

# Kroniek van het vermogensrecht

Edwin van Wechem & Jac Rinkes<sup>1</sup>

Ondanks de grote onrust die de wereld en Nederland nog steeds beheerst als gevolg van de corona-epidemie ging het leven ook gewoon door. Ook in het vermogensrecht. Jurisprudentie verscheen en er werden spraakmakende arresten geweest, dissertaties, artikelen en boeken zagen het licht en ook de wetgever liet zich niet onbetuigd.

## Inleiding

Waar te beginnen in een periode waarin alles op zijn kop lijkt te staan? Waar een premier zich – naar wij aannemen uit frustratie – uitlaat over voetbalsupporters die ‘hun bek’ moeten houden. Waar een Minister van Justitie – en niet als grap ‘in house’ – flagrant regels overtreedt<sup>2</sup> waar hij anderen, typerend als ‘aso’, de maat neemt en waarmee hij vervolgens door het wegpinken van een traan,<sup>3</sup> zelf wekomt.<sup>4</sup>

Waar aan de andere kant van het grote water signalen van toekomstige machtsoverdracht ter discussie worden gesteld, wat op een toekomstige staatsgreep kan duiden en waar de president – zelfs desgevraagd in het verkiezingsdebat – geen afstand neemt van rechtsextremistische groeperingen. Waar zich met de hashtag #ikdoenietmeer, Nederlandse influencers anderen aanzetten tot burgerlijke ongehoorzaamheid.

Kortom: een periode die zich kenmerkt door onrust, onvrede maar ook een periode van begrijpelijke zorgen voor de toekomst. Kan het recht in een dergelijke periode überhaupt bijdragen aan rust en stabiliteit of schiet het recht als ‘tool’ hiervoor, onder zulke bijzondere omstandigheden, te kort?

Eerst maar eens bezien wat er op het gebied van het vermogensrecht speelde de afgelopen periode. Niet echter, dan na te hebben opgemerkt dat de Hoge Raad als bewaker van voornoemde rust en stabiliteit van het recht, per november aanstaande een nieuwe president kent in Dineke de Groot en waarbij Ter Heide per 1 oktober 2020 en Schaafsma per mei 2021 als nieuwe raadsheren tot de civiele kamer toetreden.

## Contractenrecht

Dousi<sup>5</sup> verdedigde vorige maand zijn proefschrift over de uitleg van Anglo-Amerikaanse *boilerplate*-bedingen<sup>6</sup> in Nederlandse contracten.<sup>7</sup> Faber<sup>8</sup> promoveerde op onmiddellijke voorzieningen en hun externe werking (met aan-

dacht voor conflicten met contractuele verplichtingen van de rechtspersoon). De Graaff schreef een proefschrift over *Concurrence in European Private Law*,<sup>9</sup> en Kemp over *Enforced performance of commercial sales contracts in the*

### Auteurs

1. Prof. mr. dr. T.H.M. van Wechem is hoogleraar Corporate Legal Counselling aan de Open Universiteit en zelfstandig juridisch adviseur te Amsterdam. Prof. mr. J.G.J. Rinkes is hoogleraar Privaatrecht aan de Open Universiteit, hoogleraar Europees en vergelijkend verzekeringsrecht aan de Universiteit van Amsterdam, raadsheerplaatsvervanger in het Hof Arnhem-Leeuwarden en rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Rotterdam. Deze kroniek bestrijkt de periode april t/m september 2020.

### Noten

2. Schalken, is – zo wij begrijpen uit dit tijdschrift – anders dan wij, van mening dat dit gedrag de minister niet euvel moet worden geïdentificeerd. Zie Tom Schalken, ‘Moet minister Grapperhaus van Justitie opstappen?’, *NJB* 2020/2169, afl. 32.  
3. Zie over excuseswetgeving, Zwart-Hink & Seinen, ‘Excuseswetgeving: een veilige haven voor het spontaan aanbieden van excuses?’, *AV&S* 2020/15, die onder meer de juridische gevolgen van het aanbieden van excuses onderzoeken en of daarmee aansprakelijkheid wordt erkend. Vgl. ook: Lianne Wijnjens, ‘Als ik nu sorry zeg, beken ik dan schuld?’ *Over het aanbieden van excuses in de civiele procedure en de*

*medische tuchtprocedure* (diss. Tilburg), 2020.

4. Wel overigens met het gevolg dat daarmee het – al niet te sterke – sanctiemiddel van boete bij overtreding van de coronaregels nog verder moet worden afgezwakt om het geheel niet nóg ongeloofwaardiger te maken.

5. J.W.A. Dousi, *Anglo-Amerikaanse boilerplate-bedingen in Nederlandse contracten* (diss. Utrecht), 2020.

6. Zie over *boilerplate*-bedingen ook: H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, ‘Zorgt een kwijtingsbeding inderdaad voor het definitief kwijtrakten van vorderingsrechten?’, *Contracteren* 2020, p. 20 e.v.; T.H.M. van Wechem & A.J. Rijsterborg, ‘Zijn boilerplates ter zake van de beperking van het rechterlijk ingrijpen bij dwaling acceptabel?’, *Contracteren* 2020, p. 41 e.v.

7. Vgl. ook: F.J. de Vries, ‘Zoals gezien en bereden’, *NTBR* 2020/18, afl. 5 en F.J. de Vries, ‘De ouderdoms- en niet-zelfbewoningsclausule in de rechtspraktijk’, *NTBR* 2020/23, afl. 6.

8. A.C. Faber, *Onmiddellijke voorzieningen en hun externe werking. Conflicten met contractuele verplichtingen van de rechtspersoon* (diss. Groningen), 2020.

9. R. de Graaff, *Concurrence in European Private Law* (diss. Leiden), 2020.

Netherlands, Singapore and China.<sup>10</sup>

Over circulariteit en privaatrecht verhaalde Pavillon.<sup>11</sup> De Franse wetgever neemt de circulaire economie buitengewoon serieus en gaat voortvarend te werk door vaststelling van een wet tegen verspilling.<sup>12</sup> Een mogelijkheid voor de Nederlandse wetgever om ook op dit punt te reageren zou zich kunnen voordoen bij de implementatie van de nieuwe Consumenten-richtlijnen. In Nederland is echter (vooralsnog) gekozen (sic) voor een minimale implementatie van de Richtlijn consumentenkoop 2019 met weinig aandacht voor de overgang naar de circulaire economie.

In zijn artikel over exoneraties<sup>13</sup> en wanverhoudingen, bepleit Kaplan als vuistregel voor de toetsing van de houdbaarheid van een exoneratie in een B2B-relatie, dat eerst moet worden beoordeeld of een wanverhouding

### De onderliggende gedachte dat exoneraties in beginsel in tact dienen te blijven, ondersteunen wij

bestaat tussen beloning en aansprakelijkheid. Die wanverhouding is naar zijn mening de *raison d'être* van exoneraties. Het logischerwijs daaruit voortvloeiende gevolg is dat de wederpartij met een groot deel of zelfs alle schade blijft zitten. Dat is de essentie van de exoneratie en niet op zich een reden om die onaanvaardbaar te achten. Indien geen wanverhouding bestaat tussen de beloning en de aansprakelijkheid, maar wel tussen de aansprakelijkheid (indien de exoneratie standhoudt) en de schade van de wederpartij, dan kan dit meewegen ten gunste van het terzijde stellen van de exoneratie, aldus de auteur. Wij moeten hierop even kauwen. Wij neigen er naar om dit een van ook vele andere waarheden te vinden.<sup>14</sup> De onderliggende gedachte dat exoneraties in beginsel intact dienen te blijven, ondersteunen wij. Slechts in bijzondere gevallen<sup>15</sup> dienen deze wat ons betreft te sneuvelen en zelfs in die gevallen dient spaarzaam gebruik te worden gemaakt van de wettelijke mogelijkheden daartoe.<sup>16</sup>

Nieuwesteeg, Visscher, Faure en Brouwer,<sup>17</sup> betogen in AV&S dat het contractuele aansprakelijkheidsrecht slechts zeer beperkte mogelijkheden biedt voor een afnemer van producten en diensten die een cybersecurity-component bevatten om schade door digitale onveiligheid in een business to business-relatie op de leverancier te verhalen. Zij doen in hun artikel een vijftal aanbevelingen die er in de kern op neerkomen dat een aantal aspecten dient te worden verduidelijkt. Wanneer is er een normschending en wanneer leidt deze tot schadeplichtigheid (causaliteit), hoe zit het met de bewijsvoering daaromtrent en met het gebruik van disclaimers? Kortom: veel aanleiding voor nader onderzoek.

### De nieuwe Wet Franchise: de kogel is (eindelijk) door de kerk

De nieuwe Wet Franchise<sup>18</sup> is aangenomen en treedt vermoedelijk op 1 januari 2021 in werking.<sup>19</sup> De Eerste Kamer heeft op 30 juni 2020 unaniem hiermee ingestemd.<sup>20</sup> Tot 1 januari 2023 geldt een overgangperiode voor bestaande franchiseovereenkomsten. Deze overgangperiode heeft betrekking op specifieke bepalingen, zoals het instemmingsrecht, de goodwill en het non-concurrentiebeding. De franchisegevers krijgen voor de 'bestaande' franchiseovereenkomsten aldus een termijn van twee jaar om hun franchiseovereenkomst aan te passen. Voor de franchiseovereenkomsten die vanaf 1 januari 2021 worden gesloten geldt deze overgangsregeling niet. Vanaf 1 januari 2023 moeten alle franchiseovereenkomsten aan de Wet franchise voldoen.<sup>21</sup>

De belangrijkste componenten van de Wet franchise zijn: 1. Instemmingsrecht franchisenemers. Bij beslissingen over de formule die belangrijke financiële consequenties kunnen hebben, hebben de franchisenemers instemmingsrecht. 2. Transparantie voorafgaand, tijdens en na de overeenkomst. De franchisegever en -nemer worden verplicht elkaar alle informatie te geven die relevant is voor een goede uitvoering van de franchiserelatie. 3. Beperkingen in het non-concurrentiebeding. Het concurrentiebeding mag maximaal één jaar duren en mag bovendien alleen betrekking hebben op het gebied waarin de franchisenemer actief is geweest. 4. Vooraf goodwill vastgelegd. De goodwill bij verkoop van de vestiging moet geregeld zijn. Vaak wordt de goodwill gedeeld tussen franchise-nemer en franchisegever. Op zich is dat logisch omdat zij samen voor het succes van de vestiging hebben gezorgd. Ook moet bepaald zijn hoe de goodwill wordt uitgekeerd.<sup>22</sup>

Wat ons betreft verdient artikel 7:922 van de Wet franchise bijzondere aandacht. Dit artikel luidt:

'Ten aanzien van in Nederland gevestigde franchisenemers geldt dat van het bepaalde bij deze Titel niet ten nadele van hen kan worden afgeweken en dat een beding in strijd met artikel 920 nietig is, ongeacht het recht dat de franchiseovereenkomst beheerst.'

