijd van 18 tot 20 jaar komen om en een vierde inzittende raakt ernstig gewond. Deze achtervolging was ingezet door de bestuurder van de Opel nadat hij, na een vermeende aanrijding met de Honda, de Honda had gepasseerd, klemgereden en tot stoppen gedwongen. Hij wilde hen daarmee bewegen hem te volgen naar zijn woonwagenkamp om daar vervolgens 'de schade te regelen'. Gewaarschuwd, slaat de Honda bij een afslag af, waarop de Opel de wilde achtervolging inzet.

Kunnen de nabestaanden van de omgekomen kinderen van (de verzekeraar van) degene die opzettelijk dit verkeersongeval heeft veroorzaakt (en daarvoor is veroordeeld) vergoeding vorderen

voor de door hen geleden en/of nog te lijden materiële en immateriële schade?

De schade die op grond van een schadevergoedingsverplichting gevorderd kan worden bestaat uit enerzijds vermogensschade en anderzijds 'ander nadeel', dit laatste voorzover de wet op vergoeding hiervan recht geeft. Met betrekking tot vergoeding van schade bestaande uit ander nadeel dan vermogensschade, bepaalt de wet in artikel 6:106 BW dat een naar billijkheid vast te stellen vergoeding slechts verschuldigd is indien (i) de aansprakelijke persoon het oogmerk had dat nadeel toe te brengen of (ii) de benadeelde persoon lichamelijk letsel heeft opgelopen dan wel in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast of (iii) indien aan de echtgenoot, geregistreerde partner of bloedverwant tot in de tweede graad van de overledene nadeel is toegebracht dat de nagedachtenis van de overledene aantast. Ter zake van een gebeurtenis ten gevolge waarvan een persoon overlijdt, beperkt artikel 6:108 de aanspraak op schadevergoeding zowel tot een kleine kring nabestaanden als tot een bepaald soort schade (te weten schade door het derven van levensonderhoud en schade bestaande in de kosten van lijkbezorging).

Deze zaak betreft schadevergoeding bij overlijden en in het bijzonder de vraag of de ouders van de omgekomen kinderen recht hebben op vergoeding van 'ander nadeel'. Echter, 'ander nadeel' valt niet onder artikel 6:108: de wet voorziet in principe niet in smartengeld voor nabestaanden.

Dezelfde vraag was aan de orde in het zgn.

Taxibusarrest ([HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240](#)) waarin de criteria zijn neergelegd op grond waarvan beoordeeld moet worden of nabestaanden zgn. 'shockschade' hebben geleden die voor vergoeding in aanmerking komt. In dat geval vorderde de jonge moeder van een overleden kind vergoeding van shockschade nadat zij haar dochttertje, overreden door een taxibus, levenloos in haar woonerf had aangetroffen. De Hoge Raad overwoog hier dat slechts een benadeelde die het ongeval heeft waargenomen of dusdanig direct geconfronteerd is met de ernstige gevolgen daarvan dat een hevige emotionele

shock wordt teweeggebracht waaruit geestelijk letsel voortvloeit, recht heeft op een vergoeding. Dit laatste letsel moet in rechte kunnen worden vastgesteld hetgeen in het algemeen slechts zo zal zijn als er sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.

In deze zaak stellen Kleijnen c.s. dat de veroorzaker van het verkeersongeval niet alleen onrechtmatig jegens de slachtoffers gehandeld heeft maar ook jegens hen als nabestaanden van de slachtoffers, dit zowel gezien de ernst van de normschending, namelijk moedwillige doodslag als opzetdelict, als gezien de wijze waarop zij met de gebeurtenis zijn geconfronteerd. Het feit dat het ongeval opzettelijk is veroorzaakt en als ernstig moet worden aangemerkt rechtvaardigt volgens Kleijnen c.s. vergoeding van schade bestaande in 'ander nadeel' als bedoeld in artikel 6:106 lid 1, aanhef en onder b: doordat de gebeurtenis zo schokkend was, is sprake van een aantasting in hun (eigen) persoon die aan hen geestelijk letsel heeft veroorzaakt, aldus Kleijnen c.s.

De Rechtbank heeft de vordering van Kleijnen c.s. afgewezen. Het Hof heeft dit vonnis bekrachtigd en daarbij nogmaals het in artikel 6:106 vervatte limitatieve stelsel benadrukt.

In lijn met de beslissingen van Rechtbank en het Hof, verwerpt de Hoge Raad het cassatieberoep en hij acht daarmee, ook in dit geval, geen van de in artikel 6:106 genoemde (uitzonderings)gevallen van toepassing.

