

Vermogens recht

2 juli 2009

Inhoudsopgave

Opmerkelijke jurisprudentie

- Schadevergoeding wegens gederfd genot – HR 5 december 2008, RvdW 2009, 2 (Pollen/Linssen)
- Toepassing omkeringsregel – HR 19 december 2008, NJ 2009, 28 (Smeets/Gemeente Heerlen)
- Vergoeding van redelijk loon bij meerwerk – HR 19 december 2008, RvdW 2009, 82 (3Span/Recreatiebeheer)
- Wel, respectievelijk geen formele rechtskracht – HR 19 december 2008, NJ 2009, 146 (Hoogland c.s./Gemeente Rotterdam) en HR 10 april 2009, RvdW 2009, 513 (Gemeente Barneveld/De Berkenhorst)
- Misbruik identiteitsverschil tussen rechtspersonen en natuurlijk persoon – HR 27 februari 2009, RvdW 2009, 375 (Stichting X/Mr Aerts qq)
- Terloopse wijziging verjaringstermijn door vaststellingsovereenkomst - HR 27 maart 2009, RvdW 2009, 462 (MSD/Euromedica)
- Overlijdensschade – HR 10 april 2009, RvdW 2009, 514 (Philip Morris/X)
- Cessie door curator na pauliana en benadeling schuldeisers – HR 24 april 2009, RvdW 2009, 579 (Mr Dekker q.q./Lutèce)
- Shell schikking – Hof Amsterdam 29 mei 2009, LJN BI5744
- Effectenlease – HR 5 juni 2009, RvdW 2009, 683 (De Treek/Dexia), HR 5 juni 2009, RvdW 2009, 684 (Levob/Bolle) en HR 5 juni 2009, RvdW 2009, 685 (Stichting GeSp/Aegon)

Opmerkelijke jurisprudentie

Schadevergoeding wegens gederfd genot – HR 5 december 2008, RvdW 2009, 2 (Pollen/Linssen)

Als vuistregel wordt aangenomen dat genotsderving vermogensschade kan zijn, ook als die genotsderving niet heeft geleid tot extra uitgaven of tot een daadwerkelijk vermogensverlies. Deze regel is af te leiden uit het zogeheten Dakar-rally arrest (HR 28 januari 2005, NJ 2008, 55) dat betrekking had op de schade die door een deelnemer van de Dakar-rally 1999 gevorderd werd van de verhuurder van de door hem voor de rally gebruikte rallymotor. Deze was aan het begin van de derde van zestien etappes vastgelopen waardoor deelname aan de rally geheel moest worden gestaakt. De Hoge Raad oordeelde toen dat, indien uitgaven gedaan zijn ter verkrijging van een op zichzelf niet op geld waardeerbaar onstoffelijk voordeel en dat voordeel is gemist, het gemis daarvan als vermogensschade wordt aangemerkt. Uitgangspunt bij het begroten van de aldus geleden schade, is dat de waarde van het gemiste voordeel gesteld moet worden op de voor verkrijging van dat voordeel gedane uitgaven die hun doel hebben moeten missen. Bij toerekenbaarheid op grond van artikel 6:98 BW, zal de aansprakelijke partij deze schade in haar geheel moeten vergoeden tenzij dit in het licht van de omstandigheden van het geval onredelijk zou zijn. In de zaak Pollen/Linssen doet zich het volgende feitencomplex voor: Pollen, de koper van een plezierjacht voor privé-gebruik, wordt geconfronteerd met enige relatief kleine gebreken aan het jacht waardoor hij gedurende een periode

van ongeveer 16 maanden minder snel kan varen en minder grote tochten kan maken. Linssen, de verkoper, repareert de gebreken voor eigen rekening, voor zover nodig meteen in het vaarseizoen en waar mogelijk in de winterstalling. Daardoor kan Pollen het jacht gedurende enige dagen van het vaarseizoen niet gebruiken. Hij vordert van Linssen de door hem geleden schade wegens genotsderving. Daarbij begroot hij de waarde van het gemiste voordeel op het totaal van de in die 16 maanden gemaakte kosten voor het aanhouden van het jacht, de waardevermindering die het jacht in die periode heeft ondergaan, de renteschade en de kosten voor een deskundige. De Hoge Raad bevestigt weliswaar de vuistregel maar wijst de vordering van Pollen af nu het gederfde genot gering was terwijl Linssen bovendien alle reparatiekosten heeft gedragen. De Hoge Raad beslist dat minimumdrempels kunnen worden aangenomen, zowel in tijd als in de ernst van de tekortkoming. Beneden die drempels is geen plaats voor vergoeding van schade wegens gemis van onstoffelijk voordeel. Of deze schade voor vergoeding in aanmerking komt, hangt af van de omstandigheden van het geval. In de zaak Pollen/Linssen was sprake van een minimale duur van het gemiste onstoffelijk voordeel. De Hoge Raad overweegt dat de koper van een motorjacht rekening moet houden met de mogelijkheid dat het jacht niet meteen na aankoop volledig conform is. Een verkoper moet dan ook in de gelegenheid worden gesteld om op grond van artikel 7:21 de gebrekkige zaak te herstellen of te vervangen. Dit is in lijn met artikel 6:82 lid 1 dat bepaalt dat wanneer er sprake is van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis maar die verbintenis nog steeds naar behoren kan worden nagekomen, de schuldenaar in beginsel een redelijke termijn voor nakoming moet worden gegund. Linssen heeft de gebrekkige zaak dan ook daadwerkelijk hersteld en wel op de voor Pollen zo gunstig mogelijke momenten. Daardoor heeft Pollen slechts voor een zeer korte duur het motorjacht niet kunnen gebruiken. Het door Pollen gederfde genot is dusdanig gering, aldus de Hoge Raad, dat het slechts enige ergernis kan hebben veroorzaakt. Dergelijke ergernis is geen vermogensschade.