Waarbij van belang is dat men zich realiseert dat artikel 7:920 BW betrekking heeft op deze wijze waarop goodwill wordt berekend en op een non-concurrentieregeling.<sup>23</sup>

Wat ons verbaast is het protectionistische karakter van deze bepaling, de bescherming strekt zich immers slechts uit tot in Nederland gevestigde franchisenemers. Wat wetstechnisch van belang is, is of deze bepaling de betekenis – en status – heeft van een zogenaamde voorrangregel in het IPR. Zal de Nederlandse rechter deze bepaling als *lex fori*<sup>24</sup> – voorrangregel<sup>25</sup> toepassen in een situatie waarbij een franchisegever in het buitenland is gevestigd, de franchisenemer in Nederland en waarbij op de franchiseovereenkomst buitenlands recht van toepassing is verklaard? Met andere woorden zal de Nederlandse rechter hiermee de keuze van buitenlands recht op dat punt opzietten en overschrijven? De parlementaire toelichtingen bieden ter beantwoording van deze vraag weinig – tot geen – soelaas. Van groter belang is wellicht zelfs of buitenlandse rechters deze regel als derdelands voorrangregel<sup>26</sup> gaan toepassen wanneer een buitenlandse rechter (exclusief) voor geschillenbeslechting wordt aangezocht. Deze vraag is temeer relevant omdat uit het recente arrest van de Hoge

# Zal de Nederlandse rechter deze bepaling als *lex fori* voorrangregel toepassen in een situatie waarbij een franchisegever in het buitenland is gevestigd, de franchisenemer in Nederland en waarbij op de franchiseovereenkomst buitenlands recht van toepassing is verklaard?

Raad van 18 september 2020<sup>27</sup> volgt dat het gegeven dat zelfs als een regel als voorrangregel kwalificeert, dat niet automatisch meebrengt dat deze door een rechter als derdelands voorrangregel moet worden toegepast. Wanneer een buitenlandse franchisegever in een overeenkomst met een in Nederland gevestigde franchisenemer deze regeling zo veel mogelijk wenst te ontwijken, doet hij er goed aan in ieder geval in overweging te nemen om de geschillenbeslechting buiten Nederland te positioneren.

## **Uitleg: een misstap van de Hoge Raad?**

Het thema uitleg<sup>28</sup> van overeenkomsten blijft de gemoederen, ook in de rechtsliteratuur, bezighouden. Zo bepleit Van Tongeren – naar aanleiding van zijn analyse van een Hoge Raad-arrest van 31 januari 2020<sup>29</sup> – in dit tijdschrift:<sup>30</sup>

‘Ik sluit niet uit dat voortaan als “uitlegregel” geldt dat de enkele aanwezigheid in een overeenkomst van een (vermijdbare/onachtzame/slordige) onduidelijkheid, als de overeenkomst niet zodanig duidelijk is over het al of niet bestaan van verplichtingen, betekent dat aan uitleg niet wordt toegekomen, en (met als gevolg) dat die onduidelijkheid voor rekening komt van degene die maar duidelijk(er) had moeten zijn.’

Als hij gelijk heeft, dan is dat nogal wat.

In voornoemd arrest stond zeer in het kort de vraag centraal of tussen partijen – een verhuurder (Deem) en een huurder – overeenstemming was bereikt over beta-

ling van een (periodieke) aansluitbijdrage door de huurder. Vaststaat tussen partijen dat het daarbij ging om een bijdrage in de stichtingskosten van de WKO-installatie. Het arrest wordt om proces technische redenen gecaseerd, maar de Hoge Raad geeft het hof waarnaar wordt door verwezen nog het volgende mee:

‘Na verwijzing is het hof waarnaar de zaak verwezen zou worden, gebonden aan dit oordeel. Dat oordeel komt erop neer dat Deem op grond van hetgeen partijen zijn overeengekomen de aansluitbijdrage niet bij [verweerder] in rekening mag brengen. De reden daarvoor is dat indien (de rechtsvoorgangster van) Deem deze aansluitbijdrage bij [verweerder] in rekening had willen brengen, zij als professionele partij de schriftelijke overeenkomst zodanig duidelijk had moeten opstellen dat daaruit de betalingsverplichting blijkt op een wijze die niet voor misverstand vatbaar is. Nu de overeenkomst niet zodanig duidelijk is, komt dat voor rekening van Deem.’

Van Tongeren verbindt aan dit arrest een (nieuwe) uitlegregel, zoals hierboven omschreven.<sup>31</sup> Ons heeft het arrest om een aantal redenen verbaasd. Wij gaan er bij onze analyse wel vanuit dat de huurder een consument is. In dat geval vinden wij het bijzonder dat in deze procedure door geen der partijen, de A-G<sup>32</sup> noch de Hoge Raad aan artikel 6:238 lid 2 BW is gerefereerd. Artikel 6:238 lid 2 BW luidt als volgt:

10. P.C.M. Kemp, *Enforced performance of commercial sales contracts in the Netherlands, Singapore and China* (diss. Leiden), 2020.

11. C.M.D.S. Pavillon, ‘Duurzaam consumentenkooprecht: het Franse voorbeeld’, *WPNR* 7283, p. 367 e.v.

12. Loi du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire.

13. B. Katan, ‘De rol van wanverhoudingen bij de toetsing van exonerationbedingen’, *NTBR* 2020/29, afl. 7.

14. Katan geeft zelf ook aan dat met de vuistregel niet alles is gezegd, en dat de onaanvaardbaarheid van exonerationen altijd moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval, zie a.w. p. 212. *That much* dus voor een vuistregel.

15. Vgl. T.H.M. van Wechem, ‘Leren exoneren: een aantal gezichtspunten ten aanzien

van het contractueel reguleren van aansprakelijkheid’, *Contracteren* 2019, afl. 3, p. 98.

16. Over exonerationen verscheen ook bij uitgever Paris op 25 september een boek van Gerard Rijken, *Exonerationbedingen: kleine lettertjes met grote gevolgen*. Hieraan besteden wij in de volgende kroniek aandacht.

17. B.F.H. Nieuwesteeg, L.T. Visscher, M.G. Faure & N. Brouwer, ‘Contractuele aansprakelijkheid voor digitale onveiligheid in B2B relaties’, *AV&S* 2020/22.

18. Zie voor een mooie analyse: H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, ‘Het Wetsvoorstel franchise: verbeterd, maar nog steeds werk aan de winkel’, *Contracteren* 2020, p. 47 e.v.

19. Zie over de nieuwe wettelijke regeling Tessa de Mönnik & Jaap van Till, ‘Valt exclusieve of selectieve distributie ook onder de (aankomende) franchisewet?’,

*NJB* 2020/1053, afl. 17.

20. Verslag van de vergadering van 30 juni 2020 (*Kamerstukken I* 2019/20, 35392, 34) en wet van 1 juli 2020, *Stb.* 2020, 251.

21. Vgl. ook: A.W. Dolphijn, ‘Collectieve acties van franchisenemers’, *Contracteren* 2020, p. 3 e.v.

22. Ontleend aan: ORP 2020/121 Sign. Wet franchise aangenomen door Eerste Kamer, *Kamerstukken* 2019/20, 35392.

23. Zie over de non concurrentie regeling: J.H. Kolenbrander, ‘Het non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst anno 2020’, *Contracteren* 2020, p. 71 e.v.

24. Art. 9 lid 2 Rome I Verordening.

25. Zie over voorrangregels de fraaie conclusie van A-G Vlas

(ECLI:NL:PHR:2020:267) vóór HR 18 september 2020 en T.H.M. van Wechem, *Rome I: verschole ingewikkeldheden, pre-adviezen voor de Nederlandse Vereni-*

*ging voor Internationaal Recht*, TMC Asser Press, 2008, p. 46 e.v.

26. Art. 9 lid 3 Rome I Verordening.

27. HR 18 september 2020,

ECLI:NL:HR:2020:1443.

28. Zie ook HR 3 april 2020,

ECLI:NL:HR:2020:598, waar een tekstuele uitleg door het hof, door de Hoge Raad in stand werd gehouden omdat – zo wij begrijpen – het hof de mogelijkheid van tegenbewijs had geboden en in cassatie onbetwist vaststond dat het hof de betreffende partij niet in het leveren van het tegenbewijs geslaagd had geacht.

29. HR 31 januari 2020,

ECLI:NL:HR:2020:144.

30. Willem van Tongeren, ‘Uitleg revisited’, *NJB* 2020/1255, afl. 20.

31. Welke regel dan veel weg heeft van de contra proferentem-regel.

32. ECLI:NL:PHR:2019:1066.

‘Bij een overeenkomst als bedoeld in de artikelen 236 en 237 moeten de bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. Bij twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de wederpartij gunstigste uitleg.’