Het thans geldende wettelijke stelsel heeft maatschappelijk veel kritiek losgemaakt en heeft geleid tot het Wetsvoorstel affectieschade, nu in de Eerste Kamer aangehangig. Tot nog toe heeft de rechtspraak niet op dit wetsvoorstel geanticipeerd: het woord is nu verder aan de wetgever.

Positie curator bij mededeling stil pandrecht op vordering (vervolg) – [HR 30 oktober 2009, RvdW 2009, 1271 \(Hamm qq/ABN AMRO\)](#)

De rechten en verplichtingen van de stille pandhouder en de curator rondom de inningsbevoegdheid van stil verpande vorderingen (artikel 3:246 BW) raken steeds verder uitgekristalliseerd.

In HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 (Mulder qq/CLBN) had de Hoge Raad reeds beslist, kort

gezegd, dat betalingen door schuldenaren van verpande vorderingen, gedaan (aan de curator) na de faillietverklaring van hun schuldeiser en vóór de mededeling van de verpanding door de (stille) pandhouder, bedoeld in artikel 3:246, leden 1 en 4, tot gevolg hebben dat het op deze vorderingen rustende pandrecht tenietgaat en dat geen zaaksvervanging overeenkomstig artikel 3:246, lid 5 optreedt; door het tenietgaan van het pandrecht verliest de pandhouder zijn positie als separatist, zodat hij in beginsel zal moeten delen in de faillissementskosten en zal moeten wachten op uitdeling uit het faillissement. Wel kan de pandhouder op het geïnde verhaal zoeken overeenkomstig de aan zijn pandrecht verbonden voorrang. Bovendien is denkbaar dat de pandhouder (veelal een bank) zich in een zodanige positie bevindt dat hij tot verrekening kan overgaan (bijvoorbeeld indien de betalingen bestemd voor de failliet/pandgever zijn binnengekomen op een door de pandgever bij de pandhouder/bank aangehouden rekening); in dat geval behoeft de pandhouder in de praktijk toch niet te wachten op uitdeling en evenmin te delen in de faillissementskosten.

In [HR 22 juni 2007, NJ 2007, 520 \(ING/Verdonk qq\)](#) heeft de Hoge Raad nader beslist dat de curator niet gehouden is de (stille) pandhouder actief vooraf te informeren, indien hij, de curator, voornemens is de schuldenaren van de stil verpande vorderingen mede te delen dat zij de stil verpande vorderingen dienen te voldoen op de rekening van de boedel in plaats van op die van de stille pandhouder; wel zal de curator - ingeval van een professionele stille pandhouder als een bank - een redelijk te achten termijn van veertien dagen na het uitspreken van het faillissement in acht dienen te nemen voordat hij een mededeling als zojuist bedoeld aan de schuldenaren doet. Bovendien is het, aldus de Hoge Raad, wenselijk dat de stille pandhouder en de curator overleg voeren over het te volgen incassobeleid, waartoe de stille pandhouder zonedig zelf het initiatief kan nemen.

In het arrest van 30 oktober 2009 inzake Hamm qq/ABN AMRO trekt de Hoge Raad de eerder ingezette lijn verder door en werkt hij deze nader uit. De Hoge Raad beslist thans, dat voldoende is dat de curator gedurende de hiervoor bedoelde