Toepassing omkeringsregel – HR 19 december 2008, NJ 2009, 28 (Smeets/Gemeente Heerlen)

In de rechtspraak van de Hoge Raad is de omkeringsregel ontwikkeld. Deze regel houdt in dat het bestaan van causaal verband (in de zin van *condicio sine qua non*-verband) tussen een onrechtmatige gedraging of tekortkoming en het ontstaan van de schade wordt aangenomen, tenzij degene die wordt aangesproken aannemelijk maakt dat bedoelde schade ook zonder die gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan. Voor toepassing van de omkeringsregel is vereist dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar terzake van het ontstaan van schade, en dat degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het specifieke gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt.

In deze zaak staat de vraag centraal of de omkeringsregel kan worden toegepast in het geval een beheerder van een openbare weg wordt aangesproken op grond van artikel 6:174 BW. De feiten zijn als volgt. De Gemeente Heerlen is wegbeheerder van de Heesbergstraat. Op die weg zijn wegwerkzaamheden uitgevoerd. Bij die werkzaamheden is op een bepaald gedeelte van de weg reeds een toplaag aangebracht en op een ander gedeelte van de weg nog niet. Als gevolg daarvan bevindt zich een richel van enkele centimeters in het wegdek. Smeets is met zijn fiets ter hoogte van de wegwerkzaamheden ten val gekomen. Hij spreekt de Gemeente op grond van artikel 6:174 aan voor de door hem geleden schade. Smeets stelt daartoe dat hij door de richel plotseling in zijn vaart is gestuit en vervolgens over de kop is geslagen. Voor het bewijs van het causale verband beroept Smeets zich op de omkeringsregel. De Gemeente betwist onder meer dat Smeets door de richel ten val is gekomen. De Rechtbank heeft de vordering van Smeets toegewezen. Het Hof echter niet. Het Hof heeft daarbij in het midden gelaten of de weg ter plaatse voldeed aan de daaraan krachtens artikel 6:174 te stellen eisen. Volgens het Hof dient de vordering van Smeets reeds te worden afgewezen, omdat de door hem mede aan zijn vordering ten grondslag gelegde omkeringsregel toepassing mist. Het Hof was van mening dat Smeets voor toepassing van deze regel de door hem gestelde toedracht van het

ongeval had dienen te bewijzen, nu de Gemeente had bestreden dat zij met de toestand van de weg een risico terzake van het ontstaan van schade in het leven had geroepen en ook dat dit risico zich daadwerkelijk had verwezenlijkt.

De Hoge Raad kan zich niet verenigen met deze gedachtegang en vernietigt het arrest van het Hof. De Hoge Raad stelt voorop dat de aan artikel 6:174 ten grondslag liggende zorgplicht van de beheerder van openbare wegen met name strekt ter bescherming van de veiligheid van de gebruikers daarvan en dat de beschermingsomvang van verkeers- en veiligheidsnormen ruim moet worden uitgelegd. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat de benadeelde die (bij aansprakelijkheid van de wegbeheerder ex artikel 6:174) stelt als gevolg van een ongeval op die weg schade te hebben geleden en daarbij een beroep doet op de omkeringsregel, omtrent de toedracht van het ongeval feiten dient te stellen en zonodig aannemelijk dient te maken waaruit volgt dat een bepaald uit die toestand voortvloeiend gevaar zich heeft verwezenlijkt. Daarbij is het volgens de Hoge Raad evenwel niet nodig dat door de benadeelde ook de precieze toedracht van het ongeval aannemelijk wordt gemaakt, zoals het Hof had overwogen. In gevallen als de onderhavige wordt de gelaedeerde volgens de Hoge Raad immers nu juist door de omkeringsregel beschermd tegen het bewijsrisico dat is verbonden aan de dienaangaande bestaande onzekerheid.

Vergoeding van redelijk loon bij meerwerk – HR 19 december 2008, RvdW 2009, 82 (3Span/Recreatiebeheer)

Artikel 7:405 lid 2 BW bepaalt dat indien bij een overeenkomst van opdracht de hoogte van het loon niet door partijen is bepaald, de opdrachtgever het op de gebruikelijke wijze berekende loon verschuldigd is of, bij gebreke daarvan, een redelijk loon. Het onderhavige arrest gaat in op de stelplicht van de eisende opdrachtnemer en de motiveringsplicht van de rechter met betrekking tot de werkzaamheden in verband met het redelijk loon.

Tussen 3Span en Recreatiebeheer wordt een overeenkomst gesloten die bepaalt dat 3Span het projectmanagement zal voeren bij herstelwerkzaamheden na brandschade aan een recreatiecentrum. De werkzaamheden zouden in een bepaalde periode plaatsvinden en voor de afgesproken werkzaamheden gold (voorzover van

belang) een vaste vergoeding. Uiteindelijk verricht 3Span ook werkzaamheden die niet in de overeenkomst waren voorzien. Daardoor is het takenpakket van 3Span verzaamd en is de projectmanagementperiode verlengd. 3Span vordert een vergoeding voor de extra werkzaamheden. Het Hof heeft de vordering van 3Span afgewezen omdat 3Span er niet in is geslaagd om een nauwkeurige specificatie van haar extra werkzaamheden te geven, terwijl zij naar het oordeel van het Hof de bewijslast had voor de gestelde extra gewerkte uren en extra gereden kilometers. De Hoge Raad vernietigt die beslissing.