Dit artikel had ambtshalve<sup>33</sup> door de feitenrechter *moeten* worden toegepast. Sterker nog: er is in dat geval zoals wij het zien geen ruimte voor toepassing van Haviltex, omdat artikel 6:238 lid 2 BW op basis van een *eigen communautaire duiding* dient te worden toegepast. Om een en ander inzichtelijk te maken: iedere consument in de Europese unie moet eenzelfde uitleg van een dergelijke bepaling ten deel vallen. Dat kan niet als de uitlegmethode nationaal rechtelijk of nationaal rechterlijk gestuurd is, zoals bij Haviltex het geval is. Kortom, het arrest bevreemdt. De consequentie die Van Tongeren eraan verbindt, hoewel wij hem in strekking volgen, kan wat ons betreft niet dermate ruim worden gelezen als ware dat deze ook betrekking heeft op B2B-transacties en dient in ieder geval beperkt te blijven tot algemene voorwaarden die ten opzichte van consumenten gelden: niet op grond van Haviltex maar op grond van artikel 6:238 lid 2 BW.<sup>34</sup>

### **Dwaling:<sup>35</sup> een nieuwe standaard?**

In het Hoge Raad-arrest van april 2020,<sup>36</sup> ging het over een makelaar die in een web van ingewikkeldheden een opdracht had gekregen om een bedrijfspand voor € 3 miljoen te verkopen. Een paar jaar later – nadat het pand niet is verkocht – komt de makelaar met de opdrachtgever overeen dat hij (de makelaar) het pand zelf koopt voor € 1,2 miljoen. Dit terwijl deze makelaar op *dat* moment al een gegadigde had die – via een ingewikkelde constructie – in totaal € 2,4 miljoen voor het pand over had. De ingewikkelde constructie bracht onder meer mee dat de makelaar het pand aan die gegadigde verkoopt voor € 2,4 miljoen, waarvan € 1,2 miljoen door de gegadigde wordt voldaan en het restant (van € 1,2 miljoen) voldaan zou worden door een aan de gegadigde gelieerde vennootschap aan wie door de makelaar een lening was verstrekt, welke aflossing mede gefinancierd zou worden uit huurpenningen uit de huur van het pand. De huurder was door de makelaar aangedragen en was – in de periode dat de makelaar voor de verkoop in opdracht aan het bemiddelen was – destijds ook geïnteresseerd geweest om het pand zelf aan te schaffen. De makelaar en de koper van het pand hebben hoofdelijke aansprakelijkheid aanvaard voor de betaling van het restant van de koopsom (de terugbetaling van de lening) welke door de gelieerde vennootschap (aan de makelaar) verschuldigd was.

Samenvattend: de rol van de makelaar kan op zijn minst gezegd, dubieus worden genoemd. Hij koopt een pand aan voor 1,2 miljoen, weet het onmiddellijk door te verkopen voor 2,4 miljoen waarvan hij de helft later zal ontvangen en voor welke laatste helft hij zich mede hoofdelijk aansprakelijk heeft verklaard.

De makelaar claimt in rechte betaling van het restant bedrag dat hem verschuldigd is nu betaling door de gelieerde vennootschap niet plaatsvindt, maar krijgt in het verweer begrijpelijk het volgende tegengeworpen: (1) in de wetenschap dat koper en de gelieerde vennootschap het pand niet zouden willen en kunnen kopen zonder een

goede huurder, heeft de makelaar de huurder aangedragen, terwijl de makelaar wist dat de huurder geen solvabele en betrouwbare partij was, en (2) de makelaar heeft het doen voorkomen alsof hij, optredend als makelaar en slechts als verkoper optrad omdat de oorspronkelijke achterman niet bereid was een deel van de koopsom te financieren, terwijl de makelaar aan de koper niet heeft kenbaar gemaakt dat hij een financieel belang had bij de verkoop van het pand.

Het hof oordeelt dat een en ander niet chic is van de makelaar en verbindt er slechts, gezien het onrechtmatig te achten aandeel van de makelaar in de gang van zaken, de consequentie aan dat de aanspraak van de makelaar op grond van de hoofdelijke verbondenheid van de koper naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, voor zover deze meer dan de helft van de vordering behelst. De (reconventionele) vordering tot vernietiging op grond van bedrog of dwaling wordt niet toegewezen.

## **De Hoge Raad grijpt in en wijst wat ons betreft voor zover het bedrog of dwaling betreft een nieuw standaardarrest**

De Hoge Raad grijpt in en wijst wat ons betreft voor zover het bedrog of dwaling betreft een nieuw standaardarrest.<sup>37</sup>

Inzake de vordering welke gegrond was op bedrog of dwaling oordeelde de Hoge Raad dat de onderdelen terecht erover klagen dat voor een geslaagd beroep op bedrog of dwaling niet beslissend is – anders dan het hof tot uitgangspunt heeft genomen – of de onjuiste mededelingen dan wel de verzwegen feiten de kern van de overeenkomst betreffen. Beslissend is of de onjuiste voorstelling van zaken waarvan bij bedrog en dwaling sprake is, ertoe heeft geleid dat de partij die zich op het wilsgebrek beroept, een overeenkomst is aangegaan die zij bij een juiste voorstelling van zaken niet, of niet op dezelfde voorwaarden zou zijn aangegaan. Ook onjuiste mededelingen of verzwegen feiten die niet de kern van de overeenkomst betreffen, kunnen volgens ons hoogste rechtscollege ertoe hebben geleid dat een partij die overeenkomst is aangegaan onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken, en kunnen aldus een beroep op bedrog of dwaling rechtvaardigen. Het oordeel van het hof berust dan ook op een onjuiste rechtsopvatting.<sup>38</sup>

Misschien is er niets nieuws onder de zon omdat er niet eerder door de Hoge Raad is geoordeeld dat dwaling zich tot de kern van de overeenkomst zou dienen uit te strekken en dat het slechts om een onjuiste analyse van het hof zou zijn gegaan. Echter, het oordeel van het hof was op eerste gezicht niet onbegrijpelijk, zo menen wij. Het is derhalve mooi dat de Hoge Raad op dit punt dan ook deze duidelijkheid heeft verstrekt.

### **Onbekend maakt onbemind, maar kan niettemin toch relevant zijn<sup>39</sup>**

Het Burgerlijk Wetboek kent in artikel 6:119 a BW een specifieke regeling over verschuldigde handelsrente bij te late betaling in het geval van een handelsovereenkomst. In de rechtspraak bestond onduidelijkheid of huurovereenkomsten onder het begrip handelstransacties vallen waarop de wettelijke bepaling van toepassing is.<sup>40</sup>

Aan die onduidelijkheid is voor de huur van bedrijfsruimte nu definitief een einde gemaakt door de uitspraak van het Hof van Justitie EU van 9 juli 2020.<sup>41</sup> Het Hof overwoog in een arrest waarin deze vraag op tafel lag als volgt: 'Artikel 2, punt 1, van richtlijn 2011/7/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties moet aldus worden uitgelegd dat een overeenkomst waarvan de kenmerkende prestatie bestaat in het onder bezwarende titel ter beschikking stellen van een onroerend goed voor tijdelijk gebruik, zoals een overeenkomst voor de huur van een bedrijfsruimte, een handelstransactie vormt die leidt tot het verrichten van diensten in de zin van deze bepaling, mits deze transactie wordt verricht tussen ondernemingen of tussen ondernemingen en overheidsinstanties.'

Het is maar dat u het weet.

### **Coronavirus: contract-egoïsme, contract-altruïsme of naar een fluïde *pacta sunt servanda*?**

Dat de gevolgen van de aanwezigheid van het coronavirus juridisch in contractuele afspraken zullen moeten ver-

taald, staat buiten iedere discussie. In de rechtsliteratuur wordt – mede naar aanleiding van beschouwingen in dit tijdschrift<sup>42</sup> – zichtbaar of het huidige juridische instrumentarium op die vertaalslag voldoende is toegesneden.

Een centrale rol wordt toebedeeld aan de artikelen 6:248 leden 1 en 2 BW (de aanvullende en derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid), 6:258 BW (onvoorziene (lees: niet in de overeenkomst verdisconteerde) omstandigheden), schuldeisersverzuim en de mogelijkheid van aanpassing van de overeenkomst (artikel 6:60 BW);<sup>43</sup> alles natuurlijk onder de paraplu van Haviltex. Hierbij zou onzes inziens ook ruimte kunnen toekomen aan artikel 6:230 lid 2 BW,<sup>44</sup> de rechterlijke interventiemogelijkheid die het leerstuk van dwaling<sup>45</sup> biedt.

In de vorige kroniek Vermogensrecht<sup>46</sup> in dit tijdschrift vroegen wij ons af of het wel aan de rechterlijke macht<sup>47</sup> is om de gevolgen van de coronacrisis vast te stellen, of dat zulks niet meer een taak van wetgever is.<sup>48</sup> Naar onze mening begeeft de rechter zich op 'politiek' vlak om

## **Wanneer de rechter echter vanuit die toepassing voor het generieke geval binnen de redelijkheid en billijkheid een oplossing biedt, is de grens met wetgeving zeer dun**

33. Vgl. HR 21 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830.

34. Van Tongeren refereert wel aan art. 6:238 BW maar verbindt daar vervolgens een beperkende conclusie aan.

35. Zie over dwaling ook: M.W. Wallinga, 'Dwaling in de rentederivatenproblematiek: de verhouding tussen mededelingsplicht en waarschuwingplicht', *NTBR* 2020/24, afl. 6 en voor dwaling en fiscaliteit: N.C.G. Gubbels, 'Dwaling in de Successiewet' (I en II) *WPNR* 2020/7282 en 2020/7283 en

HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:1.

36. HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:717.

37. Wat opvalt is dat de Hoge Raad verwijst naar zijn rechtsoverweging uit HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7854, r.o. 3.4.2 die *rond onrechtmatige daad* scharnierde. Deze luidde: 'Een verkopend makelaar handelt onrechtmatig jegens een aspirantkoper indien de makelaar jegens deze niet de zorgvuldigheid betracht die in de omstandigheden van het geval van de makelaar mag worden verwacht. Daarvan kan onder meer sprake zijn indien de makelaar de aspirantkoper voorafgaand aan de verkoop onjuiste of misleidende informatie verstrekt over eigenschappen van de zaak waarvan hij moet

begrijpen dat deze voor de (betrokken) koper bij diens aankoopbeslissing van belang kunnen zijn. Indien het om een woning gaat, behoort tot die eigenschappen in het algemeen de netto woon- of gebruikoppervlakte. Bij de beoordeling of de makelaar, door het verstrekken van dergelijke onjuiste of misleidende informatie, onrechtmatig heeft gehandeld jegens de koper, komt het aan op het vertrouwen dat de koper in de omstandigheden van het geval aan de gegeven informatie mocht ontfemen' (vgl. HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6162, *NJ* 2012/290, r.o. 3.4).