termijn van in beginsel veertien dagen, zich onthoudt van op inning van de verpande vorderingen gerichte activiteiten. Bovendien dient de curator elke verdere op inning gerichte activiteit achterwege te laten, zodra de stille pandhouder aan de curator heeft meegedeeld dat hij overeenkomstig artikel 57 Faillissementswet wenst over te gaan tot het uitoefenen van zijn rechten, ongeacht of de pandhouder deze mededeling doet gedurende de genoemde termijn of daarna. Volgens de Hoge Raad vloeit voorts uit de aard en strekking van het stil pandrecht op vorderingen op naam (in verband met de in artikel 3:246, leden 1 en 4 BW genoemde rechtsgevolgen van mededeling van het pandrecht) voort, dat in faillissement de curator (zoals buiten faillissement de pandgever) aan de pandhouder op diens verzoek alle informatie over (de debiteuren van) de verpande vorderingen dient te verstrekken waarover de curator beschikt en die de pandhouder nodig heeft om de mededeling van het pandrecht aan de debiteuren te doen en de inning van de desbetreffende vorderingen ter hand te nemen. De pandhouder dient aan de curator - anders dan buiten faillissement aan de pandgever - de terzake in redelijkheid gemaakte kosten te vergoeden. Voor betalingen die binnen de door de curator in acht te nemen wachtermijn door de debiteuren van de vorderingen eigener beweging aan de curator zijn gedaan en door deze in ontvangst zijn genomen, geldt hetgeen reeds is beslist in HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471: zij vallen in de boedel, doch de pandhouder kan op het ontvangene verhaal zoeken overeenkomstig de aan zijn pandrecht verbonden voorrang, onder de verplichting bij te dragen in de algemene faillissementskosten. Voor betalingen die de curator heeft ontvangen als gevolg van op incasso gerichte activiteiten, waarvan de curator zich had dienen te onthouden (in verband met de door hem in acht te nemen wachtermijn of een mededeling van de pandhouder dat hij over wenst te gaan tot het uitoefenen van zijn rechten) geldt dat de pandhouder een boedelvordering tot afdracht heeft, met de aan zijn pandrecht verbonden voorrang; voor de schade die de pandhouder mocht hebben geleden heeft hij een concurrente boedelvordering. De curator is evenwel niet verplicht deze boedelvorderingen zo spoedig

mogelijk uit de beschikbare middelen van de boedel te voldoen (zoals wel het geval is indien per vergissing door derden aan de boedel betalingen zijn gedaan, zoals in HR 5 september 1997, NJ 1998, 437; verg. ook [HR 8 juni 2007, NJ 2007, 419](#)).

Misleiding bij beursgang – [HR 27 november 2009, LJN BH2162 \(VEB c.s. / World Online c.s.\)](#)

Naar aanleiding van de mislukte beursintroductie van World Online vordert VEB een verklaring voor recht dat World Online en ook de banken (ABN Amro en Goldmans Sachs) onrechtmatig hebben gehandeld jegens de beleggers in aandelen World Online en voorts dat de Banken aansprakelijk zijn wegens onrechtmatige koersmanipulatie. De Stichting VEB-Actie WOL vordert World Online en de Banken uit hoofde van onrechtmatige daad te veroordelen tot vergoeding van de schade, nader op te maken bij staat, die de beleggers die hun vordering aan de Stichting hebben overgedragen, lijden en zullen lijden.

De Rechtbank heeft de vorderingen, voorzover gericht tegen World Online toegewezen, en voorzover gericht tegen de Banken, afgewezen. Het Hof heeft de Stichting alsnog niet-ontvankelijk verklaard in haar vorderingen en voorts de vorderingen van VEB, zowel die gericht tegen World Online, als die gericht tegen de Banken toegewezen in dier voege, dat World Online en de Banken volgens het Hof onrechtmatig hebben gehandeld tegenover de beleggers in aandelen World Online die op de beursintroductie hebben ingeschreven dan wel na de beursintroductie, uiterlijk op 3 april 2000, aandelen World Online hebben gekocht, door een te optimistisch beeld te scheppen en te laten bestaan ten aanzien van de waarde en de toekomstverwachting van de onderneming van World Online, op de wijze als nader in het arrest van het Hof omschreven. Volgens de door de Hoge Raad (in r.ov. 4.1 van zijn arrest) gegeven opsomming zijn in cassatie de volgende onderwerpen aan de orde:

- a) de ontvankelijkheid van de Stichting;
- b) de collectieve actie als bedoeld in artikel 3:305a BW;
- c) algemene uitgangspunten voor prospectusaansprakelijkheid bij beursintroductie;

d) onjuiste of onvolledige mededelingen in het prospectus;

e) aansprakelijkheid van World Online voor mededelingen buiten het prospectus;

f) aansprakelijkheid van de Banken voor mededelingen buiten het prospectus;

g) misleidend karakter; en

h) aansprakelijkheid van de Banken voor koersmanipulatie.

De Hoge Raad laat de niet-ontvankelijkverklaring door het Hof van de Stichting in stand. Ingeval van cessie dient de mededeling van de cessieakte aan de schuldenaar in ieder geval de in de cessieakte vermelde naam van de cedent te bevatten, waarbij de schuldenaar zonder onevenredige moeite moet kunnen vaststellen door wie vorderingen op hem zijn overgedragen. Het oordeel van het Hof dat in het onderhavige geval onvoldoende gegevens zijn vermeld om de cedenten te kunnen identificeren, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. Ook het oordeel van het Hof dat de door de Stichting gestelde lastgeving (om op eigen naam ten behoeve van de beleggers te procederen) onbewezen is, houdt stand.