De Hoge Raad overweegt dat wat in een concreet geval als redelijk loon heeft te gelden, onder meer afhangt van de aard en de - eventueel schattenderwijs te bepalen - omvang van de werkzaamheden en de gebruiken in de branche. Aan het bepalen van het redelijk loon kan geen precieze berekening ten grondslag worden gelegd. Daarom worden er geen hoge eisen gesteld aan de stelplicht van de opdrachtnemer en de motivering van de rechter omtrent het redelijk loon. Het Hof heeft te hoge eisen gesteld aan de stelplicht en bewijslast van 3Span. De Hoge Raad voegt daar nog aan toe dat in gevallen als deze (waarin, naast de opdracht waarvoor wel een bepaald loon is afgesproken, meerwerk wordt verricht) bij het bepalen van het redelijk loon voor het meerwerk onder meer acht kan worden geslagen op de aard en omvang van de extra werkzaamheden waarover het projectmanagement werd gevoerd, in vergelijking met de aard en de omvang van de in de overeenkomst beschreven werkzaamheden waarover het projectmanagement werd gevoerd.

Wel, respectievelijk geen formele rechtskracht – HR 19 december 2008, NJ 2009, 146 (Hoogland c.s./Gemeente Rotterdam) en HR 10 april 2009, RvdW 2009, 513 (Gemeente Barneveld/De Berkenhorst)

Het leerstuk van de formele rechtskracht houdt in dat wanneer tegen een bestuursbesluit een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan en deze beroepsgang niet of tevergeefs is gebruikt, de burgerlijke rechter er in beginsel van dient uit te gaan dat het besluit zowel wat zijn wijze van totstandkoming als wat zijn inhoud betreft, in overeenstemming is met de wettelijke voorschriften en met algemene rechtsbeginselen. Een vordering tot

schadevergoeding die wordt ingesteld bij de burgerlijke rechter en die berust op het uitgangspunt dat het desbetreffende besluit onrechtmatig is, zal dan stranden. Het leerstuk van de formele rechtskracht strekt ertoe te komen tot een doelmatige taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter, met als uitgangspunt dat beslissingen over de (on)rechtmatigheid van bestuursbesluiten zoveel mogelijk door de bestuursrechter genomen dienen te worden. De juiste toepassing en precieze reikwijdte van, en de mogelijke uitzonderingen op de formele rechtskracht geven met regelmaat tot geschillen aanleiding.

In de eerstgenoemde zaak houdt de Hoge Raad strikt vast aan toepassing van de formele rechtskracht; volgens de Hoge Raad in de tweede zaak bestrijkt de formele rechtskracht evenwel niet mede het daar aan de orde zijnde geval. In de eerste zaak is doorslaggevend dat uiteindelijk het primaire besluit in stand gebleven is, ook al heeft dit slechts kunnen gebeuren dankzij een toetsing ex nunc; blijkens de tweede zaak wordt van de aanvrager van een vergunning die na een daartegen door een derde gemaakt bezwaar wordt ingetrokken, niet verlangd dat hij (zelf) de onrechtmatigheid van de aan hem verleende vergunning doet vaststellen om te voorkomen dat hem de formele rechtskracht van de vergunning tegengeworpen kan worden.

De aan de zaak Hoogland c.s./Gemeente Rotterdam ten grondslag liggende casus is, kort gezegd, als volgt.

Het Dagelijks Bestuur van (een deelgemeente van) de Gemeente Rotterdam verleent op 10 december 1996 met gebruikmaking van de vrijstellingsmogelijkheid ex artikel 19 Wet op de ruimtelijke ordening (WRO) (zoals dat toen van kracht was) aan een verpleeghuis een bouwvergunning. Hoogland c.s. maken bezwaar, welk bezwaar ongegrond wordt verklaard. Tegen deze (eerste) beslissing op bezwaar gaan Hoogland c.s. in beroep bij de Rechtbank en vervolgens in hoger beroep bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRS). In de vernietiging door de ABRS ligt besloten dat het primaire besluit (van het Dagelijks Bestuur), naar de stand van zaken op het moment waarop dat besluit is genomen, onjuist was, onder meer wegens het (op dat moment) ontbreken van een voldoende uitgewerkt planologisch kader en

van voldoende urgentie om een dergelijk kader niet af te wachten. Na een nieuwe (tweede) beslissing op bezwaar, die opnieuw vernietigd wordt (door de Rechtbank), verklaart het Dagelijks Bestuur bij zijn derde beslissing op bezwaar (van 27 januari 2004) de (oorspronkelijke) bezwaren van Hoogland c.s. (alsnog) ongegrond en handhaaft het (primaire) besluit tot verlening van de bouwvergunning (met vrijstelling) van 10 december 1996. Het Dagelijks Bestuur overweegt daartoe onder meer dat de omstandigheden zodanig gewijzigd zijn en zodanig spoedeisend zijn geworden dat het wachten op een meer uitgewerkt planologisch toetsingskader redelijkerwijs niet gevegd kan worden, terwijl bovendien inmiddels sprake is van een nadere planologische uitwerking, in de vorm van een voorontwerp voor een nieuw bestemmingsplan. Het beroep, respectievelijk hoger beroep, tegen deze (derde) beslissing op bezwaar wordt verworpen (door Rechtbank, respectievelijk ABRS). Daarmee wordt het primaire besluit - de verlening van de bouwvergunning met vrijstelling - onherroepelijk. Hoogland c.s. vorderen (bij de burgerlijke rechter) vergoeding van schade, onder meer bestaande in waardevermindering van hun (inmiddels: vroegere) huis.