38. Ook het oordeel van het hof voor zover het de toewijzing van 50% van de vordering behelst vindt bij de Hoge Raad geen genade. Uit het arrest volgt dat zonder nadere motivering niet valt in te zien waarom toepassing van art. 6:248 lid 2 BW in het licht van de door het hof vastgestelde feiten en omstandigheden rechtvaardigt dat de koper versus de makelaar hoofdelijk aansprakelijk zou zijn voor de helft van het restant van de koopprijs.

39. Zie ook HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1253 waarin de belangrijke bepaling van art. 6:83 onderdeel b BW door het hof over het hoofd was gezien. Art. 6:83

onderdeel b BW is voor de praktijk relevant omdat het aangeeft vanaf welk moment een vordering tot schadevergoeding op grond van toerekenbare tekortkoming of een onrechtmatige daad, opeisbaar (en daarmee renteplichtig op grond van artikel 6:119 BW) is, dan wel kan zijn.

40. Zie Hof Den Bosch 2 augustus 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BR4300 (r.o. 4.2.6), 'een huurovereenkomst is geen handelsovereenkomst'. Hof Amsterdam 7 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BP0320 (r.o. 2.25) oordeelt: 'De verhuurder verbindt zich niet om iets te geven of te doen, zodat geen sprake is van een handelsovereenkomst', te kennen uit: I.D.J. Willemars, 'Toepassing van de wettelijke handelsrente; ook op garantieclaims na een bedrijfsvername?', *Contracteren* juli 2012, p. 71 e.v. (noot 18, p. 72). Vgl: H.B. Krans, 'Het bereik van de handelsrenteregeling', in: M.H. Wissink & T.H.M. van Wechem (red.), *Betalingsachterstanden bij handelstransacties*, Den Haag: BJu 2006, p. 51. Zie ook: H.B. Krans, 'De betekenis van de handelsrente voor schadevergoeding en boetes', *WPNR* 05/6623, p. 447 e.v.

41. HvJ EU 9 juli 2020, C-199/19.

42. Harriët Schelhaas & Jan Spanjaard,

'Contract en coronacrisis', *NJB* 2020/881, afl. 14, p. 956 e.v.

43. Marcel Ruysgvoorn, 'Kan ik van mijn overeenkomst af met een beroep op de coronacrisis? Enkele bespiegelingen, meer in het bijzonder over schuldeisersverzuim en schuldeisersovermacht', *NJB* 2020/882, afl. 14, p. 970 e.v.

44. Zie over art. 6:230 lid 2 BW: HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1910, *NJ* 2020/18 en T.H.M. van Wechem & A.J. Rijsterborgh, 'Zijn boilerplates ter zake van de beperking van het rechterlijk ingrijpen bij dwaling acceptabel?', *Contracteren* 2020, p.41 e.v.

45. Vgl. HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5721.

46. Zie: *NJB* 2020/953, afl. 15, p. 1029.

47. Zie over corona en rechterlijke macht ook: Ruth de Bock, 'Rechtspraak in tijden van corona', *Ars Aequi* mei 2020, p. 463.

48. Vgl. P.W.S. Boer, T.C. Borman, E.A. Brijder, C.C.M. van Deudekom, P.M.M. van der Grinten, D.J. Hesemans, T. Heukels, J. van der Hoeven, F. van Laanen, H.M. van Maurik, M. Meinema, C.R. van Strijen, L.J. Vesterik, J.M.I. Vink & J.H. van der Winden over: 'De Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid', *Ars Aequi*, juni 2020 p. 598 e.v.

een oordeel te geven binnen de bandbreedte van het vermogensrecht, terwijl dit vermogensrecht – naar onze mening – voor *deze* situatie geen oplossing biedt, anders dan een door de rechter vast te stellen normenkader van de invulling van de redelijkheid en billijkheid. Zoals wij het zien is dit instrumentarium prima geschikt voor toepassing in het specifieke en concrete geval. Wanneer de rechter echter vanuit *die toepassing* voor het *generieke* geval binnen de redelijkheid en billijkheid een oplossing biedt, is de grens met wetgeving zeer dun. Wat ons betreft te dun en komt daarmee de problematiek van de trias politica reëel om de hoek kijken. Daarenboven bestaat het niet denkbeeldige risico dat ‘de rechter’ niet met één mond zal – noch kan – spreken, hetgeen rechtsongelijkheid teweeg zal brengen.

Ook is verre van denkbeeldig dat de rechterlijke macht die – *to put it mildly* – al enigszins kampt met een personeelstekort, volledig zal dichtslippen wanneer alle ‘corona-gerelateerde’ zaken de rechterlijke macht in worden geduwd. Het is onze stellige mening dat een Dexia 2.0 te allen tijde dient te worden voorkomen. Ons concrete voorstel is derhalve een Coronawet met daaraan gekoppeld één Coronarechtscollege. De boodschap neerleggen is één, maar een dergelijke wettelijk regeling handen en voeten geven is twee.

Wat zou dan het uitgangspunt van de wettelijke regeling dienen te zijn? Allereerst dient wat ons betreft de vraag te worden gesteld (en beantwoord) indachtig welk normenkader de Coronawet zou moeten worden opgeleid. In de diverse publicaties over de doorwerking van het coronavirus zit een gedachte omsloten die wij als uitgangspunt thans ter discussie willen stellen. De gedachte is gebaseerd op het aloude adagium *pacta sunt servanda* oftewel kortweg: gemaakte afspraken moeten worden nagekomen. Wanneer aan dat uitgangspunt (gemaakte afspraken) wordt vastgehouden, wordt zoals wij dat zien in iedere coronasituatie een van de contractspartijen op achterstand gezet. De correctiemogelijkheden die het BW in de toepassing van de systematische redelijkheid en billijkheid heeft opgenomen en biedt, zijn veelal erop gericht dat één der partijen – buiten haar toedoen – in een positie wordt gemanoeuvreerd die aanpassing van de rechtsgevolgen van het *niet*-nakomen van gemaakte afspraken kan verzachten. De correctiemogelijkheden zijn wat ons minder toegesneden op de situatie dat de ‘tsunami van onheil’ tegelijkertijd over beide partijen wordt uitgestort.

Wat ons betreft ligt het in die situatie meer voor de hand om dan *niet* een van de partijen onder het contract te ‘shamen’ dat zij haar verplichting niet nakomt, maar ligt het zoals wij het zien meer voor de hand om het uitgangspunt ‘gemaakte afspraken moeten worden nagekomen’ fluïde te maken. Dit uitgangspunt impliceert namelijk een

situatie onder normale omstandigheden; wat partijen op het moment van contractsluiting redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. De belofte dat partijen zich volgens de regelen van het recht jegens elkaar zouden gedragen indachtig de presumptie dat de maatschappij zich slechts binnen een bepaalde bandbreedte zal wijzigingen.

Nu *dat* uitgangspunt door de gevolgen van de coronacrisis volstrekt onhoudbaar is, kan de vraag opkomen dat ter discussie wordt gesteld dat deze situatie meebrengt dat beide partijen over en weer hun verwachtingen *moeten* bijstellen zodat *eerst* van een wanprestatie van één van hen kan worden gesproken als de wanprestatie zich buiten een bepaalde bandbreedte bevindt.

Het contractenrecht begeeft zich vaak tussen een ex tunc- en een ex nunc-analyse. Waar Haviltex een ex tunc-analyse betreft (waar sporadisch ex nunc-facetten *kunnen* worden ingelezen) ziet het bepaalde in artikel 6:258 BW op een ex nunc-analyse. Vandaar ons voorstel voor een wet. De situatie is dermate atypisch dat het ‘shamen en blamen’ van een van de contractspartijen dan achterwege kan blijven.

Dit voor zover het onze theoretische beschouwing betreft. Inmiddels is zeer recent in de rechtsliteratuur een mooi overzicht verschenen van de stand van de rechtspraak naar aanleiding van de eerste uitspraken. Uit deze analyse<sup>49</sup> van rechtspraak van Tjittes & Teletepta komt het volgende beeld naar voren. Na bestudering van de eerste vonnissen en arresten blijkt dat 1) aan overmacht slechts een relatieve betekenis toekomt, 2) financieel onvermogen van de debiteur als gevolg van COVID-19-crisis zowel bij overmacht als bij onvoorziene omstandigheden voor risico van de debiteur komt, 3) in verband met overeenkomsten gesloten tot 20 maart 2020 de COVID-19-crisis als onvoorziene omstandigheid wordt aangemerkt, die – tenzij anders is overeengekomen – niet als ondernemersrisico wordt aangemerkt van de partij die zich daarop beroept, 4) er een zware stelplicht en bewijslast rust ten aanzien van het financiële nadeel dat door de betreffende eisende partij is geleden en 5) als praktisch uitgangspunt in de lagere rechtspraak een principe van ‘share the pain’ wordt aanvaard.<sup>50</sup>

Wordt vervolgd in de komende kronieken onder ‘Corona en recht’. Wij vrezen namelijk dat dit thema<sup>51</sup> wel een blijvertje is.<sup>52</sup>

### Aansprakelijkheidsrecht

Veldt<sup>53</sup> promoveerde op *Europese productnormen en privaatrechtelijke normstelling*, Vellinga<sup>54</sup> op *Legal Aspects of Automated Driving: On Drivers, Producers, and Public Authorities*, en Santamaría<sup>55</sup> op *Limits to the validity of contracts on human tissue in Italy, England and the EU*.

Bescheiden qua titel maar indrukwekkend qua inhoud vinden wij de bijdrage van Lindenbergh aan het *NTBR*-nummer dat aan Ewoud Hondius is gewijd, die na jarenlange trouwe dienst zijn chroniqueurspen voor dat tijdschrift neerlegt. Ook overigens van onze kant hulde voor de continue stroom aan geanalyseerde info waar Hondius juridisch Nederland van voorzag. Lindenbergh schetst in zijn bijdrage ‘Een kleine kroniek van het schadevergoedingsrecht’<sup>56</sup> een mooi compact overzicht van de ontwikkeling van het schadevergoedingsrecht in Nederland door de jaren heen.