In verband met de door VEB geïnitieerde collectieve actie als bedoeld in artikel 3:305a, strekkende tot verkrijging van een verklaring voor recht, oordeelt de Hoge Raad dat een vordering als de onderhavige zich bij uitstek leent voor bundeling van aanspraken van individuele beleggers in de vorm van een collectieve actie, en dat bij de vraag of bij de beursintroductie onrechtmatig is gehandeld, geabstraheerd kan worden van de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de beleggers. Volgens de Hoge Raad zijn die omstandigheden pas relevant bij vragen omtrent bijvoorbeeld schade(omvang), causaal verband en eigen schuld; bij de hier aan de orde zijnde vraag of er sprake is geweest van misleidende mededelingen gaat het, aldus de Hoge Raad, niet om de vraag of en in hoeverre (bepaalde) beleggers daadwerkelijk zijn misleid, maar om de vraag of World Online en de Banken zich vanwege het misleidende karakter van de mededelingen hadden moeten onthouden van het openbaar maken daarvan. De Hoge Raad oordeelt voorts dat een collectieve actie als bedoeld in artikel 3:305a niet slechts ten behoeve van consumenten kan worden ingesteld, maar in

voorkomend geval ook (uitsluitend of mede) in het belang van beroeps- of bedrijfmatig handelende (rechts)personen.

Na beoordeling van de klachten die betrekking hebben op de onrechtmatigheid van de handelwijze van World Online en de Banken concludeert de Hoge Raad in zijn eigen samenvatting (in r.ov. 4.40) vast dat na zijn uitspraak onherroepelijk zal vaststaan dat World Online en de Banken op de volgende punten onrechtmatig hebben gehandeld:

i) doordat in het prospectus misleidende informatie was opgenomen omtrent de loopbaan van de bestuursvoorzitter en de verwerving van Telitel als dochtermaatschappij;

ii) doordat in het prospectus ten onrechte niet was vermeld dat de verkoop (bijna 3 maanden voor de beursgang) door de bestuursvoorzitter van de aandelen in World Online die zij bezat via haar vennootschap Kalexer, had plaatsgevonden voor een koopprijs van \$ 6,04 per aandeel;

iii) doordat de bestuursvoorzitter door haar uitlatingen in de pers vlak voor de beursgang een onjuiste indruk bij het publiek heeft gewekt over haar aandelenbezit in World Online, en World Online en de Banken hebben nagelaten dit onjuiste beeld te corrigeren; en

iv) doordat World Online in de periode vlak voor en na de beursgang een tiental persberichten over allianties met belangrijke bedrijven heeft uitgebracht, terwijl van deze aangekondigde allianties er vrijwel geen was die enige werkelijke substantie had, en de Banken zijn tekort geschoten in hun verplichting als *lead managers* om World Online zodanig te begeleiden en te instrueren dat deze niet een te rooskleurig beeld van haar onderneming schept. Ten slotte zal, aldus de Hoge Raad, met deze uitspraak onherroepelijk vaststaan dat ABN Amro onrechtmatig heeft gehandeld doordat zij op 17 maart 2000 een misleidende, ruim boven de vastgestelde uitgifteprijs liggende, openingskoers van EUR 50,20 heeft bewerkstelligd.

Aan de beslissing van de Hoge Raad ligt ten aanzien van de algemene uitgangspunten voor prospectusaansprakelijkheid bij beursintroductie onder meer ten grondslag het oordeel dat een onjuiste of onvolledige mededeling alleen dan als misleidend gekwalificeerd kan worden indien

redelijkerwijs aannemelijk is dat de mededeling, gelezen in de context waarin deze is geplaatst, van materieel belang is voor de beleggingsbeslissing van de 'maatman-belegger'. Daartoe is niet vereist dat de belegger daadwerkelijk heeft kennisgenomen van, of daadwerkelijk is beïnvloed door, de desbetreffende mededeling, maar slechts dat de onjuistheid of onvolledigheid van de mededeling van voldoende materieel belang is om de 'maatman-belegger' te kunnen misleiden, zodat de mededeling op zichzelf genomen een misleidend karakter heeft. Hoewel stelplicht en bewijslast ten aanzien van het causaal verband tussen de misleiding en de schade in beginsel (conform de hoofdregel) op de belegger rusten, zal met het oog op een effectieve rechtsbescherming en gelet op de met de prospectusvoorschriften beoogde bescherming van (potentiële) beleggers tegen misleidende mededelingen in het prospectus, tot uitgangspunt mogen dienen dat *condicio sine qua non*-verband tussen de misleiding en de beleggingsbeslissing aanwezig is.