De Rechtbank heeft de vordering van Hoogland c.s. toegewezen. Het Hof heeft het vonnis van de Rechtbank vernietigd en de vordering van Hoogland c.s. - behoudens op een ondergeschikt punt - afgewezen.

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep. Met verwijzing naar [HR 13 oktober 2006, NJ 2007, 187](#), oordeelt de Hoge Raad dat met de vernietiging van de (eerste) beslissing op bezwaar nog niet vaststond dat het primaire besluit - de bouwvergunning van 10 december 1996 - ook onrechtmatig was, maar dat het antwoord op die vraag in het algemeen afhangt van de besluitvorming die na de vernietiging van de beslissing op bezwaar plaatsvindt. Nu de bestuursrechtelijke procedure er uiteindelijk in geresulteerd heeft dat het primaire besluit in stand gebleven is en onherroepelijk geworden is, moet voor de burgerlijke rechter uitgangspunt zijn dat het primaire besluit rechtmatig is, ook voorzover de rechtmatigheid ervan wordt beoordeeld naar het tijdstip waarop het is genomen, aldus de Hoge Raad.

In de zaak Gemeente Barneveld/De Berkenhorst is het volgende aan de orde. Vakantiepark De

Berkenhorst vraagt een bouwvergunning (met vrijstelling ex artikel 19 WRO (oud)) aan voor de bouw van 20 recreatiewoningen. Deze vergunning wordt op 18 december 2001 verleend. Na door een derde gemaakt bezwaar, en schorsing van de vergunning bij uitspraak van de bestuursrechter van 28 februari 2002, trekken B&W de vergunning bij besluit van 25 oktober 2002 in wegens strijd met de wet. Inmiddels is op 12 september 2002 een nieuw bestemmingsplan in werking getreden. De door De Berkenhorst op basis van dit nieuwe bestemmingsplan aangevraagde (nieuwe) bouwvergunning wordt op 6 november 2002 verleend en wordt vervolgens onherroepelijk. In cassatie staat vast dat reeds direct op 18 december 2001 een bouwvergunning verleend had kunnen worden die niet wegens een onjuiste wettelijke grondslag aan vernietiging (of intrekking) blootgestaan zou hebben. De Berkenhorst vordert vergoeding van de schade die zij zegt te hebben geleden door de vertraging die is opgetreden bij de verlening van de vergunning.

Het Hof heeft de vordering toegewezen.

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep.

Hoewel uitgangspunt is dat degene die niet (zelf) de met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang heeft gevolgd, zich in een procedure bij de burgerlijke rechter niet op de onrechtmatigheid van het desbetreffende besluit kan beroepen, ook niet indien een ander de bestuursrechtelijke procedure wel, en met succes, heeft gevolgd (vgl. HR 19 juni 1998, NJ 1998, 869), bestrijkt de formele rechtskracht, aldus de Hoge Raad, niet mede het hier aan de orde zijnde geval waarin het gaat om de positie van de aanvrager van een bouwvergunning die na daartegen door een derde gemaakt bezwaar door B&W wordt ingetrokken wegens strijd met de wet: die aanvrager mag ervan uit gaan dat de hem verleende vergunning niet in strijd met de wet is. Ook het feit dat de houder van een bouwvergunning die reeds met bouwen begint voordat de hem verleende vergunning onherroepelijk is geworden, op eigen risico handelt (vgl. HR 20 april 1994, NJ 1997, 396) staat niet in de weg aan de vergoeding van de hier aan de orde zijnde vertragingsschade. Het verlenen van een met de wet strijdige en op die grond later vernietigde of ingetrokken vergunning is (ook tegenover de aanvrager) onrechtmatig; maar degene die met bouwen begint voordat de hem

verleende vergunning onherroepelijk is geworden, heeft (100%) eigen schuld. Bij de hier gevorderde vergoeding van vertragingsschade doet zich dat niet voor.

Misbruik identiteitsverschil tussen rechtspersonen en natuurlijk persoon – HR 27 februari 2009, RvdW 2009, 375 (Stichting X/Mr Aerts qq)

Kan sprake zijn van misbruik van het identiteitsverschil tussen twee rechtspersonen (of tussen een of meer rechtspersonen en een natuurlijk persoon) indien het vermogensbestanddeel dat niet beschikbaar blijft voor verhaal door schuldeisers, nooit in juridisch eigendom heeft toebehoord aan de schuldenaar, zodat in zoverre niet gesproken kan worden van onttrekking van het vermogensbestanddeel aan verhaal van de schuldeisers? Ja, zegt de Hoge Raad; van (onrechtmatig) misbruik van het identiteitsverschil tussen twee rechtspersonen (of tussen een of meer rechtspersonen en een natuurlijk persoon) kan ook sprake zijn indien iemand een goed waarvan hij alle voordelen geniet, met gebruikmaking van dat identiteitsverschil buiten zijn vermogen brengt of houdt, zonder daarmee een zelfstandig belang van de betrokken rechtsperso(o)n(en) te dienen maar enkel met het oogmerk dat goed aan verhaal van zijn schuldeisers te onttrekken.