**Zoals wij het zien ligt het meer voor de hand om het uitgangspunt ‘gemaakte afspraken moeten worden nagekomen’ fluïde te maken**

# Hieruit leidt de Hoge Raad af dat met iedere deelbetaling een afzonderlijke regresvordering ontstaat, waarvoor ook een eigen verjaringstermijn gaat lopen

Verheul<sup>57</sup> komt sterk door met een bijdrage over het moment van het precieze ontstaan van een verjaringstermijn.<sup>58</sup> Zijn artikel is wat ons betreft de ‘must read’ van deze kroniekperiode. Hij koppelt zijn analyse aan het recent – op 15 mei 2020 – gewezen Hoge Raad-arrest *Achmea/Vivat*.<sup>59</sup> De auteur wijst erop dat de Hoge Raad in dat arrest zijn eerdere oordeel uit het arrest *ASR/Achmea*,<sup>60</sup> dat inhoudt dat de subjectieve verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 1 BW niet eerder een aanvang kan nemen dan op het moment dat de schadevergoedingsvordering opeisbaar is geworden, herhaalt. Echter, de Hoge Raad stelt vast dat een regresvordering als bedoeld in artikel 7:961 lid 3 BW<sup>61</sup> eerst ontstaat op het moment dat een verzekeraar de schade aan de verzekerde vergoedt voor meer dan zijn deel. Hieruit leidt de Hoge Raad af dat met iedere deelbetaling een afzonderlijke regresvordering ontstaat, waarvoor ook een eigen verjaringstermijn gaat lopen.

Met name dat laatste verrast, in het licht van het eerdergenoemde arrest *ASR/Achmea*, waarvan de Hoge Raad op dat punt dus afwijkt door te overwegen:

‘Opmerking verdient nog dat (..), voor een regresvordering uit hoofde van artikel 7:961 lid 3 BW niet geldt wat in het arrest *ASR/Achmea* aan het slot (..) is overwogen. Die overweging (..) brengt tot uitdrukking dat indien reeds daadwerkelijk schade is geleden, zodat een opeisbare schadevergoedingsvordering bestaat, die vordering mede omvat de toekomstige schadeposten die als afzonderlijke elementen van dezelfde doorlopende schade moeten worden gezien, en voorzienbaar zijn. Ook voor die schadeposten bestaat dan dus reeds een opeisbare vordering tot schadevergoeding. Die overweging ziet

dan ook niet op een rechtsvordering die nog niet is ontstaan.’

Uit de overweging lijkt volgens Verheul te volgen dat de Hoge Raad uitgaat van één schadevergoedingsvordering, die mede de toekomstige schadeposten omvat en die met het intreden van enige schade voor het geheel opeisbaar wordt. Dogmatisch is het allemaal zeer complex, temeer omdat de Hoge Raad de – wat ons betreft overtuigende – conclusie van zijn A-G op dat punt niet volgt. Wat hieruit te leren valt is de praktische – door Verheul gesignaleerde – regel dat de Hoge Raad de regel uit *Achmea/ASR* in het arrest *Achmea/Vivat* niet toepast op de regresvordering ex artikel 7:961 lid 3 BW omdat het in die gevallen de voorkeur verdient steeds de daadwerkelijke uitbetalingen af te wachten. Het hoogste rechtscollege stuurt – zoals wij het zien – hiermee op een door het college geziene wenselijke uitkomst, de dogmatiek ten spijt.

Over productenaansprakelijkheid en 3d-prints schreven Li & Visscher een beschouwing die voor de praktijk relevant is.<sup>62</sup> Zij achten de huidige wettelijke productenaansprakelijkheidsregeling<sup>63</sup> voor het ‘one stop-model’ van 3d-prints nog wel geschikt. Het one stop-model ziet op de situatie waar één actor zowel het CAD-bestand maakt als het ook uitprint. In het ‘separation-model’ daarentegen, waar het productieproces gefragmenteerd is, stellen de auteurs de geschiktheid voor de mogelijke toepassing van de huidige wettelijke regeling ter discussie, en bepleiten zij dat vooral het contractenrecht een rol kan spelen bij het verdelen van de risico’s tussen de actoren in de keten.

Interessant vinden wij het artikel van Loos & Pavillon<sup>64</sup> over de gevolgen van het schenden van infor-

49. Zie R.P.J.L. Tjittes & J.V. Tetelepta, ‘Lessen uit de eerste rechterlijke uitspraken over de Covid-19-crisis en onvoorziene omstandigheden en overmacht bij commerciële contracten’, *Contracten* 2020, p.101 e.v.

50. Zie ook: W.H. van Boom, ‘Onvoorziene omstandigheden en coronacrisis: #sharetheburden?’, *NTBR* 2020/11, afl. 4.

51. Over de coronacrisis en – zoals wij het samenvatten – de gevolgen daarvan voor de kwaliteit van diensten geleverd via het internet, R.M. Gellert en P.T.J. Wolters, ‘Corona en contractenrecht: Zoom, Netflix en de andere kant van een crisis’, *WPNR* 7290, p. 485 e.v.

52. Zie over corona-gerelateerde bijdragen ook: Ton Hartlief, ‘Coronaclaims in de (medische) zorg’, *NJB* 2020/2090, afl. 31 die de lans breekt voor een coronafonds voor (medisch) zorgpersoneel en Ton Hart-

lief, ‘Insolventierecht in nood’, *NJB* 2020/1498, afl. 24. Zie ook: Corjo Jansen, ‘Noodwetgeving en privaatrecht’, *NJB* 2020/1316, afl. 21; Coen E. Drion, ‘Corona en onvoorziene omstandigheden’, *NJB* 2020/1251, afl. 20; en Danny Busch, ‘Wat doet de Europese Unie ter bezwering van de coronacrisis?’, *NJB* 2020/1252, afl. 20.

53. G.M. Veldt, *Europese productnormen en privaatrechtelijke normstelling* (diss. Leiden), 2020.

54. N. Vellinga, *Legal Aspects of Automated Driving: On Drivers, Producers, and Public Authorities* (diss. Groningen), 2020.

55. E. Santamaría, *Limits to the validity of contracts on human tissue in Italy, England and the EU* (diss. Groningen), 2020.

56. S.D. Lindenbergh, ‘Een kleine kroniek van het schadevergoedingsrecht’, *NTBR* 2020/30.

57. E.F. Verheul, ‘Verjaring en het ontstaan van schade’, *NTBR* 2020/32.

58. Dezelfde auteur waar dan over verjaringstermijnen bij voortdurende gedragingen: E.F. Verheul, ‘Voortdurende gedragingen en de subjectieve verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 1 BW’, *NTBR* 2020/17, afl. 5.

59. HR 15 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:889.

60. HR 6 april 2012, *NJ* 2016/196.

61. Art. 7:961 lid 3 BW luidt: De verzekeraars hebben onderling verhaal opdat ieder zijn deel draagt, naar evenredigheid van de bedragen waarvoor eenieder afzonderlijk kan worden aangesproken. Verzekeraars hebben op gelijke voet onderling verhaal voor hun redelijke kosten tot het vaststellen van de schade, alsmede voor hun redelijke kosten van verweer in en buiten rechte. De

verzekerde is jegens de verzekeraars afzonderlijk verplicht zich te onthouden van elke gedraging die ten koste van dezen afbreuk doet aan hun onderling verhaal.

62. S. Li & L.T. Visscher, ‘Product liability in the context of 3D printing – A Law and Economics Approach’, *AV&S* 2020/16.

63. Zie over (producten) aansprakelijkheid in het kader van de zelfrijdende auto, J. den Hartog, ‘De gebrekkigheid van de Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten: Hoe de zelfrijdende auto een discussie uit de oude doos nieuw leven inblaast’, *AV&S* 2020/17.

64. Marco Loos & Charlotte Pavillon, ‘Civielrechtelijke sancties op de schending van informatieplichten. Handvatten voor de ambtsshalve toetsingspraktijk aan de Richtlijn consumentenrechten’, *NJB* 2020/1888, afl. 29.

matieverplichtingen die vanwege de implementatie van de Richtlijn consumentenrechten, in afdeling 6.5.2a BW terecht zijn gekomen. Ten aanzien van de meeste informatieverplichtingen is volgens hen onduidelijk wat de gevolgen zijn als geconstateerd wordt dat de handelaar deze ten opzichte van de consument niet correct is nagekomen. Zij wijzen erop dat de sanctie op de schending van informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten 'doel-treffend, evenredig en afschrikkend' dient te zijn en dat de civiele rechter kan kiezen tussen een scala aan procesrechtelijke en materieelrechtelijke sancties. Voor ambts-halve toetsing concluderen zij dat twee sancties het meest voor de hand liggen. Allereerst, afwijzing van de vordering van een handelaar op grond van de stel- en substantiëringsplicht, als hij de vordering te summierlijk heeft onderbouwd en het dus niet duidelijk is of deze op een overeenkomst berust en hij dus niet in staat is het bestaan van overeenkomst afdoende te bewijzen. Wanneer echter wel duidelijk is dat de vordering gebaseerd is op een (in beginsel) geldige overeenkomst, is vernietiging van de overeenkomst bij oneerlijke handelstransacties volgens hen de meest voor de hand liggende sanctie, indien is voldaan aan de eis dat de schending van de informatieplicht in causaal verband staat met de contractsluiting. Bij schending van de informatieplichten die betrekking hebben op de wilsvorming bij de consument, kan omwille van het Europese effectiviteitsbeginsel worden vermoed dat aan de eis van causaliteit is voldaan, zodat de handelaar het ontbreken van het causaal verband aannemelijk zal moeten maken. Bij schending van de andere informatieplichten ontbreekt dat vermoeden, zodat de bewijslast daar geheel op de consument zal rusten, aldus de auteurs.