In verband met de aansprakelijkheid van World Online voor mededelingen buiten het prospectus overweegt de Hoge Raad dat indien bij het publiek waarop het prospectus zich richt, een onjuist beeld dan wel verwarring of onduidelijkheid heerst omtrent een onderwerp dat voor de beleggingsbeslissing van belang is, hoewel de in het prospectus zelve opgenomen informatie juist en volledig is, op de uitgevende instelling in beginsel niet de verplichting rust om zulks te corrigeren. Deze regel lijdt evenwel uitzondering, indien het onjuiste beeld dan wel de verwarring of onduidelijkheid in het leven is geroepen door mededelingen van of namens de uitgevende instelling zelf of door mededelingen die aan haar kunnen worden toegerekend; bovendien is ook in andere gevallen niet geheel uitgesloten dat de uitgevende instelling toch gehouden is tot correctie of opheldering, met name indien omtrent een onderwerp dat voor de beleggingsbeslissing van aanmerkelijk belang is, in de relevante markt in aanzienlijke mate sprake blijkt te zijn van een onjuist beeld dan wel verwarring of onduidelijkheid. In verband met de aansprakelijkheid van de Banken voor mededelingen buiten het prospectus overweegt de Hoge Raad dat de op de

maatschappelijke functie van de bank berustende bijzondere zorgplicht ingeval van een emissie meebrengt dat op de bank die als syndicaatsleider optreedt, een gehoudenheid rust om, voorzover dat binnen haar invloedssfeer ligt, te voorkomen dat bij potentiële beleggers een onjuist beeld van de uitgevende instelling ontstaat. Evenals voor de uitgevende instelling (zelf), geldt ook voor de bank die een emissie begeleidt, dat zij in beginsel kan volstaan met het uitbrengen van het wettelijk voorgeschreven prospectus waarin de (juiste en volledige) informatie is opgenomen die nodig is om de belegger in staat te stellen een verantwoorde beleggingsbeslissing te nemen; ook de syndicaatsleider behoeft aldus in beginsel niet te reageren op berichten in de media waaruit blijkt dat een onjuist beeld dan wel verwarring of onduidelijkheid over een relevant onderwerp bestaat, maar ook in verband met de syndicaatsleider kan deze regel uitzondering lijden in bepaalde, door de Hoge Raad nader omschreven omstandigheden.

In verband met het misleidend karakter van de onjuist dan wel onvolledig bevonden mededelingen overweegt de Hoge Raad, onder verwijzing naar zijn beslissing in het kader van de algemene uitgangspunten voor prospectusaansprakelijkheid bij beursintroductie, dat voor de kwalificatie van een onjuiste of onvolledige mededeling als misleidend, niet vereist is dat de belegger daadwerkelijk is beïnvloed door de mededeling, maar slechts dat de onjuistheid of onvolledigheid van de mededeling van voldoende materieel belang is om de 'maatman-belegger' te kunnen misleiden.

Contact

Voor vragen over of naar aanleiding van deze nieuwsbrief kunt u contact opnemen met:

Maarten Schenck

T +31 20 577 1798

M +31 6 2887 7675

E maarten.schenck@debrauw.com

Rob Polak

T +31 20 577 1788

M +31 6 5428 3664

E rob.polak@debrauw.com

Daan Beenders

T +31 20 577 1656

M +31 6 5333 1147

E daniel.beenders@debrauw.com

Dennis Horeman

T +31 20 577 1747

M +31 6 5326 8448

E dennis.horeman@debrauw.com

Amsterdam

Claude Debussylaan 80

Postbus 75084

1070 AB Amsterdam

T +31 20 577 1771

F +31 20 577 1775

Londen

5th Floor, East Wing

10 King William Street

Londen EC4N 7TW

Verenigd Koninkrijk

T +44 20 7337 3510

F +44 20 7337 3520

New York

650 Fifth Avenue, 4th floor

New York, NY 10019-6108

Verenigde Staten

T +1 212 259 4100

F +1 212 259 4111

**Deze publicatie geeft
hoofdpunten weer. De
inhoud is niet noodzakelijk
volledig en is geen juridisch
advies.**

Indien u deze nieuwsbrief niet
meer wenst te ontvangen,
word u verzocht contact op te
nemen met de afdeling
Marketing in Amsterdam of
stuur een e-mail aan:
unsubscribe@debrauw.com