Von Bertleff richt in 1991 een stichting op (Stichting X). Stichting X verwerft op de dag van haar oprichting (van een derde) de eigendom van een woonhuis, en verkoopt (op dezelfde dag en voor dezelfde prijs) de economische eigendom van het huis aan Von Bertleff. In 1993 richt Von Bertleff een tweede stichting op (Stichting Y). Aan Stichting Y draagt hij de economische eigendom van het huis over (voor bijna het dubbele van de prijs waarvoor hij, Von Bertleff, de economische eigendom van Stichting X had gekocht). De juridische eigendom van het huis berust aldus bij Stichting X, de economische eigendom bij Stichting Y. In 2001 gaat Von Bertleff failliet. De curator van Von Bertleff spreekt Stichting X aan voor de schade die de schuldeisers van Von Bertleff lijden en die daarin bestaat dat de overwaarde van het huis aan hun verhaal is onttrokken. De curator verwijt Von Bertleff misbruik te hebben gemaakt van het identiteitsverschil tussen hemzelf en de beide stichtingen door de eigendomsconstructie met het

woonhuis, welk misbruik niet alleen Von Bertleff, maar ook de beide stichtingen verplicht tot het vergoeden van de door de schuldeisers van Von Bertleff geleden schade.

Het Hof heeft vastgesteld dat Von Bertleff in feite de zeggenschap over, en het genot van, het huis had en dat hij na eventuele vervreemding over de opbrengst zou kunnen beschikken, en het heeft geoordeeld dat de door Von Bertleff in het leven geroepen en in stand gehouden

eigendomsconstructie uitsluitend tot doel had het huis aan (toekomstig) verhaal van zijn schuldeisers te onttrekken. Op die grond heeft het Hof de vordering van de curator toegewezen.

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep, dat er in de kern op neer kwam dat van misbruik van het identiteitsverschil slechts sprake zou kunnen zijn indien Von Bertleff door te handelen met of vanuit de stichting(en) met een vermogensbestanddeel dat hem toebehoort, heeft gehandeld of 'geschoven' binnen de sfeer van deze rechtsperso(o)n(en).

Reeds in HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 698, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat door degene die (volledige of overheersende) zeggenschap heeft over twee rechtspersonen, misbruik kan worden gemaakt van het identiteitsverschil tussen deze rechtspersonen en dat het maken van zodanig misbruik in de regel zal moeten worden aangemerkt als een onrechtmatige daad die verplicht tot het vergoeden van de daardoor veroorzaakte schade, en wel door zowel de (natuurlijk) persoon met de (volledige of overheersende) zeggenschap, als door de betrokken rechtspersonen. Uit de uitspraak in de onderhavige zaak blijkt (i) dat het ook kan gaan om misbruik van het identiteitsverschil tussen een natuurlijk persoon en een of meer rechtspersonen en (ii) dat voor (onrechtmatige) onttrekking aan het verhaal door schuldeisers niet vereist is dat het desbetreffende vermogensbestanddeel te eniger tijd aan de betrokken (rechts)persoon in (juridische) eigendom heeft toebehoord.

Opmerking verdient dat onderscheid gemaakt kan worden tussen het (onrechtmatig) afzonderen van eigen vermogen waardoor aan schuldeisers nadeel wordt toegebracht - de situatie die zich in feite in dit geval voordeed - en het (rechtmatig) afgescheiden houden van aan derden toebehorende vermogensbestanddelen, waarbij aan de schuldeisers geen nadeel wordt toegebracht, maar

hen alleen een voordeel ontgaat - zoals naar het oordeel van de Hoge Raad bijvoorbeeld aan de orde was in HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214. Het onderscheid kan onder meer van belang zijn in situaties waarin vennootschappen in groepsverband bepaalde vermogensbestanddelen - zoals onroerende zaken - in afzonderlijke vennootschappen houden.

Terloopse wijziging verjaringstermijn door vaststellingsovereenkomst – HR 27 maart 2009, RvdW 2009, 462 (MSD/Euromedica)

Voor een vordering tot betaling van een dwangsom geldt een bijzondere en korte verjaringstermijn van 6 maanden na de dag waarop de dwangsom is verbeurd (artikel 611g lid 1 Rv). Maar wat op het eerste oog een vordering tot betaling van een dwangsom lijkt te zijn, kan bij nadere beschouwing blijken een vordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst te zijn (geworden). Daarvoor geldt een verjaringstermijn van 5 jaar (artikel. 3:307 BW).

MSD en Euromedica zijn verwickeld in een strijd over beweerde merkinbreuk. In dat verband is bij vonnis in kort geding van 9 juli 1999 aan Euromedica verboden nog langer inbreuk te maken op de merkrechten van MSD op het merk Renitec, op straffe van een dwangsom van NLG 10.000,- per overtreding, met een maximum van NLG 1.000.000,-. In een executiegeschil vordert Euromedica vervolgens een veroordeling van MSD tot staking van de executie. De President wijst de vordering toe, maar het Hof wijst de vordering alsnog af, bij arrest van 9 mei 2000. Euromedica stelt cassatieberoep in. Hangende het cassatieberoep stelt Euromedica aan MSD voor om een bankgarantie te stellen tot een maximum van NLG 1.000.000,-, in ruil voor het afzien door MSD van executie maatregelen, een en ander in afwachting van de uitkomst van het executiegeschil. In juni 2000 sluiten partijen dienaangaande een overeenkomst en ter uitvoering hiervan geeft ING Bank N.V. aan MSD een bankgarantie af, waarbij zij zich onherroepelijk en onvoorwaardelijk garant verklaart jegens MSD voor het bedrag van de dwangsommen tót een maximum van NLG 1.000.000,-, zulks voor het geval bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak definitief zal komen vast te staan dat Euromedica inbreuk heeft gemaakt en dwangsommen verschuldigd is. Dit laatste wordt door het Hof in

het executiegeschil inderdaad vastgesteld, en wel bij zijn (onherroepelijke) uitspraak van 27 november 2003 (na vernietiging en verwijzing door de Hoge Raad). Vervolgens beroept Euromedica zich (op 9 februari 2004) op verjaring, op de grond dat de dwangsommen ingevolge het bepaalde in artikel 611g lid 1 Rv inmiddels verjaard zijn door verloop van 6 maanden na de dag waarop zij zijn verbeurd.