Van de rechtsliteratuur weer naar de rechtspraak.<sup>65</sup>

### **Toerekening bij gebruik van gebrekkige hulpzaken**

Wat is rechtens als een patiënt aan zijn oog wordt geopereerd, daarbij door de behandelend arts hulpmaterialen worden gebruikt (in casu een Miragel-plombe) die op het moment van het gebruik als 'state of the art' worden beschouwd maar achteraf gebrekkig blijken. Wie is dan bezien vanuit de positie van de patiënt de partij op wie hij zijn schade kan verhalen. Een dergelijke casus lag ten grondslag aan het arrest van de Hoge Raad van HR 19 juni 2020.<sup>66</sup> Een saillant detail in deze zaak was dat de fabrikant het product, na de betreffende operatie in 1992, in 1995 uit productie heeft genomen en dat de vordering van de patiënt eerst op 3 september 2007 is ingesteld. Een vordering gebaseerd op de wettelijke regeling producten-aansprakelijk jegens de producent was op grond van artikel 6:191 BW verjaard. Hoewel er een wirwar aan juridische constructies bestaat en te beantwoorden vragen in deze situatie opkomen,<sup>67</sup> komt het aan het eind van de

dag er op aan of er toerekening kan plaatvinden op grond van artikel 6:77 BW (aansprakelijkheid voor hulpzaken).<sup>68</sup>

De Hoge Raad biedt uitsluitel en oordeelt:

'Indien bij een geneeskundige behandeling een zaak in het lichaam van de patiënt wordt aangebracht die ten tijde van de behandeling "state of the art" is, brengt het enkele feit dat de zaak op grond van naderhand opgekomen medische inzichten naar haar aard niet langer geschikt wordt bevonden voor de desbetreffende behandeling, niet mee dat het gebruik van die zaak als een tekortkoming moet worden aangemerkt. Aan toepassing van artikel 6:77 BW wordt in dat geval dus niet toegekomen.'

De Hoge Raad gaat, zoals wij het zien, bij een medische behandelingsovereenkomst dus een 'laag hoger zitten'. De Hoge Raad maakt geen gebruik van de uitzondering die artikel 6:77 BW zelf biedt, te weten: 'tenzij dit, gelet op inhoud en strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspuit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk zou zijn' maar komt in het geheel niet aan toepassing van het wetsartikel toe. De Hoge Raad legitimeert dat als volgt:

'Een andere opvatting verdraagt zich niet met de aard van de medische behandelingsovereenkomst en de daarbij door de hulpverlener in acht te nemen zorg (artikel 7:453 BW). Dit strookt ermee dat evenmin een tekortkoming bestaat indien een arts een behandeling toepast die op dat moment naar gangbare medische inzichten de juiste is, maar die nadien als gevolg van nieuw opgekomen medische inzichten niet langer als state of the art wordt beoordeeld. Er bestaat geen grond op dit punt verschillend te oordelen al naar gelang het gaat om een bij de behandeling gebruikte zaak of om de behandeling als zodanig.'

Wat ons een hoofdbreken bezorgt is de vraag of dit oordeel kan interfereren met het antwoord op de vraag of het *in het verkeer* brengen van een dergelijk product dan wel onrechtmatig kan zijn. Dat lijkt ons namelijk op voorhand wel het geval. Dat zou kunnen betekenen dat daarmee het woord 'daardoor' in artikel 6:77 BW onder druk komt te staan. In ieder geval staat bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst dan niet het *gebrek van de zaak* centraal, zoals artikel 6:77 BW zou doen vermoeden, maar het *gebruik* van een dergelijke zaak, en dat is dus wat anders.<sup>69</sup>

### **Stuiting bij een vof: een nieuwe koers**

Soms wijst de Hoge Raad arresten waarin de rechtsregels zo helder zijn verwoord, dat de onderliggende casus geen bespreking behoeft. Het arrest dat de Hoge Raad op 17 juli 2020<sup>70</sup> heeft gewezen is daar onzes inziens een mooi voorbeeld van. De Hoge Raad – die daarmee contrair gaat aan

**Hoewel er een wirwar aan juridische constructies bestaat en te beantwoorden vragen in deze situatie opkomen, komt het aan het eind van de dag er op aan of er toerekening kan plaatvinden op grond van artikel 6:77 BW (aansprakelijkheid voor hulpzaken)**



zijn A-G – maakt ondubbelzinnig inzichtelijk wat rechtens is bij een stuitingsverklaring jegens een vof. De Hoge Raad doceert:

‘Met betrekking tot een stuitingsverklaring als bedoeld in artikel 3:317 BW, gericht aan een vof, geldt het volgende.

Verklaringen “jegens de vof”, waaronder een stuitingsverklaring, zijn verklaringen gericht tot de gezamenlijke vennoten. Een verklaring jegens de vof die de vof bereikt – doordat die verklaring wordt ontvangen hetzij op het kantoor van de vennootschap, hetzij door een van de vertegenwoordigingsbevoegde vennoten –, wordt in verband daarmee geacht ieder van de vennoten te hebben bereikt (art. 3:37 lid 3 BW). Uitgangspunt moet daarom zijn dat die verklaring jegens ieder van hen werking heeft. (...)’

De Hoge Raad vervolgt met op te merken dat een stuitingsverklaring ‘jegens de vof’ in beginsel aldus moet worden uitgelegd dat deze ook als stuitingsverklaring is bedoeld met betrekking tot de vorderingen op de individuele vennoten. In het algemeen is er immers geen reden om aan te nemen dat een vennootschapscrediteur die door een aan de vof gerichte stuitingsverklaring zijn vordering op de vof handhaaft, daarmee niet tevens zijn daarmee samenlopende vorderingen op de individuele vennoten zou willen handhaven.

Dat brengt mee aldus de Hoge Raad dat de individuele vennoten een tot de vof gerichte en door de vof ontvangen stuitingsverklaring – die, geacht wordt ieder van hen te hebben bereikt – in het algemeen dan ook aldus zullen moeten begrijpen dat deze mede ziet op de met de vordering op de vof samenlopende vorderingen jegens ieder van hen persoonlijk. Daarmee is voldaan aan de hiervoor, vermelde strekking van de stuitingsverklaring. De Hoge Raad sluit af door te benadrukken dat voor een andere uitleg van die verklaring slechts plaats is op grond van bijzondere omstandigheden waarbij valt te denken aan het geval dat de stuitingsverklaring uitdrukkelijk is

beperkt tot de vordering op de gezamenlijke vennoten of tot vorderingen op bepaalde vennoten.

Klip en klaar en een strik er omheen, zullen we maar zeggen.

## Goederenrecht

Verheul komt niet alleen in het aansprakelijkheidsrecht sterk door, maar puzzelt er ook op los in het goederenrecht.<sup>71</sup> In zijn zoektocht omtrent artikel 3:86 BW stelt hij zich de vraag op welke wijze de artikelleden 1 en 3 van dat artikel zich tot elkaar verhouden. Uit lid 1 volgt dat een overdracht van een roerende zaak ondanks de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder geldig is, indien de verkrijger te goeder trouw is en de overdracht anders dan om niet geschiedt. Niettemin, zo bepaalt lid 3, kan de eigenaar van een roerende zaak, die het bezit daarvan door diefstal heeft verloren, deze gedurende drie jaren, te rekenen vanaf de dag van de diefstal, als zijn eigendom opeisen. Verheul vraagt zich af wie de eigenaar van de zaak is gedurende deze driejaarsperiode? Aangenomen moet worden dat de bestolene gedurende de driejaarsperiode eigenaar blijft van de zaak niettegenstaande het woord ‘niettemin’ in de wettekst van artikel 3:86 lid 3 BW. De derde verkrijger te goeder trouw verkrijgt over die periode, zoals wij Verheul begrijpen, over die periode de relatieve eigendom van de zaak.

Jonkers<sup>72</sup> geeft na een fraaie rechtsvergelijking met het Duitse recht aan dat de in het Nederlandse recht in artikel 6:204 lid 1 BW verankerde regeling, die meebrengt dat – bij een teruggaveplicht op grond van onverschuldigde betaling door de partij die een zaak dient terug te geven – een schending van de zorgplicht ten aanzien van die zaak over de periode dat er niet met teruggave hoefde rekening gehouden hoefde te worden, niet euvel aan die partij kan worden geduid, rechtvaardig is. Een nuance die onder het Duitse recht geldt ten aanzien van de zogenaamde Saldotheorie waarbij de koper slechts recht op terugbetaling van de koopprijs heeft, voor zover hij de zaak in goede staat kan teruggeven, biedt de regeling in

65. Vermeldenswaardig zijn tevens de Hoge

Raad-arresten: HR 15 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:890, een belastingadviseur is niet jegens de Staat aansprakelijk voor het stelselmatig onjuist indienen van belastingaangiften; HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:27, mocht daar nog twijfel over bestaan, de omkeringsregel vindt niet alleen toepassing in letselschade zaken maar ook bij schending van bijzondere zorgvuldigheidsnormen die tot andere schade lijden; HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1083, de toepassing van de regel van voordeeltorekening (art. 6:100 BW) moet worden ‘gepinpoint’ op de specifiek geschonden norm; en HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1510, met fraai cassatiewerk van Van Swaaij, precisie bij het csqn-verband bij een onjuiste besissing van een bestuursorgaan.

66. HR 19 juni 2020,

ECLI:NL:HR:2020:1082.

67. Zoals zo duidelijk weergegeven in de indrukwekkende conclusie van A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2020:175) vóór het arrest onder kantnummer 6.18: ‘Het voorgaande kan kort worden samengevat. Indien een bij een medische behandeling gebruikte zaak gebrekkig en daarom ongeschikt is, dan zal de buitencontractuele aansprakelijkheid van de behandelaar in de hoedanigheid van gebruiker van die zaak in beginsel naar de producent worden verlegd (artikel 6:173 lid 2 BW). Hetzelfde geldt voor de eventuele contractuele aansprakelijkheid van de behandelaar als verkoper (artikel 7:24 lid 2 BW). Een dergelijke kanalisering geldt niet bij de aansprakelijkheid uit hoofde van de medische behandelingsovereenkomst. Hiervoor gelden de algemene regels van artikel 6:74, 6:75 en 6:77 BW. Hierna zal de aandacht uitgaan naar artikel 6:77 BW, al zal de

toerekeningsvraag soms ook kunnen worden beantwoord aan de hand van de andere in artikel 6:75 BW genoemde gronden.’

68. De tekst van art. 6:77 BW luidt: ‘Wordt bij de uitvoering van een verbintenis gebruik gemaakt van een zaak die daartoe ongeschikt is, dan wordt de tekortkoming die daardoor ontstaat de schuldenaar toegerekend, tenzij dit, gelet op inhoud en strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspuit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk zou zijn.’