Euromedica vordert (in conventie) een verklaring voor recht dat haar beroep op verjaring doel treft; MSD vordert (in reconventie) een verklaring voor recht dat Euromedica op basis van het vonnis van 9 juli 1999 dwangsommen verschuldigd is.

De Rechtbank heeft de vordering in conventie afgewezen en die in reconventie toegewezen. Het Hof heeft het vonnis van de Rechtbank vernietigd en de in conventie gevorderde verklaring voor recht toegewezen.

De Hoge Raad acht het cassatieberoep gegrond. Hij ziet in de tussen partijen gesloten overeenkomst een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 BW, waarbij MSD afstand heeft gedaan van haar (gesteld) recht op executie van de dwangsommen en Euromedica (via haar bank) een bankgarantie heeft gesteld. Uit de aard van de vaststellingsovereenkomst volgt volgens de Hoge Raad dat de rechtsverhouding tussen partijen met ingang van het moment waarop deze overeenkomst tot stand kwam, niet langer werd bepaald door het vonnis in kort geding, waarbij de dwangsom was opgelegd, maar door de vaststellingsovereenkomst; de garantie die op grond van de vaststellingsovereenkomst werd afgegeven door de bank was daarbij afhankelijk van de nadere rechterlijke vaststelling van de rechtsverhouding tussen partijen, namelijk de definitieve uitkomst van het executiegeschil. Daarmee was niet meer de verjaringstermijn van artikel 611g Rv, maar voortaan die van art. 3:307 BW op de rechtsverhouding tussen partijen van toepassing. Dat artikel 3:322 lid 3 BW dwingendrechtelijk voorschrijft dat van verjaring geen afstand kan worden gedaan voordat deze is voltooid, doet hieraan niet af, nu ingevolge artikel 7:902 BW een vaststellingsovereenkomst ook geldig is als de vaststelling in strijd mocht blijken te zijn met dwingend recht, aldus de Hoge Raad. Een afspraak tot staking van de executie tegen zekerheidstelling kan derhalve onder omstandigheden als het ware terloops het gevolg

hebben dat de betalingsverplichting geacht moet worden voortaan een geheel andere juridische grondslag te hebben, met alle gevolgen van dien, bijvoorbeeld voor de toepasselijke verjaringstermijn.

Overlijdensschade – HR 10 april 2009, RvdW 2009, 514 (Philip Morris/X)

Op 15 juni 1998 komt een man door een bedrijfsongeval om het leven. Hij laat zijn echtgenote en hun kind achter. De echtgenote is ten gevolge van het overlijden van de man minder gaan werken om meer zorgtaken ten behoeve van het kind te kunnen verrichten. Zijn echtgenote spreekt werkgever Philip Morris aan wegens gederfd levensonderhoud. Philip Morris heeft aansprakelijkheid op zichzelf erkend. Tussen partijen is niet in geschil dat bij de berekening van de schade het gederfde inkomen van de man in aanmerking moet worden genomen. In cassatie twisten partijen uitsluitend over de vraag of bij de schadeberekening ook in aanmerking moet worden genomen het extra inkomensverlies dat is ontstaan doordat de echtgenote minder is gaan werken. De Hoge Raad beantwoordt die vraag – met het Hof – bevestigend. De bijdrage die de overledene in het levensonderhoud van zijn echtgenote en zijn kind zou hebben geleverd, dient te worden vergeleken met de gehele financiële positie waarin de nabestaanden door dat overlijden daadwerkelijk zijn komen te verkeren (vgl. HR 4 februari 2000, NJ 2000, 600). Voor de vaststelling van het schadebedrag dient te worden uitgegaan van hetgeen de overledene aan de nabestaande feitelijk placht te verstrekken. Daarbij dienen wijzigingen te worden verdisconteerd - zowel in omvang van de bijdrage, als in de behoefte van de nabestaande - die op het moment van het overlijden redelijkerwijs waren te verwachten. De nabestaande heeft slechts een vordering heeft voor zover bij deze sprake is van behoefteigheid, gerelateerd aan de specifieke situatie van de huishouding waarvan de overledene en de nabestaande deel uitmaakten (HR 16 december 2005, NJ 2008, 186).

De Hoge Raad overweegt vervolgens dat onder 'hetgeen de overledene aan de nabestaande feitelijk placht te verstrekken' niet uitsluitend financiële bijdragen moeten worden begrepen, maar ook bijdragen van andere aard, zoals het verrichten van huishoudelijke taken en het leveren

van een bijdrage aan de opvoeding van de minderjarige kinderen. Een andere opvatting miskent dat het vaak voorkomt – zoals ook in deze zaak – dat beide echtelieden zowel in financiële zin als door het verrichten van zorgtaken een bijdrage leveren aan de gemeenschappelijke huishouding, en daarmee aan elkaars levensonderhoud. Valt deze bijdrage van een van de echtelieden weg door diens overlijden, dan lijdt de achterblijvende echtgenoot daardoor schade die in beginsel dient te worden vergoed door degene die voor dat overlijden aansprakelijk is.

Cessie door curator na pauliana en benadeling schuldeisers – HR 24 april 2009, RvdW 2009, 579 (Mr Dekker q.q./Lutèce)

Holco (de rechtsvoorganger van Lutèce) heeft een overeenkomst gesloten met Mamon Sorteert B.V. waaronder de laatste champignons zou leveren aan Holco. Op 20 juli 1999 vindt een contractsovername plaats, waarbij Mamon Beheer B.V. de rechten en verplichtingen van Mamon Sorteert B.V. overneemt: Holco diende de leveringen tot 1 augustus 1999 nog te betalen aan Mamon Sorteert B.V., maar de latere leveringen aan Mamon Beheer B.V. Mamon Sorteert B.V. gaat failliet; haar curator vernietigt per brief van 20 oktober 1999 de contractsovername vanwege schuldeisersbenadeling op de voet van artikel 42 Faillissementswet. De curator stelt een vordering tegen Holco in waarin hij onder meer betaling vordert voor leveringen van zowel vóór als na 1 augustus 1999. Tijdens het geding in hoger beroep heeft de curator de vordering gecedeerd aan Heniger. Heniger heeft de procedure vervolgens overgenomen. Hij heeft zijn vordering aangevuld met een subsidiaire vordering tot vergoeding van schade wegens onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking.

Het Hof heeft de vordering tot betaling van leveranties vóór 1 augustus 1999 toegewezen en de overige vorderingen afgewezen. Overigens is Heniger vervolgens failliet gegaan, maar diens curator Mr Dekker heeft cassatieberoep ingesteld. De hierna te bespreken klachten en de beslissing van de Hoge Raad zijn in twee onderwerpen te verdelen. Het eerste onderwerp is de cessie van de vordering die strekt tot betaling voor de leveringen van na 1 augustus 1999. Volgens het Hof had - gezien de vernietiging van de contractsovername - Mamon Sorteert B.V. en niet Mamon Beheer B.V. te gelden

als contractuele wederpartij van Holco. De vordering tot betaling behoorde door de terugwerkende kracht van de vernietiging ten tijde van de faillietverklaring van Mamon Sorteert B.V. dan ook tot haar vermogen. Anders dan het Hof oordeelt de Hoge Raad dat die vordering vatbaar is voor overdracht door de curator aan een derde (artikel 3:83 lid 1 BW). Dat wordt niet anders door het feit dat het (blijven) behoren tot haar vermogen is bewerkstelligd door een vernietiging van de contractsovername op grond van artikel 42 Fw. Het gaat ook niet om een vordering die is gebaseerd op de artikelen 42-48 Fw en die volgens artikel 49 lid 1 Fw door de curator wordt ingesteld, maar om een contractuele vordering. Nu gezien de terugwerkende kracht van de vernietiging de vordering ten tijde van de faillietverklaring tot het vermogen van Mamon Sorteert B.V. behoorde, is ook artikel 51 Fw - dat bepaalt dat hetgeen door een vernietigde rechtshandeling uit het vermogen van de schuldenaar is gegaan, aan de curator moet worden teruggegeven - niet van toepassing, omdat er van 'teruggeven' geen sprake kan zijn. Op dit punt wordt de beslissing van het Hof vernietigd. Het tweede onderwerp is de cessie van de vordering die strekt tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking. Op dit punt blijft het oordeel van het Hof in stand. De Hoge Raad overweegt onder meer dat een faillissementscurator bevoegd is om in gevallen van benadeling van schuldeisersbelangen voor de belangen van de gemeenschappelijke schuldeisers op te komen, waarbij onder omstandigheden ook plaats kan zijn voor het geldend maken van een vordering tot schadevergoeding tegen een derde die bij de benadeling betrokken was, ook al kwam die vordering aan de gefailleerde zelf niet toe (artikel 68 Fw). De opbrengst van een dergelijke vordering valt in de boedel en komt op die wijze aan de gezamenlijke schuldeisers ten goede door toename van het boedelactief. De schade van de individuele faillissementsschuldeiser kan echter pas worden bepaald als duidelijk is hoeveel hij uit het faillissement ontvangt; hij moet dan ook voor het volle bedrag van zijn vordering in het faillissement opkomen en bij de vaststelling van zijn schade moet rekening worden gehouden met hetgeen hij uit het faillissement ontvangt. Tegen die achtergrond komt de vordering tot schadevergoeding zelf toe aan de gezamenlijke schuldeisers, en valt deze niet in de boedel. Daarom kan de curator die vordering niet overdragen aan een derde zonder last, toestemming

of volmacht van de gemeenschappelijke schuldeisers.

Shell schikking – Hof Amsterdam 29 mei 2009, LJN BI5744

Op 29 mei 2009 heeft het Hof Amsterdam op basis van de Wet collectieve afwikkeling massaschade de verbindendverklaring uitgesproken van de schikking die Shell met (belangenbehartigers van) haar aandeelhouders heeft getroffen in verband met de hercategorisatie van haar olie- en gasreserves in 2004. De verbindendverklaring heeft betrekking op alle aandeelhouders van Shell die aandelen hebben gekocht in een bepaalde periode, ongeacht hun plaats van vestiging, met uitzondering van aandeelhouders die gevestigd zijn in de Verenigde Staten of die aandelen hebben gekocht op de NYSE; voor deze laatste aandeelhouders geldt een parallelle schikking.