69. Zie ook HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090 onder 2.10: ‘Al het vorenoverwogene leidt ertoe dat de prejudiciële vragen aldus moeten worden beantwoord dat het plaatsen van een PIP-implantaat dat industriële siliconen bevatte, een tekortkoming oplevert in de nakoming van

de desbetreffende geneeskundige behandelingsovereenkomst. Gelet op hetgeen hiervoor in 2.9.1 en 2.9.2 is overwogen, kan die tekortkoming aan de hulpverlener, of ingevolge de centrale aansprakelijkheid van artikel 7:462 lid 1 BW, aan het ziekenhuis, niet worden toegerekend, zodat geen aansprakelijkheid bestaat. Voor het geval dat sprake was van een implantaat dat geen industriële siliconen bevatte wordt verwezen naar hetgeen is overwogen hiervoor in 2.8.4.’

70. HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1315.

71. E.F. Verheul, ‘De puzzel van artikel 3:86 lid 3 BW’, *NTBR* 2020/19, afl. 6.

72. T. Jonkers, ‘Risicoverdeling in geval van zaaksbeschadiging na een ongedigde koop naar Nederlands en Duits recht: de bijkomende van artikel 6:204 lid 1 BW’, *NTBR* 2020/20, afl. 6.

het BW niet. Dat is zijns inziens rechtvaardig om bijvoorbeeld een koper te goeder trouw te beschermen als de overeenkomst ongeldig blijkt te zijn en de verkochte zaak na levering is beschadigd. De verkoper is over het algemeen verantwoordelijk voor het feit dat er sprake is van een ongeldige overeenkomst. Hij wentelt de schade dan niet af op de verkoper: het risico van zaaksbeschadiging rust dan terecht op de verkoper, aldus Jonkers. Wij wijzen er wel op dat het verhaal van Jonkers wat ons betreft opgaat als de betreffende overeenkomst wordt vernietigd. Bij ontbinding ligt een zorgplicht die wij als rechtvaardiging in de Duitse Saldotheorie herkennen, wat ons betreft omsloten in artikel 6:273 BW.

Wat is rechtens indien een recht van pand of hypotheek komt te vervallen doordat de eigendom van het zekerheidsobject door bevrijdende verjaring wordt verloren aan een bezitter te kwader trouw?<sup>73</sup> Stein<sup>74</sup> overtuigt wanneer hij beredeneert dat de pand- of hypotheekhouder dan van rechtswege een pandrecht verkrijgt op de schadevergoedingsvordering van de gedeposeerde wegens zijn eigendomsverlies. Deze schadevergoedingsvordering moet – volgens hem – worden aangemerkt als ‘een vordering tot vergoeding die in de plaats treedt van het verbonden goed’ (artikel 3:229 lid 1 BW).

Van der Linden<sup>75</sup> stelt in WPNR<sup>76</sup> de vraag centraal of een schuldenaar beschermd wordt door artikel 6:34 lid 1 BW<sup>77</sup> als de cedent ná de cessiemededing – in strijd met de werkelijkheid – te kennen geeft dat de vordering toch niet gecedeerd is waarna de schuldenaar aan de cedent betaalt. Met andere woorden, heeft er dan bevrijdende betaling plaatsgevonden? De auteur geeft aan dat in de rechtsliteratuur in het algemeen wordt aangenomen dat na de mededeling van cessie, de schuldenaar van de gecedeerde vordering alleen beschermd kan worden bij toedoen van de cessionaris. Hij betoogt dat hierover anders kan worden gedacht als de cedent de cessiemededing heeft gedaan en de schuldenaar tot het moment van betaling niets van de cessionaris gehoord heeft. Alleen als de cessionaris de cessiemededing zelf heeft gedaan acht hij uitgangspunt van de heersende leer – dat de schuldenaar in beginsel niet wordt beschermd – juist, al is ook dan bescherming soms mogelijk. De cessionaris heeft het in de door hem verdedigde visie goeddeels in eigen hand om te voorkomen dat de schuldenaar zich met vrucht op artikel 6:34 lid 1 BW kan beroepen. Hij dient de cessie zelf mede te delen of de schuldenaar anderszins te informeren. Wij gaan hier eens goed op kauwen. De auteur geeft terecht aan dat cessie een leerstuk is dat zich op het snijpunt bevindt van het goederenrecht en het verbintenissenrecht. Wanneer de mededeling van de cessie de schuldenaar heeft bereikt, dan is wat ons betreft de vordering op

de cessionaris overgegaan. Wij vragen ons af of artikel 3:35 BW dan geen roet in het eten gooit voor de schuldenaar. In hoeverre mag hij gerechtvaardigd vertrouwen ontlenen aan de opmerking van de cedent dat – ondanks de eerdere mededeling – de cessie niet heeft plaatsgevonden?

Na de rechtsliteratuur naar de Hoge Raad-rechtspraak.<sup>78</sup>

### *Uitleg en erfdiensbaarheid*<sup>79</sup>

Wat is – zeer in het kort geschetst – rechtens als ten gunste van een heersend erf een erfdiensbaarheid is gevestigd en de eigenaar van het heersende erf een belendend perceel aanschaf en dat door de aldaar uitgevoerde activiteiten de ‘druk’ op de erfdiensbaarheid toeneemt doordat klanten en leveranciers van het belendende perceel – dat bij het heersende erf is betrokken – ook gebruik maken van de erfdiensbaarheid? Kan dan de erfdiensbaarheid worden gewijzigd of opgeheven op grond van de artikelen 5:78 BW jc. 5:79 BW? De lagere rechters oordeelden in casu van niet.

Hierbij moet worden gerealiseerd dat volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad het bij de uitleg van de akte van vestiging van een erfdiensbaarheid erop aankomt dat de in de notariële akte tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling moet worden afgeleid uit de in deze akte gebezigde bewoordingen en deze uit te leggen naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte. Uit de literatuur valt in verband hiermee af te leiden dat daarbij rekening wordt gehouden met de behoeften van het heersende erf, de plaatselijke situatie, de plaatselijke gewoonten, de feitelijke wijze van uitoefening na de totstandkoming van de erfdiensbaarheid en de tijd waarin de akte wordt uitgelegd. Daarnaast geldt dat de beginselen van redelijkheid en billijkheid een rol spelen bij de wijze waarop de erfdiensbaarheid moet worden uitgeoefend. Voor de uitleg komt geen betekenis toe aan niet uit de openbare registers blijkende stukken, waaronder de aan de vestigingsakte ten grondslag liggende obligatoire overeenkomst. Bedoelingen van partijen die niet kenbaar zijn uit de openbare registers, doen bij de uitleg van de akte niet ter zake.<sup>80</sup>

In de ogen van de Hoge Raad had het hof de akte van erfdiensbaarheid op een onjuiste wijze uitgelegd omdat een erfdiensbaarheid van weg in beginsel voor de eigenaar van het heersende erf *niet* het recht omvat om de weg over het dienende erf te (doen) gebruiken als verbinding, via het heersende erf, met een aan laatstgenoemd erf grenzend terrein dat de eigenaar van het heersende erf mede in eigendom of gebruik heeft, voor zover uit de akte van vestiging of uit de kennelijke functie van het heersende erf niet het tegendeel voortvloeit.

Het hof had dus moeten vaststellen dat uit de akte van vestiging van de erfdiensbaarheid of uit de kennelijke functie van het heersende erf het tegendeel voortvloeide. Nu het hof daarentegen had geoordeeld dat de in de akte van vestiging gebezigde bewoordingen geen aanknopingspunten bieden voor het oordeel dat partijen aan de erfdiensbaarheid bepaalde *beperkingen* hebben willen verbinden en dat het via het dienende erf kunnen bereiken van een ander perceel dan het heersende erf door de erfdiensbaarheid niet is uitgesloten, vindt 's hofs oordeel

**De auteur geeft terecht aan dat cessie een leerstuk is dat zich op het snijpunt bevindt van het goederenrecht en het verbintenissenrecht**

## Een subtiele aanscherping van de objectieve uitleg van erf-dienstbaarheden, zo dunkt ons

in de ogen van de Hoge Raad geen genade. De wijze waarop het hof tot zijn oordeel is gekomen is volgens de Hoge Raad niet voldoende om een uitzondering op de hiervoor genoemde regel aan te nemen. Het hof had evenmin een andere grond aanwezig geoordeeld.

Een subtiele aanscherping van de objectieve uitleg van erf-dienstbaarheden, zo dunkt ons.

### **Nogmaals: verpanding<sup>81</sup>**

Evenals in de twee voorgaande kroniekperioden moest de Hoge Raad zich ook tijdens deze kroniekperiode een keer principieel uitlaten over een verpandingskwestie. In het onderhavige geval ging het om een sprongcassatie. Zeer kort gezegd was het volgende in geschil.

Complions B.V., een bedrijf dat zich bezighield met het ontwikkelen en in licentie geven van computerprogramma's (software) voor de bescherming van persoonsgegevens en het waarborgen van de naleving van de daarvoor geldende wettelijke bepalingen en voorschriften, heeft bij pandovereenkomst van 15 juli 2016 als pandgever ten behoeve van BDO Consultants B.V. als pandhouder een pandrecht gevestigd op de haar in eigendom toebehorende (intellectuele eigendomsrechten met betrekking tot de) GRC-control (ISMS control) software.

Eerder in tijd had Complions aan haar kredietverstreckende bank (ING) een pandrecht verstrekt ten belopen van onder meer alle huidige en toekomstige bedrijfsactiva.<sup>82</sup>

Tussen de curator van het inmiddels failliete Complions B.V. en ING is in geschil of het aan de bank verstrekte pandrecht zich uitstrekt tot de auteursrechten die Complions heeft op de software.

De rechtbank geeft de curator gelijk met als dragende motivering dat de categorie 'goederen' de meest algemene aanduiding is die de wet kent, en dat deze zaken (zowel roerende als onroerende zaken) en vermogensrechten omvat.