Voor verdere informatie zij verwezen naar de Legal Alert ‘*Shell: landmark decision regarding international collective settlement of mass claims*’ van 2 juni 2009 die kan worden gedownload van onze website:

[Legal Alert](#)

Effectenlease – HR 5 juni 2009, RvdW 2009, 683 (De Treek/Dexia), HR 5 juni 2009, RvdW 2009, 684 (Levob/Bolle) en HR 5 juni 2009, RvdW 2009, 685 (Stichting GeSp/Aegon)

De Hoge Raad heeft op 5 juni 2009 arrest gewezen in drie zaken over effectenlease. De zaken waren mede opgezet als proefprocedures. De Hoge Raad neemt de gelegenheid te baat om zich ook in meer algemene zin over zorgplicht, causaal verband en schadevergoeding, alles in het kader van effectenlease, uit te spreken. Het arrest betreffende Dexia bevat met zo veel woorden een ‘algemene beschouwing’, die de Hoge Raad geeft met het oog op een ‘praktische, efficiënte en zo mogelijk uniforme beoordeling van geschillen omtrent andere effectenlease-overeenkomsten’. De arresten hebben mogelijk een bredere betekenis voor de bijzondere zorgplicht van banken. De algemene strekking van de arresten kan als volgt worden samengevat.

Nadat de Hoge Raad eerder had beslist over de vraag of effectenleaseovereenkomsten kwalificeren als huurkoop en of derhalve de echtgenoot had moeten meetekenen op grond van artikel 1:88 BW (antwoord: ja), worden in deze drie uitspraken vrijwel alle overige (rechts)vragen die in de

effectenlease-affaire spelen, beantwoord. De kern van de beslissing in de drie zaken is dat op de aanbieder van een effectenleaseproduct een bijzondere zorgplicht rust om bij het aangaan van de overeenkomst indringend te waarschuwen voor de financiële risico's, vooral het restschuldrisico. Deze plicht brengt mee dat de afnemer in duidelijke en niet mis te verstane bewoordingen moet worden gewaarschuwd voor het aan de overeenkomst verbonden restschuldrisico bij tussentijdse beëindiging. Ook moet de aanbieder onderzoek doen naar de financiële draagkracht van de afnemer.

De Hoge Raad verworpt het beroep van de afnemers op misleidende reclame, dwaling, misbruik van omstandigheden en de Wet op het consumentenkrediet. Uit de verwerping van het beroep op misleidende reclame blijkt dat het feit dat de aanbieder voorafgaand aan het aangaan van de overeenkomst aan de afnemer juiste, volledige en niet-misleidende informatie over het product heeft verschaft, op zichzelf niet betekent dat hij aan zijn waarschuwingsplicht heeft voldaan. De Hoge Raad bevestigt de beslissing van de gerechtshoven dat Dexia, Levob en Aegon in deze gevallen zijn tekortgeschoten in hun bijzondere zorgplicht. Deze plicht hangt samen met de risicovolle aard van het effectenleaseproduct dat aan een breed publiek is aangeboden. Zij is niet afhankelijk van de bijzondere omstandigheden van de individuele particuliere afnemer. De verplichting de afnemer indringend te waarschuwen voor het restschuldrisico strekt ertoe de afnemer te waarschuwen tegen het lichtvaardig op zich nemen van onnodige risico's of van risico's die hij niet kan dragen. Als de financiële positie van de afnemer destijds niet voldoende was om naar redelijke verwachting aan de betalingsverplichtingen uit de overeenkomst te voldoen, had de aanbieder moeten adviseren de overeenkomst niet aan te gaan. Deze zorgplicht gaat – behoudens bijzondere omstandigheden – niet zo ver dat de aanbieder verplicht kan zijn te weigeren de overeenkomst met een bepaalde afnemer te sluiten.

De schade die vergoed moet worden zal in het algemeen bestaan uit de restschuld én de reeds betaalde rente en aflossing. Maar de aanbieder zal in beginsel niet alle schade hoeven te vergoeden. Ook de afnemer wist of moest weten dat met geleend geld werd belegd, dat over de geldlening rente moest worden betaald en dat het geleende

geld moest worden terugbetaald, ongeacht de waarde van de effecten bij verkoop. Daarom zal de afnemer een deel van de schade zelf moeten dragen. Van de restschuld zal steeds een deel voor rekening van de afnemer kunnen worden gelaten. Als de draagkracht van de afnemer destijds toereikend was om aan zijn betalingsverplichtingen uit de overeenkomst te voldoen, zullen de rente en aflossing in beginsel geheel voor rekening van de afnemer blijven. Als bij onderzoek door de aanbieder zou zijn gebleken dat de afnemer redelijkerwijs niet aan zijn betalingsverplichtingen zou hebben kunnen voldoen, zal een deel van de rente en aflossing voor rekening van de aanbieder komen.

De Hoge Raad oordeelt tot slot dat de lagere rechter niet gehouden is zich bij zijn oordeel te richten naar de onder de Wet collectieve afwikkeling massaschade verbindend verklaarde Duisenberg-regeling, voor zover het gaat om partijen die gebruik hebben gemaakt van de opt-out-mogelijkheid. De rechter hoeft ook niet te motiveren dat en waarom hij van die regeling afwijkt.

Contact

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

Maarten Schenck
T +31 88 888 1262
M +31 6 2887 7675
E maarten.schenck@debrauw.com

Rob Polak
T +31 88 888 1256
M +31 6 5428 3664
E rob.polak@debrauw.com

Daan Beenders
T +31 88 888 1221
M +31 6 5333 1147
E daniel.beenders@debrauw.com

Dennis Horeman
T +31 88 888 1241
M +31 6 5326 8448
E dennis.horeman@debrauw.com

Amsterdam
Tripolis
Burgerweeshuispad 301
Postbus 75084
1070 AB Amsterdam
T +31 88 888 1888
F +31 88 888 1889

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

www.debrauw.com