Een pandrecht is slechts mogelijk op bepaalde categorieën goederen, te weten roerende zaken en rechten die geen registergoed zijn. Op onroerende zaken en overige registergoederen kan geen pandrecht maar een hypotheekrecht worden gevestigd. Alleen al hierom voldoet de omschrijving van het pandrecht in een pandakte die inhoudt dat het pandrecht wordt gevestigd op 'alle huidige en toekomstige bedrijfsactiva', waaronder wordt verstaan 'alle tot het bedrijf van de pandgever behorende goederen' niet aan de vereiste bepaalbaarheid. Onder die omschrijving vallen immers ook goederen waarop geen pandrecht mogelijk is. Bovendien zou ook een omschrijving die met bovenstaand wettelijke systeem rekening houdt (door als omschrijving te kiezen: alle roerende zaken en vermogensrechten voor zover deze geen registergoederen zijn) niet voldoen aan het bepaalbaarheidsvereiste aldus de rechtbank.

De Hoge Raad casseert en casseert hard zullen we maar zeggen. De Hoge Raad oordeelt:

'Voor het antwoord op de vraag of partijen hebben bedoeld een bepaald goed te verpanden, is uitleg van de pandakte noodzakelijk. Bij die uitleg komt het aan op de zin die de pandgever en de pandhouder in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.'

De Hoge Raad doceert verder:

'Een van die uitleg te onderscheiden en zelfstandig te beoordelen vraag is of is voldaan aan het uit artikel 3:84 lid 2 BW in verbinding met artikel 3:98 BW voortvloeiende vereiste dat de pandakte ten tijde van de verpanding het te verpanden goed in voldoende mate bepaalt. Aan dit bepaalbaarheidsvereiste is volgens vaste rechtspraak voldaan als de pandakte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welk goed het gaat.'

Zo ver niets nieuws onder de zon, maar dan:

'De rechtbank heeft miskend dat de vraag of ten aanzien van het auteursrecht van Complions op door haar ontwikkelde software is voldaan aan het bepaalbaarheidsvereiste van artikel 3:84 lid 2 BW in verbinding met artikel 3:98 BW, moet worden beantwoord door te onderzoeken of de pandakte zodanige

73. Hierbij valt te denken aan de situatie die zich voordeed in het Hoge Raad-arrest HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:30.

74. D.F.H. Stein, 'De positie van de zekerheidsgerechtigde bij eigendomsverlies door bevrijdende verjaring', *WPNR* 7287, p. 454 e.v.

75. T. van der Linden, 'Bescherming schuldenaar als de cedent de cessie weer-spreekt?', *WPNR* 7281, p. 338 e.v.

76. Dezelfde auteur komt ook sterk en goed gedocumenteerd door in *NTBR*, zie: T. van der Linden, 'Natrekking moet worden begrepen als een noodzakelijk kwaad', *NTBR* 2020/16, afl. 5.

77. Art. 6:34 lid 1 BW luidt: De schuldenaar

die heeft betaald aan iemand die niet bevoegd was de betaling te ontvangen, kan aan degene aan wie betaald moest worden, tegenwerpen dat hij bevrijdend heeft betaald, indien hij op redelijke gronden heeft aangenomen dat de ontvanger der betaling als schuldeiser tot de prestatie gerechtigd was of dat uit anderen hoofde aan hem moest worden betaald.

78. Vermeldenswaard is natuurlijk ook HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1276 waar de Hoge Raad onder meer oordeelde dat de aard van een vorderingsrecht van een bank op een cliënt voortvloeiend uit een overeenkomst van geldlening zich niet er tegen verzet dat dit vorderingsrecht door een

bank aan een niet-bank wordt overgedragen. Ook oordeelde de Hoge Raad dat de zorgplichten die een bank jegens haar cliënt heeft, door cessie niet als zodanig op de niet-bank komen te rusten. Indien een (bijzondere) zorgplicht van een bank jegens haar cliënt de inhoud van haar vordering – waaronder begrepen de daaraan verbonden (neven)rechten en verplichtingen – beperkt, kan die vordering slechts met de aldus beperkte inhoud aan de niet-bank worden gecedeerd. Daarnaast kan de leningnemer de verweermiddelen jegens de niet-bank invoeren die hij jegens de bank zou hebben (art. 6:145 BW).

79. HR 12 juni 2020,

ECLI:NL:HR:2020:1039.

80. Zie voor deze uiteenzetting de conclusie voor het arrest onder 2.4.

ECLI:NL:PHR:2020:90.

81. HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:590.

82. Deze waren als volgt gedefinieerd: 'Bedrijfsactiva: alle tot het bedrijf van de Pandgever behorende goederen waaronder begrepen, maar niet beperkt tot de Bedrijfs-uitrusting, Tegoeden, Vorderingen en Voorraden met inbegrip van: (I) cliëntenbestanden en de gegevensdragers waarop deze zich bevinden. (II) goodwill, zijnde de meerwaarde van het bedrijf boven de som van vaste activa.'

## Wij willen niet afsluiten zonder – met het grootste respect – twee mensen te noemen die ‘ons’ in de kroniekperiode zijn ontvallen, en die ontegenzeggelijk wél hebben bijgedragen aan de rust en stabiliteit die het recht te bieden heeft

gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld dat dit auteursrecht tot de verpande goederen behoort. Niet is vereist – anders dan de rechtbank heeft overwogen – dat bestaan en omvang van dit auteursrecht uit de administratie van Complions kan worden afgeleid, of dat dit auteursrecht op de balans van Complions is vermeld. Of het auteursrecht van Complions op door haar ontwikkelde software behoort tot “alle huidige en toekomstige Bedrijfsactiva” van Complions zoals vermeld in de pandakte (zie hiervoor in 2.1 onder (iii)), kan ook worden vastgesteld aan de hand van andere objectieve gegevens dan de administratie en de balans van Complions, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welk goed het gaat.’

In de literatuur is dit arrest met instemming ontvangen en zelfs verhelderend genoemd.<sup>83</sup> Ons lijkt echter een waarschuwing op zijn plaats. De voor overdracht vereiste levering van het auteursrecht dient te geschieden door een *daartoe* bestemde akte (artikel 2 lid 3 Aw). Wij zouden menen dat bij de *uitleg* van de pandakte aandacht dient te worden gevraagd – en eerst door de feitenrechter dient te worden vastgesteld – of met een generieke omschrijving als ‘alle huidige en toekomstige Bedrijfsactiva’ voldoende inhoud is gegeven aan het woord ‘daartoe’ zoals de Auteurswet voorschrijft voor overdracht van een auteursrecht. Naar onze mening staat het woord ‘daartoe’ immers niet voor spek en bonen in de wettekst en impliceert dit een bepaalde mate van individualisatie.

Wij maken ook (impliciet) uit de conclusie van A-G Rank-Berenschot op dat die ruimte er kan zijn wanneer zij opmerkt:<sup>84</sup>

‘Ook meen ik dat een generieke omschrijving zoals in de onderhavige casus is gehanteerd, kan voldoen aan het bepaaldheidsvereiste.’

Maar wat zij verderop onzes inziens relateert met:

‘Ik merkte hiervoor al op dat uitleg van de pandakte geschiedt aan de hand van de Haviltex-maatstaf. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval zou de feitenrechter daarom tot de conclusie kunnen komen dat ondanks een generieke omschrijving in de akte, de pandhouder er niet op heeft mogen vertrouwen dat de pandgever daadwerkelijk heeft beoogd “alle” vorderingen (dan wel andere goederen), ongeacht hun aard, te verpanden. Voor de vraag of een vordering dan wel een ander goed door de akte wordt geleverd of verpand, moet men immers zowel nagaan of die vordering met de

omschrijving in de leverings- of pandakte is bedoeld, als ook of met betrekking tot die vordering wordt voldaan aan het vereiste dat deze voldoende bepaalbaar is.’<sup>85</sup>

### Uitleiding

Het spreekt voor zich dat de in de inleiding gestelde vraag of het recht in de huidige roerige periode überhaupt kan bijdragen aan rust en stabiliteit of dat het als ‘tool’ hiervoor onder zulke bijzondere omstandigheden te kort schiet, niet, en zeker niet door ons, in deze kroniek kan worden beantwoord. Wij kunnen wel onze gedachten hierover met u delen. Naar onze mening hebben rechtsregels in een democratische samenleving alleen maar zin als de nakoming daarvan slechts ter discussie wordt gesteld door middel van de mogelijkheden die het democratische proces daartoe biedt. Om die reden spraken wij in de aanhef onze aarzeling uit ten opzichte van diegenen die zich niet aan ‘deze spelregels’ houden. Dan hebben de regels geen zin meer. Eigenrichting is wat ons betreft ook in roerige tijden niet de oplossing. Daar staat tegenover dat een Tweede Kamer die gezellig met zomerreces gaat terwijl er dringende maatregelen voor het najaar moeten worden getroffen evenmin blijk lijkt te geven van de urgentie van de zorgelijke situatie waarin ons land thans verkeert. Naar onze mening worden de democratische mogelijkheden dan niet maximaal aangewend en kwijt de Tweede Kamer zich dan niet ten volle van de taak waarvoor hij in het leven is geroepen. Het is niet anders, zullen we maar denken.

Tot slot. Wij willen niet afsluiten zonder – met het grootste respect – twee mensen te noemen die ‘ons’ in de kroniekperiode zijn ontvallen, en die ontegenzeggelijk wél hebben bijgedragen aan de rust en stabiliteit die het recht te bieden heeft. Het betreft in Nederland – zoals wij het zien een van de mede-grondleggers van het huidige Burgerlijk Wetboek – Wouter Snijders<sup>86</sup> en in de Verenigde Staten van Amerika de eigen wijze<sup>87</sup> rechter van het hoogerechtshof Ruth Bader Ginsburg. Wij hopen dat hun gedachtengoed voor velen nog lang een leidraad zal zijn. In ieder geval geldt dat wel voor ons. •

<sup>83</sup> K.J. Krzemiński & J.P. van der Klein, ‘Uitleg en bepaaldheid’, *WPNR* 7292, p. 525 e.v.

<sup>84</sup> Conclusie onder kantnummer 2.36 ECLI:NL:PHR:2019:1175.

<sup>85</sup> Conclusie onder kantnummer 2.44

ECLI:NL:PHR:2019:1175.

<sup>86</sup> Zie: Arthur Hartkamp, ‘In Memoriam Wouter Snijders’, *NJB* 2020/2093, afl. 31.

<sup>87</sup> Eigen wijs is wat ons betreft niet per se hetzelfde als ‘eigenwijs’.